MEDENİ KANUNUMUZU NASIL DEĞİŞTİRDİK

(How We Amended Our Civil Code)

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU *

ÖZET

Cumhuriyet'in ilanından sonra hukuk alanında başlatılan devrim hareketinin Türk Toplumuna kazandırdığı en önemli eser İsviçre Medeni Kanunu'ndan çeviri yoluyla alınan ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi olmuştur. Kişilerin özel hukuk alanındaki ilişkilerinin temeli olan bu kanunla Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin amaçladığı gibi çağdaş yeni bir toplum yaratılmak istenmiştir. Özel hukukun bütün alanlarında uygulanabilen ilk yedi maddesi, kişiler, aile, miras ve eşya hukuku alanında getirdiği çağdaş düzenlemeler ile yeni bir hukukun ve toplumun temelleri atılmıştır.

Aynı tarihte aynı kanunla birlikte Borçlar Hukuku alanında bir devrim niteliği taşıyan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Türk Medeni Kanunu o tarihten 1 Ocak 2002 tarihine kadar geçen yetmiş altı yıllık dönem içinde bu amaç ve hedefini büyük oranda gerçekleştirmiştir. Türk Toplumu bu kanuna ve getirdiği yeni kurumlara kendisini büyük oranda uydurabilmiştir.

Yürürlüğe girdiği tarih itibariyle oldukça arı bir Türkçe ile kaleme alınmış olan Türk Medeni Kanunu'nun dili,Türkçemizin zaman içinde gelişmesi karşısında eskimiş, bazı hükümleri yeni kuşakların anlayamayacağı hale gelmiştir. Öte yandan kanunun hazırlık çalışmaları sırasında İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninden yapılan çevirilerde bazı hatalar yapılmıştır. Bütün bunlardan daha önemlisi aradan geçen süreç içinde gerek ulusal gerekse uluslararası olmak üzere Medeni Hukuk alanında çok önemli gelişmeler olmuş, İsviçre başta olmak üzere Batı Ülkelerinin yasalarında çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunların başında Aile Hukuku alanındaki gelişmeler ve değişiklikler yer almıştır.

Türk yasa koyucusu bu gelişmeleri ve değişiklikleri Türk Medeni Kanunu'na aktarmada ya duyarsız kalmış ya da gecikmeli olarak kısmi bazı iyileştirmeler yapmıştır. Bu alandaki gecikmelerden kaynaklanan sakıncaları bazen Anayasa Mahkememiz telafi etmiştir. Bu anlamda olmak üzere çağdaş gelişmelerle artık uyumsuz hale gelen kanun maddelerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun en çarpıcı örneklerini evlilik dışı çocukların mirasçılığında, kadının bir meslek ve sanatla uğraşması için kocasının iznini almak zorunda kalmasında,kadın erkek eşitliğini zedeleyen hükümlerde görmekteyiz.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Bu gelişmelere süratle tepki veren İsviçre Yasa koyucusu ise İsviçre Medeni Kanunu'na çok önemli yeni kurum ve kuralları eklemesini bilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun bu gelişmelere uyarlanması konusunda iki seçenek düşünülmüştür.

Bunlardan birincisi Türk Medeni Kanunu'na İsviçre'de olduğu gibi yeni kurumların ve hükümlerin eklenmesi, ikincisi ise yeni bir Medeni Kanun hazırlanması olmuştur.

İkinci seçenek tercih edilmiş ve 1994 yılından itibaren yeni bir Medeni Kanun hazırlık çalışmalarına başlanmıştır. Benim de görev aldığım Taslak Hazırlama Komisyonlarındaki çalışmalar tamamlandıktan sonra bu çalışma, Bakanlar Kurulu tarafından bir kanun tasarısı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmiştir.

O tarihte hükumet üç partiden oluşan bir koalisyon hükumetiydi. Koalisyonu oluşturan bu partilerin siyasal ve sosyal düşünceleri birbirinden tamamen farklı idi. Bu farklılıklar ne yazık ki bu yasa çalışmalarına büyük oranda yansımıştır. Aile Hukuku alanında ve özellikle "eşler arasındaki mal rejimlerine ilişkin konularda" kısır bazı tartışmalarla çok zaman ve enerji kaybedilmiş, yasanın çok daha önemli kurumları ve düzenlemeleri sağlıklı incelenememiştir.

Bu makalemizde bu alanda yaşanan olumsuzluklar ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Kanunlaştırma, Türk Medeni Kanunu, Türk Hukuk Devrimi, İsviçre, Komisyon

Abstract

The most valuable legal workpiece of the revolutionary movement triggered by the proclamation of the Turkish Republic is Turkish Civil Code no. 743, which was translated from Swiss Civil Code and entered into force on 4th October 1926. The Code constituted the basis of private law relationships and aspired to create a new modern society in parallel with the Continental European legal systems. It laid the foundations of a new law and a new society, with its first seven articles applicable in all fields of private law and other articles with regards to the law of persons, family, inheritance and property.

Turkish Code of Obligations no. 818 entered into force at the same date with the Turkish Civil Code and revolutionized the law of obligations.

Turkish Civil Code substantially attained that goal during the seventy six years lasting from its entry into force until 1st January 2002. Turkish society substantially adjusted itself to the Code itself and new institutions introduced by the Code.

The linguistic method adopted in the Turkish Civil Code was quite pure at the time it was written, however it aged over time so that new generations could not understand some of the provisions in the Code. Besides, some mistakes had been made during preparatory work when the Swiss Civil Code was being translated from French. Most importantly, there has been very important developments in the field of Civil law both nationally and internationally. Some very important modifications were made in the codes of European nations, particularly in Switzerland. Developments and modifications in the field of family law are the foremost among them.

Turkish legislator was either ignorant to transplant those developments and modifications into the Turkish Civil Code or late to make some partial improvements. The Constitutional Court sometimes compensated for the inconveniences originating from those delays. The Court annulled the provisions which were inconsistent with modern developments on the basis of their unconstitutionality. The most striking examples of annulled provisions are the ones relating to the heirship of non-marital children, the woman's duty to take the permission of her husband before getting involved in a profession/occupation and the articles violating gender equality.

Swiss legislator, on the other hand, was fast to respond to those developments and transplanted very important new institutions and rules into the Swiss Civil Code.

Two options were put on table for the modification of Turkish Civil Code in parallel with those developments.

First option was to transplant new institutions and rules into the existing Turkish Civil Code as it was the case in Switzerland; second option was to prepare a new Civil Code.

The second option was preferred over the first one and preparatory work on a new Civil Code was commenced in 1994. After the completion of the work in Draft Preparation Committees, which I was involved in, the draft law was sent to the Turkish Grand National Assembly by the Council of Ministers.

At those times, the government was ruled by a coalition bringing together three political parties. The political and social opinions of those political parties were deeply divergent. Unfortunately, the divergency strongly manifested itself on the preparatory work. Time and efforts were wasted with some fruitless discussions on family law and particularly on regimes of marital property, so that more important institutions and regulations of the Code could not be analyzed more thoroughly.

The article discusses those negative situations.

Consequently, the new Turkish Civil Code no. 4721 entered into force.

The new Turkish Civil Code revealed legislator's determination to follow modern institutions and rules and to maintain the soul of 4th October 1926, apart from the Code's general preamble and negative modifications in some of the provisions.

The new Turkish Civil Code comprises 1046 articles, whereas the old one comprised 943 articles. However, despite the fact that Turkish Civil Code no. 4721 is called "new", it retained the 943 articles of the old code with some partial modifications as to expression, concept or substance. The number of new articles who were added was 103. Most of the new articles are in the field of marital property regimes which were deeply deliberated during preparatory work and closely followed by the public opinion.

Hence, Turkish Civil Code entering into force on 4th October 1926 is a very important acquisition of the Republic which strongly persists with its institutions and rules. It still addresses the needs despite the 90 year time and preserves its revolutionary character.

Keywords: Codification, Turkish Civil Code, Turkish Legal Revolution, Swiss, Commission

I) Eski Medeni Kanunumuz

Osmanlı İmparatorluğu döneminde hukuk ve yargılama dinsel esaslara dayanmaktaydı. 1876 yılında yürürlüğe konulan Mecelle (Mecelle-i Ahkamı Adliye) bugünkü anlamda bir Medeni Kanun niteliğini taşımamaktaydı. Zira 1851 maddeden oluşan Mecelle' de, bir Medeni Kanun'da yer alması gereken Aile ve Miras Hukuku'na ilişkin hükümlere yer verilmemişti. Mirasla ilgili ilişkiler tamamen İslam Hukuku esaslarına dayanan feraiz hükümlerine göre tabi tutulmuş, Aile Hukuku ile ilgili ilişkileri şeriat kurallarına göre düzenlenmekte, son zamanlarda yürürlüğe konulan Hukuk-u Aile Kararnamesi'nde bazı kurallara yer verilmiş bulunmaktaydı. Mecelle'nin bir Medeni Kanun'da bulunması gereken bu alanların eksikliği yanında, bir başka ilginç yönü de vardı. Mecelle'de bir Medeni Kanun'da yer almaması gereken düzenlemelere yer verilmişti. Bu anlamda olmak üzere Mecelle'de tüm sosyal ilişkilere ilişkin genel ve temel nitelikte bazı hükümler yer aldığı gibi, ayrı bir yasa konusu olması gereken Hukuk Usulü Yargılamasına ilişkin hükümler de yer almıştı. Bu hükümlerin bir kısmı dinsel esaslara dayanmaktaydı.

Osmanlı İmparatorluğunun çöküşü ile birlikte Cumhuriyet ilan edilmiş ve Türkiye Cumhuriyeti kurulmuştu. Yeni devletin siyasi yapısı egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu bir Cumhuriyet rejimi idi. Bu yapının Osmanlı dönemindeki hukuk sistemiyle yürümesi mümkün değildi. Bu nedenle yepyeni bir hukukun yaratılması gerekiyordu. Her alanda yaratılan yeni yasalara ihtiyaç vardı. Bu bir hukuk devrimiydi.

Bu yasaların başında toplumun bütün kesimlerini yakından ilgilendiren ve toplumun adeta aynası durumunda olan Medeni Kanun gelmekteydi.

Mecelle yapıldığı yıl itibariyle büyük bir atılım ve özel hukuk alanında büyük bir yenilikti. İçerisinde bugünkü yasalarımızda yer alan bazı hükümlere benzer hükümler yer almıştı. Yargılama Usulüne ilişkin hükümler arasında kanımca günümüzde çok önemli ve anlamlı olan "hakimin niteliklerini tanımlayan" 1792. maddesini burada nakletmekte yarar görüyorum.

"Hakim, hakim, fehim, müstakim ve emin, mekin, metin olmalıdır".

Türkçeleştirilmiş anlamının "Hakim, bilge, anlayışlı, doğru ve güvenilir, saygın, metin olmalıdır" olduğu ifade edilmektedir([1]).

Bu hükmü bir hukukçu gözüyle yorumlamak gerekir. Bununla hakimin hüküm verebilme yeteneğinde sahip (hakim) , muhakeme yürütebilecek düzeyde zeki (fehim), bilgi ile kendisini donatmış (müstakim), tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile kendisine güvenebilen (emin), kararlı, kendi kararını verebilen başka etkiler altında kalma-

---

1 İlhan, Cengiz: Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) aslı ile birlikte tam metin Ankara 2014, sh.569.

yan (mekin) ve dirayetli, dayanıklı, etkiler altında pes etmeyen, hukuktan sapmayan (metin) kişi olması gerektiği ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz nitelikleri gereğince sadece 300 maddesi uygulama bulan Mecelle'nin yeni siyasal ve sosyal yapıya bağdaştırılması ve toplumun Medeni Hukuk ilişkilerine cevap vermesi mümkün değildi.

Yeni bir Medeni Kanun'a ihtiyaç vardı. Yeni Medeni Kanun ihtiyacının karşılanması konusunda iki görüş ileri sürülmüştü.

Birinci görüş Mecelle'nin yeni toplumsal ihtiyaçlara göre elden geçirilip ıslah edilmesi görüşü idi.

İkincisi ise Mecelle'nin bir tarafa bırakılması ve yeni bir Medeni Kanun hazırlanması görüşü idi.

Önce birinci görüş yönünde çalışmalar yapıldı. Bu amaçla o tarihte Cevdet Paşa'nın başkanlığında bir komisyon oluşturuldu. Ancak komisyonun yapısı ve çalışma şekli itibariyle beklenen amacı gerçekleştiremeyeceği anlaşılınca Mecelle'nin ıslah edilmesi suretiyle ihtiyaçları karşılayabilecek bir Medeni Kanun yaratılamayacağı gerçeği ortaya çıktı.

Yeni bir Medeni Kanun hazırlanması için o tarihte bu uzman kadrolar ve hukukçular mevcut değildi.

Dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt, Avrupa'nın en uygar ülkesi ve 1.1.1912 tarihinde yürürlüğe konulmuş en genç Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunlarına sahip olan İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarının çeviri yoluyla alınması görüşünü savundu.

Bu görüş yönünde İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunları Fransızca asıllarından Türkçeye çevrilmek suretiyle 743 numarası ile TBMM'ne sevk edildi. Madde madde görüşülmesi yerine bir tek gündem maddesiyle ve tamamı tek oturumda oylanmak suretiyle 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilip, 4 Nisan 1926 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandı. Kanun'un yürürlüğe girme tarihi konusunda 936. maddesi "Bu kanun, neşri tarihinden altı ay sonra mer'idir" hükmünü içermekteydi. Bu hüküm gereği yeni Medeni Kanun, onun ayrılmaz bir parçası olan Borçlar Kanunu ile birlikte 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi.

A) Esbab-ı Mucibe Layihası

Medeni Kanun yeni TMK.'muzdan farklı olarak ne bir genel gerekçe ne de madde gerekçeleri içermemekteydi. TBMM'ye Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un imzasını taşıyan "Esbab-ı Mucibe Layihası" başlıklı bir üst yazı ile sevk edilmişti. Bu yazı Medeni Kanun'un bir tür genel gerekçesi niteliğini taşımaktaydı.

Yeni TMK.'muz TBMM'de görüşülmeye başladığında ilk ele alınan ve tartışılan, belirli çevreler tarafından saldırıya uğrayan düzenlemesi Esbab-ı Mucibe Layihası olmuştur. Bu çevreler Esbab-ı Mucibe Layihası'nın yeni kuşağın anlayabileceği bir Türkçe ile kaleme alınıp yeni TMK.'muzda genel gerekçede korunması düşüncesine karşı çıkmışlardır.

Bu nedenle bunun üzerinde burada kısaca durmak gerekir.

Esbab-ı Mucibe Layihası böyle bir yasaya neden ihtiyaç duyulduğu, din kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farkların neler olduğunu içeren bugün de çok büyük değer arz eden çok önemli açıklamalar içermektedir.

Bu metinde din kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farklar çok açık ve net ifadelerle ortaya konulmuştur. Bu ifadeler laiklik ilkesinin çerçevesini çizmekte bugün bile laikliğin ne olduğu konusundaki tartışmalara ışık tutacak nitelikler taşımaktadır. Bu anlamda olmak üzere din kurallarının değişmez kurallar olduğu, değişmemenin din kurallarının temel niteliğini oluşturduğu, hukuk kurallarının ise toplumsal ihtiyaçlara göre değişmek zorunda olduğu, yaşamın ve ihtiyaçların ise devamlı olarak değiştiği, bu nedenle kanunların dinsel esaslara dayandırılamayacağı, çağdaş toplumların uygarlık alanındaki en büyük buluşlarından birisinin din kuralları ile hukuk kurallarının birbirinden ayırt edilmesi olduğu, bu sayede ilerleme kat ettikleri, Türk Toplumunun çağdaş uygarlıkla bağdaşmayan yönleri varsa bunun yetenek ve becerisinden değil, kendisini sarmalayan ortaçağ anlayışı ve bir takım dinsel kurumlar olduğu, çağı kendisine değil kendisini çağa uydurmak zorunda olduğunu, hukuk sistemleri ve okullarından örnekler verilmek suretiyle ortaya konulmuştur.

Tarihi ve hukuk kuralları ile din kuralları arasındaki farkları çok güzel bir şekilde ortaya koyan bu metnin, MK. çalışmaları sırasında aşağıda açıklayacağımız üzere başına gelen kalmamıştır.

Esbab-ı Mucibe Layihasının aşağıdaki iki önemli paragrafı Taslak Komisyonu çalışmalarını tamamladıktan sonra genel gerekçeyi kaleme alan ya da alanlar tarafından taslaktan çıkartılmıştı. Koalisyon hükümetinden sonra gelen iktidarlar döneminde hangi adalet bakanı döneminde, Taslak Komisyonunda çalışan üyelerden kim ya da kimlerin, niçin ya da hangi etkilerle bu metni kısaltıp önemli paragraflarını genel gerekçeden çıkardığı halen belirsizdir.

Taslak tasarı haline getirilip, TBMM Adalet Komisyonuna geldiğinde oluşturulan bir alt komisyon bu iki paragrafı genel gerekçe arasına aldı.

Tasarı Adalet Komisyonunda daha ilk günde tartışılmaya başlar başlamaz bazı üyelerin ilk işi bu iki paragrafın genel gerekçeden çıkartılması yönünde şiddetli eleştirilerde bulunmak oldu. Bu gayretlerinde başarılı oldular, muhalefet partilerinin üyeleri, koalisyon hükümetinin ortaklarından olan bazı üyeleri yanlarına alarak bu iki paragrafı taslaktan çıkarmayı başardı.

Bu iki paragraf aşağıdaki ifadeleri içermekteydi:

".....Mecellenin kaidesi ve ana hatları, dindir. Halbuki, hayatı beşer, her gün, hatta her an tahavüllere maruzdur. Bunun tahavvüllerini, yürüyüşünü hiçbir zaman bir nokta etrafında tesbit etmek ve durdurmak mümkün değildir. Kanunları dine müstenit olan devletler kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin matlablarını tatmin edemezler. Çünkü dinler layetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyaçlar sür'atle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade edemezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması,asrı hazır medeniyetinin esasatından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından birisidir. Esaslarını dinden alan kanunlar, tatbikedilmekte oldukları camiaları nazil oldukları iptadai devirlere bağlarlar ve terakkiyata mani belli başlı müessir ve amiller arasında bulunurlar.....",

(Metnin sadeleştirilmiş hali şu şekildedir:

Mecelle'nin kaidesi ve ana hatları dindir. Halbuki, insan hayatı, her gün hatta her an esaslı değişimlere maruzdur. Bunun değişikliklerini, yürüyüşünü hiçbir zaman bir noktada tespit etmek ve durdurmak mümkün değildir. Kanunları dine dayalı olan devletler kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin taleplerini tatmin edemezler. Çünkü dinler, değişmez hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyaçlar süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mânâ ifade edemezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, çağımızın medeniyetinin esaslarından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farklarından birisidir. Esaslarını dinden alan kanunlar, uygulandıkları camiaları yukarıdan inme ilkel devirlere bağlarlar ve ilerlemeye mani belli başlı müessir etkenler arasında bulunurlar).

Aynı metnin 9. Paragrafında aynı konuyla ilgili olarak ise şu cümleler yer almıştır:

"....Din devlet nazarında vicdanlarda kaldıkça muhteremdir ve masundur. Dinin hüküm halinde kanunlara girmesi tarihin seyrinde ekseriya tacidarların, mütegallibeinin, kavilerin keyif ve arzularını tatmine vasıta olmasını istilzam etmiştir. Dini dünyadan ayırmakla asla haszır devleti, beşeriyeti tarihin bu kanlı beliyyesinden kurtarmış ve dine hakiki ve mübbet bird taht olan vicdanı tahsis etmiştir. Bahusus muhtelif dinlere mensup tebaayı ihtiva eden devletlerde tek bir kanun bütün camiada tatbik kabiliyetini ihraz edebilmesi için bunun din ile kat'ı münasebet etmesi hakimiyeti milliye için de bir zarurettir. Çünkü kanunlar dine müstenit olursa vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, muhtelif dinlere salik tebaası için ayrı ayrı kanun yapmak icap eder. Bu hal asrı hazır devletinde şartı esasi olan siyasi, içtimai, milli vahdete külliyen münafidir. Hatırlamak icabeder ki,devlet yalnız tabaası ile değil ecnebilerle de hali temastadır. Bu takdirde onlar için de kapitülasyon namı altında ahkamı istisnaiye kabul etmek

zarureti hasıl olur. Lozan muahedesi ile ilga olunan Kapitülasyonların memleketimizde ipkası için ecnebiler tarafından serdedilen esbabı mucibenin en mühim ciheti bu nokta olmuştur…….".

(Metnin sadeleştirilmiş hali şu şekildedir:

Din, devlet nazarında vicdanlarda kaldıkça saygın ve dokunulmazdır. Dinin, hüküm halinde kanunlara girmesi tarihin seyrinde çoğunlukla hükümdarların, zorbaların, kuvvetlilerin keyfi arzularını tatmine vasıta olmasını gerektirmiştir. Dini dünyadan ayırmakla son çağımız devletini, insanlığı tarihin bu kanlı derdinden kurtarmış ve dine hakiki ve sürekli bir taht olan vicdanı tahsis etmiştir. Özellikle çeşitli dinlere mensup tebaayı ihtiva eden devletlerde tek bir kanunun bütün camiada uygulanabilme kabiliyetini kazanabilmesi için bunun din ile münasebetini kesmesi milli hâkimiyet için de bir zorunluluktur. Çünkü kanunlar dine dayalı olursa ve vicdan hürriyetini kabul mecburiyetinde bulunan devlete, çeşitli dinlere mensup olan tebaası için ayrı ayrı kanun yapmak icap eder. Bu hal günümüz devletinde esas şart olan siyasi, sosyal ve milli birliğe tamamen aykırıdır. Hatırlamak gerekir ki; devlet yalnız tebaası ile değil; ecnebilerle de temastadır. Bu takdirde onlar için kapitülasyon adı altında istisnai hükümler kabul etmek zorunluluğu doğar. Lozan Anlaşması ile kaldırılan kapitülasyonların daimi kılınması için ecnebiler tarafından sarfedilen gerekçenin en önemli amacı bu nokta olmuştur.

B) Medeni Kanunun Dili

Medeni Kanunumuza kabul edilişinden yaklaşık 50 yıl sonra yöneltilen en büyük eleştirilerden başta geleni dili olmuştur. Kanunun dilinin çok eski ve birçok hükümlerinin anlaşılmaz olduğu, Osmanlıca dilinden kalma terim ve kavramlar içerdiği, yeni kuşağın anlayamayacağı ifade edilmiştir.

Bu eleştiri yapıldığı dönem için doğru, Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği dönem için yanlıştı. Bu yanlışlığı o tarihte de dile getirdim, şimdi de dile getiriyorum.

Medeni Kanun yapıldığı dönem ve yıllar itibariyle oldukça arı ve anlaşılır bir dil ile kaleme alınmıştır.

"Herkes haklarını kullanmakta ve borçları ifade hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir" (md.2); "Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde asıl olan, onun vücududur" (md.3);"Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nısfetle hükmeder" (md.4); "Kanun, hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını isbata mecburdur" (md.6);"Rüşd, on sekiz yaşın ikmaliyle başlar. Evlenme, kişiyi reşit kılar" (md.11) şeklinde İMK.'nun Fransızca maddeleri 1926'daki Türk Dili açısından acaba bundan daha anlaşılır şekilde nasıl kaleme alınabilirdi.

C) Medeni Kanunun Sistematiği

Medeni Kanun bu alandaki hukuksal konu ve ilişkileri çok sistematik bir şekilde ele almıştır. Bu anlamda olmak üzere tüm özel hukukun temeli olma niteliğine sahip olan yedi maddelik Başlangıç Hükümlerinden sonra, Şahsın Hukuku kitabında gerçek ve tüzel kişiler ayrımına dayalı olarak hukukun süjesi olan kişileri, gerçek kişi dediğimiz insanın hangi andan itibaren kişilik kazandığı ne gibi haklara ve yetkilere sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Bunu takip eden ikinci kitapta Aile Hukuku, üçüncü kitapta Miras Hukuku, Dördüncü Kitapta ise Eşya Hukuku ele alınmıştır.

Borçlar Kanunu ayrı bir Kanun numarası ile ayrı madde numaraları ile fakat Medeni Kanunumuzla birlikte aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Ayrı madde numaraları taşımalarına rağmen bu iki kanun birbirini tamamlarlar. Nitekim bu husus BK.'muzun 544. maddesinde "Kanunu Medeninin mütemmimi olan işbu kanun, merbut tashihler ile beraber kabul edilmiştir" hükmü ile bu niteliği açıkça ortaya koymuştur. Borçlar Kanunu'nun ilk 1-181. maddeleri tüm borç ilişkileri için geçerli olan genel hükümleri içermekteydi. Bunu takip eden 182-544. maddelerde ise günlük yaşantımızda çok sık uygulama bulan sözleşme türleri ortak nitelikleri göz önünde tutulmak suretiyle birbiri ardında hükme bağlanmış bulunmaktaydı.

D) Medeni Kanunda Din ve İnanç Özgürlüğü

Medeni Kanunumuz laiklik esasına dayanmaktadır.

Bunun en önemli kanıtı yukarıda ifade ettiğimiz Esbab-ı Mucibe Layihasıyla ortaya konulmuştur.

Medeni Kanunumuz kişilerin din ve inançları ne olursa olsun herkese uygulanan bir kanundur. Bu nedenle kişilerin din ve inançlarına göre düzenleme içermemektedir.

Bunun iki önemli kanıtı mevcuttur.

1) Evlilikte Dini Tören

a) Resmi Evlilik Yapılmadan Dini Tören Yasağı

Medeni Kanunumuz evlenmeyi Devlet tarafından gerçekleştirilen resmi bir işlem olarak öngörmüştür. Evlenme başvurusu üzerine tarafların yasada öngörülen koşullara sahip olup olmadığını inceleme, bu koşullar mevcut değilse red etme, mevcut ise tarafların evlenmelerine izin verme ve evlenmelerini sağlama görevi evlendirme memurluklarına verilmiştir. Evlendirme memuru, Belediye bulunan yerlerde Belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtar olarak tayin edilmiştir (eski MK.md.97; yeni TMK.md.134). Bunlar arasında tarafların dini inançlarına göre din görevlilerine (imam, papaz, haham gibi) yer verilmemiştir.

Evlenmelerinde sakınca bulunmayan tarafların evliliklerinin ise evlendirme dairesinde yapılması öngörülmüştür (eski MK.md.106; yeni TMK.md.140). Bu hükümle de tarafların dini inançlarına dini mekânlarda evlenmenin mümkün olmadığı ifade edilmek istenmiştir.

Bu hükümler evlenme başvurusu ve evlenme töreninin tarafların dini inançlarından bağımsız tamamen Devletin bir resmi işlemi olarak düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

Acaba bu resmi işlem yanında tarafların dini inançlarına göre tören yapmaları mümkün müdür?

TMK.'muz bu konuyu da hükme bağlamıştır.

MK.' muzun 110. maddesine (yeni TMK.md.143) göre:

"Evlendirme memuru, merasimin hitamı üzerine derhal karı ve kocaya bir evlenme kağıdı verir. Evlenme kağıdı ibraz edilmeden, evlenmenin dini merasimi yapılamaz. Bununla beraber evlenmenin tamamiyeti dini merasimin icrasına mütevakkıf değildir".

(Bu maddeyi karşılayan yeni TMK.md.143 hükmüne göre:

"Evlenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir.

Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz".

MK.'muzun 110. maddesinin Türk Toplumuna kazandırdığı en önemli yeniliklerden birisidir. Yasa bu hükmüyle artık Türk Hukukunda resmi evlilik sistemine geçildiğini, dini nikâhın evliliğe yol açamayacağını öngörmüştür. Evlilik resmi olarak yapıldığında taraflar ve özellikle kadınlar aile hukuku ilişkilerinde, bu alandaki hak ve yetkileri konusunda Devlet güvencesini elde etmektedirler. Resmi evlilik ya da resmi nikâh Devlet'in evlenmenin koşullarını kendiliğinden aradığı, bu koşullara sahip olanların evlenmesini kabul ettiği, bu evliliğe eşlerin son veremediği, ancak Devlet'in yargı organları tarafından yapılan yargılama ile sonlandırılabildiği, buna karar verilirken eşlerin ve varsa çocukların korunması için gereken her türlü önlemlerin alındığı evliliktir. Bütün bunların yapılması kamu düzeni ile ilgili olup, emredici hukuk kurallarına tabi tutulmuştur.

Burada "resmi nikâh dini merasim" ilkesi kabul edilmiştir.

Öte yandan maddede hükme bağlanmış resmi nikâhtan sonra yapılan işlem konusunda, madde dikkatle okunacak olursa bir başka gerçek daha ortaya çıkmaktadır. Maddede "dini nikâhtan" değil "dini merasimden" söz edilmiştir. Zira TMK.'muz karşısında bir tek nikâh vardır. O da resmi evliliktir. Resmi evlilikten sonra yapılan nikâh ya da evlenme değil "dini merasim ya da tören"dir. Madde "dini merasim" ifadesini kullanmış, İslam dinine ilişkin bir kayda yani "imam nikâhı ya da İslami merasim" ifadelerine yer vermemiştir. Zira evlenecek kişiler İslam dinine mensup

olmayabilir. Bu anlamda olmak üzere ülkemizde Hristiyan dinine mensup bir kişi evlenirken de resmi nikah yapmadan kilise töreni yapamayacaktır.

b) Dini Törenin Zorunlu Olmadığı

TMK.'muzun 143. maddesinin III. fıkrası aynı konuyla ilgili bir başka önemli hükme yer vermiştir. Bu hükme göre:

"Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir".

(Bu maddeyi karşılayan yeni TMK.md.143 f.III hükmüne göre:

"Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir".

2) Çocukların Din Eğitimi

MK.'muzun 266. maddesi (yeni TMK.md.341) "Dini Terbiye" kenar başlığı altında şu hükümleri getirmiştir.

"Çocuğun dini terbiyesini tayin ana ve babaya aittir. Ana babanın bu hususta ki hürriyetini tahdit edecek her türlü mukavele muteber değildir.

Reşid, dinini intihapta hürdür"[2].

(Bu maddenin karşılığı olan yeni TMK.md.341 hükmüne göre:

"Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir.

Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir.

Ergin, dinini seçmekte özgürdür".

Bu hükümlerin sonucu olarak ana ve baba kendi dini inançlarına göre çocuklarına dini eğitim verebilirler. Ancak çocuklar ergin olduğunda ana ve babanın bu konuda verdiği eğitimle bağlı olmayıp maddenin III. fıkrasında ifade edildiği gibi kendi dinini seçmekte özgür bırakılmıştır.

---

[2] Bu maddeyi karşılayan İMK'.nun eski 277. maddesi sonradan yapılan değişiklikle 303.maddede tekrar edilmiştir. Son olarak "velayet ve vesayet" hükümlerinde 21 Haziran 2013'te yapılan ve 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren köklü değişikliklerle bu madde şu şekilde hükme bağlanmıştır:
IV. Religiöse Erziehung2"
1 Über die religiöse Erziehung verfügen die Eltern.
2 . Ein Vertrag, der diese Befugnis beschränkt, ist ungültig.
3 Hat ein Kind das 16. Altersjahr zurückgelegt, so entscheidet es selbständig über sein religiöses Bekenntnis"
(Dini eğitim Dini eğitim konusunda yetki ana ve babaya aittir.Bu yetkiyi sınırlandıran bir sözleşme hükümsüzdür.
Küçük 16 yaşını ikmal ettiğinde, kendi dinini seçmede bizzat karar verme hakkına sahiptir).

TMK.'muzun 110 hükmü ana ve babaya çocuğun dini eğitimini belirleme konusunda bir hak tanımıştır. Bundan ana ve babanın çocuklarına mutlaka dini eğitim vermek zorunda oldukları sonucu çıkartılmamalıdır. Ana ve baba çocuklarına belirli bir dini eğitim vermek zorunda değildir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz bu hükümler MK.'muzun birçok önemli özellikleri yanında en önemli özelliğinin Medeni Hukuk ilişkilerinde kişilerin dinsel inançlarına ilişkin düzenlemelere yer vermemesi olmuştur. Bu yönüyle Medeni Kanun'un laiklik esasına dayandığından, kişilerin dinsel inançlarına göre düzenlemeler içermemesi niteliğinden söz edilmektedir.

E) Medeni Kanunumuzda İnsan Hakları

Medeni Kanunumuz insan ve insan haklarına değer vermiştir. Bu anlamda olmak üzere kişilik hakkını oluşturan değerler geniş ve etkin bir koruma altına alınmıştır.

"Şahsiyetin himayesi" kenar başlığı altında 23. maddede kişinin kişilik hakkı değerlerinin (varlıklarının) kendi istek ve iradesiyle ihlal etmesine karşı korunması, 24. maddede ise kişilik hakkını oluşturan değerlere üçüncü kişilerden gelen tecavüzlere karşı korunması etkin bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Bu iki madde kişilik hakkının özel hukuk alanında korunmasına ilişkin birer devrim hükmü niteliğindedir.

MK.md.23 hükmüne göre:

"Kimse, medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez.

Kimse ,hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez".

Madde bu hükmüyle insanı insan yapan temel değerlerden bizzat kendi isteği ile olsa bile vazgeçmesinin mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Buna göre bir kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi feragat etmesi mümkün olmayacaktır. Bunun sonucu olarak hiç kimse hukuksal işlemlere ve bunun yaygın türü olan sözleşmelere taraf olma, davanın tarafı olabilme (husumet ehliyeti) ehliyetinden, keza hiçbir kimse yasal koşullara sahip olmak kaydıyla bizzat hukuksal işlemler yapabilme ehliyetinden de feragat edemeyecektir.

Maddenin ikinci fıkrası ise aynı kuralı özgürlüklerden feragat etmek için yasaklamıştır. Buna göre hiç kimse hak arama ve savunma özgürlüğünden, seyahat, yerleşme, düşünceyi açıklama, yayın yapma, yaşam hakkı gibi özgürlüklerinden feragat edemeyecektir. Bunların kısıtlanmasını ise hukuka veya ahlaka aykırı olarak kabul edemeyecektir.

Bu hükümler Türk Hukuku ve insanı için birer devrim niteliğindedir. Günümüzde "insan hakları" olarak adlandırılan bu tür haklar Türk Medeni Kanunu sayesinde bu topluma 1926'da kazandırılmıştır. Bu hüküm Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde ilk kez 1948'de tanınmıştır. Yani Medeni Kanunumuz bu temel insan hakkı hükümlerini Türk Toplumuna bundan 26 yıl önce kazandırmıştır.

F) Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

MK.'muzun Türk Toplumuna kazandırdığı en önemli yeniliklerden birisi kadın erkek eşitliğini getirmiş olmasıdır.

MK.'muzun 8. maddesi "Her şahıs, medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir" hükmünü getirmiştir.

Bu hüküm de insanların eşitliğine dayanan bir temel insan hakkı maddesidir. Türk toplumuna bu hükmü MK.'muz 1926' da kazandırmıştır.

Hükmün anlamı açıktır. Herkes medeni haklardan yararlanma hakkına sahiptir. Sözleşmeye taraf olma, mirasçı olabilme, ayni haklara sahip olma gibi Medeni Hukuk haklarından ve diğer yasalarda tanınmış olan haklardan yararlanma her şahıs için tanınmış olan bir haktır.

Maddenin 2. cümlesi temel bir insan hakkı maddesini hükme bağlamıştır. Bu hükme göre herkes kanun önünde haklardan yararlanma ve borç altına girebilme konusunda eşittir. Bunun sonucu olarak kişilerin kadın erkek, yerli yabancı, yaşlı genç, zengin yoksul, müslüman ya da müslüman olmayan ayrımı tarihe gömülmüştür.

Evlilik hukukunda kişilerin nişanlanma, evlenme konusunda karar verme yetkisi kendilerine bırakılmıştır. Kadın veya erkek kendi özgür iradeleriyle nişanlanabilmekte ve evlenebilmektedir.

Aynı şekilde boşanma hakkı koşulların varlığı halinde her iki eşe de yani sadece erkeğe değil kadına da tanınmış bir haktır. Eski hukuk düzeninde kadınlara tanınmamış olan boşanma hakkı MK.'muzda kadınlara da tanınmıştır.

G) Medeni Kanunda Ailenin ve Zayıfların Korunması İlkesi

Medeni Kanunumuz "resmi nikâh dini tören" ilkesi ile evliliği devletin resmi bir işlemi haline getirmiş, bunun ölüm dışındaki hallerde sona ermesini ise yargı kararına bağlamış yani sona ermesini de resmiyete bağlamış, kocanın istek ve iradesine terk etmemiştir. Evliliğin mahkeme kararı ile sona erdirilmesi yani evliliğin iptali ya da boşanma belirli sebeplere bağlanmıştır. Bu sebepler olmadıkça aile korunmuş,

gelişigüzel ve evliliğin sona ermesini gerektiren bir haklı sebep olmadan yıkılmasını kabul etmemiştir. Bu düzenlemelerle aileye güçlü bir devlet koruması getirilmiştir.

MK.'muz zayıfların korunması konusunda önemli düzenlemeler ve kurumlar getirmiştir.

Bu anlamda olmak üzere suiistimal edilmelerini önlemek amacıyla MK.'muz 89. maddesinin II. fıkrasında akıl hastalarının evlenmelerini yasaklamış, bu kişilerin evlenmelerini mutlak butlan yaptırımına (MK.md.112/f.II) tabi tutmuştur. Hata, hile veya tehdit altında yapılan evliliklerin iptal edilebilmelerine imkan tanınmıştır (MK.md.116-118).

Canına kast edilen veya kötü muameleye tabi tutulan eşe boşanma davası açma hakkı tanınmıştır (MK.md.130).

Velayet altındakilere yani küçüklere karşı ana ve babanın görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde hakimin gereken önlemleri alması (MK.md.272); gerektiğinde çocukların bir kuruma yerleştirilmesine karar vermesi (MK.md.273); velayetin gerektiğinde ana ve/veya babadan alınmasına hükmedilmesi (MK.md.274) olanağı getirilmiştir.

Evlilik dışı doğan çocukların babalarına soybağı ile bağlanması için babalık davası açılabilmesi kabul edilmiştir (MK.md.295 vd.).

MK.md.315"te yoksulluğa düşen belirli derecedeki yakınlara nafaka talep edebilme olanağı getirilmiştir (MK.md.315 vd.)

Nihayet bütün bunlar dışında zayıfların korunması açısından çok önemli bir kurum olan vesayet kurumuna yer verilmiştir. Burada kendi iş ve işlemlerini yürütemeyecek olan velayet altında bulunmayan küçükler ile akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, kötü hal veya kötü idare sahibi kişiler ile, özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olmuş kişiler ile yaşlılığı ve deneyimsizliği nedeniyle işlerini bizzat yapamayacak kişiler için vesayet altına alınma kurumu kabul edilmiştir (Eski MK.md.346 vd. yeni TMK.md.396 vd.). Bu kişilerin vesayet altına alındıktan sonra da kendilerine tayin edilen vasiler tarafından zarara uğratılmaması için, vesayet makamı ve denetim makamına bu konuda geniş yetkiler verilmiştir.

II) Yeni Türk Medeni Kanunu

1) Yeni Bir Medeni Kanuna Olan İhtiyaç

Yasalar kalıcı değildir. Zira yasalar ihtiyaçlardan doğar. İhtiyaçlar ise devamlı olarak değişir. Ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında yasalara yeni hükümler eklenebilir, mevcut hükümleri değiştirilebilir, kapsamlı ihtiyaçlar karşısında ise yerine yeni yasalar yürürlüğe konulabilir. Ancak temel yasaların yerlerine yeni yasaların yürürlüğe

konulması yerine, ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle yeni hükümlerin eklenmesi ve hükümlerinin değiştirilmesi yöntemi tercih edilir. Zira temel yasalar toplumun tamamını yakından ilgilendirir, yürürlükten kaldırılıp yerine yenilerinin kabul edilmesi sakıncalar yaratır. Nitekim bu nedenle Alman Medeni Kanunu (BGB) (Bürgerlichesgesetzbuch), Fransız Medeni Kanunu (Code civile), İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) (Schweizreschie Zivilgesetzbuch) gibi kanunlar bizim Medeni Kanunumuz'dan eski tarihli olmalarına rağmen, yerlerine yenilerinin kabul edilmesi çözümüne tabi tutulmamış, ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle yasaların mevcut hükümleri değiştirilmiş, yeni hükümler eklenmiş, fakat madde numaraları korunmuş, mevcut madde numaralarını takip eden (234 a,234b,234 c gibi) yeni kurumlar eklenmiştir.

Kaynak İMK. 1912 yılında yani bizim MK.'muzdan 14 yıl önce yürürlüğe konulmuş, ihtiyaç duyuldukça mevcut yasada gerekli değişiklikler yapılmış, mevcut madde numaralarını takip eden yeni kurumlar eklenmiştir.

Türk yasa koyucusu da gecikmeli de olsa Medeni Hukuk alanında ortaya çıkan bazı yeni ihtiyaçlar karşısında benzer yöntemi uygulamıştır. Bunun en güzel örneğini, 4.5.1988 tarihinde 3444 sayılı yasa ile Medeni Kanunumuza 24 a maddesinin eklenmesi, Borçlar Kanunumuzun 49. maddesinin değiştirilmesi; 23.11.1990 tarihinde 3678 sayılı yasa ile MK.'ya "üst hakkı" ile ilgili olarak 751a-751 j numaraları ile eklenen yeni maddeler oluşturmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte aradan geçen 76 yıllık süre içinde ortaya çıkan kapsamlı ihtiyaçlar ve özellikle Türk dilindeki gelişmeler, yeni kuşaklar için Medeni Kanunun dilinin ağır gelmesi, kabul edildiği tarih itibariyle oldukça anlaşılır bir dil ile kaleme alınması karşısında MK.'muzun korunarak değiştirilmesi yerine yeni bir Medeni Kanunun yürürlüğe konulması düşüncesi galip gelmiştir. Bu doğru mu olmuştur? Benim kanıma göre hayır. O tarihte de halen gerek MK.'muz gerekse Borçlar Kanunu' muzun madde numaralarının korunması suretiyle değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Aşağıda açıklayacağım üzere, Medeni Kanun'un değiştirilmesi amacıyla oluşturulan komisyonda başkanlık dönemim yasanın 650. maddesine kadar devam etmiş, bu görevden ve üyeliğinden istifamdan sonra hazırlanan Taslak'ta madde numaraları değiştirilmiş idi.

2) Taslak Komisyonunun Oluşturulması

DYP SHP Koalisyon Hükümeti döneminde, yargı ve hukuk alanında çok ciddi hizmetler yapmış olan ve bunlardan birisi olarak topluma ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında yeni bir Medeni Kanun kazandırma amacını taşıyan Seyfi Oktay Adalet Bakanlığı görevine getirilmiş, 1994 yılında yeni bir Medeni Kanun hazırlanması amacıyla Bakanlık bünyesinde 14.01.1994 tarihli bir olur ile komisyon oluşturulmasına karar vermişti.

O tarihlerde ben Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesin Medeni Hukuk Anabilim Dalında henüz beş yıllık yeni genç bir profesör idim. Böyle bir komisyonda görev almam talep edildi ve verimli olabilmem amacıyla da bana Adalet Bakanlığı'nda Yüksek Müşavirlik görevi teklif edildi. Bu görevleri memnuniyetle kabul ettim. Bu amaçla oluşturulan "Medeni Kanun Taslak Komisyonu"nun ilk toplantısında komisyon başkanlığı görevine getirildim.

Komisyon ağırlıklı olmak üzere Üniversite Öğretim Üyeleri ile bu alanla yakından ilgili Yargıtay'ın ilgili hukuk dairelerinden bir kısım üyeler, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Türk Hukuk Kurumu, Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Merkezi, Adalet Bakanlığının Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ile ilgili birimlerinden görevliler gibi kurum ve kuruluşların temsilcilerinden oluşturulmuş, ilk toplantısında beni başkan olarak seçmişti.

Komisyon kural olarak iki haftada bir cuma, cumartesi ve Pazar günleri toplanarak çalışmalarına başladı.

Çalışmalar sırasında Medeni Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre'deki gelişmeler ve bu anlamda olmak üzere İsviçre Medeni Kanun'da yapılan değişiklikler başta olmak üzere, Alman Medeni Kanunu (BGB) ve Avusturya Medeni Kanunları (ABGB), o tarihe kadar Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Antlaşmalar, Yargı uygulamaları ve bundan doğan sorunlar ve bu alanlardaki gelişmeler üzerinde durulmuştur.

İsviçre Medeni Kanunu'nda yaptığımız incelemelerde, 1984 yılında yapılan ve 1988 yılında yürürlüğe konulan değişiklikle yasal mal rejimi olan Mal Birliği rejimi yerine "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin" (Errungenschaftsbeteiligung) yasal mal rejimi haline getirilmiş olduğu, mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinin ise seçimlik rejim olarak kabul edildiği tespit edildi.

Bu çalışmalar sırasında öğretim üyelerinin ciddi ve önemli araştırmalar yaparak toplantılara hazırlıklı geldiğini ve taslağın hazırlanmasında bu çalışmaların etkili olduğunu; aynı amaçla 1951 yılında büyük hukukçu merhum Prof.Dr.Hıfzı Veldet Velidedeoğlu başkanlığındaki komisyonun hazırladığı 1971 taslağı ile 1984 yılında merhum Prof.Dr.Kemal Oğuzman başkanlığındaki komisyonun hazırladıkları 1984 taslaklarından çok yararlandığımızı, bu değerli eserlerin çalışmalarımızı kolaylaştırdığını burada itiraf etmem gerekir.

Komisyon üyelerinden Ankara dışından gelenlere Hakimevinde konaklama ulaşım olanakları sunulmakta idi. Bunun dışında her toplantı için çok sembolik miktarda toplantı ücreti (huzur hakkı) de ödendiğini hatırlıyorum.

Bununla vurgulamak istediğim husus şudur. Komisyon üyeleri sırf bu iş için görevlendirilmiş kişiler olmayıp, kendileri için asıl meslek ve işleri yanında, komisyon çalışmalarını bir yan görev olarak yürütmekteydi. Bu durum üyelerin taslak çalışma-

larında yeterli zaman ayıramamaları, kaynaklara inememeleri, ancak toplantı sırasındaki tartışmalar yönünde düşünce açıklayabilmeleri sonucunu doğurmaktaydı.

Bu yöntem ve görevlendirme nedeniyle, bu çalışmalarda Medeni Hukuk Öğretim Üyelerinin, uzmanlık alanları olması nedeniyle katkıları dışında, ciddi bir verim almak mümkün olmamıştı. Bu çalışmalar bana şu deneyimi kazandırmıştı. Bu tür temel ve önemli yasalarla ilgili taslak ya da tasarı çalışmalarından verimli sonuç alabilmek için, çalışmaya çağrılan komisyon üyelerinin kendi kurum, meslek ya da işleriyle olan bağlarına ara verilmeli, emeklerinin tam karşılıkları sağlanmalı, uygun çalışma ortamı ve gerekli tüm kaynaklar temin edilmelidir.

Çalışmalarımız sırasında Medeni Kanun'un tüm maddeleri tek tek ele alınmakta, bazı maddeler saatlerce tartışılmakta, son şeklinin verilmesinde çıkmaza girildiğinde taslak çalışmaları tamamlandığında dönüp yeniden ele alınmak üzere ileriye ertelenmekte idi. Bunun ise şu sakıncasını gördük. İleride bu maddelere dönüldüğünde geçmişteki tartışmalar ve değerlendirmeler, diğer maddelerle ve düzenlemelerle irtibatı unutulmakta ve sağlıklı bir sonuç elde edilmemekteydi.

Çalışmalarımız sırasında karşılaştığımız en önemli sorunlardan bir başkası madde gerekçeleri olmuştu. Genel gerekçe tüm Taslak çalışmasının tamamlanmasına bırakılmıştı. Tüm taslak çalışmaları tamamlandıktan sonra genel gerekçenin kaleme alınması kabul edilmişti.

Madde gerekçelerinin kaleme alınmasında izlenen yöntem şu şekilde idi:

Komisyon üyeleri sadece maddeleri tartışmakta, maddeye son şekli verilmekte, neden değişiklik yapıldığı ya da yeni madde veya kurumlara neden yer verildiğinin gerekçesi ile tartışmalar ise o anda kaleme alınmamakta idi. Bunların kaleme alınması komisyon başkanına ya da Bakanlık mensuplarına bırakılmakta idi. Üç gün süren yorucu bir çalışmadan sonra ise ele alınan maddelerle ilgili gerekçeler ise hemen yazılamadığından ve tartışmalar sırasında komisyon üyeleri gerekçe sunmadıklarından sonradan kaleme alınan madde gerekçeleri konusunda, geçmişte yapılan tartışmalar unutulmakta, maddeye son şeklinin verilmesindeki nedenler atlanmakta ve bu nedenle de madde gerekçeleri çok zayıf kalmakta idi.

Nitekim yeni TMK.'muzun madde gerekçeleri incelendiğinde maddeyi tam yansıtmadığı, doyurucu olmadığı, karşılaştırmalı hukukla ilgili mukayeseler içermediği, hatta birçok hallerde gerekçesiz ya da çelişkili gerekçeler içerdiği görülmektedir.

Madde gerekçeleri konusunda yaşadığımız diğer bir mantıksızlık taslağın tasarı haline getirilmesi ve TBMM Adalet Komisyonuna sunulmasından sonra bu komisyonda maddeler değiştirildiği halde, madde gerekçelerinin bu değişiklik yönünde değiştirilmemesi olmuştur. Bu hususu aşağıda ele alacağım.

3) Tüzel Kişilerin Alt Komisyona Sevk Edilmesi

Komisyon çalışmalarının süratlendirilmesi amacıyla zaman zaman bazı hukuksal kurumlar ya da maddelerle ilgili olarak alt komisyonlar oluşturma yöntemi uygulanmıştı.

Tüzel kişiler konusunda da bu yöntem uygulandı.

Marmara Hukuk Fakültesinden meslektaşlarımızın Üçüncü Sektör Vakfı için hazırladıkları Gönüllü Kuruluşlar Kanun Tasarısından (Cevdet Yavuz, Gökhan Antalya, Osman Gürzumar, Mehmet Akif Aydın) esinlenerek hazırladıkları çalışmayı komisyona getirme görevini üstlendiler.

Bu meslektaşlarımız yaptıkları çalışmaları, Taslak ile ilgili çalışmalarımızın tamamlanmasından sonra komisyona getirdiler ve bu haliyle tartışılmadan Kanun Taslağına alındı.

4) Boşanma Sebeplerine İlişkin Tartışma

Boşanma sebepleri ve sonuçları ile ilgili konuya gelindiğinde, İsviçre'de bu konuda çok önemli çalışmaların yapıldığı, bu konuda İMK.'nda değişiklik yapılacağı tespit edilmişti.

İMK. boşanma sebeplerini zina, hayata kast-pek kötü muamele-onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin temelden sarsılması olmak üzere altı sebep olarak hükme bağlamıştı. Eski 743 sayılı Türk Medeni Kanunu' muz da 4 Ekim 1926' da sebepleri aynen tekrar etmişti. Bizim hazırlık çalışmalarımız sırasında İsviçre'de sonradan 26 Haziran 1998'de yürürlüğe konulan bu değişiklikler takip edilmemiş, eski Medeni Kanunumuzun boşanma sebepleri ve sonuçları ile ilgili düzenlemesi bazı küçük değişikliklerle korunmuştur..

Burada İMK.'nda sözü edilen tarihte yapılan değişiklikler üzerinde bunların isabeti konusunda kısaca durmak gerekir.

Evliliğin boşanma ile son bulmasında özel boşanma sebeplerinin tamamı yasadan çıkartılmıştır. Boşanmanın iki halde mümkün olduğu kabul edilmiştir:

1) Anlaşmalı Boşanma (İMK.md.111-113)

İMK md. 111 "Ortak arzuya dayanan boşanma" başlığı altında iki hali birbirinden ayırmıştır:

a) Tam Anlaşmalı (Umfassende Einigung) Boşanma (İMK md. 111)

Burada, eşlerin boşanmanın bütün sonuçları üzerinde tam bir mutabakata varmış olmaları ve bunun serbest ve gerçek iradelerinin ürünü olması koşulu varsa, hâkim eşlere iki aylık düşünme süresi tanımakta; eşlerin yazılı olarak boşanma arzularını ve anlaşmalarını verdikleri tarihten iki ay geçtikten sonra boşanmaya karar verebilmektedir.

*Eşlerin bu nedenle boşanabilmeleri için mahkemeye birlikte başvurmaları, bizzat hazır bulunmaları, boşanmanın nafaka, aile konutu, **mal rejimine** ilişkin sonuçları konusunda tam bir anlaşmaya varmış olmaları, eşlerin mahkeme tarafından bizzat dinlenilmesi koşulları aranmaktadır* [3].

b)Kısmi Anlaşmalı (Teileinigung) Boşanma (İMK md. 112)

Eşler, boşanmada anlaştıkları halde, sonuçları konusunda anlaşamadıkları takdirde, mahkeme, tarafları dinlemekte, her bir eşin mahkemenin boşanma kararında boşanmanın sonuçları ile ilgili taleplerini bildirmelerini istemektedir.

Kısmi anlaşmalı boşanmada da, aynen tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi, tarafların mahkemeye birlikte başvurmaları, bizzat hazır bulunmaları, boşanmanın sonuçlarından anlaşabildikleri konular ile, her bir eşin anlaşamadıkları boşanma sonuçlarını bildirmeleri ve bu konuların hakim tarafından çözüme kavuşturulmasını istemeleri koşulları aranmaktadır.

Gerek tam, gerek kısmi anlaşmalı boşanmada mahkeme, boşanma isteğinin tarafların ortak arzusunun sonucu olmadığı kanısına varırsa, kısmi anlaşmalı boşanmada ise hakimin tarafların anlaşamadıkları konularda karar vermesinin mümkün olamadığı hallerde, eşlere, boşanma istemlerini dava yoluyla açıklamaları için süre tanımaktadır (İMK md. 113).

2) Dava Yoluyla Boşanma

a) Ayrılık Nedeniyle Boşanma (İMK.md.114)

Eşlerden her biri, diğerinin boşanma davası kendisine bildirildiği veya anlaşmalı boşanma yerine mahkemenin boşanma davası ile evliliğin sona erdirilmesine karar verdiği tarihte, en azından iki yıldan[4] *beri ayrı yaşamakta ise, mahkemeden boşanmaya karar verilmesini talep edebilir.*

Burada eşlerin en az iki yıldan beri ayrı yaşamaları halinde, herhangi birinin başvurusu üzerine mahkemenin boşanmaya karar vermesi söz konusudur.

b) Temelden Sarsılma (İMK md. 115)

İki yıllık süre dolmadığı halde, eşlerden her biri, evliliğin devamında kendisi için çekilmesi mümkün olmayan mühim sebepler var, ve evliliği devam ettirmesi kendisinden beklenemez ise, boşanma talep edebilir.

Burada, evlilik birliğinin temelden sarsılması, yani ortak yaşamın çekilmez hale

---

3 Honsell-Vogt-Geiser, 2006, Art.111 Nr.4.

4 Eski 114. maddede bu süre dört yıl iken 26.6.1998 tarihli olup, 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanmaya ilişkin hükümlerde değişiklikler yapan kanunla bu süre dört yıldan iki yıla indirilmiştir.

gelmesi nedeniyle boşanma söz konusudur. Bir önceki maddede, boşanma talep edebilmek için iki yıllık ayrılık süresi koşulu arandığı halde, evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle açılacak boşanma davasında bu koşula yer verilmemiştir.

Evlilik birliğini temelden sarsan her türlü sebep, burada akla gelebilir. Bu anlamda olmak üzere, İMK.'nda eskiden sayılmış olan özel boşanma sebepleri (zina, terk, hayata kast ve pek fena muameleler, mahkumiyet, akıl hastalığı gibi) ile, genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebepleri buraya girebilir [5].

c) Boşanma Davasının veya Karşı Davanın Kabulü (İMK md. 116)

Bir eş, ayrılık süresinden sonra veya evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanma talep eder, diğer eş, açık bir biçimde bunu kabul eder veya karşı dava (Wiederklage) açarsa, tam anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.

Burada iki yıllık ayrılık süresi nedeniyle ya da evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle açılan bir boşanma davasının kabulü ya da karşılık dava açılması sonucu boşanma söz konusudur. Madde bu durumda tam anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir.

5) Mal Rejimlerine İlişkin Tartışma

Taslak Komisyonumuzu en çok meşgul eden ve ciddi tartışmalara yol açan konu mal rejimleri olmuştur.

4 Ekim 1926'da Medeni Kanunumuz kabul edilirken, kaynak İsviçre Medeni Kanununda yasal mal rejimi mal birliği, mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri ise seçimlik rejimler olarak kabul edilmiştir.

Türk Yasa Koyucusu ise o tarihteki toplumun yapısını göz önünde tutarak yasal mal rejimi olarak mal ayrılığını, mal birliği ve mal ortaklığı rejimlerini ise seçimlik rejim kabul etmişti.

Aradan geçen 76 yıllık süre içinde yasal mal rejiminin mal ayrılığı olarak kabulü özellikle kadınlar aleyhine işleyen bir rejim haline dönüşmüş, evlilikte servetin kocaların elinde birikmesine yol açmıştı. Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün o tarihte yaptığı araştırmalar bu durumu açıkça ortaya koymakta idi. Öte yandan Türkiye'nin de üyesi olma kararlılığında olduğu Avrupa Topluluğu ülkelerinin büyük çoğunluğunun aralarında küçük farklar bulunmasına karşın "edinilmiş mallara katılma rejimi"ni kabul ettiğini gördük.

İsviçre'de 1.1.1912 tarihinden 1984 yılına kadar yasal mal rejimi "mal birliği" olmasına ve mal ayrılığı rejimine nazaran adil bir rejim niteliği taşımasına rağmen

---

5 Honsell-Vogt-Geiser,2006, Art.13-24.

İsviçre'de 1988 yılında yürürlüğe giren yasa değişikliği ile yasal mal rejiminin "edinilmiş mallara katılma rejimi" dediğimiz yeni bir rejim olarak kabul edildiğini gördük. Ancak bizim Taslak çalışmalarımız sırasında henüz altı yıllık bir uygulaması olan bu rejim hakkında komisyon üyeleri olarak da kapsamlı bilgi ve kaynaklara sahip değildik. Bu amaçla kapsamlı araştırmalar yaptık.

Bu araştırmalar sonunda komisyon üyelerinin bir kısmı bu rejimin karmaşık olduğunu, tasfiyesinin zorluklar yaratabileceği düşüncesini ileri sürdüler.

Bu önemli konu nedeniyle çalışmalarımız ilerleyemiyordu. Bu amaçla bir kısım öğretim üyesi meslektaşlarımızdan (Aydın Zevkliler; Cevdet Yavuz; Gökhan Antalya) oluşan alt komisyon oluşturduk.

Bu komisyon çalışmaları sonunda bize Avusturya Medeni Kanunu'ndan esinlenerek "paylaşmalı mal ayrılığı" rejiminin yasal mal rejimi sayılması yönünde bir öneri getirdi.

Yapılan tartışmalar ve oylama sonucu taslakta yasal mal rejimi olarak "paylaşmalı mal ayrılığı rejimini" kabul edip, mevcut yasadaki mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri ile İMK.'daki yasal mal rejimi olan "edinilmiş mallara katılma rejimini" seçimlik rejimler haline getirdik. Böylece mevcut MK.'muzda iki seçimlik rejimin sayısı üçe çıkmış oldu.

6) Yeni Adalet Bakanı Ve Komisyon Çalışmalarının Durdurulması

Medeni Kanun Taslak çalışmalarımız eski Medeni Kanun'a göre 620. Maddeye yani Eşya Hukuku'na kadar gelmişti.

RP ile DYP tarafından kurulan yeni Refahyol Hükumeti döneminde Adalet Bakanlığı'na Ş.Kazan getirildi. Bakan göreve gelir gelmez Bakanlık Yüksek Müşavirleriyle bir tanışma toplantısı yaptı. Bu toplantının amacının müşavirleri ve Dünya görüşlerini yakından tanıyıp hangileri ile devam edip etmeyeceklerini tespit etmeye yönelik olduğu belliydi.

Bu toplantıya katıldım. Toplantıdan birkaç gün sonra Bakan imzası ile bana gönderilen bir teşekkür yazısı ile Yüksek Müşavirlik görevinden alındım.

Hükumetin yapısı, özellikle Bakanın sosyal ve siyasal görüşleri bakımından "4 Ekim 1926 ruhunu devam ettirme hedefiyle hazırlanacak yeni Türk Medeni Kanunu"na sıcak bakmadığı belli idi. Bunu bildiğim için de Medeni Kanun Taslak Komisyonu başkanlık ve üyelik görevlerinden istifa ettim.

Nitekim tahminim doğru çıktı. Medeni Kanun Taslak Komisyonu çalışmaları durduruldu.

Refahyol Hükumeti o tarihte yaşanan bazı siyasi krizler sonunda Başbakan Er-

bakan'ın istifa etmesiyle son buldu. 28.06.1996 tarihinde Adalet Bakanlığına getirilen Ş.Kazan'ın görevi 30.06.1997 tarihinde son buldu.

Yeni Adalet Bakanı döneminde taslak çalışmalarına devam edilmiş, madde gerekçeleri yanında oldukça uzun bir genel gerekçeye yer verilmişti. Bu genel gerekçede yukarıda sözünü ettiğim Esbab-ı Mucibe Layihası özet olarak tekrar edilmiş, din kuralları hukuk kuralları arasındaki farkları ortaya koyan cümleler çıkartılmış; Adalet Bakanlığına teslim edilmişti. Söz konusu cümlelerin hangi komisyon üyesinin, kimin talimatı ya da telkini ile çıkartıldığı belli değildir.

Bütün bu gelişmelerden sonra seçimlere girilmesi nedeniyle Medeni Kanun Taslağı hükümsüz kalmıştı.

7) DSP MHP ANAP (57. Ecevit Hükumeti) ve Taslağın Tasarı Haline Gelebilmesi

Seçimlerde hiçbir partinin hükumeti kuracak çoğunluğu sağlayamamış olması nedeniyle merhum Bülent Ecevit tarafından üç partinin katılımıyla koalisyon olarak 28 Mayıs 1999-18 Kasım 2002 tarihleri arasında görev yapan **Türkiye Cumhuriyeti 57. Hükûmeti** kurulmuştu. Koalisyon ortakları DSP,MHP ve ANAP' tan oluşmaktaydı. Adalet Bakanlığı'na Prof.Dr.Hikmet Sami Türk getirilmişti.

Sayın Türk ile tanışmamız Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne 1972 yılında asistan olarak girişimle başlamıştı. Kendisi Ticaret Hukuku Anabilim Dalında doktorasını vermiş doçentlik çalışmalarına başlamıştı. Çok yönlü bir hukukçu idi. Sadece kendi uzmanlık alanı olan Ticaret Hukukunda değil, hukukun diğer dallarında ve özellikle seçim sistemleri, halka açık anonim şirketler, kadın hakları gibi konularda değerli çalışmaları ve yayınları olan kararlı ve kararlarında ısrarcı tutumu ile bilinirdi.

O tarihlerde "kadın hakları alanında" duyarlılıklar artmış, bu alanla ilgilenen sivil toplum örgütleri birçok yasalarda olduğu gibi özellikle 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi'nde yer alan "kadın erkek eşitliğini zedeleyen" hükümlerin tasfiyesi gerektiği konusunda çok önemli bir baskı unsuru oluşturmaya başlamıştı. Bu konularda çok sık toplantılar, açık oturumlar, sempozyumlar yapılmakta, Kadın Örgütleri tarafından yürüyüşler düzenlenmekte, TBMM.'den yeni Medeni Kanun çalışmalarına devam edilmesi ve hızlandırılması konusunda talepler iletilmekteydi.

Sayın Bakan yarım kalan Medeni Kanun Taslak çalışmalarını sürdürmeye bu kanunun ayrılmaz parçası olan yeni bir Borçlar Kanunu hazırlamaya karar vermişti. Bu çok önemli bir iddia idi. Zira Türk Hukukunun ağır topları niteliğindeki bu alanda yeni iki temel kanunu değiştirmek ve yürürlüğe koymak ülkemiz hukuku adına yeni bir devrim niteliği taşıyacaktı.

Sayın Bakan beni arayarak, yeniden Adalet Bakanlığı'ndaki Yüksek Müşavirlik görevine dönmemi, Medeni Kanun Komisyonu ile yeni oluşturulan Borçlar Kanunu

Komisyonu çalışmalarına katılmamı talep etti. Bu kez yeni Medeni Kanun'un yasalaşma şansının çok yüksek olduğunu gördüm. Büyük emekler sarf ettiğim Medeni Kanun çalışmalarına kaldığım yerden devam etmek istedim. Bu nedenle bu görevleri kabul ettim.

Komisyon Başkanlığı görevinden ayrılmamdan sonra yeni Bakan tarafından bu göreve Prof.Dr. Turgut Akıntürk hocamız getirilmişti. Değerli hocamızı bu çalışmaların tamamlanmasından sonraki birkaç yıl içinde Ankara Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı iken kaybetmenin üzüntüsünü yaşamaya devam ediyoruz.

Medeni Kanun Komisyon çalışmalarına bu kez Prof.Dr.T. Akıntürk 'ün başkanlığında çalışmalarını tamamlamış oldukça uzun olan bir genel ve ayrıca madde gerekçeleri ile birlikte Adalet Bakanlığı'na teslim edilmişti.

Sayın Bakanın bu konudaki açıklamaları kamuoyunun dikkatlerini Medeni Kanun'a çevirmişti.

Kadın hakları örgütleri sık sık Bakanı ziyaret etmekte, komisyon çalışmaları hakkında bilgi almakta ve özellikle "mal rejimleri" konusunda büyük duyarlılık göstermekteydi.

Adalet Bakanlığı bünyesinde Medeni Kanun Taslağını yeniden ele almak üzere 18.06.1999 tarihli olur ile yeni bir alt ve küçük komisyon yanında yeni bir Borçlar Kanunu Taslağı Hazırlama Komisyonu oluşturuldu.

Medeni Kanun alt komisyonunda öğretim üyeleri olarak Prof.Dr.Turgut Akıntürk, ben, Prof.Dr.Aydın Zevkliler, Prof.Dr.İlhan Ulusan, o tarihte Doç.Dr.Osman Berat Gürzümar (şimdi Prof.Dr) ile Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Uygur Aktalay, bu genel müdürlüğün görevlilerinden hakim Ali Em, Gülçin Durak, Ayten Sözen ve Zümra Yılmaz görev almıştı.

Bu komisyon Taslak'ta özellikle dil ve terim sorunları üzerinde durdu, taslakla ilgili kurum ve kuruluşlardan gelen tüm önerileri ve eleştirileri gözden geçirdi.

Yukarıda açıklamış olduğum gibi, ilk taslak çalışmaları sırasında mal rejimleri konusunda yaptığımız tartışmalar sonunda komisyon yasal mal rejiminin "paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" olmasını kabul etmişti.

Bakan HS Türk ise kaynak İMK. ve Batı'daki bir çok ülkelerde benzer yönde düzenlemelerde olduğu gibi yasal mal rejiminin "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" olması; özellikle 4 Ekim 1926 'dan bu yana Türk Medeni Hukukunun gelişmesinde kaynaklık yapan İsviçre'deki hukukçuların ve Federal Mahkemenin kararlarının takip edilmesinin çok büyük katkısı olduğu, kaynak İMK.nda yapılan değişiklikle kabul edilen yeni yasal mal rejimi yerine bir başka rejimin kabul edilmesinin yeni TMK. muzun gelişmesine zarar verebileceği düşüncesindeydi. Sonradan Tasarıya dönüşen Taslak gerek komisyondaki tartışmalarda, gerekse sayın Bakanın bu görüşleri ne-

deniyle giderek sanki "Mal Rejimleri Kanunu Taslak ya da Tasarısı" na dönüşmeye başladı.

Alt komisyon Medeni Kanun Taslağı ile ilgili çalışmalarını tamamladı, yasal mal rejiminin "paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" olması konusunda ısrarını sürdürerek taslağı Bakanlığa teslim etti.

Taslak Adalet Bakanlığı'na teslim edildikten sonra sayın HS Türk Bakanlık Hukuk İşleri Genel Müdürlüğündeki bazı görevliler ve benim katıldığım sayısız toplantılar yaptı. O tarihlerde Ramazan ayı idi. Bakan oruç tutmakta idi. Hakimevine iftar açmaya gidip, Bakanlığa dönerek gece yarılarına kadar birlikte çalıştığımızı günleri dün gibi hatırlıyorum. Sayın Türk taslakta yer alan yasal mal rejiminin değiştirilmesi dışında özellikle kullanılan dil ve kavram üzerinde çok büyük bir titizlikle durdu, bu konuda önemli değişiklikler yaptı. Örneğin, Miras Hukuku'nda eski MK.'muzda yer alan "zümre" terimi yerine "derece" kavramı (TMK.md.495-497) bu çalışmalar sırasında taslağa girmiştir.

Bu çalışmalar sonunda Taslak'ta yasal mal rejimi olarak kabul edilen "paylaşmalı mal ayrılığı" rejimi yerine kaynak İMK.'daki düzenleme esas alınarak "edinilmiş mallara katılma rejimi" konuldu.

Taslak çalışması bu şekilde tamamlandıktan sonra tüm ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerine gönderildi. Başta Üniversitelerin Hukuk Fakülteleri olmak üzere birçok kurumlardan gelen öneriler ve eleştirilerin büyük bir kısmı değerlendirildikten sonra taslak çalışması son buldu.

Çalışmaları tamamlanan taslağın Bakanlar Kurulu'na sunulması ve Tasarı olarak TBMM. ne sevk edilmesi aşamasına gelindi.

Bakanlar Kurulu'nun gündemine taslağın alınmasından sonra ben de sayın T.Akıntürk hoca ile birlikte kurula davet edildim.

Başbakan B.Ecevit'in bizi kapıda karşılama nezaketini göstermesini "Başbakan düzeyindeki bir siyaset adamının bilim adamına ne denli değer verdiğinin" bir kanıtı olarak hayatımın önemli bir anısı olarak yaşadım.

Toplantıda Başbakan Yardımcısı sayın Devlet Bahçeli söz alarak "Taslağın kapsamlı olduğunu, tam olarak inceleme fırsatı bulamadıklarını, incelettikleri bazı bilim adamlarının önerilerini değerlendirecekleri" gerekçesi ile Taslağın Bakanlar Kurulu'nda görüşülmesinin ertelenmesini talep etti.

Talep kabul edildi.

Sonradan öğrendiğimize göre sayın Devlet Bahçeli'nin taslak konusunda görüşlerine başvurduğu bazı hukukçu öğretim üyeleri kullanılan arı Türkçe ve yasal mal rejimi konusunda rahatsızlıklarını dile getirmiş, taslağın esasına ilişkin önemli bir görüş ifade etmemişlerdi.

Bu talepler yönünde Adalet Bakanlığı bünyesinde yapılan bir çalışma sonrasında taslak Bakanlar Kurulu'na sunulup "Hükumet Tasarısı" olarak TBMM'ne buradan da görüşülmek üzere Adalet Komisyonu'na getirildi.

8) Medeni Kanun Tasarısı TBMM Adalet Komisyonunda

Yeni Türk Medeni Kanunu Tasarısı TBMM Adalet Komisyonu'na sevk edildikten sonra tasarı ile ilgilenen kadın hakları savunucuları sivil toplum örgütleri buradaki çalışmaları yakından takip etmeye, Meclis üzerinde baskı unsuru oluşturmaya başladı. Adalet Komisyonu başkanı DSP Milletvekili Emin Karaa idi.

İktidar ve muhalefet partilerinin temsilcileri ile bazı sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinin davet edildiği Adalet Komisyonu çalışmalarına başından sonuna kadar, ben ve merhum hocam Turgut Akıntürk katıldık.

Adalet Komisyonundaki çalışmaları ve yapılanları kısaca aşağıda özetleyeceğim.

A)Adalet Komisyonunun ilk günkü toplantısına üyelerin bir kısmı katılmıştı. Hiçbiri daha önceden dağıtılan Tasarı konusunda bir hazırlık yapmamıştı.

Komisyon iktidar ve muhalefet partilerinin üyelerinden oluşmaktaydı. İktidar Partileri DSP (Demokratik Sol Parti), MHP (Milliyetçi Hareket Partisi) ve ANAP (Anavatan Partisi) nden oluşmaktaydı. DYP (Doğru Yol Partisi) ile RP (Refah Partisi) ise muhalefette idi.

İktidar, Dünya Görüşleri tamamen farklı üç partiden oluşmuştu. Bu nedenle Tasarının görüşülmesi sırasında koalisyonu oluşturan iktidar partileri birçok konularda ters düşüyor, DSP dışındaki diğer iki koalisyon ortağına mensup üyeler bazı konularda muhalefet partileri ile birlikte hareket ediyordu.

Bu durum ise temel bir kanun olan yeni TMK.'muz için çok şanssız bir oluşum idi. Zira Taslak çalışmaları sırasında uzman komisyon üyeleri tarafından bir bütünlük içinde düşünülen ve kaleme alınan bazı maddeler ya da maddelerin bazı cümleleri isabetsiz bir şekilde değiştirilmişti. Koalisyon ortakları arasındaki farklı dünya görüşleri ve Medeni Kanun'a bakış açıları Adalet Komisyonunda bazen muhalefet partilerinin üyeleri ile birlikte hareket edebilme düzeyine kadar gitmekte idi.

B) Alt Komisyonun Oluşturulması

Adalet Komisyonu ilk toplantısında kapsamlı bir kanun olması nedeniyle Tasarı için önce bir alt komisyon oluşturulmasına karar verdi.

Alt komisyon beş kişiden oluştu ve her defasında dörder saat olmak üzere 11 oturum yaptı. Alt komisyon başkanı Bursa DSP Milletvekili Ali Arabacı idi. Hatırladığım kadarıyla görüşmelerde hep çağdaş ve objektif tavırlar gösteren DYP Millet-

vekili Sevgi Esen, RP Milletvekili Dengir M.Mehmet Fırat, iki hükumet üyesi görev almıştı. Bakanlığı temsilen ben ve sayın Akıntürk hocam tüm toplantılara katıldık.

Alt komisyon çalışmasına önce Tasarı'nın genel gerekçesinde Mahmut Esat Bozkurt'un kaleminden çıkan Esbab-ı Mucibe Layihasında yer alan ve din kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farkları çok güzel bir şekilde dile getiren, hukuk kurallarının daima değişebileceği buna karşılık din kurallarının değişmez nitelik taşıdığını ifade eden yukarıda sözünü ettiğim iki paragrafın yer almaması konusu ele alındı. Yapılan tartışmalar sonunda, bu iki paragrafın laiklik ilkesini ve din kuralları ile hukuk kuralları arasındaki ilişkiyi ve farkı çok güzel bir şekilde ortaya koyması açısından önemli bir tarihi belge olarak bu önemli temel kanunda yer alması gerektiği kabul edildi.

Alt komisyon Tasarının dili olmak üzere bazı kavram ve terimlere ilişkin eleştirileri de göz önünde tutarak gerekli değişiklikleri yaptıktan sonra çalışmasını Adalet Komisyonuna sundu.

C) Adalet Komisyonunda Tasarının Görüşülmeye Başlanması ve Genel Gerekçe Tartışması

Medeni Kanun Tasarısı nihayet Adalet Komisyonunda 06.12.2000 tarihli ilk oturumu ile görüşülmeye başlandı.

RP'den komisyon üyesi Mehmet Ali Şahin kapsamlı bir yasa olması nedeniyle mukayeseli bir çalışma yapılabilmesi için toplantıya ara verilmesini ve çalışmaları için süre tanınmasını talep etti. Bazı üyeler de aynı yönde görüş bildirmesine rağmen, oylama sonucu çalışmalara başlanmasına karar verildi.

Söz alan RP'li üye A Nazlı Ilıcak konuşmasında, alt komisyon çalışmasında, taslak komisyonu tarafından tasarıya alınmayan o dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un Esbab-ı Mucibe Layihasının bazı paragraflarının alındığını, alınan bu paragrafların "…bugünkü düşünce itibariyle ve bugünkü laiklik anlayışı itibariyle fevkalede bize ters gelen, adeta dini küçümseyen unsurlar vardır bu şeyin içinde. Şimdi biz çağdaşlamalım diyoruz, biz muasır Medeniyete ulaşalım diyoruz, o Cumhuriyet Halk Partisinin o ilk devrimci yıllarındaki zihniyetle biz çağdaşlaşamayız.Şimdi bakın,neler diyor burada,tekrardan nasıl alındıysa o alkt komisyon raporuna,dinlen sadece bir vicdan işi olarak kalması veriliyor" ifadelerini kullanmıştır.

Komisyonun 10.01.2001 tarihli toplantısı bu konudaki tartışma ile devam etti. Bakan Sami Türk genel gerekçedeki söz konusu ifadelerin "laik hukukun temellerinin atıldığı bir dönemin anlayışını yansıttığını" açıkladı.

Tartışmalar sonunda RP den Mehmet Ali Şahin, Fahrettin Şahin ve Nazlı Ilıcak bir ortak önerge vererek genel gerekçede sözü edilen paragrafların tasarıdan çıkartılmasını talep ettiler.

Koalisyona Hükumetine mensup DSP dışındaki partilerin bazı üyeleri de bu önergeye destek verdi. Yapılan oylama sonucu yukarıda sözünü ettiğim Esbab-ı Mucibe Layihasındaki hukuk kuralları ile din kurallarının birbirinden ayırt edilmesi, yasaların din kurallarına dayandırılmaması gerektiği, yasaların ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında değiştirilmesi gerektiği, din kurallarının ise değişmez kurallar olduğu yönündeki açıklamaları Türkçeleştirmek suretiyle genel gerekçede koruyan paragraflar yukarıdaki önergeyi verenler sayesinde tasarıdan çıkartılmış oldu.

E) Madde Değişir Gerekçe Değişmez

Adalet Komisyonu Tasarı'nın maddelerini görüşmeye başladı. İlk üç madde tartışılmadan kabul edildi. Sıra 4. Maddeye geldi.

Yürürlükteki MK.nun 4. maddesinde "Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nısfetle hükmeder" hükmü yer almaktaydı.

Bu madde Tasarı'da Türkçeleştirilmek suretiyle ve "hak ve nısfetle hükmeder" ifadesi yerine "…hakim ,hukuka ve hakkaniyete göre karar verir" şeklini almıştı.

RF'li üye Fahrettin Kukaracı "Sayın Bakanımdan …."hukuka ve hakkaniyete göre karar verir".Maddenin asıl metinde "Hak ve nısfetle hükmeder".Acaba, bu "hukuka ve hakkaniyete" hak ve nısfet olarak eşitliyor mu?Tam karşıladığını düşünmüyorum" sorusunu yöneltti.

Sorunun cevabını sayın Akıntürk verdi. Açıklamasında "Yürürlükteki metinde yer alan hak hukuku ifade eder. Hakim karar verirken hukuk kurallarına göre hareket eder. Metindeki nısfet eski bir terim olup hakkaniyeti ifade eder. Hakim karar verirken sadece hukuk kurallarına göre değil ayrıca somut olayda uygulanması gereken hakkaniyet kurallarına göre hareketle yükümlüdür. Örneğin: Ayırt etme gücünden yoksun olanlar haksız eylemleri sonucu verdikleri zararlardan sorumlu değildir. Bu bir hukuk kuralıdır. Hakim buna göre karar verir. Ancak TBK.md. 54 (Yeni TBK. md.65) somut olayın niteliğine göre hakkaniyet gerektirdiği takdirde ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin verdiği zararlardan sorumlu tutulmasına karar verilebilir. Bu durumda hakim hakkaniyete göre hareket etmektedir" dedi.

Madde oylandı ve kabul edildi.

Diğer maddelerle ilgili sorular ve tartışmalar bu nitelikte devam etti.

Tasarıdaki maddelerin büyük bir çoğunluğu değiştirilmeden kabul edildi. Bazı maddelerde ise değişiklikler yapıldı. Bu yapılırken çok ilginç bir çalışma yöntemi ile karşılaştım. Bu yöntemi halen kavrayabilmiş ve anlayabilmiş değilim.

Komisyonda Tasarı'daki maddelerde değişiklik yapılıyordu. Bu değişiklikler

doğru değildi. Zira Taslak Komisyonu bu maddeleri enine boyuna tartışmış, yasanın bütünlüğü içinde ve diğer maddelerle bağlantılarını, konuluş amaçlarını göz önünde tutarak kaleme almıştı. Buna rağmen bazı maddeler değiştirildi. TBMM'nin takdiridir diyelim. Ancak madde değiştirildiği halde, bunun gerekçesi değiştirilmiyordu. Buna şaşırmıştım. Bu nedenle şunu sordum:

"Maddeyi değiştiriyoruz, değişiklik yönünde gerekçesini de değiştirelim; aksi halde bu Tasarı yasalaştığında maddeyi okuyan bir kişi çıkmaza girdiğinde ne anlama geldiğini öğrenmek için gerekçesine baktığında madde ile gerekçenin tamamen farklı olduğunu görecek, sorunun içinden çıkamayacaktır".

Bana verilen yanıt şu oldu: "Adalet Komisyonunda Tasarıda yer alan maddeler değiştirilebilir fakat gerekçe değiştirilemez".

Bu çelişkiye birkaç örnek vermek isterim.

Taslak Komisyonu çalışmalarımız sırasında küçüklerin evlat edinilmesi ile ilgili 305.maddede daha sağlıklı bir evlat edinme kurulması için İMK.md.264 'te olduğu gibi küçüğün "…..evlat edinen tarafından en az iki yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır" hükmünü kabul etmiş, maddenin gerekçesinde de "Madde henüz ergin olmayanların evlat edinilmelerini, onların evlat edinen tarafından iki yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olmaları koşuluna bağlamaktadır" ifadeleri yer almıştır.

Adalet Komisyonunda 305. maddedeki iki yıllık süre bir yıla indirilmiştir. Ancak maddenin gerekçesinde yukarıda naklettiğim ifadeler, yani 305. madde gereğince evlat edinilmek için küçüğün en az iki yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşulu aynen muhafaza edilmiştir.

Şimdi bu madde ile bunun gerekçesini bunu okuyacak ve uygulayacaklara nasıl anlatabilirsiniz.

F) Mal Rejimleriyle İlgili Tartışmalar ve Tasarının Çıkmaza Girmesi

Adalet Komisyonundaki çalışmalar sonunda 14.03.2001 tarihli oturumda tasarıdaki mal rejimleri konusuna gelinmişti.

Eski MK.'muzdaki mal ayrılığı rejiminin yerine yasal mal rejimi olarak "edinilmiş mallara katılma rejimi" kabul edilmişti.

Yeni bir mal rejimiydi hem de yasal mal rejimi olarak kabul edilmişti. Bu yönüyle oldukça önemliydi. Önemi aynı zamanda komisyon üyelerinin özel yaşamlarını da yakından ilgilendirmesiydi.

Kimse bu rejim hakkında bilgi sahibi değildi ve üzerinde çalışmamıştı.

Başta bakan sayın Türk ve sayın Akıntürk olmak üzere birlikte komisyonu yeni yasal mal rejimi konusunda aydınlatmaya başladık. Yasal mal rejiminin aradaki kü-

çük farklılıklara rağmen Avrupa Topluluğu ülkelerinde kabul edilen ve yaygınlaşan bir anlayışın sonucu olarak eşlerin evlilik süresi içinde çalışmalarının karşılığı olarak edindikleri malların, mal rejiminin sona ermesi halinde malik olmayan eşe bir alacak hakkı tanınması yönünde olduğu, evliliğin tasada ve kıvançta bir birliktelik olduğu, bir eşin çalışarak edindiği mallarda, çalışmayan eşin de katkısının bulunması gerektiği gibi basit örneklerle anlatılmaya çalışıldı.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sonuçta bir paylaşmaya yani mal rejimi sona erdiğinde malik olmayan eşe bir ayni hak tanıdığına ilişkin yaygın bir endişe vardı. Sanki mal rejimi son bulduğunda diğer eşin edindiği malda, malik olmayan eşin pay isteyebileceği kuşkusu dile getirilmekteydi. Hiç unutmam komisyon üyesi olan bir Doğu Milletvekili görüşmeler sırasında bana yaklaşarak "boşandığı veya öldüğü takdirde, eşinin arazilerin yarısını alma hakkına sahip olup olmayacağını" sorduğunda cevap olarak:

"Öncelikle eşiniz arazilerde mülkiyet hakkı yani ayni hak sahibi olamaz. Bu rejimde hak sahibi olan eşe tanınan hak ayni hak değil, şahsi hak yani bir alacak hakkıdır. Yani bir para alacağıdır.

Öte yandan sahip olduğunuz araziler size babadan miras yoluyla kalmışsa, eşiniz bunların rayiç değeri üzerinden sizden alacak talep edemez. Zira tasarının 220. maddesinin II. bendinde sizin evlilik öncesi sahip olduğunuz mallarınızla, evlendikten sonra size miras yoluyla intikal eden mallar kişisel mallardır. Edinilmiş mal değildir. Kişisel mal olduğu için eşiniz bunların rayiç değerinde bir alacak talep edemez. Sadece bunların yasanın yürürlüğe girmesinden mal rejiminizin sona erdiği tarihe kadar olan dönemde varsa gelirlerinin yarısı üzerinde alacak talep edebilir" dedim. Bayağı rahatlayarak yanımda ayrıldı.

Bütün açıklamalarımıza ve anlatımlarımıza rağmen, komisyonda yasal mal rejiminin "edinilmiş mallara katılma rejimi" olmaması yönünde bir eğilim vardı. Bu nedenle bu görüşte oluşan bir grup yasal mal rejiminin "paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" olması gerektiği yönünde kendi aralarında bir tür anlaşmaya varmışlardı. Bu rejimi edinilmiş mallara katılma rejimine nazaran "kötülerin iyisi" (ehven-i şer) sayıyorlardı. Halbuki "paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" Taslak çalışmaları sırasında bir grup öğretim üyesi meslektaşlarımız tarafından yaratılmış bir rejimdi. Üzerinde çok tartışılmamış, yarar ve zararları konusunda ikna edici bir noktaya gelinmemişti. Öte yandan kaynak İMK.'nda böyle bir rejime yer verilmemişti. Kaynak İMK. ve İsviçre'deki hukukçuların görüşleri ile Federal Mahkemenin kararları Türk Medeni Hukuku için daima yön verici olmuş, anlaşılmayan, yoruma muhtaç olan konularda ve maddelerde çıkış noktası olmuştur. İsviçre'de paylaşmalı mal ayrılığı rejimi olmadığı için bu konuda sözü edilen kaynaklardan ve kararlardan çıkış yolu bulmamız mümkün olmayacaktı. Yakından incelendiğinde paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin, edinilmiş mallara katılma

rejimi kadar zor ve tasfiye yönünden sorunlar yaratan düzenlemeleri vardı. Bu konudaki birçok maddeler açık değildi.

Sayın Bakan, yeni TMK.'nun getireceği en önemli yeniliğin yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğunun bilincindeydi. 1926 yılında kadın hakları alanında MK.'muzla yaratılan devrim, 2002 yılında yeni TMK.'muzun mal rejimlerinde edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabulü Türk Kadınları için yeni bir devrim niteliğini taşıyacaktı.

Gerçekten de yukarıda da ifade ettiğim gibi bu nedenle gerek Taslak gerekse Tasarı aşamasında mal rejimlerine ilişkin hükümler ve tartışmalar diğer yüzlerce maddeleri gölgede bırakmıştı. TBMM Adalet Komisyonu tutanakları incelendiğinde bu husus açıkça görülmektedir. Sayın Türk'ün bu tasarı ile ilgili en uzun ve kapsamlı konuşmaları yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili olmuştur.

Uzun tartışmalar sonunda komisyona bu konuda yasal mal rejimi konusunda değişik önergeler verildi.

Hatay Milletvekili Ali Günay tarafından verilen önerge ile tasarıdaki yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi yerine mal ayrılığı rejimi olması teklif edildi. Önerge red edildi.

İkinci önerge "Eşler, evlenme töreni esnasında, evlendirme memuruna kendileri hakkında uygulanmasını istedikleri mal rejimini beyan ederler" şeklinde idi. Bu önerge de oylandı ve red edildi. Bu önergede de yasal mal rejimine yer verilmiyordu.

Bunlar dışında bazı üyeler tarafından Tasarının 202. maddesindeki yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olması hükmü yerine "Eşler arasında paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin uygulanması asıldır" önergesi verildi. Değişik üyeler tarafından verilen bu yöndeki birkaç önerge birleştirildi.

Bu arada söz alan üye AKP Milletvekili Fethullar Erbaş yasal mal rejiminin aleyhindeki bazı açıklamalardan sonra:

"Değerli arkadaşlar, ben, 60 yaşında bir insan, 20 yaşında bir hanımefendiyle evlendim. 80 yaşına geldim. İhtiyarladım. Öyle düşünün. Hanımefendi de 40 yaşına geldi. Mallarımız da çok, benim edinilmiş mallarım da çok. Geldi kafaya taktı boşandı gitti. Benim halim ne olacak" diye sordu.

Üye Gönül Saray Alphan (Amasya) milletvekili söz alarak: "Siz müstahaksızın o zaman sayın Erbaş" cevabını verdi.

Komisyonda bu tür espriler de yapılıyordu. Bu örneği vermekteki amacım o kadar açıklamalara rağmen edinilmiş mallara katılma rejiminin bir türlü komisyon üyeleri tarafından anlaşılamamış olmasıdır. Zira sayın milletvekilinin verdiği örnekte önce evlenmeden önceki edindiği mallarda eşinin varsa kira gelirleri dışında bir

alacak hakkı yoktur. Bu mallar evlilik sonrası başka bir mala dönüşmüş olsa bile sonuç aynıdır. Öte yandan evlilik süresinde sayın milletvekilinin edindiği mallar miras yoluyla veya bağış yoluyla olmuşsa eşinin yine kira gelirleri dışında bir alacak hakkı olamaz. Bütün bunlar dışında evlilik süresince sayın milletvekilinin çalışması karşılığında edindiği mallar varsa bunların bunlardan varsa borçları çıkacak bakiye artık değerin yarısı üzerinde eşi alacak hakkı sahibi olacak. Nihayet sayın milletvekili de eşinin aynı şekilde edindiği malları varsa kendisi de ondan alacak talep edebilecek, bu alacaklar birbirleriyle takas edilebilecektir.

Sonuçta birleştirilen önergeler yani Tasarının 202. maddesindeki yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi yerine paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kabulüne ilişkin önerge oylamaya sunuldu. Dokuz üyenin kabulüne karşılık yedi üye red oyu kullandı. Böylece 202. madde değiştirilmiş oldu.

Koalisyon hükumetinin Adalet Komisyonundaki DSP dışındaki üyeleri muhalefetle birlikte hareket etmiş ve Tasarının 202. maddesinin değişmesini sağlamıştır.

Bu gelişme üzerine Bakan Tasarısının bundan sonraki görüşmelerine katılmıyorum" diyerek toplantıyı terk etti. Komisyon başkanı toplantıya son verdi ve toplantı dağıldı. Bundan sonra da toplanmadı.

G) Krizin Aşılması

Sayın Bakanın komisyonu terk etmesi ve komisyon çalışmalarının durması kamuoyunda şok etkisi yarattı. Bazı çevrelerin koalisyon hükumetinin dağılması yönündeki umutları arttı. Tasarıdan büyük beklentileri olan kadın hakları örgütleri büyük şok yaşadılar.

Konu bir süre dondurulduu. Ancak koalisyonun MHP ve ANAP kanadından sayın Bakan Türk ile görüşmeler ve temaslar kurulmaya başlandı.

Sayın Bakan sanırım bu olaydan yaklaşık bir ay kadar sonra beni arayarak krizin aşılması konusunda koalisyonun iki kanadının bir kısım temsilcileri ile Bakanlıkta bir toplantı yapılacağını bildirdi.

Toplantıya yanılmıyorsam ANAP'tan milletvekili İsmail Köse, MHP den milletvekili Orhan Bıçakçıoğlu ile isimlerini hatırlayamadığım diğer milletvekillerinden bir grup katıldı. Bu milletvekillerinin komisyon üyeleri ile görüşerek krizin aşılmasını sağladıkları anlaşılıyordu.

Yaptığımız açıklamalar ve yorumlarla yasal mal rejimi olarak "edinilmiş mallara katılma rejiminin" örneği olmayan, kaynak kanunda da yer verilmeyen "paylaşmalı mal ayrılığı rejimine" nazaran daha tutarlı, çerçevesi ve ilkeleri belli bir rejim olduğunu ortaya koymaya çalıştık.

Sonunda iki pazarlık konusu gündeme geldi:

a) ANAP temsilcileri bir konuda endişelerini dile getirip, yasaya bunu giderecek bir hüküm eklenmesini talep ettiler.

Endişeleri şuydu: Mal rejimini tasfiyesinde malik olan eşin birdenbire büyük bir borç ile karşılayabileceği ?? bu nedenle kendisine bu borcunu para olarak ya da dilerse ayın olarak ifa etme olanağının tanınması gerektiği; ayrıca Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde malik olan eşin mallarının parçalanması sonucu zararların doğacağı, bu anlamda olmak üzere bir bütünlük arz eden işletmelerin bütünlüğünün korunması gerektiği ifade edildi.

Böyle bir hükme ihtiyaç bulunmadığı, zira edinilmiş mallara katılma rejiminde eşe tanınan hakkın bir ayni hak olmadığını, yani hak sahibi olan eşin malik olan eşten mesleğini icraya ayırdığı birimler ya da işletmelerde bir pay talep etme hakkına yer verilmediğini, kaynak İMK.' nda böyle bir düzenlemeye bu nedenle gerek görülmediğini açıkladım.

Öneri sahipleri buna rağmen gruplarından bu yönde karar aldıklarını ifade ettiler.

Bunun üzerine Tasarının 239. maddesinin I. fıkrası hükmü eklendi: Bu hükme göre:

" Katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir. Ayni ödemede malların sürüm değeri esas alınır; bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir" .

Bu maddeyi karşılayan kaynak İMK.'nın 218. maddesinde böyle bir hüküm yoktur. İMK.md.218 iki fıkradan oluşmaktadır. Maddenin 1. fıkrasına eklenen bu hükümle, kaynak İMK.nun 1 ve 2. fıkraları bizim 239. maddenin 2 ve 3 fıkraları haline getirildi.

TMK.md.239 f.I hükmünün Tasarıya ve dolayısıyla yasaya girmesinin öyküsü bu şekilde olmuştur.

b) MHP temsilcileri ise edinilmiş mallara katılma rejimi dolayısıyla bir eşin alacak hakkının evlilik birliğinin yıkılmasına zina veya hayata kast etmesi nedeniyle sebebiyet vermesine rağmen yer verilmesinin doğru olmadığını, Tasarıya bu hallerde katılma alacağı talep edilmesini önleyen bir hükmün eklenmesi gerektiğini, bu amaçla Tasarının 236. maddesine II. fıkra hükmünün eklenmesini önerdiler.

Bu öneriye karşı kaynak İMK.'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmediği, edinilmiş mallara katılma rejiminde alacak hakkının evlilik süresince edinilen mallarda her iki eşin de birbirinden katılma alacağı talep edebileceği, bir eşin zina etmesi veya diğerinin hayatına kast etmesinin TMK.'muzda gereken yaptırımlarının bulunduğu-

nu, bu anlamda olmak üzere haklı boşanma sebebi olabileceği, bu eylemlerde bulunan eşten maddi ve manevi tazminat talep edilmesini sağlayacağı, ayrıca bu eylemler nedeniyle eşin mirasçılıktan çıkartılabileceği (mirastan ıskat edilebileceği) açıklamalarında bulundum. Ancak ısrarları üzerine bu önerileri kabul edildi.

Bu maddeyi karşılayan kaynak İMK. md.215 iki fıkra halindeydi. Birinci fıkra bizim 236. maddenin 1. fıkrasının 1.cümlesinde yer almıştı. İkinci fıkra ise bizim 236. maddenin l. fıkrasında 2. cümle olarak yer almıştı.

Yapılan bu öneri yönünde maddeye Kaynak İMK.'nda olmayan şu hüküm eklendi:

"Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir".

TMK.'muzun 236. maddesinin II. fıkrasının öyküsü de bu şekilde olmuştur.

Toplantı sona erdi. Tasarı üzerinde TBMM Adalet Komisyonunda yeniden çalışmalara başlanmasının yolu açıldı.

H) TBMM Adalet Komisyonunda Çalışmaların Yeniden Başlaması

Adalet Komisyonu uzun bir aradan sonra 7.6.2001 tarihinde toplandı.

Toplantıda üç milletvekili üye tarafından bir önerge verildi. Bu önergede:

"Komisyonumuzun 14.3.2001 tarihli 19 uncu birleşiminde görüşülerek kabul edilen Türk Medeni Kanun Tasarısının 202 nci maddesinin, İçtüzüğün 43 üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince bir kez daha görüşülmesini arz ve teklif ederiz" ifadeleri yer alıyordu.

Önerge oylamaya sunuldu kabul edildi.

Söz alan bir kısım üyeler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine karşı oluşlarına ilişkin görüşlerini yeniden gündeme getirdiler. Erzurum Milletvekili Fahrettin Kukaracı bu konudaki uzun konuşmasından sonra şu ifadeleri kullanmıştı:

"Bir başka sorun: Ölüm halinde eş, edinilmiş malların yüzde 50'sini, diğer malların ise yüzde 12.5 unu, toplam 62.5 ini almış olacaktır. Eğer 5 çocuk varsa her birine düşecek mal yüzde 7.5 olacaktın. Bu taksimatın adil olduğunu düşünüyor musunuz? Sorusunu yöneltti.

Öncelikle ölüm halinde sağ kalan eşin miras hakkı ile edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı birbirine karıştırılmaktaydı. Sağ kalan eş, çocuklarla mirasçı olduğunda, ölen eşin tüm malvarlıklarında ¼ miras hakkına sahiptir. Bu hak mülkiyet hakkı yani ayni haktır. Buna karşılık katılma alacağı ayni değil şahsi haktır. Bu

nedenle sağ kalan eşin ¼ miras payı ile katılma rejiminden doğan ½ mülkiyet hakkı toplamının ölenin tüm mallarının ¾ payını alması söz konusu olamaz.

Miras hakkına ölen kişinin tüm malvarlıkları girdiği halde, katılma alacağına ölen eşin mal rejimi süresince emek karşılığında edinmiş olduğu mallar girmektedir.

Öte yandan sağ kalan eş ölenin kendisine olan mal rejiminden doğan borcunun alacaklısı olduğundan, katılma alacağında miras hissesi oranında bir indirim yapılması gerekmektedir.

Bakan Türk bütün bu eleştirilere yeniden ve büyük bir sabırla yanıtlarını verdi. Komisyonda ortaya çıkan kriz sonrasında Koalisyon ortaklarının önerilerini ilettiklerini bunların tasarıda değerlendirildiğini açıkladı.

Kriz sonrası Bakanlıktaki görüşme sonucu önerilerle ilgili Tasarıdaki maddelerde değişiklikler bunlara ilişkin öneriler verilmek suretiyle değiştirildi.

Tasarının diğer maddeleri yukarıda ifade ettiğim yaklaşımlar içinde ve esasa ilişkin hiçbir bir sorun yaşanmadan, bazı maddelerle ilgili ifade düzeltmeleri niteliğindeki önergelerin sunulup kabul edilmesi suretiyle Komisyondan geçti. Esasa ilişkin diyorum zira Tasarı'nın görüşülmeye başlanmasından sonuna kadar muhalefet partilerinin temsilcileri olan üyeler Tasarı'nın diline çok takıldılar.

Yukarıda ifade ettiğim gibi, 1926 tarihli 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenisi'nin dili kabul edildiği yıl itibariyle oldukça sade ve o günün Türkçesi ile oldukça anlaşılır nitelikte idi. O günün koşullarında İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca aslından yapılan çevri oldukça başarılı bir çeviriydi. İlerleyen yıllarda Türk dili geliştikçe yasanın dili eleştirilmeye, bazı maddelerde çeviri hatalarının olduğu ifade edilmeye başlanmıştır. Bu eleştiriler haklıydı. Aradan geçen 76 yıl sonra yasanın bazı maddelerinde kullanılan dili anlamak güçtü. Örneğin: TMK.md.2 f.II hukukun bütün alanlarında uygulanan önemli bir temel kural koymuştu.Bu hükme göre:

"Bir hakkın sırf gayrı izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez" şeklindeydi.

Bu hükmü Hukuk Fakültelerinde daha birinci sınıfa gelmiş yeni kuşak öğrencilerin anlaması mümkün değildi. Madde yeni kuşağın anlayacağı şekilde

"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" şeklinde değiştirildi.

Aynı şekilde eski MK.'muzun 6. maddesinde

"Kanun, hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur" şeklinde idi.

Madde yeni TMK.'muzun 6. maddesinde anlaşılır bir şekilde:

"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" şeklinde kaleme alındı.

Medeni Kanun'a yeni hukuksal kurumların eklenmesi yerine, yeni bir Kanun haline getirilmesinde bu unsur da etkili olmuştur. Zira yasanın bütün maddeleri esasa ilişkin olmasa bile dili itibariyle değiştirilmek gerekmiştir.

Komisyonda bu tutum belirli üyeler tarafından devamlı olarak eleştiriye uğramıştır. Kuşkusuz maddelerin dili yeni kuşakların anlayabileceği Türkçe ile kaleme alınırken kuşkusuz bazı maddelerin hakkını verebilecek karşılıkları olamamıştır. Buna "muaccel" ve "muacceliyet" terimleri örnek verilebilir.

Tasarının 900. maddesi, eski MK.'nun 814. maddesinin yerini almıştır. Madde şu şekildedir.

"İpotekli borç senedindeki alacak, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, faizlerin ödenmesi gereken tarihte,bu tarihten en az altı ay önce alacaklı veya borçlu tarafından diğer tarafa yapılacak bildirimle **muaccel** olur".Burada kullanılan "muaccel" sözcüğünün tam Türkçe karşılığı bulunamamıştır.

Bu madde komisyonda görüşülürken üye Fethullar Erbaş söz alarak:

"Her yerde Türkçeleştirilmiş de, burada, niye muaccel kelimesi kullanılmış?" sorusunu yöneltti.

Merhum T. Akıntürk toplantıda bazen bu tür haksız eleştirilere ve sorulara sinirlenir bunu da belli etmemeye çalışırdı. Söz alarak:

"Muacceliyet kelimesinin Türkçesini bulamadık. Çeşitli toplantılarda (komisyon toplantısını da kast ederek) hatta ben dedim ki "bunu bulana hediye vereceğiz" cevabını verdi.

O arada bir üyeden "ivedilik" sözcüğü kullanıldı. (Hediye hak edecekmiş gibi).

A.Nazlı Ilıcak söz almadan oturduğu yerden:

"Uydurun canım, uydurun, hep uydurmuşsunuz kelimeleri" ifadelerini kullandı.

Bakan söz alarak:

"Uydurma yok sayın milletvekilleri. Yerleşmiş olan sözcükler" yanıtını verdi.

Komisyon son toplantısını 09.05.2001 tarihinde yaptı. Tasarının 939. maddesinde kalınmıştı. Tüm maddeler görüşüldü.

Sıra yeni yasanın yürürlüğe girme tarihiyle ilgili 1029. maddeye gelmişti.

Taslakta bu madde:

"Bu Kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer" şeklindeydi.

Komisyona bu maddeyle ilgili Yekta Açıkgöz, Müjdat Kayayerli ve Sühan Özkan tarafından bir önerge verildi. Önerge:

"Bu Kanun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girer" şeklindeydi.

Önerge lehinde konuşmak üzere söz alan bakan Batı Ülkelerinde bu tür temel kanunların yeni yılda yürürlüğe girdiğini, bizim Türk Ticaret Kanunu'nun da 1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe girdiğini; Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarının da 1 Ocak tarihinde yürürlüğe konulduklarını ifade etti.

Oylama sonucu önerge kabul edildi ve TMK.'muzun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edildi.

Tasarının son maddesi olan 1030. madde Taslakta olduğu gibi "Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür" şeklinde idi.

9) Tasarı TBMM Genel Kurulunda

TBMM Genel Kurulunda Türk Medeni Kanunu Tasarısı 723 sıra numarası ile ele alınmaya başladı.

Tasarının maddeler halinde görüşülmesinin mümkün olmaması düşünülerek Tasarıda yer alan bölümler halinde görüşülmesine karar verildi. Örneğin: "Kişilik" başlıklı birinci bölüm; "kişisel durum siciller" ikinci bölüm; ikinci kısımda tüzel kişilerle ilgili "Genel hükümler" birinci bölüm; "dernekler" ikinci, "vakıflar" üçüncü bölüm; evlilik hukukunda "evlenme" birinci bölüm vs olarak toplu bir şekilde görüşülmeye başlandı.

TBMM'de temsil edilen DSP, MHP, ANAP koalisyon ortakları olarak, DYP (Doğru Yol Partisi); ,SP (Saadet Partisi);AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi) ise muhalefeti temsil ediyordu.

Milletvekilleri Grup adına konuşmalar yaptılar.

Zaman zaman Tasarıda değişiklik yapılması amacıyla önergeler veren oldu.

Tasarının 851. maddesi yabancı para üzerinden rehnin beş yıl ve daha fazla dış kaynaklı krediler için mümkün olduğunu kabul etmişti. Maddenin son fıkrasındaki son cümle ise "Rehin haklarının hangi yabancı para üzerinden kurulacağı Bakanlar Kurulunca belirlenir" hükmü yer almaktaydı. Bu hükümde "para" tekil olarak kullanılmıştı.

Milletvekilleri Yekta Açıkgöz, Müjdat Karayerli ve Cemal Özbilen tarafından verilen önerge ile bu maddede yer alan beş yılın iki yıla indirilmesi, ayrıca maddeye "Rehin haklarının hangi yabancı paralar üzerinden kurulacağı Bakanlar Kurulunca belirlenir" hükmünün eklenmesi talep edildi. Bu teklifte para "paralar" şeklinde çoğul hale getirilmek isteniyordu.

Oylama sonucu bu teklif kabul edildi ve madde bu teklif yönünde değiştirildi. Ancak yukarıda ifade ettiğim gibi Adalet Komisyonunda olduğu gibi Genel Kurul'da da madde değiştiği halde gerekçesi değişmediğinden, maddenin gerekçesinde Taslak'ta olduğu gibi yabancı para üzerinden rehin hakkının beş yıl ve daha fazla dış kaynaklı krediler için mümkün olduğu açıklamaları olduğu gibi kalmıştır.

TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerde değişiklik önergesine ilişkin bir başka örnek genel gerekçe için gerçekleşti. Medeni Kanun Genel Gerekçesinin başına böylece gelmeyen kalmamıştı.

SP adına Yasin Hatipoğlu ve Veysel Candan da Adalet Komisyonunda genel gerekçede esbab-ı mucibe layihasında yer alan yukarıda sözünü ettiğim paragraflar çıkartılmasına rağmen, l. sayfada "….kadar ilkel"; 2 sayfada "….ortaçağ fıkıh kurallarına bağlı bulunmaktadır.." ve "…pek ilkel durumdan…";2. sayfasının ikinci paragrafındaki "…ve halkı din adına, yanlış ve geçersiz inançlar adına kandırıp" ve "….onu gereksiz bir biçimde sarıp sarmalamış ortaçağ örgütü ve dinsel…"; 2. sayfada üçüncü paragraftaki "…gerçekten çağdaş uygarlıkla Mecelle hükümleri kuşkusuz bağdaşamaz.Fakat Mecelle ve buna benzer diğer düzenlemeler ile Türk yaşamının uyuşmadığı da açıktır"; 3. sayfanın ilk paragrafındaki "…gelenek ve göreneklere kesin olarak bağlı kalmak davası, insanlığın en ilkel durumundan bir adım dahi ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir kuramdır.."; 3. sayfanın üçüncü paragrafındaki "Türk ulusunun yüksek temsilcisi olan Büyük Meclisin uygun bulunmasına ve onayına sunulan Türk Medeni Kanunu tasarısı yürürlüğe konulduğu gün ulusumuz onüç yüzyılın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve kargaşadan kurtulmuş,eski uygarlığın kapılarını kapayarak yaşam ve verimlilik getiren çağdaş uygarlığın içine girmiş bulunacaktır" ifadelerinin genel gerekçeden çıkartılmasını teklif ettiler.

Teklif kabul edilmedi. Tasarının tümü üzerinde yapılan oylama ile tasarı TBMM Genel Kurulunda 22 Kasım 2001 tarihli oturumda kabul edildi.

10) Yürürlük Kanunu

Adalet Bakanlığında Medeni Kanun Taslak çalışmaları tamamlandığında, arkasından bunun yürürlüğüne ilişkin bir taslak da hazırlanmıştı.

Bakanlar Kurulu tarafından Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile birlikte 25 maddelik "Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı" da TBMM Adalet Komisyonuna sevk edilmişti.

TBMM Adalet Komisyonunda Türk Medeni Kanunu Tasarısının görüşmeleri bittikten sonra bu tasarı ele alındı. Türk Medeni Kanunu Tasarısından farklı olarak bu tasarı üzerinde ciddi bir görüşme ve tartışma olmadı. Halbuki yürürlük kanunu çok önemliydi. 76 yıllık Türk Kanun-u Medenisinin yerine geçecek olan yeni Türk Medeni Kanunu'nun hangi tarihten itibaren, hangi tür ilişkiler için, başlamış fakat

henüz hukuksal sonuç doğurmamış ilişkilere nasıl uygulanacağı konusunun açık ve net olarak bu tasarı ile ortaya konulması gerekmekteydi.

TBMM Adalet Komisyonunun kabul ettiği tasarı TBMM'de 28 ve 29 Kasım 2001 tarihli iki oturumda ele alınıp kabul edildi.

11) 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

Her iki yasa onaylanmak üzere o dönemin Cumhurbaşkanı sayın Ahmet Necdet Sezer'e gönderildi.

Kadın örgütleri TBMM'ndeki görüşmeler sırasında Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 10. maddesinde "Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder" hükmüne karşı çıkmaktaydılar. Yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin yasanın yürürlüğü girdiği tarihten önce evli olan kişiler için de uygulanmasını talep etmekteydiler. Yürürlük yasasında Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evli kişilerin bu tarihten itibaren bir yıl içinde seçimlik rejimlerden birine ilişkin sözleşme yapmadıkları takdirde yeni yasal rejim olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacakları kabul edilmişti. Yukarıda sözünü ettiğimiz 10.maddenin devam eden cümlesi şu şekildedir: "Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimi seçmiş sayılırlar".

Ben bu hükmün bile doğru olmadığı, haksızlığa yol açacağı görüşündeydim. Zira bu hükümle bir eşi evlendiği tarihten beri tabi oldukları mal ayrılığı rejimi söz konusu iken, yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden itibaren bir yıl içinde eşini ikna edememesi halinde yeni yasal mal rejimine tabi tutmaktaydı. Acaba bir eş diğerini eski mal ayrılığı rejimine devam etme konusunda nasıl ikna edebilir? Diğer eş bunu kabul etmediği takdirde eşlere bir yıl içinde tanınmış olan "mal ayrılığına devam etme sözleşmesini" yapma özgürlüğünden söz edilebilir mi?

Bu hükmün haksızlığı varken, kadın örgütlerinin üstüne üstlük yeni yasal rejimin, aksine sözleşme yapmayan eşler için bile evlendikleri tarihten itibaren geçerli olmasını kabul etmenin imkanı olamazdı.

Nitekim sayın Cumhurbaşkanı kendisine bu konuda yapılan başvurulara rağmen her iki yasayı TBMM'nden geldiği şekli ve içeriğiyle onayladı.

Her iki yasa da 08.12.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayınlandı.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük ile ilgili 1029. maddesi gereğince 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girdi.

12) Eski Denilen Medeni Kanunumuzun Eskimediği Gerçeği

Gerek Bakanlık Taslak çalışmaları gerekse TBMM görüşmeleri ve çalışmaları sonunda kabul edilen yeni Türk Medeni Kanunun geride bıraktığı "eski" dediğimiz Medeni Kanunumuza dönüp baktığımızda, onun hiç de eskimemiş dimdik halen ayakta olduğunu gördüm.

Neden mi?

Eski Türk Kanun-u Medenisi iki maddesi yürürlükle ilgili olmak üzere 937 maddeden oluşmaktaydı. Ancak madde numarası bizi yanıltmasın. Bunlar dışında 1926'dan sonra Türk Kanun-u Medenisine a,b,c gibi harflerle anılan ilgili maddelere eklenen yeni maddeler olmuştu. Yasaya sonradan eklenen 24a (1988'de 3444 sayılı Kanunla); 584 a (1990'da 3678 sayılı kanunla); 626 a(1990'da 3678 sayılı Kanunla) 751a-751 j (1990'da 3678 sayılı Kanunla) toplam 13 madde, 937 maddeye eklendiğinde 950 maddeden oluştuğu görülmektedir.

Yeni MK.'muz ise üç maddesi yürürlükle ilgili olmak üzere 1030 maddeden oluşmuştur.

Yasadaki 1030 maddenin 950 maddesi eski dediğimiz Medeni Kanunumuzun dilinin ve ifade şeklinin değiştirilmesinden ibaret bir tekrar olmuştur. Buna göre yeni Türk Medeni Kanunumuzun getirdiği yenilik sadece 80 maddedir.

Bu durum bize Türk Kanun-u Medenisine eski denmesine rağmen eskimeyen, aradan geçen 76 yıllık süreye rağmen halen yeni ve gençliğine koruyan bir yasa olduğunu bir başka ifadeyle bir "ulu çınar" olarak dipdik ayakta olduğunu, 1926 yılında Atatürk ve arkadaşlarının bu yasayı Türk Toplumuna kazandırmalarındaki isabeti ortaya koymaktadır.

13) İsviçre Medeni Kanunundan Giderek Ayrılan Türk Medeni Kanunu

a) Cumhuriyetle birlikte başlayan hukuk devriminin en önemli temel taşlarından birisini İsviçre'den çeviri yoluyla aldığımız Türk Medeni ve Borçlar Kanunları oluşturmuştur. Bu Kanunların İsviçre'den alınması ile birlikte Türk Hukukçuları ile İsviçreli hukukçular arasında büyük bir yakınlık ve dostluk oluşmuştur. O tarihten itibaren İsviçre Hükumeti genç Türk Hukukçularına burslar vermeye başlamıştır. O tarihlerde İsviçre Federal Hükumeti (Eidgenössische Stipendienkommissyon) yılda iki Hukuk Fakültesi araştırma görevlisine karşılıksız burs vermekteydi. Bir yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk dalında iki araştırma görevlisi bir yıl ise Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk dalında iki araştırma görevlisi bu burstan sıra ile yararlanmaktaydı. Burslar iki yıl süre için veriliyordu. Ben de 1976-1979 yıllarında doktora tezimi verdikten sonra doçentlik çalışmalarımı yapmak üzere bu burslardan yararlanan hukukçulardan birisi oldum. Aynı yılda be-

nimle birlikte genç yaşta kaybettiğimiz meslekdaşım Prof.Dr.Fahrettin Aral da aynı dönemde bu burstan iki yıl için yararlanmıştı.

İsviçre, Alp Dağları arasında yüzölçümü küçük, nüfusu az fakat sağlam hukuk yapısı, bağımsız ve gerçekten tarafsız yargıçların elinde iyi işleyen bir yargı düzenine sahip, hukukun her alanda hakim olduğu, herkesin güven içinde, geleceğinden emin, en küçük bir hukuksuzluğun af edilmediği ,mükemmel şehir planları, düzenli trafiği, çevre duyarlılığının hakim olduğu, insan haklarının en yüksek boyutta uygulandığı, güven veren, ekonomik yapısı itibariyle sanayi ağırlıklı fakat dağ köylerinde modern tarım ve hayvancılığa da önem veren mükemmel bir ülke. Yüzden ???, küçük hesaplara veya menfaate değil, samimi duygulara dayanan dostluklar gördüm. Orada hayatımın en güzel üç yılını yaşadım. Şehir içi ulaşımın tamamına yakını metrolarla, şehir dışı ulaşımın tamamına yakını ise Alp Dağlarının zirvelerine kadar tırmanan trenle temin edilmekteydi.

İsviçre'de önce Friborg şehrinde üç ay süreyle Almanca dil kursuna tabi tutulduk. Daha sonra Bern şehrine geçtim Bern Hukuk Fakültesi'nde çalışmalarıma başladım.

İsviçre'de kaldığım süre içinde Bern Hukuk Fakültesi'nde çok samimi ve yakın ilgi gördüm. Bunlar arasında Prof.Dr.Hans Merz ve Prof.Dr.Eugen Bucher'in büyük ilgi ve yardımlarını gördüğümü her ikisinin de yakın Türk dostları olduğunu itiraf etmeliyim.

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarının alınması sadece genç akademisyenlere burs verilmesi ile sınırlı bir ilişkiye yol açmamıştı. İsviçreli Hukukçular ile Türk Hukukçuları arasında oluşan yakın dostluk nedeniyle sık sık ortak bilimsel araştırmalar yapılması ve bu anlamda olmak üzere belirli aralıklarla Türk – İsviçre Hukuk Haftalarının düzenlenmesi şeklinde gelişti. Bu ilişkiler Türkiye ile İsviçre arasında yakın bir dostluk ve işbirliğinin gelişmesine büyük katkıda bulundu.

Türk özel hukukunun gelişmesinde İsviçre kaynaklarının, İsviçreli hukukçuların ve İsviçre Federal Mahkemesinin çok büyük katkısını itiraf etmek zorundayım. Özellikle Türk Medeni ve Borçlar Hukuku'nun bugünkü düzeyine gelmesinde bunlar etkili olmuştur.

b) Gerek yeni Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanması aşamasında İsviçre Medeni Kanunu'nda düşünülen değişikliklerin gerekse bu yasanın yürürlüğe 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerin takip edilmemesi ve bize uygun olanların alınmamasının bizi gittikçe İsviçre Medeni Hukuku'ndan uzaklaştırmaya başladığını burada ifade etmek zorundayım. Aynı olumsuz gelişmeyi kısmen Türk Borçlar Kanunu alanında da yaşamış bulunuyoruz.

Öncelikle yeni Türk Medeni Kanunu hazırlık çalışmaları sırasında İsviçre'de Aile Hukuku alanında köklü değişiklikler yapılması yönünde bir çalışmanın başladığını biliyorduk. Ancak yukarıda açıkladığım ihtiyaçlar karşısında İsviçre'deki bu çalışmaların sonucunun beklenmesi mümkün olmamıştı.

Yeni Türk Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden sonra, sözü edilen İsviçre'deki çalışmalar sonuç vermiş ve İMK.'da Aile Hukuku alanında özellikle boşanma alanında çok önemli değişiklikler yürürlüğe konulmuştur. Boşanma hukuku alanında yapılan bu değişiklikleri yukarıda özetlemiş bulunmaktayım.

Yeni Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden sonra İsviçre'de İMK.'nın velayet ve vesayetle ilgili hükümlerinde çok önemli değişiklikler yapıldı ve yürürlüğe konuldu. 21 Haziran 2013 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe yasa ile İMK.'nın velayete ilişkin (elterliche Sorge) 296-317. maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış, yeni maddeler eklenmek suretiyle yeni düzenlemeler getirilmiştir.

İsviçre Hukukunun Türk Hukuku'na etkileri konusunda yukarıda yaptığım açıklamalar karşısında bu gelişmelerin takip edilerek bize uygun düzenlemelerin alınmasında yarar görmekteyim.

TAM ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

(Contract For The Benefit of The Third Person)

Yrd. Doç. Dr. Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ *

ÖZET

Sözleşmeler, kural olarak sadece taraflarını ilgilendirir. Bu durum kural olduğuna göre; kural bir de istisnası mevcuttur. Bu istisna, bizim çalışmamızda, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ele alınmıştır.

Üçüncü kişi yararına sözleşme türünde, borç ilişkisi yine alacaklı ve borçlu arasında kurulmakla birlikte; alacaklı ifanın kendisine değil de, borç ilişkisi dışında kalan bir üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Bu aşamada, borç ilişkisine dahil edilen üçüncü kişinin, borcun ifa edilmesini talep hakkı olup olmaması bakımından, bu sözleşme türünü "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" ve "tam üçüncü kişi yararına sözleşme" olarak ayırmak suretiyle ele almak gerekir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, kanundan doğan bir müdahillik değil, tarafların iradelerinden kaynaklı olarak bir üçüncü kişi, edimin ifasını talep edebilme açısından, ilişkinin tarafı haline gelmektedir.

Çalışmamızda, bu üçüncü kişi yararına sözleşmenin "tam eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" türü, detaylarıyla ele alınmış; türleri açıklanmış ve benzer kavramlarla farklarına yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Sözleşme, nisbilik, edim, ifa, havale, temsil, alacağın devri.

Abstract

Contracts concerns its parties as a rule. That rule has an exception. This exception has been held as "contract for the benefit of the third person" in our study.

In third part beneficiary contract, despite the parties of contract is creditor and debtor; creditor doesn't want fulfilment to be done to his/herself; but to have been done to the third person who is not the party of the contract. At that grade, demanding performance of the third party is important to understand the difference between "perfect contract for the benefit of the third person" and "imperfect contract for the benefit of the third person".

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

In that kind of contracts, third person has been a part of the legal relation, not by the laws, but by the writ of the parties of the contract.

In that study, the kind of the contract as "perfect contract for the benefit of the third person" has been detailed and the differences of that contract and some similar terms had been came up.

Keywords: Contract, relativity, execution, fulfillment, commitment, procuration, transfer of claim.

GİRİŞ

Borç ilişkileri, sadece bu borcun taraflarını ilgilendiren ilişkilerdir. Bu ilişkiden doğan hak ve borçlar, taraf olanlar dışında, üçüncü kişileri etkilemez. Buna; "borç ilişkilerinin nisbiliği" denir. Sözleşmeden doğan borçlarda aynı ilke "sözleşmelerin nisbiliği" şeklinde adlandırılmaktadır.

Sözleşmeler de borç doğuran ilişkilerden olduğuna göre; "sözleşmelerin nisbiliği" ilkesi de kuraldır. Bu ilke, özellikle sözleşmeyi ifa yükümlüsünün, işi kısmen ya da tamamen bir başkasına yaptırma yetkisine sahip olduğu hallerde, alacaklının bu kişiyi sorumlu tutamaması bakımından önem taşımaktadır. Ancak; ilkenin kural olması, istisnasının da varlığını gösterir. Borç ilişkisinin üçüncü kişilere de etkili olmasını sağlayan, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan istisnalar da mevcuttur.

Kanundan doğan istisnanın örneği olarak; TMK md.194 düzenlemesiyle "aile konutuyla ilgili kira sözleşmelerinde bu sözleşmeye taraf olmayan eşin müdahalede bulunma hakkı" mevcuttur. Buna göre; kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin rızası olmadan, kira sözleşmesinin tarafı olan eş sözleşmeyi feshedemeyecektir. Burada sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince, "sözleşmeyi tarafların feshedebileceği" kuralına getirilmiş bir istisna söz konusu olup, kira sözleşmesine taraf olmayan eş sözleşmenin feshinde söz sahibi olmaktadır.

Yine bazı borç ilişkilerinin nisbiliğini kuralının istisnası olarak "tapuya şerh edilen sözleşmeler" karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; uzun süreli bir kira sözleşmesi yapılmış, ve mülk el değiştirmiş; yani malik değişmiş ise; yeni malik bu kira sözleşmesi ile bağlı olacaktır. Kira sözleşmesi, üçüncü kişiyi de etkileyecektir.

Son olarak; nisbilik ilkesinin sözleşmeden doğan istisnasına gelecek olursak; burada "üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden" bahsetmek mümkündür. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, borçlunun borca aykırı davranışından dolayı zarara uğrayan, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin de zararlarının tazmin edilmesi amacıyla yapılır.

Tüm bunlar dışında, TBK md.129 düzenlemesi ile, bir de "üçüncü kişi yararına sözleşme" kavramı, kendi adına sözleşme yapan kişinin, sözleşmeye bir üçüncü kişi yararına edim yükümlülüğünü koydurması, edimin üçüncü kişi yararına yapılması

hakkı getirilmiştir. Bu sözleşme de, borç ilişkilerinin yani sözleşmelerin nisbiliği kuralına, tarafların iradeleri ile bir istisna getirmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin, "tam üçüncü kişi yararına sözleşme" ve "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" olmak üzere farklı iki türü mevcut olup; çalışmamızda bu konu detaylıca ele alınmıştır.

1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kavramı

Bazı borç ilişkilerinde, ilişkinin tarafları alacaklı ve borçlu olmasına rağmen, bu ilişkiden doğan ifanın talep yetkisi, başka bir üçüncü kişiye ait olabilir. TBK md.129[1] Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme kenar başlığıyla, *"Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimini üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.*

Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremezler." şeklinde genel olarak bir düzenlemeyle üçüncü kişi yararına sözleşmeyi hüküm altına almıştır.

Bu sözleşme türünde, yine, alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf vardır. Ancak, alacaklı, ifanın kendisine değil de, bir başka üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Yani, taraflardan birinin, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye edada bulunmayı taahhüt etmesi halinde, üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir. Üçüncü kişiye ifa edilecek borcun alacaklısı yani taahhüt ettiren, bu yolla üçüncü kişiye olan bir borcunu ifa etmeyi veya ona karşılıksız kazandırmada bulunmayı amaçlamış olabilir.[2]

Vaad ettiren alacaklı, borçlusu vadeden ile kendi adına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü şahsa, vaad edenden edayı talep hususunda doğrudan bir hak sağlayabilir ki bu durumda "tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden" (hak veren üçüncü kişi yararına sözleşme) bahsedilir. Ya da, yine vaad ettiren alacaklı ile vadeden borçlu arasındaki sözleşme ile, üçüncü şahsa doğrudan böyle bir bağımsız talep hakkı tanımaksızın sadece vaat edeni, borçtan kurtarıcı bir etki ile üçüncü şahsa edada bulunmaya yetkili kılabilir ki; bu sözleşme türüne de "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" (yetki veren üçüncü kişi yararına sözleşme) denilmektedir.[3]

---

1 818 Sayılı BK. md.111'de üçüncü kişi yararına sözleşme, "başkası lehine şart" olarak düzenlenmişti.

2 NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, İstanbul 2011, s.297

3 KOCAMAN, Arif: "TBK'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Erzurumluoğlu'na Armağan, Ankara 2012, s.535.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin alt türlerinde, üçüncü kişinin şahsen ifa talebi ve üçüncü kişiye ifanın kendi adına sözleşme yapan kişi tarafından talebi ayrımı söz konusudur. Bu konuya ilerleyen bölümlerde değineceğiz.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, satım, kira, bağış sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, asıl sözleşme tarafları dışında bir kişiye edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumların tümünü içeren genel bir kavramdır.[4]

Bu sözleşme türünde, üçüncü kişi sözleşmeden dolayı alacak hakkı kazanabilir, ancak bu demek değildir ki, üçüncü kişi taraf olmadığı sözleşme nedeniyle yani alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşme nedeniyle bir borç altına girsin.[5] Üçüncü kişi, kendisine alacak hakkı tanıyan taahhüt (vaat) ettirenin, sözleşmenin diğer tarafı olan kişiye olan borçlarından sorumlu olmayacaktır. Buna "üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı" denilmektedir. Ancak, bazı durumlarda, üçüncü kişinin bir edimden yararlanması, bazı şartlara bağlanabilir. Bu tür sözleşmeler de geçerlidir.

İfanın üçüncü kişiye hiç ya da gereği gibi yapılmaması halinde, tazminat isteme hakkı ile ivaz karşılığı taahhütlerde TBK md.125/II uyarınca sözleşmeden dönme hakkı taahhüt ettirene ait olup, bu tazminat kapsamında, taahhüt ettiren hem kendi zararlarını, hem de üçüncü kişinin uğramış olduğu zararları talep edebilir.[6] Ancak bu durum yalnızca eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede söz konusu olur. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, durum tam tersi olup, üçüncü kişi hem ifayı, hem de TBK md.112 uyarınca ifanın gereği gibi yapılmaması halinde tazminat hakkını, hem de TBK md.118 uyarınca gecikme halinde temerrüt hükümlerin uygulanmasını kendisi bizzat talep edebilir.

Birbirinden, ifa talepleri ve ifanın hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi konuları açısından ayrılan üçüncü kişi yararına sözleşmenin diğer farklılıklarına aşağıda değineceğiz.

2. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Koşulları

Üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedebilmek için bazı koşulların varlığı gerekmektedir. Bunlardan biri geçerli bir borç ilişkisinin kurulması, diğeri ise borç ilişkisinde ifanın üçüncü kişi yararına yapılmasının kararlaştırılmış olmasıdır.

A. Geçerli Bir Borç İlişkisinin Kurulması

Geçerli bir borç sözleşmenin kurulması için, TMK md.15 uyarınca tarafların

---

4 OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2012, s.424

5 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s.218

6 NOMER: a.g.e.,s. 297

fiil ehliyetine sahip olması, TBK md.27/I uyarınca sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olmaması, sözleşmenin ahlaka aykırı olmaması, sözleşme konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkansız olmaması, TBK md.12/II uyarınca sözleşmenin kanunun emrettiği geçerlilik şekline uygun olmaması, TBK md.19/I uyarınca sözleşmenin muvazaalı olmaması, TBK md.30 uyarınca irade beyanlarının yanılma, aldatma veya korkutma sebepleriyle sakat olmaması, TBK md.28 uyarınca aşırı yararlanma(gabin) halinin bulunmaması gerekmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedebilmek için her şeyden önce, alacaklı ile borçlu arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir. Zira, üçüncü kişi yararına sözleşme, ancak asıl borç ilişkisinin doğuran sözleşmenin geçerliliğiyle söz konusu olabilecektir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi sözleşmeye taraf olmadığı için, ehliyetsizliği veya irade beyanı sakatlığı gibi durumlardan, yahut üçüncü kişinin sözleşmeden bilgisinin olmamasından söz edilse dahi, sözleşmenin geçerliliği etkilenmeyecektir.

Sözleşmenin asıl tarafları, vaat ettiren (alacaklı) ile borçlu olduğu için, aslolan bu iki tarafın arasında bir irade sakatlığı veya sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek bir durumun bulunmamasıdır.

B. Borç İlişkisinde İfanın Üçüncü Kişi Yararına Yapılmasının Kararlaştırılması

Sözleşmede, başkası yararına şart koşuluna yer verilmemişse, borç ilişkisi üçüncü kişi yerine değil, doğrudan alacaklı yararına kurulmuş sayılır ve dolayısıyla ifayı talep yetkisi alacaklıya ait olur.

Bu sözleşme türlerini aslında çok yaygın olup, günümüzde karşılaştığımız en en yaygın örneğini, zorunlu mali sorumluluk sigortası ile kredi kartı sözleşmeleri oluşturmaktadır.

2918 sayılı KTK. md. 91 zorunlu mali sorumluluk sigortasını düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre; "*İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.*" Burada sözleşme, motorlu araç işleten ile sigorta şirketi arasında kurulmaktadır. Ancak sözleşmede, motorlu araç işletilmesinden dolayı üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, sigorta şirketinin sözleşmede belirlenen limitler dahilinde üçüncü kişilere ödeme yapacağı şart olarak belirlenmektedir.

Kredi kartı sözleşmeleri de üçüncü kişi yararına sözleşmenin yaygın örneklerindendir. Kredi kartı sözleşmesi, kart çıkaran kuruluş ile kredi kartı sahibi arasında akdedilen, çerçeve niteliğinde kendisine özgü yapısı olan, sürekli öyle bir sözleşmedir

ki; bununla kartı çıkaran kuruluş, kredi kartının üye işyerlerinde nakitsiz ödeme aracı olarak kabul edileceğini ve kart sahibinin yaptığı harcamaları üye işyerine ödeyeceğini, buna karşılık kredi kartı sahibi de kredi kartı ile yapılan harcamalarını, kartı çıkaran kuruluşa ödeyeceğini taahhüt eder.[7] Kart sözleşmesiyle birlikte, banka, üye işyeri ile bir sözleşme akdederek, banka müşterilerinin işyerinden mal veya hizmet alması karşılığında, satış bedelinin bankadan tahsil edileceği düzenlenir. Kredi kartı kurumu, bu sözleşme ile, kredi kartı verdiği müşteriler lehine bir şart koşmakta, üye iş yerinin, müşterilere satış yapmasını, bedelinin kart kurumu olan bankadan tahsil edilmesini kararlaştırır.[8]

Bu konuyla ilgili bir başka örnek; futbol karşılaşmalarının radyo ve televizyondan yayınlanmasına ilişkin ihalelerde görülmektedir.

Futbol kulüplerinin spor karşılaşmalarını düzenleme, bu karşılaşmaların yayın haklarını devir alma yetkisi 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Futbol Federasyonu'na bırakılmıştır. Kanunu 29. maddesi, "Futbol müsabakalarının televizyon ve radyodan yayınlanmasının düzenlenmesi ve programlanmasına münhasıran Federasyon Yönetim Kurulu yetkilidir."şeklindeki düzenlemesi ile; yetkiyi federasyona bırakmıştır. Federasyon, bu yetkiye dayanarak, müsabakaların yayınlanması için ihale açarak; ihale sonucu belirli bir yayın kuruluşuna yayın hakkı vermektedir. Federasyon ile ihaleyi kazanan yayın kuruluşu arasında bir sözleşme akdedilmekte; ayrıca bu yayın kuruluşu, diğer yayın kuruluşlarına, futbol karşılaşmalarını hangi andan itibaren, hangi süreler içerisinde yayın hakkı tanımak zorunda olduğu hususunu da sözleşmede hüküm altına almaktadır. Bu hüküm ile; "ihaleyi kazanan yayın kuruluşu dışında kalan yayın kuruluşları lehine sözleşme" niteliğindedir. Zira, burada Federasyon, ihaleyi kazanan yayın kuruluşu (örnek: Lig TV) ile yaptığı bir sözleşme ile, bu sözleşme dışında kalan bir üçüncü kişi (örnek: TRT) lehine bir şart koşmaktadır. [9]

3. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Türleri

A. Eksik Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Doktrinde kural olarak benimsenen sözleşme türü, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi (lehdar), borçludan (vaat edenden) ifayı talep hakkına sahip olabilir de olmayabilir de. Üçüncü kişinin ifayı bizzat isteyemeyeceği, ifanın talebinin yalnızca vaat eden borçlu tarafından istenebileceği hallerde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur.[10] Eksik üçüncü

---

7 İŞGÜZAR, Hasan: Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, syf:66

8 KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2014 , s. 591

9 KILIÇOĞLU: s.591

10 OĞUZMAN/ ÖZ: a.g.e., s.418

kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi ne ifayı bizzat talep edebilmekte, ne de ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde tazminat talebinde bulunabilmektedir. Bu taleplerde bulunabilecek kişi, taahhüt ettirendir.

Üçüncü kişinin, bizzat borçludan edimini ifasının kendisine yapılmasını isteyemeyip, ancak, alacaklı aracılığıyla edimin ifasının kendisine yapılmasını talep edebilmesi durumu, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak anlaşmayla belirlenmektedir. Yani, alacaklı ile borçlu, aralarındaki temel sözleşme ilişkisini kurarken, üçüncü kişiye ifanın doğrudan kendisine yapılmasını talep yetkisi verirlerse, üçüncü kişi, borçludan doğrudan talep yetkisine sahip olacak (üçüncü kişi yararına tam sözleşme) ; aksi durumda ise; üçüncü kişi, ifanın kendisine yapılması talebini, doğrudan borçludan değil de, alacaklıya bildirim yaparak alacaklının borçlu tarafa, ifanın üçüncü kişiye yapılmasını isteyebilecektir ki bu sözleşmeye de "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme" denilmektedir.

Bu sözleşme türünde, üçüncü kişi nezdinde doğrudan bir alacak hakkı doğmamaktadır. Vaat ettiren lehine doğan alacak hakkı, vaat ettirenin vaat eden borçludan, ifanın talebinin üçüncü kişiye yapılması şeklinde kullanılmaktadır. [11] Üçüncü kişi bu nevi sözleşme ile sadece vaat eden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisini haiz olup, ondan borcun ifasını doğrudan doğruya talep ve dava etme yetkisine sahip değildir.[12]

Bu sözleşme türünün en yaygın örneği, "ek kart sözleşmesi"dir. Asıl kart sahibi, kendi talimatıyla, bankadan, ek kart çıkarılmasını isteyebileceği gibi, yine doğrudan kendi talimatıyla, bankadan ek kartın iptalini isteyebilecektir. Ek kart sahibinin, doğrudan banka ile görüşerek, ek kart limitinin yükseltilmesini, kartın iptal edilmesini ve bu ilişkiden doğan diğer işlemlerin yapılmasını talep etme yetkisi yoktur.

B. Üçüncü Kişi Yararına Tam Sözleşme

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi bazen de, direkt olarak borçludan, edimin kendisine ifasını talep edebilmektedir. Bu durumda, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kural olup, tam üçüncü kişi yararına sözleşme istisna olarak değerlendirilmektedir.[13] Zira, TBK md.129'da da eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Üçüncü kişi yararına tam sözleşmede, üçüncü kişi vaad edilen edimin ifasının tek başına hem talep ve dava etme, hem sunulan ifayı kabul hakkına sahiptir. Aynı şekilde, üçüncü kişi hakkını ileri sürdüğünde, taahhütte bulunan ona karşı sözleş-

---

11 ŞENOCAK,Kemal: Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi , Ankara 2009, s. 44

12 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1144

13 AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, 1987, s.11.

meden doğan defi ve itirazları ileri sürebilir.[14] Bu demek değildir ki, üçüncü kişi sözleşmenin tarafıdır. Yanlızca, sözleşme uyarınca taahhüt ettiren ile taahhüt eden arasındaki ilişkiye dayalı olarak, taahhüt edenin , taahhüt ettirene karşı ileri sürebileceği defi ve itirazlar, doğrudan başvuran üçüncü kişiye de ileri sürülebilmektedir.

Üçüncü kişi, borçlu (vaat eden) karşısında haklarını kullanmak istediğini bildirinceye kadar, alacaklı (vaat ettiren) sözleşmeden doğan alacakları üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir.[15] Bu ana kadar, alacaklı, üçüncü kişinin kazandığı hakkını tek taraflı olarak geri alabilir ve haklarını ortadan kaldırabilir. [16]

TBK md.129/2, "üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler…." Şeklindeki düzenlemesiyle, üçüncü kişi yararına tam sözleşmeyi düzenlemiştir. Ancak sözleşmenin "tam sözleşme" sayılabilmesi için, "amaca, örf ve adete uygun düşme" koşulu aranmıştır. Bu maddeye kanunda özel olarak düzenlenen "üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerin" de eklenmesini savunanlardan OĞUZMAN/ÖZ, işveren ve işçiler açısından düzenlenen sorumluluk sigortalarının düzenlendiği TBK md.130, üçüncü kişi yararına yapılan sigortaların düzenlendiği TTK md. 1454, zarar gören ve sigortacının tazmin konusundaki durumlarının düzenlendiği TTK md.1478'in de bu madde kapsamına eklenerek üçüncü kişi yararına tam sözleşme kapsamının TBK md.129'da düzenlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.[17]

Maddede düzenlenen örf ve adete uygun düşme durumu ise, kiracı ve kiralayan arasında yapılan sözleşmeler, ifa yardımcılarına bahşiş ödenmesine ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirilebilir. [18]

Üçüncü kişi yararına tam sözleşme, kural olarak sözleşmenin kurulmasıyla başlar, ancak taraflar, talep hakkının daha ileri bir tarihte doğacağını kararlaştırabilirler.

Üçüncü kişi yararına tam sözleşmenin en yaygın örneği, motorlu araç işletilmesi nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilmesini bizzat sigorta şirketine başvurarak istemeleridir. Daha genel bir anlatımla, 2918 sayılı KTK md. 91'de düzenlenen "zorunlu mali sorumluluk sigortası" tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin en tipik örneğidir.

Burada, sözleşme motorlu araç işleten, yani sözleşmedeki sıfatıyla alacaklı ile sigorta şirketi yani sözleşmedeki sıfatıyla borçlu arasında akdedilmesine rağmen, ala-

---

14 NOMER: a.g.e., s.298

15 VON BÜREN, B: Schweizerisches Obligationrecht, Zürich 1964, dh. 180-181. (ŞENOCAK: a.g.e, s.43'ten naklen)

16 AKYOL : a.g.e., s.148 (ŞENOCAK: a.g.e., s.43'ten naklen)

17 Detaylı bilgi için, OĞUZMAN/ÖZ: a.g.e, s.421

18 OĞUZMAN/ ÖZ: a.g.e., s.420.

caklı, motorlu aracın işletilmesi nedeniyle, üçüncü kişinin bir zararı doğduğu takdirde, sözleşmeden öngörülen limitler dahilinde, üçüncü kişinin zararının borçludan bizzat tazminini talep yetkisi olduğu belirlenmiştir.[19]

Üçüncü kişi yapılan hayat sigortaları da tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir. Buradaki özellik;sigorta ettirenin ölümü anında lehtar hayatta değilse, lehtarın halefleri hak sahibi olamayacak; üçüncü kişiye ödenecek sigorta bedeli, sigorta ettirenin haleflerine ödenecektir. [20]

4. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Üçüncü Kişinin Hakları

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, borçlanılan edim üzerinde üçüncü kişi yararına doğan alacak hakkı, üçüncü kişinin şahsına, onun hukuk alanında doğrudam doğruya bağımsız bir hak olarak doğar, yani üçüncü kişi bu hakkı vaad ettirenin halefi olarak değil, aslen kazanır.[21]

Üçüncü kişinin alacak hakkı muaccel olur olmaz, bunu borçludan talep etme yetkisi olup, talebi karşılanmadığı takdirde dava açma yetkisine de sahip olur.

Üçüncü kişinin sahip olduğu bu alacak hakkı konusunda, vaat eden ve vaat ettiren sözleşmede aksini kararlaştırmamışlarsa, üçüncü kişinin bu hakkı kullanmak istediğini borçluya bildirdiği ana kadar, vaat ettiren alacaklı, vaat eden borçluya üçüncü kişiye ifayı yasaklayıp, borcun ifasının bizzat kendisine yapılmasını isteyebilir. Buna "alacaklının yararlanma kaydının geri alınması" denir. Bu süre içinde, vaat ettiren alacak hakkı üzerinde tasarruf hakkına sahip olup, bu haktan dolayı, alacağını bir başka kişiye devretmesi mümkündür.[22]

Bu durumda, üçüncü kişinin de korunması gereken haklar mevcuttur. Vaat ettiren alacaklının alacak hakkını kullanma hakkı sınırsız değildir. Üçüncü kişinin borçluya ifanın talebinde bulunması anından sonra, vaat ettiren alacaklı artık geri alma hakkını kullanamaz, borçludan edimin ifasını üçüncü kişiye yapmasını yasaklayamaz. Bu durum, üçüncü kişinin sözleşmeden doğan haklarını kullanması anlamında değerlendirilir.

Üçüncü kişini alacak hakkını talep etmesi, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar, şekle bağlı olmayıp, tek taraflı, kullanıldıktan sonra geri dönülemeyen ve tek kullanıma özgü bir irade beyanı ile kullanılabilir. Üçüncü kişinin alacak hakkını kullanma iradesi borçlu vaat edene ulaştığı anda, vaat ettiren

---

19 KILIÇOĞLU: a.g.e, s.579.

20 BOZER,Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 360 (NOMER: a.g.e., s.298'den naklen)

21 EREN: a.g.e. , 1151

22 EREN: a.g.e., s.1151

alacaklının bu hakkını kullanma yetkisi sona erer, ve üçüncü kişinin bu hak üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer.

Üçüncü kişinin haklarının yanı sıra, bir de, sözleşmeye taraf olmasalar bile, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanan kişiler de vardır. Örneğin, bir kira sözleşmesi kiralayan ile kiracı arasında yapılmakla birlikte, kiracının eşi ve çocukları da bu sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanmakta, kiralayan bunlara karşı da koruma yükümlülüğüne girmiş bulunmaktadır.[23]Bu kira sözleşmesi gibi, sözleşmenin tarafı olmayıp, üçüncü kişi dışındaki diğer kişileri de koruma altına alan sözleşmeye "üçüncü kişiyi koruma etkili sözleşme" denilmektedir.

5. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

A. Vaat Ettiren ile Vaat Eden Arasındaki İlişki (Karşılık İlişkisi)

Üçüncü kişi yararına sözleşme, vaat ettiren alacaklı ile vaat eden borçlu arasında yapılmakla birlikte; alacak hakkı dışındaki yenilik doğuran haklar, defi haklarının ileri sürülmesi gibi haklar; vaat ettiren alacaklıya aittir. Yani, ister tam üçüncü kişi yararına olsun ister eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olsun, alacaklı olan vaat ettiren dışında, bir üçüncü kişiye alacak hakkı tanınmaktadır. Bunun sebebi; üçüncü kişinin alacak hakkı kazanmasına rağmen; sözleşmeye taraf olarak girmemesi, vaat ettirenin sözleşmenin tarafı sıfatını devam ettirmesidir.[24] Ancak, alacak hakkı dışındaki hakların da üçüncü kişi tarafın kullanılması, sözleşmeye eklenecek "yararlandırma kaydı" ile mümkün olabilmektedir. [25]

TBK md.129/2 düzenlemesine göre, üçüncü kişi yararına tam sözleşme yapılır yapılmaz üçüncü kişi bir alacak hakkı kazanacaksa da; bu hakkını kullanacağını borçlu vaat ettirene bildirinceye kadar vaat ettiren bu hak üzerinde tasarruf imkanına sahiptir. Ancak üçüncü kişi hakkını kullanacağını bildirince, vaat ettirenin, üçüncü kişinin alacak hakkını etkileyecek tasarruf yetkisi kalkar.[26]

B. Vaat Ettiren ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki (Değer İlişkisi)

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaat ettiren alacaklı, üçüncü kişiye bir kazandırmada bulunmaktadır. Bu kazandırma, vaat ettiren ile üçüncü kişi arasındaki bir alacak hakkına dayanabileceği gibi, bağışlama ya da ifa gibi sebeplere de dayanabilir.

Örneğin; vaat ettiren A, üçüncü kişi Ü'ye 100.000,00TL borçludur ve maliki

---

23 EREN: a.g.e., s.1152

24 EREN: a.g.e., s.1149

25 BUCHER: s.480 (EREN: a.g.e., s.1149'dan naklen)

26 OĞUZMAN/ ÖZ: a.g.e., s.431

olduğu bir malı 100.000,00 TL'ye vaat eden B'ye satmakta ve bu sözleşmede B'nin bu parayı üçüncü kişi Ü'ye ödemesini istemektedir. Bu kayıt uyarınca vaat eden B'nin Ü'ye yaptığı ödeme ile A, Ü'ye karşı olan bir borcunu ifa etmiş olur. Bu durumda, A, Ü'ye bir kazandırmada bulunmuş olup, bu kazandırmanın sebebi ifadır. A, Ü'ye borcu olmadan, B'nin 100.000,00TL'yi Ü'ye ödemesi durumunda kazandırma sebebi bağışlama; A, B'nin Ü'ye ödeyeceği parayı ona ödünç olarak veriyorsa da kazandırmanın sebebi alacaktır. [27]

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaat eden, borcunu üçüncü kişiye, hiç ya da gereği gibi ifa etmezse, vaat ettiren bu yüzden uğradığı zararın tazminini, üçüncü kişiden bağımsız olarak talep edebileceği gibi, üçüncü kişinin de talep yetkisi olduğundan, onunla birlikte de talep edebilir.

C. Vaat Eden ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişki

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, borç, vaat eden borçlu ile vaat ettiren alacaklı arasındaki sözleşmeden doğar. Vaat eden, bu sözleşmeye dayanarak borcun ifasını isteyen üçüncü kişiye karşı, sözleşmenin geçersizliği, muvazaalı oluşu,fiili ehliyetsizlik,zaman aşımı gibi sözleşmeden doğan her türlü itiraz ve defileri ileri sürebilir.

Vaat eden borçlu bu defi ve itirazların yanı sıra, üçüncü kişiye karşı kişisel olarak sahip bulunduğu defileri de ileri sürebilir.

Vaat edenin üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceği tek defi ve itiraz, üçüncü kişi ile vaat ettiren arasındaki ilişkiye dayalı defi ve itirazlardır. Zira, bu tür defi ve itirazlar, vaat edeni ilgilendirmemekte; sözleşmeye dayanarak vaat eden, üçüncü kişiye yalnızca borcun ifası ile yükümlüdür.

Borçlu üçüncü kişiye olan borcunu, TBK md.141'e göre, vaat ettirenin kendisine olan borcuyla takas edemez. Ancak, üçüncü kişi bir başka ilişki nedeniyle vaat ettirene borçlu ise ve diğer şartlar gerçekleşmişse, bu iki borcun birbiriyle takası mümkündür.[28]

6. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Benzer Kavramlardan Farkı

A. Temsilden Farkı

Bir kimsenin hüküm ve sonuçları aşka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denmektedir.[29] Bura-

---

27 EREN: a.g.e., s.1149

28 EREN: a.g.e., s.1151

29 EREN: a.g.e.,s. 424

dan anlaşılacağı üzere temsilde de, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede olduğu gibi, hukuki işlem sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi doğrudan doğruya hak sahibidir.

Ancak temsil ile tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafları farklıdır. Temsilde, mümessil temsil olunan adına sözleşmeyi yapmakta, ancak sözleşmenin tarafı olmamaktadır. Temsilci sözleşme kurulurken temsil olunan ad ve hesabına hareket eder.[30] Halbuki tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi ne sözleşmeyi yapandır ne de sözleşmenin tarafıdır. Sözleşmenin tarafı olan ve sözleşmeyi yapan vaat ettiren alacaklıdır.

Diğer bir fark ise; üçüncü kişi yararına sözleşmenin yapılabilmesi için üçüncü kişinin ehliyetinin aranmadığı gibi, üçüncü kişinin bu sözleşme ilişkisinin kurulmasında hiçbir bilgisinin olması dahi gerekmemekte; ancak temsilde, mümessil temsil yetkisinin vermiş olduğu yetkiyi kullanarak sözleşmeyi yapmaktadır.

B. Alacağın Devrinden Farkı

Alacağın devri, TBK md. 183-194 arasında düzenlenmiş olup, devir ile birlikte borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu dışında bir üçüncü kişi bu ilişkiye taraf olmaktadır.

Alacağın devri ilişkisinde devreden alacak hakkını kaybeder, bu hakkı devralan "devren kazanılmış bir hak" olarak kazanır. Ancak tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaat ettiren alacaklı, alacak hakkını üçüncü kişiye devretmemekle birlikte, üçüncü kişi bu hakkı doğrudan kazanır ve dolayısıyla vaad eden borçludan alacağın ifasını doğrudan talep edebilir.

C. Havaleden Farkı

Havale, TBK md.555'te düzenlenmiş olup, havale edenin, havale edilene, havale alıcısı olan üçüncü kişiye ödemede bulunması, üçüncü kişi olan havale alıcısına da bu ödemeyi kabul etmesi için verdiği çifte yetkidir.[31] Tanımdan anlaşılacağı üzere, havale bir sözleşme değil, bir yetkinin verilmesidir. Havale, 818 sayılı eski BK'nunda "Havale bir akittir ki.." şeklinde düzenlenmişken, TBK düzenlemesi il havalenin çifte yetki verme olarak kabul edilmiştir.[32]

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaat ettiren alacaklı ile vaat eden borçlu arasında yapılan sözleşmeye, alacaklı yerine üçüncü kişiye ödeme yapılmasına yönelik bir hüküm konulmasıyla birlikte, borçlu üçüncü kişiye ödeme yapmakla yükümlü hale gelmektedir.

---

30 NOMER: a.g.e., s. 85

31 AKYOL: a.g.e., s.63 (Eren: a.g.e., s.1148'den naklen)

32 KOCAMAN: a.g.e., s.540

Üçüncü kişi yararına sözleşmede vaat eden borçlu, edimin ifasıyla yükümlüyken, havalede havale ödeyicisi, kendisine havale eden tarafından verilen bir talimatı ödemeye yetkili kişidir.[33] Asıl ifa olan borcun ödenmesiyle yükümlü olan yine havale edendir.

KAYNAKLAR

AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul, 1987

BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara, 1965

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1144

İŞGÜZAR, Hasan: Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2014

KOCAMAN, Arif: "TBK'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Erzurumluoğlu'na Armağan, Ankara 2012

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, İstanbul 2011

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2012

ŞENOCAK, Kemal: Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Ankara 2009.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993

VON BÜREN, B: Schweizerisches Obligationrecht, Zürich 1964

33 EREN: a.g.e., s.1149

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE SATIŞ İLİŞKİSİ DOĞURAN HAKLAR VE ÖZELLİKLE ÖNALIM HAKKINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Assesment of Provisions Related With The Rights On Sale Relation and Especially With The Right of Pre Emption in Accordance With Turkish Code of Obligations No. 6098

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KİZİR**

ÖZET

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu önceki Borçlar Kanununa ek olarak birçok yeni hüküm getirmiş bulunmaktadır. Yapılan değişiklikler, hem mevcut Yargıtay içtihatları ve ilmî tartışmaların kanun maddesi şeklinde devşirilmesi hem de kanunda önceden hiç bulunmayan yeni hükümlerin getirilmesi şeklinde olmuştur.

Satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin hükümler de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 238 ilâ 242. maddeleri arasında ilk defa yer almıştır. Düzenlemeyle bu haklara ilişkin farklı yeniliklere yer verilmiştir. Bunlardan ilki; önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştira) haklarının en çok 10 yıllık süre için kararlaştırılabileceğine ilişkin düzenlemedir. Böylece bu tür haklar için bir üst süre sınırı getirilmiştir (TBK. m. 238). Bir diğer yenilik, sözleşmeden doğan önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştira) haklarının aksine bir anlaşma olmadıkça devredilemeyeceği, ancak miras yoluyla geçebileceğine ilişkin düzenlemedir. Şayet sözleşme ile bu hakların devredilebileceği kararlaştırılmış ise devir işleminin hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir (TBK. m. 239/II).

Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeden evvel önalım hakkı sadece satış sözleşmelerinde kullanılabilmekteydi. Yeni getirilen hükümle *"taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem"* ile artık önalım hakkı kullanılabilecektir (TBK. m. 240/I). Maddenin ikinci fıkrasında ise önalım hakkının

---

* Bu makale 26- 27 Nisan 2013 tarihinde Bakü/ Azerbaycan Kafkas Üniversitesinde düzenlenen "Milli Lider Haydar Aliyev'in Doğumunun 90. Yıldönümü Dolayısıyla Genç Araştırmacıların I. Uluslararası Bilimsel Konferansı" için hazırlanan sunumun düzenlenmiş halidir.

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kullanılamayacağı haller düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla kazanılması hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz (TBK. m. 240/II).

Türk Borçlar Kanununda satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu (TBK. m. 241/I); önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılır veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği (TBK. m. 241/II) ve aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibinin taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanacağı belirtilmiştir (TBK. m. 241/III). Türk Borçlar Kanununun tek fıkradan oluşan 242. maddesinde ise önalım hakkının kullanılmasına yer verilmiştir. Buna göre önalım hakkı ancak dava açılarak kullanılabilecektir (TBK. m. 242).

Bu çalışmada 6098 sayılı kanun ile satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin getirilen yenilikler Türk hukuku ve ilmî çalışmalar bakımından incelenip değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Borçlar hukuku, Satış ilişkisi, Önalım, Alım, Geri alım.

Abstract

The Turkish Code of Obligations which entered into force on July 1 2012 has introduced many new provisions additional to the former Code of Obligations. The amendments have been in gathering both the existing Supreme Court decisions and scientific discussions and also bringing new provisions that hasn't existed before.

The provisions related with the rights on sale relation and right of pre-emption have taken place in the Articles 238- 242 of the Turkish Code of Obligations (TCO.) for the first time. Distinctive innovations have been included in the regulation. The first one of these regulations; is that the right of pre-emption, right of repurchase and right of purchase may be binding for a maximum period often (10) years, in any event. Thus a time ceiling has been set (TCO. Art. 238). Unless otherwise provided for under an agreement, a contractual right of pre-emption may not be assigned; however, such rights may be inherited. It is stated that if the assignment of these rights have been agreed by contract, then the transaction of assignment should be made as contemplated for the establishment of the right (TCO. Art. 239).

Before the regulations within the Turkish Code of Obligations, the right of pre-emption could be used only in sales contracts. Together with the new regulation, contractual right of pre-emption may be used "for real estate purchases and transactions that are economically equivalent to sale" (TCO. Art. 240/I). In paragraph 2 of the article; the terms where the usage of the right is not available have been regulated. Hereunder, the right of pre-emption can not be used in; allocation of the real estate to one of the inheritors under partition of the inheritance, sale of the real estate through forced bidding and acquisition of the real estate for the purpose of execution of public liabilities (TCO. Art. 240/II).

It is stated in the Turkish Code of Obligations that; the seller or the buyer of

the real estate is obliged to deliver a notarised notification of sales contract and the content to the holder of the right of pre-emption (TCO. Art. 241/I), if the sales contract is withdrawn after the usage of right of pre-emption or if it is not approved due to reasons generating from the buyer himself, this situation shall not be held over the holder of the right of pre-emption (TCO. Art. 241/II), and unless agreed otherwise the holder of the right of pre-emption shall get the real estate within the framework of the terms of the sale between the seller and the third party (TCO. Art. 241/III).

In this study, the innovations introduced to the rights on sale relation and especially to the right of pre-emption by the Turkish Code of Obligations no. 6098 are examined and assessed in terms of Turkish law and scientific studies.

Keywords: Law of Obligations, Sale relation, Pre-emption, Purchase, Repurchase.

GİRİŞ

Satış ilişkisi doğuran haklar ve özellikle önalım hakkına ilişkin hükümler 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun[1] 238 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler 818 sayılı önceki Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanununun (İBK.) 1991 revizyonu[2] neticesinde 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe giren 216, 216a ilâ 216e maddelerine ilişkin değişiklikler esas alınarak yapılmıştır. Türk Borçlar Kanununda yapılan bu düzenlemelerin aynı zamanda 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan yasal önalıma ilişkin hükümlerle uyumluluk arz etmesi de amaçlanmıştır. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanununda yapılan değişiklikler ile Türk Medenî Kanununda önalıma ilişkin hükümler ele alınıp incelenmiştir. Böylece önalıma ilişkin olarak her iki temel kanunda düzenlenen hükümler kıyaslanarak mevcut farklılıklar ve benzerlikler ortaya konulmak suretiyle, uygulama açısından ortaya çıkabilecek problemler üzerinde durulmuştur.

I. Satış İlişkisi Doğuran Haklar

Satış ilişkisi doğuran haklar TBK. m. 237/II' de belirtilmiştir. Bunlar taşınmaz satış vaadi, önalım (şuf'a), alım (iştira) ve geri alım (vefa) haklarıdır. Bu tür haklar, hak sahibinin muhataba yönelteceği tek taraflı irade beyanıyla veya muhatap aleyhine açacağı davayla, aralarında bir satış ilişkisinin kurulmasını sağlarlar. Yani kurucu yenilik doğuran haklar kategorisinde değerlendirmek mümkündür. Yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı bir irade beyanıyla içeriği ve şartları önceden tayin ve tespit edilmiş bir sözleşme kurma veya mevcut bir sözleşmenin süresini uzatma yetkisi vermektedir[3].

---

1 RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

2 Konuya ilişkin kanun İsviçre' de 04.11.1991 tarihinde kabul edilerek 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir (AS 1993 1404; BBl 1988 III 953).

3 **BAYGIN**, Cem, Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği

Önalım hakkı, önalım hakkına konu olan şey, malik tarafından üçüncü bir şahsa satıldığı zaman onu, tek taraflı, yöneltilmesi ve varması gerekli bir irade açıklaması ile (dava yoluyla[4]) öncelikle satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır[5]. Önalımcı (şef'i) adı verilen önalım hakkı sahibi, taşınmaz üçüncü bir şahsa satıldığında, tek taraflı bir irade beyanıyla, aynı satış koşullarıyla taşınmazı öncelikle satın alma hakkına sahiptir[6].

Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı ve varması gerekli bir beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır[7]. Alım hakkı sahibi hakkını kullanınca kendisi ile muhatap arasında önceden kararlaştırılan koşullarda bir taşınmaz satış sözleşmesi kurulur. Türk hukukunda esas olarak alım hakkını düzenleyen iki hüküm vardır. Bunlardan ilki TMK. m. 736, ikincisi de TBK. m. 237' dir. Ayrıca tapuya şerh edilmesi mümkün olan hakları belirleyen Türk Medenî Kanununun 1009. maddesinde de alım hakkından bahsedilmiştir[8].

Geri alım hakkı ise, satıcıya, daha önce sattığı malı tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla sözleşmede öngörülen şartlar çerçevesinde tekrar geri alabilme

---

Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2011, S. 79- 80, s. 9; **BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 160.

4 Y. HGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 *"Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirimi ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır"* (Kazancı İçtihat Programı).

5 **YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 132; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2011, s. 37; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Genel Esaslar, Taşınmaz Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk, Taşınır Mülkiyeti, Konya 2014 (AYAN, Mülkiyet), s. 385; **KISAGÜN**, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara 1958 (KISAGÜN, Şuf'a), s. 7; **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Akdi ve Kanuni Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara 1997, s. 15; **OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 2002, s. 399; **ÖNDER**, Ali Rıza, Şuf'a- Önalım, ABD, S. 2, Y. 1985, s. 280; **PULAŞLI**, Hasan, Yargıtay Kararları Işığında Şuf'a Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, TNBHD, S. 43, 15 Ağustos 1984, s. 35; **KIRCA**, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1179; **ŞIPKA**, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994, s. 2; **KÜLEY**, M. Muin, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şüf'a Hakkı, İstanbul 1950, s. 8; **DEMİRBAŞ**, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 54.

6 **ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Taşınmaz- Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti- Devre Mülk (5711 Sayılı Kanun Değişikliğiyle), İrtifak Hakları ve Rehin Hakları, Ankara 2012, s. 378; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 133; **PULAŞLI**, s. 35.

7 **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 246 (EREN, Özel Hükümler); **KISAGÜN**, Adli, Vefa ve İştira Hakları, AD, Y. 1961, S. 1- 12 (KISAGÜN, Vefa), s. 736- 737; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 129; **OĞUZMAN/ SELİÇİ**, s. 395; **AYAN**, Mülkiyet, s. 429; **OLGAÇ**, s. 245; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 37; **DEMİRBAŞ**, s. 46.

8 **AYAN**, Mülkiyet, s. 429; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 129.

yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır[9]. Başka bir ifadeyle, geri alım hakkında, taşınmazını temlik eden malike alım (iştira) hakkı tanınmaktadır[10].

II. Türk Borçlar Kanununda Satış İlişkisi Doğuran Haklara İlişkin Yeni Düzenlemeler

A. Önalım, Alım ve Geri Alım Sözleşmesinin Şekli

Taşınmazlarla ilgili alım, önalım ve geri alım sözleşmelerinin şekline ilişkin düzenleme TBK. m. 237/II ve III' de *"Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz", "Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır"* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, alım ve geri alım sözleşmelerinin geçerliliği resmî şekilde, önalım sözleşmesinin geçerliliği ise yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır[11]. 237. maddenin Türk Borçlar Kanununun taşınmaz satışına ilişkin üçüncü ayırımdaki düzenleme yeri göz önüne alındığında, resmî şekil zorunluluğunun taşınmazlarla ilgili sözleşmeler için geçerli olduğu; buna karşılık taşınırlara ilişkin alım ve geri alım sözleşmelerinde ise bir şekle uyulmasının zorunlu olmadığı söylenebilir[12].

---

9 Y. 6. HD. 24.9.1974 T. ve 3617 E, 3993 sayılı kararında, "...vefa hakkı, satıcıya sattığı şeyi, bedeli karşılığında ve tek taraflı irade ile geri alma hakkı..." olarak tarif edilmektedir. (**OLGAÇ**, s. 245); **ÇETİNKAYA**, Mehmet, Vefa Hakkı ve Menkul Hükmünde Sayılan Taşınmazlarda Hakkın Tesisi, AD, Y. 1970, S. 1- 12, s. 35; **PAKSÜT**, Emin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun İnceleme ve Kararına Arz Olunan Vefa Hakkı Davası, Dosya No: H. G. K. 1986/ 6- 188, Broşür-Cevap Dilekçesi,, s. 3; **BERKİ**, Şakir, Aynî Haklar, Mülkiyet, Mülkiyetten Gayri Aynî Haklar, Rehin, Zilyetlik, Tapu Sicili, Ankara 1965, s. 53; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 37; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 131; **DEMİRBAŞ**, s. 47; **ERTAŞ**, s. 377; **EREN**, Özel Hükümler, s. 250.

10 **AYAN**, Mülkiyet, s. 433; **ÇETİNKAYA**, s. 35.

11 Taşınmazlara ilişkin alım ve geri alım sözleşmelerinin geçerlilik arz etmesi için resmî şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekle birlikte, kanunda öngörülen resmî şeklin hangi makamca düzenlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Tapu Kanunu m. 26 gereğince resmî senedin tapu sicil memurunca düzenlenmesi gerektiği yolunda görüş bildiren yazarlar (**TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008, s. 279; **OĞUZMAN/ SELİÇİ**, s. 396) olduğu gibi bunun Noterlik Kanunu m. 60/ b.2' den hareketle tapu sicil memurlarının yanı sıra noterlerce düzenlenmesi gerektiğini savunan yazarlar da vardır (**TEKİNAY**, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, s. 3); **ERTAŞ**, s. 376.

12 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanununun 216. maddesinin ilk fıkrası herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Ancak İBK. m. 216/II: *"Gayrimenkulleri konu edinen satış vaatleri, önalım, alım ve geri alım sözleşmeleri ancak resmî şekilde yapılmışlarsa geçerli olur"* şeklinde düzenlenmiştir. Burada "*Gayrimenkulleri konu edinen…"* ibaresinin kullanılmış olması özellikle menkul malları konu edinen önalım, alım ve geri alım sözleşmelerinin düzenlenmeyeceği anlamını taşımamaktadır. Aksine hükmün menkul malları konu edinen bu tür sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir (**HELVACI**, İlhan, İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, s. 400); **BAYGIN**, s. 10; **AYAN**, Mülkiyet, s. 420.

Kanun koyucu alım ve geri alım haklarından farklı olarak önalım sözleşmesinin geçerliliğini, adî yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır (TBK. m. 237/III). Önalım sözleşmelerinde adî yazılı şeklin yeterli sayılmasının sebebi İsviçre hukukunda önalım sözleşmelerinin genelde kira sözleşmelerine konulan bir kayıt şeklinde yapılmasıdır[13]. Oysa Türk hukukunda kira sözleşmelerinde kiracıya önalım hakkı tanınmasına ilişkin bir uygulamanın neredeyse hiç mevcut olmadığı belirtilmektedir[14]. TBK. m. 237/III hükmü, İBK. m. 216/III' de bizden farklı olarak *"Satış bedelinin önceden belirlenmediği önalım sözleşmeleri yazılı şekilde dahi geçerlidir"* şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde, sadece *"önalım bedelinin önceden belirlenmediği"* önalım sözleşmelerinin adî yazılı şekle bağlı olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla önalım sözleşmelerinin şekli, önalım bedelinin önceden belirlenmiş olup olmamasına göre değişiklik arz edecektir. Buna göre, bedelin önceden belirlenmediği *"Adî önalım sözleşmeleri"* adî yazılı şekle (İBK. m. 216/III); bedelin sözleşmede belirlendiği *"Nitelikli (mevsuf) önalım sözleşmeleri"* ise resmî şekle tabidir (İBK. m. 216/II)[15]. İsviçre kanun koyucusunun nitelikli önalım sözleşmesini resmî şekle tabi kılmaktaki amacı, adî önalıma oranla nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmazın ekonomik (rayiç) değerinin taşınmaz maliki açısından tehlike arz etmesidir. Zira adî önalım sözleşmesinde hak sahibi bu hakkını; taşınmaz maliki ile üçüncü kişi alıcı arasında kararlaştırılan bedeli ödeyerek kullanacaktır. Bu ise satış sözleşmesinin yapıldığı sırada taşınmazın piyasa koşullarına uygun rayiç bedeli olacaktır. Ancak nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz maliki daha önalım sözleşmesi kurulurken önalım bedeli belirlenmekte ve kendisini peşinen bu bedelle bağlamaktadır. Dolayısıyla taşınmazın zamanla kıymet kazanması sonucu tarafların başlangıçta belirledikleri önalım bedeli ekonomik hayatta ortaya çıkan çeşitli sebeplerle taşınmazın rayiç değerinin çok altında kalabilmektedir. Bu sebeple nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikini etraflıca düşünmeye sevk etmek, ani bir şekilde karar vermesinin önüne geçmek için resmî şeklin aranması daha isabetli olmuştur[16]. Böylece İsviçre hukukunda nitelikli önalım sözleşmesinin geçerliliği için aranan resmî şeklin, Türk hukuku açısından da kabul edilerek resmî şekil şartına tabi kılınması taşınmaz malikinin lehine olarak yerinde bir düzenleme olurdu diyebiliriz.

---

13 **HESS**, Urs, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1-529 OR, 4. Aufl. (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WİEGAND), Basel und Frankfurt 2007, Art. 216, N. 15, s. 1179; **FEYZİOĞLU**, Necmeddin Feyzi, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, s. 77, 80; **HAYOZ- MEİER**, Arthur, (Çev. Y. Ümit DOĞANAY), Şuf'a Akdi, İÜHFM. C. XXXIII, s. 1-2, İstanbul 1967, s. 277; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 436; **BAYGIN**, s. 11.

14 **BAYGIN**, s. 11.

15 **HELVACI**, s. 401; **GÜMÜŞ**, s. 436; **BAYGIN**, s. 11; **AYAN**, Mülkiyet, s. 420-421.

16 **HELVACI**, s. 402; **BAYGIN**, s. 11; **GÜMÜŞ**, s. 436.

B. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Süresi ve Şerhin Etkisi

Önalım, alım ve geri alım hakkının hangi süre içinde kullanılacağı taraflar arsındaki sözleşmede kararlaştırılabilir. Ancak TBK. m. 238' de düzenlenen *"Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir"* hükmü gereğince bu sürenin azamî sınırı en çok 10 yıl olarak belirtilmiştir[17]. Düzenlemeden kanun koyucunun açık bir şekilde önalım, alım ve geri alım hakkının süresi ile şerh edilebilirliğin süresini birbirinden ayırmış olduğu da ifade edilir. Buna göre şerh edilmiş önalım, alım ve geri alım hakkı bakımından kanunlarda belirtilen sürelere atıfta bulunulmaktadır. TMK. m. 735/II' de ise satış ilişkisi doğuran şerh edilmiş haklardan bahsedilmektedir. Hükme göre: *"Şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer"*. Böylece önalım, alım ve geri alım hakkının süresi ile şerhin süresi, 10 yıl olarak eşitlenmiştir[18].

Sürelere ilişkin paralel bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanununda (İBK.) mevcuttur. İBK. m. 216a hükmü gereğince *"Önalım ve geri alım hakkı en fazla 25 yıl için, alım hakkı ise en çok 10 yıl için kararlaştırılabilir ve tapu kütüğüne şerh edilebilir"*. Böylece İsviçre hukukunda önalım, geri alım hakkının süresi ile şerhin süresi 25 yıl[19], alım hakkı ile şerh süresi 10 yıl olarak eşitlemiştir[20].

Önalım, alım ve geri alım hakkının ve şerhin en fazla 10 yıl olabileceğine ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Bunu TBK. m. 238 'deki *"en çok"* ve TMK. m. 735/II' deki *"her durumda"* ifadelerinden çıkarmak mümkündür[21]. Böylece tarafların anlaşmak suretiyle 10 yıllık önalım, alım ve geri alım hakkının süresini ve şerhin sü-

---

17 6098 sayılı kanunla 10 yıllık üst süre sınırı getirilmeden önce bu hakları kuranlar bir yürürlük süresi kararlaştırmamışlarsa, ileri sürülmelerine zaman olarak sadece dürüstlük kuralı ile sınır getirebilirlerdi. **ÖZ**, s. 39; **ERTAŞ**, s. 376-377.

18 **ÖZ**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 39; **GÜMÜŞ**, s. 437; **HELVACI**, s. 407 vd.; **BAYGIN**, s. 12- 13.

19 25 yıllık azami süre nitelikli önalım hakkı için de geçerlidir (**HELVACI**, s. 408).

20 Alım hakkı ve şerh süresinin diğer haklara oranla daha kısa bir süre ile sınırlandırılması yerinde bir düzenlemedir diyebiliriz. Zira mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından aralarında önemli bir fark vardır. Alım hakkı, önalım hakkından çok daha kapsamlı bir şekilde malikin tasarruf yetkisini sınırlandırır. Önalım hakkında, mal sahibinin tasarruf yetkisi, şeyi iktisap edecek kişiyi belirleme hususunda sınırlandırılmıştır. Ancak, buna karşılık mal sahibi şeyi satmak veya satmamak veyahut satış zamanını belirlemek hususlarında tamamen serbesttir. Bu sebeple, önalım hakkının kullanılması bakımından önalım mükellefi daha üstün durumdadır. Alım hakkında ise tam tersi bir durum söz konusudur. Burada hakkın kullanılması sadece hak sahibine aittir (**SEBÜK**, M. Tahir, Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951, s. 26; **FEYZİOĞLU**, s. 22; **HELVACI**, s. 409).

21 TBK. m. 238 'de yer alan *"en çok"* ve TMK. m. 735/II' de belirtilen *"her durumda"* ifadelerinden sanki kanun koyucunun azamî 10 yıllık süreyi tarafların anlaşması ile uzatma imkânını ortadan kaldırmış gibi gözükse de, bu sürenin anlaşma ile her zaman uzatılabileceği görüşüne ilişkin olarak bkz. **GÜMÜŞ**, s. 437.

resini uzatmaları emredici hüküm karşısında mümkün değildir[22]. Şayet başlangıçta 10 yıldan daha uzun bir süre için bu haklar tanınmışsa, bu halde sözleşmenin tamamı değil, sadece azamî süreyi aşan kısım geçersiz olur[23].

C. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Devri ve Miras Yoluyla İntikali

818 sayılı Borçlar Kanununda ve TMK.' da satış ilişkisi doğuran hakların devri ve miras yoluyla intikaline ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak İsviçre Borçlar Kanununda konuya ilişkin düzenleme *"Aksine sözleşme olmadığı müddetçe, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları miras yolu ile intikal edebilir, fakat temlik edilemez"* (İBK. m. 216b/ I). *"Eğer sözleşmede temlik' e müsaade edilmişse, bunun devre ilişkin sözleşmenin kurulması için belirlenen şekilde yapılması gerekir"* (İBK. m. 216b/ II) şeklindedir. Hüküm gereğince İsviçre kanun koyucusu sözleşmede aksine bir durum olmadıkça önalım, alım ve geri alım haklarının miras yoluyla intikalini mümkün kılmaktadır. Buna karşılık bu tür hakların temlik edilemeyeceğini öngörmektedir[24].

Aynı düzenleme TBK. m. 239' da yer almaktadır. *"Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer"* (TBK. m. 239/I). *"Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz"* (TBK. m. 239/II). Buna göre, aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının devredilemeyip, ancak miras yoluyla geçebileceği; devredilebileceği sözleşme ile kararlaştırılmışsa, devir işleminin hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılması gerekeceği hükme bağlanmıştır[25]. Böylece bu tür hakların devri ve miras yoluyla intikaline ilişkin olarak İsviçre hukuku ile Türk hukukunun benzer düzenlemeler içerdiğini ifade edebiliriz.

1. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Devri

Sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının devredilemeyeceği kural olarak kabul edilmiştir (TBK. m. 239/I). Bunun istisnası ise, bu hakların tanınması sırasında veya daha sonrasında yapılacak bir sözleşmeyle muhatabın devre rıza göstermiş olmasıdır. Zira TBK. m. 239' un emredici nitelikte bir hüküm olmadığı kanunun *"aksine bir anlaşma olmadıkça…devredilemez…"* şeklindeki lâfzından çıkmaktadır. Kanun koyucunun kural olarak devri yasaklamasının sebebi, taşınmaz malikini, hakkı devralan kişinin ekonomik gücünün

---

22 **BAYGIN**, s. 14; **ERTAŞ**, s. 377.

23 **AYAN**, Mülkiyet, s. 421-422; **ERTAŞ**, s. 377.

24 **HESS**, Art. 216b, N. 2-3, s. 1223; **BAYGIN**, s. 15; **HELVACI**, s. 403; **GÜMÜŞ**, s. 437; **ÖZ**, s. 39.

25 **ÖZ**, s. 39; **BAYGIN**, s. 15; **HELVACI**, s. 403; **GÜMÜŞ**, s. 437.

zayıf olması ve borcunu ödeyememe riskine karşı korumaktır[26]. Böylece muhatabın hiç istemediği bir üçüncü kişi ile satım ilişkisine girmesi önlenmektedir[27]. Neticede bu hususlar dikkate alınarak, sayılan hakların devrinde muhatabın rızası olmaksızın devrin mümkün olamayacağı görüşü doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından olarak kabul görmüştür[28].

TBK. m. 239' da bahsedilen devir, TBK. m. 183[29]' de düzenlenen *"alacağın devri"* olarak anlaşılmamalıdır[30]. Çünkü alacağın devri için borçlunun rızasını aramaya gerek yoktur. Buna karşılık önalım, alım ve geri alım hakkının devri için muhatabın rızası şarttır. Bu sebeple bu tür hakların devri, temelde *"sözleşmenin devri"* niteliğindedir. *"Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devredenin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır"* (TBK. m. 205/I).

"Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir" (TBK. m. 205/II). Hüküm gereğince, önalım, alım ve geri alım hakkı sahibi sözleşmede kalan taşınmaz malikinden önceden aldığı bir izinle veya sonradan onaylanan bir anlaşmaya dayanarak sözleşmenin devri hükümlerine göre hakkını devretmektedir[31].

Sözleşme ile önalım, alım ve geri alım hakkının devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesi, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabidir (TBK. m. 239/II). Bu durumda devir sözleşmesinin kurulabilmesi için, adî yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir[32]. İsviçre hukukunda adî önalım sözleşmesinin kurulması için adî yazılı şekil yeterli iken (İBK. m. 216/III), nitelikli önalım hakkını

---

26 **NOMER**, Haluk, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s. 49; **HELVACI**, s. 404; **BAYGIN**, s. 15; **GÜMÜŞ**, s. 438.

27 **BAYGIN**, s. 15; **NOMER**, s. 49; **HELVACI**, s. 404.

28 **BECKER**, Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1 Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Bern 1941, Art. 164, N. 35; **OSER**, Hugo**/ SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht 2. Teil, Art. 184- 418, 2. Aufl. Zurich 1936, Art. 216, N. 21; **HELVACI**, s. 404; **NOMER**, s. 49; **BAYGIN**, s. 15; **GÜMÜŞ**, s. 438.

29 TBK. m. 183/I: *"Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir"*.

30 Doktrinde kabul gören diğer görüş ise burada TBK. m. 183 anlamında alacağın devri veya alacağın devri benzeri bir durum söz konusudur ve sadece önalım hakkı devredilmektedir. **GIGER**, Hans, Berner Kommentar, schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band.IV, 2 Abteilung, Die einzelnenVertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR, Bern 1997, Art. 216b, N. 12, s. 288; **HESS**, Art. 216b, N. 1, s. 1182; Yenilik doğuran hakların devri (temliki), alacağın temliki hükümlerine tabi değildir. **HELVACI**, s. 403.

31 **BAYGIN**, s. 16; **GÜMÜŞ**, s. 438.

32 **HELVACI**, s. 405; **BAYGIN**, s. 15- 16; **GÜMÜŞ**, s. 438.

kuran önalım sözleşmesinin kurulması için adî yazılı şekil yeterli olmayıp, resmî şekil şarttır (İBK. m. 216/II). Bu sebeple İsviçre hukukunda, devir sözleşmesinin, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi olması bir anlam ifade etmektedir[33]. Oysa Türk hukukunda zaten bir ayırım yapılmaksızın her iki önalım hakkı içinde adî yazılı şekil yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK. m. 239/II hükmünün gereksiz olduğu veya en azından farklı bir düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği mantıken düşünülebilir[34]. Ancak kanaatimizce TBK. m. 17[35] gereğince, taraflar, şekle tabi olmayan bir akdi şekle tabi tutmak hususunda anlaşma yapabilecekleri gibi kanunen şekle tabi tutulmuş bir akdin şekil şartlarını da ağırlaştırabilirler. Yani adî yazılı şekle tabi olan önalım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasını taraflar kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda TBK. m. 239/II gereğince devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi, resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır ve İsviçre hukukunda olduğu gibi bir anlam ifade edeceği de aşikardır.

2. Önalım, Alım ve Geri Alım Hakkının Miras Yoluyla İntikali

İsviçre ve Türk hukukunda aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakkının miras yoluyla geçebileceği aşikârdır (TBK. m. 239/I; İBK. m. 216b/ I). Ancak taraflar, belirtilen hakların miras yoluyla intikal etmeyeceğini kararlaştırabilirler. Böylece taşınmaz maliki, önalım hakkının miras yoluyla intikalini istemiyorsa, sözleşme yapılırken veya daha sonrasında, bu yönde anlaşmaya hüküm koymak suretiyle bu hakkın miras yoluyla intikalini engelleyebilir[36].

Sözleşme ile önalım, alım ve geri alım hakkının devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesinin sadece devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi kılınmış olmasına karşılık (TBK. m. 239/II); kanun, bu hakkın miras yoluyla intikali yasaklayan anlaşmanın geçerliliği için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir[37]. Ancak anılan hakların devri için TBK. m. 239/II' de aranan şekil şartının, kıyasen hakkın miras yoluyla intikalini yasaklayan anlaşmalar için de geçerli olacağı ifade edilmiştir[38]. Ancak TMK. m. 599 gereğince, mirasçılar mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Dolayısıyla önalım, alım ve geri alım hakkının

---

33 **GÜMÜŞ**, s. 438.

34 Türk hukukunda hem adi önalım hem de nitelikli önalım hakkının geçerliliğinin adi yazılı şekilde yapılmış olması karşılığında TBK. m. 239/II hükmünün *"Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılacaksa, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz"* şeklinde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. **GÜMÜŞ**, s. 438. Ancak burada taraflarca önalım sözleşmesinin resmî şekilde yapılmış olma ihtimali kanaatimizce göz ardı edilmiştir.

35 TBK. m. 17/I: *"Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz".*

36 **HELVACI**, s. 406; **BAYGIN**, s. 15.

37 **GIGER**, Art. 216b, N. 12, s. 288; **GÜMÜŞ**, s. 438.

38 **HESS**, Art. 216b, N. 4, s. 1182.

miras yoluyla intikali, kanun gereği yani miras hukuku hükümlerine göre gerçekleşir. Bu sebeple mirasın intikalinde TBK. m. 239/II hükmü uygulanmaz.

III. Türk Borçlar Kanununda Önalım Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemeler

Türk Borçlar Kanununda özellikle önalım hakkına ilişkin yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Kanundaki yeni düzenlemeler, önalım hakkının ileri sürülmesi, koşulları ve kullanılmasına ilişkindir. Buna göre, yeni getirilen hükümle *"taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem"* ile artık önalım hakkı kullanılabilecektir (TBK. m. 240/I). Yine Türk Borçlar Kanununda önalım hakkının şartlarına ilişkin olarak, satıcının veya alıcının taşınmaz satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini, noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirmek zorunda olduğu (TBK. m. 241/I); önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılır veya alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği (TBK. m. 241/II) ve aksi kararlaştırılmadıkça önalım hakkı sahibinin taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle yaptığı satışın koşulları çerçevesinde kazanacağı belirtilmiştir (TBK. m. 241/III). Aynı şekilde önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılabileceği hükmü de Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilen bir diğer yeni düzenlemedir (TBK. m. 242).

A. Önalım Hakkının İleri Sürülmesi

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran herhangi bir işlem değil, teknik anlamda satış sözleşmesinin varlığı gerekir. Yani malın üçüncü bir kişiye satılmış olması lâzımdır.[39]. Bu sebeple, önalım hakkının kullanılmasının malın satılmasına bağlı bir alım hakkı olduğu söylenir[40]. Aynı esas yasal önalım için de geçerlidir[41].

TBK.'nun iki fıkradan oluşan 240. maddenin birinci fıkrasında kullanılan *"taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem"* şeklindeki ibare ile satışın yanı sıra ekonomik bakımdan satışa eşdeğer bütün hukukî işlemlerde önalım hakkının kullanılabileceği düzenlenmiştir. Böylece, önalım hakkı taşınmaz satışında veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemler yapılması hâlinde kullanılabilecektir (TBK. m. 240/I; İBK. m. 216c/I).

Önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan satım sözleşmesi ile eşdeğer ekonomik sonuç doğuran hukuki işlemlerin neler olduğu açık değildir. Burada

---

39 **EREN**, Özel Hükümler, s. 235; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 400; **ŞIPKA**, s. 52; **AYAN**, Mülkiyet, s. 422.

40 **ERTAŞ**, s. 378; **AYAN**, Mülkiyet, s. 422; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, s. 400.

41 **AYAN**, Mehmet, Kanuni Şuf'a Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin' e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995(AYAN, Kanuni Şuf'a), s. 340.

somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorum yoluyla sonuca ulaşılması gerekir[42]. Ancak TBK. m. 240' ın madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, anonim ortaklık şeklinde kurulabilen bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin bütünüyle devri hâlinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir. Önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye olan para borcunu ödemek amacıyla önalım hakkına konu olan taşınmazı devretmek istemesi halinde (ifa yerini tutan eda), burada da satışa eşdeğer bir işlemin varlığı söz konusudur[43]. Tapu kütüğüne şerh edilen alım hakkı sahibinin bu hakkını kullanarak önalım yükümlüsü taşınmaz maliki ile arasında bir satış sözleşmesi kurması durumunda da önalım hakkı kullanılabilir[44]. Aynı şekilde tapuya şerh edilmiş geri alım hakkında da bu hakkın kullanılması normal bir satış sözleşmesi gibi sonuç doğurduğundan önalım olayı gerçekleşir[45]. İhtiyarî (isteğe bağlı) açık artırma veya ihtiyari özel artırma yoluyla yapılan satışlar, misli eşya karşılığında yapılan trampa[46] sözleşmeleri ve satış karakteri ağır basan karma bağışlamalar[47] önalım hakkının kullanılmasına imkân verir[48]. Doktrinde ve Yargıtay[49] kararlarında taşınmaz satış vaadinin önalım hakkının kullanılması için yeterli olmadığı görüşünün aksine satış vaadi sözleşmesinin varlığının önalım hakkının kullanılmasına yol açabileceğini savunan yazarlar da vardır[50].

TBK. m. 240/ II' de ise taşınmazın, mirasın paylaşılması kapsamında mirasçı-

---

42 **AKALP DEMİRTABAK**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010, s. 52; **BAYGIN**, s. 18.

43 **EREN**, Özel Hükümler, s. 238; **HELVACI**, s. 410.

44 İsviçre Federal Mahkemesinin de paralel görüşleri vardır. Mahkemede alım hakkının kullanılmasından doğan satış ilişkisini önalım hakkının kullanılması için yeterli görmektedir (BGE 85 II 572).

45 **BAYGIN**, s. 18; **EREN**, Özel Hükümler, s. 237-238; **ŞIPKA**, s. 85.

46 Önalım hakkı kural olarak trampada kullanılmaz. Ancak satış sözleşmesinde önalım konusuna karşılık olarak verilen şeyin külçe altın, kıymetli evrak gibi değer kaybına uğramadan paraya dönüştürülmesi kolay olan ve önalım hakkı sahibince sunulması mümkün olduğundan, önalım hakkının kullanılacağı kabul edilir. **BAYGIN**, s. 19; **GÜMÜŞ**, s. 442; **HESS**, Art. 216c, N. 10, s. 1185; **EREN**, Özel Hükümler, s. 238.

47 Bağışlamanın önalım hakkının kullanılmasına imkân vermeyeceği ortadadır. Ancak önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye kısmen bağış amacıyla indirimli satış yapması halinde karma bağışlama sözleşmesi söz konusu olur. Karma bağışlamalarda, bağışlamadan çok satış ön planda ise önalım olayı vardır; bağışlama ön planda ise önalım olayı yoktur. Ancak taraflar arasında bedelin çok düşük tespit edildiği durumlarda önalım hakkı sahibi malın objektif değerini ödemek suretiyle önalım hakkını kullanabilmelidir. **BAYGIN**, s. 20; **GÜMÜŞ**, s. 441; **HESS**, Art. 216c, N. 9, s. 1185.

48 **BAYGIN**, s. 17; Satış karakterinin değil de bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmeler de ise, önalım hakkının kullanılması mümkün olmaz (**EREN**, Özel Hükümler, s. 238-239).

49 Satış vaadine dayalı tescil davasının kesinleşmesinden önce açılan önalım davasının reddi gerektiği hususunda bkz. Y. 6. HD. T. 19.10.1967, E. 1817, K. 4174.

50 Satış vaadi sözleşmesinin varlığının önalım hakkının kullanılmasına yol açabileceğini savunan yazarlar için bkz. **EREN**, Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 113 (EREN, Önalım Hakkı); **TEKİNAY**, 23.

lardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla kazanılması hâllerinde, önalım hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Kanun burada önalım oluşturmayan halleri örnek olarak saymaktadır. Dolayısıyla maddede *"bunlara benzer amaçlarla"* ifadesinden sayılan durumlara benzer hallerde de önalım hakkının kullanılamayacağını ifade edebiliriz. Maddede sayılan durumlarda taşınmazların mülkiyetinin malikin iradesi dışında devredildiğini görmekteyiz. Oysaki önalım hakkının kullanılabilmesi için malikin malını üçüncü bir kişiye isteyerek satması gerekir. Dolayısıyla taşınmazın TBK. m. 240/II' de sayılan hukuki işlemlere konu edilmesi halinde mülkiyetin devri malikin isteği dışında meydana geldiği için önalım hakkı kullanılamaz[51].

Eşler, ana baba ile çocuklar, kardeşler ve çok yakın akrabalar arasındaki satışlar gerçekte bağışlama veya miras hukukuna[52] ilişkin amaçlarla yapıldığı için bu hallerde de önalım hakkı kullanılamaz[53]. Aynı şekilde satış ilişkisini gizlemek maksadıyla, taşınmazın tapuda bağışlama gibi gösterildiği durumlarda da, taraflar arasındaki muvazaa ispat edilirse, önalım hakkı kullanılabilir[54].

Taşınmazın, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gereğince devredilmesi veya anonim veya limited şirkete aynî sermaye olarak konulmasında önalım hakkı kullanılamayacaktır[55].

B. Önalım Hakkı Sahibine Bildirim Yükümlülüğü

TBK. m. 241/I' e göre, *"Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır"*. Bu düzenleme ile satışı gerçekleştirilen taşınmaz üzerinde önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanması sağlanmaktadır. Hak sahibine yönelik bu bildirim ile hem satış sözleşmesinin yapıldığı hem de bu sözleşmenin içeriği hakkında bilgi verilmesi gerekir. Böylece önalım hakkına sahip kimsenin satış sözleşmesi hakkında detaylı bilgi sahibi olması amaçlanmış-

---

51 **BAYGIN**, s. 20-21; **EREN**, Önalım Hakkı, s. 114- 115.

52 Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı: *"Önalım hakkına konu edilen taşınmazın kanuni mirasçılardan birisine miras hissesine mahsuben vâki satışlarda da önalım hakkı kullanılamaz"* (RG. T. 21.08.1957, S. 9687).

53 Yargıtay, T. 27.03.1957, E. 12, K. 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu hususa değinmiştir. Karara göre: *"Hissedarın hissesini karı veya kocaya, evlada veya bir akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hususuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde Medeni Kanunun gerçek satışlarda kabul ettiği şufa hakkı söz konusu olamaz"* (RG. T. 21.08.1957, S. 9687); **AYAN**, Mülkiyet, s. 422-423.

54 **HELVACI**, s. 411, dn. 35; **BAYGIN**, s. 21.

55 TBK. Madde gerekçesi, m. 240; İsviçre federal mahkemesince verilen bir karar da, taşınmazın bir anonim ortaklığa aynî sermaye olarak konulmasının önalım olayı oluşturmayacağı belirtilmiştir. Federal mahkeme aynı kararda bir anonim ortaklığın tasfiyesi esnasında bir taşınmazın paydaşlardan birisine devrini de bir önalım olayı olarak kabul etmemiştir. BGE 126 III 189 (**GÜMÜŞ**, s. 441).

tır[56]. Bildirim yükümlülüğü hem satıcı hem de alıcı tarafından yerine getirilmek zorundadır. Oysa İsviçre hukukunda bu yükümlülük sadece satıcıya yüklenmiştir (İBK. m. 216d/I[57]). Öte yandan TBK. m. 241/I bildirim yükümlülüğünün önalım hakkı sahibine noterden yapılması gerektiğini düzenlemişken, İsviçre hukukunda bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır (İBK. m. 216d/I).

Türk hukukunda önalım hakkının bildirimiyle ilgili olarak diğer bir düzenleme de TMK. m. 733/III[58]' de yer almaktadır. Ancak burada alıcı veya satıcı için sadece *"yapılan satış sözleşmesinin bildirilmesi"* gerektiği ifade edilmiş, ayrıca *"satış sözleşmesinin içeriği"* hakkında bilgi verilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir[59]. TMK. m. 735/III' de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TMK. m. 735/III atfı gereğince, TMK. m. 733/III hükmünün, bildirimin kapsamını genişleten TBK. m. 241/I karşısında önemini yitirdiği veya zımnen ortadan kalktığı kanaatindeyiz. Bu sebeple, TBK. m. 241/I hükmü gereğince, sadece satış sözleşmesinin bildirilmesi yeterli olmayıp, içeriği hakkında da bilgi verilmesi zorunludur.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması açısından önemlidir. Dolayısıyla satıcı veya alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlamasına engel olur. Üç aylık dava açma süresinin işlemeye başlaması bakımından bu bildirimin mutlak surette noter aracılığıyla yapılması şarttır. Yargıtay da aynı görüştedir[60]. Ancak doktrinde bazı yazarlar kendisine bildirim yapılmayan önalım hakkı sahibinin satışı ve içeriğini herhangi bir şekilde öğrenmiş olmasının sürenin işlemeye başlaması için yeterli olacağı görüşündedirler[61]. Burada bildirimin noter vasıtasıyla yapılması;

---

56 **GÜMÜŞ**, s. 442; **HESS**, Art. 216d, N. 1, s. 1186.

57 İBK. M. 216d/I: *"Satıcı, satım sözleşmesinin kurulduğunu ve onun içeriğini önalım hakkı sahiplerine bildirmek zorundadır"*.

58 TMK. m. 733/III: *"Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir"*.

59 TMK. m. 735/III: *"Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanır"*.

60 Y. HGK. T. 13.04.2005, E. 2005/ 6- 230, K. 2005/ 244: *"...yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz.…yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcı ve satıcıya gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır. Mahkemenin davayı süresinde kabulü usul ve yasaya uygun olup, önceki kararında direnmesi de yerindedir"* (Kazancı İçtihat Programı).

61 **BAYGIN**, s. 22. Satış sözleşmesinin yapıldığının ihbar dışında herhangi bir yolla öğrenilmesi

önalım hakkı sahibinin satış sözleşmesi ve içeriği hakkında detaylı bilgi sahibi olmasını sağlamakta, kulaktan dolma bilgilerle önalım hakkını kullanmasının önüne geçilmektedir. Noterden bildirim yapılmasını gerekli kılan bir diğer husus da TMK. m. 241/III hükmüdür. Hükme göre, önalım hakkı sahibi, taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanmaktadır. Böylece, önalım hakkını kullanmak niyetinde olan bir kimse, satıcının üçüncü kişiyle yapmış olduğu satışa ilişkin koşulların (satış sözleşmesinin yapıldığı tarih, satış bedeli ve sözleşmede kararlaştırılan yan yükümler vs. gibi sözleşmenin içeriğiyle ilgili her türlü detay) neler olduğunu bizzat noter vasıtasıyla kesin olarak öğrenecektir. Bu sebeple, üçüncü kişiyle yapılan sözleşme hükümlerinin menfaatine olmadığı kanaatinde ise, bu hakkını kullanmaktan belki de vazgeçecektir. Dolayısıyla bu bildirimin noter aracılığıyla yapılmasının zorunluluk arz ettiği kanaatindeyiz. Ayrıca satıcı veya alıcının noter aracılığıyla yapması gereken bildirim, üç aylık asgari sürenin işlemeye başlaması açısından önem arz etmekte olup; önalım hakkının kullanılması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla satışın yapıldığını herhangi bir sebeple öğrenen önalım hakkı sahibi, kendisine bir bildirim yapılmamış olsa bile, iki yıl içinde yine önalım hakkını kullanabilir. Bildirimin yapılmaması, üç aylık sürenin işlemesine engel teşkil etmesine karşılık, önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde dava açabilmesine mani olmaz. Bu ise, önalım sahibinin lehine bir durumdur. Bildirimin noter vasıtasıyla yapılmış olması, üç aylık sürenin işlemeye başladığı zamanın tespiti bakımından da ayrıca ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Önalım hakkı sahibi, alıcı veya satıcı tarafından kendisine yapılacak noter bildiriminden itibaren 3 aylık süre içinde bu hakkını dava yoluyla kullanmazsa, sadece, o payı kazanan kişiye karşı önalım hakkını kaybetmiş olur. Buna karşılık, payın mülkiyetini kazanmış olan alıcının (yeni maliğin), bu payı üçüncü bir kişiye tekrar satması halinde, davacı paydaş veya paydaşlar, yeni alıcıya karşı önalım hakkını kullanabilirler. Dolayısıyla her satış, öncekinden bağımsız olarak paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma, dolayısıyla önalım davası açma imkânı sağlamaktadır[62].

C. Satış Sözleşmesinin Ortadan Kaldırılması veya Alıcıdan Kaynaklanan Sebeplerle Onaylanmamasının Önalıma Etkisi

TBK. m. 241/III' e göre *"Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi or-*

---

halinde 3 aylık sürenin işleyip işlemeyeceği hususu tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunun konuya ilişkin hükümlerinin lafzı karşısında sürenin işlemeyeceği düşünülse bile, önalım hakkı sahibinin satıcı veya alıcı tarafından noter vasıtasıyla kendisine bu bildirimin yapılmadığı yönündeki iddiası değerlendirilirken dürüstlük ilkesinin göz önünde tutulması gerekmektedir. **AYAN**, Mülkiyet, s. 426.

62 **EREN**, Önalım Hakkı, s. 122; Y. HGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, *"Süresinde ön alım hakkını kullanmayan paydaşın sadece o pay satışı için ön alım hakkı düşer, başka pay satışları için önalım hakkı ise sona ermez"* (Kazancı İçtihat Programı).

tadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez". Buna göre, önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması[63], önalım hakkı sahibinin hukuki durumunu hiçbir şekilde etkilemez[64]. Yani önalım hakkını kullanılmış olan kişi taşınmazın mülkiyetini kazanır[65]. Böylece kanun koyucu, satıcı ile alıcının aralarında anlaşarak satım sözleşmesini ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırarak, önalım hakkına mani olunmasının önüne geçmektedir[66].

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesinin alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmaması halinde de, bu durum, önalım hakkına sahip olan bir kimseye karşı ileri sürülemez. Bu düzenleme ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının kendisini borç altına sokan hukuki işlemi kanuni temsilcisinin rızasını almadan yapması halinde uygulanır (TMK. m. 16, 452). Aynı durum vesayet altındaki birisi için de geçerlidir (TMK. m. 462)[67]. Bununla birlikte satıcının kanuni temsilcisinin ve vesayet makamlarının izin vermemesi gibi satıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle satış işlemi onaylanmazsa, önalım hakkı kullanılamaz[68].

D. Önalım Hakkı Sahibinin Üçüncü Kişiyle Aynı Koşullarda Taşınmazı Kazanması

TBK. m. 241/III hükmüne göre *"Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır"*. Önalım hakkı sahibi, üçüncü kişinin vereceği bedeli ödeyerek taşınmazı satın alacaksa, adî önalım hakkından bahsedilir. Şayet önceden belirlenen bedeli ödeyecekse, mevsuf önalım söz konusu olur. Şüphe halinde, üçüncü kişiye yapılan satıştaki şartlar dikkate alınır. Yani adî önalım hakkının söz konusu olduğu kabul edilir[69].

TBK. m. 241/IV' e göre, "Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde de yukarıdaki hükümler uygulanır". Ancak buna benzer bir düzenlemeyle TBK. m. 240/I' de ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemde önalım hakkının kullanıla-

---

63 Satış ilişkisini ortadan kaldıran sebepler, bozma (ikale) anlaşması, sözleşmeden dönme ve iptaldir.

64 Y. HGK. T. 23.6.2010, E. 2010/6-341, K. 2010/346: *"Önalım hakkı doğduktan sonra şufalı payın tekrar satana iade edilmesi doğan önalım hakkını ortadan kaldırmaz. Öyle ise, önalım hakkı kullanıldıktan sonra satın alan ile satan arasında taşınmazın iadesine yol açacak kişisel hakka dayalı bir geçersizlik sebebinin doğmuş olan önalım hakkını etkileyeceğinden söz edilemez"* (Kazancı İçtihat Programı).

65 **HELVACI**, s. 413- 414; **BAYGIN**, s. 25; **GÜMÜŞ**, s. 446

66 **HESS**, Art. 216d, N. 5, s. 1186- 1187; **GÜMÜŞ**, s. 446.

67 **BAYGIN**, s. 24- 25.

68 **AYDOĞDU**, Murat**/ KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 300.

69 **HESS**, Art. 216d, N. 8, s. 1187; **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 300; **GÜMÜŞ**, s. 446.

cağı belirtilmiştir. Bu sebeple işin doğası gereği bu sonucun kabul edileceği açıktır. Dolayısıyla aynı ifadenin tekrarından ibaret olan TBK. m. 241/IV hükmüne gerek yoktur[70].

E. Önalım Hakkının Kullanılması

1. Dava Yoluyla Kullanılması

TBK. m. 242 ve TMK. m. 734/I hükmü, önalım hakkının ancak dava açılarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Hak sahibi ölmüş ise, mirasçıları tarafından da bu hak kullanılabilir[71] (TBK. m. 239/I). Ancak, alım ve geri alım haklarının kullanılması için dava açmak zorunlu olmadığı halde yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açmanın zorunlu kılındığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine TMK. m. 734/I'in iptali için dava açılmıştır. Mahkeme ise, *"Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. 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"* gerekçesiyle bu itirazı reddetmiştir[72]. Önalım hakkının sadece dava yoluyla kullanılabilmesi, doktrinde bir hayli eleştiri konusu olmuştur[73].

Taraflar gerek Türk Medeni Kanunu gerek Türk Borçlar Kanununda öngörülen dava yolu dışında, bu haklarını yenilik doğuran bir işlemle kullanmaları yönünde anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın da adî yazılı şekilde yapılması gereklidir[74].

2. Süresi

TBK. m. 242' ye göre *"Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi,…satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki*

---

70 **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 300; **GÜMÜŞ**, s. 447.

71 **AYAN**, mülkiyet, s. 426-427.

72 Anayasa Mahkemesi, T. 12.12.2007, E. 2003/34, K. 2007/94; RG. T. 28.02.2008, S. 26801.

73 Kanun koyucunun hakkın kullanılmasını, özel yenilik doğuran hak yerine yenilik doğuran davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır (**EREN**, Önalım Hakkı, s. 108); **BUZ**, s. 159.

74 **GÜMÜŞ**, s. 450.

yıl içinde dava açmak zorundadır". Hükümde biri 3 ay (nisbî hak düşümü süresi) diğeri 2 yıl (mutlak hak düşümü süresi) olmak üzere iki farklı dava açma süresi düzenlenmiştir. TBK. m. 241/I hükmünde satıcı veya alıcının satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirme zorunluluğu vardır. Bildirim zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde, dava açma süresinin işlemeyeceği düşünülse de, TBK. m. 242 hükmü gereğince, satıştan itibaren 2 yılın sonunda dava hakkı sona ermektedir. Dolayısıyla, önalım davasının satış veya buna eşdeğer başka bir işlemin hak sahibine noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde satışın üzerinden 2 yıl geçmekle dava hakkı sona ermektedir. Satışı noter aracılığıyla bildirmeyi zorunlu kılan TBK. m. 241/I' deki düzenleme, emredici nitelikte bir hüküm olup, kanun koyucunun bu zorunluluğu yerine getirmeyen satıcı veya alıcı için bir müeyyide uygulamamış olması son derece yanlış olmuştur. Çünkü bu durumda önalım hakkının kullanılamaması hakkın tamamen kaybına sebep olmaktadır. Böylesi bir durumda emredici hükmün hiçbir anlamı olmayacaktır. Kanaatimizce satıcı veya alıcı tarafından hak sahibine satışın bildirilmemesi halinde 3 aylık sürenin işlemeyeceği veya 2 yıllık mutlak hak düşümü süresinin genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olarak kabul edilmesi daha yerinde olur[75].

3. Önalım Hakkının Alıcı veya Satıcıya Karşı Kullanılması

Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen kişi, bu hakkın tapu siciline şerh edilmiş olup olmaması veya taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilip edilmemesine göre, farklı kişilere dava açabilmektedir[76]. Dava hakkına ilişkin düzenleme TBK. m. 242' de yer almaktadır. Hükme göre, *"Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı,…dava açmak zorundadır"*. TBK. m. 242 hükmünün akdi önalım hakkı için getirdiği dava yoluyla kullanım zorunluluğu kanuni önalım hakkı için de geçerlidir. *"Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer"* (TMK. m. 734/I).

---

75 Ayrıca şerh edilmiş veya edilmemiş önalım hakkı bakımından, bu hakların kullanımını iki yıllık süreye bağlamak anlamsız ve hatta TBK. m. 238 ve TMK. m. 735/II' deki önalım hakkının 10 yıllık süreye bağlanabileceğini öngören hükümlerle çelişmektedir. Örneğin, A ile Ş arasında yapılan ve Ş' ye 10 yıllık şerh edilmeksizin önalım hakkı tanıyan bir sözleşme sonrası A taşınmazı C' ye satmış ve adına tescil ettirmiş olsun. A ve C bilerek bu durumu Ş' ye bildirmediği için 2 yılın sonunda Ş, A' ya karşı tazminat davası açamayacaktır. Önalım hakkı şerh edilmediği için C' ye karşı da dava açamaz. Aynı örnek önalım hakkı tanıyan sözleşmenin tapuya şerh edilmiş haliyle düşünülecek olursa, A ve C bilerek satış sözleşmesini Ş' ye bildirmemiş ve üzerinden 2 yıl geçmişse, bu durumda Ş, ne A' ya ne de C' ye dava açamaz. O halde 10 yıllık şerh süresinin ne anlama geldiği izah edilmelidir (AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 302); Yazarın ifadelerinin görüşümüz için bir diğer gerekçe olabileceğini söyleyebiliriz.

76 **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 133; **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 301.

İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenleme ise, *"Önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hakkını 3 ay içinde satıcıya karşı veya hak tapu siciline şerh edilmişse malike karşı ileri sürmek zorundadır. Süre, hak sahibinin sözleşmenin kurulduğunu ve içeriğini öğrendiği andan itibaren işlemeye başlar"* (İBK. m. 216e) şeklindedir. Bu hüküm Türk hukukundaki karşılığı olan TBK. m. 242 ile kıyaslandığında, bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce, İsviçre' de sözleşmeden doğan önalım hakkı için sadece 3 aylık hak düşürücü süre öngörülmüşken, TBK. m. 242 hükmü, 3 aylık hak düşürücü sürenin yanı sıra hem kanuni hem de akdi önalım hakkı için 2 yıllık bir hak düşürücü süre daha öngörmüştür[77]. Oysa İsviçre' de sadece kanundan doğan önalım hakkının kullanılması bakımından iki yıllık süre öngörülmüş, sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte 10 yıllık sürenin geçerli olması gerektiği ileri sürülmüştür[78]. İkinci olarak İsviçre' de alıcı veya satıcıya satışın yapıldığını bildirim zorunluluğu yüklenmiş, ancak bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır. Türk hukukunda ise noter aracılığıyla bildirim şarttır. Son olarak, Türk hukukunda önalım hakkının ancak dava yoluyla kullanılabilmesine karşılık, İsviçre hukukunda bu hakkın kullanılması mutlak surette davaya bağlanmamış olup, dava haricinde de yenilik doğuran beyanın ulaşmasıyla kullanılmaktadır. Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması için söylenebilecek fazlaca bir şey olmasa da, 2 yıllık süre bakımından İsviçre hukukundan ayrılmanın yerinde olmadığı ifade edilmiştir[79].

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda akdi önalıma ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. Konuya ilişkin düzenlemeler yapılırken, İsviçre Borçlar Kanununda 1994 yılında yürürlüğe giren kanunî değişiklikler de göz önüne alınmıştır. Aynı zamanda, Türk Medeni Kanununda yer alan kanunî önalıma ilişkin hükümlere de uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu hükümlerin birçoğu İsviçre ve Türk hukukunda yer alan yargı kararları ile doktrin tarafından benimsenmiş düşünce ve ilkelere dayanmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda akdi önalıma ilişkin değerlendirmelerin, daha çok TMK. m. 732- 734 hükümleri ile irtibatlı yapıldığı ifade edilir. Ancak zaman zaman önalım hakkına ilişkin düzenlemeler bakımından Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanununun arasında tam bir uyumun varlığından bahsedemeyiz. Bazı hükümlerde kapsam ve içerik bakımından bazı hükümlerde şekil şartı bakımından uyumsuzluk yaşanmaktadır. Aynı zamanda İsviçre Borçlar Kanunu ile farklılık

---

77 **GÜMÜŞ**, s. 447; **AYAN**, mülkiyet, s. 426-427.

78 **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 299.

79 **BAYGIN**, s. 28; **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 299.

arz eden hükümlerde söz konusudur. İşte kanunlar arasındaki uyumsuzluk veya farklılıklar bu çalışmada incelenmeye çalışılmıştır.

Bu farklılıklardan ilki önalım sözleşmesinin şekline ilişkindir. Türk Borçlar Kanununda *"önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır"* oysa aynı düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun 216. Maddesinin 3. fıkrasında, önalım bedelinin önceden belirlenmediği "adi önalım sözleşmelerinin" adî yazılı şekle; bedelin önceden sözleşmeyle belirlendiği "nitelikli (mevsuf) önalım sözleşmelerinin" ise, resmî şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. İsviçre kanun koyucusunun nitelikli önalım sözleşmesini resmî şekle tabi kılmaktaki amacı; taşınmazın zamanla kıymet kazanması sonucu tarafların başlangıçta belirledikleri önalım bedelinin ekonomik hayatta ortaya çıkan çeşitli sebeplerle taşınmazın rayiç değerinin çok altında kalması ve nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikinin daha önalım sözleşmesi kurulurken kendisini peşinen bu bedelle bağlamasıdır. Dolayısıyla nitelikli önalım sözleşmesinde taşınmaz malikini etraflıca düşünmeye sevk etmek, ani bir şekilde karar vermesinin önüne geçmek için resmî şeklin aranması daha isabetli olmuştur diyebiliriz.

İkincisi devir sözleşmesinin şekline ilişkin farklılıktır. Önalım, alım ve geri alım hakkının sözleşme ile devredilebileceğinin kararlaştırılması halinde, devir sözleşmesi, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabidir (TBK. m. 239/II). Bu durumda devir sözleşmesinin kurulabilmesi için, adî yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir. Bu sebeple İsviçre hukukunda, devir sözleşmesinin, devri istenilen önalım sözleşmesinin şekline tabi olması bir anlam ifade etmektedir. Oysa Türk hukukunda zaten bir ayırım yapılmaksızın her iki önalım hakkı içinde adî yazılı şekil yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK. m. 239/II hükmünün gereksiz olduğu veya en azından farklı bir düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce TBK. m. 17 gereğince, taraflar, şekle tabi olmayan bir akdi şekle tabi tutmak hususunda anlaşma yapabilecekleri gibi kanunen şekle tabi tutulmuş bir akdin şekil şartlarını da ağırlaştırabilirler. Yani adî yazılı şekle tabi olan önalım sözleşmesinin taraflarca resmî şekilde yapılmasını kararlaştırmaları halinde, devir sözleşmesinin de resmî şekilde yapılması gerekecektir (TBK. m. 239/II). Bu sebeple doktrindeki eleştirilere rağmen TBK. m. 239/II hükmü yerinde bir düzenlemedir diyebiliriz.

Bir diğer farklılık ise TBK. m. 241/I' de söz konusudur. Buna göre, satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmekle yükümlüdür. Böylece satışı gerçekleştirilen taşınmaz üzerinde, önalım hakkı sahibinin, bu hakkını kullanması sağlanmaktadır. Bildirim yükümlülüğü hem satıcı hem de alıcıya yüklenmiştir. Oysa İsviçre hukukunda bu yükümlülük sadece satıcıya yüklenmiştir (İBK. m. 216d/I). Öte yandan TBK. m. 241/I bildirim yükümlülüğünün önalım hakkı sahibine noterden yapılması gerektiğini düzenlemişken, İsviçre hukukunda bildirim için herhangi bir makam veya şekil şartı aranmamıştır (İBK. m. 216d/I).

Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medenî Kanununun önalıma ilişkin hükümleri arasında da uyumsuzluk söz konusudur. TBK. m. 241/I' e göre, önalım hakkının bildirimi hususunda hem satış sözleşmesinin yapıldığı hem de sözleşmenin içeriği önalım hakkı sahibine bildirilmelidir. TMK. m. 733/III' de ise, sadece *"yapılan satış sözleşmesinin bildirilmesi"* gerektiği ifade edilmiş, ayrıca *"satış sözleşmesinin içeriğinin"* bildirilmesi hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TMK. m. 735/III' de, yasal önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK. m. 241/I hükmünün TMK. m. 733/III hükmünü de kapsamaktadır. Bu sebeple, TMK. m. 735/III atfı gereğince, TMK. m. 733/III hükmünün, bildirimin kapsamını genişleten TBK. m. 241/I karşısında önemini yitirdiğini veya zımnen ortadan kalktığını ifade edebiliriz.

Bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir diğer hususta bildirimin mutlaka noter aracılığıyla yapılmasının doktrinde eleştirilmesidir. TBK. m. 241/I hükmünden bildirimin noter aracılığıyla yapılması gerektiğini ifade edebiliriz. Yargıtay da aynı görüştedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar kendisine bildirim yapılmayan önalım hakkı sahibinin satışı ve içeriğini herhangi bir şekilde öğrenmiş olmasının sürenin işlemeye başlaması için yeterli olacağı görüşündedirler. Burada önalım hakkına sahip bir kimse, satış işlemini herhangi bir şekilde öğrenebilir. Ancak içeriği hakkında detaylı bilgi sahibi olamaz. Böylece, önalım hakkını kullanmak niyetinde olan bir kimse, satıcının üçüncü kişiyle yapmış olduğu satışa ilişkin koşulların neler olduğu hakkında kesin bilgi sahibi olamaz. Bu bilgileri ancak noter vasıtasıyla kesin olarak öğrenecektir. Öğrenmiş olduğu bilgiler neticesinde, üçüncü kişiyle yapılan sözleşme hükümlerinin menfaatine olmadığı kanaatine de varabilir. Bu sebeple önalım hakkını kullanmaktan belki de vazgeçecektir. Dolayısıyla bu bildirimin noter aracılığıyla yapılmasının zorunluluk arz ettiği kanaatindeyiz. Ayrıca satıcı veya alıcının noter aracılığıyla yapması gereken bildirim, üç aylık asgari sürenin işlemeye başlaması açısından önem arz etmekte olup; önalım hakkının kullanılması bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla satışın yapıldığını herhangi bir sebeple öğrenen önalım hakkı sahibi, kendisine bir bildirim yapılmamış olsa bile, iki yıl içinde yine önalım hakkını kullanabilir. Bildirimin yapılmaması, üç aylık sürenin işlemesine engel teşkil etmesine karşılık, önalım hakkı sahibinin satışı öğrendiği andan itibaren iki yıl içinde dava açabilmesine mani olmaz. Bu ise, önalım sahibinin lehine bir durumdur. Bildirimin noter vasıtasıyla yapılmış olması, üç aylık sürenin işlemeye başladığı zamanın tespiti bakımından da ayrıca ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Bildirim yükümlülüğüne ilişkin önem arz eden diğer bir husus TBK. m. 242' de düzenlenen üç ay ve iki yıllık dava açma süreleridir. Hükme göre, *"Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi,…satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır"*. Dava

açma süresiyle ilgili olarak biri üç ay (nisbî hak düşümü süresi) diğeri iki yıl (mutlak hak düşümü süresi) olmak üzere iki farklı süre düzenlenmiştir. Dolayısıyla, önalım davasının satış veya buna eşdeğer başka bir işlemin hak sahibine noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren 3 ay; her halde satışın üzerinden 2 yıl geçmekle dava hakkı sona ermektedir. Satışı noter aracılığıyla bildirmeyi zorunlu kılan TBK. m. 241/I' deki düzenleme, emredici nitelikte bir hüküm olup, kanun koyucunun bu zorunluluğu yerine getirmeyen satıcı veya alıcı için bir müeyyide uygulamamış olması son derece yanlış olmuştur. Çünkü bu durumda önalım hakkının kullanılamaması hakkın tamamen kaybına sebep olmaktadır. Böylesi bir durumda emredici hükmün hiçbir anlamı olmayacaktır. Kanaatimizce satıcı veya alıcı tarafından hak sahibine satışın bildirilmemesi halinde 3 aylık sürenin işlemeyeceği veya 2 yıllık mutlak hak düşümü süresinin genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKALP DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Genel Esaslar, Taşınmaz Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk, Taşınır Mülkiyeti, Konya 2014 (AYAN, Mülkiyet).

AYAN, Mehmet, Kanuni Şuf'a Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin' e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995 (AYAN, Kanuni Şuf'a).

AYDOĞDU, Murat**/ KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

BAYGIN, Cem, Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart- Nisan 2011, S. 79- 80, s. 7- 30.

BECKER, Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, 1 Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Bern 1941.

BERKİ, Şakir, Aynî Haklar, Mülkiyet, Mülkiyetten Gayri Aynî Haklar, Rehin, Zilyetlik, Tapu Sicili, Ankara 1965.

BUZ, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

ÇETİNKAYA, Mehmet, Vefa Hakkı ve Menkul Hükmünde Sayılan Taşınmazlarda Hakkın Tesisi, AD, Y. 1970, S. 1- 12.

DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (EREN, Özel Hükümler).

EREN, Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 103- 126 (EREN, Önalım Hakkı).

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili, Taşınmaz- Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti- Devre Mülk (5711 Sayılı Kanun Değişikliğiyle), İrtifak Hakları ve Rehin Hakları, Ankara 2012.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2011.

FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.

GIGER, Hans, Berner Kommentar, schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band.IV, 2 Abteilung, Die einzelnenVertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückkauf, Art. 216- 221 OR, Bern 1997.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD. C. 8, S. 2 (2011), YÜHFD. C. 9, S. 1 (2012), s. 435- 453.

HAYOZ- MEİER, Arthur, (Çev. Y. Ümit DOĞANAY), Şuf'a Akdi, İÜHFM. C. XXXIII, s. 1-2, İstanbul 1967.

HELVACI, İlhan, İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999- 2000, s. 397- 417.

HESS, Urs, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art 1- 529 OR, 4. Aufl. (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WİEGAND), Basel und Frankfurt 2007.

KILIÇOĞLU, Mustafa, Akdi ve Kanuni Şuf'a Davaları (Önalım), Ankara 1997.

KIRCA, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanunda Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. yaş günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002.

KISAGÜN, Adli, Şuf'a Davaları, Ankara 1958 (KISAGÜN, Şuf'a).

KISAGÜN, Adli, Vefa ve İştira Hakları, AD, Y. 1961, S. 1- 12 (KISAGÜN, Vefa).

KÜLEY, M. Muin, Medeni Kanunda ve Tatbikatında Şüf'a Hakkı, İstanbul 1950.

NOMER, Haluk, Vefa Hakkı, İstanbul 1992.

OĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer, Eşya Hukuku, Zilyetlik- Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 2002.

OSER, Hugo/ **SCHÖNENBERGER**, Wilhelm, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht 2. Teil, Art. 184- 418, 2. Aufl. Zurich 1936.

ÖNDER, Ali Rıza, Şuf'a- Önalım, ABD, S. 2, Y. 1985.

ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 2. Baskı, İstanbul 2012.

PAKSÜT, Emin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun İnceleme ve Kararına Arz Olunan Vefa Hakkı Davası, Dosya No: H. G. K. 1986/ 6- 188, Broşür- Cevap Dilekçesi, s. 3

PULAŞLI, Hasan, Yargıtay Kararları Işığında Şuf'a Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar, TNBHD, S. 43, 15 Ağustos 1984.

SEBÜK, M. Tahir, Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1951.

ŞIPKA, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul 1994.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008.

TEKİNAY, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul 2014.

ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞMEDE YARARLANANIN EDİMİ RET HAKKI

(Beneficiary's Right of Rejection in the Contract for the Benefit of Third Parties)

Yrd. Doç. Dr. Gediz KOCABAŞ*

ÖZET

Üçüncü kişi yararına sözleşme nisbilik ilkesine getirilmiş en önemli istisnalardan birini oluşturur. Özellikle, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, söz konusu istisnai durum açık biçimde ortaya çıkar. Bu tür sözleşmelerde, yararlanan, tarafı olmadığı bir sözleşmeden alacak hakkı kazanır ve kazandığı bu alacak hakkını doğrudan borçluya karşı ileri sürebilir. Yararlananın, söz konusu alacak hakkını kazanması onun iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir. Yararlanan, böyle bir sözleşmenin kurulduğu hakkında bilgi sahibi olmasa dahi vaadettiren ve vaadedenin anlaşmasıyla birlikte alacak hakkını kazanır. Ret hakkının amacı ve işlevi de bu durumda belirginleşir. Ret hakkını pozitif düzenlemeye tabi tutan Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukuklarında kişi yararına sözleşme bakımından ret hakkının düzenlenmemiş olması yararlanana bu hakkın tanınmasına engel oluşturmaz.

Anahtar kelimeler: Üçüncü kişi yararına sözleşme, nisbilik ilkesi, vaadettiren, vaadeden, yararlanan, tam ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, ret hakkı.

Abstract

Contract for the benefit of third parties is one of the most important exception of the doctrine of privity of contract. This exceptional case comes in sight specially in genuine contract for the benefit of third parties. In such kind of contracts although the beneficiary is not a party he acquires the claim and asserts it against to debtor. The acquisition of claim by the beneficiary is free of his will. Even if he doesn't know about the contract acquisition of claim takes place when the promisee and the promisor agrees. In this fact the intendment and the function of the right of rejection becomes clear. The right of rejection is embodied in German law. In contrast, it is not regulated by Turkish and Swiss law. However, there is no reason to prevent the beneficiary using the right.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: Contract for the benefit of third parties, the doctrine of privity of contract, promisee, promisor, beneficiary, genuine and spurious contract for the benefit of third parties, right of rejection.

I. Genel Olarak

A. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kavramı

1. Tanımı

Borçlar hukukuna egemen olan nisbilik ilkesi gereğince, borç ilişkisi sadece ilişkinin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurduğundan, üçüncü kişiler söz konusu ilişkiye yabancı kabul edilirler. Bu nedenle, hiç kimse tarafı olmadığı bir borç ilişkisinden alacak hakkı kazanamaz. Alacak hakkının sahibi borç ilişkisine taraf olarak alacaklı sıfatına sahip olan kişidir. Talep, dava ve cebri icraya başvurma hakları da sadece ona aittir. Kural böyle olmakla birlikte bazı istisnai durumlarda borç ilişkisinin üçüncü kişiler bakımından da etkili olması mümkündür. Bu anlamda, üçüncü kişi yararına sözleşme nisbilik ilkesinin en önemli istisnalarından birini oluşturur[1].

---

[1] **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2015, s.23; **Akyol** Şener: Tam Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme, İstanbul 2008, s.8, 85; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2014, s.428; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.1141; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.599; **Jauernig**, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2014, **Stadler**, Astrid: BGB §328, Rn.1; **Schulze**, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2014, **Schulze**, Reiner: §328, Rn.1; **Hornberger**, Thomas: "Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter-Teil I", JA 2015, s.8; **Palant**, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2015, **Grüneberg**, Christian: Einf. vor §328, Rn.1; **Erman**, Walter: BGB Kommentar, Bd.I, Köln 2014, **Westermann**, Harm Peter: Vorbem. §328, Rn.1; **Looschelders**, Dirk/**Makowsky**, Mark: "Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter", JA 2012, s.724; **Linnenbrink**, Dominik: "Der Vertrag zugunsten Dritter in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1992, s.261; **Petersen**, Jens: "Der Dritte im Allgemeinen Schuldrecht", JURA 2014, s.580, 581; **Weber**, Rolf H.: Berner Kommentar, Bd.VI-1-6, Bern 2002, Art.112, N.4, 14; **Furrer**, Andreas/**Schnyder**, Anton K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Zürich 2012, **Reetz**, Peter/**Graber**, Michael: Art.112, N.1; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar-Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2007, **Gonzenbach**, Rainer: Art.112, N.1; **Berger**, Berhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, N.2261; **Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./ **Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd.II, Zürich 2014, N.3873; **Kramer**, Ernst A./ **Probst**, Thomas: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2013, Ka.4, N.79; BGH IV ZR 205/04 (NJW 2006, s.1434); BGH III ZR 295/04 (MDR 2006, s.383). Nisbilik ilkesini pozitif düzenlemeye taşıyan Fransız Medeni Kanunu'nun 1165. maddesinde sözleşmenin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuracağı belirtildikten sonra bu durumun bir istisnası olarak 1121. madde kapsamında üçüncü kişi yararına sözleşme kurumuna yollama yapılmıştır. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri karşısında Fransız Medeni Kanunu'nun üçüncü kişi yararına sözleşmenin istisnai niteliğine özel olarak yer veren tek temel düzenleme olduğu görülür. Bkz. **Hochstrasser**, Michael: Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006, N.182, Fn.305; **Krauskopf**, Patrick: Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000, N.128, 129; **Kramer/Probst**, Ka.4, N.72.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, vaadettiren ile vaadeden arasında gerçekleşen ve vaadedene üçüncü kişi yararına bir edimi yerine getirme borcu yükleyen sözleşme olarak tanımlanır[2]. Bu durumda, üçüncü kişi tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğrudan doğruya bir alacak hakkı kazanmakta ya da kendisine sunulan edimi kendi adına kabul yetkisine sahip olmaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, vaadettiren üzerinden üçüncü kişiye aktarılacak edimin daha kısa bir yol izlenerek doğrudan ifasının sağlanması yanında sigorta ya da ömür boyu gelir sözleşmelerinde olduğu gibi üçüncü kişinin güvence ve bakım ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla başvurulan bir sözleşmedir[3]. Böylece, taraflar arasındaki ilişkiye yabancı olan üçüncü kişi, sözleşme özgürlüğü[4] temel alınarak taraflarca kurgulanan model kapsamında sözleşmeden doğan borç ilişkisi üzerinde etkili olur. Ancak üçüncü kişinin bu kurgudaki yeri daima sabittir. Yararlanan sıfatıyla borç ilişkisinde yer alan üçüncü kişi alacak hakkının sahibi olabileceği gibi sadece edimi kabul yetkisine de sahip kılınabilir. Bunun dışında, üçüncü kişi aleyhine borçlanma yasağı gereğince üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşme kapsamında borçlandırılması mümkün olmadığından üçüncü kişiyi borçlandırma amacıyla böyle bir sözleşme kurgusuna başvurulamaz.

Üçüncü kişi yararına sözleşme özel borç ilişkileri anlamında bağımsız bir sözleşme tipi oluşturmayıp, çerçeve model niteliği taşır[5]. Bu nedenle, kanunda genel

---

2 **Jauernig/Stadler**, §328, Rn.1; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§328-345, Berlin 2015, **Klumpp**, Steffen: Vorbem. zu §§ 328, Rn.4; **Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Nobel**, Peter/ **Schwander**, Ivo/**Wolf**, Stephan: OR Kommentar, Zürich 2009, **Lips-Rauber**, Christina: Art.112, N.1; **Honsell**, Heinrich: Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, **Lardi**, Daniele/**Vanotti**, Massimo: Art.112, N.1; **Krauskopf**, N.12; **Hochstrasser**, N.223; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3874; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014, N.1119; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2012, N.86.01; **Akyol**, s.9; **Antalya**, s.23; **Eren**, s.1141; **Oğuzman/Öz**, s.428 vd.; **Yavuz**, Nihat: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2015, s.804; BGer 4A_724/2011 (SJ 2012 I, s.347); BGer 4A_44/2011 (**Stacher**, Marco: "Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen 2011 und 2012", AJP 2013, s.120); BGer 4A_163/2012 (**Schmid**, Jörg/ **Zbinden**, Oliver: "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013", ZBJV 151/2015, s.32); BGE 117 II 315, 320; Yarg. HGK 29.11.2006 E.2006/3-754, K.2006/757 (**Yavuz**, s.809); Yarg. 11.HD 10.06.2015 E.2015/1742, K.2015/8028; Yarg. 11.HD 19.12.2014 E.2014/12621, K.2014/20139; Yarg. 3.HD 02.12.2014 E.2014/12033, K.2014/15715; Yarg. 3.HD 06.12.2004 E.2004/ 12296, K.2004/13423 (Legalbank).

3 Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.1; **Looschelders/Makowsky**, s.723; **Schulze**, Reiner/**Grziwotz**, Herbert/ **Lauda**, Rudolf: BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch, Baden-Baden 2014, **Prasse,** Christian/**Steinbach-Martens**, Daniela: §328, Rn.7; **Harke**, Jan Dirk: Allgemeines Schuldrecht, Berlin-Heidelberg 2010, Rn.428; **Erman/Westermann**, Vorbem. §328, Rn.4; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.2; **Jauernig/Stadler**, §328, Rn.1.

4 Üçüncü kişi yararına sözleşmenin istisnai niteliğini sözleşme özgürlüğünü esas alarak açıklayan görüş için bkz. **Joussen**, Jacob: Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, Stuttgart 2015, Rn.1144; **Schwenzer**, OR AT, N.86.01; **Berger**, N.2261; **Eren**, s.1141.

5 **Gottwald**, Peter: Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, München 2015, §328, Rn.4; **Jauernig/ Stadler**, §328, Rn.8; **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.37; **Linnenbrink**, s.262;

hükümler kısmında düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında, taraflar kendi sözleşmelerini üçüncü kişi yararına sözleşme modeline uygun olarak oluşturabilirler. Bu noktadan hareketle, üçüncü kişi yararına sözleşme, temel sözleşmenin üçüncü kişi için öngörülen yararlanma kaydı ile değiştirilmiş görüntüsü olarak da tanımlanabilir[6]. Temel sözleşmenin tipik ya da atipik nitelik taşıması önemsizdir. Bir sözleşme başlangıçta üçüncü kişi yararına sözleşme modeline uygun olarak kurulabileceği gibi daha sonra da bu modele dönüştürülebilir. Ayrıca üçüncü kişi yararına sözleşmenin uygulama alanı sadece özel hukuk sözleşmeleri ile sınırlı olmayıp aynı zamanda kamu hukukuna ilişkin sözleşmeler de bu kapsama dahildir[7]. Tanımlayıcı ölçüt sözleşmenin taraflarınca üçüncü kişi yararına bir edimin kararlaştırılmasıdır. Taraflar bu yöndeki iradelerini asıl sözleşmenin içinde bir hüküm olarak açıklayabilecekleri gibi ayrı bir sözleşmeyle de ortaya koyabilirler. Üçüncü kişi yararına sözleşme kendine özgü bir şekle tabi olmadığından iradenin açıklanması açık ya da örtülü gerçekleşebilir[8]. Bu hususta belirleyici olan vaadettiren ile vaadeden arasındaki temel hukuki işlemdir. Söz konusu işlemin şekle tabi olduğu durumlarda üçüncü kişi yararına sözleşme de aynı şekil kapsamında değerlendirilir. Bu doğrultuda, üçüncü kişi yararına sözleşme yoluyla daha önce şekle tabi olarak kurulmuş bir sözleşmede değişiklik yapılması amaçlandığında TBK m.13 (OR Art.12) uygulama alanı bulur[9].

Üçüncü kişi yararına sözleşme üç ayaklı bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Sözleşmenin tarafları vaadettiren ile vaadeden olup, bunlar arasındaki ilişki "karşılık

---

Hornberger, T.I, s.8; **Palant/Grüneberg**, §328, Rn.1; **Brox**, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, München 2009, Ka.10, Rn.8; **Fikentscher**, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: Schuldrecht, Berlin 2006, Rn.294; **Medicus**, Dieter/**Lorenz**, Stephan: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München 2008, Rn.804; **Huguenin**, N.1121; CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.2; **Schwenzer**, OR AT, N.86.02; BK-**Weber**, Art.112, N.15; **Furrer**, Andreas, **Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2008, Ka.22, N.3; **Berger**, N.2262; **Hochstrasser**, N.223; **Bärtschi**, Harald: Verabsolutierte Relativität-Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009, s.246, 250; **Akyol**, s.88; **Oğuzman/Öz**, s.436; BayObLG 3Z BR 111/02 (NJW-RR 2003, s.4); BGE 100 II 368, 375; BGer 4A_724/2011 (SJ 2012 I, s.347). Ayrıca karş. BGE 98 II 305, 307; BGE 96 II 79, 95. Üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu bu düşüncenin etkisiyle sade bir düzenlemeye tabi tutulduğundan, üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında ortaya çıkan hukuki sorunlar borçlar hukukunun ilgili hükümlerine göre çözüme ulaştırılır. Bkz. BK-**Weber**, Art.112, N.9, 16, 30. Benzer yönde karş. **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, Ka.8, Abschn.1, §73, N.31.

6 **Krauskopf**, N.12; KuKo OR-**Lardi/Vanotti**, Art.112, N.2. Benzer yönde ayrıca bkz. **Medicus/ Lorenz**, Rn.804.

7 MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.5; **Staudinger/Klumpp**, Vorbem. §§328, Rn.74; GF. BGB-**Prasse/ Steinbach-Martens**, §328, Rn.2; **Linnenbrink**, s.262; **Palant/Grüneberg**, §328, Rn.1.

8 **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.51; BK-**Weber**, Art.112, N.35; BSK OR I- **Gonzenbach**, Art.112, N.5; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.36; BGH XI ZR 330/89 (MDR 1991, s.435); OLG Frankfurt 14 U 107/ 00 (NJW-RR 2002, s.54).

9 **Berger**, N.2287; **Akyol**, s.89.

ilişkisi[10]" olarak adlandırılır. Bu ilişki, kural olarak, borç doğurucu bir sözleşmeye dayanır. Uygulamada da çoğu zaman satış, eser, hizmet, kira ya da sigorta sözleşmesi gibi ivazlı bir hukuki ilişki temel alınır[11]. Yararlanan durumundaki üçüncü kişi bu ilişkiye yabancıdır. Karşılık ilişkisinin kurulmasında yararlananın katılımı aranmaz. Yararlanan, karşılık ilişkisinin tarafı olmamasına rağmen bu ilişki nedeniyle vaadettiren ile yararlanan arasında "değer ilişkisi", vaadeden ile yararlanan arasında ise "edim ilişkisi" meydana gelir[12]. Yararlananın, sözleşmenin kurulmasına katılmaması, buna karşı çıkması ya da sözleşmenin kurulduğu hususunda bilgisinin olmaması durumunda dahi vaadettiren ve vaadedenin bu yönde anlaşmasıyla birlikte değer ve edim ilişkileri de kurulur[13].

Üçüncü kişi yararına sözleşmede borçlu sıfatı vaadedene aittir. Vaadedenin bu borcu, vaadettiren ile yapmış olduğu sözleşmeden doğmuş olup; vaadeden tarafından yararlanana yapılacak ifa ile son bulur. Yararlanan, sözleşmenin tarafı olmadığı için kendisi ile vaadeden arasında teknik anlamda sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunmaz[14]. Buna rağmen edim ilişkisi kapsamında yararlanan ile vaadeden arasındaki karşılıklı koruma ve özen yükümlülükleri nedeniyle sözleşme benzeri bir durumun varlığı kabul edilir[15].

---

10 Söz konusu ilişkinin "temel ilişki" olarak da adlandırılabileceği yönünde **Linnenbrink**, s.262. Benzer yönde **Staudinger/Klumpp**, Vorbem. §§328, Rn.4; **Looschelders/Makowsky**, s.725. "Kapama ilişkisi" kavramının kullanılması yönünde **Akyol**, s.85.

11 **Weiler**, Frank: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2014, Ka.34, Rn.8; **Joussen**, Rn.1167 vd.. Bununla birlikte bazı durumlarda bağışlama gibi ivazsız bir sözleşmenin de karşılık ilişkisine temel oluşturması mümkündür. Bkz. **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.21.

12 CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.3; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3879; **Schwenzer**, OR AT, N.86. 05; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.5 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.430. Benzer yönde **Eren**, s.1149. Karşılık ve değer ilişkisi yanında vaadeden ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiyi "üçüncü ilişki" olarak adlandıran görüş için bkz. **Jauernig/Stadler**, §328, Rn.9,11; **Linnenbrink**, s.267. Söz konusu ilişkinin "ifa ilişkisi" olarak adlandırılması yönünde **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.8, 22; Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.3; **Erman/ Westermann**, Vorbem. §328, Rn.6; **Hornberger**, T.I, s.8; **Looschelders/Makowsky**, s.725; GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §328, Rn.3; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.5; **Krauskopf**, N.22; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.20. Farklı ifadelerin kullanılmasına ilişkin ayrıca karş. **Medicus/Lorenz**, Rn.809; **Linnenbrink**, s.267; **Kramer/Probst**, Ka.4, N.80; **Akyol**, s.171.

13 MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.3. Karş. **Staudinger/Jagmann**, §328, Rn.11; **Huguenin**, N.1139; **Prütting**, Hanns/**Wegen**, Gerhard/**Weinreich**, Gerd: BGB Kommentar, Köln 2014, **Stürner**, Michael/ **Medicus**, Dieter: §328, Rn.3; **Brox/Walker**, Ka.10, Rn.13.

14 **Krauskopf**, N.22; **Joussen**, Rn.1175; **Weiler**, Ka.34, Rn.11; **Linnenbrink**, s.267; **Akyol**, s.171; Yarg. 13.HD 26.06.1990 E.1990/4646, K.1990/4682 (Legalbank).

15 MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.31; **Weiler**, Ka.34, Rn.11; **Joussen**, Rn.1175. Karş. **Hornberger**, T.I, s.8; **Stadler**, s.734; **Looschelders/Makowsky**, s.725; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.5, §328, Rn.7; **Krauskopf**, N.22; BGH VI ZR 63/52 (NJW 1953, s.977); BGH III ZR 295/04 (NZM 2005, s.955); BGH IV ZR 205/04 (NJW 2006, s.1434).

2. Konusu

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusu borçlandırıcı işlemdir. Söz konusu borçlandırıcı işlem olumlu ya da olumsuz edimden oluşabileceği gibi vaadedenin fiziki veya fikri gücü ile yerine getireceği bir edim yanında malvarlığından yerine getireceği bir edim de üçüncü kişi yararına sözleşmeye konu olabilir. Bu hususlar genel kurallara tabi olduğu için üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından bir özellik taşımazlar.

Borçlandırıcı işlemler gibi tasarruf işlemlerinin de üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturup oluşturamayacağı sorusu ise en yoğun tartışmaların yaşandığı alanlardan birini oluşturur. Bu soruya verilecek yanıt farklı hukuk sistemlerine göre değişiklik göstermekle birlikte karşılaştırmalı hukuk öğretisinde savunulan görüşleri üç temel başlık altında toplamak mümkündür. Bir görüş, üçüncü kişi yararına tasarruf işlemlerine karşı tam anlamıyla olumsuz bir tavır benimserken; karşı görüş ise neredeyse her tasarruf işleminin üçüncü kişi yararına sözleşme modelinde gerçekleşmesine olumlu yaklaşır. Söz konusu iki farklı görüş arasında yer alan diğer bir görüş ise kural olarak üçüncü kişi yararına tasarruf işleminin yapılamayacağını, ancak bazı durumlarda istisnaların gerçekleşebileceğini kabul eder[16].

Alman Hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşmenin kural olarak borçlandırıcı işlemi konu aldığı kabul edilmekle birlikte tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturup oluşturmayacağı tartışması borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemleri ile ayni tasarruf işlemleri ayrımı doğrultusunda değerlendirilir. Üçüncü kişi yararına gerçekleştirilecek ayni tasarruf işlemlerinin ortaya çıkarabileceği hukuki belirsizliğin ayni haklara hakim olan ilkelerle bağdaşmayacağı düşüncesiyle söz konusu işlemler bakımından çoğunlukla savunulan görüş olumsuzdur. Bu görüşün oluşumunda özellikle ret hakkının kullanılmasına bağlanan sonuçlar belirleyicidir. Bununla birlikte açıklık ilkesine ihtiyaç duyulmayan borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemlerinde üçüncü kişi yararına sözleşme modelinin uygulanabilir olduğu görüşü de kabul görmektedir[17]. Öğretideki bölünmüşlük karşısında Alman Yüksek Mahkemeleri ise yürürlükte olan yasal düzenlemeler kapsamında tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmeye konu edilemeyeceği görüşünü istikrarlı biçimde devam ettirmektedir[18].

---

16 Açıklamalar için bkz. **Krauskopf**, N.1700, Fn.1885.

17 BGB §328'nin kıyas yoluyla tasarruf işlemlerine uygulanabilir olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. **Jauernig/Stadler**, §328, Rn.6; MüKoBGB/**Gottwald**, §328 Rn.268, 273; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.8, 9; **Hornberger**, Thomas: "Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter-Teil II", JA 2015, s.96; **Erman/Westermann**, §328, Rn.1, 2; PWW-**Stürner/Medicus**, §328, Rn.8-10; Hk-BGB/ **Schulze**, §328, Rn.4. Karş. **Fikentscher/Heinemann**, Rn.295.

18 BGH V ZR 209/61 (NJW 1964, s.1124); BGH IX ZR 222/92 (DNotZ 1995, s.494); BGH IX ZR 54/85 (NJW-RR 1986, s.848); BGH XI ZR 183/93 (NJW 1994, s.2483); BayObLG,

İsviçre hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunu düzenleyen OR Art.112'nin borçlandırıcı işlemler dikkate alınarak tasarlandığı kabul edilir. Tasarruf işlemleri bakımından ulaşılacak sonuç ise iki yönlü bir değerlendirmeye tabi tutulur. Ayni tasarruf işlemleri dikkate alındığında, öğreti ve uygulama bu işlemlerin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturamayacağı hususunda büyük ölçüde görüş birliği içerisindedir[19]. Ayni tasarruf işlemleri bakımından üçüncü kişi yararına sözleşmeye olumsuz yaklaşan öğreti borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemleri bakımından ise görüş birliği oluşturamamıştır[20].

Türk hukukunda da üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu kural olarak borçlandırıcı işlemin oluşturduğu görüşünden hareket edilerek tasarruf işleminin üçüncü kişi yararına sözleşme modelinde yapılması mümkün görülmez[21]. TBK m.129 (OR Art.112), vaadettiren ile vaadeden arasındaki sözleşmeden doğan alacak hakkını esas alır. Söz konusu düzenlemenin birinci fıkrasında yer verilen *"…üçüncü kişi yararına edim yükümlülüğü…"* ve *"…edimin ifasını isteyebilirler…"* ibarelerinden anlaşılacağı üzere burada esas alınan borçlandırıcı işlemdir[22]. Düzenlemenin söyleminde tasarruf işlemlerinin de bu kapsama dahil edildiği yönünde bir dayanak noktası bulunmamaktadır. Ayrıca, üçüncü kişi yararına sözleşmenin tipik hukuki sonucu, vaadettiren ile vaadeden arasında kararlaştırılan edimi üçüncü kişiye ifa etme borcunu vaadedene yüklemesidir. Bir taraftan düzenlemenin söylemi diğer taraftan

---

2Z BR 57/02 (NJW 2003, s.1402); OLG Düsseldorf 18 U 75/92 (NJW 1993, s.1602); OLG Düsseldorf 9 U 140/88 (MittRhNotK 1990, s.52); OLG Frankfurt 19 U 174/82 (VersR 1984, s.755); OLG Karlsruhe 11 Wx 18/01 (BWNotZ 2002, s.11); KG 4 U 2866/76 (OLGZ 1978, s.67).

19 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3905; **Schwenzer**, OR AT, N.86.26; CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.7; **Huguenin**, N.1159; BSK OR I-**Gonzenbach**, Art.112, N.3, 4; OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.6; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.14; **Berger**, N.2267; **Gauch**, Peter/**Aepli**, Viktor/**Stöckli**, Hubert: Präjudizienbuch OR, Zürich 2012, **Göksu**,Tarkan: Art.112, N.1; BGE 67 II 88, 95; BGE 42 II 56, 59. Karş. **Krauskopf**, N.1728-1738. Taşınmazlar üzerindeki ayni hakları konu alan tasarruf işlemleri bakımından hakim görüşe katılmakla birlikte taşınırlara ilişkin tasarruf işlemlerinin tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturabileceği yönünde karş. **Skripsky**, Martin/**Weber**, Rolf H.: "Verfügungen zugunsten Dritter", ZBJV 2003, s.260, 264. Benzer yönde **Bärtschi**, s.254.

20 Borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemlerinde OR Art.112'nin kıyas yoluyla uygulanabilir olup olmadığı yönünde tartışmalar için bkz. CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.7; **Huguenin**, N.1161 vd.; **Schwenzer**, OR AT, N.86.27; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.14; **Bärtschi**, s.254; **Hochstrasser**, N.224; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3905, 3906; **Krauskopf**, N.1701 vd.; BK-**Weber**, Art.112, N.23 vd.; **Skripsky/Weber**, s.254 vd.; **Loser-Krogh**, Peter: "Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 7.8.2000, i.S. Banque de Dépôts et de Gestion c. Henri et Eric Bonnet, BGE 126 III 375 ff., Berufung", AJP 2001, s.117; **Büscher**, Andreas: Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Zürich 2015, N.622. Ayrıca, tasarruf işlemleri arasında ayrım yapmaksızın bunların üçüncü kişi yararına sözleşmeye konu yapılamayacağı görüşünün kabul edildiği yönünde karş. KuKo OR-**Lardi/Vanotti**, Art.112, N.2.

21 **Eren**, s.1143; **Oğuzman/Öz**, s.438; **Akyol**, s.88.

22 **Skripsky/Weber**, s.249.

söz konusu hukuki sonuç dikkate alındığında üçüncü kişi yararına sözleşmenin tasarruf işlemlerine yabancı olduğu sonucuna ulaşılır. Bu nedenle, TBK m.129'un tasarruf işlemleri bakımından doğrudan uygulanması mümkün değildir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin tartışmalar da doğrudan uygulamaya yönelik olmayıp, kıyas yoluyla gerçekleşecek uygulamanın mümkün olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Kanaatimizce, sorunun Türk hukukundaki yanıtı diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemleri ve ayni tasarruf işlemleri ayrımı kapsamında değerlendirilmelidir.

Benimsediğimiz görüş doğrultusunda tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturması kural olarak mümkün görülmez. Bununla birlikte Borçlar hukukuna ilişkin tasarruf işlemleri bakımından bu kurala bazı istisnalar getirilebilir. İbra sözleşmesi bu anlamda verilecek tipik örneklerden biridir[23]. Diğer taraftan alacaklı ve borcu üstlenen arasında kurulan dış üstlenme sözleşmesi kapsamında da alacaklı bakımından borçlu sıfatına sahip üçüncü kişi yararına bir tasarruf işlemi yapılmaktadır[24]. Ayrıca, vaadettiren ve vaadeden aralarında anlaşarak üçüncü kişiye yeni bir alacak hakkı kazandırabildiklerine göre aynı kurgu içinde mevcut bir alacak hakkının üçüncü kişiye devredilmesi de mümkün olabilir. Başka bir söyleyişle, üçüncü kişi yararına alacağın devri sözleşmesi yapılabilir[25].

Ayni haklar alanında geçerli olan açıklık ilkesi ve güvenin korunması ilkesi ile birlikte tapu sicilinin kendine özgü rejimi dikkate alındığında taşınmazlar üzerindeki ayni hakları konu alan tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşme biçiminde yapılamayacağı sonucuna ulaşılır. Tapu siciline yüklenen görev gereğince ayni hakların kesin ve isabetli olarak sicilde gösterilmesi zorunludur. Özellikle, geçmişe etkili ret hakkının kullanılması sonucunda, gerçek hak sahipliği ile sicilde görünen hak sahipliği arasında uyumsuzluk oluşabileceğinden ortaya çıkacak belirsizlik durumunun beraberinde getirdiği hukuki rizikolar ayni tasarruf işlemleri bakımından benimsenen olumsuz tavrın en önemli sebebini oluşturur.

Ayni hakların toplumun diğer üyeleri tarafından anlaşılabilir biçimde açıklığa kavuşturulması hak ve işlem güvenliğinin sağlanması için büyük önem taşır. Açıklık,

---

23 CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.7; **Huguenin**, N.1165; **Schwenzer**, OR AT, N.86.27; **Loser-Krogh**, s.117; **Skripsky/Weber**, s.254; BSK OR I-**Gonzenbach**, Art.112, N.3; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3905; **Krauskopf**, N.1706; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.14; **Bärtschi**, s.254; **Hochstrasser**, N.225; BGer 4C.376/1991 (**Hochstrasser**, N.225, Fn.360; **Krauskopf**, N.1706, Fn.1888). İbra sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme modelinde yapılmasının mümkün olmadığı yönünde **Oğuzman/Öz**, s.438, dn.110.

24 **Schwenzer**, OR AT, N.86.27; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3905; **Krauskopf**, N.1702; BSK OR I-**Gonzenbach**, Art.112, N.3; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.14.

25 **Krauskopf**, N.1714 vd.; BK-**Weber**, Art.112, N.25; **Berger**, N.2266; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.14; **Skripsky/Weber**, s.255, 256; **Fikentscher/Heinemann**, Rn.296. Karş. BSK OR I-**Gonzenbach**, Art.112, N.3.

taşınmazlar üzerindeki ayni haklar söz konusu olduğunda tapu sicili yoluyla gerçekleşir. Taşınırlar bakımından ise açıklık ilkesini gerçekleştirme aracı zilyetliktir. Taşınırlar üzerinde ayni hakların kazanılması zilyetliğin kazanılmasına bağlanmış olup; ayrıca zilyetliğin hak karinesine temel oluşturması kabul edilmiştir. Bu nedenle, taşınırlar üzerindeki ayni hakları konu alan tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturması mümkün değildir[26].

B. Eksik ve Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Ayrımı

Kanun koyucu tarafından öngörülmüş ayrım doğrultusunda, yararlananın, vaadedene karşı bir alacak hakkına sahip olup olmadığı ölçütü dikkate alınarak üçüncü kişi yararına sözleşme "eksik" ve "tam" olmak üzere iki başlık altında incelenir[27]. Söz konusu ayrımda kabul edilen ölçüt yararlananın hukuki durumudur. Yararlanana ait bir alacak hakkının varlığı vaadettiren ile vaadeden arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Başka bir söyleyişle, yararlanana sadece edimi kabul yetkisi mi tanındığı ya da yararlananın bir alacak hakkına mı sahip olduğu sorusunun yanıtı sözleşmenin yorumuna bağlıdır. Bu doğrultuda, yararlananın, vaadedene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olup olmadığı sorusu yanıtlanırken öncelikle sözleşmenin niteliği ve amacı doğrultusunda taraf iradelerinin yorumlanması gerekir[28]. Bu husus-

---

26 Açıklık ilkesinin üçüncü kişi bünyesinde gerçekleştiği durumlarda istisnai olarak taşınırları konu alan ayni tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında yapılabileceği görüşü için bkz. **Skripsky/Weber**, s.258; **Krauskopf**, N.1731 vd..

27 "Eksik" ve "tam" üçüncü kişi yararına sözleşme kavramları kanunda yer almamakla birlikte öğreti ve uygulama tarafından benimsenerek kullanılmaktadır. Bkz. **Jauernig/Stadler**, §328, Rn.2,3; **Erman/ Westermann**, Vorb. §328, Rn.1, 2; MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.1,9; Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.2; **Staudinger/Klumpp**, Vorbem. §§328, Rn.6; PWW-**Stürner/Medicus**, §328, Rn.12; **Hornberger**, T.I, s.7, 8; **Medicus/Lorenz**, Rn.810; **Linnenbrink**, s.261; CHK-**Reets/ Graber**, Art.112, N.5; **Huguenin**, N.1125; OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.8; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3880; **Schwenzer**, OR AT, N.86.06; **Bärtschi**, s.246; BK-**Weber**, Art.112, N.5; **Krauskopf**, N.437, 884; **Kramer/Probst**, Ka.4, N.79, 81; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.28; **Oğuzman/Öz**, s.430; **Antalya**, s.23, 24; **Kılıçoğlu**, s.602; **Eren**, s.1144; **Yavuz**, s.805; BGH IX ZR 139/06 (DNotZ 2007, s.829); OLG München 25 U 3831/99 (NJW 2000, s.1423); BGE 139 III 60, 63; Yarg. 11.HD 19.12.2014 E.2014/12621, K.2014/20139; Yarg. 11.HD 30.10.2014 E.2013/13391, K.2014/16503; Yarg. 3.HD 02.12.2014 E.2014/12033, K.2014/15715 (Legalbank). Karş. **Fikentscher/Heinemann**, Rn.292; **Akyol**, s.10.

28 **Staudinger/Klumpp**, Vorbem. §§328, Rn.2; **Erman/Westermann**, §328, Rn.10; **Staudinger/ Klumpp**, §328, Rn.2, 84; **Brox/Walker**, Ka.10, Rn.4; BK-**Weber**, Art.112, N.8,30; **Linnenbrink**, s.262; **Huguenin**, N.1126; **Schwenzer**, OR AT, N.86.09; Prä-OR/**Göksu**, Art.112, N.1; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.36-38; **Looschelders/Makowsky**, s.725; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.28; **Harke**, Rn.429; KuKo OR-**Lardi/Vanotti**, Art.112, N.3; **Krauskopf**, N.912 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.432; **Akyol**, s.22 vd.; BGer 4A_627/2011 (**Huguenin**, N.1125, Fn.6); BGer 4A_44/2011 (**Stacher**, s.120); BGE 88 II 350,358; Yarg. 11.HD 19.12.2014 E.2014/12621, K.2014/ 20139 (Legalbank). Özellikle; sağlık sigortası kapsamında hastanın yararına gerçekleşen hastaneye kabul sözleşmesi (BGH VI ZR 171/86, NJW 1987, s.2289; BGH VI ZR 178/84, r+s 1986, s.174; BGH VI ZR 297/81, NJW 1984, s.1820); velayet altındaki çocuk yararına kurulmuş tedavi sözleşmesi (BGH VI ZR 158/82, NJW 1984, s.1400); aracı yara-

ta asli belirleyici olan taraf iradeleridir. Taraf iradelerinin yorumlanmasında ise somut olayın koşulları kapsamında tarafların sergilemiş oldukları tutum ve davranışlar ile birlikte menfaatleri de dikkate alınır[29]. Bunun yanında tali nitelikte olarak örf ve âdete başvurulması da mümkündür. Örf ve âdet ile ifade edilen husus sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda, sözleşme konusu işlerde geçerli olan uygulamalardır. Ancak taraf iradelerinin açık biçimde ortaya konulmuş olduğu veya yorum yoluyla belirlendiği durumlarda, örf ve âdet gereğince farklı bir sonuca ulaşılsa dahi taraf iradelerine üstünlük tanınır. Başka bir söyleyişle, taraf iradeleri ile çelişen örf ve âdet uygulaması sözleşmenin yorumunda başvurulacak bir ölçüt olma niteliğini kaybeder[30].

Eksik ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımında kullanılacak ölçütler olarak TBK m.129/2'de sadece tarafların amacı ile örf ve âdetten söz edilmiş olmasına karşılık TBK m.130 ve KTK m.97'de olduğu gibi bazı durumlarda kanun koyucu getirmiş olduğu bir düzenleme ile yararlanana doğrudan bir alacak hakkı tanıyabilir[31].

Eksik (gerçek olmayan) üçüncü kişi yararına sözleşmelerde yararlananın vaadedene karşı doğrudan ileri sürülebilecek bir alacak hakkı yoktur. Yararlanan sadece ifayı kabul yetkisine sahiptir. Alacak hakkının tek sahibi vaadettirendir. Yararlanan, alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayacağı gibi borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat da isteyemez. Bunun yanında vaadettirenin alacak hakkı üzerindeki tasarruflarının sonuçlarına da katlanması gerekir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile karşılaştırıldığında bu durumda nisbilik ilkesine getirilmiş önemli bir istisna bulunmaz. Borç ilişkisi yine taraflar arasında etkili olmaya devam etmekte, sadece yararlanana kendisine yapılacak ifayı kabul yetkisi tanınmaktadır[32]. Yararlanan, ifanın muhatabı olarak kendi adına ifayı kabul yetkisine sahipken; vaadedenin borcundan

---

rına taşınmazın alıcısı ile yapılan komisyon sözleşmesi (BGH III ZR 14/97, MittRhNotK 1998, s.170); müşteri yararına seyahat şirketi ile hava yolu şirketi ya da konaklama hizmeti sağlayan şirket arasında kurulan sözleşmeler (BGH VII ZR 63/84, NJW 1985, s.1457; LG Frankfurt 2/24 S 68/85, NJW-RR 1986, s.852) sözleşmenin amacı ve üçüncü kişinin yararı dikkate alındığında tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde yorumlanmaktadır.

29 OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.11; **Bärtschi**, s.247; **Krauskopf**, N.943.

30 **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.28. Benzer yönde KuKo OR-**Lardi/Vanotti**, Art.112, N.3.

31 Bkz. **Schwenzer**, OR AT, N.86.10; **Krauskopf**, N.888 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3889; **Bärtschi**, s.247; **Kramer/Probst**, Ka.4, N.79; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.39; **Eren**, s.1146; **Akyol**, s.21, 40; **Oğuzman/Öz**, s.433.

32 **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.7; **Weiler**, Ka.34, Rn.2; **Huguenin**, N.1133; OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.9; CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.23; **Schwenzer**, OR AT, N.86.08; BK-**Weber**, Art.112, N.7,140, 148; BSK OR I- **Gonzenbach**, Art.112, N.1,13; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.29; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.4, 42; **Berger**, N.2294; **Bärtschi**, s.251; **Eren**, s.1144; **Oğuzman/Öz**, s.441; BGer 4A_213/2008 (CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.21); BGer 4A_163/ 2012 (**Schmid/Zbinden**, s.32); BGE 115 III 11, 15. Alacak hakkına sahip olunmaması nedeniyle, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararlananın hukuki durumu tam üçüncü kişi yararına sözleşme ile karşılaştırıldığında zayıf ve korumasız kabul edilir. Bkz. **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.5; **Krauskopf**, N.595.

kurtulması yararlanana yapacağı ifaya bağlı olduğundan, vaadeden de yararlanana ifada bulunma yetkisine sahiptir[33].

TBK m.129 dikkate alındığında kanun koyucunun eksik üçüncü kişi yararına sözleşme modelini kural olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılır. Bununla birlikte TBK m.129/f.1 tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olduğundan irade özerkliği ve onun alt görüntüsünü oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraf iradelerinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme modeli üzerinde uyuşması da mümkündür. Ancak aksi yönde kanıtlar ortaya konulmadıkça, yararlanan, vaadedene karşı doğrudan ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip değildir[34].

Tam (gerçek) üçüncü kişi yararına sözleşmeler ise borç ilişkisinin nisbiliği ilkesine tam anlamıyla bir istisna oluştururlar. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerden farklı olarak bu durumda, yararlanan, tarafı olmadığı bir borç ilişkisinden alacak hakkı elde eder ve kazandığı bu alacak hakkını doğrudan borçluya karşı ileri sürebilir[35]. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren ve vaadeden arasındaki borç ilişkisi ve bu ilişkiden doğan alacak hakkı birbirinden ayrılmakta; borç ilişkisi taraflar arasında varlığını devam ettirirken, bu ilişkiye taraf olmayan üçüncü kişi ise alacak hakkını kazanmaktadır[36]. Ret hakkının işlev ve önemi de bu noktada ortaya çıkar. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden farklı olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararlananın iradesinden bağımsız olarak ona ait bir alacak hakkı doğar. Yararlanan, vaadettiren ve vaadedenin bu konuda anlaştığını bilmese dahi yine de söz konusu hakkı kazanır. Yararlananın bu kazanımı, vaadettiren üzerinden devren olmayıp, aslen gerçekleşir[37].

---

33 Bu durumu "çifte yetkilendirme" başlığı altında açıklayan görüş için bkz. **Fikentscher/Heinemann**, Rn.292.

34 **Oğuzman/Öz**, s.431; **Eren**, s.1146, 1147; **Kılıçoğlu**, s.602, dn.756; **Yavuz**, s.805; Yarg. 11.HD 19.10.2015 E.2015/11093, K.2015/10689 (Legalbank). OR Art.112 bakımından, ispat yükünün tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını iddia eden üzerinde olduğu yönünde **Huguenin**, N.1127; Prä-OR/**Göksu**, Art.112, N.3; CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.26; **Krauskopf**, N.947; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.36, 48; **Bärtschi**, s.248; KuKo OR-**Lardi/Vanotti**, Art.112, N.4; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.4; BGE 123 III 129, 136; BGer 4A_627/2011 (**Huguenin**, N.1125, Fn.6); BGer 4A_163/2012 (**Schmid/Zbinden**, s.32). Buna karşılık Alman hukukunda ise BGB §§328-335'de tam üçüncü kişi yararına sözleşme esas alınmıştır. Bkz. **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.3; **Jauernig/Stadler**, §328 Rn.2; **Harke**, Rn.426; **Erman/Westermann**, Vorbem. §328, Rn.1, 2; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.1; **Brox/Walker**, Ka.10, Rn.3; **Petersen**, s.581; **Weiler**, Ka.34, Rn.2; **Joussen**, Rn.1154.

35 BGH III ZR 295/04 (MDR 2006, s.383); BGE 112 II 38, 39; BGer 4A_163/2012 (**Schmid/Zbinden**, s.32); OGer 27.5.1986 (BJM 1987, s.257); HGer ZH 22.09.1995 (ZR 97/1998, s.22); Yarg. HGK 29.11.2006 E.2006/3-754, K.2006/757 (**Yavuz**, s.809).

36 BK-**Weber**, Art.112, N.6; BSK OR I- **Gonzenbach**, Art.112, N.2; **Staudinger/Klumpp**, Vorbem. §§ 328, Rn.4. Ayrıca bkz. **Weiler**, Ka.34, Rn.7.

37 Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.6,9; MüKoBGB/**Gottwald**, §328 Rn.3; **Jauernig/Stadler**, §328 Rn.1, 15; **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.63; **Erman/Westermann**, Vorbem. §328 Rn.1; **Palant/Grüneberg**, Einf. vor §328, Rn.6, §328, Rn.5; **Hornberger**, T.I, s.8; **Linnenbrink**, s.261;

II. Ret Hakkı

A. Tanımı, Amacı ve Dayanağı

Ret hakkı, tam üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında yararlanana kazandırılmış olan alacak hakkının, geçmişe etkili olarak, sözleşmenin kurulmasından itibaren ortadan kaldırılmasını sağlayan bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanır[38]. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlanan alacak hakkına sahip olmadığından ret hakkına da ihtiyaç duyulmaz. Yararlananın, vaadeden tarafından sözleşmeye uygun olarak sunulan edimi kabul etmemesi durumunda, kabul yükümlülüğü bulunmadığı için onun bakımından alacaklı temerrüdünden söz edilemez[39]. Yararlanan, üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisi içinde yer almak istemediğinde kendisine sunulan edimi kabul etmeyebilir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise yararlanan, tarafı olmadığı bir sözleşmeden kendi iradesi ve bunun da ötesinde bilgisi dahi olmadan bir alacak hakkı kazanmaktadır. Söz konusu sonuç ret hakkının tanınmasına yönelik görüşler bakımından bir hareket noktası oluşturur. Bu nedenle, yararlanana, iradesi ve bilgisi dışında kendisine kazandırılan alacak hakkını geçmişe etkili sonuçlar doğurmak üzere reddetme olanağının sağlanması gerekir[40]. Ret hakkının tanınmasıyla birlikte hiç kimseye hukuki işlem yoluyla iradesi dışında hak kazandırılamaz kuralı ile üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu arasında bir denge oluşturulur[41].

Ret hakkının tanınması, anayasal güvence altında olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile borçlar hukukunun temel ilkesini oluşturan irade özerkliği ilkesinin doğal bir uzantısı olmakla birlikte aynı zamanda hakkani-

---

CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.31; OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.16; **Huguenin**, N.1139; **Schwenzer**, OR AT, N.86.19, 21; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3899; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.34; **Eren**, s.1151; **Akyol**, s.138; BGH III ZR 295/04 (MDR 2006, s.383); BGH IV ZR 73/08 (NJW 2010, s.3232); BGE 140 I 153, 163; Yarg. 3.HD 06.12.2004 E.2004/12296, K.2004/13423; Yarg. 13.HD 26.06.1990 E.1990/4646, K.1990/ 4682 (Legalbank). Farklı yönde karş. **Oğuzman/Öz**, s.443, dn.127.

38 **Krauskopf**, N.1158, 1169; MüKoBGB/**Gottwald**, §333 Rn.1, 2; **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.5, 6.

39 **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.45; **Krauskopf**, N.593.

40 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.1; MüKoBGB/**Gottwald**, §328 Rn.3; **Hornberger**, T.I, s.8; Hk-BGB/ **Schulze**, §328, Rn.5; **Erman/Westermann**, §333, Rn.1; **Jauernig/Stadler**, §333 Rn.1; **Brox/Walker**, Ka.10, Rn.13; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.1; **Fikentscher/Heinemann**, Rn.291; BK-**Weber**, Art.112, N.116; **Huguenin**, N.1140; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.34; **Krauskopf**, N.901; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.57; **Schwenzer**, OR AT, N.86.19; **Hochstrasser**, N.622.

41 MüKoBGB/**Gottwald**, §333 Rn.1; **Erman/Westermann**, §333, Rn.1; PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.1; **Linnenbrink**, s.264. Benzer görüş için ayrıca bkz. **Weiler**, Ka.34, Rn.1; **Fikentscher/Heinemann**, Rn.303.

yet ilkesiyle de bağlantılıdır[42]. Aksi durumda, yararlanan, iradesi dışında bir hakkı kazanmaya zorlanmış olur. Zorlama yoluyla bir hakkın kazandırılması düşüncesi ise gelişmiş hukuk anlayışının yapısına aykırıdır. Ret hakkı, vaadettiren ve vaadedenin ortak iradeleri karşısında yararlananın kişiliğinin korunmasını sağlar[43]. Buna karşılık, ret hakkının tanınması ve kullanılmasına ilişkin tartışmaların varlığına da işaret edilmesi gerekir. Ret hakkına ilişkin özel bir düzenleme getiren Alman hukukunun aksine Türk hukukunda olduğu gibi ret hakkının kanunda düzenlenmemiş olduğu hukuk sistemlerinde söz konusu hakkın sağlam hukuki temellere oturtulması zorunludur.

Bu noktada yanıtlanması gereken öncelikli soru alacak hakkının yapısıyla ilgilidir. Alacak hakkı sahibinin, tek taraflı irade beyanıyla hakkından vazgeçmesi mümkün olmadığından bu yönde alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşmeye ihtiyaç duyulur. Alacaklının vazgeçme iradesi borçlu tarafından kabul edilmelidir[44]. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlanan borçluya karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkına sahip olmadığından bu tartışmanın önemi tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde yoğunlaşır. Söz konusu sözleşmeler bakımından alacak hakkının genel yapısına aykırı olarak tek taraflı irade beyanıyla hakkın reddedilebilmesi için açık bir düzenleme ya da temelini hukukun genel ilkelerinde bulan bir kıyas faaliyetinden elde edilecek istisnai bir kural bulunmalıdır. Ancak böyle bir düzenleme veya kural kapsamında yararlananın kendisine tanınan alacak hakkını reddetmesi mümkündür[45].

1. Alman Hukuku Bakımından

Yukarıda belirtildiği üzere Alman hukukunda yararlananın ret hakkı pozitif bir düzenlemeye dayanır. BGB §333'e göre, yararlananın kendisine kazandırılan hakkı reddetmesi durumunda söz konusu hak kazanılmamış kabul edilir.

Alman hukukunda, tam üçüncü kişi yararına sözleşme modelinde, yararlananın sözleşme konusu hakkı ne zaman kazandığı sorusunun yanıtı sözleşmenin içeriğine tabidir. Taraflar, hakkın ne zaman kazanılacağı hususunu özgür iradeleri kapsamında diledikleri gibi kararlaştırabilirler. BGB §328/2 kapsamında hakkın kazanılmasının

---

42 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.2. Herkesin özgür iradesi ile hukuki ilişkiler kurup kurmama, böyle bir ilişkinin etki alanına dahil olup olmama hakkına sahip olduğu yönünde BVerfG 2 BvR 487/80 (NJW 1987, s.827); BGH VIII ZR 293/79 (NJW 1981, s.275).

43 Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.5. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yararlananın kendisine yabancı olan bir hukuki duruma dahil olmaya zorlandığı fakat ret hakkı yoluyla yararlanan bakımından yeterli korumanın da sağlandığı yönünde **Hornberger**, T.II, s.97.

44 Alacaklının, muaccel duruma gelmiş alacağını talep etmeyerek alacağın zamanaşımına uğramasını sağlaması mümkün olmakla birlikte zamanaşımı alacak hakkını ortadan kaldıran bir sebep olmadığından böyle bir durumda dahi ifada bulunmak isteyen borçlunun alacaklıya ifayı sunması ve onu temerrüde düşürmesi mümkündür. Bkz. **Eren**, s.1271.

45 Bkz. **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.2; **Linnenbrink**, s.264.

süreye ya da koşula bağlanması da mümkündür. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa bu durumda ifa zamanına ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan BGB §271 gereğince hakkın derhal ve kesin olarak kazanıldığı kabul edilir[46].

Hakkın derhal ve kesin olarak kazanılması olguları birbirini tamamlar niteliktedir. Bununla birlikte; üçüncü kişinin sözleşme konusu hakkı kazanıp kazanmadığı, hakkın kazanılmasının belirli bir koşula veya süreye bağlanıp bağlanmadığı ya da yararlananın rızası olmaksızın tarafların bu hakkı değiştirme ve ortadan kaldırma yetkisine sahip olup olmadığı hususları somut olayın koşulları, özellikle de sözleşmenin amacı dikkate alınarak yapılacak yoruma bağlıdır. Bu amaçla BGB §328/2'de düzenlenen yorum kuralı sadece kullanılan ifadeler ile bağlı kalınmayarak sözleşmenin amacı ve içeriği yanında somut olayın koşullarının da bir bütün olarak değerlendirilerek taraf iradelerinin ortaya çıkarılmasını öngörür[47]. Oysaki üçüncü kişi yararına sözleşmenin kapsam ve içeriği tamamen taraflarının iradelerine göre biçimlendiğinden sözleşmenin yorumunda da asli belirleyici ölçüt taraf iradeleridir. Bu nedenle §328/2 genel yorum kuralının bir tekrarı olarak görülür[48]. Kanun koyucu, söz konusu düzenleme ile üçüncü kişi yararına sözleşme modeline özgü bir yorum kuralı getirmemiş zaten genel hüküm niteliğindeki BGB §133 ve §157'de öngörülen yorum kuralını tekrar etmiştir.

Somut olayın koşulları, özellikle de sözleşmenin amacından aksi anlaşılmadığı sürece aslolan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığıdır. Böyle bir durumda, yararlanan, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kendisine tanınan hakkı derhal ve kesin olarak kazanır. Başka bir söyleyişle, sözleşme konusu hak derhal ve kesin olarak yararlananın malvarlığına dahil olur. Malvarlığı içinde yer alan bir alacak hakkından tek taraflı olarak vazgeçilemeyeceği için ret hakkının da pozitif bir düzenlemeye dayandırılması gerekir. BGB §333'ün hukuki temelini de bu düşünce oluşturur. Yararlanan, tarafı olmadığı bir sözleşmeden kendi lehine doğan alacak hakkını kabul etmeye zorlanamayacağından, ret hakkına kanunda yer verilerek böyle bir zorlamanın gerçekleşmesine engel olunmuştur[49].

2. İsviçre Hukuku Bakımından

Alman hukukunun aksine İsviçre hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından ret hakkı pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Aslında bu durum

---

46 **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.69; MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.34; **Weiler**, Ka.34, Rn.13. Ayrıca karş. **Brox/Walker**, Ka.10, Rn.10.

47 MüKoBGB/**Gottwald**, §328 Rn.33; BGH VIII ZR 312/75 (NJW 1977, s.847); BGH V ZR 73/73 (NJW 1975, s.344).

48 **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.84; MüKoBGB/**Gottwald**, §328 Rn.33.

49 **Looschelders/Makowsky**, s.725; **Erman/Westermann**, §333, Rn.1; **Medicus/Lorenz**, Rn.61; **Weiler**, Ka.34, Rn.1; **Linnenbrink**, s.264; **Joussen**, Rn.1181.

OR Art.112'ye yüklenen işlevin bir sonucudur. Kanun koyucu OR Art.112 ile öncelikli olarak üçüncü kişi yararına sözleşme modeline kanunda yer vermeyi amaçlamış, bunun yanında üçüncü kişi yararına sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını ayrıntılı olarak düzenlememiştir. Bu nedenle hüküm ve sonuçlara ilişkin değerlendirmede kanunun ilgili hükümlerine başvurulması gerekir[50].

Kanunda ret hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmasa dahi borçlar hukukuna egemen olan irade özerkliği ilkesi gereğince hiç kimseye hukuki işlem yoluyla iradesi dışında hak kazandırılamayacağı için ret hakkının temelleri de bu ilkeye bağlanır[51]. Bunun yanında, soyut anlamda aynı ilkeyi hareket noktası olarak benimsemekle birlikte somut anlamda bağışlama sözleşmesini esas alarak yararlananın kendisine kazandırılan hakkı reddedebileceği de savunulmaktadır[52]. Bu doğrultuda, bağışlama sözleşmesinin kurulması bakımından dahi bağışlananın kabul beyanı gerekli olduğuna göre yararlananın iradesi dışında zorlama yoluyla kendisine hak kazandırılması mümkün değildir. Yararlanan, üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kazanmış olduğu hakkı reddetme olanağına sahip olmalıdır. Farklı bir görüş ise soyut anlamda yine aynı hareket noktasından yola çıkarak ret hakkına ilişkin bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmektedir[53]. Buna göre, ortaya çıkan kanun boşluğunun doldurulması yararlanana geçmişe etkili sonuçlar doğurmak üzere ret hakkı tanınmasıyla mümkündür.

3. Türk Hukuku Bakımından

İsviçre hukukuyla aynı doğrultuda olmak üzere Türk hukukunda da yararlananın edimi ret hakkı kanunda düzenlenmemiştir. İsviçre kanun koyucusunun OR Art.112'ye yüklediği işlev gibi Türk kanun koyucusu da TBK m.129 ile üçüncü kişi yararına sözleşme modelinin genel olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulmasını amaçladığından ret hakkına ilişkin özel bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Bu durum ret hakkının tanınmasına engel oluşturmamakla birlikte hakkın dayanağının ayrıca belirlenmesini gerektirir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlananın alacak hakkı doğrudan doğruya onun malvarlığında doğar[54]. Yararlanan, bu yöndeki iradesinden bağımsız olarak vaadettiren ve vaadedenin anlaşmasıyla birlikte vaadedene karşı ileri sürebileceği

---

50 BK-**Weber**, Art.112, N.9, 16, 30; BSK OR I-**Gonzenbach**, Art.112, N.1. Ayrıca bkz. **Krauskopf**, N.284; **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.31.

51 **Schwenzer**, OR AT, N.86.19; **Loser-Krogh**, s.117; BK-**Weber**, Art.112, N.116; **Huguenin**, N.1140; **Hochstrasser**, N.622; **Krauskopf**, N.901; **Furrer/Müller-Chen**, Ka.22, N.34.

52 **Huguenin**, N.1140; **Schwenzer**, OR AT, N.86.19.

53 BK-**Weber**, Art.112, N.116; **Krauskopf**, N.1159, 1160; **Hochstrasser**, N.622.

54 **Eren**, s.1151; **Akyol**, s.138, 177; Yarg. HGK 29.11.2006 E.2006/3-754, K.2006/757 (**Yavuz**, s.809).

alacak hakkını derhal kazanır[55]. Buna karşılık, vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmede hakkın kazanılmasının süre ya da koşula bağlanması da mümkündür. Tereddüt halinde ise kazanımın derhal gerçekleştiği kabul edilir[56].

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme, irade özerkliğinin bir uzantısı olan "hiç kimseye hukuki işlem yoluyla iradesi dışında hak kazandırılamaz" kuralının bir istisnası niteliğindedir. Ancak böyle bir istisna getirilirken irade özerkliği ilkesinin tamamen dışlanması mümkün değildir. Aslında, yararlanan, vasiyet alacaklısı ile benzer bir hukuki durumda yer alır[57]. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararlanan, kendi katılımı olmaksızın vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alacak hakkına sahip olurken; vasiyet alacaklısı da mirasbırakanın tek taraflı iradesi doğrultusunda ölüme bağlı bir alacak hakkı elde eder. Söz konusu benzerliğe rağmen TMK m.616 kapsamında vasiyet alacaklısı için getirilen ret hakkı, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede yararlanan bakımından dikkate alınmamıştır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kanunda ret hakkının düzenlenmemiş olması bu hakkın tanınmasına engel değildir. Yararlanan, vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmenin tarafı olmadığı halde bu sözleşme ile bir alacak hakkı kazandığına göre irade özerkliğinin bir sonucu olarak kendisine yapılan bu kazandırmayı reddetme hakkına da sahip olmalıdır[58]. Böylece bir taraftan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin irade özerkliği bakımından istisnai niteliği korunurken, diğer taraftan da ret hakkının tanınması yoluyla istisnai nitelik yumuşatılır. Başka bir söyleyişle, temel ilke ve onun istisnası arasında denge kurulur. Belirtmek gerekir ki, malvarlığına dahil olmuş bir alacak hakkının borçlunun katılımı olmaksızın alacaklı tarafından reddedilmesi alacak hakkının yapısıyla bağdaşmaz. Kural olarak, alacak hakkının ortadan kaldırılması alacaklı ve borçlu arasında yapılacak ibra sözleşmesiyle ya da TMK m.616'da olduğu gibi kanun tarafından tanınmış ret hakkının kullanılmasıyla mümkün olabilir.

BGB §333'de yararlananın ret hakkına ilişkin özel düzenleme getiren Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi konuya ilişkin herhangi bir düzenleme içermeyen, başka bir söyleyişle kural eksikliği bulunan, hukuk sistem-

---

55 TBK m.129/2 c.2 gereğince; yararlanan, alacak hakkını derhal kazanmakla birlikte, söz konusu hakkını kullanacağını vaadedene bildirinceye kadar vaadettirenin alacak üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür. Yararlananın alacak üzerinde tek başına tasarruf yetkisi kazanması bu bildirime bağlı olduğundan bildirim yapılmadıkça vaadettirenin alacak üzerindeki tasarruf yetkisi varlığını korur. Ancak bu durum, alacak hakkının yararlanan tarafından kazanılması sonucunu ortadan kaldırmaz. Bkz. OR-Komm/**Lips-Rauber**, Art.112, N.19; BSK OR I- **Gonzenbach**, Art.112, N.15; **Huguenin**, N.1139; CHK-**Reets/Graber**, Art.112, N.31; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3899; **Akyol**, s.149; **Oğuzman/Öz**, s.444; **Eren**, s.1151. Yararlanana ait alacak hakkı üzerinde vaadettirenin sahip olduğu, zaman bakımından sınırlandırılmış tasarruf yetkisi ise kanundan doğar.

56 MüKoBGB/**Gottwald**, §328, Rn.34; **Staudinger/Klumpp**, §328, Rn.69; **Weiler**, Ka.34, Rn.13.

57 **Krauskopf**, N.1162.

58 **Akyol**, s.192.

lerinde kanun boşluğu söz konusudur[59]. Bu durumda kıyas yoluyla yararlanılabilecek düzenleme ise TMK m.616'dır (ZGB Art.577)[60]. Bunun yanında TMK m.616'nın da dayanağını oluşturan irade özerkliği ilkesi dikkate alındığında boşluğun doğrudan doğruya bu ilke kapsamında doldurulması da mümkündür[61]. Böylece, bir taraftan temelini genel bir hukuk ilkesinde bulan, diğer taraftan da bu ilke esas alınarak getirilmiş pozitif bir düzenleme çerçevesinde yürütülen kıyas faaliyetiyle alacak hakkının yapısına uygun olmayan fakat üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun yapısını tamamlayan istisnai bir kural ile kanundaki açık (gerçek) boşluk doldurulur.

B. Kullanılması

Yenilik doğuran hak niteliğine sahip ret hakkı vaadedene karşı yöneltilecek tek taraflı irade beyanıyla kullanılır[62]. TBK m.129/2 c.2'de yer alan "kabul beyanının" vaadedene yöneltileceğine ilişkin kuralın aksine ret hakkına kanunda yer verilmemiş olmasının doğal sonucu olarak "ret beyanının" da kime karşı yöneltileceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte ret beyanının vaadedene yöneltileceğini belirten BGB §333'den hareket edilerek Türk ve İsviçre hukuklarında da aynı sonuca ulaşılır. Yararlananın sahip olduğu alacak hakkının yükümlüsü vaadeden olduğuna göre ret beyanının ona karşı yöneltilmesi hukuk mantığının gereğidir[63].

İrade beyanının kural olarak vaadedene yönetilmesi zorunlu olup, vaadettirene yöneltilecek beyan arzu edilen hukuki sonucun elde edilmesi için yeterli değildir[64]. Bununla birlikte muhatap durumundaki vaadedenin bu hususstaki iradesi önem taşımaz. Yenilik doğuran hakların tipik özelliği gereğince vaadedenin durumu sadece böyle bir beyana muhatap olmakla sınırlıdır[65]. Vaadeden, yararlanan tarafından meydana getirilen hukuki etkiye tabi olduğundan söz konusu etkiye karşı koyması mümkün değildir. Başka bir söyleyişle, ret beyanının hüküm ve sonuç doğurması

---

59 BK-**Weber**, Art.112, N.116; **Hochstrasser**, N.622; **Krauskopf**, N.1160. "Boşluk" kavramı hakkında bkz. **Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel: Berner Kommentar, Bd.I-1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art.1, N.344 vd.; **Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s.250 vd..

60 **Krauskopf**, N.1163.

61 **Akyol**, s.193 vd..

62 MüKoBGB/**Gottwald**, §333, Rn.1; **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.5; **Jauernig/Stadler**, §333, Rn.1; **Erman/Westermann**, §333, Rn.1; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.2; PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.1, **Krauskopf**, N.1169, 1181; BK-**Weber**, Art.112, N.116, 117; **Akyol**, s.195; BGH I ZR 111–96 (NJW 1999, s.1110).

63 Vaadedenin kim olduğunun ya da nerede bulunduğunun belirlenememesi gibi haklı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda istisnai olarak ret hakkının vaadettirene yöneltilecek bir irade beyanıyla kullanılabileceği kabul edilebilir. Bkz. **Krauskopf**, N.1182. Benzer yönde karş. BK-**Weber**, Art.112, N.116.

64 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.5.

65 **Berger**, N.104. Yenilik doğuran haklar bakımından bkz. **Buz**, Vedat: Medeni HukuktaYenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.207; **Antalya/Topuz**, s.155.

için vaadedenin katılımı aranmaz. Ret hakkının kullanılması için vaadedene yöneltilecek beyan yeterli olmakla birlikte durumun vaadettirene de bildirilmesi ileride doğabilecek hukuki sorunların önüne geçilmesi bakımından faydalıdır. Ancak yenilik doğurucu etkiye sahip ret beyanının hüküm ve sonuç doğurması için vaadeden gibi vaadettirenin de bu yöndeki iradesine ihtiyaç duyulmaz. Vaadettiren aksi yönde iradesini açıklamış olsa dahi sonuç değişmez. Önemli olan yararlanan tarafından ret iradesini ortaya koyan beyanın vaadedene yöneltilmesidir. Yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin genel kurallar ret hakkı bakımından da geçerli olduğundan, bu beyan vaadedene varmakla birlikte kendisine bağlanan etkiyi doğurur. Şekil şartı aranmadığı için ret iradesi yazılı ya da sözlü olarak açıklanabilir[66]. Ayrıca irade beyanının örtülü olarak gerçekleşmesi de mümkündür.

Ret hakkı, sözleşme konusu hakkın yararlanan tarafından kazanılmasıyla birlikte doğar[67]. Henüz hakkın kazanılmasından önce ret hakkından söz edilemeyeceği için buna ilişkin iradenin açıklanması da arzu edilen sonucun doğmasını sağlamaz. Böyle bir durumda, yararlanan, ret iradesini açıklamasına rağmen yine de sözleşme konusu hakkı kazanır.

Ret hakkının kullanılması üzerine ortaya çıkan yeni hukuki durum kesindir. Yararlanan ret hakkını kullandıktan sonra kural olarak bunu geri alamaz[68]. Yenilik doğuran hakların kullanılmakla tükeneceği ve geri alınamayacağı kuralı genel olarak muhatabın menfaatlerinin korunmasını amaçladığından, muhatabın hukuk alanında ortaya çıkabilecek belirsizlik durumuna izin verilmez. Buna karşılık, muhatap kendisine sağlanan korumadan yararlanmak istemediğinde geri almaya rıza gösterebilir. Bu nedenle, muhatabın rıza gösterdiği durumlarda ret hakkının kullanıldıktan sonra geri alınması ve önceki hukuki durumun yeniden oluşturulması mümkündür[69]. Ayrıca, uygulamada karşılaşılma olasılığı düşük olmakla birlikte vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmede yararlanan için geri alınabilir bir ret hakkı da tanınabilir[70].

Ret hakkının süre veya koşula bağlanarak kullanılmasına izin verilmez ancak

---

66 MüKoBGB/**Gottwald**, §333 Rn.2; **Staudinger/Jagmann**, §333 Rn.5; **Krauskopf**, N.1183; **Hochstrasser**, N.622.

67 **Jauernig/Stadler**, §333 Rn.1; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.2; **Akyol**, s.193. Sözleşme konusu hakkın kazanılmasından önceki dönemde yararlananın ret hakkına sahip olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte bu dönemde ret hakkının kullanılamayacağı görüşü için ayrıca bkz. GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §333, Rn.4. Gelecekteki haklar üzerindeki tasarrufların mümkün olduğu görüşünden hareket ederek önceki dönemde gerçekleşen ret beyanının geçerli olduğu yönünde karş. **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.8; MüKoBGB/**Gottwald**, §333 Rn.3; **Erman/Westermann**, §333, Rn.2; **Krauskopf**, N.1185. Görüş belirtmeksizin konunun tartışmaya açık olduğu yönünde PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.2.

68 BK-**Weber**, Art.112, N.117; **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.13; GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §333, Rn.3; **Berger**, N.104; **Schwenzer**, OR AT, N.3.09; **Krauskopf**, N.1169; **Akyol**, s.195; **Buz**, s.256; **Antalya/Topuz**, s.157; BGE 109 II 319, 326.

69 Bkz. **Berger**, N.104; **Buz**, s.443 vd.; **Antalya**, s.41.

70 **Krauskopf**, N.1171.

vaadedenin menfaatleri dikkate alındığında onun bakımından bir belirsizliğin oluşmadığı durumlarda ret hakkı süre veya koşula bağlanarak kullanılabilir[71]. Vaadeden ret hakkının bu şekilde kullanılmasına rıza göstermiş ise ayrıca onun bakımından belirsizliğin oluşup oluşmadığı yönünde bir değerlendirme yapmaya gerek görülmez.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulmasından farklı olarak ret hakkının kullanılması bakımından yararlananın fiil ehliyeti önem taşır. Alacak hakkının kazanılmasında yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymayan sınırlı ehliyetsiz, ret hakkını kullanmak istediğinde arzu edilen hukuki sonucun doğumu yasal temsilcinin rıza göstermesine bağlıdır[72].

Vaadeden, vaadettiren ile arasındaki sözleşme gereğince yararlanana karşı ifa yükümlülüğü altında bulunduğundan, kendisinin hukuki durumunun açıklığa kavuşturulabilmesi için ret hakkının kullanılıp kullanılmayacağının belli olması gerekir. Yenilik doğurucu etki gereğince hakkın kullanılmasına bağlı sonuçlar doğrudan doğruya ortaya çıkacağı için muhatap durumundaki vaadeden bakımından ret hakkının doğumundan itibaren başlayan belirsizlik durumunun ne kadar devam edeceği sorusuna yanıt bulunmalıdır. Bu sorunun yanıtlanmasında vaadedenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu tartışmasızdır[73].

Yenilik doğuran hak niteliğine sahip ret hakkının kural olarak hak düşürücü süreye tabi olması gerekir. Ancak yenilik doğuran haklar arasında da kanunda düzenlenmesine rağmen süreye bağlanmamış olanlara rastlanılması mümkündür[74]. Nitekim BGB §333'de ret hakkı düzenlenirken zaman bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Konuya ilişkin olarak Alman hukukunda savunulan görüşlerden[75] hareketle ret hakkına ilişkin bir düzenleme içermeyen Türk ve İsviçre hukuklarında da, yararlananın, kendisine kazandırılan hakkı kabul ettiğini açık ya da örtülü olarak beyan edinceye kadar ret hakkını kullanabileceği sonucuna ulaşılabilir[76]. Yararlanan, kendisine kazandırılan hakkı açık veya örtülü olarak kabul etmekle birlikte ret hakkı

---

71 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.6; **Erman/Westermann**, §333, Rn.1; **Buz**, s.258 vd.. Benzer yönde karş. **Berger**, N.104; **Krauskopf**, N.1174.

72 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.5; MüKoBGB/**Gottwald**, §333 Rn.2. Ayrıca bkz. Hk-BGB/**Schulze**, §328, Rn.7.

73 Bkz. **Buz**, s.404.

74 TBK m.143'de, takasın ancak borçlunun bu yöndeki iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşeceği düzenlenmiş olmakla birlikte bozucu yenilik doğuran niteliğe sahip takas beyanının karşı tarafa yöneltilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bkz. **Buz**, s.403, 408. OR Art.124 bakımından takas beyanının kural olarak her zaman yapılabileceği yönünde karş. KuKo OR-**Kessler**, Christina: Vorbem. Art.120-126, N.6, Art.124, N.4; **Zellweger-Gutknecht**, Corinne: Berner Kommentar, Bd.VI-1-7-2, Bern 2012, Art.124, N.28.

75 MüKoBGB/**Gottwald**, §333, Rn.4; GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §333, Rn.5; **Staudinger/ Jagmann**, §333, Rn.10; **Erman/Westermann**, §333, Rn.2; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.2; PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.2; **Linnenbrink**, s.264.

76 **Krauskopf**, N.1186.

da ortadan kalkar. Yararlananın, kendisine yapılan kazandırmayı öğrenmesine rağmen belirli bir süre herhangi bir beyanda bulunmayarak sessiz kalması kural olarak ret hakkının kullanılmayacağı yönünde yorumlanamaz. Buna karşılık, belirli bir sürenin geçmesi aynı zamanda hakkın kullanılmayacağı yönünde muhatap bakımından haklı bir güven oluşturmaya elverişli ise böyle bir durumda ret hakkının sona erdiği sonucuna ulaşılması mümkündür. Somut olayın koşulları çerçevesinde özellikle de vaadettiren ile yararlanan arasındaki değer ilişkininin kapsam ve içeriği dikkate alındığında, hareketsiz kalma, yapılan kazandırmayı kabul olarak değerlendirilebilir.

Kanunda ret hakkının kullanılması bakımından süre sınırı öngörülmemiş olması, böyle bir sınırlamanın sözleşme yoluyla getirilmesine engel değildir[77]. Vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmede, ret hakkının, yapılan kazandırmanın öğrenilmesinden itibaren başlayacak uygun bir süre ile sınırlandırılması kurumun bünyesine aykırı düşmediği gibi belirsizlik durumunun giderilmesi bakımından da önem taşır.

Ret hakkının kullanılıp kullanılmayacağının henüz belirli olmadığı bir dönemde yararlananın ölmesi durumunda ise tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturan hakkın kendisi miras yoluyla intikale elverişli olduğunda ret hakkının mirasçılar tarafından kullanılması mümkündür[78]. Buna göre, sözleşmenin konusunu kural olarak alacak hakkı oluşturduğundan, ret hakkının mirasçılar tarafından kullanılmasına olumlu yaklaşılır.

C. Sonuçları

Ret hakkına pozitif olarak yer vermeyen Türk ve İsviçre hukuklarında ret hakkının kullanılmasına bağlanan sonuçlar bakımından da BGB §333'den yararlanılır. Bu doğrultuda, ret hakkının kullanılması ile birlikte tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturan hak kazanılmamış kabul edilir. Başka bir söyleyişle, vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğan alacak hakkı, ret hakkının kullanılması üzerine geçmişe etkili olarak yararlananın mal varlığından kaldırılır. Böylece, ret hakkı, asli etkisini vaadeden ve yararlanan arasındaki edim ilişkisinin konusu üzerinde gösterir.

Yararlananın ret hakkını kullanması vaadettiren ve vaadeden arasındaki sözleşme ilişkisi bakımından bir ihlal oluşturmaz[79]. Bununla birlikte ret hakkının taraflar arasındaki ilişkiye etkisinin belirlenmesi sözleşmenin yorumuna bağlıdır[80]. Bu

---

77 MüKoBGB/**Gottwald**, §333, Rn.4. Karş. **Krauskopf**, N.1187; **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.11.

78 **Staudinger/Jagmann**, §333, Rn.12.

79 **Krauskopf**, N.1196.

80 GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §333, Rn.6; PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.3; **Erman/ Westermann**, §333, Rn.3; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.3; **Staudinger/Jagmann**, §333,

doğrultuda iki olasılık kapsamında konuya yaklaşılabilir[81]. Söz konusu olasılıklardan birincisi vaadettiren ve vaadeden arasındaki borç ilişkisinin ret hakkının kullanılmasından etkilenmeyerek devam etmesidir. Borç ilişkisi devam ettiğine göre yanıtlanması gereken soru, bu ilişki gereğince vaadeden tarafından üstlenilmiş olan borcun kime ifa edileceği ya da başka bir söyleyişle kimin ifayı talep edebileceğidir. Bunun için vaadettirenin, reddedilen alacak hakkının kendisine ifa edilmesini talep edip edemeyeceği veya ret hakkını kullanan üçüncü kişi yerine başkasının geçmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerekir. Genel olarak; ret hakkının kullanılması üzerine münhasır hak sahibi sıfatıyla vaadettirenin ifanın kendisine yapılmasını talep etmesi veya yararlanan sıfatını vermek üzere yeni birini belirlemesi mümkündür.

Buna karşılık, edimin sadece yararlanana ifasında vaadedenin menfaati bulunmaktaysa, vaadettiren edimin kendisine ifasını talep edemeyeceği gibi yararlananın yerini alacak bir başkası da belirlenemeyeceğinden ifanın imkansızlaştığı sonucuna ulaşılabilir[82]. Böylece vaadeden ifa yükümlülüğünden kurtulmakla birlikte karşı edim kararlaştırılmışsa edimi isteme hakkını da kaybeder. Burada görüldüğü üzere ret hakkının kullanılması borç ilişkisi üzerinde etkili olarak ilişkiye son vermektedir. İkinci olasılık kapsamında değerlendirilebilecek böyle durumlara verilebilecek diğer bir örnek ise ret hakkının kullanılmasının borç ilişkisi bakımından bozucu şart olarak kararlaştırılmasıdır.

Ret hakkını kullanan yararlanan, kendisi bakımından alacaklı temerrüdünün oluşmasını engeller[83]. Ret hakkının kullanılması, kural olarak, yararlananın sorumluluğunu da gerektirmez. Yukarıda açıklandığı üzere yararlanana tanınan ret hakkının amacı iradesi dışında kendisine yapılan kazandırmaya karşı yararlananı korumaktır. Yararlanan, böyle bir kazandırmanın mal varlığında yer almasını istemediğinde ret hakkını kullanmakta serbesttir. Bunun yanında, yararlananın, vaadettirene karşı ret hakkını kullanmayacağı yönünde bir taahhütte bulunması da mümkündür. Böyle bir taahhüde rağmen ret hakkı kullanılmış ise yararlanan, vaadettirenin bu nedenle uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü altında bulunur[84].

Rn.14.

81 Açıklamalar için bkz. **Krauskopf**, N.1197 vd..

82 **Harke**, Rn.429; **Erman/Westermann**, §333, Rn.3; GF.BGB-**Prasse/Steinbach-Martens**, §333, Rn.6; PWW-**Stürner/Medicus**, §333, Rn.3; **Jauernig/Stadler**, §333 Rn.1; **Palant/Grüneberg**, §333, Rn.3.

83 **Koller**, Ka.8, Abschn.1, §73, N.66; **Krauskopf**, N.1365.

84 **Krauskopf**, N.1212.

SONUÇ

Borçlar hukukuna egemen olan nisbilik ilkesi gereğince hiç kimseye tarafı olmadığı bir sözleşme kapsamında hak kazandırılamaz ya da borç yüklenemez. Tam üçüncü kişi yararına sözleşme ise nisbilik ilkesinin en belirgin istisnalarından birini oluşturur. Vaadettiren ile vaadeden arasında kurulan sözleşmeye yabancı durumundaki yararlanan, tarafı olmadığı bu sözleşme kapsamında vaadedene karşı doğrudan ileri sürebileceği bir alacak hakkını aslen kazanır.

Üçüncü kişinin malvarlığında kendi iradesinden bağımsız olarak gerçekleşen bu kazandırma ret hakkının tanınmasına ilişkin görüşlerin de dayanağını oluşturur. Ret hakkı, hiç kimseye hukuki işlem yoluyla iradesi dışında hak kazandırılamaz kuralı ile tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu arasında bir köprü işlevi görür. Böylece, bir taraftan sözleşmenin nisbiliği ilkesine bir istisna oluşturulurken, diğer taraftan da oluşturulan bu istisnai sözleşme modelinin hukukun temel ilkelerinden kopması engellenir.

Buna karşılık, alacak hakkının yapısı dikkate alındığında tek taraflı irade beyanıyla kullanılan ret hakkının hukuki temeli tartışmaya açıktır. Alman hukukunda (BGB §333) olduğu gibi ret hakkının açıkça düzenlendiği sistemlerde böyle bir tartışmanın yeri olmamakla birlikte konunun önemi Türk ve İsviçre hukuklarında kendisini gösterir. TBK m.129 (OR Art.112) üçüncü kişi yararına sözleşme modelinin pozitif düzenlemeye aktarıldığı, çerçevesi genel olarak çizilmiş bir hüküm niteliği taşır. Kanun koyucu, söz konusu düzenlemede ret hakkına yer vermeyi ihmal ettiğinden bu konuda bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararlanan, vasiyet alacaklısı ile benzer bir hukuki durumda yer aldığından söz konusu kanun boşluğunun kıyas yoluyla doldurulmasında yararlanılabilecek düzenleme TMK m.616'dır. Diğer taraftan, TMK m.616'nın da temelini oluşturan irade özerkliği ilkesi dikkate alınarak kanun boşluğunun bu ilke ile doldurulması da mümkündür.

Vaadedene yöneltilecek yenilik doğuran irade beyanıyla kullanılan ret hakkı süreye bağlı değildir. Bununla birlikte, yararlanan, kendisine yapılan kazandırmayı açık ya da örtülü olarak kabul etmekle birlikte ret hakkı da ortadan kalkar.

Ret hakkının kullanılması, iradesi dışında kendisine yapılan kazandırma karşısında yararlananın başvurabileceği bir hukuki yoldur. Böylece, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturan alacak hakkı kazanılmamış kabul edilir. Ortaya çıkan sonuç geçmişe etkili olup, ret hakkının taraflar arasındaki ilişkiye etkisi sözleşmenin yorumuna bağlıdır.

KISALTMALAR

Abschn.	: Abschnitt
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BJM	: Basler juristische Mitteilungen
Bkz.	: Bakınız
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BWNotZ	: Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
C.	: Cilt
c.	: cümle
Dn.	: Dipnot
DNotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
E.	: Esas
Einf.	: Einführung
Fn.	: Fussnote
HD	: Hukuk Dairesi
HGer	: Handelsgericht
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JURA	: Juristische Ausbildung
K.	: Karar
Ka.	: Kapitel
Karş.	: Karşılaştırınız
KG	: Kammergericht
KTK	: Karayolları Trafik Kanunu
LG	: Landgericht
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MittRhNotK	: Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
N.	: Note/Randnote
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs Report
NZM	: Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OGer	: Obergericht
OLG	: Oberlandesgericht
OLGZ	: Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
Rn.	: Randnummer
r+s	: recht und schaden
s.	: sayfa
SJ	: La Semaine judiciaire
T.	: Teil
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht
Vorbem.	: Vorbemerkung
Yarg.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

KAYNAKÇA

Akyol Şener: Tam Üçüncü Şahıs Lehine Sözleşme, İstanbul 2008.

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2015.

Antalya, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk, İstanbul 2015.

Bärtschi, Harald: Verabsolutierte Relativität-Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009.

Berger, Berhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.

Brox, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, München 2009.

Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

Büscher, Andreas: Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Zürich 2015.

Emmenegger, Susan/**Tschentscher**, Axel: Berner Kommentar, Bd.I-1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

Erman, Walter: BGB Kommentar, Bd.I, Köln 2014 (Erman/……).

Fikentscher, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: Schuldrecht, Berlin 2006.

Furrer, Andreas, **Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2008.

Furrer, Andreas/**Schnyder**, Anton K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Zürich 2012 (CHK-……).

Gauch, Peter/**Aepli**, Viktor/**Stöckli**, Hubert: Präjudizienbuch OR, Zürich 2012 (Prä-OR/……).

Gauch, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd.II, Zürich 2014 (Gauch/Schluep/Emmenegger).

Gottwald, Peter: Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, §§ 241-432, München 2015 (MüKoBGB/……).

Harke, Jan Dirk: Allgemeines Schuldrecht, Berlin-Heidelberg 2010.

Hochstrasser, Michael: Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Zürich 2006.

Honsell, Heinrich: Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014 (KuKo OR-……).

Honsell, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar-Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel 2007 (BSK OR I-……).

Hornberger, Thomas: "Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter-Teil I", JA 2015/1, s.7 vd. (T.I).

Hornberger, Thomas: "Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter-Teil II", JA 2015/2, s.93 vd. (T.II).

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014.

Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2014 (Jauernig/.....).

Joussen, Jacob: Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, Stuttgart 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009.

Kramer, Ernst A./**Probst**, Thomas: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2013.

Krauskopf, Patrick: Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000.

Kren Kostkiewicz, Jolanta/**Nobel**, Peter/ **Schwander**, Ivo/**Wolf**, Stephan: OR Kommentar, Zürich 2009 (OR-Komm/……).

Linnenbrink, Dominik: "Der Vertrag zugunsten Dritter in der notariellen Praxis", MittRhNotK 1992, s.261 vd..

Looschelders, Dirk/**Makowsky**, Mark: "Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter", JA 2012, s.721 vd..

Loser-Krogh, Peter: "Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 7.8.2000, i.S. Banque de Dépôts et de Gestion c. Henri et Eric Bonnet, BGE 126 III 375 ff., Berufung", AJP 2001, s.115 vd..

Medicus, Dieter/**Lorenz**, Stephan: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München 2008.

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2014.

Palant, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2015 (Palant/……).

Petersen, Jens: "Der Dritte im Allgemeinen Schuldrecht", JURA 2014, s.580 vd..

Prütting, Hanns/**Wegen**, Gerhard/**Weinreich**, Gerd: BGB Kommentar, Köln 2014 (PWW/.....).

Schmid, Jörg/**Zbinden**, Oliver: "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013", ZBJV 151/2015, s.32 vd..

Schulze, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2014 (Hk-BGB/……).

Schulze, Reiner/**Grziwotz**, Herbert/**Lauda**, Rudolf: BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch, Baden-Baden 2014 (GF.BGB-……).

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2012.

Skripsky, Martin**/Weber**, Rolf H.: "Verfügungen zugunsten Dritter", ZBJV 2003, s.249 vd..

Stacher, Marco: "Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen 2011 und 2012", AJP 2013, s.102 vd..

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§328-345, Berlin 2015 (Staudinger/……).

Weber, Rolf H.: Berner Kommentar, Bd.VI-1-6, Bern 2002.

Weiler, Frank: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2014.

Yavuz, Nihat: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2015.

Zellweger-Gutknecht, Corinne: Berner Kommentar, Bd.VI-1-7-2, Bern 2012.

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE YÖNETİCİ VE MÜDÜRLERİN SORUMLULUĞU SİGORTASI (D&O SİGORTASI) VE TARAFLARI

(Directors and Officers Liability Insurance and Related Parties)

Av. Melih Can KORKMAZ*

ÖZET

21. yüzyıla damgasını vuran şirket türlerinin sermaye şirketleri olduğu hususunda kuşkusuz şüphe yoktur. Sermaye şirketleri vasıtasıyla büyük yatırımlara imza atılmış, dev projelerin gerçekleştirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bununla birlikte bu şirketlerin yöneticileri ve müdürleri büyük sermayeleri kontrol etmeye başlamıştır. Yönetici ve müdürler bu kontrol sürecinde bazen ihmallerle bazen de kasıtlı olarak şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarının zarara uğramalarına neden olmuşlardır.

İşte uğranılmış olan mezkur zararların teminat altına alınabilmesi, yönetici ve müdürlerin görevlerini yerine getirirken rahatlatılmalarının sağlanabilmesi için bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaca cevap veren müessese yönetici ve müdürlerin sorumluluğu sigortasıdır. (D&O Sigortası)

Bu çalışmada yönetici ve müdürlerin sorumluluğu sigortası genel bir çerçevede incelenmiş, mezkur sigortanın çeşitli türleri, bu türlere göre değişen tarafları hem ulusal hem de uluslar arası hukuk çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Sermaye şirketleri, Yöneticiler, Sigorta Sözleşmesi

Abstract

It is never doubt that corporations have a remarkable position on 21st century. The reason of that is big projects and investments are completed via corporations which have a huge amount of capital. Therefore, directors and officers of such companies started to control huge amount of capital. For this reason, such directors and officers gave damage to the corporation itself, shareholders and creditors by intentional or negligent behaviors and transactions.

There was a big necessity to indemnify such damages suffered by corporation itself, shareholders and creditors. Thereby, D&O insurance has been established as a mechanism to cover all these damage risks.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

This study investigated D&O insurance and its different types and parts within the context of national and international law.

Keywords: Corporations, Directors and Officers, Insurance Contracts

I. Genel Olarak D&O Sigortası ve Ortaya Çıkma Nedenleri

21. yüzyılda gelinen noktada dünya ticaretinde en fazla paya sahip olan şirket türü ortakların sorumluluğunun sınırlandırıldığı sermaye şirketleridir. Sermaye şirketleri içerisinde de anonim şirket ve limited şirketlerdir[1].

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan ve pay sahiplerinin sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu oldukları şirkettir (Türk Ticaret Kanunu m. 329).

Anonim şirketler dünya piyasaları ve özellikle büyük hacimli ticari faaliyetler açısından oldukça büyük önemi haizdir. Bunun sebebi, anonim şirketlerin bankacılık, sermaye piyasası ve sigortacılık gibi büyük sermayeli sektörlerde iştigal etmeleridir[2]. Bu anlamda bakıldığında aslında dünya ekonomisine yer veren şirket türünün anonim şirket olduğu görülmektedir. Zira, büyük sermaye gerektiren sektörlerde anonim şirketlere olan ihtiyaç hemen kendini göstermektedir. Bunun en büyük sebebi de, her şeyden evvel sınırlı sorumluluk ilkesi, sonrasında ise sermayenin paylara bölünmesi ve yine payların serbestçe devredilebilmesi özellikleridir. Anonim şirketlerin 21. Yüzyıla damga vurduğunu gösteren aşağıdaki örnek, bu tespitin haklılığını açıkça ortaya koymaktadır: 2012 yılının Ağustos ayında Amerika Birleşik Devletleri'nin teknoloji devi Apple, New York borsasında toplam hisse değerinin 620 milyar Doları geçmesiyle dünyanın piyasa değeri en yüksek şirketi unvanını elde etti ve aynı şekilde 2013 yılında yaşanan düşüşle Apple bu unvanını 400 milyar Dolar değere sahip Exxon Mobil'e bırakmak zorunda kaldı[3].

Sermaye şirketleri içerisinde limited şirketler, bir veya birden çok gerçek ve/veya tüzel kişi tarafından, kanunun yasaklamış olmadığı her türlü ekonomik gaye ve konuda faaliyet göstermek için kurulan ve şirket borçlarından dolayı ortaklığın malvarlığı ile, ortakların ise kural olarak sadece taahhüt ettikleri esas sermaye payları ile sınırlı (şirket esas sözleşmesinde öngörülmesi durumunda ayrıca ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü) ve yalnızca ortaklığa karşı so-

---

1 Türk Ticaret Kanunu'nun 124. maddesinin 2. fıkrasına göre, sermaye şirketleri; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerdir.

2 **BAHTİYAR**, **MEHMET**, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2014, s. 99.

3 **KIRCA, İSMAİL/ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN HAYAL/MANAVGAT, ÇAĞLAR**, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, Temmuz 2013, s. 1.

rumlu olduğu, esas sermayesi belirli ve esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirkettir (Türk Ticaret Kanunu m. 573).

Limited şirketin bankacılık ve sigortacılık yapamayacağı Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesinde ve Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesinde açık bir şekilde belirtilmiştir[4]. Türkiye'de tahmin edilebileceği gibi hacimsel olarak büyük sermaye gerektiren işler bakımından anonim şirketlerin varlığı söz konusu olsa da limited şirketlerin sayısının anonim şirketlere oranla çok daha fazla olduğunu söylemek mümkündür.

Dünyada yaşanan gelişmelerle birlikte elbette sermaye şirketlerinin sayısının artması ve piyasalarda faaliyetlerinin de buna bağlı olarak fazlalaşması, beraberinde birçok sorunu ortaya çıkarmıştır. Bunlardan bir tanesi de yüksek sermayeli sermaye şirketlerini kontrol eden, bunların piyasadaki faaliyetlerine yön veren, kararlar alan ve uygulayan yönetim kurulu üyeleri (anonim şirketlerde) ve müdürlerin (limited şirketlerde) hem şirkete hem de üçüncü kişilere bazen kasten bazen de ihmalleriyle zarar vermeleridir[5]. Yine, anonim ortaklıkların icra organı olan yönetim kurulunun kural olarak çoğunluk tarafından seçilmesi neticesinde[6] genel olarak şirketin menfaatinden çok kendilerini tayin eden çoğunluğun menfaatlerine duyarlı olması da önemli bir problem olarak karşımıza çıkabilir[7].

Özellikle anonim şirketlerin ve diğer sermaye şirketlerinin birleşme ve devralmalar neticesinde oldukça büyük ölçekli hale gelmeleri, çok büyük sermayelere ulaşmaları sonucuyla orantılı olarak başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere, müdürler ve diğer yöneticiler böyle büyük sermayeli şirketleri yönetmeye ve bazı dönemlerde çok büyük rakamlara ulaşan zararlara sebep olmaya başlamışlardır. Büyük sermayeli şirketlerin yöneticileri ya da müdürlerinin vermiş oldukları zararların meblağları da kontrol ettikleri sermayelere bağlı olarak yaptıkları büyük işlemlerle de doğru orantılı olarak artmış, büyük rakamlara ulaşmış; bu durum bazı dönemlerde piyasalarda güvensizliğe neden olmuş ve bunun sonucunda da söz konusu yöneticilerin (özellikle yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin) sorumluluk risklerinin artmasına yol açmıştır[8].

---

4 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 503. maddesinin 2. fıkrasında da limited şirketin sigortacılık yapamayacağı kabul edilmişti. Bu hüküm, Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır.

5 Bkz. **ÖZTUNA SOPACI, BİRGÜL**, Yönetici Sorumluluk Sigortası- *D&O Sigortası*, İstanbul 2015, s. 31.

6 İlk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşme ile atanır (Türk Ticaret Kanunu m. 339, f. 3).

7 **ÜÇIŞIK, GÜZİN/ÇELİK**, **Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara 2013, s. 10.

8 **KERVANKIRAN, EMRULLAH**, Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O- Insurance), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (10. Yıl Özel Sayısı), İstanbul 2008, s. 238; **KANG, CHRİSTİNE**, Directors' and Officers' Insurance: Ordinary Corporate Expense or Valuable Signaling Device?, May 11, 2011, s. 3; *" ... Following the recent loss of confidence in corporate governance resulting from the debacle of corporate giants like Enron, Worldcom, Adelphia, and Anderson, corporate managers are facing greater risk of lawsuits originating*

Bu nedenle zarar, sorumluluk ve bunlara ilişkin davaların artmasıyla doğru orantılı olarak söz konusu zararların tazmini ve bunlara karşı bir koruma yöntemine olan ihtiyaç da aynı şekilde artmıştır. Amerika'da başlayan, 1970 ve 1980'li yıllarda henüz alışılmamış olan ve neredeyse tuhaf olarak algılanan Sermaye Şirketlerinde Yönetim Kurulu Üyeleri ve Müdürlerin Sorumluluğu Sigortası (Directors and Officers Liability Insurance, D&O Sigortası), günümüzde adeta bir gereklilik halini almıştır. Bu sigorta özellikle büyük ölçekli şirketlerce kullanılmaya başlanmış ve ayrıca küçük ve orta ölçekli firmalar bakımından da göz önünde bulundurulmaya başlanmıştır[9].

II. D&O Sigortası ve Farklı Poliçe Türleri

D&O sigortası, mali sorumluluk sigortasının özel bir şekli olarak, özel hukuka tabi tüzel kişilerin yöneticilerinin, yönetim faaliyetlerini sürdürürken, kanun ve sözleşme hükümlerini ihlal etmeleri sonucu sorumluluklarının gündeme geldiği durumlarda, tazminat taleplerini karşılayarak, onlara mali açıdan koruma sağlayan bir sigorta çeşididir[10].

Bu tanımdan yola çıkarak D&O sigortasının bir sorumluluk sigortası olması nedeniyle zarar sigortaları başlığına dahil olduğunu söylemek mümkün olacaktır[11]. Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde de söz konusu sigortanın isteğe bağlı zarar sigortası olduğu hususu belirtilmektedir[12].

---

from angry shareholders who feel they were kept in the dark regarding the company's operations", **BOYER**, **M. MARTIN**, Three Insights From The Canadian D&O Insurance Market- *Inertia, Information and Insiders*, 14 Conn. Ins. L.J. 75 2007-2008, s. 76; **KUBİLAY, HURİYE**- Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası- Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003, s 545-546

9 **BORDON, DAVID E./KERNS, CHRISTOPHER/DAVISSON, MICHAEL/VAN VECHTEN, ELLEN B.**, Directors and Officers Liability Insurance, Deskbook, American Bar Association, 1998, Foreword, iii; **GISCHE, DAVID M. /WERNER, MEREDITH E.**, Directors and Officers Liability Insurance An Overview, p. 1; **ACKERMAN, JOSHUA PHARES**, A Common Law Approach to D&O Insurance "In Fact" Exclusion Disputes, 79 U. Chi. L. Rev.1429 2012, p. 1429; **IANCU, LAVINIA OLIVIA/COSTESCU, IRINA**, "D&O" Insurance In French Law, 2011, s. 1091, file:///C:/Users/Melih%20Can/Downloads/CEEOL%20Article.PDF (Erişim Tarihi: 29.11.2014).

10 **KERVANKIRAN**, s. 251; **TENEV, STOYAN/ZHANG, CHUNLIN** with **BREFORT, LOUP**, Corporate Governance and Enterprise Reform in China-Building The Institutions of Modern Markets, World Bank and the International Finance Corporation WASHINGTON D.C. 2002, s. 139.; **KUBİLAY, HURİYE**, s .548-549

11 **KENDER, RAYEGAN**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014, s. 208-211; **ŞENOCAK, KEMAL**, Mesleki Sorumluluk Sigortası-*Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası,* Ankara 2000, s. 65.

12 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-ikinci-kitap-ticaret-sirketlerimadde-124-644/ (Erişim Tarihi: 29.11.2014).

Buna karşın, söz konusu sigortanın, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mesleki sorumluluk sigortası niteliğinde olduğu da ileri sürülmüştür[13]. Kanaatimizce, D&O sigortası bir mesleki sorumluluk sigortası değildir. Zira, mesleki sorumluluk sigortası olabilmesi için öncelikle ortada bir mesleğin bulunması, bu mesleğin bağlı olduğu bir odasının olması ve birtakım kurallarının mevcut olması gerekmektedir. Buna karşın Türkiye'de henüz böyle bir şartname oluşturulmuş değildir. Aynı zamanda yönetim kurulu üyeliği de yukarıda belirtilen nedenlerle bir meslek değildir.

D&O sigortasının dünya uygulamasındaki kullanımına bakıldığında, iki ayrı tip poliçenin bulunduğu görülmektedir. Buna karşın D&O sigortasının üç ayrı poliçe türünden oluştuğunu ileri sürenler de vardır[14].

Birinci tip D&O sigorta poliçesinde (Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) organların üyeleri sigortalanmaktadır[15]. Burada anlatılmak istenen durum şu şekildedir: Yönetici ve müdürlerin, görevlerini yerine getirirken yapmış oldukları yanlış işlemler neticesinde ortaya çıkardıkları zararlara karşı doğrudan sigortacı tarafından sigortalandığını görmekteyiz. Birinci tip D&O sigorta poliçesi, şirketin; yöneticileri ve müdürlerinin görevlerini yerine getirirken hatalı işlem yaparak zarara sebebiyet verdikleri durumlarda yine şirketin bu zararları ödemesine kanunun olanak tanımaması, kanunun ve şirket iç kurallarının olanak tanımasına karşın zararları ödememesi ya da finansal durumunun söz konusu zararları ödemeye elverişli olmaması durumlarında uygulama alanı bulacaktır[16]. Bunun dışında Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı D&O poliçe türünün, şirketin, yöneticileri ve müdürlerinin görevlerini yerine getirirken hatalı işlemleri neticesinde sebebiyet verdikleri zararları ödediği ya da kanunen ödemekle mükellef tutulduğu hallerin dışında kalan teminatları kapsadığı belirtilmektedir[17].

Birinci tip D&O sigorta poliçesine bakıldığında, bunun üçüncü kişi lehine sigortanın bir şekli olan başkası hesabına sigorta olarak nitelendirilmesi mümkündür[18].

---

13 Bkz. **KÖSEKAYA, FATİH**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2013, s. 67.

14 Bkz. **KANG**, *As previously mentioned, a typical D&O policy sold to publicly traded corporation contains three different types of coverage known as Side A, B and C*; **JOYCE, EDWARD M./SANTOS, JAIME J.**, Your D&O Policies: Coverage Assets for the Economic Tsunami, http:/www.orrick.com/Events-and-Publications/Documents/1761.pdf (Erişim: 29.11.2014); **BATMAN, JEAN L.**, Advising the Small Business, Forms and Advice for the Legal Practitioner, American Bar Association 2007, *D&O policies typically address three categories of coverage*, s. 104; **ACKERMAN**, s. 1432; **FOXMAN**, **STEPHEN M.**, Directors and Officers Liability Insurance for Nonprofits-*Is your client adequately protected?*, 18 Bus. L. Today 2008-2009, July/August 2009, s. 36.

15 **ÖZTUNA SOPACI,** s. 128.

16 **GISCHE/WERNER**, s. 5.

17 **BORDON/KERNS/DAVISSON/VECHTEN**, p. 3.

18 Başkası lehine sigorta Türk Ticaret Kanunu'nun 1454. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Zira, yukarıda belirtildiği gibi şirketin, yöneticileri ve müdürlerinin görevlerini yerine getirirken hatalı işlemleri sebebiyle oluşan zararları ödemekle mükellef olmaması, ödemesinde kanuni bir engel bulunmamasına karşın şirketin zararı ödememeyi tercih etmesi ya da şirketin mali durumunun bu zararları tazmin etmeye elverişli olmaması ve nihayet yönetici ve müdürlerin sorumluluğunun bertaraf edilmesinin mümkün bulunmadığı bu durumlarda, sigorta şirketi ile şirket arasında akdedilen D&O sigortası yönetici ve müdürlere doğrudan sigorta koruması sağlamaktadır.

Üçüncü kişi lehine yapılan D&O sigortasının birinci tipinde sözleşme, sigorta şirketi ile şirket arasında yapılır ve işbu sözleşmeden kaynaklanan prim borçlarının borçlusu yine şirketin bizatihi kendisidir. Buna karşın, işbu sözleşmeden doğan haklar sigortalı olan yöneticiler ve müdürlere aittir[19].

İkinci tip D&O sigorta poliçesine (Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) gelince, burada durum biraz farklıdır. Bu tip bir sigorta poliçesinde, müdürlerin ya da yöneticilerin kanun ya da şirket tarafından sağlanan sorumluluktan muaf olma durumu söz konusudur[20]. Dolayısıyla yöneticilerden kaynaklanan bir zararın mevcudiyeti halinde, yine yöneticilerin ödemesi gereken tazminatı şirket ödemekte ve ödemiş olduğu tazminatı da sigorta şirketinden talep etmektedir. Tabiatıyla bu tipte menfaati sigorta edilen, şirketin bizatihi kendisi ya da yine aynı şirketin yavru ortaklığı olması hasebiyle burada üçüncü kişi yararına sigortadan bahsetmek mümkün değildir[21].

İkinci tip D&O sigorta poliçesinde, yöneticilerin görevlerini yerine getirirken yapmış oldukları yanlış ya da hatalı işlemler nedeniyle meydana gelen zararı aslında

---

"(1) Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir.

(2) Üçüncü kişinin adının belirtildiği durumlarda, tereddüt hâlinde, sigorta ettirenin, üçüncü kişinin temsilcisi olarak değil, kendi adına fakat üçüncü kişi lehine hareket ettiği kabul edilir.

(3) Sözleşmede, sigortanın kimin menfaati için yaptırıldığı açık da bırakılabilir. 'Kimin olacaksa onun lehine' yapılan böyle bir sigortanın, üçüncü kişi lehine yaptırıldığı anlaşılırsa, ikinci fıkra hükmü uygulanır.".

Ayrıca bkz. **KENDER**, *Zarar sigortası üçüncü şahıs lehine akit olarak yapılabilir. Bir kimse başka bir şahsın belli bir menfaatini sigorta ettirebilir. Buna sigortacılıkta, " Başkası hesabına sigorta" denir. Üçüncü kişi ise "sigortalı" adını alır. Pasif sigortasının da başkası hesabına yapılması mümkündür.*, s. 220; **ÇEKER, MUSTAFA**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana 2014, s. 142-143.

19 **KERVANKIRAN**, s.253; Ayrıca bkz. **KENDER**, *Zarar Sigortasında İlgili Üçüncü Şahıslar Başlığı altında 1. Sigortalı*, s.220.

20 **TRAUTMAN, LAWRENCE J.**, 1 Am. U. Bus. L. Rev. 337, 2011-2012, s. 346; **GISCHE/WERNER**, s. 6; **BAKER, ALLYSON L.**, Directors' and Officers' Liability Insurance: An Overview, 54 Advocate Vancouver 875 1996, Vol. 54 Part 6, November, 1996, s. 876; **ÖZTUNA SOPACI**, s. 136.

21 **KERVANKIRAN**, s. 253; **ÖZTUNA SOPACI**, s. 141.

buna sebep olan yönetici ve müdürlerin ödemesi gerekirken şirketin kendisi ödemekte ve ödemiş olduğu bu hasar bedelini sigortacıdan talep etmektedir[22]. Ayrıca bu sigorta korumasının şirketin kendi sorumluluğunun söz konusu olduğu halleri kapsamayacağı belirtilmektedir[23].

İkinci tip D&O sigorta poliçesinin muhtelif biçimlerinin olduğu ve bunların sırasıyla; a) Sigortacının, şirketin yönetici ve müdürlerinin ve ayrıca diğer sigortalıların meydana getirmiş oldukları zararları ödemesinde bir engel bulunmadığı ve kanun icabı yine şirketin bu ödemeyi gerçekleştirmesi gerektiği hallerde şirket adına bu zararları ödemesini öngören poliçeler, b) Sigortacının, yönetici ve müdürlerin ya da diğer sigortalıların meydana getirmiş oldukları zararları ödemiş olan şirket ya da diğer özel hukuk tüzel kişilerine, ödemiş oldukları hasar tazminatı bedelini geri ödemesini öngören poliçe tipi şeklinde olduğu ifade edilmektedir[24].

Amerika Birleşik Devletleri'nde en yaygın şekilde kullanılmakta olan ikinci tip D&O sigorta poliçesinin sigortalısı yönetici ve müdürler değil şirketin bizatihi kendisidir. Zira, yöneticilerin ve müdürlerin görevlerini yerine getirirken hatalı ya da yanlış işlemler neticesinde meydana gelen zararı şirket ödemekte ve bunu sigorta şirketinden talep etmektedir. Dolayısıyla menfaat şirkete aittir. Amerika Birleşik Devletleri'nde en yaygın şekilde kullanılan poliçe tipi bu olmasına karşın Avrupa'da birinci tip poliçe türünün daha yaygın olarak kullanılmakta olduğu belirtilmektedir[25].

Günümüzde, birinci tip (Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) ve ikinci tip (Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) D&O sigorta poliçeleri yanında bir de üçüncü tip D&O sigorta poliçesinin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Üçüncü tip D&O sigorta poliçesi türünde (Şirketin hisse senedi ve diğer kıymetli evrakların tedavülü nedeniyle muhatap olacağı zarar ve ziyan taleplerine karşı teminat sağlayan D&O poliçesi) sigortacı, şirketin kendi sorumluluğunun söz konusu olduğu halleri (şirketin kendisi bizatihi davalı olmaktadır[26]) teminat altına almaktadır.

Üçüncü tip D&O sigorta poliçesi türünde de sigortalı olarak adlandırılabilecek kişi, yine menfaat sahibi olan şirketin bizatihi kendisidir. Zira, burada doğrudan

---

22 **KERVANKIRAN**, s. 252; **GISCHE/WERNER**, s. 6; **KANG**, s. 10. Ayrıca İkinci Tip D&O poliçesinin değişik biçimleri için bkz. **BORDON/KERNS/DAVISSON/VECHTEN**, s. 3; **BAKER**, s. 876; **ÖZTUNA SOPACI**, s. 141.

23 **GISCHE/WERNER**, s. 6.

24 **BORDON/KERNS/DAVISSON/VECHTEN**, s. 3.

25 **KERVANKIRAN**, s. 252; **ÖZTUNA SOPACI**, s. 141.

26 **JOYCE/SANTOS**, http://www.orrick.com/Events-and-Publications/Documents/1761.pdf (Erişim: 29.11.2014) p.2; **BORDON/KERNS/DAVISSON/VECHTEN**, p. 4. Halka Açık Şirketler Bakımından üçüncü tip D&O Sigorta poliçesi için bkz **GISCHE/WERNER**, p. 6 (Halka Açık Şirketlerde bu poliçe türü hisse senetlerine ilişkin talepler ile sınırlıdır).

şirketin sorumluluğunun gündeme gelebileceği durumlara karşı sigorta teminatı sağlanmaktadır.

III. D&O Sigortasının Tarafları

A. Genel Olarak Sigorta Sözleşmesinin Tarafları

D&O sözleşmesinin taraflarını incelemeden önce sigorta sözleşmesinin taraflarına bakmakta fayda vardır. Sigorta sözleşmesi karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işbu sözleşmeyi sigortacı ile sigorta ettiren akdeder.

Sigorta sözleşmesinin taraflarından biri sigortacı olup, sigortacı olabilecek kişilerin 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 3. maddesi mucibince anonim şirket ve kooperatif şeklinde kurulmuş olması gerektiği ve sigortacılık haricinde başka bir iş ile iştigal edemeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir[27]. Hal böyle olmakla birlikte uygulamada sigorta sözleşmesini sigortacı adına daha çok yetkilisi ya da acentenin imzaladığını söylemek mümkündür[28]. Sigortacının sigorta sözleşmesine ilişkin esas borcu rizikoyu üstlenmektir.

Sigorta sözleşmesinin diğer tarafı sigorta ettirendir. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden sorumludur. Yani sigorta sözleşmesinden doğan borçlar sadece sigorta ettirene aittir[29]. Dolayısıyla sigortacının rizikoyu üstlenmesine karşılık olan prim ödeme borcunu ifa edecek olan kimse sigorta ettirendir. Türk Ticaret Kanunu sigorta ettiren olmanın şartlarını zarar sigortalarında ve can sigortasında ayrı ayrı hükme bağlamıştır[30].

Sigorta ettiren ile sigortalı iki ayrı kavramdır. Sigorta ettiren sigorta sözleşmesinin prim ödemekle yükümlü olan tarafıdır. Sözleşmenin tarafı bizatihi sigorta ettirendir. Buna karşın sigortalı, sigorta sözleşmesi kapsamında menfaatleri teminat altına alınan kimsedir. Buradan anlaşılacağı üzere, hasar meydana geldiğinde sigorta tazminatını talep etme hakkını haiz olan kimse sigortalıdır. Ehliyet bakımından da sigorta ettiren ve sigortalı arasında farklılık söz konusudur. Zira, sözleşme akdeden sigorta ettirenin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Fiil ehliyetinin koşulları da ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır[31]. Buna karşın, sigortalının fiil ehliyetini haiz olması zorunlu değildir.

---

27 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu, 3. madde, http://www.segem.org.tr/sgrKanunu2.asp (Erişim Tarihi: 30.11.2014).

28 **KENDER**, s. 215.

29 **KENDER**, s. 215.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. **KENDER**, s. 215 vd.

31 **REMZİ, MEHMET/AYDIN, SEZER/ISPARTALI, MURAT**, Medeni Hukuk, 2010, s. 85-86; **REMZİ, MEHMET/AYDIN**, **SEZER**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2010, s. 76-77; **DURAL, MUSTAFA**, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 50 vd.

Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olabilmesine rağmen bunun her zaman geçerli olan bir durum olması söz konusu değildir. Örneğin bir kişi maliki olduğu aracını kasko sigortası ile sigorta teminatı altına aldığında sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişidir. Buna karşın bir otel sahibinin hem oteline hem de bu otelde konaklayacak misafirlerine sigorta yaptırması durumunda rizikonun gerçekleşmesiyle zarara uğrayan turistlerin sigortalı sıfatıyla tazminat talep hakkı söz konusudur. Görüldüğü gibi sigorta ettiren otel sahibi olmasına karşın, otele gelen turistler sigortalı olabilmektedir.

D&O sigortası bir sorumluluk sigortası olup, zarar sigortaları kapsamındadır. Zarar sigortaları, başka bir kimsenin menfaatini sigortalamak suretiyle üçüncü şahıs lehine de yapılabilir (başkası hesabına sigorta) ve bu durumda sözleşmenin prim ödeme borçlusu sigorta ettiren olmakla birlikte sözleşmeden doğan hakları sigortalı talep eder[32]. Burada zarar gören üçüncü şahıslar kavramından da bahsetmek gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesi, zarar gören üçüncü kişilerin, sorumluluk sigortası kapsamında hasar bedelini doğrudan sigortacıdan isteyebileceğini düzenlemiştir. Bu husus önceki dönemlerde yalnızca trafik sigortalarına özgü bir durumken, şu anda tüm durumlar için geçerli hale gelmiştir. Örneğin vekil edeninin davasını yürüten bir avukat işini iyi yapmadığı için yine vekil eden zararını, doğrudan doğruya zarar gören sıfatıyla sigortacıdan isteyebilecektir.

D&O sözleşmesinin nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, tipik bir D&O sözleşmesinde; sigorta teminatı sağlayan sigorta şirketi, sigorta ettiren şirket ya da diğer özel hukuk tüzel kişileri ve sigortalı organ üyeleri olarak üç tarafının bulunduğunu söylemek mümkündür. Buna karşın kabul edilen D&O poliçesi türlerine göre elbette birtakım farklı durumların mevcudiyeti gündeme gelecektir. Dolayısıyla D&O sigortasının taraflarını değerlendirirken, bu ayrıma göre hareket etmek daha verimli ve doğru bir sonuca ulaşılması bakımından önem teşkil edecektir.

B. Birinci Tip D&O Poliçe Türünde Taraflar

(Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi)

Sigorta sözleşmelerinde rizikoyu üstlenen taraf olan sigortacının taşıması gereken şartlara ilişkin hususlara yukarıda değinilmişti. Burada tekrara yer vermemek adına sadece sigortalı ve sigorta ettiren üzerinde durmakta fayda vardır.

Birinci tip D&O sigorta poliçesinde, sigorta ettiren şirket, doğrudan yöneticileri ve müdürlerinin menfaatini sigortalattığı için burada başkası hesabına sorumluluk sigortası yapıldığını söylemek mümkündür.

---

32 **KENDER**, s. 220.

Yani birinci tip D&O sözleşmesinde sigorta ettiren şirketin bizatihi kendisidir[33]. Sigorta ettirenin anonim ya da limited şirketin bizatihi kendisi olması durumu çoğunlukla karşılaşılan durum olmakla birlikte, diğer özel hukuk tüzel kişilerinin de (kollektif şirket, komandit şirket, dernek, vakıf, kooperatifler) D&O sigortası kapsamında sigorta ettiren niteliğini haiz olmalarında hiçbir sakınca yoktur[34]. Yine, gerçek kişilerin de bizatihi kendileri için D&O sigortası yapabilecekleri ve fakat D&O sigortası kapsamına kamu tüzel kişilerinin dahil edilmesinin uygun olmayacağı düşünülmektedir[35].

Buradan hareketle denilebilir ki, birinci tip D&O sigorta poliçesi kapsamında sigorta ettiren şirketin bizatihi kendisidir. Buna karşın menfaati sigorta edilen, şirketin yöneticileri veya müdürleridir[36]. Bu nedenle D&O sözleşmesi kapsamında sigortacının rizikoyu üstlenme borcu karşısında prim ödeme borcu sigorta ettiren sıfatıyla şirkete aittir. Bununla birlikte D&O sigorta sözleşmesinde yer alabilecek tüm borç ve yükümlülükler yine sigorta ettiren sıfatıyla şirkete aittir ve bu nedenle sigortalı yöneticiler veya müdürler, D&O sözleşmesi üzerinde herhangi bir tasarruf hakkına sahip olmayıp, poliçenin kendilerine verilmesini de talep edemezler[37].

Buna karşın, yukarıda sigorta sözleşmesinin tarafları anlatılırken değinildiği gibi, sigorta sözleşmesinden kaynaklanabilecek haklardan yararlanabilecek kişiler sigortalılar olduğuna göre ve birinci tip D&O sözleşmesinde de yönetici veya müdürler sigortalı olduğuna göre, işbu sözleşmeden kaynaklanabilecek haklar yine şirketin yöneticileri ya da müdürlerin olacaktır.

Ayrıca sigorta sözleşmesinde ya da poliçede sigortalıların isimleri bizatihi zikredilmeksizin genelde hala görevdeki ya da ileride görev yapacak olan tüm organ üyeleri olarak karşımıza çıkmakta; anonim şirket, kooperatif, vakıf ve derneklerde yönetim kurulu üyeleri, limited şirkette müdürler, kollektif şirkette yönetim yetkisini haiz ortak ve komandit şirkette yine tüm malvarlığı ile sorumlu olan komandite ortak şeklindedir[38]. Buna karşın, D&O sigorta sözleşmesinde sigortalanan kimsele-

---

33 **ÖZTUNA SOPACI**, s. 129.

34 **KERVANKIRAN**, s. 253, dn. 89.

35 Aynı yönde: **KERVANKIRAN**, s. 253, dn. 90.

36 **JOYCE/SANTOS**, (The individual directors and officers are protected under coverage A) http://www.orrick.com/Events-and-Publications/Documents/1761.pdf (Erişim: 02.12.2014) p. 2; **KANG**, (*Side A Coverage protects individual managers from the risk of shareholder litigation and is what most non-specialist think of as D&O* Insurance...) p. 10; **GISCHE/WERNER**, ("*A-Side Coverage" typically provides coverage directly to the directors and officers for loss - including defense costs – resulting from claims made against them for their wrongful acts...*), s. 5; **KUBİLAY, HURİYE**, s 550.

37 **KERVANKIRAN**, s. 253.

38 **KERVANKIRAN**, s. 254; **BAKER**, " *The D&O policy does not usually define who is an 'officer' or 'director '..."* s. 876.

rin isimlerinin yazılmasında herhangi bir engel yoktur. Burada anlatılmak istenen, başkası hesabına sigorta yapılması durumunda sözleşmenin akdi sırasında mutlaka sigorta edilenlerin isim olarak zikredilmesinin gerekli olmadığı[39], buna karşın bu kimselerin belirlenebilir olmasının gerekli ve yeterli olduğudur[40].

Burada önemle belirtmek gerekir ki, sigorta ettiren şirketin şubesi ya da bağlı şirketlerinin yöneticileri, müdürleri ya da diğer ticari mümessilleri de bazı şartların varlığı halinde sigortalı olabilir[41]. Bundan kasıt söz konusu kimselerin idare alanında yetkilendirilmiş kimse olmaları ya da yine bu kimselerin bir şekilde yönetici vasfını haiz veya yönetici düzeyinde elemanlar kapsamına dahil olmalarıdır.

C. İkinci Tip D&O Poliçe Türünde Taraflar

(Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi)

İkinci tip D&O sigorta poliçesine bakıldığında ise, birinci tip D&O sigorta poliçesinden farklı olarak, şirketin yönetim kurulu üyeleri ya da müdürlerinin yanlış işlemlerinden kaynaklanan zararların ortaya çıkması neticesinde, şirketin bu zararları tazmin etmesi ve tazmin etmiş olduğu hasar bedelini sigortacıdan talep etmesi gündeme geldiğine göre, menfaati sigortalanın şirketin bizatihi kendisi ya da şirketin yavru ortaklığının olduğu görülecektir[42].

İkinci tip D&O sigorta poliçesinde sigortacının rizikoyu taşıma borcunun karşılığı olan sigorta primini ödeme borcu yine şirketin bizatihi kendi üzerindedir. Buradan hareketle ikinci tip D&O poliçesinde sigorta ettirenin de şirketin bizatihi kendisi olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla ikinci tip D&O sigorta poliçesinin varlığı halinde, hem sigortalı hem de sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinin tarafı olan şirket ya da yukarıda sayılmış olan özel hukuk tüzel kişileridir.

Bu nedenlerle, riziko meydana geldiği takdirde sigortacının ödeyeceği hasar tazminatını alma hakkını haiz olan, şirketin bizatihi kendisidir. Aynı şekilde sigorta sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler de yine şirketin bizatihi kendisine ait olacaktır.

---

39 Nitekim, Türk Ticaret Kanunu'nun 1454. maddesi, başkası lehine sigortada sigortalının adının belirtilmesi zorunluluğunu aramamaktadır.

40 **KERVANKIRAN**, dn. 94, s. 254.

41 **BAKER**, s. 3; **KERVANKIRAN**, s. 254-255; KUBİLAY, HURİYE- Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası- Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003, s . 553.

42 **KERVANKIRAN**, s. 253; **ROSS, BENNETT L.**, Protecting Corporate Directors and Officers: *Insurance and Other Alternatives*, "*... Corporate Reimbursement Coverage insures the corporation for those indemnification payments to directors and officers that are permitted or required by statute, common law right, or the corporation's charter or by -laws...*" 40 Vand. L. Rev. 775 1987, 45th footnote, s. 783; **ÖZTUNA SOPACI**, s. 141; **KUBİLAY, HURİYE**, s. 550.

Şirketin yavru ortaklığı ya da şubeleri de D&O sigortası kapsamında teminat altına alınıp sigortalı vasfını haiz olabilmektedir. Bu halde de söz konusu şube ya da yavru ortaklık, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan hasar bedelini sigortalı vasfını haiz olmaları hasebiyle talep hakkını haizdir[43].

D. Üçüncü Tip D&O Poliçesi Türünde Taraflar

(Şirketin hisse senedi ve diğer kıymetli evrakların tedavülü nedeniyle muhatap olacağı zarar ve ziyan taleplerine karşı teminat sağlayan D&O poliçesi)

Üçüncü tip D&O sigorta poliçesinde durum yukarıda anlatılan diğer iki poliçe türünden biraz farklıdır. Zira bu poliçe türü, şirketin bizatihi kendi hatalı ya da yanlış işlemleri neticesinde sorumlu olduğu ve buna bağlı olarak şirketin davalı sıfatını haiz olacağı hallerde uygulanmaktadır[44].

Üçüncü tip D&O sigorta poliçesi seçildiği takdirde sigortacı, şirketin bizatihi sorumlu olduğu ve özellikle şirket kıymetli evrakına ilişkin tüm taleplere karşı rizikoyu üstlenmektedir. Yani, burada sigortacı, hatalı ya da yanlış işlemler neticesinde ortaya çıkan (şirkete ait kıymetli evrakın alımı, satımı ve tedavülüne ilişkin) ve şirketten talep edilen tüm zararlara karşı şirkete sigorta teminatı sunmaktadır.

Üçüncü tip D&O sigorta poliçesi uygulamada halka açık şirketler bakımından yalnızca hisse senetleri ile sınırlı olmakta ve bu husus poliçelerde genellikle açık bir şekilde yazılmakta olup, diğer şirketler bakımından da yine ağırlıklı olarak paya ilişkin talepler bakımından (ayrıca şirketin pay sahipleri tarafından dava edilmesi durumlarında) kullanılmaktadır[45].

Bu bilgilerden sonra yine denilebilir ki, üçüncü tip D&O poliçesinin tercih edildiği sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren de sigortalı da yine şirketin bizatihi kendisi ya da yavru ortaklığıdır. Zira, sözleşme uyarınca prim ödeme borcu ve diğer yükümlülükler şirkete ait olacak ve zarar meydana geldiğinde sigorta tazminatını alma hakkı da yine şirketin olacaktır.

---

43 **BAKER**, p. 876; **WEISS, STEPHEN J.**, Filling the Gaps in D&O Insurance- *Part II in a continuing saga of negotiating your client's coverage*, 6 Bus. L. Today, 1996-1997, s. 44.

44 **KANG**, s. 10; **HODGE, NEIL**, D&O Insurance, The In-House Perspective Volume 5 Issue 4, 5 In-House Pers. 8, 2009, s. 9; **FOXMAN**, s. 36; **BORDON/KERNS/DAVISSON/VECHTEN**, s. 4; **JOYCE/SANTOS**, s. 2.

45 Amerika Birleşik Devletleri'nde, hisse senetlerine ilişkin talepler (hisse senetlerinin alınması, satılması ve bunlara benzer diğer işlemlere ilişkin talepler) denildiğinde, Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act of 1933), Menkul Kıymetler Borsa Kanunu (Securities Exchange Act of 1934) ya da bunlara benzer diğer kanunlarda belirtilen hükümlere aykırılık teşkil eden işlemlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **GISCHE/WERNE**, s. 6; **HODGE**, s. 9; **FOXMAN**, s. 36.

IV. Türkiye'de D&O Sigorta Sözleşmesi

Ülkemizde D&O sigortası henüz yaygın değildir. Uygulamada yönetici sorumluluk sigortası poliçesi sağlayan çok fazla sigorta şirketi yoktur. Bu konuda birçok gerekçe ileri sürülebilecektir. Bunlardan ilki 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bu konuda herhangi bir düzenleme ihtiva etmemiş olmasıdır.

Yine Türkiye'de sermaye şirketlerine ve özellikle anonim şirkete yönelme eğilimi tam olarak gerçekleşmiş değildir. Tatbikatta limited şirket sayısının anonim şirkete oranla oldukça fazla olduğu bilinmektedir. Yine limited şirketlerin çoğunluğunun da aile şirketleri olması hasebiyle müdürlük yapacak kimselerin profesyonel kimseler değil de daha çok aile bireyleri olduğu gözlenmektedir. Bu nedenle, ülkemizde henüz yüksek sermayeli uluslararası düzeyde şirketlerin ve bunları yöneten yöneticilerin sayısının çok fazla olduğunu söylemek doğru değildir.

Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirkete dönüşüm süreci hızlanacak ve etkili hale gelecektir. Bunu müteakip anonim şirketlerin sayısının artmasıyla, yine bu şirketlerin kurumsal yönetim ilkeleri ve sermaye şirketlerinin yönetim mantığına paralel olarak profesyonel nitelikte yöneticilere ihtiyaçları olacaktır. Bu nitelikleri haiz profesyonel yöneticiler istihdam edildiğinde de D&O sigortasının hem teori hem de pratikte önemi artacak ve uygulaması oldukça hızlı bir şekilde gelişecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde D&O sigortası konusunda ilk düzenleme yapılmıştır. Buna karşın madde metni değerlendirildiğinde, düzenlemenin oldukça sığ olduğu ve D&O sigortasını düzenlemek yerine adeta ürkek bir başlangıç adımı ya da tavsiye niteliğinde bir hüküm getirilmiş olduğu kanaatine varılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır."

Maddenin gerekçesine bakıldığında, yönetim kurulu üyelerinin şirkete verecekleri zararları güvence altına almak için isteğe bağlı olan bir sigortanın getirildiği dikkat çekmektedir. Aynı zamanda bu düzenlemenin, sermaye şirketlerinde yöneticilik yapan kimselerin daha tedbirli, daha profesyonel ve daha yetkin kimseler olması bakımından oldukça faydalı olacağı ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk konusunda da müspet bir etki yaratacağı ifade edilmelidir.

361. madde ve gerekçesi incelendiğinde mezkur düzenlemenin D&O sigortası olduğuna şüphe yoktur[46]. Buna karşın, bu hükmün D&O sigortasının mantığına

---

46 **ÖZTUNA SOPACI**, s. 100; **KERVANKIRAN**, s. 268.

uygun olmadığı söylenebilecektir. Zira, her şeyden önce kanun koyucunun burada %25 oranını neye dayanarak tespit ettiği anlaşılamamaktadır. Kanunun gerekçesinde de bu hususa ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Yine, yönetim kurulu üyelerinin şirkete verebilecekleri zararlardan hangilerinin burada söz konusu olduğu hususu da müphem kalmıştır. Dolayısıyla burada ancak yorum yaparak sonuca ulaşılabileceği görülmektedir[47]. Örneğin bir yöneticinin şirketi temsilen işlem yaparken üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlar neticesinde yine şirkete yöneltilebilecek zararların teminat altına alınması amaçlanıyorsa, burada ikinci tip D&O sigortasından (Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) söz edilecektir. Buna karşın yöneticinin, görevini ifa ederken şirkete zarar vermesi durumunda şirketin uğramış olduğu bu zararlara ilişkin talepleri sigorta teminatı altına alınmışsa, bu durumda da birinci tip D&O sigortasından (Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı tür) bahsedilecektir. Bu nedenlerle, Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde getirilen düzenlemenin D&O sigortasına ilişkin detaylı ve etkili bir düzenleme olduğunu söylemek yerine D&O sigortası yapılmasını teşvik etme amacını güttüğünü söylemek daha yerinde olacaktır[48]. Buna karşın, 361. madde hükmünün D&O sigortası türlerinden Şirketin teminat altına alındığı türe daha yakın olduğu kanaati güçlüdür. Zira, düzenlemeye bakıldığında, yöneticilerden çok şirketin teminat altına alınmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Bir görüşe göre[49], söz konusu hüküm yöneticilerin ikinci tip D&O sigorta poliçesiyle teminat altına alınması yolunu tercih etmektedir.

Yukarıdaki yorumlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesi ve gerekçesi incelendiğinde aslında D&O sigortasının Türkiye'de henüz uygulamasının pek olmadığı savını güçlendirmektedir. Madde metni ve gerekçesinde açık bir şekilde *çekingen* bir adım atıldığının altı çizilmiştir. Kanun koyucu adeta bu madde ile D&O sigortasını düzenlemek yerine, teşvik amaçlı ve tereddütlü bir şekilde ilginç bir hüküm ortaya koymuştur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde belirtilen işbu hüküm D&O sigortasıyla bağdaşmamaktadır. Doktrinde de 361. madde düzenlemesi oldukça sert bir şekilde eleştirilmektedir[50]. Mezkur düzenleme D&O sigortasını adeta sınırlamaktadır. Zira, birtakım sınırlar getirilmiş ve oldukça geniş perspektifi bulunan bir sigorta tipinin tek bir maddede böylesine müphem bir şekilde yerleştirilmesi D&O sigortasının kapsamını daraltmıştır.

---

47 Yorumlar için bkz. **KERVANKIRAN**, s. 268.

48 **ÖZTUNA SOPACI**, s. 101.

49 **KERVANKIRAN**, s. 269.

50 **ÖZTUNA SOPACI**, s. 100; **KERVANKIRAN**, s. 270.

Türkiye'de sermaye şirketlerine ve özellikle anonim şirkete geçiş sürecinde böylesine önemli bir sigorta türünün bu şekilde düzenlenmiş olması büyük bir eksiklik olarak görülebilecektir. Zira, büyük sermaye şirketlerinin bulunduğu batı ülkelerinde D&O sigortasının varlığı, kişileri, yönetim kurulu üyesi veya müdür olma konusunda cesaretlendirmektedir. Tüm bu sebeplerle Türkiye'de de profesyonel yöneticilerin sayısının artması, kişilerin bu tür sorumluluk gerektiren pozisyonlarda görev almayı kabul etmesi ve kurumsal yönetim ilkelerinin sağlam bir zemine oturtulması için D&O sigortasının ayrıntılı ve eksiksiz bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar söz konusu hüküm içerisinde oldukça fazla eksiklik barındırsa da Türk hukukunda D&O sigortasına ilişkin düzenlemenin ilk kez ortaya konulduğu düşünüldüğünde gelecekte geniş bir uygulama alanına sahip, detaylı ve sigorta hukuku mantığıyla senkronize yeni düzenlemelerin ortaya çıkarılması bakımından olumlu bir yaklaşım olarak da değerlendirilebilir.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

D&O sigortası Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamış, sonrasında Avrupa ve tüm dünyaya yayılmış bir sigorta türüdür. Bu sigorta özellikle Batı devletlerinde sermaye şirketlerinin oldukça büyük ölçekli hale gelmeleri neticesinde bunların yönetim kurulu üyeleri veya müdürlerinin (ya da diğer yöneticilerinin) çok büyük rakamlara ulaşan zararlara sebep olmaya başlamasıyla önemli hale gelmiş ve kullanılmaya başlanmıştır. Zira, büyük sermayeli şirketlerin yöneticilerinin verebilecekleri zararın da şirketin büyüklüğüyle doğru orantılı olduğu düşünüldüğünde D&O sigortası adeta bir zorunluluk halini almıştır.

Uygulamada zorunluluk halini alan D&O sigortasının uygulaması gelişmiş ve bu sigortanın zaman içerisinde çeşitli türleri ortaya çıkmıştır: Bunlar sırasıyla; birinci tip (Yönetici ve Müdürlerin teminat altına alındığı) D&O sigortası; ikinci tip (Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) D&O sigortası ve nihayet üçüncü tip (Şirketin hisse senedi ve diğer kıymetli evrakların tedavülü nedeniyle muhatap olacağı zarar ve ziyan taleplerine karşı teminat sağlayan tür) D&O sigortası olarak tezahür etmiştir.

Bu farklı türlerin kapsamı da birbirinden farklıdır.

Birinci tip D&O sigortası yöneticinin menfaatini teminat altına aldığı için bu sigorta başkası hesabına sigorta olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci tip D&O sigortası şirketin menfaatini teminat altına aldığından, burada başkası hesabına sigortadan bahsedilemez. Dolayısıyla bu türde sigorta ettiren şirketin bizatihi kendisi ya da yavru şirketi ve sigortalı da yine şirkettir.

Üçüncü tip D&O sigortası da sigortalı şirketin tedavüle çıkardığı kıymetli evrak niteliğini haiz senetlerin alımı, satımı ya da dolanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek

zararlara karşı teminat sağlar. Şu halde şirket hem sigorta ettiren hem de sigortalı vasıflarını haizdir.

Görüldüğü gibi üç farklı türün de sağladığı teminat farklıdır. Aynı şekilde üç türde de sigorta sözleşmesindeki ilgililer bakımından farklılık bulunmaktadır.

D&O sigortası ve değişik türleri incelendiğinde tüm ihmal ve kusurlu işlemlerinden dolayı sorumlu tutulabilen ve haklarında dava açılabilen yöneticiler ve müdürleri büyük ölçüde cesaretlendireceği ve bireylerin bu tür konumlarda sorumluluk alma konusunda teşvik edeceği tartışmasızdır.

D&O sigortası, bir sorumluluk sigortası olup *ihtiyacın karşılanması ayrımına göre sigorta sözleşmeleri* başlığı altında *zarar sigortaları* içerisinde yer alan pasif sigortaları grubuna dahildir. D&O sigortası, yönetim kurulu üyeliğinin bir meslek olmaması hasebiyle mesleki sorumluluk sigortası olarak nitelendirilemez. Yine D&O sigortası yaptırma konusunda kanuni herhangi bir yükümlülük bulunmadığından, D&O sigortasının bir zorunlu sigorta olduğu da söylenemez. D&O sigortası isteğe bağlı olarak yaptırılabilir. Buna karşın, D&O sigortasının özellikle batı uygulaması bakımından adeta zorunlu hale geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'da oldukça yaygın hale gelen ve günden güne gelişen D&O sigortasının Türkiye'de de yaygın ve gelişmiş olduğunu söylemek ne yazık ki güçtür. D&O sigortasının Türkiye'deki uygulamasının zayıf olmasının birçok nedeni vardır. Bunlardan en göze çarpanları Türkiye'de bu konuda günümüze kadar herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olması ve yine Türkiye'de büyük sermayelere ulaşabilen, kurumsal, payları kolaylıkla ve serbestçe devredilebilen uluslararası düzeyde anonim şirketlerin bulunmamasıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesi ile bu konuda ilk düzenleme yapılmış ve D&O sigortası, açıkça vurgulanmamış olsa da yorum yoluyla tespit edilebilecek şekilde kanuna dercedilmiştir. Ne var ki, D&O sigortasının gelişmesi ve yaygın hale gelmesi açısından oldukça müspet bir düzenleme gibi görünen 361. madde, D&O sigortasını düzenlemekten çok adeta sınırlamış, salt teşvik edici bir yol izlemiş ve Türkiye'nin henüz D&O sigortası uygulamasına hazır olmadığını ne yazık ki göstermiştir.

Her şeyden önce 361. maddede belirtilen %25 oranın neye dayanarak tespit edildiği anlaşılamamaktadır. Kanunda ya da gerekçede bu konuda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Yine yöneticilerin ya da müdürlerin görevlerini ifa ederken şirkete verebilecekleri zararların hangi zararlar olduğuna ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Gerekçede de bu konuya ilişkin tatmin edici bir açıklama bulunmamaktadır.

İlaveten, D&O sigortasının oldukça geniş perspektife sahip olmasına karşın

Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde salt ikinci Tip (Şirketin teminat altına alındığı tip D&O poliçesi) D&O sigortasının tercih ve teşvik edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Maddeye bakıldığında, *"Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar"* ve *"sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa"* ifadeleri bu kanaati güçlendirmektedir.

Son olarak limited şirkette müdürler hakkında 361. madde hükmüne benzer bir düzenlemenin de bulunmadığını söylemek mümkündür. Yine, 361. madde limited şirkete kıyasen uygulanacak hükümler arasında da sayılmamıştır. Böyle olmakla birlikte limited şirket müdürleri için de sorumluluk sigortasının kabulü mümkün olmalıdır. Zira müdürler de benzer sorumluluklara muhataptır ve neticede yönetici niteliğini haizdirler.

Yukarıda izah olunan sebepler dolayısıyla D&O sigortasını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinin ne yazık ki yetersiz, sığ ve yerinde olmayan bir düzenleme olduğunu söylemek daha doğru olur. Türk Ticaret Kanunu'nun bu düzenlemesiyle oldukça geniş bir perspektife sahip olan D&O sigortası adeta derme çatma bir düzenlemeyle dar bir alana sığdırılmaya çalışılmıştır. Varılan bu kanaat kanunun gerekçesinde özellikle vurgulanan "*...çekingen adım atılmıştır...*" , "*...ülkemizde bu sigortanın yaptırılması olanakları hemen hemen yok gibidir...*" ve "*...hükmün yavaş ve tedricen de olsa gereksinimlere cevap verme olasılığı...*" ifadeleri ile desteklenmektedir.

Her ne kadar mezkur hüküm izah etmiş olduğumuz eksiklikleri bünyesinde barındırsa da Türk hukukunda bu hususun ilk kez düzenlenmiş olması orta ve uzun vade kapsamında bakıldığında D&O sigortasının ileride gelişmiş, detaylı ve geniş perspektifli bir şekilde uygulanabileceği umudunu vermektedir. Yine, Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirketleşme sürecinin hızlanacağı perspektifi, kurumsal yönetim ve şeffaflık ilkelerinin tüm şirketler nezdinde önem kazanmaya başlaması, Türkiye'deki şirketlerin büyük sermayelere ulaşması ile bu tür şirketlerin yöneticilerinin profesyonel kimselerden oluşması gerektiği algısı nedenleri de bu umudu güçlendirmektedir.

KAYNAKÇA

BAHTİYAR, **MEHMET**, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2014

KIRCA, İSMAİL/ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN HAYAL/MANAVGAT, ÇAĞLAR, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, Temmuz 2013

ÖZTUNA SOPACI, BİRGÜL, Yönetici Sorumluluk Sigortası- *D&O Sigortası*, İstanbul, 2015

ÜÇIŞIK, GÜZİN/ÇELİK, **Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara 2013

KERVANKIRAN, EMRULLAH, Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin So-

rumluluk Sigortası (D&O- Insurance), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (10. Yıl Özel Sayısı), İstanbul 2008

KANG, CHRİSTİNE, Directors' and Officers' Insurance: Ordinary Corporate Expense or Valuable Signaling Device?, May 11, 2011

BOYER, **M. MARTIN**, Three Insights From The Canadian D&O Insurance Market- *Inertia, Information and Insiders*, 14 Conn. Ins. L.J. 75 2007-2008

KUBİLAY, HURİYE- Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası- Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003

BORDON, DAVID E./KERNS, CHRISTOPHER/DAVISSON, MICHAEL/VAN VECHTEN, ELLEN B., Directors and Officers Liability Insurance, Deskbook, American Bar Association, 1998

GISCHE, DAVID M. /WERNER, MEREDITH E., Directors and Officers Liability Insurance An Overview, 2000 https://www.hitpages.com/doc/6265458294521856/21#pageTop

ACKERMAN, JOSHUA PHARES, A Common Law Approach to D&O Insurance "In Fact" Exclusion Disputes, 79 U. Chi. L. Rev.1429 2012

IANCU, LAVINIA OLIVIA/COSTESCU, IRINA, "D&O" Insurance In French Law, 2011

TENEV, STOYAN/ZHANG, CHUNLIN with **BREFORT, LOUP**,Corporate Governance and Enterprise Reform in China-Building The Institutions of Modern Markets, World Bank and the International Finance Corporation WASHINGTON D.C. 2002

KUBİLAY, HURİYE- Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası- Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003

KENDER, RAYEGAN, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014

ŞENOCAK, KEMAL, Mesleki Sorumluluk Sigortası-*Özellikle Doktor, Avukat, Mimarın Mesleki Sorumluluk Sigortası,* Ankara 2000

KÖSEKAYA, FATİH, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2013

JOYCE, EDWARD M./ SANTOS, JAIME J., Your D&O Policies: Coverage Assets for the Economic Tsunami, http://www.orrick.com/Events-and-Publications/Documents/1761.pdf

BATMAN, JEAN L., Advising the Small Business, Forms and Advice for the Legal Practitioner, American Bar Association 2007

FOXMAN, **STEPHEN M.**, Directors and Officers Liability Insurance for Nonprofits- *Is your client adequately protected?*, 18 Bus. L. Today 2008-2009

ÇEKER, MUSTAFA, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana 2014

TRAUTMAN, LAWRENCE J., 1 Am. U. Bus. L. Rev. 337, 2011-2012

BAKER, ALLYSON L., Directors' and Officers' Liability Insurance: An Overview, 54 Advocate Vancouver 875 1996, Vol. 54 Part 6, November, 1996

REMZİ, MEHMET/AYDIN, SEZER/ISPARTALI, MURAT, Medeni Hukuk, 2010

REMZİ, MEHMET/AYDIN, **SEZER**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2010

DURAL, MUSTAFA, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2006

ROSS, BENNETT L., Protecting Corporate Directors and Officers: *Insurance and Other Alternatives*, 40 Vand. L. Rev. 775 1987

WEISS, STEPHEN J., Filling the Gaps in D&O Insurance- *Part II in a continuing saga of negotiating your client's coverage*, 6 Bus. L. Today, 1996-1997

HODGE, NEIL, D&O Insurance, The In-House Perspective Volume 5 Issue 4, 5 In-House Pers. 8, 2009

TAM ZAMANINDA TEDARİK SÖZLEŞMESİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI*

(Just In Time Supply Contract and Comparison With Similar Contracts)

Dr. Yakup KORKMAZ

ÖZET

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, tam zamanında üretim sisteminden ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür. Bu üretim sistemi, ilk defa 1970'li yıllarda Japonya'da, Toyota otomotiv fabrikasında uygulanmıştır. Yoğun rekabetin yaşandığı günümüzde bir çıkış yolu olarak görülen bu üretim sistemi 2000'li yıllardan itibaren de ülkemizde uygulanmaya başlanılmıştır. Tam zamanında tedarik sözleşmesi, modern ekonominin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Yaklaşık 45 yıllık çok yeni bir sözleşme türüdür. Bu yüzden henüz hukuk sistemlerinde düzenleme alanı bulmamıştır. Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bu tür bir sözleşmeyi yapabilirler. Tam zamanında tedarik sözleşmesi, isimsiz sözleşmelere dâhildir. Bu sözleşme, kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen bazı sözleşmelerin unsurlarını içermektedir. Tam zamanında tedarik sözleşmesi, borç doğurucu, rızaî, iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi doğuran, bir çerçeve sözleşmedir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçi, ana üreticiden bağımsız bir işletmecidir.

Anahtar kelimeler: Sözleşme, tedarik sözleşmesi, tam zamanında üretim, benzer sözleşmeler, karşılaştırma.

Abstract

Just in time supply contract is a contract type that emerged from the JIT. This production system first time has been applied in Toyota automotive company in Japan. This production system has been using in Turkey as a way out of struggling intense competition since 2000s. Just in time supply contract, has emerged as a result of the modern economy. Just in time supply contract that is a new type of contract approximately has been using for 45 years. Therefore, this contract didn't issue yet in the legal system. The Parties might make such a contract in accordance with the principle of freedom of contract. Just in time supply contract is a type of an innominate contract. This contract contains some components

* Bu çalışma "*Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi*" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

of contracts that are regulated legally or illegally. Just in time supply contract is a framework contract that are consensual, synallagmatic, continuing obligation. Supplier in the Just in time supply contracts is an independent operator of the main producers.

Keywords: Contract, supply contract, just in time production, similar contracts, comparison

GİRİŞ

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, tam zamanında üretim sisteminde ana üretici (son üretici) ile ona parça tedarik eden tedarikçi arasında yapılan bir sözleşmedir. Tam zamanında üretim kavramı, bir üretim sistemi olarak, Japonya'da, ilk defa gemi sanayisinde kullanılmaya başlanmış, daha sonra sanayinin diğer alanlarına da yansımıştır. Bu sistem 1970'li yıllarda Japonya'da Toyota şirketinde[1] uygulanmış, daha sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa'da, son yıllarda da ülkemizde uygulanmaya başlanmıştır. Yeni bir üretim şekli olan tam zamanında üretim sistemi[2]; verimliliği artırması, sürekli iyileştirme metodunu benimsemesi ve israfı önlemesi açısından, küresel dünyada rekabetin yoğun olarak yaşandığı yüzyılımızda genel kabul görmüştür.

Tam zamanında üretim[3], doktrinde hâkim görüşe göre, "*gerekli parçaları, gerekli*

---

1 Toyota Motor Fabrikası Başkanı Taiichi Ohno tarafından geliştirilip uygulanmaya başlanılmıştır. **Acar**, Nesime: Tam Zamanında Üretim, 6. Basım, Ankara 2003, s. 9.

2 Geniş bilgi için bkz. **Cheng**, T.C. Edwin/**Podolsky**, Susan: Just-in-Time Manufacturing – An Introduction, Second Edition, London, 1996; **Syska**, Andreas: Produktionsmanagement, Das A – Z wichtiger Methoden und Konzepte fir die Produktion von heute, Gabler 2006; **Hay**, Edward J.: Tam Zamanında Yönetim, Yeni Üretim Temellerinin Uygulanması, (Yay. Haz.: Mustafa Türkmenoğlu), İstanbul 2000; **Dönmez**, Hüseyin: Tam Zamanında Üretim (JIT), Üretim ve Hizmet Süreçlerinin Yönetimi, Editör, Erkan Bayraktar, İstanbul 2007; **Jacobs**, F. Robert/**Chase**, Richard B./**Aquilano**, Nicholas J.: Operations and Supply Management, Twelfth Edition, New York 2009; **Monks**, Joseph G.: Operations Management, Second Edition, New York, 1996; **Şahin**, Mehmet: Genel İşletme, Editör Güneş N. Berberoğlu, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir 2001; **Yamak,** Oygur: Üretim Yönetimi, 3. Baskı, İstanbul 2001.

3 Tam zamanında üretim ile ilgili olarak doktrinde tam bir kavram birliği yoktur. Doktrinde tam zamanında üretim için birbirinden çok değişik ve çeşitli anlamlara gelen kavramlar, deyimler ve ifadeler kullanılmaktadır. Şunu hemen belirtmek gerekir ki, sözkonusu kavram, deyim veya ifadelerden her biri kendi açısından, bu üretim tarzının belli bir özelliğini öne çıkarmaktadır. Bu durum ışığın kristal prizmaya vurmasından sonra diğer taraftan değişik renk ve tonlarda çıkmasına benzetilebilir. Değişik özellikleri dikkate alan yazarlar da, bahsedilen özelliği en iyi ifade eden kavramı tercih etmektedirler. Doktrinde tam zamanında üretim sistemini ifade amacıyla, "*Just in Time*", "*Sıfır Envanter*", "*Stoksuz Üretim*", "*Japon Üretim Sistemi*", "*Toyota Üretim Sistemi*", "*Ohno Sistemi*", "*Yalın Üretim*" veya "*Kanban Sistemi*" gibi kavramlar kullanılmaktadır. (Bkz. **Feyyat**, Canan: Toyotizm Üzerine, Taiichi Ohno, Toyota Ruhu, Çev. Canan Feyyat, İkinci Baskı, İstanbul 1998, s. 17s. 17; **Acar,** s. 10; **Acar**, Durmuş/**Ömürbek**, Nuri/**Eroğlu**, A. Hüsrev: Tam Zamanında Üretim Sisteminin Tekstil Sektöründeki Uygulama Boyutları, CÜİİBFD, Y. 2006, C. 7, S. 1, s. 22; **Çelikçapa**, Feray Omdan: Üretim Yönetimi ve Teknikleri, Bursa 2000, s. 239 vd.).

miktarda, gerekli olduğu yerde ve zamanda, doğru kalitede üretmek"tir[4]. Buna karşılık başka bir görüş, sistemin tanımını biraz daha genişletmiştir. Buna göre tam zamanında üretim, "*stok birikimini önleyerek, taşıma uzaklıklarını azaltarak, ıskartaları ve kusurlu üretimleri en aza indirerek, kıt yerlerin maksimum kullanımını sağlayarak ve benzeri iyileştirmeleri yaparak, alımlardan üretime, üretimden dağıtıma ve tüketicilere kadar, tüm iş akışının kesintisiz, ard arda, ne erken ne de geç, tam zamanında olmasını sağlamayı sürdürme çabasıdır*" [5]. Bize göre tam zamanında üretim; "*hammadde, yarı mamül ve mamül stoklarını en aza indirmeyi, israfı ortadan kaldırmayı, üretimi dengelemeyi, üretim sürecini sürekli olarak basitleştirmeyi ve geliştirmeyi amaçlayan, gerekli parçaları, gerektiği kadar, gerekli yer ve zamanda, doğru kalitede üreten, müşteri odaklı bir sistem*" olarak tanımlanabilir.

Tam zamanında üretim sistemi tekrar eden üretim sanayisinin verimliliğinin artırılmasında etkilidir. Bu sebeple, daha çok otomotiv, bilgisayar ve elektronik ürünlerin üretilmesinde uygulanmaktadır[6].

Tam zamanında üretim sisteminde diğer üretim sistemlerinden farklı olarak sık ve küçük miktarlarda teslimatın yapılması ve kalite kontrol ile parça giriş kontrolünün genellikle tedarikçiye kaydırılması gibi özellikler, ana üretici ile ona parça sağlayan tedarikçi arasında özel bir ilişki kurulmasını gerektirmiştir. Bu üretim sisteminin uygulanması ile ortaya yeni bir sözleşme türü çıkmıştır. Doktrinde daha çok "*Just-in-Time Sözleşmesi*" olarak isimlendirilen bu sözleşme çalışmada "*Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi*" olarak ifade edilmiştir[7].

---

4 **Wang**, Hunglin/ **Wang**, Hsu-Pin (Ben): Decomposition and Optimal Design of Kanban Systems, Just-in-Time Manufacturing Systems – Operational Planning and Control Issues, Edited by Ahmet Şatır, New York 1991, s. 165; **Nagel**, Bernhard: Der Lieferant On Line – Unternehmensrechtliche Probleme der Just – in – Time – Produktion am Beispiel der Automobilindustrie, DB, 1988, Heft 45, s. 2291 (Nagel, Lieferant); **Wildemann**, Horst: Just – in – Time in F&E, Leitfaden zu Just – in – Time in Forschung, Entwicklung und Konstruktion, 15. Aufl., München 2008, s. 29; **Potinecke**, Herald Werner: Produkthaftung bei Just – in – Time – Systemen, Tübingen 1999, s. 7; **Rosenbaum**, Bernd/**Schramm**, Klaus: Einführung eines kundenorientierten Produktionsverfahrens bei einem mittelständischen Heizungsarmaturenhersteller mit Hilfe von Kanban, Iserlohn 1998, s. 6; **Parıltı**, Nurettin/**Aydoğan**, Enver/**Koçak**, Aydın: Üretim Yönetimi, Ankara 2007, s. 169; **Acar**, s. 10; **Çelikçapa**, s. 240; **Orbak**, A. Yurdun/**Bilgin**, Suzan: Kanban Sisteminin Bir Uygulama Örneği, V. Ulusal Üretim Araştırmaları Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 25 – 27 Kasım 2005, (http://www.iticu.edu.tr/kutuphane/pdf/uas/M01041.pdf) (12.03.2009), s. 289; **Firuzan**, Ali Rıza/**Firuzan**, Esin: Tam Zamanında Üretim Sisteminin Uygulama Düzeylerinin Analizi, DEÜİİBFD, Y. 2000, C. 15, S. 1, s. 151; **Yükçü**, Süleyman: JIT Üretim Sisteminin Maliyet Muhasebesi Uygulamalarına Etkisi, s. 1 (http://www.suleymanyukcu.com/akademik_eserler/ ulusal_makale_31.pdf) (10.04.2009), s. 2 (Yükçü, Maliyet Muhasebesi).

5 **Şahin**, Mehmet/**Eren**, Gülten: İşletmelerde Sıfır Stokla Çalışma Sistemi (JIT), AÜAÖFD, Y. 1994, C. 2, S. 1, s. 43.

6 **Nagel**, Lieferant, s. 2291; **Wildemann**, Horst: Das Just-In-Time-Konzept-Produktion und Zulieferung auf Abruf, 2. Auflage, München 1990, s. 240; **Potinecke**, s. 6.

7 Bu sözleşme Türk Hukukunda ilk defa Korkmaz tarafından incelenmiştir. Yazar sözleşmeyi "tam

Tam zamanında üretim sisteminden ortaya çıkan bir sözleşme olan tam zamanında tedarik sözleşmesi, krize çare olarak kabul edilmiş modern bir sözleşme türüdür. Tam zamanında üretim sistemi yeni bir üretim tarzı olduğundan, tam zamanında tedarik sözleşmesi de uygulama yönünden yeni bir sözleşme türüdür.

I. Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi

Tam zamanında tedarik sözleşmesi yaklaşık 45 yıllık bir geçmişe sahip olduğu için, henüz hukuk sistemlerinde düzenleme konusu yapılmamıştır. Ancak, taraflar sözleşme özgürlüğü, özellikle de sözleşmenin muhtevasını belirleme özgürlüğü ilkesi gereğince böyle bir sözleşmeyi yapabilmektedirler.

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, çok değişik türde iş için, farklı şekillerde yapılmaktadır. Bu sebeple de sözkonusu sözleşmenin tüm yönlerini kapsayacak bir tanım yapılamayacağı konusunda doktrinde görüş birliği vardır[8]. Bu düşünce sebebiyle doktrinde şimdiye kadar hiçbir yazar, tam zamanında tedarik sözleşmesinin tanımını yapmamıştır. Gerçekten de, yazarlar eserlerinde, genellikle tam zamanında üretimin (just-in-time) ne olduğunu açıklamakta ve sonrasında hemen sözleşmenin hukukî niteliği ile ilgili bilgi vermektedirler[9]. Bahsi geçen sözleşme hakkında "*etrafını cami ağyarını mani*" bir tanım yapmak son derece zordur. Anılan sebepler de göz önünde bulundurularak bir tanım yapılması gerekirse, "*tam zamanında tedarik sözleşmesi, bir tarafın (tedarikçinin), sözleşmenin diğer tarafı için bir şey sağlamayı (bir eser meydana getirmeyi veya satmayı), diğer tarafın ise (ana üreticinin), kendisine parça tedarik eden tarafa bir ücret ödemeyi borçlandığı; taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen, yoğun bir güven ve işbirliği içeren, karma, uzun süreli bir çerçeve sözleşmedir.*"

A. Unsurları

1. Sürekli Borç İlişkisi

Sürekli borç ilişkisi "*edimin yerine getirilmesi uzayıp giden zaman içinde tekrarla-*

---

zamanında tedarik sözleşmesi" olarak isimlendirmiştir. Geniş bilgi için bkz. **Korkmaz**, Yakup: Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 44.

8 **Bernhard** – **Eckel**, Stefan: Der Just – in – Time – Vertrag, Baden – Baden 1997, s. 55; **Grunewald**, Barbara: Just – in – time – Geschäfte – Qualitätssicherungsvereinbarungen und Rügelast, NJW., 1995, Heft 28, s. 1777; **Potinecke**, s. 8.

9 Bu konu ile ilgili olarak bkz. **Martinek**, Michael: Moderne Vertragstypen, Bd. III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993, s. 296 vd. (Martinek, Bd. III); **Bremer**, Andreas: "*Just-in-Time*"-Leistungen und ihre vertragliche Absicherung, Norderstadt 2005, s. 21 vd; **Steckler**, Brunhilde: Die rechtlichen Risiken der Just – in – time – Produktion, Stuttgart 1996, s. 11 vd.; **Müller**, Gerd: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 377 HGB, 2. Aufl. München 2009, Rn. 75.

narak veya sürekli bir takım fiil ve hareketlere lüzum gösteriyorsa böyle bir edimi ihtiva eden borç ilişkisine, sürekli borç ilişkisi denir" şeklinde tarif edilmiştir[10]. Sürekli borç ilişkisi kavramı geleneksel olarak anî edimli borç ilişkilerini tamamlayıcı bir kavram olarak kullanılır. Borçlar hukukunda sözleşmeler genellikle anî edimli borç ilişkisi olarak düşünülmüştür.

Sürekli borç ilişkisinin sözkonusu olduğu durumlarda, sözleşmeye bu niteliğini veren aslî edim, sözleşme süresince sürekli hareketlerle veya belirli zaman aralıklarında tekrarlanan edimlerle yerine getirilir[11]. Sözkonusu sözleşmelerde aslî edim yükümü ile zaman arasında sürekli bir ilişki vardır. Süreklilik, belirli veya belirli olmayan bir zamanı kapsar[12]. Bu sebeple sözkonusu ilişkilerde aslî edim, sözleşme sona erinceye kadar ifa edilir[13]. Anî edimli borç ilişkilerinde edimin yerine getirilmesi, borcun sona ermesi anlamına gelmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde ise, ilişki devam ettiği müddetçe, edim fiilinin ifa edilmesiyle amaç her an gerçekleşir. Bu sebeple, bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi için, edim sonucunun, başka bir deyişle alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin bir defada mı olduğu, yoksa zaman içinde bir süreyi mi kapsadığının tespit edilmesi gerekir[14].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, taraflar arasında uzun bir zaman dilimine yayılan sıkı ve güvene dayalı teslim ilişkisi ile bu yolla devam eden kapsamlı iş bağlantıları süreklilik arz eden bir ilişki olarak nitelendirilebilir[15]. Tam zamanında

---

10 **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 11. Benzer tanım ve açıklamalar için bkz. **Kramer**, Ernst A.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009, s. 32; **Gauch**, Peter: System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s. 4 vd.; **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 172. Sürekli borç ilişkisi kavramını ilk kez kullanan Alman hukukçu Otto von Gierke bu kavramı; "*borcun muhtevasını, bir süreye yayılmış edim borcunun teşkil ettiği ilişkiler*" olarak tanımlamıştır. Bkz. **von Gierke**, Otto: Dauernde Schuldverhältnisse, Jher. Jb. 1914, Bd. 64, s. 356 (**Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 4'den naklen). Seliçi ise eserinde; "*asıl edim borçlarından biri "sürekli" olarak nitelendirilebiliyorsa, yer aldığı borç ilişkisini de "sürekli borç ilişkisi" olarak nitelendirmek mümkün olacaktır*" ifadesine yer vermiştir (**Seliçi**, s. 6).

11 **Gauch**, s. 4 vd.; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987, s. 29; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2006, s. 13; **İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 65.

12 **Gauch**, s. 16 vd; **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 2006, s. 34 (Koller, Bd. I); **Huguenin**, s. 13.

13 **Gauch**, s. 4 vd., **Larenz**, s. 29; **Seliçi**, s. 8, **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 196; **Serozan**, s. 169.

14 **Seliçi**, s. 6 – 7; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 10.

15 Tam zamanında tedarik sözleşmesi genellikle bir yıl için kurulur (**Martinek**, Bd. III, s. 296; **Gebhardt**, Hans – Peter: Der Zuliefervertrag, München 1996, s.28). Nagel bu süreyi iki yıl olarak belirtmektedir (**Nagel**, s. 326). Bazen bu süre daha uzun olabilir. Doktrinde azamî sürenin ne

üretim yapmanın ekonomik amaçları sadece üretici ve tedarikçi arasındaki sürekli sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Bu sebeple sözleşme tarafları arasında uzun süreli ve güvene dayalı bir işbirliği gelişir. Üreticinin talebi üzerine ifada bulunabilmek için, tedarikçinin sürekli hazır bulunmasının sağlanması, bu teslim ilişkisinin karakteristik özelliğidir. Üretimin hem üretici hem de tedarikçi nezdinde sorunsuz yürüyebilmesi için, her iki taraf da üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmek mecburiyetindedir. Bu yükümlülükler kalite güvence, AR – GE ve sistemin sürekli geliştirilmesi ile ilgilidir. Yani bahsedilen yükümlülükler bir defaya mahsus olan ve geçici nitelikteki yükümlülükler değildir. Aksine bunlar, tarafların sözleşmenin yürürlük süresince kapsamlı bir şekilde ve sürekli olarak yerine getirmek mecburiyetinde oldukları yükümlülüklerdir[16]. Edimin sözleşme yoluyla borçlanılan kapsamının veya ifa edilen kapsamının sadece zaman faktörü yardımıyla belirlenebilmesi tam zamanında tedarik sözleşmesinin bir diğer karakteristik özelliğidir[17].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisinin yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında, sürekli borç ilişkisi niteliğini taşıyan bir sözleşme olduğu söylenebilir[18]. Tam zamanında tedarik sözleşmesi uzun süreli kurulan bir sözleşme olduğu için güven ve karşılıklı sadakat yükümlülüğü özel bir önem taşımaktadır[19].

2. Çerçeve Sözleşme

Çerçeve sözleşme (Rahmenvertrag) kavramı kanunda tanımlanmamıştır[20]. Bu-

---

kadar olacağı konusunda bir fikir birliği yoktur. Konuyla ilgili olarak Martinek ve Nagel, azamî sürenin beş yıl olabileceği görüşünü savunurken (**Martinek**, Bd. III, s. 296; **Nagel**, s. 326), Bernhard-Eckel "*Martinek tarafından tespit edilen azamî 5 yıllık süre yerinde bir tespit değildir. Bu süreden daha uzun olarak akdedilen sözleşmeler mevcuttur. Örneğin Opel ile Lear Seating arasında akdedilen sözleşmenin süresi 8 yıldır*" demektedir (**Bernhard**-**Eckel**, s. 60, dpn. 177). Bununla birlikte, tam zamanında tedarik sözleşmeleri otomobil sanayisinde özellikle bir sonraki model opsiyonlu olmak üzere bir modelin toplam ömrüne karşılık gelen bir süre için (günümüzde yaklaşık olarak 5 – 6 yıl) kurulur (**Nagel**, s. 326; **Bernhard** – **Eckel**, s. 61, dpn. 178).

16 **Bernhard** – **Eckel**, s. 71; **Bremer**, s. 21.

17 **Bremer**, s. 20 – 21.

18 **Zirkel**, Herbert: Das Verhältnis zwischen Zulieferer und Assembler eine Vertragsart sui generis?, NJW., Y. 1990, C. 6, s. 349; **Nagel**, Bernhard: Schuldrechtliche Probleme bei Just – in – Time – Lieferbeziehungen – dargestellt am Beispiel der Automobilindustrie, DB, 1991, Heft 6, s. 326; **Martinek**, s. 296; **Bernhard** – **Eckel**, s. 71; v**on Sorge**, Christoph/**Knopf**, Dominik: Just in time, Seminar "Internet- und Unternehmensrecht", im Sommersemester 2002, s. 1 (http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/sekr/2002ss/seminar_sester/ 1a_Just% 20in%20 Time.pdf) [24.01.2008]; s. 6; **Bremer**, s. 22; **Gebhardt**, s. 64 vd.

19 **Larenz**, s. 32.

20 **Barlas**, Nami: Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 807 vd.

nunla birlikte, sözleşme özgürlüğü[21] ilkesi doğrultusunda, çerçeve sözleşme yapma konusunda herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

Çerçeve sözleşme; ileride aynı türden birden fazla sözleşme yapmaya niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartları[22] kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde önceden düzenleyen, fakat taraflara esasen bütün içeriği bu sözleşme ile belli edilmemiş münferit sözleşmeleri yapma borcunu yüklemeyen[23] sözleşmelerdir[24]. Bir çerçeve sözleşmede genellikle ileride kurulacak münferit sözleşmelere yönelik olarak, mal teslîminin şekli, zamanı ve ödemelerin nasıl yapılacağı, yetkili yargı yeri ve uygulanacak hukuka ilişkin mutabakatlar ve delil sözleşmesi unsurları yer alır[25].

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, bir çerçeve sözleşme niteliğini taşır. Çünkü, tam zamanında tedarik sözleşmesi somut tedarik, alım ve ödeme yükümlülükleri içermez, bilâkis yapılacak bağımsız satış veya bir eserin meydana getirilmesi sözleşmelerinin, münferit talep üzerine, zaman ve miktarı ile ilgili düzenleyici bilgileri ihtiva eder[26]. Bu sözleşme ile sonradan yapılacak her bir münferit parça sipariş sözleşmesinin ifası için tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenir. Sipariş ve teslimatta nasıl bir usulün izleneceği, siparişlerin teslimat sıklıkları ve muhtemel zamanları, münferit sözleşmelerin yapılması ile ilgili anlaşmalar da bulunur. Yine fiyatların belirlenmesi kıstasları hakkında ve işbirliği temelleriyle ilgili diğer çerçeve sözleşme şartları üzerin-

---

21 Sözleşme özgürlüğü konusunda geniş bilgi için bkz. **Oftinger**, Karl: Die Vertragsfreiheit, FG zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948; **Fischer**, Max: Der Begriff der Vertragsfreiheit, Zürich 1952; **Schnyder**, Bernhard: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Freiburg 1960; **Arnet**, Ruth: Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2008; **Trebilcock**, Michael J.: The Limits of Freedom of Contract, Second Printing, Massachusetts 1997; **Atiyah**, P. S./D. C.L/F.B.A.: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 2003.

22 Örneğin, mal teslîminin şekli ve zamanı, ödemelerin nasıl yapılacağı, uluslararası bir sözleşme ise sözleşmeye hangi devletin hukuk kurallarının uygulanacağı, çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüme bağlanıp bağlanmayacağı gibi (**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 112).

23 Doktrinde, çerçeve sözleşmenin, bazen ilerde münferit sözleşmeleri yapma borcu doğuran bir önsözleşme ile bir arada bulunabileceği de ileri sürülmektedir (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 112, dpn. 61; **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım, Ankara 1988, s. 32 (Tandoğan, C.I/1); **İşgüzar**, s. 33). Bu ihtimalin dışında kalan durumlarda münferit sözleşmeleri yapmaktan kaçınmanın yaptırımı, çerçeve sözleşmeden dönme ve tazminattır (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 112, dpn. 61. Karş. **Barlas**, s. 815 vd.).

24 **Larenz**, s. 88; **Huguenin**, s. 36; **Bucher**, Eugen: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 4. Aufl. Zürich 2007, s. 227; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 112; **Barlas**, s. 808.

25 **Crone**, Von der Hans Caspar: Rahmenverträge, Zürich 1993, s. 235 vd.; **Jahn**, Uwe: Bankrechts –Handbuch (Hrsg. Herbert Schimansky Hermann/Josef Bunte Hans/Jürgen Lwowski), Bd. II, § 114, 3. Aufl. München 2007, Rn. 87; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 112; **Barlas**, s. 810.

26 **Steckler**, s. 15.

de mutabakatlar bulunur[27]. Bu yüzden sözleşme süresince parçaların teslimi, garanti gibi konularda birçok tamamlayıcı sözleşmenin yapılması gerekir[28]. Somut her bir tedarik talebi aracılığıyla alıcı, tedarikçiye, kabulü ile tedarikçinin üretimi ve teslimi sonucunu doğuran münferit sözleşmeyi yapmak için bir öneride (icapta) bulunur[29]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, ikili sözleşme ilişkisi olan iki aşamalı somutlaştırma süreci bulunur: Bir yandan sabit çerçeve sözleşme, diğer yandan tamamlayıcı, somutlaştırıcı ve özellikleri belirleyen bağımsız münferit sözleşmeler bulunur[30].

Ana üretici ihtiyaç duyduğu parçaları piyasada nihai ürüne olan talebe göre, sadece sözleşme yaptığı tedarikçiden almakla yükümlüdür. Bununla ana üretici için tedarikçi ile münferit sözleşmeler yapma yükümlülüğü doğar[31].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçinin ana üreticiye karşı belirli sayıda münferit sözleşme yapmayı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Ana üretici, nihai ürüne olan talebe göre, tedarikçi ile münferit sözleşme akdeder. Elbette bu arada ana üreticinin de tam zamanında tedarik sözleşmesinde anlaşma olmasa bile, münferit sözleşmelerin yapılmasına sadık kalma yükümlülüğü vardır[32].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici, genellikle ileride akdedilecek münferit sözleşmelerin muhtevasını, ürünün ve teslimatın özelliklerini belirleme yetkisini elinde tutar[33]. Ancak edim, ana hatlarıyla tam zamanında tedarik sözleşmesinde önceden tespit edilmiş olmalıdır. Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında, tam zamanında tedarik sözleşmesini, bir çerçeve sözleşme ilişkisi olarak değerlendirmek gerekir[34].

3. Tedarikçinin Bağımsız Olması

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçi, kendi ad ve hesabına işgören

---

27 **Martinek**, Bd. III, s. 300; **Bremer**, s. 23.

28 **Martinek**, Bd. III, s. 299 – 300; **Steckler**, s. 20.

29 **Bremer**, s. 23.

30 **Zirkel**, s. 2; **Nagel**, s. 320; **Martinek**, Bd. III, s. 299; **Bernhard** – **Eckel**, s. 76; **Maischein**, Oliver: Kartellrechtliche Probleme des Just – in – time – Vertrages, Minchen 1997, s. 17.

31 **Bernhard** – **Eckel**, s. 79, dpn. 268.

32 **Bernhard** – **Eckel**, s. 79; **Steckler**, s. 79; **Bremer**, s. 24.

33 **Martinek**, Bd. III, s. 301.

34 **Nagel**, Lieferant, s. 2292; **Nagel**, s. 320; **Martinek**, Bd. III, s. 296; **Bernhard** – **Eckel**, s. 80; **Maischein**, s. 17; **Steckler**, s. 15; **von Sorge /Knopf**, s. 7; **Rinkler**, Axel: Ebenroth/Boujong/ Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 453 HGB, 2. Aufl. München 2009, Rn. 10; **Westermann**, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Schuldrecht Besonderer Teil, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker**),** §§ 433 – 453 BGB, 5. Aufl., München 2008, Vorbemerkung, Rn. 12.

bağımsız bir işletmecidir[35]. Bu unsur, adı geçen sözleşmeyi, kendi ad ve hesabına iş görme unsurunu taşımayan hizmet sözleşmesinden ayırır. Bununla birlikte tedarikçinin, ana üreticinin talimatlarıyla bağlı olması, bu talimatlar doğrultusunda işi yürütmesi ve adeta onun üreticinin bir uç üretim atölyesiymiş gibi iş görmesi[36], bağımsız bir işletmeci olup olmadığı hususundaki tartışmayı ortaya çıkarmaktadır. Tedarikçinin bağımsızlığı denilince hukukî bağımsızlık anlaşılır. Yoksa ekonomik bağımlılık bütün iş görme sözleşmelerinde ortak özelliktir[37].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici ile tedarikçi arasındaki sıkı ilişkiye rağmen, bir hiyerarşik ilişki yoktur. Ana üreticinin talimatları tedarik edilecek parçanın nitelik ve ifasıyla ilgilidir. İşin sevk ve idaresi bakımından bir talimat verme sözkonusu değildir. İşin, işverenin iş yerinde değil de tedarikçinin kendi işyerinde görmesi de bağımsızlık için bir ölçüttür. Ana üretici ile tedarikçi işletmeleri ile ilgili biri diğerinin işletmesi için bir sermaye koymamakta, her iki taraf da kendi işletmelerini kendi sermayeleri ile finanse etmektedirler. Yine işletmelerindeki mallar konusunda serbestçe tasarruf edebilmektedirler. Hem ana üretici hem de tedarikçi kendi ad ve hesaplarına iş görmektedirler. Yukarıda belirtildiği üzere, tedarikçi, ana üreticiden hukukî anlamda bağımsız bir işletmecidir. Tedarikçi bazı tedarik ilişkisi alanlarında geniş ölçüde alıcının talimatlarına tâbi olsa da, kural olarak kendi sorumluluğunda bazı kararları alıp uygulayabilir. Gerçekten de, tedarikçi, bir yandan geniş ölçekli bir entegrasyona rağmen, hukukî bakımdan bağımsız ve kendi sorumluluğunda hareket edebilen bir hukuk süjesidir[38].

4. Ücret (Bedel)

Tam zamanında tedarik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) bir sözleşmedir[39]. Bu tür sözleşmelerde tarafların edimleri, birbirinin varlık sebebini ve karşılığını oluşturur; sözleşmeyle bunların birbiriyle mübadele edilmesi konusunda anlaşılır. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üreticinin tedarik edilecek parça

---

35 **Nagel**, Lieferant, s. 2291; **Bernhard** – **Eckel**, s. 96; **Martinek**, Bd. III, s. 304 vd.; **Steckler**, s. 111; **Bremer**, s. 23; **Maischein**, s. 6; **Gass**, Wolfram: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 407 HGB, 2. Aufl. München 2009, Rn. 157; **von Sorge/Knopf**, s. 11; **Lehmann**, Michael: Just in time Handels- und AGB-rechtliche Probleme, BB., 1990, Heft 27, s. 1849.

36 **Martinek**, Bd. III, s. 291.

37 "*Hukukî bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda, işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukukî, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur*" Yarg. 9. HD, T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602 (www.kazanci.com) [15.10.2009].

38 **Bernhard** – **Eckel**, s. 101; **von Sorge /Knopf**, s. 11.

39 **Nagel**, Lieferant, s. 2292; **Nagel**, s. 326; **Steckler**, s. 15; **Bremer**, s. 24 vd.

karşılığında bir ücret (bedel) ödemeyi taahhüt etmesi, bu sözleşmenin aslî yükümlerindendir[40]. Bu sebeple, tedarik edilen parçanın ücretsiz olarak taahhüt edilmesi durumunda, sözleşme tam zamanında tedarik sözleşmesi olmaz. Çünkü ücret, tam zamanında tedarik sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran önemli bir unsurdur.

Ücretin ödeneceği zaman, sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilir[41]. Ücret ödemesi parça tesliminde olabileceği gibi, dönemler halinde de kararlaştırılabilir.

5. Tarafların Anlaşması

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, rızaî ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sebeple, sözleşmenin kurulabilmesi için her iki tarafın sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir (TBK. m. 1/I). Karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu, sözleşmenin hem objektif[42], hem de sübjektif esaslı noktalarını[43] kapsamalıdır[44]. Bu sözleşmenin tarafları, bir parçanın tedarik edilmesini borçlanan "*tedarikçi (yan sanayici)*" ile ücret ödeme borcu altına giren "*ana üretici*"dir. Tam zamanında tedarik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, tarafların her ikisinin de fiil (sözleşme) ehliyetine sahip olması gerekir.

B. Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesinde Bulunan Diğer Sözleşme Tiplerine Ait Unsurlar ve Özellikler

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde farklı sözleşmelere ait unsurlar ve özellikler bulunmaktadır. Aşağıda bu unsurlar tek tek incelenmiş ve bunların tam zamanında tedarik sözleşmesinin zorunlu unsuru olup olmadığı, sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde bir öneminin bulunup bulunmadığı açıklanmıştır.

---

40 **Nagel**, s. 322; **Martinek**, s. 309 vd; **Bernhard – Eckel**, s. 94; **Steckler**, s. 15; **Maischein**, s. 22; **von Sorge /Knopf**,, s. 11.

41 Steckler, Japonya'da ödemenin teslimatta hemen yapıldığını belirtmektedir (**Steckler**, s. 5).

42 Bir sözleşmedeki objektif esaslı nokta, sözleşme kanunda düzenlenmişse, bu düzenlemedeki tanımlamada yer alan zorunlu unsurlardır. Bu unsurlar kurulmak istenen sözleşmenin asgari içeriğini oluşturur. Başka bir deyişle, bir sözleşmenin kurulabilmesi için, yani bir sözleşmeden söz edebilmek için bulunması zorunlu olan asgari unsurlardır. Bu unsurlar, sözleşmeye tipini veren unsurlardır. Bu sebeple sözkonusu unsurlara sözleşmenin tipik unsurları da denilebilir. İsimsiz sözleşmelerde esaslı noktalar ise sözleşmenin anlam ve niteliğinden anlaşılır (**Eren**, s. 210 – 211; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2009, s. 42 – 43; **Oğuzman/Öz**, 64; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 175; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 11).

43 İrade özerkliğinin doğal sonucu olarak, objektif yönden esaslı nokta olmayan bir unsuru taraflardan biri, sözleşme yapma iradesinin mecburi şartı olarak görüyorsa bu unsur sözleşmenin sübjektif esaslı unsurudur. Örneğin, bir satış sözleşmesinde yan nokta olan şeyi ambalajlama şekli taraflarca sözleşmenin esaslı noktası haline getirilebilir (**Eren**, s. 211; **Kılıçoğlu**, s. 43; **Oğuzman/Öz**, 64 – 65; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 176; **Antalya**, s. 11).

44 **Eren**, s. 205 vd; **Oğuzman/Öz**, s. 61 vd.

1. Satış Sözleşmesine Ait Unsurlar ve Özellikler

Satış sözleşmesi, satıcının bir malvarlığı hakkını alıcıya geçirmeyi[45], alıcının da satıcıya satış konusunun kararlaştırılmış değerini para olarak ödemeyi borçlandığı sözleşmedir[46]. Satış sözleşmesi, temlik borcu doğuran sözleşmelerden olup; "*satılan şey*", "*satış parası*" ve "*satılan ile satış parasının birbiriyle değiştirilmesi üzerine anlaşma*" olmak üzere üç unsurdan meydana gelmektedir[47].

Satış sözleşmesinin konusunu, taşınır ve taşınmaz niteliğindeki tüm nesnel varlığa sahip ve mülkiyet konusu olmaya elverişli olan eşya, doğal güçler (elektrik, gaz gibi), alacaklar, malvarlığına girip de para değeri bulunan tüm haklar oluşturabilir[48]. Satış sözleşmesinin konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olması veya satıcının malvarlığında bulunması gerekmez. Gerçekten de, satıcı bu malı daha sonra elde ederek alıcıya vermeyi yükümlenmişse, böyle bir satış sözleşmesi de geçerlidir[49]. Örneğin, yapılan bir sözleşme ile altı ay sonra toplanacak ürünün teslim edileceğinin kararlaştırılması, ileride bir fabrikada seri halinde imal edilecek eşyanın satışı, inşa edilmemiş bir binada kat mülkiyeti satışı veya müstakbel alacağın devri

---

45 TBK. m. 207'nin gerekçesinde "*818 sayılı Borçlar Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "alıcıya teslim ve mülkiyetini ona nakleylemek borcunu" şeklindeki ibare, Tasarıda "satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devretme borcunu" şeklinde değiştirilmiştir. Taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslime bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da (kısa elden teslim veya hükmen teslim gibi) gerçekleşebileceği göz önünde tutularak, maddede "teslim" yerine, daha kapsamlı olan "zilyetliğin devri" terimi kullanılmıştır.*" açıklamasına yer verilmiştir.

46 **Koller**, Alfred: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR., 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Art 184 OR, Basler 2007, s. 1064 (Koller, Kommentar); **Fikentscher**, Wolfgang: Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992, s. 398 - 399; **Esser**, Josef/**Weyers**, Hans – Leo: Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991, s. 1; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986, s. 6; **Oetker**, Hartmut/**Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, Heidelberg 2004, s. 21 – 22; **Tandoğan**, C. I/1, s. 78; **Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 59; **Zevkliler**, Aydın/**Havutçu**, Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007, s. 47; **Yavuz**, Cevdet/**Özen**, Burak/**Acar**, Faruk: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007, s. 42. 818 sayılı eski BK. m. 182/I'de satış sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; "*Satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder.*" 6098 sayılı yeni TBK. m. 207'de ise "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*" hükmüne yer verilmiştir.

47 **Fikentscher**, s. 399 vd.; **Eser/Weyers**, s. 2 – 3; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 6 – 7; **Aral**, s. 59; **Zevkliler/Havutçu**, s. 48 vd.; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 46 vd.

48 **Koller**, Kommentar, s. 1066; **Fikentscher**, s. 400; **Oetker/Maultzsch**, s. 22; **Tandoğan**, C. I/1, s. 78 – 79; **Aral**, s. 63 vd.; **Zevkliler/Havutçu**, s. 48; **Yavuz/Özen /Acar**, s. 46.

49 **Gauch**, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, s. 37 (Gauch, Werkvertrag); **Koller**, Kommentar, s. 1067; **Fikentscher**, s. 401; **Oetker/Maultzsch**, s. 22; **Zevkliler/Havutçu**, s. 49; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 47.

konularını içeren bir satış sözleşmesi geçerlidir[50]. Ancak ileride imal edilecek şeylerin satışını, eser sözleşmesinde müteahhidin kendi malzemesiyle kendi yerinde hazırlayıp bitince teslim edeceği taşınır eserlerden ayırt etmek bazen güç olabilmektedir[51]. İş sahibinin talimat verme hakkına sahip bulunması halinde, belirli özelliklerde bir ürün istenilmesi halinde eser sözleşmesinin varlığı kolayca benimsenebilir[52]. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, bir bedel karşılığında belli ölçü üzerine sandıklık tahta yapıp teslim edilmesi taahhüdü, seri halinde ve makine ile yapıldığı için herhangi bir sanat özelliği de göstermediğinden, eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesi niteliğinde sayılmıştır[53]. Yine *Gauch*'un da belirttiği gibi, satış konusu şeyi satıcı arada herhangi bir sözleşme ilişkisi olmasa da üretiyorsa veya pazarda sürümü olan bir şey kataloğa ya da numuneye göre üretiliyorsa aradaki ilişki satış sözleşmesidir. Bunun gibi sözleşmenin kurulduğu anda sözleşme konusu eşyanın henüz var olup olmadığı alıcı tarafından bilinmiyor veya onun için fark etmiyorsa yine satış sözleşmesi vardır[54].

Tam zamanında üretim sistemi de en çok otomotiv sanayisinde kullanılmaktadır. Bir otomobilde kullanılan parçaların tamamı özel nitelik taşımaz. Bazı parçalar piyasadan temin edilebilecek, her yerde bulunabilecek sıradan parçalardır. Örneğin, her yerde kullanılabilecek ve bulunabilecek vida veya cıvata bu tür malzemedir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde de özel bir nitelik aranmayan parçaların üretilmesi veya sağlanması halinde satış sözleşmesinin unsur ve özellikleri sözkonusu olur. Satış konusu mal, mislî veya mislî olmayan nitelikte olabilir. Bunun gibi ferdî özellikleriyle belirlenmiş (bireyselleştirilmiş) mallar ve çeşidiyle belirlenen mallar da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir[55].

---

50 **Aral**, s. 67; **Zevkliler/Havutçu**, s. 49. Yarg. 13. HD., T. 14.05.1981, E. 1981/2510, K. 1981/3784. (www.kazanci.com) [05.03.2009].

51 Satış ve eser sözleşmesinin karşılaştırılması için bkz. **Medicus**, Dieter: Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS., Y. 1992, C. 4, s. 273 – 278; **Gauch**, Werkvertrag, s. 36 vd.; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. überarbeitete Aufl., Zürich 2008, s. 92 – 93 (Huguenin, Besonderer Teil); **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1987, s. 42 vd. (Tandoğan, C. II); **Zevkliler/Havutçu**, s. 310; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010, s. 11 – 12.

52 **Gauch**, Werkvertrag, s. 38; **Tandoğan**, C. II, s. 43; **Zevkliler/Havutçu**, s. 310.

53 Yarg. HGK, T. 12.11.1958, E. 1958/46, K. 1958/46. (**Tandoğan**, C. II, s. 43).

54 **Gauch**, Werkvertrag, s. 38. "*Topraktan kat karşılığı denilen bu hukuki ilişki; bir eser (istisna) sözleşmesi değil, bir satım sözleşmesidir. Çünkü bunda önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek (çalışma), satılan kat için özel bir nitelik taşınmamaktadır. Bu nedenle sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır.*" YİBK. T. 24.04.1978, E. 1978/3, K. 1978/4 (www.kazanci.com) [30.11.2010].

55 **Koller**, Kommentar, s. 1068; **Fikentscher**, s. 401; **Eser/Weyers**, s. 16 – 17; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 7; **Tandoğan**, C. I/1, s. 82 vd.; **Zevkliler/Havutçu**, s. 49; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 48.

Satış sözleşmesinin ikinci unsuru, satış parası (bedel)'dır[56]. Alıcının ödemeyi taahhüt ettiği satış parası, satıcının teslim edeceği malın karşılığını oluşturmaktadır (TBK. m. 207)[57]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üreticinin tedarik edilecek parça karşılığında bir ücret (bedel) ödemeyi taahhüt etmesi, bu sözleşmenin aslî yükümlerindendir[58].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde unsurları sözkonusu olan satış, genellikle ticarî satışdır. Ticarî satış TTK. m. 23'de düzenlenmiştir. Anılan maddede, tacirler arasında yapılan ticarî satışların esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine tâbi olacağı belirtildikten sonra, bu tür satışlar hakkında özel bazı düzenlemelere de yer verilmiştir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, sözleşmenin her iki tarafı da genellikle şirket olarak faaliyet gösteren tüzel kişiler olduğu için sözleşme konusu mallarda ticarî işletmeleri ile ilgili olduğundan, burada sözkonusu olan satış sözleşmesi, ticarî satış sözleşmesidir.

Satış sözleşmesinin hukukî niteliğine baktığımızda, bu sözleşmenin borç doğuran, rızaî, tam iki tarafa borç yükleyen, sebebe bağlı (illî) ve anî edimli bir sözleşme olduğu görülmektedir[59]. Tam zamanında tedarik sözleşmesi de borç doğuran, rızaî, tam iki tarafa borç yükleyen ve sebebe bağlı (illî) bir sözleşmedir. Dolayısıyla tam zamanında tedarik sözleşmesi satış sözleşmesinin unsur ve özelliklerini taşımaktadır. Ancak satış sözleşmesinden farklı olarak, tam zamanında tedarik sözleşmesi, yukarıda da açıklandığı üzere, anî edimli bir sözleşme değildir; aksine sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan bir sözleşmedir[60].

2. Eser Sözleşmesine Ait Unsurlar ve Özellikler

Eser sözleşmesi, müteahhidin (yüklenicinin) bir eseri meydan getirmeyi, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir ücret ödemeyi üstlendiği iş görme sözleşmesidir[61].

---

56 **Koller**, Kommentar, s. 1068; **Fikentscher**, s. 401.

57 Satış sözleşmesindeki mal karşılığı verilecek bedelin (semenin), bir miktar para olması gerekir. Şayet sözleşmede bir tarafın borçlandığı mal teslimi edimi karşılığında, diğer taraf bunun karşılığında para değil de mal veriyorsa, bu takdirde satış değil, trampa (mal değişim) sözleşmesinden (TBK. m. 282 vd.) söz edilebilir. TBK. m. 282'de mal değişim sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; "*Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir.*"

58 **Nagel**, s. 322; **Martinek**, s. 309 vd; **Bernhard – Eckel**, s. 94; **Steckler**, s. 15; **Maischein**, s. 22; **von Sorge /Knopf**,, s. 11.

59 **Fikentscher**, s. 402; **Koller**, Kommentar, s. 1065; **Aral**, s. 61 vd.; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 43 vd.

60 Bkz. § 7, I.

61 **Gauch**, Werkvertrag, s. 3; **Fikentscher**, s. 549; **Eser/Weyers**, s 250; **Larenz**, Bd. II, Halfbd. 1, s.341 – 342; **Oetker/Maultzsch**, s. 441 – 442; **Tandoğan, C. II, s. 1 – 2; Aral, s. 315, Erdoğan, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, Y. 1990, C. III, S. 1, s. 135; Zevkliler/Havutçu, s. 304; Yavuz/Özen/Acar, s. 490 – 491; Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002, s. 43; Karataş,**

Eser sözleşmesinin üç unsuru vardır. Bunlardan birincisi bir eser meydana getirme unsurudur[62]. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser, emek ürünü olup, bir bütün görünüşü arzeden, maddî veya maddî olmayan belirli bir iş görme sonucu (Arbeitserfolg)dur. Başka bir deyişle, müteahhidin eser meydana getirme borcu, bir edim fiili değil, edim sonucudur, yani bir sonuç borcudur[63].

Eser sözleşmesinin ikinci unsuru, iş sahibinin meydana getirilecek eser karşılığında ücret ödemeyi taahhüt etmesidir[64].

Eser sözleşmesinin hukukî niteliği ve özelliklerine yakından bakıldığında, bu tür sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu açıkça görülür[65]. Yine bu sözleşmeler sürekli borç ilişkisi değil, anî edimli borç ilişkisi doğururlar[66]. Eser

---

İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 22 vd.; Yarg. HGK. T. 14.06.2006, E. 2006/15 – 275, K. 2006/366. (www.kazanci.com) [05.03.2009]. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 355'inci maddesinde "*istisna sözleşmesi" kavramı kullanılmışken, bu sözleşmeyle ilgili olarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 470'inci maddesinde "eser sözleşmesi" kavramı kullanılmıştır. 6098 sayılı Kanun'da eser sözleşmesi, doktrindeki eleştirileri de dikkate alarak, yeniden düzenlenmiştir.*

62 **Fikentscher**, s. 550; **Eser/Weyers**, s. 255; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 342; **Oetker/Maultzsch**, s. 442.

63 **Gauch**, Werkvertrag, s. 7; **Fikentscher**, s. 550; **Eser/Weyers**, s 255; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s.342; **Oetker/Maultzsch**, s. 442 – 443; **Tandoğan, C. II, s. 4; Aral**, s. 317; **Erdoğan**, s. 134 – 135; **Zevkliler/Havutçu, s. 304; Yavuz/Özen/Acar, s. 491 vd. "***Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur.*" Yarg. 15. HD. T. 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417 (www.kazanci.com) [05.03.2009]. Diğer iş görme sözleşmeleri olan hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde ise işçinin ve vekilin borcu, edim fiilidir (**Aral**, s. 317). Müteahhidin borçlandığı sonuç, emek harcanarak meydana getirilen nesnel varlığı olan bir eser olabilir. Örneğin, bir terzinin sipariş edilen elbiseyi dikmesi, bir mobilya ustasının sipariş edilen mobilyaları yapması gibi. Yine nesnel varlığı olmayan fakat bir bütün oluşturan sonuçlar da eser olabilir. Örneğin, bir reklam kuruluşunun yürüteceği kampanya, bir oyuncular grubunun sahneye koyup oynayacakları oyun, bir film gösterisi, bir şarkıcının konser vermesi gibi (**Zevkliler/Havutçu, s. 304).**

64 **Gauch**, Werkvertrag, s. 33; **Fikentscher**, s. 552; **Baygın**, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 14 vd.; **Tandoğan, C. II, s. 26; Aral**, s. 322; **Erdoğan**, s. 136; **Zevkliler/Havutçu, s. 306; Yavuz/Özen/Acar, s. 497; Altaş, s. 43.**

65 **Gauch**, Werkvertrag, s. 3; **Fikentscher**, s. 549; **Eser/Weyers**, s. 255.

66 **Gauch**, Werkvertrag, s. 4; **Öz**, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 20; **Aral**, s. 316; **Yavuz/Özen/Acar, s. 499**. Karş. "*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 içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda 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.*" YİBK. T. 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; "*İnşaat sözleşmeleri emek ve masrafa dayanan uzun bir zaman sürecine yayılmış olduğundan sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara tabidir.*" Yarg. HGK., T. 27.01.1988, E. 1987/15 – 509, K. 1988/48 (www.kazanci.com) [05.03.2009].

sözleşmesinde, eser meydana getirme ve teslim borçları ifa ile sona erer. Bunlar zaman içinde devam eden (sürüp giden - temadi eden) bir ifaya yönelik değildir[67].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici, sözleşmenin diğer tarafı olan tedarikçiden nihai ürün için bir parçanın üretilmesini talep etmektedir. Bunun için eser sözleşmesinde olduğu gibi, tedarikçi ile ana üretici genellikle nitelikleri belirlenmiş veya niteliklerini birlikte belirleyecekleri (mislî olmayan) bir parçanın üretilip teslim edilmesi konusunda anlaşma yapmaktadırlar. Bunun karşılığında da nihai üretici tedarikçiye bir ücret ödeme borcunu yükümlenmektedir[68].

Tedarikçi tarafından teslim edilen parçaların tamamen teknik talimatlara, üreticinin belirlediği özelliklere (spesifikasyona) göre imal edilmesi tam zamanında tedarik sözleşmesi için genel olarak uygulanan durumdur. Yine tedarikçinin üreticinin uzatılmış bir çalışma tezgâhı olarak tasnif edilmesi[69] de üretilen parçaların çoğu kez sipariş verenin somut isteklerine uygun olduğu, sadece ana üreticinin işletme durumuna göre ayarlandığına, yani ferdî özellikler içerdiği anlamına gelir. Bundan dolayı bunlar değiştirilemez ve en iyi durumda bile tedarikçi için oldukça zor, çoğunlukla hemen hemen artık hiç pazarlanamazlar. Bütün bunlar eser sözleşmesinin varlığına delil olarak sayılabilir[70].

Tam zamanında teslim edilecek parça ürünler alıcı tarafından daha sonra nihai bir ürün elde etmek amacıyla tedarikçiden sipariş edilir. Bu husus teslim edilecek malları seri üretimle üretilecek, başka bir ürün için kullanılamayacak ve bu yüzden mislî mal olarak görülmesi gereken normal ürünlerden ayırır. Alıcı tam zamanında teslim yapmakla yükümlü olan tedarikçiye parça ürünlerin özelliklerini bildirir. Böylece alıcı bu parçayı nihai ürünü için kullanabilir. Alıcının belirlediği özellikte olmayan bir parça alıcı için kullanılabilir bir ürün olmaktan çıkar. Bu olgu özellikle otomotiv sanayisinde belirgin bir şekilde gözlemlenebilir. Otomotiv sanayisinde teslim edilecek parçalar aynı marka otomobilin başka bir modeli için dahi kullanılamaz. Bazen sadece özel bir ürün için kullanılacak vidalar bile sipariş edilebilmektedir. Bu yüzden tedarikçi özel olarak alıcı için ürettiği parçaları piyasada satışa süremez. Bu da tedarikçilerin ürünlerini sadece belirli alıcılara satabilmesi sonucunu doğurur. Bu ürünlerin başka türlü kullanılması pratikte mümkün değildir[71].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, yukarıda açıklandığı üzere, eser sözleşmesinde de olduğu gibi anlaşma, eser meydana getirme ve ücret ödeme unsurları

---

67 Bazen eser sözleşmesinin kurulması ile ifa edilmesi arasında uzun bir süre geçmesi mümkündür. Böyle uzun süreli bir eser sözleşmesinin kurulmuş olması sözkonusu sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere dâhil etmez (**Gauch**, Werkvertrag, s. 4; **Öz**, s. 20 – 21; **Aral**, s. 316).

68 **Bernhard – Eckel**, s. 94.

69 **Lehmann**, s. 1849.

70 **Martinek**, Bd. III, s. 291; **Zirkel**, s. 345 – 346; **Maischein**, s. 26.

71 **Bernhard – Eckel**, s. 89 – 90.

aslî unsurlar olarak bulunmaktadır. Eser sözleşmesinin unsurlarının tamamını içeren bir sözleşme olan tam zamanında tedarik sözleşmesi bu sözleşmeden farklı olarak başka sözleşmelerin unsurlarını da taşımaktadır. Örneğin satış, know – how bunlar arasında yer alır. Bu sebeple, tam zamanında tedarik sözleşmesi için sadece bir eser sözleşmesidir denemez. Aynı zamanda, tam zamanında tedarik sözleşmesi, özellikleri bakımından eser sözleşmesinden farklı nitelik de taşımaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere iki sözleşme arasındaki en büyük fark, eser sözleşmesi anî edimli bir sözleşme iken, tam zamanında tedarik sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmasıdır.

Sonuçta tam zamanında tedarik sözleşmesinin, genel olarak eser sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı yönünde bir tespit yapılabilir[72].

3. Know How Sözleşmesine Ait Unsurlar ve Özellikler

Know-how kavramının[73] tanımı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Ancak doktrindeki hâkim görüş göz önünde tutularak Kırca tarafından şu şekilde bir tanım yapılmıştır; "*Know- how, sınaî alanda, özellikle ticarî ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, genellikle gizli olmakla birlikte, böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve bir patent ile korunmamış bulunan, teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübeleri*" ifade etmektedir[74]. Know-how'ın beş unsuru vardır. Bunlardan birincisi; sınaî hak-

---

72 **Nagel**, s. 323; **Martinek**, Bd. III, s. 299; **Steckler**, s. 81; **Bernhard** – **Eckel**, s. 91; **Maischein**, s. 26; **Bremer**, s. 24 – 25; **von Sorge/Knopf**, s. 9.

73 Know – how kavramı, 19. yüzyıl sonlarından itibaren, sanayi devriminden sonra, meydana gelen ekonomik gelişmelere paralel olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu gelişmeler, çeşitli alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında işbölümü yapma eğilimini ortaya çıkarmıştır. İş bölümünün gelişmesiyle birlikte çeşitli teşebbüsler giderek uzmanlaşmış ve gerek üretim, gerekse işletme yönetimi ve pazarlama alanlarında rekabet avantajı sağlayan bilgi ve deneyimleri elde etmeye başlamışlardır. Bunun sonucunda üretim yapmak isteyen, fakat araştırma, geliştirme ve deneme için gerekli personel ve malzeme masraflarına katlanmak istemeyen kişiler, rekabet avantajından faydalanabilmek için, kendilerine sunulan teknik bilgileri talep eder hale gelmişlerdir. Bunun yanında bazı işletmeciler de üretimi gerçekleştirmek için gerekli hazırlık çalışmalarına önemli yatırımlarda bulunmakta, ancak malların doğrudan doğruya üretimi ve sürümü için para ayırmak istememektedirler. Böylece bu işletmeciler, kendilerinin geliştirdikleri üretim tekniği veya işletme yönetimi ile ilgili bilgileri üretim yapan kişilerin kullanımına sunmaktadırlar. Bundan dolayı, know – how sözleşmesi, sınaî alanda rekabet avantajı sağlayan bilgi ve deneyimlerin devredilmesi ihtiyacını karşılayan bir hukukî kurum olarak ortaya çıkmıştır (**Kırca,** Çiğdem: Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 243; **Öğüz**, Tufan, Know – How Sözleşmesi, İstanbul 2001, s. 1).

74 **Kırca,** s. 245. Benzer tanım ve açıklamalar için bkz. **Martinek**, Michael: Moderne Vertragstypen, Bd. II: Franchising, Know – How Verträge, Management und Consulting Verträge, München 1992, s. 210 – 212 (Martinek, Bd. II); **Troller**, Alois: İsviçre Hukukunda Know – How'ın Korunması, Çev. Ergun Özsunay, BATİDER, Y. 1973, C. VII, S. 2, s. 398; **Baş,** Mustafa: Teknik Bilgi (Know – How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 32 – 33; **Öğüz**, s. 5 vd.; **Erbay**, İsmail: Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 57 vd.

lardan sayılmamasıdır[75]. Know-how'ın diğer bir unsuru, hem teknik alandaki bilgilerden, hem de işletmenin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgilerden oluşmasıdır[76]. Know – how'ın diğer bir unsuru da, herkes tarafından kolayca elde edilmesi mümkün olmayan bilgilerden oluşmasıdır[77]. Bir bilginin know – how olarak kabul edilebilmesi için gerekli bir diğer unsur da, bu bilgilerin patent alınarak korunmamış olması gerekir[78]. Son olarak, know – how niteliğindeki bilgiler üçüncü kişilere devredilebilir olmalıdır[79].

Know-how sözleşmesi ise, taraflardan birine (know-how verene), diğer tarafın (know-how alanın) ödeyeceği bir bedel karşılığında, belirli bir know-how'ı açıklama ve bunun kullanılmasına izin verme borcu yükleyen, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[80]. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi, know-how sözleşmesinin unsurları;

---

75 Gayri maddi mallar, hukuk düzenince hak olarak tanınması halinde bu niteliği kazanırlar. Bunların hak objesi olması konusunda "*numerus clausus ilkesi*" geçerlidir. Hukuk düzeni know – how'ı hak objesi olarak kabul etmemiştir. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, know – how üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hak bulunmaz. Know – how, sahiplerine sadece fiili bir durum oluşturur (**Martinek**, Bd. II, s. 228; **Troller**, s. 397; **Öğüz**, s. 10 vd.).

76 Ekonomik gelişmeye paralel olarak işletmelerin faaliyetlerinin gelişmesi sonucu, teknik alan dışında gerek işletme organizasyonuna ilişkin gerekse de sürüm ve pazarlama alanlarına ilişkin bilgi ve deneyimler de işletmelerin rekabet yeteneğini artırdığı için giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Böylece teknik bilgiler yanında ticarî ve işletme yönetimine ilişkin bilgiler de know – how olarak nitelendirilmiştir. Teknik alana ilişkin olmayan bilgi ve deneyimler ticarî know – how olarak isimlendirilmiştir (**Martinek**, Bd. II, s. 214 vd; **Troller**, s. 397; **Öğüz**, s. 20 vd.).

77 Know – how oluşturan bilgiler genellikle sır niteliğini taşırlar. Ancak, kamuya açıklanmamış olması şartıyla, sır niteliğini taşımayan bilgiler de know – how olarak isimlendirilir. Bu cümleden çıkacak sonuca göre; bir sanayi veya işletme alanında yeterli zaman, işgücü ve mali imkânlar harcanarak, herkesin belli bir çaba sonucu elde edebileceği, bilgi ve işletme tecrübeleri de know – how olarak nitelendirilebilir. Know – how oluşturan bilgi ve deneyimlerin sır niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenirken, know – how verenin değil, know – how alanın somut durumu dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Buna göre, üçüncü kişilerin bilgi ve deneyimlere emek ve masraf harcamaksızın ulaşamayacak durumda olması bunların sır niteliği taşıması için yeterlidir (**Martinek**, Bd. II, s. 218; **Kırca**, s. 246; **Öğüz**, s. 23 vd.).

78 551 sayılı KHK'nin (RG. T. 27.06.1995, S. 22326) 5'inci maddesinde belirtildiği üzere bir buluşun patent olarak korunabilmesi için; "*yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir*" olması gerekir. Patent alınarak korunmuş bilgiler, know – how niteliği taşımazlar (**Kırca,** s. 246 – 247).

79 Sınaî bilgilerin, deneyimlerin ve uygulama tekniklerinin know – how sözleşmesine konu olabilmesi, bu amaca uygun bir şekilde devredilebilir nitelikte olmasına bağlıdır. İnsan zihnindeki bilgilerin know – how olarak nitelendirilebilmesi için bunların başkalarına devredilebilecek bir hale getirilmesi gerekir. Aksi halde, yalnız kişiye özgü, başkalarına açıklanamayan veya devredilemeyen kişisel özellikleri ve yetenekleri içeren bilgiler know – how olarak nitelendirilemez. Know – how'un devri ve açıklanması, bazen yazı ile (tablo, model, liste vb.), bazen de bilgilerin cisimleştiği bir taşınır eşyanın (makine, cihaz, parça vb.) devri ile nadiren de sözlü olarak gerçekleşebilir (**Martinek**, Bd. II, s. 217; **Kırca**, s. 247; **Öğüz**, s. 29).

80 **Martinek**, Bd. II, s. 244; **Kırca,** s. 251 – 252; **Baş**, s. 55; **Erbay**, s. 67.

sözleşme konusu olarak bir know-how'ın bulunması, bunun karşılığı olarak ödenecek bir know-how bedeli[81] ve tarafların anlaşması şeklinde kabul edilmektedir[82].

Know – how transferinin yönü açısından bakıldığında; taraflardan sadece birinin know – how devretme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler tek yönlü, sözleşmenin her iki tarafının da know – how devri yükümlülüğü altında bulunduğu sözleşmeler ise iki yönlü know – how sözleşmeleri olarak nitelendirilir. İki yönlü know – how sözleşmesinin ortaya çıkması, know – how alanın bilgi ve deneyimlerden yararlanması ve bunları pratik olarak uygulaması sonucunda ortaya çıkan gelişmeleri know – how verene devretme yükümlülüğü altına girmesi tarzında gerçekleşmektedir[83].

Know – how transferinde dikkate alınacak an açısından bakıldığında ise, know – how devretme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulduğu anda var olan bilgi ve deneyimlerin devrine ilişkin olabileceği gibi, know – how veren, devrettiği bilgi ve deneyimlerde ileride gerçekleşecek gelişmeleri ve yenilikleri de devretme yükümlülüğü altına girebilir. Sözkonusu durumda ilk halde, know – how devri bir defalık bilgi transferi şeklinde gerçekleşirken (tek edimli know – how sözleşmesi), ikinci halde ise know – how devrinin gerçekleştirilmesi süreklilik arzeder (sürekli bilgi aktarımlı know – how sözleşmesi)[84].

Uzun süreli bir sözleşme olan tam zamanında tedarik sözleşmesinde, sözleşme tarafı olmak için tedarikçinin, üreticinin öne sürdüğü (dayattığı) bütün şartları yerine getirmesi gerekir. Uygulamada bu, kalite standartları, fiyatlar, kararlaştırılan teslim zamanlarına sadık kalmanın yanında belirli çok özel personel ve malî şartların yerine getirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, tedarikçinin malî verileri, hesaplama temelleri, stoklar, kalite kontrolünün denetleme raporları gibi parametreleri açıklaması gerekebilir[85]. Bu şekilde Klebe /Roth'un belirttiği gibi adeta "*camdan bir tedarikçi*" oluşur[86]. Çünkü ana üretici kendisi için saydam olan tedarikçinin işletme

---

81 Know – how alanın borcu, belli bir bedeli ödemektir. Bu bedel, toptan (sabit) olabileceği gibi, ciroya bağlı veya parça başına bedel şeklinde de kararlaştırılabilir (**Martinek**, Bd. II, s. 246 vd.; **Kırca,** s. 252 vd.).

82 **Martinek**, Bd. II, s. 244 vd.; **Kırca,** s. 252 vd.; **Erbay**, s. 67 vd.

83 **Martinek**, Bd. II, s. 224; **Öğüz**, s. 70.

84 **Martinek**, Bd. II, s. 224; **Kırca,** s. 253; **Öğüz**, s. 70. "*Ancak bu ayırım, hukuki anlamda ani edimli ve sürekli know – how sözleşmeleri ile karıştırılmamalıdır. Zira öyle know – how sözleşmeleri olabilir ki, bunlarla tek edimli know – how devri üstlenildiği halde, sözleşme sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyabilir. Sürekli borç ilişkisi oluşturmayan know – how sözleşmelerinde, know – how alan know – how'ı içerik ve süre ile sınırlı olmaksızın serbestçe kullanabilir. Öyle ki, burada know – how veren know – how alana know – how'ı belirsiz bir süre kullanması için bırakmıştır. Diğer taraftan sürekli borç ilişkisi niteliğindeki know – how sözleşmelerinde know – how belirli bir zaman için kullanılmak üzere devredilmektedir.*" **Kırca,** s. 253 – 254.

85 **Maischein**, s. 8.

86 **Klebe**, Thomas/**Roth**, Siegfried: Technische und organisatorische Aspekte des Just-in-Time-Delivery, CR, Y. 1990, C. 6, s. 678 (Maischein, s. 9'dan naklen).

organizasyonu, üretim özellikleri, personel yapısı, kalite güvenliği çalışmaları hakkında geniş bir bilgiye sahip olur. Bundan başka araştırma ve geliştirme hususunda birlikte çalışıldığında, edimlerinin açıklanması aracılığıyla tedarikçi için know – how kaybı riski ortaya çıkar[87].

Tedarikçinin işletme organizasyonunun, ana üreticinin bilgi ağına bağlanmasına, parçaların üreticinin fabrika bandına teslimat usulüne kadar üreticinin ürün ihtiyacına kapsamlı uyumu sözkonusudur. Ana üretici, yeni iş makinelerinin alınmasına, yapılan yatırımlara veya belirli bilgisayar donanım ve yazılımlarının kullanılmasına kadar, tedarikçinin işletmesine müdahale edebilir[88]. Yine, tam zamanında tedarik sözleşmesinde, mal ve hizmetlerin ve buna bağlı olarak koruyucu hakların sürekli olarak geliştirilmesi konusunda tedarikçi teşvik edilmektedir. Tedarikçi üreticinin yapım, üretim, araştırma ve geliştirme departmanlarıyla sıkı bir işbirliği içinde olmalıdır. Taraflar arasındaki sıkı işbirliği aracılığıyla bir taraf diğer tarafın işletme süreçleri ve know – how alanları hakkında kapsamlı bir bilgiye sahip olmaktadır[89]. Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda ana üretici ile tedarikçi arasındaki ilişkinin know – how sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı hususunda bir tereddüt yoktur[90]. Bu sözleşmede tedarikçi seçilirken, o konudaki know – how bilgileri önemlidir. Bununla birlikte, ana üretici de sipariş verdiği parça hakkındaki bilgileri tedarikçi ile paylaşmaktadır. Dolayısıyla tam zamanında tedarik sözleşmesinde hem tek taraflı know – how, hem de iki taraflı know – how transferi mümkün görülmektedir. Birincisinde, tedarikçi, bir taraftan ana üreticiye sağlayacağı parçaları imal ederken veya o parçanın geliştirilmesi için çalışırken elde edeceği teknik bilgileri ana üreticiye vermeli, bu bilgileri başka üreticilerle paylaşmamalıdır. Diğer taraftan, ana üreticinin geliştirip, tedarikçiye imal etmesi için verdiği parçalar üzerinde tedarikçi, gerek AR – GE sözleşmesi gereğince gerekse de üreticinin talebi ile bir sözleşme olmaksızın talep edilen parçanın imal edilmesi veya geliştirilmesi çalışmaları sırasında elde edilen teknik bilgiyi ana üreticiye devretmeli ve bu bilgileri her iki taraf da başkaları ile paylaşmamalıdır[91].

Tedarikçiye sahip olduğu know – how ile AR – GE için yaptığı ilâve harcamaların karşılığı genellikle özel olarak ödenmez. Bu harcamalar ürünün fiyatı hesaplanırken, bu hesaba dâhil edilir[92].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici ile tedarikçi, asıl sözleşmeden

---

87 **Maischein**, s. 9.

88 **Martinek**, Bd. III, s. 301 – 302.

89 **Bernhard** – **Eckel**, s. 60; **von Sorge**/**Knopf**, s. 14.

90 **Martinek**, Bd. III, s. 301 vd.; **Grunewald**, s. 1777; **Bernhard** – **Eckel**, s. 60 vd; **von Sorge**/**Knopf**, s. 14; **Maischein**, s. 8 vd.

91 **Martinek**, Bd. III, s. 301 – 302; **Bernhard** – **Eckel**, s. 60.

92 **Bernhard** – **Eckel**, s. 60.

ayrı olarak bir know – how sözleşmesi yapabilecekleri gibi, yaptıkları tedarik sözleşmesinde de bununla ilgili hükümleri düzenleyebilirler.

4. Ard Arda Teslimli Sözleşmelere Ait Unsurlar ve Özellikler

Türk Borçlar Kanunu kural olarak satıcının borcunun yalnız tek bir teslimle ifa edildiği satışları düzenlemiştir. Ancak uzun bir zaman dilimine yayılan ve birden fazla ifayı kapsayan standart bir satış veya eser sözleşmesi için zaman içerisinde "*ard arda teslimli sözleşme (Sukzessivlieferungsvertrag)*" kavramı ortaya çıkmıştır[93]. Bu tür ilişki, sözleşme taraflarından birinin sözleşme konusu edimi ard arda teslim etmeyi[94], buna karşılık diğer tarafın ise, çoğu zaman para olan karşı edimi, bir defada veya her bir teslimat anında ard arda ifayı üstlendiği sözleşmelerdir[95]. Sözkonusu sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayıracak başlıca ölçüt, borçlunun edimini bir defada teslim etmeyip, birbirini takip eden vadelerde ifa etmesidir[96].

Ard arda teslimli sözleşmede ifanın muhteva olarak somutlaştırılma derecesiyle ilgili iki farklı alt sözleşme türü bulunur[97]. Bunlardan birincisi; sözleşmenin kurulduğu sırada asıl edim yükümlülüğünün toplam miktar bakımından belirli olması veya belirlenebilir olması yönüyle ortaya çıkar. Bu alt sözleşme türüne "*kısmî teslim sözleşmesi (Teillieferungsvertrag)*", "*parti halinde teslim sözleşmesi (Ratenlieferungsvert-*

---

93 Ard arda ifa yalnızca satış ve eser sözleşmelerine özgü bir özellik değildir. Her türlü hukukî ilişkide ard arda ifa mümkündür. Hizmet aktinden doğan ücret borcu, kaydı hayatla iratta irat borcu, faiz borcu konuları itibariyle ard arda ifa edilirler (**Kuntalp**, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 7, dpn. 10). Ard arda teslimli satış sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Sözkonusu Kanun'da satış sözleşmesinin çeşitleri olarak; taşınır satışı (TBK. m. 209 – 236), taşınmaz satışı (TBK. m. 237 – 246), örnek üzerine satış (TBK. m. 247 – 248), beğenme koşuluyla satış (TBK. m. 249 – 252), taksitle satış (TBK. m. 253 – 263), ön ödemeli taksitle satış (TBK. m. 264 – 273) ve açık artırma yoluyla satış (TBK. m. 274 – 281) sayılmıştır. Ancak bunların dışında da satış çeşitleri vardır. Örneğin, ard arda teslimli satış ve mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış (TMK. m. 764 – 765) sözleşmesi.

94 Satıcının veya alıcının imkânları dolayısıyla birden fazla teslimin gerekli olduğu hallerde, ard arda teslimli sözleşme yoktur. Burada tek bir teslimin münferit kısımlara bölünmesi vardır. Örneğin, 100 ton kömürün 10 tonluk bir kamyon ile 10 seferde teslim edilmesi halinde olduğu gibi. Gerçek anlamda ard arda teslimli sözleşmede, ard arda teslim asli bir unsur olarak ortaya çıkar (**Kuntalp**, s. 15).

95 **Von Horstemeier**, Gerrit: Der Sukzessivlieferungsvertrag in Praxis und Rechtsprechung, Dissertation 2006, (http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=980054478&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=980054478.pdf,) [06.02.2008] s. 9; **Herresthal**, Carsten: Leistungsstörungen bei Sukzessivlieferungsverträgen, http://www.carsten-herresthal.de/Herresthal_ZJS_2008_1.pdf (06.02.2008), s. 1; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 5; **Koller**, Kommentar, s. 1070; **Kuntalp**, s. 7.

96 **Kuntalp**, s. 7.

97 **Herresthal**, s. 1 – 2; **Bernhard – Eckel**, s. 13; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 5; **Maischein**, s. 16; **Kuntalp**, s. 9.

rag)" veya "*gerçek ard arda teslim sözleşmesi (echter Sukzessivlieferungsvertrag)*" denir[98]. Bu alt sözleşme türünde sürekli olarak ifaya hazır bulunulmadığı için tipik bir sürekli borç ilişkisi sözkonusu olmaz. İkincisi ise; asıl edimin sözleşmenin kurulduğu sırada toplam miktar ve ifa edilecek münferit edimlerin tarihleri bakımından belirsiz olduğu durumları kapsar[99]. Sözleşme belirsiz bir süre için veya en azından uzun bir süre için kurulur. Tedarikçi bu sözleşme türünde, ilk alt sözleşme türünün aksine sürekli olarak ifaya hazır olmakla yükümlüdür. İkinci alt sözleşme türüne çoğu zaman "*sürekli teslim sözleşmesi (Dauerlieferungsvertrag)*" veya "*abonman sözleşmesi (Bezugsvertrag)*" denir. Bu esnek sözleşme tipine misal olarak tedarik sözleşmeleri (elektrik, gaz, su abonman sözleşmeleri) ve "*bira teslim sözleşmeleri (Bierlieferungsvertrag)"* verilebilir[100]. Bu tür teslim sözleşmelerinde edimin kapsamı belirli olmadığından ve ifaya sürekli olarak hazır bulunulduğundan gerçek bir sürekli borç ilişkisi oluşturur[101]. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ard arda teslimli sözleşmenin sürekli borç ilişkisi şeklinde ortaya çıkması mecburî değildir, hatta çoğu durumda sürekli borç ilişkisi niteliği arzetmez[102]. Fakat tam zamanında tedarik sözleşmesi, taraflar arasında her zaman bir sürekli borç ilişkisi doğurur.

Gerçek (ilk alt türdeki) ard arda teslim sözleşmesinde, baştan itibaren ilişkileri tam olarak düzenleyen standart bir sözleşme tipi arzu edilmektedir. Bu tür bir ard arda teslim sözleşmesi klâsik borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu tür sözleşmelerde edimler somut olarak belirlenmiş veya belirlenebilir tarzda gösterilmiştir. Gerçek ard arda teslimli sözleşme kurulduğu anda, taraflar için hak ve borçlar kesin bir şekilde doğar. Anılan sözleşmelerde edimlerden birinin veya her ikisinin ifası zamana yayılmaktadır. Bu sebeple, her bir teslimat veya ödeme için muacceliyet zamanları farklı olmaktadır. Bununla birlikte, bir çerçeve sözleşme olan tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, karşılıklı edim yükümlerinin somut bir şekilde belirlenmesi sözkonusu değildir. Bu tür sözleşmede taraflar için henüz aslî edimi ifa yükümlülüğü de doğmamaktadır. Bu sebeple, arda arda teslimli sözleşmenin ilk türü, tam zamanında tedarik sözleşmesi ile farklılıklar arzetmektedir[103].

---

98 **Von Horstemeier**, s. 9; **Bernhard** – **Eckel**, s. 13; **Maischein**, s. 16; BGH, *Urteil* vom 05-11-1980 - VIII ZR 232/79 *(München) (NJW, Y. 1981, C. 13, s. 679 – 680);* BGH, *Urteil* vom 6. 10. 1976 - VIII ZR 66/75 *(Nürnberg) (NJW, Y. 1977, C. 1 – 2, s. 35 – 36).*

99 **Von Horstemeier**, s. 9; **Herresthal**, s. 2; **Bernhard** – **Eckel**, s. 13; OLG Saarbrücken 22.11.1995 - 1 U 363/95 – 59 (NJW, Y. 1996, C. 46, s. 3086 – 3087).

100 **Gehrlein**, Markus/**Sutschet**, Holger: Beck'scher Online – Kommentar, (Hrsg. Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), 14. Edition, München 2009, § 311 BGB, Rn. 14; **Kuntalp**, s. 9.

101 **Herresthal**, s. 2; **Bernhard** – **Eckel**, s. 13; **Steckler**, s. 14; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 162, dpn. 236.

102 **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 5; **Herresthal**, s. 2; **Gehrlein/Sutschet**, BGB § 311, Rn. 14; **Kuntalp**, s. 26 - 30; **Seliçi**, s. 13 vd.; **Barlas**, s. 824.

103 **Bernhard** – **Eckel**, s. 13; **Bremer**, s. 22; **Barlas**, s. 823.

Ard arda teslimli sözleşmenin ikinci alt türünün uygulandığı durumlarda, taraflarca ard arda teslimli sözleşmedeki edimin miktarı ve teslim zamanı alıcının ileride, belirli veya belirli olmayan bir süre içinde, sözleşme konusu olan şeye karşı ortaya çıkacak ihtiyaca (talebe) bağlı kılınabilir. Bu durumda alıcının edim konusu şeye karşı ortaya çıkacak ihtiyacını satıcıdan temin etmeyi taahhüt etmesine karşılık, satıcı da alıcının bu önceden tahmin edilemeyen ihtiyacını karşılamak için sürekli ifaya hazır bulunmayı kabul etmiş olur[104]. Yine bu tür sözleşmede taraflar her teslimin miktarını tayin hakkını alıcıya tanıyabilirler. Bununla birlikte, alıcıya her teslimin vadesini belirleme hakkı da tanınabilir[105]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde yapılan anlaşmalara göre teslim edilecek parçaların üretimi ve teslimi uzun bir zaman dilimine yayılan, çok sayıda ve mümkün olduğunca küçük partiler halinde olmalıdır. Yine tam zamanında tedarik sözleşmesinde ürünlerin özellikleri, kapsamı, fiyatı ve teslim tarihi baştan belirlenmez.

Ard arda teslimli sözleşmede, taraflardan birisinin veya her ikisinin borçlandığı edimler ard arda yerine getirilmek üzere zamana yayılmış olsa da, aslında tek bir sözleşme vardır[106]. Bununla birlikte *Kuntalp*'in de[107] belirttiği gibi; "*Edanın dönemli olduğu akitler, birbirini takip eden birden ziyade eda ve binnetice birden ziyade alacak ve borç ihtiva ederler. Bu itibarla ard arda teslimli satım aktinde de, satıcının birden ziyade edası ve borcu vardır. Bu borç ve alacaklar akitle beraber doğarlar; ancak muacceliyetleri, ya birbirini takip edecek şekilde vadelere bağlanmış, veyahutta alacaklının ihbarına bırakılmıştır. Şu halde bu akitte her ifa müstakil bir borcun ifasıdır. Bu bakımdan ard arda teslimli satım aktinin muhtevası esas itibariyle, zaman fasılaları ile ayrılmış müstakil edalardan ibarettir.*" Tam zamanında tedarik sözleşmesinde de çerçeve sözleşmeden sonra yapılan münferit sözleşmeler, birbirinden bağımsız borç doğmasına sebep olur. Bu sözleşmelerle ana üretici tedarikçiden hem bir talepte bulunur, hem de bu sözleşmenin vadesini belirler. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde de ard arda teslimli sözleşmede olduğu gibi[108], her bir borç ve alacak bağımsız oldukları için ayrı bir zamanaşımı süresine bağlıdır.

Tedarikçi tarafından üretilecek olan parçaların tür ve kapsamı ile teslimatların süresi ve fiyatlar daha sözleşme kurulurken önceden belirlenebiliyorsa, bu takdirde tam zamanında tedarik sözleşmesi ard arda teslimli sözleşme şeklinde ortaya çıkar[109]. Ancak tam zamanında tedarik çerçeve sözleşmede taraflar, sadece işbirliği ilişkisi için temel hak ve yükümlülükleri belirlerler, daha sonraki teslimatlar için ne kadar mal

---

104 **Kuntalp**, s. 9.

105 **Kuntalp**, s. 11.

106 **Kuntalp**, s. 21 vd.; **Seliçi** s. 16; **Barlas**, s. 823.

107 **Kuntalp**, s. 20.

108 **Kuntalp**, s. 20.

109 **Martinek**, Bd. III, s. 299.

gönderileceğinin miktarını ve bunun fiyatını belirlemezler. Ancak daha sonra talep edilecek toplu teslimatlar için ele alacakları ölçütleri belirlerler. Genel alım, satım ve teslimat şartları üzerinde anlaşırlar; özellikle de daha sonra üreticinin inisiyatifinde somut teslimat sözleşmeleri için bir sözleşme yapma mecburiyetini öngörürler[110]. Somut olayda tam zamanında tedarik sözleşmesinin çerçeve sözleşmesi mi yoksa ard arda teslimli sözleşme şeklinde mi yapıldığı, yapılan anlaşmalara bakılarak çok zor anlaşılabilir. Ticarî örf ve âdetler dikkate alınarak, tarafların tam zamanında tedarik sözleşmesi kurulması sırasındaki düşüncelerine göre, teslimatlar hakkında başka bir mutabakata varılıp varılmadığı uygulayıcıları için en önemli ayırım ölçütüdür. Çok sayıdaki olayda tam zamanında tedarik sözleşmesinde çerçeve sözleşme özellikleri görülür. Çünkü çerçeve sözleşme içinde ağırlıklı olarak, işbirliğinin hedefleri ve temel şartları hakkında, tedarikçi tarafından tedarik edilecek makineler hakkında her bir siparişin toplu teslimat başına alt ve üst sınırlarıyla beklenen büyüklükleri hakkında, sipariş ve teslimatta nasıl bir usulün izleneceği, siparişlerin teslimat sıklıkları ve muhtemel zamanları, münferit sözleşmelerin kurulması hakkında, fiyatların belirlenmesi kıstasları hakkında ve işbirliği temelleriyle ilgili diğer çerçeve sözleşme şartları üzerinde mutabakatlar bulunur[111]. Bu özellikleri göz önüne alındığında tam zamanında tedarik sözleşmesi, ard arda teslimli sözleşmenin ikinci alt türünün unsurlarını taşıdığı söylenilebilir[112]. Ancak, ard arda teslimli sözleşmede fiyat önceden, sözleşme yapılırken belirlenirken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde fiyat, sonradan değiştirilebilmektedir.

5. Vekâlet Sözleşmesine Ait Unsurlar ve Özellikler

Vekâlet sözleşmesi, "*vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tâbi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmak üzere yüklediği"* bir sözleşmedir[113]. Vekâlet sözleşmesi her şeyden önce borç doğuran rızaî bir sözleşme-

---

110 **Martinek**, Bd. III, s. 300.

111 **Martinek**, Bd. III, s. 300; **Steckler**, s. 15. Karş. **Barlas**, s. 823 – 824.

112 **Martinek**, Bd. III, s. 299 – 300; **Steckler**, s. 14 vd.; **Maischein**, s. 16; **Gehrlein/Sutschet**, BGB § 311, Rn. 14. Karşı görüş için bkz. **Bernhard – Eckel**, s. 75; **Bremer**, s. 23; **von Sorge /Knopf**, s. 7.

113 **Tandoğan**, C II, s. 356. Benzer tanımlar için bkz., **Weber**, Rolf H.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR., 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basler 2007, s. 2382; **Schnyder**, Anton K.: Theo Guhl Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., (Hrsg. Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas), Zürich 2000, s. 546; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 114; **Aral**, s. 389 vd.; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 608; **Zevkliler/Havutçu**, s. 335; **Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s. 70; **Akipek**, Şebnem: Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 31; **Yalçınduran**, Türker: Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 34.

dir[114]. Vekâlet sözleşmesinde sözleşme ile kararlaştırılmış olması veya teamüllerin[115] bulunması hallerinde vekil ücret talep edebilmektedir (TBK. m. 502/III)[116]. Çünkü Kanun'a göre, vekâlet sözleşmesinde vekile ücret ödenmesi, sözleşmenin mecburî bir unsuru değildir[117]. Diğer iş görme sözleşmesi[118] olan hizmet sözleşmesinden farklı olarak burada bağımlılık ilişkisi yoktur[119].

Vekâlet sözleşmesinin unsurlarından birisi bir işin[120] görülmesidir[121]. Buradaki iş görme kavramı hukukî işlemleri içerdiği gibi maddî fiillerin yapılmasını[122] da içermektedir[123]. Vekâlet sözleşmesinin en önemli unsuru ise, söz konusu iş görme ediminin bir başkasının menfaatine yapılmasıdır[124]. Sadece vekilin menfaatine yapılan bir iş görme vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Buna karşılık, hem vekil hem de müvekkilin menfaatine olan iş görmeleri içeren vekâlet sözleşmesinin kurulması mümkündür[125]. Diğer taraftan vekil, edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumludur. Başka bir ifade ile vekâlet sözleşmesiyle vekil, bir edim sonucunu değil,

---

114 **Başpınar**, s. 76; **Yalçınduran**, s. 44.

115 İş görmenin bir serbest meslek olarak yapıldığı durumlarda ücret ödenmesi teamülden sayılır. Bu sebeple avukatların, hekimlerin, mimarların ve muhasebecilerin bir ücret karşılığında iş görmeleri teamüldendir (**Aral**, s. 394; **Zevkliler/Havutçu**, s. 336).

116 Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Yalçınduran**, s. 107 vd.; **Başpınar**, s. 83 vd. TBK. m. 502/III hükmü, vekâleti bir dostluk, hatır işi ve bir şeref hizmeti olarak gören Roma Hukukunun izlerini taşımaktadır. Ancak, günümüzde vekâletin daha çok ücretli olduğu hususunda fiilî bir karine mevcuttur (**Aral**, s. 393; **Yalçınduran**, s. 109; **Başpınar**, s. 84).

117 **Schnyder,** A, s. 547; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 114; **Eser/Weyers**, s. 311 – 312; **Fikentscher**, s. 568; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 409; **Aral**, s. 393 – 394; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 617 vd.; **Zevkliler/Havutçu**, s. 336; **Başpınar**, s. 80.

118 TBK. m. 502/II'de belirtildiği üzere, vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanır.

119 Yarg. 9. HD, T. 04.03.2010, E. 2008/20640, K. 2010/5868; Yarg. 9. HD, T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602; Yarg. 9. HD, T. 23.06.2008, E. 2007/42976, K. 2008/17137 (www.kazanci.com) [21.08.2010].

120 BK m. 386'da bir işin görülmesi için, bir işin idaresi veya hizmetin ifası kavramları kullanılmıştır.

121 Vekâlette süre unsuru yoktur. Bu tür sözleşmede vekilin bir işi görmesi, bir sonuca yönelmesi ve bunun için yoğun emek harcaması sözkonusudur. Buna karşılık hizmet sözleşmesinde ise, işçinin belirli veya belirsiz süreli çalışması durumu vardır (**Zevkliler/Havutçu**, s. 340; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 615; **Yalçınduran**, s. 35; **Fikentscher**, s. 572; **Eser/Weyers**, s. 315; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 413).

122 Maddî fiillerin yapılmasına ilişkin vekâlette vekil herhangi bir maddî fiilin, fiilî bir hizmetin ifasını taahhüt eder. Bu tür vekâlete, doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi, bir mimarın yapıyı kontrol etmesi, özel ders verilmesi, bir hukukçunun mütalaa vermesi, bir muhasebecinin defter tutması örnek olarak gösterilebilir (**Aral**, s. 391; **Başpınar**, s. 73 – 74).

123 **Weber**, s. 2382; **Schnyder,** A, s. 546; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 114; **Tandoğan**, C II, s. 356; **Aral**, s. 391; **Başpınar**, s. 73 vd.; **Yalçınduran**, s. 35 – 36.

124 **Weber**, s. 2382; **Tandoğan**, C II, s. 360 – 361; **Aral**, s. 392; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 614; **Zevkliler/Havutçu**, s. 336; **Başpınar**, s. 72; **Yalçınduran**, s. 38.

125 **Aral**, s. 392.

belirli bir sonuca yönelik edim fiilinde bulunmayı taahhüt etmektedir[126]. Bu sebeple, vekil yüklendiği iş görme edimini özenle yerine getirdikten sonra, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir[127]. Vekil işin görülmesi bakımından bağımsız bir duruma sahiptir. Çünkü, vekil üstlendiği işi görürken müvekkilinin iş organizasyonuna dâhil değildir[128]. Gerçekten de, vekil, faaliyetlerini zaman, yer ve iş görme şartları açısından serbestçe düzenler. Başka bir deyişle, vekilin bağımsızlığı sadece işin görülmesinde müvekkilin talimatlarına uyma bakımından sınırlandırılmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, vekâlet sözleşmesinde ücret ödenmesi sözleşmenin mecburî unsuru değildir. Yani bu sözleşme hem ücretli hem de ücretsiz olabilir[129]. Ancak tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise ücret sözleşmenin mecburî unsurudur. Bu unsur yönüyle vekâletle tam zamanında tedarik sözleşmesi birbirinden ayrılmaktadır.

Daha önceden de ifade edildiği gibi vekil, bir edim sonucunu değil, edim fiilini borçlanmaktadır. Bu sebeple vekil müvekkil adına bir iş görmekle birlikte, bu iş görme sonunda, bir sonuç meydana getirmesi zorunlu değildir. Fakat işin niteliği gereği bir sonuç meydana gelebilir[130]. Vekâlet sözleşmesinde önemli olan vekilin belli yönde işi özenle ve sadakatle görmeye çalışmasıdır[131]. Buna karşılık, tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, tedarikçi bir edim sonucunu üstlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple, mutlaka bir sonucun meydana getirilmesi, başka bir deyişle bir parçanın temin edilmesi gerekir.

Vekâlet sözleşmesinde vekil, gördüğü işi kural olarak başkasının (müvekkilin) menfaatine yapar. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde de buna benzer bir durum sözkonusudur. Tedarik sözleşmesinde olduğu gibi, tedarikçinin kendi sorumluluğunda ve bağımsız olarak yürüttüğü faaliyetlerde ana üreticinin bir menfaati vardır. Yine tedarikçinin ana üreticiye kaliteli ürün vermesinde ana üreticinin menfaati sözkonusudur. Ancak bu durumlarda tedarikçinin de menfaatinin bulunduğu kesindir. Tedarikçi bu bağlamda üreticinin verdiği işleri yerine getirmek için, hem kendi menfaatine hem de geniş ölçüde üreticinin menfaatine olacak şekilde faaliyette bulunur[132]. Diğer taraftan, vekâlet sözleşmesinde vekil, BK. m. 506/I'de sayılan istisnalar dışında,

---

126 **Weber**, s. 2383; **Aral**, s. 393; **Başpınar**, s. 73.

127 **Tandoğan**, C II, s. 364; **Aral**, s. 393; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 615; **Zevkliler/Havutçu**, s. 336; **Başpınar**, s. 73; **Yalçınduran**, s. 40.

128 **Weber**, s. 2387; **Aral**, s. 393; **Zevkliler/Havutçu**, s. 340. Yalçınduran, vekilin müvekkile karşı bağımsız olmasını zorunlu olmayan unsurlar arasında saymaktadır (**Yalçınduran**, s. 46).

129 **Tandoğan**, C II, s. 364; **Zevkliler/Havutçu**, s. 340; **Yalçınduran**, s. 59.

130 **Tandoğan**, C II, s. 363 vd.; **Zevkliler/Havutçu**, s. 340; **Yalçınduran**, s. 58.

131 **Tandoğan**, C II, s. 39.

132 **Zirkel**, s. 350; **Martinek**, Bd. III, s. 302 vd.; **Bernhard – Eckel**, s. 101 vd.; **von Sorge/Knopf**, s. 12.

işi bizzat görmek mecburiyetindedir[133]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, tedarikçinin sözleşmenin konusunu oluşturan parçayı bizzat meydana getirmesi mecburî değildir. Başka bir deyişle tedarikçi ana üreticiye vermeyi borçlandığı parçaları üretirken, aksi kararlaştırılmamışsa alt tedarikçilerden de yararlanabilir.

Vekâlet sözleşmesinde işin görülmesi için yapılan gider ve masraflar vekâlet verene ait olduğu halde[134], tam zamanında tedarik sözleşmesinde parçanın üretilmesi veya sağlanmasına ilişkin her türlü masraf ve giderler genellikle tedarikçiye aittir.

Vekâlette sözleşmeden dönme (azil veya istifa) kural olarak her zaman için mümkündür (TBK. m. 512)[135]. Buna karşılık, tam zamanında tedarik sözleşmesinde bu sonuç, sıkı şartlara bağlanmıştır[136].

Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesinin unsurları, tam zamanında tedarik sözleşmesinin genel karakterine uymaz[137]. Bununla birlikte, tam zamanında tedarik sözleşmesi bazı durumlarda vekâlet sözleşmesi unsurlarını da ihtiva edebilir. Burada tedarikçinin üretim verilerinin kapsamlı olarak hazırlanması ve saklanması ile ilgili yükümlülüğü düşünülebilir. Bundan başka sözleşmede taraflar arasında üretim sürecinin tüm alanları ile ilgili sürekli bir bilgi verme yükümlülüğü bulunur. Çerçeve sözleşme ayrıca tarafların karşılıklı danışma yükümlüğü oluşturmaları halinde de vekâlet sözleşmesi unsurlarını içerebilir. Örneğin, üretici tedarikçiyi kalite denetimi açısından desteklemekle ve tedarikçide zayıf noktalar tespit etmesi halinde ona danışmanlık yapmakla yükümlü olabilir. Bu husus aynı şekilde tam zamanında tedarik altyapısının kurulması ve geliştirilmesi için danışmanlık yapma, ihtiyaçlarını karşılama, rehberlik yapma ve know-how sağlama için geçerlidir. Bu hizmetler, vekâlet sözleşmesi anlamında, özellikle tam zamanında tedarik konusunda tecrübesiz olan tedarikçiler için büyük bir önem arz eder. Diğer taraftan tedarikçi, tedarik ettiği parça ile ilgili uzmanlığı sebebiyle alıcıya ürünün kullanımı ve geliştirilmesi hakkında danışmanlık yapmakla yükümlü olabilir. Bu tür anlaşmalar ise, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir[138].

B. Hukuki Niteliği

Borçlar Kanunu'nda veya diğer herhangi bir kanunda özel ve ayrıntılı olarak dü-

---

133 **Tandoğan**, C. II, s. 456 vd.; **Zevkliler/Havutçu**, s. 340; **Yalçınduran**, s. 59; **Erlüle**, Fulya: Alt Vekalet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 259.

134 **Tandoğan**, C II, s. 40; **Zevkliler/Havutçu**, s. 340; **Yalçınduran**, s. 59.

135 **Yalçınduran**, s. 59.

136 Burada eser sözleşmesine benzer bir durum sözkonusudur. Eser sözleşmesinde dönme konusunda geniş bilgi için bkz. **Öz**, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

137 **Zirkel**, s. 350 vd.; **Bernhard – Eckel**, s. 103; **Bremer**, s. 27 – 28.

138 **Bernhard – Eckel**, s. 95; **Bremer**, s. 25; **Sorge/Knapf**, s. 10; **Tandoğan**, C. II, s. 40.

zenlenmemiş[139] sözleşmelere atipik veya isimsiz sözleşmeler[140] (Innominatverträge) denilmektedir[141]. İsimsiz sözleşmeler kendi içerisinde iki alt türe ayrılmaktadır. Bunlar, kendine özgü sözleşmeler ve karma sözleşmelerdir. Bununla birlikte, doktrinde bileşik sözleşmeler de bu başlık altında incelenmektedir[142].

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda veya diğer herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple, tam zamanında tedarik sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler arasında yer alır.

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş bazı sözleşmelere ilişkin unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Bu sözleşmeler, satış, eser ve vekâlet sözleşmeleridir[143]. Yine anılan sözleşmelerle birlikte kanunlarda düzenlenmeyen ard arda teslimli sözleşme ve know – how sözleşmelerinin de unsurlarını taşımaktadır[144]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, belirtilen sözleşmelerin unsurları kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilerek yeni bir sözleşme teşkil edilmiştir. Dolayısıyla, kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen sözleşmelerin unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda bir araya getiren tam zamanında tedarik sözleşmesi bir karma

---

139 Bir sözleşmenin kanunda düzenlenmesinden amaç, sözleşmenin herhangi bir kanunda yalnızca isminin zikredilmiş olması değil, ayrıca onun tanımının, en azından tipini belirleyen aslî edimlerinin, yani tarafların hak ve borçlarının herhangi bir kanunda hükme bağlanmamış olmasıdır. Bu sebeple, kanunda yalnız ismi zikredilen bir sözleşme isimli değil, isimsiz sözleşmedir. Örneğin, önsözleşme (TBK. m. 29), irtifak sözleşmesi (TMK. m. 781), şerh sözleşmesi (TMK. m. 1009), hâkimiyet sözleşmesi (6102 sayılı TTK. m. 198/III) gibi (**Eren**, Fikret: İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 86; **Aral**, s. 49; **Oktay**, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM, Y. 1995 – 1996, C. LV, S. 1 – 2, s. 264; **Gümüş**, İsimsiz, s. 6.).

140 Kanunda ayrıntılarıyla düzenlenmiş olup olmamalarına göre sözleşmeler, "*isimli sözleşmeler*" ve "*isimsiz sözleşmeler*" olmak üzere ikiye ayrılırlar. Kanunda özel olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan sözleşmelere isimli sözleşmeler (yasal tipik sözleşmeler) adı verilir. Bunlara örnek olarak, satış, bağışlama, kira, eser vb. sözleşmeler sayılabilir (**Tandoğan**, C. I/1, s. 7 vd.; **Eren**, s. 85; **Kuntalp**, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 9 – 10 (Kuntalp, Karışık)) Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen kısmında bazı sözleşmelerin düzenlenmemesi değişik sebeplerden kaynaklanabilir. Bu, kanun koyucunun bazı sözleşmeleri düzenlemek istememesinden kaynaklanabileceği gibi, kanunun yapılması sırasında henüz bazı sözleşmelerin bilinmemesinden de kaynaklanabilir. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler dinamik olan borçlar hukuku alanına yeni sözleşme türleri koymaktadır (**Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 85; **Aral**, s. 49; **Kuntalp**, Karışık, s. 9).

141 **Schluep**, Walter R.: İnnominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, Basel 1979, s. 770; **Huguenin**, Besonderer Teil, s. 209; **Tandoğan**, C. I/1, s. 12; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 86; **Aral**, s. 49; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 19; **Oktay**, s. 263; **Gümüş**, İsimsiz, s. 5 – 6.

142 **Tandoğan**, C. I/1, s. 12 vd.; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91 vd.; **Aral**, s. 51 vd; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008, s. 9.

143 Tam zamanında tedarik sözleşmesi satış ve eser sözleşmesinin bütün unsurlarını taşırken, az veya çok vekalet, ard arda teslimli sözleşme, hizmet, ortaklık gibi sözleşmelerin de unsurlarını taşımaktadır (**Bernhard – Eckel**, s. 104).

144 Tam zamanında tedarik sözleşmesinde bulunan sözleşme tiplerine ait unsurlarla ilgili geniş bilgi için bkz. **Korkmaz**, s. 98 vd.

sözleşmedir[145]. Bu konuda doktrinde görüş birliği sözkonusudur[146].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinin hukukî niteliğinin karma sözleşme olduğuna karar verdikten sonra, bu sözleşmenin karma sözleşmelerin hangi türüne dâhil olduğu incelenmelidir. Bu konuda bir sonuca varabilmek için öncelikle tarafların yükümlülüklerine bakmak gerekir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde genel olarak tedarikçinin, bir parçanın tedariki ve tedarik edilecek parçanın teslimi yükümlülüklerine karşılık, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan ana üreticinin ücret ödeme yükümlülüğü altına girdiği görülmektedir. Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, tam zamanında tedarik sözleşmesinin, kombine tipli karma sözleşmelere[147] dâhil olduğu kabul edilmelidir[148].

Çalışma konusu sözleşme, rızaî ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sebeple, adı geçen sözleşmede, tedarikçinin parça tedarik etme borcuna karşılık, ana üreticinin de ona ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Ücret her parça tesliminde ödenebileceği gibi, belirli dönemler sonunda da ödenebilir.

II. Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

Yeni tedarik ve üretim metotlarının uygulanması ve geliştirilmesi, bu metotlardan kaynaklanan sözleşmelerin hukukî çerçeve şartlarının değişimini de gerekli kılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen klâsik temlik borcu doğuran sözleşmelerin, birçok bakımdan, uzun süreli tam zamanında tedarik sözleşmesinin gerçek özelliklerine uygun olmadığı bir gerçektir. Hâlbuki tam zamanında tedarik sözleşmesinde, öncelikli olarak, taraflar arasında sözleşme kurulurken vadesi belli olan ve isimsiz bir mübadele ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü bu sözleşmede teslim ilişkisi daha çok uzun bir zamana yayılmaktadır. Bu yüzden ifa da buna uygun olarak, kararlaştırılan süreye yayılır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, tam zamanında tedarik sözleşmesinde asıl edim, münferit sözleşme yapmadır. Dolayısıyla tam zamanında tedarik sözleşmesi, münferit sözleşme ile kararlaştırılan edimin ifasıyla sona ermez. Söz-

---

145 Kuntalp'in de belirtiği gibi; bir sözleşmenin unsurlarından sadece birisinin dahi kanunî türlere ait bir unsur olması, o sözleşmenin karma sözleşme olması için yeterlidir. Bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 82. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde satış, eser ve vekâlet sözleşmelerinin unsurları sözkonusu olduğu için, bu sözleşme kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul edilemez. Kaldı ki, sadece bu sözleşmeye özgü olan özel bir unsur da bulunmamaktadır.

146 **Nagel**, s. 327; **Bernhard** – **Eckel**, s. 104; **Steckler**, s. 20; **Maischein**, s. 19; **Bremer**, s. 29; **Gebhardt**, s. 69 vd.

147 Taraflardan birisinin, kanunda düzenlenmiş iki veya daha fazla isimli sözleşmeye ait aslî edimleri üstlenirken, diğer tarafın para ödeme borcu altına girdiği karma sözleşmeye, kombine sözleşme denir. Edim – karşı edim ilişkisi içinde bulunan bu sözleşmelerden birinin geçerliliği diğerinin geçerliliğine bağlıdır. Bu tür sözleşmeye örnek olarak, pansiyon, otelcilik sözleşmeleri ile yatılı okul veya hastaneye kabul sözleşmesi verilebilir. Bkz. **Schluep**, s. 775; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 94 – 95; **Aral**, s. 54 – 55; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 23; **Oktay**, s. 274.

148 **Martinek**, Bd. III, s. 304; **Maischein**, s. 20; **Bremer**, s. 29.

leşmenin sona ermesi edim sonucunun gerçekleştirilmesi ve edim fiilinin yapılması ile ilişkili olmayan hususlara bağlıdır. Somut temlik borcu doğuran sözleşme ilişkisi ayrıca kapsamlı ve işletmeleri birbirine bağlayan bir organizasyon içine yerleştirilmiştir. Bunun dışında tedarikçi tarafından ifa edilecek borç miktar, özellik, fiyat ve ifa zamanı bakımından en baştan belirlenmez, aksine sürekli bir değişime tâbidir[149]. Bu sebeplerle, tam zamanında tedarik sözleşmesi ile benzerlik gösteren diğer sözleşmeler bu başlık altında karşılaştırılıp, anılan sözleşmeyle benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmuştur. Bunlar ortaklık sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve önsözleşmedir.

A. Âdi Ortaklık Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Tam zamanında üretim sistemi anlatılırken belirtildiği üzere, bu sistemde tedarikçi, ana üreticinin sanki bir uzantısı gibi iş görmektedir. Bu sözleşmede taraflar arasındaki uzun süreli ve yoğun işbirliği, bunlarla birlikte ortaya çıkan güven ve bağımlılık ilişkisi de göz önüne alındığında ilk bakışta ortaklık sözleşmesine benzer bir durum sözkonusudur[150]. Aşağıda bu durum ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Ortaklık sözleşmesi en genel anlamıyla iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca erişmek için emek ve/veya sermayelerini birleştirmeyi borçlandıkları sözleşmedir[151]. Ortaklık sözleşmelerinden âdi ortaklık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş iken (TBK. m. 620 – 645), ticaret ortaklıklarına ilişkin sözleşmeler Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK. m. 124 vd.) yer almıştır[152]. Ticaret ortaklıklarına ilişkin esaslar Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıntılı olarak ve kendisine özgü esaslarla düzenlenmiş olduğundan, bu ortaklıklar konumuz dışındadır. Tam zamanında tedarik sözleşmesinin ortaklık sözleşmeleri ile karşılaştırılması incelenirken, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan âdi ortaklığa ilişkin hükümler göz önünde bulundurulacaktır.

Âdi ortaklık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 620/I'inci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; "*Âdi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*"[153].

---

149 **Zirkel**, s. 345; **Bernhard – Eckel**, s. 64.

150 **Martinek**, Bd. III, s. 296; **Bernhard – Eckel**, s. 96; **Bremer**, s. 26.

151 **Yavuz/Özen/Acar**, s. 907; **Yongalık**, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 5.

152 Âdi ortaklık sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun "*Özel Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci kısmında düzenlenmiştir (TBK. m. 620 vd.). Bu sebeple âdi ortaklık bir borçlar hukuku kavramıdır.

153 Bu tanım 818 sayılı eski Borçlar Kanunundaki (m. 520) düzenlemeden, kelimelerinin arılaştırılmasından başka bir hüküm değişikliği içermemektedir. Daha önce tanımda kullanılan ve doktrinde eleştirilen "*ve*" bağlacı yeni Kanun'da da kullanılmaya devam etmektedir. Bununla ilgili olarak gerekçede; "*818 sayılı Borçlar Kanununun 520 nci maddesinin birinci fıkrasındaki "ve" bağlacı, Tasarının 620 nci maddesinin birinci fıkrasında da, ortakların ortaklık payı olarak sadece emeklerini veya mallarını ya da her ikisini birlikte koyabileceklerini ifade etmek üzere kullanılmıştır*." denilmektedir. Bu açıklama kanımızca eleştirilere açıklık getirmek için yeterli değildir. Kanun'daki "*emeklerini ve mallarını"* kavramı yerine, tasarıdaki gibi "*sadece emeklerini veya mallarını ya da her ikisini birlikte*" şeklindeki bir kullanım amacı daha iyi ifade edebilirdi. Bununla birlikte anılan tanım, âdi ortaklığın oluşumu için zorunlu olan "*ortak amaç için birlikte çaba*" unsurunu

Doktrinde de âdi ortaklık hakkında birçok tanım yapılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre âdi ortaklık, emeklerini ve/veya sermayelerini müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, belirledikleri amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı taahhüt eden kişiler tarafından teşkil edilen ve tüzel kişiliği bulunmayan[154] kişi topluluğudur[155].

Âdi ortak sözleşmesinin aslî unsurlarından birisi; kişi unsurudur[156]. Çünkü Türk Borçlar Kanunu âdi ortaklığın oluşumu için en az iki kişinin varlığını şart koşmaktadır[157]. Bununla birlikte Kanunda ortak sayısı bakımından bir üst sınır öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 620'nci maddesinde iki veya daha fazla kimseden bahsedilmiş, bunların gerçek veya tüzel kişi olması belirtilmemiştir. Bu yüzden gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de âdi ortaklıkta ortak sıfatıyla yer alabilmektedirler[158]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, iki veya daha fazla taraf bu sözleşmeyi yapabilir. Bu sözleşmede kişi sınırlaması yoktur. Fakat sözleşme iki veya çok taraflı bir hukuki işlem olduğundan, bu sözleşmenin kurulması için de en az iki tarafa ihtiyaç vardır.

---

da yeterli açıklıkla ifade etmemektedir. Eleştiriler için bkz. **Barlas**, Nami: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 9 vd. (Barlas, Ortaklık); **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku, C. II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973, s.126 vd.; **Yongalık**, s. 2 vd.

154 Yarg. 12. HD., T. 07.10.2008, E. 2008/13412, K. 16601 ve Yarg. 12. HD., T. 16.12.2008, E. 2008/18531, K. 2008/22138, "*Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından aktif ve pasif dava ehliyeti yoktur. Bu nedenle takibin veya davanın bütün ortaklara karşı açılması gerekir.*" www.kazanci.com [05.03.2009].

155 **Barlas**, Ortaklık, s. 13; **Jung**, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Marc Amstutz/ Peter Breitschmid/ Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller – Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo – Jungo/Anton K. Schnyder), Art 530 OR, Zürich 2007, s. 2247; **Fikentscher**, s. 601; **Larenz**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd: II, Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977, s. 335 (Larenz, Bd. II); **Yavuz/Özen/Acar**, s. 907 vd.; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adana 2003, s. 19; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, s. 26.

156 **Jung**, s. 2247; **Larenz**, Bd. II, s. 335; **Yongalık**, s. 5 – 6. TBK. m. 620 'de "…*kişiler*…" sözcüğü kullanılarak, âdi ortaklık tanımında açıkça bu unsura yer verilmiştir.

157 Bu açıklamanın manai muhalifinden (karşıt kavramından), tek kişi ortaklığının âdi ortaklık şeklinde olamayacağı sonucu çıkarılabilir (**Barlas,** Ortaklık, s. 13, dn. 40; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 908; **Hirsch**, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1946, s. 197; **Karayalçın**, s. 57; **Pulaşlı**, s. 14; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** s. 27; **Tekil**, Fehiman: Adî, Kolektif ve Komandit Şirketler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1996, s. 21 vd.). Tek ortaklı şirket konusunda geniş bilgi için bkz. **Atabek**, Reşat: Tek Ortaklı Şirket, BATİDER, Y. 1987, C. XIV, S. 1, s. 23 – 35; **Çevik**, Kemal: Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket, Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 37 – 55.

158 **Jung**, s. 2247; **Barlas**, Ortaklık, s. 14; **Yongalık**, s. 6; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 908; **Pulaşlı**, s. 15; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu),** s. 28. Tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarının bağımsız bir birlik halinde âdi ortaklığa katılamayacağı doktrinde kabul edilmektedir. Gerekçe olarak da, anılan kişi topluluklarının kişi sayılmadıklarına göre, kişiler tarafında oluşturulan bir hukukî birlik olan âdi ortaklıkta ortak sıfatıyla yer alamayacakları belirtilmiştir (**Barlas**, Ortaklık, s. 18; **Yongalık**, s. 6, dn. 19).

Âdi ortaklığın aslî unsurlarından bir diğeri de ortak amaç (müşterek gaye)'dır[159]. İki veya daha çok kişinin ortak bir amacın gerçekleştirilmesi konusunda anlaşmaları, âdi ortaklığın en temel unsurlarından birisidir. Bu sebeple, bir hukukî ilişkinin, âdi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın bütün ortaklar için tek ve aynı olması gerekir[160]. Ortak amaç, bu sözleşmeyi diğer mübadele sözleşmelerinden ayırır. Burada karşılıklı menfaat olmayıp, paralel yani aynı yönde menfaat vardır. Ortak amacın, taraflardan sadece bir kısmı açısından müşterek olması yeterli değildir. Yine, birden fazla kişinin aynı türden şahsi amaçları gerçekleştirmek üzere bir araya gelmeleri durumunda da amacın müşterek olduğundan bahsedilemez[161].

Âdi ortaklık sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi taraflarda ortak bir amacın bulunmasıdır. Ortak amaca ulaşma hukukî ilişkinin odak noktasında bulunur. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde de ana üretici ile tedarikçi arasında ortak bir amacın bulunduğunu destekleyen çok sayıda dayanak noktası bulunmaktadır. Örneğin, üretilecek parçaların nihai ürünün piyasada satış başarısına sıkı sıkıya bağlı olması alıcı ile tedarikçi arasındaki ilişkinin belirgin özelliğidir. Gerçekten de nihai ürünler ne kadar çok satılırsa, tedarikçi de o kadar çok parça ürün üretir. Aksine, talebin gerilemesi durumunda, tedarikçi de ona göre daha az parça ürün üretmek durumunda kalır. Çünkü, tedarikçinin parça ürünleri başka şekilde değerlendirme imkânı genel olarak bulunmaz. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde her iki tarafın da nihai ürünün satış başarısında ortak ve çok önemli bir menfaati bulunur[162]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinin taraflarının ivazlar mübadelesiyle kendi menfaatlerini kollamaları bir önem arz etmez, çünkü ortaklar tarafından güdülen nihai hedeflerin aynı şekilde müşterek olmasına gerek yoktur. Nihai hedefler sadece tarafların, sözleşmenin konusu olmayan saikleridir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde her ne kadar ortak bir hedef belirleme sözkonusu olabilirse de, bunun mutlaka olması gerekli değildir. Bunun için her iki taraf da amaçlarına ulaşmak için sıkı bir işbirliği içine girerler. Çünkü, ortak hedeflerin gerçekleştirilmesi her iki tarafın ekonomik yararınadır. Sözleşme taraflarının ortak menfaat ve hedefleri ortak bir amacı oluşturmak için yeterlidir[163].

Ortaklık sözleşmesinin bir diğer unsuru, amaç doğrultusunda birlikte çalışma (affectio societatis)'dır. Bir hukukî ilişkinin âdi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için, tarafların ortak bir amaç etrafında bir araya gelmiş olmaları yeterli değildir. Bununla birlikte, tarafların ayrıca ortaklığın amacının gerçekleşmesine yönelik faaliyetlere aktif olarak katılmayı, bu şekilde diğer ortaklarla işbirliği yaparak, onlarla bir-

---

159 **Jung**, s. 2248; **Fikentscher**, s. 601; **Larenz**, Bd. II, s. 335; **Barlas**, Ortaklık, s. 19; **Yongalık**, s. 10; **Yavuz/ Özen/Acar**, s. 908; **Pulaşlı**, s. 15; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 32 vd.

160 **Fikentscher**, s. 601; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 909; **Barlas**, Ortaklık, s. 20.

161 **Barlas**, Ortaklık, s. 19.

162 **Zirkel**, s. 350; **Martinek**, Bd. III, s. 297; **Bernhard – Eckel**, s. 96; **Bremer**, s. 26.

163 **Bernhard – Eckel**, s. 97 – 98. Aksi görüş için bkz. **Martinek**, Bd. III, s. 298; **Bremer**, s. 26.

likte çaba sarf etmeyi de üstlenmiş olmaları gerekir[164]. Başka bir deyişle, taraflardan her biri ortak amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmalıdır. Bu cümleden hareketle, taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişki sebebiyle ortak çaba yükümlülüğü yoksa[165] veya var olan ortak çaba yükümlülüğü ortaklık sözleşmesinden kaynaklanmıyorsa[166], bir âdi ortaklıktan söz edilemez. Birlikte çaba unsuru, âdi ortaklığı karşılıklı sözleşmelerden ayıran en önemli kıstastır.

Bir ortaklık sözleşmesinde tarafların ortak amacın gerçekleştirilmesi hususunda birlikte çalışmaları, ortaklık sözleşmesinin önemli unsurlarından birisidir. Aksi halde bir ortaklık sözleşmesinden bahsedilemez. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise tedarikçi, üretimin plânlanması ve karar alma süreçlerine katılma veya etki etme imkânından yoksundur. Uygulamada sadece ana üretici kendi nihai ürününün satışını sevk ve idare etme imkânına sahiptir. Çok sayıda tedarikçi olduğu için, satışların üretici tarafından merkezî olarak sevk ve idare edilmesi gerekir. Eğer üretici tüm tedarikçilerle önceden anlaşmak mecburiyetinde kalırsa, piyasadaki değişikliklere gereken zamanda tepki gösteremez. Bundan dolayı da tedarikçi birlikte çalışma yükümlülüğünü geniş ölçüde talimatlara uyma şeklinde yerine getirir[167]. Başka bir deyişle, tedarikçi ana üreticinin talimatlarına göre istenilen parçayı tedarik etmekle yükümlüdür. Bu durum ortakların eşit haklara sahip olduğu ortaklık ilişkisine yabancıdır[168]. İşbirliği, âdi ortaklıkta hem bir hak hem de bir yükümlülük iken, tedarikçi için salt bir yükümlülük olarak belirmektedir.

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde işbirliği yoğunluğunun yapı unsuruna taraflar açısından bakıldığında katılım değil, bilâkis uyum sağlamak olduğu görülür. Çünkü, üreticinin, kendi işletmesinin üretim yükünü başkasına yükleyerek, işletmesini en uygun şekilde idare etmekte menfaati vardır. Tedarikçinin, üreticinin iş başarısına katılımında ise, ancak dolaylı bir menfaati vardır. Üretici nihai ürün için gerekli olan malzemeleri tedarikçiden ücret karşılığında temin etmektedir. Böylece üretici, tedarikçiyi iş başarısının şans ve risklerinin ortağı yapmaz. Ancak tedarikçinin dolaylı olarak kâr ve zarara katılımı mümkündür[169].

Âdi ortaklık sözleşmesinde ortaklardan her biri diğer ortak veya ortaklardan karşı edimi elde etmek için edim yükümlülüğü altına girmemektedir. Başka bir deyişle, karşı edim, o ortağın kendi edimine nazaran bir karşılık teşkil etmemektedir. Gerçekten de âdi ortaklıkta, diğer sözleşmelerden farklı olarak, karşılıklı ve zıt

---

164 **Jung**, s. 2248; **Larenz**, Bd. II, s. 346; **Sungurbey**, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C. V, İstanbul 1984, s. 617; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 909; **Barlas**, Ortaklık, s. 28; **Pulaşlı**, s. 18 – 19; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 35. Yarg. 13. HD., T. 24.11.1980, E. 1980/6387, K. 1980/6111. (YKD, Y. 1981, C. VII, s. 1454 – 1456).

165 Örnek, hatır için bir amaç etrafında birleşme gibi.

166 Örnek, miras şirketi vb.

167 **Bernhard** – **Eckel**, s. 98.

168 **Bremer**, s. 26.

169 **Martinek**, Bd. III, s. 298.

menfaatler değil, tam aksine aynı yöndeki menfaatler sözkonusudur[170]. Ortaklıktan elde edilecek kazanç payı da bu anlamda bir ivaz olarak kabul edilemez. Çünkü sözkonusu sözleşmede ortaklar, müşterek amaca ulaşmak için, bu uğurda edimlerini birleştirmektedirler. Bu sebeple, katılma payı, edimlerinin ifası diğer ortaklara değil, ortaklığa, başka bir deyişle iştirak halinde hak sahipleri birliğine yapılır. Dolayısıyla ifa edilmesi gereken katılım payı da ortaklık tarafından veya ortaklık adına talep edilir[171]. Açıklanan bu durumlar, âdi ortaklık sözleşmesinin edim değişimini amaçlayan bir mübadele sözleşmesi niteliğini taşımadığını göstermektedir. Bu yüzden, âdi ortaklık sözleşmesini tek taraflı veya eksik iki tarafa borç yükleyen ya da tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak değerlendirmek mümkün değildir[172].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde bir tarafın (tedarikçinin) ana üretici tarafından talep edilen parçanın tedarik edilmesi yükümlülüğü mevcut iken, diğer tarafın da (ana üreticinin) kendisine tedarik edilen parçalar için bir ücret ödemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, tam zamanında tedarik sözleşmesinde, edim yükümleri sözkonusu olan iki tarafın edimlerinin karşılıklı olarak değişimi vardır. Bu sebeple, tam zamanında tedarik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tedarikçi ile ana üreticinin edimleri birbirinin varlık sebebini ve karşılığını oluşturmaktadır. Bu açıklamalar ışığında tam zamanında tedarik sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu açıktır[173]. Bu yönüyle tam zamanında tedarik sözleşmesi, âdi ortaklık sözleşmesinden farklıdır.

Nihayet, tam zamanında tedarik sözleşmesinde, ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi, ortaklığa sermaye koyma unsuru sözkonusu olmamaktadır[174]. Yapılan açıklamalar göz önüne alındığında, tam zamanında tedarik sözleşmesinin, bazı yönlerden ortaklık sözleşmesine benzediği, ancak ortaklık sözleşmesinin unsurlarının tamamını taşımadığı görülmektedir[175]. Tabiî ki bu durum, uygulamada tarafların tam zamanında tedarik sözleşmesini ortaklık sözleşmesi ile birlikte yapmalarına engel teşkil etmez.

---

170 **Fikentscher**, s. 601; **Larenz**, Bd. II, s. 337; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, s. 30. Yarg. HGK., T. 10.04.1991, E. 1991/13 – 76, K. 1991/199; "…*Adi ortaklık sözleşmelerinde ortaklar, öteki sözleşmelerden tamamen farklı olarak, emeklerini ve sermayelerini ortak bir amaç için birleştirdiklerinden, aralarında sıkı bir işbirliği kurulmakta ve güvene dayanan bu işbirliği ilişkisi nedeniyle ortaklar birbirlerinin vekili gibi, ortaklık işlerinden dolayı özenle hareket etmek, ortakları zarara uğratmamakla yükümlü tutulmuşlardır.*" (www.kazanci.com) [20.02.2009].

171 **Larenz**, Bd. II, s. 337; **Barlas**, Ortaklık, s. 46.

172 **Larenz**, Bd. II, s. 337; **Barlas**, Ortaklık, s. 46 – 47. Yarg. HGK. T. 11.12.1963, E. 1963/4 – 26, K. 1963/96; "…*ortaklık, karşılıklı borçları kapsayan bir akit değildir. Herkesin belli bir amaca ermek için bir takım borçlar altına girdiği akittir ki bundaki borçlar, hukuk bakımından bir birinin karşılığı sayılmaz."* (www.kazanci.com) [20.02.2009].

173 **Nagel**, s. 320; **Martinek**, Bd. III, s. 296; **Bernhard** – **Eckel**, s. 55 vd; **Steckler**, s. 14 vdd.; **Bremer**, s. 21.

174 **Martinek**, Bd. III, s. 297.

175 **Zirkel**, s. 350; **Martinek**, Bd. III, s. 298; **Bernhard** – **Eckel**, s. 100; **Bremer**, s. 26; **Gebhardt**, s. 67.

B. Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

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 (TBK. m. 393) [176]. Hizmet sözleşmesinin en önemli unsurunun işveren ile işçi arasındaki bağımlılık unsuru[177] olduğu konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur[178]. Bağımlılık unsuru, işçinin işini, işverenin direktifine uygun bir şekilde görmesi ve emeğini işverenin emrine tahsis etmesi anlamına gelmektedir[179].

---

176 Hizmet sözleşmesiyle ilgili benzer tanımlar için bkz. **Reisoğlu**, Seza: Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 38); **Antalya**, O. Gökhan: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği, YD, Y. 1987, C. 13, S. 1 – 2, s. 123 vd.; **Portmann**, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basler 2007, s. 1745; **Koller**, Alfred: in Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., (Hrsg. Guhl, Theo/ Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas), Zürich 2000, s. 469; **Yavuz /Özen/ Acar**, s. 437; **Zevkliler/Havutçu**, s. 291; **Esener**, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978, s. 126; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 211 vd.

177 Hizmet ilişkisinde bağımlılık kavramı mutlak değil, göreceli bir nitelik taşır. İşçinin, yaptığı işin niteliğine, iş yerindeki hiyerarşik konumuna ve mesleki durumuna göre bağlılık ilişkisi farklı derecelerde olabilir. İş yerindeki üst düzey yöneticilerin, hukukçu, mühendis gibi uzmanlığa sahip kişilerin, vasıflı veya vasıfsız işçilerin işverene bağımlılığı farklı düzeylerde olabilir (**Başterzi**, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, s. 32; **Güzel**, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, s. 28 – 29). Yargıtay'ın bir kararında da bağımlılık; "*Burada sözkonusu olan bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Bununla birlikte, sigortalı sayılabilmek için bunlardan ayrı olarak hizmet sözleşmesinin öngördüğü edimin işverene ait işyerinde görülmesi koşulunun da gerçekleşmiş bulunması gerekir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Yarg. 10. HD. T. 27.02.1984, E. 1984/1132, K. 1984/1166 (YKD. Y. 1984, C. X, S. 6, s. 898 – 900). Dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler bazı durumlarda hizmet sözleşmesinde klasik bağımlılık ilişkisinin zayıflaması sonucunu doğurmaktadır. İletişim teknolojisindeki olağanüstü gelişme sonucunda bilgisayarla işçinin bulunduğu yerden çalışmaya katılabilmesi, internet üzerinden çalışma gibi istihdam türlerine imkân tanımıştır. Bu da geleneksel işin görüleceği yer anlamındaki işyeri kavramının değişmesine yol açmaktadır. Bu gelişmenin sonucu olarak da işverenin işçi üzerindeki yönetim, gözetim ve denetim imkânı azalmakta ve bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına yol açmaktadır (**Güzel**, s. 24 vd.).

178 **Portmann**, s. 1748; **Emmel**, Frank: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Marc Amstutz/ Peter Breitschmid/ Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müler – Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo – Jungo/Anten K. Schnyder), Zürich 2007, s. 1907; **Von Büren,** Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1972, s. 122 vd.; **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 470; **Fikentscher**, s. 534; **Esser/Weyers**, s.238; **Antalya**, O. Gökhan: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği, YD, Y. 1987, C. 13, S. 3, s. 296 vd. BGE 90 II 486 "*Hizmet akdini karakterize eden tabiiyet rabıtası, A'nın faaliyetini B şirketinin nezareti altında yapmasında belirmektedir.*" (**Reisoğlu**, s. 51, dn. 60'dan naklen). YİBK. T. 20.01.1986, E. 1985/6, K. 1986/1; "*İşin işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde, işverene bağlılık kuralı çerçevesinde yapılması esastır.*" Yarg. 10. HD. T. 18.06.1990, E. 1990/2951, K. 1990/6089 "*Yapılan iş, işverenin gözetim ve denetimi altında işyerinde görülmekte ise, aradaki ilişki hizmet sözleşmesine dayalıdır.*" Bunlar ve benzer kararlar için bkz. (www.kazanci.com) [20.02.2009].

179 İşçinin işverene bağlılığı çeşitli şekillerde olabilir. Burada sözkonusu olan hukukî bağlılıktır. Yoksa işçinin iktisaden işverene bağlı olması diğer sözleşmelerden ayırıcı bir rol oynamaz (**Reisoğlu**, s. 51).

Başka bir deyişle, bağımlılık unsurundan amaç, yabancı bir iş organizasyonu içinde, çalışan kişinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışmasını sürdürmesidir. Bu unsur hizmet sözleşmesini iş görme amacına yönelik diğer sözleşmelerden ayıran temel bir unsurdur[180].

Yukarıda da ifade edildiği üzere tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçi, kendi ad ve hesabına işgören bağımsız bir işletmecidir. Bu unsur, adı geçen sözleşmeyi hizmet sözleşmesinden ayırır. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici ile tedarikçi arasındaki sıkı ilişkiye rağmen, bir hiyerarşik ilişki yoktur. Ana üreticinin talimatları tedarik edilecek parçanın nitelik ve ifasıyla ilgilidir. Yoksa tedarikçinin işletmesindeki yönetim, çalışanlarla ilişkiler ve çalışanların ücretinin ödenmesi gibi bağımlılığı gösteren davranışlarla ilgili değildir. İşin sevk ve idaresi bakımından bir talimat verme sözkonusu değildir. Tedarikçi, kendi iş organizasyonu içinde ve ana üreticinin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan çalışmakta, sadece kalite gibi ana üreticinin kendisinden istediği konularda bilgi vermekte veya denetimi kabul etmektedir[181]. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde her iki taraf da işletmesi ile ilgili ekonomik riski kendisi taşımaktadır.

Belirli veya belirsiz bir süre için iş görmenin üstlenilmiş olması hizmet sözleşmesinin diğer bir unsurudur[182]. Hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan hizmetin görülmesi az çok bir süreklilik taşımalıdır[183]. Başka bir deyişle, bu tür sözleşmede sü-

---

180 **Portmann**, s. 1748; **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 469; **Reisoğlu**, s. 51; **Zevkliler/Havutçu**, s. 293; **Esener**, s. 127 vd.; **Süzek**, s. 213; **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2006, s. 73 vd.; **Antalya**, S. 3, s. 304. Yarg. 9. HD, T. 09.02.1999, E. 1998/18888, K. 1999/1810; "*Davalı belli bir süre göstermek suretiyle davacının çalışmasını istemekte ve çalışmasının hangi konuları kapsadığını ve kendisinden talimat alınacağını belirtmektedir. Çalışma süresi belirtildiği gibi gösterilen çalışma saatlerinde kendilerinden emir ve talimat beklenmesi, izne ve tatile çıkmadan önce kendilerine bilgi verilmesi istenmektedir. Zaman ve bağımlılık özellikleri ağır bastığı, işveren ve işveren temsilciliği ilişkisinin ayırıcı özellikleri arasında olduğu ekonomik risk de işverende olduğundan ilişki … hizmet sözleşmesidir.*"; Yarg. 10. HD, T. 18.06.1990, E. 1990/2951, K. 1990/6089; "*Yapılan iş, işverenin gözetimi ve denetimi altında işyerinde görülmekte ise, aradaki ilişki hizmet sözleşmesine dayalıdır. Zaman ve bağımlılık öğeleri yoksa, çalışma ilişkisi istisna sözleşmesine dayanıyor demektir.*" Benzer kararlar için bkz. Yarg. HGK. T. 09.05.2007, E. 2007/13 – 247, K. 2007/262; Yarg. HGK. T. 02.02.2005, E. 2004/10 – 737, K. 2005/26 (www.kazanci.com) [20.02.2009].

181 "*Davacı avukat, aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşamaları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır. Davacı avukat, aynı iş organizasyonda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırmakta, keza işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır. O halde, taraflar arasındaki sözleşmede, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılıktan söz edilemez.*" Yarg. 9. HD, T. 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602 (www.kazanci.com) [15.10.2009].

182 Hizmet sözleşmesi, zaman içinde devamlı bir ilişkiyi ifade etmektedir. Sözkonusu devamlı ilişki işçinin bütün zamanını işverene tahsis etmesi anlamına gelmemektedir. Günde veya haftada bir saat çalışma gibi fasılalı hizmet ifaları da hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir (**Reisoğlu**, s. 50; **Antalya**, S. 4, s. 466).

183 **Portmann**, s. 1747; **Emmel**, s. 1907; **von Büren**, s. 122; **Larenz**, Bd. II, Halbband 1, s. 310. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi değişik kararlarında hizmet görmenin sürekli olması şartını

rekli borç ilişkisi sözkonusudur. Bir tek işin yapılması veya belirli bir sonucun meydana getirilmesinin üstlenilmesi, hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturma yönünden hizmet görme kavramına girmez[184].

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise önceden belirtilmiş olan ve bir bütün teşkil eden bir emek sonucunun (bir parçanın) meydana getirilmesi önemlidir. Başka bir deyişle, tam zamanında tedarik sözleşmesinde, bağımsız bir bütün oluşturan parçanın meydana getirilmesi için emek harcandığı halde, hizmet sözleşmesinde belirli bir süre işveren için emek harcayarak onun gösterdiği iş görülür[185].

Hizmet sözleşmesinde süre önemli bir unsurken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde kural olarak tedarikçi belirli bir süreyle bağlı değildir[186]. Bununla birlikte tam zamanında tedarik sözleşmesinde de bir süre kararlaştırılabilir. Ancak kararlaştırılan bu süre, sonucun meydana getirilmesi için değil, meydana getirilen sonucun (parçanın) teslimi içindir[187].

C. Önsözleşme İle Karşılaştırılması

Tarafların gelecekte borçlandırıcı bir sözleşme kurma konusunda yaptıkları sözleşmeye önsözleşme denir[188]. Önsözleşme TBK. m. 29'da düzenlenmiştir[189]. Sözkonusu madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, sonradan yapılacak asıl sözleşme mutlaka bir borçlanma işlemi niteliği taşımalıdır[190]. Başka bir deyişle, sonradan ya-

---

hizmet sözleşmesinin unsurlarından birisi olarak kabul etmektedir (**Zevkliler/Havutçu**, s. , 292, dn. 11).

184 **Reisoğlu**, s. 50; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 438; **Zevkliler/Havutçu**, s. 292; **Antalya**, S. 4, s. 467 vd.

185 **Zevkliler/Havutçu**, s. 310.

186 Tandoğan eser sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden farkını anlatırken, bir kimsenin belirli bir zamanda belirli olmayan sayıda parça üretimini, ücret karşılığında üzerine alması halinde, kural olarak burada eser sözleşmesinin değil, hizmet sözleşmesinin olduğunu belirtmektedir. Eser ile hizmet sözleşmesi arasındaki bu ayırımı yaparken, belirli sayıda parça üretilecekse, kararlaştırılan sayıda parçanın üretme sonucunun mu, yoksa bunun için gerekli zamanda çalışmanın mı yüklenildiğine bakılması gerektiğini ifade etmektedir (**Tandoğan**, C. II, s. 36).

187 **Maischein**, s. 23.

188 **Kramer**, s. 60; **Kut/Schnyder**, s. 1248; **Larenz**, s. 85; **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 107; **Schwenzer**, İngeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, s. 162; **Merz**, Hans: Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988, s. 148; **Ayrancı**, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 41; **Eren**, s. 277; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 148; **Antalya**, s. 264. İsviçre hukukunda önsözleşme kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu m. 22/I'deki; "*Bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir*" hükmünden alır. Bkz. **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 108. Alman hukukunda ise, BGB'de önsözleşme konusunda bir hüküm yoktur; sözleşme özgürlüğü ve özellikle de sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestîsi temelinde bu tür bir sözleşme geçerli olarak kurulabilir (**Larenz**, s. 86).

189 Türk hukukunda önsözleşme kaynağını Türk Borçlar Kanunu m. 29/I'deki; "*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*" hükmünden alır.

190 Bazı durumlarda asıl sözleşmeyi hemen yapmak hukuken mümkün olmadığı halde, önsözleşme yapılabilir. Örneğin Türk Hukukunda taşınmaz satış vaadi önsözleşme olarak kabul edilmek-

pılacak asıl sözleşme bir borç sözleşmesi olmalıdır. Bu sebeple, sonradan yapılacak sözleşme bir tasarruf işlemi ise, onu hazırlayan borç sözleşmesi bir önsözleşme değildir[191]. Bu açıklamalara göre, satış sözleşmesi hiçbir zaman önsözleşme olamazken, satış vaadi sözleşmesi bir önsözleşmedir[192]. Çünkü satış vaadi sözleşmesi ile bir borç sözleşmesi olan satış sözleşmesinin yapılması taahhüt edilmektedir.

Önsözleşme yaparken önemli olan husus, ileride asıl sözleşmeden doğacak edimler değil, doğrudan doğruya asıl sözleşmenin yapılmasıdır. Önsözleşme asıl sözleşmenin kurulmasını teminat altına alan bir kurumdur; özellikle bu niteliğiyle bir anlam taşır[193]. Asıl sözleşmenin kurulması ile ilke olarak önsözleşme sona erer. Sadece asıl sözleşmenin kurulmuş olması önsözleşmenin yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir[194].

Önsözleşmede, asıl sözleşmeyi kurmak için önceden bağlanılmıştır. Başka bir deyişle o ilişki bakımından karar alma özgürlüğü kaybedilmiştir. Çerçeve sözleşme olarak kurulan tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, taraflar geleceğe yönelik kararlar alma özgürlüklerinden bu tarzda yoksun kalmamaktadırlar. Gerçekten de, sözkonusu sözleşmede taraflar kurulması düşünülen sözleşmelerin sınırlarını çizmek ve bazı esasları önceden belli etmekle, temel mekanizmayı kurmakla yetinmiş ve diğer ayrıntıların belli edilmesini, bu sınır ve esaslar dâhilinde kurulacak münferit sözleşmelere bırakmışlardır[195].

Önsözleşme gelecekteki asıl sözleşmenin kurulmasını sağlamak için yapılır ve asıl sözleşme kurulunca da bu sözleşme sona erer. Tam zamanında tedarik sözleşmesinin asıl amacı, gelecekte bir asıl sözleşme kurmak değildir. Bununla birlikte tam zamanında tedarik sözleşmesinin asıl amacı, kapsamlı bir sözleşmeden sonra kurulacak pek çok ve farklı sözleşmeye ilişkin ortak hükümleri göstermektir. Bu sebeple, münferit sözleşmeler kurulsa bile tam zamanında tedarik sözleşmesi varlığını devam ettirir[196].

---

tedir. Bir kimsenin, henüz kendisine ait olmayan, ölüm döşeğinde yatan babasına ait olan ve kendisinin tek mirasçısı olduğu bir taşınmazı, satmak istemesi durumunda, tapuda resmî satış senedi düzenlemek mümkün olmadığı halde, noter önünde bir taşınmaz satış vaadi yapma imkânı vardır. Bkz. **Çenberci**, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Baskı, Ankara 1986, s. 119 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 103; **Oğuzman /Seliçi /Özdemir – Oktay**, s. 311.

191 **Larenz**, s. 86; **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 107; **Ayrancı**, s. 43 – 44; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 148. Aksi halde, borç sözleşmelerinin çoğunu önsözleşme saymak gerekecektir. Örnek olarak, otomobilini A'ya satan B'nın yaptığı satış işlemini sonradan yapılacak tasarruf işlemine nispetle önsözleşme saymak gibi (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 100).

192 **Ayrancı**, s. 53; **Eren**, s. 277; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 148.

193 **Kut/Schnyder**, s. 1248; **Merz**, s. 149; **Ayrancı**, s. 50; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 103.

194 **Ayrancı**, s. 51.

195 **Bernhard – Eckel**, s. 76.

196 **Bernhard – Eckel**, s. 76.

Önsözleşmede önceden kararlaştırılan bir borç doğurucu sözleşme yapma mecburiyeti var iken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde belirli veya belirsiz bir süre içerisinde birden fazla münferit sözleşmenin yapılması kararlaştırılmaktadır. Ancak burada belirli sayıda sözleşme yapma kararlaştırılmamaktadır. Çünkü, nihai ürüne müşterilerden gelecek talebe göre, münferit sözleşme yapma sayısı artar veya azalır. Önsözleşmede taraflardan birisi asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, diğer taraf gerekli sözleşme kurma beyanı için dava açabilir[197]. Buna karşılık tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, münferit sözleşme, nihai ürün için olacak talebe göre yapılacağından, burada tedarikçi münferit sözleşme yapılması için dava açamaz.

SONUÇ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, kaynak ve işgücü sıkıntısı içinde bulunan Japonya'da Toyota Şirketi tarafından geliştirilmeye başlanılan ve 1970'li yıllardaki enerji krizi ile ülke çapında uygulanmaya konulan tam zamanında üretim sistemi, yeni ve modern bir üretim sistemidir. Bu üretim sisteminin en önemli özelliği verimliliği artırması, sürekli iyileştirme sağlaması, israfı önlemesi ve stok tutmayı en aza indirmesidir. Bu özellikleri sebebiyle sistem, önemli bir kaynak tasarrufu sağlamaktadır. Bunun sonucunda nihai üretici bu kaynağı başka alanlara kaydırmakta ve rekabetin yoğun olarak yaşandığı günümüzde avantaj elde etmektedir. Tam zamanında üretim sistemi, üretim, yönetim, insan kaynakları ve müşteri ilişkileri açısından bütünlük oluşturan bir felsefedir. Yine bu sistem eş zamanlı bir üretim sistemidir. Adı geçen üretim sistemi, özellikle otomotiv ve elektronik üretiminde uygulanmaktadır.

Tam zamanında üretim sisteminde diğer üretim sistemlerinden farklı olarak sık ve küçük miktarlarda teslimatın yapılması ve kalite kontrol ile parça giriş kontrolünün genellikle tedarikçiye kaydırılması gibi özellikler, ana üretici ile ona parça sağlayan tedarikçi arasında özel bir ilişki kurulmasını gerektirmiştir. Bu üretim sisteminin uygulanması ile ortaya yeni bir sözleşme türü çıkmıştır. Bu sözleşmeye "*Tam Zamanında Tedarik Sözleşmesi*" denilmektedir.

Henüz çok yeni bir sözleşme olan tam zamanında tedarik sözleşmesi hukuk sistemlerinde düzenleme konusu yapılmamıştır. Bununla birlikte borçlar hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi sebebiyle taraflarca böyle bir sözleşme yapılabilmektedir.

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir nitelik taşımaktadır. Bu sözleşmede aslî edim, sözleşme süresince talebe göre aralıklarla tekrarlanan edimlerle yerine getirilir. Bu sebeple tedarikçi, ana üreticinin talebi halinde

---

197 **Larenz**, s. 86; **Koller** (**Guhl/Schnyder/Druey**), s. 108. Önsözleşme yapılması halinde, borç doğurucu sözleşme için taraflardan birisi sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, mahkemenin vereceği karar kabul beyanı yerine geçer (**Larenz**, s. 86).

ifada bulunmak için sürekli hazırdır. Bundan da anlaşıldığı üzere sözkonusu sözleşme uzun süreli yapılan bir sözleşmedir. Anılan sözleşme bu yönüyle, satış ve eser sözleşmesinden farklılık göstermektedir. Tam zamanında tedarik sözleşmesi uzun süreli kurulan bir sözleşme olduğu için güven ve karşılıklı sadakat yükümlülüğü özel bir önem taşımaktadır.

Tam zamanında tedarik sözleşmesini, çerçeve sözleşme niteliği taşır. Zira, tam zamanında tedarik sözleşmesi gelecekte uzun süreli tedarik ilişkisini oluşturmak amacıyla kurulur. Adı geçen sözleşme kurulduktan sonra, tedarik edilecek parçalarla ilgili münferit sözleşmelerin müteaddit defalar imzalanması sözkonusudur. Bu sözleşmede tedarik edilecek parçalar, nihaî ürüne piyasada olan talebe göre belirleneceği için, tedarik edilecek parça miktarı ve teslim zamanı çerçeve sözleşme kurulurken belirlenemez. Bunlar daha sonra kurulacak münferit sözleşmelerde belirlenir.

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçi, kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız bir işletmecidir. Tedarikçi, işletmesinin yürütülmesi ile ilgili kararları kendisi alır; çalıştıracağı kişileri ve çalışma zamanını kendisi belirler. Fakat çalışma zamanını belirlerken, tam zamanında tedarik sözleşmesi ile dâhil olduğu üretim sistemindeki eş zamanlı üretime uygun tedarikte bulunmalıdır. Tedarikçinin kendi ad ve hesabına çalışması ve bağımsız olması, bu sözleşmeyi hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden ayırmaktadır.

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, rızaî ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tedarikçinin parça tedarik etme borcuna karşılık, ana üreticinin de ona ücret ödeme borcu bulunmaktadır.

Tam zamanında tedarik sözleşmesi, Türk hukukunda henüz kanun tarafından düzenlenmediğinden isimsiz sözleşmedir. Bu sözleşme, hem kanunda düzenlenmiş satım, eser ve vekâlet sözleşmelerinin, hem de kanunda düzenlenmemiş know – how ve ard arda teslimli sözleşmelerin unsurlarını taşımaktadır. Belirtilen sözleşmelerin unsurları kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilerek yeni bir sözleşme oluşturulmuştur. Bu yüzden tam zamanında tedarik sözleşmesi karma bir sözleşmedir. Adı geçen sözleşmede, tedarikçinin borçları; bir parçanın tedariki, tedarik edilecek parçanın teslimi ve ayıba karşı tekeffüldür. Buna karşılık, ana üreticinin borcu ise; ücret ödeme borcudur. Tarafların borçlarına bakıldığında tam zamanında tedarik sözleşmesinin kombine karma sözleşmeler grubuna dâhil olduğu kabul edilmektedir.

Bir ortaklık sözleşmesinde tarafların ortak amacın gerçekleştirilmesi hususunda birlikte çalışmaları, ortaklık sözleşmesinin önemli unsurlarından birisidir. Aksi halde bir ortaklık sözleşmesinden bahsedilemez. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise tedarikçi, üretimin plânlanması ve karar alma süreçlerine katılma veya etki etme imkânından yoksundur. Tedarikçi ana üreticinin talimatlarına göre istenilen parçayı tedarik etmekle yükümlüdür. Bu durum ortakların eşit haklara sahip olduğu ortaklık

ilişkisine yabancıdır. İşbirliği, âdi ortaklıkta hem bir hak hem de bir yükümlülük iken, tedarikçi için salt bir yükümlülük olarak belirmektedir. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde, ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi, ortaklığa sermaye koyma unsuru sözkonusu olmamaktadır. Tam zamanında tedarik sözleşmesi, bazı yönlerden ortaklık sözleşmesine benzemekle birlikte, ortaklık sözleşmesinin unsurlarını taşımamaktadır.

Tam zamanında tedarik sözleşmesinde tedarikçi, kendi ad ve hesabına işgören bağımsız bir işletmecidir. Bu unsur, adı geçen sözleşmeyi hizmet sözleşmesinden ayırır. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde ana üretici ile tedarikçi arasındaki sıkı ilişkiye rağmen, bir hiyerarşik ilişki yoktur. Tam zamanında tedarik sözleşmesinde her iki taraf da işletmesi ile ilgili ekonomik riski kendisi taşımaktadır. Hizmet sözleşmesinde bir süreç borçlanılırken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde bir sonuç borçlanılmaktadır. Hizmet sözleşmesinde süre önemli bir unsurken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde kural olarak tedarikçi belirli bir süreyle bağlı değildir.

Önsözleşmede önceden kararlaştırılan bir borç doğurucu asıl sözleşmeyi yapma mecburiyeti var iken, tam zamanında tedarik sözleşmesinde, asıl sözleşme değil, belirli veya belirsiz bir süre içerisinde birden fazla münferit sözleşmenin yapılması kararlaştırılmaktadır. Ancak burada belirli sayıda sözleşme yapma kararlaştırılmamaktadır. Önsözleşme gelecekteki asıl sözleşmenin kurulmasını sağlamak için yapılır ve asıl sözleşme kurulunca da bu sözleşme sona erer. Tam zamanında tedarik sözleşmesinin asıl amacı, gelecekte bir asıl sözleşme kurmak değildir. Bu sebeple, münferit sözleşmeler kurulsa bile tam zamanında tedarik sözleşmesi varlığını devam ettirir. Önsözleşmede taraflardan birisi asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, diğer taraf gerekli sözleşme kurma beyanı için dava açabilir. Buna karşılık tam zamanında tedarik sözleşmesinde ise, münferit sözleşme, nihai ürün için olacak talebe göre yapılacağından, burada tedarikçi münferit sözleşme yapılması için dava açamaz. Bütün bu anlatılanlar göz önünde tutulduğunda tam zamanında tedarik sözleşmesi önsözleşme olmadığı ve aralarında önemli farklılıklar bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.

İşletme ve ekonomi kaynaklı yeni sözleşme türleri incelenirken, sözkonusu bilimlerin verilerinden yararlanılmalıdır. Yoksa incelenen sözleşme türünün hukukî niteliğinin belirlenmesi zor olur. Yine sözleşme türlerini birbirinden ayırırken kullanılan mübadele sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi ayırımı artık önemini kaybetmektedir. Çünkü, bu ayırım, her türlü ilişkiyi açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Tedarikçi ile ana üretici arasındaki ilişkiye bakarken, bir çırpıda bu ilişkinin mübadele ilişkisi olduğunu söylemek güçtür.

KAYNAKÇA*[198]

Acar, Nesime: Tam Zamanında Üretim, 6. Basım, Ankara 2003.

Acar, Durmuş/**Ömürbek**, Nuri/**Eroğlu**, A. Hüsrev: Tam Zamanında Üretim Sisteminin Tekstil Sektöründeki Uygulama Boyutları, ÇÜİİBFD, Y. 2006, C. 7, S. 1, s. 21 – 40.

Akipek, Şebnem: Alt Vekâlet, Ankara 2003.

Altaş, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara 2002.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Antalya, O. Gökhan: Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği, YD, Y. 1987, C. 13, S. 1 – 2, s. 123 – 141 (Antalya, S. 1 – 2); S. 3, s. 288 – 304 (Antalya, S. 3); S. 4, s. 456 – 480 (Antalya, S. 4).

Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.

Arnet, Ruth: Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2008.

Atabek, Reşat: Tek Ortaklı Şirket, BATİDER, Y. 1987, C. XIV, S. 1, s. 23 – 35.

Atiyah, P. S./D.C.L/F.B.A.: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 2003.

Ayrancı, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006.

Barlas, Nami: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998 (Barlas, Ortaklık).

Barlas, Nami: Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 807 – 828.

Baş Mustafa: Teknik Bilgi (Know – How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000.

Başpınar, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.

Başterzi, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007.

Baygın, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

Bernhard – Eckel, Stefan: Der Just – in – Time – Vertrag, Baden Baden 1997.

Bremer, Andreas: "Just-in-Time"-Leistungen und ihre vertragliche Absicherung, Norderstedt 2005.

Bucher, Eugen: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Art. 22, 4. Aufl., Basler 2007.

Von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1972.

Cheng, T.C. Edwin/**Podolsky**, Susan: Just-in-Time Manufacturing – An Introduction, Second Edition, London 1996.

Çevik, Kemal: Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket, Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 37 – 55.

---

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2006.

Çelikçapa, Feray Omdan: Üretim Yönetimi ve Teknikleri, Bursa 2000.

Çenberci, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Baskı, Ankara 1986.

Von der Crone, Hans Caspar: Rahmenverträge, Zürich 1993.

Dönmez, Hüseyin: Tam Zamanında Üretim (JIT), Üretim ve Hizmet Süreçlerinin Yönetimi, Editör, Erkan Bayraktar, İstanbul 2007, s. 389 – 412.

Emmel, Frank: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Marc Amstutz/ Peter Breitschmid/ Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müler – Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo – Jungo/Anten K. Schnyder), Art 530 OR, Zürich 2007.

Erbay, İsmail: Know-How Sözleşmesi, Ankara 2002.

Erdoğan, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, Y. 1990, C. III, S. 1, s. 135 – 172.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2010.

Eren, Fikret: İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 85 – 111 (Eren, İsimsiz Sözleşmeler).

Erlüle, Fulya: Alt Vekâlet, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 259 – 270.

Esener, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.

Esser, Josef/**Weyers**, Hans – Leo: Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 7. Aufl., Heidelberg 1991.

Feyyat, Canan: Toyotizm Üzerine, Taiichi Ohno, Toyota Ruhu, Çev. Canan Feyyat, 2. Baskı, İstanbul 1998.

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin 1992.

Firuzan, Ali Rıza/**Firuzan**, Esin: Tam Zamanında Üretim Sisteminin Uygulama Düzeylerinin Analizi, DEÜİİBFD, Y. 2000, C. 15, S. 1, s. 151 – 169.

Fischer, Max: Der Begriff der Vertragsfreiheit, Zürich 1952.

Gass, Wolfram: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 407 HGB, 2. Aufl. München 2009.

Gauch, Peter: System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.

Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (Gauch, Werkvertrag).

Gebhardt, Hans – Peter: Der Zuliefervertrag, München 1996.

Gehrlein, Markus/**Sutschet**, Holger: Beck'scher Online – Kommentar, (Hrsg. Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), § 311 BGB, 14. Edition, München 2009.

Grunewald, Barbara: Just – in – time – Geschäfte – Qualitätssicherungs-vereinbarungen und Rügelast, NJW, 1995, Heft 28, s. 1777 – 1784.

Guhl, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2010 (Gümüş, İsimsiz).

Güzel, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, s. 15 – 46.

Hay, Edward J.: Tam Zamanında Yönetim, Yeni Üretim Temellerinin Uygulanması, (Yay. Haz. Mustafa Türkmenoğlu), İstanbul 2000.

Herresthal, Carsten: Leistungsstörüngen bei Sukzessivlieferungs- verträgen, http://www.carsten-herresthal.de/ Herresthal_ZJS_2008 _1. pdf (06.02.2008).

Hirsch, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1946.

Von Horstemeier, Gerrit: Der Sukzessivlieferungsvertrag in Praxis und Rechtsprechung, Dissertation 2006. http://deposit.ddb.de/cgibin/dokserv?idn=980054478&dok_var=d1&dok_ ext=pdf&filename=980054478.pdf (16.05.2008).

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2006.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. überarbeitete Aufl., Zürich 2008 (Huguenin, Besonderer Teil).

İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.

Jacobs, F. Robert/**Chase**, Richard B./**Aquilano**, Nicholas J.: Operations and Supply Management, Twelfth Edition, New York 2009.

Jahn, Uwe: Bankrechts –Handbuch (Hrsg. Herbert Schimansky Hermann/Josef Bunte Hans/Jürgen Lwowski), Bd. II, § 114, 3. Aufl. München 2007.

Jung, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Marc Amstutz/ Peter Breitschmid/ Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müler – Chen/ Vito Roberto/Alexandra Rumo – Jungo/Anten K. Schnyder), Art 530 OR, Zürich 2007.

Karataş, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, C. II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara 2009.

Kırca, Çiğdem**:** Know-How Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 243 – 268.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008.

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 2006 (Koller, Bd. I).

Koller, Alfred: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR., 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Art 184 OR, Basler 2007 (Koller, Kommentar).

Kramer, Ernst A.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009.

Kuntalp, Erden: Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968.

Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971 (Kuntalp, Karışık).

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd: I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd: II, Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977 (Larenz, Bd. II).

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1986 (Larenz, Bd. II, Halbband. 1).

Lehmann, Michael: Just in time Handels- und AGB-rechtliche Probleme, BB., 1990, Heft 27, s. 1849 - 1855.

Maischein, Oliver: Kartellrechtliche Probleme des Just – in – time – Vertrages, München 1997.

Martinek, Michael: Moderne Vertragstypen, Bd. II: Franchising, Know – How Verträge, Management und Consulting Verträge, München 1992 (Martinek, Bd. II).

Martinek, Michael: Moderne Vertragstypen, Bd. III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993 (Martinek, Bd. III).

Medicus, Dieter: Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS., 1992, Heft 4, s. 273 – 278.

Merz, Hans: Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988.

Monks, Joseph G.: Operations Management, Second Edition, New York, 1996.

Müller, Gerd: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 377 HGB, 2. Aufl. München 2009.

Nagel, Bernhard: Der Lieferant On Line – Unternehmensrechtliche Probleme der Just – in – Time – Produktion am Beispiel der Automobilindustrie, DB, 1988, Heft 45, s. 2291 – 2294 (Nagel, Lieferant).

Nagel, Bernhard: Schuldrechtliche Probleme bei Just – in – Time – Lieferbeziehungen – Dargestellt am Beispiel der Automobilindustrie, DB, 1991, Heft 6, s. 319 – 326.

Oetker, Hartmut/**Maultzsch**, Felix: Vertragliche Schuldverhältnisse, Heidelberg 2004.

Oftinger, Karl: Die Vertragsfreiheit, FG zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948.

Oğuzman Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2009.

Oktay, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM, Y. 1995 – 1996, C. LV, S. 1 – 2, s. 263 – 296.

Orbak, A. Yurdun/**Bilgin**, Suzan: Kanban Sisteminin Bir Uygulama Örneği, V. Ulusal Üretim Araştırmaları Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 25 – 27 Kasım 2005, s. 289 – 293. http://www.iticu.edu.tr/kutuphane/pdf/uas/M01041.pdf (12.03.2009).

Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

Öğüz, Tufan: Know – How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

Öz, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

Parıltı, Nurettin/**Aydoğan**, Enver/**Koçak**, Aydın: Üretim Yönetimi, Ankara 2007.

Portmann, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basler 2007.

Potinecke, Herald Werner: Produkthaftung bei Just – in – Time – Systemen, Tübingen 1999.

Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Adana 2003.

Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Ankara 1968.

Rinkler, Axel: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch, Bd. II, (Hrsg. Detlev Joost/Lutz Strohn), § 453 HGB, 2. Aufl. München 2009.

Rosenbaum, Bernd/**Schramm**, Klaus: Einführung eines kundenorientierten Produktionsverfahrens bei einem mittelständischen Heizungsarmaturenhersteller mit Hilfe von Kanban, Iserlohn 1998.

Schluep, Walter R.: İnnominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, § 103 – 106, Basel 1979.

Schnyder, Anton K.: Theo Guhl Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., (Hrsg. Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas), § 49, Zürich 2000 (Schnyder, A,).

Schnyder, Bernhard: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Freiburg 1960.

Schwenzer, İngeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.

Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

von Sorge, Christoph/**Knopf**, Dominik: Just in time, Seminar "Internet- und Unternehmensrecht", im Sommersemester 2002 (http://www.ira.uka.de/~recht/ deu/iir/sekr/2002ss/seminar_sester/1a_Just%20in%20Time.pdf) (18.12.2008).

Steckler, Brunhilde:Die rechtlichen Risiken der Just – in – time – Produktion, Stuttgart 1996.

Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C. V, İstanbul 1984.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.

Syska, Andreas: Produktionsmanagement, Das A – Z wichtiger Methoden und Konzepte für die Produktion von heute, Gabler 2006.

Şahin, Mehmet: Genel İşletme, (Editör Güneş N. Berberoğlu), Eskişehir 2001.

Şahin, Mehmet/**Eren**, Gülten: İşletmelerde Sıfır Stokla Çalışma Sistemi (JIT), AÜAÖFD., Yıl 1994, C. 2, S. 1, s. 43 – 55.

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 5. Basım, Ankara 1988 (Tandoğan, C. I/1).

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1987 (Tandoğan, C. II).

Tekil, Fehiman: Adî, Kolektif ve Komandit Şirketler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1996.

Tekinalp, Ünal/**Poroy**, Reha/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Bası, İstanbul 2005.

Tekinay, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Trebilcock, Michael J.: The Limits of Freedom of Contract, Second Printing, Massachusetts 1997.

Troller, Alois: İsviçre Hukukunda Know – How'ın Korunması, Çev. Ergun Özsunay, BATİDER, Y. 1973, C. VII, S. 2, s. 397 – 409.

Wang, Hunglin/**Wang**, Hsu-Pin (Ben): Decomposition and Optimal Design of Kanban Systems, Just-in-Time Manufacturing Systems – Operational Planning and Control Issues, Edited by Ahmet Şatır, New York 1991, s. 165 – 174.

Weber, Rolf H.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR., 4. Aufl., (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basler 2007.

Westermann, Harm Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. III, Schuldrecht Besonderer Teil, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker**),** §§ 433 – 453 BGB, 5. Aufl., München 2008.

Wildemann, Horst: Das Just-In-Time-Konzept-Produktion und Zulieferung auf Abruf, 2. Auflage, München 1990 (Wildemann, JIT).

Wildemann, Horst: Just – in – Time in F&E, Leitfaden zu Just – in – Time in Forschung, Entwicklung und Konstruktion, 15. Aufl., München 2008.

Yalçınduran, Türker: Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007.

Yamak, Oygur: Üretim Yönetimi, 3. Baskı, İstanbul 2001.

Yavuz, Cevdet/**Özen**, Burak/**Acar**, Faruk: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007.

Yongalık, Aynur: Adî Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991.

Zevkliler, Aydın/**Havutçu**, Ayşe: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2007.

Zirkel, Herbert: Das Verhältnis zwischen Zulieferer und Assembler eine Vertragsart sui generis?, NJW., Y. 1990, C. 6, s. 345 – 351.

GENEL HATLARIYLA MARKADAN DOĞAN HAKLARI SINIRLANDIRAN SEBEPLERDEN "ZAMANAŞIMI", "SESSİZ KALMA SEBEBİYLE HAK KAYBI" VE "ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ŞAHSİ BİLGİLERİNİ DÜRÜST BİR ŞEKİLDE KULLANMALARI"

Reasons of Limitation of The Trademark Rights In General Aspects, Especially, "Lapse of Time", "The Loss of Right Due To Remaining Silent" and "Fair Use of Personal Data By Third Parties"

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU*

ÖZET

Marka sahibi, tescilli markasından doğan haklara mutlak olarak sahiptir. Ancak marka sahibinin sahip olduğu bu haklar 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince sınırlandırılmıştır.

Çalışmamızda genel hatlarıyla markadan doğan hakları sınırlandıran sebeplerden zamanaşımı, sessiz kalma sebebiyle hak kaybı ve üçüncü kişilerin şahsi bilgilerini dürüst bir şekilde kullanmaları incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Marka, Marka Hakkı, Zamanaşımı, Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı, Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları.

Abstract

Proprietor of trademark has absolute rights to the registered trademark. However, these rights are limited as per Decree Law of Protection of Trademark No 556 and Turkish Civil Code No 4721.

In our study, reasons of limitation of the trademark rights in general aspects, especially, lapse of time, the loss of right due to remaining silent and fair use of personal data by third parties, are examined.

Keywords: Trademark, Trademark Right, Lapse of Time, The Loss of Right Due to Remaining Silent, Fair Use of Personal Data by Third Parties.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Bir markanın markalar siciline tescil edilmesi[1] ile markanın sahibi, tescilin yayını tarihinden, tescilin hükümsüzlüğüne karar verilinceye ya da marka hakkı sona erinceye kadar MarKHK[2] m. 9' da öngörülmüş olan haklara mutlak olarak sahip olmaktadır[3]. Bu kapsamda markanın sahibi, markanın tescili kapsamına giren aynı mal ve/ veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasını yasaklayabileceği gibi, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/ veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu sebeple halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasına da engel olabilir (MarKHK m. 9/ f. 1 - b. a - b). Keza markanın tanınmış olduğu durumlarda, marka sahibinin, tescilli markasının aynısının ya da benzerinin, farklı mal veya hizmetler için kullanılmasını yasaklaması da mümkündür (MarKHK m. 9/ f. 1 - b. c). Ancak marka sahibinin, markadan doğan bu hakları sınırsız bir nitelik taşımamaktadır. MarKHK ile TMK[4] hükümleri gereğince marka sahibinin bu haklarına bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sayede, marka sahibine, markanın sağlaması gereken olağan koruma alanını aşan tekel şeklinde bir hak tanınması engellenmiş ve marka sahibinin rakipleri ile toplumun menfaatleri korunmuştur[5].

Marka sahibinin, markadan doğan haklarını sınırlandıran sebepler şunlardır: Zamanaşımı, sessiz kalma sebebiyle hak kaybı, üçüncü kişilerin şahsi bilgilerini dürüst bir şekilde kullanmaları ve markadan doğan hakkın tükenmesidir. Bununla birlikte bu sınırlamalardan bazılarına MarKHK'da hiç yer verilmemiş; bazılarına ise dağınık ve yeteri kadar açık olmayan bir şekilde yer verilmiştir.

Çalışmamızda marka hakkını sınırlandıran sebeplerden zamanaşımı, sessiz kalma sebebiyle hak kaybı ve üçüncü kişilerin şahsi bilgilerini dürüst bir şekilde kullanmaları incelenmiştir. Markadan doğan hakkın tükenmesi ise, geniş kapsamlı bir konu olması sebebiyle başlı başına ayrı bir makalenin konusunu teşkil edebileceği için inceleme konusu yapılmamıştır[6].

---

1 Markanın, marka siciline tescili kurucu bir etkiye sahiptir. Bununla birlikte MarKHK m. 9/ f. 3' te belirtildiği üzere, markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescilin yayınlanmış olması gereklidir (**ARKAN**, *Cilt I*, s. 124, 126; **KAYA**, s. 189; **ÇOLAK**, s. 97; **DÜZGÜN**, s. 25, dpt. 17).

2 RG., T. 27.06.1995, S. 22326.

3 **ARKAN**, *Cilt I*, s. 126; **POROY/ TEKİNALP**, s. 336; **YASAMAN/ AYOĞLU** (**ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL**), *Cilt I*, s. 488-489; **YASAMAN**, *Tanınmış Marka*, s. 219; **NOMER**, s. 1117; **UZUNALLI**, s. 15; **GÜLPINAR**, s. 44.

4 RG., T. 08.12.2001, S. 24607.

5 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 131; **NOMER**, s. 1117-1118.

6 Markadan kaynaklanan hakkın tükenmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: **ARKAN**, *Marka Hakkının Tüketilmesi,* s. 197 vd.; **UZUNALLI**, s. 216 vd.; **ARI**, s. 279 vd.; **PINAR**, s. 855 vd.; **DÜZGÜN**, s. 38 vd.; **GÜLPINAR**, s. 47 vd.; **ÇOLAK**, s. 535 vd..

I. Zamanaşımı

MarKHK m. 70' e göre marka hakkına tecavüz edilmesinden kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerde TBK[7]'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur[8].

MarKHK m. 70' te belirtilen zamanaşımı süresi, TBK' nın 72. maddesinde düzenlenen haksız fiillere ilişkin genel zamanaşımı süresidir[9]. Çünkü marka hakkına tecavüz fiili haksız fiil niteliğini taşımaktadır[10]. Bu sebeple marka hakkına tecavüz edilmesinden kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerde TBK m. 72' de belirtilen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaktadır[11]. İki yıllık zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten, on yıllık zamanaşımı süresi ise her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TBK m. 72). Bununla birlikte, marka hakkına tecavüz fiili ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü cezayı gerektiren bir fiil olabilir (TBK m. 72/ f. 1 - c. 2). Bu gibi durumlarda ise, ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulur[12]. Örneğin, MarKHK m. 61/ A' da belirtilen ve suç oluşturan tecavüz fiilleri

---

7 RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

8 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 516; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 256; **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 304; **POROY/ YASAMAN**, s. 551; **YASAMAN/ YÜKSEL** (**ALTAY/ AYOĞLU/ YUSUFOĞLU**), *Cilt II*, s. 1186; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 214; **KAYA**, s. 313; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN**), s. 439; **KARAHAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 188; **UZUNALLI**, s. 577; **ÇAĞLAR**, s. 157: **SULUK** (**KARAHAN/ SARAÇ/ NAL**), s. 414; **ÇOLAK**, s. 743; **DURSUN**, s. 136.

9 Bununla birlikte, sözleşmeye aykırılıktan doğan haklar için TBK m. 146' da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletildiği veya bu hakların üçüncü kişilere devredildiği durumlarda (MarKHK m. 61/ f. 1 - b. d) on yıllık zamanaşımı süresi dikkate alınır (**TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 516; **ARKAN**, *Marka Hukuku*, s. 257; **ÇAĞLAR**, s. 158, dpt. 307).

10 **POROY/ YASAMAN**, s. 551; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 256; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 439; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 214; **UZUNALLI**, s. 577; **DURSUN**, s. 136.

11 **POROY/ YASAMAN**, s. 551; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 517; **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 304-305; **KAYA**, s. 313; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 439; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 214; **UZUNALLI**, s. 577; **ÇAĞLAR**, s. 158; **SULUK (KARAHAN/ SARAÇ/ NAL)**, s. 414; **ÇOLAK**, s. 743; ARKAN ise, marka hakkına tecavüzün haksız fiilin özel bir şekli olan haksız rekabet fiilini oluşturduğunu, bu sebeple TTK (RG., T. 13.01.2011, S. 27846) m. 60' da düzenlenen kısa zamanaşımı süresinin uygulama alanı bulmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir (**ARKAN**, *Cilt II*, s. 257).

12 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 258; **KAYA**, s. 314; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 439; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 214; **UZUNALLI**, s. 577-578; **ÇAĞLAR**, s. 158; **SULUK (KARAHAN/ SARAÇ/ NAL)**, s. 414; **ÇOLAK**, s. 743; Ancak tüzel kişiler hakkında ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaz. Bkz., **Y. 11. HD., 23.06.1998 T., E. 1997/ 10356, K. 1998/ 4776** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, E.T. 02.11.2015); Ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin hem gerçek kişilere hem de tüzel kişilere uygulanması gerektiği yönünde, **EREN**, s. 836; **POROY/ YASAMAN**, s. 551; **YASAMAN/ YÜKSEL (ALTAY/ AYOĞLU/ YUSUFOĞLU)**, *Cilt II*, s. 1187.

sebebiyle açılacak olan davalarda TCK[13] m. 66/ f. 1 - b. e hükmü gereğince sekiz yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur. Ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı sürelerinin uygulama alanı bulabilmesi için, tecavüz fiilinin cezayı gerektirmesi yeterlidir. Bu bakımdan tecavüz fiili sebebiyle ayrıca bir ceza davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararının verilmiş olması şart değildir[14]. Ancak dikkat edilmesi gereken husus sonradan genel af kanunu[15] ile fail ceza almaktan kurtulmuş ya da fiil suç olmaktan çıkarılmış olabilir. Böyle bir durumda artık ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulanmaz; aksine TBK m. 72' de düzenlenen iki[16] ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulur[17]. Yine fail sonradan ölmüş de olabilir. Failin sonradan öldüğü durumlarda failin mirasçılarına karşı açılacak olan tazminat davası bakımından ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaya devam eder[18].

---

13 RG., T. 12.10.2004, S. 25611.

14 **EREN**, s. 835; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 76; **UZUNALLI**, s. 580; **ÇOLAK**, s. 744.

15 Özel af kanunu ile fail ceza almaktan kurtulursa, fiil suç olma niteliğini devam ettirdiği için ceza kanunlarında düzenlenen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaya devam eder (**EREN**, s. 835; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 76).

16 İki yıllık süre genel af kanunu veya fiili suç olmaktan çıkaran kanunun yürürlüğe giriş tarihinden itibaren başlar (**EREN**, s. 835; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 77); Aynı yönde, **YHGK., 18.11.1981 T., E. 1979/ 4-231, K. 1981/ 744** sayılı kararında *"Oysa özel daire bozma ilamında da kısaca değinildiği veçhile olayda zamanaşımı söz konusu değildir. Çünkü 7.12.1955 gün ve 17/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre "... cezayı gerektiren haksız eylemler af nedeniyle cezai niteliklerini kaybedeceklerinden ceza zamanaşımı bunlara uygulanmaz. Hukuk zamanaşımının uygulanması gerekir..." Bu gibi durumlarda bütün sorun BK.nun 60/1. maddesinde öngörülen (1) yıllık hukuk zamanaşımının hangi tarihten itibaren başlıyacağıdır. Yargıtay'ın bu güne kadar istikrarla vaki uygulamalarına göre; Af Yasası kamu davası açılmadan önce çıkmış ise, bir yıllık hukuk zamanaşımı süresi Af Yasasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren: şayet Af Yasası kamu davasının açılmasından sonra çıkmış ise, bu takdirde de af nedeniyle ceza davasının düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesi gününden itibaren işlemeye başlıyacaktır. Burada, suçtan zarar görenin kamu davasına katılmış olup olmamasının bir etkisi yoktur. Her iki halde de bir yıllık hukuk zamanaşımının uygulanması gerekir"* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 16.04.2016).

17 **EREN**, s. 835; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 76; **ÇOLAK**, s. 744; Aynı yönde **YİBGK, 07.12.1955 T., E. 1955/ 17, K. 1955/ 26** sayılı kararında *"Borçlar Kanununun altmışıncı maddesinin ikinci fıkrasiyle haksız fiilin ceza kanunları gereğince müddeti daha uzun zamanaşımına tabi bir suç teşkil etmesi halinde tazminat davasının, ceza zaman aşımına tabi olacağı ve ceza davasından önce zaman aşımına uğramıyacağı yolunda sevkedilmiş olan hüküm, ceza davası devam ettiği müddetçe mutazarrırın sıfatını alarak ceza mahkemesinden tazminat talep edebileceği ve bu itibarla haksız fiilin Devlet tarafından takibi mümkün oldukca tazminat davasını kabul etmemenin manasız olacağı mülahazasına müstenit olmasına binaen cezayı müstelzim haksız fiillerin Af Kanunu ile cezai mahiyet ve vasıflarını kaybetmeleri halinde artık, Devletce de takip bahse konu olamıyacağından, bu gibi haksız fiillerden doğan tazminat davalarında ceza zaman aşımının değil, Borçlar Kanununun altmışıncı maddesinde derpiş edilen Hukuk zaman aşımının tatbiki gerekli olduğuna ilk toplantıda 7.12.1955 tarihinde üçte ikiden fazla ekseriyetle karar verildi."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 16.04.2016).

18 **EREN**, s. 836; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 77; **ÇOLAK**, s. 744; Aynı yönde, **Y. 4. HD., 25.01.1990 T., E. 1989/ 6101, K. 1990/ 285** sayılı kararında *"Borçlar Kanununun 60. maddesinin 2. fıkrası hükmü; tazminat davasının, ceza kanunları gereğince süresi daha uzun zamanaşımına tabi cezayı*

MarKHK m. 70' te belirtilen özel hukuka ilişkin talepler arasında markanın devri (MarKHK m. 17), tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. b), el koyma (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. c), taklit markalı ürünler üzerinde mülkiyet hakkı kurulması (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. d) ve markanın ürünler üzerinden silinmesi veya ürünlerin ya da araçların imhası (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. e) yer almaktadır[19].

Markaya tecavüzün durdurulması davasında (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. a) zamanaşımı söz konusu olmamaktadır. Çünkü tecavüz fiili devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz; marka sahibi, bu durumda zamanaşımı süreleriyle bağlı kalmaksızın dava açabilir[20]. Bununla birlikte marka hakkına tecavüz fiilinin durduğu ve tekrarlanması tehlikesinin de yok olduğu durumlarda, artık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Dolayısıyla marka sahibinin bu gibi durumlarda iki ve on yıllık zama-

---

gerektiren bir eylemden doğmuş olması halinde o zamanaşımının mutlak surette uygulanmasını buyurmaktadır. Davaya konu olan olayda da zararı doğuran eylem, cezayı gerektirmektedir. Ancak, failin ölmüş bulunması karşısında üzerinde durulacak yön daha uzun olan ceza zamanaşımının onun mirasçıları hakkında da uygulanıp uygulanamayacağındadır. Dairenin E. 1981/11922, K. 1981/13786 sayılı ve 25.12.1981 günlü kararı ile E. 1986/ 4736, K. 1986/5453 sayılı ve 8.7.1986 günlü kararı ve diğer birçok kararlarında belirtildiği gibi ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için haksız eylemin sadece suç niteliğinde bulunması yeterlidir. Eylemi işleyen hakkında kamu davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş bulunması gerekli olmadığı gibi sanığın mahkumiyet kararından sonra ölmüş olması hali de buna engel değildir. Çünkü mirasçılar ölenin külli halefidirler. Gerçekten onlar Medeni Hukuk bakımından mirasbırakandan daha iyi bir hukuki duruma malik değildirler" şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 16.04.2016).

19 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 517; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 257; **ÇAĞLAR**, s. 157; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 13.05.2015 T., E. 2015/ 1825, K. 2015/ 6873** sayılı kararında *"Davacı vekili, müvekkilinin TSE ibareli markaların sahibi olduğunu, davalı şirketin doğal gaz bağlantı hortumlarının tanıtım katalogları üzerinde ''TSE ex" markasını kullandığını ileri sürerek, davalının müvekkilinin markasına vaki tecavüzün önlenmesini, davalı şirketin haksız marka basılı her türlü evrak, broşür ve ürünlerin toplattırılarak muhafaza altına alınmasını, 4.897,00 TL maddi, 14.691,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, zamanaşımı definde bulunmuştur. Mahkemece uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamı nazara alınarak, davacının 06.07.2006 tarihinde davalı tarafın tecavüzünden haberdar olduğu, 818 sayılı BK hükümleri gereği 1 yıllık zaman aşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T. 02.11.2015).

20 **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 305; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 392; **YASAMAN/ YÜKSEL (ALTAY/ AYOĞLU/ YUSUFOĞLU)**, *Cilt II*, s. 1187; **KAYA**, s. 315; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 440; **UZUNALLI**, s. 581; **ÇOLAK**, s. 744; **DURSUN**, s. 136; Aynı yönde, **YHGK., 25.02.2015 T., E. 2013/ 11-1521, K. 2015/ 852** sayılı kararında *"Marka sahibi, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep edebilir. Durdurma davası devam etmekte olan bir tecavüze son vermek için açılan bir eda davasıdır. Bu talebin ileri sürülebilmesi için tecavüzde bulunanın kusuru ve zararın varlığı aranmaz. Tecavüz devam ettiği sürece, anılan talep için zamanaşımı söz konusu olmayacaktır."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 08.11.2015).

naşımı süreleri içerisinde dava açması gerekmektedir[21]. Benzer bir şekilde, markanın hükümsüzlüğü davasında da[22], davaya konu olan tescil süreklilik arz ettiği, terkin durumunda ise hükümsüzlüğe karar verilemeyeceği ve hükümsüzlük talebinin tescilden çok zaman sonra ileri sürülmesi durumunda TMK m. 2 hükmü gereğince talep reddedileceği için, zamanaşımı söz konusu olmamaktadır[23]. Bu sebeple MarKHK m.

---

21 **POROY/ YASAMAN**, s. 551; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 258; **KAYA**, s. 315; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 440; **UZUNALLI**, s. 581.

22 Ancak istisnai olarak, Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesinin 2. fıkrası esas alınarak MarKHK m. 42/ f. 1 - b. a' da tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılmasının gerektiği düzenlenmiştir (**POROY/ TEKİNALP**, s. 344; **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 295, dpt. 3; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 390-391; **YASAMAN**, *Marka Hakkının Niteliği*, s. 158; **KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 144; **ÖZARMAĞAN**, s. 92-93). Ancak beş yıllık süre haksız tescil sahibinin iyiniyetli olduğu durumlarda geçerli olup, kötüniyetin söz konusu olduğu durumlarda hükümsüzlük davasının açılması süreye tabi değildir (**POROY/ TEKİNALP**, s. 343; **YASAMAN**, *Marka Hakkının Niteliği*, s. 158; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 391; **BOZER/ GÖLE**, s. 190, dpt. 50; **AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR**, s. 215; **KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 144-145); Nitekim **Y. 11. HD., 06.07.1999 T., E. 1998/ 1734, K. 1999/ 5146** sayılı kararında *"Dosyadaki kanıtlara göre, "Dolce Vita" markasının İspanya' da 24.5.1978 tarihinde parfümeri, esansal yağlar kozmetikler, losyonlar, sabunlar vs. için Don Jarne ve Don Jesus Garcia adına tescil edildiği, markanın davacıya devir edildiği ve davacının bu markayı Paris'te 11.10.1983 tarihinde adına tescil ettirdiği, bu tarihten sonra dünyanın değişik 22 ülkesinde daha davacı adına tescil ettirildiği, Madrit Anlaşması uyarınca 23 Ekim 1995 tarihinde Fikri Haklar Dünya Örgütü Bürosuna Uluslararası Markalar Siciline tescil edildiği, davalının ise aynı cins emtialar için 11.2.1993 tarihinde Türkiye'de marka tescil belgesi aldığı anlaşılmaktadır. ... . Diğer taraftan dairemizin kararlılık gösteren uygulamasına ve bilirkişi raporunda doğru olarak benimsendiğine göre Türkiye'nin katıldığı Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer maddesine göre üye ülkeler kötü niyetle tescil edilmiş olan markanın terkinini talep için süre koyamazlar ve akit memleketler, tescilin yapıldığı memleketin selahiyattar makamı tarafından daha evvel ittihada dâhil memleketlerden birinin tebaasına ait olduğu ve aynı veya mümasil nevi mahsuller için kullanıldığı aşikâr bir surette malum bulunan bir markanın aynı veya karşılıklığa meydan verecek derecede taklidi olan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini, gerek memleket kanunları müsait ise resen, gerek alakadarın müraacatı üzerine red veya iptal eylemeyi taahhüt eder. Hüküm uyarınca birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunmasının gerekmesine, davalının parfüm buluşlarını, gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli bir tacir olmanın zaruri bir sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bu markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK' nun 2. maddesine göre mümkün görülmemiştir. Şu halde Paris Sözleşmesinin mükerrer 6. maddesi 3. bendi anlamında suiniyetli bir tescil vardır ve bu tescilin terkini talep edilebilir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (*FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl 2001, Cilt 1, Sayı 1, s. 148-150).

23 Aynı yönde, **ARKAN**, *Cilt II*, s. 257, dpt. 22; Aksi yönde, TEKİNALP, mehaz 89/104 sayılı ABY m. 9'un MarKHK'ya alınmadığını, bu düzenlemede marka sahibinin, aynı markayı tescil edene karşı beş yıl içerisinde sessiz kalması sebebiyle hakkını kaybedeceğinin belirtildiğini, bu konuda Türk hukukunda boşluk bulunduğunu, bu gibi durumlarda söz konusu boşluğun MarKHK m. 70 ile doldurulması gerektiğini belirtmektedir (**TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 477); Yargıtay ise, tanınmış markalarla ilgili davaların 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmasını düzenleyen MarKHK m. 42/ f. 1 - b. a hükmünün tüm hükümsüzlük sebeplerinde uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim, **Y. 11. HD., 08.04.2002 T., E. 2002/ 10860, K. 2002/ 3275** sayılı kararında *"… marka üzerinde üstün ve öncelikli hak sahibi olduğunu ileri*

70 hükmü burada da uygulama alanı bulmamaktadır[24]. Son olarak. MarKHK m. 70 hükmü, MarKHK m. 72/ f. 2' de mahkeme kararlarının ilanı talebi (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. f) hakkında üç aylık bir hak düşürücü süre öngörüldüğü için, burada da uygulama alanı bulmaz[25]

Marka sahibinin markaya dayalı haklarını ileri sürebilmesi için zamanaşımı süresinin dolmamış olması gereklidir; aksi takdirde diğer taraf zamanaşımı def'ini ileri

---

sürenlerin açacakları marka terkini davaları için 556 sayılı KHK. de dava açma olanağı tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı konusunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK. nin 42. maddesinde, Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekeceği belirtilmiş, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek yukarıda sözü edilen sürenin en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması Dairemizce uygun görülmüştür." şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 12.11.2015); Aynı yönde, **Y. 11. HD., 11.09.2000 T., E. 2000/ 5607, K. 2000/ 6604** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, E.T., 12.11.2015); **Y. 11. HD., 25.12.1997 T., E. 1997/ 5417, K. 1997/ 9676** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, E.T., 12.11.2015). Bununla birlikte POROY/ YASAMAN ve ÖZARMAĞAN, kanaatimizce de isabetli olarak, tanınmış markalarla ilgili MarKHK m. 42/ f. 1 - b. a' da düzenlenen beş yıllık sürenin diğer tüm markalar için uygulanmasının bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabileceğini belirtmekte ve Yargıtay uygulamasını eleştirmektedir. POROY/ YASAMAN ve ÖZARMAĞAN'a göre, örneğin, marka olarak tescil edilemeyecek bir işaretin tescilinin söz konusu olduğu durumlarda, markanın hükümsüzlüğü beş yıl içerisinde talep edilmezse, bu tür işaretlerin marka olarak tescili mümkün olacaktır. Dolayısıyla da kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı işaretlerin ve dini sembollerin zaman içerisinde marka olarak kullanımına sebebiyet verilmiş olacaktır. Keza, kıyas veya yorum yolu ile markanın hükümsüzlüğüne ilişkin her davanın süreye bağlanması hakkaniyete aykırılık da taşımaktadır. Kaldı ki, sınırlama ve yasaklama getiren hükümlerde kapsam kıyas yoluyla genişletilemez. Bu bakımdan, tanınmış markalara ilişkin MarKHK m. 42/ f. 1 - b. a'nın diğer mutlak veya nispi red sebeplerine rağmen, tescil edilmiş ya da tescilden itibaren hiç kullanılmamış tüm markaların hükümsüzlük davalarında uygulanması doğru değildir. MarKHK m. 42/ f. 1 - b. a hükmü sadece tanınmış markalar için düzenlenmiştir. Kural olarak, marka tescili süreklilik arz ettiği için, markanın hükümsüzlüğü her zaman talep edilebilmelidir. Ayrıca markayı kullanmamaya dayalı hükümsüzlük davası için de açık olarak MarKHK m. 42/ f. 1 - b. c' de hak düşürücü bir süre öngörülmemiştir. Yargıtay'ın süreye ilişkin kanuni bir boşluk görerek Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın sadece tanınmış markalara ilişkin düzenlediği beş yıllık süreyi, sebebi ne olursa olsun açılmış tüm marka hükümsüzlüğü davalarında "hak düşürücü süre" olarak dikkate alması mağdur edici sonuçlara sebep olmaktadır. Örneğin, on beş yıldır kullanılmadığı gerekçesiyle açılan hükümsüzlük davasında davalıların markayı hiç kullanmadığı sabit olmasına rağmen, Yargıtay (Y. 11. HD., 20.12.2004 T., E. 2004/ 3235, K. 2004/ 12509 sayılı kararı) davacı tarafın beş yıllık sürede tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep etmemesini TMK m. 2 hükmüne aykırı bulmuş ve davacı aleyhine karar vermiştir (**POROY/ YASAMAN**, s. 531 ve **ÖZARMAĞAN**, s. 94-95); KARAHAN, tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, Yargıtay tarafından tanınmış olmayan diğer markalar açısından da hükümsüzlük davalarında zamanaşımı süresi olarak benimsenmesini uygun bulmaktadır (**KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 148).

24 Aynı yönde, **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 476; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 257, dpt. 22; Aksi yönde, TEOMAN, burada haksız rekabete ilişkin TTK m. 60 hükmünün uygulama alanı bulacağını belirtmektedir (**TEOMAN**, *Kitap 8*, s. 43).

25 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 257, dpt. 23; **ÇAĞLAR**, s. 157.

sürebilir. Bunun sonucunda ise, marka sahibinin markadan veya marka hakkına tecavüzden kaynaklanan hakları sınırlanmış olur[26].

Markaya tecavüz fiiline birden fazla kişi katılmış olabilir. Bu gibi durumlarda, örneğin, bir kişinin markayı taklit etmiş olması (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. b), diğer kişinin ise taklit markayı taşıyan malları satması (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. c) durumunda olduğu gibi, her markaya tecavüz eden hakkında ayrı zamanaşımı süresi işler[27]. Yine markaya tecavüz oluşturan fiilin birden çok kez tekrarlandığı durumlarda da, söz konusu fiilin her tekrarlanışında zamanaşımı süresi kesilip tekrar işlemeye başlar[28].

II. Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı

Marka sahibi, markasının üçüncü bir kişi tarafından tescil edildiği ya da kullanıldığı durumlarda, kabul edilebilir bir süre içerisinde hükümsüzlük ya da markanın kullanımını men davası açmalıdır[29]. Ancak, marka sahibi, markasının üçüncü bir kişi adına tescil edilmesine ya da kullanılmasına belirli bir süre sessiz kalmış olabilir. İşte bu gibi durumlarda marka sahibinin, sonradan bu kullanımı önleyip önleyemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir.

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybına ilişkin olarak MarKHK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[30]. Bununla birlikte doktrin[31] ve uygulama[32] tarafından

---

26 **ÇAĞLAR**, s. 158.

27 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 258.

28 **Y. TD., 19.02.1968 T., E. 1966/ 2487, K. 1968/ 984** sayılı kararı (*BATİDER*, Yıl 1968, Cilt 3, Sayı 4, s. 724).

29 **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 856.

30 **POROY/ YASAMAN**, s. 532; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 454; **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 856; **BİLGİLİ**, s. 43, 211; **ÇAĞLAR**, s. 158; **ÖZARMAĞAN**, s. 93, dpt. 255; **PEKDİNÇER**, s. 269; **ÇOLAK**, s. 786; ARKAN, Kanun koyucunun sessiz kalma sebebiyle hak kaybına MarKHK'da yer vermemesinin sebebi olarak, nispi red engellerine dayalı hükümsüzlük davalarının sadece eski hak sahibi tarafından değil, tüm zarar görenler, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlarca açılabilmesini (MarKHK m. 43) göstermiştir (**ARKAN**, *Cilt II*, s. 161).

31 **POROY/ YASAMAN**, s. 532; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 454; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 161; **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 295, dpt. 4; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 395; **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 856; **SUNGURBEY**, s. 140; **KAYA**, s. 343; **KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 147; **KARAHAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 228; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Dava Sessiz Kalma*, s. 298; **UZUNALLI**, s. 561; **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 34; **ÇOLAK**, s. 786; YASAMAN/ YUSUFOĞLU, sessiz kalma sebebiyle hak kaybına MarKHK'da bilinçli bir şekilde yer verilmediğini, önceki marka sahibinin hakkının TMK m. 2' ye göre sınırlandırılmasının doğru olduğunu belirtmektedir. Çünkü somut olaydaki veriler göz önünde bulundurulmadan, sürenin katı bir şekilde beş yıl olarak belirlenmesi, haksız ve hukuk düzenine aykırı sonuçlara yol açabilmektedir (**YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 864).

32 **YHGK., 19.06.1969 T., E. 1966, K. 130** sayılı kararında *"Hukuka aykırı davranışın önlenmesine*

sessiz kalma sebebiyle hak kaybının kaynağını TMK m. 2 hükmünden aldığı kabul edilmektedir. Mehaz 89/ 104 sayılı ABY m. 9/ f. 1[33] ile mehaz 207/2009 sayılı TMT m. 54/ f. 1[34]' de ise sessiz kalma sebebiyle hak kaybına yer verilmiştir. Söz konusu

---

veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin MK'nun 2 nci maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girişerek yeni mal varlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra, açmış olduğu dava, hakkın sınırları dışına çıkılarak yaratılan mal varlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açtığı için hakkaniyete aykırı görülebilirse bu taktirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı Medeni Kanunun 2 nci maddesine göre himaye görmeyebilir." şeklinde hüküm tesis etmiştir (**TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 455'den naklen); **Y. 11. HD., 14.06.2012 T., E. 2010/ 8788, K. 2012/ 10516** sayılı kararında *"… ilke olarak hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin, MK'nun 2. Maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Zira haklı başka bir gerekçe olmadığı sürece, uzun süre tecavüze sessiz kalarak üçüncü kişiler nezdinde güven yaratan kişilere hükümsüzlük davası açma hakkı tanınmaması gerekmektedir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**ÇOLAK**, s. 785-786' dan naklen); **Y. 11. HD., 02.03.2000 T., E. 1999/ 8169, K. 2000/ 1726** sayılı kararında *"Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, zamanaşımı savunmasının yersiz olduğu gibi, aynı mal ve hizmetler alanında faaliyette bulunan taraf ünvanlarında yer alan "Telsim" ibaresinin aynı olup, yine davacının bu sözcüğü marka olarak tescili karşısında diğer savunma ve itirazlara itibar edilemeyecek ise de, davanın hallinin, dava açılmasının MK.nun 2. maddesine aykırı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına bağlı olduğu, davacının davalı tarafın ticaret ünvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalınmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının, dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığının tüm kamuoyunca bilindiği (HUMK. 238/2), şayet, kuruluşta karşı çıkılsa idi davalının belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu, dava konusu olay bakımından uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 03.11.2015); **Y. 11. HD., 10.03.1997 T., E. 1996/ 9094, K. 1997/ 1587** sayılı kararında *"… sözcüğün, 19.2.1982 tarihinden itibaren tescilli marka olarak kullanıla gelmesine rağmen, yıllar sonra, 17.9.1990 tarihinde, sözcüğün markadan silinmesi davasının ikame edilmiş olmasının MK 2' de yazılı iyiniyet kuralları ile bağdaştırılması mümkün görülmemiş bulunmaktadır."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**SEYİTHANOĞULLARI**, s. 303).

33 Mehaz 89/104 sayılı ABY m. 9/f. 1 *"1. Where, in a Member State, the proprietor of an earlier trade mark as referred to in Article 4 (2) has acquiesced, for a period of five successive years, irt the use of a later trade mark registered in that Member State while being aware of such use, he shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark either to apply for a declaration that the later trade mark is invalid or to oppose the use of the later trade mark in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later trade mark was applied for in bad faith."* (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML, E.T., 17.11.2015).

34 Mehaz 207/2009 sayılı TMT m. 54/ f. 1 *"1. Where the proprietor of a Community trade mark has acquiesced, for a period of five successive years, in the use of a later Community trade mark in the Community while being aware of such use, he shall no longer be entitled on the basis of the earlier trade mark either to apply for a declaration that the later trade mark is invalid or to oppose the use of the later trade mark in respect of the goods or services for which the later trade mark has been used, unless registration of the later Community trade mark was applied for in bad faith."* (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:078:0001:0042:en:PDF, E.T., 17.11.2015).

düzenlemelere göre, marka sahibi, markasının başka bir kişi tarafından kullanılmasına kesintisiz olarak 5 yıl boyunca ses çıkarmazsa, artık hükümsüzlük davası açamaz ve bu kullanımı engelleyemez[35]

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybı, markanın aynısının veya benzerinin bir başkası adına tescil edildiği ya da bir başkası tarafından kullanıldığı durumlarda ortaya çıkmakta olup, bu gibi durumlarda önceki marka sahibinin belirli bir süre sessiz kaldıktan sonra dava açması, işlem güvenliğine aykırı bulunmaktadır[36]. Çünkü önceki marka sahibi tarafından belirli bir süre içerisinde hükümsüzlük davasının veya kullanımın durdurulması ya da önlenmesi davasının açılmaması sebebiyle, sonraki tarihli marka sahibinin ya da kullanıcısının başka türlü hareket ederek söz konusu marka için daha fazla masraf yapması olasılık dâhilindedir[37].

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının ileri sürülebilmesi için, önceki marka sahibinin markasının aynısının veya bir benzerinin aynı ya da benzer mal ve/veya hizmetler için tescil ettirildiğini veya başkaları tarafından kullanıldığını bilmesi ve buna rağmen sessiz kalmış olması gereklidir[38]. Önceki marka sahibi, markasının bir başkası tarafından tescil edilmesine veya kullanılmasına sessiz kalmaz ve ihtar[39], dava vs.

---

35 Bu gibi durumlarda, markayı sonradan tescil ettirerek kullanan kişinin eski hak sahibinin bu kullanmayı bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi gereklidir. Beş yıllık sürenin başlangıcı, sonraki tescilin yapıldığı tarih değil, fiilen kullanımın öğrenildiği tarihtir (**NOVOA**, s. 444' den nakleden **ARKAN**, *Cilt II*, s. 160, dpt. 18).

36 **KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 147; **KARAHAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 228; **ÇAĞLAR**, s. 158; **ÖZARMAĞAN**, s. 93, dpt. 255; **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 33.

37 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 161; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 395; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 298; **KARAHAN**, *Hükümsüzlük Davaları*, s. 147, dpt. 3; **KARAHAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 228; **ÇAĞLAR**, s. 158; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 453; **ÇOLAK**, s. 786; Aynı yönde, **Alman Federal Mahkemesi** *"Davalı iltibasa elverişli ünvan üzerinde iyiniyetli bir zilyetlik durumu kazanmışsa ya da hak düşümü itirazına başarıyla dayanabilirse ticaret ünvanının korunması artık ileri sürülemez. İltibasa elverişle bir ünvandan davalının itiraza uğramaksızın uzun süre yararlanmasıyla yararlanan için önemlice değeri olan bir durum (korunmaya layık zilyetlik durumu) yaratılmış olup da objektif iyiniyet kuralına göre bu durumu koruması gerekiyorsa ticaret ünvanının korunması hak düşümüne uğramıştır. Ticaret ünvanı ihlale uğrayan kişi bu zilyetlik durumu kendi davranışıyla mümkün kılmışsa bundan yararlanana karşılık bu zilyetlik durumunu tartışma konusu yapamaz"* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**SPRENGLER/ WEBER**, s. 95-96' dan nakleden **SUNGURBEY**, s. 142); Yukarıda dpt. 32' de yer verilen **Y. 11. HD., 02.03.2000 T., E. 1999/ 8169, K. 2000/ 1726** sayılı kararı.

38 **POROY/ YASAMAN**, s. 533; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 393; **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 858; **BİLGİLİ**, s. 201, 211, 212-213; **KARAHAN**, *Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi*, s. 281; **PEKDİNÇER**, s. 272; **ÇOLAK**, s. 788; Önceki marka sahibinin markasının aynısının veya bir benzerinin aynı ya da benzer mal ve/veya hizmetler için tescil ettirildiğini veya başkaları tarafından kullanıldığını bilmesi objektif kriterlere göre belirlenmelidir. Yoksa marka sahibi ile ilgili sübjektif kriterler dikkate alınmamalı ve bilme hususu buna göre değerlendirilmemelidir (**KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 302; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 452).

39 Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca, belirli aralıklarla ihtar gönderen, ancak

yollara başvururs a artık sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır[40]. Yine önceki marka sahibinin markasının tescil ettirildiğini veya kullanıldığını mücbir sebep ya da objektif imkânsızlık gibi haklı bir sebep yüzünden bilmediği durumlarda da sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır[41]. Örneğin, önceki marka sahibi markasının bir başkası tarafından tescil ettirildiğini öğrendikten sonra ciddi bir hastalık geçirip, komaya girmiş olabilir. Bu gibi durumlarda marka sahibi uzun süren ağır durumu sebebiyle dava açma hakkını kullanamadığını belgeleyerek kendisine karşı sessiz kalma sebebiyle hak kaybının ileri sürülmesini engelleyebilir[42]. Önceki marka sahibinin markasının tescil ettirilmesine veya kullanılmasına karşın sessiz kaldığını ya da sessiz kalmasının haklı bir sebebe dayanmadığını ispat yükü sessiz kalma sebebiyle hak kaybını ileri süren tarafa aittir[43].

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının sonraki tarihli marka sahibi tarafından ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, onun izniyle bir başkası tarafından kullanıldığı durumlarda, o kişi tarafından da ileri sürülmesi mümkündür[44]. Ancak dikkat edilmesi gereken husus sessiz kalma sebebiyle hak kaybından sadece bu hususu ileri süren kişi faydalanabilmektedir[45].

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybını ileri süren kişi iyiniyetli olmalı, diğer bir deyişle tescil ettirdiği markanın bir başkasının markası veya tescil ettirmek hakkına sahip olduğu tescilsiz işareti olduğunu bilmemeli (MarKHK m. 8/ f. 3) ya da bilebilecek durumda olmamalıdır[46]. Aksi takdirde sessiz kalma sebebiyle hak kaybının ileri

---

dava açmayan ve ihtar dışında markasının veya benzerinin kullanılmaması için herhangi bir girişimde bulunmayan marka sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Çünkü marka sahibinin ihtara rağmen markasının kullanımına devam edildiğini bilmesi ve buna karşı dava açma imkânı varken açmaması, aksine belirli bir süre sonra tekrar ihtar çekmesi, onun söz konusu kullanım karşısında ciddi bir tedbire başvurmadığı şeklinde yorumlanabilir (**YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 862, dpt. 42); Benzer yönde, **ÇOLAK**, s. 789.

40 **POROY/ YASAMAN**, s. 533; **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 859; **BİLGİLİ**, s. 213; **BATTAL**, s. 47.

41 **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 303; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 34.

42 **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 303; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 452.

43 **ÇAĞLAR**, s. 159; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 34.

44 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 161; **ÇAĞLAR**, s. 159.

45 **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **ÇAĞLAR**, s. 159.

46 **POROY/ YASAMAN**, s. 533; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 456; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 393; **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 862; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 304; **KARAHAN**, *Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi*, s. 283-284; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 453; **BİLGİLİ**, s. 214; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **ÇOLAK**, s. 795; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 04.10.2012 T., E. 2010/ 11013, K. 2012/ 15132** sayılı kararında *"… dosyaya sunulan*

sürülmesi mümkün değildir[47]. Sessiz kalma sebebiyle hak kaybı açısından kötüniyetin varlığını önceki marka sahibi ispat etmelidir[48].

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının söz konusu olabilmesi için, önceki marka sahibinin, markasının sonraki marka sahibi veya onun izniyle bir başkası tarafından kullanılmasına belirli bir süre sessiz kalmış olması gereklidir[49]. Ancak Türk hukukunda sessiz kalmanın ne kadar süre geçtikten sonra hak kaybına sebep olacağı mehaz 89/104 sayılı ABY ile 207/2009 sayılı TMT'nin aksine belirli değildir. Doktrin tarafından isabetli olarak, somut olayın özelliklerinin dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir[50]. Yani, mehaz 89/104 sayılı ABY m. 9/ f. 1 ile 207/2009 sayılı TMT m. 54/ f. 1' de belirtilen beş yıllık süreden daha kısa ya da daha uzun bir sürenin sonucunda hak kaybının söz konusu olması mümkündür[51]. Yargı-

---

bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davalının daha önce de 21.12.1996 tarihinde "ICE" esas unsurunu içeren "ICE CLUB" ibareli marka tescil başvurusunda bulunduğu, bu başvurunun davacının iş bu davada da dayandığı markaları gerekçe göstererek yaptığı itirazı sonucunda TPE'nce reddedildiği ve tescil aşamasına geçemediği, iş bu davaya konu başvurunun ise 17.03.1998 tarihinde yapıldığı, davalının daha sonra 10.06.1999 tarihinde yaptığı, bu başvuru sonucu tescil ettirdiği "ICE CLUB + şekil" ibareli markasının da, İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2006/ 637 E, 2008/ 298 K. sayılı kararı ile hükümsüz kılındığı, bu kararın dairemizce onanıp, karar düzeltme istemi de reddedilmek suretiyle kesinleştiği anlaşılmıştır. Bu durum karşısında baştan beri davalının "ICE" esas unsurlu marka tescil başvurularına karşı çıkan davacının sessiz kaldığından, davacıyla aynı sektörde (tekstil) faaliyet gösterip ayırd ediciliği sağlamayan ibareler ve şekiller ilave etmek suretiyle, üstelik daha önce aynı nitelikteki başvuruları da reddedildiği halde, davacının hak sahibi bulunduğu "ICE" ibaresini marka olarak tescil ettirmeye çalışan davalının da iyiniyetli olduğundan söz edilemez. Davalının bu kötüniyeti nedeniyle davacının sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğraması da ayrıca mümkün değildir." şeklinde hüküm tesis etmiştir (**ÇOLAK**, s. 801-802); yukarıda dpt. 37' de yer verilen **Alman Federal Mahkemesi** Kararı.

47 Sonradan ortaya çıkan iyiniyet başlangıçtaki kötüniyeti ortadan kaldırmaz. Bu durumda başlangıçtaki kötüniyeti marka sahibi ispat etme yükü altındadır (**POROY/ YASAMAN**, s. 533; **ÇAĞLAR**, s. 159; **ÇOLAK**, s. 795); Ancak, BATTAL, bazı durumlarda ve özellikle de eylemin hukuka aykırı olmadığının düşünülmeye başlandığı durumlarda marka sahibinin uzun süre sessiz kalmasının başlangıçtaki kötüniyeti ortadan kaldıracağını belirtmektedir (**BATTAL**, s. 48); Yine belirtmek gerekir ki bazı durumlarda iyiniyet sonradan ortadan kalkmış olabilir. Bu gibi durumlarda sonradan ortaya çıkan kötüniyet, hakkı kazandırmış olan iyiniyetin olumlu etkisini ortadan kaldırmaz (**POROY/ YASAMAN**, s. 533 ve **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 863; **BİLGİLİ**, s. 214).

48 **PEKDİNÇER**, s. 256; **ÇOLAK**, s. 801.

49 **POROY/ YASAMAN**, s. 533; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 440; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 303; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 452.

50 **POROY/ YASAMAN**, s. 534; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 455; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 161; **SUNGURBEY**, s. 143; **TEOMAN**, *Kitap 5,* s. 47; **YASAMAN**, *Markaların Hükümsüzlüğü*, s. 395; **KAYA**, s. 343; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 440; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 303; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 452; **BİLGİLİ**, s. 213; **SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22; **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 34.

51 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 455-456; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 161; **TEOMAN**, *Kitap 5*,

tay ise, konuya ilişkin kararlarında ikili bir yaklaşım sergilemektedir. Yargıtay, marka hükümsüzlük davalarında tescil tarihinden itibaren beş yıllık bir sürenin geçmesini ararken[52], tecavüz davalarında ise somut olaya bağlı olarak hareket etmektedir. Örneğin, SULUK/ KENAROĞLU tarafından ifade edildiği üzere[53], Yargıtay 2000 tarihli bir kararında, marka sahibinin, bitişiğindeki firmanın kendi markasını ve unvanını on ay boyunca kullanmasına ses çıkarmamasını sessiz kalma sebebiyle hak kaybı için yeterli bulmuştur.

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybına sebep olan sürenin hangi andan itibaren hesaplanması gerektiği de önem arz etmektedir. Başlangıçta sessiz kalınan bir kullanım söz konusu olsa bile, sonradan farklı ve yeni bir kullanım ortaya çıkmış olabilir. Bu gibi durumlarda artık bu yeni durum bakımından sessiz kalma süresi, bu durumun ortaya çıktığı andan itibaren hesaplanmaya başlar[54]. Örneğin, 2000 yılında bir markayı tescil ettiren üçüncü kişi, 2014 yılına kadar markayı tescilli olduğu şekilde kullanmaya devam eder, ancak 2014 yılından itibaren bu markayı tescilli olduğundan farklı bir şekilde kullanmaya başlarsa, önceki marka sahibi her ne kadar 2014 yılına kardar olan kullanım için sessiz kalma sebebiyle hak kaybına uğramış olsa da, 2014 yılından sonraki kullanım için haklarını ileri sürebilecektir.

---

s. 47; **KAYA**, s. 343; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 440; **KARAHAN**, *Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma*, s. 303; **KARAHAN**, *Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi*, s. 280-284; **KARAHAN**, *Remaining Silent*, s. 452; **BİLGİLİ**, s. 213; Ancak, BATTAL, iki yıldan daha kısa bir sürenin belirlenmesinin MarKHK'nın genel amacına aykırı düşebileceğini belirtmektedir. BATTAL'a göre bu konuda MarKHK m. 8/ f. 7 hükmü kıyasen uygulama alanı bulmalıdır. Bu hükmün amacı, tescili yenilemeyen ve tescil süresinin dolmasından itibaren iki yıl süreyle fiilen de kullanılmamış olan işaretin (eski markanın), iki yıldan sonra artık sahipsiz kalmasını ve yeniden kamunun yaralanmasına açılmasını sağlamaktır. Bu durumda, kanun koyucunun kullanılmakta olan markaya tecavüzden dolayı dava hakkının yitirilmiş sayılması için de en az iki yılın geçmiş olması gerektiğini varsayacağı şeklinde yorum yapılabilir (**BATTAL**, s. 53); ÇOLAK ise, sessiz kalma süresinin her somut olayın özelliklerine göre belirlenmesinin gerektiğini belirtmekle birlikte bu sürenin beş yıldan az olmaması gerektiğini belirtmektedir (**ÇOLAK**, s. 792).

52 **Y. 11. HD., 18.10.2012 T., E. 2010/ 12137, K. 2012/ 16604** sayılı kararında *"Ayrıca, kötüniyet halinde 5 yıllık hak düşürücü süre uygulanmaz ise de hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibariyle söz konusu 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra uzunca bir süre sessiz kalındığından anlaşılması ve koşulların varlığı halinde MK 2. maddesi uyarınca hükümsüzlük davası açma hakkının yitirilp yitirilmediğinin mahkemece re'sen dikkate alınması mümkün olabilecektir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**ÇOLAK**, s. 793'ten naklen); **Y. 11. HD., 02.06.2011 T., E. 2009/ 14272, K. 2011/ 6718** sayılı kararında *"…Kaldı ki, kötüniyetin varlığı iddia ve ispat edildiği hallerde hükümsüzlük davası 5 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra da açılabileceğinden, ancak böyle bir durumda davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra makul bir sürede açılıp açılmadığı ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekecektir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**ÇOLAK**, s. 793' ten naklen); **Y. 11. HD., 14.02.2011 T., E. 2009/ 8567, K. 2011/ 1486** sayılı kararı (**SULUK/ NAL (KARAHAN/ SARAÇ)**, s. 22).

53 **SULUK/ KENAROĞLU**, s. 34.

54 **ÇOLAK**, s. 794.

Bazı durumlarda önceki marka sahibinin markasının tescil edildiğini ya da kullanıldığını öğrendiği tarih net olarak tespit edilemeyebilir. Böyle bir durumda tarihin tespiti dürüstlük ve iyiniyet kuralları esas alınarak yapılır[55]. Örneğin[56], bir markanın kullanılması veya reklamlarının yapılması sonucu, o marka bir nevi kamuya sunulmuş olmaktadır. Dolayısıyla önceki marka sahibi tacir, markasını kullanan ya da tescil ettiren kişi ile aynı sektörde faaliyet gösteriyorsa, artık onun tescili ya da kullanımı öğrenmediğini ileri sürmesi mümkün değildir[57]. Çünkü önceki marka sahibi tacirden TTK m. 18/ f. 2 hükmü gereğince basiretli bir iş adamı[58] gibi hareket ederek gerekli özeni göstermesi ve söz konusu kullanımı ya da tescili öğrenmesi beklenir[59].

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybı markanın tescilli olduğu tüm mal/ hizmet sınıfları için söz konusu olabileceği gibi bir kısmı yönünden de söz konusu olabilir[60]. Örneğin, 2. ve 3. sınıflarda tescilli olan bir markanın sahibi, üçüncü kişinin markasını 2. sınıfta uzun yıllar kullanmasına sessiz kalır ise, bu kişiye karşı olan talep ve dava haklarını kaybedecektir; ancak 3. sınıf açısından ise talep ve dava haklarını korumaya devam edecektir.

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının gerçekleştiği durumlarda, sonraki tarihli marka sahibi, markadan doğan tüm haklarını kullanabilecektir[61]. Bu sebeple, sonraki tarihli marka sahibinin markasını başkasına devretmesi ve lisans sözleşmesine konu yapması mümkündür[62]. Bununla birlikte sonraki tarihli marka kullanıcısı ise, sessiz kalma sebebiyle hak kaybını ileri sürdüğü sırada markayı nasıl kullanıyorsa, ancak o şekilde kullanmaya devam edebilir. Yoksa sonraki tarihli marka kullanıcısına markayı kullanma hakkını başkasına devretme ya da markanın kullanım alanını genişletme gibi ek bir hak tanınmaz[63].

---

55 **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 859; **BİLGİLİ**, s. 213; **PEKDİNÇER**, s. 272.

56 Örnek, **YASAMAN/ YUSUFOĞLU (ALTAY/ AYOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt II*, s. 859' dan yararlanılarak hazırlanmıştır.

57 Aynı yönde, **YHGK, 28.03.2007 T., E. 2007/ 11-184, K. 2007/ 66** sayılı kararında *"… davacının daha önceye dayalı ticaret unvanı tescilinden doğan üstün hakkı bulunsa da … davalıdan haberdar olmamasının mümkün görülmemesi karşısında davalının ticaret unvanının tescilinden 9 yıl sonra ARTEKS ibaresinin silinmesinin MK'nın 2. maddesine aykırı bulunmasına nazaran davacının aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir"* şeklinde hüküm tesis etmiştir (**PEKDİNÇER**, s. 271-272'den naklen).

58 Basiretli iş adamı gibi davranma hususunda bakınız: **MEMİŞ**, s. 343 vd.; **KARAAHMETOĞLU**, s. 85 vd.

59 **PEKDİNÇER**, s. 254, 271.

60 **ÇOLAK**, s. 802; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 19.01.2010 T., E. 2009/ 11096, K. 2010/ 495** sayılı kararı (**ÇOLAK**, s. 802, dpt 2050).

61 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 457.

62 **ÇAĞLAR**, s. 160.

63 **FEZER**, § 21 Rn. 52 vd.' den nakleden **ÇAĞLAR**, s. 160.

III. Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları

MarKHK m. 12' de dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları şartıyla üçüncü kişilerin kendi adını, adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin[64], "Erciyes" markasının sahibi, ticari işletmesi Erciyes dağında bulunan bir başka tacirin, bu sözcüğü adres göstermek amacıyla kullanmasına engel olamaz.

MarKHK m. 12 hükmü mehaz 89/104 sayılı ABY m. 6[65] ile mehaz 207/2009 sayılı TMT m. 12[66]' den alınmıştır. Bununla birlikte MarKHK m. 12 hükmü *"dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla"* şeklinde hatalı bir şekilde Türkçe'ye çevrilmiştir[67]. Bu sebeple MarKHK m. 12' nin yorumlanmasında mehaz 89/104 sayılı ABY m. 6 ile mehaz 207/2009 sayılı TMT m. 12' nin göz önünde bulundurulması ve söz konusu ifadenin *"ticaret ve sanayideki dü-*

---

64 Benzer örnekler için bakınız; **TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 633-634; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 450, dpt. 33; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 132; **ARKAN**, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 288; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 417.

65 Mehaz 89/104 sayılı ABY m. 6 *"1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade,*
(a) his own name or address;
(b) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of the service, or other characteristics of goods or services;
(c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purposeofa product or service, in particular as accessories or spare parts;
provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters
2. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade, an earlier right which only applies in a particular locality if that right is recognized by the laws of the Member State in question and within the limits of the territory in which it is recognized." (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML, E.T., 17.11.2015).

66 Mehaz 207/2009 sayılı TMT m. 12 *"A Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using in the course of trade:*
(a) his own name or address;
(b) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service;
(c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts,
provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters." (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:078:0001:0042:en:PDF, E.T., 17.11.2015).

67 **TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 640; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 452.

rüst uygulamalara"[68] aykırı olmaması şeklinde anlaşılması gereklidir[69]. Bir markanın, MarKHK m. 12 hükmü kapsamında sahibinin iznine gerek olmaksızın üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi için, söz konusu kullanımın ticari ve sınaî hayatta geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı olmaması gerekmektedir[70]. Bir markanın sıfat, zarf, unvan veya adres olarak kullanılması durumunda, onun karıştırılmasına sebebiyet verilmeye çalışılıyor ya da o şekilde kullanılması zorunlu olmayıp, sırf başkasının markasından yararlanılması amacıyla hareket ediliyorsa dürüst uygulamalara uygun bir kullanımdan söz edilemez[71]. Bir markanın ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara uygun olmadığını ispat yükü bunu iddia edene düşmektedir[72]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir markanın toplumdaki itibarı ile tanınmışlık düzeyi arttıkça, o markanın kullanımının ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara uygun olması ihtimali

---

68 TEKİNALP'e göre 89/104 sayılı ABY m. 6'da yer verilen "dürüst uygulamalar" ifadesi ile TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralı kastedilmemiştir. Söz konusu ifade ile asıl kastedilen teamüllerdir (**TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 640; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 452); Aksi yönde, ARKAN, YASAMAN/ AYOĞLU, UZUNALLI, ÇOLAK ve ÇİÇEKÇİ ERCAN, MarKHK m. 12 anlamında dürüstçe kullanılmanın dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir (**ARKAN**, *Cilt II*, s. 132; **YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 523; **UZUNALLI**, s. 188; **ÇOLAK**, s. 557; **ÇİÇEKÇİ ERCAN**, s. 256). Kanaatimizce TEKİNALP'in görüşü isabetlidir. Çünkü mehaz 89/104 sayılı ABY m. 3/ f. 2 - b. d' de dürüst uygulamaları ifade etmek üzere, *"honest practises"* kelimesi kullanılmıştır. Eğer dürüstlük kuralı kastedilmiş olsaydı, birçok yabancı ülke mevzuatında olduğu gibi *"good faith"* kelimesi kullanılırdı. Bu konuda bir örnek vermemiz gerekirse, İsviçre Medeni Kanunu m. 2' nin ingilizce tercümesinde de dürüstlük kuralını ifade etmek üzere *"good faith"* kelimesi kullanılmıştır. Kaldı ki, mehaz 89/104 sayılı ABY m. 3/ f. 2 - b. d' de, m. 4/ f. 3 - b. g' de ve m. 9/ f. 1' de kötüniyeti ifade etmek üzere *"bad faith"* kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir. Dolayısıyla mehaz 89/104 sayılı ABY m. 6' da *"good faith"* kelimesine yer verilmesi imkanı varken verilmemesi karşısında, *"good practises"* kelimesinin bilinçli bir şekilde kullanıldığı sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca kanun koyucu haksız rekabete ilişkin TTK m. 54 hükmünde de *"dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar"* ifadesine yer vererek, dürüstlük kuralı ile ticari uygulamalar arasında ayrım yapmış ve bunların birbirlerinden farklı kavramlar olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak dürüst uygulamalar ifadesi ile dürüstlük kuralının değil, teamüllerin kastedildiği anlaşılmalıdır. (İsviçre Medeni Kanunu'nun ingilizce tercümesi için bakınız: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf, E.T., 21.11.2015).

69 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 452; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 132, dpt. 5; **NOMER**, s. 1127; **ÇAĞLAR**, s. 160; **DURSUN**, s. 153.

70 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 450; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 417-418; **KARAN/ KILIÇ**, s. 283; **NOMER**, s. 1127; **DURSUN**, s. 153; Aynı yönde, **YHGK., 13.06.2012 T., E. 2012/ 11-155, K. 2012/ 376** sayılı kararı (www.kazanci.com.tr, E.T., 07.11.2015).

71 **TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 641-642; **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 452; **YASAMAN**, *Tanınmış Marka*, s. 220; **YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 523, dpt. 7; **KARAN/ KILIÇ**, s. 284; **KAYA**, s. 248; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 418; **ÇOLAK**, s. 557-558.

72 **Y. 11. HD., 15.09.2003 T., E. 2003/ 1717, K. 2003/ 7742** sayılı kararı (**KARAN/ KILIÇ**, s. 286).

de azalmaktadır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda da MarKHK m. 12 kapsamında değerlendirme yapılırken dikkatli bir şekilde hareket edilmesi gerekmektedir[73].

MarkKHK m. 12'nin kapsamına üçüncü kişilerin kural olarak markasal nitelikte olmayan kullanımları girmektedir[74]. Örneğin, adı Emre KÖROĞLU olan bir kişi, kömür mamülleri için başkası adına tescilli olan "KÖROĞLU" markasına rağmen, adını ticaret unvanı olarak tescil ettirebilir ve MarKHK m. 12'nin korumasından yararlanabilir. Bununla birlikte üçüncü kişilerin markasal nitelikte bir kullanımının söz konusu olduğu durumlarda ise, MarKHK m. 12 hükmünün korumasından yararlanılabilmesi için markanın tali unsur olarak kullanılmış olması gereklidir[75]. Aksi takdirde, markanın asli unsur olarak kullanıldığı durumlarda, üçüncü kişi MarKHK m. 12' nin korumasından yararlanamaz. Örneğin, yukarıdaki örneğimizi devam ettirecek olursak, Emre KÖROĞLU adlı kişi, üretmiş olduğu kömürlerin üzerine soyadı büyük harflerle olmak üzere, adını yazamaz ve marka olarak tescil ettiremez. Çünkü soyadı büyük harflerle yazıldığı takdirde asli unsur durumuna gelmektedir. Bu durumun ise dürüst bir kullanım olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde "KÖROĞLU" markasının sahibi olan kişinin markasal haklarına zarar gelmiş olmaktadır[76].

MarKHK m. 12' de ilk olarak üçüncü kişilerin ad[77] ve adreslerini[78] kullanmala-

---

73 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 132; **KARAN/ KILIÇ**, s. 284.

74 **KAYA**, s. 245, dpt. 25; **ÇAĞLAR**, s. 161.

75 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 451; **YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 524; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 03.10.2003 T., E. 2003/ 2346, K. 2003/ 8743** sayılı kararında *"… davacı taraf arada herhangi bir akdi ilişki bulunmadığı halde davalının işyerinde kendi marka ve logosunu kullandığını ve bu eylemin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek işbu davayı açmış, davalı taraf ise, işyerinin özel servis olduğunun açıkça anlaşıldığını ve belirtilen markalı araçların tamir ve bakımının yapıldığını göstermek amacıyla ve anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesine uygun olarak marka ve logoya yer verildiğini savunmuştur. Şu halde uyuşmazlığın çözümü davalı kullanımının 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesi kapsamında bir kullanım olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Kararlık gösteren Dairemiz'in emsal kararlarında kabul edildiği (2000/2039 Esas, 2000/3243 Karar, 20.04.2000 Tarih - 2001/11086 Esas, 2002/3591 Karar, 16.04.2002 Tarih) üzere belirtilen şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesinde tarif edildiği koşullarda tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği, ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğraf ve tanıtma vasıtalarının incelenmesinden davalının tali unsur olarak değil, hakim unsur teşkil edecek şekilde davacı marka ve logosunu kullandığı anlaşılmakla, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 07.11.2015).

76 **ÇAĞLAR**, s. 161.

77 MarKHK m. 12' de belirtilen *"ad"* kelimesinden *"ad ve soyad", "soyad"* ya da *"müstear ad"* anlaşılmalıdır (**ARKAN**, *Cilt II*, s. 133, dpt. 7; **TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 638); Yine *"ad"* kelimesi ile sadece gerçek kişilerin adları değil, aynı zamanda tüzel kişilerin adları kastedilmiştir (**ÇOLAK**, s. 558).

78 İnternet alan adı ve e-mail adresi bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Diğer bir deyişle mar-

rının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği belirtilmiştir. Gerçekten de kişinin adı veya soyadı ya da adresi gibi şahsi bilgilerini kullanmasının engellenmesi ticari ve sınaî hayatta birçok olumsuzluğa sebep olabilir. Çünkü tescilli bir marka ile aynı ifadeyi içerisinde birebir ya da kısmi olarak barındıran birçok ad, soyad ya da adresin bulunması kaçınılmaz bir durumdur[79]. Kaldı ki, bazı durumlarda adın kullanılması kanuni bir zorunluluk olarak da ortaya çıkmaktadır. Örneğin, gerçek kişi tacirin ticaret unvanının zorunlu unsurunu onun adı ve soyadı oluşturmaktadır (TTK m. 41). Keza kollektif ve komandit ortaklıkların unvanlarında ortaklardan en az birinin adının ve soyadının bulunması zorunludur (TTK m. 42)[80].

Yine MarKHK m. 12' de üçüncü kişilerin tasviri işaretleri kullanmalarının da marka sahibi tarafından engellenemeyeceği belirtilmiştir[81]. Tasviri işaretlerin kapsamına mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamalar girmektedir[82]. MarKHK m. 12' de diğer niteliklere ilişkin açıklamaların da tasviri işaretlerin

---

kanın üçüncü kişi tarafından MarKHK m. 12 kapsamında internet alan adı veya e-mail adresi olarak kullanımı marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Ancak alan adı, sahibinin adından ve/ veya soyadından oluşuyorsa, marka sahibi, gerçek kişiden adını alan adında kullanmasından vezgeçmesini talep edemeyeceğinden bu durumda alan adının bu adın işlevine uygun kullanımı MarKHK m. 12 anlamında dürüst kullanım olarak değerlendirilebilir (**UZUNALLI**, s. 206).

79 **BİLGE**, s. 17; **ÇAĞLAR**, s. 161.

80 **TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 638.

81 MarKHK m. 12' de yer verilen tasviri işaretlere mutlak tescil engellerini düzenleyen MarKHK m. 7/ f. 1- b. c' de de yer verilmiştir. Bu sebeple MarKHK m. 12' de yer verilen tasviri işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu tasviri işaretlerin bir markanın tali unsuru olarak kullanıldığı durumlar üçüncü kişilerin dürüst bir şekilde kullanımları açısından herhangi bir hukuki engel oluşturmamaktadır. Benzer bir şekilde, tasviri işraretlerin tanınmış olmaları sebebiyle tescil edildiği durumlar da MarKHK m. 12' nin kapsamına girmektedir (**TEKİNALP**, *Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım*, s. 639-640; **ÇAĞLAR**, s. 161). Bu konuda bakınız, yukarıda dpt. 75' de anılan **Y. 11. HD., 03.10.2003 T., E. 2003/ 2346, K. 2003/ 8743** sayılı kararı.

82 **Y. 11. HD., 12.01.2015 T., E. 2014/ 15522, K. 2015/ 123** sayılı kararında *"Davacı vekili, müvekkil adına 17, 35. sınıflarda tescilli "hortummarket+şekil" ibareli marka bulunduğunu, müvekkilinin iş yerini değiştirmesi üzerine, eski iş yerine komşu olan davalının iş yeri adı olarak "Hortum Marketi" ibaresini kullanmaya başladığını, davalının bu eyleminin müvekkilinin marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek, marka hakkına tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi ve ihlalin ortadan kaldırılması ile 1.000,00 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı temsilcisi, müvekkilinin işyerinde sattığı ürünlerden birinin de "hortum" olduğunu ve sattıkları ürünü tanımlamak için bu ibarenin kullanıldığını, işyerinde bulunan başka tabelalarda da başka ürünlerin isminin yer aldığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, dosyaya sunulan fotoğraflardaki kullanım şekline göre, davalı şirketin iş yerinde ticari işletme adı olarak çok büyük boyutta puntolarla ve ön planda "dev grup" ibaresini kullandığı, ayrıca çeşitli nitelik ve boyutta hortum satmakta olduğuna işaretle daha küçük puntolarla iş yeri tabelasında ve vitrin camında "hortum marketi, hidrolik hortum, gıda hortumu, buhar hortumu, sulama hortumu, akaryakıt hortumu" ibarelerini kullandığı, davalı şirketin bu kullanımının 556 Sayılı KHK'nın 12. maddesi anlamında "dürüst ticari kullanım" olarak yorumlanması gerektiği, davalının bu ibareleri işyerinde satılan malları tanımlamak amacıyla kullandığı, internet kullanımlarının*

kapsamına gireceği belirtilerek, sınırlayıcı nitelikte olmayan bir sayım yapılmıştır[83]. Bu sebeple MarKHK m. 12' de sayılmamış olan tasviri işaretlerin de, MarKHK m. 12' nin kapsamına girmesi mümkündür[84]. Örneğin, MarKHK m. 12' de yer verilmemekle birlikte, gerekçesinde *"… yedek parça ve aksesuarlarda olduğu gibi bir ürün veya hizmetin kullanımı amacıyla belirtilmesi gerekli olan markalar istisna olarak belirlenmiştir"* ifadesine yer verilmiştir[85]. Dolayısıyla bu tür kullanımların da MarKHK m. 12' nin korumasından yararlandırılması mümkündür[86]. Kaldı ki bir kişi ya da işletmenin, başka bir kişi ya da işletme tarafından üretilen mallar için yedek parçalar veya aksesuarlar üretmesine ya da bunların dağıtımını yapmasına herhangi bir hu-

---

da bu mahiyette olduğu, ayrıca davacı dürüstlük kuralına aykırı bazı iddialara yer vermiş ise de, haksız rekabet iddiasına dayalı bir talepte bulunulmadığından taleple bağlı kalınarak, bu hususun tartışılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 07.11.2015); **Y. 11. HD., 24.03.1997 T., E. 1997/ 9129, K. 1997/ 1965** sayılı kararı (**YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 532-533).

83 **KAYA**, s. 247; **UZUNALLI**, s. 188.

84 **YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 523; **KARAN/ KILIÇ**, s. 284; **KAYA (ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ NOMER ERTAN)**, s. 417; **ÇAĞLAR**, s. 161.

85 Söz konusu ifadeye MarKHK m. 12' de yer verilmemiş olmakla birlikte, MarKHK m. 12' nin kaynağını oluşturan mehaz 89/104 sayılı ABY m. 6/ f. 1 - b. c ile 207/2009 sayılı mehaz TMT m. 12/ f. 1 - b. c' de yer verilmiştir.

86 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 133; **YASAMAN/ AYOĞLU (ALTAY/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL)**, *Cilt I*, s. 523; **KARAHAN (SULUK/ SARAÇ/ NAL)**, s. 200; **KARAN/ KILIÇ**, s. 284; **KAYA**, s. 247; **NOMER**, s. 1127; **ÇOLAK**, s. 561; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 03.10.2003 T., E. 2003/ 2346, K. 2003/ 8743** sayılı kararında *"556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (Marka tescilinden doğan hakların kapsamı) kenar başlıklı 9 ncu maddesinde marka hakkının kapsamı, (Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna) kenar başlıklı 12 nci maddesinde ise bu hakkın kapsamının istisnaları gösterilmiş olup, bu istisnalardan birisi de dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olarak markanın 3 ncü kişilerce kullanılabilmesidir. Her ne kadar Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesinin kaynağı olan AET (Avrupa Ekonomik Topluluğu) 89/104/AET sayılı yönergesinin tescilli markanın belirli koşullarda kullanımına imkan veren (malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirlemek için gerekli olması halinde, markayı kullanması, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, marka sahibi tarafından engellenemez) şeklindeki bölümü Kanun Hükmünde Kararname'nin 12 nci maddesi metnine aynen alınmamış ise de, öğreti tarafından da kabul edildiği üzere (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, Sh.633 vd.) bu eksiklik bilinçli bir tavıra dayalı olmayıp, hatalı bir iktibas ve tercümeye dayalı olduğu, gerek gerekçede alınmama olgusunu açıklayan bir ibarenin yer almaması ve gerekse de Kanun Hükmünde Kararname'de tescilli bir markanın maddede belirtilen şekilde her çeşit kullanımı istisna kapsamına alınırken marka olarak kullanımının ret edilmesinin Kanun Hükmünde Kararname'nin düzenleniş amacına uygun düşmeyeceği, amaca uygun yorumun da bu saptamayı doğruladığının kabulü gerekir. Açıklanan bu nedenlerle maddede sözü edilen şartlarda tescilli markanın 3 ncü kişilerce marka sahibinin iznine gerek kalmadan marka olarak da kullanılabileceği menfaatler dengesinin de bunu gerektirdiği neticesine varılmıştır."* şeklinde hüküm tesis edilmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T., 08.11.2015).

kuki engel de bulunmamaktadır[87]. Keza üretilen yedek parçaların veya aksesurların belirli bir markayı taşıyan mallara uygun olduğu şeklinde reklam yapılması da, marka sahibinin iznine tabi değildir[88]. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu mala ilişkin markanın da kullanıldığı reklamlar, yedek parçanın veya aksesuarın orijinal malı üreten kişi ya da işletme tarafından üretildiği izlenimini yaratıyorsa, bu durum orijinal markanın dürüst bir şekilde kullanılmadığını gösterir ve artık MarKHK m. 12' nin korumasından yararlanılamaz[89].

---

87 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 133.

88 **TEKİNALP**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 451; **ARKAN**, *Cilt II*, s. 133.

89 **ARKAN**, *Cilt II*, s. 133-134; **ÇOLAK**, s. 562; Aynı yönde, **Y. 11. HD., 15.12.2008 T., E. 2007/ 10351, K. 2008/ 14005** sayılı kararında *"Davacı vekili, müvekkilinin Almanya'da yerleşik bir şirket olup dünyanın pek çok ülkesinde faaliyet gösterdiğini, "B." ve "B.+LOGO" İbareli markası ile üretip piyasaya sürdüğü otomobil ve otomotiv ürünlerinin dünyanın bir çok ülkesinde tanınmış marka olarak konuna altında olduğunu, davalı İ. Otomotiv Ltd.$tı ile arasında hiçbir akdi ilişki bulunmadığını, yetkili servis dahi olmadığını, davalının haksız olarak müvekkili markasını işyerinde, işyerinin her türlü reklam, tanıtma, basılı evrak, kart vizit, vitrin ve tabelalarında kullanarak iltibas yarattığını, yine davalılar tarafından kayıt altına alınan "www.İ.B..com", "www.İ.B.net" sayfaları ile otomatik olarak davalı İ. Otomotiv Ltd.Şti.'nin ve "www.İ.oto.net" isimli sayfasına yönlendirildiğini, bu sitede müvekkiline ait B. markasının izinsiz ve hukuka aykırı olarak kullanıldığını, davalı İ. Otonun B. markası ve müvekkili şirketle bağlantılı olduğu izlenimi yaratıldığını, tüketicilerin yanıltıldığını, müvekkiline ait "B.+LOGO" ibareli markanın şekil unsuru kopyalanıp B. yazısı yerine "İ. OTO" ibaresinin yazılarak marka hakkına tecavüz ve haksız rekabette bulunulduğunu ileri sürerek, müvekkilinin markasının davalıların alan adlan üzerinden işletilen sitelerde kullanılması ile yaratılan marka tecavüzü ve haksız rekabetin tespitine, davalılar tarafından işyerinde, araçlarında, reklam ve tanıtımlarda, her türlü basılı evrak ve belgelerde kullanılmasının önlenmesine, "İ. OTO + LOGO" ibareli markanın kullanılmasının önlenmesine, davalıların işyeri ve web siteleri üzerinde var olan marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil eden kullanımın durdurulmasına, davalılar nezdinde müvekkili markasına ait taklit evrak ve işaretlerin toplatılarak imha edilmesine, "www.i.B.. com", "www.İ.B.net" adreslerinin müvekkil şirkete karşılıksız olarak devrine, devir talebinin kabul edilmemesi halinde kaydının terkinine ve hükmün kesinleşmesinden sonra yurt çapında bir gazetede yayınlanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının logosunun İ.'da pek çok işyerinde kullanıldığını, davacının araçlarına ait parçaların sadece yetkili servislerde satıldığı iddiasının doğru olmadığını, bizzat davacının müvekkili firmaya mal sattığını, çok sayıda oto tamircisi ve yedek parça satıcısının davacıya ait B. ibaresi ve LOGO'yu kullandığını, davacının bu kullanımlara zımni muvafakatinin olduğunu, müvekkili firmanın kullandığı internet alanlarında davacının iddia ettiği şekilde davacının markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan eylemi bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı şirketin B. arabaları için tamir hizmeti ve yedek parça alım salımı işi yaptığı, bu hizmetleri verdiği anlamına gelen ibareleri kullanmasının bu bağlamda B. otomobillerinin tamirinin yapıldığı veya parçalarının satıldığına açıklık getiren ibarelerin kullanılmasının ve bu tür açıklayıcı bilgi içinde marka isminin yer almasının marka sahibi davacı tarafından engellenemeyeceği alanda davalı tarafın B. ibaresinin 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi kapsamında kalan kullanım hakkına yönelik savunmasının yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya ayları bir yön bulunmamasına göre, davalılar vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir."* şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.lexpera.com.tr, E.T., 16.04.2016).

SONUÇ

Marka hakkını sınırlandıran sebeplerden zamanaşımı, sessiz kalma sebebiyle hak kaybı ve üçüncü kişilerin şahsi bilgilerini dürüst bir şekilde kullanmaları ile ilgili olarak şu sonuçlara ulaşılabilir:

1. Marka hakkına tecavüz edilmesinden kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerde TBK' nın haksız fiile ilişkin iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaktadır (MarKHK m. 70). Ancak mahkeme kararlarının ilanı taleplerinde (MarKHK m. 72/ f. 2), markanın hükümsüzlüğü davalarında[90] ve markaya tecavüz fiillerinin durdurulması davalarında (MarKHK m. 62/ f. 1 - b. a) zamanaşımı söz konusu olmamaktadır. Bu gibi durumlarda marka sahibi, zamanaşımı süreleriyle bağlı olmaksızın talepte bulunabilecek veya dava açabilecektir.

2. Sessiz kalma sebebiyle hak kaybı, MarKHK'da düzenlenmemiştir. Bu sebeple doktrin ve uygulama tarafından sessiz kalma sebebiyle hak kaybının kaynağını TMK m. 2' den aldığı kabul edilmiştir. Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının söz konusu olabilmesi için, marka sahibinin markasının tescil edilmesine ya da kullanılmasına karşın belirli bir süre hareketsiz kalmış olması gereklidir. Yine markayı sonradan tescil ettiren ya da kullanan kişi iyiniyetli olmalıdır. Aksi takdirde sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmaz. Sessiz kalmanın ne kadar süre geçtikten sonra hak kaybına sebep olacağı mehaz 89/104 sayılı ABY ile 207/2009 sayılı TMT' nin aksine Türk hukukunda belirli değildir. Bununla birlikte doktrin tarafından da isabetli olarak belirtildiği üzere, burada somut durumun özellikleri dikkate alınarak bir sürenin belirlenmesi menfaatler dengesine daha uygun olacaktır.

3. Üçüncü kişilerin adlarını, adreslerini ve mal veya hizmetlerle ilgili tasviri işaretleri kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez (MarKHK m. 12). Ancak söz konusu adların, adreslerin ve tasviri işaretlerin üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi için, kullanımın ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara uygun olması şarttır. MarkKHK m. 12' nin kapsamına üçüncü kişilerin kural olarak markasal nitelikte olmayan kullanımları girmekle birlikte, markasal nitelikteki bir kullanımın girmesi de mümkündür. Bunun için üçüncü kişinin markayı tali unsur olarak kullanılmış olması gereklidir. MarKHK m. 12' de nelerin tasviri işaretlerin kapsamına dâhil olduğu ilgili olarak sınırlayıcı bir sayım yapılmamıştır. Bu sebeple yedek parça ve aksesuarlarda olduğu gibi bir ürün veya hizmetin kullanımı amacıyla belirtilmesi gerekli olan tasviri işaretlerin de MarKHK m. 12' nin korumasından yararlandırılması mümkündür.

---

90 Yukarıda dpt. 22' de de belirtildiği üzere, istisnai olarak Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesinin 2. fıkrası tanınmış markalarla ilgili olarak beş yıllık bir dava açma süresi öngörülmüştür

KISALTMALAR

ABY	Avrupa Birliği Yönergesi
b.	Bent
c.	Cümle
dpt.	Dipnot
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
K.	Karar
m.	Madde
MarKHK	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TD.	Ticaret Dairesi
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMT	Topluluk Markası Tüzüğü
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vs.	ve saire
Y.	Yargıtay
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

YARARLANILAN KAYNAKLAR*[91]

ARI, ZEKERİYYA, "Marka Hakkının Tüketilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2007, Cilt XI, Sayı 1-2

ARKAN, SABİH, *Marka Hukuku, Cilt I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, Ankara 1997 (Cilt I)

ARKAN, SABİH, *Marka Hukuku, Cilt II*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998 (Cilt II)

ARKAN, SABİH, "Marka Hakkının Tüketilmesi", *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998 (Marka Hakkının Tüketilmesi)

* Dipnotta yer verilen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Bununla birlikte aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile bölüm yazarlı olan eserlere yapılan atıflar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ARKAN, SABİH, *Ticari İşletme Hukuku*, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011 (Ticari İşletme Hukuku)

AYHAN, RIZA/ **ÖZDAMAR**, MEHMET/ **ÇAĞLAR**, HAYRETTİN, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar*, Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011

BATTAL, AHMET, "Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması", *XVIII. Ticaret ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (22 Haziran 2001)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001

BİLGE, MEHMET EMİN, "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas", *TFM, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 2

BİLGİLİ, FATİH, *Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

BOZER, ALİ/ **GÖLE**, CELAL, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011

ÇAĞLAR, HAYRETTİN, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013

ÇOLAK, UĞUR, *Türk Marka Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016

DURSUN, HASAN, *Marka Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008

DÜZGÜN, ÜLGEN ASLAN, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

ÇİÇEKÇİ ERCAN, ÇİĞDEM, "Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015

EREN, FİKRET, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 19. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015

FEZER, KARL-HEINZ, *Markenrecht*, 4. Auflage, München 2009

GÜLPINAR, MERT KAAN, *556 Sayılı MarKHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi*, Legal Kitabevi, İstanbul 2014

KARAAHMETOĞLU, İSMAİL ÖZGÜN, "Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulaması", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 116

KARAHAN, SAMİ, "Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)*, Yıl 2001, Cilt XXI, Sayı 1 (Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi)

KARAHAN, SAMİ, "Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I,* Beta Kitabevi, İstanbul 2001 (Haksız Rekabet Davalarında Sessiz Kalma)

KARAHAN, SAMİ, *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, Mimoza Yayınevi, Konya 2002, s. 144 (Hükümsüzlük Davaları)

KARAHAN, SAMİ, "The Loss of Right by Remaining Silent under Turkish Competition Law", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, Year 2004, Volume 36, No 53 (Remaining Silent)

KARAHAN, SAMİ, *Ticari İşletme Hukuku*, Güncellenmiş 21. Tıpkı Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2011 (Ticari İşletme Hukuku)

KARAHAN, SAMİ/ **SULUK**, Cahit/ **SARAÇ**, TAHİR/ **NAL**, TEMEL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015 (Bölüm Yazarı (Diğer Yazarlar))

KARAN, Hakan/ **KILIÇ**, Mehmet, *Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004

KAYA, ARSLAN, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

MEMİŞ, TEKİN, "Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı -Yargıtay Kararı İncelemeleri-", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011

NOMER, N. FÜSUN, "Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW - AUDI Örneği (İsviçre Federal Mahkemesi'nin 30 Ocak 2002 Tarihli Kararı ile Değerlendirmesi)", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, Yıl 2002, Cilt 22, Sayı 2

NOVOA, CARLOS, *Die Verwirkung durch Duldung im System der Gemeinschaftsmarke*, GRUR INT., 1996

OĞUZMAN, KEMAL/ **ÖZ**, TURGUT, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013

ÖZARMAĞAN, MÜGE, *Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008

PEKDİNÇER, R. TAMER, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalâalar*, Legal Kitabevi, İstanbul 2015

PINAR, HAMDİ, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Kitabevi, İstanbul 2000

POROY, REHA/ **TEKİNALP**, ÜNAL, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990

POROY, REHA/ **YASAMAN**, HAMDİ, *Ticari İşletme Hukuku*, 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012

SEYİTHANOĞULLARI, TEOMAN, "Yargı Kararlarında Sınaî Mülkiyet Hukuku Uygulamaları Yönünden Ortaya Çıkan Olumsuzluklar", *Türkiye'de ve Dünya'da Sınaî Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, 24-25.06.1997*, Türkiye Patent Enstitüsü Yayını, İstanbul 1997

SPRENGLER, ALBRECHT/ **WEBER**, RUDOLF H., *Wettwerb - Recht und Schranken - Kompendium für Praktiker und Spezialisten*, 2. Auflage, Stuttgart/ Wiesbaden 1972

SULUK, CAHİT/ **KENAROĞLU**, YASEMİN, *Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları No: 2011-32, İstanbul 2012

SUNGURBEY, İSMET, "Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları", *Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cild*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3259, İstanbul 1984

TEKİNALP, ÜNAL, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması", *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 715, İstanbul 1998 (Üçüncü Kişi Tarafından Kullanım)

TEKİNALP, ÜNAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Fikri Mülkiyet Hukuku)

TEOMAN, ÖMER, *Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalâalar, Kitap 5, 1992*, 2. Tıpkı Baskı, Beta Kitabevi, İstanbul 2000 (Kitap 5)

TEOMAN, ÖMER, *Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 8: 1997*, 2. Tıpkı Baskı, Beta Kitabevi, İstanbul 1999 (Kitap 8)

UZUNALLI, SEVİLAY, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

ÜLGEN, HÜSEYİN/ **TEOMAN**, ÖMER/ **HELVACI**, MEHMET/ **KENDİGELEN**, ABUZER/ **KAYA**, ARSLAN/ **NOMER ERTAN**, N. FÜSUN, *Ticari İşletme Hukuku*, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (Bölüm Yazarı (Diğer Yazarlar))

YASAMAN, HAMDİ, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD'nin Kararı Üzerine Düşünceler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2004, Sayı 2 (Marka Hakkının Niteliği)

YASAMAN, HAMDİ, "Tanınmış Marka İle İlgili Sorunlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2005, Sayı 1 (Tanınmış Marka)

YASAMAN, HAMDİ, "Markaların Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Süresi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan*, *Cilt 1*, Yıl 2010, Sayı 1 (Markaların Hükümsüzlüğü)

YASAMAN, HAMDİ/ **ALTAY**, SITKI ANLAM/ **AYOĞLU**, TOLGA/ **YUSUFOĞLU**, FÜLÜRYA/ **YÜKSEL**, SİNAN, *Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004 (Bölüm Yazarı (Diğer Yazarlar), Cilt I)

YASAMAN, HAMDİ/ **ALTAY**, SITKI ANLAM/ **AYOĞLU**, TOLGA/ **YUSUFOĞLU**, FÜLÜRYA/ **YÜKSEL**, SİNAN, *Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004 (Bölüm Yazarı (Diğer Yazarlar), Cilt II)

TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 225/II HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Examination of The Art. 225/II of The Turkish Code of Obligations)

Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK*

ÖZET

Çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu m. 225/II hükmünün unsurları ve uygulama alanı incelenmiştir. Bu kapsamda 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında öğretide gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin tartışmalar, ortaya konulmuş olup, TBK m. 225/II hükmünün bu eleştiriler açısından hukukumuza getirdiği çözüm üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Satım sözleşmesi, ayıplı mal, gözden geçirme, bildirim, TBK. m. 225/II.

Abstract

In our study the elements and the scope of regulation of the Law No. 6098 on the Turkish Code of Obligations Article 225/II will be discussed. In this context the discussions about the inspect and notice of defects about the due time of Law No. 818 on the Turkish Code of Obligations will be examined and Article 225/II will be analyzed on the solutions about the terms of ciriticism that brings our legal system among these discusssions.

Keywords: Sale contract, defects, inspection, notice of defects, Law No. 6098 on the Turkish Code of Obligations Article 225/II.

GİRİŞ

Satım sözleşmesi kapsamında en çok karşılaşılan hukuki problemler, satılan malın ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar satılan malın ayıplı olmasın-

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

dan doğan sorumluluk için özel bir düzenlemeye gerek olmadığı ileri sürülmüşse de[1], Türk Borçlar Kanunu'nda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, diğer borçlarından ayrı olarak düzenlenmiştir.

Satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için alıcının malı gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetini[2] yerine getirmesi gerekmektedir (TBK m. 223). TBK m. 223'e göre, alıcı, satılanı işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmeli ve eğer satılan ayıplı ise uygun bir süre içerisinde durumu alıcıya bildirmelidir. Her ne kadar belirli süreler öngörülmemiş ise de, gözden geçirme ve bildirim süreleri hak düşürücü süre niteliğindedir[3]. Bildirimin geçerliliği – ticari işler dahil- şekle tâbi değildir. Bildirim sözlü, yazılı veya resmî şekilde yapılabilir[4]. Bildirimde malda mevcut ayıpların neler olduğu ve malı bu şekilde kabul etmeme iradesi yer almalıdır. Ayıba ilişkin genel ifadeler bildirimin geçerliliği için yeterli değildir[5].

Bununla birlikte, bazı hallerde alıcı malı gözden geçirme ve bildirme külfetlerini

---

1 Bu konuda bkz. **SEROZAN**, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, C. 58, S.1-2, Y. 2000, s. 231 vd.; **ATAMER**, Yeşim: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, (Kısaltma: İfa Engelleri), s. 221 vd. Oysa Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) hükümlerinde "Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar" hep birlikte m. 45 ve devamında yer alan hükümlerde düzenlenmiştir. Yine Les principes UNIDROIT 7.1.1 maddesinde; Les principes européens PECL 8:101 maddesinde sözleşmeye aykırılık halleri tek bir rejim altında düzenlenmiştir. .

2 **TANDOĞAN**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1990, s. 176; **YAVUZ**, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 113; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s.131; **TERCIER**, Pierre/**FAVRE**, Pascal G: Les contrats spéciaux, Schulthess 2009, No. 771; **ENGEL**, Pierre: Contrats de droit suisse, Berne 2000, s. 37.

3 **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 119; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 128 vd.; **YAVUZ**, s. 117.

4 **EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 86; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 180; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 149; **TERCIER/FAVRE**, No. 792; **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN,** Füsun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 307, No. 607; **ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 164. Bkz. **ARSLANLI**, Halil: Ticari Bey', İstanbul 1955, s. 284; **OKTAY ÖZDEMİR,** Saibe: "Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 55; **CAVIN**, Pierre: La vente, L'échange, La donation, Fribourg 1978, s. 90. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHİNİZ**, Salih: Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Teslimi nden) Sorumluluğu, Anlara 2008, 79 vd.

5 **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 180; **ARAL/AYRANCI**, s. 118; **EREN**, s. 149; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 54; **TERCIER/FAVRE**, No. 790; **COMMENT**, Albert: Vente mobilière, Les obligations du vendeur 3, FJS 221, s. 9; **ENGEL**, s. 38; **ŞAHİNİZ**, s. 84.

yerine getirmese bile satıcının sorumluluğuna başvurması mümkündür[6]. Bu hallerden ilki, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki (TKHK) ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerde yer almaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte, 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan farklı olarak, tüketici işlemlerinde tüketicinin gözden geçirme ve bildirim külfetine yer verilmemiştir. Ayıbın bildirimine ilişkin TKHK m. 10'da yer alan hükümde, teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm ile delil ikame yükü yer değiştirmiş[7] olup, alıcıya ispat kolaylığı sağlanmış ve bildirim külfeti de kaldırılmıştır.

Diğer iki istisna ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, TBK m. 225/I'de yer alan, ağır kusurlu olan satıcının, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamayacağına ilişkin hükümdür[8].

Bir diğer istisna yine TBK m. 225/II'de öngörülen düzenleme olup çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Söz konusu düzenleme 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiştir. TBK m. 225/II ile satıcının ağır kusurlu olmasına ilişkin yukarıda ifade edilen hükme paralel olarak, *"Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir."* hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme sayesinde, alıcı süresinde ayıp bildiriminde bulunmuş olmasa bile, satıcının bilmesi gerektiği ayıplar bakımından, sorumluluğu devam eder. Hükmün gerekçesinde *"Maddenin ikinci fıkrası, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 200 üncü maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, bilmesi gereken ayıpların alıcı tarafından kendisi-*

---

6 Aşağıda açıklayacağımız hallerin yanı sıra, Yargıtay, bildirim külfeti zamanında yerine getirilmese bile, olayın özelliği nedeniyle alıcının seçimlik haklarını kullanabileceğini kabul etmektedir. Bu hususta örnek gösterilebilecek karar şu şekildedir: "Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına ve öğretiye göre, alıcı yasal süre içerisinde ayıp ihbarında bulunmadığı halde, satıcı ihbar süresi geçtikten sonra alıcının bildirdiği ayıpların varlığını kabul etmiş ve bunların giderilmesi taahhüdünde bulunmuş ise, artık bu ayıplardan dolayı tekeffül altında bulunduğu; dolayısıyla, alıcının, ancak süresi içinde ihbarda bulunmuş olması koşuluyla kendisine tanınan, Borçlar Kanunu'nun 202. maddesindeki seçimlik hakları, süresinde bir ihbarı bulunmamasına rağmen, satıcının bu kabul ve tekeffülü nedeniyle kullanabileceği kabul edilir." (HGK., 26.03.2003 T., 19-184 E., 200 K., Kazancı Bilgi Bankası, 22.10.2015).

7 **ATAMER**, Yeşim: Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 -Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-, BATİDER, C. XXIV, Ayrı Bası, (Kısaltma: Tüketici), s. 85 vd. Hükmün kaynağı 1999/44 Sayılı AT Yönergesi m. 5'tir.
Bu hükmün her durumda uygulanması mümkün olmayabilir. Çabuk bozulan mallar için bu ispat hükmünün kabulü satıcı aleyhine sonuçlar doğurur. Bu durumda hakimin ispat yükünün tüketicide olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. Bu duruma bir başka örnek de tüketicinin kullanımı ile doğacak bir ayıp türü gösterilebilir. Örneğin satın alınan koltukta sigara yanığının bulunması (**ATAMER**, Tüketici, s. 88).

8 Bkz. HGK, 27.3.2015 T., 2013/19-1696 E., 2015/1109 K. (Kazancı Bilgi Bankası, 22.10.20015).

ne süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca, fıkrada kullanılan 'bilmesi gereken' şeklinde ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmalini kapsamaktadır." ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu gerekçe Türk Hukukuna yeni getirilen bu istisnai hal incelenirken dikkate alınacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde gözden geçirme ve bildirim külfetine ilişkin eleştirilere yer verildikten sonra, hükmün uygulanmasının koşulları üzerinde durulacak, son olarak ise hükme ilişkin tartışma doğurabilecek hususlar tespit edilerek incelenecektir.

I- 818 Sayılı Borçlar Kanunu Döneminde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetlerine Getirilen Eleştiriler

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 198. maddesine göre, alıcı kabzettiği satılanın halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz gözden geçirme ile mükellef olup, satılanda satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya bildirmelidir. Gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemesi halinde alıcı satılanı kabul etmiş sayılır. Gözden geçirme ile anlaşılamayacak bir ayıp (gizli ayıp) sonradan meydana çıkarsa, alıcı derhal satıcıya bildirilmelidir[9]. Aksi takdirde, alıcının satılanı bu ayıp ile beraber kabul ettiği kabul olunur[10].

---

9 Ayıp bildiriminin yapıldığını alıcı ispat edecektir. İhbarın zamanında yapıldığını ise kimin ispat edeceği üzerinde durulmalıdır. Öğretide ayıp bildiriminin zamanında yapıldığını alıcının ispat etmesi gerektiği ifade edilmektedir (**TERCIER/FAVRE**, No. 798; **ENGEL**, No. 798; **ŞAHİNİZ**, s. 85. Bu konudaki görüş için bkz. **BUCHER/BUZ**, s. 155, dn. 16/c.). Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.6.2012 T., 2012/13-152 E., 2012/381 K. tarihli kararında şu ifadeler ile ispat yükünün alıcı da olduğunu ifade etmiştir; "*Davalı taraf, davacı tarafından yasal sürede ayıp ihbarında bulunulmadığını savunduğundan, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının kanıtlanması halinde davacı lehine hak doğacağından, 6100 sayılı HMK'nun 190.maddesine göre ayıp ihbarının süresinde yapıldığını ispatlama yükü davacıya düşmektedir."* (Kazancı Bilgi Bankası, 22.10.2015. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.2.1997 T., 1996/13-770 E., 1997/79 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.6.2012 T., 2012/13-152 E., 2012/381 K. (Kazancı Bilgi Bankası, 22.10.2015). Ancak öğretide bu görüşün kabulünün mümkün olmadığı, alıcının sürekli malı gözetim altında tutmak zorunda kalacağı belirtilerek ispat yükünün satıcıda olması gerektiği belirtilmektedir (**GÜMÜŞ**, s. 88). Kabul varsayımı için bkz. **VENTURI,** Silvia/**ZEN-RUFFINEN**, Marie-Noëlle: Commentaire Romand: Code des obligations I (Editeur: THÉVENOZ, Luc/WERRO, Frans), Bale 2003, Art. 203, No. 1; **MÜLLER**, Christophe: Contrats de droit suisse, Berne 2012, s. 60). Bu görüşe göre, hak düşürücü süre olması sebebiyle ayıbı bildirim süresinin geçtiğini ispat, hakkın düştüğünü ileri süren satıcının üzerindedir. Alıcının ise sadece bildirim yapmış olduğunu ispat etmesi yeterlidir (**BUCHER**, Eugen/**BUZ**, Vedat: "Mağdur Edilen Alıcı", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 156).

10 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) m. 38 ve 39'da ayıba karşı tekeffülde gözden geçirme ve bildirim külfeti düzenlenmiştir. Gözden geçirme külfetinin düzenlendiği CISG m. 38 şu şekildedir: " (*1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.*
(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

A- 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Öngörülmüş Olmasına İlişkin Eleştiriler

Öğretide yapılan mukayeseli hukuk çalışmalarında, Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde, tacir olmayanlar arasındaki satım sözleşmeleri açısından ayıbı bildirim külfetini öngören iki kanun tespit edilmiştir: Bunlar İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'dur. Nitekim öğretide bu külfetlerin Borçlar Kanunu'nda yer alma sebebi olarak Kanunun İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas edilmesi gösterilmektedir. Kanunumuzda bu külfetlerin yer alması eleştirilmiş ve ayrı bir ticaret kanunu bulunmayan İsviçre'nin satım sözleşmesini ticari satımın ihtiyaçlarını dikkate alarak hazırladığı, oysa ayrı bir ticaret kanununun bulunduğu Türk hukukunda İsviçre'den farklı bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir[11]. Nitekim İsviçre hukukunda da adi satışlarda bu külfetlerin aranmasının alıcının durumunu ağırlaştırdığı ifade edilmekte[12] ve hükmün ifade tarzı ve tarihçesinden, düzenlemenin ticari satımlar düşünülerek getirildiği ve sadece o satışlara uygulanması gerektiği sonucuna varan bir görüş bulunmaktadır[13].

Öğretide, 818 sayılı BK m. 198 hükmünün getiriliş sebebinin alıcının gerçekleştirebileceği spekülatif hareketlere karşı satıcıyı korumak olduğu ifade edilmektedir. Bu hareketlere örnek olarak, alıcının satılanın bedelinin düşmesi halinde sözleşmeden dönme hakkını kullanması ve daha sonra malı düşük bir bedelden satın alması gösterilmektedir[14]. Bildirim satıcının üreticiyi veya ithalatçıyı durumdan en kısa sürede haberdar edebilmesini sağlar. Bu sayede hukuki ilişkiler çabuk bir şekilde açıklığa

---

(3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir."

Bildirim külfeti ise CISG m. 39'da yer almaktadır. Hükme göre: *"(1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.*

(2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun."

Söz konusu hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. **ATAMER**, Yeşim: Milletlerarası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 223 vd. (Kısaltma: CISG).

11 **BUCHER/BUZ**, s. 145 vd.; **ATAMER**, Yeşim: "Taşınır Satım Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, (Kısaltma: Taşınır Satım), s. 202 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. **SEROZAN**, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFM, C. 58, S.1-2, Y. 2000, s. 231 vd.

12 **TERCIER/FAVRE**, No. 775.

13 **BUCHER/BUZ**, s. 169.

14 **EDİS**, s. 75 vd.; **ENGEL**, s. 38; **ŞAHİNİZ**, s. 70. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **BUCHER/BUZ**, s. 148.

kavuşacaktır. Öğretide bu gerekçe eleştirilmekte ve bahsedilen gerekçenin, ancak konusunu çeşit borcunun oluşturduğu ticari satım sözleşmeleri için geçerli olabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüş, parça borcunu konu edinen adi satım sözleşmelerinde bu gerekçeye dayanılamayacağı belirtilmektedir[15]. Ayrıca, bildirim külfetinin yerine getirilmesine rağmen alıcının kullanacağı hakkın bildirilmesinde, külfetlere ilişkin olan kısa süre uygulanmayacaktır[16]. Bu durum ise, külfetlerin hukuki ihtilafın bir an önce açıklığa kavuşturulmasını sağlayamayacağını ve spekülatif hareketleri engelleyemeyeceğini göstermektedir. Gözden geçirme ve bildirim külfeti satıcının malın kendisine iade edilmesi halinde bir an önce tedbir alması açısından önemli olduğunun kabulü halinde[17] bile, sadece bu külfetlerin yerine getirilmesi satıcının tedbir alması için yeterli değildir. İşte bu nedenle öğretide[18] satıcının malı geri almaya hazır olduğunu bildirerek alıcıya sözleşmeden dönme hakkını kullanması için süre verebilmesinin kanunda düzenlenmesi gerektiği ifade edilmekte ve bu yönde hüküm olmaması halinde bu hakkın MK m. 2 dikkate alınarak kullanılabileceği kabul edilmekteydi.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilmesi için alıcının satılanı *"derhal"* gözden geçirme ve ayıp bildiriminde bulunmasının aranması eleştirilmiş, bu külfetlerin satıcıya göre daha az tecrübesi olan alıcıyı ağır yük altına soktuğu ifade edilmiştir[19]. Gözden geçirme ve bildirim külfetinin kanunun alıcıya "vermiş gözüktüğü" korumayı geri almak anlamına geldiği ileri sürülmüştür[20]. Nitekim öğretide tacir olmayan alıcılar için gözden geçirme ve bildirim külfeti açısından "müsamahalı" davranılması gerektiği savunulmuştur[21].

---

15 **BUCHER/BUZ**, s. 150.

16 **BUCHER/BUZ**, s. 149.

17 **BUCHER/BUZ**, s. 153; **TERCIER/FAVRE**, No. 788.

18 **ARAL/AYRANC**I, s. 128; **BUCHER/BUZ**, s. 153.

19 **BUCHER/BUZ**, s. 145 vd.; **ATAMER**, Taşınır Satım, s. 202 vd.; **YAVUZ**, Cevdet, (ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak): Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 135 (Kısaltma: **YAVUZ**, Borçlar Özel). Yazar aynı görüşü Türk Borçlar Kanunu zamanında da ifade etmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **SEROZAN**, s. 231 vd.

20 **BUCHER/BUZ**, s. 148.
Bu sebeple öğretide ayıba karşı tekeffül hükümlerinin hata, hile, ve gereği gibi ifa etmeme, haksız fiil hükümleri ile yarışması üzerinde durulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 147 vd.; **KOCAYUSPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, s. 411 vd.; **TEKİNAY**, S. Sulhi**/AKMAN**, Sermet**/ BURCUOĞLU**, Haluk**/ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 440 vd.; **TANDOĞAN**, C. I/1, s. 204 vd. Ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine gereği gibi ifa etmeme hükümlerine başvurulması için de gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Ancak TBK m. 227/II gereğince alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı tutulması karşısında yürürlükte olan hukuk açısından TBK m. 112 gereğince tazminat talebi için söz konusu külfetlerini yerine getirmiş olması aranmayacaktır (**EREN**, s. 184 vd.; **GÜMÜŞ**, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 113; **ARAL/AYRANCI**, s. 150 vd. Ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, C.I, s. 170; **YAVUZ**, Borçlar Özel, s. 112; **YAVUZ**, s. 226 vd.; **BUCHER/BUZ**, s. 172; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 143 vd.).

21 **BUCHER/ BUZ**, s. 154; **ARAL/AYRANCI**, s. 114; **TERCIER/FAVRE**, No. 775; **ENGEL**, 37. Ayrıca bkz. **CAVIN**, Pierre: La vente, L'échange, La donation, Fribourg 1978, s. 91 vd.

Bu açıklananlara ek olarak, öğretide, ayıptan doğan sorumluluk kapsamında alıcının kullanabileceği seçimlik hakların nitelikleri dikkate alınarak bir ayrım yapılmadan, her hak için gecikmeksizin bildirim yapılmasının aranması eleştirilmiştir. Zira sözleşmeden dönmenin getirdiği sonuçlar ile malın bedelinin indirilmesinin doğurduğu sonuçların ağırlığı birbirinden farklıdır. Bu nedenle örneğin bedelden indirim talebi bildirim gecikmiş olsa bile talep edilebilmelidir[22].

Kanımızca, ayıptan doğan sorumlulukta külfetlerin yerine getirilmesi şartının satıcının ve alıcının mesleki faaliyeti kapsamında hareket ettiği hallerde aranması gerekir. Yukarıda değindiğimiz üzere tüketici hukukunda bu husus kabul görmüştür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ayıbın bildirimine ilişkin yapılan eleştirilerde gizli ayıbın bildirimi istisna tutulmaktadır. Zira bu halde alıcının gözden geçirme külfeti bulunmamakta, sadece kullanımla ortaya çıkan ayıbı satıcıya bildirme külfeti bulunmaktadır[23]. Bu halde satıcının menfaatinin ön planda olduğu kabul edilmektedir[24].

Giriş bölümünde belirttiğimiz üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da gözden geçirme ve bildirim külfeti düzenlemiş olup, zamanında gözden geçirme ve/veya bildirim külfetini yerine getirmeyen alıcı satılanı kabul etmiş sayılmaktadır (TBK m. 223). Bu durum karşısında, eski Borçlar Kanunu zamanında yapılan eleştirilerin kanun koyucu tarafından tam olarak benimsenmediği ve sadece yeni bir istisna hükmü getirilmekle yetinildiği sonucuna varılmaktadır.

B- 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Külfetlere Getirilen İstisnaya İlişkin Eleştiri

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde BK m. 200'de gözden geçirme ve bildirim külfetinin tek bir istisnası bulunmaktaydı. Hükme göre, alıcıyı iğfal etmiş olan satıcı, ayıbın kendisine vaktinde bildirilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Ancak eski Kanun döneminde sadece satıcının alıcıyı hile ile kandırmış olmasının istisna olarak tanınması öğretide yetersiz bulunarak eleştirilmekteydi[25]. Hüküm ile sadece satıcının alıcıyı aldatması istisna olarak düzenlemiş ise de, öğretide satıcının satıcılığı meslek edinmiş olması durumunda, onun bilmesi gereken ayıplar bakımından da, ayıbın bildirilmediğini ileri sürememesi gerektiği ifade edilmekteydi[26]. Sa-

---

22 **BUCHER/BUZ**, s. 149.

23 **BUCHER/BUZ**, s. 148, 155.

24 **BUCHER /BUZ**, s. 155.

25 **BUCHER/BUZ**, s. 147.

26 **YAVUZ**, s. 125.

tıcının satıcılığı meslek edinmiş olması halinde, bilmesi gereken ayıpların kendisine bildirilmediğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına göre haklı görülemeyeceği de belirtilmekteydi[27]. Bu yorum ile amaçlananın gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesinin arandığı halleri sınırlamak olduğu anlaşılmaktadır.

818 sayılı BK m. 200'de yer alan hüküm TBK m. 225'in ilk fıkrasında da benzer şekilde ifade edilmiştir. Buna göre, *"Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz."* Alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemiş olsa bile satıcının sorumluluğuna gidilebilmesinin koşulu satıcının ayıplı mal teslimine ağır kusurunun bulunmasıdır. Hukuka aykırı sonuç bilinmese ve istenmese bile, normal dikkatli bir insanın aynı durum ve şartlarda gerekli göreceği tedbirleri almaması ve en basit özeni göstermemesi, satıcının ağır kusurlu olduğu anlamına gelir[28]. Görüldüğü üzere 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 200'de "satıcının alıcıyı iğfal etmesi"nden söz edilmekte iken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndan bu ifade "ağır kusur olarak" değiştirilmiş ve sadece satıcının hilesini değil, satıcının kastını ve ağır ihmalini de birlikte değerlendirmiştir. Böylelikle satıcının kastı veya ağır ihmalinin bulunduğu hallerde alıcı, bildirimi geç veya hiç yapmamış olsa bile olsa bile satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilecektir. Bu durumda satıcının ağır kusurlu hareket ettiğini alıcı ispat etmelidir[29]. TBK m. 225/I hükmü gereğince, alıcı zamanında gözden geçirme ve bildirme külfetini yerine getirmiş olsa bile ayıptan doğan haklarını kullanabilir. Zira TBK m. 223'te öngörülmüş olan *"kabul varsayımı"* uygulanamaz[30].

II- Hükmün şartları

Türk Borçlar Kanunu m. 225/II hükmünün şartları; satıcının satıcılığı meslek edinmiş olması, ayıbın satıcı tarafında bilinmesi gereken bir ayıp olmasıdır. Bu kavramlar Türk hukukuna yeni girmiş kavramlar olup, kavramların açıklanmasında mukayeseli hukuktan yararlanılabilir. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında külfetlere yönelik eleştirilerde Fransız hukuku çeşitli vesilelerle örnek olarak ele alınmıştır. Bu nedenle, hükmün şartlarının açıklanmasına geçmeden önce Fransız hukukunun bu konuda bize yol gösterip gösteremeyeceğinin araştırılması yerinde olur. Belirtmek isteriz ki, Fransız hukukunda satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler incelendiğinde "satıcılığı meslek edinmiş" ifadesi yargı karar-

---

27 **YAVUZ**, s. 125.

28 **YAVUZ**, s. 102; **AKMAN**, Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 54.

29 **GÜMÜŞ**, s. 88; **VENTURI,** Silvia/**ZEN-RUFFINEN**, Marie-Noëlle: Commentaire Romand:-Code des obligations I (Editeur: Thévenoz, Luc/WERRO, Frans), Bale 2003, Art. 203, No. 1.

30 **GÜMÜŞ**, s. 88; Kabul varsayımı için bkz. **VENTURI/ZEN-RUFFINEN**, Bâle 2003, Art. 203, No. 1; **MÜLLER**, Christophe: Contrats de droit suisse, Berne 2012, s. 60.

larında yer aldığı, ancak Fransız Medeni Kanunu'nda bu ve benzeri bir ifadenin yer almadığı görülmektedir. Alıcının malı gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfetinin bulunmadığı Fransız hukukunda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu karşı tekeffül borcu, gizli ayıplar bakımından bulunmaktadır[31]. Fr.MK.m. 1646 hükmü gereğince, satıcının bilmediği ayıplardan dolayı alıcı bedelin iadesini ve satımın sebep olduğu giderlerin ödenmesini talep edebilir. Ancak alıcı, satıcının ayıbı bilmesi halinde bedelin iadesinin yanı sıra, diğer tüm zararların tazminini de talep edebilir. Fransız hukukunda "satılanın ayıplarını bilen satıcı" ifadesi, satıcılığı meslek edinmiş kişileri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Fransız Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda "satıcılığı meslek edinmiş" satıcının satılandaki ayıpları bilmek zorunda olduğunu kabul etmektedir[32]. Bu kabulün sonucunda alıcının diğer hakları talep etmesi, örneğin tazminat talep etmesi mümkündür. Buna göre mesleki faaliyet icra eden satıcının ayıptan doğan sorumluluğu daha ağırlaştırılmıştır. Satıcılığı meslek edinmiş kişi satılandaki kendi mesleğinin kapsamına giren ayıpları bilmediğini iddia etmesi mümkün olmayıp, mesleği gereği bilmesi gereken ayıpları bilmediği iddiası dinlenmeyecektir. Sonuç olarak satıcının satılanın ayıbını bildiği varsayılmakta ve ilgisizliği ağır kusur olarak değerlendirilmektedir[33]. "Satıcılığı meslek edinmiş" ifadesinin Fransız hukukunda mahkeme kararları ile benimsenmiş olup, ancak bu kişinin açık olarak tarif edilmemiştir. Bu nedenle Fransız hukukundan kavramı açıklamak açısından yararlanamayacağımız sonucuna ulaşılmıştır[34].

---

31 Fr.MK. m. 1642'de maldaki ayıbın görünür olması, Fr.MK m. 1643'te ayıbın gizli olması şeklinde bir ayrım yapılmıştır. Alıcının bildiği, ayıbın görünür olduğu, uzmanın alıcının dikkatini çektiği ayıplar bakımından satıcının sorumlu olmadığı düzenlenmiştir (**MALAURİE**, Philippe/**AYNÈS**, Laurent: Les contrats spéciaux, 2014 LGDJ, No. 390). Satıcının ayıbın alıcı tarafından bilinir olduğunu, ayıbın görünen ayıp olduğunu veya uzmanın alıcının dikkatini çektiği hususunu ispatlaması gerekmektedir [Bkz. Cour de cassation, chambre civil 3, 27 Septembre 2006; Cour de cassation Chambre civile 3, 10 Septembre 2008, Bulletin N° 07-17.086; Cour de cassation Chambre civile 1, 26 Septembre 2012, Bulletin No. 11-22.399 (Lexisnexis, 22.10.2015)].
Fransız Hukukunda ayıba karşı tekeffülde satıcının sorumluluğu iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Sürenin başlangıcı ayıbın öğrenilmesidir (Fr.MK m. 1648). Alıcı maldaki ayıbın varlığını ispat etmelidir.
Gizli ayıbın tanımı ve örnekler çalışma konumuzun dışında olmasına rağmen, belirtmek isteriz ki, gizli ayıp kavramı göreceli bir kavramdır, alıcının bilgisine ve malın cinsine göre her olayda ayıbın gizli olup olmadığı değişim gösterir.

32 **GATSI**, Jean: Les Contrats spéciaux, Paris 1998, s. 50 vd.; **YAVUZ**, s. 102.

33 **YAVUZ**, s. 102.

34 Fransız hukukunda "meslek edinmiş" ifadesi alıcı için de kullanılmaktadır. Fransız Medeni Hukuku'nda alıcılığı meslek edinmiş kişinin ayıbı bildiği kabul edilmekte ve malı o şekilde kabul ettiği karine olarak kabul edilmektedir. Ancak alıcılığı meslek edinmiş olan alıcı, satıcının hilesini ya da malın parçalara ayrılması halinde ayıbın anlaşılabileceğini ispat ederse ayıbı bilmediği kabul edilmektedir. Ancak, alıcı satıcının satıcılığı meslek edinmiş olması halinde de, satıcının ayıbı bildiği karinesinden yararlanmaktadır (**GATSI**, Jean: Les Contrats spéciaux, Paris 1998, s. 50 vd ; **MALAURİE/AYNÈS**, No. 392 vd.).

A- Satıcının "satıcılığı meslek edinmiş" olması

Türk Borçlar Kanunu m. 225/II hükmünün uygulanmasının ilk koşulu, satıcının satıcılığı meslek edinmiş olmasıdır. Kanun'da "satıcılığı meslek edinmiş kişi"nin tanımı yapılmamıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise satıcı kavramı tanımlanmış olup, satıcılık faaliyetinin sürekli olarak yapılan ticari ve mesleki faaliyet olması aranmıştır. Tanımda kullanılan kavramlar bize "satıcılığı meslek edinmiş kişi"-yi hatırlatmaktadır. Bu nedenle kanımızca tanım açısından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan yararlanılabilir. Satıcılığı meslek edinmiş olan kişi, TKHK m. 3/i hükmünden hareketle *"ticari veya mesleki amaçlarla mal sunan gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlanabilir.

Satıcılığı meslek edinmiş kişinin gerçek ya da tüzel kişi olabileceğinde şüphe olmamalıdır. Sadece özel hukuk tüzel kişileri değil, özel hukuk kapsamında hareket eden kamu tüzel kişileri de bu kavrama dahil olabilir. Önemli olan satıcılık faaliyetinin meslek olarak yerine getirilmesidir[35].

"Satıcılığı meslek edinmiş kişi"nin tacir olması şart değildir, faaliyeti esnaf faaliyeti kapsamını aşmayan kişi de bu kavrama dahildir. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da satıcı kavramına sadece tacirler değil, esnaf da dahil edilmektedir[36]. Ancak, satıcının sadece tacir ya da esnaf olması yeterli olmayıp, malı satması da ticari ve mesleki faaliyeti ile ilgili olmalıdır. Satıcının, ticari ve mesleki faaliyeti dışında bir satım sözleşmesine taraf olması halinde TBK m. 225/II hükmünün uygulanması söz konusu olamaz. Örneğin halı satıcısı bir tacirin, iş yerinde kullanmak üzere satın aldığı su ısıtıcısını bir süre sonra satması halinde, bu satım tacirin faaliyeti ile ilgili olmadığından, bu satım açısından onu satıcılığı meslek edinmiş kişi olarak kabul etmek yerinde olmaz. Bu nedenle satıcının söz konusu maldaki ayıbı mesleği gereği bilmesi gerekmez. Kanımızca tüzel kişi tacir için de aynı esas benimsenmelidir. Bunun kabulü "bilinmesi gereken ayıp" kavramının satıcının faaliyeti kapsamında sattığı mallar için uygulanması hükmün getiriliş amacına da uygun bir yorumdur. Ancak TTK m. 19'daki ticari iş karinesi gereği tüzel kişi tacirin gerçekleştirdiği her satımın ticari işi ile ilgili olduğu sonucuna varılarak TTK m. 225/II uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir.

---

35 Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile ilgili açıklamalar için bkz. **GÜMÜŞ**, M. Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014, (Kısaltma. Tüketici), s. 29; **ASLAN,** Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 10 vd.; **AKÇAAL**, Mehmet/ **UYUMAZ**, Alper: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2013, s. 243 vd.

Satım sözleşmesinde satıcı olarak taraf olabilecek kamu tüzel kişileri için bkz. **GÖZLER**, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 236 vd.; **AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2015, s. 358 vd.

36 Aynı görüşte **BİLGİN**, Melek Yüce: "Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 396.

B- Ayıbın satıcının bilmesi gereken bir ayıp olması

TBK m. 225/II hükmü satıcının satıcılığı meslek edinmiş kişi olduğu sözleşmelerde alıcıyı her türlü ayıp için bildirim külfetinden kurtarmamaktadır. Bu düzenleme satıcının "bilmesi gereken" ayıplarını ele almıştır. Hükümde sadece "bilmesi gereken ayıpların" ifade edilmiş olmasının sebebi, satıcının bildiği ayıpların TBK m. 225/I kapsamına dahil olması ve alıcının bu ayıplar bakımından bildirim külfetinin zaten bulunmamasıdır[37].

Kanun koyucunun burada neden doğrudan TBK m. 115/f. 3'tekine benzer şekilde "hafif kusur" kavramını kullanmadığı, onun yerine hukukumuzda karşılığı bulunmayan ve daha çok kusur sorumluluğunun bulunmadığı hukuklarda yaygın kullanıldığı ifade edilen "bilmesi gerekmek" kavramını kullanması öğretide[38] eleştirilmektedir.

Yine öğretide[39] TBK m. 225/I gereğince, satıcının ağır kusuru halinde bildirim külfetinin yerine getirilmediğini ileri sürememesi karşısında TBK m. 225/II'ye gerek kalmadığı ifade edilmekte, ağır kusurun ağır ihmali de kapsadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre "satıcılığı meslek edinmiş kişinin" bilmesi gereken ayıbı bilmemesi ağır ihmal teşkil etmektedir. Bu durumda ikinci fıkranın bir anlamı kalmamaktadır. Gerçekten satıcının kast ve ağır ihmali ağır kusur teşkil etmektedir. Satıcının ayıbı bildiği haller ile malda mevcut ayıbın satıcı tarafından bilinmemesi onun ağır ihmalinden kaynaklanan haller, TBK m. 225/I kapsamındadır. Satıcının hafif ihmali nedeniyle bilmediği ayıplar ise TBK m. 225/II kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim hükmün gerekçesinde "bilmesi gereken" şeklindeki ibarenin, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmalini kapsadığı ifade edilmektedir. Kanunu hazırlayan komisyonda yer alan Koç[40] da "bilmesi gereken" ibaresinin satıcının her türlü kusurunu ifade ettiğini belirtmektedir. İlk fıkrada yer alan "ağır kusur" kavramını kast ve ağır ihmal olarak değerlendirdiğimiz için, ikinci fıkranın hafif ihmale ilişkin olduğunu kabul etmekteyiz. Bu durumda, Kanun koyucunun ilk fıkrada "ağır kusur" kavramını tercih etmeyip, "her türlü kusuru" düzenlemesinin daha yerinde olduğu ifade edilebilir. Ancak, alıcıyı koruma düşüncesi içinde olan Kanun koyucunun yoruma yer vermeyecek şekilde, açık düzenleme getirme amacı taşıdığını düşünmekteyiz.

Böylelikle yeni düzenleme ile birlikte satıcının satıcılığı meslek edindiği hallerde

---

37 CISG m. 40 gereğince, satıcının bildiği ve bilmesi gereken ve alıcıya bildirmediği sözleşmeye aykırı durumlar için alıcının gözden geçirme ve bildirimde bulunma külfetlerine aykırı davranması sahip olduğu hakları ortadan kaldırmayacaktır. CISG m. 44'te ise makul mazereti bulunan alıcının ayıp bildiriminde bulunmasa bile bedel indirimi ve tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir.

38 **ÇETİNER**, Bilgehan: "Yeni TBK'da Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, Y. 2009, s. 107, 108.

39 **ATAMER**, Yeşim: "Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 6, Mayıs 2006, s. 31 vd.

40 **KOÇ**, Nevzat: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Mülkiyetin Devri Amacıyla Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler", Ali Naim İnan'a Armağan Ankara 2009, s. 466-467.

bilmesi gereken ayıplar, satıcının ağır kusurlu olduğu hallerle aynı şekilde değerlendirilmiştir[41].

III- Hükme İlişkin Tartışmalı Hususlar

TBK m. 225/II hükmü hem ifade tarzı, hem uygulama alanı nedeniyle tartışmaya açıktır. Bu noktada ilk olarak hükme ilişkin öğretide ifade edilen genel nitelikteki eleştiriler dile getirilecek, daha sonra ise hükmün uygulama alanı ile ilgili hususlar üzerinde durulacaktır.

A- Hükme İlişkin Genel Nitelikteki Eleştiriler

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında ifade edilen eleştirilerin ışığında, öğretide[42] satıcılığı meslek edinmiş satıcılar için özel bir düzenleme getirilmesi yerinde bulunmamakta, esas olarak TBK m. 223'teki gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin tamamıyla kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş ayrıca, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmesinin tacirler arasındaki satım sözleşmelerini düzenleyen TTK m. 23'te yer almaya devam etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesi, sadece her iki tarafın tacir olduğu sözleşmeler bakımından aranmalıdır.

Bir diğer eleştiri ise hükmü uygulayacak hakimlerin dikkatini çekme amaçlıdır. TBK m. 225/II hükmünün, satıcının sorumluluğunu fazla ağırlaştırması nedeniyle, hakimlerin dikkatli uygulaması gerektiği, alıcının hakkını kötüye kullandığı hallerde hükmün uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir[43]. Kanımızca her hakkın kullanımında olduğu gibi burada da MK m. 2 hükmüne uygun olarak hakkın kullanılması gerekmektedir. Ancak, ayıba karşı tekeffül borcunun zamanaşımı süresinin satılanın alıcıya devrinden itibaren başlaması (TBK m. 231, m. 244) karşısında hakkın kötüye kullanılması ile karşılaşılması ihtimalinin çok fazla olmadığı kanaatindeyiz.

B- Uygulama alanı

1- Taraflar bakımından

TBK m. 225/II hükmü satıcının satıcılığı meslek edinmesi halinde uygulanmak üzere düzenlenmiştir. Bu durumda satıcının "satıcılığı meslek edindiği" her satım

---

41 **YAVUZ**, Borçlar Özel, s. 139; **BİLGİN**, s. 395; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 129.

42 **ATAMER**, s. 204.

43 Bkz. aynı görüşte **BİLGİN**, s. 396.
Hükme ilişkin bir diğer eleştiri ise, bu karmaşık hükümlerin dava sürecinin uzamasına sebep olacağıdır. Buna göre, ilk olarak alıcı ayıp ve buna bağlı taleplerini ileri sürecek, daha sonra satıcı bildirim yapılmadığını ileri sürecek, alıcı bildirimin yapılmamasının önemli olmadığını satıcının bilmesi gereken maldaki ayıptan sorumlu olduğunu savunacak ve ayıbın satıcının bilmesi gereken bir ayıp olduğunu ispatlayacaktır. Öğretide Atamer, satıcının hafif ihmali olmadığını ispat etmesi gerektiğini ifade etmiştir (**ATAMER**, s. 204).

sözleşmesinde hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı gereken bir husustur. Bu durumda alıcının niteliklerine göre ikili bir ayrım yapılması uygun olur:

Birinci durumda alıcının mesleki faaliyeti kapsamında satım sözleşmesini akdettiği hal incelenmeli ve TTK m. 23 hükmü dikkate alınmalıdır. TTK m. 23/I'e göre, bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, her iki tarafın tacir olduğu satım sözleşmelerine de Türk Borçlar Kanunu'ndaki satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır[44]. Ancak aynı hükümde istisna teşkil eden düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim söz konusu Hükmün c bendine göre, *"[m]alın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür."* Hükmün iki uygulama koşulu bulunmaktadır: Her iki tarafın tacir olması ve sözleşmenin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması[45]. Buna göre, açık ayıplar için 2 günlük, gözden geçirme sonucu ortaya çıkacak ayıplar bakımından ise 8 günlük bildirim süresi düzenlenmiştir. Gizli ayıplar ise Türk Borçlar Kanunu'ndaki gibi ortaya çıkar çıkmaz hemen bildirilmelidir[46]. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükmün özel düzenleme olması karşısında hem satıcının hem de alıcının tacir olduğu (dar anlamda ticari satım[47]) tacirler arasındaki satım sözleşmelerinde TBK m. 225/I hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Kanımızca dar anlamda ticari satımlarda, satıcı ayıplı mal teslîminde ağır kusurlu ise, tacir olan alıcının bildirimi zamanında yapmadığını ileri sürememelidir. Acaba dar anlamda ticari satımlarda satıcının bilmesi gereken ayıplar açısından TBK m. 225/II hükmünde yer alan alıcının bildirim külfetine getirilen istisna uygulanmalı mıdır? ATAMER'e göre, alıcının da tacir olduğu bu ihtimalde, sadece satıcının kastı veya ağır ihmalinin bulunması koşuluyla, alıcı, bildirim

---

44 Bkz. **ÜLGENER/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 302, No. 595.

45 **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 290, No. 581; **ŞAHİNİZ**, s. 21 vd.

46 **EDİS**, s. 90; **ARAL/AYRANCI**, s. 117; **ARKAN**, s. 164; **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: "Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 53; **PASLI**, s. 649. Ayrıca bkz. **ARSLANLI**, Halil: Ticari Bey', İstanbul 1955, s. 281 vd.
Bildirimin bu süre içinde yapılmış olması aranmaktadır. Bildirim daha sonra varmış olsa bile geçerlidir. Bildirim varmış olması koşuluyla gönderildiği andan itibaren sonuçlarını doğurduğu ifade edilmektedir (**YAVUZ**, s. 114; **ŞAHİNİZ**, s. 76 vd.; **PASLI**, Ali: "Ticari Satımda Ayıp Halinde Seçimlik Hakların Kullanılması Zamanı", Prof. Dr. Şenol Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 648, dn. 11.
Sekiz günlük sürenin hem gözden geçirme hem de bildirim süresi olduğu yönünde bkz. **EDİS**, s. 89 vd.; **YAVUZ**, s. 117; **ARKAN**, s. 164; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 54. **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 305, No. 603. Aksi fikir için bkz. **ŞAHİNİZ**, s. 81 vd.

47 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 130 vd.; Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, § 36, No. 35.

yapmamış olsa bile, satıcının sorumluluğuna başvurulabilir[48]. Kanunun amacı bilgi sahibi satıcıya karşı bilgi açısından zayıf konumda olan alıcıyı korumaktır. Alıcının da tacir olduğu sözleşmelerde ise alıcının bilgi zayıflığı bulunmamaktadır. Nitekim öğretide ATAMER[49], TBK m. 225/II'in dar anlamda ticari satımlara uygulanmaması gerektiği görüşündedir. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak gözden geçirme ve bildirim külfetinin esas itibari ile ticari satımlarda aranması gerektiğini göstermektedir. Fakat öğretide bir diğer görüş[50], alıcı tacir de olsa, hükümde esas alınanın satıcının niteliği olduğu ve satıcının satılana ait özellikleri alıcıya oranla daha iyi bilmesi nedeniyle TBK m. 225/II hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir. Böylelikle Türk Borçlar Kanunu'nu hükümleri ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) hükümleri arasında paralellik tesis edilmiş olacağı belirtilmektedir. Zira CISG m. 40'a göre[51] "satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı" ayıpların varlığı halinde satıcı alıcının bildirim külfetini zamanında yerine getirmediği savunmasına başvuramayacaktır. Bu görüşe göre, hükümde yer alan "satıcının bilmemesinin mümkün olmadığı ayıplar" ifadesi, "satıcının bilmesi gereken ayıplar"ı karşılamaktadır. Bu durumda TBK m. 225/II hükmü ile CISG m. 40 benzer nitelikte hükümlerdir. Hükmün amacı dikkate aldığında, alıcının da mesleki faaliyeti kapsamında satım sözleşmesine taraf olduğu hallerde gözden geçirme ve bildirim külfetinin istisnasının olmaması gerektiği yönündeki Atamer'in görüşüne katılsak da, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine atıf yapan TTK m. 23/I hükmü karşısında TBK m. 225/II hükmünün dar anlamda ticari satımlara da uygulanacağını söylemek gerekir.

Bir diğer durum ise, alıcının satım sözleşmesini ticari ve mesleki olmayan amaçlarla akdetmesidir. Bu durumda alıcı TKHK m. 3/k uyarınca tüketici sayılmaktadır. Bilindiği üzere taraflardan birinin satıcı, diğerinin tüketici olduğu halde ortada bir tüketici işlemi bulunmakta ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulanmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, TKHK m. 3/i gereğince satıcı, ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan kişidir. Bu durumda "satıcılığı meslek edinmiş kişi" TKHK açısından satıcıdır. İşte satıcılığı meslek edinmiş kişi ile tüketici arasında akdedilmiş satım sözleşmesinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince satıcının ayıplı maldan sorumluluğuna başvurabilmesi için, alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmesi aranmamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun 10. maddesinin birinci fıkrası gereğince 6 ay içinde ayıp bildiriminin yapılması halinde ayıbın malın teslim anında bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir. Altı aydan sonra yapılacak bildirimlerde ise malın teslim anında ayıplı olduğunu ispat yükü tüketiciye ait olacaktır[52]. Bu hususun ispat edilmesi halinde

---

48 **ATAMER**, s. 205.

49 **ATAMER**, s. 205.

50 **ÇETİNER**, s. 108.

51 Hükmün İsviçre Borçlar Kanunu m. 203 düzenlenmesi ile karşılaştırılması için bkz. **VENTURI/ZEN-RUFFINEN**, Art. 203, No. 6.

52 **İNCEOĞLU**, Murat: "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", Yeni Tüketici Hukuku

bildirimin zamanında yapılmadığı ileri sürülerek tüketicinin satıcıya başvurması engellenemez. Herhalde tüketici malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcıya başvurabilir.

Yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde; TBK m. 225/II hükmünün uygulama alanının satım sözleşmesinin taraflarının tacir veya esnaf olduğu satım sözleşmeleri ile sınırlı olduğu sonucuna varılmaktadır.

2- Taşınmaz satım sözleşmesi

TBK m. 246 hükmü gereğince, taşınır satışına ilişkin hükümler, taşınmaz satışlarında da kıyas yoluyla uygulanır. Buna göre, taşınmaz satım sözleşmesine ilk olarak Türk Borçlar Kanunu'nda taşınmaz satımına ilişkin getirilmiş özel düzenlemeler, daha sonra uygun düştüğü ölçüde taşınır satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Taşınmaz satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin düzenlemede (TBK m. 244) taşınmazlara ilişkin özel birkaç durum açıklandıktan sonra, taşınmazlarda ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin farklı bir zamanaşımı süresi getirilmiştir. Söz konusu hükümler arasında gözden geçirme ve bildirime ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle taşınmaz mallara ilişkin satım sözleşmelerinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda taşınır satımına ilişkin hükümler uygulanır. Bunun sonucunda TBK m. 225/II hükmünün de taşınmaz satımlarında uygulanması gerekir. Böylelikle taşınmaz malın satıcısı satıcılığı meslek edinmiş olup taşınmazdaki ayıbı da bilmesi gerekiyor ise, alıcı gözden geçirme ve bildirim külfetine uymamış olsa bile satıcının sorumluluğuna gidebilir. Burada kanun koyucunun taşınır mallara ilişkin getirmek istediği korumayı taşınmaz mallar açısından tanımamanın herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

3- Eser sözleşmesi

Bir diğer akla gelebilecek soru, söz konusu hükmün eser sözleşmesinde ayıp halinde uygulama alanı bulup bulamayacağına ilişkindir. TBK m. 474 hükmü gereğince iş sahibinin eseri teslimden itibaren, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirme ve ayıp varsa uygun süre içerisinde yükleniciye bildirme külfeti bulunmaktadır. Aksi takdirde eseri ayıplı olarak kabul etmiş sayılır. Sonradan ortaya çıkan ayıplar ise hükümde istisna tutulmuştur (TBK m. 477/II). TBK m. 477/I gereğince, yüklenicinin kasten gizlediği ve usulüne uygun gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek ayıplar için sorumluluğu devam eder[53]. Söz konusu hüküm incelendiğinde gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirmenin istisnası olarak *"yüklenicinin*

Konferansı, İstanbul 2015, s. 175; **GÜMÜŞ**, Tüketici, s. 96 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **AKÇAAL/UYUMAZ**, s. 261 vd.

53 Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, C: II, s. 221 vd.; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 550 vd.; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 636; **ARAL/AYRANCI**, s. 357 vd.; **YAVUZ**, Borçlar Özel, s. 1026 vd.

kasten gizlediği hal" özel olarak düzenlendiği tespit edilmektedir. Bu nedenle eser sözleşmesine ilişkin bu konuda hüküm bulunması ve söz konusu hükümde yüklenicinin "bilmesi gereken" ayıplardan söz edilmemesi karşısında, istisna hüküm niteliğindeki TBK m. 225/II hükmünün eser sözleşmesine uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

C- Türk Borçlar Kanunu'nun 225/II hükmünden vazgeçme

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin yedek hüküm niteliğinde olması karşısında alıcının TBK m. 225/II hükmünden vazgeçip vazgeçemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır.

TBK m. 221 hükmü gereğince, *"Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."* Hüküm sorumluluğun sınırlandırılması ya da kaldırılmasına ilişkindir. Bu hüküm karşısında, tarafların anlaşarak, ağır kusurlu satıcı karşısında alıcıya tanınan imkanların sınırlanması geçerli olmaz. Nitekim TBK m. 225/I hükmünün lafzı da bu emredici niteliği doğrulamaktadır.

Bununla birlikte, TBK m. 225/II hükmünde satıcının hafif kusurunun düzenlendiğini kabul etmemiz karşısında hükmün emredici nitelikte olup olmadığı tartışmaya açık hale gelmektedir. Öğretide meslekten satıcının bilmesi gereken ayıpların farkında olmaması hali ağır kusur olarak değerlendirildiği için sorumsuzluk anlaşmasının bu durumda geçersiz olduğu kabul edilmektedir[54].

TBK m. 225/II hükmünün hafif ihmali kapsadığı görüşümüzün kabulü halinde bu gerekçeye dayanamamaktayız. Lakin hükmün düzenleme gerekçesi olan alıcıyı koruma amacı ve hükmün lafzı ile emredici nitelikteki üsteki fıkraya yollama yapılması nedeniyle onun da emredici nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır. Tüm bu sebeplerle kanımızca, satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından gözden geçirme ve bildirme külfetinin aranacağına ve alıcının TBK m. 225/II'de kendisine tanınan haktan feragat ettiğine ilişkin sözleşme hükmü geçerli değildir. Nitekim Fransız Yüksek Mahkemesi 1960'lı yıllardan itibaren satıcılığı meslek edinmiş olan satıcının maldaki ayıbı bildiğini kabul etmesi ve sözleşmede satıcının sorumluluğunu sınırlandıran ve kaldıran düzenlemelerin geçerli olmadığına hükmetmiştir[55].

---

54 **GÜMÜŞ**, s. 95; **YAVUZ**, Borçlar Özel, s. 135.

55 Cour de cassation, Chambre Civile 3, 11 mai 1994, No. 92-17.454; Cour de cassation, Chambre Civile 1, 20 février. 1996, No. 93-21.128; Cour de cassation, Chambre Commerciale, 18 février 1997, No. 94-20.609, Cour de cassation, Chambre Commerciale, 23 novembre 1999, No. 96-17.637, Cour de cassation Chambre Civile 3, 27 septembre 2000 (Lexis nexis, 26.11.2015). Bu konuda bkz. **LE TOURNEAU**, Philippe: Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats- 2014.

Bu konuda 818 Sayılı Borçlar Kanunun zamanındaki görüş için bkz. **YAVUZ**, s. 102.

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN TALEPLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER VE DEĞERLENDİRMELER

(Criticism and Evalauation of Lapse of Time in Insurance Contracts)

Av. Prof. Dr. Tekin MEMİŞ*

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan taleplerin zamanaşımına uğrayacağı sürelerle ilgili olarak TTK.m. 1420 ve TTK.m.1482 hükümlerinde yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu yasal düzenlemeler, kolayca anlaşılabilir metinler değildir ve uygulamada sorun olmaya başlayacak niteliktedir. Aşağıda zamanaşımına ilişkin bu düzenlemeler, bir bütün içinde ele alınacak ve madde metinleri ile gerekçelere ilişkin değerlendirme ve tespitlerim yanında eleştiriler ile kanaatlerim de sunulacaktır.

Anahtar kelimeler: Sigorta sözleşmeleri, zamanaşımı, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil tazminatı, muacceliyet, mutlak ve nispi süreler

Abstract

There are two new provisions in 6102 of the Turkisch Commercial Code, namely, TTK/1420 and TTK/1482, which bring an order about lapse of time in insurance contracts. These two provisions are not understandable and might cause problems in practice. In this article, I will give information about them, evaluate their justifications, criticise and make some comments.

Keywords: Insurance contracts, lapse of time, unjust enrichment, tort indemnity, maturity, absolute and relative duration.

GİRİŞ

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan talepler hakkında 6102 sayılı Kanun'da zamanaşımına ilişkin düzenlemeler, 6762 sayılı Kanundan oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Zamanaşımına ilişkin 6762 sayılı Kanun'da tek hüküm bulunur iken 6102 sayılı Kanun'da biri sigorta sözleşmeleri için genel ve diğeri ise sorumluluk

* İstanbul Barosu.

sigortalarına ilişkin özel bir zamanaşımı süresi olmak üzere iki ayrı hüküm getirilmiştir. Zamanaşımına ilişkin iki ayrı hükmün getirilmesi isabetli bir düzenlemedir. Zira eski Türk Ticaret Kanunu hükümleri arasında sorumluluk sigortasına ilişkin talepler hakkında herhangi bir hüküm bulunmamakta idi. Sigorta sözleşmeleri için genel zamanaşımı süresini düzenleyen TTK.m.1420 hükmünde ise birbirinden farklı iki farklı zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Çalışmamızın odak noktasını da TTK.m.1420'de getirilmiş olan farklı zamanaşımı süreleri oluşturacaktır. Ayrıca zamanaşımına ilişkin düzenlemenin nasıl ve ne şekilde olması gerektiği ve ortaya çıkan sorunlar da ele alınacaktır. Sigorta sözleşmeleri için getirilen zamanaşımı düzenlemelerini daha iyi anlayabilmek için genel hükümlerde düzenlenmiş bulunan haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşme zamanaşımı konularının incelenmesi de gerekir. Zira TTK.m.1420'de zamanaşımına ilişkin getirilen düzenlemenin nasıl bir zamanaşımını düzenlediği ancak bu şekilde daha iyi anlaşılabilecektir.

I. Türk Ticaret Kanunu'nun 1420. Maddesinde Düzenlenen Zamanaşımı

6102 sayılı TTK'nun 'Zamanaşımı' başlığını taşıyan 1420. Maddesi şu şekildedir:

MADDE 1420- (1) Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

(2) Diğer kanunlardaki hükümler saklıdır.

Getirilen bu düzenleme eTK'dan oldukça farklıdır. Burada hükme, 6762 sayılı TTK'da olmayan ilave bir düzenleme getirilmiştir. Buna karşılık bir de eTK.m. 1268 madde düzenlemesinde bulunan sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı düzenlemesi de madde metninden çıkarılmıştır. Eski hüküm ise aşağıdaki gibidir:

MADDE 1268 - Sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dâhil sigorta mukavelesinden doğan bütün mutalebeler, iki yılda müruruzamana uğrar.

Sigorta sözleşmesinden kaynaklanabilecek talepleri esasen üç ana başlıkta toplayabiliriz. Bunlardan ilki, sigorta ettirenin borcu olan prim ödeme borcudur. Bu borç konusunda herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde hüküm açıktır. Prim ödeme borcunun muaccel olduğu andan itibaren zamanaşımı süresi iki yıldır. Bazen akdedilen sigorta sözleşmesi geçersiz olabilir. Bu halde sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler olabilecektir. Nihayet rizikonun gerçekleşmesi ile sigortacının edimi olan sigorta tazminatı ödeme borcu da doğabilecek bir diğer taleptir.

Kanun koyucunun burada önceki düzenlemede bulunan iki yıllık zamanaşımı

düzenlemesine ek olarak sigorta tazminatı ve bedeline ilişkin ayrı bir düzenleme getirmesinin nedeni ise madde gerekçesinde izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre yeni düzenlemede iki yıllık süreye sadık kalınmış olmakla birlikte bir de azami sürenin öngörüldüğü, 6762 sayılı Kanun'da zamanaşımı süresinin muacceliyet tarihinden başladığı, ancak sigortalılarla sigortadan faydalanan kimselerin beş yıl sonra bile rizikonun gerçekleştiğini öğrenilebileceğini bu durumda menfaatler dengesi açısından nihayetinde sigortacıyı da oldukça uzun süreler karşısında bırakmamak için altı yıllık bir sürenin kabul edildiği belirtilmiştir[1].

Hemen belirtelim ki, eTK.m.1268 hükmünden ve gerekçesinden oldukça farklı bir düzenleme ve gerekçe ile karşı karşıyayız. Bir kere, muacceliyete eTK.m.1268'de özellikle yer verilmemiş iken diğer taraftan sebepsiz zenginleşmeye dair yapılan vurgunun da madde metninden çıkarıldığı görülmektedir[2]. Bu hususların yeni dönemde özel olarak tartışılması gerekir.

II. İki ve Altı Yıllık Zamanaşımı Süreleri Hakkında İhtimaller

Madde metni okunduğunda zamanaşımı konusunda tartışılabilecek olan iki ihtimal bulunmaktadır, zira hüküm düzgün yazılmamıştır. Bu ihtimaller, maddenin yazım şeklinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten bu hükümde düzenlenen zamanaşımının sözleşme zamanaşımı olduğu düşünüldüğünde – ki, öyledir- ve bu çerçeveden bakıldığında iki farklı yorumun yapılabilmesi mümkündür.

1. Birinci İhtimal

Bunlardan ilki, TTK.m.1420'de düzenlenen zamanaşımının herhangi bir istisna gözetilmeksizin sözleşmeden kaynaklanan bütün taleplere uygulanmasıdır. Yani riziko gerçekleştiğinde TTK.m.1427'ye göre muaccel olduktan sonra sigorta tazminatı da dahil olmak üzere taleplerin iki yılda zamanaşımına uğradığı ihtimalidir.

---

1 Bkz. TTK.m. 1420 gerekçesi.

2 ***6762 AEM: Madde 1268-Hükümet Tasarısının birinci fıkrasında sigorta akdinden doğan bütün mütalebelerin iki yılda müruruzamana uğrayacağı kabul edilmiştir. Fakat sebepsiz ödenmiş bulunan sigorta bedellerinin veya primlerin geri alınması, alacaklarının da bu müruruzamana mı yoksa sebepsiz mal edinme hakkındaki Borçlar Kanununun 66 ncı maddesindeki müruruzamana mı tâbi olacağı meselesi halledilmiş olmak için birinci fıkraya bunların müruruzamanının da akde ait müruruzamanın aynı olduğunu bildiren sözler ilâve edilmiştir.***

Tasarının 6 ncı maddesindeki acık hükümle ticarî işlerdeki bütün müruruzamanların uzatılması da, kısaltılması da yasak edilmiş bulunduğundan, bu hükmün tekrarından ibaret bulunan ikinci fıkra hükmü çıkarılmıştır.

Gerek mer'i kanunda, gerekse Hükümet Tasarısında sigorta bedelinin muaccel oluşuna ait eksikler açık hükümlerle tamamlanmış bulunduğundan, Borçlar Kanunumuzda müruruzamanın başlangıcı umumi prensip olan muaccel olma tarihinden herhangi bir şekilde ayrılmak için bir sebep görülemediğinden Hükümet Tasarısının üçüncü fıkrası lüzumsuz hale geldiği cihetle çizilmiştir.

Bu hali bir örnekle açıklamak gerekirse:

Riziko 1.1.2013 tarihinde gerçekleştiğinde, TTK.m.1427'ye göre sigorta ettiren belgeleri verdi ve sigortacının edimine ilişkin incelemeleri bitti ya da her halükarda 45 gün geçti. Bu sürenin yani her halükarda 45 günün geçmesi ile (incelemeler daha önce bitti ise bu tarihte), yani 16.2.2013 tarihinde muaccel olur ve sigorta tazminatı talep hakkı 16.2.2015 tarihinde zamanaşımına uğrar.

Kanunun gerekçesinden etkilenen Türk doktrini de bu ilk ihtimali savunmaktadır[3].

2. İkinci İhtimal

İkinci ihtimalde ise -sadece- sigorta tazminatı ve bedeli konusunda rizikonun gerçekleşmesi tarihi baz alınır, muacceliyete bakılmaz. Sigorta tazminatının muaccel olmadığı hallerde, örneğin talebin yapılmadığı, söz konusu bilgi ve belgelerin sigortacıya hiç verilmediği hallerde bu durum söz konusu olabilecektir. Riziko 1.1.2013 tarihinde gerçekleşmiş ise bu halde 6 yıllık bir zamanaşımı vardır. Buna göre 1.6.2019 tarihinde sigorta tazminatı ve bedeline ilişkin talepler zamanaşımına uğrar.

İkinci yorum, madde metninde yer alan '....1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler **her hâlde** rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar' ifadelerine dayanmaktadır.

Burada maddenin yazım biçiminden hareketle, sigorta bedeli ve tazminatına ilişkin zamanaşımı süresinin uzatılmak istendiği yönünde bir intibaa ulaşılmaktadır. Nitekim uygulamada da zamanaşımının 6 yıl olduğuna ilişkin iddialar ileri sürülmeye başlanmıştır. Her ne kadar madde gerekçesinde uzun zamanaşımı süresinin sigortalı ve sigortadan faydalanan kimseler için öngörüldüğü söylenmekte ise de madde metninde bu hususa ilişkin en küçük bir işaret dahi bulunmamaktadır.

III. Zamanaşımı Sürelerinin Sınıflandırılmaları ve Farklılıkları

Hukuk sistemimizde birbirinden farklı zamanaşımı süreleri vardır. Farklı zamanaşımı düzenlemelerinin ise birbirinden farklı işlevleri bulunur. Bunlara sözleşme zamanaşımı, sebepsiz zenginleşme zamanaşımı ve haksız fiil zamanaşımına ilişkin ayrımı örnek olarak verebiliriz[4].

---

3 **Mustafa Çeker,** Sigorta Hukuku, Adana 2015, s. 129 vd. ; **Sabih Arkan,** Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamanaşımı, AÜHFD. 2007, C.56 Sa.2, s. 43.

4 Bunların dışında zamanaşımına ilişkin başkaca tasnifler de yapılabilir, bkz. **Şeref Ertaş,** Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı, DEÜHFD, C. 16 Özel Sayı, Prof.Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. III, 2015, s. 3093 vd.

Sözleşme zamanaşımı ile haksız fiil zamanaşımı arasındaki en önemli farklılık, sözleşme zamanaşımında muacceliyetin önemli olması, buna karşın haksız fiilde ise haksız fiilin meydana geldiği anın esas alınmasıdır[5]. Haksız fiil zamanaşımında zararın ve failin öğrenildiği an zamanaşımı süresinin başlangıcı kabul edilir. Örneğin zarar görenin taleplerinde Borçlar Kanunu m.72'ye göre zamanaşımı süresi, zararı ve failin öğrenilmesinden itibaren 2 yıldır. İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı, sübjektif bir ölçüte, öğrenmeye bağlandığı için 'nispi zamanaşımı süresi' olarak adlandırılmıştır[6]. Yine BK'da haksız fiil zamanaşımı için 10 yıllık bir 'mutlak süre' de öngörülmüştür. Haksız fiil nedeniyle dava açmak için objektif bir ölçü esas alınarak zamanaşımının başlangıcı belirlenmiştir. O da haksız fiilin vuku bulduğu tarihtir. Bu mutlak süre, söz konusu talebin sonsuza kadar ileri sürülebilmesini engeller. Görüleceği üzere birbirinden farklı iki zamanaşımı süresinden bahsedilebilir ise de 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri esasen farklı bir süreyi öngörmemiştir. Esasen haksız fiillerde zamanaşımı süresi her halükarda iki yıldır.

Benzeri bir şekilde sebepsiz zenginleşmede de iki tür zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bunlardan ilki hak sahibinin geri isteme hakkının olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yıldır. Ancak bu talepler, herhalde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır (BK.m.82; eBK.m. 66).

Bir de istisnai ya da uzatılmış zamanaşımı süresinden de bahsetmek gerekir. Şayet zarara neden olan eylem aynı zamanda ceza hukuku anlamında da bir suç teşkil ediyorsa ve ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise bu durumda haksız fiile ilişkin zamanaşımı da uzun olan ceza zamanaşımına tabi olur. Bu zamanaşımı süresi, hem nispi hem de mutlak zamanaşımı süresini uzatır. Yani iki yıllık süreyi de 10 yıllık süreyi de uzatan bir zamanaşımı süresinin varlığı kabul edilmektedir[7].

Gerek sebepsiz zenginleşme gerekse haksız fiile dayalı tazminat taleplerinde iki farklı zamanaşımı başlangıcının öngörülmesi son derece tabiidir. Zira burada zarar gören kimsenin, zararı ve zarar vereni ya da tazminat talebine hakkının bulunduğunu öğrenmesi anı birbirinden farklıdır. Ancak tazminat borçlusunu da ilanihaye tazminat talepleri ile karşı karşıya bırakmamak için 10 yıllık bir nihai süre (mutlak süre) öngörülmüştür.

---

5 Bu konuda bkz. **Ayşe Havutçu,** Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.579-605 (Basım Yılı: 2012), s. 579 vd.

6 **Havutçu**, s. 583.

7 **Fatma Burcu Savaş**, Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008, s.141. Kanaatimce ceza zamanaşımı süresinin kısa olan zamanaşımı süresini de uzattığına ilişkin görüş, Yargıtay kararları çereçevesinde oluşmuştur ki, eleştiriye muhtaçtır. Ancak bu ayrı bir çalışmanın konusu olacak kadar geniştir.

Buna karşın sözleşme zamanaşımı, diğer bir deyişle alacak haklarında zamanaşımı süresinin başlangıcı muacceliyettir (BK.m.149). Borçlar Kanunu, m. 146 ve 147'de beş ve on yıllık bir zamanaşımı öngörmüş ancak yine de her seferinde BK.m.149 çerçevesinde zamanaşımının başlangıcı muacceliyete bağlamıştır.

Görüleceği üzere haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ile sözleşme (alacak) zamanaşımı ve başlangıçları, birbirinden farklı esaslara bağlanmıştır. Zira sözleşmeden kaynaklanan taleplerle haksız fiilden kaynaklanan taleplerin nitelikleri birbirinden farklıdır[8]. Sözleşme ilişkisinde tarafların sözleşmeyi ve muacceliyeti tayin etmesi ya da takip etmesi, alacağını isteyeceği karşı akidi bilmesi tabiidir ve esastır. Bu nedenle zamanaşımının başlangıcı için alacağını ve borçluyu öğrenmesine sözleşme zamanaşımında ihtiyaç duyulmamıştır.

IV. TTK. m.1420'deki İhtimallerin Değerlendirilmesi: Nispi-Mutlak Zamanaşımı Süresi mi?

Nispi ve mutlak zamanaşımı süresi kavramları, -açıklandığı üzere- haksız fiil kaynaklı taleplerde söz konusu olur. Bunlardan iki yıllık kısa zamanaşımı süresine nispi zamanaşımı süresi denir, zira zamanaşımının başlangıcı zarar görenin zararı ve faili öğrenmesinden başlar, başlangıcı izafi bir olaya, zarar görenin öğrenmesine bağlanır[9]. Buna karşın 10 yıllık süre ise zarar verici olaydan başlar, objektif bir başlangıcı vardır ve değişmez.

TTK.m.1420 hükmü, haksız fiili düzenleyen BK.m.72 ve KTK.m. 109 ile karşılaştırıldığında da hükmün farklılığı ortaya çıkar:

BK.m.72- Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

KTK.m**.** 109 – Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zaman aşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre, maddi tazminat talepleri için de geçerlidir.

Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır.

---

8 **Mehmet Erdem,** Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 190.

9 Bkz. **Savaş**, s. 121 vd.

Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.

Diğer hususlarda, genel hükümler uygulanır.

Yukarıdaki düzenlemelerden aşikar bir şekilde görüleceği üzere, TTK.m.1420 sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan taleplere karşı zamanaşımı süresini düzenlerken BK.m.72 ve KTK.m.109, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresini düzenler. Bu nedenle aslında bu hükümlerin mahiyeti, birbirinden tamamen farklıdır. Daha da ötesinde TTK.m.1420'de saklı tutulan 1482. madde hükmü, aslında sözleşme tarafları dışındakilerin taleplerinde geçerli olacak olan bir zamanaşımı süresini düzenlemektedir ve daha da ilginci burada iki yıllık süreden de bahsedilmemektedir.

TTK.m.1420'de sözleşme kaynaklı talepler için zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Sözleşme zamanaşımında bu şekilde bir nispi ve mutlak bir zamanaşımı başlangıcından bahsedilemez. Bu hükümde düzenlenen zamanaşımı süreleri yine zamanaşımına ilişkin ilkelere göre yorumlanarak anlamlandırılmalıdır.

V. TTK. m.1420'nin Yorumunda BK. m. 149/2'nin Önemi

BK.m.149/1 hükmü, alacak zamanaşımı süresinin başlangıcını muacceliyet olarak belirlemiştir. Ancak söz konusu alacağın bir bildirime bağlı olması halinde, zamanaşımının bu bildirimin yapılabileceği günden başlayacağını da hükme bağlamıştır (BK.m.149/2). Görüleceği üzere, BK.m.149/2, zamanaşımı süresini bildirimin yapılması anından değil de yapılabileceği günden başlatmaktadır. Eğer bildirim yetkisi, taraflardan birine verilirse bildirim yapılmayarak alacağın muaccel olmasına ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlangıcına da engel olunabilir. Bu nedenle BK.m.149/2 hükmünde, Kanun koyucu, bildirimin fiilen yapıldığı anı değil, bildirimin caiz olduğu, yapılabileceği anı esas alır[10].

Yukarıda TTK.m.1420'nin gerekçesinde her ne kadar sigortalı ve sigortadan faydalanan kimse için mutlak bir zamanaşımı süresi getirildiği belirtilse de Kanunun gerekçesinden daha ziyade BK.m.149/2 hükmüne göre bir yoruma gidilmelidir.

1. Rizikonun Gerçekleştiğini Bildirim Yükümlülüğü ve Muacceliyet

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiğini öğrendiğinde durumu geciktirmeksizin sigortacıya bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. 'Gecikmeksizin' ibaresi, her olayda hakime bir takdir yetkisi verecektir[11]. Bu bildirim üzerine

---

10 **Ertaş,** s. 3097; **Fikret Eren,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 1286;

11 Bkz. 1446. Madde Gerekçesi.

sigortacı harekete geçmeli ve araştırmalarını yapmalıdır. Sigorta tazminatının muaccel hale geldiği an ise araştırmaların bitmesi yahut bildirimin yapılmasından 45 gün sonradır. Can sigortalarında bu süre 15 gün olarak belirlenmiştir.

Burada cevaplanması gereken soru şudur: TTK.m.1446'da sigorta ettirene yüklenen bildirim yükümlülüğü, acaba BK.m.149/2 anlamında kabul edilebilecek bir bildirim midir?

TTK.m.1446 hükmü incelendiğinde, sigorta ettirene getirilen bildirim yükümlülüğünün sigorta tazminatının muacceliyetine bir etki edeceği düşünülerek hazırlanan bir hüküm olmadığı görülür. Yine maddenin 3. fıkrasında da sigortacının rizikonun gerçekleştiğini öğrenmesi ile de artık 2. fıkrada belirtilen yaptırımların uygulanamayacağı ve sigorta ettirenin bildirim yükümlülüğünün kalkacağı düzenlenmiştir. TTK.m.1446 hükmünün ratio legisi muaaceliyeti belirlemek değildir, aksine sigortacının rizikoyu bir an önce öğrenerek gerekli tedbirleri almasını sağlamaktır. Ancak TTK.m.1427'nin, muacceliyetin başlangıcı için TTK.m.1446 hükmüne yaptığı atıf da görmezlikten gelinemez. Bu halde, rizikonun gerçekleştiğini gecikmeksizin bildirim görevinin BK.m.149/2 anlamında muacceliyete etki eden bir bildirim olduğu sonucuna ulaşmak gerekir.

Bildirimin muacceliyete etkisi, eski TTK zamanında da kabul edilmekteydi. 6762 sayılı TTK.m. 1268'de zamanaşımı süresi iki yıl olarak öngörülmüştü. İki yılın başlangıç tarihi ise, sözleşme zamanaşımını düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri ile uyumlu idi. (e)BK.nun, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihten başlayacağını belirten 128/1. maddesindeki genel hüküm, sigorta sözleşmelerindeki zamanaşımının başlangıcının tespitine de uygulanmakta idi. Yine (e) TTK. nun 1299 ve 1292. maddeleri göz önüne alındığında zamanaşımının başlangıcı, rizikonun gerçekleştiğinin sigortalı tarafından haber alınmasından itibaren, ihbarın yapılması gereken beş günün sonudur[12].

2. Rizikonun Gerçekleştiğini Bildirim Yükümlülüğünün Muhatabı

TTK.m.1446 hükmü, bildirim yükümlülüğünün muhatabı olarak sigorta ettireni kabul etmiştir. Sigorta ettiren, riziko gerçekleşince rizikonun gerçekleştiğini 'gecikmeksizin' sigortacıya bildirmek zorundadır. Buna karşın eğer sigorta sözleşmesinde sigortalı ya da sigortadan faydalanan bir kimse varsa bunlar için böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır[13].

Bilindiği üzere, sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta ettiren ve sigorta şirketidir. Bazı hallerde, sigorta ettiren ile sigortacı dışında da sigorta sözleşmesi ile ilgi-

---

12 HGK, E. 1981/11-34, K. 1982/870, T. 3.11.1982.

13 6762 sayılı Kanun'da ise denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda rizikonun gerçekleştiğini bildirim yükümlülüğü, sigorta ettiren yanında sigortadan haberdar olması halinde sigortalıya da yüklenmiştir (eTTK.m.1377).

si olan kişiler bulunabilir. Zarar sigortalarında sigortalı hayat sigortalarında lehdar, sigorta sözleşmelerinden yararlanan kimsedir. Bu türden sözleşme kayıtları, sigorta sözleşmesini üçüncü kişi lehine sözleşme haline getirir[14]. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin –sigorta sözleşmelerinde sigortalı ya da lehdarın- sözleşmeye katılması gerekmediği gibi sözleşmeden haberdar olması da gerekmez[15]. Bu kimseler, sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan sigorta himayesinden yararlanır, sigorta tazminatını alabilir.

Bu kimselerin sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan haklara sahip olması ayrı ve bağımsız bir hakkın kazanımıdır. Devir ya da halefiyet yolu ile bir hakkın sahibi olmazlar.

Borçlar hukuku doktrininde, sözleşme borçlusunun bu haklar bakımından yararlanan üçüncü kişilere karşı sözleşme ilişkisinden kaynaklanan her türlü itiraz ve defileri ileri sürebileceği kabul olunur[16]. Özellikle bu defilerin içinde zamanaşımı defi de bulunur.

Bu ihtimalde, sigorta ettiren sözleşmeyi akdederken bir sigortalı tayin etmişse ya da hayat sigortalarında bir lehdar göstermiş ise bu hallerde dahi aslında TTK.m.1446 hükmüne göre rizikonun gerçekleştiğini bildirim yükümlülüğü sigorta ettirenin üzerinde olacaktır. Şayet bu kimse, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmez ise bu takdirde, borçlu yani sigortacı TTK.m.1446 hükmüne göre bildirimin yapılabileceği anda bunun yapılmadığını (BK.m.149/2), dolayısıyla bildirimin yapılabileceği andan itibaren TTK.m.1427'ye göre hesaplanacak muacceliyeti ve iki yıllık zamanaşımı defini sigortadan faydalanan kimselere de ileri sürebilecektir.

Kanun koyucunun gerekçede belirttiği sigortalı ve lehdarın sonradan haberdar olması da durumu değiştirmez. Gerçekten sigorta ettirenin bildirimde bulunmadığı hallerde artık sigortadan faydalananların da altı yıllık mutlak zamanaşımı süresinden faydalanamayacağını belirtmek gerekir.

Yine bu hallerde, sigortadan haberdar olan sigortalı ve lehdar da söz konusu durumu sigortacıya bildirebilir. Bu durum, TTK.m.1446/3 hükmünden rahatlıkla çıkarılabilir. Bu hallerde dahi artık sigorta tazminatının muacceliyeti başlamıştır.

Hayat sigortalarında sigorta ettirenin lehdarı atadığı ancak lehdarın bu durumdan haberdar olmadığı hallerde de yukarıdaki izahlarımız aynen geçerli olmalıdır. Ancak hayat sigortalarında lehdarın atanmasından sonra sigorta ettirenin vefatı halinde ya da rizikonun gerçekleştiğini haber veremeyecek durumda olması halinde lehdarın sigorta sözleşmesinden haberdar olmaması da muhtemeldir. Bu durumda sigortacıya yüklenemeyen (TTK.m.1427/2-son cümle) ama aynı zamanda sigorta ettirene de yüklenemeyen bir hal vardır (TTK.m.1446/2). Bu halde lehdar, sigorta

---

14 **Rayegan Kender**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, s. 210.

15 **Eren**, s. 1142.

16 **Eren**, s. 1150.

sözleşmesinden 4 yıl sonra haberdar olsa bile sigortacıya müracaat edebilecek ve sigorta tazminatını talep edebilecektir. Sigortacı, iki yıllık bir zamanaşımı defini ileri süremeyecektir, zira henüz sigorta tazminatı muaccel olmamıştır ve mutlak/uzun zamanaşımı süresi olan 6 yıllık süre de henüz geçmemiştir.

VI. Sebepsiz Zenginleşmeye İlişkin Taleplerde Uygulanacak Zamanaşımı

Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi TTK.m.1420'de düzenlenmemiştir. Buna karşın 6762 sayılı Kanun, sebepsiz yere ödenmiş bulunan prim ve sigorta bedeli ile ilgili hem açık düzenlemeye yer vermiş (m.1268) hem de bunun nedenini açık bir şekilde Gerekçe'sinde belirtmişti:

6762 AEM : Madde 1268-Hükümet Tasarısının birinci fıkrasında sigorta akdinden doğan bütün mütalebelerin iki yılda müruruzamana uğrayacağı kabul edilmiştir. Fakat sebepsiz ödenmiş bulunan sigorta bedellerinin veya primlerin geri alınması, alacaklarının da bu müruruzamana mı yoksa sebepsiz mal edinme hakkındaki Borçlar Kanununun 66 ncı maddesindeki müruruzamana mı tâbi olacağı meselesi halledilmiş olmak için birinci fıkraya bunların müruruzamanının da akde ait müruruzamanın aynı olduğunu bildiren sözler ilâve edilmiştir.

Görüleceği üzere, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak ortaya çıkabilecek ihtilafları halletmek için eTTK'da açık bir hüküm konulmuştur. Bu açık hükme rağmen doktrinde tartışmaların sona ermediğini de belirtelim[17].

Kanunun 1420. maddesinde sebepsiz alınan primlere ilişkin cümle, madde metninden çıkarıldığına göre bu halde durumun ne olacağına ilişkin yine ortada ele alınması gereken bir sorun karşımıza çıkmıştır. Bu da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin taleplerin hangi sürelerde zamanaşımına uğrayacağı ve buna ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağıdır. Bu tartışmanın nedeni ise '*sebepsiz ödenen prim ve sigorta bedelinin geri alınması alacakları*' vurgusunun hükümden çıkarılmış olmasıdır. Bu durumda artık fazladan ödenen primlerde ya da sigorta sözleşmesinin geçersizliğinde bu talepler için zamanaşımı süresi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenmelidir ve genel hükümlerdeki zamanaşımı süreleri geçerli olmalıdır[18]. Bu çerçevede BK.m.82'ye göre 2 ve 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur[19].

---

17 Bkz. **Reşat Atabek**, Sigorta Hukukunda Zamanaşımının Başlangıcı, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1963, s. 631 vd.; **Ali *Bozer***: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 151, 152.

18 Bu konuda bkz. **Sabih Arkan**, Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamanaşımı, AÜHFD. 2007, C.56 Sa.2, s. 40 vd.

19 Bu konuda **Arkan**, sigortacının fazladan ödediği tazminat için açılacak davalarda sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan genel sürelerin değil, her halükarda TTK.m.1420'de bulunan 2 yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağını savunmaktadır ki (s. 43), bu görüşe katılma imkanı bulamamaktayız.

VII. TTK. m. 1420'de Saklı Tutulan Zamanaşımı Hangi Zamanaşımı Süresidir?

TTK.m.1420'de 1482.madde saklı tutulmuştur. Saklı tutulan nedir? Burada da iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, TTK.m.1420 ile birlikte düşünerek zamanaşımının her halükarda iki yıl olduğu ve zamanaşımının muacceliyetten itibaren işlemeye başladığıdır. Böylece saklı tutulan sadece diğer sigortalarda mutlak zamanaşımı süresi olarak belirlenen 6 yılın sorumluluk sigortalarında 10 yıl olduğudur.

Diğer ihtimal ise zamanaşımının her halükarda 10 yıl olduğu ve iki yıllık sürenin burada söz konusu olmayacağıdır. Madde metni ve gerekçesi aynen şu şekildedir:

MADDE 1482- (1) Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar.

Gerekçe

Sorumluluğun doğumunun ve tazmini gereken zararının tespitinin uzun zaman alabiliyor olması nedeniyle genel hükümlerde öngörülen iki yıllık sürenin sorumluluk sigortalarında az olacağı düşüncesi ile bu tür sigortalarda zamanaşımı süresi beş yıl olarak belirlenmiştir.

Öncelikle madde gerekçesinin tamamen yanlışlıklarla dolu olduğu görülebilir. Bir kere süre gerekçede 5 yıl olarak belirtilmiş ancak Kanun hükmünde 10 yıllık bir zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Bir diğer yanlışlık da esasen iki yıllık süre yanında TTK.m.1420'de bir de altı yıllık bir zamanaşımı süresinin kabul edildiğinin görmezden gelindiğidir. Yine Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen sorumluluk sigortasındaki düzenlemeler de tamamen göz ardı edilmiştir.

Görüleceği üzere burada –her ne kadar gerekçede beş yıla ilişkin yanlışlık olsa da- iki yıllık sürenin burada uygulanmayacağı zamanaşımı için tek sürenin getirildiği söylenebilir. Ancak sorumluluk sigortalarında sigortalıya yönelen talebi veya TTK.m. 1475/2'e göre zarar görenin sigortacıya talebi halinde TTK.m.1427 hükmünü devreye girecektir. Kanaatimce TTK.m. 1420'de 1482. maddenin saklı tutulmasının gerekçesi de bu olmalıdır. Bu nedenle bu hallerde dahi iki yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olur. Buna karşın her halükarda sorumluluk sigortalarında uzun zamanaşımı süresi, 10 yıldır ve talep de 10 yıl içinde ileri sürülebilir. Bu yorum, sorumluluk sigortalarının bir türünü düzenleyen KTK.m. 109 ile de uyumlu olacaktır.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRMELERİM

1. TTK.m. 1420'de zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenlemeler, açık değildir ve yoruma açıktır. Farklı şekillerde yorumlanmaya ve farklı içtihatların çıkmasına yol açabilecek niteliktedir.

2. TTK.m. 1420 hükmü, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen zamanaşımı ilkeleri ile ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Bu çerçevede TTK.m.1420'de düzenlenen zamanaşımı süresi, sözleşme/alacak zamanaşımıdır. Bu nedenle haksız fiillerde söz konusu olabilecek nispi ve mutlak bir zamanaşımı süresi şeklinde bir ayrıma gidilmesi isabetli değildir.

3. TTK.m.1420 hükmü BK.m. 149 çerçevesinde ele alınmalıdır. Kural olarak TTK.m.1420'de öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresi, TTK.m.1427'ye göre hesaplanan muacceliyetten başlar. Bu, BK.m. 149/1 hükmü ile de uyumluluk gösterir.

4. Muacceliyet için rizikonun ihbarı da önem taşır. Bu nedenle TTK.m. 1446 hükmüne göre sigorta ettiren gecikmeksizin rizikonun gerçekleştiğini bildirmelidir. Şayet bu bildirimi yapabilecekken dahi yapmaz ise sigortacı bir taraftan muacceliyetin sonucu olan temerrütten kurutulur diğer taraftan da TTK.m.1420'de düzenlenen iki yıllık zamanaşımı süresi de başlamış olur.

5. Sigortalı ve hayat sigortalarında lehdar, sözleşmeden yararlanan kimselerdir ve bu tür sigortalar üçüncü kişi lehine yapılmış sözleşmelerdir. Bu nedenle sigortacı, akdin karşı tarafı olan sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği bütün defileri bu arada üçüncü kişi konumunda olan sigortalı ile lehdara da iki yıllık zamanaşımı defini de ileri sürebilir.

6. Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimi yapmaması halinde sigortalı ya da lehdar da bu durumu sigortacıya bildirebilir. Bu durum, sigorta ettirenin bildirimi ile aynı hukuki etkileri doğurur, muacceliyeti başlatır. Sorumluluk sigortalarında da üçüncü kişinin başvurusu aynı etkiye sahiptir.

7. TTK.m.1420 gerekçesinde, '*sigortalı veya sigortadan faydalanan kimse rizikonun gerçekleştiğini, olay tarihinden itibaren, örneğin beş yıl sonra da öğrenebilir*' denilmekte ve 6 yıllık zamanaşımı süresinin bunlar için öngörüldüğü belirtilmektedir. Ancak TTK.m.1420 metninde 'sigortalı ve sigortadan faydalanan kimse' ibaresi bulunmadığı gibi düzenlemenin amacı konusunda da en küçük bir işaret de yoktur. Diğer ihtimal olan sigorta ettirenin açısından bu ihtimalin gerçekleşmesi son derece düşüktür. Sigorta sözleşmesi yaptırmış bir kimsenin, sözleşmeyi bilmemesi imkansızdır. Zira sözleşme hükmü çerçevesinde kişi rizikoyu bildirmek ve nihayetinde sigorta şirketine başvurusunu yapmak zorundadır.

7. Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini bildiremediği hallerde sigorta sözleşmesinden yararlanan kimselerin de sözleşmeden geç haberdar olmaları halinde (TTK.m.1427/2-son cümle) ama aynı zamanda sigorta ettirene de yüklenemeyen bir hal de bulunduğu için (TTK.m.1446/2) altı yıllık zamanaşımı süresi içinde sigortacıya karşı talep ileri sürülebilecektir.

8. TTK.m.1482'nin TTK.m.1420'de saklı tutulması, yine TTK.m.1473'de mu-

acceliyete atıf yapılması nedeniyle sorumluluk sigortalarında zamanaşımı süresi azami on yıldır. Buna karşın sigorta ettirene ya da doğrudan sigortacıya zarar görenin talebi yöneltmesi halinde zamanaşımı süresi iki yıl olmalıdır. Bu durum, KTK.m.109'a da uygun bir çözümdür.

9. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler ise artık Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere tabidir. İki ve on yıllık süreler uygulanır.

10. Kanun koyucunun TTK. 1420. maddesinin gerekçesinde sigortalı ve sigortadan faydalananlar için daha uzun bir sürenin yani altı yıllık mutlak zamanaşımını süresinin öngörülmesine ilişkin düşünceleri tamamen yanlıştır ve hükümde açıkça yer almadığı için uygulanamaz durumdadır. Kanunun gerekçesi, Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımına ilişkin genel ilkeler düşünülmeden yazılmış olmalıdır. Bu nedenle eğer mutlak zamanaşımı süresi sadece sigortalı ile sigortadan faydalananlar için öngörülecekse bu mutlaka TTK.m.1420'de yer almalıydı. Bu düzenleme şu şekilde olabilirdi: 'Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar. Ancak 1482 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, **sigortalı ve sigortadan faydalananlar tarafından sigorta sözleşmesinin varlığından geç haberdar olmaları halinde** sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemlerin ileri sürülebilmesi için azami zamanaşımı süresi rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıldır'.

11. Eğer Kanun metinlerini yorumlamamız gerekiyorsa -ki, burada gerekiyor diye düşünüyorum-, genel ilkelere göre yorumlamamız gerekir. Zira hukukun bu ilkeleri kolay kazanılmamıştır ve kolay da terkedilmemelidir. Gerekçede yazıyor diye zamanaşımına ilişkin Türk hukukunun genel ilkelerinden fedakarlık yapılamaz, yapılmamalıdır ve farklı da yorumlanmamalıdır.

12. Nihayet TTK.m. 1420 hükmünün bu tür tartışmalara sebep olmaması için yeniden kaleme alınmalı ve düzeltilmelidir.

BİRDEN FAZLA VADEYİ İÇEREN BONONUN GEÇERLİLİĞİ

-YARGITAY KARAR İNCELEMESİ-

(Validity of Bonds Including Multiple Terms – Supreme Court Decision Examination)

Ar. Gör. Bilge Utkan MERSİN

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 703/II ve 778/I(b) maddeleri uyarınca birden fazla vadenin senet üzerinde yer alması senedi geçersiz hale getirir. Buna karşın Yargıtay, vade olarak tanımlanan tarihlerden birinin düzenlenme tarihi ile aynı olması durumunda bu kuralı uygulamamakta, bu tarihi düzenlenme tarihinin tekrarı saymaktadır. Yüksek Mahkeme, bu halde söz konusu kuralı uygulamayı *aşırı şekilcilik* olarak değerlendirerek senedin geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu çalışmada, anılan Yargıtay uygulaması, şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesi ve bu ilkeden hangi hallerde sapılabileceği hususlarında tartışmaya açılmıştır.

Anahtar kelimeler: Bono, senedin geçersizliği, vade, aşırı şekilcilik, şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesi, kıymetli evrak.

Abstract

According to the terms of article 703/II and 778/I(b) of the Turkish Commercial Code No. 6102, a promissory note shall be deemed invalid if it contains two maturity dates. The Turkish Court of Cassation ("*Yargıtay*"), however, does not apply the foregoing rule, if one of the maturity dates is identical to the issuance date stated on the instrument. The Court considers such a maturity date as the duplication of the issuance date, and avoid applying the said rule based on the argument of *excessive formalism*. In this study, the approach of *Yargıtay* will be debated on the merits of the principle of *sticking strictly to the form of instrument* and its exceptions.

Keywords: Promissory note, invalidation, maturity date, excessively formalism, sticking strictly to the form of instrument, negotiable instruments.

I. Karar

"*Alacaklı tarafından, bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, borçluya örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuru imza ve borca itirazı ile birlikte, bono üzerinde iki ayrı vade tarihi bulunduğu, bononun ciro zincirinin kopuk olduğu, bonoya ilişkin ödeme protestosu çekilmediğini belirterek takibin iptalini istediği, mahkemece, takip dayanağı bono üzerinde iki ayrı vade tarihinin bulunduğu ve bononun kambiyo senedi vasfına haiz olmadığı gerekçesi ile İİK'nun 170/a-2 maddesi uyarınca takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.*

Takip dayanağı bononun incelenmesinde; tanzim tarihinin 01.01.2012, ödeme tarihinin ise 01.01.2013 tarihi iken 16.09.2013 tarihi olarak değiştirilmiş olduğu ve yapılan bu değişikliğe ilişkin paraf imzasının bulunduğu, yine bononun üst kısmında vade tarihi olarak 01.01.2012 tarihinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 778/I-b maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı yasanın 703/2. maddesine aykırı olarak çift vadeli düzenlenen senetlerin, bono vasfında sayılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak tanzim tarihinin vade tarihinde tekrarı çift vade anlamına gelmez. Aksinin kabulü aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olur.

O halde, mahkemece borçlunun imzaya ve borca itirazları ile sair şikayetlerinin incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..."[1]

II. Yargıtay'ın Görüşü

İnceleme konusu Yargıtay kararında, vade ve ödeme tarihi olarak iki, düzenlenme tarihi olaraksa bir adet olmak üzere senet üzerinde üç yerde tarih bulunmaktadır. Bu tarihlerden, düzenlenme tarihi ile senet metninin üst kısmındaki vade bölümündeki tarihin aynı olduğu; ancak ödeme tarihinin senette bir başka tarih olarak yer aldığı tespit edilmiştir. Başka bir anlatımla, senet üzerinde vade/ödeme tarihi olarak iki farklı tarih yer almakta olup, bu tarihlerden birisi senet üzerindeki düzenlenme tarihi ile aynıdır.

Yüksek Mahkeme, Türk Ticaret Kanunu'nun 703. maddesindeki *çift vadeli düzenlenen senetlerin, bono vasfında sayılamayacağı*na ilişkin kurala karşın, ikinci vade olarak nitelenen ikinci tarihi, düzenlenme tarihinin tekrarı olarak yorumlamış ve aksi durumu "*aşırı şekilcilik*" olarak niteleyerek hak kaybı olabileceğine işaret etmiştir.

III. Cevaplandırılması Gereken Hukuki Soru

Çalışmada, söz konusu Yargıtay kararı şu noktalarda tartışmaya açılacaktır. Türk

---

1 Yargıtay 12. HD. E. 2014/25102 K. 2014/31037 T. 22.12.2014 (Kazancı).

Ticaret Kanunu'nun 703. maddesinin II. fıkrası hükmü, aynı Kanun'un 778. maddesinin I. fıkrasının b bendi uyarınca bonolar bakımından da uygulanmaktadır. Bu hükme göre, *"birbirini takip eden çeşitli vadeleri gösteren"* senetler batıldır.

Çalışma konusu Yargıtay kararı ve söz konusu kanuni düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, senedin geçerli olup olmadığı konusunda iki farklı sonuca varılabilir:

İlk olarak, senet üzerinde vade olarak nitelenen iki farklı tarihin yer alması ve bu tarihlerden birinin düzenlenme tarihi ile aynı olması durumunda dahi Türk Ticaret Kanunu'nun 703/II hükmü uyarınca senedin geçersiz olduğu söylenebilir.

İkinci olarak, olayda anılan hükmü uygulayarak senedi geçersiz kılmak, Yargıtay kararındaki gibi "*aşırı şekilcilik*" olarak yorumlanabilir. Bu durumda, vade olarak nitelenen ikinci tarih, sadece düzenlenme tarihinin tekrarından ibaret sayılarak senet ayakta tutulabilir.

IV. Kıymetli Evrak Hukukunda Şekle Bağlılık

A. Genel Olarak Türk Hukukunda Şekil ve 'Şekil Serbestisi' İlkesi

Hukukta bir iç olgu olarak "*irade*" değil, iradenin dış dünyadaki yansıması olan "*beyan*" esastır. Her türlü irade beyanı bir şekil içinde ortaya çıkar. Bu şekil sözle, yazıyla ya da başka bir davranışla ortaya konabilir. Bu durumda *"şekil serbestisi"*nden bahsedilir[2].

Bununla birlikte irade beyanının sonuç doğurabilmesi için kanunda belli bir şekil öngörülmüş ya da taraflarca irade beyanının ancak belli bir şekilde ortaya konacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu halde söz konusu irade beyanının geçerli olması ancak kanunda veya taraflarca kabul edilen şekle bürünmesine bağlıdır. Bu olasılıkta ise hukuki işlemde *"şekle bağlılık"* tan söz edilir[3].

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin I. fıkrası uyarınca, borçlar hukukunda "*şekil serbestisi*" ilkesi hâkimdir[4]. Hükme göre "*Sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*". Anlaşılacağı üzere, hüküm kuralın

---

2 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul, 2010, s. 270; **AYBAY,** Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 33; **AYAN,** Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya 2012, s. 91; **KAPLAN**, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 6. Baskı, Ankara 2012, s. 106; **NOMER**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2013, s. 79-81.

3 **OĞUZMAN/** M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2013**,** s. 141; **AYBAY**, s. 33; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), s. 270; **AYAN**, s. 137.

4 **ARSLANLI,** Halil: Ticari Senetler Dersleri, 3. Bası, Ankara, 1954, s. 3; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 142; **REİSOĞLU,** Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 24. Bası, İstanbul, 2013, s. 81; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), s. 270; **AYBAY**, s. 33.

şekil serbestisi olduğunu belirtmekle birlikte, ayrık durumların da olabileceğine işaret etmektedir. Söz konusu ayrık durumun açıkça öngörüleceği yer kanun maddesidir[5].

Aynı hükmün II. fıkrasında "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*" denmektedir. Şu halde kanunun öngördüğü şekil ile yapılmayan sözleşmeler geçersizdir[6].

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 17. maddesine göre; *"Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz".*

Kanunda belli durumlarda şekle bağlılığın kabul edilmesinin altında yatan sebepler üç temelde toplanabilir. Öncelikle şekil, taraflardan birini veya her ikisini korumak için öngörülmüş olabilir. İkinci olarak, şekle bağlı tutarken amaçlanan taraflar ve üçüncü şahısların hukuki güvenliğini sağlamak olabilir. Son olarak, resmi sicillerin getirilmesiyle amaçlanan ise, bu sicillerde yer verilen bilgilerin sağlam bir temele dayandırılarak sistematik ve güvenli bir şekilde kayıt altında tutulmasıdır[7].

B. Kambiyo Senetleri Hukukunda Şekil ve 'Şekle Sıkı Sıkıya Bağlılık' İlkesi

Türk Ticaret Kanunu'nda da borçlar hukukunda olduğu gibi ilke olarak "*şekil serbestisi*" hâkimdir[8]. Bu ilkenin amacı, esasen güvene dayalı ticari işlemlerde kolaylık ve akıcılığın sağlanmasıdır[9]. Buna karşın, özellikle *tedavül güvenliği* bakımından, kıymetli evrakta bulunması gereken tüm şekil şartları Kanun'da gösterilerek *şekil serbestisi* ilkesinden uzaklaşılmıştır[10]. Kıymetli evrak hukukunda şekil o kadar önemlidir ki, bazen bir kelimenin yanlış yazılması kıymetli evrakın niteliğini değiştirebilir[11].

---

5 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 142; **REİSOĞLU**, s. 81; **KILIÇOĞLU,** Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012, s. 105; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), s. 270; **AYBAY**, s. 34; **KAPLAN**, s. 107; **NOMER**, s. 80.

6 Geçersizlik ve türü hakkında ayrıca bkz. **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 142; **REİSOĞLU**, s. 81; **AYBAY**, s. 34; **AYAN**, s. 138-139; **KAPLAN**, s. 107; **NOMER**, s. 80.

7 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 143; **AYBAY**, s. 33, s. 36; **AYAN**, s. 137; **KAPLAN**, s. 106; Ayrıca bkz. **HIRSCH**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, 1946, s. 451.

8 **KINACIOĞLU,** Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 1999, s. 88.

9 **KINACIOĞLU**, s. 88; **PULAŞLI,** Hasan: -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanununla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile- Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2013, 37.

10 **ARSLANLI**, s. 2; **DOMANİÇ,** Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, İlaveli 2. Baskı, İstanbul, 1975, s 17; **ÖZTAN,** Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara**,** 1997, s. 370; **KINACIOĞLU**, s. 88; **POROY/TEKİNALP**, s. 40; **PULAŞLI**, s. 37; **ÜLGEN,** Hüseyin/**HELVACI,** Mehmet/**KENDİGELEN,** Abuzer/**KAYA,** Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre 8. Bası, İstanbul, 2013, s. 96; **KARAHAN**, Sami/**ARI,** Zekeriya/**BOZGEYİK,** Hayri/**SARAÇ,** Tahir/**ÜNAL,** Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya, 2014, s. 31.

11 **ARSLANLI**, s. 2; **PULAŞLI**, s. 38.

Özellikle kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tâbi kılınmış (TTK 671; 776/I; 780/I), sert ve *formalist* yapıdadır[12]. Kanunda belirtilen şekil şartlarına aykırılık senedi batıl hale getirir (TTK 672; 777; 781). Hatta, temel niteliklerinden biri özellikli şekil şartlarına bağlı kılınma olan kıymetli evrak hukukunda, şekle bağlılığın en katı biçimde uygulandığı alanın kambiyo senetleri hukuku olduğu söylenebilir.[13]. Buna göre, senetler ancak Kanun'da belirtildiği şekil ve içerikte düzenlenebilmektedir[14].

Belirtilmelidir ki, *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesi, ticari hayatta kambiyo senetlerine duyulan güvenin temelini oluşturmaktadır[15]. Bir başka deyişle, kambiyo senetlerinde bu ilkenin geçerli olmasının amacı, ilgililerin menfaatini korumaktır[16]. Böylece *hukuki güvenlik* ve bu ilkenin kıymetli evrak hukukundaki görünümü olan *tedavül güvenliği* sağlanmış olur[17].

Bu ilke uyarınca kambiyo senetleri, yalnızca Kanun'da gösterilen şekilde düzenlenmeli, ayrıca senetten doğan hakların kullanılabilmesi için Kanun'da belirtilen süreler içinde hareket edilerek hakkın kullanımı için gerekli bazı hukuki işlemler yapılmalıdır[18]. Zira kanun koyucu, her senet için o senede özgü şekli unsurları belirlemiştir. Söz konusu unsurların senette yer alıp almadığı da, senet elinde olan kişi tarafından rahatlıkla anlaşılabilir. Diğer bir anlatımla, senet, kendisiyle ilgili bilgiyi yine kendisi vermelidir[19]. Böylelikle alacaklı, sadece kambiyo senetlerinin şekli unsurlarının Kanun'a uygun olup olmadığını araştıracak ve Kanun'da belirtilen kesin sürelere uygun davranıp belirli hukuki işlemleri yaparak hakkını kullanabilecektir[20].

Şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesi beraberinde "*senet nasılsa ve ne diyorsa ona göre işlem yapılır*" prensibini getirir. Böylece artık senet metni ve şekli unsurların, tarafların *olası irade*lerine ve senet dışı olaylara göre yorumlanması olanaklı değildir[21]. Kaldı ki, bir senedin kambiyo senedi olarak kabul edilmesi, Kanun'da gösterilen şekil şartlarının

---

12 **KINACIOĞLU**, s. 88; **SARAÇ** (KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/ÜNAL), s. 149; **CAN**, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5941 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 51; **BOZER/GÖLE**, s. 49; **ALIŞKAN**, Murat, Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu, İstanbul, 1998, s. 24.

13 **DOMANİÇ**, s. 17; **ALIŞKAN**, s. 24; **KARAHAN** (ARI/ BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL), s. 32; **PULAŞLI**, s. 108-109; **BOZER/GÖLE**, s. 49.

14 **DOMANİÇ**, s 17; **KINACIOĞLU**, s. 88.

15 **KINACIOĞLU**, s. 88.

16 **ÖZTAN,** 1997, s. 370.

17 **ALIŞKAN**, s. 24.

18 **YILMAZ,** A. Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht), 1. Bası, İstanbul, 2007, s. 68.

19 **ÖZTAN,** 1997, s. 370; **POROY/TEKİNALP**, s. 40.

20 **KINACIOĞLU**, s. 88; **ÖZTAN,** 1997, s. 371.

21 **POROY/TEKİNALP**, s. 40; **KARAHAN** (ARI/ BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL), S. 32; **ALIŞKAN**, s. 25.

gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Aksi halde, yani Kanun'da belirtilen şekli unsurların eksikliği durumunda, senet kambiyo senedi olarak değer kazanmayacaktır[22].

C. Uygulamada Şekle Bağlılık İlkesinin Sınırı: Aşırı Şekilcilik Kavramı

İncelendiğinde, Yargıtay bazı kararlarında kambiyo senetleri hukukuna hâkim olan *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesini *aşırı şekilcilik* gerekçesi ile yumuşatmaya çalışmaktadır. Bononun çeşitli şekli unsurlarına ilişkin kararlar birlikte değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın senedin zorunlu şekli unsurlarında belirsizlik olduğu hallerde, *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden saptığı ve senedi ayakta tutma yönünde çözüm ürettiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bu çözümlemesini, aksi bir yaklaşımın *aşırı şekilcilik* yaratacağı ve hak kaybına yol açacağı argümanına dayandırmaktadır.

Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmelerde çeşitli ölçütler kullanmaktadır. Örneğin, salt "*dolar*" yazılmasından "*Amerikan Doları*" anlaşılması gerektiği[23] ya da düzenlenme yerinin kısaltılarak yazılabileceğine ilişkin kararlarında[24] *hayatın olağan akışı* veyahut *durumun senet metninden hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması* gibi ölçütler kullanmıştır. Hatta *senet bedelindeki tutarın belirli olduğu, ancak para biriminin yazılmadığı* bir senedin irdelendiği kararında[25],

---

22 **KARAHAN** (ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL), s. 31; **ÜLGEN** (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 96; Şekil şartlarının eksikliği durumunda, eksikliğin durumuna göre iki sonuç ile karşılaşılabilir. İlk olarak senet kambiyo senedi olarak geçersiz olsa da kıymetli evrak olarak ayakta kalabilir. Örneğin "bono" kelimesinin senet metninde olmaması durumunda, diğer unsurlarda bir eksiklik yoksa, emre yazılı havale olarak nitelendirilebilir. İkinci olarak, bazı durumlarda senet ne kambiyo senedi ne de kıymetli evrak olarak geçerlidir. Senede imza atmak yerine parmak basılmışsa durum bu şekilde olup, adi senet ya da delil başlangıcı olarak değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıca bkz. **SARAÇ** (KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/ÜNAL), s. 150.

23 Yargıtay senet miktarına ilişkin bir kararında, "...*Cinsi belirtilmeksizin dolar yazılmasından anlaşılması gereken Amerikan Dolarıdır*..." diyerek, hangi ülkenin olduğu belirtilmeksizin sadece dolar yazılmasının, senedin belirliliğini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir. Yargıtay, bu sonuca ulaşırken "*Türkiye hudutları dahilinde yaygın olarak işlem yapılan para birimi Amerikan Doları*" olduğu düşüncesinden hareket etmiştir (Yargıtay 12. HD. E. 2002/5551 K. 2002/6983 T. 4.4.2002 (Kazancı)).

24 Düzenlenme yerinin "İst." "Ank." gibi kısaltmalar ile gösterilmesine ilişkin olarak verilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, "...*Okunduğunda hiçbir duraksama söz konusu olmaksızın anlamları belirlenebilin kısaltmaların keşide yeri olarak yazılması çeki sadece bu kısaltma sebebiyle geçersiz hale getirmez. G.antep, Ş.urfa, K.maraş, G.hacıköy, Ş.koçhisar ve Ş.karahisar gibi kısaltmaların neyi ifade ettikleri kolaylıkla ve hiçbir tartışmaya yol açılmaksızın belirlenebilecek niteliktedirler. O halde anlamlarında hiçbir duraksama olmayan kısaltmaların keşide yeri olarak yazılması halinde çek bu niteliğini korumalı, buna karşın ne anlama geldiği bilinmeyen kısaltmaların yazılması halinde keşide yeri gösterilmemiş sayılmalıdır. Bu konudaki ölçü keşidecinin irade beyanının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olup olmamasıdır*..." şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. Yargıtay'ın bu çözümlemesinde kullandığı ölçüt, *hiçbir duraksama ve kuşku söz konusu olmaksızın* senedin ne söylediğinin anlaşılabilmesidir (Yargıtay İBK. E. 1992/I K. 1992/5 T. 14.12.1992 (Kazancı)).

25 12. Hukuk Dairesi, ...*takibe konu bononun tanzim tarihi 22.11.2005 olup, bu tarihte yürürlükte olan paranın YTL olduğu ve bu hali ile takibe konu bonodaki 12.000 kaydının YTL olarak anlaşıl-*

düzenlenme tarihinde YTL yürürlükte bulunduğundan, para biriminin de YTL olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir.

Bazı durumlarda ise Yüksek Mahkeme, kanun koyucunun *açıkça bedelin hem yazı hem de rakamla gösterildiği hallerde, yazı ile gösterilen bedele üstünlük tanınması*na yönelik iradesine (TTK 676/I) karşın, yine de *hayatın olağan akışı* ölçütünü kullanarak rakamla yazılan bedeli üstün tutmuştur[26].

Düzenlenme tarihine ilişkin vermiş olduğu kararlarda, gerek 30-31 Şubat gibi imkansız tarihlerin bulunması[27], gerek ay ve günün ters yazılması[28] gerekse yılın

---

masası gerekir..." şeklinde hüküm kurmuş, aksinin kabulünü *"aşırı şekilcilik"* olarak değerlendirmiş ve senedi ayakta tutmuştur (Yargıtay 12. HD. E. 2009/2096 K. 2009/9578 T. 4.5.2009 (Kazancı)).

26 12. Hukuk Dairesi, TTK 676/I (eTTK 588)'deki "*Poliçe bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur.*" açık hükme karşın "*... Bononun incelenmesinde; senet bedelinin, rakam kısmında "26.000 YTL", yazı kısmında ise "yirmi altı yeni türk lirası" olarak belirtildiği görülmektedir. Tanzim tarihindeki Türk Lirasının değeri dikkate alındığında hiçbir alım gücü olmayan 26 YTL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, bu yöndeki kabul, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olmaktadır...*" şeklinde hüküm kurarak, "*aşırı şekilcilik*" argümanının yanında, "*hayatın olağan akışına uygun düşme"* ölçütünü de kullanarak yorum yapmıştır. Böylelikle Yargıtay, senet üzerindeki bedellerin değişik şekilde gösterilmesi durumunda kanun koyucunun TTK 676/I hükmü ile ortaya koyduğu iradeden sapmıştır (Yargıtay 12. HD. E. 2009/17047 K. 2009/25571 T. 17.12.2009 (Kazancı)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2014/614 K. 2014/3264 T. 10.2.2014; Yargıtay 12. HD. E. 2010/24454 K. 2011/5225 T. 1.4.2011 (Kazancı).

27 Düzenlenme tarihinin açık ve belirli olmasına ilişkin olarak Yargıtay, 31.9.1992 keşide tarihli çekle ilgili kararında öğretiye de yollama yapmış, "*çekte 31 Nisan 1975 veya 29 Şubat denmesi halinde bu durumun çek olma niteliğini mutlaka düşüreceğini kabul etmek, aşırı bir şekilcilik yaratabilir. Çünkü bu hususlarda kolaylıkla yanılmak mümkündür"* diyerek çekin geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Benzer şekilde Yargıtay "*...vade tarihinin 30.02.2004 olarak yazılmış olması halinde, belgenin bono olma özelliğinin ortadan kalkacağını kabul etmek, aşırı bir şekilcilik olup, hakkın zayiine neden olur. Her ne kadar Şubat ayının 30.günü sözkonusu olamaz ise de, vadenin bu şekilde gösterildiği hallerde bunun yanılgıdan kaynaklandığının ve bu eksikliğin bononun vasfını etkilemediğinin ve Şubat ayının son gününün vade olarak sayılmasının kabulü gerekir.*" diyerek 30 Şubat tarihi bakımından da "*aşırı şekilcilik*" argümanını kullanarak *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden sapmıştır (Yargıtay 12. HD. E. 2004/22727 K. 2005/207 T. 10.1.2005 (Kazancı)). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. E. 2000/12-1011 K. 2000/1076 T. 21.6.2000; Yargıtay 19. HD. E. 2000/5759 K. 2000/8600 T. 12.12.2000; Yargıtay 12. HD. E. 2001/16461 K. 2001/17872 T. 5.11.2001; Yargıtay 10. CD. E. 2004/24732 K. 2005/8151 T. 5.7.2005; Yargıtay 10. CD. E. 2004/22525 K. 2005/4869 T. 24.5.2005; Yargıtay 12. HD. E. 2003/4821 K. 2003/7956 T. 11.4.2003 (Kazancı). Hatta Yargıtay, bir kararında 81.1.2012 tarihinin sehven yazıldığını kabul ederek bu tarihi 31.1.2012 olarak yorumlayarak senedi geçerli saymıştır. Aksinin kabulünü ise *aşırı şekilcilik* olarak kabul etmiştir (Yargıtay 12. HD. E. 2013/20439 K. 2013/30029 T. 26.9.2013 (Kazancı)).

28 11. Ceza Dairesi, düzenlenme tarihi 03.15.2000 olarak yazılan bir çeke ilişkin kararında, *"...Ay ve gün yerlerinin keşide yerinde ters yazıldığının açıkça belli olduğu durumlarda çekte keşide yerinin bulunmadığını kabul etmenin aşırı şekilcilik sayılacağı ve yasal hamil yönünden hak kaybına, keşideci yönünden de aleyhe sonuç doğurmayacağı..."* yönünde hüküm kurmuştur (Yargıtay 11. CD. E. 2008/12058 K. 2009/458 T. 4.2.2009 (Kazancı)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 10. CD. E. 1998/6284 K. 1998/7160 T. 29.6.1998; Yargıtay 10. CD. E. 2003/4047 K. 2003/22532 T. 16.12.2003 (Kazancı).

"20111" şeklinde senette yer alması durumunun[29] bir yanılgıdan kaynaklandığını belirtmiş ve *yanılgının açıkça anlaşılabilir* olması ölçütünü kullanmıştır.

V. Bononun Şekli Unsurları ve Özellikle Vade

A. Genel Olarak Bononun Şekli Unsurları

Kambiyo senetlerinden bono, bir kredi aracıdır. Kanunen emre yazılıdır. Poliçeden farklı olarak bonoda ikili bir ilişki olup, bononun tarafları senedi düzenleyen ve lehtardır[30]. Poliçe "*nitelikli havale*", bono ise "*soyut borç ikrarı*" olarak nitelendirilebilir[31]. Bonoyu düzenleyen kişi esas (asli) borçlu durumundadır. Sorumluluğu ise, poliçeyi kabul eden muhatabın sorumluluğu gibidir (TTK 779).

Bakıldığında, Türk Ticaret Kanunu'nda bonoya uygulanacak hükümlerin sayısı sadece dört tanedir. Oysa Kanun'da, uygulaması daha az olan poliçeye ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 778. maddesi uyarınca poliçeye ilişkin hükümler, niteliğine aykırı düşmedikçe bonolar hakkında da uygulanabilir. Örneğin senedin vadesine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 703 ila 707 hükümlerinin uygulanacağı aynı Kanun'daki 778/I(b) atfıyla açıktır.

Bononun şekli unsurları, Türk Ticaret Kanunu'nun 776. maddesinde, '*Unsurlar*' başlığı altında yedi bent halinde düzenlenmiştir. Şekli unsurlar, "*unsurların bulunmaması*" durumunu düzenleyen, aynı Kanun'un 777. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Kanun koyucu 777. maddenin I. fıkrasında, 776. maddede yer alan unsurların eksikliği durumunda senedin geçersiz olacağını; III. fıkrasında, açıklık bulunmadığında düzenlenme yerinin aynı zamanda ödeme yeri sayılacağını ve nihayet IV. fıkrasında düzenlenme yeri bulunmadığı durumda, düzenleyenin adının yanında yer alan yerin düzenlenme yeri sayılacağını belirtmiştir. Bununla beraber kanun koyucu aynı hükmün II. fıkrasında, vadenin bulunmaması durumunu bir geçersizlik hali saymak yerine, bu halde senedi görüldüğünde ödenecek bono olarak kabul etmiştir.

Dolayısıyla, bonoda bulunması gereken *zorunlu unsurlar*, senet metninde '*bono*' veya '*emre yazılı senet*' kelimesinin geçmesi, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödeme

---

29 12. Hukuk Dairesi, yine düzenlenme tarihine ilişkin bir kararında, düzenlenme tarihinin 11.11.20111 olarak yazılmasına ilişkin uyuşmazlığı "*...Tanzim tarihinin bu şekilde yazılışının yanılgıdan kaynaklandığı ve bu hatanın bononun niteliğini etkilemeyeceği kabul edilerek sehven yazıldığının kabulüyle tanzim tarihinin "11.11.2011" olarak anlaşılması gerekir. (HGK. 21.6.2000 tarih ve 2000/12-1011 E. 2000/1076 K.) Aksine kabul aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olur.*" şeklinde çözüme ulaştırmıştır (Yargıtay 12. DH. E. 2014/4650 K. 2014/8053 T. 12.3.2014 (Kazancı)).

30 **ÜLGEN** (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 129; **PULAŞLI**, 217.

31 **ÖZTAN**, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara, 2013, s. 216.

vaadi, lehtarın adı, bonoyu düzenleyenin imzası ve düzenlenme günü; a*lternatif zorunlu unsurlar* düzenlenme yeri ile ödeme yeri; ve nihayet *ihtiyari* (*isteğe bağlı) unsur* ise vadedir.

B. İsteğe Bağlı Şekli Unsur: Vade

Vade, bono bedelinin ödeme zamanının geldiği, diğer deyişle talep edilebilir hale geldiği gündür. Kural olarak vade ile ödeme günü aynı gündür. Ancak Türk Ticaret Kanunu 752/2 hükmüyle bu konuda bir ayrıklık yaratmıştır. Buna göre vade gününün bir tatile rastlaması durumunda, tatili takip eden ilk gün ödeme günü olacaktır[32].

Türk Ticaret Kanunu'nun 672. maddesinin II. fıkrasına göre, yukarıda da belirtildiği üzere, bir bonoda vadenin bulunmaması bononun geçersizliğine neden olmamaktadır. Bu halde bono görüldüğünde ödenir. Bu nedenle vade bononun ihtiyari unsurudur.

Kanun koyucu, bonoya dört tür vadenin konulabileceğini belirtmiştir (TTK 703/I(a-d)). Bu dört vade dışında bir vadenin bonoya konulması bonoyu geçersiz kılmaktadır (TTK 703/II). Bonodaki vade türleri şu şekilde sıralanabilir:

- Belirli bir günde ödenecek bono,
- Düzenlenme gününden belli bir süre sonra ödenecek bono,
- Görüldüğünde ödenecek bono,
- Görüldükten belli bir süre sonra ödenecek bono.

Anlaşıldığı üzere, bonoya konulabilecek vade türleri kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda (*Numerus Clausus*) tespit edilmiştir. Buna göre düzenleyen ancak Kanun'da gösterilen vade türlerinden birini kullanmak durumundadır. Aksi halde bono batıl olur (778/I(b); TTK 703/II). Bu zorunluluk karşısında, bonoya gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir vade (*dies incertus an*) konulma olasılığı söz konusu değildir[33].

---

32 Aynı yönde bkz. **KINACIOĞLU,** s. 113; **PULAŞLI,** s. 134; **KARAHAN** (ARI/BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL), 134.

33 **ÖZTAN,** 1997, s. 659; **BOZER/GÖLE**, s. 90-92; Ayrıca bkz. **SARAÇ** (KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/ÜNAL), s. 195. Yazar, vadenin metinde veya senet üzerinde herhangi bir yerde gösterilebileceğini, hatta hiç gösterilmemiş de olabileceğine değinmiştir. Hiç gösterilmeme durumunda ise, kanun gereği görüldüğünde vadeli sayılacağını; ancak anılan kanuni dört vade tipinden herhangi birinin senet üzerine yazılması durumunda, o vade tipinin geçerli olacağını söylemiştir.

VI. Teori ve Uygulamada Birden Fazla Vadeyi İçeren Bono

Bonoda *birbirini takip edecek şekilde vadelerin* kullanılması kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır (778/I(b); TTK 703/II). Aşağıda öncelikle öğretideki bazı yazarların bu hususta görüşlerine yer verilecektir. Daha sonra ise Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı irdelenecektir.

a. Öğretideki Yazarların Konuya Yaklaşımı

Genel olarak öğretideki yazarlar konu hakkında *görüş birliği* içindedir. Buna göre, poliçe veya bonoya ancak Kanun'da belirtilen dört tip vadeden biri konulabilir (TTK 703). Bu düzenleme *Numerus Clausus* niteliktedir[34]. Bonoya Kanun'da öngörülen bu dört tipten başka bir vade konulması ya da mevcut vade tiplerinin birleştirilerek yeni bir vade tipi oluşturulması senedi geçersiz hale getirir[35]. Aynı şekilde, bonoya *birbirini takip eden vadelerin konulması* yasağına aykırı davranış da, tıpkı öngörülen vade tiplerinin dışında bir vade konulmasında olduğu gibi, bonoyu geçersiz kılar[36]. Özellikle iki ayrı vadenin yazılması halinde, vadenin açık olarak tespitine olanak bulunmamaktadır[37]. Metindeki ve metin dışındaki vade kayıtlarının birbirinden farklı olması senedi geçersiz yapar[38]. Bununla beraber, senedin düzenlenme ve vade tarihinin aynı olabileceğine ilişkin herhangi bir engel de bulunmamaktadır.[39].

---

34 **POROY,** Reha/**TEKİNALP,** Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Yeniden Yazılmış 21. Bası, İstanbul, 2013, s. 145, 283; **KINACIOĞLU** s. 114; **UYAR,** Talih: "*İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 290-325**,** s. 316.

35 **ÖZTAN**, 1997, s. 660; **POROY/TEKİNALP**, s. 283; **PULAŞLI**, s. 134; **KINACIOĞLU** s. 114; **SARAÇ** (KARAHAN/ARI/BOZGEYİK/ÜNAL), s. 195; **ARSLANLI,** , s. 51; **DOMANİÇ,** s. 355; **CAN,** s. 69.

36 **KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler, Ankara, 1970, s. 157; **ÖZTAN**, 1997, s. 660, **CAN**, S. 69; **SÜPHANDAĞ,** Yavuz: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 28; Ayrıca bkz. **BOZER,** Ali/**GÖLE,** Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2013, s. 92-93. Yazarlar, batıl olan bu senetlerin havale veya adi senet hükmünde dahi olamayacağı görüşünü ortaya koymuştur.

37 **ÖZTAN**, 1997, s. 658. **BAHTİYAR**, Kıymetli Evrak, s. 54. Yazar, ancak yazılan birden çok vadenin aynı güne denk düşmesi durumunda bononun geçersiz sayılmayabileceğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. **ÜLGEN** (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 132. *Yazar*, vadenin açık ve tek olarak yazılması gerektiğini, yazıyla ve rakamla farklı vadeler yazılması durumunda ise Yargıtay'ın çift vadeli senedin varlığına işaret ettiğine değinmiştir (Yargıtay 17. HD. 19127/22466 T. 28.11.2006). Ayrıca, bononun ödeme (vade) gününü gösteren üst kısmındaki tarih ile metin kısmındaki tarihin farklı olması durumunda Yargıtay'ın çifte vade olduğuna dayanarak belgenin bono niteliğinde olmadığına karar verdiğini belirtmiştir (Yargıtay 12. HD. 385/4268 T. 8.3.2007).

38 **ÖZTAN**, 1997, s. 646.

39 **UYAR**, s. 308; **OĞUZOĞLU,** Abdullah Çetin/**OĞUZOĞLU,** Özkan: Açıklamalı ve İçtihatlı Bono ve Çek Sorunları, 8. Baskı, İstanbul, 2003**,** s. 6; Yargıtay 15. HD. E. 2003/587 K. 2003/3094 T. 10.6.2003 (Kazancı).

Öğreti *birbirini tekrar eden* veya *birden fazla* vadenin yer aldığı senedin batıl olacağı hususunda *görüş birliği* içinde olsa da, çalışma konusu Yargıtay kararındaki özellikli kurgu, yani vade olarak belirtilen iki tarihten birinin düzenlenme tarihi ile aynı olma olasılığı, görüldüğü kadarıyla öğretideki yazarlar tarafından doğrudan değerlendirilmemiştir. Bununla beraber, yazarlar tarafından görüş birliği ile savunulan, senet üzerinde birbirini takip eden veya birden fazla vadenin yer almasının senedi geçersiz kılacağı görüşünün çalışma konusu Yargıtay kararındaki özellikli kurgu için de kabul edilebileceği söylenebilir.

b. Uygulamada Yargıtay'ın Tutumu

Yargıtay'ın birden fazla vade içeren senetler bakımından yaklaşımı incelendiğinde, bu kararlar iki kategoride toplanabilir. İlk olarak, Yargıtay, *"birden fazla vade", "birbirini takip eden vadeler" ya da "çift vade"* içeren senetler olarak tanımladığı senetlerin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Bu yönüyle ilk kategorideki içtihat, öğretideki görüş birliğinin uygulamaya yansıması niteliğindedir. Bu yaklaşımda, yukarıdaki yazarların aktarılan görüşlerinden bir sapma bulunmamaktadır[40].

İkinci kategorideki kararlardaki kurgu ise, senetlerin vade olarak iki farklı tarihi

---

40 "*...Somut olayda takip dayanağı bonoda, vade tarihinin, rakamla "30.10.2008", yazı ile "30 Ekim 2010" olarak yazıldığı görülmektedir. Takip dayanağı bononun tanzim tarihi itibariyle yürürlükte olan T.T.K.nun 690. maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanunun 615. maddesine göre, çift vadeli olarak düzenlenen senetler, bono vasfında sayılamaz..."* (Yargıtay 12. HD. E. 2013/16429 K. 2013/25385 T. 4.7.2013- Kazancı); *"..."20.11.2010" ve "30.09.2010" olmak üzere iki ayrı vade tarihinin bulunduğu görülmüştür. Buna göre bonoda iki ayrı vade olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. TTK.'ın 690.maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken TTK.'ın 615.maddesine aykırı olarak çift vadeli düzenlenen senetler, bono vasfında sayılamaz..."* (Yargıtay 12. HD. E. 2006/19127 K. 2006/22466 T. 28.11.2006 - Kazancı); *"Takip dayanağı senette vade tarihinin, rakamla "12.6.2009". yazı ile "On Haziran 2009" olarak yazıldığı görülmektedir. Bonolar hakkında da uygulanması gereken T.T.K.nun 615. maddesine aykırı olarak çift vadeli olarak düzenlenen senetler, bono vasfında sayılamayacağından icra takibinin iptaline karar verilmesi gerekir...*" (Yargıtay 12. HD. E. 2011/5773 K. 2011/20655 T. 26.10.2011- Kazancı); "*...Takip dayanağı bonoda vade tarihi rakamla "30.09.2008", yazı ile ise "30 Eylül 2009" şeklinde gösterilmiş ve bononun birbirini takip eden iki ayrı vadeyi içerdiği saptanmıştır. Bu durumda, TTK'nun 615 /son maddesi gereğince dayanak belge kambiyo senedi vasfını taşımadığından...."* (Yargıtay 12. HD. E. 2010/8588 K. 2010/21582 T. 28.9.2010- Kazancı); "*… Bonoda üst kısımda ödeme günü 20.6.1985 olarak gösterilmiş iken, senet metninde 6 Haziran 1985 tarihinde ödeneceği yazılmış ve bu suretle (e)TK 615/son'da…gösterilen biçimiyle…"birbirini takip eden vadeleri gösteren" batıl bir bono düzenlenmiş ve hükümsüz sayılması gerekmiş bulunduğuna gore…(kararın) onanması gerekir…"* (Yargıtay 11. HD. 6215/6695 T.12.10.1986 - **MOROĞLU,** Erdoğan/**KENDİGELEN,** Abuzer: İçtihatlı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 576); "*...Borçlunun itirazında ileri sürdüğü gibi, bononun sol üst köşesindeki ödeme günü 29.2.1985 iken gerçekten tahrif edilerek 29.2.1990 yapılmışsa, bu husus olayı etkiler, zira takip konusu senette sağ üst tarafta ödeme günü olarak birde 29.2.1990 tarihi vardır. TTK`nun 615. maddesine göre senette birden fazla vade bulunduğu takdirde o senet batıldır. Bu belgeye dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamaz....*" (Yargıtay 12. HD. E. 1990/10732 K. 1991/3557 T. 21.3.1991- Kazancı).

içermesi ve bunlardan birinin düzenlenme tarihiyle aynı olması durumudur. Çalışma konusu karardaki uyuşmazlık da buna yöneliktir. Yargıtay, sorunu çözümlerken *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden ayrılarak, her ne kadar birden fazla vade senedin üzerinde gösterilse de, bu durumun çifte vade sayılamayacağını, *olsa olsa senedin düzenlenme tarihinin tekrarı* niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre bu olasılıkta, aksi bir yaklaşımın kabul edilmesi, yani *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinin uygulanması, *aşırı şekilcilik* olacak ve hak kaybına yol açabilecektir[41].

Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, eski tarihli bir kararında, *aşırı şekilcilik* argümanı yanında "*Senedin tanzim tarihinin vade tarihi olamayacağı da kuşkusuzdur*." değerlendirmesini yapmıştır. Hukuk Genel Kurulu'na göre vade olarak ikinci bir tarihin, düzenlenme tarihi ile aynı olarak atılması, ikinci bir vade olarak yorumlanamaz[42]. Ancak bu gerekçe, Yargıtay'ın *vade ile düzenlenme tarihinin aynı tarih olabileceğine* ilişkin yerleşik uygulaması ile örtüşmemektedir. Şöyle ki, Yargıtay'ın oturmuş içtihadı uyarınca bononun düzenleme ve vade tarihleri aynı olabilir. Ancak vade tarihi kesinlikle düzenleme tarihinden önce olamaz[43].

VII. Birden Fazla Düzenleme Tarihi İçeren Çekin Hukuki Durumu

Her ne kadar çalışma konusu Yargıtay kararı, bonoya ve bonoda birden fazla vade bulunmasına ilişkin olsa da, birden fazla tarihi içeren çekin hukuki durumu ile

---

41 *"...Takip konusu edilen her iki bonoda tanzim tarihinin 24.07.2007 ve ödeme tarihinin ise bonoların baş kısmında ödeme tarihi başlığını taşıyan yerde 25.11.2010, senet metninde ise 24 Temmuz 2007 olarak yazıldığı görülmektedir. Tanzim tarihinin bu şekilde ve senet metninde tekrar edilmiş olması, 2. bir vade tarihi olarak kabul edilemeyeceği için bononun vasfını etkilemez..."* (Yargıtay 12. HD. E. 2011/1066 K. 2011/17145 T. 22.9.2011 - Kazancı); "*…Dava, bonoda iki farklı vade tarihi bulunduğu gerekçesi ile takibin iptali istemine ilişkindir. T.T.K.nun 690. maddesi göndermesi ile bonolar hakında da uygulanması gereken T.T.K.nun 615. maddesine aykırı olarak çift vadeli düzenlenen senetlerin, bono vasfında sayılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak tanzim tarihinin tediye tarihinde tekrarı çift vade anlamına gelmez. Aksinin kabulü aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olur…*" (Yargıtay 12. HD. E. 2013/3785 K. 2013/12677 T. 2.4.2013 - Kazancı). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2014/801 K. 2014/3690 T. 12.2.2014; Yargıtay 12. HD. E. 2009/29449 K. 2010/10515 T. 27.4.2010; Yargıtay 12. HD. E. 2009/29449 K. 2010/10515 T. 27.4.2010; Yargıtay 12. HD. E. 2007/6101 K. 2007/9073 T. 4.5.2007 (Kazancı).

42 *"...Takip Konusu emre muharrer senedin tanzim tarihinin 22.11.1982 olduğu tartışmasızdır. Senet metninde vade ve hululü vade başlıkları altında 22.11.1982 ve 15.12.1988 tarihleri yazılmıştır. Gerçekten TTK.nun 615. maddesinin son fıkrasında birden fazla vade taşıyan bu tür senetlerin emre muharrer senet sayılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ne var ki takip dayanağı senet metninde vade olarak yazı ile hululü vade tarihinde gösterilen 15.12.1982 tarihi yazılmıştır. Senedin tanzim tarihinin vade tarihi olamayacağı da kuşkusuzdur. Olayda tartışmasız olan 22.11.1982 tanzim tarihi hululü vade tarihi yanında ayrıca yer alan vade sütununda gösterilmiş olması mükerrer vade tarihi değil, senet tanzim tarihinin tekrarı olduğu duraksanmayacak biçimde anlaşılmaktadır. Bu itibarla merci hakimliğince takip dayanağı senedin bono vasfında bulunduğuna ilişkin direnmesi yerindedir..."* (Yargıtay HGK. 12-681/154 T. 7.3.1990 - **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 575).

43 **UYAR,** s. 316.; **OĞUZOĞLU/OĞUZOĞLU,** s. 6; Yargıtay 15. HD. E. 2003/587 K. 2003/3094 T. 10.6.2003 (Kazancı).

çalışma konusu uyuşmazlık arasında –özellikle dayanılan gerekçeler bakımından- ortak noktalar bulunmaktadır. Bu hususta, özellikle *Teoman'ın* konuyu irdelediği yazılı tebliğinden[44] faydalanılacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 795. maddesinin I. fıkrası uyarınca "*Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir*". Anlaşıldığı üzere kanun koyucu, çek bakımından, bono ile poliçenin aksine vadeye yer vermemiş ve olası vade kaydını yazılmamış saymıştır. Düzenlenme tarihi ise, aynı Kanun'un 780/I(e) uyarınca zorunlu unsurdur. Düzenlenme tarihinin bulunmaması durumunda, Kanun'un 781/I hükmü gereğince bu senet çek sayılmaz.

Bakıldığında, söz konusu probleme ilişkin Yargıtay kararları iki gruba ayrılabilir. İlk olarak Yargıtay, çekte iki düzenlenme tarihi bulunması halinde, çekin ibraz tarihinde farklılık yaratacağından belgenin kambiyo senedi niteliği taşımadığı sonucuna varmıştır[45]. Buna karşın Yargıtay ikinci grup kararlarında ise, iki düzenlenme tarihi içeren çekleri geçerli saymaktadır[46].

Teoman, makalesinde görüşünü üç olasılık çerçevesinde ortaya koymaktadır: İlk olasılıkta, yani çek üzerinde açıkça belirtilmiş iki adet düzenlenme tarihi yer alması durumunda çekin geçersiz olduğu hususunda bir duraksama yoktur. İkinci olasılıkta, senet üzerindeki iki tarihten birinin düzenlenme tarihi, diğerininse vade olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda vade kaydı, Türk Ticaret Kanunu'nun 795. maddesinin I. fıkrası uyarınca yazılmamış sayılır ve çek geçerli olarak ayakta tutulur.

Asıl tartışmanın olduğu üçüncü olasılıkta, senet üzerinde açıkça belirtilen düzenlenme tarihinden başka, *ne olduğu açıkça belirtilmemiş* bir diğer tarih yer almaktadır. *Teoman*, bu olasılıkta *ne olduğu açıkça belirtilmemiş* ikinci tarihin vade olarak nitelenemeyeceği ve dolayısıyla çekin yine de geçersiz olacağı sonucuna varmaktadır[47].

Yazar bu görüşünü, kambiyo senetlerinin ve şekil şartlarının tarafların *olası iradeleri*ne göre yorumlanamayacağı, *işlemleri olanaklar oranında ayakta tutma ilkesi*nin en az uygulama bulduğu alanın kambiyo senetleri hukuku olduğu, salt hamili koru-

---

44 **TEOMAN,** Ömer: *"İki Farklı (Keşide) Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu",* Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler – Tartışmalar, XXIII, 12 Haziran 2009, (Düzenleyen: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), s. 9-21

45 **TEOMAN,** s. 12-13; Yazara göre karar, iki düzenlenme tarihi içeren çekin geçersiz olduğunu belirten tek örnektir. Kararda birden fazla düzenlenme tarihinin çekin ibraz tarihinde farklılık yaratacağı için senedin kambiyo vasfında olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak yazar, kararda anılan tarihlerin nereye yazıldığı ya da bunların her ikisinin de açıkça düzenlenme tarihi mi olduğu konularına değinilmediğini de eklemektedir.

46 Yargıtay 11. HD. E. 1983/399 K. 1983/1570 T. 3.3.1983; Yargıtay 12. HD. E. 2000/10826 K. 2000/11633 T. 7.7.2000 (**TEOMAN,** s. 13-14). Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **TEOMAN,** s. 13 vd.

47 **TEOMAN**, s. 18.

ma gayesiyle açıkça vade olarak nitelenmeyen bir tarihin vade olarak da nitelenemeyeceği ve son olarak bu ikinci tarihin nereye yazıldığının ise bir önemi bulunmadığı şeklindeki gerekçelere dayandırmaktadır[48]. Ayrıca Yazar, Kanun'un açıkça seçimlik zorunlu unsurları tanımladığı ve ancak bu olasılıklar dahilinde şekle bağlılıktan sapabileceğini öngörmektedir[49].

VIII. Değerlendirme ve Sonuç

Yüksek Mahkeme, senet üzerindeki vadelerden birinin düzenlenme tarihi ile aynı olması durumunda, senedi Türk Ticaret Kanunu'nun 703/II. maddesi uyarınca geçersiz saymanın *aşırı şekilcilik* oluşturarak hak kaybına neden olacağını belirtmiş ve senedi ayakta tutmuştur.

Senet üzerinde birden fazla vadenin açıkça yazılmış olması durumunda, kanun koyucunun iradesi açıktır. Kanun koyucu, bonoya uygulanacak hükümlere ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 778/I(b) hükmünün atfıyla, aynı Kanun'un 703/2 düzenlemesinde *"...birbirini takip eden çeşitli vadeleri gösteren poliçeleri batıldır*" diyerek birden fazla vade içeren senetleri geçersiz kılmıştır. Hüküm emredici nitelikte olup herhangi bir ayrık duruma olanak tanımamaktadır. Senet üzerinde açıkça vade ya da ödeme tarihi olarak belirtilen birden fazla tarih varsa, bu tarihlerden hangisine itibar edileceği belirli değildir. Kanun'un yukarıda anılan emredici hükmü karşısında, *açıkça* vade olarak belirtilmiş bir tarihi, salt düzenlenme tarihi ile aynı olduğu gerekçesiyle, düzenlenme tarihinin tekrarı olarak nitelemek hiç bir yorum kuralı ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, vade ve düzenlenme tarihinin aynı tarih olabileceğine engel olan herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Gerek öğreti gerekse Yargıtay, vade ve düzenlenme tarihinin aynı tarih olabileceği hususunda görüş birliği içindedir. Senet, kendisiyle ilgili bilgiyi yine kendisi vermelidir. Kaldı ki, "*işlemin olanak oldukça ayakta tutulması*" ilkesi belki de en az kambiyo senetleri hukukunda uygulama alanı bulmalıdır.

Teoman, çek üzerinde birden fazla düzenlenme tarihi bulunması durumunda, ne olduğu açıkça anlaşılamayan ikinci tarih bakımından, tarafların *olası iradesi*nin vade olarak yorumlanamayacağını belirtirken, özellikle kambiyo senetleri hukukuna ilişkin "*şekle sıkı sıkıya bağlılık*" ilkesine dayanmaktadır [50]. Bu değerlendirmeyi yaparken de, kambiyo senetleri hukukunda yorum kurallarının ne derece sınırlı olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle de kambiyo senetlerinin ve şekli unsurların tarafların *olası irade*lerine göre yorumlanamayacağını ve *işlemleri olanaklar oranında ayakta tutma ilkesi*nin en az uygulama bulduğu alanın kambiyo senetleri hukuku

---

48 **TEOMAN**, s. 17-20.

49 **TEOMAN**, s. 18.

50 **TEOMAN,** s. 12-13.

olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca yazar, *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden hangi hallerde sapılabileceğinin ve bu hallerde hangi hükümlerin uygulanacağının da yine seçimlik zorunlu unsurlar olarak Kanun'da belirlendiğini belirtmektedir. Kuşkusuz yazarın çözümlemede kullandığı gerekçeler sadece 'çek' bakımından ve düzenlenme tarihine ilişkin olarak geçerli değildir. Bu gerekçeler, poliçe ya da bono bakımından da şekli unsurlara bağlılık çerçevesinde değerlendirilebilir.

Kambiyo senetleri hukukunda senede itibar edilmesi, senet yorumlanırken herhangi bir iradenin üstün tutulmaması gerekir. Bu bağlamda, vade olarak belirtilmiş bir tarihi salt hamilin iradesini üstün tutma adına *aşırı şekilcilik* olarak değerlendirmek, kambiyo senetlerine ilişkin temel ilkelerle bağdaşmamaktadır. Kambiyo senetleri hukukunda *işlemin ya da senedin olanaklar ölçüsünde ayakta tutulması* ilke olarak benimsenmemelidir. Bu ilke yerine "*senet nasılsa ve ne diyorsa ona göre işlem yapılır*" ilkesi uygulanmalı ve senede bakılarak karar verilmelidir.

Yüksek Mahkeme, şekli unsurların belirsizliğinde, her ne kadar *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesini uygulamanın *aşırı şekilcilik* oluşturduğundan hareketle hak kayıplarının önüne geçmek için senedi ayakta tutmak istese de, burada çizginin doğru yerden çizilmesi gerekmektedir. Kambiyo senetlerine hâkim olan *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesi, *hukuki güvenlik* ve *tedavül yeteneğini* sağlama amacı güder. Ancak bu ilkenin *aşırı şekilcilik* oluşturacak şekilde uygulanması hak kayıplarına yol açacağı savunulabilir. Bu noktada *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesi ile Yüksek Mahkeme'nin *aşırı şekilcilik* argümanı arasında bir denge kurulmalıdır.

Kanaatimizce, amaçları dikkate alındığında, buradaki çizgi olabildiğince *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesi lehine çizilmelidir. Bu ilkeden, belirsiz olan unsurun *senetten başka şekilde anlaşılmasının olanaksız* olduğu durumlar dışında sapılmamalıdır. Daha önce belirtildiği üzere, senedin kendisi ile ilgili bilgiyi yine kendisi vermesi gerekir. Kambiyo senetleri hukukunda herhangi bir tarafın -örneğin hamilin- iradesi üstün tutulamaz. Ortada hakkın mündemiç olduğu bir senet ile bu senedin bağlı olduğu sıkı şekil kuralları vardır. Önemli olan senetten neyin anlaşıldığıdır. Yoksa senedin metninden anlaşılan iradelerin herhangi bir kimse lehine yorumlanması, kambiyo senetleri hukukunun ruhuyla bağdaşmaz. Bu tutum *tedavül güvenli*ğini zedeler. Dolayısıyla, öncelikle burada "*hayatın olağan akışı*" gibi bir ölçütün kullanılması isabetli değildir. Kambiyo senetlerindeki bir şekli noksanlık veya muğlak bir irade yerine, *hayatın olağan akışı* ölçütüne göre tespit edilecek bir *olası irade* konulamaz. Yüksek Mahkeme'nin bu muğlaklığa rağmen, senedi *aşırı şekilcilik* argümanı ile ayakta tutarak *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden sapmasının makul sayılabileceği tek ölçüt şudur. Senet metninde yer alan şekil şartlarından birindeki muğlaklık, ancak '*kuşkuya yer bırakmaksızın herkesçe aynı şekilde anlaşılabilir'* nitelikteyse, diğer bir deyişle '*senetteki yanılgı açıkça belli'* ise *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden ayrılmak isabetli olabilir. Bunun dışında, özellikle *hayatın olağan akışı* gibi göreceli bir ölçüte göre yapılan

değerlendirme sonucu, *olası irade* ikame edilerek *şekle sıkı sıkıya bağlılık* ilkesinden sapılması makul değildir.

Çalışma konusu kararda da, şekle sıkı sıkıya bağlılık ilkesinden sapmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Açıkça vade olarak gösterilmiş iki tarih söz konusudur. Hal böyleyken, Türk Ticaret Kanunu'nun 703/II. hükmünün emredici niteliği karşısında, salt bu tarihlerden biri düzenlenme tarihi ile aynı diye, bu tarihi düzenlenme tarihinin tekrarı olarak görmek isabetli bir yaklaşım değildir. Olması gereken, Kanun'un 703/II hükmünü işleterek bonoyu geçersiz kılmaktır.

KAYNAKÇA

ALIŞKAN, Murat: Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu, İstanbul, 1998.

ARSLANLI, Halil: Ticari Senetler Dersleri, 3. Bası, Ankara, 1954.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, 7. Baskı, Konya, 2012.

AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul, 2011.

BAHTİYAR, Mehmet, "*Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkansızlığı*", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XX Sayı 2, Haziran 1999, s. 41-53, (Keşide Tarihi).

BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2014 (Kıymetli Evrak).

BOZER, Ali/**GÖLE,** Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2013.

CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Kanunla Değişik 5941 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde, 2. Bası, Ankara, 2012.

DOMANİÇ, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku, İlaveli 2. Baskı, İstanbul, 1975.

HIRSCH, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, 1946.

KAPLAN, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 6. Baskı, Ankara, 2012.

KARAHAN, Sami/**ARI,** Zekeriya/**BOZGEYİK,** Hayri/**SARAÇ,** Tahir/**ÜNAL,** Mücahit: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya, 2014.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler, Ankara, 1970.

KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012.

KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 1999.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul, 2010.

MOROĞLU, Erdoğan/**KENDİGELEN,** Abuzer: İçtihatlı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2014.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2013.

OĞUZMAN/ M. Kemal/**ÖZ,** M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2013.

OĞUZOĞLU, Abdullah Çetin/**OĞUZOĞLU,** Özkan: Açıklamalı ve İçtihatlı Bono ve Çek Sorunları, 8. Baskı, İstanbul, 2003.

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1997, (1997).

ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 18. Bası, Ankara, 2013, (2013).

POROY, Reha/**TEKİNALP,** Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Yeniden Yazılmış 21. Bası, İstanbul, 2013.

PULAŞLI, Hasan: -Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanununla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile- Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2013.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 24. Bası, İstanbul, 2013.

SÜPHANDAĞ, Yavuz: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2013.

TEOMAN, Ömer: *"İki Farklı (Keşide) Tarihi İçeren Çeklerin Hukuki Durumu",* Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler – Tartışmalar, XXIII, 12 Haziran 2009, (Düzenleyen: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), s. 9-21.

UYAR, Talih: "*İcra Hukukunda Bono'nun (Emre Muharrer Senet'in) Geçerlilik Koşulları*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 74, 2008, s. 290-325.

UYAR, Talih/**UYAR,** Alper/**UYAR,** Cüneyt: İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167-170b), Yeni TTK. TBK. ve HMK.'na Göre Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2013.

ÜLGEN, Hüseyin/**HELVACI,** Mehmet/**KENDİGELEN,** Abuzer/**KAYA,** Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre 8. Bası, İstanbul, 2013.

YILMAZ, A. Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht), 1. Bası, İstanbul, 2007.

TÜRK HUKUKUNDA SİGORTA ACENTELERİ

(Insurance Agents in Turkish Law)

Doç. Dr. Şafak NARBAY[*]
Arş. Gör. Muhammet Ali GÜLLÜCE[**]

ÖZET

Bu çalışmada, ticari hayatta önemli bir role sahip olan "sigorta acenteleri" ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle, genel olarak acentenin incelenmesi gerekmiştir. TTK'nın sevk ettiği acentelik hükümleri, geniş bir uygulama sahası bulunan sigorta acenteliği için elbette yeterli olmayacaktır. Bu sebeple kendisine yürürlük bulan Sigortacılık Kanunu ve Sigorta Acenteleri Yönetmeliği hükümleri ve diğer mevzuat çerçevesinde konunun genel olarak ortaya konulması hedeflenmektedir. Sigorta acenteliği faaliyeti, teşkilatı ile sigorta acentesinin tanımı, türleri, hakları ve borçları çalışmamızın temelini oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: Acente, sigorta acentesi, sigorta acentesinin hakları, sigorta acentesinin borçları.

Abstract

In this study, "insurance agents" which has an important role in commercial life will be discussed. In this context, firstly, it is necessary to look through the agent as a general consept. Provisions of the Turkish Commercial Code about agency will not be enough for the insurance agency which has a wide field of application of course. For this reason it is aimed to establish the issue generally within the scope of the Insurance Code, Insurance Agents Regulations and other legislation which have came into force. The activity and organization of insurance agency and the definition, types, rights and obligations of insurance agents are the basis of our work.

Keywords: Commercial agent, insurance agent, rights of insurance agent, obligations of insurance agent.

[*] Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.
[**] Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, sigorta acenteleri hakkında genel bir bakış açısı sunmaktır. Bu doğrultuda ilk olarak bağımsız tacir yardımcılarından acente ile ilgili genel bilgi verilmiştir. Çalışmanın ana konusunu teşkil eden sigorta acentesi bölümünde ise, 3.6.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu[1] ile 2014 tarihli Sigorta Acenteleri Yönetmeliği[2] esas alınmıştır. Bununla birlikte yeri geldikçe 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[3]'ndaki acente ile ilgili hükümlere de değinilmiştir. Bu bölümde önce sigortacılık faaliyeti ile ilgili kısaca bilgi verilmiş, sonra sigorta acentesinin tanımı, türleri ve sigorta acenteliğine uygulanacak hükümler açıklanmıştır. Daha sonra SAY'da sigorta acenteliği yapmak için öngörülen şartlara temas edilmiş ve sigorta acenteliği yapmak için izlenmesi gereken usul ortaya konmaya çalışılmıştır. Sigorta acenteliğinde önemli bir yeri olan teknik personel ile ilgili düzenlemelere değinildikten sonra sigorta acentesinin hakları ve yetkileri ile yükümlülükleri inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç kısmında ise tüm bu anlatılanlar ışığında sigorta acenteleri hakkında genel bir değerlendirme yapılmıştır.

I. Tacir Yardımcısı Olarak Acente

a. Tacir Yardımcıları Kavramı

Acente müessesesinin açıklanmasından önce, tacir yardımcılarına değinmekte yarar bulunmaktadır. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye "tacir" denir (TTK m.12/1). İş sahasını genişleten tacir, faaliyetlerinin aksaklığa uğramaması için bir takım yardımcılara ihtiyaç duyabilir. Bunların bir kısmı ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi kendine bağlı, yani ondan emir ve talimat alan, bir kısmı ise, simsar ve komisyoncu gibi, yukarıdakilerin aksine tacirin ticari işletmesinden bağımsız çalışan kişilerdir. Yine bunların bir kısmı dış ilişkilerde taciri temsil yetkisine sahip iken, diğerleri temsil yetkisine sahip olmayıp, ticari işletme kapsamına giren üretim gibi faaliyetlerin aksamadan yürütülmesi hususunda tacire yardımcı olurlar. Bununla birlikte, gerek veli ve vasi, gerek tüzel kişinin temsilcileri ticari işletmeyi "yasal temsilci" sıfatıyla işlettikleri için tacir yardımcısı sayılmazlar[4].

---

1 RG. 14.6.2007/26552.

2 RG. 22.4.2014/28980. Çalışmamızda, 16.7.2016 yürürlük tarihli Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG. 16.1.2016/29595) hükümleri dikkate alınmıştır.

3 RG. 14.2.2011/27846. Çalışmada, Kanun numarası belirtilmeden Türk Ticaret Kanunu'na yapılan atıflar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na yapılmıştır.

4 Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 145; Sabih Arkan, *Ticarî İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2015, s. 117.

Tacir yardımcıları bir takım kıstaslar kullanılarak ayrıma tabi tutulabilir:

Tacire bağımlılık kıstası: Bu kıstasa göre tacir yardımcıları, bağımlı tacir yardımcıları ve bağımsız tacir yardımcıları olmak üzere ikiye ayrılır[5]. ***Bağımlı tacir yardımcıları,*** tacirin ticari işletmesinde yer alıp, tacirin emir ve talimatları doğrultusunda yardımcılık faaliyetini icra eden kişilerdir. Buna karşılık, ***bağımsız tacir yardımcıları,*** bu fonksiyonu tacirin ticari işletmesinde yer almadan, ondan bağımsız şekilde icra eden kişilerdir. Bir tacir yardımcısının, faaliyetini tacire bağımlı şekilde yürütüp yürütmediğinin belirlenmesinde esas alınan başlıca kıstaslar, tacirin işletmesinin bünyesinde yer alıp almadığı, ona bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olup olmadığı ve en önemlisi kendi iş organizasyonunu tacirin emir ve talimatı altında yürütüp yürütmediğidir[6].

Taciri temsil yetkisi kıstası: Bu kıstasa göre "ticari temsilci" ve "ticari vekil" gibi bir kısım tacir yardımcıları dış ilişkilerde taciri temsil yetkisine sahip iken "komisyoncu" ve "simsar" gibi bir kısım tacir yardımcıları bu yetkiye sahip değildir. Acente ise, ister "temsil yetkisine sahip acente" ister "aracı acente" olsun, temsil yetkisine sahiptir[7]. Temsil yetkisi dar veya geniş olabilir. Mesela bir şubenin başında bulunan ticari temsilcinin taciri temsil yetkisi çok geniş iken, iş yerinde müşterilere hizmet sunan garsonun bu yetkisi çok dardır.

Öğretide, tacir yardımcıları, yukarıdakilerin dışında bir takım kıstaslar dikkate alınarak farklı ayrımlara tabi tutulmuş olsa da çalışmanın kapsamı nedeniyle bu hususlar inceleme konusu yapılmamıştır.

b. Acente

i. Ekonomik Faydası

Ticari faaliyetlerini arttıran bir tacirin daha geniş müşteri kitlesine ulaşmak istemesi doğaldır. Ancak faaliyette bulunduğu alan genişledikçe tacirin müşterilere doğrudan ulaşması da zorlaşacaktır. Tacir, yeni bölgedeki ticari faaliyetlerinin de aksamadan yürütülmesi için tacir yardımcılarından yararlanabilir. Bu doğrultuda bağımlı tacir yardımcılarından yararlanabileceği gibi, tercihini bağımsız tacir yardımcılarından yana da kullanabilir. Şu halde faaliyet alanını genişleten tacirin bu yeni bölgelerde acentelerden yararlanması mümkündür.

---

5 6762 sayılı TTK yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılan üçlü ayrım için bkz. Şevket Memedali Bilgişin, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul 1950, s. 314-315. Yazar, tacir yardımcılarını, "ticari işletmeye bağlı fakat temsil yetkisi olmayanlar", "tacirin emri altında çalışan ve onu temsil yetkisine sahip olanlar" ve "ticari işletmeden bağımsız fakat tacir adına ve hesabına yahut kendi adına fakat tacir hesabına işlem yapanlar" olmak üzere üçe ayırmaktadır.

6 Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/N.Füsun Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2015, N. 1673.

7 Arkan, s. 170.

Acente, günümüzde uygulaması en fazla olan tacir yardımcılarından biridir. Tacirin sadece olumlu neticelenen işlemler için acenteye ödeme yükümlülüğünün doğması, şube açmak için yapacağı masrafları acente atarken yapmasının gerekmemesi, acente atayarak üstlenilen masraf rizikosunun düşük olması gibi sebepler acentelik müessesesinin değerini artırarak, yaygınlaşmasını sağlamıştır[8]. Diğer taraftan acentelik, tacirin en az masrafla ticari faaliyetlerini genişletebileceği alternatifli bir müessesedir[9]. Masraf ve rizikoyu önemseyen bir tacirin faaliyetlerini genişletirken, tercihinin sırasıyla "acente", "pazarlamacı" ve "şube" şeklinde olması muhtemeldir[10]. Ancak bunlardan her biri farklı karakteristik özelliklere sahip olduğundan, tacir, her zaman birden fazla seçeneğe sahip olamayabilir[11].

Acentelik, ülkemizde eskiden beri uygulanmasına karşın, bir müessese olarak ilk kez 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenebilmiştir[12]. 6102 sayılı TTK'da bu müessese "ticari işletme" isimli birinci kitabın yedinci kısmında, m. 102 ilâ m. 123 arasında düzenlemiştir.

ii. Tanımı

Acente, TTK m. 102/1'de şu şekilde tanımlanmıştır:

"*Ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya*

---

8 Erhan Birben, "Müvekkil Tacir ile Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut mudur?", *DEÜHFD*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 53; Ali Cengiz, "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2011, s. 141; Arkan, s. 201.

9 Muhammet Ali Güllüce, *"Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı"*, (Danışman: Mustafa Yasan) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2014, s. 22.

10 Pazarlamacı atanmasının şube açmaya göre daha masrafsız olduğu açıktır. Ancak pazarlamacıya da masraf bakımından daha avantajlı alternatif bir müessese vardır ki o da "acente"dir. Arkan'a göre, "*Tacirin, pazarlamacıya faaliyetleri olumlu sonuç vermese bile kararlaştırılan sabit ücreti ödemesi lazımdır. Şube açılması ise, genellikle önemli sayılabilecek bir mali kaynak tahsisini gerektirir. XIX. Yüzyılın ikinci yarısından sonra hızla gelişen sanayileşme ve buna paralel olarak artan rekabet, tacirleri, ürettikleri mal ve hizmetlerin işletme merkezleri dışında daha kolay ve ucuz şekilde pazarlanması hususunda sürekli faaliyet gösteren bağımsız yardımcılardan yararlanmaya yöneltmiştir. … Sürümünü artırmak isteyen tacir, (acente ile anlaşmakla) sermaye tahsis etmeden ve masraf yapmadan amacına ulaşma imkânını bulur. Zira tacir, bağımsız yardımcısı olan acenteye, kural olarak sadece yaptığı faaliyetin olumlu sonuç vermesi halinde ücret ödemekle yükümlüdür. Acentelik işletmesinin masrafları ise, taciri değil, acenteyi ilgilendirir*." Arkan, s. 201; Birben, s. 53; Murat Topuz, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)", *MÜHF-HAD*, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 315-316; Güllüce, s. 21-22.

11 Bankaların örgütlenme şemasını belirleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'na göre bankalar, bankacılık işlemlerinin yerine getirilmesini sağlamak üzere, memleketin gerekli görülen yerlerinde ancak şube açmak suretiyle faaliyette bulunabilirler (özellikle bkz. TCMB Kanunu m. 2/2).

12 İmregün, s. 127.

bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına[13] *yapmayı meslek edinen kimseye*[14] *acente*[15] *denir.*"

TTK anlamında acente olan gerçek veya tüzel kişiler uygulamada "bayi", "bölge bayiliği", "genel bayilik", "genel distribütörlük", "temsilcilik", "aracılık temsilciliği", "pazarlamacı", "ticaret ajanı" gibi deyimlerle de ifade edilebilmektedir[16]. Türk Borçlar Kanunu[17] m. 19/1 gereğince bir tacir yardımcısının TTK anlamında acentelik hükümlerine tabi olup olmayacağının tespitinde, aralarındaki sözleşmede kullanılan tabirden ziyade, bu sözleşmenin, aşağıda ortaya koyacağımız unsurları taşıyıp taşımadığı dikkate alınmalıdır[18].

Acentenin tacir olup olmadığı sorusuna, 6102 sayılı TTK'da tacirlik sıfatı için getirilen düzenleme nedeniyle peşin bir cevap vermek mümkün değildir. Zira yeni düzenleme gereğince bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi, işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olması ile mümkündür (TTK m. 11/1). Bu sınır ise, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararnamede gösterilir (TTK m. 11/2). Bu nedenle acente, kendi adına işletmiş olduğu işletmenin, ticari işletme boyutuna ulaşması halinde tacir sıfatına sahip olur[19]. Bununla birlikte öğretide acentenin sahip olduğu yetkiler dikkate alındığında, ancak bir tacir olması gerektiği görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır[20].

---

13 6762 sayılı TTK'da "tacir adına" deyimi yerine "işletme adına" deyiminin kullanılması, sözleşme yapma yetkisine sahip olan bir acentenin bu sözleşmeyi işletme adına değil, o işletmeyi işleten tacir adına yapacağından bahisle eleştirilmekteydi. Şaban Kayıhan, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 36.

14 Her ne kadar TTK'da acentenin bir gerçek kişi olmasını düşündürecek anlatımlar kullanılmış olsa da, bu faaliyetin tüzel kişiler tarafından da yürütülebileceğinden şüphe etmemek gerekir. Arslan Kaya, *Acentelik [Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik (TTK m. 102-123)]*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2016, TTK m. 102, N. 03a.

15 Yazım şekli açısından kanun ve doktrinin bir kısmı "acente" tabirini kullanma birlikte "acenta" tabirini kullananlar için bkz. İmregün, s. 127; Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku: İşletme Hukuku*, Ankara 1970, s. 416. Türk Dil Kurumu ise "acente" yazım şeklini tercih etmektedir. http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_seslissozluk&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55ba49fd9dd180.13023383 (30.07.2015).

16 Bkz. Kayıhan, s. 34.

17 RG. 4.2.2011/27836. Kısaca "TBK".

18 Aynı yönde bkz. Kayıhan, s. 34-35.

19 TTK m. 11/1 ve m. 12/1 ile acentenin tanımını ihtiva eden TTK m. 102 birlikte değerlendirildiğinde, acentenin tacir sıfatına sahip olmak zorunda olmadığının anlaşıldığına dair bkz. Mustafa İsmail Kaya, *Acentelik Hukuku*, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 20. Bu yönde görüşler için ayrıca bkz. Arkan 203; Karahan 362; Ali Bozer/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 2015, s. 110. Kaya Arslan, *"Acentelik" adlı eserinde "Oysa, kendisi de çoğu zaman bir tacir olan acentenin müvekkilinden bağımsızlığı, daha sade ve kısa bir şekilde pekâlâ ifade edilebilirdi;…"* demek suretiyle, acentenin her hâlükârda tacir sıfatını haiz olmak zorunda bulunmadığını, dolaylı bir şekilde ifade etmektedir (Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 02c).

20 Kayıhan, acentenin, eTTK m. 12/1/b. 12 anlamında ipso jure (kendiliğinden) tacir olduğunu,

iii. Unsurları

1. Bağımsızlık

TTK m.102/1'in *"Ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın..."* şeklindeki lafzı, acentenin faaliyetini tacirin ticari işletmesine bağlı olmadan icra etmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Bağımsızlıktan anlaşılması gereken, acentenin, tacirin ticari işletmesinin bünyesinde, ondan emir ve talimat alacak biçimde bir görev üstlenmiş olmamasıdır[21]. Öğretide Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 84/I, 2 düzenlemesi örnek gösterilerek, bağımsızlığın ölçüsünde tacir yardımcısının "faaliyet düzenini ve çalışma saatlerini" kendisinin tayin edip edemediğine bakılması gerektiği ifade edilmektedir[22]. Bunun dışında bir tacir yardımcısına ödenecek ücretin şekli de onun bağımsızlığını belirlemede kıstas alınabileceğinden, eğer sürekli ve düzenli olarak değil, aracılık yaptığı sözleşmeyle orantılı ücret alıyorsa, bu da onun bağımsızlığının göstergesi olacaktır[23]. Ancak, bağımsızlık ile acentenin müvekkilinden somut bazı hususlarda talimat alması veya ona bazı hususlarda bilgi vermesi birbiriyle karıştırılmamalıdır[24]. Zira ilk halin mevcudiyeti için acentenin müvekkilinden emir ve talimat alma yükümlülüğünün bulunmaması gerekli ve yeterlidir. Buna mukabil bazı hususlarda müvekkile bilgi vermesi yahut ondan somut bir takım hususlarda talimat alması, işin icrası için geçici zorunlu hallerin varlığında söz konusu olabilir. Bu durum acentenin bağımsızlığına halel getirmemekle birlikte[25], öğretide, acentenin bağlı tacir yardımcıları ile bağımsız tacir yardımcıları arasında bir yerde gösterilmesinin[26] sebebi olabilir.

---

yine yTTK m.12/1 gereği tacir sayılması gerektiğini savunmaktadır. Kayıhan s. 44-45. Enver Alper Güvel/Afitap Öndaş Güvel, *Sigortacılık*, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 168.

21 Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04a; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1673; Arkan, s. 203-204.

22 Kayıhan, s. 37; Arkan, s. 200. Acente, çalışma süresini ve zamanını kendisi tayin eden bağımsız bir tacir olmasına mukabil, iktisadi bağlılığı çeşitlilik arz edebilir. Konad Fehr, "Acentelik Mukavelesi Hakkında Yeni Federal Kanun", çev. Necip Bilge, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, C.12, S. 3, 1955, s. 357-358.

23 Arkan, s. 204.

24 Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04a; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1673.

25 Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/Hayrettin Çağlar, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar*, 8. Bası, Ankara 2015, s. 486; Arkan, s. 200-201; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2014, s. 189; Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 162; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2012, s. 355-356.

26 Bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 234.

2. Acentelik İlişkisinin Bir Sözleşmeye Dayanması

TTK m.102/1, acentelik faaliyetinin[27] bir sözleşmeye dayanarak yürütülmesini öngörmekle birlikte, öğretide bir kısım yazarlar acentelik sözleşmesi yazılı şekle tabi olmadığından[28] ve şu halde acente ile müvekkil arasında açık veya gizli bir sözleşme bulunacağından, bunun unsurlar arasında sayılmasının gerekli olmadığı görüşündedir[29]. Ancak kanaatimizce, kanunda bu hususta (yazılı olsun olmasın) bir sözleşmenin varlığının aranması, sözleşmeye bağlanmayan "fiili ilişkilerin" bu müessese kapsamında değerlendirilmesini engellemeye yöneliktir. Zira sözlü halde dahi bir sözleşmenin esaslı unsurlarının varlığı sözleşme hukukunun bir gereğidir[30]. Kanun acenteliğin "ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde" söz konusu olabileceğini öngördüğünden, ticari işletme niteliğinde olmayan işletmeler acentelik sözleşmesinin tarafı olamaz[31]. Başka bir ifadeyle, acentelik sözleşmesinin karşı tarafı olan müvekkilin "tacir" olmaması halinde, bağımsız yardımcı, acentelik hükümlerine tabi olmaz[32].

Acentenin müvekkil adına ve hesabına[33] sözleşme yapabilmesi için bu hususta "*özel* ve *yazılı*" yetkiye sahip olması ve bu belgenin acente tarafından[34] tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur[35] (TTK m.107/1, 2). Sözleşme herhangi bir geçerlilik şartına

---

27 Acentelik ilişkisinin iki tür hukuki ilişkiye (tek satıcılık ve franchising) çok benzediği için bunlardan ayırt edilmesi gerektiğine ve bunlarla farklılıklarına ilişkin bkz. Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 07b-07c; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 9. Baskı, Bursa 2016, s. 87-88. Yine bu iki ilişkiden tek satıcılık sözleşmesi ile acentelik sözleşmesinin karşılaştırılması için ayrıca bkz. Pınar Altınok Ormancı, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı – İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler", *AÜHFD*, C. 58, S. 3, 2009, s. 467 vd.

28 Acentelik sözleşmesi için yazılı şekil şartının öngörülmesi halinde, birçok acentelik sözleşmesinin bağlamazlık yaptırımı ile karşılaşabileceği hususunda bkz. Fehr, s. 365.

29 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, Ankara 1968, s. 517; Kayıhan, s. 39. Yazar bu görüşe, olması gereken hukuk anlamında katılmakla birlikte, Kanun lafzında geçtiği için, acentelik ilişkisinin sözleşmeye dayanmasını, acenteliğin unsurları arasında zikretmektedir.

30 Sözleşmenin unsurları hakkında geniş bilgi için bkz. Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 120 vd.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, s. 81 vd.; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2015, s. 223 vd.

31 İmregün, s. 128; Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku: İşletme Hukuku*, s. 421; İbrahim Arslan/Aytekin Çelik, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Konya 2010, s. 70.

32 Arkan, s. 204.

33 Fıkra metnindeki "adına sözleşme yapma" ibaresinin, "adına ve hesabına" şeklinde düzeltilmesi gerektiğine ilişkin haklı eleştiri için bkz. Kaya, *Acentelik*, m. 107, N. 01.

34 Tescil ve ilanda müvekkilin de menfaati bulunduğu için TST m. 31 gereğince "ilgili" sıfatıyla, müvekkil de tescil ve ilanı isteyebilir. Kaya, *Acentelik*, m. 107, N. 05.

35 Hükmün lafzından, yazılılık şekil şartının tüm sözleşme için aranmadığı sonucu çıkarılabilir. Ancak Teoman'a göre, *"…ilk bakışta sözleşme yapma yetkisine sahip acente ile müvekkili arasındaki sözleşmenin de sözlü olarak yapılabileceği, buna karşılık sadece sözleşme yapma yetkisinin yazılı bir belge, diyelim bir vekâletname ile tanınabileceği, bunun gibi sadece aracılık konusunda yetkili*

bağlı değildir. Bununla birlikte temsil yetkisi, özel yazılı yetkinin verilmesi ile doğar[36]. Temsil yetkisinin doğması bakımından tescil ve ilanın rolü yoktur. Yani burada tescil ve ilan kurucu (ihdasi) değil, açıklayıcı (izhari) etkiyi haizdir[37]. Tescil ve ilandan önce, acentenin doğrudan temsil ilişkisi içinde yaptığı işlemler müvekkili bağlar[38].

3. Süreklilik

Kanun'da acentelik faaliyetinin "sürekli" şekilde yürütülmesi aranmaktadır. Süreklilik, fiili duruma göre değil, sözleşmenin kurulması sırasında güdülen niyete göre belirleneceğinden, acentelik sözleşmesi kurulmasından kısa bir süre sonra feshedilse dahi, bu durum sözleşmenin feshedildiği zamana kadarki ilişkinin acentelik kapsamında değerlendirilmesine engel teşkil etmeyecektir[39]. Bununla birlikte buradaki sürekliliğin, işin sadece meslek edinilmiş olması ile sağlandığı düşünülemez[40].

4. Meslek Edinme

Acentelik faaliyetinin meslek edinilmesi, süreklilik unsurunun bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır[41]. Asıl mesleği acentelik olmayan, acentelik faaliyetini "geçici" olarak yapan kimse acente sıfatına sahip olamaz[42]. Bununla birlikte acentenin işletmesini sadece bu faaliyete hasretmesi gerekli değildir[43].

---

kılınan bir acente ile müvekkilinin diyelim tek başına acenteye ödenecek ücretin tutarını özel olarak saptamışlarsa bunu yazılı olarak belirlemeleri zorunluluğundan tüm sözleşmenin yazılı şekle uyularak yapılmasının gerekmediği gibi bir sonuca ulaşılabilirse de, kanımızca bu ayrım yapay olup, tarafların yasal düzenlemeden ayrılmak istedikleri her durumda aralarındaki ilişkiyi yazılı bir sözleşmeye bağlamalarının kaçınılmaz olduğunu söylemek daha doğru olur." Geniş açıklama için bkz. Ömer Teoman, Tacir Yardımcıları, *MÜHFHAD*, 18(2), Özel Sayı (Mehmet Somer'in Anısına Armağan), 2012, s. 279-280.

36 *"Yazılılık gereğine yer veren ve konusuna göre acentenin faaliyetini daraltan veya genişleten koşulları düzenleyen TK 104, 106, 107, 115 ve 116'ncı maddeler de, genel olarak acentelik sözleşmesi için bir geçerlilik koşulu olarak yorumlanamaz. Sadece bunların özgülendikleri hususlarda yazılılık zorunludur"* Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04b; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1674; Arkan, s. 205. Kayıhan, s. 47-48; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Bursa 2013, s. 130.

37 *"…Akit yapma salahiyetini veren vesikaların acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi hükmünü muhtevi TTK'nın 121/2. maddesi, müvekkil ile acente arasındaki içi münasebet bakımından lüzumlu olup, üçüncü şahıs olan davacının hukukuna müessir değildir…"* (Yargıtay 11. HD 29.03.1972 tarih ve 1257/1590 sayılı kararı) Kaya, *Acentelik*, m. 107, N. 11; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 86.

38 Kaya, *Acentelik*, m. 107, N. 05a; Arkan, s. 205.

39 Kayıhan, s. 41; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 487; Arkan, s. 206.

40 Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04d; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1688.

41 Kayıhan s. 41; Poroy/Yasaman, s. 243; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 487.

42 Mimaroğlu, s. 421.

43 Acentelik faaliyetinin yan meslek şeklinde yürütülmesi mümkündür (Kayıhan, s. 41-42). Bazı sigorta acenteleri için öngörülen istisna için bkz. Aşa. III/C/2.

5. Belirli Bir Yer veya Bölgede Faaliyet Gösterme

Kanun, acentelik faaliyetinin belirli bir "yer" veya "bölge" içinde yürütülmesi gerektiğini öngörmektedir. Öğretide sözleşmeyle inhisar hakkının yazılı şekilde bertaraf edildiği hallerde, bu şartın acente sıfatının tayininde gözetilmeyeceği[44] ifade edilmişse de, kanaatimizce bu husus sadece inhisar hakkı ile ilgili değildir[45]. Zira acentenin faaliyetinin belirli bir alanla sınırlandırılmış olmasında acente ile işlem yapacak üçüncü kişilerin de yararı bulunmaktadır. Bu hususta bir belirsizlik, üçüncü kişilerin haklarına halel getirebilir.

Yerin belirlenmesi ile ilgili olarak yasa koyucu bir sınırlama getirmediğinden, öğretide, tarafların mülki ve idari bölümlemeler ile bağlı olmaksızın, tamamen kendi takdirlerine bağlı olarak ve diledikleri büyüklükteki yerleri TTK m.102/1 anlamında "yer" yahut "bölge" olarak saptayabilecekleri ifade edilmektedir[46]. Mühim olan husus, tespit edilen alanın sınırlarının tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirli ve sınırlı olmasıdır[47]. Bununla birlikte irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde acentenin faaliyet alanının müşteri kesimi yahut mal ile sınırlandırılması da mümkündür[48].

Aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça müvekkil, acentenin faaliyet gösterdiği yer veya bölge içinde, bu faaliyeti süresince, aynı ticaret dalında başka bir acente tayin edemez. Buna mukabil acente de aynı faaliyette bulunduğu yer veya bölgede, müvekkili ile rekabette bulunan başka bir ticari işletme hesabına acentelik yapamaz (TTK m.104/1).

c. Türleri

Acenteler, ticari ilişkilerde üstlendikleri fonksiyon bakımından "aracı acente" ile "sözleşme yapma yetkisini haiz acente" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Faaliyette bulundukları ticari alan bakımından ise "satış/sürüm acentesi", "deniz ticareti acentesi", "sermaye piyasasında faaliyet gösteren acente", "seyahat acentesi" ve "sigorta acentesi" olmak üzere beşe ayrılmaktadır.

i. Fonksiyonu Bakımından

Fonksiyon bakımından yapılan ayrımın amacı, acentenin tacire ticari ilişkilerinde hangi sıfatla yardım ettiğini tespit etmektir.

---

44 Karayalçın, s. 517; Arkan, s. 204.

45 İnhisar hakkının sözleşmenin içeriğiyle ilgili olduğu, acentelik müessesesinin unsurlarından biri olmadığı gerekçesiyle aynı yönde Kayıhan, s. 39.

46 Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04c; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1675; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 488; Bozer/Göle, s. 110.

47 İmregün, s. 128.

48 Kaya, *Acentelik*, TTK m. 102, N. 04c; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, N. 1676.

a) Aracı Acente

Aracı acente, müvekkiline müşteri temin etme, alıcı ve satıcıyı bir araya getirme ve böylelikle sözleşmenin yapılmasını kolaylaştırma fonksiyonunu üstlenmektedir[49]. TTK m.107/1, bir acentenin müvekkili adına sözleşme yapabilmesi için bu hususta yazılı olarak yetkilendirilmesini öngördüğünden, Kanun "aracı acenteyi" esas alan bir düzenlemeye gitmiştir. Bir acentenin sözleşme yapma yetkisine sahip olup olmadığı hususunda tereddüde düşüldüğünde, bunun "aracı acente" olarak kabulü gerekir[50]. TTK'nın acentelik kısmında hüküm bulunmayan hallerde, aracı acenteler için TBK'nın simsarlık sözleşmesi hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekâlet hükümleri uygulanacaktır (TTK m.102/2).

1. Sözleşme Yapma Yetkisini Haiz Acente

Sözleşme yapma yetkisini haiz acente, TTK m.102 ile m.107'den hareketle, işletmeye bağlı olmaksızın, tacir ile arasındaki acentelik sözleşmesi ve taciri temsile ilişkin yazılı bir yetki belgesine dayanarak, belirli bir yer veya bölgede tacir adına ve hesabına, onun ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yapmayı meslek edinen kimse olarak tanımlanabilir. TTK'nın acentelik kısmında hüküm bulunmayan hallerde, sözleşme yapma yetkisini haiz acenteler için, TBK'nın komisyon sözleşmesi hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekâlet hükümleri uygulanacaktır (TTK m.102/2).

ii. Faaliyet Alanı Bakımından

1. Satış/Sürüm Acentesi

Satış ve sürüm acenteleri, müvekkillerinin mallarını satma ve bu malların sürümünü artırma, bu doğrultuda satış konusu malları piyasada tanıtma ve bunların reklamını yapma gibi fonksiyonları üstlenirler[51].

2. Gemi Acentesi

Gemi acentesi (deniz ticareti acentesi), Gemi Acenteleri Yönetmeliği[52] m. 4/1/e'de, yapılan anlaşmalarla gemi sahibi gerçek veya tüzel kişiler ile kaptan, işleten veya gemi kiralayanın nam ve hesabına hareket eden ve üçüncü kişi ve kuruluşlara karşı bunların haklarını koruyan, bu çerçevede yaptıkları iş ve işlemlerde kendi kusurları dışında sorumlu tutulamayan, anlaşmadaki kişi veya kuruluş olarak tanımlanmaktadır.

---

49 Mimaroğlu, s. 418; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 488.

50 Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 489.

51 Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 489; Mimaroğlu, s. 419; Kayıhan, s. 50.

52 RG. 5.3.2012/28224.

3. Sermaye Piyasasında Faaliyette Bulunan Acente

Sermaye piyasasında faaliyette bulunan acenteler, sermaye piyasasında faaliyet gösteren "aracı kurumların" daha geniş yatırımcı kitlesine ulaşmak amacıyla tayin ettikleri acentelerdi[53]. "Aracı kurum acenteleri" olarak anılan[54] bu acenteler, *"Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"*[55] ile düzenlenmişti. Ancak bu tebliğ, 11.7.2013'te Resmi Gazete'de yayımlanan ve kapsamlı yenilikler getiren, *"Yatırım Hizmetleri Ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"*[56] in 81 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve yeni Tebliğde aracı kurumlar için öngörülen acentelik sistemine yer verilmemiştir[57].

4. Seyahat Acentesi

1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m.1/1/e'de seyahat acentesi, kar amacı ile turistlere turizm ile ilgili bilgiler vermeye, paket turları ve turları oluşturmaya, turizm amaçlı konaklama, ulaştırma, gezi, spor ve eğlence hizmetlerini görmeye yetkili olan, oluşturduğu ürünü kendi veya diğer seyahat acenteleri vasıtası ile pazarlayabilen ticari kuruluş olarak tanımlanmaktadır.

5. Alt (Tâli) Acente

Öğretide, acentenin kendi faaliyet konusunda atadığı acenteye "alt (tâli) acente" ismi verilmekte, tâli acenteyi atayan acente ise, "genel acente" şeklinde isimlendirilmektedir[58].

6. Sigorta Acentesi

Çalışmanın ana konusunu teşkil etmesi münasebetiyle sigorta acentesi ayrı bir ana başlık altında incelenmiştir.

---

53 Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 490.

54 Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m. 2/1.

55 RG. 7.9.2000, Seri: V, No: 46.

56 RG. 11.7.2013, Seri: III, No: 37.1.

57 Yatırım Hizmetleri Ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de, aracı kurumlar "dar yetkili", "kısmi yetkili" ve "geniş yetkili olarak gruplandırılarak (m. 8), aracı kurum acentelerinin fonksiyonları kısmen veya tamamen bu aracı kurumların merkez dışı örgütlerine (şubelerine ve irtibat bürolarına) bırakılmıştır.

58 Bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 490; Kayıhan, s. 64.

II. Sigorta Acentesi

a. Sigortacılık Faaliyeti

Sigorta acenteleri, sigortacılık alanında faaliyet göstermektedir. Şu halde ticaretin bu alanıyla ilgili genel bilgi vermekte fayda bulunmaktadır.

"Sigorta, aynı veya benzer tehlikelere maruz bulunan kişiler topluluğunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak ihtiyacın belirli bir para (prim) karşılığında giderilmesine yönelik olarak bağımsız bir hukukî talep hakkına sahip olunmasıdır[59]*"*. Sigortacılık ise, bu alanda gösterilen faaliyeti ifade eder. Sigortacılığın başlangıcı Babillere kadar götürülmektedir[60]. TTK m.1401/1'de sigorta sözleşmesi, "*sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme*" şeklinde tanımlanmaktadır. Şu halde sigorta sözleşmesi, sigortacının sigorta himayesini, sigorta ettirenin ise prim ödeme borcunu üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[61].

Sadece sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işlerle iştigal etmek üzere, "anonim şirket" veya mütüel (karşılıklı) sigorta yapmak üzere "kooperatif" şeklinde kurulmuş, tüzel kişiler sigortacılık faaliyetinde bulunabilir (SK m. 3/1).

Sigorta sözleşmesinin karşı tarafında "sigorta ettiren" bulunur. Sigorta sözleşmesi için özel bir ehliyet aranmadığından, medeni hakları kullanma yetkisine sahip ve reşit olan herkesin sigorta sözleşmesi yapabilmesi mümkündür[62]. Sigorta ettiren, kendi menfaatini sigorta ettirdiği takdirde aynı zamanda sigortalıdır[63]. Yani sigorta sözleşmesinin üçüncü bir kişi menfaatine yapılması mümkündür. Bu halde menfaati sigortalanan kişi (sigortalı) ile sözleşmenin tarafı olan kişi (sigorta ettiren) farklı kişilerdir. Buna örnek olarak, bir işletmenin bütün çalışanlarını sigorta ettirdiği (ki bu

---

59 Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, Gözden Geçirilmiş/Genişletilmiş, 12. Baskı, Adana 2015, s. 2. Ayrıca bkz. Beyhan Yaslıdağ, *Sigortacılık (Sigorta Aracıları, Sigorta İşlemleri)*, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 21 vd; Özge Meriç, *Sigorta Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyete Geçmesine İlişkin Esaslar*, Ankara 2013, s. 4 vd.

60 Türkiye'de ve Dünya'da sigortacılığın tarihsel gelişimi için bkz. Ayşe Gül Bölükbaşı/Baturalp Pamukçu, *Sigortanın Temel Prensipleri*, İstanbul 2009, s. 54-65.

61 Mehmet Sinan Cebe, *Açıklamalı ve İçtihatlı Mal Sigortaları Hukuku*, Ankara 2010, s. 2. Sigorta sözleşmesinin unsurları, tabi olduğu şekil ve kuruluşu ile ilgili ayrıca bkz. Ali Bozer, *Sigorta Hukuku*, Ankara 2009, s. 31-51; SK m. 11.

62 Bozer, s. 33; Cebe, s. 8; Işıl Ulaş, *Uygulamalı Sigorta Hukuku: Mal ve Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2010, s. 39.

63 Alfred İsaac, *Sigorta İşletmesi*, İstanbul 1946, s. 54.

halde ortada birçok sigortalıya karşı tek bir sigorta ettiren vardır) grup sigortaları gösterilebilir[64]. Sigorta sözleşmesinin diğer bir unsuru ise "sigorta menfaati" olup, bunun para ile ölçülebilir olması şarttır[65]. "Tehlike (yahut hayat sigortalarında olay[66])" ise, sigorta sözleşmesinde sigortacının tazminat ödeme (yahut hayat sigortalarında para ödeme[67]) yükümlülüğünü doğuran, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden belli olmayan yahut gerçekleşeceği muhakkak fakat ne zaman vuku bulacağı belli olmayan hadisedir. "Prim", tehlikenin gerçekleşmesi halinde ödenecek olan sigorta tazminatı veya bedelini karşılamak üzere sigorta ettirenden alınan paradır[68].

b. Sigorta Acentesinin Tanımı

Günlük hayatta karşılaştıkları riskler karşısında sigortalı olmak isteyen kişilere ulaşıp bunlarla sigorta sözleşmesi akdedebilmek, primleri tahsil edebilmek ve diğer gerekli işlemleri yapabilmek için sigorta şirketleri, acentelere ihtiyaç duymaktadır. Gerçekten sigortacılık faaliyetinin bir malın satılması gibi anlık olmadığı, taraflar arasında sürekli bir irtibatı gerektirdiği göz önünde tutulursa, sigorta şirketlerinin faaliyetlerinde neden acentelere ihtiyaç duydukları anlaşılabilir. Nitekim sigorta acenteleri, sadece sigorta sözleşmesinin kurulmasında değil, sözleşmenin yürürlükte bulunduğu süre içinde de sigortacının yardımcısı olarak bazı yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar[69]. Sigorta acenteleri, sigorta yaptırmak isteyen kişilerle sigorta şirketi adına görüşmelerde bulunmanın yanı sıra, yetkisi kapsamında sigorta poliçesi veya teminat belgesi düzenlemek, prim toplamak, hasar halinde sigortalıya danışmanlık etmek ve yetkili olduğu takdirde belli bir miktara kadar hasar ödemek gibi hizmetlerde bulunurlar[70].

SK m. 2/1/m'de sigorta acentesi, "*ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleş-*

---

64 İsaac, s. 54. Ayrıca TMK m.815 de buna bir örnektir (Bozer, s. 33). TMK'nın anılan hükmü, yerel adetlere göre iyi bir yönetimin gereği olduğu takdirde intifa hakkı sahibinin, malikin lehine malı yangına ve diğer tehlikelere karşı sigorta ettirmekle yükümlü olduğunu öngörmektedir. Şu halde, mal üzerinde intifa hakkı sahibi sigorta ettiren, malın sahibi ise sigortalıdır.

65 Bozer, s. 33.

66 Bozer, s. 35.

67 Bozer, s. 37.

68 Bozer, s. 37.

69 Rayegân Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi*, 12. Baskı, İstanbul 2013, s. 119.

70 Sigorta acentelerinin zaman zaman bu yetkilerini kötüye kullanmaları sebebiyle sigorta acenteleri ile sigorta şirketleri arasında çekişme yaşanabildiğine ilişkin bkz. Şaban Kayıhan, "Yeni Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 3, S. 27, 2008, s. 44 vd.

melerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri[71] *adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi*" olarak tanımlanmıştır[72]. Bu tanım TTK m.102/1'deki acente tanımıyla paralellik arz etmektedir. Ancak sigorta acentesinin fonksiyonu sigortacılık faaliyetine hasredilmiştir. Sigorta acentesi ile sigorta şirketi arasındaki ilişki, acentelik sözleşmesinde düzenlenir[73].

Sigorta şirketleri gibi sigorta acentelerinin de dış denetimi "Sigorta Denetleme Kurulu" tarafından yapılır (SK m. 28/1).

c. Sigorta Acentesinin Türleri

1. Aracı Sigorta Acentesi – Sözleşme Yetkisine Sahip Sigorta Acentesi Ayrımı

Aracı sigorta acenteleri, sigorta sözleşmesine aracılık ederek, müvekkili sigortacı ile müşteri sigorta ettirenin sözleşme akdetmesine zemin hazırlamaktadır. Buna mukabil, sözleşme yapma yetkisine sahip sigorta acenteleri, müvekkili sigortacı adına, sigorta ettirenle sigorta sözleşmesi imzalama yetkisine sahip, poliçe düzenleyebilen ve prim tahsil edebilen acentedir[74]. Bu ayrım, uygulamada "A acenteleri" ve "B acenteleri" olarak benimsenmiştir. A acenteleri, sigorta şirketleri ad ve hesabına sigorta sözleşmesi yapan, poliçe düzenleyebilen ve prim tahsil edebilen acenteler iken; B acenteleri sigorta şirketleri ile müşterileri arasında aracılık faaliyetinde bulunurlar. Bu doğrultuda A acenteleri, B acentelerine göre daha yüksek oranda komisyona hak kazanırlar[75].

2. Yetkili Sigorta Acentesi – Sınırlı Yetkili Sigorta Acentesi Ayrımı

Bu ayrım, 6456 sayılı Kanunla değişik SK m. 23/10'un değişiklikten önceki metninden hareketle yapılmaktaydı. Bu düzenlemeye göre sınırlı yetkili acenteler, "hayat sigortaları" veya[76] "zorunlu sigortalar" alanında acentelik faaliyeti yürütüp

---

71 İşletme yerine tacir sigorta şirketini esas alan hüküm lafzı, TTK ile paralellik arz etmektedir.

72 Sigorta Acentesi, Sigorta Acenteleri Sektör Meclisi İle Sigorta Acenteleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4/1/g'de de aynı şekilde tanımlanmıştır. Sigorta acentesi, prodüktör (tellal)/broker gibi sigorta aracıları kavramı altında yer alır. Bu kavramlar ve kavramların etimolojik açıdan tahlili için bkz. Tekin Memiş, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Aracıları*, http://www.jura.uni-sb.de/turkish/TMemis.html (8.8.2015).

73 Kender, s. 122.

74 Yaslıdağ, s. 94; Kayıhan, s. 54.

75 Çeker, s. 44-45; Kayıhan, s. 54.

76 2008/18 sayılı Genelge'de bu tanım yapılırken "veya" yerine "ve" bağlacı kullanılmış olup SK'nın hükmü ile çelişkiye yol açılmıştır. Huriye Kubilay, "Sigortacılık Mevzuatındaki Bazı Hükümlerle İlgili Değerlendirme" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S. 1, Özel Sayı 2007, s. 403.

bunlarla sınırlı olarak "sözleşme yapan" veya "prim tahsil eden" acentelerdi[77]. Bu düzenleme, sınırlı olarak yetki verilen sigorta acentelerini "başka ticari faaliyette bulunma" yasağından muaf tutmuştu[78].

6456 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile hükümden "sözleşme yapmaya veya prim tahsiline, hayat sigortaları veya zorunlu sigortalarla sınırlı olarak yetki verilen sigorta acenteleri" ifadesi çıkarıldığından, bu tasnife yol açan düzenleme de ortadan kalkmıştır. Ayrıca önceki düzenlemeye benzer şekilde[79], bankalar ile özel kanunla kurulmuş ve kendisine sigorta acenteliği yapma yetkisi tanınan kurumlar hariç olmak üzere, sigorta acentelerinin, bireysel emeklilik işlemleriyle ilgili ve Müsteşarlığın uygun göreceği sigortacılıkla bağlantılı diğer aracılık faaliyetleri dışında başka bir ticari faaliyette bulunamayacağı düzenlenmiştir (SK m. 23/10 son c.).

Sigorta şirketi, acentelere verilecek acentelik yetkisi ile sözleşme yapma ve/veya prim tahsil etme yetkilerine[80] ilişkin bilgileri tescil ve ilan ettirir (SAY m. 14/1). Sigorta şirketleri için tescil ve ilan yükümlülüğü, acentelere verilen yetkilerin kaldırılması halinde de mevcuttur (SAY m. 14/1). Dikkat edilirse, TTK m. 107/2 gereğince acenteler için öngörülen yetki belgesinin tescil ve ilan edilmesi yükümlülüğü, sigorta acenteleri bakımından, müvekkil sigorta şirketleri üzerine bırakılmıştır.

Yukarıdakilerin dışında, sigorta acenteleri, merkez acente ve kurumsal acente, banka acentesi, dernek veya vakıf acentesi ve özel acente şeklinde de ayrıma tabi tutulmuştur[81].

d. Sigorta Acenteliğine Uygulanacak Hükümler

6762 sayılı TTK m. 117/2, acentelik hükümlerinin sigorta sözleşmelerinin kurulmasına aracılık edenler hakkında da uygulanacağını öngörmekteydi. Ancak TTK m. 103, süreklilik unsurunu taşımayan sigorta aracılarını bu hükümlerin uygulama alanının dışında bırakmıştır[82]. Ancak bu düzenleme sigorta acentelerinin de bu hü-

---

77 Kubilay, s. 403.

78 Prim tahsil etmeye ve sigorta sözleşmesi imzalamaya yetkili sigorta acenteleri için getirilen bu yasak, sadece "ticari faaliyete" ilişkin olup anılan acentelerin ticari faaliyet dışında kalan faaliyetlerde bulunması mümkündü. Çiğdem Daniş-Akkan, *Acentenin Temsil Yetkisi*, (Danışman: Oruç Hami Şener) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 27.

79 Fıkradaki değişiklikle sigorta acentelerinin, Müsteşarlığın uygun göreceği sigortacılıkla bağlantılı diğer aracılık faaliyetlerini de yapabilmesine imkân tanınmıştır.

80 Bir sigorta acentesinin prim tahsilatı yapabilmesi için, bu hususta sigorta şirketince yetkilendirilmiş olması gerekir (SAY m.17/1).

81 Altun, s. 41.

82 Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak TTK m. 103'ün gerekçesinde, ne sigorta şirketleri ne de sigorta ettirenlerle sürekli bir ilişki içinde bulunmayan aracılara, sürekli ilişkilerin varlığının bir tanım unsuru olduğu acente hakkındaki hükümlerin uygulanmasının uygun olmaması gösterilmektedir (bkz. TTK m. 103'ün gerekçesi).

kümlerin kapsamı dışında bırakıldığı anlamına gelmez. Zira 6762 sayılı TTK'nın gerekçesinde de sigorta aracıları için getirilen bu hükmün "prodüktör[83]" için olduğu belirtilmekteydi[84]. Şu halde SK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK'nın acenteliğe ilişkin hükümlerinin uygulanacağından şüphe etmemek gerekir. SK'nın "Türk Ticaret Kanununun acentelere ilişkin hükümleri sigorta acenteleri hakkında da uygulanır" şeklindeki m. 23/18 hükmü de bunu açıkça öngörmektedir.

e. Sigorta Acenteliği Yapmak için Aranan Şartlar

i. Gerçek Kişiler için

SAY m. 4/1 gereğince acentelik faaliyetinde bulunacak "gerçek kişilerin" sahip olması gereken şartlar şunlardır:

1. Teknik Personel Unvanını Taşımak

Teknik personel, acentelerde sigorta pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemlerini yapan personeli ifade etmektedir (SAY m. 3/1/h). Acenteler tarafından yürütülecek sigorta ürünlerine yönelik pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemleri yalnızca acentelerin teknik personeli tarafından yapılabilir (SAY m. 6/1). Teknik personel unvanının kazanılabilmesi için gerekli olan şartlar SAY m. 6/2'de sıralanmıştır. Bu şartlara ilişkin açıklamalar ileride yapılacağından[85], tekrara yol açmamak için burada bu şartlara yer verilmemiştir.

2. Türkiye'de Yerleşik Olmak

Türkiye'de sigorta acenteliği faaliyetinde bulunacak gerçek kişilerin yerleşim yerinin Türkiye olması gerekir. Yerleşim yeri, bir kişinin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlanmaktadır (TMK m. 19/1).

3. SAY m. 4/1/c'de Düzenlenen Suçlardan Hüküm Giymemiş ve Ceza Almamış Olmak

SAY m. 4/1/c, kasten işlenen bir suçtan dolayı affa uğramış olsalar dahi beş

---

83 "Prodüktör: Sigorta ettiren ve sigortacıya bağlı olmaksızın, çeşitli sigorta dallarında sigorta sözleşmesi yapmak isteyenlere bilgi vererek sözleşmenin şartlarını müzakere ve tehlikenin konusuna ve özelliklerine göre sigorta teklifnamesini hazırlamada yardımcı olan ve ayrıca rizikonun takdirine etkili, kendisince bilinen hususları da sigorta şirketine bildirmek suretiyle aracılık hizmeti ifa eden gerçek ve tüzel kişileri, ifade eder", 1995 tarihli Sigorta Prodüktörleri Yönetmeliği (RG. 2.8.1995/22362).

84 Orhan Nuri Çelik, *Gerekçeli-İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1985, s. 253. Ayrıca bkz. Kayıhan, s. 77.

85 Bkz. aşa. III/J/1/b.

yıldan fazla hapis, sigortacılık mevzuatına aykırı hareketlerinden dolayı hapis veya birden fazla adlî para cezasına mahkûm edilmemiş olması; devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hüküm giymemiş olması şartını aramaktadır. Benzer düzenleme, sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kuruluşunda, kurucular bakımından aranan şartları düzenleyen SK m. 3/2/a bendinin dördüncü alt bendinde de yer almaktadır.

4. Asgari Malvarlığı Şartını Yerine Getirmiş Olmak

Gerçek kişi acentelerin beyan edecekleri malvarlığı miktarı 50.000 TL'den az olamaz (SAY m. 9/1). Şube açarak teşkilatlanacak gerçek kişi acentelerin merkez için en az 300.000 TL ve her bir şube için en az 25.000 TL sermayeye sahip olmaları gerekir. Şube açmaksızın sadece mesafeli satış[86] yapmak isteyen gerçek kişi acenteler için asgari sermaye ise 300.000 TL olarak belirlenmiştir (SAY m. 9/2). Ayrıca şube açarak teşkilatlanan veya mesafeli satış yapan acentelerin, yılsonları itibariyle satışına aracılık ettikleri prim tutarının en az % 4'ü kadar özkaynağa sahip olmaları ve bu tutarın her halükarda 300.000 TL'den az olmaması gerekmektedir. Buna göre ilave sermaye ihtiyacı ortaya çıkacak olursa, eksik kalan sermayenin en geç ilgili yılın Haziran ayı sonuna kadar tamamlanması gerekir (SAY m. 9/3).

SAY m. 9/4'te, gerçek kişi acenteler için beyan edilecek malvarlığının en az %50'sinin nakit, mevduat ya da devlet iç borçlanma senedi gibi nakde kolay dönüşebilir yatırım araçlarından oluşması gerektiği düzenlenmiştir.

5. Fiziki Şartlar, Teknik ve İdari Altyapı ile İnsan Kaynakları Bakımından Yeterli Donanıma Sahip Olmak

Sigorta acentelerinin sahip olması gereken fiziki koşulların asgari sınırları Sigorta Acenteleri İcra Komitesi veya TOBB tarafından belirlenir. Söz konusu koşullar, TOBB Sigortacılık Müdürlüğü'nün, internet sayfasında "*Sigorta Acenteliği Faaliyetinin Yürütüleceği Mekanın Sahip Olması Gereken Fiziki Şartlar*" başlığıyla duyurulmuştur[87]. Buna göre bir sigorta acentesi merkez veya şubesinin,

---

86 Mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri için bkz. Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik (RG. 25.4.2014/28982), m. 9.

87 http://www.tobb.org.tr/SigortacilikMudurlugu/SigortaAcenteleri/Dokumanlar/duyurular/Asgari%20Fiziki%20Sartlar-EK1.doc (17.05.2016).

1. Müstakil bir bina veya iş merkezi içerisinde; fiziki olarak ayrılmış, müstakil bir girişe sahip, "başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bir mekân olması" ve bu mekânda münhasıran sigorta acenteliği faaliyetinin yürütülüyor olması,

2. Kullandığı elektrik, telefon, su, doğalgaz veya internet bağlantı hizmetine ilişkin faturalarından en az ikisinin sigorta acentesi adına kayıtlı bulunması,

3. En az birer adet bilgisayar, yazıcı ve faks cihazının bulunuyor olması,

4. İnternet bağlantısı bulunması ve sigortacılık işlemleri için statik IP kullanılması zorunludur.

6. Gerekli Olan Öğrenim Düzeyine ve/veya Mesleki Deneyim Süresine Sahip Olmak

Gerçek kişi acentelerin, SAY m. 4/1/e bendi gereğince, SAY Ek 1'de yer alan öğrenim düzeyleri ile bu öğrenim düzeylerinin karşısında yer alan mesleki deneyim süresini tamamlaması gerekmektedir. Buna göre, lise ve dengi okullardan mezun gerçek kişi sigorta acentesi için asgari 3 yıl; müfredatında sigortacılıkla ilgili konulara yer verilen lise dengi mesleki ve teknik eğitim okullarından mezun gerçek kişi sigorta acenteleri için asgari 2 yıl 6 ay; sigortacılıkla ilgili iki yıllık bölümlerden[88] mezun gerçek kişi sigorta acentesi için asgari 2 yıl; dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun gerçek kişi sigorta acentesi için asgari 1 yıl 6 ay mesleki deneyim şartı aranmaktadır. Buna karşılık Yönetmelik ekinde, sigortacılıkla ilgili dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar için mesleki deneyim süresi şartı aranmamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki lise ve dengi okul mezunlarına, gerçek kişi acente müdürü olma imkânı, 16.1.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile getirilmiştir.

Gerçek kişi acenteler için SAY'da sıralanan bu şartların dışında, gerçek kişi acentenin medeni hakları kullanma ehliyetine de sahip olması gerektiği açıktır. 2008 tarihli eski Sigorta Acenteleri Yönetmeliği m. 4/1/b'de buna açıkça yer verilmiş iken, SAY m. 4/1'de bu bent yer almamıştır. Ancak gerçek kişi acente olmak için teknik personel unvanını taşımak (SAY m. 4/1/a) ve teknik personel unvanını taşımak içinse medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak gerektiğinden (SAY m. 6/2/a), bu şarta ayrıca yer verilmemesi isabetli olmuştur.

ii. Tüzel Kişiler için

SAY m. 5/1, acentelik faaliyetinde bulunacak tüzel kişilerin aşağıdaki şartlara sahip olmasını aramaktadır:

---

88 "Sigortacılıkla ilgili bölümler sigortacılık, bankacılık ve sigortacılık, risk yönetimi ve aktüerya bölümleridir" (SAY Ek-1).

1. Merkezinin Türkiye'de Bulunması ve Anonim Şirket veya Limited Şirket Şeklinde Kurulmuş Olmaları

2014 tarihli Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik[89] ile değişik SAY m. 5/1/a'ya göre tüzel kişi acentelerin merkezlerinin Türkiye'de bulunmalarının yanı sıra "anonim şirket" veya "limited şirket" olarak kurulmuş olmaları gerekmektedir. Anonim şirket veya limited şirket olarak kurulma şartı, değişiklikle maddeye dâhil edilmiştir. Şu halde tüzel kişi acentelerin ticaret şirketi oldukları açıktır. Ticaret şirketlerinin şirket sözleşmelerine, şirketin merkezinin yazılması zorunludur[90]. Acentelik faaliyetinde bulunacak bu şirketlerin merkezlerinin Türkiye'de bulunması ise şarttır.

2. Asgari Ödenmiş Sermaye Şartının Yerine Getirilmiş Olması

Acentelik faaliyetinde bulunacak tüzel kişilerin sahip olması gereken asgari ödenmiş sermaye miktarı 50.000 TL[91]'dir. Bununla birlikte bu miktar, şirket türüne göre ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca belirlenen tutardan az olamaz (SAY m. 9/1)[92].

Şube açarak teşkilatlanacak tüzel kişi acentelerin merkez için en az 300.000 TL ve her bir şube için en az 25.000 TL sermayeye sahip olmaları gerekir. Şube açmaksızın sadece mesafeli satış yapmak isteyen tüzel kişi acenteler için asgari sermaye ise 300.000 TL olarak belirlenmiştir (SAY m. 9/2). Ayrıca şube açarak teşkilatlanan veya mesafeli satış yapan acentelerin, yılsonları itibariyle satışına aracılık ettikleri prim tutarının en az % 4'ü kadar öz kaynağa sahip olmaları ve bu tutarın her halükarda 300.000 TL'den az olmaması gerekmektedir. Buna göre ilave sermaye ihtiyacı ortaya çıkacak olursa, eksik kalan sermayenin en geç ilgili yılın Haziran ayı sonuna kadar tamamlanması gerekir (SAY m. 9/3).

SAY m. 9/4'te, tüzel kişi acenteler için asgari ödenmiş sermayenin en az %50'sinin nakit, mevduat ya da devlet iç borçlanma senedi gibi nakde kolay dönüşebilir yatırım araçlarından oluşması gerektiği düzenlenmiştir.

---

89 RG. 30.12.2014/29221 M.

90 TTK m.213/1/c, m. 305, m. 339/1/a, m. 567/1, m. 576/1/a.

91 6102 sayılı TTK açısından değerlendirildiğinde bu tutarın bir anonim ortaklığın kurulabilmesi için aranan asgari sermaye tutarına eş değer olduğu, buna karşın limited ortaklıklarda aranan asgari sermayenin beş katına tekabül ettiği anlaşılmaktadır. Asgari sermaye tutarları için bkz. TTK m. 332/1 ve 580/1.

92 SAY'daki düzenleme bu şekilde olmakla birlikte anonim şirketlerde Kanunda öngörülen başlangıç sermaye tutarını artırma yetkisi Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na değil, Bakanlar Kurulu'na aittir (TTK m. 332/1 ve 580/2). Fıkra metni, tüzel kişi acenteler bakımından, bu haliyle anlaşılır değildir. Kanaatimizce fıkrada "göre" edatından sonra cümleye "ve" bağlacının eklenmesi hükmü daha anlaşılır kılmaktadır.

3. Fiziki Şartlar, Teknik ve İdari Altyapı ile İnsan Kaynakları Bakımından Yeterli Donanıma Sahip Olmak

Bu hususa yukarıda[93] değinildiği için tekrar ele almıyoruz.

4. Müdürlerinin Yönetmelikte Aranılan Niteliklere Sahip Olmaları

Acentelerde faaliyetler ilgisine göre teknik personel, müdür, genel müdür yardımcısı ve genel müdür marifetiyle yürütülür[94] (SAY m. 7/1). Tüzel kişi acente müdürlerinde SAY m. 4/1'in (a), (b), (c) ve (e) bentlerinde sayılan niteliklerin bulunması gerekmektedir (SAY m. 7/2). Buna göre tüzel kişi acente müdüründe bulunması gereken ilk iki şart sırasıyla, "teknik personel unvanı taşıması" ve "Türkiye'de yerleşik olması"dır. SAY m. 4/1/c'de düzenlenen suçlardan hüküm giymemiş ve ceza almamış olmak ve SAY Ek-1'de yer alan öğrenim düzeyleri ile bu öğrenim düzeylerinin karşısında yer alan mesleki deneyim süresi şartlarını taşıyor olmak ise, tüzel kişi acente müdüründe aranan diğer şartlardır. Ancak İcra Komitesi, "teknik personel unvanı (m. 4/1/a)" niteliğinin, genel müdür ve genel müdür yardımcıları için aranmamasına karar verebilir (SAY m. 7/2).

5. Gerçek Kişi Ortaklarının ve Tüzel Kişi Ortaklarının Gerçek Kişi Olan Ortaklarının SAY m. 4/1/c'de Düzenlenen Suçlardan Hüküm Giymemiş ve Ceza Almamış Olmaları

Tüzel kişi acentelerin gerçek kişi ortakları ile varsa tüzel kişi ortaklarının gerçek kişi ortaklarının SAY m. 4/1/c bendinde düzenlenen suçlardan hüküm giymemiş ve ceza almamış olmaları gerekmektedir.

Bu şartların dışında, gerçek kişi yabancı sigorta acentesinin Türkiye'de faaliyette bulunabilmesi için Türkiye'de yerleşik olması, yabancı tüzel kişi sigorta acentesinin Türkiye'de faaliyette bulunabilmesi için ise Türkiye'de şube açması gerekmektedir[95].

---

93 Bkz. yukarıda III/E/1/e.

94 Listede "yardımcı teknik personel"in yer almadığı dikkati çekmektedir. 2016 tarihli Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik sonrasında "teknik personel" ifadesi, maddelerin değişikliğe uğratılması veya ilga edilmesi yoluyla SAY'dan silinmeye çalışılmıştır (SAY m. 6/3, 6/5, 6/7, 8/5). Hatta 6 ncı maddenin kenar başlığı da buna uygun olarak "teknik personel ve yardımcı teknik personel" iken "teknik personel" olarak değiştirilmiştir. Tüm bunlar SAY m. 7/1 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde "yardımcı teknik personel"in, tanımlanan görev biçimleri arasından çıkarılmaya çalışıldığı anlamına gelmektedir. Buna karşılık SAY'ın Geçici 1 inci maddesinde "yardımcı teknik personel" ifadesinin korunmuş olmasını, bilinçli bir tercihin ürünü olarak göremiyoruz.

95 2007/12467 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, m. 3/1 (RG. 3.8.2007/26602), http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/08/20070803.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/08/20070803.htm, (14.08.2015).

G. Sigorta Acentesinin Levha'dan Silinmesini Gerektiren Haller

SK m. 23/4 sigorta acentesinin kaydının hangi hallerde silineceğini düzenlemektedir. Buna göre sigorta acentesinin kaydı;

1. Sigorta acenteliği yapması için gerekli olan ve yukarıda belirtilen nitelikleri kaybetmişse,

2. Hakkında meslekten çıkarma kararı verilmişse,

3. Levha[96]'ya yazılmasını müteakip altı ay içinde faaliyete geçmemişse,

4. Sigorta acenteliğinden ayrılmışsa,

5. Ticaret veya Ticaret ve Sanayi Odası'ndaki kaydı silinmişse,

6. Tespit edilen kayıt ücretini süresi içinde yatırmamışsa veya aidatını üç yıl üst üste hiç ödememişse, levhadan silinir.

Yukarıdaki hallerden birinin varlığı halinde, sigorta acentesi hakkında Levha'dan silinme kararı vermeden acentenin yazılı savunması istenir. Kararın verilebilmesi için acentenin savunmasının dinlenilmesi veya savunmasının dinlenilmesi için yapılan çağrıya uyulmamış olması gerekir. Bununla birlikte levhadan silinme kararının gerekçeli olarak verilmesi gerekir (SK m. 23/5). Bu hallerin sona erdiğini ispat eden sigorta acentesinin Levha'ya yeniden yazılması mümkündür. Bu halde kendisinden tekrar kayıt ücreti alınmaz. Ancak hakkında meslekten çıkarma[97] kararı verilmiş bir kişinin bir daha Levha'ya yazılması mümkün değildir (SK m. 23/6). Bir daha acentelik yapamayacaklarına karar verilenler TOBB'da ayrı bir listede tutulur ve elektronik ortamda TSB'ye iletilir (SAY m. 24/4).

Levha'dan silinen veya Levha'ya yeniden yazılma talebi reddolunan kişi, bu kararlara karşı "on beş iş günü" içinde TOBB Yönetim Kurulu'na yazılı itirazda bulunabilir. İtiraza ilişkin karar, Yönetim Kurulu tarafından en geç "on beş iş günü" içinde bildirilir. Bu karar kesindir (SK m. 23/8). Bununla birlikte, kararın Birlik bünyesi içinde kesin olması, yönetim kurulu kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu anlamına gelmez[98].

---

96 Sigorta acenteleri için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından düzenlenecek faal olarak çalışanlara ilişkin kayıtları gösterir Levha'yı ifade etmektedir (SAY m. 3/1/ç). Levha'ya kayıtlı "gerçek kişi sigorta acenteleri" için bkz. http://www.tobb.org.tr/SigortacilikMudurlugu/SigortaAcenteleri/Dokumanlar/gercek.pdf (20.05.2016); "tüzel kişi sigorta acenteleri" için bkz. http://www.tobb.org.tr/SigortacilikMudurlugu/SigortaAcenteleri/Dokumanlar/tuzel.pdf (20.05.2016).

97 SK m. 23/4'te, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 87 terminolojisinden farklı olarak "meslekten çıkarma" ifadesinin tercih edilmesinin isabetli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Fatma Dilek Kabukçuoğlu-Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, 1.Baskı, İstanbul 2012, s. 392.

98 Ulaş, s. 15. Yönetim kurulu kararlarına karşı idari yargıda tam yargı ve iptal davası açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

H. Sigorta Acenteliği Yapması Yasak Olanlar

Aşağıdaki kimseler ile bunların eş ve velayeti altındaki çocukları, sigorta acentelerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, sigorta acenteliği yapan şirketlere ortak olamaz ve sigorta acentelerinden ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez (SK m. 23/12).

1. Sigorta şirketlerinin yönetim ve denetiminde bulunanlar ile bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar[99],

2. Sigorta sözleşmeleri için brokerlik yapanların yönetim ve denetiminde bulunanlar ile bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar,

3. Sigorta eksperlerinin yönetim ve denetiminde bulunanlar ile bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar.

I. Sigorta Acenteliği Başvuru Usulü

Sigorta acenteliği yapmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, TOBB bünyesinde tutulan Levha'ya kayıt yaptırması gerekmektedir (SK m. 23/1). Bununla birlikte bankalar ile özel kanunla kurulmuş ve kendisine sigorta acenteliği yapma yetkisi tanınan kurumlar için Levha'ya kayıt zorunluluğu yoktur (SK m. 23/3).

Sigorta acenteliği yapmak için izlenmesi gereken başvuru usulü SAY m. 10'da düzenlenmiştir. Buna göre sigorta acenteliği yapacak gerçek veya tüzel kişiler Levhaya kayıt öncesinde Müsteşarlıktan uygunluk belgesi[100] almalıdırlar. Uygunluk belgesi başvurusu TOBB tarafından görevlendirilecek odalara yapılır. Başvurularda, İcra Komitesinin belirleyeceği SAY'da aranan şartları tevsik edici belgeler aranır (SAY m. 10/2). Belgeleri tamamlanmış olan acentelerin talepleri TOBB tarafından Hazine Müsteşarlığı'na intikal ettirilir. Müsteşarlıkça yapılacak değerlendirme neticesinde durumu uygun görülenler Levha'ya kaydedilmek üzere TOBB'a bildirilir. Uygunluk belgesi alan ve TOBB internet sitesinde liste halinde duyurulan acenteler, Levha'ya kayıt olmak için en geç altı ay içinde TOBB'a başvuruda bulunur. Bu bildirim, bildirime konu acenteler için uygunluk belgesi niteliğindedir (SAY m. 10/3). Levha'ya kayıt için başvuruda bulunan acenteden ücret alınır[101]. Levha'ya kaydedilen acenteler TOBB internet sitesinde duyurulur (SAY m. 10/4).

---

99 Bunların eş ve velayeti altındaki çocukları için sınırlandırma bu kişilerin faaliyette bulunduğu şirketin sigorta acenteliği içindir (SK m. 23/12 son c.).

100 Müsteşarlıkça, Levhaya kaydı uygun görülen acenteler için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine gönderilen, 5684 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinde belirtilen belge niteliğindeki yazı ya da bildirim (SAY m.3/1/j).

101 Sigorta Acenteleri İcra Komitesi tarafından bu ücret, 1.1.2016-31.12.2016 tarihleri arasında uygunluk belgesi başvurusunda bulunan sigorta acenteleri için 10.000 TL olarak belirlenmiştir, http://www.tobb.org.tr/SigortacilikMudurlugu/SigortaAcenteleri/Sayfalar/Acente-Levha-Kayit.php (17.5.2016).

Sigorta acenteliği başvuru usulü, görüldüğü üzere, ağır bir takım prosedürlere tabi tutulmuş; önemli değişiklikler getiren 16.1.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik hükümleri ile de bunlar, biraz olsun hafifletilmemiştir. Böylelikle uygulamada ve doktrinde bu noktada dile getirilen eleştiriler[102], kendisine makes bulamamıştır.

Acentelerin mesleki faaliyetleri nedeniyle verebilecekleri zararlardan sorumlu olması (SAY m. 11/1), mesleki sorumluluk sigortasının acenteler için önemini göstermektedir. Buna karşılık eSAY m. 7/1'de bir zorunluluk olarak öngörülen sorumluluk sigortası, SAY'da zorunluluk olmaktan çıkarılmış ve Müsteşarlığın, acentelerin mesleki faaliyetleri nedeniyle verebilecekleri zararların karşılanmasını teminen sigorta veya benzeri teminat şartı aramaya yetkili olduğu düzenlenmiştir (SAY m. 11/2).

J. Sigorta Acentesinin Teşkilatı

1. Teknik Personel

a) Tanımı

eSAY'da, acentelerde sigortacılık işlemlerini yapan, TOBB nezdinde tutulan listede kayıtlı olan ve bu hususta kendisine kimlik verilen yönetici veya kadrolu personel (eSAY m. 3/1/f) olarak ifade edilen teknik personel, SAY'da daha sade olarak, "acentelerde sigorta pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemlerini yapan personel" şeklinde tanımlanmıştır (SAY m. 3/1/h).

b) Teknik Personel Olmak için Aranan Şartlar

Teknik personel unvanının kazanılabilmesi için gerekli olan şartlar SAY m. 6/2'de sıralanmıştır. Bu şartlar;

- Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olunması,

- SAY m. 4/1/c'de belirtilen suçlardan hüküm giyilmemiş veya ceza alınmamış olunması[103],

---

102 *"…Müsteşarlık, sigorta acenteleri levhasını tutma görev ve yetkisi verdiği TOBB'ni sigorta acenteliği izni niteliğindeki uygunluk belgesi verilmesi hususunda yetkilendirmemiş; bu yetkiyi uhdesinde tutmasına rağmen uygunluk belgesi başvurusunun TOBB'nin yetkilendirdiği odalara yapılacağı öngörülmüştür. Bürokratik işlemleri artıran bu düzenlemeye bir anlam vermek ve Müsteşarlığın izin verme yetkisini uhdesinde tutmasına haklı bir gerekçe bulmak mümkün görünmemektedir. Alman Hukukunda sicili tutmakla görevlendirilen Alman Sanayi ve Ticaret Odası izin makamı olarak da görevlendirilmiştir. Türk hukukunda da tüm işlemlerin tek bir birimin kontrolünde yürütülmesindeki yarar gözetilerek TOBB'nin uygunluk belgesi verilmesi hususunda da yetkilendirilmesi uygun olacaktır."* Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Aracıları Hukuku* I, İstanbul 2010, s. 71.

103 Bkz. yukarıda III/E/1/c.

- Ek-1'de yer alan öğrenim düzeyleri ile bu öğrenim düzeylerinin karşısında yer alan mesleki deneyim süresinin tamamlanması[104],

- SEGEM[105] tarafından yapılacak teknik personel yeterlilik sınavının kazanılması olarak sıralanmıştır.

2. Teknik Personelin Eğitimi

Teknik personel, mesleki yeterliliklerinin, bilgi ve becerilerinin devamlılığını sağlamak amacıyla usul ve esasları Müsteşarlığın uygun görüşü alınmak suretiyle İcra Komitesi tarafından belirlenen eğitime katılır (SAY m. 20/1). Eğitim, SEGEM tarafından verilir. Bu eğitimde katılımcılara genel olarak, temel sigortacılık ve reasürans bilgileri, Türk sigorta sektörünün genel görünümü, Türkiye'de sigorta uygulamaları, acentelerin hak ve yükümlülükleri ile hasar yönetimi, SK ve SAY hakkında bilgiler verilir[106].

Süresi içinde eğitimini tamamlamamış olan teknik personelin faaliyeti bu eğitim tamamlanıncaya kadar durdurulur. Faaliyeti durdurulan teknik personele ilişkin bilgiler TOBB ve TSB'ye bildirilir (SAY m. 20/3).

3. Teknik Personelin Yetki ve Yükümlülükleri

Sigorta ürünlerinin acenteler tarafından pazarlanması, bilgilendirme ve satış işlemleri yalnızca teknik personel tarafından yapılabilir (SAY m. 6/1).

16.1.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelikle değişik SAY m. 6/3'te, teknik personelin yürüttüğü mesleki işlemlerden dolayı üçüncü kişilere verecekleri zararlardan teknik personelin ve bağlı bulundukları acentelerin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

K. Sigorta Acentesinin Yetki, Hak ve Yükümlülükleri

1. Yetki ve Hakları

a) Hukuki Uyuşmazlıklarda Müvekkili Temsil Yetkisi

Acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlık-

---

104 SAY Ek-1'e göre teknik personel olabilmek için, lise ve dengi okuldan mezun olanlar için 1 yıl, müfredatında sigortacılıkla ilgili konulara yer verilen lise dengi mesleki ve teknik eğitim okullarından ve sigortacılık bölümleri dışındaki iki yıllık yüksekokullardan mezun olanlar için 6 ay mesleki deneyim şartı aranmaktadır. Buna karşılık, sigortacılıkla ilgili yüksekokullar ile dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar için mesleki deneyim aranmamıştır.

105 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 31 inci maddesine istinaden kurulan Sigortacılık Eğitim Merkezi.

106 Fuat Erdal, "Sigorta Acenteleri İçin Yeni Ufuklar", *Birlik'ten Dergisi*, S.17, Temmuz-Eylül 2009, s.16.

lardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir (TTK m. 105/2). Bu hüküm sigorta acenteleri için de geçerlidir. Şu halde, buradaki (aktif ve pasif) temsil yetkisinin hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Bu doğrultuda belirtilmesi gereken ilk husus, acentenin davada taraf sıfatını haiz olmayacağıdır. Zira husumet[107], sözleşmeden doğan hak ve borçların sahibi sigorta şirketindedir. Bu nedenle acenteye karşı açılacak davalarda (ve acentenin açacağı davalarda) dilekçede taraf olarak sigorta şirketinin gösterilmesi gereklidir. Buna rağmen davanın, sigorta şirketi yerine, doğrudan doğruya acenteye açılması ihtimalinde, dava -kanaatimizce- husumet yokluğu sebebiyle reddedilmemeli, hâkim tarafından re'sen, usul ekonomisine uygun bir surette, davacıya süre verilerek, husumetin doğru kişiye, yani acentenin müvekkili olan sigorta şirketine yöneltilmesi sağlanmalıdır. Mahkemece verilen süre içinde, davanın müvekkil sigorta şirketine izafeten acenteye karşı açıldığı yönünde bir düzeltme yapılmaz ise, bu defa dava husumet yokluğundan reddedilmelidir[108]. Bu şekildeki uygulama ile davaların uzamasının, mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin ve yapılacak fazladan masrafların önüne geçilmiş olacaktır[109]. Nitekim Yargıtay 11. HD. de 2003 tarihli bir kararında, *"…(A)çılan davadaki temsili yanlışlık, tavzih suretiyle giderilebilir. Davada, davalı olarak acente gösterilmiştir. Acente asil değil, ancak temsilci olabilir. Davacının temsilindeki bu hata düzeltilebilir*[110] *"* şeklinde görüş belirtmiştir.

Bununla birlikte davanın müvekkil şirket ile birlikte acenteye yöneltilmesi halinde, acentenin müvekkil ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu haller[111] hariç,

---

107 Husumet (sıfat), kısaca dava konusu hak ile taraflar arasındaki ilişki olarak tanımlanabilir. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 253; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011, s. 207; "*Sıfat, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf sıfatı, dava konusu sübjektif hakka ilişkindir. Bir sübjektif hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı), kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bu nedenle, o hakka ilişkin bir davada davacı olma sıfatı da o hakkın sahibine aittir. Bir kişinin, bir davada gerçekten davacı sıfatına sahip olup olmadığı hususu, usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu (sübjektif) hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Bir davada davacı olma sıfatı, dava konusu hakkın sahibine aittir*", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. 4.3.2009 tarih, E.2009/10-34, K.2009/104 Sayılı Karar [http://www.hukukturk. com (13.08.2015)]; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 207, dn. 99.

108 Şafak Narbay/Murat Uyumaz, "Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi", *Legal Hukuk Dergisi,* C. 11, S. 121, Ocak 2013, s. 116.

109 Narbay/Uyumaz, s. 116.

110 Yargıtay 11. HD. 6.5.2013, E. 13300, K. 5413 (Narbay/Uyumaz, s. 116). Bu karar istisnai nitelikte olup, Dairenin ağırlıklı uygulaması, müvekkil sigorta şirketinden bahsetmeden husumetin doğrudan ve sadece acenteye yöneltilmesinin bozma sebebi yapılması yönündedir. Mesela bkz. Yargıtay 11. HD. 19.11.1998 tarih, E. 1998/6480, K. 1998/7993 sayılı karar [http://www.hukukturk. com (16.08.2015)]; Yargıtay 11. HD. 19.12.1989, E. 1988/9854, K. 1989/7323 sayılı karar, [http://www.hukukturk. com (28.08.2015)]; Yargıtay 11. HD. 9.10.2008, E. 2007/8189, K. 2008/10913 sayılı karar [http://www.hukukturk. com (28.08.2015)].

111 Örneğin, acente müvekkil sigorta şirketinin üçüncü kişiye olan borcu nedeniyle kefil olmuş ve borç vadesinde ödenmemiş ise, acentenin bireysel sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine eT-

davanın acente açısından husumet eksikliğinden reddi gerekecektir[112]. Acentenin bu hallerdeki temsil yetkisinin dava takip yetkisi[113] ile izahı mümkün değildir. Zira bu müessese acentenin davalı tarafı temsil ettiği halleri izaha elverişli değildir. Bu yetki kanaatimizce kanuni temsil ile de izah olunamaz. Zira temsil yetkisinin kanundan kaynaklanması hallerine bakıldığında, kanuni temsilin, asıl hak sahibinin hakkını bizzat kullanamamasından kaynaklandığı görülmektedir[114]. Öğretide, bu yetki davada iradi temsil (yani avukatlığa) benzetilerek açıklanmaktadır[115]. Kanaatimizce de, acentenin müvekkilini temsil yetkisi "kendine özgü" bir özel temsil yetkisidir. Acentenin temsil yetkisine sahip olduğu bu davada karar acente lehine (yahut aleyhine) değil, davanın tarafı olan sigorta şirketi lehine (yahut aleyhine) verilecektir[116].

b) Ücret Hakkı

Diğer acenteler gibi sigorta acenteleri için de, tek gelir kaynağı, faaliyetlerinin mukabilinde almış oldukları ücrettir. Acentelerin ücret hakkına ilişkin hususlar TTK m. 114 – m. 117 arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte acenteler, yükümlülüklerini yerine getirmek için yaptıkları olağanüstü giderlerin ödenmesini isteyebilir (TTK m. 117/1). Sigorta acenteleri ile sigorta şirketleri, sigorta branşları[117] itibarıyla uygulanacak komisyonu aralarında serbestçe belirleyebilirler[118]. Ancak bu konuda

---

KHK, m. 4/3'te, acentenin müteselsil sorumlu olduğu istisnai bir durum düzenlenmişti. yTKHK'da ise "sorumluluk" sınırlandırılmış ve önceki düzenlemeye göre tüketici aleyhine bir düzenleme getirilmiştir. Bkz. eTKHK m. 4/3 ve yTKHK m. 9/2.

112 Çiğdem Daniş-Akkan, "Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXIV, S. 4, Aralık 2008, s. 224; Yargıtay 11. HD. 19.3.2002, E. 18791, K. 4380 (Narbay/Uyumaz s. 116).

113 Bu yetki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 53/1'ye göre, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Dava takip yetkisi ile husumet arasındaki farklar için bkz. Levent Börü, "Sıfat ve Dava Takip Yetkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXVII, S. 3, Eylül 2011, s. 271-272.

114 Mesela, velinin yahut vasinin temsil yetkisinde hatta tüzel kişinin temsil edilmesinde durum böyledir.

115 Daniş-Akkan, *Acentenin Temsil Yetkisi*, s. 87.

116 *"6762 sayılı TTK döneminde, uygulamada bir ara farklı kararların verilmesine neden olan ve bundan dolayı Türk öğretisini meşgul eden, "müvekkil tacire izafeten acenteye karşı açılan davanın sonucunda verilen mahkeme ilâmının acente hakkında uygulanabilip, uygulanamayacağı sorunu", 6102 sayılı TTK'nın 105 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında açıkça çözüme kavuşturulmuştur. … Gerçekten de, acentenin aracılıkta bulunduğu ya da yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda, müvekkil tacire izafeten acenteye karşı açılacak olan davalar sonucunda, acente hakkında değil, müvekkil tacir hakkında karar verilmesi gerekmektedir ve bunun sonucu olarak da mahkeme ilâmı acenteye değil, müvekkil tacire uygulanacaktır."* Narbay/Uyumaz, s. 131-133.

117 Sigorta branşlarının listesi için bkz. http://www.tsb.org.tr/sigorta-branslari.aspx?pageID=622 (18.5.2016).

118 eSAY m. 13/1'de bu yönde yer alan hüküm SAY'a alınmamıştır. Ancak SAY m. 15/1/d ve 15/2

mevzuatında özel hükümler bulunan sigortalarda bu hükümler uygulanır. Bununla birlikte acentelik sözleşmesinde bu komisyonun genel çerçevesi belirlenir. Sözleşmede kararlaştırılmamış komisyon ve ek komisyon ile ilgili esaslar sigorta şirketleri tarafından acentelere duyurulur. Sözleşmede acentenin ücret hakkına ilişkin hüküm yoksa, ücret, acentenin faaliyette bulunduğu yerdeki ticari teamüle göre belirlenir[119].

c) Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Komisyon Hakkı

Acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde sigorta acentesi, sigorta ettirenlerle yaptığı veya kısa bir süre içinde yapacağı işlerle ilgili sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği komisyona hak kazanır (SK m. 23/15). SK'da yer alan bu hüküm, TTK m. 113/3 ile paralellik arz etmektedir. Şöyle ki, acente, acentelik sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen, acentelik ilişkisi devam ederken gerçekleşmesine katkıda bulunduğu işlemlerden dolayı, bazı şartlara bağlı olarak, ücret alabilecektir. Buna göre, acentelik işlemlerinin bitmesinden sonra kurulan bir işlem için acente, eğer bu işleme aracılık etmişse veya işlemin yapılmasının kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde işlemi hazırlamış ve işlem de acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra uygun bir süre içinde kurulmuşsa, acente ücrete hak kazanacaktır (TTK m. 113/3/a). Yahut acentelik ilişkisi devam ettiği sürece, gerek acentenin aracı olduğu işlemler gerek acenteye bırakılan bölge veya müşteri çevresinde acentenin katkısı olmadan kurulan işlemler için, üçüncü kişinin icabının acentelik ilişkisinin sona ermesinden önce acenteye veya müvekkile ulaşması halinde ücrete hak kazanacaktır (TTK m. 113/3/b).

Genel düzenleme olması münasebetiyle, TTK m. 113 hükmünün sigorta acentelerinin acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde hak kazanacakları ücretin hesaplanmasında göz önünde tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

d) Portföy Akçesi Hakkı

Acentenin sebep olduğu sigorta sözleşmelerinin şirkete bir müşteri çevresi sağlamış olması münasebetiyle, acentenin portföyü üzerinde de bir hakkı mevcuttur[120]. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi, sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acen-

---

hükümleri ile TBK m. 26, m. 27 çerçevesinde bu serbestinin devam ettiği rahatlıkla ifade edilebilir.

119 *"Acente aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına yaptığı sözleşmeler dolayısıyla ücret isteme hakkına sahiptir. Acenteye ödenecek ücret, sözleşmeye, sözleşmede hüküm yoksa acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle ya da durumun gereklerine göre belirlenir"* Yargıtay 11. HD. 22.9.2000, E. 5857, K. 6965 (Salih Çelik/Muktedir Lale, *Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Sigorta Hukuku*, C. 1, Ankara 2007, s. 42).

120 Kender, s. 84.

tesi, sigorta şirketinden tazminat[121] talep edebilecektir[122]. Ancak, sigorta acentesinin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi ya da kendi kusuruyla sözleşmenin feshine neden olması halinde tazminat hakkı düşer (SK m. 23/16). Bununla birlikte TTK m. 122 ile acenteler için "denkleştirme talebi" getirilmiştir[123]. 1996 yılında Yargıtay tarafından doldurulan bir kanun boşluğu böylelikle giderilmiştir[124]. Bu düzenleme SK m. 23/16'daki acentenin portföy akçesi hakkına ilişkin düzenle-

---

121 Çalışmamızda, SK m. 23/16 metninde, acentenin bu hakkının "tazminat" olarak nitelendirilmesi sebebiyle bu kavram tercih edilmişse de burada teknik anlamda bir tazminattan söz etmek mümkün değildir. Ayrıca bkz. aşa. dn. 129.

122 Bu hususta ayrıca bkz. Fehr, s. 359.

123 Denkleştirme talebi, acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra acente tarafından işletmeye kazandırılmış yeni müşterilerle müvekkil arasında gerçekleşen işler dolayısıyla, müvekkil tarafından önemli menfaatler elde edildiği, sözleşme devam etseydi acentenin ücret almaya devam edeceği ve somut olayın şartları değerlendirildiğinde, hakkaniyet gereği acentenin bir ücret istemine hak kazandığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır (Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, 26. Baskı, Konya 2014, s. 379.); *"Acenteliğe ilişkin hükümler bakımından tamamen yeni olan TK 122'de, son dönemde Türk hukukunda da artık Yargıtay içtihatları ile kabul edilen 'denkleştirme talebi', genel anlamda yasal bir zemine kavuşturulmuştur. Acentenin denkleştirme talebine yönelik ilk yasal düzenleme, sigorta acenteleri bakımından SigK 23/16'da öngörülmüştür. Ancak anılan bu hüküm özel nitelikte olduğundan, TK 122 hükmü genel anlamda ilk yasal düzenleme olarak nitelendirilebilir"* [Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Bası, İstanbul 2012, s. 114]. Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli yetkili bulunanlara (TTK m. 103/1/a) TTK'nın Birinci Kitap, Yedinci Kısım (Acentelik) hükümleri uygulanacağından, "denkleştirme talebi" ve "rekabet yasağı anlaşması" hükümleri, özel hükümler izin verdiği ölçüde yetkili sigorta acentelerine de uygulanabilmelidir. Bu hususta ayrıca bkz. Ozan Can, "Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103(1). Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2012, s. 28 vd.

124 Uygulama ile öğretide "portföy tazminatı" veya "portföy alacağı" olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkânı, TTK'nın sigorta hükümlerinde yer almamaktadır. Bu tazminatın/alacağın tahsili hakkında öncelikle Sigorta Kanunu m. 23/16 hükmü dikkate alınmalı ve konu, bu hükümle birlikte TTK'nın genel nitelikteki acentelik hükümleri ile BK'nın sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmelidir.
"TTK.'nun acentelik ücreti ile ilgili 129'uncu maddesinde acentenin sözleşmenin devamı süresince ücrete nasıl hak kazanacağı açıklandıktan sonra yine aynı dönem içinde ücretin ödenme şekli ve zamanı da 131'inci maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, dava konusu alacak fesihten sonraki döneme ilişkin bulunduğundan sözleşme dönemine ilişkin bu hükümlerin dava konusu olayda uygulanması mümkün değildir. Fesihten sonraki komisyon alacağı ise (tazminat borcu) adı altında TTK.'nun 134'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre acente ancak, sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi veya ihbar süresine uyulmadan sözleşmenin feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ancak, ölüm, iflas veya hacir altına alınma sebebiyle sözleşmeni sona ermesi hallerinde acentenin münasip bir tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi TTK.'nda sözleşmenin feshine kusurlu davranışlarıyla neden olan acentenin tazminat adı altında komisyon alacağını tahsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu hak ancak fesihte kusurlu bulunmayan acente veya haleflerine tanınmıştır" [Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. 20.6.1996 tarih, E.1996/2084, K.1996/4544 sayılı karar, www.hukukturk.com (16.8.2015)]. Bu karar ve bu doğrultudaki diğer kararlara ilişkin künye bilgileri için bkz. Karahan, s. 379, dn. 1.

me ile paralellik arz etmektedir[125]. Sigorta acenteleri için SK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümleri geçerli olacağından (SK m. 23/18), tazminatın[126], acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamayacağına ilişkin TTK m. 122/2 hükmü[127] ile denkleştirme talebinden önceden vazgeçilemeyeceğine ve bu talebin sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesine ilişkin TTK m. 122/4 hükmünün, burada da uygulanacağı kanaatindeyiz.

e) Sigorta Şirketinin Ayıplı Hizmetinden Sorumlu Tutulmama Hakkı

Yürürlükten kalkan 23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un[128] m. 4/A/3 bendi, sağlayıcı, bayi, acente ve kredi verenin, ayıplı hizmet ile ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan tüketiciye karşı müteselsil sorumluluğunu öngörüyordu. Ancak bu bent, SK m. 23/9 gereğince, sigorta acenteleri bakımından sadece acentelik faaliyeti dolayısıyla sunulan hizmetlerde uygulanabiliyordu. Yani SK m. 23/9 düzenlemesine göre sigorta şirketinin sağlayıcı olarak yaptığı hizmetlerden sigorta acentesinin sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştü (SK m. 23/9).

27.3.2015 tarih ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile SK'da yapılan muhtelif değişiklikler arasında SK m. 23/9 hükmü de yer alması gerekirken, böyle bir değişikliğe yer verilmemiş; dolayısıyla SK m. 23/9 hükmünde eTKHK'ya yapılan gönderme, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a[129] göre güncellenememiştir. yTKHK'da

---

125 Sigorta acentesi kavramı ile TTK'nın Birinci Kitabının Yedinci Kısımında düzenlenen acentelik arasında bir mahiyet farkı bulunmadığı için acenteliğin hukuki niteliğine ilişkin görüş ve tartışmalar sigorta acenteleri bakımından da geçerlidir. Bkz. Birgül Sopacı, "Sigorta Acentesinin Portföy Akçesi Hakkı", *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, s. 440.

126 TTK m. 122 düzenlemesinin metninde her ne kadar "tazminat" ibaresi kullanılmışsa da, maddenin başlığı "denkleştirme tazminatı" değil, "denkleştirme istemi" olarak belirlenmiştir. Esasında bu istemin tazminat niteliğinde olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bu hususta bkz. Özge Ayan, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara 2008, s. 98 vd.; Zehra Badak Aybar, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, 2013, s. 168 vd.; Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi", AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 285, dn. 1 ve ayrıca 288 vd.; Sopacı, s. 442 vd.

127 Hükümde, m. 122'nin kenar başlığındaki ifade ile "denkleştirme" bedelinin hesaplaması için bir üst sınır belirlenmiştir. Hükmün gerekçesinde acente için daha yüksek bir talebe olanak veren başka bir formülün taraflarca kararlaştırılabileceği de ifade edilmiştir. TTK m. 122/2 ve Kanun gerekçesi arasındaki uyumun değerlendirilmesi ve denkleştirme bedelinin hesaplanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Akın, "Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler", *AÜHFD*, C. 62, S. 3, 2013, s. 627 vd.

128 RG. 8.3.1995/22221.

129 RG. 28.11.2013/28838.

ise, 4077 sayılı Kanun m. 4/A/3 bendinin karşılığı aynen bulunmamakla birlikte, m. 35/2'de ayıplı hizmet sebebiyle müteselsil sorumluluğun benzer şekilde düzenlendiği ifade edilebilir[130]. Diğer mevzuatta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna yapılan atıflar yTKHK'a yapılmış sayılacağından (m. 86/1), SK m. 23/9 uygulaması kanaatimizce devam edecek ve sigorta şirketinin sağlayıcı olarak yaptığı hizmetlerden sigorta acentesi, eTKHK döneminde olduğu gibi, sorumlu tutulamayacaktır.

2. Yükümlülükleri

Bu başlık altında, bir acentenin üzerindeki tüm yükümlülükler değil, sadece sigorta acenteleri için, SK ve SAY'da düzenlenmiş yükümlülükler inceleme konusu yapılmıştır.

a) Sır Saklama Yükümlülüğü

Acente, faaliyeti süresi boyunca edindiği, müvekkiline ait mesleki sırları saklamak ve bunları kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmamakla yükümlüdür. Acentenin sır saklama yükümlülüğü iki yönlü olup hem müvekkili adına yürüttüğü işlerle ilgili hususları başkalarına yaymamayı hem bu bilgileri kendi işlerinde kullanmamayı içerir[131].

Sigorta acenteleri ile bunların yanlarında çalışanların, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları, ilgililerin izni olmaksızın açıklaması yasaktır. Ancak, suç teşkil eden hallerin yetkili mercilere duyurulması zorunludur (SK m. 23/17). Ayrıca 6327 sayılı Kanun m. 60 ile SK'ya eklenen hükümle de, sigorta acentelerini de kapsayan, SK'nın uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar bakımından genel nitelikli, "sır saklama yükümlülüğü" başlıklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak, her iki düzenlemede de, "sır saklama yükümlülüğü"nün ihlali halinde, ne tür bir yaptırımla karşılaşılacağına yer verilmemiştir. Buna karşın, acentenin, sır saklama yükümlülüğüne uymaması (örneğin, işletmenin gelirini, hesaplarını, yazışmalarını, müşteri listelerini ifşa etmesi) neticesinde doğan zararları tazmin etmek zorunda kalacağı açıktır. Sigorta acentesinin bu yükümlülüğünü ihlali sebebiyle yöneltilecek talepler, kanaatimizce, bir zamanaşımı süresine de tabi değildir. Müvekkil tacirin, korunmaya değer çıkarları bulunduğu sürece, acentenin bu yükümlülüğü devam edecektir.

---

130 "*Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur"* yTKHK m. 35/2, c. 1.

131 Onur Dönmez, *Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar*, (Danışman: Emin Cem Kahyaoğlu) Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 50.

b) Aydınlatma Yükümlülüğü

Sigorta acentelerinin, aydınlatma yükümlülüğü[132]nün ayrıntıları 2007 tarihli Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Sigorta acentesinin, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, bu sözleşmeye ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, özellikle dikkat edilmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirmesi esastır. Müsteşarlık tarafından çıkarılan "Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin[133] Uygulanması Hakkında Genelge II"[134]'de, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin zamanında ve doğru bir biçimde bilgilendirilmesinin temel amaç olduğuna vurgu yapılmış; tarafların fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin mümkün olmadığı hallerde yazılı bilgilendirme zorunluluğunun aranmayabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda; telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması, teyitli elektronik posta, faks, taahhütlü mektup, kurye taşımacılığı ile internet üzerinden yapılan satışlarda bilgilendirme formunun internet ortamında görüntülenmesi ve müşteriden elektronik ortamda teyit alınması hallerinde de bilgilendirmenin yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir[135].

Bir sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin, rizikonun tespiti için cevaplandırması gereken sorulara yanlış cevap vermesi, sigorta acentesinin bu hususta yanlış bilgilendirmesinden kaynaklanıyorsa, bu halde sigorta ettirenin kusurundan bahsedilemez[136]. Sigortacı, sigorta poliçesinden bağımsız olarak sözleş- me süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak bildirir. Bu açıklamanın verildiğinin ispatı sigortacıya aittir. Açıklamanın verilmemesi halinde, sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur (TTK m. 1423/1, 2 ve 3).

---

132 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s. 113 vd.

133 RG. 28.10.2007/26684.

134 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge III (2012/9 sayılı Genelge)'e göre *"6102 sayılı Kanunun 1423 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası birlikte değerlendirildiğinde Hazine Müsteşarlığının, bilgilendirmenin yazılı yapılmasındaki amaca uygun şekilde başka bilgilendirme usullerini de belirleyebileceği sonucuna varılır. Bu çerçevede, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge II (2008/12 sayılı Genelge) halen geçerlidir".*

135 Genelge bu hali ile Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik ile uyumludur. Nitekim Yönetmeliğin 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, "*bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması esastır. Ancak, … sözleşme taraflarının fizikî olarak karşı karşıya gelmesinin ve işin gereği olarak yazılı bilgilendirme yapılmasının söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirme şartı aranmayabilir. Ancak, sigortacı asgari bilgilendirmenin yapıldığını ispatla yükümlüdür. Bu kapsamda yer alan işlemlerin niteliği ile yapılacak bilgilendirmenin şekline ilişkin usul ve esaslar Müsteşarlıkça belirlenir*" hükmü sevk edilmiştir.

136 Kender, s. 83.

c) Dürüst Davranma Yükümlülüğü

TMK m. 2 gereğince acentelerin de hak ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, SK m. 32'de sigortacılık faaliyetinin yürütülmesinde yer alan kişiler için "iyiniyet" başlığı altında bir takım yükümlülükler öngörülmüştür[137]. Anılan yükümlülükler, aracı olmaları münasebetiyle sigorta acenteleri için de geçerlidir. Buna göre, sigorta acenteleri her çeşit, broşür, izahname ve diğer belgeler ile ilan ve reklamlarını, "taahhütleriyle sigortalıya sağlayacakları hak ve menfaatlerin sınır ve kapsamı dışında bir anlayışa neden olacak şekilde" düzenleyemez ve kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamaz. Bu hükme aykırılığın tespiti halinde durum, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca faaliyet gösteren Reklam Kurulu'na bildirilir (SK m. 32/1). Bununla birlikte, sigorta acenteleri sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmak, mevzuat ve işletme planı esaslarına uygun faaliyette bulunmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek zorundadır (SK m. 32/2). Acentenin faaliyetlerinin yapılan izleme, inceleme veya denetim sonucunda, Kanunun 32 nci maddesi hükümlerine aykırı olduğu tespit edilirse acenteye Müsteşarlıkça uyarı yapılır. Buna rağmen durumlarını düzeltmeyen acentelerin faaliyetleri altı aya kadar geçici olarak durdurulur. Faaliyetleri geçici olarak durdurulan acentelerin durumları Levha'ya kaydedilmek üzere Müsteşarlıkça TOBB'a ve çalıştıkları şirketlerce, bu acenteler aracılığıyla poliçe düzenlenmesinin durdurulmasının sağlanması için TSB'ye bildirilir (SAY m. 24/1). Tekrar faaliyete başlamasına izin verilen acentenin, takip eden bir yıl içinde aynı fiili tekrarlaması halinde Müsteşarlıkça uygunluk belgesi iptal edilir (SAY m. 24/3).

Uygunluk belgesinin Müsteşarlıkça iptal edilen ve İcra Komitesince alınan kararlar çerçevesinde hakkında meslekten çıkarılmasına karar verilen acentelerin kayıtları, İcra Komitesi tarafından Levha'dan silinir. Buna ilişkin bilgiler TOBB'da ayrı bir liste halinde tutulur ve elektronik ortamda TSB'ye iletilir (SAY m. 24/4).

d) Sigorta Şirketiyle Hesap Mutabakatı Sağlama Yükümlülüğü

Sigorta şirketlerinin ve acentelerin, ilgili hesap dönemini takip eden bir ay içinde mutabakat sağlamaları için hesap ve kayıt düzenlerini üçer aylık dönemler itibariyle mutabakat çalışmasına uygun olacak şekilde oluşturmaları gerekir. Hesap ve mali tablolar, ilgili mevzuat çerçevesinde tutulmalıdır (SAY m. 18/1, 18/3).

Acenteler, aracılık ettikleri prim tutarlarını ve tahakkuk eden komisyonu müvekkil şirketler bazında takip ederler. Sigorta şirketleri, acenteler ile akdettikleri sözleşmenin uygulanmasını etkileyen hususlara ilişkin olarak acentelik sözleşmesinde belirlenen dönemler halinde acenteyi bilgilendirir (SAY m. 18/2).

---

137 Sigortacılık Etik İlkeleri için ayrıca bkz. http://www.tsb.org.tr/Default.aspx?pageID=413&srch=etik (18.5.2016).

Sigorta poliçelerinin düzenlenmesine ve primlerin tahsil edilmesine ilişkin hususlar sigorta şirketi ile acente arasında akdedilen acentelik sözleşmesinde açıkça belirtilir (SAY m. 15/1/f).

e) Rekabet Etmeme Borcu

Acentelerin, "sözleşme süresince rekabet etmeme borcu"nu düzenleyen TTK m. 104 hükmü ve sözleşme sonrası için "rekabet yasağı anlaşması"nı düzenleyen TTK m. 123 hükmü, sigorta acenteleri hakkında özel düzenleme bulunmaması sebebiyle, sigorta acenteleri hakkında da geçerlidir. Her ne kadar TTK m. 102/3 hükmü ile taşıma, deniz ticareti, sigorta ve turizm gibi alanlara ilişkin özel düzenlemeler saklı tutulmuş ise de, sayılan iş dallarında faaliyet gösteren acentelerin rekabet yasağı anlaşması hakkında özel bir düzenleme bulunmamakta; bu sebeple, TTK m. 123 hükmü, bunları da kapsamaktadır[138]. Sigorta acentelerinin rekabet etmeme borcu, yukarıda belirtilen kapsamda; ancak, "sözleşme süresince" ve "sözleşme sona erdikten sonra" olmak üzere iki kısımda incelenmelidir.

aa) Sözleşme Süresince

Acentenin rekabet yasağı 6102 sayılı TTK m. 104'de *"İnhisar"* başlığı altında düzenlenmiştir. Hükme göre, aksi kararlaştırılmadıkça, tacir aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz[139]. Acenteye rekabet etmeme yükümü getiren bu hüküm, görüldüğü üzere inhisar (tekel) hakkını çift taraflı olarak düzenlemiş, ne acenteye ne de müvekkile özgülenmiştir[140]. Bu hükümle acenteye tekel hakkı tanınırken aynı zamanda bunun karşılığında, rekabet etmeme borcu yüklenmektedir[141].

Acentelik sözleşmesi konusuna dâhil olan işlerde, sigorta acentesinin faaliyet

---

138 Yaşar Can Göksoy, "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 12, Özel S. (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan), 2010 (Basım Yılı: 2012), s. 898.

139 Ayşe Nur Berzek, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 166'dan naklen: "Konuları farklı olan ticari işletmelerin işlerini üstlenebilir" (Halil Arslanlı, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 182). Ayrıca Bozer/Göle, müvekkilin de aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağını ifade etmektedirler. Bozer/Göle, s. 113.

140 Tahir Saraç, "6102 sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, C. 61, S. 2, 2012, s. 714. Acentelikte inhisar hakkı için ayrıca bkz. Metin Topçuoğlu, "İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar", *Rekabet Dergisi*, S.18, 2004, s. 4 vd.

141 Bahtiyar, s. 193; Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 6335 Sayılı Kanuna Göre Yenilenmiş 6. Baskı, Adana 2013, s. 97.

bölgesindeki müşterilerle sigorta şirketinin kendisi de doğrudan işlem yapamaz. Buna rağmen işlem yapacak olursa, bu işlemden elde edeceği kazanç, işlemin tesisinde hiçbir katkısı olmasa bile acente tarafından talep edilebilir[142].

TTK emredici nitelikte olmayan kanuni inhisar sistemini benimsemiştir[143]. Dolayısıyla taraflar, yazılı olarak aksini kararlaştırarak inhisar hakkını ve dolayısıyla acentenin "rekabet etmeme yükümlülüğü"nü kaldırabilirler[144]. Acente bu yönü ile de tek satıcı ve franchise alandan ayrılır[145]. Nitekim ne tek satıcı ne de franchise alanda inhisar hakkı ortadan kaldırılabilir. Yani tek satıcı ve franchise, sözleşme süresi boyunca, her halükarda rekabet yasağına tabi olacakken; sigorta acentesi bakımından bu yükümlülük, tarafların anlaşması ile kaldırılabilecektir.

Sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece, acenteye müvekkili ile rekabet etmeme yükümü öngören bir diğer hüküm TTK m. 109/I hükmüdür[146]. Acentenin borçlarını düzenleyen ve 6102 sayılı Kanun'a dili sadeleştirilerek aktarılan bu maddede, acenteye müvekkilinin menfaatlerini korumak yükümlülüğü getirilmiştir. Bu menfaati koruma kapsamına, acentenin müvekkili ile rekabete girişmemesinin de dâhil olacağı açıktır. Nitekim acentelik sözleşmesi, tarafların birbirlerinin menfaatlerini korumalarını gerektirir. Ve nihayetinde rekabet yasağı, acentelik ilişkisi boyunca devam eden sürekli borç ilişkisinin güven unsurunun bir neticesidir[147].

Öğretideki bir görüşe göre[148]; aksine yazılı bir sözleşme yapılmış olsa bile, acente sadakat ve müvekkilinin menfaatlerini koruma borcu altında olduğundan başka müvekkillerin acenteliğini yapamaz. Aksi takdirde bu borçlara aykırı hareket ettiği gibi, rekabet hakkını da kötüye kullanmış olur. Nitekim Alman hukukunda da, acentenin rekabet yasağı kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın acentenin müvekkilin menfaatlerini koruma borcu gerekçe gösterilerek rakip müvekkillerin acenteliğini yapamayacağı kabul edilmiştir. Yine bu görüşe göre, acentenin müvekkilin çıkarlarını koruma ve gözetme zorunda olması nedeniyle, acentenin rekabet yasağını

---

142 Topçuoğlu, s. 26'dan naklen: *"... Belli bir bölgede satış tekeli davacı acenteye verildiğine göre, davalının bu hususa riayet etmeyerek gerek doğrudan doğruya gerek başkalarının aracılığı ile mamullerini satması aradaki acentelik akdine aykırı hareket teşkil eder. ... Müvekkilin, acentenin tekel hakkına aykırı davranışı karşısında, acente uğradığı zararın tazminini talep edebilir" [YTD, 13.6.1968, 3927/3689, (BATİDER, C. 5, S. 2, 1969, s. 284 vd.)].*

143 Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat*, Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 54.

144 *"Uygulamada acentelik sözleşmesi genellikle bu şekilde yapılmaktadır"* Şaban Kayıhan/Mustafa Yasan, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 217.

145 Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, s. 87.

146 Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 400.

147 Eser Rüzgar, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Acentelik Sözleşmeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.1, S. 5, 2011, s. 433.

148 Kayıhan s. 103.

düzenleyen (münhasır acentelik) hüküm, acentenin faaliyetlerini yersiz olarak daraltan bir hükümdür[149]. Buna karşılık acentelik sözleşmesi ilişkisi süresince, rekabet etmeme borcunun aksinin kararlaştırılması halinde, müvekkilin menfaatlerini koruma borcuna aykırılık teşkil etmemesi kaydı ile acentenin rekabet yükümüne aykırı davranabileceği de ifade edilmiştir. Ancak burada müvekkille ne tür bir rekabetin, müvekkilin menfaatlerini koruma borcunu aykırılık teşkil etmeyeceği açıklığa kavuşturulmamıştır[150].

bb) Sözleşme Sona Erdikten Sonra

Hukukumuzda, ilk kez yasal bir düzenlemeye kavuşan, acente ve müvekkili arasında yapılan "rekabet yasağı anlaşması" [151]na ilişkin TTK m. 123 hükmünün mehazı, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, AlmTK § 90a hükmüdür. Düzenleme, acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerinin sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandırılmasını konu edinmektedir. Bu sınırlandırma, acenteye bırakılmış bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin içerdiği konulara ilişkin olabilir. Düzenleme ile müvekkil tacirin, rekabet sınırlaması dolayısıyla acenteye uygun bir tazminat ödemesi öngörülmüştür[152].

Acentelik ilişkisinin sona ermesiyle sigorta acentesinin, serbest hale gelmesi, istediği alanda faaliyetlerini sürdürebilmesi gerekirken, taraflar (çoğu kez müvekkilin isteği ve hatta baskısı ile) rekabet yasağının sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesini kararlaştırabilirler[153]. Böyle bir anlaşma, örneğin yıllarca sigorta acenteliği yapan bir acentenin, artık bu alandaki bilgi birikimini kullanamama ve dahası mesleğini ifa edememe gibi sakıncalar doğurabilecektir. Bu sakıncaların giderilmesini hedefleyen bu düzenleme ile acentelere yönelik bir koruma getirilmiştir. Koruma, zaman sınırlamaları, şekil ve ücret ile sağlanmaya çalışılmıştır[154].

---

149 Saraç, s. 716.

150 Dönmez, s. 44.

151 Rekabet yasağı anlaşması hakkında detaylı bilgi için bkz. Ozan Can, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, Ankara 2011, s. 7 vd.; Asuman Yılmaz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2012/2, s. 309-339; Saraç, s. 714 vd; Özge Ayan, "6102 Sayılı TTK'nın Acentelik Kısmında Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2010, s. 109 vd.

152 Alman Anayasa Mahkemesi'nin, acentenin kusurlu davranışı yüzünden sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi halinde tazminat talebinin düşeceği istisnasına yer veren AlmTK paragraf 90a/II, 2 hükmünü anayasaya aykırı bulunduğuna dair 7.2.1990 tarihli kararın çevirisi için bkz. Yeşim M. Atamer, "Acentelerin Rekabet Etme Yasağı - Sözleşme Tarafları Arasında Güç Dengesinin Bulunmadığı Hallerde Meslek Seçme Özgürlüğünün Sözleşmesel Sınırlamalara Karşı Korunması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55, S. 4 (Prof.Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan), 1997, s. 355 vd.

153 TTK m. 123/1 "Gerekçe".

154 TTK m. 123 "Gerekçe".

Rekabet yasağı anlaşmasının geçerli olabilmesi için anlaşmanın yazılı olması ve imzalı bir nüshanın sigorta acentesine verilmesi gerekmektedir[155]. TTK m. 123/1 hükmünün gerekçesine göre, sözleşmenin sadece yazılı olarak yapılması yeterli değildir. Ayrıca anlaşmanın bütün şartlarını içeren ve müvekkilin imzasını içeren bir belgenin makul bir süre içinde sigorta acentesine verilmiş olması gerekir. Aksi halde sigorta acentesinin sınırlama sözleşmesinin hüküm kazanmadığı def'ini ileri sürebilmesi mümkündür.

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden önce, müvekkil tacir yazılı olarak, rekabet sınırlamasının uygulanmasından vazgeçebilir. Bu durumda, vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle, müvekkil tacir tazminat ödeme borcundan kurtulur (TTK m. 123/2). Yine sözleşme ilişkisi, taraflardan birinin kusurlu davranışı sebebiyle feshedilirse, fesihten itibaren bir ay içinde rekabet sözleşmesiyle bağlı olmadığını bildiren -kusur sebebiyle fesihte bulunan- taraf, tazminat ödeme borcundan kurtulur (TTK m. 123/3).

Rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin TTK m. 123 hükmünde öngörülen hususların aksi, sigorta acentesinin lehine olması koşulu ile taraflarca kararlaştırılabilir. Kararlaştırılan hususlar sigorta acentesinin aleyhine olduğu ölçüde geçersiz sayılacaktır (TTK m. 123/4). Sözgelimi, TTK m. 123/2 hükmünde belirtilen, müvekkilin vazgeçme beyanından itibaren geçmesi ile birlikte tazminat ödeme borcundan kurtulacağı, altı aylık sürenin kısaltılması kararlaştırılsa dahi geçerli olamayacakken, bu sürenin taraflarca uzatılması geçerli kabul edilecektir. *Bu düzenleme, sınırlandırma anlaşması yapılırken müvekkile karşı zayıf durumda bulunan acentenin korunmasına hizmet etmektedir*[156].

6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 14 üncü maddesine göre, rekabet yasağı anlaşmasına ilişkin TTK m. 123 hükmü, TTK'nın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte yapılmış olup da devam etmekte olan acentelik sözleşmelerine de uygulanacaktır.

g) Ticaret Unvanları, İlan, Reklam, Afiş ve Panolarına İlişkin Yükümlülükleri

Acenteler, ticaret unvanlarında "sigorta acenteliği" veya "sigorta aracılığı" ifadelerinden birini kullanmak zorundadır. Unvanlarını acentelik fonksiyonlarını gizleyecek, sigorta şirketi olarak faaliyet gösterdikleri anlamını taşıyacak şekilde belirleyemezler. Bununla birlikte, unvanlarında, mevzuata aykırı olmamak kaydıyla ek kullanabilirler (SAY m. 12/1).

---

155 Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 408; Bahtiyar, burada taraflarca imzalı sözleşmenin bir sureti yerine sanki ayrıca bir belge verilmesinin öngörüldüğünün anlaşıldığını ancak bu yöntemin pratik olmadığını ifade etmekle birlikte neden "pratik" olmadığı hakkında bir açıklama getirmemektedir (Bahtiyar, s. 200-201).

156 Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 421.

Acente şubeleri, şube olduğu belirtilmek şartıyla acente ile aynı unvanı kullanmak zorundadır (SAY m. 8/2). Acente ve şubelerinin antet, afiş, reklam ve tabelalarında acentenin ticaret unvanına yer verilir (SAY m. 19/1). Unvan ile Levha kayıt numarası acentelik faaliyeti gösterilen mekânların girişinde ve gözle görünür şekilde asılır (SAY m. 19/2).

SAY m. 13'te yer alan kurum ve kuruluşlar acentelik faaliyeti gösterilen birimlerinde, adına acentelik yaptıkları sigorta şirketlerinin unvanlarına, müşterilerinin görebilecekleri bir yerde yazılı olarak yer verirler. Ayrıca 16.1.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik m. 13 ile maddeye eklenen fıkraya göre acenteler, sözleşme yaptırmak isteyenlere Müsteşarlıkça belirlenecek esaslara göre aracılık ettikleri sigorta şirketlerini ve bu şirketlerce kendilerine tanınan yetkileri bildirirler ve varsa internet sitelerinde yayınlarlar (SAY m. 19/4).

h) Şubelere İlişkin Yükümlülükleri

Acentelerin, merkezleri dışında şube açabilmeleri mümkündür (SAY m. 8/1). Bu durumda acente şubeleri, şube olduklarını belirtmek suretiyle acente ile aynı unvanı taşırlar. Şube açarak teşkilatlanmak için acentelerin SAY m. 9'da belirtilen şartları sağlaması gerekir. Bununla birlikte açılacak şubelerin fiziki şartlar, teknik ve idari altyapı ile insan kaynakları bakımından aranan şartları sağlaması da gerekir (SAY m. 8/3). İçeriği itibarıyla şube niteliğini haiz olan her türlü yapılanma, her ne isimle olursa olsun, şubeler için getirilmiş olan esaslara tabi olacaktır (SAY m. 8/4).

i) Acentelik İçin Aranan Şartlara İlişkin Değişikliklerin Bildirilmesi Yükümlülüğü

Acenteler veya sigorta şirketleri, SAY çerçevesinde meydana gelen her türlü değişikliği, değişikliği takiben en geç on beş iş günü içinde ve elektronik ortamda Levha'ya işlenmek üzere uygunluk belgesi başvurusunda bulundukları odaya bildirirler. Bildirimi yapılan bu değişiklikler, Müsteşarlıkça belirlenen usul ve esasa göre TOBB tarafından Levha'ya kaydedilir (SAY m. 16/1).

Bunların dışında TTK'nın acentelik hükümleri, sigorta acentelerine de uygulanacağından, sigorta acenteleri için de müvekkilinin işlerini görme ve menfaatlerini koruma, onun talimatına uyma, önleyici tedbirler alma, müvekkiline bütün hususlarda vaktinde haber verme, ona ait parayı zamanında gönderme, inhisar hakkına uyma yükümlülükleri mevcuttur[157].

---

[157] Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 494-496. Acentenin hak ve borçları hakkında geniş bilgi için bkz. Ali Cengiz, "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2011, s. 148 vd.

SONUÇ

Acente, tacirin ticari faaliyetinin, onun işletmesinin bulunduğu bölge dışında da yürütülmesine imkân tanır. Bu bölgelerde şube açmak veya işletme bünyesinde yer alan yardımcıların buralara gönderilmesi, tacirin üstlendiği rizikoyu arttırabilir. Zira buralarda faaliyetin başarısız sonuçlanması halinde tacir, şubenin (yahut tacir yardımcısının) zararlarını da üstlenmek zorunda kalacaktır. Buna mukabil faaliyetin acente vasıtasıyla yürütülmesi, tacirin üstlendiği risk miktarını azaltabilir. Nitekim acente sadece başarılı olduğu işlerde komisyona hak kazanacak ve tacir sadece bu ihtimalde acenteye karşı borç yükümü altına girecektir. Bu durum acentenin, acente sözleşmesi ilişkisinde zayıf konumda olduğunun da bir göstergesidir. Çünkü yardımcılık faaliyetinin başarısızlığını müvekkil tacir değil, acente üstlenmektedir. Kendisi de tacir sayılabilen ve diğer tacirlerle (bu bağlamda müvekkiliyle) eşit konumda olabilmesi gerektiği düşünülen acentenin, bu zayıf konumu sebebiyle korunması kaçınılmaz olmaktadır. Bu doğrultuda 6102 sayılı TTK acentelik müessesesini tekrar ele alırken onun acentelik ilişkisindeki konumunu güçlendiren düzenlemelere yer vermiştir. Acentelerin ücret hakkına ilişkin getirilen yenilikler ile denkleştirme talebi hükümleri buna örnektir.

Sigorta şirketleri ile sürekli bir ilişki içinde olan ve bu anlamda TTK hükümlerine tabi olan sigorta acenteleri, sigorta şirketlerine, sigortacılık faaliyetinin yürütülmesinde yardımcı olmaktadır. Sigortacılık faaliyetinin kamusal yönünün bulunması sebebiyle bu alanda faaliyet gösteren sigorta acenteleri için özel hükümler öngörülmüştür. SK ile SAY bu hükümlerin kaynağını teşkil etmektedir. Yani sigorta acenteleri öncelikle SK ve SAY ile ilgili mevzuata tabi olacak; boşluk bulunan hallerde yine TTK hükümleri genel hüküm olarak uygulanacaktır. Şayet burada da boşluk bulunur ise, acentenin üstlendiği fonksiyona göre TBK'nın simsarlık veya komisyon hükümleri, bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde vekâlet hükümleri uygulanacaktır.

Diğer acentelerden farklı olarak, sigorta acenteliği yapabilmek için SAY'da özel bir takım şartlar aranmaktadır. Bu şartları haiz olsa bile Yönetmelik'te düzenlenen prosedür izlenmeden ve TOBB bünyesinde tutulan Levha'ya kayıt olmadan sigorta acenteliği yapmak mümkün değildir. Yönetmelik sigorta acentelerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin özel düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir.

Sigorta acentesi, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Davanın, sigorta şirketi yerine, doğrudan doğruya acenteye açılması ihtimalinde, dava -kanaatimizce- husumet yokluğu sebebiyle reddedilmemeli, hâkim tarafından re'sen, usul ekonomisine uygun bir surette, davacıya süre verilerek, husumetin doğru kişiye, yani acentenin müvekkili olan sigorta şirketine yöneltilmesi sağlanmalıdır. Mahkemece verilen süre içinde, davanın müvekkil sigorta şirketine izafeten acenteye karşı açıldığı yönünde bir düzeltme yapılmaz ise, bu defa dava husumet yokluğundan reddedilmelidir. Bu şekildeki uygulama ile davaların

uzamasının, mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesinin ve yapılacak fazladan masrafların önüne geçilmiş olacaktır.

27.3.2015 tarih ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile SK'da yapılan muhtelif değişiklikler arasında SK m. 23/9 hükmü de yer alması gerekirken, böyle bir değişikliğe yer verilmemiş; dolayısıyla SK m. 23/9 hükmünde eTKHK'ya yapılan gönderme, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre güncellenmemiştir. yTKHK'da ise, 4077 sayılı Kanun m. 4/A/3 bendinin karşılığı aynen bulunmamakla birlikte, m. 35/2'de ayıplı hizmet sebebiyle müteselsil sorumluluğun benzer şekilde düzenlendiği ifade edilebilir. Diğer mevzuatta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna yapılan atıflar yTKHK'a yapılmış sayılacağından (m. 86/1), SK m. 23/9 uygulaması kanaatimizce devam edecek ve sigorta şirketinin sağlayıcı olarak yaptığı hizmetlerden sigorta acentesi, tıpkı eTKHK döneminde olduğu gibi, sorumlu tutulamayacaktır.

Sigorta acenteleri ile bunların yanlarında çalışanların, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları, ilgililerin izni olmaksızın açıklaması yasaktır. Ancak, suç teşkil eden hallerin yetkili mercilere duyurulması zorunludur (SK m. 23/17). Ayrıca 6327 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile SK'ya eklenen hükümle, sigorta acentelerini de kapsayan, SK'nın uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar bakımından genel nitelikli, "sır saklama yükümlülüğü" başlıklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak, her iki düzenlemede de, "sır saklama yükümlülüğü"nün ihlali halinde, ne tür bir yaptırımla karşılaşılacağına yer verilmemiştir. Buna karşın, acentenin, sır saklama yükümlülüğüne uymaması (örneğin, işletmenin gelirini, hesaplarını, yazışmalarını, müşteri listelerini ifşa etmesi) neticesinde doğan zararları tazmin etmek zorunda kalacağı açıktır. Sigorta acentesinin bu yükümlülüğünü ihlali sebebiyle yöneltilecek talepler ise, kanaatimizce, bir zamanaşımı süresine de tabi değildir. Müvekkil tacirin korunmaya değer çıkarları bulunduğu sürece, acenteden, bu yönde talepte bulunulabilecektir.

Acentelerin, "sözleşme süresince rekabet etmeme borcu"nu düzenleyen TTK m. 104 hükmü ve sözleşme sonrası için "rekabet yasağı anlaşması"nı düzenleyen TTK m. 123 hükmü, sigorta acenteleri hakkında özel düzenleme bulunmaması sebebiyle, sigorta acenteleri hakkında da geçerlidir. Her ne kadar TTK m. 102/3 hükmü ile taşıma, deniz ticareti, sigorta ve turizm gibi alanlara ilişkin özel düzenlemeler saklı tutulmuş ise de, sayılan iş dallarında faaliyet gösteren acentelerin rekabet yasağı anlaşması hakkında özel bir düzenleme bulunmamakta; bu sebeple, TTK m. 123 hükmü, bunları da kapsamaktadır. Bu bağlamda, sigorta acentesi de diğer acenteler gibi sözleşme süresince, müvekkili tacir ile rekabet etmeme borcu altındadır. Yine eTTK'da bulunmayan, yTTK'da ilk kez düzenlenen "rekabet yasağı anlaşması" hükmünün (m. 123) de, belirttiğimiz üzere, sigorta acenteleri bakımından da uygulanması mümkün olmaktadır.

YARARLANILAN ESERLER

AKIN, İrfan; "Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler", *AÜHFD*, C. 62, S. 3, 2013, s. 613-641.

ALTINOK ORMANCI, Pınar; "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı – İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler", *AÜHFD*, C. 58, S. 3, 2009, s. 451-480.

ALTUN, Altuğ; *Sigortacılık Sektöründe Acentelerin Önemi*, (Danışman: Münevver ÇETİN) Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

ANTALYA, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* C. 1, İstanbul 2015.

ARKAN, Sabih; *Ticarî İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2015.

ARSLAN, İbrahim/ÇELİK, Aytekin; *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Konya 2010.

ATAMER, Yeşim M.; "Acentelerin Rekabet Etme Yasağı - Sözleşme Tarafları Arasında Güç Dengesinin Bulunmadığı Hallerde Meslek Seçme Özgürlüğünün Sözleşmesel Sınırlamalara Karşı Korunması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55, S. 4 (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan), 1997, s. 355-362.

AYAN, Özge; "6102 Sayılı TTK'nın Acentelik Kısmında Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2010, s. 79-120.

AYAN, Özge; *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı*, Ankara 2008.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku: Genel Esaslar*, 8. Bası, Ankara 2015.

BADAK AYBAR, Zehra; "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Y. 12, S. 24, 2013, s. 167-201.

BAHTİYAR, Mehmet; *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2014.

BERZEK, Ayşe Nur; *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 10. Baskı, İstanbul 2013.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI Ertan; *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 9. Baskı, Bursa 2016.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Bursa 2013.

BİLGİŞİN, Şevket Memedali; *Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul 1950.

BOZER, Ali; *Sigorta Hukuku*, 2. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2009.

BOZER, Ali/GÖLE, Celal; *Ticari İşletme Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 2015.

BÖLÜKBAŞI, Ayşe Gül/PAMUKÇU, Baturalp; *Sigortanın Temel Prensipleri*, İstanbul 2009.

BÖRÜ, Levent; "Sıfat ve Dava Takip Yetkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.XXVII, S.3, Eylül 2011, s. 249-278.

CAN, Ozan; *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması*, Ankara 2011.

CAN, Ozan; "Acentenin Denkleştirme İstemine ve Rekabet Yasağı Anlaşmasına İlişkin Hükümlerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 103(1). Maddesinde Sayılanlar Hakkında Uygulanırlığı", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), 2012, s. 27-39.

CEBE, Mehmet Sinan; *Açıklamalı ve İçtihatlı Mal Sigortaları Hukuku*, Ankara 2010.

CENGİZ, Ali; "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2011, s. 140-165.

ÇEKER, Mustafa; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 6. Baskı, Adana 2013.

ÇEKER, Mustafa; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, Gözden Geçirilmiş/Genişletilmiş, 12. Baskı, Adana 2015.

ÇEKER, Mustafa; Sigorta Hukuku, 9. Baskı, Adana 2014.

ÇELİK, Orhan Nuri; *Gerekçeli-İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu*, Ankara 1985.

ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir; *Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Sigorta Hukuku*, C. 1, Ankara 2007.

DANİŞ-AKKAN, Çiğdem; "Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 4, Aralık 2008, s. 219-235.

DANİŞ-AKKAN, Çiğdem; *Acentenin Temsil Yetkisi*, (Danışman: Oruç Hami Şener) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

DÖNMEZ, Onur; *Acente Sözleşmelerinden Doğan Hak ve Borçlar***,** (Danışman: Emin Cem KAHYAOĞLU) Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.

ERDAL, Fuat; "Sigorta Acenteleri İçin Yeni Ufuklar", *Birlik'ten Dergisi*, S. 17, Temmuz-Eylül 2009, s. 15-17.

EREN, Fikret; *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* 17. Baskı, Ankara 2014.

FEHR, Konad; "Acentelik Mukavelesi Hakkında Yeni Federal Kanun", çev. Necip Bilge, *AÜHFD*, C. 12, S. 3, 1955, s. 356-371.

GÖKSOY, Yaşar Can; "6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 12, Özel S. (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan), 2010 (Basım Yılı: 2012), s. 895-943.

GÜLLÜCE, Muhammet Ali; *Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı,* (Danışman: Mustafa YASAN) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2014.

GÜVEL, Enver Alper/GÜVEL, Afitap Öndaş, *Sigortacılık*, 2. Baskı, Ankara 2004.

İMREGÜN, Oğuz; *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 4. Bası, İstanbul 2004.

İSAAC, Alfred; *Sigorta İşletmesi*, İstanbul 1946.

KABUKÇUOĞLU-ÖZER, Fatma Dilek; *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, İstanbul 2012.

KARAHAN, Sami; *Ticari İşletme Hukuku*, 26. Baskı, Konya 2014.

KARASU, Rauf; "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi", *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 283-318.

KARAYALÇIN, Yaşar; *Ticaret Hukuku*, Ankara 1968.

KAYA, Arslan; *Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Birinci Kitap: Ticari İşletme -*

Yedinci Kısım: Acentelik (TTK m. 102-123), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2016.

KAYA, Arslan (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/NOMER-ERTAN N. Füsun); *Ticari İşletme Hukuku*, 5. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2015.

KAYA, Mustafa İsmail; *Acentelik Hukuku*, Ankara 2014.

KAYAR, İsmail; *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2012.

KAYIHAN, Şaban; *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, 4. Baskı, Ankara 2011.

KAYIHAN, Şaban; "Yeni Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 3, S. 27, 2008, s. 43-60.

KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa; *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2013.

KENDER, Rayegân; *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*: *Sigorta Müessesi- Sigorta Sözleşmesi*, 12. Baskı, İstanbul 2013.

KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Bası, İstanbul 2012

KUBİLAY, Huriye; "Sigortacılık Mevzuatındaki Bazı Hükümlerle İlgili Değerlendirme" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S. 1 (Özel Sayı), 2007, s. 399-408.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2009.

MEMİŞ, Tekin; *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Aracıları*, http://www.jura.uni-sb.de/turkish/TMemis.html.

MERİÇ, Özge; *Sigorta Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyete Geçmesine İlişkin Esaslar*, Ankara 2013.

MEYVECİ, Kıvılcım Eda; Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Mükellefiyetler, (Danışman: Yadigar İZMİRLİ) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

MİMAROĞLU, Sait Kemal; *Ticaret Hukuku: İşletme Hukuku*, Ankara 1970.

NARBAY, Şafak/UYUMAZ, Murat; "Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi", *Legal Hukuk Dergisi,* C. 11, S. 121, Ocak 2013, s. 101-141.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* C. 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014.

ÖZDAMAR, Mehmet; Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2011.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2012.

RÜZGAR, Eser; "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Acentelik Sözleşmeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.1, S. 5, 2011, s. 419-450.

SARAÇ, Tahir; "6102 sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, C. 61, S. 2, 2012, s. 749-771.

TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat*, 14. Bası, İstanbul 2012.

TEOMAN, Ömer; "Tacir Yardımcıları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (2), 2012, s. 221-304.

TOPÇUOĞLU, Metin; "İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar", *Rekabet Dergisi*, S. 18, 2004, s. 4-58.

ULAŞ, Işıl; *Uygulamalı Sigorta Hukuku: Mal ve Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2010.

ULUKAPI, Ömer; *İcra ve İflas Hukuku*, Konya 2010.

YASLIDAĞ, Beyhan; *Sigortacılık (Sigorta Aracıları, Sigorta İşlemleri)*, 2. Baskı, Ankara 2014.

YAZICIOĞLU, Emine; *Sigorta Aracıları Hukuku I*, İstanbul 2010.

YILMAZ, Asuman; "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2012/2, s. 309-339.

İnternet Kaynakları

http://tdkterim.gov.tr (8.6.2015).

http://www.hukukturk.com (16.8.2015-28.8.2015).

http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr

http://www.resmigazete.gov.tr (18.5.2016).

http://www.sab.org.tr (15.7.2015).

http://www.tobb.org.tr (18.5.2016).

http://www.tsb.org.tr (17.8.2015)

TEMİNAT AMAÇLI VEFALI SATIŞLAR İLE İNANÇ SÖZLEŞMELERİ VE LEX COMMISSORIA YASAGI

(Sales Containing Repurchase Rights with the Intention to Assure, Fiduciary Contracts and Lex Commissoria Restriction)

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER*

ÖZET

Teminat amacıyla yapılan vefalı satışlar ile borç ödenmediğinde taşınmazın inananda kalmasını öngören inançlı temlikler kural olarak, lex commissoria yasağının dolanılması olarak değerlendirilemez.

Anahtar kelimeler: Geri alım hakkı, inançlı temlik, lex commissoria, teminat amacı, taşınmaz.

Abstract

Sales containing repurchase rights with the intention to assure and fiduciary assignments that stipulate the remaining of the immovable property in hands of the believer in non-payment cases, shall not be evaluated, in principle, as flouting of lex commissoria restriction.

Keywords: Repurchase right, fiduciary assignment, lex commissoria, intention to assure, immovable property.

I. Teminat Amaçlı Temliklerde Hukuki Sebebin Belirlenmesi

A. Vefalı Satışlar

Teminat amacıyla yapılan temliklerin hukuki sebebini çeşitli sözleşme tipleri oluşturabilir. Bunların en başta gelenlerinden bir tanesi vefalı satışlardır. Özellikle zamanında gerçekleşmeyen banka kredisi geri ödemelerinin yeniden yapılandırılmasında vefalı satışlara başvurulmaktadır. Bunların lex commissoria yasağını ihlal edip etmediği hususu tereddüt uyandırmakta ve geri alım haklarını (vefa haklarını) kullanamayan satıcılar, devrettikleri taşınmazı geri alabilmek için bu yasağı kendilerine dayanak yapmaktadırlar.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Borçların yeniden yapılandırılması aşamasında vefalı satış sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte genellikle, satış bedeli miktarınca satıcının bankaya olan borcu sona erer[1]. Bunun teorik açıklaması şudur: Bankanın satıcıya karşı sahip olduğu kredi alacağının tamamı veya bir kısmı, satıcının bankaya karşı olan satış bedeli alacağı ile takas edilir. Başka bir ifadeyle bankanın satış bedeli borcunun ifası *ödeme* ile değil, *takas* yoluyla gerçekleşmiş olur. Takas, iki kişinin birbirlerine karşı olan borçlarının birbirine saydırılmasıdır. Bu saydırma TBK 143 I, c. 1'e göre, taraflardan birinin takas hakkını kullandığına dair tek taraflı -yenilik doğuran- bir irade beyanı ile gerçekleşirse de ("*Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir.*"), takasın tarafların anlaşmasıyla gerçekleşmesine bir engel bulunmamaktadır[2]. İşte burada böyle bir anlaşma bulunmaktadır. Bu tür sözleşmelerde bu işlem için kullanılan "mahsup" benzeri ibareleri takas olarak anlamak gerekir. Mahsuptan farklı olarak burada sadece belli bir tutar, borçtan düşülmemekte, aynı zamanda aynı miktarda başka bir borcun sona ermesi söz konusu olmaktadır[3].

Burada satıcının bankaya olan borcundan "düşülen" tutar -daha doğrusu takas yoluyla sona eren borç tutarı- tarafların anlaşmasına göre esas itibariyle vefalı satış sözleşmesinde kararlaştırılan satış bedelinin tutarı kadardır; yoksa devredilen taşınmazın objektif değerinin borç tutarından düşülmesi söz konusu değildir. Devredilen taşınmazın objektif değeri ile satış bedeli arasında oransızlık bulunması halinde, şartları gerçekleştiği takdirde gabin (aşırı yararlanma) (TBK 28), keza saikte yanılma (TBK 32) veya aldatma (TBK 36) hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir.

Diğer taraftan teminat amacıyla yapılan bu tür vefalı satışlarda çoğunlukla, geri alım hakkının kullanılması, geri alım bedelinin henüz daha bu hak kullanılmadan tamamen ödenmesi şartına bağlanmaktadır. Aslında kural şudur: Geri alım hakkının kullanılması ile birlikte taraflar arasında (yeni) bir satış ilişkisi doğar[4]. Bu ilişkide daha önce satıcı olan taraf alıcı, alıcı olan taraf ise satıcı konumundadır. Yani geri alım hakkı kullanılınca, vefalı satış ile taşınmazı devralan taraf taşınmazı tekrar önceki malikine devretmek, önceki malik de bunun karşılığında geri alım bedelini ödemek borcu altına girer. Görüldüğü üzere (geri) satış ilişkisi ve buna bağlı olarak geri alım bedelini ödeme borcu kural olarak geri alım hakkının kullanılması ile birlikte doğar. Kural bu olmakla birlikte teminat amacıyla yapılan vefalı satışlarda, satıcı daha henüz satış ilişkisi doğmadan önce ileride doğması beklenen satış ilişkisindeki geri alım bedelini -genellikle taksitler halinde- ödemeyi borçlanır. İleride geri alım hakkı kullanılmaz ve öngörülen süre dolduğu için bu hak sona ererse, anlaşmaya göre

---

1 Teminat amacıyla yapılan inanç anlaşmalarında ise böyle bir durum (teminat amacıyla devir ile birlikte borcun bir kısmının sona ermesi) söz konusu değildir.

2 Andreas von **Tuhr** / Arnold **Escher**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Dritte Auflage, Zürich 1974, § 78 I, 190.

3 Mahsup ile takasın farkı için bkz. M. Kemal **Oğuzman** / M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 12. Bası, İstanbul 2014, 599.

4 Haluk N. **Nomer**, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, 63 vd.

ödenen tutarın iadesi veya -çoğu zaman- borçlunun bankaya olan ödenmemiş borçlarının tasfiyesinde kullanılması söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde "alıcı/satıcı" yerine çoğunlukla "borçlu/alacaklı" ibareleri kullanılmakta, hukuki konstrüksiyon vefalı satış olmasına rağmen sanki satıcının yaptığı ödemeler kredi borcunun ifasına yönelikmiş gibi bu anlama gelebilecek ibareler kullanılabilmektedir. Taşınmazı devredenin borcu vefalı satışlarda artık kredi borcu değil, geri alım bedeli borcudur[5]. Sözleşmede yer alan çelişkili ifadeler karşısında sözleşmenin niteliğini yorum yoluyla belirlemek gerekir. Her ne kadar tarafların sözleşmenin ismi olarak tercih ettikleri ibareler tek başına belirleyici değilse de (TBK 19 I), bankaların yeniden yapılandırma gibi yüksek meblağlı ve riskli işlemlerde imzaladıkları sözleşmelerin isminin gelişi güzel belirlendiğini söylemek zordur. Geri alım hakkı kanunda düzenlenmiş bir hukuki kurumdur. Bankaların yeniden yapılandırma gibi riskli bir işlemi gerçekleştirirken kanunda düzenlenmiş hukuki kurumu tercih edecekleri düşünülmelidir. Başka bir ifade ile tereddüt halinde tarafların vefalı satış sözleşmesini tercih ettikleri kabul edilmelidir.

Kaldı ki tarafların vefalı satış değil de inanç anlaşması yapmak istedikleri ve fakat bunu "vefalı satış" diye yanlış isimlendirdikleri kabul edilse dahi, bir geçersizlik durumu söz konusu olmayacaktır. Sözleşme yorum yoluyla inanç anlaşması olarak ayakta kalacaktır. Muvazaa ise uzak bir ihtimaldir. Muvazaanın olması için tarafların aslında inanç anlaşması yapmak istedikleri halde bunu gizlemek amacıyla vefalı satış yapmış olduklarının ispatı gerekir. Tarafların böyle bir amaç izlemeleri hayatın olağan akışına aykırı düşer. Ortada muvazaalı işlemin bulunduğu bir an için kabul edilse dahi, gizli işlem olan inanç anlaşmasına dayanmak mümkündür: İnanç anlaşmasının gerekli şekle uyulmadan yapıldığını iddia etmek çoğu zaman dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, Yargıtay -aşağıda belirteceği üzere- inanç anlaşmasını herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutmamaktadır.

B. İnanç Sözleşmeleri

Vefalı satışların yanı sıra aynı amaca ulaşmak için bir tür isimsiz sözleşme olan, uygulamada "inanç sözleşmesi" diye isimlendirilen sözleşmeden de yararlanılabilir. Bu takdirde inanç sözleşmesi teminat amaçlı temlikin (teminaten temlik) hukuki sebebini oluşturur. İnanç sözleşmesi Yargıtay kararlarında adı sıkça geçen bir sözleşme türüdür. İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı işlemin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın inanılan tarafından kullanılma, yönetilme ve inanana iade koşullarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir[6]. İnanç sözleşmeleri özellikle teminat amacıyla yapılırlar. Bunun dışındaki

---

5 İnanç anlaşmalarında ise taşınmazı devredenin borcu gerçekten kredi borcudur (yapılandırılan kredi borcudur).

6 1. HD, 03.06.2014, E. 2013/9411, K. 2014/10780 (YKD 2015/1, 64); 14. HD, 17.06.2008, E. 2008/2555, K. 2008/7947 (YKD 2010/2, 271); 14. HD, 06.02.2007, E. 2006/14101, K.

bir amaçla yapılmaları da mümkündür. Örneğin yurt dışında çalışan ve biriktirdiği para ile Türkiye'de taşınmaz satın almak isteyen bir kimse, biriktirdiği parayı yakın bir akrabasına gönderip bir taşınmaz satın almasını, daha sonra Türkiye'ye döndüğünde taşınmazı kendisine devretmesini isteyebilir. İnanç sözleşmelerine ilişkin bu örnek aslında aynı zamanda dolaylı temsile ilişkin tipik bir örnektir. Keza "nam-ı müstear" olarak adlandırılan olaylar da çoğu zaman dolaylı temsil ile örtüşmektedir[7].

Fakat teminat amacıyla yapılan inanç anlaşmaları ile dolaylı temsil/nam-ı müstear kapsamında yer alan inanç anlaşmaları arasında özellikle şekil bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. Teminat amacıyla yapılan ve konusu taşınmaz olan inanç sözleşmelerinin geçerliliği, resmi şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır. Zira TMK 706 I uyarınca "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır". Teminat olarak Türkiye'deki bir taşınmaz devrediliyorsa, inanç sözleşmesine ilişkin resmi senedi düzenleme yetkisi Tapu Kanunu, m. 26 I uyarınca münhasıran tapu memurlarına (tapu sicil müdürleri ile tapu sicil görevlilerine) aittir. Buna karşılık dolaylı temsil/nam-ı müstear kapsamında yer alan inanç anlaşmalarında devir borcu doğrudan taraflar arasındaki sözleşmeden değil, kanundan doğar. Nitekim TBK 508 I'e göre, *"Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür".* Burada devir borcu kanundan doğduğundan, bir taşınmaz söz konusu olsa dahi, dolaylı temsile ilişkin vekâlet sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına gerek bulunmamaktadır[8]. Yargıtay da inanç sözleşmeleri için resmi şekil şartını aramamakta, yazılı delil veya diğer kesin delillerle kanıtlanabileceğini kabul etmektedir[9]. Bu uygulama dolaylı temsil kapsamındaki inanç sözleşmeleri bakımından isabetli ise de, teminat amacıyla yapılan ve dolaylı temsile ilişkin hükümlerin uygulama alanı dışında kalan inanç anlaşmaları bakımından yerinde görülemez. Oysa Yargıtay bir yandan vekâlet sözleşmesinin mülkiyetin devri borcunu doğuran bir akit olarak düşünülemeyeceğini belirtmek suretiyle dolaylı temsil hükümleri uyarınca mülkiyetin devri yolunu kapatıp taşınmazın devri talebi için resmi şekle tabi ayrı bir borç sözleşmesi ararken[10], dolaylı temsilden daha geniş kapsamlı

2007/914 (YKD 2008/4, 681).

7 Namı müstear tabirine lüzum olmadığı, dolaylı temsil hükümlerinin uygulanması gerektiği hususunda bkz. M. Kemal **Oğuzman** / Özer **Seliçi** / Saibe **Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014, n. 1460.

8 İsmet **Sungurbey**, İğreti Ad (Nâm-ı Müsteâr) Sorunu, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, 163 vd.; Cevdet **Yavuz**, Türk – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, 173-174.

9 Altıncı dip notunda anılan kararlar.

10 Yargıtay bu gerekçeyle, bir eşin verdiği para ile diğerinin kendi adına taşınmaz satın alması durumunda, parayı veren eşin taşınmazın kendisine devri için açacağı davada, alacağını resmi şekilde yapılmış bir sözleşmeye dayandırması gerektiği sonucuna varmıştır: İBK, 07.10.1953, E. 1953/8, K. 1953/7 (RG 28.11.1953, Sayı: 8569); HGK, 09.10.1996, E. 1996/2–406, K. 1996/672

inanç anlaşmaları bakımından kanuni bir dayanak olmaksızın şekil şartını aramaması hem çelişkilidir hem de şekle ilişkin temel kurallara aykırı düşmektedir. Yargıtay kararlarından anlaşıldığına göre, uygulamada tapuda inanç sözleşmesi adıyla sözleşme düzenlenmemekte, amaç teminat vermek olsa da tapuda devrin sebebi satış olarak gösterilmektedir. Bu durumda görünürdeki satış işleminin muvazaa sebebiyle, gizli işlem olan inanç anlaşmasının ise şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir, meğerki şekil eksikliğine aykırılığı ileri sürmek somut olayda dürüstlük kuralına aykırı düşsün.

Teminat amacıyla yapılan inanç anlaşmasında borç ödenmediği takdirde taşınmazın mülkiyetinin inanılanda (alacaklı) kalmaya devam edeceği kararlaştırılabileceği gibi, taşınmazın satılıp satış bedelinden alacaklının tatmin edilmesi ve kalan olursa bunun inanana (borçluya) verilmesi kararlaştırılabilir. Yargıtay bunu şu şekilde ifade etmiştir: *"İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi 'ifa uğruna edim' olarak kendisinde alıkoyabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir."*[11] Yargıtay kararında "ifa uğruna edim" ibaresi geçmekle birlikte, taraflar borç ödenmediği takdirde teminat olarak temlik edilen taşınmazın "ifa yerine" alacaklıda kalmaya devam edeceğini ve dolayısıyla artık inanılanın herhangi bir geri verme veya artanı iade etme gibi bir yükümlülüğü olmaksızın taşınmaza malik olmaya devam edeceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşmanın da lex commissoria yasağını ihlal edip etmediği konusu üzerinde durmak gerekir.

C. İfa Yerine Temlik ve (Geri) Alım Hakkı

Taraflar teminat amacıyla temliki gerçekleştirmek üzere bu hukuki sebeplerden (inanç sözleşmesi ve vefalı satış) dilediklerini seçebilirler. Keza mevcut ve muaccel borçların yeniden yapılandırılmasında bir taşınmazın "ifa yerine temliki" kararlaştırılıp aynı zamanda, borcunu bu şekilde -tamamen veya kısmen- sonlandıran borçluya bir (geri) alım hakkı tanınabilir. Bu takdirde ifa yerine temlikin hukuki sebebini buna ilişkin -hukuki niteliği tartışmalı-[12] borçlandırıcı sözleşme oluşturur. Dolayısıyla bu son seçenekte geri alım hakkı bir satış sözleşmesinde bir yan anlaşma ile tanınmış olmayıp ifa yerine temlike ilişkin borçlandırıcı işlemde yer alan bir yan

---

(YKD 1997/3, 349); 14. HD, 01.07.2003, E. 2003/3787, K. 2003/5544 (YKD 2005/1, 61); 13. HD, 09.10.2006, E. 2006/8742, K. 2006/13209 (YKD 2007/2, 283); 13. HD, 09.10.2006, E. 2006/8742, K. 2006/13209 (YKD 2007/10, 1888).

11 1. HD, 03.06.2014, E. 2013/9411, K. 2014/10780 (YKD 2015/1, 64); 1. HD, 30.04.2014, E. 2013/20407, K. 2014/9038 (YKD 2014/10, 2076).

12 *"İfa yerine edimin değişik bir edim vermenin karşılığında alacaklıyı asıl ediminden vazgeçirme (ibra) anlamına mı geldiği, yoksa mevcut sözleşmenin içeriğini değiştiren bir değiştirme sözleşmesi mi oluşturduğu, yoksa özel bir ifa sözleşmesi olarak mı nitelendirilmesi gerektiği oldum olası tartışmalıdır."* (Rona **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, § 7, n. 28.

anlaşmaya dayanır. Belirtmek gerekir ki, ifa yerine temlik edilen bir taşınmaz ise buna ilişkin borçlandırıcı işlem TMK 706 uyarınca resmi şekilde düzenlenmelidir ve taşınmaz Türkiye'de ise, düzenleme yetkisi Tapu K. 26 I uyarınca münhasıran tapu sicil müdürleri ile tapu sicil görevlilerine aittir. Borçlandırıcı işlemler bakımından sözleşme serbestisi bulunduğundan, ifa yerine temlike ilişkin borçlandırıcı işlemin tek başına, taşınmaz mülkiyetinin devrinin hukuki sebebini oluşturabileceğinde tereddüt etmemek gerekir.

II. Lex Commissoria Yasağının Amacı

Taşınmaz rehnine ilişkin TMK 873 II'ye göre "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir". Teslime bağlı taşınır rehni bakımından da aynı kural geçerlidir: "Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir" (TMK 949).

Burada kanun koyucu, "ifa yerine temlik" (ifa yerine geçen edim; datio in solutum) anlaşmasını yasaklamaktadır[13]. Bu yasağın borcun muaccel olmasından önceki dönemle sınırlı olduğu kabul edilmektedir[14]. Başka bir ifadeyle borcun muaccel olmasından önce, borcun ödenmemesi ihtimalinde hüküm ifade edecek bir "ifa yerine temlik anlaşması" yapılamaz; buna karşılık borcun muaccel olmasından sonra ifa yerine temlik anlaşması yapılabilir.

Bu kuralın amacı, borcunu zamanında ifa edeceği inancıyla hareket eden borçluyu, alacaklının ileri sürdüğü ağır şartları kabul etme tehlikesine karşı korumaktır. Borçlu, borcunu zamanında ödeyemeyeceği ihtimalini düşünmeden veya böyle bir ihtimalin gerçekleşmeyeceğine inanarak, borcunu zamanında ifa etmediği takdirde güvence olarak gösterdiği şeyin mülkiyetinin alacaklıya geçeceği şartını kolayca kabul edebilir[15]. Özellikle o şeyin değeri rehinli alacağın değerinden daha fazla olduğu durumlarda, borçlunun içine düşeceği olumsuz durum daha belirgindir[16]. Bu sebeple rehinli alacaklı, borç zamanında ödenmediği takdirde, alacağını rehnin paraya çevrilmesinden sonra satış bedelinden alacak ve arta kalan olursa bu, borçluya verilecektir.

---

13 Erden **Kuntalp**, Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 1, İstanbul 1994, 154.

14 **Kuntalp**, 155; Bülent **Köprülü**/Selim **Kaneti**, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, 462; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, n. 3369, 3684.

15 **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, n. 3684; **Kuntalp**, 153.

16 Krediye ihtiyaç duyan taşınmaz malikinin gabine karşı korunmasının amaçlandığı hususunda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, n. 3369.

III. Teminat Amaçlı Temlikler Bakımından Değerlendirme

Vefalı satışlar ile borç ödenmediğinde taşınmazın inananda kalmasını öngören inanç sözleşmelerinin lex commissoria yasağını dolanmak (kanuna karşı hile) anlamına gelip gelmediği tartışma konusudur. Öncelikle şunu vurgulamak gerekir ki, bu tartışma borcun muaccel olmasından önceki döneme ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği üzere lex commissoria yasağı borcun muaccel olmasından önceki döneme ilişkindir. Borcun muaccel olmasından sonra borçlu taşınmazını alacaklıya ifa yerine temlik edebilir. Bir yasak söz konusu olmadığından, muacceliyetten sonra borçlunun taşınmazını vefalı satış veya inanç sözleşmesine dayalı olarak alacaklıya devretmesinin yasağın dolanılması olarak görmek de mümkün değildir.

Borcun muaccel olmasından önceki dönem bakımından kanun koyucunun TMK 873 II ve 949'da öngördüğü yasak, *borcun ödenmemesi halinde* rehinli taşınır veya taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair sözleşme yapılmasıdır. Burada borcun ödenmemesi olgusunun gerçekleşmesine kadar rehinli taşınır veya taşınmazın mülkiyeti borçludadır. Buna karşılık teminat amacıyla yapılan vefalı satışlar ile inanç anlaşmalarında taşınmazın mülkiyeti baştan karşı tarafa devredilmektedir. Buradan hareketle İsviçre Federal Mahkemesi 23 Aralık 1930 tarihli kararında, lex commissoria yasağı ile kanun koyucunun borçluyu korumak istediği tehlikeli durumun vefalı satışlarda söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. ZGB 894, 816'daki (TMK 873 II, 949) yasağın kapsamına giren hallerde teminat konusu mal, borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının mülkiyetine geçer. Borcun vadesi gelinceye kadar malın mülkiyeti borçluda kaldığından, borçlu borcun vadesinde ödenmemesi halinde mülkiyetin alacaklıya geçeceğine ilişkin bir şartı kabul ederken tehlikeyi yeterince fark edemez. Buna karşılık vefalı satışta satış konusu malın mülkiyeti baştan itibaren alacaklıya geçer. Bu sebeple, borçlu işin ciddiyetini şüphesiz daha iyi kavrar[17]. İsviçre Federal Mahkemesi 14 Haziran 1960 tarihli kararında da önceki içtihadına uygun olarak, teminat amacıyla yapılan vefalı satışlar ile inanç anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir[18].

Yargıtay'ın inanç anlaşmalarına ilişkin kararları da aynı doğrultudadır. Yargıtay kararlarında şu kalıbı kullanmaktadır: *"Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu*

---

17 BGE 56 II 450.

18 BGE 86 II 221.

düşünce Hukuk Genel kurulunun 23.5.1990 günlü ve l990/1-202-315 sayılı kararında da aynen benimsenmiştir." [19]

Öğretide ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazar, Federal Mahkeme'nin görüşünden hareket ederken[20], diğer yazarlar vefalı satışlar ile borç ödenmediğinde taşınmazın inananda kalmasını öngören inanç anlaşmalarını lex commissoria yasağının kapsamında görmektedirler[21].

Kanaatimce de İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü isabetlidir. Bu konuda öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda teminatlar rehin veya daha genel bir ifadeyle ayni teminatlar ile sınırlı değildir. Bunun yanı sıra kişisel teminatlar da vardır ve kişisel teminatlar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kanunda düzenlenmiş sözleşme tipleri ile sınırlı değildir. İnançlı temlikler bunun tipik örneğidir. Vefalı satışlar da kanunda düzenlenmiş bir kurumdur. Vefalı satışlar çok eskiden beri bilinen, uygulanan bir kurumdur. Özellikle 14. ve 15. yüzyıllarda, kilise hukukunun faiz alınmasını yasaklaması sebebiyle, ödünç para bulmakta zorluklar çıkmış, bunun üzerine faiz yasağını bertaraf etmek amacıyla vefalı satışlardan yararlanılmıştır[22]. Aynı şekilde Mecelle'de yer alan "bey'i bilvefa" anlaşmasına, özellikle faiz karşılığı ödünç para vermek amacıyla başvurulmuştur[23]. Görüldüğü üzere vefalı satışların temel uygulama budur; temel amaç faiz karşılığı ödünç para vermek ve bunun teminatı olarak taşınmazın mülkiyetini alacaklıya devretmektir. Vefalı satışlara kanunda cevaz veril-

---

19 1. HD, 02.12.2014, E. 2013/14869, K. 2014/18833; 1. HD, 22.03.2012, E. 2012/225, K. 2012/3207; 1. HD, 29.09.2014, E. 2013/22110, K. 2014/15023 (kararlar için bkz. Kazancı Otomasyon).

20 Vefalı satışlar ile inançlı temliklerin ilke olarak, rehne ilişkin yasal kuralların dolanılması olarak değerlendirilemeyeceği görüşünde: Bülent **Köprülü**/Selim **Kaneti**, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, 282, dn. 30b, 462; vefalı satışlar bakımından bu görüşte: Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988, 13-15; İlhan E. **Postacıoğlu**, İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, 536; **Serozan** ise vefalı satışlar bakımından bu görüşte olmakla birlikte teminaten temlikler bakımından farklı görüştedir: Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, 321-322; **Kuntalp**'e göre de vefalı satışlarda vefa hakkının aslında mülkiyeti geri talep etme hakkını güvence altına aldığı, bu itibarla lex commissoria yasağının kapsamı dışında kaldığı; buna karşılık teminat amacıyla yapılan devirlerin, nesnenin değerinin alacağı aşan bölümünün alacaklı tarafından geri verileceğinin kararlaştırılmamış olması halinde lex commissoria yasağının kapsamına gireceği görüşündedir: **Kuntalp**, 155, 159; aynı yönde: Aslı **Makaracı Başak**, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, 284, 286.

21 İlhan **Helvacı**, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, 272 vd.; **aynı yazar**, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, 137, 142; Saibe **Oktay Özdemir**, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, C. 19-20, Sayı: 1-2, 1999-2000, 673; Bilgehan **Çetiner**, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015, 384.

22 Bkz. **Nomer**, 1.

23 Bkz. **Tekinay**, C. II/1, 13, dn. 3; **Nomer**, 8.

diği halde, bunun temel uygulama alanını göz ardı etmek suretiyle lex commissoria yasağına dâhil edip kurumu pratikte işlevsiz hale getirmek, kanunun amacına uygun bir yorum tarzı olarak kabul edilemez[24].

Vefalı satışın teminat amacıyla kullanılmasına kanunun cevaz vermediğine delil olarak TMK 969'un (eMK 883) gösterilmesi de isabetli değildir. TMK 969'a göre, *"Geri alım hakkı tanıyarak satın almayı meslek edinenler hakkında da, taşınır rehni karşılığında ödünç verenlere ilişkin hükümler uygulanır."* Bu hüküm teminat amacıyla yapılan vefalı satışların kanun icabı teslime bağlı rehin ile teminat altına alınmış ödünce dönüştüğü şeklinde yorumlanamaz[25]. Medeni Kanun meslek icabı yapılan vefalı satışların rehin hükmünde olduklarından bahsetmemiş, sadece bu sözleşmeyi yapanlar hakkında da rehin karşılığı ödünç para verme işiyle uğraşanların tâbi olduğu hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Rehin karşılığı ödünç para verme işini meslek edinebilmek için özel bir işletmenin kurulması ve yetkili makamdan izin alınması gerekir (TMK 962). Bu işletmeler denetime tabi olup gerekli kurallara uymamaları halinde, kendilerine verilen izin geri alınabilir (TMK 963 II). Kanun koyucu TMK 969 hükmü ile, rehin karşılığı ödünç vermeyi meslek edinenlerin vefalı satış sözleşmesi yapmak yoluna başvurarak bu ağır şartlardan kurtulmalarına engel olmak istemiştir. Başka bir ifade ile, bu hüküm vefalı satış sözleşmelerinin teminat amacıyla yapılabileceğini kabul etmiş, fakat meslek icabı yapılanlarının resmi makamdan izin almış işletmeler tarafından yapılmasını öngörmüştür[26].

Sonuç olarak teminat amacıyla yapılan vefalı satışlar, keza borç ödenmediğinde taşınmazın inananda kalmasını öngören inançlı temlikler kural olarak, lex commissoria yasağının dolanılması olarak değerlendirilemez.

---

[24] Kanun koyucu tarafından özel olarak müsaade edildiğinden, kredi temin etmek için geri alım hakkına başvurulmasının kanuna karşı hile teşkil etmeyeceği görüşünde: Şeref **Ertaş**/İlknur **Serdar**/Damla **Gürpınar**, Eşya Hukuku, 11. Bası, İzmir 2014, n. 1758.

[25] **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**; n. 3844; **Tekinay**, 15; aksi görüşte: **Köprülü/Kaneti**, 557; **Helvacı**, İpotek Hakkı, 275-276; **aynı yazar**, Lex Commissoria, 139 vd.

[26] Bkz. **Nomer**, 40 vd.; esasen ödünç para verme işini yapanların izinlerine son verildiği, bu itibarla hükmün uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**; n. 3829.

SOYADI VE İLE İLGİLİ İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA 2013 YILINDA YÜRÜRLÜĞE GİREN DEĞİŞİKLİKLER İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMUN KARŞILAŞTIRILMASI*

(Amendments of The Swıss Civil Law Code In 2013 Regarding The Surname In Comparıson With The Turkish Law)

Prof. Dr. Saibe OKTAY -ÖZDEMİR**

ÖZET

İsviçre'de son yıllarda çıkarılmış ve 2013 yılında yürürlüğe sokulmuş kanunla evlilik sonrası soyadı ve çocukların soyadı konusu yeniden düzenlenmiş ve kadın ile erkek eş arasında var olan eşitliğe aykırı hükümler giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, bu düzenleme dahi soyadı üzerinde kişilik hakkı bulunduğu ve soyadının vazgeçilmezliği ilkesine uygun düşmemektedir. Çünkü evlilik soyadı olarak eşlerin fiilen taşıdıkları soyadının değil de bekârlık soyadının alınmasına izin verilmiş ve yine gerek evlilik içi gerekse evlilik dışı doğan çocuklar bakımından, çocukların ebeveynle aynı soyadı taşımasını mümkün kılmak yerine, çocuğun soyadının ebeveynin bekârlık soyadı olması yolunda bir düzenleme tercih edilmiştir. Türk Hukukundaki düzenlemeler ise hem eşitliğe, hem çocuğun yanında olduğu ebeveynle aynı soyadı taşıması ilkesine hem de kişilik haklarına aykırıdırlar. Eşitliğe aykırı hükümler için Anayasa Mahkemesi önüne gidilmiş olmasına rağmen bu hükümler Medeni Kanunda varlıklarını korumaktadırlar.

Anahtar kelimeler: Soyadı, evlilikte soyadı, kadın eşin soyadı, çocuğun soyadı, eşitlik

Abstract

The Swiss Civil Law Code was amended on 2013 in order to abolish provisions perturbing the equality between spouses with regards to the surname post-marriage of woman and children. Since only the initial surname, not actual surname, is permitted to be the marriage surname of the spouses; furthermore, the amend-

* Akademik hayatımın her aşamasında büyük desteğini gördüğüm ve eserlerinden yararlandığım değerli hukukçu Sayın Hocam Prof. Dr. Cevdet Yavuz için hazırlanan bu Armağan vesilesiyle en içen teşekkürlerimi ve saygılarımı iletmekten mutluluk duyuyorum.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ment specifies the initial surname of the spouse as the surname of children, instead of ensuring that the spouses and the children have identical surnames. It must, however, be admitted that the amendment ignores the inalienability of surname and the personality right thereon. Turkish Law neglects the principle of equality, the right to have identical surname with custodian parent and thus violates the personality rights. Turkish Constitutional Court abstained from annulling such provisions in the Civil Law Code, upon annulment requests.

Keywords: Surname, Surname of marriage, surname of female spouse, surname of children, equality

GİRİŞ

İsviçre'de son yıllarda çıkarılmış ve 2013 yılında yürürlüğe sokulmuş çok sayıda kanunla Medeni Kanunda ve bu bağlamda Aile Hukuku bölümünde önemli değişiklikler yapılmıştır. İsviçre Medeni Kanununda 2013 yılına kadar yapılmış olan tüm değişiklikleri de nazara aldığımızda şu tespiti yapmak mümkündür: Türk Medeni Kanunu 1926 yılında İsviçre Medeni Kanunundan reception (iktibas) yolu ile alındıktan sonra Medeni Hukukun Aile Hukuku bölümünde aradan geçen yıllar içinde yapılan değişikliklerle ve yürürlükten kaldırılmış hükümlerle 1926 yılında neredeyse "ayniyet" derecesinde diyebileceğimiz var olan bağlantı artık kopmuştur[1].

Gelişen yaşam koşullarının ve sosyal yaşamın zorunlu kıldığı şekilde 1984 yılında evlilik hukuku, 1976 yılında nesep hukuku ile ilgili çok köklü değişiklikler yapılmasına ve yine çeşitli yıllarda zorunlu görülen küçük değişikliklerin kanuna eklenmesine rağmen, ülkemizde olduğu gibi İsviçre'nin sosyal yapısının icabı olsa gerek, evlilik yolu ile soyadı alınması ve çocukların soyadı ile ilgili olarak kadın erkek eşitliğine aykırı olan düzenlemelerde köklü bir değişikliğe gidilmemiş[2], hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin soyadı ile ilgili mevzuatını değiştirmediği için İsviçre Hükümeti hakkında verdiği mahkûmiyet kararları söz konusu olmuştur. Nihayet soyadı ile ilgili 30 Eylül 2011 tarihli "Ad ve Vatandaşlık Hakkı" başlıklı Kanunla soyadı konusunda köklü bir değişikliğe gidilerek eşitliğe aykırı düzenleme kaldırılmış ve aşağıda inceleyeceğimiz düzenleme getirilmiştir. Eşitliğe aykırı düzenlemelerin giderilmesi kuşkusuz ilerici bir adımsa da, soyadının kişilik hakkı unsuru olduğunu nazara almayan bir düzenleme yapıldığını görmek şaşırtıcıdır.

Aşağıda İsviçre Medeni Kanununda kanunumuzdaki düzenlemelerden ayrılan "soyadının kazanılması" ile ilgili hükümlerde getirilmiş değişiklikleri ele almadan önce soyadı üzerindeki hakka kısaca değineceğim. Son olarak da kanunumuzdaki düzenlemeyi ve fiili uygulamayı ele alacağım.

---

1 İsviçre'de Medeni Kanunda yapılan değişiklik ve eklemeler Kanunun her bölümünde olmuştur. Kişiler Hukuku, Eşya Hukuku ve Miras Hukuku alanında da köklü değişiklikler yapılmıştır.

2 Kadın eşin erkeğin soyadı yanında kendi soyadını taşımasına veya haklı sebep halinde kadın eşin soyadının da evlilik soyadı olarak kullanılmasına imkân veren hükümler getirilmiştir.

I- Soyadı Üzerindeki Hak

Soyadı, nesilden nesle intikal eden ve bir kişinin bir soya, bir aileye bağlılığını ifade eden addır. Soyadı üzerindeki hak bir kişilik hakkıdır ve kişilik haklarının bütün özelliklerini taşır[3]. Bu bağlamda mutlaktır, devredilemez, vazgeçilemez, uzun süre kullanılmasa dahi sona ermez. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi 1.3.2012 tarih ve E. 2011/51, K. 2012/32 sayılı kararında[4] soyadı konusunda aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

"Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır..."

Adın korunmasına ilişkin MK. m. 26 hükmü, kişilik haklarını genel olarak koruyan 24. madde hükmünün özel bir düzenlemesidir[5].

Bir kişilik hakkı unsuru olarak soyadı hangi bağlamda ve kimden kazanılırsa kazanılsın kazanılmakla şahsa ait kişisel bir hak meydana gelir. Dolayısıyla başka bir soyadı kullanmak için kendi rızası ile seçim yapmayan bir kişi için herhangi bir kurumun gereği olarak başka soyadı alması veya soyadını bırakması yolunda düzenlemeler yapılması kişilik hakkı ihlali olarak görülmelidir.

Soyadı üzerinde tüm insanlar için eşit olması gereken kişilik hakkı sosyal yapının gereği olarak hemen her ülkede[6] kadın ve çocuklar bakımından sürekli ihlale uğramıştır. Gerçekten de kadınların doğumla kazandıkları soyadı evlilik ve boşanmalarla değişen bir niteliğe sahip olmuş ve rızası olmasa dahi içine girdiği aile hukuku statülerinin sonucu olarak soyadını değiştirerek yaşamak zorunda kalmıştır. Aynı şekilde özellikle evlilik dışı doğan çocuklar da baba ile nesep bağı kurulup kurulmamasına

---

3 **K. Oğuzman/Ö. Seliçi/S. Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014, s. 140 vd.; **P. Honsell/N.P. Vogt/T. Geiser**, Basler Kommentar, Zivilgesetsbuch I, 4. Auflage, 2010, Basel-Genf-München, Art. 29, N. 18; **Bucher** (Andreas), Natürliche Personen und Personlichkeitschutz,4. Auflage, 2009, Basel N. 753; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), Ankara, 2000, s. 389; **P. Pichonnaz/B. Foëx**, Commentaire Romand (Art. 1-359), Bale, 2010, Art. 29, N. 1.

4 RG. Tarih-Sayı: 21.07.2012-283601, Kararda MK m. 173'deki "koca" ifadesinin kaldırılması talep edilmiş ancak Anayasa Mahkemesi haklı olarak bu ifadenin kadın eşin istediği zaman mahkeme izni ile kullandığı eşinin soyadının soyadından çıkarılmasını istemesine engel bir hüküm olmadığına karar vermiştir.

5 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 29, N. 1.

6 Avrupa ülkelerindeki Medeni Kanunlarda evlilikte kadın eşin erkek eşin soyadını alması şeklinde düzenlemeler 1970' li yıllardan sonra değiştirilmeye başlamıştır. Bu konuda bak. **S. İ. Çakırca**, Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187'nin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan,Cilt 1, Engin, Baki İlkay, Ed., Oniki Levha Yayıncılık, 2010, İstanbul, s. 703 vd.

göre rızaları söz konusu olmaksızın soyadlarının değişime uğramasına katlanmak zorunda kalmışlardır. Avrupa ülkelerinde bu ihlali en aza indirmek için evliliğin soyadını değiştirmeyi gerekli olan bir kurum olmadığı görüşü doğrultusunda düzenlemeler yapılmış ve yine ailenin ortak soyadı olarak kadının soyadının seçilmesine de imkân verilmiştir. İsviçre bu yenilikleri oldukça geç takip etmiş, Aile Hukukunda 1984 ve takip eden yıllarda (1998 ve 2000'de) yapılmış çok köklü değişikliklere rağmen, soyadı konusundaki düzenleme 2013 yılına kadar kanunun başlangıçta düzenlendiği şekliyle hemen hemen aynı kalmıştır.

Türk Hukukunda da evlilik kadın için eşin soyadını almak ve boşanma sonucunda da bırakmak mecburiyeti[7] getirdiğinden (MK m. 187, m. 173), evlilik ve boşanma soyadını değiştirmeyi gerekli kılan bir sebep olarak görülmekte ve bu yönüyle hem evlilikte eşler arasındaki eşitlik ilkesi hem de soyadının değişmezliği ve üzerinde kişilik hakkı bulunduğu kuralı ihlal edilmektedir.

Anayasa Mahkemesine Türk Medeni Kanununun evlenen kadın eşin, erkek eşin soyadını almasını zorunlu kılan 187. madde hükmünün gerek kadın erkek eşitliğine aykırılığı gerekse de kişilik hakkı ihlali olduğu yönünden yapılan başvurular reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi 10.3.2011 T., E. 2009/85, K. 2011/49 sayılı kararında "*soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır*" ifadeleri kullanılmıştır.

II- İsviçre Hukukunda Eşin Ve Çocuğun Soyadına İlişkin Düzenlemeler

1) Evlilikte Soyadı

a) Düzenlemelerin gelişimi

2011 yılında yapılan değişiklik öncesinde, İsviçre Medeni Kanununda kocanın soyadının aile soyadı olduğu ve evlenen kadının bunu alacağı yönündeki düzenlemede 1983 tarihinde yapılan değişiklikle[8] (İMK. m. 160) kadının evlendirme memuruna yapacağı beyanla kocanın soyadının yanı sıra kendi soyadını da taşıyabileceği kabul edilmişti. Yine 1998'de yürürlüğe giren değişiklikle İMK m. 30'da yapılan değişiklikle[9] haklı sebep varsa kadın eşin soyadının da aile soyadı olarak alınabileceği hükme bağlanmıştı[10]. Eşitlik ilkesini öngören İsviçre Anayasasına aykırı olan

---

7 MK m. 173'e göre, boşanan kadın eş evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

8 RO 1986 122 153 art. 1; FF 1979 II 1179.

9 RO 1986 122 153 art. 1; FF 1979 II 1179.

10 Bu hüküm nedeniyle eşinin soyadını kullanan erkek eşin kendi soyadını kullanma hakkının olmadığı kabul edilmekteydi. Ancak İsviçre'nin Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından ayrımcılık nedeniyle mahkûm edilmesi sonrasında (Hagmann-Hüsler vs. İsviçre Kararı) Kişisel

bu hükümler[11] nihayet 30 Eylül 2011 tarihli "Ad ve Vatandaşlık" başlıklı Kanunla[12] yapılan değişiklik ile çağdaş düzenlemelere uygun olarak evliliğin ad değiştirmeyi gerekli kılan bir kurum olmadığı yönünde düzenleme yapılmıştır. Evlilikte eşlerin soyadlarını bırakma zorunluluğu yüklemeyen düzenleme ile bunun yanında ortak aile soyadını seçme hakkını da tanımıştır. Ancak bu defa ilerleyen bölümde ele alacağımız gibi adın değişmezliği kuralından taviz verilerek bu düzenleme yapılmış ve evlilik soyadı olarak eşlerin fiilen taşıdıkları soyadının değil de bekârlık soyadının alınmasına izin verilmiştir[13].

Yine aynı biçimde gerek evlilik içi gerekse evlilik dışı doğan çocuklar bakımından çocukların ebeveynle aynı soyadı taşımasını mümkün kılmak yerine, çocuğun soyadının ebeveynin bekârlık soyadı olması yolunda bir düzenleme tercih edilmiştir ki, bu düzenlemenin de mantığı anlaşılamamaktadır. Ancak on iki yaşını doldurmuş olan çocuğun rızası alınmaksızın soyadının anne veya babanın isteği ile değişime tabi tutulması önlenmiştir.

İsviçre kanun koyucusunun nazara almadığı soyadının kimden kazanılırsa kazanılsın kullanılmakla şahsa ait olduğu ve kendisine ait bir hakkın kullanımı olduğu için de vazgeçilmezliği olduğudur. Dolayısıyla kişiye ait kullanılan soyadının değil de, kullanılmayan bekârlık soyadının aile ismi olarak kullanılabilmesi ya da çocuğa verilmesi fiilen sahip olunan soyadı üzerine hak sahibi olunmadığına dair bir sonuca götürmektedir ki, bu düşüncenin soyadının kişilik hakkı niteliği ile bağdaşmadığı açıktır.

b) Evlilikte soyadı

Soyadı uzun seneler sonrasında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlardan sonra[14] artık eşler arasında bir eşit olmayan uygulama alanı olmaktan çıkarılmıştır. 1 Ocak 2013'te yürürlüğe girmek üzere 30 Eylül 2011 yılında çıkarılmış ve vatandaşlık hakkını düzenleyen kanunla evlilikte soyadı yeni baştan düzenlenmiştir. Önceki düzenleme evlenen kadının, erkek eşin soyadını alacağı yönünde emredici hüküm taşımakta idi. Evlilik soyadını düzenleme amaçlı olan bu hüküm, erkek eşin soyadının evlilik soyadı olarak alınmasını emredici olarak hükme bağlarken, kadın eşin soyadının alınması imkânını vermemekte, kadın eşe sadece evlilik öncesi taşıdığı soyadını Nüfus Müdürlüğüne bir başvuru yaparak evlilik soyadı yanında taşıma

---

Durum Yönetmeliğinde ilgili değişikliği yaparak, kocanın da İMK m. 30/f.2 uyarınca belirlenen yeni aile adı önünde, önceki soyadını evlendikten sonra da kullanmak istediğini beyan etmesine olanak tanımıştır.

11 İnsanlar arasında ve özel olarak da kadın erkek arasında eşitlik öngören İsviçre Anayasasına rağmen (m. 8) İsviçre Medeni Kanununun soyadı ile ilgili hükümleri Anayasaya aykırı olarak varlık sürdürmüştür.

12 RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851.

13 İsviçre'de eşlerin fiilen sahip oldukları soyadlarının aile soyadı olarak kullanılmasına ilişkin kanun teklifleri Parlamentoda reddedilmiştir. Bak. Çakırca, s. 715 vd.

14 Hagmann-Hüsler vs. İsviçre Kararı, 15.12.1977; Burghartz vs. İsviçre kararı, 22.2.1994

hakkı vermekte idi. İsviçre Medeni Kanununda evli kişilerin soyadını düzenleyen m. 160'da, her ne kadar evlilik soy isminin erkek eşin soy ismi olduğu hükme bağlanmışsa da; ad değiştirme ile ilgili m.. 30da 1984 yılında yapılan 1988'de yürürlüğe giren değişiklikle eğer nişanlılar haklı bir menfaat olduğunu ispat ederek talepte bulunurlarsa evlilikten itibaren kadının soy ismini aile soy ismi olarak taşıyacakları hükme bağlanmıştı[15].

2013 yılında yürürlüğe giren Ad ve Vatandaşlığın düzenlenmesi ile ilgili Kanunla Medeni Kanunun 160. maddesinde yapılan düzenlemeye göre evlenen kişilerden her bir kendi soyadını muhafaza edebilecektir. Ancak eşlerin içlerinden birisinin bekârlık soyadını ortak evlilik soyadı olarak seçme haklarının da olduğu hükme bağlanarak, evlilik sırasında böyle bir bildirimi yapma hakkı tanınmıştır. Bu durumda her iki eş ve çocukları hangi eşin bekârlık soyadını aile soyadı olarak seçmişlerse o soyadına sahip olacaklardır.

Yapılan düzenleme sonrasında Medeni Kanunun 160. maddesinin ikinci fıkrası olarak getirilmiş hükme göre kendi soyadlarını muhafaza etmek isteyen eşler, çocuklarının hangi eşin bekârlık soyadını taşıyacağı konusunda karar vererek bildirimlerinde bunu belirtmek zorundadırlar. Ancak hükme göre Nüfus Müdürlüğü uygun gördüğü hallerin varlığı durumunda eşleri bu bildirimi yapmaktan muaf tutmak hakkına sahiptir.

İsviçre Medeni Kanunu m. 160'a göre bu bildirimler evliliğin yapıldığı sırada Nüfus Müdürlüğüne yapılacak olup, daha sonra bu bildirimin değiştirilmesi hakkı verilmemiştir. Evlilik kurulduğunda yapılan bu bildirimlere göre kazanılan soyadının değiştirilmesi ancak genel hüküm niteliği olan İMK. m. 30'a göre adın değiştirilmesi prosedürü ile mümkün olacaktır.

Yine bu düzenlemede ortak aile adının seçilmesi durumunda soyadı seçilmeyen tarafa kendi soyadını da ortak soyadı yanında taşıma hakkı verilmemiş görünmektedir.

c) Boşanma ve eşin ölümü halinde diğer eşin soyadı

İsviçre Medeni Kanununun 119. maddesine göre boşanma sonrasında evlilik sırasında soyadını değiştiren kişi bu soyadını isterse herhangi bir izin alma ihtiyacı duymadan korur, isterse de nüfus müdürlüğüne bekârlık soyadını korumak istediğine ilişkin bildirimde bulunarak soyadını değiştirir. Bu hak herhangi bir süre ile sınırlanmış değildir. Boşanan eş bu hakkını boşanma sonrasında herhangi bir zaman diliminde kullanabilir. İsviçre Medeni Kanunu m. 30a'ya göre aynı şekilde eşinin ölümü üzerinde de evlilik sırasında soyadını değiştiren diğer eş, nüfus müdürlüğüne bildirimde bulunarak bekârlık soyadını alacağını bildirebilir.

---

15 Bak. **S. Oktay Özdemir**, Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler, Prof. Dr. Z. İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 289 vd.

Bu bildirim de herhangi bir süreye tabi değildir. Ölümden sonra sağ kalan eş istediği bir zaman diliminde bu talepte bulunma hakkına sahiptir.

2) Çocukların Soyadını Kazanmaları

İsviçre'de evlilik sırasında soyadının değiştirilmesi ile ilgili yapılan değişiklikler çocukların soyadı ile ilgili düzenlemelerin de değiştirilmesi ile sonuçlanmış ve 2013 yılı başında yürürlüğe girmek üzere 30 Eylül 2011 tarihli "Ad ve Vatandaşlık" kanunu çıkarılmış ve Medeni Kanunun 270-276. maddelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Önceki düzenlemelere göre evlilik içi doğan çocuk, aile soyadı olduğu için babanın soyadını almakta idi. Evlilik dışı doğan çocuk ise annenin soyadını almakta, anne eğer önceki evliliği nedeniyle çift soyadı taşımakta ise çocuk, annenin ilk soyadını almakta idi (eİMK m. 270). İstisnai olarak annenin soyadı aile soyadı olarak seçilmişse çocuğun soyadı bu soyadı olabilmekte idi. eİMK 271. maddeye göre evlilik dışı doğan çocuğun velayeti babaya verilmişse çocuğun babanın soyadını alma hakkı bulunmakta idi.

Yeni düzenleme sonrasında İsviçre Medeni Kanununun 270. maddesine göre evlilik sırasında soyadlarını muhafaza eden çiftlerin çocukları bu çiftin evlilik sırasında çocuklarına vereceklerini bildirdikleri eşin soyadını alacaktır. Eğer eşler evlilik sırasında ortak soyadı seçmişlerse doğan çocukları da bu soyadını alacaktır.

Hükmün ikinci fıkrasına göre eşlerin birinci çocuklarının doğumunu izleyen bir yıl içinde birlikte başvurması halinde çocuğun diğer eşin soyadına geçirilmesi mümkündür.

İsviçre Medeni Kanununun 270a maddesine göre evli olmayan anneden doğan çocuk annenin bekârlık soyadını alacaktır.

2012 yılında 270a hükmüne eklenen[16] bir fıkra ile çocuğun korunması ile görevli makamın[17] evli olmayan anne babaya ait çocuğun velayetini her iki eşe bırakması halinde[18] anne ve babanın bir yıl içinde Nüfus Müdürlüğüne birlikte başvurarak çocuğun babasının soyadını taşımasını istediklerini belirtmeleri halinde çocuğun babanın soyadına geçeceği hükme bağlanmıştır. Aksi halde çocuğun, velayetine sahip

---

16 RO 2012 3227

17 2008 yılında getirilmiş düzenleme ile vesayet kurumu kaldırılmış ve gerek yetişkinler gerekse de çocuklar için koruma makamları oluşturulmuştur.

18 İsviçre Medeni Kanununun 134. maddesine göre boşanma sonrasında da "hâkim eşlerin ortak talebi üzerine, çocuğun menfaati ile çatışmamak ve eşlerin çocuğun kalmasına ve bakım masraflarına ilişkin yükümlülüklerin nasıl paylaşılacağına ilişkin aralarında yapılmış bir anlaşmayı onay için sunmuş olmaları kaydıyla velayetin ortak kullanılmasına da karar verebilir".
Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu m. 298/2 hükmüne göre evlilik dışı doğan çocuğun velayeti eğer anne baba bu konuda anlaşma sağlarlarsa ve çocuğun menfaatine aykırı bir durum olmaz ise ortak olarak verilebilmektedir

olan tarafın bekârlık soyadını taşıması gerekmektedir. Eğer çocuğun velayeti anne veya babaya verilmemişse, ya da anne baba babanın soyadının taşınacağına karar vermemişlerse çocuk annenin bekârlık soyadını taşıyacaktır.

Eğer çocuk sadece baba yanında kalmakta ise babanın bu bildirimi tek başına yaparak çocuğun soyadını kendi soyadı ile değiştireceği de yine bu hükümde üçüncü fıkra olarak düzenlenmiştir[19].

Kanuna 270b hükmü olarak getirilmiş düzenleme ile çocuğun on iki yaşına gelmesinden sonra kendi rızası olmadan soyadının değiştirilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Çocuğun vatandaşlığı kazanma hakkı da adını taşıdığı ebeveynin vatandaşlığına bağlanmış ve Medeni Kanununun 271. maddesinde yapılan değişiklikle çocuğun soyadını taşıdığı ebeveynin vatandaşlığını alacağı hükme bağlanmıştır.

Çocuğun diğer ebeveyninin soyadını alması halinde bulunduğu vatandaşlıktan soyadını aldığı ebeveynin vatandaşlığına geçeceği hükme bağlanmıştır.

3) Hükümlerin Değerlendirilmesi

a) Evlilikte eşler arasındaki eşitlik yönünden

Görüldüğü gibi İsviçre'de yapılan yeni düzenlemeler tüm Avrupa ülkelerindeki eğilimlere[20] uygun olarak evliliğin soyadını değiştirmeyi haklı kılan bir durum olmadığını kabulle yapılmış ve eşlere ya içlerinden birisinin soyadını ortak soyadı seçme ya da kendilerininkini muhafaza etme hakkını tanımıştır. Böylece evliliğin eşler arasında farklı uygulama yapılmasına neden olan bir kurum olmasının ve erkek-kadın eşitliğine aykırı uygulamalar yapılmasının önü kapatılmıştır.

Gerçekten de kaynak kanunumuz olan İsviçre'de çok uzun yıllar boyunca soyadı yönünden eşler arasında eşit olmayan uygulama yapılmış ve evlilik soyadı olarak erkek eşin soyadı seçilmesi mecburiyeti getirilmiştir. 1998 yılında İMK m. 30'da yapılmış değişiklikle kadın eşin soyadı ancak haklı sebeplerin varlığının ispatlanması halinde aile adı olarak kullanılabilmekte idi.

---

19 Böylece çocuğun yaşadığı kişi ile aynı soyadını almasının amaçlandığı anlaşılmaktadır ki bu haklı bir tutumdur.

20 Almanya'da 1.4.1994 tarihinde yürürlüğe giren 16.12.1993 tarihli Aile Adı Hakkında Kanun (*Familiennamensrechtsgesetz*) ile BGB §1355'te yer alan, eşlerin ortak aile adı taşıması düzenlemesi emredici bir hüküm olmaktan çıkarılmıştır. Aile adı ya kadının ya da kocanın soyadından oluşacağı veya eşlerin aile adı almadan soyadlarını koruyacakları hükme bağlanmıştır. İkili soyadı sistemi çok uzun olabileceği gerekçesiyle kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. Geniş bilgi: Çakırca, s. 733. vd.

b) Soyadı üzerindeki kişilik hakkı yönünden

Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu ortak soyadının ne olacağı konusunda oldukça tutucu davranmış ve evlenme sırasında ortak aile adı olarak eşlerin o sırada sahip olduğu soyadının değil, doğumla kazanılmış bekârlık soyadının aile adı olarak alınmasına izin vermiştir. Hâlbuki Kanunun 30a ve 119. maddeleri nazara alındığında görülmektedir ki, eşler evlilikleri boşanma ya da ölümle sona ermiş olmasına rağmen evlilik soyadlarını muhafaza edebilmekte ve eğer evlilik sırasında diğer eşin soyadını almışlarsa bekârlık soyadından uzaklaşmış olabilir. Yaşamını bu soyadı ile yıllarca sürdürüp kariyerini oluşturduktan sonra eğer ikinci bir evlilik yapmayı tercih ederse bu defa kendisini tanıttığı soyadını bırakarak bekârken taşıdığı soyadını dönmek zorunda kalacaktır.

Almanya'da Aile Adı Hakkındaki Kanunda var olan ve eşlerin fiilen taşıdığı soyadının değil bekârlık soyadının ortak aile adı olarak seçilmesine imkân veren düzenleme 2004'de Alman Anayasa Mahkemesinin kararı ile iptal edilmiştir. Mahkeme, eşlerin aile adı seçiminde sadece doğum ile kazandıkları soyadlarını kullanabilmelerini, bir önceki evlilikleri yoluyla kazandıkları soyadını bir sonraki evliliklerinde aile adı olarak seçememelerini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. 6.2.2005 tarihli, BGB §1355 II'yi değiştiren kanun ile kadının veya erkeğin doğum ile kazandığı soyadı gibi evlenmeden önce kullandığı soyadının da aile adı olarak seçilebilmesine imkân verilmiştir.

Görüldüğü gibi İsviçre Kanun koyucusu soyadının kişiye bağlı ve değişmez bir hakkın kullanımı[21] olduğunu kabul eden bir eğilim sergilememektedir. Alman kanun koyucunun tersine bir tutumla, eşlerin ortak soyadı olarak kendi fiilen taşıdıkları soyadını değil, bekârlık soyadını alabilmelerine imkân vermesi soyadının değişmemesindeki haklı çıkarı ve soyadı üzerindeki kişilik hakkını göz ardı etmek manasındadır. Yakın gelecekte bu düzenlemenin ya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aleyhe bir davaya konu olması ya da yasa koyucu tarafından tekrar değiştirilmesi beklenebilir.

Aynı düşünce şekli, çocuklara verilen soyadı konusunda kanımca daha vahim sonuçlar doğurmuştur. Bu düzenlemeler İsviçre Federal Mahkemesinin çocuğun soyadı ile ilgili geçmişte verdiği ve çocuğun menfaatlerini ileri derecede koruyan kararlarının[22] da gerisinde kalmıştır. Gerçekten de İMK. m. 270a'da yer alan ve evli

---

21 Ad üzerinde bulunan kişilik hakkı soyadı üzerinde de var olduğundan kanunun sadece MK m. 26 ile ihlale karşı koruma getirmesi ancak değişmezliği sağlamaması kişilik hakkının niteliğine aykırı sayılmadır.

22 Soyadı konusunda aynı düzenlemelere sahip olduğumuz İsviçre'de Federal Mahkeme'nin yeni düzenleme öncesinde çocuğun menfaatlerini nazara alan çözümler yarattığını görüyoruz. Federal Mahkeme Medeni Kanunda soyadı ile ilgili değişiklik öncesinde çocuğu ile aynı soyadını taşımayı haklı sebep sayarak, adın değiştirilmesi imkânına dayanmak suretiyle boşanmış bir kadının eski kocasının soyadını taşımasına müsaade etmiştir: BGE 81 II 404=JdT 1956 I 450; JdT 1974 I 352 Yine Federal Mahkeme boşanma sonrası annesi ile yaşayan çocuğun annesinin soyadını almasını haklı görmekte ve İMK. m. 30'u (MK m. 27) uygulayarak çocuğun soyadını anne ile benzer kılmıştır: BGE 121 III 145; 124 III 401. Yine başka bir kararda, evlilik dışı çocuğa annenin soyadının verilmesini öngören İsviçre Medeni Kanunu m. 270'deki hüküm (MK m. 321)

olmayan kadının doğurduğu çocuğun soyadının annesinin bekarlık soyadı olacağını hükme bağlayan düzenleme oldukça şaşırtıcıdır. Çocuğun birlikte yaşadığı kişi ile soyadı benzerliğinin bulunmasında oldukça büyük menfaatleri vardır. Annenin eşinin ölümü veya boşanması halinde soyadını muhafaza edeceğini hükme bağlayan düzenlemelere göre anne evlilik nedeniyle bekârlık soyadından uzaklaşmış olabilir. Bu durumda kendisinin evlilik yolu ile kazandığı soyadını kullanması, evlilik dışı doğurduğu çocuğuna ise taşımadığı halde bekârlık soyadının verilmesi çocuğun bir soyadı kazanmasını sağlarsa da, menfaatlerini koruyan bir soyadı sağlamadığı açıktır.

İMK. m. 169 ve m. 30a'ya göre gerek boşanma sonrasında gerekse de eşinin ölümü sonrasında evlilik soyadı olarak soyadı kullanılmayan tarafın her zaman nüfus müdürlüğüne başvurarak bekarlık soyadına dönme imkanının olması da var olan sakıncaları bertaraf etmemektedir. Çünkü annenin kendi mesleki ve sosyal yaşamında taşıdığı soyadı ile kendisini tanıtmış olması çocuğunu edindikten sonra da bu soyadına dönüş yapmasına haklı olarak imkân vermeyecektir. Kaldı ki böyle bir dönüşün olması dahi istenmediği durumda adın değişmezliği kuralının ihlali anlamına gelmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin çocuğun yaşadığı ebeveynle soyadı benzerliğini sağlamak amaçlı ad değiştirme taleplerini haklı sebep kabul ederek annenin ikinci eşinin soyadının birinci eşten olan çocuğa verilmesini kabul ettiği kararlar olduğu[23] hatırlandığında yeni kanuni düzenlemenin annenin fiilen taşıdığı soyadına bağlı kalmamasının geriye gidiş olduğu görülmektedir. Başka bir yönüyle kanun koyucunun yargının açtığı yoldan gitmediğini de belirtebiliriz.

III- Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler

1) Evlenen Eşler Yönünden

Türk Medeni Kanununda evlilik soyadını düzenleyen hüküm artık Avrupa ülkeleri arasında tek kalmış sistemin ürünüdür. Medeni Kanunun 187. maddesi evlenen kadının, erkek eşin soyadını alacağı yönünde emredici hüküm taşımaktadır. Evlilik soyadını düzenleme amaçlı olan bu hüküm, erkek eşin soyadının evlilik soyadı olarak

---

İMK. m. 30 (MK m. 27) vasıtasıyla aşılarak, çocuğa koca olmayan babanın soyadı verilmesi uygun görülmüştür. JdT 1996 I 655; JdT 1980 I 127; JdT 1972 I 29; JdT 1980 I 26. Yine baba ile yaşayan evlilik dışı çocuğa babanın soyadının verilmesi Federal Mahkeme tarafından haklı bulunmuştur: JdT 2007 I 119. Bir başka kararda, boşanma sonucu anneye bırakılmış çocuğun, annenin yeniden evlenmesi halinde yeni eşin soyadını alması konusundaki talebin haklı sebebe dayandığı kabul edilmiştir BGE 104 III 401; JdT 1999 I 219. Bu konuda değerlendirmeler için bak. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-**Özdemir, s. 118 vd. Yazarlar ana ve babanın birlikte yaşamadığı halde menfaatler çeşitli şekillerde tezahür edebildiğinden bu soruna ilişkin bağlayıcı bir kural yerine, ya çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn ile soyadı benzerliğine imkân tanınması ya da hâkime her somut olayda çocuğun menfaatine göre karar verme imkânı tanınmasının uygun çözüm olacağını belirtmektedirler: s. 119.

23 BGE 104 III 401; JdT 1999 I 219

alınmasını emredici olarak hükme bağlarken, kadın eşin soyadının alınması imkânını vermemekte, kadın eşe sadece evlilik öncesi taşıdığı soyadını nüfus müdürlüğüne bir başvuru yaparak evlilik soyadı yanında taşıma hakkı vermektedir[24].

Görüldüğü gibi hüküm evliliğin getirdiği sonuçlar bakımından kadın ve erkek arasında farklı bir düzenleme taşımaktadır ve eşitliğe aykırıdır[25].

Anayasa'nın "Aile, Türk toplumunun temelidir" hükmünü içeren 41. maddesine 3.10.2001 T. ve 4709 sy. Kanunla eklenen "aile…. eşler arasında eşitliğe dayanır." hükmünü getiren düzenleme karşısında[26] Medeni Kanundaki bu değişikliklerin yapılması Anayasa gereği olduğu gibi, Avrupa Topluluğu Üyesi olmak için hazırlanan Ulusal Programdaki taahhütlerimizin yerine getirilmesi açısından da gerekli idi.

Anayasa Mahkemesi bu konuyu birkaç kez görüşmesine rağmen iptal kararı vermemiş, her defasında farklı gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık bulmamıştır[27]. Ancak ilginçtir ki, çocukların soyadı ile ilgili olmakla beraber Anayasa Mahkemesi 8.12.2011 tarih, 2011/119 E. ve 2011/165 K. sayılı kararında[28] eşler arasında eşitliği vurgulamıştır. Hüküm fıkrasındaki ifadeler aşağıdaki gibidir:

"..Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine[29] aykırıdır, iptali gerekir".

---

24 Bu düzenleme 1926 tarihli Medeni Kanun'a 1997 yılında yapılan değişiklikle girmiş ve toplumsal yaşamda kanuna aykırı olarak evlilik öncesi soyadını fiilen taşıyan evli kadınların durumunu da hukuka uygun hale getirmişti.

25 **Saibe Oktay-Özdemir**, "2002 Tarihli Türk Medeni Kanunu Ne Kadar Yenidir?", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, Editör: Ali Çivi/Denise Unkan, İstanbul, 2007, s. 58.

26 Türkiye'de "kadın erkek eşitliği" düzenlemesi kanun önünde eşitlik ilkesini getiren 10. maddede yapılmak gerekirken, önce sadece Anayasa'da aile ile ilgili 41. maddeye eklenen "eşler arası eşitlik" ifadesiyle, yani ailede eşitlik ile sınırlı olarak geçiştirilmiştir. 1 Ocak 2002'ye kadar Medeni Kanun'da kadın erkek eşitsizliği yaratan birçok hükmün yürürlükte olduğu düşünüldüğünde, Anayasa'da yapılan değişiklikle aile içinde kadın erkek eşitliğini getirmek bakımından önemli bir adım atıldığı söylenebilir. Daha sonra yerinde bir düzenleme ile 7.5.2004 de 5170 sy. Kanunun 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesine eklenen 2. fıkra ile "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür" hükmü getirilmiş ve bu konuda Devlete önemli bir sorumluluk yüklenmiştir.

27 Bu konuda bilgi ve değerlendirmeler için bak. Çakırca, s. 708 vd.

28 RG. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204.

29 Anayasanın 10. maddesi; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./l. mad) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür..."
Anayasanın 41.maddesi; "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır..."

Bu gerekçenin eşlerin soyadı ile ilgili verilen kararlarda yer almaması tuhaf bir çelişki arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde yapılan bir şikâyet nedeniyle verilen kararda[30] AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye Devletler arasında önemli bir hedef olduğunu vurgulayarak, Bakanlar Komitesinin yayınladığı iki metne işaret etmiştir[31]. Mahkeme, bu metinlerin üye Devletlerde, aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı kaldırmasını zorunlu kıldığını belirtmiş ve devamla, Avrupa Konseyine üye devletlerde, eşlerin aile adı seçiminde eşit haklara sahip olduklarını, Türkiye'nin evlenmekle kadının otomatik olarak soyadını değiştirmesini yasalarla öngören tek ülke olduğunu; evlenince soyadını değiştirmek istemeyen kadınların çıkarlarının dikkate alınmamış olduğunu belirtmiştir. Türkiye'de Kasım 2001'de yapılan Medeni Kanun değişikliğinin amacı ailede eşleri eşit haklara sahip konuma getirmek olduğu halde, evlendikten sonraki aile adına yönelik, kadınları kocalarının soyadlarını almaya zorlayan kuralların değiştirilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi olamayacağı tespitinde bulunan AİHM, söz konusu farklı muamelenin 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Diğer yandan Türkiye'nin de onayladığı ve sözleşmeyi imzalarken koyduğu önemli çekinceleri kaldırdığı "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" (CEDAW) hükümlerinin de kadın ve erkek arasında ayırımcılık yaratan soyadı konusundaki bu hükmü değiştirme yükümlülüğü doğurduğu hatırlandığında Medeni Kanun m. 187 hükmünün değiştirilmesi gereği sonucu çıkmaktadır[32]. Ka-

---

30 AHİM, 4. Daire, Ünal Tekeli – Türkiye Davası, Başvuru No. 29865/96, Karar: 16.11.2004, No. 571 – Strasbourg.

31 Medeni Kanunda Eşlerin Eşitliğine ilişkin 27 Eylül 1978 tarihli ve 37 sayılı karar; Cinsiyet Ayrımına Karşı Yasal Korumaya İlişkin 5 Şubat 1985 tarihli ve 2 sayılı Tavsiye Kararı.

32 Aynı konuda bak. **N. Moroğlu**, Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın-Erkek Eşitliği İle İlgili Düzenlemeler, Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde T.C. Anayasası ve Kadın- Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara, 2000, 57 vd. 10.3.2011 T., E. 2009/85, K.2011/49 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında kullanılmış aşağıdaki ifadeler, CEDAW'ın engellemek istediği "Kültürel Görecelilik" kavramının karara dayanak yapıldığını açıklamaktadır: "…Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır…. İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır». Bu kararda kullanılan kadın erkek eşitliğine aykırı ifadelerin ve mantığa aykırı gerekçelerin eleştirisi: **Serozan**, II. Başlık, § 1, N. 6c. Nitekim Ankara 5. Aile Mahkemesi, E. 2009/293, K. 2009/1359 sayılı kararında, davacının evlenmeden önceki soyadını, kocasının soyadından bağımsız olarak kullanma talebini, "Kadın evlendiğinde kocasının soyadını alır' hükmü, evlilik içerisinde hak ve yükümlülükleri bakımından kocayı kadın karşısında üstün kılmaktadır ve Anayasa'nın 10'uncu maddesi 2'nci fıkrasındaki kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin temel düzenlemeye açıkça aykırıdır. Kadına karşı her türlü ayrımcılığın önüne geçmek adına, kadın evlendiği

nun koyucu bu gerekliliği yerine getirmese de Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucu verdiği kararında MK. m. 187'nin Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir[33]. Bu karardan sonra Yargıtay tarafından kadın eşin kendi soyadını evlilik soyadı olarak kullanma istemli açtığı davalarda bu yönde karar verilmektedir[34].

2) Çocuklar Yönünden

a) Medeni kanun ve nüfus hizmetleri kanunu düzenlemeleri

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun çocuğun soyadını düzenleyen 321. maddesi *"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır"* **düzenlemesini taşımakta ve doğan tüm çocukların soyadını hangi yolla kazanacağı hükme bağlanmaktadır.** Evlilik içinde doğan çocuk, babasının soyadını doğar doğmaz kazanır (MK m. 321, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 22). Bu hüküm emredicidir, şu veya bu şekilde çocuğa başka bir soyadı verilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar da babanın soyadını alır (MK m. 285, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 22). Evlilik dışında doğan çocuğun soybağı, ana ve babanın evlenmesiyle (MK m. 292) düzelmişse, çocuk ailenin soyadını alır.

Medeni Kanun m. 321'deki düzenlemenin bir kısmı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edildiğinden şu an için anne ve babanın evli olmaması hali için Medeni Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İptalden önce MK. m. 321'de ana ve baba birbirleriyle evli değilse, doğan çocuğun ananın soyadını taşıyacağına ilişkin hüküm bulunmakta idi[35]. Hiçbir istisnaya yer vermeyen hüküm[36] Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edildikten sonra[37] çocuğun anne babanın evli olmaması halinde

---

takdirde sadece kızlık soyadını kullanabilir." şeklindeki bir gerekçe ile kabul etmiştir. Bu kararı takip eden birkaç yerel mahkeme kararından sonra Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu kabul ederek kadın eşin soyadının tek başına kullanılmasının önünü açmıştır.

33 2013/2187 başvuru sayılı 19.12.2013 tarihli karar: RG, 7.1.2014-28875.

34 Yarg. 2. HD., 9.6.2015, 8508/12061; Yarg. 2. HD., 28.4.2015, 20471/8704 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası)

35 **Oktay-Özdemir**, Eşitliğe Aykırı Hükümler, s. 296 vd. Bu düzenleme sırasında Yarg. 2. HD., 22.12.2003, 16107/17028 sayılı kararında bu sonuca uygun bir yorum yaparak babası ile soybağı kurulan çocuğun annesinin açtığı soyadı değişikliği davasında husumetin babaya yönlendirilerek MK m. 27'deki ad değiştirme hakkının kullanılması gerektiğini, başka yolla adın değiştirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

36 İsviçre MK m. 272'de yukarıda belirtiğimiz değişiklik öncesinde de çocuğun babanın velayetine verilmesi halinde babanın soyadını taşımasına izin verileceği yönünde hüküm bulunmaktadır.

37 Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009 T., E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı kararı ile bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "… evli değilse ananın …" ibaresi iptal edilmiş olup, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 7/10/2009 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

soyadının ne olacağı sorunu diğer kanunların düzenlemelerine ve Medeni Kanun'daki babalığa ait genel hükümlere bırakılmış görünmektedir. Anayasa Mahkemesine iptal kararı öncesinde de MK. m. 337 ile ilgili başvurular yapılmıştı. Mahkeme, 3.11.2008 tarihli E. 2005/53, 2008/161 K. sayılı kararında[38] ebeveynin soyadını kullanma hakkının velâyetin değil öncelikle soybağının bir hukuki sonucu olduğu belirtilmiş ve bu nedenle evli olmayan çiftlerin çocuklarının annenin velayetine tabi olması ve onun soyadını almasında bir sakınca bulunmadığına hükmedilmiştir.

25 Nisan 2006'da kabul edilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesine göre, babaları tarafından tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun nüfus kaydının ne şekilde tutulacağına ilişkin prosedür kanunu olması nedeniyle, bu konuda maddi hukuk kurallarını koymuş olan Medeni Hukuk kuralını değiştiremeyeceğini, böyle bir hükmün ancak Medeni Kanun'da yer alması halinde tanınan çocuğun babasının soyadını kazanacağını düşünmekteyim39. Ancak uygulamada bu kanuna göre hareket edildiği kesindir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmelikte tanıma ya da babalık davası sonucu babalığa hüküm verilmesi halinde babanın soyadının alınmasına imkân tanıyan düzenleme ile birlikte, eğer bu durumlardan biri yoksa annenin soyadının alınacağına dair düzenleme vardır (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28; Nüfus Hizmetlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 23, m. 103, m. 109)[40]. Hakları belirleyen kanunun Medeni Kanun olması gerekliliği nedeniyle iptal kararının içeriğine uygun bir düzenlemenin Medeni Kanun'da yapılması ihtiyacı vardır. Diğer yandan bu durumda MK m. 321'deki 2. cümlenin düzenlemesi de anlamsız kalmıştır. Buradaki hükme göre, anne önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa evlilik dışı doğan çocuk annenin bekârlık soyadını alacaktır . Bu hüküm anne tek soyadı taşımakta ise ister evli isterse bekâr olsun evlilik dışı çocuğuna bu soyadını vereceği şeklinde anlamaya müsait ise de, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 23. maddesi her halükârda evlilik dışı doğan çocuğa annenin bekârlık soyadının verileceğini hükme bağlamaktadır.

b) Soyadı Kanunu m. 4'ün iptalinin etkisi

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, Medeni Kanun düzenlemelerine göre doğan çocuk babasının soyadını kazanmaktadır. Hukukumuzda soyadı seçimle değil, ilk olarak

---

38 RG. Tarih-Sayı: 27.03.2010-27534.

39 **Oktay-Özdemir**, Eşitliğe Aykırı Hükümler, s. 298 vd.

40 Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına kadar Medeni Kanun'da olması gereken düzenlemenin başka bir kanun ve yönetmelikle yapılması gibi tasvip edilemeyecek bir düzenleme vardı. Bugün için de, evli olmayan anne babadan doğan çocuğun anne soyadını alacağına ilişkin düzenleme Yönetmelik gibi alt bir norm ile getirilmiş durumdadır: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 209.

doğumla veya Soyadı Kanunu m. 8 ve Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 19'un verdiği yetki ile istisnaen idari kararla[41] kazanılmaktadır. MK. m. 321 ve Nüfus Hizmetleri Kanunu soyadının kazanılmasını ve doğan çocuğun soyadsız olarak kayıt olmamasını zaten sağlamaktadır.

Çocuğun soyadının babaya bağlı olarak kazanılmasından sonra velayete bağlı olarak değişip değişmeyeceği sorunu yanlış olarak Soyadı Kanunu m. 4 ile ilişkilendirilerek çözülmeye çalışılmıştır.

Anayasa Mahkemesi boşanma sonucunda velayeti anneye verilen çocuğun soyadının da anne soyadı ile değişmesi ile ilgili olarak yapılan iptal talebini kabul ettiği 8.12.2011 tarih, 2011/119 E. 2011 /165 K. sayılı kararında Soyadı Kanununun 4. maddesini iptal etmiştir[42].

Soyadı Kanununda soyadının ilk defa ve seçme yoluyla kazanılması düzenlenmektedir. Gerçekten de 2525 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yer alan *"(…) Kanunla mevcut bütün soyadlarının* nüfus kütüklerine yazdırılması ve soyadı olmayanların yeni bir ad seçerek bunu yazdırması mecburiyeti konmuştur (…)" ifadelerinden, bu Kanun'un ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içerdiği açıkça anlaşılmaktadır. Kanunun 4. maddesi de, evli bir kişi boşanmış ve velayet anneye verilmişse, çocuğun soyadının (ki o zamana kadar soyadı seçilmemiştir), "soyadının seçimi" yolu ile kazanılmasına ilişkin hükümdür ve bu durumla sınırlı olarak uygulanır. Kanunun Medeni Kanundan bağımsız uygulama alanı olamayacağından 1926 tarihli olan ve aile ilişkilerini düzenleyen Medeni Kanundaki esaslara uygun düzenleme taşımalıdır. Soyadı Kanunu her ergin insana dilediği soyadını seçme hakkı vermektedir. Aile olanlarda da aile reisine bu görev verilmiştir (m. 4). Kimsenin soyadsız kalmaması için de kanunun 8. maddesinde "*Soyadı seçme işlerinde çıkacak ihtilafları halletmek ve kendiliklerinden soyadı seçmeyenlerle anası babası belli olmayan çocuklara ad takmak ve bir adın kanunun istediği şekle uygun olup olmadığı hakkında karar vermek salahiyeti*

---

41 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s.113.

42 RG. Tarih-Sayı: 14.2.2012-28204
Anayasa Mahkemesinin kararının hüküm fıkrası aşağıdaki gibidir:
"..Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. Maddelerine aykırıdır, iptali gerekir".
Kararın gerekçeleri de aşağıdaki gibi özetlenebilir:
-2525 sy. Kanunun 4. maddesinin gerekçesinde 4721 sy. Medeni Kanunda yer almayan "koca ailenin reisidir" hükmüne dayanılmaktadır
-Soyadı Kanunu istisnai de olsa uygulanabilir.
-Soyadı Kanunu m. 4, gerek Medeni Kanundaki, gerek uluslararası düzenlemelerdeki gerekse de Anayasadaki eşitlik hükümlerine aykırıdır.
-Soyadı seçme velayete bağlı bir haktır.
-Velayet hakkı eşit yetkiler vermek zorundadır. Velayet değiştiğinde soyadı da değişmelidir.

ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna aittir" hükmü getirilmiştir.

Ergin olmayanlar bakımından m. 4'te Medeni Kanunda getirilmiş soybağı esasına göre düzenleme yapılmadığı, seçme esasına göre düzenleme yapıldığı görülmekte ise de; uygulama bakımından Medeni Kanun esaslarının nazara alındığı ve seçme eylemi ile kayıt edilmenin ifade edildiği düşünülmektedir. Gerçekten de Kanun "seçme" ifadesini kullanmakta ise de burada ifade edilenin kendi soyadını çocuğa da verme olduğu, çocuk için bağımsız bir soyadı uygulamasına gidilmediği anlaşılmaktadır43.

Sonuç olarak belirtelim ki, soyadı Türk Hukukunda velayete bağlı düzenlenmemiştir. O halde evlilik içinde ortak velayete göre düzenlenmeyen soyadı, evlilik sona erdiğinde velayete bağlı olarak değiştirilemez. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin Soyadı Kanunu m. 4'ü iptal ederken boşanma sonucunda velayeti annesine verilmiş çocukların soyadının da velayete bağlı olarak değişeceğini varsayması, buna engel olarak da Soyadı Kanunu m. 4'ü görmesi yerinde değildir. Kaldı ki açıkladığımız gibi Soyadı Kanunu m. 4'ün amacı da velayete bağlı olarak soyadının kazanılmasını düzenlemek değil, boşanmış ailelerde velayeti anneye verilmiş çocuğa soyadı seçmektir. Haklı olarak kanun koyucu bu seçimi de Medeni Kanun'un genel sistemine uygun olarak soybağına bağlı bir sistemle düzenlemiştir. Soyadının seçimini sağlamak amaçlı çıkarılmış ve uygulama olanağı kalmamış Kanunun 4. maddesinin iptali pozitif hukuk düzeninde hiç bir sonuç doğurmayacaktır.

Yukarıda belirttiğim bu esaslar Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.3.2015 tarihli E. 2013/18-1755, K. 2015/1039 sayılı kararında44 gerek Soyadı Kanunu m. 4'ün iptal kararı gerek Medeni Kanun hükümleri değerlendirildikten sonra doğru bir çözümle aşağıdaki gibi özetlenmiştir:

"Uyuşmazlık; eşinden boşanan kadının, evlilik birliği içerisinde doğan ve velayeti kendisine ait olan küçük çocuğunun; boşandığı kocasının değil kendisinin soyadını kullanmasına ya da her iki soyadını birlikte kullanmasına izin verilip verilemeyeceğine ilişkindir. Somut olayda soyadının değiştirilmesi istenen çocuğun doğum günü olan tarihte çocuğun anne ve babası resmen evlidir. Çocuk evlilik içinde doğmuştur ve Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesine göre babanın soyadını almıştır. Çocuk reşit oluncaya kadar veya baba Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak soyadını değiştirmedikçe soyadı değiştirme mümkün değildir. Sadece boşanma ve velayet hakkı anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermez".

---

43 **S. Oktay-Özdemir**, Anayasa Mahkemesinin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih, 119 /165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 183 vd.

44 Yarg. HGK., 13.3.2015, 18-1755/1039 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

KİRA BEDELİ ARTIŞINA İLİŞKİN SÖZLEŞME ŞARTLARI ve SÖZLEŞME UYARINCA GERÇEKLEŞEN KİRA BEDELİ ARTIŞININ KİRA TESPİT DAVASI SONUCUNDA GERÇEKLEŞEN KİRA BEDELİ ARTIŞINDAN AYIRT EDİLMESİ

(Rent Increase Provisions In The Lease Agreements and Distinguishing Contractually Agreed Rent Increase From The Rent Increase Resulting From Filing a Lawsuıt For Declaratory Judgment)

Prof. Dr. Burak ÖZEN*

ÖZET

Gerek yenilenen dönemlerde gerekse sözleşme süresi henüz tamamlanmadan önce kira bedelinin hangi oranda artacağı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Bu türden sözleşme ilişkileri kira bedelinin tespiti davası açılmasına yer ve gerek bırakmaz. Kira bedeli artışının sözleşme gereği gerçekleştiği durumlarda, sözleşmeye uygun artışı yapmayan kiracıya karşı açılacak dava olağan bir ifa davasıdır. Her yeni kira döneminde yapılacak artışın sözleşmeyle belirlenebilmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bir yeniliğidir. Sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin olarak taraf iradelerinin sınırlanması da, aynı şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bir yeniliğidir. Türk Borçlar Kanunu kira bedeli artışının dava yoluyla sağlanması yerine sözleşmeye dayanmasını tercih eden, tarafları bu yönde sözleşme yapmaya teşvik eden bir mantığı kabul etmiş, diğer yandan da, kira tespit davaları yoluyla sağlanan denetimi sözleşmeye dayalı artışlar bakımından da etkin kılmanın yolunu bulmuştur. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde sözleşmede yer alan artış şartlarının önemi daha da öne çıkmaktadır. Beş yıllık periyotlar tamamlanınca kira bedelinin rayice göre belirlenmesini sağlayan kira tespit davası açma olanağı, sözleşmede artışa ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın taraflara tanınmıştır.

Anahtar kelimeler: Değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük, kira yılı, yeni kira dönemi, rayiç, endeks, yargıcın sözleşmeye müdahalesi

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Abstract

An agreement to increase the rent may be agreed during the duration of the lease and the extension period. The aforementioned contractual relations make it unnecessary to file a suit for declaratory judgment. In the event of non-payment of the required rent increase with in accordance of the rent increase made in the lease agreement, the landlord may file a usual lawsuit for fulfillment. It is the originality of the Turkish Code of Obligations numbered 6089 that allows determining the rent increase in every new lease period. Turkish Code of Obligations numbered 6098 also limits the will of the parties regarding the rent increase during the duration of lease agreement. Turkish Code of Obligations accepted a rationale that promotes a rent increase based on a lease agreement instead of filing a suit. On the other hand, it provides a way to control the rent increase contractually agreed much the same with the control in lawsuits for declaratory judgments. The provisions regarding the rent increase in indefinite lease agreements have a greater value in Turkish Code of Obligations. The right to file a suit for declaratory judgment, which determines the rent increase according to the current market value is granted to the parties in every five year lease period regardless of a rent increase provision in the lease agreement.

Keywords: Modified partial nullity, lease year, new lease period, current market value, index, judge's intervention to the agreement.

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun kira bedelinin tespiti sorununu pozitif esaslara bağladığı herkesçe bilinmektedir. Bu tarihten önce konu yasal olarak ele alınmamıştı ve Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla çözüme kavuşturulmaktaydı[1]. TBK m. 344 ve 345'in kira bedelinin belirlenmesiyle ilgili ola-

[1] Kira bedelinin tespitine ilişkin yasal boşluk 6570 sayılı Kanun'un 2 ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından 1963 tarihinde iptal edilmesi üzerine ortaya çıkmıştır. O tarihten 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar beklenen yasal düzenleme (nitekim Anayasa Mahkemesi de iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe gireceğini hükme bağlayarak, yasada meydana gelen boşluğun bir an önce doldurulması için Yasama Meclisleri Başkanları ile Başbakanlığı durumdan haberdar etmiştir) bir türlü gelmemiş, konu ister istemez Yüksek Mahkeme içtihatları tarafından bir düzene bağlanmıştı. Bu açıdan kira bedelinin tespitiyle ilgili esasların belirlenmesinde hukukumuzun "case law" sistemine yaklaştığı söylenebilmiştir. Nitekim bkz. M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt: 2, İstanbul 2014, s. 123 (İnceoğlu şeklinde yapılan atıflar bu cilde yöneliktir). Yüksek Mahkeme'nin konuyu ele alışının belirli bir sosyal duyarlığı gözettiğini ve ülke gerçeklerine uygun başarılı çözümler getirdiğini düşünüyorum. Bu söylediğim elbette ki "kişisel" bir değer yargısıdır ve aksini düşünenler olacaktır. Konunun içtihatlarla düzenlenmesinin yerinde olduğunu, kira bedelinin tespiti gibi ekonomik parametrelerden anı anına etkilenen bir sorunun kesin yasal esaslara bağlanmasının sakınca taşıyacağını düşünmek de mümkündür. Ne var ki, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin kuralların yargıca geniş bir takdir alanı bıraktığı, yargıcın bu alanı kullanarak sözü edilen sakıncayı mümkün mertebe önleyebileceği belki söylenebilir. Konunun yasal bir temele oturtulmasının yerindeliğiyle ilgili olarak bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Ankara 2008, s. 77. Komisyon çalışmaları sırasında konuya ilişkin tartışmalar için ayrıca bkz. Halûk Burcuoğlu, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler,

rak getirdiği ilkelerin, daha önceki Yüksek Mahkeme uygulamasından önemli bazı noktalarda ayrıldığı gözlenebilir[2].

Konu yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olsa da, bu düzenlemenin her türlü tartışmayı ortadan kaldıracağını söylemek iyimserlik olacaktır. Aşağıda yapılacak açıklamaların amacı, tartışma doğuracağını düşündüğümüz kimi noktalarda ve şimdiden ortaya çıkan bazı ihtilaflarda kişisel görüşümüzü açıklamaktır.

I. Başlangıçta Belirlenen Kira Bedeline Prensip Olarak Müdahale Edilememesi

Taraflar kira sözleşmesini kurarlarken kira bedelini serbestçe belirleyebilirler. Başlangıçta belirlenen kira bedeline müdahale edilmesi mümkün değildir. Bu noktada ancak sözleşme özgürlüğünün genel sınırları etkilidir. Sözgelimi TBK. m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanmaya dayanan bir geçersizlik söz konusu olabilir[3]. Kişiliğinde aşırı yararlanmanın sübjektif unsuru gerçekleşmiş olan kiracının, TBK. m. 28'de ayrıca aranan objektif unsur da gerçekleşmişse, bütünsel veya bölümsel iptal talebinde bulunması mümkündür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemesinde bir yenilik olarak karşımıza çıkan bölümsel iptal imkânı kiracının menfaatine daha uygun düşer. Kiracı bu imkânı kullanarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir ve kira bedelini aşırı yararlanma oluşturmayacak bir miktara indirebilir. Başlangıçta belirlenen kira bedeline müdahale edilmesi prensip olarak mümkün değilse de, özellikle uzun süreli kira ilişkilerinde, "aşırı ifa güçlüğü" kenar başlığını taşıyan TBK. m. 138'e dayanarak kira bedelinin değişen koşullara uyarlanması istenebilir. Nitekim Yüksek Mahkeme uygulaması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de, kimi özellikli durumlarda "kira bedelinin uyarlanması" davasının açılmasını kabul etmekteydi[4]. Kira bedelini belirleyen sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi, bu tür koşullara özgü denetimin devreye sokulmasına olanak vermeyecektir[5]. Genel işlem koşullarına özgü içerik denetimi yapılırken, taraflarca kurulan edim-karşı edim dengesine müdahale edilemeyeceği öğretide öteden beri altı çizilen bir ilkedir[6]. Böyle bir denetim

---

Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 29. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra kanunda ortaya çıkan boşluğun doldurulması gerektiği görüşü içi bkz. Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 1989, s. 26.

2 Bu gözlem için bkz. İnceoğlu, s. 126. Yazar en önemli ayrılığın kira bedelinin belirlenmesi sorununun kira sözleşmesinin süresinin bitmesi üzerine ortaya çıkan bir sorun olmaktan çıkartılması olduğunu söylemekte, hukuk tekniği açısından bu durumu doğru bulmamaktadır.

3 İnceoğlu, s. 133.

4 Örnek olarak bkz. 13 HD., 21. 11. 1991, 8374/10619 (www. Kazancı.com).

5 İnceoğlu, s. 133.

6 Edim ve karşı edime ilişkin genel işlem koşullarının denetim dışı kalacağına ilişkin ilke için bkz.

sadece "saydamlık" ilkesine aykırılık oluşturan istisnaî durumlarda düşünülebilir[7]. Kira bedeline ilişkin sözleşme hükmü, okuyup anlamlandırılması son derece güç olacak biçimde kaleme alınmışsa, kiracının nüfuz etmesi kendisinden beklenemeyecek bir takım verilerin hesaba katılmasını gerektiriyorsa, böyle bir sözleşme hükmü genel işlem koşullarına özgü içerik denetimine tabi tutulabilir. Bu olasılıkta sadece kira bedeline ilişkin düzenleme geçersiz sayılmalı, yoksa sözleşmenin esaslı unsurlarından birinde anlaşma bulunmadığı ileri sürülerek kira sözleşmesinin bütünüyle geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır. Aksi takdirde genel işlem koşullarına özgü denetimle korunması amaçlanan kişinin (burada kiracının) çıkarına aykırı bir durum ortaya çıkmış olur ki, böyle bir durumun yasa koyucunun amacına aykırı düşeceği ortadadır. TBK. m. 22'de yürürlük denetiminden geçemeyen (yasanın ifadesiyle yazılmamış sayılan) genel işlem koşulları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı açıkça belirtilmiştir. Ne var ki, yürürlük denetiminden geçse bile içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan sözleşme hükümlerinin bulunması durumunda sözleşmenin kaderinin ne olacağı sorusu cevapsız bırakılmıştır[8]. Hâl böyle olmakla birlikte, kanaatimce, TBK. m. 22'de getirilen kuralın içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan sözleşme hükümleri bakımından da kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Şu halde, saydamlık ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle kira bedeline ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz sayılmasının, kira sözleşmesinin bütünüyle geçersiz olmasına yol açacağı türünden (kiraya verence ileri sürülmesi pek muhtemel olan) bir iddiaya olanak verilmemelidir. Kira bedeline ilişkin hükmün saydamlık ilkesine aykırılıktan ötürü geçersiz sayılması üzerine, yargıcın kira bedelini belirlemesi kaçınılmaz olacaktır. Böyle durumlarda başlangıçtaki kira bedelinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir kuralın, TMK. m. 1'de kendisine verilen yetkiye dayanarak yargıç tarafından yaratılması mümkündür kanaatindeyim.

Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünüm Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, Şubat 2001, s. 220-221; Yeşim M. Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TK. M. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Ankara, s. 56-59.

7 Edim ve karşı edimi belirleyen kuralların denetime tabi olmaması ilkesinin tek istisnasının saydamlık ilkesine aykırılık bulunduğunda ortaya çıkacağı hakkında bkz. Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 58.

8 Nitekim içerik denetimi üzerine geçersiz sayılan hükümlerin sözleşmenin bütününün geçersizliğine yol açmayacağı, zorunlu kısmî hükümsüzlüğün kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir kurala yer verilmemesinin kanun yapma tekniği bakımından hatalı olduğu öğretide vurgulanmıştır. Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 61 vd., özellikle s. 63.

II. Sözleşmede Kira Bedeli Artışına İlişkin Hüküm Bulunması

A. Yeni Kira Dönemlerinde Yapılacak Artışın Sözleşme İle Belirlenmesi

1. Tarafların Artış Oranını Belirlemekte Serbest Olmaması

TBK. m. 344 f. 1'de tarafların yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin ne olacağına ilişkin anlaşma yapabilecekleri belirtilmiştir. Böylelikle taraflar yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin hangi miktarda veya hangi oranda artacağını kararlaştırabileceklerdir. Üstelik taraflar böyle bir anlaşmayı, sadece yenilenen ilk dönem için değil, yenilenen her dönem için yapabileceklerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden önceki Yüksek Mahkeme uygulaması, kira bedeli artışına ilişkin anlaşmayı sadece yenilenen ilk dönem için geçerli sayma eğilimindeydi[9]. Demek oluyor ki, TBK. m. 344'te taraflara tanınan olanak bir "yenilik" olarak nitelendirilebilir.

Yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin ne miktarda veya hangi oranda arttırılacağını taraflar kararlaştırabilecekse de, bu bakımdan serbest oldukları söylenemez. Yapılacak artışın azamî sınırı yasa tarafından belirlenmiştir. TBK. m. 344 f. 1'in ilk cümlesi aynen şu şekildedir: "*Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir*". Şu halde yenilenen dönemler için taraflarca kararlaştırılan artış, bir önceki yılda üretici fiyat endeksindeki artışın sınırları içerisinde kaldıkça geçerli olacak, bu sınırları aştığı takdirde geçersiz sayılacaktır. Burada söz konusu olan geçersizliğin türü kısmî kesin hükümsüzlüktür. Uygulanacak kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımı "zorunlu" niteliktedir[10]. Taraflar endeksteki artışa uygun olarak kira bedelinin arttırılacağı yönünde anlaşmış sayılacaklardır. Taraflarca belirlenen artış oranının endeksteki artıştan düşük olduğu durumlarda mesele yoktur. Bu son durumda taraflarca belirlenen oranın esas alınması mümkündür. Kiracı veya kiraya verenin, kira bedelinin arttırılmasına ilişkin yaptıkları anlaşmanın kısmen geçersiz sayılacağını baştan bilselerdi kira sözleşmesini hiç yapmayacakları, bu nedenle kira sözleşmesinin hepten geçersiz sayılması gerektiği yönünde bir iddia ileri sürmelerine olanak yoktur. Bir başka deyişle, TBK. m. 27 f. 2'de kısmi kesin hüküm-

---

9 Örneğin bkz. 3 HD., 29. 03. 2010, 3718/5224 (www.kazancı.com); 3 HD., 01. 04. 2008, 2841/5706 (www.kazancı.com).

10 Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 296; Emre Gökyayla, Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 2013, Cilt: 9, Sayı: 103-104, s. 37; Mustafa Alper Gümüş, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 70 vd.; Özge Öncü, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Yıl: 77, Sayı: 2, s. 324; Murat İnceoğlu/Ece Baş, Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 528-529; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 635.

süzlüğün sözleşmeye etkisiyle ilgili genel kurala dayanabilme olanağı taraflara tanınamaz. Konumuz bakımından gerçekleşen kısmî kesin hükümsüzlüğün "zorunlu" olarak nitelenmesinin sebebi de budur. Durum azamî sınır getiren pozitif bir kurala aykırı olarak yapılan anlaşmaların akıbetini düzenleyen TTK. m. 1530 f. 1'e uygun olarak ele alınmalıdır. Bu tip durumlarda "değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük" bulunduğu da ifade edilmektedir[11]. Bu ifadenin taşıdığı anlam şudur: Sözleşmenin geçersiz sayılan hükmünün yerine pozitif kural tarafından öngörülen düzenleme kendiliğinden geçecektir. Böylelikle hükümsüzlüğün sözleşmede yarattığı boşluk kapanmış olacağından TMK. 27. f. 2'nin uygulanmasına olanak kalmayacaktır.

Taraflar yenilenen dönemlerde kira bedelinin arttırılmasına ilişkin anlaşmayı baştan yapabilecekleri gibi sonradan da yapabilirler. Sonradan yapılan anlaşmalarda TBK. m 344 f. 1 c. 1'deki sınırlamanın devreye girip girmeyeceği tartışmaya değer. Sözü geçen hükümdeki sınırın sonradan yapılan anlaşmalar bakımından da geçerli olacağı öğretide savunulmuştur. Bu düşünceye göre, sonradan yapılan anlaşma endeksteki artış oranını aşacak şekilde kira bedelinin arttırılmasına yönelikse, yine kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımı devreye girmelidir. Bir başka deyişle, taraflar, endeksteki orana uygun olarak artışın yapılacağı yönünde anlaşmış sayılmalıdırlar. Kiracının yenilenen dönemde endeksteki oranı aşacak şekilde kira bedelini ödemiş olması da bu açıdan fark yaratmamalıdır. Kiracı tarafından yapılan ödeme ve kiraya verenin bu ödemeyi kabul etmesiyle kira bedelinin artışına ilişkin zımnî bir anlaşma yapılmış sayılsa da, kiracı yaptığı ödemenin endeksteki artış oranını aşan kısmını sebepsiz zenginleşme talebiyle geri alabilmelidir[12].

Ne var ki, bu konuda farklı bir düşünce geliştirilebilir. Denilebilir ki, TBK. m. 344 f. 1 kira sözleşmesi kurulduğu sırada kira bedeli artışına ilişkin olarak yapılan anlaşmalar bakımından kiracıyı korumak istemiştir. Konut veya işyeri kiracıları, çok defa, başlarını sokabilecek veya işlerini yürütecek bir yere bir an önce kavuşma düşüncesiyle, kiraya verenlerce dayatılan her türlü koşulu kabul etmeye aday olurlar. Çeşitli zorlamaların etkisi altında her türlü dayatmayı kabule hazır olan kiracıların

---

11 Değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük hakkında bkz. Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 152 vd.. En yüksek yasal hadde indirmenin tartışmalı olmakla birlikte değiştirilmiş kısmî butlanın bir görünümü olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Başpınar, s. 168 vd. Biz de Başpınar'ın bu değerlendirmesine katılmayı uygun bulmaktayız. Yasanın belirlediği en yüksek haddin aşıldığı durumların, "değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük" olarak nitelendirilmeyip, "indirim yaptırımı" veya "düşey kısmî hükümsüzlük" adı altında incelendiğine de rastlanmaktadır. Bkz. Hüseyin Hâtemi, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK. 65 Kuralı, İstanbul 1976, s. 221 vd.; 229 vd; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmî Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 255 vd. Kırkbeşoğlu, gerek üst sınır koyan hükümlerde gerekse yargıca indirim yetkisi tanınan hâllerde değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmesinin zor göründüğünü, bu görüş kabul edilirse "tarafların farazî iradesi" olgusunun bertaraf edilmiş olacağını söylemektedir. Bkz. Kırkbeşoğlu, s. 253.

12 Bu düşünce için bkz. İnceoğlu, s. 129.

özel olarak korunması gerekir. Nitekim kira konusu taşınmazın henüz teslim edilmemiş olduğu bir sırada verilen tahliye taahhütlerini geçersiz sayan TBK. m. 352 f. 1, kiracının başlangıçta özel olarak korunması gerekliliğinden hareket etmiştir[13]. TBK. m. 344 f. c. 1'deki düzenlemeye esas olan düşünce, kira sözleşmesi yapıldığı sırada kiraya verence dayatılan kira bedeli artışına ilişkin hükümleri ister istemez kabul etmek zorunda kalmış kiracıları korumaktır. Kira sözleşmesi yapıldıktan ve kira konusu taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonraki aşamada kiracıları özel olarak korumanın gerekli olduğundan söz edilemez. Onlar artık başlarını sokacak bir yeri veya işlerini yürütecek bir mekânı bir an önce bulma zorunluluğunun üzerlerinde yarattığı baskıdan kurtulmuşlardır. Bu nedenledir ki, yenilenen dönemlerde gerçekleşecek kira bedeli artışına ilişkin olarak kiraya verenlerle yaptıkları anlaşmaya TBK. m. 344 f. 1 c. 1'deki sınırlamaya itibar etmeksizin geçerlilik tanınabilir. Şu halde, böyle bir anlaşmayla endeks oranının üzerinde bir artışın yapılacağı da kararlaştırılabilir. Neticede kiracı böyle bir anlaşmayı kabul etmesi yönünde kendisini zorlayan bir baskı altında değildir. Kiracı kira bedelinin ne yolda arttırılacağına ilişkin kiraya verence yapılan öneriyi kabul etmeseydi, kiraya veren "kira tespit davası" açmak zorunda kalacak veya sözleşmede artışa ilişkin bir hüküm varsa bu hükmün uygulanmasıyla (elbette ki TBK. m. 344 f. 1 c. 1'deki sınırlamaya uygun olarak) yetinecekti. Bu suretle belirlenecek kira bedeli artışı da, endeksteki artışla sınırlı olacaktı. Hâl böyle olacakken kiraya verenin endeksteki oranı aşan bir artış yapılması önerisini kabul eden kiracı, bu davranışının sonucuna katlanmalıdır. Bu yaklaşım benimsenirse, kiracının yeni kira döneminde endeks oranını aşan bir artış yaparak kira bedelini ödemesi ve kiraya verenin bu ödemeyi kabul etmesi, yeni dönemde kira bedelinin ne olacağına ilişkin taraflar arasında zımnen bir anlaşma yapıldığı şeklinde yorumlanacaktır. Bu anlaşma TBK. m. 344 f. 1 c. 1'de getirilen sınırlamaya uyulması gerekmeksizin geçerli olacak, kiracı yaptığı artışın endeks oranını aşan kısmının geri verilmesine yönelik bir sebepsiz zenginleşme talebinden yoksun bulunacaktır.

TBK. m. 344 f. 1 c. 1'de getirilen sınırlamanın amacına ilişkin olarak bir diğer şekilde de düşünülebilir ve üstelik bu düşünce düzenlemenin lâfzından da destek bulur. Düzenlemede "yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin" anlaşmadan söz edilmekte ve böyle bir anlaşma için geçerli olacak şekilde sınırlama getirilmektedir. Düzenlemenin lâfzı yenilenen tek bir döneme ilişkin olarak kira bedelinin ne olacağını belirleyen bir anlaşmayı kapsamamaktadır. Buna göre, tarafların her yenilenen dönemde gerçekleşecek artışa ilişkin olarak getirdikleri düzenleme TBK. m. 344 f. 1 c. 1'deki sınırlamaya tabi olacak ve taraflarca öngörülen artış endeks artışını geçtiği takdirde geçersiz sayılacaktır. Amaç kiracıyı her dönemde gerçekleşecek artışın nasıl gerçekleşeceğini peşin olarak kabul etmenin tehlikesinden

---

13 Sözleşmenin kurulması aşamasında kiracıdan alınan tahliye taahhüdü geçerli sayılırsa, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracıya sağlanan koruma etkisiz hâle gelecektir. Bkz. Tandoğan, s. 196; Yavuz, s. 691-693; Doğan, s. 177; İnceoğlu, s. 429.

korumaktır. Taraflarca kararlaştırılan artış oranıyla kira ilişkisinin devam ettiği (çok uzun olabilecek) süre boyunca kiracının bağlı kalması sakıncalı bulunmuş, onun sürekli bir biçimde endeks oranını aşan bir artışa mahkûm olması engellenmek istenmiştir. Ne var ki, sadece tek bir dönem için geçerli olacak bir artış oranı belirleyen taraflara herhangi bir sınırlama getirilmek istenmemiştir. Buna göre, tarafların, kira sözleşmesi kurulurken, sadece yenilenen ilk dönemde kira bedelinde yapılacak artışı kararlaştırmaları, TBK. m. 344 f. 1 c. 1'de getirilen sınırlamaya tabi tutulmayabilir. Bir önceki dönemde endeks artışı % 9 olarak gerçekleşmiş, ne var ki, yenilenen ilk dönemde kira bedelinin % 20 artacağı kararlaştırılmışsa, kiracının % 20 artış yaparak ödemede bulunması beklenebilir. Ne var ki, bundan sonra yenilenen dönemlerde yapılacak artışa ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, TBK. m. 344 f. 2 uyarınca kira bedelinin tespiti davası açılması gerekecektir. Bu değerlendirmeler Yüksek Mahkemenin Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki uygulamasına da uygundur. O dönemdeki içtihatlar, taraflarca belirlenen artış oranının herhangi bir sınırlama olmaksızın yenilenen ilk dönem için kiracıyı bağlayacağı yönündeydi[14]. Bu düşünce biçimine uygun olarak, yenilenen dönemlerden herhangi birisinde kira bedelinin ne olacağına ilişkin tarafların sonradan yaptıkları bir anlaşmanın da TBK. 344 f. 1 c. 1'deki sınırlara tabi olmadan geçerli sayılması mümkündür. Yenilenen kira dönemlerinden herhangi birisinde kiracının bir önceki yıl gerçekleşen endeks artışını aşan bir artış yaparak kira bedelini ödemesi durumunda, bu ödemeyi kabul eden kiraya verenle kiracı arasında yeni dönemde kira bedelinin ne olacağına ilişkin örtülü bir anlaşma yapılmış olur. Artık bu anlaşmaya uygun olarak davranılmalı, kiracı, yaptığı artışın endeks oranını aşan kısmını geri istemek şöyle dursun, o kira dönemine ilişkin sonraki ödemelerini de aynı miktar üzerinden yapmalıdır.

2. Artışa İlişkin Anlaşmaya Uymayan Kiracıya Karşı Açılacak Davanın Niteliği

Tarafların yenilenen dönemde uygulanacak kira bedeline ilişkin olarak anlaşma yapmalarına rağmen, kiracının bu anlaşmaya uymayarak bir önceki dönemdeki kira bedelini ödemeye devam etmesinin sonuçları ne olacaktır? Özellikle kiraya verenin böyle bir durum üzerine açacağı dava nasıl nitelendirilmek gerekecektir? Kanaatimce böyle bir durumda teknik anlamıyla "kira bedelinin tespiti davası" açılacağından söz edilemez. Gerçekten de, yapılması gereken artışın ne olması gerektiği sözleşmeyle zaten belirlenmiştir. Şu halde, yeni dönemdeki kira bedelinin yargıç tarafından belirlenmesi için "kira bedelinin tespiti davası" açılması gereği bulunmamaktadır. Kira bedeli ya sözleşmede belirlenen artış oranına göre kendiliğinden artmıştır ya

---

14 Örnek olarak bkz. 3. HD., 01. 04. 2008 tarih 2841/5706 sayılı kararı (www.kazanci.com); 3. HD., 29.03.2010 tarih ve 3718/5224 sayılı kararı (www.kazanci.com). Ne var ki, sözleşmedeki artış şartının sonraki yıllarda da uygulanabileceğine ilişkin bazı kararlara rastlamak mümkündür. Örnek olarak bkz. 6. HD., 24.01.2013 tarih ve 16850/850 sayılı kararı (www.kazanci.com).

da (sözleşmedeki artış oranından daha düşükse) bir önceki yılın üretici endeksinde gerçekleşen artış oranına göre yine kendiliğinden artmıştır. Her iki olasılıkta da kira bedeli artışının ne miktarda olacağının yargıç kararıyla belirlenmesi gerekmez. Kira bedeline ilişkin bir uyuşmazlığı çözmek zorunda kalan yargıç, kira bedelinin ne oranda arttığını tespit etmekle yetinir. Kira bedeli ister sözleşmede kararlaştırılan orana göre ister (sözleşmedeki artış oranının altında kalan) üretici endeksindeki orana göre artmış olsun, bu artışın dayanağı sözleşme olacaktır. Üretici endeksindeki artış oranının gözetildiği durumlarda da, kira bedelindeki artışın kaynağı sözleşmedir. Bu olasılıkta sözleşmede belirlenen artış oranı "değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük" yaptırımı uyarınca geçersiz sayılmakta, bu oranın yerine bir yasa kuralının gösterdiği yolda belirlenecek oran geçmektedir[15]. Gerçekten de, üretici endeksinde son bir yılda gerçekleşen artış oranı, TBK. m. 344 f. 1 c. 1'in yaptığı yollama nedeniyle, sözleşmeyle belirlenen artış oranıymış gibi etki kazanmaktadır[16]. "Değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük" yaptırımının mantığı budur. Buna göre, sözleşme gereğince yapılması gereken kira bedeli artışına kiracı tarafından uyulmazsa, kiracı sözleşmeye aykırı davranmış sayılacak, kendisine karşı sözleşmeye dayanan "kira bedelinin ifası" davası açılacaktır. Kiracı ya kira bedelini hiç ödememiştir ya da sözleşmedeki artışa ilişki hükmü (veya bu hükmün yerine geçen üretici endeksindeki artış oranını) gözetmeksizin eksik olarak ödemiştir. Açılan kira bedelinin ifası davasında yargıcın yapması gereken, öncelikle, sözleşme uyarınca yapılması gereken artışı belirlemek (yargıç bu belirlemeyi sözleşmedeki artış hükmünde gösterilen oranı veya bu oranın yerine geçen endeksteki artış oranını gözeterek yapacaktır), daha sonra, kiracıyı hiç yerine

---

15 Yasa tarafından belirlenen en yüksek haddi aşan sözleşmelerde "değiştirilmiş kısmî butlan" yaptırımının gündeme geleceğini belirten Başpınar, konuya ilişkin olarak özetle şunları söylemektedir: En yüksek haddi aşan anlaşmanın bölünmeden bir bütün olarak sakat olduğu kabul edilir. Sakat olduğu kabul edilen bu anlaşmanın yerini ikame bir anlaşma alır. İkame anlaşma sakat anlaşmayla ilintisi olmayan, onun yerine geçen bir anlaşmadır. Şu halde, yasanı en yüksek haddi belirlediği durumlarda, tarafların bu haddi aşan anlaşmaları geçersiz sayılacak, taraflar azami had üzerinden anlaşmış sayılacaklardır. Değiştirilmiş kısmi butlan görüşü, taraflar arasındaki anlaşmanın caiz olan haddi aşan kısmının sakat, geri kalan kısmının geçerli sayılması gibi bir bölünmeyi de önlemektedir. Bkz. Başpınar, s. 169-170.

16 Sözleşmedeki artış hükmü yerine bir önceki yılın endeksindeki artış oranını esas alan yargıcın davranışını "sözleşme hükmüne müdahale" olarak nitelendiren yazarlar bulunmaktadır. Bu yazarların fikrince, üretici fiyat endeksinin üzerinde artış kararlaştırılan hallerde yargıcın sözleşmeye müdahalesi bir yetki olmanın ötesinde bir görev olarak görülmelidir. Yargıca tanınan müdahale imkânı sözleşme serbestisini sınırlandırmaktadır. Gökyayla, s. 32-33; Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 614. Taraflarca kararlaştırılan artış oranı yerine endeksteki artış oranını gözeten yargıcın sözleşmeye müdahale ettiği kanaatinde değilim. Sözleşmeye müdahale yargıç tarafından değil, yapılacak artışa azami sınır getiren TBK. m. 344 f. 1 tarafından gerçekleştirilmiştir. Sözleşmedeki kuralın yerine yasanın belirlediği azami oran "kendiliğinden" geçmiş, yargıç sadece bu durumu tespit etmekle yetinmiştir. Nitekim Gümüş de TBK. m. 344 f. 1'e ilişkin açıklamalarında, bu hükmün kapsamına giren hâllerde yargıca hakkaniyete dayalı bir müdahale olanağının verilmediğinin altını çizmektedir. Bkz. Gümüş, s. 71.

getirmediği veya eksik yerine getirdiği kira bedelini ödeme borcunu ifaya mahkûm etmektir. Bu davada yargıcın kira bedelini belirlemesi teknik anlamıyla kira bedelinin tespiti davasında karşımıza çıkandan farklıdır. TBK. m. 344 f. 2 uyarınca açılan teknik anlamıyla tespit davası sonucunda verilen hüküm "yenilik doğurucu" bir mahiyet taşımakta ve yeni kira bedelinin ne olacağı hükmün kesinleşmesiyle ortaya çıkmaktadır. Oysa ele aldığımız kira bedelinin ifası davasında yargıcın sözleşme uyarınca yeni dönem kira bedelinin ne olacağını tespit etmesi, bir borcun ifasına ilişkin her davada karşımıza çıkacak türden bir tespittir. Bir borcun ifasına ilişkin her davada, yargıç, ifaya karar vermeden önce, borcun doğup doğmadığını, doğmuşsa kapsamının ne olduğunu tespit edecektir. "Her eda hükmü zorunlu olarak bünyesinde bir tespit hükmü de taşır" deyişinde[17] ifade edilen gerçek şudur: Yargıcın edaya hükmetmesi, aynı zamanda, eda edilecek borcun doğduğunun ve kapsamının ne olduğunu tespit etmesi anlamına gelir. Eda davası açılabilecekken tespit davası açılmasında hukukî yarar olmadığına ilişkin temel ilke[18] de, verilecek eda hükmünün zorunlu olarak tespiti de içereceği gerçeğinde dayanağını bulur[19]. Sonuç olarak, sözleşme gereği yapılması gereken artışa uymayan kiracıya karşı açılan davada, yargıç, bu artışın ne miktarda yapılması gerekeceğini tespit edecek, eksik ödenen kısım için kiracıyı ifaya mahkûm edecektir. Üstelik talep edildiği takdirde yargıcın eksik ödenen kira bedeli kısmı için temerrüt faizine hükmetmesi de mümkün olacaktır. Kira bedelinin ödenmesi için kararlaştırılan tarihin çok defa "belirli vade" niteliğinde olacağı dikkate alınırsa, bu tarihin geçirilmesi ihtar gerekmeksizin temerrüdün gerçekleşmesine yol açacaktır[20].

---

17 Her eda hükmünün, eda emrinden başka, mantıkî bir zorunluluk olarak, dava konusu hak veya hukukî ilişkinin tespitini de içerdiği hakkında bkz. Baki Kuru/Ali Cem Budak, Tespit Davaları, İstanbul 2010, s. 69-70.

18 Kuru/Budak, s. 127 vd. Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1997, s. 332.

19 İnceoğlu, eski bedel üzerinden artış yapmadan ödeyen kiracının temerrüde düşeceğini ve bu hususun bir tahliye sebebi oluşturacağını belirtmektedir. Yazara göre, kiraya verenin bu ihtimalde tespit davası açmak yerine TBK. m. 315'e dayanması mümkün olacaktır. İnceoğlu, s. 153-154. Yazarın burada tespit davası derken kast ettiğinin "kira tespit davası" olmayıp alelade bir tespit davası olduğunu, s. 154 dpn. 493'teki açıklamasından anlamaktayız. Bu açıklamaya göre, TBK. m. 344 f. 1 uyarınca açılan davada yargıç yenilik doğurucu bir hükümle kira bedelini belirlemeyecek, sözleşmedeki artış hükmüne (veya bu hükmün yerine geçen endeks oranına) uygun olarak gerçekleşen artışı tespit etmekle yetinecektir. Yargıcın yenilik doğuran bir hükümle kira bedelini belirlemesini konu alan kira tespit davası TBK. m. 344 f. 2 ve f. 3'ün uygulanacağı durumlarda karşımıza çıkacaktır. Kanaatimce, TBK. m. 344 f. 1'in uygulama alanına giren durumlarda, alelade bir tespit davası açılıp yargıçtan sözleşmedeki artış hükmüne (veya bu hükmün yerine geçen endeks oranına) uygun olarak gerçekleşen artışı tespit etmesi istenemez. Burada eksik ödemede bulunan kiracıya karşı eda davası açılması mümkündür ki, eda davasının açılabilmesi olanağı tespit davası açmaktaki hukuki menfaati ortadan kaldırır.

20 Burada kira bedelinin ödenmesi borcunda temerrüdün ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin çeşitli görüşler olduğunu hatırlamak gerekir. Söylediklerimiz, kira bedelinin ödenme zamanı "belirli vade" niteliğinde bir vadeye bağlanmışsa, ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceği görüşü benimsendiğinde anlam taşıyacaktır.

3. Sözleşmedeki Artış Şartına Uymadan Eksik Ödeme Yapan Kiracının Temerrüde Düşmesi

Yeni kira dönemlerinde yapılacak artışın sözleşmeyle kararlaştırıldığı durumlarda, kiracının yeni dönem kira bedelini ödeme borcu bakımından temerrüde düşmesi de özel olarak ele alınmayı hak eden önemde bir konudur. Bu olasılıkta, kira bedeli artışı sözleşme gereğince gerçekleşmektedir ve sözleşme uyarınca yeni kira bedelinin ne olması gerektiği kiracı açısından bellidir. Gerçekten de, kiracı, ya sözleşmedeki oran ya da daha düşükse endeksteki oran uyarınca artışı gerçekleştirip yeni dönem kira bedelini ödeyecektir. Endeksteki artış oranının sözleşmedeki artış oranından daha düşük olduğunu ve daha düşük olan bu orana göre artışı gerçekleştirmesi gerektiğini de kiracı bilebilecek durumdadır. Şu halde, kiracı, yapması gereken artışa uygun olarak kira bedelini ödemediği takdirde, kapsamı belli ve muaccel kira bedeli borcunu ifa etmemiş sayılacaktır. Bu borç için kararlaştırılan ifa zamanının olayların büyük çoğunluğunda "belirli vade" niteliği taşıyacağı dikkate alınmalıdır. Kiracının kira bedelini ne zaman ve ne miktarda ödeyeceğini açıklıkla tespit etmesi mümkün olacağına göre, eksik ödediği kısım için ihtar gerekmeksizin temerrüde düşecektir[21].

4. Sözleşmedeki Artış Şartına Uymayan Kiracıya Karşı Açılan Dava İle İlgili Olarak TBK. m. 345 f. 2 ve f. 3'ün Önemi Olmaması

Sözleşmeye göre yapması gereken artışı yapmayıp eksik ödeme yapan kiracıya karşı açılacak ifa davasıyla ilgili olarak son bir noktaya daha değinmek isteriz. Bu dava teknik anlamıyla bir kira tespit davası olmadığından, verilen hükmün yeni dönemin başından itibaren etkili olup olmayacağı sorununun çözümünde TBK. m. 345'e başvurulmasına, özellikle TBK. m. 345 f. 3'ün uygulanmasına gerek olmayacaktır. Gerçekten de, sözleşme gereği yapılması gereken artış yeni dönemin başlangıcından

---

[21] Aynı yönde bkz. Ercan Akyiğit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012, s. 154; Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt: 1, İstanbul 2014, s. 263-264. Kira bedelinin ödenmesi borcu bakımından temerrüdün ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin olarak öğretide görüş ayrılığı bulunduğu gözlenmektedir. Bunlardan ilki, bizim de benimsediğimiz görüş olan, kararlaştırılan "belirli vade" niteliğindeki vadenin gelmesiyle temerrüdün ayrıca ihtara gerek olmaksızın gerçekleşeceği yolundaki görüştür. Bu görüşe örnek olarak bkz. Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi (TBK. m. 299-321), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 363-364; Yavuz, s. 509; İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt: 1, s. 262; Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukukî Sonuçları, İstanbul 2014, s. 259. Bu konudaki diğer görüş, kira bedelinin ödenmesi için belirlenen tarihin borcun doğum tarihi olarak işlev gördüğünü, kiracının temerrüdü için kendisine ayrıca ihtar çekilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 285; Gümüş, s. 278-279. Buna karşılık, kiracının temerrüde düşmesi için kira bedeli için kararlaştırılan vadenin geçmesini, hatta sadece ihtar çekilmesini yeterli görmeyip, TBK. m. 315 uyarıca verilmesi gereken sürenin tamamlanmasını arayan bir görüş de bulunmaktadır. Yargıtay'ın bazı kararlarında kendisini gösteren bu görüşe örnek olarak bkz. YHGK., E: 2005/6-32, K: 2005/740 sayılı ve 21. 12. 2005 tarihli kararı (www.kazanci.com)

itibaren zaten etkili olmuştur. Kiracı, başlangıcından itibaren, yeni dönemdeki kira bedellerini sözleşmedeki artış oranını (veya bu oranın yerine geçen endeksteki artış oranını) dikkate alarak ödemek zorunluluğu altındaydı. Kiraya veren yeni döneme geçildikten sonra eksik ödenen kira bedeli için davayı ne zaman açmış olursa olsun, dönem başından itibaren işleyen kira bedellerinin eksik ödenen kısımlarını, üstelik her bir kısım için ayrıca işleyecek temerrüt faiziyle birlikte isteyebilecektir. Bunun için yeni dönemin başlangıcından en az otuz gün önce dava açmasına veya bir dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmesine gerek olmayacaktır. TBK. m. 345 f. 2'de yer alan bu gerekliliklerin gözetilmemesinin sebebi TBK. m. 345 f. 3'ün uygulanması değildir. Olağan bir ifa davasından ibaret olan bir davada, kira bedelinin tespiti davasıyla ilgili bir düzenlemenin uygulanmayacağı açıktır. Kiraya verenin yeni dönemin başlamasından en az otuz gün önce kira bedelinin tespiti davası açacağını yazılı olarak bildirmesinin herhangi bir etkisi de olmayacaktır. Sözleşmedeki artış oranıyla (veya bu oranın yerine geçen endeksteki artış oranıyla) kiracı gibi kiraya veren de bağlıdır. Başlayacak yeni dönemdeki kira bedelinin ne olacağı, kiraya veren bakımından bellidir. O, sözleşmeyle kararlaştırılan artış oranını kabullenmek (ahde vefa) veya daha düşük olduğu takdirde endeksteki artış oranını sineye çekmek (değiştirilmiş kısmi butlan) zorundadır. Yeni dönemde bu oranların üstünde bir artış gerçekleşsin istiyorsa, bu konuda kiracıyla anlaşmak zorundadır. Endeksteki oranın üzerinde yapılacak bir artışa ilişkin böyle bir anlaşmaya cevaz verilemeyeceğine ilişkin öğretide savunulan düşünceye daha önce değinmiş ve bu görüşe katılmadığımı belirtmiştim. Kanaatimce, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, sırf yenilenen dönemlerden biri için kira bedelinin arttırılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmada, endeksteki artış oranı bağlayıcı olmayacaktır. Ne var ki, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, yenilenen dönemlerin hepsi için geçerli olacak tarzda bir artış oranı belirlenirse, TBK. m. 344 f. 1 c. 1'deki sınırlamaya riayet emek gerekecek, belirlenen oran endeksteki artışı aştığı takdirde geçersiz sayılacaktır. Bunun gibi, kiraya veren tahliye davası açacağı tehdidiyle kiracının artışa ilişkin rızasını elde ederse, yine TBK. m. 344 f. 1 c. 1'de yer alan ÜFE sınırlamasının devreye gireceği söylenebilir.

B. Taraflarca Sözleşme Süresi İçerisinde Yapılacak Artışlara İlişkin Düzenleme Getirilmesi

TBK. 344 f. 1'de taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin olarak yapılacak anlaşmaların geçerli olduğu ve bu türden anlaşmalar bakımından söz konusu olacak sınırlama belirtildikten sonra, aynı sınırlamanın bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmalar bakımından da geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde, sözleşme süresi içerisinde kira bedelinde artış yapılacağının kararlaştırılması mümkündür. Örnek olarak, dört yıl süreli bir kira sözleşmesi yapılmışsa, kira bedeli-

nin her yıl arttırılacağı veya iki yıl geçtikten sonra artış yapılacağı kararlaştırılabilir[22]. Ne var ki, artış oranını belirlemekte taraflar serbest değildirler. Taraflarca kararlaştırılan artış oranı bir önceki yılın üretici endeksine göre gerçekleşen artış oranını aştığı takdirde, sözleşmeyle belirlenen oran değil endeksteki artış oranı uygulanacaktır (değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük). Kiraya veren, sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmanın geçersiz olduğunu bilseydi kira sözleşmesini hiç yapmayacağını iddia edemeyecektir.

Sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışlara ilişkin olarak taraflarca yapılacak anlaşmalara sınırlama getirilmesi, hukuk politikası bakımından yerinde olmayan bir tercih olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelemeyi yapan yazarlar, gerek başlangıçtaki kira bedeli belirlenirken gerekse sözleşme süresi içerisinde ne zaman ve hangi oranda artış yapılacağı kararlaştırılırken tarafların tamamen serbest bırakılması gerektiğini, aksi takdirde sözleşme özgürlüğüne gereksiz ve aşırı bir müdahalenin gerçekleşeceğini söylemektedirler[23]. Bu değerlendirmeye katılmadığımı ifade etmek isterim. Yenilenen kira dönemlerinde yapılacak artışlara ilişkin olarak taraflarca yapılan anlaşmalara sınırlama getiren bir sistemde, tutarlı olan tavır, sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirilecek artışlara ilişkin anlaşmalara da aynı sınırlamanın uygulanmasıdır. Aksi takdirde, herhangi bir sınırlama olmaksızın kira bedelinin arttırılmasını isteyen kiraya veren, sözleşme süresini dilediği kadar uzun tutar ve bu süre içerisinde yapılacak artışa ilişkin oranı dilediği gibi belirleyebilirdi. Başını sokacağı veya işlerini yürüteceği bir yere bir an önce kavuşmak isteyen kiracı da, kiraya verence belirlenen bu türden sözleşme koşullarını ister istemez kabul etmek zorunda kalırdı. Gerçi sözleşme süresini uzun tutmakla kiraya verenin başka bir açıdan menfaatine aykırı bir durumun ortaya çıkacağı, TBK. m. 347 f. 1 uyarınca sözleşmeyi herhangi bir sebep göstermeden sona erdirme olanağına daha geç kavuşacağı ileri sürülerek bu düşünceme karşı çıkılabilir. Gerçekten de, TBK. m. 347 f. 1, kiraya verenin, on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeden sözleşmeye son verebileceğini belirtmektedir. Kiraya verenin sözleşmeyi herhangi bir sebep göstermeden sona erdirme olanağına kavuşması için sözleşme süresinin tamamlanmasının üzerinden on uzama yılının geçmesi gerekeceğine göre, sözleşme süresi ne kadar uzun olursa kiraya verenin sözü geçen olanağa kavuşması o kadar geç gerçekleşecektir. O halde, herhangi bir sınırlama olmadan kira bedelini arttırma nimetine kavuşmak isteyen

---

22 Gümüş, s. 71.

23 Örneğin bkz. İnceoğlu, s. 133; İnceoğlu/Baş, s. 528-529. Buna karşılık, tarafların sözleşme devam ederken yapılacak artışa ilişkin anlaşmalarına müdahale edilmesinin yeterli olmadığını, başlangıçtaki kira bedeli belirlenirken de tarafların serbest bırakılmaması gerektiğini savunanlar olmuştur. Nitekim bkz. Kırkbeşoğlu, s. 297. Nitekim başlangıçta belirlenen kira bedeline müdahale İsviçre Hukuku'nda da karşımıza çıkmaktadır. İsv. BK. m. 269 başlangıçta belirlenen kira bedelinin haksız sayıldığı hâllerden söz etmektedir. Buna karşılık, İsv BK. m. 269a ise taraflarca belirlenen kira bedelinin haksız sayılmayacağı hâllerden söz etmektedir.

kiraya verenin, sözleşme süresini uzun tutması durumunda, sözleşmeyi herhangi bir sebep olmadan sona erdirme olanağına daha geç kavuşma külfetini göze alması gerekecektir. Ortadaki bu nimet-külfet dengesinin sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışlara ilişkin anlaşmalara müdahale edilmesini gereksiz kılacağı güçlü bir sav olarak ileri sürülebilir. Ne var ki, TBK. m. 347 f. 1'in kişisel olarak "tuhaf" bulduğum bir yorumu öğretide hakim görünmektedir. Buna göre, belirli süreli bir konut veya işyeri kirası sözleşmesinde, kiraya verenin gerekçe göstermeksizin fesih hakkına kavuşması için geçmesi gereken on yıllık süre, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır[24]. Bu görüş, hükmün lâfzında açık bir biçimde yer alan "on yıllık uzama süresi" ifadesini görmezden gelmektedir. Bu ifade, yoruma mahal bırakmaz bir tarzda, on yıllık sürenin başlangıcını kira sözleşmesinin kurulduğu an olarak kabul etmeye engeldir[25]. Aksi yöndeki görüşe uygun olarak on yıllık süre kira sözleşmesinin yapıldığı anda başlatılacak olursa, sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmalara TBK. m. 344 f. 1'le sınırlama getirilmiş olmasını memnuniyetle karşılamak gerekir. TBK. m. 347 f. 1'in lâfzını göz ardı edecek tarzdaki yorumu uygulamada benimsendiği takdirde, kira sözleşmesinin süresini uzun tutmanın külfeti kiraya veren açısından kalkmış olacaktır. Kira sözleşmesinin süresi ne olursa olsun on yıl geçmekle fesih hakkını kullanabileceği kabul edilen kiraya veren, sözleşme devam ederken yapılacak artışa ilişkin anlaşmalara yasal bir sınırlama getirilmiş olmasaydı, sürenin mümkün mertebe uzun tutulması için elinden geleni yapardı. Böylelikle kira sözleşmesinin devam edeceği süre boyunca, artışa ilişkin olarak sözleşmeye koyduğu hükmün yardımıyla, kira tespit davasında gözetilecek sınırlamalara uymaksızın kira bedelinin arttırılması şansını yakalardı. Konuta veya işyerine bir an önce kavuşmak isteyen kiracılar da, kiraya verenlerce bu yönde yapılan baskılara çok defa boyun eğerlerdi.

Sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirilecek kira bedeli artışına ilişkin olarak taraflarca değişik modeller öngörülebilir. Örnek olarak, taraflar, kira bedelinin her yıl (veya her iki veya üç yılda bir) yüzde olarak belirtilen bir orana uygun olarak arttırılacağını kararlaştırabilirler. Bunun gibi, başlangıçta yapılan kira sözleşmesinde,

---

24 Yavuz, s. 659-660; Gümüş, s. 313; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 333; Doğan, s. 63. On yıllık sürenin kanunun lâfzına uygun olarak anlaşılmasını savunan benim de doğru bulduğum aksi yöndeki görüş için bkz. Burcuoğlu, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler, s. 36; İnceoğlu, s. 332-335; Ahu Ayanoğlu Moralı, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenin TBK. m. 347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 9, Sayı: 103-14, s. 114; Yaşar Köstekçi, Borçlar Hukuku ve Anayasa'ya Aykırılık Boyutlarıyla 10 Yıl Uzama Süresi Sonu Kiracının Tahliyesi, Tahliyeden Korunma Önlemleri, İstanbul 2014, s. 72-73.

25 Halûk Burcuoğlu, Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukuku'nun Diğer Bazı Bölümleri) I-Quo Vadis (Nereye) II-Nihayet (TBK.'nun Her Nedense Unutulan Hükümleri Uygulanmaya Başlandı), İstanbul 2016, s. 44.

kira bedelinin sözleşmenin devam edeceği her yıl için farklı şekilde kararlaştırılması da mümkündür. Bütün bu olasılıklarda, TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamaya uygun olduğu takdirde taraflarca kararlaştırılan artış şartına itibar edilecektir. Sözleşmede iki yılda bir %10 oranında artış yapılacağı kararlaştırılmış, ne var ki, artışın yapılacağı yıldan bir önceki yılın üretici endeksindeki artış %9 olarak gerçekleşmişse, sözleşmedeki artış hükmüne rağmen %9 artış yapılmasıyla yetinilecektir[26]. Kira bedelinin ilk yıl için 1000 TL ikinci yıl için 1100 TL olarak belirlendiği iki yıl süreli bir kira sözleşmesinde, ikinci yıla girilirken önceki yıl gerçekleşen endeks artışı %9 olmuşsa, ikinci yılın kira bedeli 1100 TL değil 1090 TL olacaktır[27].

TBK. m. 344 f. 1 düzenlemesinin kira bedelinin belirlenmesini kira sözleşmesinin uzamasıyla ilgili bir sorun olmaktan çıkardığı, kira sözleşmesinin süresi içerisinde bile uygulanacak bir kuruma dönüştürdüğü söylenmektedir[28]. Kanaatimce, kira bedelinin belirlenmesi, EBK.'nun yürürlük zamanında olduğu gibi, TBK.'nun yürürlük zamanında da kira sözleşmesinin uzamasıyla ilgili bir sorundur. TBK. 344 f. 1'deki düzenlemenin bu bakımdan getirdiği en önemli yenilik, uzama dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesini bir sorun olmaktan çıkarma olanağını taraflara vermiş

---

26 Gümüş, s. 71.

27 Metindeki saptamaların hâkim görüşe uygun olduğu savunulabilir. Gümüş, s. 75; Gökyayla, s. 37-38; Aydoğdu/Kahveci, s. 615-616; İnceoğlu, s. 133-134. Buna karşılık, Yavuz, s. 636-637'de kısmen farklı bir görüş savunulmaktadır. Bu görüşe göre, birden fazla yıl devam edecek bir kira sözleşmesinde, yıldan yıla yapılacak kira bedeli artışı oran olarak gösterilmişse, bu oran bir önceki yılın endeks artış oranını geçmediği takdirde geçerli olacaktır. Her yıl için kira bedelinin ayrıca belirlenmesi yoluna gidilmişse de, kural olarak, TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlama gözetilmeli ve kiracı bir önceki yılın endeksindeki artış oranı gözetilerek yapılacak bir artışla yetinebilmelidir. Buna karşılık, kira sözleşmesinin devam edeceği sürenin tamamı için toplam kira bedeli belirlenmişse, belirlenen bu bedelden her yıla düşecek kısmın eşit olması zorunluluğu yoktur. Toplam bedelden kira sözleşmesinin devam edeceği her bir yıla düşecek kısım eşit olmadığı takdirde, aylık kira bedelinin yıldan yıla farklılaşması durumuyla karşılaşılabilir. Bu tarzda yıldan yıla ortaya çıkan aylık kira bedeli artışları, TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamalar gözetilmeksizin geçerli olmalıdır. Bu görüşe katılmıyorum. Önerilen bu çözüm benimsenirse, kiraya veren, TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamaları dolanabilmenin yolunu bulmuş olur. Bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinde, her yıl için ayrıca belirlenecek aylık kira bedelinin TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamalara tabi olmamasını isteyen bir kiraya verenin yapması gereken tek şey şu olacaktır: Birkaç yıl devam edecek bir kira sözleşmesi yapılırken, her yıl için aylık kira bedelinin ne olacağını soyut olarak belirlemekle yetinmeyip, ilişkinin devam edeceği süre boyunca (ki bu süre bellidir) işleyecek toplam kira bedelini basit bir aritmetik hesabıyla bularak, bulduğu bu rakamı sözleşmede zikretmek. Sonra da bu toplam rakamın yıldan yıla dağıtılmasının eşit yapılmadığını, bu nedenle her yıl için aylık kira bedelinin farklı olarak ortaya çıktığını söyleyecektir. Böyle yapılmakla özde herhangi bir şey değişmiş olmakta mıdır? Özde hiçbir şey değişmediğine göre, kiraya verenlerce bu yönde bir manevra yapma hevesini doğduğu anda ortadan kaldırmak gereklidir. Bu nedenle TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamaları bu olasılıkta da uygulamak kaçınılmazdır. Kaldı ki, sözleşme süresinin tamamı gözetilerek toptan bir kira bedeli belirlenmesi ve belirlenen bu bedelin önce yıllara, sonra aylara dağıtılmasına ilişkin anlaşmaların kural olarak geçersiz sayılması gerektiği de söylenebilir. Bu tip anlaşmalar TBK. m. 344 f. 1 c. 1'e göre yapılacak denetimi etkisizleştirme, yasanın buyurucu bir kuralını işlevsizleştirme istidadını bünyesinde taşımaktadır.

28 İnceoğlu, s. 132.

olmasıdır. Uzama dönemi gelmeden önce, bir başka deyişle, kira sözleşmesinin süresi henüz dolmadan, taraflar kira bedelinin belirlenmesi diye bir sorunla (TBK. m. 344 f. 3'teki durum ayrık olmak üzere) karşılaşmazlar. Bu konuda iki olasılık vardır. Taraflar sözleşme süresi içerisinde kira bedelinde artış yapılıp yapılmayacağına ilişkin bir düzenleme getirmemişlerse, başlangıçta belirlenen kira bedelinin artması söz konusu olmayacaktır[29]. Bu olasılıkta, başlangıçta belirlenen kira bedeline müdahale, ancak TBK. m. 138 uyarınca açılacak bir uyarlama davasının sonunda gerçekleşebilir. Bu bakımdan EBK.'nun yürürlük zamanından farklı bir durum yoktur. Diğer bir olasılık olarak, taraflar, sözleşme süresinde artış yapılmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu olasılık bakımından da durum EBK.'nun yürürlük zamanından farklı değildir. TBK. m. 344 f. 1'in EBK.'nun yürürlük zamanına nazaran getirdiği yegâne değişiklik, sözleşme süresi içeresinde yapılacak artışa ilişkin tarafların anlaşmasını sınırlamaktan ibarettir. Eskiden bu tür anlaşmalarda tam bir serbestî içinde bulunan taraflar, bundan böyle, bir önceki yılın endeks artışından daha yüksek bir artış yapılmasını kararlaştıramayacaklardır. Görülüyor ki, her iki olasılık bakımından kira bedelinin belirlenmesi diye bir sorun yoktur. İlk olasılıkta, uzama dönemi gelmeden önce kira bedeli artışı yapılmasına bizzat sözleşme engel olurken, ikinci olasılıkta, uzama dönemi gelmeden önce yapılacak artış sözleşme veya sözleşmedeki artış hükmünün yerine TBK. m. 344 f. 1'in yaptığı yollama uyarınca geçen endeks oranı gereğince gerçekleşmektedir. Sözleşmedeki artış hükmünün yerine endeksteki artış oranı geçse bile, yapılacak artış yine sözleşme gereğince olmaktadır. Değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının mantığına bağlı olarak, taraflar endeksteki orana uygun olarak artışın yapılması bakımından anlaşmış sayılmaktadırlar. İster sözleşmedeki artış oranı uygulansın isterse bundan daha düşük olan endeksteki artış oranı uygulansın, yapılacak kira bedeli artışının miktarı bellidir. Bu bakımdan kira bedelinin ne olacağının belirlenmesi diye bir sorun yoktur. Miktarı belli olan bu artış gerçekleştirilmediği ve kiracı eski bedel üzerinden ödeme yaptığı takdirde, eksik ödediği kısım için çok defa ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir. Aylık kira bedeline ilişkin borcun ifası için kararlaştırılan vadenin genellikle "belirli vade" niteliğinde olacağı burada hatırlanmalıdır[30]. Eksik ödenen kısım için kiracının temerrüdüne dayanarak kira sözleşmesini feshetme olanağı kiraya veren için açıktır (TBK. m. 315). Bundan başka, kiraya veren, ifa davası açma yoluna da gidebilir. Böyle bir ifa davasında, sözleşme devam ederken kira bedelinin ne kadar arttığı da tespit edilecektir kuşkusuz. Bu durum her

---

29 Gökyayla, s. 38; İnceoğlu, s. 134; Öncü, s. 329; Gülşah Sinem Aydın, Türk Borçlar Kanunu'nun 345. Maddesi İle Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 121-122, Eylül-Ekim 2014, s. 177.

30 Kiracının kira bedelini ödeme borcu bakımından temerrüdün ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin görüş ayrılığı bulunduğunu hatırlatmak isteriz. Ödemenin gerçekleşeceği tarihin "belirli bir vade" olarak nitelendirilebileceği durumlarda, sırf bu tarihin geçmesiyle ihtar gerek olmadan temerrüdün gerçekleşeceği görüşü (bu görüş için bkz. Acar, s. 363-364; Yavuz, s. 509; İnceoğlu, Kira Hukuku, Cilt: 1, s. 262; s. Ural Çınar, s. 259), bana göre benimsenmesi gereken görüştür.

eda hükmünün bir tespit hükmünü de içerdiği ilkesinin sonucudur[31]. Yapılacak bu tespit, kira bedelindeki artışın yargıç kararıyla belirlendiği olağan bir tespit davasından farklıdır. Olağan bir tespit davasında yargıcın kararı yenilik doğurucu niteliktedir, yeni dönemdeki kira bedelinin ne olduğu yargıcın verdiği kararın kesinleşmesiyle ortaya çıkar. Bu nedenle eksik ödenen kira bedeli farkları için kiracının temerrüde düşmesi yargıç kararının kesinleşmesinden önce gerçekleşmez[32]. Oysa ele aldığımız olasılıkta kiraya verence açılan ifa davasında yargıçtan eksik ödenen kısımların ifasına mahkum eden bir karardan başka, bunlar için işleyen temerrüt faizine hükmetmesi de istenebilir.

Yukarıdaki değerlendirmelerden sonra ulaştığımız sonucu bir kez daha tekrarlayalım. TBK. m. 344 f. 1'de kira bedelinin belirlenmesi uzama dönemlerinden önce de karşılaşılan bir sorun hâline gelmiş değildir. Kira sözleşmesinin uzamasından önce kira bedelinin ne olduğu ve ne kadar artacağı her zaman bellidir. Gerçek anlamıyla bir kira tespit davası açılmasına gerek yoktur. Sözleşme süresi içerisinde gerçekleştirmesi gereken artışı yapmayıp kira bedelini eksik olarak (artıştan önceki duruma göre) ödeyen kiracıya karşı açılan davada TBK. m. 345'deki düzenlemenin gözetilmesine de gerek yoktur. TBK. m. 345 f. 2'ye göre, kira tespit davası yeni dönemin başlangıcından en az otuz gün önce açılırsa ya da böyle bir davanın açılacağı yeni dönemin başlamasından en geç otuz gün önce kiracıya yazılı olarak bildirilir ve izleyen dönem içinde dava açılırsa, yargıç tarafından verilen hükmün yeni kira döneminin başından itibaren yürürlük kazanması söz konusu olur. TBK. m. 345 f. 3'e göre ise, uzayan dönemlerde kira bedelinin artacağı sözleşmede belirtilmişse, yeni dönemin başlangıcından en az otuz gün önce dava açılmış veya kiracıya bildirimde bulunulmuş olmasa bile, yeni dönemin içerisinde herhangi bir tarihte açılan davada verilen hüküm döne-

---

31 İnceoğlu, TBK. m. 344 f. 1 uyarınca açılan davanın bir tespit davası olduğunu, çünkü bu fıkra uyarınca gerçekleşecek artışın miktarının zaten belli olduğunu söylemektedir. Hakim sadece sözleşme gereğince gerçekleşen artışın miktarını tespit etmekle yetinecektir. Buna karşılık, TBK. m. 344 f. 2 ve 3 uyarınca açılan davalarda yargıç tarafından verilen karar yenilik doğurucu niteliktedir. Çünkü kira bedeli yargıç kararının kesinleşmesi ile değişmektedir. Bkz. İnceoğlu, s. 154, dpn. 493. Kanaatimce TBK. m. 344 f. 1 uyarınca açılan dava bir tespit davası olmayıp eda (ifa) davasıdır. Bu fıkra çerçevesinde usul hukukundaki anlamıyla tespit davası açılmasına esasen imkân da yoktur. Usul hukukunda kabul gören temel bir ilkeye göre, eda davası açılabilecekken tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. Kira bedeli sözleşmedeki artış hükmü (veya bu hükmün yerine geçen endeks oranı) gereğince arttığı ve yeni kira bedelinin ne olduğu belli olduğundan, eksik ödenen kısım için eda davası açılması mümkündür. Bu noktada kiraya verenin soyut olarak yeni kira bedelinin ne olduğunu tespit ettirmek için usul hukukundaki anlamıyla bir tespit davası açmakta hukuki menfaati bulunmayacaktır. Yargıcın vereceği eda hükmü kendi içinde yeni kira bedelinin ne olduğuna ve eksik ödenen kısmın miktarına ilişkin tespiti de içerecektir kuşkusuz. Eda davalarında verilen kararın eda emrinden başka, mantıksal bir zorunluluk olarak aradaki hukukî ilişkinin tespitini de içereceği, eda davası açmanın mümkün olduğu hâllerde tespit davası açılmasında hukukî menfaatin bulunmadığı hakkında bkz. Kuru/Budak, s. 69-70, 127 vd.; Üstündağ, s. 332.

32 İBK. 24. 11. 1995, 2/2 (www.hukuktürk.com).

min başından itibaren etkili olur. İşte bütün bu düzenlemelerin konumuz bakımından uygulanması söz konusu olmaz. Kira sözleşmesinin süresi henüz dolmadan önce yeni dönem diye bir şey zaten yoktur. Sözleşme süresi içerisindeki bir yıldan diğer yıla geçilirken, sözleşmedeki artış kaydı sayesinde kira bedeli kendiliğinden artar ve artan kira bedeli artan kira yılının başlangıcından itibaren kendiliğinden etkili olur. Kiraya veren davayı yeni kira yılının içinde herhangi bir tarihte açarak, o ana kadar işleyen kira bedellerinin eksik ödenen kısımlarını ve bunlar için işleyen temerrüt faizini rahatlıkla talep edebilir. Hatta yeni kira yılında dava açmayıp, sözleşmenin devam ettiği bir sonraki yılda dava açarsa da, önceki yılın eksik kira bedellerini işlemiş temerrüt faiziyle birlikte talep edebilecektir. Sözleşme süresi devam ederken gerçekleşecek artışa ilişkin anlaşma gereğince doğan, miktarı belli olan, muaccel hâle gelmiş bir kira alacağı vardır ve zamanaşımı süresi içinde talep ve dava konusu yapılabilmelidir. Yeni döneme geçildikten sonra sözleşmeye uygun artış yapılmadan ödenen kira bedelini kiraya verenin çekince ileri sürmeden kabul etmiş olması, eksik ödenen kısım için sonradan ifa davası açmasına engel oluşturmaz.

TBK. m. 344 f. 1 düzenlemesiyle kira bedelinin tespiti sadece uzama dönemlerinde karşılaşılan bir sorun olmaktan çıkarılmamış, uzama dönemlerinde kira bedelinin tespitinin bir sorun olması büyük ölçüde engellenmiştir. TBK. m. 344 f. 1 düzenlemesi, taraflara, yalnızca uzayan ilk dönem için değil, uzayan her dönem için kira bedelinde gerçekleşecek artışı belirleme olanağını verdiğine göre, TBK. m. 344 f. 2'ye dayanarak kira bedelinin tespiti davası açılmasına gerek kalmayabilecektir. Yenilenen dönemlerde taraflarca kararlaştırılan orana (veya daha düşük olduğu takdirde endeksteki orana) göre kira bedelinin artışı sözleşme gereğince gerçekleşecek, yargıcın kira bedelini belirlemesine yönelik bir gereksinim ortaya çıkmayacaktır. Uzayan dönemlerde yapılacak artış oranının başlangıçta yapılan kira sözleşmesiyle belirlenmesinde kiraya verenlerin ısrarcı olacağında da kuşku duymamak gerekir. Kiraya veren bu yöndeki isteğini kiracıya kabul ettirirse, sözleşmeyle belirlenen oranın endeks oranını aşması olasılığında, artış endeks oranına uygun olarak gerçekleşecek, bu oranın da altında bir artış söz konusu olmayacaktır. Kiracının kira bedelini arttırmadan ödeme yapması üzerine eksik ödenen kısmın ifası için bir dava açılırsa, TBK. m. 344 f. 2 anlamında kira bedelinin tespiti davası olmayan bu davada, yargıcın endeksteki artışın da altında kalacak tarzda kira bedelini belirlemesi ihtimali bulunmayacaktır. Oysa uzayan dönemlerde yapılacak artışa ilişkin olarak başlangıçta yapılan sözleşmede bir hüküm olmasaydı, TBK. m. 344 f. 2 uyarınca açılacak kira bedelinin tespiti davasında, yargıcın endeksteki artışın altında kalan bir oranda kira bedelini arttırması mümkün olacaktı. TBK. m. 344 f. 2 uyarınca kira bedelini belirleyen yargıç, endeksteki artışın üzerine çıkan bir artış yapamazsa da, hakkaniyet gerektiriyorsa endeksteki artışın altında kalan bir artış yapabilir. Bir başka deyişle, TBK. m. 344 f. 2'ye dayanan bir davayla karşılaşan yargıç, kira bedelini arttırırken üretici endeksinde bir önceki yıl gerçekleşen artışı bir üst sınır olarak almak durumundadır, ne var ki,

hakkaniyet gerekçesiyle bu sınırın oldukça altına inebilir. O halde, kiraya verenlerin üretici endeksindeki artışın altında kalacak şekilde kira bedelinin belirlenmesi olasılığını ortadan kaldırmak için başvuracakları yol, başlangıçta kira sözleşmesi yapılırken uzayan dönemlerde yapılacak artışa ilişkin bir hükme sözleşmede yer vermektir[33]. Kiraya verenleri böyle bir yola teşvik eden TBK. m. 344 f. 1 düzenlemesi, kira bedelinin belirlenmesini uzayan dönemler için de bir sorun olmaktan çıkarmış, kira tespit davalarının önünü büyük ölçüde almış olmaktadır.

Sözleşme süresi boyunca yapılacak artışlara ilişkin baştan yapılan anlaşmalara TBK. m. 344 f. 1 c. 2 ile sınırlama getirilmişken, sözleşme yapılıp taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonraki aşamada yapılan anlaşmaya kanaatimce bir sınırlama getirilmiş değildir. Bu aşamada kiracının başını sokacak bir konuta veya işlerini yürütecek bir işyerine derhal kavuşma ihtiyacının baskısı altında kiraya verence kendisine dayatılan her koşulu kabul etmeye aday olduğu söylenemez. Sözünü ettiğimiz türden bir baskı altında hareket etmesi pek muhtemel olan kiracıları koruma amacına hizmet eden sınırlamanın kira ilişkisi devam ederken sonradan yapılan anlaşmalara uygulanmasında ısrar etmek amaca aykırı olur. Kira ilişkisi başladıktan ve taşınmaz kiracıya teslim edildikten sonraki aşamada, kiraya veren veya kiracının kira bedelinin arttırılması konusunda anlaşması serbestçe gerçekleştirilebilecek bir sözleşme değişikliği olur. Şu halde, sonradan üretici endeksindeki artış oranını aşacak biçimde kira bedelinin arttırılacağı yönünde yapılan anlaşma geçerli sayılmalıdır. Böyle bir anlaşma yapıldıktan sonra, kiracı, yapılan artışın endeksteki artışı geçtiği gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiğini iddia edemeyeceği gibi, fazladan yaptığı ödemenin sebepsiz zenginleşme oluşturduğu gerekçesiyle iadesini de isteyememelidir[34]. Ne var

---

33 Yenilenen dönemlerde yapılacak artışın oranının taraflarca kararlaştırılmış olup olmaması arasında yasanın yaptığı bu ayrım öğretide önemle vurgulanmaktadır. Artış oranının kararlaştırıldığı durumlarda üretici fiyat endeksindeki oranla sınırlı olarak artış gerçekleşecek, ne var ki, endeksteki oranın altına inilmesi söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, artış oranı hiç kararlaştırılmamışsa, üretici fiyat endeksindeki artış oranı bir üst sınır olarak kabul edilecek, ancak, açılan kira tespit davasında yargıç bu oranın altında kalan bir oranla artışa hükmedebilecektir. Gümüş, s. 74; İnceoğlu, s. 137-138. Yasanın yaptığı bu ayrımın sebebini bulmanın güç olduğunu belirten yazarlar vardır. Nitekim bkz. Gökyayla, s. 37. Kanaatimce bu sebep bellidir. Taraflarca artış oranı belirlenmişse, kira bedelindeki artış yargıcın vereceği kararla değil sözleşme gereğince gerçekleşmektedir. Ya sözleşmede belirlenen artış oranına göre ya da bu oranın yerine geçen endeksteki orana (ki bu oran da değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımı uyarınca sözleşmeyle kararlaştırılan bir oranmış gibi değer kazanmaktadır) göre kira bedeli kendiliğinden artar. Kira bedelindeki artışın ne olacağını yargıç takdir etmemektedir ki, hakkaniyet gereğince endeks oranının altında bir artışa hükmedebilsin. Oysa taraflar artış oranını kararlaştırmamışlarsa, yeni dönemde kira bedelinin ne olacağını açılan kira tespit davası sonucunda yargıç belirleyecektir. Yargıç bu belirlemeyi yaparken takdir hakkını hakkaniyete göre kullanacaktır. TBK. m. 344 f. 2, yargıcın hakkaniyete göre kullanacağı takdir hakkına bir sınır getirmiştir. Yargıç bu sınırı aşmamak kaydıyla, ama bu sınırın altına inmesi pekâlâ mümkün olacak şekilde takdir hakkını kullanabilir.

34 Aksi yönde bkz. İnceoğlu, s. 129. Yazarın görüşü, uzama dönemlerinden birine ilişkin olarak endeksteki oranı aşan bir artış yapılmasını tarafların örtülü olarak kararlaştırmaları durumuna ilişkin olsa da, sözleşme süresi içinde benzer bir anlaşma yapılması durumunda da benzer bi-

ki, sonradan yapılan anlaşma kira bedelinin bir defaya mahsus arttırılmasına ilişkin olmayıp, belirli periyotlarda belirli bir oranda artış yapılmasına yönelikse TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamanın yine devreye gireceği söylenebilir. Bir başka deyişle, son andığımız durumda, tarafların anlaştığı artış oranı, artışın yapılacağı zamandan önceki yılda endeksteki artış oranını aştığı takdirde geçersiz olacak, kiracı endeksteki orana uygun bir artış yapmakla yetinebilecektir.

Sözleşme süresi içerisinde yapılacak artışa ilişkin anlaşmalarla ilgili son bir noktaya daha değinmek isterim. Taraflar, bir yıldan fazla süreli bir kira sözleşmesinde, belirli dönemlerde artış yapılacağını kararlaştırmakla birlikte artışın oranını veya miktarını belirtmekten kaçınabilecekler midir? Taraflara böyle bir olanak verilebileceği söylenmiştir. Bu düşünceye göre, sözü edilen olasılıkta yapılacak artışın miktarını yargıç TBK. m. 344 f. 2'yi esas alarak belirleyecektir. Yargıcın belirleyeceği artış miktarı, son bir yılın üretici endeksinde gerçekleşen artışı aşamayacak, ne var ki, hakkaniyet gerektirdiği takdirde endeks artışının altında kalabilecektir[35]. Sözleşme süresi içerisinde teknik anlamıyla kira tespit davası açılmasına ve TBK. m. 344 f. 2'ye göre kira bedelinin tespit edilmesine imkân veren bu düşünceye katılmıyorum. Her şeyden önce, TBK. m. 344, kira bedelinin yargıç kararıyla belirlenmesi anlamına gelen ve yenilik doğuran bir hükümle son bulan (dar ve teknik anlamıyla) kira tespit davasını iki olasılık için kabul etmiştir. Bu olasılıklardan ilki, kira sözleşmesinin süresinin TBK. m. 347 uyarınca bir yıl için uzaması ve uzayan dönemde kira bedelinin ne olacağına dair taraflarca bir anlaşma yapılmamış olmasıdır. Diğer olasılıksa, başlangıçtaki kira sözleşmesi son bulmuş ve yasa gereği uzamış olmasa bile, başlangıçtan itibaren beş yıllık sürenin dolmuş olmasıdır. Şu halde, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin olan TBK. m. 344'ün ikinci ve üçüncü fıkraları (dar ve teknik anlamıyla) kira tespit davasına ilişkin olup, birinci fıkradaki düzenlemenin bu davayla ilgisi yoktur. Hükmün birinci fıkrası tarafların sözleşme yoluyla kira bedelini belirlemesine ilişkindir ve tarafların böyle bir anlaşma yapmaları durumunda (dar ve teknik anlamıyla) kira bedelinin tespiti davası açmalarına yer ve gerek olmayacağını belirtmiş olmaktadır. Ele aldığımız görüş, tarafların sözleşme süresi içinde artış yapılacağını kararlaştırmalarına ve fakat artışın ne oranda yapılacağını belirtmemelerine olanak tanımakla, kira tespit davasının yasa tarafından benimsenen bağlamdan çıkartılması sonucunu doğurmaktadır. Yenilik doğuran bir hükümle sonuçlanan ve istisnaî nitelikteki bir davanın uygulama alanının genişlemesi, istisnaların dar yorumlanmasına ilişkin temel ilkeyle bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan, oran belirlemeden artış yapılacağının kararlaştırılması, kiracının yerine getireceği edimi belirleme yetkisinin yargıca bırakılması anlamına gelmektedir. Borç doğuran bir sözleşme yapanlar, bu sözleşmeden doğan edimleri

çimde düşünülmesini gerektirir. Şu halde, bu görüşe dayanarak, sözleşme süresi devam ederken endeks oranını aşan bir artış yapılmasını açıkça kararlaştıramayacak olan tarafların, örtülü olarak da böyle bir anlaşma yapamayacakları savunulabilir.

35 Nitekim bu yönde bkz. Gümüş, s. 73.

kesin olarak belirlemekten kaçınabilirler. Sözleşmenin kurulmuş sayılması için edimin belirlenebilir kılınması yeterlidir. Edimi belirleme yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye bırakılması mümkündür. Edimi belirleme yetkisi kendisine bırakılan sözleşme tarafının, bu yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerektiği, aksi takdirde yargıcın müdahalesinin istenebileceği açıktır. Yargıç burada edimi kendisi belirlemeyecek, taraflardan biri tarafından yapılan belirlemeyi diğer tarafın itirazı üzerine denetleyecektir. Edimi belirleme yetkisinin taraflardan biri veya üçüncü bir kişi yerine, doğrudan yargıca tanınabileceği kuşkuludur. Gerçekten de, tarafların aralarındaki ilişkinin içeriğini belirlemesi için yargıcı istihdam etmeleri, işi başından aşkın mahkemelerin tarafların özel işleri için kullanılması ne derece amaca uygundur? Öte yandan, taraflar arasındaki ilişkinin içeriğini belirlemesi için yine taraflarca yetkilendirilen yargıç, bunu yaparken, idari bir faaliyet mi yoksa kazaî bir faaliyet mi görmüş olacaktır? Gerçi yargıcın sözleşme ilişkisini tamamlayıcı bir müdahalesinin sistemimizde kabul edilmiş olduğu, konumuz bakımından yargıcın yapacağı şeyin de sözleşme ilişkisini tamamlamaktan başka bir şey olmadığı iddia edilerek söylediklerime karşı çıkılabilir. Ne var ki, bu karşı çıkış, ilk başta sanıldığı kadar sağlam bir temele dayanmamaktadır. Yargıcın sözleşmeyi tamamlaması, taraflarca saklı tutulan ikinci derece noktalar üzerinde bir anlaşma gerçekleşmediği takdirde gündeme gelmektedir. Esaslı noktalar üzerinde uyuşma gerçekleşmişse, ikinci derece noktalar üzerinde anlaşmanın ileriye bırakılması sözleşmenin kurulmasını engellememekte, sonradan bu noktalar üzerinde anlaşılamazsa yargıç işin mahiyetine uygun olarak sözleşmeyi tamamlamaktadır (TBK. m. 2. f. 2). Dikkat edilirse, bu ihtimalde de yargıç sözleşmenin içeriğini belirlemesi için doğrudan yetkilendirilmemektedir. Saklı tutulan ikinci derece noktalar üzerinde belirlilik sağlaması gereken bizzat taraflardır. Onlar saklı tutulan ikinci derece noktalara ilişkin uyuşmazlığa düştükleri takdirdedir ki, yargıcın sözleşmeyi tamamlayıcı müdahalesi gerçekleşecektir. Oysa sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içerisinde kira bedelini belirleme işi doğrudan yargıca bırakılırsa, önce tarafların anlaşmayı denemesi ve anlaşma gerçekleşmediği takdirde yargıcın müdahalesi değil, ilk elden yargıcın müdahalesi gerçekleşecektir.

Sonuç itibarıyla, tarafların sözleşme süresi içerisinde artış yapılacağını kararlaştırıp artış oranını belirlemekten kaçınmalarının, geçerli bir anlaşmaya vücut vermeyeceği kanaatindeyim. Geçersizlik iki ayrı gerekçeye dayandırılabilir. İlk olarak, böyle bir anlaşma, TBK. m. 344 f. 2 ve f. 3'te düzenlenen kira tespit davasının, yasanın kabul ettiği alanın dışına taşırılmak istenmesi anlamına gelir. Kira tespit davası gibi istisnaî karakter taşıyan ve yenilik doğuran bir hükümle sonuçlanan davanın, ait olduğu alanın dışına taşırılmasına cevaz olmasa gerektir. Diğer taraftan, edimi belirleme yetkisinin herhangi bir üçüncü kişi gibi yargıca bırakılması da caiz olmamak gerekir. Bu taraflar arasındaki özel bir sorun için devletin mahkemelerinin istihdam edilmesi anlamına gelir ki, uygun görülemez.

III. TBK. m. 344 f. 3 Uyarınca Rayiç Bedelin Belirlenmesi ve Sözleşmede Artış Şartı Bulunup Bulunmamasının Bu Konudaki Etkisi

TBK. m. 344 f. 3 şu şekildedir: "Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hakim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir". Bu düzenleme çerçevesinde açılacak dava teknik anlamıyla kira tespit davasıdır ve yargıçtan yenilik doğuran bir kararla rayice uygun kira bedelini belirlemesi istenecektir. TBK. 344 f. 3'e dayanarak açılan kira tespit davasında, TBK. m. 344 f. 2 uyarınca açılan kira tespit davasından farklı olarak, bir önceki yılın endeksindeki artış oranı üst sınır olarak kabul edilmeyecektir. TBK. m. 344 f. 2, uzayan kira dönemlerinde yapılacak artışı tarafların belirlemediği durumlarda açılacak olan kira tespit davasına ilişkindir. Uzayan dönemlerde yapılacak artışa ilişkin olarak başlangıçta yapılan kira sözleşmesinde hüküm yer almıyorsa, kiracı veya kiraya veren arasında sonradan da bu konuda mutabakat sağlanamamışsa, kira bedelinin arttırılabilmesi için yegâne seçenek TBK. m. 344 f. 2 uyarınca kira tespit davası açmaktır. Ne var ki, bu dava sonucunda hükmedilecek artış bir önceki yılın üretici endeksindeki artışla sınırlı olarak yapılacağından, kira bedeli zaman içinde rayicin altında kalabilecektir. İşte TBK. m. 344 f. 3 belirli dönemlerde rayice uygun tespit yapılmasını sağlayarak, kiraya veren açısından rayicin altında kalan bir kira bedelini kabullenme zorunluluğunu kaldıracaktır. Rayice göre kira bedelinin belirlenebilmesi için beşer yıllık dönemler öngörülmüştür.

TBK. m. 344 f. 3'e göre rayice uygun kira bedelinin belirlenmesi bakımından şu olasılıklar göz önünde tutulmalıdır:

Başlangıçta yapılan kira sözleşmesinin süresi dolmuş, TBK. m. 347 uyarınca kira sözleşmesi birer yıllık dönemler halinde uzamış ve ilk kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren beş kira yılı geçmiş olabilir. Sözgelimi bir yıl için yapılan bir kira sözleşmesi, TBK. m. 347 uyarınca birer yıllık dönemler hâlinde uzamış ve dört uzama yılının geçmesiyle birlikte, başlangıçtan itibaren beş kira yılı tamamlanmış olabilir. Bu olasılıkta altıncı kira yılı (beşinci uzama dönemi) için kira bedelinin TBK. m. 344 f. 3 uyarınca tespit edilmesi istenebilir. Bunun gibi, iki yıllık kira sözleşmesinin birer yıllık dönemler hâlinde üç yıl uzaması, başlangıçtan itibaren beş kira yılının geçmesi demektir. Bundan böyle, uzayan yeni dönem (altıncı kira yılı) için TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitinin istenmesi mümkündür[36]. Başlangıçta yapılan beş yıllık kira sözleşmesinin süresinin dolması üzerine, ilk uzama yılında (yine altıncı kira yılında) uygulanacak kira bedelinin de TBK. m. 344 f. 3 uyarınca tespiti iste-

36 Gümüş, s. 72; Gökyayla, s. 39.

nebilir[37]. Bütün bu olasılıklarda, altıncı kira yılı için TBK. m. 344 f. 3'e göre tespit edilecek rayice uygun kira bedelinin, daha sonraki uzama dönemlerinde (yedinci kira yılı ve sonra gelen yıllarda) yeniden artması söz konusu olabilir. Yedinci ve sonraki kira yıllarında gerçekleşecek artışın belirlenmesinde, kira sözleşmesinde yer alan artış şartına (bir önceki yılın endeks artışıyla sınırlı olarak) itibar edilir. Kira sözleşmesinde yapılacak artışa ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa, açılan kira tespit davasında yargıcın TBK. m. 344 f. 2'ye dayanarak vereceği karara göre artış gerçekleşir. Sonuç olarak, altıncı kira yılı için rayice uygun olarak belirlenen kira bedelinde sonraki yıllarda yapılacak artış, endeks oranı aşılmadan gerçekleşecektir (TBK. m. 344 f. 3 c. son). Ne var ki, beş yıllık bir periyot daha tamamlanınca, TBK. m. 344 f. 3'e uygun olarak kira bedelinin arttırılması söz konusu olabilecek, kira bedeli olabildiğince rayiçle uyumlu hâle getirilecektir. Şu halde, başlangıçtaki kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren on kira yılının geçmesiyle birlikte, onbirinci kira yılı için tespit edilecek kira bedelinde TBK. m. 344 f. 3 uygulanacaktır[38]. Sonraki uzayan dönemlerde yapılacak artışlar da ya TBK. m. 344 f. 1'e ya da TBK. m. 344 f. 2'ye göre endeks aşılmaksızın gerçekleşecek, üçüncü bir beş yıllık periyodun tamamlanmasıyladır ki (on altıncı kira yılı için), yine TBK. m. 344 f. 3'e göre rayice uygun kira bedeli tespit edilecektir[39].

---

37 Gökyayla, s. 39.

38 Bu arada, kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren on yıl geçtikten sonra kiraya verenin kira bedelinin tespitini isteyemeyeceği yolundaki düşünceye katılmadığımı da belirtmek isterim. Katılmadığım bu düşünce için bkz. Gümüş, s. 70; Öncü, s. 311-312; Gökyayla, s. 26-27.

39 Öğretide rayice (TBK. m. 344 f. 3'e) göre kira bedelinin tespitinin istenebileceği dönemleri farklı belirleyenler bulunmaktadır. Buna göre, ilk beş yılın tamamlanmasıyla (altıncı kira yılı için) rayice uygun olarak kira bedeli tespit edildikten sonra, onikinci ve onsekizinci kira yıllarında yürürlükte olacak kira bedeli de rayice uygun olarak belirlenebilir. Görüş savunucuları, TBK. m. 344 f. 3'te geçen "bundan sonraki her beş yılın sonunda" ifadesini, kira bedelinin rayice uygun olarak belirlendiği yıldan (söz konusu yıl tamamlandıktan) sonra işlemeye başlayacak beş yılın sonunda olarak anlamaktadırlar. Bu anlayışa uygun olarak, ilk beş yıllık sürecin tamamlanması üzerine altıncı kira yılı için rayice uygun tespit yaptırmakta, yeni bir beş yıllık sürecin başlaması için altıncı yılın tamamlanmasını beklemekte, yeni süreci yedinci kira yılıyla birlikte başlatmaktadırlar. Yedinci kira yılında başlayan yeni beş yıllık süreç de onbirinci kira yılının bitimiyle tamamlanmakta, yeniden rayice uygun bedel tespitinin onikinci kira yılı için yapılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bundan sonraki yeni beş yıllık sürecin başlaması için de, rayice göre tespitin yapıldığı onikinci kira yılının bitmesini beklemek gerekecek, süreç onüçüncü kira yılıyla birlikte başlayacaktır. Örneğin bkz. Gümüş, s. 71-72. Öncü, s. 331; Aydoğdu/Kahveci, s. 617. Ayrıca bkz. Akyiğit, s. 154. Bu görüş, hükmün ne lâfzına ne de amacına uygundur. Hükmün amacı bes-belli kira bedelinin beş yılda bir rayice uygun hâle getirilmesini sağlamaktır. Beş yıl tamamlanıp rayiç bedel tespiti yapıldıktan sonra, yeni bir beş yıllık süreç hemen işlemeye başlayacaktır. Hükmün lâfzı da bu amacı yeter açıklıkla ortaya koymaktadır. Yukarıda aktarılan görüş, aynı zamanda bir mantıksızlık da içermektedir. İlk defa rayice uygun kira bedeli tespitinin istenebilmesi için sözleşmenin başlangıcından itibaren beş yılın geçmesi beklenmekte, tespit gerçekleştikten sonra bu sefer altı yıllık bir sürenin geçmesi aranmaktadır. Altı yıllık sürenin tamamlanmasıyla yeni bir rayice uygun bedel tespiti gerçekleştirilebilmekte, aynı şeyin yapılabilmesi için bir altı yıl daha beklenmektedir. Şimdi sorulması gerekir, TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelini tespit edilebilmesi için niye ilk periyot beş yıl oldu da sonraki periyotlar altışar yıl olarak hesaplandı? Yasa koyucunun TBK. m 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitinin istenmesini baştan itibaren eşit periyotla-

Sözleşmede uzayan dönemler için kira bedelinde yapılacak artışa ilişkin hüküm bulunması, beş kira yılında bir TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitinin istenmesine engel olmaz. Nitekim TBK. m. 344 f. 3 hükmü, bu hüküm uyarınca kira bedeli tespit edilirken taraflar arasında artışa ilişkin bir anlaşma bulunup bulunmadığına bakılmayacağını açıklıkla belirtir.

TBK. m. 344 f. 3'ün uygulanması için başlangıçta yapılan kira sözleşmesinin süresinin dolmuş olması da gerekli değildir. Beş yıldan daha uzun süreli bir kira sözleşmesinin bulunması durumunda, sözleşmenin altıncı yılı için TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin belirlenmesi talep edilebilir. Sözleşme süresi henüz dolmasa bile, beş yıllık sürenin geçmiş olması TBK m. 344 f. 3'e göre tespit istemek için yeterlidir. Hükmün lafzı açıkça bu olasılığı kapsamaktadır[40]. Sözleşme süresi devam

---

ra bağlamayı amaçladığını kabul etmek mantıklı olmaz mı? Savunduğum görüş doğrultusunda açıklamalar için ayrıca bkz. İnceoğlu/Baş, s. 535, dpn. 39; İnceoğlu, s. 142-143. Gökyayla her iki görüşü de aktarmış, ancak, bu konuda bir tavır almamıştır. Bkz. Gökyayla, s. 41.

40 Aynı görüşte, Gökyayla, s. 39. Buna karşılık, beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinin varlığında, sözleşmede kira bedelinin her yıl ne oranda arttırılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı sürece, beş yılın tamamlanmasıyla TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitinin istenemeyeceğini düşünenler de bulunmaktadır. Bu düşünceyi savunanlara göre, beş yıldan uzun süreli bir sözleşmede kira bedelinin her yıl ne oranda arttırılacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması, sözleşme süresi boyunca kira bedelinin arttırılmayacağı yolunda tarafların açıkça anlaşmış olmaları anlamına gelir. Sözleşmeye bağlılık ilkesine uyulması, kiraya verene TBK. m. 344 f. 3'e dayanma olanağının verilmesinin reddedilmesini gerektirir. Fıkrada "anlaşma olsun olmasın" ibaresinin bulunması, kira bedeli artışına ilişkin anlaşma olmasa da fıkradaki esaslar uyarınca kira bedelinin arttırılmasının istenmesini mümkün kılmaz. Bu ibareyle, taraflarca belirlenen artış oranının beş yılın tamamlanmasıyla yapılacak artışta dikkate alınmayacağı, taraflarca belirlenen oran bir tarafa bırakılarak rayice uygun kira bedelinin tespitinin istenebileceği kast edilmiştir. Bu görüş için bkz. Yavuz, s. 639-640. Bu düşünceye katılma olanağı bulamadığımı ifade etmek isterim. Öncelikle hükmün lâfzının açıklığı bu düşünceyi doğrulamamaktadır. TBK. m. 344 f. 3'te, açıkça, taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde, beş yıl tamamlandıktan sonraki yeni kira yılında yargıç tarafından belirlenecek kira bedelinden bahsedilmektedir. "Bu konuda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın" ifadesi, taraflarca kira bedeli artışına ilişkin bir anlaşmanın yapılıp yapılmadığına bakılmayacağını gösterir. Bir başka deyişle, tarafların kira bedeli artışına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmedikleri olasılığını da içine alır. Söz konusu ifadenin, sadece, taraflarca belirlenen orana itibar edilmeyeceğini anlatmayı amaçladığı söylenemez. Diğer taraftan, taraflarca kira bedeli artışına ilişkin bir hükmün sözleşmeye konulmaması, kira bedelinin arttırılmayacağına ilişkin olarak "açıkça" anlaşıldığı anlamına da gelmez. Tarafların bu konudaki sessizliğinden yola çıkılarak, yorum yoluyla, sözleşme süresi boyunca kira bedelinin arttırılmasının taraflarca istenmediği sonucuna varılabilir. Yorum yoluyla sonuca ulaşılan yerde bir açıklığın olduğundan söz edilemez. Gerçi tarafların "sözleşme süresi boyunca kira bedeli artışının söz konusu olmayacağı" yolunda bir hükmü sözleşmeye dâhil etmelerine bir engel yoktur ve bence böyle bir sözleşme hükmü geçerli olur. Konut ve çatılı iş yeri kiralarına ilişkin düzenlemenin "nisbî emredici" yapısı bu türden bir sözleşme hükmüne geçerlilik tanımayı mümkün kılar. İşte ancak böyle bir sözleşme hükmünün varlığındadır ki, kira bedelinin sözleşme süresi boyunca arttırılmayacağına ilişkin açık bir anlaşmadan bahsedilebilir. Tarafların TBK. m. 344 f. 3'ün beş yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde uygulanmasını engellemek için bu tarzda açık bir anlaşmanın varlığını aramak zorunludur. Yoksa tarafların kira bedelinin yıldan yıla nasıl arttırılacağını hiç ele almamış olma-

ederken yapılacak artışın oranı veya miktarının taraflarca belirlenmiş olması, altıncı sözleşme yılı için kira bedelinin TBK. m. 344 f. 3'e uygun olarak yargıç tarafından belirlenmesini engellemeyecektir. Bir örnek üzerinden konuyu ele almak yararlı olur. Sekiz yıllık bir kira sözleşmesi yapılmışsa, sözleşmenin devam edeceği süre içerisinde yapılacak artışa ilişkin taraflar anlaşmış olsunlar veya olmasınlar, altıncı sözleşme yılı için kira bedelinin belirlenmesi yargıçtan istenebilir. Sözleşme süresi içinde yapılacak artışa ilişkin bir sözleşme hükmü bulunsa bile, altıncı sözleşme yılı için yürürlükte olacak kira bedeli yargıç tarafından TBK. m. 344 f. 3'e göre belirlenebilir. Sözleşmenin yedinci ve sekizinci yıllarında bir artışın yapılıp yapılmayacağını, sözleşme süresi içerisinde artış yapılmasına ilişkin bir anlaşmanın bulunup bulunmaması belirler. Böyle bir anlaşma varsa, altıncı sözleşme yılı için yargıç tarafından rayice uygun olarak belirlenmiş kira bedeli, taraflarca kararlaştırılan oran esas alınarak yedinci ve sekizinci yıllar için arttırılır. Sözleşme süresi içinde yapılacak artışa ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, altıncı sözleşme yılı için yargıcın rayice uygun olarak belirlediği kira bedeli, yedinci ve sekizinci sözleşme yıllarında da değişmeden kalır. Sekiz yıllık sözleşme süresinin dolması üzerine kira sözleşmesi bir yıl için uzarsa, dokuzuncu kira yılı için kira bedelinin arttırılması, TBK. m. 344 f. 1 veya f. 2 uyarınca gerçekleşir. Sonraki uzayan dönem (onuncu kira yılı) için de durum aynıdır. Bu dönem için yürürlük kazanacak kira bedeli de TBK. m. 344 f. 1 veya f. 2'ye göre belirlenir. Ne var ki, bundan sonraki uzama yılı (ki onbirinci kira yılına denk düşer) için TBK. m. 344 f. 3'e göre (rayice uygun) kira bedeli tespiti istenebilecektir. Rayice uygun olarak yapılan tespitin üzerinden beş yıllık bir dönem geçmiştir ve yeniden rayice uygun kira bedelinin tespitini istemek mümkün hâle gelmiştir.

TBK. m. 344 f. 3'ün lâfzından anlaşılamasa da, beş yıllık periyotların sonunda açılan kira tespit davalarında, yargıcın kendiliğinden TBK. m. 344 f. 3'e göre tespiti gerçekleştirmeyeceği söylenmektedir. Bu düşünceye göre, ancak davacı tarafından talep edildiği takdirdedir ki, yargıç TBK. m. 344 f. 3'e göre tespiti gerçekleştirir. Böyle bir talebin bulunmaması durumunda tespit TBK. m. 344 f. 1 ve 2 uyarınca gerçekleştirilecektir[41]. Bu düşünceye uyulması, kanaatimce, bazı hâllerde güçlük gösterebilir. Kira tespit davasını kiraya veren gibi kiracının açması da mümkündür[42]. Kiracı tarafından açılan bir tespit davasında, talep sonucu zaten TBK. m. 344 f. 1 ve f. 2'ye göre belirlenecek kira bedelinin altında olacaktır. Bu olasılıkta, kiracının açıkça belirtmemiş olsa bile rayice göre tespit istediği sonucu çıkartılabilir. Davayı açan

---

larından yorum yoluyla sonuç çıkararak, TBK. m. 344. f. 3'ün bu olasılığa (yani tarafların artışa ilişkin sessiz kalmış olmalarına) sonuç bağlayan düzenlemesini uygulamadan kovmak mümkün değildir. Tarafların kira bedeli artışına ilişkin sözleşmede sessiz kalmaları olasılığını ele alan bir kanun hükmünün uygulanmasının engellenmesi için, sessiz kalmamak ve adlı adınca "kira bedeli artışının hiçbir şekilde istenmediğini" sözleşmede dile getirmek kaçınılmazdır.

41 Bu görüş için bkz. İnceoğlu, s. 143.

42 Kiracının da bu davayı açabileceğine ilişkin olarak bkz. Gümüş, s. 77-78; İnceoğlu, s. 160.

kiracı açıkça TBK. m. 344 f. 3'e göre tespit yapılmasını istememiş olsa bile, rayice göre tespit edilecek kira bedeli kiracının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucunun altında kalacaksa, yargıç TBK. m. 344 f. 3'ü uygulayarak rayice göre kira bedeli tespitini gerçekleştirebilmelidir. Kiraya veren tarafından açılan tespit davalarında da, dava dilekçesindeki talep sonucu TBK. m. 344 f. 1 veya f. 2'ye göre belirlenecek kira bedelinden yüksekse, bu durum zımnen TBK. m 344 f. 3'ün uygulanmasının istendiği anlamına gelir. Yargıç bakımından (kiraya verenin talebini aşacak bir miktara hükmetmemek kaydıyla) TBK. m. 344 f. 1 ve f. 2'yi göz önünde tutmadan rayici esas alarak kira bedelini tespit etme kapısı açılmış demektir.

Ne var ki, kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren beş kira yılı geçmiş olmasına rağmen, açılan kira tespit davasında TBK. m. 344 f. 2'ye göre tespitin istenmiş olması mümkündür. Bunun gibi, altıncı kira yılı gelmesine rağmen, açılan davada (TBK. m. 344 f. 1'in getirdiği sınırlamanın dikkate alınması kaydıyla) sözleşmedeki artırım şartına uygun bir kira bedeli istenmiş olabilir. İşte böyle durumlarda yargıcın kendiliğinden TBK. m. 344 f. 3'ü uygulayarak rayice göre kira bedelinin tespitini gerçekleştirmesi mümkün olmayabilir. Ancak beş kira yılının dolmasına rağmen kullanılmayan TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespit edilmesini isteme olanağının, daha sonra (sözgelimi yedi veya sekiz kira yılı dolduktan sonra) kullanılmasına da bir engel olmamak gerekir. Böyle durumlarda, beş yıllık periyodun hesaplanmasında, rayice göre kira bedeli tespitinin yapıldığı kira yılının başlangıç alınması gerekir. Sözgelimi yedinci kira yılında geçerli olacak şekilde rayice uygun kira bedeli tespiti yapılmışsa, yeniden rayiç esas alınarak tespit yapılması on ikinci kira yılı için söz konusu olacaktır[43].

Bu arada TBK. m. 344 f. 3'e dayanan kira tespit davasının açılma süresine ve verilecek kararın etkisine ilişkin çeşitli olasılıkları ele almak isteriz. İlk olasılık olarak, TBK. m. 347 f. 1 uyarınca gerçekleşen bir yıllık uzama dönemlerinden biri için TBK. m. 344 f. 3'e göre kira tespit davası açılmasını ele alalım. Sözgelimi bir yıl süreli bir sözleşme vardır. Bu sözleşme TBK. m. 347 f. 1'e göre birer yıllık dönemler hâlinde uzamıştır. Dört uzama yılı gerçekleştikten ve başlangıçtan itibaren beş kira yılı geçtikten sonra, altıncı kira yılı için geçerli olmak üzere TBK. m. 344 f. 3'e dayanan bir kira tespitinin yapılması istenmektedir. Bu olasılıkta TBK. m. 345 f. 2'nin uygulanması gerekecektir. Şu halde, dava altıncı kira yılının başlamasından en az otuz gün önce açıldığı veya aynı süre içinde kiraya veren tarafından kira bedelinin arttırılacağına ilişkin kiracıya yazılı bildirimde bulunularak altıncı kira yılı içinde dava açıldığı takdirdedir ki, TBK. m. 344 f. 3'ün uygulanmasıyla tespit edilen kira bedeli altıncı kira yılının başından itibaren etkili olacaktır. Bu olasılık bakımından, uzayan kira dönemlerinde kira bedelinin hangi oranda arttırılacağına ilişkin olarak kira sözleşmesinde bir hüküm bulunup bulunmamasının önemi olmadığını biliyoruz. Kira

43 İnceoğlu, s. 143.

sözleşmesinde bu yolda bir hüküm bulunsa bile, altıncı kira yılı için TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedeli tespiti yapılabilecektir.

Ne var ki, bir diğer olasılık olarak şu düşünülebilir. Kira sözleşmesi beş yıldan uzun bir süre için yapılmıştır. Sözgelimi sekiz yıllık bir kira sözleşmesi mevcuttur. Bu olasılıkta, beşinci kira yılı tamamlanıp altıncı kira yılına geçilecektir ve altıncı kira yılında geçerli olmak üzere TBK. m. 344 f. 3'e dayanan bir kira tespitinin yapılması istenmektedir. Burada artık TBK. m. 345 f. 2'deki kayıtlara uyulmasına kanaatimce gerek bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, tespit edilecek kira bedelinin altıncı kira yılının başından itibaren etkili olması için, davanın altıncı kira yılının başlamasından en az otuz gün önce açılmasına gerek olmadığı gibi, aynı süreye uyularak kiraya veren tarafından kira bedelinin arttırılacağına ilişkin kiracıya yazılı bir bildirimde bulunulması ve davanın altıncı kira yılı içinde açılmasına da gerek yoktur. Altıncı kira yılı tamamlanmadan önce herhangi bir tarihte açılan kira tespit davasında, bu kira yılının başlangıcından itibaren etkili olacak biçimde TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespit edilmesi istenebilir. Altıncı kira yılının başlamasından en az otuz gün önce kira bedelinin arttırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmamış olsa bile, yargıç, TBK. m. 344 f. 3'e göre tespit edilen kira bedelinin altıncı kira yılının başlangıcından itibaren etkili olacağına hükmedebilir. Unutulmamalıdır ki, TBK. m. 345 f. 2'de aranan gereklilikler TBK. m. 347 f. 1 c. 1'de kiracıya tanınan kira sözleşmesinin uzamasını engelleyebilme olanağı ile ilintilidir. TBK. m. 347 f. 1 c. 1'e göre, kiracı, belirli süreli kira sözleşmesinin bitim tarihinden en az on beş gün önce bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin uzamasını engelleyebilir. Yeni dönem için kira bedeli artışı isteyen ve bu amaçla dava açacak olan kiraya veren, bu niyetinden kiracıyı yeni dönemin başlamasına en az otuz gün kala haberdar ederse, düşünüp taşınıp arttırılmış bir kira bedelinden sorumlu olmak istemediği sonucuna varacak olan kiracı, yeni dönemin başlamasına en geç on beş gün kala bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin uzamasını engelleyebilir. Ne var ki, ele aldığımız olasılıkta, yani sekiz yıllık bir kira sözleşmesinin mevcudiyeti durumunda, kiracının beş kira yılı tamamlandıktan sonra altıncı kira yılına geçilmesini engelleme şansı yoktur. Kiracı, altıncı kira yılının başlangıcından geriye doğru en geç on beş gün içinde bildirimde bulunarak, kira sözleşmesinin altıncı kira yılına geçilmeden sona ermesini sağlayamaz. Şu halde, kendisine altıncı kira yılının başlangıcından otuz gün önce bildirimde bulunarak kira tespit davası açılacağını bildirmenin bir anlamı olmamaktadır. Böyle bir bildirim alan kiracı, altıncı kira yılı için rayice göre arttırılacak kira bedeliyle sorumlu olmak istemese bile, beşinci yılın sonunda kira sözleşmesini sona erdirme olanağına sahip değildir. Kiracı, istese de istemese de sekiz yıllık sürenin sonuna kadar sözleşmeyle bağlıdır. Hâl böyle olunca, kiracının sözleşmenin uzamasını engelleme olanağını kullanabilmesi için getirilen TBK. m. 345 f. 2'deki zorunluluğa uyulmasının da bir gereği kalmamaktadır. Sekiz yıllık kira sözleşmesinin beşinci yılının tamamlandığı andan itibaren, altıncı kira yılının sonuna kadar kiraya verence TBK. m.

344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitini sağlamak için dava açılabilir ve kiraya veren verilen hükmün altıncı kira yılının başından itibaren geçerli olmasını istemişse bu yolda hüküm kurulabilir. Bu bakımdan kira sözleşmesinde her kira yılı için kira bedelinin ne oranda arttırılacağına ilişkin bir hüküm bulunup bulunmamasının önemli olmadığını da bir daha hatırlatalım. Sözleşmede her kira yılında yapılacak artışa ilişkin hüküm bulunmasa da, kiraya veren altıncı kira yılı içinde TBK. m. 344 f. 3'e göre kira bedelinin tespitini isteyip, yeni kira yılının altıncı kira yılının başından itibaren etkili olmasını sağlayabilecektir. Sözleşmede her yıl yapılacak artışın belirlendiği durumlarda da, sözleşmedeki bu düzenlemeyle bağlı olmak istemeyen kiraya veren aynı olanaktan yararlanabilir. Kiraya verenin bu yolda bir tespit davası açabilmesini engelleyecek yegâne yol, beş yıldan uzun süreli sözleşmeye "sözleşme süresi tamamlanana değin kira bedelinin arttırılmayacağı" yolunda bir hüküm konulmasıdır.

IV. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinde Durum

Kira sözleşmesinin belirsiz bir süre için yapılması mümkündür. Böyle bir sözleşmede kira bedelinin her yıl ne oranda veya ne miktarda arttırılacağına ilişkin bir hüküm bulunabilir. Böyle bir sözleşme hükmünün varlığında TBK. m. 344 f. 1'deki sınırlamanın gözetilmesi gerekir. Bir başka deyişle, sözleşmede yer alan kira bedeli artışına ilişkin hüküm, bir önceki yılın üretici endeksindeki artışı aşmadığı oranda etkili olur. Sözleşmedeki oran endeksteki artış oranından fazla olmadığı takdirde, kira bedeli sözleşmedeki orana uygun olarak artar. Buna karşılık, endeksteki oran sözleşmedeki artış oranından daha düşükse, "değiştirilmiş kısmî kesin hükümsüzlük" yaptırımı uyarınca endeks oranı sözleşmedeki oranın yerine geçer. Her iki olasılıkta da, kira bedeli sözleşme uyarınca artmış olur ve teknik anlamıyla "kira bedelinin tespiti" davası açılmasına gerek olmaz. Kiracı sözleşme gereğince (sözleşmedeki oran veya bu oranın yerine geçen endeks oranına uygun olarak) artan kira bedeline uygun ödeme yapmadığı takdirde, kiraya verence açılacak dava kira bedelinin eksik ödenen kısmının ifasına ilişkin olacaktır. Kira bedeli borcunun ifa zamanının "belirli vade" olarak kararlaştırıldığı durumlarda, kiracının (sözleşmedeki oran veya bu oranın yerine geçen endeks oranına göre artışı gerçekleştirmeden) eksik ödediği kısım için ihtara gerek olmadan temerrüde düşeceği görüşünde olduğumuzu da bir kere daha hatırlatalım. Şu halde, kiraya verenin kira bedelinin ödenmesinde temerrüde ilişkin TBK. m. 315 düzenlemesinden yararlanma ve sözleşmeyi feshetme olanağı da ayrıca mevcuttur. Kiraya veren, sözleşme uyarınca yapması gereken artışı yapmayan kiracısına, eksik ödediği kısım için otuz günlük süre verebilir ve otuz gün içinde ödeme yapılmazsa sözleşmenin sona ereceğine ilişkin bir fesih beyanında bulunabilir. Bir başka deyişle, otuz gün süre verilmesine ilişkin bildirimle fesih beyanını birlikte yapabilir.

Belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde kira bedeli artışına ilişkin bir hüküm bulunmayabilir. Bu takdirde kiraya verenin kira bedeli artışını sağlayabilmesi mümkün

olabilecek midir? Kiraya verenin TBK. m. 344 f. 2'ye dayanan bir kira tespit davası açamayacağı kanaatindeyim[44]. TBK. m. 344 f. 2 uyarınca açılacak kira bedelinin tespiti davası, TBK. m 345'teki düzenlemeyle birlikte değerlendirilirse, ancak belirli süreli kira sözleşmelerinde söz konusu olacaktır. Sözleşme süresi dolacak ve TBK. m. 347 f. 1 gereğince gerçekleşen bir yıllık uzama döneminde kira bedelinin ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır ki, TBK. m. 344 f. 2 uyarınca kira bedelinin tespiti davası açılabilsin. Yasa gereğince gerçekleşen uzamalarla birlikte başlangıçtan itibaren beş kira yılı tamamlanmışsa (veya kira sözleşmesinin bağlandığı beş yıllık süre dolmuşsa), bundan sonraki uzama döneminde TBK. m. 344 f. 3 uyarınca rayice göre kira bedelinin tespiti de istenebilecektir. Şu halde, kira bedelinin tespiti davası, sözleşme süresinin belli olması ve süre tamamlanıp yasa gereği uzamanın gerçekleşmesiyle birlikte gündeme gelen bir davadır.

Belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde teknik anlamıyla kira bedelinin tespiti davası bir tek olasılıkta söz konusu olabilir. Belirsiz süre için akdedilmiş kira sözleşmesinin başlangıcından bu yana beş yıl geçmişse, altıncı kira yılı için TBK. m. 344 f. 3 uyarınca rayice uygun olarak kira bedelinin tespiti istenebilir. Bu olasılıkta, kiraya verence kira bedelinin tespiti davası açıldıktan veya açılacağı kiracıya bildirildikten sonra, kiracı feshi bildirme dönem ve sürelerine uyarak mümkün olan en erken zaman için sözleşmeyi olağan fesih yoluyla sona erdirebilir. Kiracı olağan fesih hakkını kullandığı takdirde kira bedelinin TBK. m. 344 f. 3 uyarınca arttırılması söz konusu olmayacak, esasen kira sözleşmesi mümkün olan en erken zaman için sona ereceğinden kiraya veren bakımından bu yönde bir ihtiyaç da kalmayacaktır. Kiraya veren TBK. m. 344 f. 3 uyarınca (belirsiz süreli kira ilişkisinin altıncı yılının başından itibaren kira bedelinin arttırılmasını sağlayacak şekilde) kira bedelinin tespiti davasını açtıktan sonra, kiracı mümkün olan en erken zaman için olağan fesih hakkını kullanmışsa (ki kiracının bu yöndeki beyanını davaya cevap verirken yapması beklenebilir), yargıç hüküm verilmesine mahal olmadığına karar verecektir. Ne de olsa, kiracı üzerine düşeni yapmış, kira bedeli artışına maruz kalmama isteğiyle mümkün olan en erken zaman için kira sözleşmesinin sona ermesini sağlamıştır. Açacağı davanın bu yolda akamete uğramasından endişe eden kiraya verenin yapacağı şey, henüz dava açmadan önce, TBK. m. 344 f. 3 uyarınca kira bedelinin tespiti davası açacağını kiracıya peşinen bildirmektir. Bu bildirimi alan kiracı mümkün olan en erken zaman için olağan fesih hakkını kullanarak kira bedeli artışına maruz kalmayabilir. Kiracı olağan fesih hakkını kullanmadığı takdirde de, kiraya veren için TBK. m. 344 f. 3 uyarınca kira bedelinin tespit edilmesi için dava açmak ve davada verilen hükmün altıncı kira yılının başından itibaren etkili olmasını talep etmek olanağı ortaya çıkmış olur. Gerçi bu söylediklerimiz, yani kira bedelinin arttırılacağından haberdar olan kiracının mümkün olan en erken zaman için olağan fesih hakkını kullanarak kira bedelinin tespiti

---

44 Aynı görüş için bkz. Gümüş, s. 69-70. Aksi görüş için bkz. İnceoğlu, s. 138-139.

davasını akamete uğratabilmesi ya da kiracı olağan fesih hakkını mümkün olan en erken zaman için kullanmazsa kiraya verenin altıncı kira yılının başından itibaren etkili olacak şekilde rayice uygun kira bedeli tespitini isteyebilmesi, herhangi bir pozitif kuralda yer almamaktadır. Ne var ki, TBK. m. 345 f. 2 düzenlemesinin amacından yola çıkılarak bütün bu sonuçlara ulaşılması mümkündür diye düşünmekteyim.

V. TBK. m. 345 f. 3 Anlamında "Sözleşmede Yeni Kira Döneminde Kira Bedelinin Arttırılacağına İlişkin Hüküm Bulunması" Ne Anlama Gelir?

TBK. m. 345 f. 3 şu şekildedir: "Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin arttırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur". Bu düzenlemede, "sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin arttırılacağına ilişkin bir hüküm varsa" ifadesiyle neyin kast edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kast edilen, yeni kira döneminde kira bedelinin hangi oranda veya hangi miktarda arttırılacağını belirten sözleşme hükümleri olmaz. Sözleşmede bu türden hükümlerin varlığı kira tespit davası açılmasını gereksiz kılar. Kira bedeli, sözleşmede belirtilen orana veya bunun yerine geçen endeks oranına göre kendiliğinden artar. Kiracı sözleşme gereği gerçekleşen artışa göre ödeme yapmak zorunda kalır. Bu zorunluluğa uymayan kiracıya karşı açılacak dava, kira bedelinin tespiti davası olmayıp olağan bir ifa davasıdır. TBK. m. 345 f. 3, kira tespit davalarıyla ilgili bir düzenleme olduğuna göre, böyle bir davanın açılmasına gerek bırakmayan bir olasılığı ele almış olamaz.

TBK. m. 345 f. 3'te belirtilen durum, sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artacağına ilişkin bir hüküm bulunmakla birlikte, bu sözleşme hükmünün artış oranını göstermemesidir[45]. Bir başka deyişle, kira sözleşmesi yapılırken yeni kira dönemlerinde artışın gerçekleşeceğine ilişkin genel ve götürü bir ihtar yapılması durumu ele alınmıştır. Böyle bir sözleşme hükmü varsa, her yeni kira döneminin başlamasına en az otuz gün kala kira tespit davası açmak veya böyle bir dava açılacağını kiracıya bildirmek gereksizleşecektir. Her yeni kira döneminde, bu dönemin içinde herhangi bir tarihte açılan davada, dönemin başından itibaren geçerli olacak şekilde kira bedelinin tespiti istenebilecektir. Yeni kira dönemlerinde kira bedelinin artacağına ilişkin götürü bir biçimde uyarılmış olan kiracı, böyle bir artışı istemiyorsa, yeni dönemin başlangıcına en az otuz gün kala bir kere daha uyarılmayı beklemeden, sözleşmenin uzamasını engelleyecek yönde beyanda bulunmalıdır. Aksi takdirde, yeni dönemin içinde herhangi bir tarihte açılan davada verilen hükmün, dönem başından itibaren etkili olmasını kabullenmiş olur.

---

45 Aksi düşünce için bkz. İnceoğlu, s. 158 dpn. 3. Yazara göre, TBK. m. 345 f. 3'ün uygulanabilmesi için artış oranının belirlenmiş olması şarttır.

KİŞİSEL ANTRENÖRLÜK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Legal Evaluation of The Personal Coaching Contract)

Yrd. Doç. Dr. Ümit ORHAN*

ÖZET

Günümüz modern insanının günlük ajandasındaki eylemlerden biri de spor ve bedensel aktivitedir. Günlük hayatın insanlara dayattığı hareketsiz yaşam insanların bu ilgisini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu eylem insanların ekonomik şartlarına ve sağlık durumuna göre çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Kimisi için günlük yarım saatlik yürüyüş yeterli iken bir başkası tüm dikkatleri üzerinde toplayacak bir vücudun hayali ile bir diğeri de tedavisinin bir parçası olduğundan sağlığını geri kazanmak için spora vakit ayırmaktadır. Bunun gibi, kimi mahallesinde belediyenin koyduğu aletlerden istifade ederken, bir başkası aylık ödeyerek spor salonlarına gitmeyi, kimisi de ekonomik gücünün etkisiyle veya sağlık sorunlarından dolayı kişisel antrenörle çalışmayı tercih etmektedir.

Kişisel antrenör, fizyolojik, fiziksel, ruhsal ve çevresel değerlendirmeler yaparak çalıştığı kişinin ihtiyaçlarına uygun, sağlığını koruyan ve performansını üst düzeye çıkarmak için antrenman ve programını yapan veya uzmanı olduğu spor dalını kişiye öğreten kişidir. Kişisel antrenörlük günümüzde birçok antrenörün gelir kaynağı haline gelmiştir ve kazanılan meblağlar da küçümsenecek cinsten de değildir. Özellikle büyük şehirlerde beyaz yakalı çalışanlar ve özel rehabilitasyon uygulaması gerekenler tarafından tercih edilmektedir ve uygulaması da yıldan yıla artmaktadır. Bu konunun hukuki açıdan değerlendirilmesi de gereklidir. Doktrin incelendiğinde bu konu hakkında daha önce herhangi bir çalışma yapılmadığı görülmüştür.

Bu çalışmada, kişisel antrenörlük sözleşmesi niteliği, unsurları, şekli, tarafları, tarafların borçları, sözleşmenin sona ermesi ve borçları başlıkları ile değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda uygulamada birçok görünüm şekli olan bu sözleşmenin bağımsız şekilde çalışan antrenör ile müşteri arasında yapılan türü değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Spor, Kişisel Antrenörlük, Hukuk, İş görme sözleşmesi Vekalet sözleşmesi,

* Marmara Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi Spor Yöneticiliği Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Abstract

Sports and physical activity are the one of the topics of Today's modern peoples' daily agenda. Inactive lifestyle which daily life insists, makes this concern necessary. This activity diversifies with peoples economic and health condition. For someone daily half an hour walking can be enough and someone spend time to sport to build a faschinating body or a part of a treatment to get back his/her health. Like these, someone utilize from sport equipments which municipality puts their district, others prefers to work out wiht a personel coach with the power of money or health problems.

Personel coach, makes exercise and programme or teaches the sport branch to his/her client with reviewing physiologic, physical, mental and envirolmental factors. This kind of coaching becomes a income source of lots of trainer nowadays and salaries are far away from despising. Especially in big cities, white collar workers and people who have to apply physical rehabilitation prefers to work with a personel trainer and this choise is increasing year after year. This subject must be considered with legal perspective. There is no research about this subject when we search in doctirine.

In this research, we consider personel coaching contract with captions of charateric, components, form, parties, liabilities of parties, terminating and conclusion. We consider the contract between independent personel coach and client, which there are so many kinds of this contract.

Keywords: Sport, personal coaching, legal, transaction, contract, mandate contract.

GİRİŞ

Günümüz modern insanının günlük ajandasındaki eylemlerden biri de spor ve bedensel aktivitedir. Sporun modern zamandaki sosyolojik tahliller sonucu tahlil edilen işlevleri incelendiğinde bu gayet normaldir. Spor, başta haz, eğlence, mutluluk olmak üzere, sağlık, gelir sağlama, statü, meşguliyet, sosyal çevre, güzellik, güç, aidiyet ve sosyalleşme gibi birçok amaca hizmet etmektedir[1]. Kimisi için günlük yarım saatlik yürüyüş yeterli iken bir başkası tüm dikkatleri üzerinde toplayacak bir vücudun hayali ile bir diğeri de tedavisinin bir parçası olduğundan sağlığını geri kazanmak için spora vakit ayırmaktadır. Bunun gibi, kimi mahallesinde belediyenin koyduğu aletlerden istifade ederken, bir başkası aylık ödeyerek spor salonlarına gitmeyi, kimisi de ekonomik gücünün etkisiyle veya sağlık sorunlarından dolayı kişisel antrenörle çalışmayı tercih etmektedir.

Kişisel antrenör, fizyolojik, fiziksel, ruhsal ve çevresel değerlendirmeler yaparak çalıştığı kişinin ihtiyaçlarına uygun, sağlığını koruyan ve performansını üst düzeye çıkarmak için antrenman ve programını yapan veya uzmanı olduğu spor dalını kişi-

---

1 **AMMAN** Tayfun, Sporda Sosyal Bilimler, Ed: **İKİZLER** Can, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s.102-103.

ye öğreten kişidir. Kişisel antrenörlük günümüzde birçok antrenörün gelir kaynağı haline gelmiştir ve kazanılan meblağlar da küçümsenecek cinsten de değildir. Özellikle büyük şehirlerde beyaz yakalı çalışanlar ve özel rehabilitasyon uygulaması gerekenler tarafından tercih edilmektedir ve uygulaması da yıldan yıla artmaktadır. Bu konu sporun diğer sosyal teknik yönleri açısından değerlendirilmiş olmakla birlikte, hukuki açıdan değerlendirilmesi de gereklidir. Doktrin incelendiğinde bu konunun hukuki boyutu hakkında daha önce herhangi bir çalışma yapılmadığı görülmüştür. Bu alanda çalışma yapılmamış olması elbette ki kaynak bulma konusunda bizleri oldukça zorlamıştır.

Bu çalışmada, kişisel antrenörlük sözleşmesi niteliği, unsurları, şekli, tarafları, tarafların borçları, sözleşmenin sona ermesi ve borçları başlıkları ile değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda uygulamada birçok görünüm şekli olan bu sözleşmenin bağımsız şekilde çalışan antrenör ile müşteri arasında yapılan türü değerlendirilecektir.

1. Sözleşmenin Tanımı, Unsurları, Niteliği, Şekli

1.1. Kişisel Antrenörlük Sözleşmesinin Tanımı

Kişisel antrenör, fizyolojik, fiziksel, ruhsal ve çevresel değerlendirmeler yaparak çalıştığı kişinin ihtiyaçlarına uygun, sağlığını korumak ve performansını üst düzeye çıkarmak veya uzmanı olduğu spor dalını kişiye öğretmek için antrenman ve program yapan kişidir[2]. Kişisel antrenörlük sözleşmesi de, *"kişisel antrenör ve müşteri arasında yapılan, kişisel antrenörün, fizyolojik, fiziksel, ruhsal ve çevresel değerlendirmeler yaparak çalıştığı müşterinin ihtiyaçlarına uygun, sağlığını korumak ve performansını üst düzeye çıkarmak veya uzmanı olduğu spor dalını müşteriye öğretmek için birlikte antrenman yaptığı sözleşmedir"*şeklinde tanımlanabilir.

1.2. Unsurları

1.2.1. İşin görülmesi

Kişisel antrenörlük sözleşmesi iş görme amacına yönelik sözleşmelerdendir. Kural olarak bir ivaza tabi olmasa da uygulamada genellikle ücret karşılığı yapılmaktadır. Bunun dışında, bu sözleşme sürekli edim borcu içeren bir sözleşme türüdür.

Görülecek olan işin ne olduğunu ortaya koymak, sınırlarını çizmek önemlidir. Uygulamada, işin görülmesi genellikle, bir spor dalının öğretilmesi, o spor dalında uzmanlaşma (tenis, golf, yüzme vb.), kilo alma, kilo verme, vücut geliştirme, sağlıklı

---

[2] Marmara Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi Spor Yöneticiliği Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Aysel **PEHLİVAN** ile Ocak 2015'te yapılan kişisel görüşmede öğretim üyesinin yaptığı kendi tanımıdır.

yaşama, fiziksel rehabilitasyon gibi daha ziyade bedensel hedefleri sonuca dönüştürmeye yönelik mesleki bilginin ve becerinin planlı ve organize bir şekilde aktarımıdır. Bu bilgi aktarımı birebir yapılan antrenmanlar, yapılan diyet listeleri ve mentörlük (psikolojik destek) şeklinde somutlaşmaktadır.

1.2.2. İşin karşılığı ücret

Yukarıda antrenör tarafından verilen hizmetin karşılığı müşteri tarafından ödenen ücrettir. Ücret kural olarak vekâlet sözleşme türünün zorunlu bir unsuru değildir. Dolayısıyla bir ücret kararlaştırılacaksa bunun belirlenmesi taraflar açısından daha isabetli olacaktır. Uygulamada kişisel antrenörlüğün ücretsiz verildiği pek görülmemekle birlikte, bu alanda şöhret sahibi olmak isteyen genç bir antrenörün ünlü bir kişiye bu hizmeti ücretsiz vermesi mümkün olabilir.

Ücret, sözleşme ister belirli süreli ister belirsiz süreli olarak yapılmış olsun genellikle saat başı belirlenmektedir. Ancak antrenörün bir iş sözleşmesi çerçevesinde, müşteri ile bağımlılık unsuruna dayalı olarak bu hizmeti vermesi durumunda bu defa İş Kanunu'nun ücrete ilişkin hükümleri devreye girecektir.

1.2.3. Karşılıklı anlaşma

Kişisel antrenörlük sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Tarafların anlaşması ile sözleşme kurulmuş olur. Kişisel antrenöre belirli bir ücretin ödenmesi hususu sözleşmede açıkça belirlenmemiş olmasına rağmen, kişisel antrenör ile yapılacak antrenman, rehabilitasyon çalışması vb. etkinliklerin ne olacağı konusunda taraflarca anlaşılmış olması, kişisel antrenörlük sözleşmesinin kurulması sonucunu doğurmaya yeterlidir.

1.3. Niteliği

Kişisel antrenörlük sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu isim altında sözleşmeye özgü tipik unsurları içeren bir yasal tanım bulunmadığı gibi, sözleşmenin içeriğini, hukuksal hüküm ve sonuçlarını düzenleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi sözleşmeye uygulanacak hükümler açısından önemlidir.

Kişisel antrenörlük sözleşmesinde bir işin görülmesi mevzubahis olduğundan ilk akla gelen bu sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olduğudur. İş görme sözleşmelerinin temel özelliği, taraflardan birisinin sözleşmenin diğer tarafına karşı her zaman iş görme borcu altına girerek söz konusu borcunu iş görme olarak nitelendirilebilecek bir faaliyette bulunmak suretiyle yerine getirmesidir[3]. Kişisel antrenörün sözleşme-

[3] **YAVUZ** Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yeni-

den doğan asıl borcunun konusu, yukarıda da belirtildiği gibi, bedensel hedefleri sonuca dönüştürmeye yönelik mesleki bilginin ve becerinin planlı ve organize bir şekilde aktarımıdır. Katıldığımız görüşe göre, kişisel antrenörün (*vekilin*) edimi, maddi edimlerden farklı olarak kişisel antrenörün (*vekilin*) malvarlığından değil, bizzat kişisel antrenörden (*vekilden*) (bedensel ve fikri faaliyetinden) kaynaklanır[4]. Ancak bu sözleşmenin niteliği, iş görme amacı güden sözleşmelerin tiplerine ait unsurlarının yer alış şekline göre değişebilecektir. Uygulamada kişisel antrenörlük sözleşmesi edimin niteliğine göre farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Buradaki sözleşme tipi tarafların sözleşme özgürlüğünden doğan sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü dolayısıyla; vekâlet sözleşmesi, iş sözleşmesi, ya da karma tipli veya bileşik sözleşme de olabilecektir. Çalışmamızda ağırlıklı olarak bağımsız olarak çalışan kişisel antrenörün müşterisi ile birlikte akdettiği sözleşme üzerinde durulacaktır.

İlk olarak kişisel antrenörlük sözleşmesini hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde değerlendirmeye çalışacağız. Hizmet sözleşmesi, TBK m.393 ve m.447 arasında düzenlenmiş, m.393/1'e 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*. Kişisel antrenörlük sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin ilişkisi değerlendirildiğinde, hizmet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden önemli ölçüde ayıran unsurun işveren ile işçi arasındaki bağımlılık unsuru olduğu görülmektedir[5]. Uygulamadaki tipik kişisel antrenörlük ilişkisine genellikle bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Şöyle ki, müşteri ve antrenör kararlaştırılan yerde (bu yer genellikle müşteriye ait bit yer veya antrenörün müşteriden aldığı saat başı ücretten bir kısmını kira ücreti olarak verdiği bir spor salonudur) ve saatte hazır bulunurlar ve hizmet bu şekilde görülmektedir. Ancak devamlı surette antrenörü istihdam ederek çalıştıran kişiler de bulunmaktadır. Bu kişiler genellikle profesyonel sporcular ve formunu korumaya çalışan sahne sanatçılarıdır. Bu ilişkide antrenör devamlı surette ve bağımlılık unsurunu da içeren şekilde hizmetlerini bu kişilere sunmaktadır. Burada iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını içeren sözleşme hizmet sözleşmesinin unsurlarını oluşturur. Bu sözleşme ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu m.1'e göre, *"İş Kanunu'nun 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır"* hükmü gereği m.4'deki istisnalar arasında da sayılmadığından antrenörün çalışması 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacaktır.

---

lenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014, s.383, **AÇIKGÖZ** Osman, Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.80.

4 **GÜMÜŞ** Alper, Borçlar Hukuku Özel Hukuku, 3. Bası, C:II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.122.

5 **ÇELİK** Nuri, **CANİKLİOĞLU** Nurşen, **CANBOLAT** Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 27.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2014, s.85., **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010, s. 213., **ŞAKAR** Müjdat, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, 6.Baskı, Ankara, s.47.

Eser sözleşmesi, TBK m.470 ve m.486 arasında düzenlenmiştir. TBK m.470'e göre, *eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*. Görüldüğü üzere eser sözleşmesinde yüklenicinin bir sonuç meydana getirme zorunluluğu mevcuttur. Halbuki kişisel antrenör bir sonuç meydana getirmekle yükümlü olmadığı gibi, sonuç meydana getirme ediminin gerçekleşeceği yer müşterinin vücudu olduğu ve antrenörün bu konuda bir tasarruf yetkisi bulunmadığı için kanaatimizce teorik olarak sonuç meydana getirme yükümlülüğünden bahsedilemez[6]. Şayet yine bir sonuç taahhüt edilmişse burada artık eser sözleşmesinden değil bir atipik sözleşme ilişkisinden bahsedilecektir.

Vekâlet sözleşmesi TBK'da 502 ve 514. maddeler arasında düzenlenmiştir. TBK m.502'deki tanıma göre vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Bir işin görülmesi söz konusu olduğu için vekâlet sözleşmesiyle bir yapma edimi borçlanılır[7]. Vekâlet sözleşmesinin konusu maddi fiiller olabileceği gibi hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller de olabilir. Vekâlet sözleşmesinin konusunun maddi fiillerden oluştuğu durumlarda *"maddi fiillere ilişkin vekâlet"* kavramıyla karşılaşılacaktır. Kanunla öngörülmemiş her çeşit maddi fiillerin yapılması, bu çeşit vekâletin konusunu oluşturabilecektir. Burada önemli olan maddi fiillerin yapılmasının kanunla düzenlenen bir iş görme sözleşmesinin konusun teşkil etmemesidir, aksi halde kanunda düzenlenmiş başka bir sözleşmenin varlığından söz edilebilecektir[8].

Kişisel antrenörlük sözleşmesinin, hukuksal nitelik bakımından vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilebilir. Gerçekten de, kişisel antrenör ile müşteri arasındaki sözleşmeye dayanan ilişkide, belli bir sonucun garanti edilmemesi ve müşteri ile bağımlılık ilişkisinin bulunmaması nedenleriyle, eser ya da hizmet sözleşmelerinden ziyade bir vekâlet sözleşmesi karakteri daha ağır basmaktadır. Zira tıpkı vekilin maddî işleri görmek üzere üstlendiği vekâlet durumlarında olduğu gibi, kişisel antrenörlük sözleşmesi yapan bir antrenörün de müşterisine karşı bir maddi nitelikli iş görme edimini ifa taahhüdü söz konusudur. Bu durumda, TBK'nın 502 / II fıkrasında yer alan "*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*" biçimindeki hüküm gereğince,

---

6 **GÖKYAYLA** Emre, Eser Sözleşmesinde Ek iş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.7

7 **Bkz**. **ARAL** Fahrettin / **AYRANCI** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.387 vd., **ZEVKLİLER** Aydın **/ GÖKYAYLA** K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 12.Bası, Ankara, 2013, s. 591, **GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hukuku, 3. Bası, C:II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.121 vd., **YAVUZ** Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014, s.1153 vd., **AYDOĞDU** Murat / **KAHVECİ** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013, s.680 vd.

8 **YAVUZ / ACAR / ÖZEN**, s.1155.

kişisel antrenörlük sözleşmesiyle antrenörün vekil konumunda kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır[9]. Bunun dışında vekâlet sözleşmesinde diğer iş görme sözleşmelerine nazaran vekil ile vekâlet veren arasında daha yoğun bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Güven karşılıklı olmakla birlikte özellikle vekâlet veren, güvendiği bir vekile işini vermek ister. Güven, vekilin hem kişiliğine hem de mesleki bilgisine, yeteneğine ilişkindir[10]. Kişisel antrenör ile müşteri arasında böyle bir güven ilişkisinin varlığı mevcuttur. Antrenörle birebir çalışılması bu güven ilişkisini kaçınılmaz kılar. Ayrıca, iş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması ile iş görmede zaman kaydına bağlı olunmaması da vekâlet sözleşmesinin diğer unsurlarıdır. Kişisel antrenörlük sözleşmesi müşterinin menfaatine ve iradesine uygun olarak kurulur ve zaman kaydına bağlı değildir. Uygulamada zaman kaydı (saatlik paketler halinde veya süreye bağlı aylık sözleşmeler) koyulan sözleşme ilişkileri sıklıkla görülebilmektedir ancak bunun aradaki vekâlet ilişkisini etkileyen bir unsur olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, kişisel antrenörlük sözleşmesine oldukça benzeyen hekimlik sözleşmesi[11] (estetik ameliyat ve protez organ takılması dışında), danışmanlık sözleşmesi[12] gibi sözleşmeler de hakim görüşe bu sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir.

Kişisel antrenörlük sözleşmesi adı altında kanunda düzenlenen bir sözleşme mevcut olmadığından bu sözleşmenin isimsiz (atipik) bir iş görme sözleşmesi görünümüne sahip olduğu düşünülebilir. İsimsiz sözleşmeler, TBK'da ve diğer herhangi bir kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmeyen sözleşmelerdir[13]. Diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kanunda düzenlenen sözleşmelere ait unsurları ve koşulları birleştirerek oluşturulan ya da kanunda düzenlenen unsurlara tamamen yabancı kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmeler, isimsiz (adsız ya da

---

9 Bkz. **DEMİR** Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, 2008, C.57 Sa.3 s.225-252, **BOZOĞLU**, Süleyman, Özel Kurs Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004.

10 **ZEVKLİLER / GÖKYAYLA,** s. 591.

11 **GÜMÜŞ**, s.133, Y. 13.HD. 09.04.2003 T., 711/4255, kazancı.com "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. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz."

12 **GÜMÜŞ**, s.135, YHGK, 28.02.2007 T., 13/65/8, kazancı.com "Belirli bir ücret karşılığı yapılan basın danışmanlığının hizmet sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın fesheden iş sahibinin, sözleşmede belirlenen cezai şartı ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır."

13 **KUNTALP** Erden, Karışık Muhtevalı Akit, (Karma Sözleşme), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013, s. 6. **YAVUZ / ACAR / ÖZEN**, s.8, **ZEVKLİLER / GÖKYAYLA**, s.11.

atipik) sözleşme olarak adlandırılmaktadır[14]. Ancak yukarıda vekalet sözleşmesinden bahsederken açıkladığımız üzere, burada kişisel antrenörlük sözleşmesinin unsurlarının vekalet sözleşmesinin unsurlarına uyduğundan, burada isimsiz sözleşmeden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.

1.3. Şekli

Genel kural, TBK m.12'ye göre *sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.* Bu sözleşme türü de kanunda özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme olmadığından dolayı kural olarak hiçbir şekle bağlı değildir. Uygulamada yazılı şekilde yapılan sözleşmeler olduğu gibi herhangi bir şekle bağlanmayan birçok sözleşme yapılmaktadır.

2. Sözleşmenin Tarafları

2.1. Kişisel Antrenör

Antrenörlük, yeterlilik aranarak yapılan bir meslektir. Antrenör unvanına sahip olabilmek için üniversitelerin spor eğitimi veren okullarının (beden eğitimi ve spor yüksekokulu veya spor bilimleri fakülteleri gibi) antrenörlük bölümü mezunu olmak veya dışarıdan ilgili federasyonların kurslarını bitirerek (örn. Türkiye Vücut Geliştirme Fitness ve Bilek Güreşi Federasyonu) antrenörlük belgesi almış olmak gereklidir.

Uygulamada genellikle kişisel antrenörlük yapan kişiler, hizmet verdikleri spor dalı ile ilgili antrenörlük belgelerine sahiptir. Ancak maalesef, mezun olmamış spor bölümü öğrencileri ile herhangi bir antrenörlük belgesine sahip olmayıp spor alanında kısıtlı bilgi birikimine sahip ancak kendisini iyi pazarlayan kişiler de para kazanmak için bu işe soyunmaktadır.

2.2. Hizmet Alan (Müşteri)

Bu sözleşmenin diğer tarafın kişisel antrenörden hizmet alan kişidir. Bu sözleşmenin tarafı olmak için tam fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Sınırlı ehliyetsizler bu sözleşmeyi veli veya vasi onayı ile yapabilirken, sınırlı ehliyetlilerin bu sözleşmeyi yapabilmeleri için herhangi yasal danışman onayına ihtiyaç yoktur (TMK m.429). Tam ehliyetsizler ise asla bu sözleşmenin tarafı olamazlar.

Bu hizmet türünü tercih edenler genellikle kendi kendine çalışma disiplininden uzak olanlar ile sağlık açısından bir antrenör gözetiminde çalışma yapması gereken kişilerdir.

---

14 **ZEVKİLER** Aydın **/ HAVUTÇU** Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş-Güncellenmiş 9.Baskı, Ankara, 2007, s.36-37.

3. Tarafların Borçları

3.1. Antrenörün Borçları

3.1.1. İş görme borcu

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (m.502). Ayrıca, *vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir* (m.504/1). Burada, taraflar verilecek hizmeti kendi aralarında anlaşarak belirleyebilecekleri gibi, sözleşmede açıkça belirtmeye gerek duymayabilirler. Bu durumda kişisel antrenör, hayatın olağan akışına ve kişisel deneyimlerine göre iş görme borcunu yerine getirecek, bilgi ve becerilerini müşteriye aktaracaktır.

İş görme borcu kapsamında kişisel antrenör, müşteriye uygun bir antrenman ve beslenme programı oluşturacak, kararlaştırılan günlerde yapılan programa uygun olarak antrenman yaptıracak, gerekirse antrenman programındaki fiziksel hareketlerin nasıl yapılacağını gösterecek ve müşterinin kilosunu, yağ ve kas kütlesi oranlarını kontrol edecektir.

Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür (m.505/1,c.1). Buna göre kişisel antrenör de müşterinin açık talimatına uymakla, örneğin, istediği hedefe ulaştıracak antrenman programını oluşturmak ve uygulatmakla yükümlü olacaktır. Ancak antrenörün bu bağlamda amaca elverişli olmayan talimatı yerine getirmekten kaçınabilir. Örneğin sağlık sorunları yaşayan ya da tedavi amaçlı bu hizmeti alan bir müşterinin, sağlık durumuna elverişli olmayan bir program için ısrar etmesi durumunda antrenör bu talimatı yerinden getirmekten kaçınabilir ve kaçınması da gerekir.

3.1.2. Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme

TBK.m.506/1'e göre *vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*. Bu fıkraya göre, kişisel antrenör kural olarak hizmetini şahsen vermekle mükelleftir. Ancak müşteri, şahsen ifa yerine, antrenörün görevlendireceği başka bir antrenörün hizmetini almayı kabul ederse veya durumun zorunlu kıldığı hallerde, mesela kişisel antrenörün hastalanması halinde şahsen ifa mümkün olmayacak, işin görülmesi bir başka antrenöre bırakılabilecektir. Bunun dışında uygulamada şahsen ifanın yerini alan ve teamül haline gelmiş bir durumun mevzubahis olmadığı kanaatindeyiz.

TBK.m.506/2'ye göre, *vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.* Kişisel antrenör, müşterinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle işini yapmakla yükümlüdür.

Özeni, *"asıl borcun ifası için, zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı"* olarak tanımlamak mümkündür[15]. Kişisel antrenör bu bağlamda, antrenman ve beslenme programı konusunda müşterinin sağlık geçmişi, psikolojik durumu ve diğer fiziksel özelliklerine en uygun programı oluşturacaktır. Müşterinin kişisel antrenöründen özel ilgi ve anlayış beklediği kabul edilmelidir. Kişisel antrenör verilen hizmet dolayısıyla öğrenmiş olduğu sırları da saklamakla yükümlüdür[16]. Ayrıca, TBK.m.506/3'e göre, *vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.* Buna göre kişisel antrenörün özen borcu, sadece kendisinin hâlihazırda sahip olduğu bilgi ve yeteneklerle değil, sahip olması gereken bilgi ve yeteneklere göre değerlendirilecektir. Kişisel antrenörün vereceği hizmetten doğacak sorumluluğun tespitinde tecrübeli, işini bilen, sorumluluk sahibi bir antrenörün yapması gerekenler kıstas alınacaktır. Burada sahip olunan antrenörlük belgesinin hangi branş üzerine ise verilen hizmetin de o branşa yönelik olması da önemlidir. Mesleki yeterliliği sağlayan belgelerin hiç birine ya da hizmet verilen branş ile ilgili olanına sahip olmayan yetersiz kişilerin verdikleri hizmetlerin sonucunda olası bir sakatlık veya ölüm durumunda bu kişilerin sorumluluktan kurtulmaları zorlaşacaktır. Keza kişisel antrenörlük yapan bir kişinin, en basitinden genel antrenman ve temel ilk yardım konularında yeterli bilgiye sahip olduğu varsayılır.

TBK m.507/1'e göre *vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur*. Bu, daha ziyade hukuki işlemler için verilen vekaletlerde karşılaşılan bir durumdur. Kişisel antrenörün yetkisi dışına çıkarak yerine başka bir antrenör görevlendirmesi durumunda müşteri bu durumu kabul etmek zorunda değildir. Şayet müşteri bunu kabul ederse, duruma rıza gösterdiği, yani kişisel antrenörün yerine bir başka kişiyi görevlendirmesine onay verdiği kabul edilmelidir. Son halde, kişisel antrenör yine kendi yerine görevlendirdiği antrenörün seçiminde ve gerekli talimatların kendisine aktarılmasına özen göstermekle yükümlü olacaktır. m.507/2, "*vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür"* hükmü gereği antrenör işi şahsen ifa etmiyorsa, kendi yerine görevlendirdiği antrenörün seçiminde ve gerekli talimatların kendisine aktarılmasına özen göstermekle yükümlü olacaktır.

3.1.3. Hesap verme borcu

TBK.m.508/1'e göre *vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.*

---

15 **BAŞPINAR** Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.124.

16 Çoğu antrenörle yaptığımız şifahi görüşmelerde, müşterilerin belli bir süre sonra kendilerini bir çeşit psikolog, dert ortağı gibi görmeye başladıklarını ifade etmişlerdir.

Hesap verme borcunun bu sözleşmede görünüm biçimi şu şekilde olacaktır. Kişisel antrenör, antrenman ve diğer faaliyetlerin nasıl yürütüldüğü, bu faaliyetler ile ilgili değişiklikler, programların bu sözleşme ilişkisinden beklenen menfaati sağlayıp sağlamadığı hususlarında müşteriye, müşterinin talebi üzerine veya gerekli olduğunda kendiliğinden bilgi vermelidir. Gerek sözleşmenin devamı sırasında gerekse sözleşme sona erdikten sonra müşteri hesap verilmesini isteyebilir. Bu bağlamda kişisel antrenör, müşterisinin sağlık durumu hakkında dosya tutmakla ve istenildiğinde dosyanın bir örneğini müşteriye vermekle yükümlüdür.

3.2. Hizmet Alanın Borçları

3.2.1. Ücret ödeme borcu

TBK.m.502/3'e göre *sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.* Vekâlet sözleşmesinde ücret sorunlu bir unsur değildir. Dolayısıyla kişisel antrenörlük hizmetinde de ücretin kararlaştırılması için bunun yapılan sözleşmede yer alması veya teamülen ücretin geçerli olduğu varsayılmalıdır. Dolayısıyla kendi alanında isim yapmak için ünlü birinin ücretsiz kişisel antrenörlüğünün yapılmasında bir ücret yükümlülüğü doğmayacaktır. Hâlbuki iş (hizmet) sözleşmesinde ücreti hak etmek için fiilen çalışmak yeterli olurken vekâlette olduğu gibi ücrete tabi olmayacağını kararlaştıran sözleşme hükmü geçersiz olacaktır[17].

Uygulamada genellikle ücret saat üzerinden belirlenmektedir. Müşteri, kişisel antrenör ile saat ücreti üzerinden haftalık çalışılacak saatleri belirlerler. Ödeme genellikle ayda bir yapılır ve o ay ne kadar ders yapılmışsa o kadar ücret ödenir. Bazı antrenörler aylık sabit ücret belirlemektedir. Bu durumda müşteri çalışmaya iştirak etse de etmese de antrenör ücrete hak kazanacaktır. Tabii ki ücret belirleme bunlarla sınırlı değildir. Örneğin, taraflar, hedeflenen sonuca göre ücret yanında ilave ücret veya prim adı altında verilen veya alınan kilo içinde bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırabilmektedir.

3.2.2. Müşterinin Uğradığı Zararları Giderme Borcu

TBK.m.510/2'ye göre vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Bu bağlamda kişisel antrenör işin görülmesi sebebiyle bir zarara uğrarsa, bunun giderilmesini müşteriden talep edebilecektir. Buna örnek olarak, müşterinin kişisel antrenörü sakatlayacak bir müdahalede bulunması verilebilir. Bu halde müşteri ancak kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

---

[17] Hizmet sözleşmesi ile ilgili olarak, TBK.m.394/2'ye göre *bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*

Bunun gibi kişisel antrenörün spor salonuna gidip eşyalarını soyunma odasına bırakan bir müşterinin, salonda hırsızlık sonucu değerli eşyaları çalınırsa da burada sorumluluk yine kişisel antrenöre ait olacaktır[18].

4. Sözleşmenin Sona Ermesi ve Sonuçları

4.1. Kendiliğinden Sona Erme

Kişisel antrenörlük sözleşmesinin kendiliğinden sona erme halleri olarak, tarafların anlaşması, ifa, belirlenen sürenin bitmesi, tarafların ölümü, ehliyetsizlik halleri sayılabilir. Vekâlet sözleşmesinin sona erme hallerini düzenleyen TBK.m.513/1'e göre *sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur.*

Vekâlet sözleşmesi, tarafların bu konuda yapacakları bir anlaşma ile sona erebilir. Tarafların söz konusu hakka sahip olmaları, azil veya istifanın uygun olmayan zamanda gerçekleştiğine ilişkin tartışmaların ortaya çıkabilecek olması ve bunu engellemek için tarafların iş görme borcunun ibrasını veya vekâlet sözleşmesinin ikalesi konusunda anlaşma ihtiyacını ortadan kaldırmaz[19].

İfa, sözleşmeyi sona erdiren hallerden biridir. Eğer kişisel antrenörlük sözleşmesi bir sonuç doğurma borcuna bağlanarak yapılmışsa bu defa sonucun elde edilmesi ile de sözleşme sona erecektir. Örneği belirli bir kilo, kan değeri ya da vücut ölçüsüne ulaşmak amacıyla yapılan sözleşmeler bu sonuçların alınması ile kendiliğinden sona erecektir. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki, kişisel antrenörün borcu sonuç borcu olmadığı için arzulanan sonucun ortaya çıkıp çıkmaması önemli değildir. Kişisel antrenör, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstererek işini yapmışsa ulaşılmak istenen sonucun tam tersi bir sonuçla karşılaşılsa dahi kişisel antrenörün sorumluluğuna hükmedilemez. Sözleşmede kararlaştırılan edimlerini yerine getiren kişisel antrenör, istenmeyen sonuçtan sorumlu olmadığı gibi, kararlaştırılmışsa ücret alacağına da hak kazanır. Ancak antrenör sonucu garanti etmiş fakat istenilen sonuç ortaya çıkmamışsa borcunu gereği gibi ifa etmemiş sayılır ve antrenörün iş görme borcu bir tazminat borcuna dönüşür[20].

Bu sözleşme belirli bir süreye bağlanabilir ve bu durum sözleşmenin niteliğinin vekâlet sözleşmesi olmasını değiştirmez. Uygulamada da, taraflar arasında süreye bağlanmış sözleşmeler (3 aylık, 6 aylık, 1 senelik) daha çok tercih edilmektedir. Bu hallerde sürenin bitmesi ile tarafların herhangi bir beyanda bulunmasına gerek ol-

---

18 Y. 13.HD. E. 2008/15193 K. 2009/6448 T. 12.5.2009, "Halı sahayı müşterilere kiralayan ve bundan da belli bir gelir elde eden davalı spor kulübü derneği tesisler dâhilinde tüm güvenlik önlemlerini almakla yükümlü olup, en ufak kusurundan dahi sorumludur." Kazancı.com

19 **SARI**, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Ermesi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, s.58.

20 Bkz. **AKINCI**, s.101-102.

maksızın sözleşme sona erecektir. Ancak, sözleşmede kararlaştırılan sürenin bitmesine rağmen tarafların sözleşme ilişkisine son vermeyip birlikte çalışmaya devam etmesi durumunda sözleşmenin örtülü olarak uzatıldığı kabul edilir. Ancak burada yenilenen sözleşmenin akıbetinin ne olacağı tartışma konusu olabilir. Sözleşme aynı süre için yenilenecek midir yoksa belirsiz süreli bir sözleşmeye mi dönüşür soruları akla gelebilir. Kanaatimizce burada sözleşmenin belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşeceği yönündedir. Bu sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olması dolayısıyla burada kira hükümlerine atıf yapılıp sözleşmeyi aynı süre ile uzatılmış saymaktansa, bir iş görme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesi hükümlerine göre sözleşmenin belirsiz süreliye döneceğini söylemek daha isabetli olacaktır[21].

Kişisel antrenörlük sözleşmesi adı üzerinde tarafların kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. Dolayısıyla taraflardan herhangi birinin ölümü halinde sözleşme sona erer. Taraflardan herhangi birisi hakkında verilen gaiplik kararı da bu sözleşmenin sona ermesine sebep olacaktır.

Kişisel antrenörün veya müşterinin ehliyetini kaybetmesi ya da iflası da bu sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ile sonuçlanacaktır. Bir fikre göre, Kanun'daki bu hüküm, maddi fiillere ilişkin vekaletten çok hukuki işlemlere ilişkin vekalet göz önünde tutularak sevk edilmiştir[22]. Kural olarak bu durumlarda (ölüm hariç) tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Zaten m.513/1'de *işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça* bu hallerin sözleşmeyi sona erdireceği belirtilmiştir. Demek ki duruma göre bu haller kişisel antrenörlük sözleşmesinin devamına engel olmayabilir. Söz gelimi taraflardan birine mahkemece yasal temsilci atanması ve yasal temsilcinin onayı ile bu sözleşme ilişkisine devam edilebilir.

4.2. Fesih Beyanı ile Sona Erme

Kişisel antrenörlük sözleşmesi taraflardan birinin tek taraflı fesih beyanı ile sona erebilir. TBK.m.512/c.1'e göre *vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.* Vekâlet sözleşmesi güven ilişkisine dayalı bir sözleşme olduğu

---

21 (Kira Sözleşmesi) TBK. m.347/1: *"Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir."*
(Hizmet Sözleşmesi) TBK. m.430/son: *"Sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür."*

22 **GAUTSCHI**, G., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR., Dritte, Neu Bearbeitete Auflage, Bern, 1971, Art.405, 10a, nakleden **AKINCI** Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.78.

için kanun koyucu taraflara böyle bir hak tanımıştır. Vekâletin her zaman geri ya da istifa yoluyla sona erdirilebileceğine ilişkin kural her iki tarafın da şahsiyet haklarını korumak amacıyla konulmuştur. Yapılan işin teknik özellikleri ağır basan bir iş olması vekâlet sözleşmesini tarafların şahsiyetlerinin ön planda olduğu bir sözleşme olmaktan çıkarmaz[23]. Bu durum kişisel antrenörlük sözleşmesi için de aynen geçerli olacaktır. Taraflar belirli bir nedene dayanmadan ve belirli bir süreye dayanmadan ve belirli bir süreyle bağlı olmadan her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler[24]. Bu durum Türk Medeni Kanunundaki dürüstlük ilkesi ile de çelişmez. Ayrıca bu haktan önceden feragat de geçersiz olacaktır.

Fesih iradesi yenilik doğurucu, ulaşması gerekli, şekle bağlı olamayan bir beyanda açıklanır. Kişisel antrenörlük sözleşmesi yazılı olarak yapılmış olsa bile fesih şekle tabi değildir. Hatta kanaat verici bir davranışla, örtülü olarak da sona erdirme iradesi açıklanabilir[25]. Örneğin müşterinin bu işten verim alamadığını belirtip antrenmanlara gelmemesi örtülü olarak sona erdirme sayılabilir.

Ancak tek taraflı fesih bazen diğer tarafın zarara uğramasına yol açabilir. TBK.m.512/c.2'ye göre *"ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* Burada kastedilen uygun olmayan zaman, haklı neden kavramı ile karıştırılmamalıdır. Örneğin 3 ayda hedeflenen vücut ölçülerine ulaşılması halinde ilave ödeme kararlaştırılmış bir sözleşmede son hafta hedefe ulaşılacakken müşterinin fesih beyanı ile de sözleşme sona erer ancak uygun olmayan bir zamanda yapıldığı için müşteri, antrenörün doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak örnekteki fesih beyanının haklı bir nedene dayanmadığını da belirtmek gerekir. Mesela bir sağlık sorunu nedeniyle doktorlar tarafından spor yapmasında sakınca görülen müşterinin sözleşmeyi sona erdirmesinde, müşteri, antrenörün bundan doğacak zararını gidermekle yükümlü olmaz.

Haklı nedenle fesih taraflardan birinin bir takım fiillerinin sözleşmeyi çekilmez hale getirmesinden dolayı diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmesidir. Haklı nedenler mevzuatta teker teker sayılmamış olup, her somut olay kendi içinde değerlendirilecektir. Ancak kişisel antrenörlük sözleşmesinde sözleşmenin haklı nedenle fesih sebebi olarak, şayet kararlaştırılmışsa ücretin ödenmemesi, antrenörün kararlaştırılan der saatlerini makul bir sebep olmadan sürekli ertelemesi örnek olarak verilebilir.

---

23 **AKINCI,** s.65.

24 **ZEVKLİLER / GÖKYAYLA**, s.624.

25 A.g.e. s.625.

SONUÇ

Kişisel antrenör, fizyolojik, fiziksel, ruhsal ve çevresel değerlendirmeler yaparak çalıştığı kişinin ihtiyaçlarına uygun, sağlığını koruyan ve performansını üst düzeye çıkarmak için antrenman ve programını yapan kişidir. Çalışmamızda bağımsız olarak çalışan kişisel antrenör ile müşteri arasındaki sözleşme değerlendirilmeye çalışılmıştır. Atipik (isimsiz) bir iş görme sözleşmesi görünümüne sahip kişisel antrenörlük sözleşmesinin, hukuksal nitelik bakımından, daha çok vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilebilir. Kişisel antrenör ile müşteri arasındaki sözleşmeye dayanan ilişkide, belli bir sonucun garanti edilmemesi ve müşteri ile bağımlılık ilişkisinin bulunmaması nedenleriyle, bu sözleşmenin (maddi fiillere ilişkin) vekâlet sözleşmesi karakteri taşıdığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu sözleşmenin unsurları işin görülmesi, zorunlu olmamakla birlikte ücretin ödenmesi ve karşılıklı anlaşmadır. Sözleşme TBK'daki ana kural gereği herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

İş görme borcu kapsamında kişisel antrenör, genel olarak, müşteriye uygun bir antrenman ve beslenme programı oluşturmak, kararlaştırılan programa uygun olarak antrenman yaptırmakla ve ayrıca müşterinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle işini yapmakla yükümlüdür. Müşterinin kişisel antrenöründen özel ilgi ve anlayış beklediği kabul edilmelidir. Bunun yanında kişisel antrenör, verilen hizmet dolayısıyla öğrenmiş olduğu sırları da saklamakla yükümlüdür. Kişisel antrenörün özen borcu, sadece kendisinin hâlihazırda sahip olduğu bilgi ve yeteneklerle değil, sahip olması gereken bilgi ve yeteneklere göre değerlendirilecektir. Kişisel antrenör, antrenman ve diğer faaliyetler ile ilgili olarak müşteriye, müşterinin talebi üzerine veya gerekli olduğunda kendiliğinden bilgi vermelidir. Müşteri de aldığı hizmet karşılığında eğer sözleşme ile kararlaştırılmışsa ücret ödemekle yükümlüdür.

Kişisel antrenörlük sözleşmesinin kendiliğinden sona erme halleri olarak, ifa, belirlenen sürenin bitmesi, tarafların ölümü, ehliyetsizlik halleri sayılabilir.

Taraflar belirli bir nedene dayanmadan ve belirli bir süreye dayanmadan ve belirli bir süreyle bağlı olmadan her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bunun dışında sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren sebeplerin varlığı halinde sözleşme taraflarca haklı sebeple tek taraflı olarak da feshedilebilecektir.

KAYNAKLAR

AÇIKGÖZ Osman, Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

AKINCI Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya, 2004.

AMMAN Tayfun, Sporda Sosyal Bilimler, Ed: İKİZLER Can, Birinci Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000,

ARAL Fahrettin / **AYRANCI** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

AYDOĞDU Murat / **KAHVECİ** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İleri Kitabevi, İzmir, 2013.

BAŞPINAR Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BOZOĞLU, Süleyman, Özel Kurs Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004.

ÇELİK Nuri, **CANİKLİOĞLU** Nurşen, **CANBOLAT** Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 27.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2014.

DEMİR Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, C.57 Sa.3, Ankara, 2008.

GÖKYAYLA Emre, Eser Sözleşmesinde Ek iş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.7

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hukuku, 3. Bası, C:II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

KUNTALP Erden, Karışık Muhtevalı Akit, (Karma Sözleşme), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, 2013.

SARI, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Ermesi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010.

ŞAKAR Müjdat, İş Kanunu Yorumu, Yaklaşım Yayıncılık, 6.Baskı, Ankara.

YAVUZ Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014.

ZEVKİLER Aydın **/ HAVUTÇU** Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş-Güncellenmiş 9.Baskı, Ankara, 2007.

ZEVKLİLER Aydın **/ GÖKYAYLA** K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 12.Bası, Ankara, 2013.

ELEKTRONİK KAYNAK: www.kazanci.com

HACZİN TASARRUF YETKİSİNE ETKİSİ

(The Effect of Confiscation on Ownership Right)

Ar. Gör. Mercan YÜKSEL ORHUN*

ÖZET

Borçlarını kendi rızasıyla ödemeyen borçluya, alacaklıları tarafından icra takibinde bulunulması mümkündür. Bu durumda, borçlunun malları, devletin icra organları tarafından haczedilerek, haczedilen malların paraya çevrilmesi ve bu para ile alacaklıların tatmin edilmesi yoluna gidilir.

Haciz, borçlunun haczedilen mallar üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmesi sonucunu doğurmaz. Ancak diğer taraftan, borçlunun bu mallarda tasarrufta bulunarak alacaklıların haklarına ulaşmalarını engellemesinin de önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, haczedilen mallar üzerindeki borçlunun tasarruf yetkisinin alacaklılar lehine kısıtlanması öngörülmüştür. Haczedilen malın bir taşınmaz olması halinde, bu tasarruf yetkisi kısıtlaması, muhafaza tedbiri olarak tapuda şerhler sütununa kaydedilir. Haczin şerhi, tapu kütüğünün kilitlenmesi (kapatılması) sonucunu doğurmaz; borçlu hacizli taşınmazları üzerinde tasarrufta bulunabilir. Fakat "tapu kütüğünün aleniyeti ilkesi"nin bir sonucu olarak, şerh verilen tasarruf yetkisi kısıtlamaları, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir.

Anahtar kelimeler: Tasarruf yetkisi kısıtlaması, haciz, taşınır malların haczi, taşınmaz malların haczi, şerh, iyiniyetle kazanım.

Abstract

It is possible for creditors to start executive proceedings against someone who does not pay his debts on his own will. In this case, the property of the debtor will be confiscated by executive organs of the State and will be realised to the satisfaction of the creditors through this money.

Confiscation does not cause the debtor to lose his right of property over the confiscated goods. However, it is necessary to prevent the debtor from restraining the creditors to reach their rights through exercising his rights over the goods. For this purpose, the debtor's ownership right over his confiscated goods is acknowledged to be restricted in favour of the creditors. In case of confiscated immovable goods, this restriction of ownership right is recorded in the Column

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

of Annotations at the Land Register as a measure of conservation. Annotation of the confiscation does not mean to end the Land Registry; the debtor can exercise his ownership rights over his confiscated immovable goods. Yet, as a result of the Principle of Publicity of Land Registry, annotated restriction of ownership rights may be asserted against persons who acquired rights over the immovable goods afterwards.

Keywords: Restriction of ownership, confiscation, the confiscation of movable goods, the confiscation of immovable goods, annotation, acquisition in good faith.

GİRİŞ

Kendi rızasıyla borçlarını ifa etmeyen borçlunun malları, devletin icra organları tarafından haczedilerek, haczedilen malların paraya çevrilmesi yoluyla alacaklıların alacağı karşılanır. Haciz sonucunda, borçlunun haczedilen mallar üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermez, bilakis devam eder. Ancak borçlunun haczedilen mallarda tasarrufta bulunarak alacaklıların haklarına ulaşmalarını engellemesinin de önüne geçilmesi amacıyla, haczedilen mallar üzerindeki borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması öngörülmüştür (İİK m. 86, 91, TMK m. 1010/I, b. 2). Bu kapsamda, taşınır bir malı haczedilen borçlu, alacaklının muvafakatini ve icra müdürünün iznini almaksızın, hacizli malları üzerinde tasarrufta bulunamaz (İİK m. 86). Yani borçlunun tasarruf yetkisi, haciz koyduran alacaklıları lehine kısıtlanmıştır. Taşınmazların haczine yönelik olarak da, taşınmazının haczedilmesinin, borçlunun tasarruf yetkisini, TMK m. 1010 anlamında kısıtlayacağı öngörülmüştür (İİK m. 91). Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinde *"tasarruf yetkisinin kısıtlanması"* başlığı altında, hangi durumların tapuya tasarruf yetkisi kısıtlaması[1] olarak şerh verilebileceği hükme bağlanmıştır[2]. Söz konusu maddenin ikinci bendinde, tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak şerh verilebilecek durumlardan *"haciz, iflas kararı ve konkordato ile verilen süre"* düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşınmazlara yönelik haciz kararından doğan bu tasarruf yetkisi kısıtlaması, muhafaza tedbiri olarak tapuda şerhler sütununa kaydedilir. Ancak tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhleri, TMK m. 1010 ile sınırlı değildir. Bu çalışmanın konusu da, haczin borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlamasının nasıl sonuç doğuracağıdır. Esasen bu sorunun cevabı, taşınırlar açısından İİK'nın 86. maddesinin son fıkrasında, *"İyiniyet kaidelerine aykırı olarak mahcuz menkul mal üzerinde üçüncü şahsın iktisabettiği haklar, alacaklının hacizle o mala taallûk eden haklarını ihlâl ettiği nispette bâtıldır"* şeklinde düzenlenmiştir. Taşınmazlar bakımından ise, TMK'nın

---

1 "Kısıtlama" deyimi yerine "sınırlama" ifadesinin daha uygun olacağına dair bkz. **AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin,** Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 101.

2 Maddede öngörülen durumlar, aşağıda haczin hukuki neticeleri açıklanırken daha detaylı değinileceği üzere, "teknik anlamda bir tasarruf sınırlaması" değildir (**LEEMANN, Silvia Verena**, Die Vormerkung von Verfügungs-beschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1937, s. 25).

1010. maddenin 2. fıkrasında, *"Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir"* şeklinde hükme bağlanmıştır. Fakat maddede düzenlenen her bir durum, hatta aynı bent içerisinde düzenlenen seçenekli durumlar dahi (örneğin haciz ve iflas gibi) farklı hukukî sonuç arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, tüm tasarruf yetkisi kısıtlamalarının doğurduğu sonuçlar değil; sadece haczin borçlu bakımından etkileri üzerinde ayrıntılı olarak durulacak ve tasarruf yetkisine dair hukukî sonuçları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda, bilhassa önem arz eden, zilyetlik hükümlerine dayanarak (TMK m. 988 vd.) yahut TMK m. 1023 uyarınca tapuya güven ilkesi sonucu iyiniyetle kazanımın mümkün olup olmadığına da değinilecektir.

A. Genel Olarak Taşınmaz Malların Haczi

Borcunu rızasıyla ifa etmeyen borçluya karşı, alacaklı, talep hakkına dayanarak icra takibinde bulunma hakkına sahiptir. Bu durumda, kendi rızasıyla borcunu ifa etmeyen borçlunun mallarına, devletin icra organları tarafından zorla el konulmak suretiyle, alacaklının tatmin edilmesi yoluna gidilir. Bu kapsamda haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belirli bir para alacağının tahsil edilebilmesi için, alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra dairesi tarafından hukuken el konulması, şeklinde ifade edilebilir[3]. Bu şekilde haczedilen mallar, alacağına karşılık olmak üzere alacaklıya devredilmez; bilakis haczedilen mallar satılır ve satış bedelinden alacaklının alacağı ödenir. Zira icra ve iflas hukukunun ana kuralı, alacaklının para ile tatmin edilmesidir[4]. Haczin gerçekleşebilmesi için, alacaklının haciz yoluyla takip talebinde bulunması, bunun üzerine gönderilen ödeme emrinin kesinleşmesi ve sonrasında alacaklının takibe devam etmek istemesi, bir başka deyişle haciz talebinde bulunması gerekir[5].

Haciz, devlet yetkisi kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen, kamu hukukuna dayalı bir işlemdir. Fakat hacizde hukuken korunan menfaat doğrudan devlete değil; alacaklıya aittir. Bu yönüyle haciz, alacaklının lehine yapılır[6]. Alacaklının hacizden yararlanması ve haciz sayesinde, borçlunun malvarlığına el koydurabilmesi için, takip talebinde bulunması şarttır. Dolayısıyla takip talebinde bulunmak, alacaklı açısından

---

3 **KURU, Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 410; **POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010, s. 359.

4 **KURU**, s. 410; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 361.

5 **KURU**, s. 410-412; **ÜSTÜNDAĞ, Saim**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 175. Haciz için alacaklının haciz talebinde bulunması gerektiğinin bir istisnası, İİK m. 139'da düzenlenen tamamlama haczidir (**KURU**, 412).

6 **STAEHELİN, Adrian**, Probleme aus dem grenzbereich zwischen privat- und zwangsvollstreckungsrecht, Basel-Stuttgart 1968, s. 57; **KURU**, s. 357; **ÖZMEN, E. Sâba,** Türk hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 1991/2, s. 182-212, s. 183.

bir külfettir; yerine getirilmemesinin hukukî sonuçlarına alacaklı katlanmak zorundadır[7].

Haczi gerçekleştiren işlem, icra müdürünün buna ilişkin beyanıdır; dolayısıyla maddi-fiilî anlamda el koyma gerekmeksizin, hukukî el koyma[8] yeterlidir[9]. Hukukî el koymanın sonucu, dış dünyaya, borçlunun bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması biçiminde yansır. Yani borçlunun, hacizden itibaren, haczedilen mallar üzerinde, alacağın o maldan elde edilmesine engel olacak davranışlardan kaçınması gerekir[10]. Öyle ki, borçlunun aksi yöndeki tasarrufları, alacaklılara karşı, hacze konu alacak oranında hükümsüz olmaktadır[11]. Bu cihetle haczin gerçekleştiği an, hacze konu teşkil eden mal ve haklar bakımından borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlandığı anı tespit bakımından da önem arz eder.

Hacze dair genel bilgilere bu şekilde değindikten sonra, haciz işleminin başlaması ile satışın sağlanıp alacaklının tatmin edilmesine kadar geçen sürede, borçlunun malları üzerindeki tasarruf işlemlerine karşı alacaklıya güvence sağlanmasına dair menfaatin nasıl korunduğunu incelemek gerekir.

B. Haczin Hukukî Neticelerine İlişkin Kanunî Düzenleme

Alacaklının takip talebi üzerine borçlunun mal ve haklarının haczedilmesi, borçlunun bu mal ve haklar üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına halel getirmez iken[12]; tasarruf yetkisinde değişikliklere neden olur (İİK m. 86, 91, TMK m. 1010/I,

---

7 **ÖZMEN**, s. 184.

8 Hukukî el koymanın önemi, daha ziyade taşınırlara uygulanan hacizde ortaya çıkar. Hukuken el koyma sayesinde, haczi yapan memurun, haczettiği taşınır malları (kıymetli şeyler dışındaki), alacaklının muvafakati ile geçici olarak borçlunun elinde bırakması veya bir yed-i emine teslim etmesi yeterlidir (İİK m. 88/II) (**KURU**, s. 427).

9 **KURU**, s. 426; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 360. "Fiilen el koyma" şartının, sadece para, kıymetli evrak ve altın gibi menkul mallar için gerekli olduğuna dair bkz. Y. 12. HD. 29.11.2002, 23718/25610 (**KURU**, s. 426).

10 **KURU**, s. 432, dn. 88; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 360.

11 **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 360, 396; **ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret**, Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 158; **KURU**, s. 432, dn. 88; **UYAR, Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 5, İİK m. 82-97, Ankara 2004, s. 7538, **SİRMEN, A. Lale**, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 237; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200; **BAŞÖZEN, Ahmet**, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 106; **REİSOĞLU**, **Safa,** Türk Eşya Hukuku, C. 1, Ankara 1977, s. 183; **AYBAY, Aydın,** Haciz Şerhinin Haksız Terkininden Doğan Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/I, s. 145; **ERTAŞ, Şeref**, Eşya Hukuku, İzmir 2012, s. 170.

12 **FEHLMANN, Ulrich K.**, Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diessenhofen 1976, s. 31; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 198; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 103; **UYAR-Şerh**, s. 7538; **MUŞUL**, **Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 484; **OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan**, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007, s. 2582. Bir mal ya da hakkın, haczedildikten sonra dahi, yarar ve hasarlarının borçluya ait olmaya devam etmesi, borçlunun haczedilen mal ve hakları üzerinde mülkiyet hakkının devam ettiğini gösterir (**ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 198; **UYAR-Şerh**, s. 7538).

b.2, 1010/II). Esasen haczin borçlunun tasarruf yetkisinde meydana getirdiği değişikliğin, haczin en önemli hukukî sonuçlarından biri olduğunu söylemek mümkündür.

Haczin, borçlunun tasarruf yetkisinde meydana getirdiği değişiklik bakımından İcra ve İflas Kanunu ile Türk Medeni Kanunu hükümlerinin birlikte incelenmesi gerekir. İcra ve İflas Kanunu, haczin tasarruf yetkisine etkisini, haczedilen malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre farklı hükümlerde düzenlemiştir. Taşınırlar üzerindeki hacze yönelik olarak 86. maddede, borçlunun haczedilmiş taşınır mallarda, *"alacaklının muvafakati ve icra müdürünün müsaadesini"* almaksızın tasarruf edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz haczinin etkilerinin düzenlendiği 91. madde ise, "*Taşınmazın haczi ile tasarruf hakkı Medeni Kanunun 920 nci (yeni 1010.) maddesi anlamında tahdide uğrar"* hükmünü içermektedir.

Türk Medeni Kanunu, *"tasarruf yetkisinin kısıtlanması"* başlığı altında (m. 1010), bazı sebeplere dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamalarının, taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilebileceğini öngörmüştür. Söz konusu durumları düzenleyen 1010. maddenin 2. bendinde *"haciz, iflas kararı ve konkordato ile verilen süre"* sayılmıştır. O halde bir taşınmaz üzerine konulan haciz, tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak, o taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki şerhler sütununa kaydedilecektir.

Çalışma konumuz haczin tasarruf yetkisine etkisini incelemektir. Bu kapsamda, taşınır ve taşınmaz üzerindeki haczin, tasarruf yetkisinde doğurduğu etkiler ve iyiniyetle kazanımın mümkün olup olmadığı ele alınacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere İcra ve İflas Kanunu'nda, borçlunun mal ve hakları üzerine konulan haczin, borçlunun tasarruf yetkisinde meydana getireceği değişiklikler, haczedilen malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre ayrı hükümlerde düzenlenmiştir[13]. Bu çalışmada da bu ayrıma sadık kalınarak, borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının haczinin, onun tasarruf yetkisinde ortaya çıkardığı değişiklikler, ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Taşınır Mallarının Haczinde Borçlunun Tasarruf Yetkisi

Taşınır malların haczinin, borçlu bakımından sonuçları ve haciz sonucunda borçlunun tasarruf yetkisinin ne tür bir değişikliğe uğrayacağı, İcra ve İflas Kanunu'nun 86. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"(I) Borçlu, alacaklının muvafakati ve icra müdürünün müsaadesi alınmaksızın mahcuz taşınır mallarda tasarruf edemez. Haczi koyan memur hilafına hareketin cezai mesuliyeti müstelzim olduğunu borçluya ihtar eder.*

---

[13] İcra ve İflas Kanunu'nda, haciz konusunun alacak veya diğer haklar olması durumunda, borçlunun tasarruf yetkisinin bir kısıtlamaya uğradığına dair açıkça bir düzenleme olmayışı, borçlunun bunlar üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği anlamına gelmez. Aksinin kabulü, haczin ne mahiyeti ne de konuluş amacı ve anlamıyla bağdaşır. Haciz konusunun alacak veya diğer haklar olması durumunda da borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlandığı sonucuna, dolaylı olarak bazı hükümler (Örneğin İİK m. 89) vasıtasıyla ulaşılabilir (**MUŞUL**, s. 486).

(II) Haczedilmiş olan taşınır mal üzerinde üçüncü şahsın zilyedlik hükümlerine dayanarak iyi niyetle iktisabettiği haklar saklıdır.

(III) İyi niyet kaidelerine aykırı olarak mahcuz taşınır mal üzerinde üçüncü şahsın iktisabettiği haklar, alacaklının hacizle o mala taallûk eden haklarını ihlâl ettiği nispette bâtıldır".

İcra ve İflas Kanunu'nun söz konusu hükmünün birinci fıkrasında, borçlunun, haczedilen taşınır malları üzerindeki tasarruf yetkisi, ancak alacaklının ve icra müdürünün iznini alması şartına bağlanmıştır. Hükümde esasen borçlunun tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması söz konusu değildir; sadece alacaklıları lehine kısıtlanmıştır[14]. Borçlu, alacaklı ve icra müdürünün iznini almak şartıyla her zaman tasarrufta bulunabilir. Bu izinleri almaksızın tasarrufta bulunduğu takdirde, borçlunun, hangi yaptırımla karşılaşacağı meselesi ise, birinci fıkranın ikinci cümlesinde ele alınmıştır. Buna göre, borçlu, hacze konu bir taşınırını, alacaklının muvafakatini ve icra müdürünün iznini almadan bir üçüncü kişiye devrettiğinde, cezaî sorumlulukla karşı karşıya kalır[15] (İİK m. 86/I, c. 2). Bunun dışında, iyiniyetle kazanım imkânı saklı olmak üzere, hacizli malı devralan kimsenin iktisap ettiği haklar, alacaklının o mallar üzerinde kazandığı haklara zarar verdiği ölçüde hükümsüz sayılır (İİK m. 86/III). Daha açık bir ifadeyle, borçlu, hacze konu malını üçüncü kişiye devretmesine rağmen, haciz koyduran alacaklının o maldan alacağına kavuşma imkânı hâlâ saklı kalmaktadır.

Taşınırlara dair tasarruf yetkisinin düzenlendiği hükmü bu şekilde genel olarak tahlil ettikten sonra, her bir fıkrada düzenlenen hususları ayrı ayrı incelemek gerekir. Söz konusu hükümde üç ayrı husus düzenleme altına alınmıştır: İlk olarak, hacizli bir mal üzerinde borçlunun, *"alacaklının muvafakatini ve icra dairesinin iznini"* almadan tasarrufta bulunamayacağı düzenlenmiştir (İİK m. 86/I). Hükümde geçen "tasarruf" kelimesinin, sadece haczedilen malın bir başkasına devri ya da üçüncü kişiler yararına hak kurulması şeklinde değil; haczedilen malın harcanması, tahrip edilmesi

---

14 **KURU**, s. 432; **KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 250; **UYAR-Şerh**, s. 7538; **DOĞAN, Murat**, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlaması Şerhi, Ankara 2004, s. 158; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2583. Ancak bu kısıtlamanın ne manada anlaşılması gerektiği, diğer hükümlerle beraber değerlendirilmelidir. Daha açık ifadeyle, borçlunun bu tasarruf yetkisi kısıtlamasına aykırı olarak yaptığı tasarruf işlemleri, cezaî ve hukukî müeyyidelere tâbi olmakla birlikte iyiniyetle kazanım imkânı hâlâ mevcuttur.

15 Borçlu, haczedilen taşınır malları üzerinde tasarrufta bulunduğu takdirde, TCK m. 289 uyarınca cezalandırılacaktır. Borçluya İİK m. 86'daki ihtarın yapılması, cezalandırılmanın bir unsuru değildir (**POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 402; **KURU**, s. 432; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 250; **UYAR-Şerh**, s. 7540). Ancak borçlunun, hacizli taşınırları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için, o malın kendisine bırakılmış olması gerekir. Hacizli mal bir yed-i emine teslim edilmişse, borçlunun hacizli taşınır mal üzerinde esasen tasarrufta bulunması da mümkün değildir. Borçlunun, hacizli malini yedi eminden geri alması ise, ayrı bir suçu oluşturur (TCK m. 290/II).

gibi fiilî tasarrufları da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerekir[16]. İşte borçlunun haczedilen malda tasarruf yapmasına dair izinler, lafzî yorum yapılacak olursa ("ve" bağlacından anlaşılacağı üzere), kümülatif şekilde bulunmalıdır. Başka bir deyişle, kanunun ifadesine göre; borçlunun hacizli mallarında tasarruf edebilmesi için, sadece alacaklının muvafakati ya da icra dairesinin izni yeterli değildir; her ikisinin de izninin alınması şarttır[17]. Borçlu, söz konusu izinleri almaksızın tasarrufta bulunursa, cezaî yaptırımla karşılaşacaktır. Ancak doktrinde, borçlunun haczedilen mal üzerinde tasarrufta bulunmasına izin veren ya da ses çıkarmayan alacaklının şikâyeti dinlenilmeyeceğinden, borçlunun sadece alacaklının izniyle de haczedilen malda tasarrufta bulunabileceği ileri sürülmüştür[18]. Zira borçlunun haczedilen mallarında ortaya çıkan tasarruf yetkisi kısıtlaması, alacaklı lehine getirilmiştir; alacaklı bu korumadan açıkça yararlanmak istemiyorsa, ayrıca icra dairesinin de iznini aramak gereksizdir[19]. Aynı şekilde, bazı durumlarda sadece icra memurunun izni de borçlunun haczedilen malda tasarrufu için yeterli görülmüştür[20]. Örneğin, icra memuru, ayakkabıcılık yapan borçlunun, haczedilen köseleleri-derileri işlemesine ya da satmasına, haczedilen malın yerine, yapılan ayakkabıları veya alınacak bedeli koymak koşuluyla, tek başına izin verebilir[21]. Keza bir terziye, haczedilen kumaşlardan, elbise yapması yönünde izin verilmesi gerekir[22].

İkinci olarak, bu tasarruf yetkisi kısıtlamasına[23] aykırı davranması halinde, borçlunun yaptığı işlemin, alacaklının o mallar üzerinde haciz nedeniyle kazandığı haklarına *zarar verdiği ölçüde* hükümsüz olduğu ifade edilmiştir (İİK m. 86/II). Hükümdeki açık ifadeden anlaşılacağı üzere buradaki hükümsüzlük mutlak değil, bilakis nispîdir[24]. Yani borçlunun hacizli malları üzerindeki tasarrufları[25], haciz koyduran alacaklıya zarar vermediği ölçüde geçerli olduğu gibi; bu hakkı ihlâl ettiği ölçüde de sadece (o taşınır mal üzerine haciz koyduran) alacaklıya karşı (İİK m. 86/II'de dü-

---

16 **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200; **UYAR-Şerh**, s. 7540; **ERTAŞ**, s. 169.

17 **BELGESAY, Mustafa Reşit,** Borçlunun Haciz Edilmiş Mallarında Tasarrufu, Hukuk Gazetesi, 1938, s. 2.

18 **UYAR-Şerh**, s. 7838.

19 Eğer birden fazla alacaklı varsa ve bunlardan bazıları borçlunun tasarruf etmesine izin vermiş diğerleri vermemişse, borçlunun yapacağı tasarruf işlemi, sadece izin veren alacaklılar yönünden geçerli olup; diğerleri hakkında hüküm ifade etmez (**BELGESAY**, s. 2).

20 **UYAR-Şerh**, s. 7538; **BELGESAY**, s. 2.

21 **UYAR-Şerh**, s. 7538; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 203.

22 **BELGESAY**, s. 2.

23 Uyar, taşınır malı haczedilen kişinin durumunu medeni hukuktaki "sınırlı ehliyetli" kişilere benzetmiştir (**UYAR-Şerh**, s. 7538).

24 **FEHLMANN**, s. 31; **STAEHELİN**, s. 59; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200; **DOĞAN**, s. 158; **UYAR-Şerh**, s. 7539.

25 Geçersiz olan borçlunun tasarruf işlemleri olup; borçlu kimseden izin almaksızın hacizli taşınır malları üzerinde geçerli şekilde borçlandırıcı işlemler yapılabilir.

zenlenen, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasına dair istisna dışında) hükümsüzdür. Buna karşılık, borçlu ve üçüncü kişi ya da diğer alacaklılar bu tasarrufun geçersizliğini ileri süremez[26]. Haciz uygulamasından sonra, borçlunun haczedilen mal ve haklar üzerindeki tasarruflarının, alacaklıların haklarını ihlâl ettiği ölçüde hukukî sonuç doğurmaması şu anlama gelir: Borçlunun haczedilen mal ve hak üzerinde yapmış olduğu tasarruf işleminden elde ettiği bedeli, alacaklıların tatmini için kullanması gerekir. Borçlu bu yönde davranmadığı takdirde, üçüncü şahıs lehine tasarruf işlemine konu olan hacizli mal ya da hak, tasarruf işleminde bulunan borçlunun borcu için satılarak paraya çevrilecek ve alacaklıların alacağı ödenecektir. Dolayısıyla alacaklıların zarara uğraması bu sayede engellenmiş olacaktır. Ancak alacaklıların alacakları ödendikten sonra, geriye bir miktar artarsa, bu kalan, borçluya değil; aksine lehine tasarruf işlemi yapılan kişiye verilir[27]. Bu çözüm tarzıyla haciz, her ne kadar rehin kurumuna benzese de; haciz alacaklıları, hiçbir zaman rehin ya da rehin hakkına benzer bir aynî hak sahibi değildir[28]. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu çözüm tarzı Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyetle hak kazanmaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmadığı takdirde uygulanacaktır. Zira 86. maddenin 2. fıkrası, 3. fıkrasının istisnasını teşkil eder. Daha açık ifadesiyle, maddi hukukta yer alan, iyiniyetle hak kazanmanın şartları gerçekleştiği takdirde, borçlunun tasarrufları, alacaklının hakkını ihlâl ettiği ölçüde hükümsüz olmaz; bilakis geçerli olur.

Söz konusu maddede hükme bağlanan bir diğer husus, yukarıda da kısaca değinilen, haczedilen taşınır mal üzerinde, üçüncü kişilerin zilyetlik hükümlerine dayanarak iyiniyetle iktisap ettiği hakların geçerli olacağıdır (İİK m. 86/II, III). Başka bir deyişle, haczedilen mal üzerinde Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre (TMK m. 988-990) iyiniyetle hak kazanma imkânı mevcuttur. Zira taşınırlarda, zilyetlik mülkiyete karinedir ve bu karine uyarınca iyiniyetle hak kazanımı korunur. Burada kötüniyeti kanıtlama külfeti, iyiniyetin asıl olmasından dolayı (TMK m. 3), haciz koyduran alacaklıya düşer. O halde, haczedilen taşınır malı, borçludan devralan kimse, haczi biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, onun kazanımı korunmaz (İİK m. 86/

---

26 **FEHLMANN**, s. 32; **KURU**, s. 433; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 251; **UYAR-Şerh**, s. 7539; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 201, dn. 487a; **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 319; **BERKİN, Necmettin**, İflasın Müflisin Mal ve Alacaklarına Tesiri, İHFM 1951, C. XIV, S. 3-4 s. 719; **DOĞAN**, s. 158; **AYBAY-Terkin**, s. 145; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2583.

27 **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 399-400; **KURU**, s. 433; **UYAR-Şerh**, s. 7539; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 104, dn. 318. Hatta borçlu dilerse, alacak tutarını icra dairesine yatırarak, taşınmazı hacizden kurtarabilir. Bu halde, satış, haciz yükünden arî olarak hüküm ve sonuç doğurur (**POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 400).

28 Rehnin rehin alacaklılarına rüçhan hakkı sağlamasına karşılık, haciz, haciz alacaklılarına böyle bir rüçhan hakkı vermez. Kanunda belirtilen iştirak şartları oluştuğu takdirde, diğer alacaklıların hacze iştiraki mümkündür (**POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 396-397; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 104).

III)[29]; alacaklı sanki devir yokmuş gibi o malın satılmasını talep ederek, satış bedelinden alacağını karşılayabilir. Ancak alacaklının alacağı karşılandıktan sonra geriye kalan bedel, nispî hükümsüzlüğün bir sonucu olarak, devralan üçüncü kişiye verilir. Zira iyiniyet kaidelerine aykırı olarak üçüncü kişinin iktisap ettiği haklar, sadece alacaklının hakkını ihlâl ettiği oranda hükümsüzdür (İİK m. 86/III).

Önemle belirtilmesi gerekir ki, hacze konu taşınır bir malın tasarruf işlemine konu olabilmesi için, kural olarak, İİK m. 88 uyarınca borçlunun elinde bırakılmış olması gerekir[30]. Zira taşınır malların gerek mülkiyetinin nakli için, gerekse de üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için, zilyetliğin devri gerekir (TMK m. 763). Uygulamada ise, hacze konu taşınır mallar, çoğunlukla borçlunun zilyetliğinde bırakılmamakta dolayısıyla borçlunun bu mallar üzerinde tasarruf imkânı da pek mümkün olmamaktadır.

2. Taşınmaz Mallarının Haczinde Borçlunun Tasarruf Yetkisi

a. Genel Olarak

Taşınmazların haczi de mahallinde yapılır ve mahallinde düzenlenecek tutanağa, taşınmazın çeşidi (nevi), mahiyeti, sınırları ve gerekli nitelikleri yazılır (İİK m. 102/II). İcra ve İflas Kanunu, haczedilen malların paraya çevrilinceye kadar muhafazası için, bazı tedbirlerin alınmasını öngörmüştür (İİK m. 88 vd.). Taşınırlar ile taşınmazlar hakkında öngörülen muhafaza tedbirleri, bu malların özel nitelikleri gereğince birbirinden farklılık gösterir[31]. Haczedilen malın bir taşınmaz olması ihtimalinde, muhafaza tedbiri olarak, haczin, ne kadar miktar için yapıldığı ve alacaklının adı ve adresi de belirtilmek suretiyle tapuya şerh verilmesi öngörülmüştür[32] (İİK m. 91). Ancak önemle belirtilmesi gerekir ki; haczin tamamlanması için şerh verilmesi şart değildir; haciz, icra memurunun, borçluya ait taşınmazın *"haczedildiğini borçluya bildirmesi (tefhim veya tebliği)"* ile tamamlanır[33]. Bundan sonra yapılacak şerh, sadece bildirici (açıklayıcı, izharî) nitelik taşır[34] ve bir muhafaza (koruma) tedbirinden

---

29 Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y. 21. HD. 4.7.2000, 5266/5347, Y. 13. HD. 20.5.1974, 1314/1232 (**UYAR-Şerh**, s. 7539 vd.).

30 **KURU**, s. 432; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 199; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 250; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 105, dn. 318.

31 **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 381.

32 İhtiyatî haciz ve muvakkat hacizde de hacizdeki esaslar uygulanır (İİK m. 261). Dolayısıyla, bunlara ilişkin şerh de aynı sonuçları doğurur.

33 **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 178-180; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 362; **UYAR, Talih,** Taşınmaz Malların Haczi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/3, s. 367; **UYAR-Şerh**, s. 7832.

34 **TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ**, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 1989, s. 393-394; **AKİPEK, Jale G/AKINTÜRK, Turgut**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009; **MUŞUL**, s. 485; **ÖZMEN**, s. 193, **UYAR-Şerh**, s. 7832.

ibarettir[35]. Dolayısıyla haciz hukukî neticelerini de, şerhle değil; bilakis şerhten önce haczin tamamlanmasıyla doğurmaya başlayacaktır[36].

b. Şerh Kavramı

Kanunda sınırlı olarak belirtilen ve aynî hak dışındaki bazı hak ve durumların tapu kütüğüne kaydı, "şerh" olarak ifade edilir[37]. Şerhe ilişkin olarak bir başka tanım da, nitelikleri itibarıyla bir taşınmaz üzerinde bir aynî hakkın doğumuna yol açmayan, fakat bir aynî hakka dayanmayan hukukî ilişkiyi bilinebilir veya etkin kılan kayıtlardır[38], şeklinde verilebilir. Türk Medeni Kanunu'nda şerhe ilişkin olarak farklı maddelerde (TMK m. 194, 199, 735, 736) düzenlemeler yer almakla beraber; şerh genel olarak Türk Medeni Kanunu'nun 1009 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda şerh edilebilecek haklar ve hukukî durumlar sınırlı biçimde sayılmıştır. Buna göre, bazı şahsî hakların, tasarruf yetkisi kısıtlamalarının ve geçici tescillerin, tapu kütüğünün şerhler için ayrılmış özel sütununa kaydedilmesi öngörülmüştür (TMK m. 1009-1011). Dolayısıyla aynî haklar gibi şerhler bakımından da sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi (numerus clausus) geçerlidir[39]. Bunların dışında, bazı özel kanunlarda da, maddi anlamda şerh niteliği taşımadığı halde, şerhler sütununa yazımı öngörülen kayıtlar bulunmaktadır[40].

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi, bazı özel kanunlarda da düzenlenmekle beraber[41]; esas olarak Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesinde üç grup halinde öngörülmüştür. Buna göre, a) çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları, b) haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre ve c) aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi kanunen öngörülen işlemler, tasarruf yetkisi kısıtlamaları olarak şerh verilebilir. İlgili hükümde yer alan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, ya mahkeme kararından, ya resmî makam kararından ya da doğrudan kanundan doğmaktadır. Her ne kadar aynı hüküm altında ele alınsa da, tasarruf yetkisi kısıt-

---

35 **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 363; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2754; **UYAR-Şerh**, s. 7832.

36 Fakat taşınmazlar uygulamada çoğunlukla yapıldığı gibi, mahalline gidilmeyip, icra dairesince tapu siciline bildirilmek suretiyle haczedilmişse; şerh, haczin yapılması bakımından kurucu nitelik taşır ve taşınmaz şerh tarihinde haczedilmiş olur (**KURU**, s. 437, dn. 114; **Uyar-Şerh**, s. 7832).

37 **ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel**, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 357; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 313; **ESENER/GÜVEN**, s. 155.

38 **GÜMÜŞ, Mustafa Alper,** Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 3.

39 **LEEMANN**, s. 30; **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 357; **ERTAŞ, Şeref,** İzmir 2012, s. 166.

40 **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 357, **DOĞAN**, s. 111-112. Bu konuda örnekler için bkz. **DOĞAN**, s. 112 vd.

41 Toplu bilgi için bkz. **DOĞAN**, s. 36 vd.

lamalarının etkileri farklılık arz edebilmektedir. Bu çalışmanın kapsamında haczin borçlunun tasarruf yetkisinde meydana getirdiği değişiklik inceleneceğinden, sadece haciz kararının tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak şerhinin etkilerine değinilecektir.

Genel olarak şerhlerin ilk etkisi, ilişkin bulunduğu hususu alenî hale getirmesi, yani herkes tarafından bilinebilir kılması ve bu nedenle hiç kimse tarafından bilinmediğinin ileri sürülememesidir[42] (TMK m. 1020/III). Bunun dışında şerhler, sadece kanun koyucunun kendisine bağladığı sonuçları doğurur ya da açıklığa kavuşturur (TMK m. 1009/II, 1010/II, 1011/II); aynî hakkı tesis ya da tespit eden bir etkiye sahip değildir[43]. Şerhler, konusu olan hak ve kısıtlamalara ilişkin sonuçlar meydana getirmesi açısından, taşınmazlar hakkında sadece bilgi veren beyanlardan da farklıdır[44].

Özet olarak söylenebilir ki; Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şerhlerin (şahsî hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlamaları şerhi, geçici tescil şerhi) kaydedilme şartları ve doğurduğu hukukî sonuçlar birbirinden farklılık arz etmekle birlikte; bunların ortak özelliği, tapu kütüğüne kaydedilmekle, aleniyet kazandıklarından, sonraki hak sahiplerine karşı da ileri sürülebilmesidir (TMK m. 1009/II, 1010/II, 1011/II). Biz de bu çalışmada tüm şerhlerin doğurduğu hukukî sonuçları tek tek incelemeyecek; yalnızca tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhlerinden biri olan haciz şerhinin hukukî sonuçlarını ele almakla yetineceğiz.

c. Taşınmazlara Yönelik Haciz Şerhine İlişkin Terminoloji ve Başlık Sorunu

Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesi, içerisinde haciz ve iflas kararı da olmak üzere, *"tasarruf yetkisi kısıtlanması"* başlığı altında, değişik hukukî durumları sıralamıştır. Ne var ki bu başlık altında sayılan durumların ne nitelikleri ne de hukukî sonuçları aynı olup, her bir bent için, hatta her bentteki farklı seçenekler için dahi farklılık göstermektedir[45]. Örneğin, hükümde ele alınan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarının (TMK m. 1010/I, b. 1) şerhi ile iflas kararının (TMK m. 1010/I, b.2) ya da haciz şerhinin (TMK m. 1010/I, b.2), borçlunun tasarruf yetkisine etkisi farklılık arz eder. Kısaca değinmek gerekirse, iflas açıldıktan sonra, borçlunun iflas masasına giren tüm malları üzerindeki tasarrufları masaya (alacaklılara) karşı hükümsüzdür (İİK m. 191). Yani iflas eden borçlunun tasarruf yetkisinin

---

42 **GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 272; **AYBAY, Aydın**, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s. 6-7.

43 **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 357; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 272; **AYBAY-Muvakkat Tescil**, s. 5 **GÜMÜŞ**, s. 3.

44 **ÜNAL/BAŞPINAR**, s. 357; **ESENER/GÜVEN**, s. 155.

45 **ÖZMEN**, s. 186; **REİSOĞLU,** s. 181.

kısıtlanması[46], masaya dâhil tüm malvarlığına şamildir[47]. Bu sebeple iflas kararı, tapu kütüğünün kilitlenmesi, yani tüm tasarruflara kapanması sonucunu doğurur[48] ve

---

46 Gümüş, iflas durumunda doktrinde çoğunlukla ileri sürüldüğünün aksine, tasarruf yetkisi sınırlaması değil, bir tasarruf sınırlaması olduğunu ileri sürmektedir (**GÜMÜŞ**, s. 15). Buna karşılık gerek doktrin gerekse de Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, *"İİK'nın, 184 ve 191. maddeleri uyarınca iflasın açılması ile müflisin bütün malları bir masa teşkil eder ve masaya ait mallar üzerinde müflis tasarruf ehliyetini kaybeder"*, Y. 14. HD. 24.12.1981, 6467/7571 (**DOĞAN**, s. 169, dn. 220). İflasa yönelik tasarruf yetkisi kısıtlaması, doktrinde tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kalkması şeklinde anlaşılmaktadır (**ÜSTÜNDAĞ, Saim,** İflas Hukuku, İstanbul 2002, s. 62; **BERKİN**, s. 719; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 394; **ÖZMEN**, s. 186; **ESMER**, **Galip**, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998, s. 976; **REİSOĞLU**, s. 215). Aksi yönde **LEEMANN**, s. 65; **CANSEL, Erol,** Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964 s. 117; **DOĞAN**, s. 169, dn. 220 ve s. 172-173; **GÜMÜŞ**, s. 15.

47 **POSTACIOĞLU, İlhan E.**, İflas Hukuku İlkeleri, C. 1, İstanbul 1978, s. 89-90; **KURU**, s. 1218; **ÜSTÜNDAĞ-İflas**, s. 62; **von TUHR**, **Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (Çev.: Cevat EDEGE), Ankara 1983, s. 218; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 285; **ESMER**, s. 944-945; **AYAN**, **Mehmet**, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2014, s. 415; **REİSOĞLU**, s. 185; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **ESENER/GÜVEN**, s. 159; **DOĞAN**, s. 169; **ALTAY, Sümer**, Türk İflas Hukuku, İstanbul 2004, s. 771; **KARAHASAN**, **Mustafa Reşit,** Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul 2002, s. 644; **BERKİN**, s. 717 vd. İflasın açılmasından sonra (ilan edilmiş olsun ya da olmasın), iflas kararının tapuya şerh verilmediği dönemde (iflasın açılması ile ilanı arasındaki ara dönemde iyiniyetle kazanıma yönelik İİK m. 191/II, 192 ve 190/II'de öngörülen üç istisna dışında) müflisten iyiniyetle kazanımın mümkün değildir. Zira iflasın mahkeme kararıyla açılmasından sonra, müflisin tasarruf işlemleri iflas masası bakımından hüküm ve sonuç doğurmaz. İflas kararının şerhi ise, müflisten hak kazanması geçerli olmayan kişiden, üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanmasını engeller (**HOMBERGER, Arthur**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aynî Haklar (Üçüncü Kısım), Zilyedlik ve Tapu Sicili (Çev.: Suad Bertan), Ankara 1950, s. 282-283; **KURU**, s. 1220, **OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 219; **SİRMEN**, s. 238; **KURU/ARSLAN/YIMAZ,** s. 520; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 328 vd.; **ALTAY**, s. 776; **DOĞAN**, s. 171 ve **ÜSTÜNDAĞ-İflas**, s. 63, dn. 22'de belirtilen yazarlar). İflas açılmış fakat ilan edilmemiş olduğu dönemde iyiniyetle kazanımın mümkün olduğuna dair bkz. **LEEMANN**, s. 66-67, **STAEHELİN**, s. 62; **HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEİSER, Thomas**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2003, s. 2210; **POSTACIOĞLU**, s. 95-97 ve **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 325, dn. 189'da belirtilen yazarlar.

48 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 394; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **ALTAY**, s. 772; **REİSOĞLU**, s. 185; **AYAN**, s. 415; **ESMER**, s. 945; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106-108. Ancak eklenmelidir ki, müflisin bunun aksine gerçekleştireceği tasarruf işlemleri, kesin hükümsüz olmayıp, yalnızca masaya karşı hüküm ifade etmez (İİK m. 191). İflas şerhinin tapu kütüğünü kilitlemediği görüşünde **LEEMANN**, s. 65; **CANSEL**, s. 117; **DOĞAN**, s. 169, dn. 220 ve s. 172-173; **GÜMÜŞ**, s. 15. Bu görüş uyarınca, iflas kararının şerhi, malikin tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmaz. Aksine malik tarafından iflas kararının şerhinden sonra yapılan tasarruflar taraflar arasında geçerlidir; ancak bu tasarruflar, taşınmazın paraya çevrilmesine engel olamaz. Kanun koyucu, müflisin tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmayı amaçlamış olsaydı, borçlunun tasarrufları bakımından nispî değil, mutlak hükümsüzlük öngörürdü. Ayrıca tapu sicilinin kilitlenmesi için kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm bulunmalıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun 191. maddesinden bu sonuca ulaşılması mümkün değildir. Bu görüş, ilk bakışta hükümde yer alan *"Borçlunun … her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür"* (İİK m. 191) ifadesiyle de paralellik taşımakta olup kanunun lafzına da uygun düşüyor olsa da, iflasın amacı göz önünde bulundurulduğunda, iflas şerhinin tapu kütüğünü kilitlediği görüşüne katılmayı daha uygun görmekteyiz. İflasın açılmasından başlamak üzere kapanması sürecine kadar geçen tüm malların masaya ait olması (İİK m. 184/I) da, iflasın müflisin tasarruf yetkisini kaldırdığı

müflis tarafından gerçekleştirilmek istenen tüm tasarruf işlemlerinin tapu memurunca reddedilmesi gerekir[49]. Buna karşılık aynı hükmün ilk bendinde ele alınan "çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları"nın şerhinde, tasarruf yetkisi ortadan kalkmaz. Aksine malikin tasarruf yetkisi devam eder; fakat bu hak, şerhten sonra taşınmazı elde eden kişilere karşı da ileri sürülebilir. Aynı durum, aşağıda değinileceği üzere hacizde de söz konusudur; yani haciz şerhine rağmen tasarruf yetkisi ortadan kalkmamakta; bilakis devam etmektedir[50]. Aynı madde kapsamında, tasarruf yetkisini ortadan kaldıran durumlar ile tasarruf yetkisini kısıtlayan durumların bir arada düzenlenmesi, yanlış anlaşılmalara yol açabileceği için eleştiriye açıktır. Dolayısıyla, hukukî etki ve sonuçlardaki bu farklılık nedeniyle, madde metninde üst başlık olarak *"tasarruf yetkisinin kısıtlanması"*nın kullanılması, amaca uygun olmamakta, yanlış anlama ve uygulamalara neden olmaktadır. Bu sonuç karşısında, tüm alt durumları ifade etmek üzere *"tasarruf yetkisinin kısıtlanması"* kavramının kullanılmasının yetersiz kaldığını söylemek mümkündür[51]. Zira şerhlerin, tasarruf işlemi ile hak kazanan kişilere karşı ileri sürülmesi göz önünde bulundurulmalıdır. İşte madde başlığında, *"tasarruf yetkisi kısıtlanması"*na yer verilmesi ve alt durumların sonuçlarının farklı olması, doktrinde bu kavramın farklı şekillerde yorumlanmasına neden olmuştur. Bu farklı görüşler, aşağıda, şerh verilmesinden sonra borçlunun tasarruf yetkisi alt başlığı altında detaylı şekilde incelenecektir.

O halde öncelikle TMK m. 1010'da sayılan şerhe konu durumların, kural olarak, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmadığını ve "tapu kütüğünün kapanması ya da kilitlenmesi"ni öngörmediğini söyleyebiliriz. Kanunun tasarruf yetkisini düzenleyen özel hükümlerinde (TMK veya İİK gibi) aksine düzenleme getirilmediği takdirde, bu şerhlerin neticesi, 2. fıkrada ele alındığı üzere sonradan kazanılan hakların sahibine karşı da ileri sürülebilmektir. Ancak bu kuralın istisnaları, yani tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kaldırıldığı ve tapu kütüğünün tüm işlemlere kapatıldığı durumlar da bulunmaktadır (Örneğin TMK m. 391 aile yurdu kurulması, İİK m. 191 iflas ilanı, İİK m. 290 konkordato ile verilen süre). Bu istisnaî durumlarda ise, tapu memurlarının bu taşınmaza ilişkin her türlü tasarruftan kaçınması gerekir ve üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanımları engellenir[52].

---

görüşünü destekler niteliktedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **BAŞÖZEN, Ahmet,** İflâs Tasfiyesinde Müflisin Kişisel Çalışmasına Dayalı Malların Durumu – "Müflisin Uhdesine Geçen Mal" Kavramı (İİK m. 184,I), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, Ankara 2004-05, s. 267-297. Hatta von Tuhr, iflasın hem idare hem de kullanma yetkisini ortadan kaldırdığı ve bu yetkilerin iflas idaresine geçtiğinden yola çıkarak, müflisin tasarruflarının sadece alacaklılara karşı (nispî hükümsüzlük) değil; herkese karşı hükümsüz olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. Müflisin tasarrufları ancak iflas idaresi icazet verdiği ya da iflas kalktığı takdirde geçerli olur (**von TUHR**, s. 218).

49 **HOMBERGER**, s. 282; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **REİSOĞLU**, s. 185; **AYAN**, s. 415; **ESMER**, s. 945; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106. Homberger, iflas şerhinin tapu kütüğüne yapılacak tüm kayıtlar bakımından tapu kütüğünü kilitlemediğini ancak esas hakkı ilgilendiren tasarrufların tapu memuru tarafından reddedileceğini ifade etmiştir (**HOMBERGER**, s. 282).

50 **ÖZMEN**, s. 186; **ESENER/GÜVEN**, s. 158-159; **DOĞAN**, s. 153.

51 **ÖZMEN**, s. 186-187.

52 **ÖZMEN**, s. 188-190; **ESENER/GÜVEN**, s. 159.

Özetle, "tasarruf yetkisinin kısıtlanması" teriminin, tasarruf yetkisinin ortadan kalktığı durumlarda hükümsüzlüğe neden olacak şekilde anlaşılması gerekir iken; tasarruf yetkisinin devam ettiği durumlarda ise, gerçek anlamda bir kısıtlama ya da sınırlama değil; şerhin bir "ihtirazi kayıt (çekince, ön koşul[53])" gibi sonuç doğuracağının anlaşılması uygun olur. Daha açık anlatımla, tasarruf yetkisinin ortadan kalkmadığı hallerde, şerhe rağmen, taşınmazda mülkiyet veya sınırlı aynî hak elde eden kişi, şerhe konu talebin kendisine karşı ileri sürülmesi kaydı altında geçerli iktisapta bulunur. Buna göre şerh, iyiniyeti bertaraf eder ve şerhe rağmen iktisap eden kimse, şerhin sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür[54]. TMK m. 1010/II hükmü, bizi bu sonuca götürür.

d. Şerh Verilmesinden Sonra Borçlunun Tasarruf Yetkisi

Borçlunun taşınmaz malları üzerine haciz konulması, o taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz ya da tapu kütüğünü kilitlemez[55], fakat tasarruf yetkisi, Türk Medeni Kanunu'nun 920. (yeni 1010.) maddesi anlamında kısıtlanmış

---

53 **YILMAZ, Ejder,** Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 301, 366 (bkz. ihtirazi kayıt, kaydı ihtirazi).

54 **ÖZMEN**, s. 187.

55 **LEEMANN**, s. 64-65; **STAEHELİN**, s. 60; **TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf 2009, s. 886; **PASCAL, Simonius/SUTTER, Thomas,** Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, s. 234, 236; **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **HOMBERGER**, s. 276, 280; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 392-393; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **CANSEL**, s. 117; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 282; **AYAN,** s. 414; **SİRMEN**, s. 238; **ESMER**, s. 940; **KURU**, s. 444; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 403; **GÜMÜŞ**, s. 13; **BREİTSCHMİD, Peter/RUMO-JUNGO, Alexandra**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Sachenrecht), Zürich 2012. s. 883; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **REİSOĞLU**, s. 183; **UYAR-Şerh**, s. 7833-7834; **UYAR-Haciz**, s. 368; **AKYAZAN, Sıtkı**, İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, Ankara 1965, s. 65; **KARAHASAN,** s. 643; **ÖZMEN**, s. 190; **ESENER/GÜVEN**, s. 158; **DOĞAN**, s. 153, 159; **AYBAY-Terkin**, s. 145; **AYBAY-Muvakkat Tescil**, s. 7. *"Gayrimenkulün haciz edilmesi ile malikin tasarruf hakları MK m. 920 (yeni MK m. 1010)'nci maddesi anlamında tahdide uğrar (İİK m. 91). Yani Medeni kanun hükümleri uyarınca, haciz bizatihi gayrimenkulün ferağına mani değildir. Haciz şerhine rağmen mahcuz gayrimenkulün üçüncü kişilere satılması mümkün ve bu iktisap geçerlidir. Ancak, bu halde haciz yeni malike karşı da tesirini gösterir ve onun hakkında da dermeyan edilebilir. Haciz şerhine rağmen gayrimenkulü satın alan yeni malik, borcu ödemedikçe haczin neticelerine ve özellikle gayrimenkulün evvelki malikin borcu için icra marifetiyle paraya çevrilmesine boyun eğmek zorundadır"* (Y. İİD. 20.11.1969, 10664/11014, **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217, dn. 727; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200, dn. 487; **ÖZMEN**, s. 201). Doktrinde bir görüş (**HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 440-450) haciz şerhini, tasarruf yetkisini ortadan kaldıran şerhler içinde saymış ve fakat bu şerhin tapuyu kilitlemediğini ifade etmiştir. Bu iki hususun bir arada bulunması imkânsızdır, zira haciz tasarruf yetkisini ortadan kaldırsa idi, tapu kütüğünü de otomatikman kilitlemesi gerekirdi (**DOĞAN**, s. 159, dn. 170). Mevzuat hükümlerimiz gereğince, haczin, borçlunun tasarruf yetkisini ortadan kaldırıcı bir etkiye sahip olmamakla beraber, icra işlemlerinin herhangi bir engele tabi olmadan yürümesi amacıyla, bu çözüm tarzının benimsenmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 393.

olur (İİK m. 91). Ancak haczedilen taşınmaza ilişkin olarak borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması, haczedilen taşınırlara ilişkin hukukî sonuçlardan farklılık arz eder[56]. Zira taşınırların haczinden farklı olarak, borçlunun, alacaklıların ve icra dairesinin izni olmadan tasarrufta bulunamayacağı kanunen öngörülmemiştir. Dolayısıyla borçlunun, gerek alacaklıların gerekse de icra dairesinin muvafakatini almadan tasarrufta bulunmasına kanunî bir engel bulunmamaktadır[57]. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun (m. 91), Türk Medeni Kanunu'nun 1010. maddesine yaptığı atıf gereğince, şerh alacaklısı, hakkını, borçlunun (hacze ilişkin) şerhten sonra yapacağı tasarruf işlemleriyle hak kazanan kişilere karşı da ileri sürebilecektir (TMK m. 1010/II). Bir başka deyişle, şerhten sonra borçlunun yapacağı tasarruf işlemleri, *"şerh alacaklısının hakkıyla çatıştığı takdirde ve oranda*[58] *ve de sadece şerhle korunan alacaklılara karşı (nispî)* [59] *hükümsüz"* olur[60]; böylece iyiniyetle kazanım imkânı gündeme gelmez[61].

---

56 Aksi yönde bkz. **DOĞAN**, s. 158. Yazar, taşınır haczi ile taşınmaz haczinin tasarruf yetkisine etkisinin aynı olduğunu ileri sürmektedir. Zira taşınmazların haczi halinde, aleniyeti sağlayan tapu kütüğü gibi bir sistemin olması nedeniyle, malik hiç kimsenin iznini almaksızın tasarrufta bulunabilir. Buna karşılık, taşınırlarda böyle bir sistemin olmaması, malikin tasarrufta bulunabilmek için, icra müdürü ve borçlunun iznini almasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür bir farklılık da, tasarruf yetkisine etki bakımından sonuçların da farklı olduğu şeklinde yorumlanamaz (**DOĞAN**, s. 158; aynı yönde bkz. **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 201).

57 **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **KURU**, s. 444; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 252; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106; **ÖZMEN**, s. 191. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 7.7.1965 Tarih ve 1390 Sayılı Genelgesi: "İcra ve İflâs Kanununun 86 ncı maddesindeki; "Borçlu, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın mahcuz menkul mallarda tasarruf edemez" hükmünün, menkul mallardaki haczin neticelerine ilişkin olduğu vuzuha kavuşmuştur".

58 Şerhten sonra yapılan bir tescilin, haciz alacaklısının (şerh lehdarı alacaklının) hakkını etkilememesi halinde (örneğin, haciz alacaklısının hakkının ortadan kalkması halinde), işlem ve tescil geçerli olduğu gibi (**CANSEL**, s. 117; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 282); haciz koyduran alacaklıların satış talebinde bulunmamaları halinde de yapılan işlem ve tescil geçerli olarak kalmaya devam eder (**CANSEL**, s. 116).

59 Taşınmazı haczedilen borçlunun, hacizli taşınmazı üzerinde yaptığı tasarruf işlemleri sadece alacaklılara karşı hükümsüz olduğu için; borçlu (taşınmazı haczedilen malik) ile tasarruf işleminin tarafı olan kişi, bu hükümsüzlüğü birbirlerine karşı ileri süremezler (**LEEMANN**, s. 65; **CANSEL**, s. 117; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **DOĞAN**, s. 167-168).

60 Hacizli arsa üzerine bina inşa edilmesi örneği; hacizden sonra yapılan tasarrufların haciz koyduran alacaklıya karşı etki etmeyeceği, onun hakkına halel getiremeyeceğine dair ilginç bir örnek oluşturur. Böyle bir durumda, arsanın hacizden kurtulması söz konusu olmamakta, fakat arsa üzerindeki malzeme bedelinin, satış tutarından ayrılmasının ve borçluya tahsisinin yerinde olacağı savunulmuştur, Y. İİD, 31.05.1945, 1540/1786 (**POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 404, dn. 121; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 200, dn. 485).

61 **LEEMANN**, s. 64; **FEHLMANN**, s. 38; **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **STAEHELİN**, s. 60; **PASCAL/SUTTER**, s. 236; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 392-393; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325-326; **GÜMÜŞ**, s. 14; **ESENER/GÜVEN**, s. 158; **CANSEL**, s. 116; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 282; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 396; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 203; **KURU**, s. 432, dn. 88 ve s. 444; **UYAR-Haciz**, s. 368; **UYAR-Şerh**, s. 7538, **SİRMEN**, s. 237; **AYAN**, s. 415; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **ESMER**, s. 940-943;

Yani taşınmaz üzerinde hak kazanan kişiler, taşınmazı, şerh sayesinde, hacizle yüklü olarak elde edecek ve haklarını, ancak haciz koyduran alacaklıların haklarına kavuşmasından sonra kullanabileceklerdir. Zira hacze yönelik tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi, tapu kütüğünü kilitlemez[62]; bilakis ilgili maddede, bu kısıtlamaların *"şerh verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebileceği"* hükme bağlanmıştır (TMK m. 1010/II). Dolayısıyla, hacizli bir taşınmazı devralan kimse, tapuda kayıtlı haciz şerhi nedeniyle, haciz ile yüklü olarak devralır. Bu durumda ise, devralan kimse (borçlu tarafından lehine tasarruf işlemi yapılan kimse), haczi koyduran alacaklının söz konusu taşınmazı paraya çevirmek suretiyle alacağını elde etmesine katlanmak zorundadır. Alacaklının alacağını elde etmesinden sonra, geriye bir miktar para artarsa, bu bedel, hacizli taşınmazı devralan kimseye ait olur[63]. Bu husus bir Yargıtay kararında[64] şu şekilde ifade edilmiştir: *"Taşınmazın haczedildiği tapuya şerh verildikten sonra, taşınmazı iktisap eden kimse (yeni malik), aynen borçlu (eski malik) gibi sorumludur. Ancak (yeni malikin) bu sorumluluğu taşınmazın satış bedeli ile sınırlıdır. Yeni malikin hakkı, alacaklının hakkından sonra gelir. Satış bedelinden asıl borç, fer'ileri ve takip masrafları ödendikten sonra, artan para olursa yeni*

DOĞAN, s. 155, 160; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106; **REİSOĞLU**, s. 183; **AYBAY-Terkin**, s. 145; **ERTAŞ**, s. 170.Şerhten sonra borçlunun yapacağı tasarruf işlemlerinin, şerh alacaklısının hakkıyla çatıştığı oranda hükümsüz olacağı görüşü, geçersizlik kavramlarının, göreli bir kavram değil; itiraz teşkil eden mutlak kavramlar olması; bu nedenle alacaklının haklarıyla çatıştığı oranda geçersizlik olmayacağı yönüyle eleştirilmiştir. Eleştiri kısaca şu şekilde özetlenebilir: Geçersizlik, niteliği gereği, itiraz teşkil edip, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmak zorundadır. Buna karşılık, haciz şerhinden sonra kurulan bir sınırlı ayni hak, haciz alacaklısının zararına değil; bilakis yararına da olabilir. Bu sebeple burada, şahsî nitelikli bir talep ve sonradan hak kazanan kimselerin katlanma yükümlüğü söz konusudur. Oysa geçersizlik söz konusu olsaydı, haciz alacaklısının iradesine bakılmasına gerek olmazdı (**ÖZMEN**, s. 211-212).

62 **LEEMANN**, s. 64-65; **STAEHELİN**, s. 57; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, s. 886; **HOMBERGER**, s. 276, 280; **PASCAL/SUTTER**, s. 234, 236; **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **BREİTSCHMİD/RUMO-JUNGO**, s. 883; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **CANSEL**, s. 117; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 282; **SİRMEN**, s. 238; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 392-393; **AYAN,** s. 940; **ESENER/GÜVEN**, s. 158; **REİSOĞLU**, s. 183; **GÜMÜŞ**, s. 13; **KURU**, s. 444; **DOĞAN**, s. 153, 159; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 403; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **UYAR-Şerh**, s. 7833-7834; **UYAR-Haciz**, s. 368; **KARAHASAN**, s. 643; **AKYAZAN**, s. 69-70; **ÖZMEN**, s. 190; **AYBAY-Terkin**, s. 145; **AYBAY-Muvakkat Tescil**, s. 7. Ancak belirtelim ki, bir taşınmaz kamu alacağından dolayı haczedilmiş ise, tapudaki haciz şerhi terkin edilmedikçe taşınmazın başkalarına devri ya da üzerinde bir ayni hak kurulması mümkün değildir. Bu tür işlemler ancak, haczi koyduran ilgili makamın onayı ile yapılabilir. Dolayısıyla bunlara ilişkin haciz şerhi, tapuyu kilitleyici etki doğurur ve onay alınmaksızın yapılan tasarruflar tapu memuru tarafından reddedilir. Fakat her nasılsa onay alınmaksızın yapılan tasarruflar bakımından, zilyetlik hükümlerine dayanarak iyiniyetle hak iktisabı mümkündür (6183 s. AATUHK m. 73).

63 **FEHLMANN**, s. 38; **PASCAL/SUTTER**, s. 237; **CANSEL**, s. 117; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 404; **KURU**, s. 445; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 202-203; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 252; **GÜMÜŞ**, s. 14; **UYAR-Şerh**, s. 7833; **UYAR-Haciz**, s. 368; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106-107; **DOĞAN**, s. 162; **AKYAZAN**, s. 70.

64 Y. 12. HD. 9.3.2003, 13467/4443 (**KURU**, s. 445).

malike verilir. Satıştan önce, yeni malikin haczin fekkini (kaldırılmasını) isteyebilmesi için, asıl borç ve fer'ileri ile takip giderlerini ödemesi gerekir". Haciz şerhinden sonra, üçüncü kişinin borçludan kazanmış olduğu hak, mülkiyet hakkı değil de bir sınırlı aynî hak ya da şerh edilmiş bir kişisel hak ise, alacaklılar TMK m. 1025 hükmü gereğince, bu hakkın terkinini isteyebileceği gibi[65]; alacaklı, hacizli taşınmazın o hak ile birlikte veya o haktan arî olarak satılmasını da isteyebilir[66] (İİK m. 132, İİK m. 86).

Bu açıklanan hususlar, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 7.7.1965 tarih ve 1390 sayılı genelgesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: "*İcra ve İflâs Kanununun 91. maddesinin atıfta bulunduğu Medenî Kanunun 920. maddesinin son fıkrasındaki "Tasarruf tahditleri tapu siciline şerh verilmekle taşınmaz mal üzerinde sonradan iktisap olunan her nevi hakların sahiplerine karşı dermeyan olunabilir" şeklindeki mevcut hükme göre, bundan böyle alâkalının muvafakatı ve icra memurunun müsaadesi aranmaksızın mahcuz taşınmaz mal, ivazlı veya ivazsız diğer bir şahsa temlik veya devredilebileceği, (satış, hibe, ölünceye kadar bakma akdi vs.) gibi, bu mahcuz taşınmaz mal üzerinde rehin irtifak hakkı ve gayrimenkul mükellefiyeti tesis ve şerhi gerektiren şahsî haklar şerh edilebilecektir. Ancak, İcra ve İflâs Kanununun 132. maddesinde açıklandığı gibi, haczedilmiş taşınmaz malın temliki veya bir aynî hakla takyidi halinde, alacaklının hacizle sağlanmış hakkının tehlikeye düşmemesi için, haczin ne miktar meblâğ için konulduğu mutlak surette tapu kütüğü veya zabıt (kayıt) defterinde belirtilecektir. Haczin tapu siciline şerh verilmesinden sonra taşınmaz malın temliki veya üzerinde bir aynî hakkın tesisi halinde, hak sahibinin hacizli taşınmaz malın paraya çevrilmesi sırasında kendi haklarının hacizden sonra geleceği, haczi bütün hukuk ve vecabiyle kabul ettikleri, düzenlenecek resmî senette veya zabıt defterinin akit tablosunda, eğer yapılan işlem tapu dairesinde resmî senet düzenlenmesini gerektirmiyorsa (intikal, icar şuf'a, vefa, iştira hakları şerhi v.s.) alınacak talepnamede bu husus sarahaten işaret edilecektir. Özellikle mahcuz malın rehnedilmesi halinde, haczin, ipotek hakkına takaddüm ettiği tapu kütüğünün "Mülâhazat" hanesinde belirtilecektir. Mahcuz taşınmaz mal ile ilişkin bir işlem yapılırsa, bu mülkiyet değişikliği veya yeni hak tesisi, vakit geçirilmeden ilgili mahkemeye veya icra dairesine bildirilecektir. Bir taşınmaz mal üzerine birden fazla haciz, ihtiyatî haciz veya ihtiyatî tedbir vazedilmesi halinde ilgili icra daireleri veya mahkemeler, diğer haciz veya tedbirin mevcudiyetinden haberdar edilmelidir*".

---

65 **HOMBERGER**, s. 276; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326. Böylece gerçek anlamda tapu kütüğünün kilitlenmesi ile aynı sonuca varılır (**PASCAL/SUTTER**, s. 235).

66 **KURU**, s. 445; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 319; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 399-400; **ÖZMEN**, s. 206-207; **DOĞAN**, s. 155. Belirtmek gerekir ki; borçlunun tasarruf yetkisi, hacizle ortadan kalkmadığı için; esas olarak, haczedilen taşınmaz üzerinde bir tasarrufta bulunmak, onu devretmek veya üzerinde bir sınırlı ayni hak kurmak için, alacaklının rızasını almaya muhtaç olmamakla beraber; haciz şerhinden sonra, alacaklının muvafakati alınarak sınırlı ayni hak kurulmuşsa, artık bu sınırlı ayni haklar, şerhin etkisinden kurtulmuş olarak geçerli bir şekilde varlıklarını sürdürürler ve alacaklıya karşı da ileri sürülebilirler (İİK m. 132) (**ÖZMEN,** s. 207; **DOĞAN**, s. 158).

Bu açıklananlardan hacizli taşınmaz üzerinde borçlunun tasarruf yetkisinin ortadan kalkmadığı, sadece haciz alacaklıları lehine sınırlandırıldığı sonucuna varılır[67]. Oysa iflas durumunda, tasarruf yetkisinin ortadan kalkması söz konusu olup, masaya dâhil mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi artık iflas masasına aittir[68]. Bu farklılık, her iki kurumun hukukî niteliğine ve amacına da uygun düşer. Zira hacizde, kural olarak borçlunun kendi elinde ya da üçüncü kişilerde bulunan taşınmaz mal üzerine, haciz koyduran alacaklıların toplam alacaklarına yetecek derecede haciz konulur ve haczin ne kadar miktar için yapıldığı tapuya bildirilir (İİK m. 91). Dolayısıyla, hacizden sonra borçludan bu taşınmazı devralacak kişi, hacizli mal üzerinde ne miktarda haciz yükü bulunduğunu bilerek ve isteyerek devralmaktadır. Alacaklının alacağını elde etmek amacıyla, taşınmazın paraya çevrilmesini istemesi halinde, buna katlanmayı ve alacaklı tatmin edildikten sonra geriye bir miktar artarsa bununla yetinmeyi göze almıştır. Bu nedenle taşınmazın haczedilmesi halinde, borçlunun tasarruf yetkisinin ortadan kalktığını ve tapunun kilitlendiği kabul etmek, haczin amacını aşan bir nitelik taşır[69]. Buna karşılık, iflasta ise, müflisin -iflas masasına giren- bütün taşınmaz mal ya da haklarına yönelik olarak TMK m. 1010 anlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması ortaya çıkar. Bu son durumda, kanun, müflisin mallarının ne kadarlık bir miktar için iflasa tabi tutulacağını belirtmemiş, onun tüm mal ve haklarının masada kalması ile iflas tasfiyesinin müflisin iradesinden bağımsız olarak sonuçlanmasını arzulamıştır[70].

Aynı şekilde alacaklının, haczi takiben satışı sağlamak amacıyla taşınmaz malın paraya çevrilmesini talebi halinde de, borçlunun tasarruf yetkisi devam eder. Zira şerh hâlen etkisini sürdürmektedir ve satışın yapılacağı ana kadar olan devirlerde, haciz alacaklısının hakkı zarar görmez; o, tapu sicilinin aleniyeti ve iyiniyeti ortadan kaldırıcı etkisi sayesinde hak iktisap eden herkese karşı bu hakkını ileri sürebilir. Ancak uygulamada, yanlış olarak, haczedilen taşınmazın paraya çevrilmesi talebini icra memurlarının tapuya bildirimi üzerine, tapu memurları kütüğe *"ferağdan men"* kaydını işlemek suretiyle, devre imkân tanımıyordu[71]. Yargıtay da eski tarihli karar-

---

67 Haciz nedeniyle ortaya çıkan tasarruf yetkisinin kısıtlanması, satış talebinin yapılabileceği süre boyunca (İİK m. 106: taşınırlarda 1, taşınmazlarda 2 yıl) devam eder. Yasal süre içerisinde satış istenmez ya da talep geri alınır da bu süre içerisinde yenilenmezse, haciz kalkacağı için (İİK m. 110), tasarruf yetkisinin kısıtlanması da sona erer. Bunun üzerine tasarruf yetkisi kısıtlamasına dair şerhin de silinmesi gerekir (**UYAR-Haciz**, s. 368, aynı yönde **FEHLMANN**, s. 38; **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2284; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 252). Haciz ortadan kalkınca, haciz şerhinden sonra yapılan tasarruflar da tam olarak hukuki sonuçlarına doğurur (**HOMBERGER**, s. 280).

68 **HOMBERGER**, s. 282; **KURU**, 1218; **ALTAY**, s. 771-773.; **AYAN**, s. 415; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106; **ESENER/GÜVEN**, s. 159; **REİSOĞLU**, s. 185; **KARAHASAN**, s. 644.

69 **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 107; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 402.

70 **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 107; **POSTACIOĞLU**, s. 88.

71 **ÖZMEN**, s. 192.

larında, bu yönde yanlış içtihatlar vermiştir[72]. Ancak, satış talebi öncesi ve sonrası diye bir ayrım yapmaya lüzum olmaksızın, haczin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmadığı; sadece şerh yoluyla sonraki hak sahiplerine karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir[73].

Taşınmaz üzerindeki haczin, borcun ödenmesi süresinde satışın istenmemesi (İİK m. 110) veya başka bir nedenle kalkması halinde, borçlunun yaptığı tasarruf işleminin tarafı olan kimse (yeni malik veya hacizli taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak ya da şerhedilmiş kişisel hak kazanan kimse), tapu sicilindeki haciz şerhinin silinmesini isteyebilir[74].

e. Şerh Verilmesinden Sonra Tasarruf Yetkisi ve İyiniyetle Kazanımın Mümkün Olmadığı Meselesi

Tasarruf yetkisini kısıtlayan durumların şerh verilmeden önceki hükümleri, bu durumları düzenleme altına alan kanunlara ya da ilişkin oldukları hakkın mahiyetine göre belirlenir[75]. Burada ilk olarak borçlunun taşınmaz mallarının haczedilmesiyle tasarruf yetkisi kısıtlamasının ne zaman meydana geleceği hususu önem arz eder. İcra ve İflas Kanunu'nun 91. maddesi hükmünden anlaşılacağı üzere, taşınmazlar hakkında gerçekleştirilen haciz durumunun ilgili dairelere bildirilmesi, haczedilen taşınmaz hakkında alınan bir muhafaza tedbirinden ibarettir. Çünkü haciz, icra memurunun borçluya ait taşınmazın *"haczedildiğini borçluya bildirmesi (tefhim veya tebliği)"* ile tamamlanır; haczin daha sonra tapu siciline şerhi ise, haczin tamamlanması için zorunlu bir unsur olmayıp, sadece haczin bütün üçüncü kişiler hakkında da sonuç doğurmasını sağlar[76]. Buna göre, taşınmazın haczedildiğinin tapu kütüğüne şerhi, kurucu değil; sadece açıklayıcı (bildirici, izhari) nitelik taşır[77]. Bu sebeple, söz konusu tasarruf yetkisi kısıtlaması da, taşınmaz üzerindeki haczin şerhi ile değil; haciz kararının verilmesi ile doğrudan kanundan dolayı başlayacaktır[78]. Dolayısıyla hacze ilişkin karar, henüz şerh verilmeden önce hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar ve

---

72 *"Mahcuz gayrimenkulün icra dairesinde satışın istenmesiyle ferağ imkânı bertaraf olacağından keyfiyet icra memuru tarafından tapu dairesine bildirilerek tapu kütüğüne ferağdan men kaydı koydurulur"*, Y. İİD. 20.11.1969, 10664/11014 (**ÖZMEN**, s. 192; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217, dn. 727).

73 **ÖZMEN**, s. 192.

74 **KURU**, s. 445.

75 **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325.

76 **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **UYAR-Haciz**, s. 367; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **AYBAY-Terkin**, s. 146.

77 **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 194; **PASCAL/SUTTER**, s. 236; **HOMBERGER**, s. 280; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217, **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **TEKİNAYAKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 393; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **ÖZMEN**, s. 193; **AYBAY-Terkin**, s. 146; **DOĞAN**, s. 62.

78 **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 198; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **GÜMÜŞ**, s. 13; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **SİRMEN**, s. 237; **ÖZMEN**, s. 193; **AYBAY-Terkin**, s. 146.

bu sebepten dolayı şerh verilmese dahi, borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. O halde, taşınmaz üzerinde haciz kararı verilmesine rağmen; ancak henüz tapuda hacze ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmediği durumlarda, taşınmazın iyiniyetle (tapuya güven ilkesi gereğince) kazanılması mümkün müdür ve mümkünse hangi esaslara tâbidir? Başka bir deyişle, borçlunun hacizle ortaya çıkan tasarruf yetkisi kısıtlamasının, onun yapmış olduğu hukukî tasarrufların akıbetine etkisi ne olacaktır; sorularının cevaplanması gerekir.

Bu soruya cevap verebilmek için, öncelikle taşınmaz üzerindeki haciz kararının borçlunun (malikin) tasarruf yetkisine etkisinin belirlenmesi gerekir. Tekrar belirtmek gerekir ki, haciz, tasarruf yetkisini ortadan kaldırıcı değil, yalnızca kısıtlayıcı bir etkiye sahiptir. Ancak bu kısıtlamanın ne şekilde anlaşılacağı ve nasıl sonuç doğuracağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre[79], buradaki tasarruf yetkisi kısıtlamasının, şerhten önce bir kanun hükmünden veya kanun hükmüne dayanılarak resmî makamın kararından doğmasına dayanarak, malikin yapmış olduğu tasarrufların da alacaklılara karşı geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Zira tasarruf yetkisi kısıtlanan malik, geçerli tasarruf işlemleri yapacak durumda değildir. Dolayısıyla, tasarruf yetkisi kısıtlanan malik ile tasarruf işlemi yapan kişiler, haciz şerhinin tapuya kaydedilmemiş olduğu dönemde, iyiniyetli olmaları durumunda bile haczedilen mal üzerinde aynî hak kazanamazlar. Ancak bu kişilerden hak kazanacak üçüncü kişiler, iyiniyetli olmaları halinde tapu siciline güven ilkesinden (TMK m. 1023) yararlanacak ve dolayısıyla iktisapları geçerli olacaktır. Bu görüş uyarınca şerhin işlevi, açıklayıcı olup, borçlunun devrettiği hacizli taşınmazı edinen kimseden devralacak iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisaplarını önlemek ve tasarruf yetkisi kısıtlamasını alenî hale getirmekten ibarettir[80]. Bu görüşe katılmak, taşınmaz iktisap eden her kişiyi, her an, olası haciz alacaklılarının tehdidi altında yaşatmak ve devletin sorumluluğu altında tutulan tapu siciline güven ilkesi (TMK m. 1023) ile hukukî işlem güvenliği ilkesinin uygulama alanını daraltmak anlamına gelir ki; bu mümkün değildir.

Buna karşılık, doktrinde başka bir grup yazar tarafından savunulan ve bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise[81], haciz, buna karar verildiği andan itibaren,

---

79 **SİRMEN**, s. 237.

80 **SİRMEN**, s. 237-238. 1010. maddede belirtilen tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğünden anlaşılmadıkça, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesine karşılık; doğrudan kanundan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamaları (örneğin, fiil ehliyetinin bulunmaması) şerh gerekmeksizin herkese karşı ileri sürülebilir (**KARAHASAN**, s. 641; **REİSOĞLU**, s. 180).

81 **LEEMANN**, s. 65; **FEHLMANN**, s. 38, 50 vd.; **HOMBERGER**, s. 280; **STAEHELİN**, s. 61; **PASCAL/SUTTER**, s. 236-237; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 393-394; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **CANSEL**, s. 116; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **GÜMÜŞ**, s. 13; **KURU**, s. 444; **KURU/ARSLAN/YIMAZ**, s. 251; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 203; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 400; **REİSOĞLU**, s. 180; **DOĞAN**, s. 63 vd., 153 vd.; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**, s. 106; **ÖZMEN**, s. 193; **AYBAY-Terkin**, s. 146; **KARAHASAN**, s. 641.

şerhten önce hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamakla beraber, şerh yapılmadığı takdirde, bu hükümsüzlüğün iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, haciz kararının verildiği fakat tapu siciline kaydedilmediği ara dönemde, haczi bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen yani iyiniyetli olan kişilerin, tapu siciline güvenerek (TMK m. 1023 uyarınca), hacizden (ve dolayısıyla paraya çevrilmeye katlanma yükümlülüğünden) arınmış bir şekilde taşınmaz üzerinde ayni hak[82] kazanmaları mümkündür. Ancak haczin tamamlanmakla şerhten önce hüküm ve sonuç doğurmasının sonucu olarak, söz konusu tasarruf yetkisi kısıtlaması[83], şerh yapılmadan önceki durumda da haczi bilen veya bilmesi gereken (kötüniyetli) kişilere karşı ileri sürülebilir[84]. Yani haczi bilen ya da bilmesi gereken kişiler, şerh varmış gibi, şerhin sonuçları ile bağlıdırlar[85]. Örneğin, icra memurluğunca taşınmaza yapılan fiilî haciz ve kıymet takdiri işleminde, bilirkişi ya da başka sıfatla orada hazır bulunan kimsenin iyi niyetli olduğundan bahsedilemez[86]. O halde haciz kararının şerhi, taşınmazın icra takibi süresince iyiniyetli üçüncü kişilerin, taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hak kazanmalarını engellemek amacıyla yapılır. TMK m. 1020/III uyarınca *"Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez"* hükmü gereğince, şerhten sonra, üçüncü kişiler haczi bilmediklerini ileri süremez. Buna göre şerh, etkisini, hacze bağlı alacak hakkı sahibinin, şerhe konu talebinin gereği gibi yerine getirilmesine engel olacak iyiniyet iddialarının önüne geçmek suretiyle yerine getirdiği gibi; haczi ileri sürecek alacaklıyı, üçüncü kişinin haczi bildiği ya da bilmesi

---

82 Kanunun açık ifadesi uyarınca tapu kütüğündeki tescile iyiniyete dayanarak ancak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanımı mümkün olup; kişisel hak kazanımı mümkün değildir (TMK m. 1023).

83 Doktrinde bazı yazarlar, burada malikin tasarruf yetkisinin hiç kısıtlanmadığını ifade etmek suretiyle aynı sonuca ulaşmıştır. Yazarlar malikin kimsenin iznine ihtiyaç duymadan hacizli taşınmaz üzerinde tasarruf edebiliyor olmasını, tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış ya da sınırlanmamış olduğu şeklinde yorumlamışlardır (**AYAN**, s. 414, **GÜMÜŞ**, s. 13, ve s. 14, dn. 12). Fakat bize göre, Türk Medeni Kanun'un 1010. madde hükmünün gerek başlığı, gerek madde metni açık olup, burada tasarruf yetkisi kısıtlanması bulunduğu açıktır. Ancak bu tasarruf yetkisi kısıtlanması, malikin hiç tasarruf edememesinde ya da yaptığı tasarrufların geçersiz olmasında değil; taşınmazı daha sonra iktisap eden yeni malikin, şerh verilmiş olan hakkın gerçekleşmesine katlanması yükümlülüğü şeklinde kendini gösterir. Daha açık deyişle, hacizli taşınmaz üzerinde ayni hak kazanan kimsenin hakkı, haciz alacaklısının, hacizli taşınmazın bedeli üzerinden alacağını karşılama hakkından sonra gelir. Dolayısıyla şerh, üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını engeller (**HOMBERGER**, s. 276; **STAEHELİN**, s. 60; **CANSEL**, s. 116-117; **KURU**, s. 444; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 396; **ÖZMEN**, s. 198-200).

84 **FEHLMANN**, s. 50-51; **HOMBERGER**, s. 280; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 394; **CANSEL**, s. 116; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 203; **KURU**, s. 438; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 384; **GÜMÜŞ**, s. 14, dn. 12; **DOĞAN**, s. 63, 154; **UYAR-Haciz**, s. 367; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **ÖZMEN**, s. 193; **AKYAZAN**, s. 70; **AYBAY-Terkin**, s. 146; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2754. Üstündağ bu hususu, "*Haczi bilen bir şahıs, şerhin ademi mevcudiyetine istinat edemez"* şeklinde ifade etmiştir (**ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 194).

85 **ÖZMEN**, s. 193.

86 **UYAR-Haciz**, s. 367; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **AKYAZAN**, s. 70.

gerektiği yönündeki ispat külfetinden de kurtarır[87]. Böylece haciz şerhi açıklayıcı nitelikte[88] olmasına rağmen, bu şerh sayesinde, hacizden doğan tasarruf yetkisinin kısıtlaması şerhi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir ve onların hak kazanımlarına engel olur[89]. Şerh verildikten sonra yapılan tasarruflar ise, alacaklıların o taşınmaz üzerindeki haklarına zarar verdiği oranda hükümsüz olur[90]. Nitekim Yargıtay[91] da *"İİK'nın 91. maddesine göre, gayrimenkulün haczi ile tasarruf hakkı MK'nun 920. maddesi anlamında kısıtlanır. Haczin tapu siciline şerh verilmesinden önce, hacizli gayrimenkul üzerinde iyiniyetle kazanılan aynî haklar alacaklıya karşı da geçerlidir. Buna karşın, gayrimenkulün haczedildiğinin tapu siciline şerh verilmesinden sonra gayrimenkul üzerinde iyiniyetle aynî hak kazanılması mümkün değildir"* demek suretiyle, bu görüşü destekler yönde kararlar vermiştir. O halde hacze yönelik tasarruf yetkisi kısıtlamasının şerhi, etkisini, esasen malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak suretiyle değil; sadece taşınmazı daha sonra iktisap eden yeni malikin şerh verilmiş olan hakkın yerine getirilmesine katlanması[92] ve tasarruf yetkisi kısıtlamasının, aleniyet kazanarak herkese karşı hüküm ifade etmesi şeklinde kendini gösterir[93]. Bu yönüyle şerhin, haciz koyduran alacaklıyı, sonradan hak kazanan kimselere karşı

---

87 **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 384; **KURU**, s. 438-444; **MUŞUL**, s. 485; **ÖZMEN**, s. 194; **AKYAZAN**, s. 70; **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2754. Hacizde ortaya çıkan tasarruf yetkisi kısıtlanmasının teknik anlamda bir kısıtlama olmayıp sadece mülkiyet hakkının içeriğini kısıtlayan niteliğe sahip olduğu görüşü (**LEEMANN**, s. 25) de bizi bu sonuca ulaştırır.

88 Haciz, iflas kararı ve konkordato süresine ilişkin verilen şerhlerde, şerhin rolü açıklayıcı rol oynamasına karşın; çekişmeli hakların korunması, aile yurdu kurulması ve art mirasçıya nakil mükellefiyetinde kurucu nitelik taşır (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217-219; **AYAN**, s. 415-416).

89 **LEEMANN**, s. 66; **HOMBERGER**, s. 280; **AYAN**, s. 415; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **DOĞAN**, s. 63, 155; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 401; **KURU**, s. 444; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **GÜMÜŞ**, s. 14; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217; **CANSEL**, s. 116; **ÖZMEN**, s. 194; **AYBAY-Terkin**, s. 146; **AKYAZAN**, s. 70. Taşınmazın haczine yönelik şerhin açıklayıcı nitelik taşıması sebebiyle haciz, şerhten önce de bundan haberdar olan kötüniyetli kişilere karşı ileri sürülebilir. Oysa haciz şerhi, taşınmaz haczinin kurulması bakımından kurucu nitelik taşısaydı, o takdirde şerh olmadığı süreçte, hacizden haberdar olan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülemezdi ve onların da haczedilen taşınmaz üzerinde hak kazanmaları mümkün olurdu.

90 **HOMBERGER**, s. 280; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 326; **CANSEL**, s. 116; **GÜRSOY/EREN/CANSEL**, s. 282; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 396; **ÜSTÜNDAĞ-İcra**, s. 202; **KURU**, s. 432, dn. 88; **UYAR-Haciz**, s. 368; **UYAR-Şerh**, s. 7832; **AYAN**, s. 415; **AYBAY-Terkin**, s. 145; **ERTAŞ**, s. 170.

91 Y. 12. HD. 3.3.1992, 1991/10125 (**UYAR-Şerh**, s. 7840). Yine *"Hacizden sonra tapuda meydana gelen değişikliğin –bu değişiklik ilama dayansa bile- haciz koydurmuş alacaklının durumunu etkilemeyeceği"*ne dair bkz. Y. 12. HD. 10.3.2003, 1928/4723 (**UYAR-Şerh**, s. 7833) **OSKAY/KOÇAK/DEYNEKLİ/DOĞAN**, s. 2759). *"Taşınmazın tapu kaydına haciz konulmasından sonra, taşınmazda hak iktisap edenlerin, taşınmazı hacizli olarak iktisap edecekleri ve haczin doğuracağı katlanmak zorunda olacakları"*na dair bkz. Y. 12. HD. 15.11.1999, 13642/14889 (**UYAR-Şerh**, s. 7833 vd.).

92 **ÖZMEN**, s. 198; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 217.

93 **LEEMANN**, s. 66; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 325; **REİSOĞLU**, s. 181; **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **BREİTSCHMİD/RUMO-JUNGO**, s. 882.

güvence altına almayı amaçladığını söylemek mümkündür[94]. Bunun sonucu olarak, hacizli taşınmaz üzerinde aynî hak kazanan kimsenin hakkı, haciz alacaklısının, hacizli taşınmazın bedeli üzerinden alacağını karşılama hakkından sonra geldiği için, alacaklı, hacizli malın bu tasarruftan arınmış olarak paraya çevrilmesini isteyebilir[95].

Fakat uygulamada taşınmaz hacizleri, çoğunlukla, taşınmazın bulunduğu yere gidilerek, fiilî haciz yoluyla değil; tapu sicil müdürlüğüne "taşınmazın haczedildiği" konusunda haciz yazısı (müzekkeresi) gönderilmesi yoluyla yapılmaktadır[96]. Uygulamaya yerleşen bu işlem şekli, 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 79'a eklenen cümle sayesinde kanun hükmüne dönüşmüştür[97]. Buna göre, *"Resmî sicile kayıtlı malların haczi; takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir".* Bu durumda taşınmaz, tapu siciline haciz şerhinin verildiği tarihte haczedilmiş ve malikin tasarruf yetkisi kısıtlaması da o an itibarıyla doğmuş olmaktadır[98]. Dolayısıyla haczin etkisinin başladığı dönem ile şerh verilmediği ara dönem söz konusu olmamakta ve iyiniyetle kazanım da gündeme gelmemektedir.

SONUÇ

Borçlarını ödeyemeyen bir kimseye, alacaklıları tarafından haciz yoluyla takip yapılabilir. Ancak mallarının haczedilmesi sonucunda, haczedilen malvarlığı borçlunun mülkiyetinden çıkmaz; sadece borçlunun bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Bu tasarruf yetkisi kısıtlamasının sonucu olarak, borçlunun bir taşınır malı üzerine haciz konulmuş ise, borçlu, alacaklı ve icra müdürünün iznini almaksızın bu mallar üzerinde tasarrufta bulunamaz, borçlunun aksine davranışı onun cezaî sorumluluğuna yol açar (İİK m. 86/I). Bu cezaî sorumluluk dışında, haczedilmiş taşınır mallar üzerinde tasarrufta bulunan borçlunun yapmış olduğu işlemin akıbetinin ne olacağı hususu da önem arz eder. Bu tür bir işleme kanun koyucunun bağladığı sonuç, nispî hükümsüzlüktür. Daha açık ifadeyle, hacizli taşınır üzerinde borçlu ile işlem yapan kimsenin iktisap etmiş olduğu haklar, haciz koyduran alacaklılara zarar verdiği ölçüde, sadece onlara karşı hüküm ifade etmez. Dolayısıyla, hacizden sonra hak kazanan üçüncü kişilerin hakkı, haciz koyduran alacaklıların alacaklarına kavuşmalarından sonra gelir. Ancak haczi bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyenlerin yani iyiniyetli üçüncü kişilerin, zilyetlik hükümlerine dayanarak o mal üzerinde iyiniyetle hak iktisabı mümkündür (İİK m. 86/II).

Taşınmazların haczi de, mahallinde yapılır ve mahallinde düzenlenecek tutana-

---

94 **HONSELL/VOGT/GAİSER**, s. 2283; **BREİTSCHMİD/RUMO-JUNGO**, s. 883.

95 **KURU**, s. 445; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 396; **UYAR-Şerh**, s. 7832.

96 **KURU**, s. 437; **UYAR-Haciz**, s. 362-368; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 364.

97 **KURU**, s. 437; **POSTACIOĞLU/ALTAY**, s. 364.

98 Yargıtay da bu durumda haczin, *"icra müdürünün yazı tarihi olan 19.4.2006 tarihinde değil, haciz şerhinin tapuya kaydedildiği 25.4.2006 günü konduğunun kabulü"* yönünde karar vermiştir (Y. 19. HD. 15.4.2009, 2715/3131, **KURU**, s. 437, dn. 114)

ğa, taşınmazın çeşidi (nev'i), mahiyeti, sınırları ve gerekli nitelikleri yazılır (İİK m. 102/II). Taşınmazı haczedilen borçlunun tasarruf yetkisi de TMK'nın 1010. maddesi anlamında kısıtlanır. Daha sonra, bu tasarruf yetkisi kısıtlaması, muhafaza tedbiri olarak tapuda şerhler sütununa kaydedilir. Haczin tapu kütüğüne şerhi, tapu kütüğünün kilitlenmesi sonucunu doğurmaz; yani tapu kütüğünde bir işlem yapılmasına engel teşkil etmez. Hatta borçlu, taşınırlardaki durumdan farklı olarak, alacaklı ve icra müdürünün iznini almaksızın tasarrufta bulunabilir. Fakat şerhin ve "tapu kütüğünün aleniyeti ilkesi"nin bir sonucu olarak, haciz alacaklısı, hakkını, taşınmazı şerhten sonra kazananlara karşı da ileri sürebilir. Zira taşınmazın haczedildiği tapu kütüğünden anlaşılmakta ve borçlu ile işlem yapan kimse de bu haczi bilerek ve haczin sonuçlarını göze alarak devralmaktadır. Taşınmazın haczedildiğinin tapuya şerhinden önce, hacizden haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanımının mümkün olup olmadığını belirlemek için ise, öncelikle tasarruf yetkisi kısıtlamasının ne zaman doğduğunu tespit etmek gerekir. Bir taşınmaz malı haczedilen borçlunun tasarruf yetkisine dair kısıtlama, bunun tapuya şerh verildiği anda değil, taşınmazın haczedildiğinin açıklandığı anda başlar. Nitekim kanunda da *"bu tasarruf yetkisi kısıtlamaları tapuya şerh verilebilir"* (TMK m. 1010/II) ifadesinden, tasarruf yetkisi kısıtlamasına dair şerhin, haciz bakımından bildirici nitelik taşıdığı sonucuna varılabilir. Pekâlâ, borçlu, bu tasarruf yetkisi kısıtlamasına aykırı davranırsa, gerçekleştireceği işlemin akıbeti konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, hacze dair tasarruf yetkisi kısıtlamasının, şerhten önce bir kanun hükmünden veya kanun hükmüne dayanılarak resmî makamın kararından doğmuş olmasına dayanarak, malikin yapmış olduğu tasarrufların tamamının da geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Zira bu görüşe göre, tasarruf yetkisi kısıtlanan malik, geçerli tasarruf işlemleri yapacak durumda değildir ve tasarruf yetkisi kısıtlanan malik ile tasarruf işlemi yapan kişiler, haciz şerhi tapuya kaydedilmemiş olduğu dönemde, iyiniyetli olmaları durumunda bile haczedilen mal üzerinde aynî hak kazanamazlar. Ancak bu kişilerden hak kazanacak üçüncü kişiler, iyiniyetli olmaları halinde tapu siciline güven ilkesinden (TMK m. 1023) yararlanır ve dolayısıyla iktisapları geçerli olur. Taşınmaz iktisap eden her kişiyi, her an, olası haciz alacaklılarının tehdidi altında yaşatmak ve devletin sorumluluğu altında tutulan tapu siciline güven ilkesi (TMK m. 1023) ile hukukî işlem güvenliği ilkesinin uygulama alanını daraltmak anlamına gelen bu görüşe katılmıyoruz.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, tasarruf yetkisi kısıtlaması, tapuya verilen şerhle değil, taşınmazın haczedildiğine dair icra kararıyla doğmakta ve hüküm ve sonuçlarını da o andan itibaren doğurmaya başlamakla beraber, bu kısıtlama şerhten önce sadece hacizden haberdar olan kimselere karşı ileri sürülebilir. Haczin henüz şerh verilmediği dönemde borçludan hacizli mal üzerinde iyiniyetle ayni hak iktisap etmek mümkündür (TMK m. 1025). Haczin şerhinden sonra, bunun bilinmediği karşı tarafça ileri sürülemez iken; haciz şerhinden önce ise, borçlu ile işlem yapan kişinin kötüniyetli olduğunun, iddia eden alacaklılar tarafından ispatı gerekir (genel ispat kuralı, TMK m. 6). Dolayısıyla şerh, haczin aleniyet kazanarak herkese karşı ileri sürülebilmesini sağladığı gibi, alacaklıları da ispat külfetinden kurtarır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G/AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKYAZAN, Sıtkı, İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, Ankara 1965.

ALTAY, Sümer, Türk İflas Hukuku, İstanbul 2004.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2014.

AYBAY, Aydın, Haciz Şerhinin Haksız Terkininden Doğan Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/I (s. 145-148). (**AYBAY-Terkin**).

AYBAY, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962 (**AYDIN-Muvakkat Tescil**).

AYBAY, AYDIN/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

BAŞÖZEN, Ahmet, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005 (**BAŞÖZEN-Tasarruf Yetkisi**).

BAŞÖZEN, Ahmet, İflâs Tasfiyesinde Müflisin Kişisel Çalışmasına Dayalı Malların Durumu – "Müflisin Uhdesine Geçen Mal" Kavramı (İİK m. 184,I), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, Ankara 2004-05 (s. 267-297) (**BAŞÖZEN-Müflisin Uhdesine Geçen Mallar**).

BELGESAY, Mustafa Reşit, Borçlunun Haciz Edilmiş Mallarında Tasarrufu, Hukuk Gazetesi, 1938 (s. 2).

BERKİN, Necmettin, İflasın Müflisin Mal ve Alacaklarına Tesiri, İHFM 1951, C. XIV, S. 3-4 (s. 717-730).

BREİTSCHMİD, Peter/RUMO-JUNGO, Alexandra, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Sachenrecht), Zürich 2012.

CANSEL, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964.

DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlaması Şerhi, Ankara 2004.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2012.

ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2012.

ESMER, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998.

FEHLMANN, Ulrich K., Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diessenhofen 1976**.**

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEİSER, Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 2003.

HOMBERGER, Arthur, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aynî Haklar (Üçüncü Kısım), Zilyedlik ve Tapu Sicili (Çev.: Suad Bertan), Ankara 1950.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C. 2, İstanbul 2002.

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.

LEEMANN, Silvia Verena, Die Vormerkung von Verfügungs-beschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1937.

MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007.

ÖZMEN, E. Sâba, Türk hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukukî Nitelik ve Buna Bağlı Hukukî Sonuçların İrdelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 1991/2, s. 182-212.

PASCAL, Simonius/SUTTER, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013.

POSTACIOĞLU, İlhan E., İflas Hukuku İlkeleri, C. 1, İstanbul 1978.

POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010.

REİSOĞLU, Safa, Türk Eşya Hukuku, C. 1, Ankara 1977.

SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

STAEHELİN, Adrian, Probleme aus dem grenzbereich zwischen privat- und zwangsvollstreckungsrecht, Basel-Stuttgart 1968.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ, Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 1989.

TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf 2009.

UYAR, Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 5, İİK m. 82-97, Ankara 2004 (**UYAR-Şerh**).

UYAR, Talih, Taşınmaz Malların Haczi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/3, s. 361-370 (**UYAR-Haciz**).

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2012.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000 (**ÜSTÜNDAĞ-İcra**).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflas Hukuku, İstanbul 2002 (**ÜSTÜNDAĞ-İflas**).

von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (Çev.: Cevat EDEGE), Ankara 1983.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.

ÇOCUĞUN ANNE VE/VEYA BABASI HARİCİNDEKİ KİŞİLERİN NÜFUS SİCİLİNE KAYDEDİLMESİNDEN DOĞAN SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Considerations on Problems Inflicted by The Registration of Persons Other Than The Mother and Father to The Civil Status)

Yrd. Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK*

ÖZET

Çalışmamızda çocuğun anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi halinde, bu davanın soybağı ve miras hukuku hükümleri açısından etkisi ve sonuçları ile açılacak nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının tarafları incelenmiştir. Ancak bunun öncesinde; kişisel durum kavramı ve düzenlenişi, kişisel durum sicillerinin hukuki niteliği, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusu, niteliği ve özellikleri bakımından genel nitelikteki bilgilere yer verilmiş ve nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının diğer kişisel durum davalarından farkları değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Nüfus sicili, nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, soybağı, nüfus siciline yanlış kayıt, kişisel durum sicili

Abstract

If there is a wrong registration concerning the personal status of a child the rectification of civil status by court order will be requested. The court's decision affects the child's personal status and the child-parent relationship. In addition to this the court's decision impacts the child's statutory portion. In our study the effects of the court decision and the parties of the dispute will be discussed. Prior to this, the notion of the personal status, the legal character of the personal status, the subject of the rectification of the personal status by the court order, the legal character of rectification of the personal status by the court order and the differences between rectification of the personal status by the court order and the other disputes about the civil status will be examined.

Keywords: Registration of civil status, rectification of civil status by court order, kinship, child-parent relationship, wrong registration

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Çocuğun biyolojik anne ve/veya babasından başka kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi Ülkemizde karşılaşılan vakıalar arasındadır. Bu durum çeşitli ihtimaller ışığında meydana gelebilir. Çocuğun doğumdan sonra hastanede yanlışlıkla veya bilerek başka bir çocukla değiştirilmesi, çocuğun kaçırılmak sureti ile başka bir kadından doğmuş gibi onun üzerine kaydedilmesi, evli bir erkeğin evlilik dışı birliktelik yaşadığı kadından doğan çocuğunu karısının nüfus siciline kaydettirmesi, evli kişilerin -çoğu zaman evlat edinme prosedüründen kaçınma amacı ile- başkasının çocuğunu kendi çocuğuymuş gibi nüfus siciline kaydettirmesi halleri bu duruma örnek verilebilir[1]. İşte bu gibi hallerde çocuğun biyolojik anne ve/veya babası ile nüfus sicilinde anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunduğu kişiler arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Çocuk nüfus sicilinde anne ve baba olarak kayıtlı bulunduğu kişilerin soybağına tabidir. Ancak nüfus sicilindeki maddi bir hatadan kaynaklanan görünüşteki soybağı ilişkisi gerçek duruma uymaz. Aynı zamanda çocuğun biyolojik anne ve/veya biyolojik babası haricindeki kişilerin nüfus sicilinde kayıtlı bulunması çeşitli sorunları da beraberinde getirir. Bu nedenle bu uyumsuzluğun düzeltilmesi arzu edilebilir. Bu uyumsuzluk ise nüfus sicilinin düzeltilmesi davası yolu ile düzeltilir. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası ile amaçlanan sicilde gözüken maddi hatanın giderilmesi ve nüfus sicilinin gerçek soybağı ilişkisini yansıtmasıdır. Hiç şüphesiz, açılacak nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının soybağı ve miras hukuku hükümleri bakımından etkileri olur.

Çalışmamızda çocuğun anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi halinde, bu davanın soybağı ve miras hukuku hükümleri açısından etkisi ve sonuçları ile açılacak nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının tarafları incelenmiştir. Ancak bunun öncesinde; kişisel durum kavramı ve düzenlenişi, kişisel durum sicillerinin hukuki niteliği, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusu, niteliği ve özellikleri bakımından genel nitelikteki bilgilere yer verilmiş ve nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının diğer kişisel durum davalarından farkları değerlendirilmiştir.

I. Genel Nitelikteki Bilgiler

A. Kişisel Durum Kavramı ve Düzenlenişi

Kişisel durum kavramı; gerçek kişilerin hukuki durumlarının diğer bir deyişle hak ve yükümlülüklerinin saptanmasında etkisi olan doğal ve sosyal niteliklerinin

---

[1] Türk Ceza Kanunu'nun "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" başlıklı 8. Bölümünde yer alan 231. maddesinde"*Çocuğun Soybağını Değiştirme*" suçu düzenlenmiştir. Maddeye göre; "*Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (f.1). Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (f.2)*".

bütününü ifade eder[2]. Bir kişinin yaşı, cinsiyeti, bekar olması, nişanlı olması, evli olması, dul olması, boşanmış olması, küçük ya da ergin olması ya da olmaması, evlatlık olması veya evlatlığa sahip olması, çocuklara sahip olması gibi nitelikleri o kişinin kişisel durumunu oluşturan niteliklere örnek olarak verilebilir[3]. Bir kimsenin kişisel durumu kendisinin geniş anlamda kişiliğini oluşturan unsurlardan birisini teşkil edip; Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması hakkındaki hükümleri çerçevesinde korunur[4].

Kişisel durumların açık ve kesin hatlarıyla bilinmesinde özellikle konuya ilişkin her türlü karışıklığın önlenmesinde ilgili kişinin olduğu kadar Devletin de büyük çıkarları bulunur[5]. Bu gibi durumların bilinmesinde üçüncü kişilerin de hem kişilikleri hem de malvarlıkları yönünden menfaatleri vardır[6]. Bunun yanı sıra kişiler arasında gerçekleşen kişisel durumlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişisel durum bilgileri hakime yardımcı olur[7]. Bu sebeple kişisel durumlar Devlet tarafından

---

2 **AKİPEK** Jale G./**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2013, s.471.
ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA'ya göre; kişisel durum kavramı dar ve geniş olmak üzere iki anlama sahiptir. Dar anlamda kişisel durumdan, kişinin Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku ilişkileri açısından içerisinde yer aldığı ve kendisine hukuksal sonuçlar bağlanan bazı durum ve ilişkiler anlaşılmaktadır. Geniş anlamda kişisel durum ise dar anlamda kişisel durum kavramını aşar ve kişinin tüm medeni ve siyasal durumlarını içerir. Bkz. **ZEVKLİLER** Aydın/**ACABEY** Beşir/**GÖKYAYLA** Emre, Zevkliler Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 529.
Gerçek kişilerin hukuki durumlarının belirlenmesinde ve hatta kişilerin birbirinden ayrılmasında belirleyici rol oynayan kişisel durum sicilleri bütün hayat boyunca hep aynı kalmazlar; değişime uğrarlar. Onlardaki bu değişim ya mevcut bir kişisel durumuntamamen ortadan kalkması ya da mevcut kişisel durumun yanına yenisinin eklenmesi suretiyle ve hukuki olay ya da işlemler sonucunda meydana gelir; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 472. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 472.

3 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 471; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 529; **ARPACI** Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s. 195; **AYAN** Mehmet/**AYAN** Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2007, s. 121.

4 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 472.

5 **ÖZSUNAY** Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 235; **ARPACI**, s. 195; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 530; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 473; **AYAN/AYAN**, s. 121; **ÖZTAN** Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1987, s. 177; **ATAAY** Aytekin, Şahıslar Hukuku (Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar), İstanbul 1969, s. 208.

6 **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 530; **EGGER/ÇERNİS**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, s. 336.
ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA'ya göre; örneğin bir kişiyle evlenecek kimsenin onun gerçekten bekar ya da boşanmış olup olmadığını bilmekte; bir kişiyle hukuki işlem yapan kimsenin o kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını, ergin ya da kısıtlı olup olmadığını bilmekte çıkarları bulunmaktadır. Çünkü bu konudaki bilgi, ilgili kişiyle girişilecek kişi varlığı ya da malvarlığı nitelikli ilişkilerin geçerli olup olmayacağı, bazı hukuksal sonuçlar doğurup doğurmayacağını önceden belirlemeye yardımcı olur; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 530.

7 **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 530.

kayıt altına alınmıştır. Bir kimsenin kişisel durumunun kaydedildiği sicillere ise kişisel durum sicilleri denir[8].

Kişisel durum sicilleri, bunların nasıl kayıt altına alınacağı ve temel ilkeleri esasen Türk Medeni Kanunu[9] m. 36-42 arasında düzenlenmiştir[10]. Bunun yanı sıra; özel kanun niteliğinde olan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 2006/11081 sayılı "*Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*"te de kişisel durum sicilleri ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

B. Kişisel Durum Sicillerinin Hukuki Niteliği

Kişisel durum sicilleri, TMK m. 7 anlamında resmi sicillerin ispat gücüne sahiptir. Bu sebeple; resmi siciller hakkındaki karine kişisel durum sicilleri için de uygulama alanı bulur ve aksi ispat edilinceye kadar bu kayıtlar geçerli olur. Ancak bu kayıtların doğru olmadığı her türlü delille ispatlanabilir[11].

Kişisel durum sicili, resmi sicillerden olmakla birlikte tapu sicili gibi herkese açık olan resmi bir sicil değildir. Bu nedenle herkes kişisel durum sicilindeki bu kayıtları bilmek zorunda olmadığı gibi bu kayıtların serbestçe incelenmesi de mümkün değildir. Hatta bu kayıtların bir örneğinin verilmesi de istenemez. Kişisel durum sicilleri sadece ilgili sayılan kişiler tarafından görüp incelenebilir[12].

---

8 **OĞUZMAN** Kemal/**SELİÇİ** Özer/**OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2014, s. 141; **SEROZAN** Rona, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 489; **ÖZSUNAY**, s. 235.

9 Çalışmamızda TMK olarak kısaltılacaktır.

10 TMK m. 36/f.1'de kişisel durumların bu amaçla tutulan resmî sicille belirleneceği belirtildikten sonra ikinci fıkrada bu sicilin tutulmasına ve zorunlu bildirimlerin yapılmasına ilişkin esasların ilgili kanunda gösterileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple 5.5.1972 tarihli 1587 sayılı Nüfus Kanunu düzenlenmiştir. 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 1587 sayılı Nüfus Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

11 Bu husus Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 11. maddesinde de belirtilmiştir. Aynı şekilde TMK m. 30 hükmünde de doğum ve ölüm olaylarının da nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunabileceği belirtilmiştir.
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E.2003/2423, K. 2003/3475, T. 13.03.2003 sayılı kararında; "*….Dava nüfustaki kaydın düzeltilmesine ilişkindir (N.K. md. 46). Resmi sicil ve senetler belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça herhangi bir şekle bağlı değildir (M.K. md.7)…"* şeklindedeğerlendirme yapılmıştır (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

12 **ÖZTAN**, s. 183-184; **ÖZSUNAY**, s. 239; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 485.
Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 9 uyarınca; nüfus kayıtları ve bu kayıtların tutulmasına dayanak olan belgeler gizlidir. Bu kayıtlar ancak yetkili ve sorumlu memurlar ile teftiş ve denetim yetkisi olanlar tarafından görüp incelenebilir. Mahkemeler ise bu hükmün dışında tutulmuştur. Aynı zamanda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca sadece ilgililere sicilden örnek çıkarılarak verilebilir.

C. Nüfus Sicilinin Düzeltilmesi Davası

a. Konusu, Niteliği ve Özellikleri

Nüfus kayıtları TMK m.7 uyarınca aksi ispat edilinceye kadar geçerli kabul edilir. Bu nedenle nüfus sicilinde yer alan kişisel durum bilgilerinde sonradan meydana gelen değişikliklerin veya nüfus sicilinde yer alan yanlış kayıtların düzeltilmesi gerekir. Bu kapsamda nüfus kayıtlarında meydana gelecek düzeltme işlemleri; kişisel durumlarda sonradan meydana gelen değişikliklere ilişkin düzeltme ve eklemeler ile nüfus sicilinde yer alan yanlışlıkların düzeltilmesi şeklinde karşımıza çıkar.

TMK m. 42 uyarınca; kişisel durumda sonradan meydana gelen değişikliklere ilişkin kayıtlar, dava açılmasına gerek kalmaksızın hakim kararı veya ilgililerin istemi üzerine yapılabilir. TMK m. 42'de kişisel durumdaki değişikliklere örnek olarak ise; özellikle evlilik dışı bir çocuğun tanınması veya hakimin babalığa karar vermesi, soybağının düzeltilmesi, evlat edinme ya da bulunmuş bir çocuğun soybağının belli olması halleri sayılmıştır. Bu maddenin amacı kütüğün mümkün olduğu kadar gerçek durumu yansıtmasını sağlamaktır[13].

Nüfus sicilinde kişilere ilişkin bilgilerde yanlışlıklar yapılmış olabilir. Nüfus sicilinde kişilerin doğum, evlenme, ölüm, boşanma, tanıma, evlat edinme, soybağının düzeltilmesi, gaiplik gibi kişisel durumlarına ilişkin bilgilerinde yanlışların bulunması ihtimalinde bu yanlışlıkların düzeltilmesi gerekir. Bunun için ise TMK m. 39 uyarınca hakimden karar alınması gereklidir. İşte açılması gereken bu davaya "*nüfus sicilinin düzeltilmesi*" adı verilir. Sicildeki yanlışlıklar çeşitli sebeplerden ileri gelmiş olabilir. Nüfus sicilindeki anne adının yanlış kayda geçirilmesi, bir kimsenin şartları olmadığı halde ölü olarak kayda geçirilmesi, kişinin adının[14] veya doğum tarihinin kayda yanlış geçirilmesi[15] gibi haller örnek olarak verilebilir. Bu hallerde yanlışlıklar nüfus sicilinin düzeltilmesi davası ile düzeltilir[16].

---

13 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 488.

14 Ad değişikliği halinde Nüfus Hizmetleri Kanunu 36. maddesi uyarınca; nüfus müdürlüğü, bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydını, soyadı değişikliğinde ise eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir.

15 Yaş düzeltme davaları, kişinin doğduğu günün nüfus kaydına daha küçük veya daha büyük olarak kaydedildiği durumlarda söz konusu olur. Yargıtay'ın yaş küçültme davalarına ilişkin verdiği kararlarında bir kimsenin doğmadan önce kütüğe kaydının yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile bu davaların reddi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin., E. 2006/2432, K. 2006/332 sayılı, 20.04.2006 tarihli kararı (**ÖZKAN** Hasan/**ATAÇ** Kifayet, Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Ankara 2009, s. 150); **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 148, dpn. 505'de anılan kararlar.

16 Belirtmek gerekir ki nüfus kayıtlarında yer alan maddi hataların düzeltilmesi için ise nüfus sicilinin düzeltmesi davası açılmasına gerek yoktur. Bu husus Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35. ve 38. maddelerinde belirtilmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca;nüfus sicilinde hatalı veya eksik olarak tescil edilen ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtlar

Nüfus sicil kayıtları bildirici nitelik taşımakta olup; yenilik doğurucu bir niteliğe sahip değildir[17]. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası ise bu kapsamda tespit davası niteliğinde olup; davayı açabilecek kişiler sınırlı olmadığı gibi, herhangi bir sürede açılması zorunluluğu da bulunmamaktadır[18].Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/f.2/a/5 uyarınca çekişmesiz yargı yolu ile görülür.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından yerleşim yerindeki görevli asliye hukuk mahkemesinde[19] açılır. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası Cumhuriyet savcısı ve nüfus müdürü[20] veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır. Kesinleşen karar üzerine aile kütüğünde düzeltme, kişisel durum değişiklikleri kütüğüne de işlenmek suretiyle ilgilinin sicildeki kaydında yapılır (TMK m. 46).

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davaları kişiye sıkı surette bağlı hak niteliği taşıması sebebi ile ancak kişinin kendisi tarafından açılabilir[21].

---

maddi hata kapsamında değerlendirilir. Bu tür maddi hatalar Genel Müdürlükçe ya da nüfus müdürlükleri tarafından düzeltilir veya tamamlanır. Böylelikle nüfus sicilinde yer alan kayıtlarda maddi hatalar dışındaki düzeltmeler için kayıt düzeltme davasının açılması gereklidir.

17 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 484; **AYAN/AYAN**, s. 122.

18 **ACABEY** Beşir, Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Kalan Çocuğun Mirasçılığı), İzmir 2002, s. 118.

19 Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olmasına rağmen bunun istisnası Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218. maddesinde yer alır. Maddeye göre suçtan zarar görenler ile suçluların yaşlarında Ceza Kanunu hükümleri bakımından düzeltme yapılması gerekli olan hallerde yaş düzeltme davaları ceza davasına bakan ceza mahkemelerinde açılır. Ceza mahkemesi bu davayı Nüfus Kanunu'nun hükümlerine göre sonuçlandırır; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 492.

20 Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 37. maddesine göre; Genel Müdürlük ve nüfus müdürlükleri, mahkemece verilen kararlar hakkında her türlü kanun yoluna başvurmaya yetkilidir.

21 Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar (tam ehliyetsizler) için ise konunun değerlendirilmesi gerekir. Kural olarak tam ehliyetsizler kişiye sıkı surette bağlı haklarını kendileri kullanamayacağı gibi yasal temsilcileri aracılıyla da kullanamazlar. Ancak, kişiye sıkı surette bağlı hakların tam ehliyetsizlik durumunda kullanılamaması bazı durumlarda tam ehliyetsizin zararına sonuçlar verebilmektedir. Bu nedenle öğretide tam ehliyetsizin bazı kişiye sıkı surette bağlı haklarının yasal temsilci aracılığıyla kullanılmasına imkan tanınmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR**, s. 82-83; **ÖZSUNAY**, s. 59; **DURAL** Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 79 vd.; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s. 327 vd.; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 316 vd.Kanaatimizce nüfus sicilinin düzeltilmesinde tam ehliyetsizin menfaatinin bulunması durumunda tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisi bu hakkı kullanabilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar (sınırlı ehliyetsizler) ise bu hakkı kendi başlarına kullanabilirler.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası[22] kamu düzeni ile ilgilidir. Bu sebeple Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında hakimin re'sen her türlü araştırmayı yapması ve DNA testi dahil her türlü araştırmanın yapılması gerektiğine hükmedilmektedir[23].

b. Nüfus Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Diğer Kişisel Durum Davaları ile Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, diğer kişisel durum davaları ile hem benzerlikler ve hem de farklılıklar taşır. Soybağı hükümleri arasında yer alan kişisel durum davaları; soybağının reddi davası ve babalık davasıdır. Çocuk ile koca arasında kurulmuş olan soybağı ilişkisi soybağının reddi davası ile kaldırılır. Soybağının reddi davası, babalık karinesinin çürütülmesi ve çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur[24]. Babalık davası ise çocuk ile babası arasın-

---

22 Anayasa Mahkemesi'nin 30.03.2012 tarihli, E. 2011/34, K. 2012/48 sayılı kararı ile iptal edilen Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun m.36/1-b hükmü aynı konuya ilişkin nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabileceğini düzenlemekteydi. Söz konusu hüküm Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptalden sonraki dönemde aynı konuya ilişkin birden fazla nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının açılması mümkün hale getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararını yerinde bulan görüş için bkz. **HATEMİ** Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK** Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul 2013, s. 75.

23 Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin E.2011/1476, K. 2011/3794, T. 22.03.2011 sayılı kararında; *"…5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasının 36. maddesine göre; ilgililer nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme ve tespit davası açmak hak ve yetkisine sahiptirler. Bir kimsenin ölmesi sonucu kaydı kapalı hale geleceğinden, bu kişilerle ilgili sadece tespit davası açılabileceği Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmiştir. Davacılar her ne kadar murisleri Kemal'innüfus kayıtlarınındüzeltilmesini istemişlerse de, çoğun içinde azın da bulunacağı ilkesi gözetildiğinde, düzeltme isteminin, tespit istemini de içerdiğinin kabulü gerekir. Buna görenüfus kayıt düzeltme davaları diğer bir kısım davalarda olduğu gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan tüm bu açıklamalar dikkate alınarak mahkemece öncelikle H. A.'ın varsa veraset belgeleri de dosyaya getirtilerek hukukları etkilenecek olan tüm mirasçılar davaya dahil edildikten sonra Hakimin, hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, salt tarafların ve tanıkların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor da gözetilerek işin esası hakkında tüm kanıtlar toplanıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir…"* şeklinde hükme varılmıştır. (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir başka kararında; "…*Dava, nüfus kaydı düzeltilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece dava kabul edilmiştir.Ancak, kamu düzenine ilişkin bu tür davalarda doğru sicil oluşturulması gerektiğinden; salt taraf beyanları, tanık anlatımı ve kolluk tarafından düzenlenen tutanakla yetinilmeyip, iddiayla ilgili olarak dna testiyaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir…"* şeklinde karar verilmiştir. Bkz. Yarg. 18.HD. E. 2012/6175, K. 2012/7997, T. 25.06.2012 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay'ın aynı yönde verdiği kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD. E. 2012/6940, K. 2012/8170, T. 26.6.2012 sayılı kararı, Yargıtay 18. HD. E. 2012/6964,K. 2012/8902,T. 09.07.2012 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası)

24 **DURAL** Mustafa/**ÖĞÜZ**Tufan/**GÜMÜŞ**Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 258; **FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin/**ÖZAKMAN** Cumhur/**SARIAL** Enis, Aile Hukuku, İstanbul, s. 426-427; **TEKİNAY** Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990,

daki soybağının kurulması yollarından birisidir. Babalık davası sonucunda verilen yenilik doğurucu nitelik taşıyan hüküm ile birlikte çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi kurulur. Görüldüğü üzere soybağı hükümleri arasında düzenlenen soybağının reddi davası ve babalık davası sonucunda kişinin soybağında bir değişiklik meydana gelir. Bu değişikliğin sebebi ise nüfus sicilinin tutulmasına ilişkin maddi bir hatadan kaynaklı olmayıp; soybağı ilişkisinin yanlış tespitinden kaynaklanır.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası ise sicilde meydana gelen bir yanlışlığın düzeltilmesi amacını taşır. Bu davanın sonucunda çoğu zaman kişisel durumda bir değişiklik meydana gelebilir. Örneğin bir kimse hakkında babanın nüfus siciline düşürülmüş bulunan soybağı kaydının yanlış olduğu iddiası o kişiyi anne yönünden soybağı ilişkisi bulunan, baba yönünden ise soybağı ilişkisi bulunmayan bir kişi konumuna getirebilir ve böylelikle soybağının reddi davasının sonuçlarına benzer sonuçlar doğurabilir[25]. Ancak her ne kadar nüfus sicilinin düzeltilmesi davası ile diğer kişisel durum davaları meydana getirdiği sonuçlar bakımından benzerlik taşısa da davaların amacı bakımından önemli farklılıklar bulunur. Şöyle ki; nüfus sicilinin düzeltilmesi davası esas itibariyle sicilde yer alan maddi bir hatanın düzeltilmesi amacını güder. Oysa kişisel durum davaları doğrudan doğruya kişinin baba ile olan soybağı ilişkisi ile ilgilidir ve kural olarak kişinin baba yönünden konumunu değiştirir. Kişisel durum davalarında sicil kayıtlarında maddi hata olması değil; sicil kayıtlarının hukuki duruma uydurulması söz konusudur[26].

II. Nüfus Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Soybağı Hükümlerine Etkisi

Soybağı, bir kişinin anne ve babası arasındaki bağı ifade eder[27]. Medeni Kanun düzenlemesi soybağını; kan bağına dayanan soybağı ve yapay soybağı denilen evlat

---

s. 400; **ÖZTAN** Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004 (Kısaltma: Aile),s. 425-426; **ACABEY**, s. 117-118; **BAYGIN** Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 26; **AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2012, s. 229; **KILIÇOĞLU** Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015 (Kısaltma: Aile), s. 523.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, soybağının reddi davası hak düşürücü sürelere bağlanmıştır. TMK m. 289 uyarınca; koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır. Çocuk için, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde davanın açılması gerekir. Ancak TMK m. 289/III uyarınca, gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar. Dolayısıyla açılacak soybağının reddi davasında hak düşürücü sürelerin dikkate alınması gerekir.

25 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 496.

26 **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 496.

27 **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 252; **TEKİNAY**, s. 392; **BAYGIN**, s. 3; **ÖZTAN**, Aile, s. 519; **ACABEY**, s. 5; **HATEMİ** Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK** Burcu, Aile Hukuku, İstanbul 2014 (Kısaltma: Aile), s. 139; **FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL**, s. 411-412; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 321 vd.; **KILIÇOĞLU**, Aile, s. 511.

edinme yoluyla kurulan soybağı olarak ikiye ayırır. Kan bağına dayanan soybağı ise anne ve baba yönünden farklı düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanun'un 282. maddesi uyarınca; çocuk ile anne arasında soybağı doğumla kurulur (TMK m. 282/I). Aynı madde uyarınca çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi ise anne ile evlilik, tanıma veya babalık davası yolu ile kurulur.

Çocuğun biyolojik anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi sebebi ile açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda sicildeki yanlış kayıt düzeltilir. Belirtmek gerekir ki, nüfus siciline kayıt idari bir işlemdir. Çocuğun soybağı ise kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi ile birlikte kurulur. Nüfus siciline yanlış kayıt kanunen kurulmuş olan bir soybağını değiştirmez. Sicildeki yanlış kaydın düzeltilmesi ile birlikte kanunen kurulmuş olan soybağı durumu sicile doğru bir şekilde aktarılmış olur. Çalışmamızda, yanlış kaydın sicile doğru şekilde aktarılması amacıyla açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının soybağı hükümlerine etkisi çeşitli ihtimaller ışığında ele alınmıştır.

A. Çocuğun Hem Anne Hem de Baba Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesi

Çocuk, biyolojik anne ve babasından farklı kişilerin nüfus siciline kaydedilmiş olabilir. Bu ihtimalde çocuğun hem annesi hem de babası sicilde gözüken kişilerden farklıdır. Çocuğun nüfus sicilinin yanlış kaydedilmesi, kişilerin başka ailelerin çocuklarını -çoğu zaman evlat edinme prosedüründen kaçınma amacı ile- kendi nüfus siciline kaydettirmeleri halinde olabileceği gibi hastanede doğum sırasında bilerek veya bilmeden meydana gelen bir karışıklıktan da kaynaklanabilir. Bu durumda açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının çocuğun anne ve babası ile arasındaki soybağı ilişkisini ne şekilde etkileyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

1. Anne Yönünden Soybağına Etkisi

Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi uyarınca; çocuk ile anne arasında soybağı doğumla kurulur (TMK m. 282/I)[28]. Anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için çocuğun soybağı kurulacak kadın tarafından doğurulduğunun

---

[28] Anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi -doğum haricinde-, çocuğun biyolojik annesi dışında bir kadının nüfus siciline kaydedilmiş olması halinde de kurulur. Bu durum annesi belli olmayan çocuklarda (findelkind) meydana gelebileceği gibi çocukların karışması veya kaybolması ihtimalinde de karşımıza çıkabilir. Her iki halde de bu durumun tespiti halinde çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı ilişkisi doğum anından itibaren geriye etkili olmak üzere kurulur; nüfus siciline yapılan kayıt ise açıklayıcı nitelik taşır; **HEGNAUER** Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindverhältnis, Art. 252-269c, 4. Auflage, Bern 1984, Art. 252, N. 35; **SCHWENZER** Ingeborg, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 4. Auf., Basel 2010, Art. 252, N. 6.

tespiti yeterlidir[29]. Anne ile çocuk arasındaki soybağının kurulması için üç hususun tespit edilmesi gerekir; kadının bir çocuk doğurması, çocuğun yaşı ile bu doğum tarihi arasında uyum olması ve kadının doğurduğu çocuğun soybağı kurulan çocuk ile aynı olması[30]. Bu kapsamda annenin gebe kaldığı dönemde veya doğum sonrasında evli olup olmamasının anne ile soybağı ilişkisinin kurulmasına bir etkisi bulunmamaktadır[31].

Çocuğun biyolojik anne ve babasından farklı bir kadın ve erkeğin nüfus siciline kaydedilmesi ihtimalinde; nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açılır. Bu davada, çocuğun biyolojik anne dışında bir kadının nüfus siciline kaydedildiğinin ve biyolojik annesinin kim olduğu hususunun ispatlanması durumunda çocuk, nüfus sicilinde kayıtlı bulunduğu kişinin nüfus sicilinden silinerek biyolojik annesinin nüfus siciline kaydedilir. Çocuğun biyolojik annesi ile arasındaki soybağı ilişkisinin tespiti için tanıkların beyanlarının yanı sıra gerekli görüldüğü hallerde DNA testinin yapılması gerekir. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında bazı hallerde çocuğun nüfus sicilinde kayıtlı olduğu kadının aslında çocuğun biyolojik annesi olmadığı olgusu tespit edilir fakat çocuğun biyolojik annesinin kim olduğu olgusu ise tespit edilemeyebilir. Bu durumda çocuk, nüfus sicilinde anne olarak kayıtlı bulunduğu kişinin nüfus sicilinden silinir ve anne bakımından nüfus sicilinde soybağı bulunmayan çocuk statüsüne girer.

Çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı, nüfus sicilinin düzeltilmesi veya buna ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi anında değil, doğum anından itibaren kurulur [32]. Çocuk ile annesi arasındaki soybağı ilişkisinin doğumla kurulması olgusu nüfus siciline yapılan kaydın açıklayıcı nitelik taşıması sonucunu doğurur[33].

Çocuğun biyolojik annesinden farklı bir kişinin nüfus siciline kaydedilmesi ih-

---

29 **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 253-254; **TEKİNAY**, s. 395; **ÖZTAN**, Aile, s. 520; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 327; **KILIÇOĞLU**, Aile, s. 512-513; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Aile, s. 140; **BAYGIN**, s. 14; **HEGNAUER**, Art. 252, N. 34; **SCHWENZER**, Art. 252, N. 6.

30 **FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL**, s. 412-413.

31 **FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL**, s. 413; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 254; **BAYGIN**, s. 14; **ACABEY**, s. 197 vd.; **KILIÇOĞLU** Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 91; **KILIÇOĞLU**, Aile, s. 513; **ÖZTAN**, Aile, s. 520; **HEGNAUER**, Art. 252, N. 34.

32 **ACABEY**, s. 225; **HEGNAUER**, Art. 252, N. 72.

33 **ACABEY**, s. 225; **HEGNAUER**, Art. 252, N. 59; **SEROZAN** Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000 (Kısaltma: Çocuk), s. 99.
Belirtmek gerekir ki; nüfus kütüğünde herhangi bir kayıt bulunmuyorsa diğer bir anlatımla çocuk nüfus kütüğüne kaydedilmemişse ve annelik çekişmeliyse hukuki yararı olan her ilgili annelik tespiti talep edebilir. Açılacak dava; bir kadının çocuğun annesi olduğuna yönelik ise olumlu; davalı kadının çocuğun annesi olmadığına yönelik ise olumsuz tespit davası niteliği taşır; bkz. **ACABEY**, s. 225.

timalinde açılan davada, çocuğun nüfus sicilinde anne olarak kaydedildiği kişi ile arasında kanbağı ilişkisinin bulunmadığı olgusunun ve buna bağlı olarak biyolojik annesi ile arasındaki soybağı ilişkisinin varlığı olgusunun tespiti gerekir. Belirtilen olguların tespiti ise nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturur. Çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı ilişkisinin tespiti ayrı bir davanın konusunu oluşturmadığı gibi kurulması için soybağına ilişkin ayrı bir dava açılmasına da gerek bulunmamaktadır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere TMK m. 282 uyarınca çocuk ile annesi arasındaki soybağı doğum ile kurulur. Aynı zamanda Medeni Kanunumuzda soybağı hükümleri arasında çocuk ile anne arasındaki soybağının kurulmasına yönelik bir dava çeşidi de düzenlenmiş değildir. Çocuk ile annesi arasında soybağının tesisine ilişkin ayrı bir dava açılması usul ekonomisine de aykırılık teşkil eder.

Yargıtay'ın vardığımız sonucu destekleyen bu yönde vermiş olduğu bir kararında[34], davacı çocuğun, nüfus sicilinde anne ve baba olarak kaydedildiği kişilere açtığı davasında, nüfus sicilinde mevcut olan kaydın silinmesi ile biyolojik anne ve babasının nüfus siciline kaydı talep edilmiştir. Kararda, davacının nüfus sicilinde kayıtlı olarak gözüken kişilerin biyolojik anne ve baba olmadığına ilişkin talebinin ve biyolojik annenin tespit edilmesine ilişkin talebinin nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2005/2-572, K. 2005/551, T. 28.09.2005 sayılı kararında daha farklı bir sonuca varılmıştır. Karara konu olayda; davacı, nüfus kayıtlarında anne ve babası olarak gözüken Fatma Y. ve Hasan Y.'nın biyolojik anne ve babası olmadığını, biyolojik anne ve babasının Fadıma T. ve Kazım T. olduğunu, bu durumun tespiti ile nüfus kayıtlarının gerçeğe uygun şekilde düzeltilmesini istemiştir. Yargıtay'ın verdiği kararda ise; "*.....Dava Kazım ve Fadıma açısından soybağı, Hasan ve Fatma açısından nüfus kaydının düzeltilmesi davasıdır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5133 sayılı Kanun*

---

[34] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2011/13999, K. 2012/9607, T. 16.04.2012 tarihli kararı; "*.... Davacı, davalılar M. ile A. gerçek annesi ve babası olmadığını, kendisinin M. ve H. evlilik dışı ilişkisinden doğduğunu bu nedenle mevcut kaydın iptali ile gerçek anne ve babasının nüfus kaydındaki hanesine tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davanın nüfus sicilindeki yanlış kaydın düzeltilmesi davası olduğundan söz edilerek Asliye Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiştir. Davacının M. ile A. gerçek anne ve babası olmadığı, gerçek annesinin ise H. olduğuna ilişkin istemi, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olup, talebe ilişkin olarak verilen görevsizlik kararı doğru olduğundan; bu yönlere ilişkin temyiz itirazları yersizdir. 2- Davacının, gerçek babasının M. olduğuna yönelik istemi ise, annesi H. ile baba olduğu iddia edilen M. evliliği bulunmadığı ve davacının evlilik dışı ilişkiden doğmuş olduğu belirtildiğinden; babalığa ilişkindir. 4787 Sayılı Yasa'nın 5133 Sayılı Yasa ile değişik 4/1. maddesi gereğince Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü bölüm hariç ikinci kitabından kaynaklanan davalara aile mahkemesince bakılacağı hükmü karşısında; mahkemece davanın babalığa ilişkin bölümünün tefrik edilip ayrı bir esasa kaydedilmesi, nüfus kaydının iptaline ilişkin davanın bekletici sorun yapılması ve gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; bu bölüm hakkında da görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir...*" şeklindedir. (Kazancı İçtihat Bankası).

ile değişik 4/I *maddesinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun üçüncü kısım hariç olmak üzere ikinci kitabından (MK. md. 118-494) doğan bütün dava ve işlere Aile Mahkemesinde bakılacağı düzenlenmiştir.Soybağına ilişkin hükümler 4721 sayılı Medeni Kanunun* 282*. maddesi ve devamında düzenlenmiş olup Aile Mahkemelerinin görevi kapsamındadır. Nüfus Kanununun 46. maddesinde düzenlenen nüfus kaydının düzeltilmesi davalarına ise Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılır. Ancak nüfus kayıtlarının davacının talebi gibi düzeltilebilmesi için öncelikle gerçek anne-babanın dolayısı ile soybağının tespit edilmesi gerekir. O halde her iki davanın birlikte açılması halinde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi değil Aile Mahkemesidir."* şeklinde sonuca varılmış ve davacının talepleri ayrıştırılarak; davacının nüfus sicilinde kayıtlı olduğu kişilerin biyolojik anne ve babası olmadığı yönünde verilecek kararın nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturduğu, buna rağmen biyolojik anne ve babası ile soybağının tespitinin ise soybağı davalarının konusunu oluşturduğu, bu nedenle her iki davanın birlikte açılması halinde aile mahkemesinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bahsi geçen kararı biyolojik anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması açısından değerlendirdiğimizde yerinde bulmamaktayız[35]. Zira; belirttiğimiz gibi nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu; çocuğun nüfus sicilinde anne ve baba olarak kaydedildiği kişi ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığının tespiti ile biyolojik annesi arasındaki soybağı ilişkisinin varlığının tespiti oluşturur. Elbette ki, bu durumda açılacak nüfus sicilinin düzeltilmesi davası çocuğun soybağını etkiler. Ancak kanaatimizce çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı ilişkisinin tespiti, ayrı bir davanın konusunu oluşturmadığı gibi soybağının kurulması için soybağına ilişkin ayrı bir dava açmaya da gerek bulunmamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki anne ile çocuk arasındaki soybağını ortadan kaldırmaya yönelik bir dava, soybağına ilişkin hükümlerde de mevcut değildir.Bu sebeple, bu yönde açılacak bir dava nitelik itibariyle nüfus sicilinin düzeltilmesi davası olup; asliye hukuk mahkemelerinde görülmelidir.

1. Baba Yönünden Soybağına Etkisi

Çocuğun biyolojik anne ve babasından farklı bir kadın ve erkeğin nüfus siciline kaydedilmesi ihtimalinde; nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açılarak çocuğun biyolojik annesinin kim olduğu ispatlanmak sureti ile çocuk ile biyolojik annesi arasındaki soybağı ilişkisi kurulur. Belirttiğimiz ihtimalde çocuğun nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunduğu kişi de çocuğun biyolojik babası değildir. Bu nedenle sicilde maddi bir hata sonucu oluşan yanlış kaydın gerçek duruma uydurulmak sureti ile düzeltilmesi gerekir. Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken bir husus

---

35 Bu kararın çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağının kurulması bakımından değerlendirilmesi için bkz. Çalışmamızın III, A, 2'de yer alan açıklamalar ve dipn. 40.

bulunmaktadır. Sicilde baba olarak kayıtlı bulunan kişi ile çocuk arasında gerçek duruma uymasa da görünürde bir soybağı ilişkisi kurulmuştur ve sicilin gerçek durumu yansıtması için bu kaydın düzeltilmesi gereklidir. Acaba bu kayıt nasıl düzeltilir?

Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulması yollarını anne ile evlilik, babalık davası ve tanıma olarak düzenlemiş, çocuk ile babası arasında kurulan soybağı ilişkisinin sona erdirilmesinin ise soybağının reddi davası ile yapılabileceğini hükme bağlamıştır. TMK m. 285 uyarınca, babalık karinesi kapsamında evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Soybağının reddi davası ile TMK m. 285 uyarınca kurulan babalık karinesi çürütülerek, çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kaldırılır. Soybağının reddi davasını açabilecek kişiler ise kanun koyucu tarafından sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bu kişiler, karineten baba olarak sayılan koca, çocuk ve bazı hallerle sınırlı olmak üzere ilgililerdir[36]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, soybağının reddi davasında sicilde meydana gelen yanlış bir kaydın düzeltilmesi söz konusu olmayıp; babalık karinesinin çürütülmesi söz konusudur. Oysaki, çocuğun biyolojik annesi ve biyolojik babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi halinde çocuğun sicilde anne olarak kayıtlı bulunduğu kişi ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığı tespit edildiğinden, çocuk ile sicilde babası olarak kayıtlı bulunduğu kişi arasında "anne ile evlilik" yolu ile babalık karinesi de kurulmamış olur. Bu nedenle; babalık karinesinden faydalanmadan nüfus siciline kaydedilen çocukla koca arasında soybağının kurulması söz konusu olmadığından bu durumda açılacak dava soybağının reddi davası olmayıp[37] sicildeki kaydın düzeltilmesi davasıdır[38].

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunduğu kişi arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığının tespiti ardından çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması gerekir. Acaba bu ilişki nasıl kurulur? Çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı ilişkisinin TMK m. 282'de belirtilen anne ile evlilik, tanıma veya babalık davası yollardan birisi ile kurulması gerekir.

Çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması yollarından ilki anne ile

---

36 TMK m. 291 uyarınca; "*Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir (f.1).Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açar(f.2).Kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır(f.3)".*

37 **HEGNAUER**, Art. 256, N.7.

38 **ACABEY**, s. 118-119; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 259; **BAYGIN**, s. 27.

evliliktir. Anne ile evliliğin çocuk ile babası arasında soybağını kurması hem evliliğin çocuğun doğumundan önce yapılması hem de anne babanın çocuğun doğumundan sonra evlenmeleri halinde mümkündür. Türk Medeni Kanunu çocuk ile babası arasında soybağının anne ile evlilik yoluyla kurulmasına ilişkin olarak babalık karinesine yer verir. TMK m. 285/I'e göre evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Biyolojik annenin çocuğu doğurduğu esnada biyolojik baba ile evli olması veya evlilik sona erse bile sona ermesinden itibaren 300 gün içinde çocuğu doğurması ihtimalinde babalık karinesi gereği koca, baba sayılır[39]. Acaba bu durumda biyolojik baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için, babalık karinesinin mevcudiyetinin aile mahkemesinde ayrı bir dava açılmak sureti ile tespiti mi gerekir yoksa nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında aynı zamanda babalık karinesinin bulunduğu da gözetilerek çocuğun biyolojik babasının nüfus siciline kaydı yönünde karar mı verilmelidir? Bu konuda ileri sürülebilecek bir görüş, babalık karinesinin tespitinin -soybağını ilgilendirmesi nedeniyle- aile mahkemelerinde görülmesi yönünde olabilir[40]. Bu ihtimalde, aile mahkemesinin vereceği tespit kararının ardından nüfus sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla nüfus sicilindeki yanlış kayıt düzeltilerek; çocuk, biyolojik babasının nüfus siciline kaydedilir. Ancak bu noktada iki ayrı dava açılmak sureti ile sicildeki yanlış kayıt düzeltilir. İlki nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, diğeri ise çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağının tespitine ilişkin açılacak soybağı davasıdır. Bu ihtimalde nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında aile mahkemesinin tespit kararı doğrultusunda yanlış kaydın düzeltilmesi kararı verilecektir.

Bu konuda ileri sürülebilecek diğer bir görüşe göre ise; çocuğun evlilik içi veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içerisinde doğması ihtimalinde babalık karinesi kapsamında koca baba sayıldığı için bu durumda ayrı bir dava açmaya gerek kalmayıp; babanın da nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında tespiti gerekir. Bu görüşe göre, babalık karinesi esasen soybağını ilgilendiren bir husus da olsa, Türk Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin hükümleri arasında babalık karinesinin tespitine ilişkin bir dava mevcut değildir. Bununla birlikte, biyolojik anne ile çocuk arasındaki

---

39 Biyolojik babanın kadının kocası olmaması ihtimali de mevcuttur. Biyolojik anne evlilik dışı bir birliktelikten bu çocuğu meydana getirmiş olabilir. Bu ihtimalde karineten baba olarak sayılan kocanın, çocuğun ve bazı hallerle sınırlı olmak üzere ilgililerin soybağının reddi davası açma imkanı vardır.

40 Yargıtay'ın bu yönde verdiği bir kararına yer vermekte fayda görüyoruz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2005/2-572, K. 2005/551, T. 28.09.2005 sayılı kararında; davacı, nüfus kayıtlarında anne ve babası olarak gözüken Fatma Y. ve Hasan Y.'nın biyolojik anne ve babası olmadığını, biyolojik anne ve babasının Fadıma T. ve Kazım T. olduğunu, bu durumun tespiti ile nüfus kayıtlarının gerçeğe uygun şekilde düzeltilmesini istemiştir. Yargıtay ise kararında; davacının nüfus sicilinde kayıtlı olduğu kişilerin biyolojik anne ve babası olmadığı yönünde verilecek kararın nüfus sicilinini düzeltilmesi davasının konusunu oluşturduğu, buna rağmen biyolojik anne ve babası ile soybağının tespitinin ise soybağı davalarının konusu oluşturduğu, bu nedenle her iki davanın birlikte açılması halinde aile mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir.

soybağı ilişkisinin tespit edildiği bir dava olan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında çocuğun evlilik içi veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğmuş olduğu olgusu da tespit edilir.

Kanaatimizce bahsettiğimiz görüşlerden ilkine katılmak daha yerindedir. Babalık karinesinin tespitinin nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında karara bağlanması nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının amacını aşar ve konusunun dışında kalır. Zira belirttiğimiz üzere nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu sicilde meydana gelen yanlış kaydın düzeltilmesi oluşturur. Babalık karinesinin tespiti ise soybağına ilişkin bir meseledir. Bu nedenle babalık karinesinin tespitinin -soybağını ilgilendirmesi nedeniyle- aile mahkemelerinde görülmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Biyolojik annenin çocuğu doğurduğu esnada biyolojik baba ile evli olmaması veya evlilik sona erse bile sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra çocuğu doğurması ihtimalinde babalık karinesi söz konusu olmaz. Bu ihtimalde, biyolojik baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi tanıma veya babalık davası yolu ile kurulur.

TMK m. 295 uyarınca; tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur. Bu ihtimal ancak biyolojik babanın çocuk ile soybağı ilişkisini kurmak istemesi ve çocuğun bir erkek ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmaması halinde mümkündür.

Biyolojik babanın tanıma beyanında bulunmaması halinde ise çocuk ile biyolojik baba arasında soybağı, babalık davası yolu ile kurulabilir. TMK m. 301 uyarınca anne ve çocuk babalık davasını açabilir. Anne ve çocuğun babalık davası açma hakkı birbirinden bağımsızdır[41]. Babalık davası babaya karşı açılmalıdır. Şayet baba ölmüş-

---

41 **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 290; **FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL**, s. 545; **TEKİNAY**, s. 572; **ÖZTAN**, Aile, s. 558; **BAYGIN**, s. 74; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 358; **KILIÇOĞLU**, Aile, s. 551, dpn. 448.

Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı hak olması sebebiyle ayırt etme gücüne sahip anne ve çocuk tarafından bizzat kullanılabilir. Ayırt etme gücüne sahip anne ve çocuğun küçük ya da kısıtlı olması dava açmak için yasal temsilcilerinin rızasının alınmasını gerektirmez; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291; **ÖZTAN**, Aile, s. 557; **BAYGIN**, s. 74.

Anne veya çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde babalık davası yasal temsilciler tarafından açılabilir; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 359-360; **BAYGIN**, s. 74.

Çocuğun babalık davasını henüz ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde açabilmesi için ona kayyım atanması gerekir. Zira babalık davasının açılması konusunda ana ve çocuğun çıkarlarının çatışması olasıdır. Bu nedenle ana kayyım olarak atanmayacaktır (TMK m. 416/b.2); bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291.

Annenin ölümü halinde kişiye sıkı surette hak niteliği taşıyan babalık davası açma hakkı sona erer; dava açma hakkı mirasçılara geçmez; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291; **ÖZTAN**, Aile, s. 558; **BAYGIN**, s. 75.

Çocuğun ölümü halinde ise dava açma hakkının mirasçılara intikal edip edemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre çocuğun ölümü ile birlikte dava açma hakkı

se TMK m. 301/II uyarınca mirasçılarına karşı da açılabilir[42].

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, kanaatimizce çocuğun hem biyolojik annesi ve hem de biyolojik babası bakımından nüfus siciline yanlış kaydedilmesi ihtimalinde, çocuğun biyolojik babası ile soybağının kurulması için TMK m. 282'de belirtilen yollardan birinin bulunması gerekir. İşte bu nedenledir ki, çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının konusunu oluşturmaz ve çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisinin aile mahkemesinde karara bağlanması gerekir. Çocuk, babalık karinesi kapsamında doğmuşsa aile mahkemesinde babalık karinesinin varlığının tespiti soybağının kurulması için yeterlidir. Çocuğun babalık karinesi kapsamı dışında doğmuş olması halinde ise bu durum Medeni Kanunun soybağı hükümleri kapsamında babalık davasının konusunu oluşturur[43]. Her iki halde de, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının ba-

---

sona erer ve mirasçılara intikal etmez; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291, dpn. 156'da anılan yazarlar. Çocuğun altsoyunun nafaka ve miras menfaatlerini üstün tutan diğer bir görüşe göre ise dava açma hakkı mirasçılara intikal eder; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 291; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 360; **BAYGIN**, s. 76. Eski Medeni Kanun dönemi için bkz. **FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL**, s.548; **TEKİNAY**, s. 577; **OĞUZMAN** Kemal/**DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 339.

42 TMK m. 301/III uyarınca; babalık davası, Cumhuriyet savcısına ve Hazineye; dava anne tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anneye ihbar edilir. Babalık davası için TMK m. 303'de hak düşürücü süreler bulunmaktadır. Madde gereğince; davacı anne ise doğumdan itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede davanın açılması gerekir. Çocuk için ise çocuğa ister kayyım atansın ister atanmasın babalık davası açma hakkı herhangi bir süreye bağlı değildir. Şayet çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunması ihtimalinde ise annenin dava açma süresi TMK m. 303/III gereğince soybağının ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıldır. Çocuk, soybağını kuran yollardan herhangi biri söz konusu olmadan hukuka aykırı olarak başka bir erkeğin nüfus siciline yazılmış ise babalık davası açma süresi nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. TMK m. 303/IV gereğince gecikmeyi haklı kılan bir sebebin bulunması ihtimalinde bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olsa bile babalık davası sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde açılabilir; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 296-297.

Babanın çocuğu ile soybağı ilişkisini kurmak istememesi halinde babaya karşı babalık davası açılabilir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere babalık davasında hak düşürücü süreler bulunmaktadır. Hak düşürücü sürelerin kaçırılması ihtimalinde ise çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı ilişkisinin kurulması mümkün olmamaktadır. Kanaatimizce bu durum çocuğun menfaatlerini zedeleyici sonuçlara yol açar. Ancak belirtildiği üzere TMK m. 303 uyarınca çocuk için babalık davasını açma hakkının herhangi bir süreye bağlanmaması çocuğun menfaatlerinin korunması için önem arz eden bir düzenleme niteliği taşır.

43 Yargıtay'ın 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/10719, K. 2012/17607, T. 25.06.2012 sayılı kararına konu olayda; davacı çocuk, nüfusta Seydahmet ve Mevlüde'nin çocuğu olarak kayıtlı olduğunu, gerçekte ise Seydahmet ve Mevlüde'nin çocuğu olmadığını ve biyolojik babasının Seydahmet'in oğlu Ercan, annesinin ise Zübeyde P. olduğunu ileri sürerek, Seydahmet ve Zübeyde üzerindeki kaydın silinmesini ve aralarında evlilik ilişkisi olmayan Ercan ve Zübeyde'nin çocuğu olarak nüfus siciline kaydını istemiştir. Yargıtay verdiği kararında; davacının doğum tarihinde, baba olduğu iddia edilen Ercan ile Zübeyde arasında evlilik bağı bulunmadığını, bu hukuki duruma göre, davacının Seydahmet ve Mevlüde üzerindeki kaydının silinmesi isteğinin nüfus kaydının iptali, annesinin Mevlüde olmayıp, Zübeyde olduğunun tespiti yanlış kaydın düzeltilmesi ve

balığa ilişkin kısmı ayrılıp aile mahkemesinde karara bağlanması ve nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının sonucunun da bu karara göre verilmesi gerekir[44]. Bu şekilde bir değerlendirme yapılmasının sebebini ise Medeni Kanun'un soybağına ilişkin hükümleri oluşturur.

Önemle belirtmek gerekir ki; nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuğun hem biyolojik annesi hem de biyolojik babası ile aynı zamanda soybağı ilişkisinin kurulması usul ekonomisi bakımından daha uygun ve sonucun gerçekleşmesi bakımından ise daha pratik bir yoldur. Ancak kanaatimizce bu yolu; TMK'nın baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması yollarını düzenleyen 282. maddesi kapamaktadır. Zira TMK 282. maddesi, baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını, maddede belirtilen yollarla sınırlı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle; çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı ilişkisinin TMK m. 282'de belirtilen yollardan birisi ile kurulması Medeni Kanunumuzun soybağı hükümlerine daha uygun düşer.

2. Çocuğun Annesi Haricindeki Kişinin Nüfus Siciline Kaydedilmesi

Çocuk, bazı hallerde, biyolojik annesinden başka bir kadının nüfus kütüğüne kaydedilir. Bu ihtimalde; çocuğun nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunduğu kişi biyolojik babasıdır. Ancak çocuğun nüfus sicilinde anne olarak kayıtlı bulunduğu kişi biyolojik annesi değildir. Bu konuda ülkemizde en yaygın görülen şekil; evli bir erkeğin eşi haricinde birlikte yaşadığı kadından doğan çocuğunu eşinin üzerine kaydettirilmesi yolu ile ortaya çıkar[45]. Bu halde annelik çekişmelidir. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla yanlış kaydın düzeltilmesi mümkün olur. Özellikle evliliğin boşanma veya ölümle sona ermesi durumunda bizzat eş veya mirasçılar bu davayı açabilirler. Bu durumda açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının çocuğun anne ve babası ile arasındaki soybağı ilişkisini ne şekilde etkileyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Ercan'ın hanesine tesciline ilişkin istek ise babalığa ilişkin olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle; babalık davası yönünden görevli mahkeme Aile Mahkemesi olması sebebi ile mahkemece öncelikle davacının babalık ile ilgili talebinin bu davadan tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilmesi ve görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

44 Yargıtay'ın bu konuda nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının aile mahkemesinin kararına kadar bekletici mesele yapılması yönünde kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2011/13999, K. 2012/9607, T. 16.04.2012 tarihli kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin E. 2014/11748, K. 2014/10954, T. 09.07.2014 tarihli kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/16547, K. 2012/25792, T. 23.10.2012 tarihli kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2008/3071, K. 2009/8318, T. 30.04.2009 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

45 **BAYGIN**, s. 19; **ACABEY**, s. 224; **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Aile, s. 140; **SEROZAN**, Çocuk, s. 115; **KILIÇOĞLU**, Aile, s. 91.

1. Anne Yönünden Soybağına Etkisi

Çocuğun biyolojik annesinden farklı bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi ihtimalinde; nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açılır. Bu davanın sonucunda çocuğun biyolojik anne dışında bir kadının nüfus siciline kaydedildiğinin ve biyolojik annesinin kim olduğu hususunun ispatlanması durumunda çocuk, nüfus sicilinde anne olarak kayıtlı olduğu kişinin nüfus sicilinden silinerek biyolojik annesinin nüfus siciline kaydedilir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında; davalı Beşir, evlilik dışı birliktelik yaşadığı kadından olan çocuğunu nüfusta resmi nikahlı eşi Bediha'nın üzerine kaydettirmiş, daha sonra taraflar boşanmış ve bir süre sonra da Bediha ölmüştür. Bediha'nın mirasçıları dava açarak nüfus sicilinin düzeltilmesini talep etmiştir. Yargıtay kararında; tarafların boşanma davasında müşterek çocuklarının bulunmadığına ilişkin beyanlarına, hastane doğum protokol defterinde çocuğun anne adının Yasime olarak yazılıp, üstünün çizilip Bediha isminin yazılmasını, çocuğun doğum tarihi itibariyle Bediha'nın 49 yaşında olmasını ve bu yaşta bir kadının doğum yapmasının pek varit görülmeyeceği yönündeki Adli Tıp Kurumu raporuna istinaden sicilin düzeltilmesi yönünde karar vermiştir[46].

2. Baba Yönünden Soybağına Etkisi

Çocuğun baba yönünden biyolojik babasının ancak anne yönünden biyolojik annesinden farklı bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi ihtimalinde, açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuk biyolojik annesinin nüfus siciline kaydedilir. Çocuk ile biyolojik annesi arasında kurulan soybağının, çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisine yapacağı etki önemlidir. Zira bu durumda çocuk evlilik içi doğmuş olmayacak ve baba ile soybağını kuran hallerden anne ile evlilik sebebi ile kurulan babalık karinesi söz konusu olmayacaktır. Bunun sonucunda çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi sona erecektir. Ancak kanaatimizce burada Aile Hukukunun en önemli ilkelerinden birisi olan çocuğun menfaatinin üstün tutulması ve çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin muhafaza edilmesi gerekir. Bu gibi hallerde çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi; evlilik içi çocuk statüsündeyken "*tanıma*" ile kurulmuş soybağı statüsüne dönmelidir. Zira TMK m. 295/I uyarınca baba çocuğunu Nüfus İdaresine başvurma yolu ile tanıyabilir. Babanın çocuğunu evlilik içinde doğmuş çocuğu gibi kadın eş üzerine Nüfus İdaresi'ne kaydettirmesi tanıma sayılır[47]. Kanaatimizce bu ihtimalde biyolojik babanın çocuk ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığını iddia etmesi ise hakkın kötüye kullanılması niteliği

---

46 **İNAL** Nihat, Nüfus, Babalık, Evlat Edinme, Yabancı Kararların Tenfizi, Velayet, Vesayet Davaları, Ankara 2001, s. 201-202; **BAYGIN**, s. 19-20.

47 **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Aile, s. 140.

taşır. Çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılabilmesi için ise; tanımanın iptali davasının açılması gerekir. Bu dava soybağının reddi davası değildir. Çünkü gerçek anne ile gerçek baba evli değilseler; kocanın babalığı için bu karinenin çürütülmesi gereği duyulmamaktadır[48].

TMK m. 298 uyarınca; tanımanın iptali davası, anne, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tarafından açılır. Dava, tanıyana, tanıyan ölmüşse mirasçılarına karşı açılır. TMK m. 299'a göre; davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. Anne veya çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan iptal davasında ispat yükü, tanıyanın, gebe kalma döneminde anne ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden sonra doğar. Bu davada TMK m. 300'de belirtilen hak düşürücü süreler dikkate alınmalıdır[49]. İlgililerin dava hakkı, davacının tanımayı ve tanıyanın çocuğun babası olamayacağını öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer. Çocuğun dava hakkı, ergin olmasından başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Maddede belirtilen süreler geçtiği hâlde gecikmeyi haklı kılan sebep varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.

3. Çocuğun Babası Haricindeki Kişinin Nüfus Siciline Kaydedilmesi

Bazı durumlarda çocuğun biyolojik babasından başka bir kişinin nüfus siciline kaydedilmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde çocuğun nüfus sicili anne bakımından biyolojik annesine kayıtlı, baba bakımından ise biyolojik baba üzerine kayıtlı değildir. Bu durum sınırlı hallerde meydana gelebilir. Evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra doğan bir çocuğun eski evlilikteki kocanın nüfus siciline kaydedilmesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir. Burada açılacak dava, soybağının reddi davası değil, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır[50]. Zira bu halde çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı kişi arasında babalık karinesi mevcut değildir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; çocuğun babası ile soybağı ilişkisinin sona erdirilmesi Türk Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde soybağının reddi davası yolu ile yapılır ve bu davayı açacak kişiler ise Türk Medeni Kanunumuzda sınırlı olarak belirtilmiştir[51]. Ancak açıklamaya çalıştığımız ihtimalde çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı kişi arasında gerçek anlamda bir soybağı ilişkisinin bulunmaması ve buna dayalı olarak babalık karinesinin kurulmaması, sadece nüfus sicilinde meydana gelen bir yanlışlık sebebi ile yaratılan gerçeğe uygun olmayan fiili durumun sona erdirilmek istenmesi söz konusudur. Bu durumda açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının çocuğun anne ve babası ile arasındaki soybağı ilişkisini ne şekilde etkileyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

---

48 **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Aile, s. 140.

49 **HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK**, Aile, s. 140.

50 **ACABEY**, s. 119.

51 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışmamızın III, A, 2 başlıklı bölümü.

1. Anne Yönünden Soybağına Etkisi

Çocuğun biyolojik babasından başka bir kişinin nüfus siciline kaydedilmesi halinde açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuğun anne yönünden soybağı ilişkisinde bir değişiklik meydana getirmez.Zira bu durumda çocuğun nüfus sicilinde anne olarak kayıtlı kişi, çocuğun biyolojik annesi olup; sadece nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı kişide yanlışlık söz konusudur. Çocuğun nüfus sicilinde baba kaydında yapılacak bir değişiklik ise, çocuğun anne yönünden soybağı ilişkisini etkilemez. Bunun sebebini ise anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin doğum yolu ile kurulması ve ihtimalimizde anne ile çocuk arasında kurulan soybağında bir değişiklik yaratacak fiili bir olgunun bulunmaması oluşturur.

2. Baba Yönünden Soybağına Etkisi

Çocuğun biyolojik babasından başka bir kişinin nüfus siciline kaydedilmesi halinde açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuğun baba yönünden gerçek soybağından farklı bir soybağı ilişkisini gösteren sicilin düzeltilmesi sağlanır. Böylelikle nüfus sicilinin düzeltilmesi davası yolu ile şeklen yanlış görünen nüfus sicili düzeltilir. Açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davasında çocuğun kayden yapılan bir yanlışlık sonucunda biyolojik babası haricindeki kişinin nüfus siciline kaydedildiği, çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kaydedilen kişi arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığı ve bu sebeple babalık karinesinin kurulmadığı olgularının ispatlanması gerekir. İspat konusunda tanık beyanları yanında DNA testi gibi ispat vasıtalarından da yararlanılabilir. Belirtilen olguların ispatlanması sonucunda çocuk ile nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunduğu kişi arasındaki şeklen görünen soybağı ilişkisi sona erer, bu yöndeki nüfus kaydı silinir. Ayrıca biyolojik babanın varlığı halinde ise çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı ilişkisinin TMK m. 282'de belirtilen yollardan birisi ile kurulması gerekir[52]. Çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasının ardından çocuk biyolojik babasının nüfus siciline kaydedilir.

III. Nüfus Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Miras Hukukuna Etkisi

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının miras hukuku açısından da önemli etkileri bulunur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda nüfus siciline yanlış kaydedilen kişinin nüfus kütüğü düzeltilir ve çocuğun biyolojik anne ve/veya babası ile arasındaki soybağı ilişkisi nüfus siciline yansıtılır. Bu nedenle çocuğun, biyolojik anne ve/veya biyolojik babasının yasal mirasçısı sıfatı sicilde de oluşur. Aynı zamanda bu dava ile birlikte çocuk ile nüfus sicilinde anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunduğu kişiler arasındaki şeklen görünen soybağı ilişkisi sona erer ve böylelikle görünürde yasal mirasçı olan çocuk bu sıfatını kaybeder. Nü-

52 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışmamızın III, A, 2'de yer alan açıklamalar ve dipn. 40

fus sicilindeki yanlış kaydın henüz düzeltilmediği esnada çocuğun nüfusta anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunduğu kişilerden mirasın paylaşılması sonucunda yasal mirasçı sıfatı ile miras payı alması durumunda, kaydın düzeltilmesi davasının sonucunda nüfusta kayıtlı kişiler ile çocuk arasında şeklen görünen soybağı ilişkisi sona ereceğinden çocuğa miras payının iadesi için dava açılabilir.Bu davayı nüfusta anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunan kişilerin gerçek mirasçıları açabilir. Bu aşamada henüz miras paylaşılmamışsa, çocuk henüz yasal mirasçı sıfatı ile miras payını almadığı için görünüşteki mirasçı sıfatını kaybeder, birden fazla mirasçının bulunması durumunda ise şeklen içinde bulunduğu miras ortaklığından çıkar. Çocuğun biyolojik annesi ve/veya biyolojik babasının nüfus sicilinin düzeltilmesi davasından önce ölmesi ve mirasın paylaşılması durumunda, nüfus sicilinde kaydı düzelen çocuk veya çocuğun mirasçıları, biyolojik anne ve/veya babanın mirasçılarına karşı açacağı bir dava ile kendisine düşen yasal miras payının iadesini talep edebilir. Mirasın henüz paylaşılmadığı esnada ise çocuk, biyolojik anne ve/veya babasının yasal mirasçısı sıfatı ile miras ortaklığına dahil olur.

Ele alınması gereken asıl önemli mesele gerçeğe uygun olmayan fiili durum sebebi ile alınan miras payının sonradan düzelen nüfus sicili karşısında iadesinin hangi hukuki sebebe dayalı olarak yapılacağıdır. Miras payının iadesi amacı ile açılacak dava külli halef mirasçıların miras hakkını koruyan miras hukukuna özgü bir dava olan[53]miras sebebiyle istihkak davasıdır[54]. Elbetteki bu davanın TMK m. 639'da öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde açılması gerekir[55].

IV. Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricideki Kişilerin Nüfusuna Kaydedilmesi Halinde Açılan Nüfus Sicilinin Düzeltilmesi Davasının Tarafları

Genel olarak nüfus sicilinin düzeltilmesi davası Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından yerleşim yerindeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Nüfus sicilinin düzeltilmesi davası Cumhuriyet savcısı

---

53 Bu ifade,**SEROZAN** Rona/**ENGİN** Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2015, s. 598'den alınmıştır.

54 Miras sebebiyle istihkak davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 657 vd.; **DURAL** Mustafa/**ÖZ** Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 440 vd.; **İMRE** Zahit/**ERMAN** Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 410 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, s. 598 vd.; **AKBIYIK** Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, s. 5 vd.

55 Türk Medeni Kanunu'nun 639. maddesi uyarınca; "*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.*"

ve nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.

Çocuğun anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi halinde nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları, nüfusa yanlış kaydedilen çocuk veya mirasçıları, biyolojik anne ve/veya baba veya bu kişilerin mirasçıları, nüfusta anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunan kişiler veya bunların mirasçıları tarafından açılabilir. Davalı tarafında ise Nüfus Müdürlüğü, nüfusta anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunan kişiler ile onların mirasçıları, biyolojik anne ve/veya biyolojik baba veya onların mirasçıları, nüfusa yanlış kaydedilen çocuk veya mirasçıları olabilir.

Uygulamada karşımıza çıkabilecek ihtimallerden birisini, çocuğun nüfus sicilinde kaydedildiği anne ve/veya babası haricindeki kişilerin mirasçıları tarafından açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası oluşturur. Çocuğun anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi hiç şüphesiz ki bu kişilerin yakınlarının menfaatlerini zedeler. Özellikle sicilde çocuğun anne ve/veya babası olarak gözükmesine rağmen gerçekte çocuğun anne ve/veya babası olmayan kişilerin mirasçıları bu durum sebebi ile zarar görür. İşte bu hallerde nüfusta kayıtlı görünen ancak gerçek anne ve/veya baba sıfatını haiz olmayan kişilerin mirasçıları çocuğa ve gerçek anne ve/veya gerçek babaya karşı nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açabilirler.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin E. 2014/10730, K. 2014/15092 sayılı, 28.10.2014 tarihli kararı bahsettiğimiz örneğe ilişkindir[56]. Yargıtay'ın vermiş olduğu

---

56 Karara göre; "*Dava dilekçesinde, davalı Haydar'ın nüfus kaydının iptali ile nüfus kaydının, baba hanesine gerçek babası olan davalı Ali Dursun, anne hanesine gerçek annesi olan davalı Gülendem yazılarak düzeltilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.....Davacı vekili dava dilekçesinde, davalılardan Ali Dursun ile Gülendem'in gayriresmi birlikteliklerinden davalı Haydar'ın dünyaya geldiğini, ancak nüfusta davacının babası Haydo ve davacının annesi Yeter'den doğmuş gibi kaydedildiğini, öz kardeşi gibi görünen Haydar'ın aslında yeğeni olduğunu, miras hukukunu ilgilendirdiğinden bahisle davalı Haydar'ın nüfus kaydındaki anne ve baba adının düzeltilmesine karar verilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.*

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 35. maddesine göre "... Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiç bir kaydı düzeltilemez kayıtların anlamı ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz." Aynı Yasanın 36. maddesinde ise "Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde açılır." hükmü yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Yasasının 33. maddesine (HUMK.76 m.) göre; Hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular. Maddi olayı açıklamak taraflara hukuki niteleme ise hakime ait olup somut olayda istem gerçeği yansıtmayan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olduğundan ve Türk Medeni Yasası'nın 291. maddesinde belirtilen soybağının reddi ile bir ilgisi bulunmadığından, davacının mevcut nüfus kaydı sebebiyle mirasçılıktan kaynaklanan hakları zedeleneceğinden böyle bir davayı açmaya hakkı bulunmaktadır. Ancak eldeki davada miras hukukundan doğan hakları etkilenecek diğer mirasçıların tespit edilip davaya dahil edilmesi ile tarafların kabulleri ve tanık beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor da gözetilerek karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir."

kararda, davalı çocuğun diğer davalılar olan biyolojik anne ve biyolojik babası dışında kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi ve nüfus sicilinde anne ve baba olarak kayıtlı bulunan kişilerin mirasçısı olan oğullarının nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açtığı görülmektedir. Bu örnekte davacı tarafında nüfus sicilinin düzeltilmesinde menfaati bulunan nüfus sicilinde anne ve baba olarak kayıtlı bulunduğu kişilerin mirasçısı, davalı tarafında ise nüfus siciline yanlış olarak kaydedilen çocuk ile biyolojik anne ve babası yer almaktadır. Bu davanın sonucunda nüfus sicili düzeltilerek çocuk biyolojik anne ve babasının nüfus siciline kaydedilir.

Bazı hallerde ise nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sicilde yanlış kaydedilen çocuk veya çocuğun mirasçıları tarafından açılabilir. Bu durumun çoklukla sebebi çocuğun biyolojik anne ve/veya babasından miras payı almak istemesidir. Yargıtay'ın bu ihtimal dahilinde gerçekleşen bir olayda verdiği karar şu şekildedir: "....*Dava, nüfus kaydının düzeltilmesine dayalıdır. Davacı Hasan ve Safiye'den değil, Ömer ve Emine'den olma olduğunu baba ve anne adının düzeltilmesini istemiştir. O halde davacıya, yanlışlığın nüfus kaydından mı, yoksa yazım nedeniyle mi olduğunu açıklattırmak, Ömer ve Emine sağ iseler bunları, değillerse mirasçılarını, mirasçılarda yoksa son mirasçı olarak Hazineyi davaya dahil etmek, varsa gösterecekleri delilleri toplamak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile ve yazılı gerekçelerle davanın reddi bozmayı gerektirmiştir"*[57].

[57] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2002/3487, K. 2002/4175, T. 25.03.2002 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası.

SONUÇ

Çocuğun anne ve/veya babası haricindeki kişilerin nüfus siciline kaydedilmesi halinde çocuk ile nüfus sicilinde anne ve/veya baba olarak kayıtlı bulunan kişiler arasında soybağı ilişkisi kurulur. Ancak nüfus sicilindeki yanlış kayıt sebebi ile oluşan bu fiili durum gerçek duruma uymaz ve böylelikle gerçeğe uymayan bir fiili durum yaratılmış olur. Bu fiili durumun düzeltilmesi ve çocuğun biyolojik anne ve/veya babası ile arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması ise bir çok halde arzu edilir. Nüfus sicilindeki yanlış kaydın düzeltilebilmesi için açılması gereken dava ise nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır.

Çocuğun hem biyolojik annesi ve hem de biyolojik babası bakımından nüfus siciline yanlış kaydedilmesi ihtimalinde, çocuğun biyolojik anne ve biyolojik babası ile soybağının kurulması anne ve baba bakımından farklılık arz eder. Çocuğun biyolojik annesi ile soybağının kurulması nüfus sicilinin düzeltilmesi davası yoluyla olur. Oysaki çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağının kurulması için ise TMK m. 282'de belirtilen yollardan birinin bulunması gerekir. Bunlar ise anne ile evlilik, tanıma ve babalık davasıdır. Bu sebeple çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi tesis edilirken soybağı hükümlerinin uygulanması ve bu konuda aile mahkemelerinin yetkili olması gerekir. Halbuki nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuğun hem biyolojik annesi hem de biyolojik babası ile aynı zamanda soybağı ilişkisinin kurulması usul ekonomisi bakımından daha uygun ve pratik bir yoldur. Ancak kanaatimizce bu yolu; TMK'nın baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması yollarını düzenleyen 282. maddesi kapamaktadır. Zira TMK 282. maddesi,baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını, anne ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasından farklı olarak ve sadece maddede belirtilen yollarla sınırlı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle; çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı ilişkisinin TMK m. 282'de belirtilen yollardan birisi ile kurulması Medeni Kanunumuzun soybağı hükümlerine daha uygun düşer.

Çocuğun biyolojik annesinden farklı bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi ihtimalinde açılan nüfus sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda çocuğun biyolojik annesi ile soybağı ilişkisi kurularak biyolojik annesinin nüfus siciline kaydı yapılır. Çocuk ile biyolojik annesi arasında kurulan soybağının, çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisine yapacağı etki önemlidir. Zira bu durumda çocuk evlilik içi doğmuş olmayacak ve baba ile soybağını kuran hallerden anne ile evlilik seçeneği söz konusu olmayacaktır. Bunun sonucunda çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi sona erecektir. Ancak kanaatimizce burada Aile Hukukunun en önemli ilkelerinden birisi olan çocuğun menfaatinin üstün tutulması ve çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin muhafaza edilmesi gerekir. Bu gibi hallerde çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi; evlilik içi çocuk statüsündeyken "*tanıma*" ile kurulmuş soybağı statüsüne dönmelidir. Biyolojik babanın çocuk ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığını iddia etmesi ise kanaatimizce hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır.

Bazı durumlarda çocuğun biyolojik babasından başka bir kişinin nüfus siciline kaydedilmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde çocuğun nüfus sicili anne bakımından biyolojik annesine kayıtlı, baba bakımından ise biyolojik baba üzerine kayıtlı değildir. Bu durum sınırlı hallerde meydana gelebilir. Evliliğin sona ermesinden itibaren 320 gün geçtikten sonra doğan bir çocuğun eski evlilikteki kocanın nüfus siciline kaydedilmesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu halde açılacak nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının, çocuk ile annesi arasındaki soybağı ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bunun sebebini ise anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin doğum yolu ile kurulması ve ihtimalimizde anne ile çocuk arasında kurulan soybağında bir değişiklik yaratacak fiili bir olgunun bulunmaması oluşturur. Ancak bu davanın çocuğun baba yönünden soybağı hükümlerine etkisi olur. Dava sonucunda; çocuğun, nüfus sicilinde baba olarak kayıtlı bulunduğu kişi ile arasındaki soybağı ilişkisi sona erer, bu yöndeki nüfus kaydı silinir. Ayrıca biyolojik babanın varlığı halinde ise çocuk ile biyolojik baba arasındaki soybağı ilişkisinin TMK m. 282'de belirtilen yollardan birisi ile kurulması gerekir. Çocuk ile biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasının ardından çocuk biyolojik babasının nüfus siciline kaydedilir.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının miras hukuku açısından da önemli etkileri bulunur. Gerçeğe uygun olmayan fiili durum sebebi ile alınan miras payının sonradan düzelen nüfus sicili karşısında iadesinin hangi hukuki sebebe dayalı olarak yapılacağı çalışmamız kapsamında değerlendirilmiştir. Kanaatimizce miras payının iadesi amacı ile açılacak dava miras hukukuna özgü bir dava olan miras sebebiyle istihkak davası olmalıdır.

KAYNAKÇA

ACABEY Beşir, Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Kalan Çocuğun Mirasçılığı), İzmir 2002.

AKBIYIK Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003.

AKINTÜRK Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2012.

AKİPEK Jale G./**AKINTÜRK** Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2013.

ARPACI Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.

ATAAY Aytekin, Şahıslar Hukuku (Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar), İstanbul 1969.

AYAN Mehmet/**AYAN** Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2007.

BAYGIN Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.

DURAL Mustafa/**ÖĞÜZ** Tufan/**GÜMÜŞ** Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013.

DURAL Mustafa/**ÖZ** Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2015.

EGGER/ÇERNİS, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin/**ÖZAKMAN** Cumhur/**SARIAL** Enis, Aile Hukuku, İstanbul 1986.

HATEMİ Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK** Burcu, Aile Hukuku, İstanbul 2014 (Kısaltma: Aile).

HATEMİ Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK** Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul 2013.

HEGNAUER Cyril, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, Die Entstehung des Kindverhältnis, Art. 252-269c, 4. Auflage, Bern 1984.

İMRE Zahit/**ERMAN** Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2015.

İNAL Nihat, Nüfus, Babalık, Evlat Edinme, Yabancı Kararların Tenfizi, Velayet, Vesayet Davaları, Ankara 2001.

KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015 (Kısaltma: Aile).

KILIÇOĞLU Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1978.

OĞUZMAN Kemal/**DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OĞUZMAN Kemal/**SELİÇİ** Özer/**OKTAY ÖZDEMİR** Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2014.

ÖZKAN Hasan/**ATAÇ** Kifayet, Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Ankara 2009.

ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004 (Kısaltma: Aile).

ÖZTAN Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1987.

SCHWENZER Ingeborg, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 4. Auf., Basel 2010.

SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2000 (Kısaltma: Çocuk).

SEROZAN Rona, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.

SEROZAN Rona/**ENGİN** Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2015.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.

ZEVKLİLER Aydın/**ACABEY** Beşir/**GÖKYAYLA** Emre, Zevkliler Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 2000.

İŞVEREN SORUMLULUK SİGORTASI

(Employer's Liability Insurance)

Fatih ÖLMEZ*

ÖZET

İş kazası ya da meslek hastalığı sonucu ortaya çıkan zararlar sosyal sigorta kapsamında olduğundan, bu zarar Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılanacaktır. Fakat sosyal sigorta teminat limitleri, meydana gelen kaza sonucundaki zararları tam olarak karşılamaktan uzaktır. Bu durumda zarara uğrayan işçinin, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aldığı tazminatı aşan zararları için işverenden tazminat talep etme hakkı devam eder. Ayrıca SGK da şartları gerçekleştiğinde, işçiye ödediği tazminat sebebiyle işverene rücu edebilir.

İşçinin uğradığı zarar sonucunda SGK'nın tazmin ettiği kısmın sınırlı olması, kalan kısımdan işverenin sorumlu olması ve SGK'nın işverene rücu etme ihtimali, işverenlere bu sorumluklarını sigorta ettirme ihtiyacını doğurmuştur. Böylece işveren sorumluk sigortası ortaya çıkmıştır.

Anahtar kelimeler: İşveren sorumluluk sigortası, iş kazası, meslek hastalığı, rücu.

Abstract

The damages resulting from occupational accidents or diseases are in the scope of social insurance. For this reason, the damages will be compensated within the framework of Social Security and General Health Insurance Code. However; social insurance coverage limits are far from meeting the accident damages that occurred. In this case, the injured worker's right continues to demand compensation from employer for the damages, which exceed the limits of the compensation provided by the Social Security Agency. Moreover; when the circumstances allow, Social Security Agency can recourse to the employer because of the compensation paid to workers.

The need for making employers insure their responsibilities arose for some reasons. The first one is that; Social Security Agency provides just a limited part of the compensation of the worker's damage. Then, employers become responsible to sustain the rest of the compensation for worker's damage. Moreover, Social Security Agency can have the right to recourse to the employer's when the circumstances allow. Thus; employer liability insurance emerged.

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Keywords: Occupational accidents or diseases, liability insurance, Social Security Agency.

GİRİŞ

İşçinin iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına yakalanması sosyal sigorta kapsamında olduğundan, işverenin kuruma ödediği primler bağlamında bu zarar Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılanacaktır. Ancak sosyal sigorta teminat limitleri meydana gelen kaza sonucundaki zararları tam olarak karşılamaktan uzaktır[1]. Bu durumda zarara uğrayan işçinin, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aldığı tazminatı aşan zararları için işverenden tazminat talep etme hakkı devam eder. Ayrıca SGK da şartları gerçekleştiğinde, işçiye ödediği tazminat sebebiyle işverene rücu edebilecektir.

İşverenin işçiye karşı olan tazminat sorumluluğu ve SGK'nın işverene rücu etmesi durumu, meydana gelen iş kazasının bir işyerinde birden çok işçinin ölüm veya sakat kalmasına yol açacak kadar büyük olması halinde, tazminat miktarının büyüklüğü sebebiyle bazı işverenler için mali yıkıntıya sebep olacak boyutlara varabilir[2].

İşçinin uğradığı zarar sonucunda SGK'nın tazmin ettiği kısmın sınırlı olması, kalan kısımdan işverenin sorumlu olması ve SGK'nın işverene rücu etme ihtimali, işverenlere bu sorumluklarını sigorta ettirme ihtiyacını doğurmuştur. Böylece işveren sorumluk sigortası ortaya çıkmıştır.

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin malvarlığının, sigortacı tarafından, prim karşılığında sorumluluğun ekonomik sonuçlarına karşı sigorta güvencesi altına alınmasını öngören bir sözleşmedir[3]. Sorumluluk sigortasında sigorta ettiren, malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir eksilmeye karşı kendisini güvence altına alır[4]. Sorumluluk sigortası, ihtiyacın karşılanması kriteri açısından yapılan ayrımda zarar sigortalarından pasif sigortasının içinde, rizikonun konusu bakımından yapılan ayrımda malvarlığı sigortalarının içinde yer almaktadır[5]. Sorumluluk sigortaları kendi içinde ise zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır.

İşveren sorumluluk sigortası genel şartlarında sigorta teminatının kapsamı, te-

---

1 Muzaffer Aktaş, "**İşveren Sorumluluk Sigortası", Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri**, İstanbul, 1977, s. 109.

2 Aktaş, s. 115.

3 Samim Ünan, **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, Beta, İstanbul, 1998, s. 8; Merih Kemal Omağ, "TTK ile 1992 Tarihli Belçika Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları, Sigorta Hukuku Dergisi, 1997, S. 1, s.71.

4 Bozer, **Sigorta Hukuku**, s. 119.

5 Ünan, **İsteğe Bağlı Sorumluluk Sigortasında Riziko, s. 13; Mertol Can, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, t.y., s. 9.

minat dışında kalan haller, sigorta ettirenin sözleşmenin kuruluşunda, devamında ve riziko gerçekleştiğinde ortaya çıkan ihbar yükümlülükleri ile zarar ve tazminat sonuçları gibi konular düzenlenmiştir.

1. İşveren Sorumluluk Sigortasının Kapsamı - Sigorta Edilen Riziko

1.1. Genel Olarak

İşveren sorumluluk sigortası genel şartlarının 1. maddesi şu şekildedir[6]:

"Bu poliçe, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk nedeniyle işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işçiler veya bunların hak sahipleri tarafından işverenden talep edilecek ve Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile yine aynı Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarlarını, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder.

Sigortacı ayrıca bu sigorta ile ilgili olarak bir dava açılması halinde hükmolunan mahkeme masrafları ile avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse sigortacı, avukatlık ücreti dahil dava masraflarına, ancak sigorta bedeli nisbetinde iştirak eder."

Maddede de görüldüğü gibi sigorta kapsamına sınırlamalar getirilmiştir. İşveren sorumluluk sigortasının kapsamı, iş kazası sonucu SGK'nın sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile SGK'nın rücu etmesi sonucu talep edilen tazminat miktarı ve dava masrafları ile avukatlık ücretidir.

Riziko, genel olarak ilerde gerçekleşmesi muhtemel ve zarar veya başkaca uygun olmayan bir hal doğuran, geleceğe ait bir olaydır[7]. İşveren sorumluluk sigortasında riziko ise iş kazası sonucu SGK'nın sağladığı yardımları aşan bir zararın bulunması ve bu zararın tazminin işverenden talep edilmesi ile SGK'nın işçi veya işçinin hak sahiplerine ödeme yaptıktan sonra işverene rücu etme ihtimalidir. Hemen belirtmek gerekir ki, meslek hastalıkları sonucunda ortaya çıkan tazminat talepleri ile manevi tazminat talepleri, işveren sorumluluk sigortasının teminat kapsamına kural olarak

---

6 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesine göre "Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir". Maddeye göre genel şartlar için Hazine Müsteşarlığı'nın onayı gereklidir. Burada genel şartların kim tarafından çıkarılacağı düzenlenmemiş olmasına rağmen uygulamada Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenmektedir. Bkz. Rayegan Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, On İki Levha, 12. Baskı, İstanbul, 2013, s.71.

7 Tekin Memiş, **Yangın Sigortasında Riziko**, Seçkin, Ankara, 2001, s.21; Kender, Sigorta Hukuku, s. 286; Merih Kemal Omağ, **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu,** Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985, s.9.

girmemektedir. Bunlar, genel şartların 2. maddesine göre, sözleşmede ayrıca belirtilmek suretiyle teminat kapsamına dahil edilebilirler.

1.2. İş Kazası Sonucu SGK'nın Yaptığı Yardımları Aşan Zararlar

İş kazası veya meslek hastalığında işçinin zararı prensip itibariyle Sosyal Sigorta ödenek ve yardımları ile karşılanmak gerekir. Fakat Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, işçinin bütün zararının sosyal sigorta ödenek ve yardımı ile karşılanmasına imkan vermemekte, çok kere işçinin sosyal sigorta ile karşılanmayan zararı kalmaktadır[8].

Genel şartlarda belirtildiği üzere "*Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağladığı yardımların üstündeki"* tazminat miktarı teminat kapsamındadır. TTK'nın sorumluluk sigortalarına ilişkin 1484. maddesi de aynı yöndedir. TTK. m. 1484'e göre "*Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.*"

İşveren sorumluluk sigortası da, iş kazası nedeniyle ortaya çıkan tüm zararları kayıtsız şartsız karşılamamaktadır. Bu itibarla, bu sigortaya rağmen, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işverenden aldığı primler karşılığında iş kazalarından dolayı hak sahiplerine karşı olan sorumluluğu devam etmektedir. Bu kapsamda, iş kazası nedeniyle doğan zararlardan, ilk veya son olarak SGK üzerinde kalması gerekenler, İşveren Sorumluluk Sigortası teminatı kapsamında değildir[9].

Sigorta edilen sorumluluk, iş kazası nedeniyle, işçi ve onun hak sahipleri tarafından talep edilecek tazminatların nihai olarak işveren üzerinde kalacak olan kısmıdır[10]. İşverenin işçiye karşı sorumluluğu, işçinin sosyal sigorta tarafından karşılanmayan zararlarına münhasırdır[11].

1.3. SGK'nın İşverene Rücu Etmesi

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre sigorta teminatı kapsamındaki ikinci hal, SGK tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı açılan rücu davaları sonunda ödenecek tazminattır.

SGK'nın işverene rücu etmesinin şartları Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Si-

---

8 Kemal Oğuzman, "İşverenin Hukuki Mesuliyeti ve Bu Mesuliyetin Sigorta Edilmesi", T**eori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri**, İstanbul, 1977, s. 96.

9 İnan Deniz Dinç, "**Türk Hukukunda İşveren Sorumluluk Sigortasında Riziko ve Teminatın Kapsamı", Ergon Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, 2007, s. 473.

10 Rayegan Kender, "İşveren Sorumluluk Sigortasında Akit Öncesi İhbar Görevi", **Vecdi Aral'a Armağan**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001, s. 430.

11 Oğuzman, s. 96.

gortası Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1.fıkrasına göre, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. 21. maddenin 2. fıkrasına göre ise, iş kazası veya meslek hastalığı, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

Maddede de görüldüğü üzere SGK'nın işverene rücu edebilmesi için iş kazasının, işverenin kastı ya da iş güvenliği mevzuatına aykırı bir halin bulunması gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, işverenin kasıtlı davranışı sonucu meydana gelen iş kazasından doğan sorumluluk, genel şartlara göre sigorta teminatının kapsamına dahil değildir (İSSGŞ m. 3/a). Aynı şekilde emredici olarak düzenlenmiş TTK. 1429 hükmüne göre de *"Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez." Yine sorumluluk sigortalarına ilişkin kasten neden olma başlıklı 1477. maddeye göre: "Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz."*

Kurumun rücu hakkı, miktar bakımından, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı ile sınırlıdır. Kurum tarafından bu kapsam dışında yapılan yardımlar işverene rücu edilemeyeceğinden, iş kazasının meydana geliş şeklinin araştırılması ile ilgili müfettiş ve araştırma giderleri gibi masraflar işverenden talep edilemeyecek, dolayısıyla sigortanın kapsamı dışında olacaktır[12].

1.4. Dava Masrafları ve Avukatlık Ücreti

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 1'e göre, sigortacı ayrıca, bu sigorta ile ilgili olarak bir dava açılması halinde hükmolunan mahkeme masrafları ile avukatlık ücretlerini de ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse sigortacı, avukatlık ücreti dahil dava masraflarına, ancak sigorta bedeli nisbetinde iştirak eder.

TTK'nın sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümleri arasında yer alan *"Hukuki*

---

12 Dinç, s. 475.

Koruma" başlıklı 1474. maddesine göre de, *" (1) Sigortalı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde, isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanır; sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için sözleşmede hüküm bulunmalıdır. (2) Sigortacı, sigortalının istemi üzerine, giderler için avans vermek zorundadır."* Kanun gerekçesine göre bu madde ile getirilen düzenleme, mal sigortalarında söz konusu olan zararı önleme azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısıdır. Zira sigortalının kendi haklarını korumak için yapmış olduğu girişimler sigortacının ödeyeceği tazminat miktarına da etki edecektir. Bu nedenle yapılan masrafların sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilmiştir. Ancak, mal sigortalarındaki zararı önleme ve azaltma yükümlülüğünden farklı olarak, yapılan masrafların sigorta teminatını aşması halinde karşılanabilmesi sözleşmede hüküm bulunmasına bağlanmıştır. Zira hakkı koruyucu işlemlerden doğan masraflar büyük meblağlara ulaşabilmektedir. Kanun gereği bu masrafların doğrudan doğruya sigortacıya yükletilmesi ise, sigortacıyı önceden sınırlarını tahmin edemediği bir teminatla karşı karşıya bırakmak demektir. Doğal olarak bu durum da prim hesaplamalarında zorluklara neden olur.

TTK. m. 1474 gereği karşılanacak bu giderlerin mâkul, yani kabul edilebilir miktarda olması da aynı düzenlemenin gereğidir. Sigortacı bu konuda yapılan aşırı ve gereksiz giderleri karşılamakla yükümlü değildir[13].

2. Sigorta Bedeli – Teminat Limiti

Sorumluluk sigortasında, zorunlu olmamakla birlikte, sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutar belirtilerek korumanın kapsamı daraltılır. Bu uygulama rizikonun hesaplanabilir ve sigortalanabilir olmasını sağlamak açısından olduğu kadar, reasürans kuvertürünü kolaylaştırmak açısından da gerekli görülmektedir[14].

İşveren sorumluluk sigortasında limitler, kaza başına ya da kişi başına göre tespit edilmektedir[15]. Kaza başına teminat limitinin tespitinde esas olan unsur, bir kazada en çok ne kadar bir zarar olabileceği ihtimalidir. Ancak uygulamada genellikle kaza başına teminat meblağı kişi başına teminat meblağının 3 veya 4 misli olarak tespit edilmektedir[16].

Sigortacı, sigortalı işverenin iş kazasına uğrayan işçisine ödeyeceği tazminatı poliçede gösterilen limite kadar öder. Eğer işçi tarafından daha büyük bir tazminat talep edilmiş ve mahkeme de işvereni bu yolda bir tazminat ödemeye mahkum etmişse,

---

13 Işıl Ulaş, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku: Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 775.

14 Ünan, **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, s. 105.

15 Alaattin Büyükkaya, "İşveren Sorumluluk Sigortasının Mahiyeti", **Sigorta Dünyası**, C. 20, S. 230, 1979, s. 31.

16 Aktaş, s. 118.

sigortacı bu tazminatı ancak poliçede ödemeyi taahhüt ettiği miktara kadar öder ve bunun üzerinde kalan meblağ da bizzat işveren tarafından tazmin edilir[17].

3. Teminat Dışında Kalan Haller

3.1. Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 2. maddesinde aksine sözleşme yoksa sigorta teminatının dışında kalan haller sayılmıştır. Yani maddede sayılan haller kural olarak teminat dışındadır fakat bunlar sigortacı ile sigorta ettirenin anlaşması sonucu teminat kapsamına alınabilirler.

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 2. maddesine göre, aksine sözleşme yoksa teminat kapsamı dışında kalan haller şunlardır:

1- İşçilerin, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak getirilip götürülmeleri sırasında,

2- İşçilerin, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen iş kazaları,

3- Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında meydana gelen iş kazaları,

4- Meslek hastalıkları sonucunda vaki olacak tazminat talepleri,

5- Manevi tazminat talepleri.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 13/1, c ve e bendine göre, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda ve sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında meydana gelen kazalar da iş kazası sayılmasına rağmen, bu kazalardan doğan sorumluluk işveren sorumluluk sigortasının normal kapsamına alınmamıştır. Bu şekilde meydana gelecek iş kazasının da işveren sorumluluk sigortası kapsamına alınması için sözleşmede bunun kararlaştırılması gerekir.

Mağdura manevi tazminat olarak ödenen para; onun parasal bir zararını karşılamayıp, sadece bu paranın mağdurun duyduğu acı, elem ve ızdırabı telafi edeceği düşünülür[18]. Bir çok halde, mağdura ödenen paranın, onun gerçek zararını karşılayıp karşılamadığını tespit etmek de imkansızdır. Ayrıca her ne kadar kanunda bazı kriterler sevkedilmişse de; yargısal değerlendirmelerde en fazla sübjektiflik, manevi tazminat taleplerinde yaşanır. Bu sebeplerle manevi tazminat talepleri bakımından risk hesabı yapmada çeşitli güçlükler bulunmaktadır[19]. Bu yüzden de her sigortacının manevi tazminat talepleri için sigorta himayesi vermeyi tercih etmeyeceği düşünül-

---

17 Aktaş, s. 118.

18 Can, s. 29.

19 Can, s. 30.

müş ve genel şartlarda aksi kararlaştırılmadıkça sigortacının manevi tazminat taleplerinden sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır[20].

Bu sınırlamaların bazılarının geçerli olmasını istemeyen sigorta ettirenlerin mutlaka sigortacıyla yapılan görüşmede bunu yerine getirecek şekilde poliçenin düzenlenmesini sağlaması gerekir. Aksi taktirde, sigortacının sorumluluğu genel şartlardaki bu sınırlamalar dikkate alınarak tayin edilir[21].

3.2. Mutlak Olarak Teminat Dışında Kalan Haller

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 3. maddesinde mutlak olarak sigorta teminat kapsamında olmayan haller belirtilmiştir. Bu halleri sigorta ettiren ile sigortacı anlaşarak dahi sigorta kapsamına alamazlar. Genel şartların 3. maddesine göre şu haller mutlak olarak teminat kapsamı dışında yer almaktadır:

a) Kasden ika olunan veya bilerek sebebiyet verilen olaylar sonucu doğacak zarar ve ziyan talepleri,

b) Bir mukavelenin ifasına veyahut hususi bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının kanuni sorumluluk ölçüsünü aşan talepler,

c) Harp, her türlü harp olayları, istila, yabancı düşman hareketleri, çarpışma (harp ilan edilmiş olsun, olmasın) iç harp, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler sebebiyle meydana gelen bütün ziya ve hasarlar,

d) İşverenin iştigal konusu dışında kalmak şartı ile, herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer artıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden husule gelen iyonlayıcı radyasyonların veya radyoaktivite bulaşmalarının ve işverenin iştigal konusu içinde olsun veya olmasın bunların getirdiği askeri ve inzibati tedbirlerin sebep olduğu bütün ziya ve hasarlar bu bentte geçen yanma deyimi kendi kendini idame ettiren herhangi bir nükleer ayrışım "fission" olayını kapsayacaktır.

e) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj ile bunları önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucunda meydan gelen zararlar.

Savaş halleri, nükleer olaylar ve kasten gerçekleştirilen eylemler nedeniyle oluşan rizikolar tüm sigorta türlerinde teminat dışında bırakılan rizikolardır[22]. Savaş ve benzeri politik rizikolar riskin büyüklüğünün tespitindeki imkansızlık ve rizikonun belirsizliği ilkesine aykırı bir ortam yaratması nedeniyle, sigortacılar tarafından teminat verilmeyen hallerdir[23].

---

20 Can, s. 30.

21 Can, s. 23.

22 Dinç, s. 477.

23 Dinç, s. 477.

Genel şartlar m. 3'de, teminat dışında bırakılan bir diğer hal de, işverenin kanuni sorumluluk ölçülerinin üstünde kalan zararları bir sözleşme nedeniyle tazmin etmesidir. Örneğin, işverenin bir toplu veya bireysel iş sözleşmesi ile, meydana gelecek bir iş kazası nedeniyle genel hükümlere göre üzerine düşen yükümlülüklerden daha fazlasını üstlenmiş olması halinde, bu yükümlülükleri aşan talepler sigorta kapsamında olmayacaktır[24].

İşverenin kasıtlı davranışı sonucu meydana gelen iş kazasından doğan sorumluluk, genel şartlara göre sigorta teminatının kapsamına dahil değildir (İSSGŞ m. 3/a). Aynı şekilde emredici olarak düzenlenmiş TTK. 1429 hükmüne göre de *"Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez."*

İlaveten, herhangi bir nükleer olay sonucu meydana gelen iş kazalarının teminat dışında kalması için, genel şartlarda da açıkça belirtildiği üzere, nükleer olayın işverenin iştigal konusu dışında olması gerekir. İşveren nükleer faaliyetlerle iştigal ediyorsa meydana gelen kaza sigorta teminatı kapsamındadır.

Burada son olarak genel şartların tazminat miktarının tespiti başlıklı 9. maddesinde belirtilen teminat dışı hale de değinmek gerekir. Genel şartların 9.maddesinin son iki cümlesine göre: "*Dava masrafları, yukarda 1. madde ile ifade edildiği gibi sigortacıya aittir. Ancak cezai takibatdan doğan diğer bilumum masraflarla muhtemel para cezaları sigorta teminatı dışında kalır."* Genel şartların sistematiğine uygun bir şekilde düzenlenmediğinden, bu istisnanın mutlak olarak sigorta kapsamı dışında mı olduğu yoksa tarafların anlaşmalarıyla sigorta kapsamına alınabilecek hususlardan mı olduğu belirsizlik taşımaktadır. Burada Türk Ticaret Kanunu'nun, *"Geçerli Olmayan Sigorta"* başlıklı 1404. maddesi dikkate alınmalıdır. Söz konusu hükme göre *"Sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz."* Bu sebeple de bu istisnanın aksi kararlaştırılamaz ve cezai takibattan doğan para cezaları sigorta teminatı kapsamına alınamaz. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, sorumluluk sigortalarının, kanun koyucunun müsaade etmediği ve hakkında maddi bir müeyyide öngördüğü bir fiilden doğan zarar dolayısıyla ödemek zorunda kalacağı tazminatın sigortacı tarafından karşılanması hususudur[25]. Yani konumuza göre örnek verecek olursak iş kazasına sebebiyet vermek kanuna göre *"kişilik haklarına aykırı bir fiil"* olarak kabul edilir fakat bundan doğan zarar İşveren Sorumluluk Sigortası yoluyla sigortalanabilmektedir. Bu durumda ana kriter doktrinde *Atabek*'in de belirttiği üzere sigortalanacak hususun kanunen suç

---

24 Dinç, s. 478.

25 Can, s. 30.

olup olmadığı hususu olmalıdır[26]. Yazara göre kasten işlenmeyen ve bilhassa kabahat türünden olan suçlar sebebiyle ortaya çıkacak zararların tazmini sigortalanabilecektir[27]. Ayrıca para cezası bakımından da bir ayrım yapmak gerekirse, kasten işlenmiş bir suça verilen para cezasının sigortalanması mümkün değildir. Fakat kast dışında işlenen suç sonucu verilen para cezaları ile idari para cezaları sigorta teminatı kapsamına alınabilecektir.

4. Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

4.1. Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğü

Bir sigorta sözleşmesinin gerek kurulması, gerek icrası safhalarında, riziko ile prim arasında uygunluk bulunması gerekir[28]. Sözleşme öncesi ihbar görevinin amacı da riziko ile prim arasında dengenin sağlanmasıdır[29]. Bundan ötürü sigorta ettiren tarafından, riziko ile prim arasında dengeyi sağlayacak hususların sigortacıya bildirilmesi gerekir[30].

Türk Ticaret Kanunu'nun 1435. maddesinde sigorta ettirenin sözleşme yapılırken mevcut olan beyan yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır. Bu hüküm gereği sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi yapılırken sigortacı bakımından önemli hususları bildirmekle yükümlüdür.

Sigorta sözleşmesinin kurulması sırasında beyan yükümlülüğüne aykırılık durumunda, sigortacı TTK. m. 1439'da gösterilen haklarını kullanabilir. TTK.'da sözleşme öncesi ihbar görevinin ihlalinde kusur ve nedensellik bağının aranıp aranmayacağı, rizikonun gerçekleşmesinden önce ve rizikonun gerçekleşmesinden sonraki safhalar dikkate alınarak düzenlenmiştir[31]. Cayma sadece riziko gerçekleşmemişse mümkündür. Rizikonun gerçekleşmiş olması halinde ise sigorta tazminatı borcunun

---

26 Reşat Atabek, **Sigorta Hukuku**, İstanbul, 1950, s. 68.

27 Atabek, s. 68.

28 Kender, **Sigorta Hukuku**, s. 209.

29 Fırat Öztan, **Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1966, s. 1; Kender, **Sigorta Hukuku**, s. 213; Zehra Şeker Öğüz, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi**, İstanbul, Filiz, 2010, **a.g.e.**, s. 31.

30 Fatih Ölmez, **Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 90.

31 Şeker-Öğüz, s.124.

tamamen veya kısmen ortadan kalkması hali söz konusudur[32]. İhlalin varlığı rizikonun gerçekleşmesinden önce öğrenilmişse sigorta ettirenin kusuru olmasa dahi TTK. m. 1439/1 gereği cayma hakkı kullanılabilir. Henüz riziko gerçekleşmemiş olduğundan nedensellik bağının bulunması da söz konusu değildir[33]. TTK. m. 1439/2'de rizikonun gerçekleşmesinden sonra kusurun ağırlığına göre ayrıma gidilmiştir. Eğer kusur kast derecesinde ise ve nedensellik bağı da bulunuyorsa sigortacının tazminat ödeme borcu ortadan kalkar. Kast derecesinde kusur bulunmasına rağmen illiyet bağı yoksa, ödenen prim ile ödenmesi gereken prim arasındaki oran dikkate alınarak sigorta tazminatı ödenir. Kusur kast derecesinde değilse, bu ihlal tazminatın miktarına yahut rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihlalin derecesine göre tazminattan indirim yapılır.

4.2. Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Devamı Sırasındaki İhbar Yükümlülüğü

Sigorta sözleşmesinde prim ile sigorta edilen riziko arasında denge sağlanması için sigorta ettirenin akit yapılırken rizikoya etki eden hususları sigortacıya bildirmesi yetmeyip, sigorta süresi içinde rizikoyu ağırlaştıracak bir durumun gerçekleşmesi halinde de, bunun sigorta ettiren tarafından sigortacıya bildirilmesi gerekir[34].

TTK. m. 1444'e göre *"Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasından sonra, sigortacının izni olmadan rizikoyu veya mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunamaz."* Maddenin gerekçesinde de sigortalının, *"sözleşme yapıldıktan sonra şartlarda ve özellikle tehlikenin gerçekleşme ihtimalinde sözleşmeyi etkileyebilecek nitelikte"* değişiklikleri sigortacıya bildirilmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Sigorta sözleşmesinin süresi içerisindeki ihbar görevinin ihlali halinde sigortacının sözleşmeyi feshetme veya prim farkı isteme hakkı vardır. TK. m. 1445'e göre, sigortacı sözleşmenin süresi içinde, rizikonun gerçekleşmesi veya mevcut durumun ağırlaşması ihtimalini ya da sözleşmede riziko ağırlaşması olarak kabul edilebilecek olayların varlığını öğrendiği takdirde, bu tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir veya prim farkı isteyebilir. Farkın on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme feshedilmiş sayılır. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigorta ettirenin ihmali belirlendiği ve değişikliklere ilişkin beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği saptandığı takdirde, söz konusu ihlal tazminat miktarına veya bedele ya da rizikonun gerçekleşmesine etki edebilecek nitelikte ise, ihmalin derecesine göre,

---

32 Samim Ünan, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı", **Sigorta Hukuku Dergisi**, S. 1, 2005, s. 137.

33 Şeker-Öğüz, **a.g.e.**, s.125.

34 Kender, **Sigorta Hukuku**, s. 232; Ali Ayli, *"Türk Sigorta Hukukunda Rizikoyu Ağırlaştırmama Ve Sözleşmenin Süresi İçindeki Riziko Değişikliklerini İhbar Yükümlülükleri",* **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 10, C. 10, S. 2, s. 154.

tazminattan veya bedelden indirim yapılır. Sigorta ettirenin kastı hâlinde ise meydana gelen değişiklik ile gerçekleşen riziko arasında bağlantı varsa, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir; bu durumda sigorta tazminatı veya bedeli ödenmez. Bağlantı yoksa, sigortacı ödenen primle ödenmesi gereken prim arasındaki oranı dikkate alarak sigorta tazminatını veya bedelini öder. Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesinden önce, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasıtlı olarak ihlal ettiğini öğrenince, sözleşmeyi feshetse bile, değişikliğin meydana geldiği sigorta dönemine ait prime hak kazanır[35].

4.3. Zarar Vukuunda Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 8. maddesinde, zarar vukuunda sigorta ettirenin yerine getirmesi gereken yükümlülükler düzenlenmiştir. Buna göre sigorta ettiren, poliçe teminatına girebilecek herhangi bir iş kazası vukuunda aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

a) İşbu sözleşmeye göre, sigorta ettirenin sorumluluğunun mucip olabilecek her hadiseyi, buna muttali olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya yazıyla ihbar etmek,

b) Sigortalı değilmişcesine gerekli kurtarma ve korunma tedbirlerini almak ve bu maksatla sigortacı tarafından verilecek talimata elinden geldiği kadar uymak,

c) Sigortacının talebi üzerine, iş kazasının sebebi ile hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğini ve neticelerini tespite yararlı ve sigortalı için sağlanması mümkün gerekli bilgi ve belgeleri (aslı ve kendisi tarafından tasdikli sureti veyahut fotokopisi) gecikmeksizin vermek ezcümle, hadisenin hangi gün ve saatte ve nerede vaki olduğunu ve rücu hakkının kullanılmasına yararlı sigortalı için sağlanabilecek gerekli bilgi ve belgeleri temin ve muhafaza etmek,

d) İş kazasının sebebi ile hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğini tespit ve sorumluluğun tayini için yapılacak tahkikatta ve delillerin toplanmasında sigortacıya elinden gelen yardımda bulunmak,

e) İş kazasından dolayı, sigorta ettiren dava yolu ile veya sair suretle bir tazminat talebi karşısında kalır veya aleyhine cezai takibata geçilirse, keyfiyetten sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai takibata müteallik olarak almış olduğu ihbarname, davetiye gibi bilcümle tebliğnameleri derhal sigortacıya tevdi etmek.

f) Dava açılması halinde davanın takip ve idaresi için sigortacının göstereceği avukata lazım gelen vekaletnameyi vermek,

g) Tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu haklarının tespiti için sigortacının yetkili kıldığı temsilcilerinin iş kazası sonucundaki zararlarla ilgili belgeler üzerinde yapacaklan araştırma ve incelemelere müsaade etmek,

---

35 Ölmez, s. 95.

h) Sigorta konusu ile ilgili başkaca sigorta sözleşmeleri varsa bunları sigortacıya bildirmek.

i) Sigorta ettiren sigortacının ikame edebileceği davaya yararlı ve elde edilmesi mümkün belge ve bilgileri vermek.

Rizikonun gerçekleştiğini ihbar yükümlülüğü, diğer sigorta dal ve konularında olduğu gibi işveren sorumluluk sigortasında da önemlidir. Rizikonun meydana gelmesinden sonra gecikmeksizin durumdan haberdar edilen sigortacı bu sayede soruşturma ve araştırma için delilleri kaybolmadan toplayıp değerlendirme imkanına sahip olur[36].

Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde TTK. m. 1446/2, 1447/2, 1448/2 hükümleri gereği, ihlal sebebiyle sigortacının ödeyeceği tutar artarsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır.

5. Rizikonun Gerçekleşmesi

Eski TTK döneminde sorumluluk sigortalarında rizikonun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususu tartışmalıydı. Tartışma, riziko zarar doğuran olayın meydana geldiği anda mı gerçekleşmiş olduğu yoksa bu zarar sebebiyle sigortalıdan tazminat talep edildiği anda mı gerçekleşmiş olduğu hususundaydı[37]. Eğer rizikonun gerçekleşme anı sigortalıdan tazminat talep etme anı olarak kabul edilirse, sigorta süresi içerisinde zarar doğuran olay gerçekleşip, sigorta süresi sona erdikten sonra sigortalıdan tazminat talep edilmesi halinde, sigortacı riziko anında sigorta korumasının mevcut olmadığı yönünde savunmada bulunarak zararı ödemeden kaçınma imkanına sahip olacaktır. Yeni TTK ile bu tartışmalar sona ermiştir. Sorumluluk sigortalarına ilişkin 1473. maddenin 1. fıkrasına göre: "*Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve* ***zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu*** *nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder."* Maddeden anlaşıldığı üzere olay sigorta süresi içerisinde gerçekleşmiş olduktan sonra, zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması veya talep edilmesi önemli değildir. Fakat madde emredici değildir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

Konu işveren sorumluluk sigortası bakımından değerlendirildiğinde ise, iş kazası sigorta süresi içerisinde gerçekleştiği taktirde, sigortalının işverenden tazminat talebinin ya da SGK'nın rücu için açtığı dava tarihinin sigorta süresinin sona ermesinden sonra olması sigortacının sorumluluğunu etkilemez.

---

36 Aktaş, s. 120.

37 Tartışmalar hakkında bkz. Oğuzman, s. 140 vd.

6. Tazminatın Ödenmesi

İşçinin, işverene ait işyerinde oluşan *iş kazası* sonucu uğrayacağı *gerçek zarar* miktarı ile bu nedenle yapılan mahkeme ve avukatlık ücretinin toplamı sigortacının sigortalısına ödeyeceği tazminat miktarını oluşturmaktadır[38]. Sorumluluk sigortası bir meblağ sigortası değil, zarar sigortası niteliğinde olduğundan üçüncü kişilerin gerçek zararlarının giderilmesi amacını güder. Dolayısıyla bu tür sigorta poliçelerinde gösterilen meblağlar sigortacının sorumlu olduğu azami miktarı gösterip[39], her halükarda o meblağın ödeneceği anlamına gelmez. Gerçek zarar hesaplanarak ödenir.

Sorumluluk sigortalarına ilişkin TTK. m. 1475'e göre, sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir. Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde 1427. madde uygulanır. TTK. m. 1427, sigorta hukukuna ilişkin genel hükümler içerisinde yer alan ve sigortacının tazminat ödeme borcunu düzenleyen hükümdür. TTK. m. 1427'ye göre, aynen tazmine ilişkin sözleşme yoksa sigorta tazminatı nakden ödenir. Sigorta tazminatı rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde sigortalıya yöneltilen tazminat talebinin sigortacıya bildirilmesinden kırk beş gün sonra muaccel olur. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez. Araştırmalar, sigortacıya yapılan bildirimden başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder. Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.

TTK. m. 1427 hükmü sorumluluk sigortalarına uygulanırken, sorumluluk sigortalarına ilişkin bazı hususların dikkate alınması gerekir. Burada sigorta edilen riziko, meydana gelen iş kazasında oluşan zarar değil bu zarardan dolayı işverenin sorumlu olduğu miktar olduğundan, sigortacının sigorta tazminatını ödeme borcunun muaccel olacağı tarih de sorumluluğun doğduğu an yani mahkeme kararının kesinleştiği ya da tarafların anlaştığı tarih dikkate alarak belirlenmelidir. Bu durumda sigortacının tazminat borcunun muacceliyet tarihi, işçinin veya hak sahiplerinin yada SGK'nın rücuen işverene açtığı dava sonucu kararın kesinleştiği tarih ya da bu kişilerin sigorta şirketinin de onayı ile dava açmadan anlaştıkları tarihtir.

TTK. m. 1484/3'e göre "Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı

---

38 Ulaş, s. 812.

39 Ulaş, s. 779.

ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer." Bu hüküm her ne kadar zorunlu sorumluluk sigortaları başlığı altında düzenlenmiş olsa da, isteğe bağlı sorumluluk sigortası olan işveren sorumluluk sigortası bakımından da uygulanmalıdır. Esasen işveren sorumluluk sigortasında bu hükme de ihtiyaç olmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere işveren sorumluluk sigortasının kapsamı, genel şartlarda *"Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri"* olarak belirlenmiştir. SGK'nın işverene rücu etmesi halinde ise sigortacının sorumluluğu devam eder.

Şayet davacı işçiye Sosyal Güvenlik Kurumu'nca bağlanmış bir sürekli iş göremezlik ödeneği var ise, bunun peşin sermaye değerinin işverenden istenebilecek tazminat tutarından düşülmesi gerekmektedir[40]. İşçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmaksızın, yani, hakkı olmasına rağmen kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlatmadan işverenden tazminat istemesi durumunda, işverenden talep edilebilecek tutardan işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmayarak kendisine bağlanmasından imtina ettiği sürekli iş göremezlik gelirinin, başvurma hakkının doğduğu tarih itibariyle peşin sermaye değeri, mahsup edilebilecektir[41]. İşçi tarafından sigortacıya karşı doğrudan dava açıldığında da bu hususlar dikkate alınmalıdır.

Sorumluluk sigortalarında zamanaşımı ise TTK. m. 1482'de düzenlenmiştir. Hükme göre: *"Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar."*

7. Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı

Sorumluluk sigortasında, zarar gören kişinin sigortacıya doğrudan dava hakkı eski TTK zamanında tartışmalıyken dahi, eski Borçlar Kanunu'nda işçilere bu hak tanınmıştı. TBK. m. 130'a göre de, *"Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur. Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı, genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir. Diğer hukuki sorumluluk sigortalarına ilişkin kanun hükümleri saklıdır."*

Zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı, tüm sorumluluk sigortaları bakımından yeni TTK. m. 1478'de düzenlenmiştir. Hükme göre, *"Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir."*

İşçi ve onun hak sahipleri TBK. m. 130 ve TTK. m. 1478 hükmü gereği sigorta-

---

40 Hakan KESER, "İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşveren Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi", **Sicil**, Aralık, 2008, s. 204.

41 Keser, s. 203.

cıya karşı doğrudan dava hakkına sahiptir. Fakat SGK'nın sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı, TTK. m. 1478'deki "zarar gören" ifadesi sebebiyle ayrıca değerlendirilmelidir. Zira iş kazası sebebiyle zarar gören sıfatına sahip olan kişi, işçi ve onun hak sahibi olan yakınlarıdır. SGK zarar gören değil, işverenden aldığı prim karşılığında işçiye sigorta sağlayan bir kurumdur. SGK'nın işçiye ödediği tazminatlar da SGK'nın zararıdır dolayısıyla o da zarar görendir denilemez. Çünkü SGK aldığı primler karşılığında işçiyi sigorta etmektedir. Yani sigortalı işçiye yapılan ödemeler SGK'nın aldığı primler karşılığında üstlendiği borcudur, zararı değildir. Bu durumda SGK *"zarar gören"* değildir. Sadece, kanunen SGK'ya işverene rücu hakkı tanınmıştır. Bu sebeple kanaatimizce SGK'nın sigorta şirketine karşı doğrudan dava hakkı bulunmamaktadır.

8. Sigortacının Rücu Hakkı

Sorumluluk sigortalarında halefiyet kuralının uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrinde tartışılmıştır. Bir görüş sorumluluk sigortalarında halefiyet kuralının uygulanamayacağını savunmuştur[42]. Sorumluluk sigortalarında, zarardan sorumlu olan kişi sigorta ettirendir. Sigortacının sigorta tazminatını ödedikten sonra sigorta ettirene başvurması durumunda zarara sigorta ettiren katlanmış olur ki, sigorta sözleşmesi yapılmasının bir anlamı kalmaz. Bu sebeple sorumluluk sigortalarında halefiyet kuralının uygulanmaması gerektiği savunulmuştur. Diğer görüşe göre ise, sigorta ettiren ile birlikte zarar sorumlusuna karşı birlikte sorumlu olan kişilerin bulunması halinde, sigortacı sigorta ettirenin haklarına halef olabilecektir[43]. Aksi takdirde, sigorta ettiren söz konusu kişilere rücu edebilecektir ki, bu durum, Türk Ticaret Kanunu'nun halefiyet kurumunun öngörülüş nedenlerinden biri olan zenginleşme yasağı ilkesine aykırılık teşkil eder[44].

ETK'da sorumluluk sigortasına ait hükümler dağınık bir halde olup bir sistem içinde düzenlenmemişti[45]. Yeni TK'da ise sorumluluk sigortaları ayrı bir bölümde incelenmiş ve 1481. maddede sorumluluk sigortalarında halefiyet düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kanun koyucu, sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenle birlikte sorumlu olan kişilerin bulunduğu sınırlı hallerde, sigortacının sigorta ettirene halef olabileceğini kabul etmiştir.

O halde iş kazasından dolayı işverenle birlikte sorumlu olan kimseler var ise,

---

42 Ahmet M. Kılıçoğlu, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", **AÜHFD**, S. 1-4, C. 31, 1974, s. 424.

43 Merih Kemal Omağ, "TTK ile 1992 Tarihli Belçika Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları", **Sigorta Hukuku Dergisi**, 1997, S. 1, s. 82; Kemal Şenocak, "Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği", **AÜHFD**, 2009 C. 58, S. 1, s. 219.

44 Şenocak, s. 219.

45 Omağ, **a.g.m**, s. 90.

örneğin işveren vekili, iş güvenliği uzmanı yahut başka bir işçinin iş kazasının oluşmasında kusuru varsa sigorta şirketi sigorta tazminatını ifa ettikten sonra işverenin halefi olarak bu kişilere rücu edebileceği düşünülebilir. Fakat burada yeni TTK ile getirilen bir hükmün incelenmesi gerekir. TTK. m. 1473/2'ye göre, *"Sigorta, sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. Bu durumda sigorta bu kişilerin lehine yapılmış sayılır."* Burada işveren sorumluluk sigortasının, işverenin *işletmesi ile ilgili sorumluluğu için* yapılıp yapılmadığı değerlendirilmelidir. İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 1'e göre "*işyerinde"* meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk sigorta kapsamındadır. Yine daha önce de belirtildiği üzere Genel Şartlar m. 2/A'ya göre teminat dışı kalan iki hal, işyeri dışında meydana gelen iş kazalarıdır. Görüldüğü üzere işveren sorumluluk sigortasının kapsamı konusunda işyerine özel önem verilmiştir. Bu sebeple, işveren sorumluluk sigortası da işverenin *işletmesi ile ilgili sorumluluğu için* yapılmış sayılır. Bu durumda sigorta TTK. m. 1473/2 gereği, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar ve sigortacı bu kişilere rücu edemez.

Sigortacının TTK. m. 1473/2 kapsamında yer almayan kişilere rücu etmesi ise mümkündür. Örneğin, işyerine malzeme getiren üçüncü kişilere ait araç veya gereçlerin yapacağı kazalar veya imalat hatası olan bir makine, araç veya gerecin sebebiyet vereceği kazalarda sigortacı buna sebep veren kişilere rücu edebilir[46].

SONUÇ

İşveren sorumluluk sigortasının kapsamı, iş kazası sonucu SGK'nın sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile SGK'nın rücu etmesi sonucu talep edilen tazminat miktarı ve dava masrafları ile avukatlık ücretidir. İşveren sorumluluk sigortasında riziko iş kazası sonucu SGK'nın sağladığı yardımları aşan bir zararın bulunması ve bu zararın tazminin işverenden talep edilmesi ile SGK'nın işçi veya işçinin hak sahiplerine ödeme yaptıktan sonra işverene rücu etme ihtimalidir. Sigorta edilen sorumluluk, iş kazası nedeniyle, işçi ve onun hak sahipleri tarafından talep edilecek tazminatların en son işveren üzerinde kalacak olan kısmı, yani işçinin sosyal sigorta tarafından karşılanmayan zararlardır.

İş kazasının meydana geliş şeklinin araştırılması ile ilgili müfettiş ve araştırma giderleri, işverenin kanuni sorumluluk ölçülerinin üstünde kalan zararları bir sözleşme nedeniyle tazmin etmesi halinde bu kısım, işverenin kasıtlı davranışı sonucu meydana gelen iş kazasından doğan sorumluluk sigorta teminatının kapsamına dahil değildir

Davacı işçiye Sosyal Güvenlik Kurumu'nca sürekli iş göremezlik geliri bağlan-

---

46 Aktaş, s. 113.

mışsa ya da bağlanmamış olmasına rağmen bağlanması için gerekli şartlar varsa, bunun peşin sermaye değerinin işverenden istenebilecek tazminat tutarından düşülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sigortacının sorumlu olduğu tutarın belirlenmesinde bu husus önemlidir.

İşçi ve onun hak sahipleri TBK. m. 130 ve TTK. m. 1478 hükmü gereği sigortacıya karşı doğrudan dava hakkına sahiptir. Fakat SGK *"zarar gören"* değildir. Sadece, kanunen SGK'ya, işverene rücu hakkı tanınmıştır. Bu sebeple kanaatimizce SGK'nın sigorta şirketine karşı doğrudan dava hakkı bulunmamaktadır.

Sigortacının işveren dışındaki sorumlulara rücu etmesi konusunda TTK. m. 1473/2 hükmü önemlidir. İşveren sorumluluk sigortası, işverenin *işletmesi ile ilgili sorumluluğu için* yapılmış sayılır. Bu durumda sigorta TTK. m. 1473/2 gereği, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar ve sigortacı bu kişilere rücu edemez.

KAYNAKÇA

Aktaş, Muzaffer: "İşveren Sorumluluk Sigortası", **Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri**, İstanbul, 1977.

Atabek, Reşat: **Sigorta Hukuku**, İstanbul, 1950.

Ayli, Ali: "Türk Sigorta Hukukunda Rizikoyu Ağırlaştırmama Ve Sözleşmenin Süresi İçindeki Riziko Değişikliklerini İhbar Yükümlülükleri*"*, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 10, C. 10, S. 2.

Bozer, Ali: **Sigorta Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965.

Büyükkaya, Alaattin: "İşveren Sorumluluk Sigortasının Mahiyeti", **Sigorta Dünyası**, C. 20, S. 230, 1979.

Can, Mertol: **Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, t.y.

Dinç, İnan Deniz: "Türk Hukukunda İşveren Sorumluluk Sigortasında Riziko Ve Teminatın Kapsamı", **Ergon Çetingil Ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, 2007.

Kender, Rayegan: "İşveren Sorumluluk Sigortasında Akit Öncesi İhbar Görevi", **Vecdi Aral'a Armağan**, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001.

Kender, Rayegan: **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, On İki Levha, 12. Baskı, İstanbul, 2013.

Keser, Hakan: "İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşveren Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi", **Sicil**, Aralık, 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", **AÜHFD**, S. 1-4, C. 31, 1974.

Memiş, Tekin: **Yangın Sigortasında Riziko**, Seçkin, Ankara, 2001.

Omağ, Merih Kemal: **Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu**, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 1985.

Omağ, Merih Kemal: "TTK ile 1992 Tarihli Belçika Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları", **Sigorta Hukuku Dergisi**, 1997, S. 1.

Ölmez, Fatih: **Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Öztan, Fırat: **Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1966

Şeker Öğüz, Zehra: **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi**, İstanbul, Filiz, 2010.

Şenocak, Kemal: "Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği", **AÜHFD**, 2009 C. 58, S. 1.

Ulaş, Işıl: **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku: Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 775.

Ünan, Samim: **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, Beta, İstanbul, 1998.

Ünan, Samim: "Türk Ticaret Kanunu Taslağı", **Sigorta Hukuku Dergisi**, S. 1, 2005

TÜRK HUKUKU VE AB DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYE UYGULANACAK HUKUK

(Rules to be Applied To Negoriorum Gestio According to The Turkish Law and Eu Regulations)

Ar. Gör. Ali ÖNAL*

ÖZET

Avrupa Topluluğu bünyesinde yirminci yüzyılın ortasından bu yana devam eden özel hukukun yeknesaklaştırılması çabası, 1980 tarihli Roma Sözleşmesi ile başlamış, sonrasında Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğü ile şimdilik nihayete ermiştir. Sözleşmelere ilişkin yeknesaklaştırma çabalarında ayrı tutulan akit dışı borç ilişkilerine dair düzenlemeler 2009 yılında kabul edilen Roma II Tüzüğü ile hayata geçmiştir. Yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme fiillerine uygulanacak olan hukuk her ne kadar Tüzük ile düzenleniyor olsa da, Türk devletler özel hukuku açısından hâlen kanun boşluğu olan bir alandır. Türk hukukunda haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşme ilişkileri çerçevesinde hukukî niteliği tayin edilen vekâletsiz iş görmenin, yabancı unsurun dâhil olması ile ne şekilde vasıflandırılacağı ve uygulanacak hukukun bu kapsamda nasıl tayin edileceği çalışmamız kapsamında incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Vekâletsiz iş görme, Roma II Tüzüğü, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, hukuk seçimi.

Abstract

The process uniformization of private law which had been ongoing since the mid-twentieth century within the European Community began with the Rome Convention dated 1980 and was concluded by the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Regulations regarding non-contractual relations that had been exempted from the aforementioned process were implemented by the Rome II Regulation in 2009. Although the law applicable to the actions of negotiorum gestio including a foreign element is regulated by the Rome II Regulation, there is still a gap in this field of law considering Turkish International Private Law. The purpose of this work is to analyse the characterisation of negotiorum gestio when a foreign element is involved and determination

* Anadolu Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

of the applicable law thereby which, in Turkish law, is conducted within the framework of unjust enrichment, torts and contractual relations.

Keywords: Negotiorum gestio, Roma II Regulation, unjust enrichment, tort, freedom of choice.

GİRİŞ

Hukuk, kamu düzeni ve toplumsal barışı korumak amacıyla bazı hallerde kişilerin birbirleri üzerinde temsil veya vekâlet hakkı olmaksızın ya da herhangi bir akdi ilişkiye dayanmaksızın, "*Toplum Yararı*" namına başkalarının işlerine müdahale edilmesi hâlini korumaktadır[1]. Söz konusu hâl ile herhangi bir temsil veya vekâleti olmayan ve bu durumu ile birlikte başkasının hukukî alanına müdahalede bulunan kimse, ya işi görülen lehine (*gerçek vekâletsiz iş görme*) ya da işin mahiyeti ile doğacak yararın kime ait olacağını bilmeden kendi yararına iş yaparak (*gerçek olmayan vekâletsiz iş görme*) faaliyette bulunmaktadır[2]. Vekâletsiz iş görme olarak adlandırılan bu durum, salt maddi hukukun konusunu teşkil ettiği gibi son yıllarda artan milletlerarası özel hukuk ilişkileri neticesinde, içinde yabancılık unsuru bulunan konular bakımından da önem arz etmektedir. Bu açıdan 2009 yılında yürürlüğe giren Akit Dışı Borç İlişkilerine Dair Roma II Tüzüğü[3] kapsamında özel olarak vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusuna yer verilmesi, konunun uygulama alanını genişletmektedir.

Türk milletlerarası özel hukuk mevzuatında vekâletsiz iş görme konusuna uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği özel olarak düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun düzenlemediği bu alan dâhilinde, doktrin ve uygulama ışığında çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Doktrinde vekâletsiz iş görme konusunu haksız fiil[4] olarak

---

1 Necip Bilge (1962), Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, B. 2. Ankara, s. 235; H. Gökçe Özdemir (2001), Roma Hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 77.

2 Haluk Tandoğan (1957), Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme (Mukayeseli), İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını No:109, s. 1; Pınar Uzun Şenol (2014), Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukukî Durumu, İstanbul: FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, s. 294.

3 Akit Dışı Borç İlişkileri Kapsamında Roma II Tüzüğünde vekâletsiz iş görme kavramı "*Negotiorum Gestio*" olarak isimlendirilmiştir. Tüzük metni için bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CELEX:32007R0864:EN:HTML (Erişim Tarihi: 1.5.2015).

4 Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla (2014), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 630; Tandoğan, Mukayeseli, s. 12; Nihal Uluocak (2002), Milletlerarası Haksız Fiil İhtilâflarında Fransız Hukukunda Meydana Gelen Yabancı Gelişmeler, Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, s. 959; Alper Gümüş (2012), Borlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 241; Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 394; Ergin Nomer (2015), Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 368 vd; Günseli Öztekin-Gelgel (2006), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 48 vd.; Aysel Çelikel/ B. Bahadır Erdem (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 404 vd.

nitelendiren yazarlar olduğu gibi, sözleşme benzeri hukukî ilişki içerisinde yer aldığını belirten yazarlar da mevcuttur[5]. Özellikle İsviçre hukukundaki gelişmeler[6] ve akabinde Roma II Tüzüğünde[7] vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel düzenlemenin yer alması nihayetinde, vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun tayini netleşmiştir. Ancak, vekâletsiz iş görmenin kendine özgü olarak gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde ayrılması, hatta, farklı disiplinler ile bağlantısı halihazırda yabancı unsurlu vekâletsiz iş görmeye uygulanacak olan hukuk konusunu belirsiz kılmaktadır. Türk hukukunda vekâletsiz iş görmenin, farklı disiplinler ile bağlantısına ilişkin şu örnekler verilmektedir: Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 25 gereğince davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Bunun dışında, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 630/2 uyarınca, adi ortaklığa ilişkin ortaklığı yönetme yetkisi bulunmayan bir ortağın, ortaklığın işlerini görmesi veya bu yetkiye sahip ortağın yetkisini aşması hâllerinde, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır. Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 70/3 gereğince fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir[8]. Görüldüğü üzere vekâletsiz iş görme hükümleri geniş bir alanda etkin uygulanan bir konudur. Örnekleri verilen hallerde vasıflandırmanın Türk hukukuna göre yapılması durumunda, yabancı unsurlu uyuşmazlığa vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı görülmektedir. Şu halde, vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliği ve çeşitleri birlikte değerlendirilerek vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesinin daha faydalı olacağını düşünüyoruz. Böylece, ileride görüleceği üzere vekâletsiz iş görme işlemleri içerisinde yer alan gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramları, hukukî nitelendirmesi yapılarak, özellikle yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme işlemlerinde vasıflandırmanın daha sağlıklı bir biçimde yapılması ve uygulanacak hukukun daha net bir biçimde belirlenmesi mümkün olacaktır[9].

---

5 Tandoğan, Mukayeseli, s. 10 vd.

6 İsviçre ve Türk hukuku kapsamında vekâletsiz iş görmeye ilişkin ayrıntılı bilgi bkz. İsmail Kırca (1995), Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 44, Sayı 1-4, s. 443-450.

7 Akit dışı borç ilişkileri hakkındaki Roma II Tüzüğü hakkında bkz. Öztekin-Gelgel, s. 11; Z. Derya Tarman (2008), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, s. 194 vd.

8 Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 1359 vd.

9 Cemal Şanlı/ İnci Ataman-Figenmeşe/ Emre Esen (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 46; Nomer,

1. Vekâletsiz İş Görmenin Tanımı, Türleri ve Unsurları

Vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler 6098 sayılı TBK'nın 10. bölümünde 526-531. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Vekâletsiz iş görme genel olarak iş görenin iş görmek için vekâlete sahip olmaksızın, iş sahibinin bir işini görmesi olarak tanımlanabilir[10].

Vekâletsiz iş görme, işi görülen kişinin menfaatinin olup olmaması durumuna göre ikiye ayrılarak incelenmiştir[11]. Gerçek vekâletsiz iş görme, bir kimsenin başkasına ait bir işi, o kimsenin işinde, hukukî bir yetkisi olmaksızın müdahalede bulunmasıdır[12]. Bu noktada işi görenin, iş sahibinin menfaati ve işin niteliğine uygun hareket etmesi beklenir[13]. Gerçek vekâletsiz iş görmede söz konusu durumun oluşabilmesi için öncelikle bir iş görme fiilinin meydana gelmesi beklenir. İş görmenin mutlaka hukuka uygun bir fiil veya hukukî muamele olması da gerekmemektedir[14]. Gerçek vekâletsiz iş görmede ikinci unsur ise görülen işin başkasına ait bir iş olması gerekmektedir. Bu durum, iş görenin başkasına ait bir iş hakkında hukuken yetkili olmamasına rağmen müdahale etmesini göstermektedir. Üçüncü olarak, işi gören kişinin, bu işi yapmaya hukuken yetkili vekil[15], temsilci, ortak, velayet, vesayet ilişkisi veya söz konusu işle bir menfaati olmaması gereklidir[16]. Dördüncü olarak iş görenin başkasına ait bir işi yapması gereklidir. İşi görenin bu bilinçte olması asli bir unsurdur. Nihayet gerçek vekâletsiz iş görmede son unsur, iş gören kişi, işi yaparken, iş sahibinin açık veya örtülü olarak yasaklamış olduğu bir işi yapmamalıdır. Söz konusu durum hâlin şartlarından veya açıkça anlaşılır olmalıdır.

---

10 Zevkliler/ Gökyayla, s. 630; Gümüş, s. 217; Yavuz/Acar/Özen, 1359; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen (2012), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 640; M. Reşit Karahasan (2002), Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, s. 1147.

11 818 sayılı eski BK ve 6098 sayılı TBK'nın örnek şekilde benimsendiği İsviçre'nin yeni öğretisinde ise bu ayrım dörtlü bir şekilde yapılmıştır: Bu ayrıma göre vekâletsiz iş görme, caiz gerçek vekâletsiz iş görme, caiz olmayan gerçek vekâletsiz iş görme, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve kötüniyetli gerçek olmayan iş görme olarak dörtlü ayrıma tabidir, Gümüş., s. 217-218.

12 Zevkliler/ Gökyayla, s. 629; Gümüş, s. 219-220; Yavuz/Acar/Özen, 1360.

13 Gerçek vekâletsiz iş görme hakkında "düzenli" ve "tam" vekâletsiz iş göre ifadeleri de kullanılmaktadır. Yavuz/Acar/Özen, 1360

14 Yavuz/Acar/Özen, 1360; Haluk Tandoğan (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 4. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 677; Gümüş, 220.

15 Yargıtay 3. HD, T. 10.10.1968; E. 5297 / K. 4686: "*Hükümsüz olan her satış sözleşmesine dayanarak sözleşme konusunu oluşturan taşınmazda yapılan inşaat hazırlık giderleri, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süren satıcıdan vekâletsiz iş görme esasları uyarınca istenebilir.*" ; Yargıtay 13. HD, T. 26.1.1984, E. 8711 / K. 421: "*Vekilin masrafı azilden sonra yaptığı anlaşılsa dahi, iş sahibi, kendi yararına yapılan bu işi zorunlu ve faydalı bulunduğu bilirkişilerce belirlendiğinde bedelini vekâletsiz iş görme hükümlerine göre vekile ödemelidir.*" Nihat Yavuz (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 2. Cilt, Ankara, Adalet Yayınları; Uzun-Şenol, s. 297.

16 Yavuz/Acar/Özen, 1361; Tandoğan, s. 678-680.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme[17] ise bir kimsenin başkasının işini bilerek veya bilmeyerek kendi işi gibi yapması ve bu işi yapması ile kendi menfaatine çıkar elde etmesi şeklinde tanımlanabilir[18]. Doktrinde ağırlıklı görüş, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi haksız fiil unsurlarınca değerlendirilmektedir[19]. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile gerçek vekâletsiz iş görme unsurları birbirleri ile aynıdır; ancak, gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören bilerek veya bilmeyerek işi görülen menfaatine iş yaparken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme de iş gören, yaptığı işi kendi işi gibi görerek kendi menfaatine iş yapmaktadır[20]. Bu sebepledir ki TBK md. 530 iki kurum arasındaki hukukî sonuçları farklı düzenlemiştir[21] [22].

2. Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görmenin Hukuksal Niteliği

Vekâletsiz iş görmenin hukuksal niteliği Türk hukukunda var olan borcun kaynaklarına ilişkin değerlendirmeler ile birlikte incelenmelidir. Bilindiği üzere Türk-İsviçre borçlar hukuku sistematiğinde borcun kaynakları üçlü olarak ele alınmaktadır. Buna göre TBK borç kaynaklarını sözleşmeden doğan borç ilişkileri (TBK 1-48), haksız fiilden doğan borç ilişkileri (49-76), nihayet sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri (77-82) olmak üzere üç kısımda incelenmektedir[23]. Ancak Türk-İsviç-

---

17 Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramı hakkında doktrinde çok çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bunlar, "*kendi menfaatine vekâletsiz iş görme*", "*gerçek olmayan vekâletsiz iş görme*", "*caiz olmayan vekâletsiz iş görme*" ve "*haksız karışma kazancı-iş gasbı*". Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Arkan Akbıyık (1999), Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 17-19

18 Hüseyin Hatemi (2000), Türk hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler, Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, s. 383; Yavuz/Acar/Özen, 1367;

19 Yargıtay 4. HD. T. 07.02.2002, E. 2001/10153, K. 2002/1361 sayılı kararında kaçak elektrik kullanımının haksız fiil teşkil ettiğini, bundan dolayı haksız fiil tarihinden itibaren yasal faiz istenebileceğini belirtmiştir. Tandoğan, s. 677; Yavuz/Acar/Özen, 1368.

20 Tandoğan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâllerine şu durumları örnek vermektedir: İş görenin kendi menfaatine nazaran, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadı ile bir işe giriştiği, ancak gerçekte böyle bir işe girişmenin gerekli olmadığı veya iş sahibinin yasaklamasına karşın işe girişilmiş olması. İş görenin başkasına ait olan bir işi kendi menfaatine yapması. Tandoğan, s. 677.

21 Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukukî sonuçları ve çeşitli örnekleri için bkz. Tandoğan, s. 678 vd.; Tandoğan, Mukayeseli, s. 50 vd.

22 TBK md. 530- İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür

23 TBK'da borcun kaynakları bu şekilde düzenlenmekle birlikte, doktrin bu konuda farklı görüşler de ileri sürmektedir. Bu kapsamda *Eren*'e göre, borcun kaynakları ikiye ayrılmaktadır: İlk olarak hukukî ilişkiden doğan borç kaynaklarıdır. Yazarın, TBK'da geçen sözleşmeden doğan borç ilişkileri yerine bu ifadeyi kullanması, terminoloji farklılığı veya görüş ayrılığından ziyade, borç ilişkilerinin iki veya çok taraflı nitelik arz eden sözleşme ilişkileri dışında vasiyetname, ilân yoluyla ödül vaadi gibi tek taraflı borç ilişkilerinden doğabilmesi nedeniyledir. İkinci olarak ise doğrudan doğruya kanundan borç ilişkileri mevcuttur. Doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinde hukukî sonuç, tarafların böyle bir hukukî sonucu açık veya örtülü beyanları ile istedikleri için değil; doğrudan doğruya kanun yolu ile meydana gelmektedir. Borç ilişkilerinin

re borçlar hukukunun tanımış olduğu geniş irade serbestiyeti/ sözleşme özgürlüğü sonrasında kanunda zikredilmeyen sözleşme tiplerinin de ortaya çıkması sonucunu doğurduğundan, bu yeni sözleşme tipleri yukarıda anılan üçlü ayrım kapsamında değerlendirilememektedir. Bu nedenle üçlü borç kaynağı ve içerisine dâhil edilemeyen bazı borç ilişkileri için ayrı bir tasnif şekli zaruret arz etmektedir[24].

Vekâletsiz iş görmenin ise yukarıda belirtilen hangi tür borç ilişkisi kapsamında yer aldığı konusu gerek Türk hukukunda gerek farklı hukuk sistemlerinde tartışılmaktadır. Roma hukukundan bu yana var olan borç ilişkilerinin sınıflandırılması meselesi, vekâletsiz iş görme sözleşmeleri açısından da farklı bir boyut arz etmektedir[25]. Önceleri Roma hukukunda ayrı bir borç kaynağı olarak kabul edilen, bugün için sınırlı bir uygulama alanı bulan "*sözleşme benzeri hukukî ilişkiler*" kavramı, vekâletsiz iş görme bakımından kabul edilen bir görüştür[26]. İkinci görüş "*sözleşme benzeri hukuki ilişkiler*" görüşünün geliştirilmiş hâlidir[27]. Buna göre vekâletsiz iş görme TBK md. 529 ve 530'dan hareketle sözleşme benzeri bir nitelik arz etmekte ve nu çerçevede "*hukukî işlem benzeri fiil*" olarak nitelendirilmektedir[28]. Bir başka görüş ise vekâletsiz iş görmeyi "*diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri*" içerisinde, "*doğrudan doğruya kanundan doğan bir borç ilişkisi*" bünyesinde ele almaktadır[29]. Söz konusu görüş vekâletsiz iş görmeyi işi gören ile iş sahibi arasında menfaat dağılımına göre ayırmaktadır. Buna göre eğer işin görülmesi ile iş sahibinin menfaati ve çıkarlarının gelişmesi adına hareket edilmiş ise (*gerçek vekâletsiz iş görme*) şu halde vekâletsiz iş

---

doğumu ile irade sahiplerinin açık iradeleri arasında doğrudan doğruya bir hukukî sonuç yoktur. Yazara göre kanundan doğan borç ilişkileri denilince haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri, fiili sözleşmeden doğan borç ilişkileri anlaşılmaktadır. Bunun yanında haksız fiilden doğan borç ilişkileri kavramı da tek başına yetersiz kalmaktadır. Keza teknik anlamdaki dar haksız fiil kuralı, hukuka aykırı işlem ve kusurlu davranış ile üçüncü kişilere verilen zararı ifade eder. Bunun yanında kusursuz sorumluluktan doğan borç ilişkilerini de eklemek gereklidir. Fikret Eren (2015), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 489; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 446 vd. Aksi görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu (1978), Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Fasikül, İstanbul, s. 80 vd.;

24 Bu tasnif şekli Roma hukukundan bu yana kendisini göstermiş olan; ancak, Türk-İsviçre borçlar kanunu sistematiği içinde doğrudan yer almayan "*diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri*" dir. Eren, s. 116; Roma hukukunda diğer sebeplerden kaynaklanan borç ilişkileri için bkz: F. Hakkı Saymen/ H. Kemal Elbir (1958), Türk Borçlar Hukuku I-II, s. 64.

25 Roma hukukunda vekâletsiz iş görme "*negotiorum gestio*" olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, s. 79.

26 Vekâletsiz iş görmenin, sözleşme benzeri bir ilişki olamayacağı hakkında ayrıntı bilgi için bkz. Tandoğan, Mukayeseli, s. 35 vd. Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesinin hukukî muamele benzeri bir işlem olduğu yönündeki görüşler için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1362;Tandoğan, s. 677.

27 Tandoğan, Mukayese, s. 25; Yavuz/Acar/Özen, 1359.

28 Tandoğan, Mukayese, s. 25; Yavuz/Acar/Özen, 1359.

29 Eren, s. 116; Uluocak, Haksız Fiil, s. 959.

görme haksız fiil değil, daha çok İsviçre hukukuna paralel olarak sözleşme ilişkisi içinde değerlendirilmelidir[30]. Ancak, işi görenin kendi menfaati için gerçekleştirdiği (*gerçek olmayan vekâletsiz iş görme*) iş görme, iş sahibinin menfaati olmadığı için haksız fiil kavramı içerisinde yer almaktadır[31]. Her ne kadar bu görüşü dile getirenler, vekâletsiz iş görmeyi doğrudan doğruya kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak tanımlasalar da, vekâletsiz iş görmeyi kusur sorumluluğunu ortadan kaldıran, hukuka uygunluk sebebi olarak görmeleri nedeniyle, haksız fiil görüşü içerisinde değerlendirilmektedir[32].

Kanaatimizce de vekâletsiz iş görme, gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde iki farklı düzlemde değerlendirilmek suretiyle hukukî niteliği tayin edilmelidir. Gerçek vekâletsiz iş görmede, bir kimsenin başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle onun hukukî alanına, bu konuda herhangi bir yetkisi ve tasarrufu bulunmaksızın karışması söz konusudur[33]. Gerçek vekâletsiz iş görmede iş sahibinin menfaatine hareket edilmesi ile TBK md. 529'a göre kanundan kaynaklanan borç ilişkisinden doğan bir talep hakkı mevcut olacaktır[34]. Kanundan kaynaklanan bu talep hakkında, tarafların karşılıklı menfaati söz konusudur. Bu nedenle gerçek vekâletsiz iş görme, sözleşme ilişkisi içinde yorumlanmaktadır. Nihayet TBK md. 531[35]'de iş sahibinin icazet vermesi sonrasında vekâlet hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesiyle gerçek vekâletsiz iş görmenin sözleşme ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi ve bu nedenle hukukî işlem benzeri fiil olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız[36].

---

30 Bu noktadaki sözleşme ilişkisinin kaynağı temsil sözleşmesidir. Kırca, s. 444.

31 Eren, s. 606.

32 Öztekin-Gelgel, s. 49; Eren, s. 605.

33 Yavuz/Acar/Özen, s. 1360.

34 **TBK Md. 529**- İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, iş görenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan iş gören hakkında da uygulanır. İş gören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir

35 **TBK Md. 531**- İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır.

36 Gerçek vekâletsiz iş görmeyi haksız ve haklı gerçek vekâletsiz iş görme şeklinde ayrıma tutarak yorumlayan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre haklı vekâletsiz iş görme, sözleşmesel ilişki taşırken, haksız vekâletsiz iş görme haksız fiil örneği taşımaktadır. Bu yazarlar gerçek, haksız vekâletsiz iş görmeye ilişkin şu örneği vermektedirler: İş sahibinin yararının gözetilmiş olması; ancak ortaya çıkan sonuç bakımından iş sahibinin zararına olan bir sonucun meydana gelmesi hâli veya iş sahibinin yasakladığı bir durumun, iş sahibinin menfaati gözetilerek yapılması ya da objektif olarak onun yararına olmayan, olmadığı bilinen veya bilinmesi gereken bir olayda iş sahibinin zarara uğramasında olduğu gibi. Zevkliler/ Gökyayla, s. 351; Bilge, s. 330-331; Gümüş, s. 217; Özdemir, s. 89. Kanaatimizce, söz konusu yazarların gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede yapmış olduğu haklı ve haksız ayrımı objektif bir sorunu çözmemektedir. Zira yapılan ayrımda göze çarpan gerçek, haksız vekâlet iş görme işlemlerinde her durumda işi görülenin hukukî menfaati söz konusu değildir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliğinin tayin edilmesi, gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu kadar kolay değildir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede bir kimse, başkasının işini kendi işi gibi ve kendi çıkarı için menfaat sağlamak amacıyla yapmaktadır[37]. *Eren*'e göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş görenin yapmış olduğu iş kendi menfaatine ve işi görülenin muhtemel iradesine uygun değil ise, iş görenin bu fiili hukuka aykırıdır. Ancak bu kişinin hukuka aykırı olan fiili haksız fiil teşkil etmemektedir[38]. Bu noktada vekâletsiz iş görmeye esas teşkil eden hukukî ilişkinin ihlâli söz konusudur. Yine aynı görüşte olan *Yavuz* gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi haksız fiil olarak kabul etmektedir[39]. Ancak, bu durumun hem haksız fiilden hem de sebepsiz zenginleşmeden önemli derecede farklılıkları mevcuttur[40]. Bu yorum dışında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme işleminin hukukî niteliğini tanımlarken özellikle Fransız ve Avusturyalı[41] hukukçuların savundukları, vekâletsiz iş görmede sadece işi görülenin hukukî yararının olması gerekliliği ve eğer bu unsur yok ise vekâletsiz iş görmenin meydana gelmeyeceğini savunan yazarlar mevcuttur. Vekâletsiz iş görmeyi reddeden bu yazarlara göre vekâletsiz iş görmede bir hukuka uygunluk unsuru var ise bu unsur sadece işi görülen kimsenin lehine hareket edilmesidir[42]. Bu görüş dışında, Fransa ve Avusturya hukuklarında ifade edilen görüş ile benzerlik taşıyan tam[43] ve eksik[44] vekâletsiz iş görme görüşleri de taraftar bulmuş; ancak vekâletsiz iş görmeyi reddeden görüşte olduğu gibi taraftar toplayamamıştır[45].

Bize göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız fiil benzeri bir görünüm arz etmektedir. Keza bu görüş Roma II Tüzüğü'ne göre de uygundur. Roma II Tüzüğü kapsamında belirtilen vekâletsiz iş görme, "*negotiorum gestio*" olarak nitelendirilmiş; fakat, bu kavram gerçek vekâletsiz iş görmenin tanımına uygun olarak iş sahibinin menfaatine gerçekleşen vekâletsiz iş görme şeklinde düzenlenmiştir. Tüzüğün tümü dikkate alındığında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin haksız

---

37 Yavuz/Acar/Özen, s.1367.

38 Eren, s. 606. Yazar ayrıca vekâletsiz iş görmeyi kusuru ortadan kaldıran, hukuka uygunluk sebeplerinden biri saymaktadır.

39 Yavuz/Acar/Özen, s.1368.

40 Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinde işi görülen zararı kadar tazminat alma hakkına sahip iken, vekâletsiz iş görme hükümlerinde iş sahibi işi görenden, işi görenin kendi çabaları ile elde ettiği ve işi görülenin yapabileceğinden fazlasını elde etmiş ise bu faydaları da isteme hakkına sahip bulunmaktadır. Yavuz/Acar/Özen, s.1368.

41 Söz konusu hukuk düzenlerine göre işi görülenin menfaati olmadığında vekâletsiz iş görmeden bahsedilemeyeceğinden, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme şeklinde tarif edilen konu sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil hükümleri kapsamında geri istenmektedir. Tandoğan, Mukayeseli, s. 72; Özdemir, s. 93.

42 Lütfü Dalamanlı (1977), Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul, s. 854.

43 H. Avni Göktürk (1951), Borçlar Hukuku, Ankara: Ulus Basımevi, s. 525.

44 Tandoğan, Mukayeseli, s. 59; Bilge, s. 236.

45 Söz konusu hallerde ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Mukayeseli, s. 60.

fiil olarak vasıflandırıldığı görülecektir[46]. Türk-İsviçre borçlar hukuku sistematiğinde vekâletsiz iş görme nitelendirmesinde yer alan gerçek/ gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrımı Tüzük'ten bağımsız olarak değerlendirildiğinde Türk hukuku açısından vasıflandırma yapılmasında kolaylık sağlayacaktır. Ancak, vekâletsiz iş görme sonucu uğranılan zararın haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerini aşan bir yönü vardır. Vekâletsiz iş görme ile iş görenin elde ettiği menfaatler ile birlikte, elde etmeyi ihmâl ettiği menfaatler de istenebilecektir. Bu yönü ile haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeyi aşan bir durum mevcut olsa da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin unsurları bakımından haksız fiil olduğu yönünde değerlendirme yapmak doğru olacaktır. Bu değerlendirme ile milletlerarası özel hukuk hükümlerince vasıflandırma yapılması esnasında, sınırlı sayıdaki kanunlar ihtilâfı kuralları arasında, bir bağlama kuralı bulmak açısından da gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi haksız fiil kavramı içerisinde nitelendirmek uygun olacaktır. Söz konusu nitelendirme vekâletsiz iş görme kavramının yer aldığı Akit Dışı Borç İlişkileri Dair Roma II Tüzüğü ile de uyumluluk arz edecektir[47].

3. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

3.1. Genel Olarak

Vekâletsiz iş görme hakkında Türk hukukundaki durumu ve hukuksal nitelendirmeyi belirttikten sonra, yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme işlemleri hakkında uygulanacak hukukun tespiti daha rahat bir biçimde yapılabilecektir. Bilindiği üzere, milletlerarası özel hukuk münasebetlerinde yabancı unsurlu özel borç ilişkileri hak ve fiil ehliyeti, nişanlanma, evlenme, boşanma, nafaka, velayet, menkul miras, gayrimenkul miras, özel borç ilişkileri, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmedir[48]. Farklı şekillerde ifade edilen bu hukukî kavramlar, bağlama noktası vasıtasıyla bir hukuk sistemi ile ilişkilendirilir ve bu hukuk sistemi içerisinde çözüme kavuşturulur. Dünya üzerinde her ülkenin kendi hukuk düzeni oluşturması neticesinde, aynı hukukî kavramlar farklı ülkelerde, farklı şekillerde düzenlenmiş olabilmektedir[49]. Söz konusu

---

46 Mo Zhang (2009), Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law, Seton Hall Law Review, Vol. 39, s. 864: http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022& context=shlr. (Erişim Tarihi: 1.5.2015).

47 Bilindiği üzere akdi borç ilişkileri sözleşmeleri içinde barındırırken, akit dışı borç ilişkileri ise Roma II Tüzüğünde de belirtildiği üzere haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme müzakereleri gösterilmektedir.

48 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 48; Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 40.

49 Doktrinde bu durumun en bilinen örneği nişanlanma konusudur. Buna göre Türkiye'de boşanma davası açacak Fransız çift için, Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılırken çözüm olarak aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfı çözümleri sunulurken, Fransız hukuku çerçevesinde vasıflandırma yapılırken nişanlanma kavramının Fransız hukukundaki karşılığı olan haksız fiil hükümleri devreye girecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 50.

kavramlar hakkında, dünya üzerinde özel hukuka ilişkin bir birleştirme yapılmadığı müddetçe bu durum devam edecektir[50] [51]. İşte kanunlar ihtilâfı hukuku kapsamında, uyuşmazlığa esas teşkil eden kavram ya da müessesenin hukukî nitelik ve içeriği davaya bakan hâkimin hukuku ile davanın esasına uygulanacak hukuk arasında farklılık arz ediyor ise bunlardan hangisine göre vasıflandırma yapılacağı bir sorun teşkil edecektir[52].

Vekâletsiz iş görme kaynaklı taleplere uygulanacak hukuk konusunda Türk hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır[53]. Doktrinde bir görüş bu boşluğun iç hukuk hükümleri uyarınca doldurulmasını önermiştir[54]. Türk kanunlar ihtilâfı mevzuatında bir boşluk bulunması halinde iç hukuktaki yöntemler devreye girecektir[55]. Bu nedenle TMK hükümleri uyarınca, kanunda uygulanabilir bir hüküm yok ise hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yok ise kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir.

Doktrinde bir diğer görüş uyarınca vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk sorunu borçlar hukuku nitelendirilmesi esas alınarak çözülmelidir[56]. Zira vekâletsiz iş görme, bazı hukuk düzenlemelerinde sözleşme olarak anılırken[57], bazı hukuk düzenlemeleri söz konusu ilişkiyi haksız fiil olarak nitelendirmiş[58]; Fransız ve Avusturyalı hukukçular vekâletsiz iş görme kavramını reddederek sebepsiz zenginleşme hükümlerini esas almış[59], İsviçreli hukukçular ise vekâletsiz iş görmeyi daha çok temsil ilişkisinin içinde bir sorun olarak kabul etmiş; nihayet Roma II Tüzüğü de haksız fiil/ sözleşme sistematiği içinde konuyu ele almıştır[60]. Hâl böyle olunca be-

---

50 Tarman, s. 194; Aslı Bayata-Canyaş (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 9-10; Gülin Güngör-Güneysu (2007), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 22.

51 Dünya üzerinde özel hukukun yeknesaklaştırma çabaları Uluslararası Lahey Özel Hukuk Konferansları ile başlamıştır. Konferansların ilki 1899 yılında Lahey'de yapılmıştır. http://www.hcch.net/index_en.php. (Erişim Tarihi: 1.5.2015).

52 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 49; Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 40; Nomer, s. 95; Vahit Doğan (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayıncılık, s. 177.

53 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 307.

54 Nomer, s. 83; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 307.

55 Nomer, s. 83; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 307.

56 Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 394.

57 Yavuz/Acar/Özen, s. 1362; Tandoğan, s. 677.

58 Eren, s. 606.

59 Fransız ve Avusturyalı hukukçular vekâletsiz iş görmeye tümüyle değil; gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerini reddetmişler ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmişlerdir. Söz konusu kanunlarda bu şekilde bir görüş belirtilmesinin nedeni ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede işi görülen kişinin menfaatinin olmayışıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Mukayeseli, s. 58.

60 Kırca, "*14.6.1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'na ilişkin olarak hazırlanmış olan Üçüncü Tasa-*

lirtilen ülkelerden, vekâletsiz iş görme kavramını farklı niteliklerde değerlendiren iki ülke vatandaşı, vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun hangi ülkeye göre tespit edileceğini vasıflandırma ile çözücektir. Türk hukukunda vasıflandırma sorununun çözümü için *lex fori* vasıflandırma dikkate alınarak çözümlenmesi esastır. Bu nedenle Türk hukukunda, Türk hâkiminin karşılaşacağı vekâletsiz iş görmeye ilişkin bir uyuşmazlığın vasıflandırması yapılırken, borçlar hukuku esası çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır[61]. Daha önce belirttiğimiz üzere gerçek vekâletsiz iş görmeye TBK'da borç kaynağı olarak gösterilen sözleşme, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ise bir diğer borç kaynağı olarak haksız fiil nitelendirmesi yapılması borçlar hukuku eksenli değerlendirmeyi göstermektedir.

3.2. Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukukun Tespitinde Ayrıma Esas Alınan Kriter

Yukarıda açıkladığımız üzere vekâletsiz iş görme, bir kimsenin başkasına ait bir işi, o kimsenin işinde hukukî bir yetkisi olmadan müdahalede bulunmasıdır. Yabancı unsurlu bir vekâletsiz iş görme halinde, vekâletsiz iş görmenin gerçek veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görme içinde yer alması, vasıflandırma açısından önem arz etmektedir. Keza, eğer gerçek vekâletsiz iş görme şartları var ise Türk hukukundan ağırlıklı görüş uyarınca, sözleşmesel ilişkiye dayanması nedeniyle, vekâletsiz iş görmeye ilişkin uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir[62].

Yabancı unsurlu gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmeleri, tarafların birinin yabancı olması halinde meydana gelebileceği gibi, iş sahibinin yabancı bir kimse ile işi görülen lehine bir sözleşme akdetmesi yoluyla da kişi unsuru yönünden yabancılık unsuru meydana gelebilecektir. Bunun yanında iş görmenin yabancı bir ülkede meydana gelmesi halinde yine yer bakımından yabancılık unsuru meydana gelecektir. Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesinde yabancılık unsurunun bu şekilde meydana gelmesi ile yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

Vekâletsiz iş görmenin niteliği uyarınca, yabancı unsurlu bir vekâletsiz iş görme halinde iş sahibi, işi görenin yapmış olduğu işlere onay vermesi halinde TBK md. 531

---

rı'nın vekâletsiz iş görmeyi düzenleyen son hüküm niteliğindeki 480. maddesinde şöyle bir hüküm öngörülmüştü: "Vekâlet ve temsile ilişkin hükümler, [vekâletsiz iş görmeyle ilgili] bu Bab'ın hükümlerine ve [vekâletsiz] iş görmenin niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen burada da uygulanır." şeklinde belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 443.

61 Nomer, açık denizde meydana gelen çatmalarda kurtarma çalışmalarını yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme hâllerine örnek vermektedir. Nomer, s. 368.

62 Doktrinde ağırlıklı görüş bu yöndedir. Özellikle gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmelerinin sebepsiz zenginleşme olamayacağı hakkında bkz. Sibel Özel (1999), Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meselesi (Sebepsiz Zenginleşme), Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, C. 19, S. 2, s, 744;

uyarınca vekâlet sözleşmesi hükümleri devreye girecektir[63]. Böyle bir yabancı unsurlu uyuşmazlık halinde vekâletsiz iş görmeye verilen icazet uyarınca, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin geçerli olması nedeniyle, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin sözleşmesel bir nitelik kazanması, sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukuk hükmünü akla getirecektir. Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesinde, iş görmeye icazet verilmese dahî iş gören yapmış olduğu masrafları ve katlanmış olduğu külfeti iş sahibinden TBK. Md. 529 kapsamında talep edebileceği için, kanunun kabul ettiği bir borç ilişkisinden kaynaklanan talep hakkı gündeme gelecektir[64]. Bu talep hakkı karşılıklı taraf menfaatine dayanması nedeniyle hukukî işlem benzeri bir nitelik arz etmektedir[65]. Ancak, iş sahibinin menfaatine olmayan vekâletsiz iş görme (*gerçek olmayan vekâletsiz iş görme*) hâllerinde iş sahibi, iş gören kimseden kendi işi nedeniyle elde etmiş olduğu menfaat ve kazançları faiziyle talep etme hakkına sahip olacaktır[66]. İleride inceleneceği üzere bu noktadaki talep hakkının kaynağı TBK md. 530'a dayanarak sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine göre olacaktır[67]. Görüldüğü üzere yabancı unsurlu vekâletsiz iş görme hâlleri için uygulanacak olan hukuka ilişkin ayrım yaparken, iş sahibinin icazet vermesi veya vermemesi durumuna göre değil; iş görenin işi hangi amaç ve saikle yaptığı, tarafların tazminat, masraf istemlerinin kaynağı rol oynamaktadır[68]. Bu nedenle, vekâletsiz iş görme hakkında uygulanacak olan hukuk belirlenirken de iş görenin işi hangi amaç ve saikle yaptığı düşünülerek çözüm sunulacaktır.

---

63 Yavuz/Acar/Özen, s. 1362; Tandoğan, s. 677; Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 394.

64 Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 744.

65 Söz konusu görüş dile getirilirken sözleşme benzeri ifadesi kullanılmasının nedeni, taraflar arasında doğrudan bir sözleşme olmaması, bunun yanında taraflar arasındaki ilişkinin haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince talep hakkı doğurmamasından kaynaklanmaktadır. Zira sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil şartları söz konusu durumda vücut bulmamaktadır. İş gören kimsenin, iş sahibinin menfaatine iş görmesi sebebin iktiza etmesi anlamına gelmektedir. Aynı yönde görüş için bkz. Abdulkadir Arpacı/ Hüseyin Hatemi/ Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Rona Serozan (2006), Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayıncılık, s. 317 vd.; Gümüş, s. 233; Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 744;

66 Gümüş, s. 234.

67 Aynı yönde görüş için bkz. Gümüş, s. 233.

68 Doktrinde bazı yazarlar vekâletsiz iş görme sonucunda uygulanacak olan hukukun iş sahibinin icazet vermesi veya vermemesi durumlarına göre tayin edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce söz konusu görüş vekâletsiz iş görmenin tüm durumlarına cevap verememektedir. İş sahibi, iş için icazet vermiş olsa dâhi iş görenin yapmış olduğu masraflar ve tazminat hakkı bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir (Aynı yönde görüş için bkz. Gümüş, s. 233;). Hâl böyle olunca gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ayrımının temelinde yatan neden olan iş görenin işi yaparken hangi saikle hareket ettiği amacına uygun olarak, uygulanacak hukuk tespit edilirken tarafların tazminat istemleri ve iş görenin amacı çerçevesinde ayrım yapmak daha uygun olacaktır. İş gören, iş sahibi menfaatine işi gömüş ise sözleşme hükümleri, iş sahibi kendi menfaati için işi görmüş ise haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Aksi yönde görüş için bkz. Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 394.

3.3. Gerçek Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

Gerçek vekâletsiz iş görme, iş gören kimsenin iş sahibinin menfaatine hareket etmesiyle meydana gelmektedir. İş gören kimse, iş yapması nedeniyle uğramış olduğu zararı ve katlandığı külfeti vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. Bu noktada ikili bir ayrım yapılmasında fayda bulunmaktadır: İlk olarak iş sahibinin görülen işe icazet vermesi durumunda vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yabancı unsurlu vekâlet sözleşmeleri hakkında MÖHUK'te özel bir hüküm düzenlenmediği için genel hüküm uyarınca md. 24 uygulanacaktır. Türk hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair MÖHUK'un 24. maddesi gereğince sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Taraflar arasında sözleşmesel ilişki önceden kurulmadığı için, işi görülen kimsenin icazet vermesi sonrasında vekâlet sözleşmesi hükümleri devreye girecektir. Bu nedenle sözleşme hakkında hukuk seçimi, iş sahibinin işe icazet vermesi sonrasında yapılabilecektir. İş sahibinin icazet vermemesi durumunda, işi görenin işi iş sahibinin menfaatine yapmış olması nedeniyle gerçek vekâletsiz iş görme niteliği gereği iş sahibinin vekâlet vermemesi durumunda, hâkimin davanın esasına girmesi sürecine kadar hukuk seçebilecektir. Vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukun seçilmesi esnasında, seçilecek olan hukuk açıkça veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilmelidir. Bu noktada diğer sözleşme ilişkileri uyarınca da kabul edilen farazi hukuk seçimi vekâletsiz iş görme sözleşme için de geçerli olmayacaktır. Yine taraflar, sonradan seçecekleri hukuku vekâletsiz iş görme sözleşmesinin tamamına veya bir kısmına uygulanmasına karar verebileceklerdir (md. 24/3)[69]. Örneğin, vekâletsiz iş görme sözleşmesine icazet verilmesi ile meydana gelen vekâlet sözleşmesinde vekilin hak ve yükümlülüklerini işin yapıldığı yerin hukuku, iş sahibinin hak ve yükümlülüklerini iş sahibinin mutad mesken hukuku olarak seçebilirler. Ancak tarafların seçecekleri kısmi hukuk, sözleşmenin parçalanabilir bölümlerine, birlikte uyum içinde uygulanabilmelidir. Böyle bir uygulamanın mümkün olmaması durumunda, diğer bir ifade ile seçilen kısmi hukuklar birbiri ile uyumsuz bir görüntü arz etmesi halinde kısmi hukuk seçimi yapılmamış sayılarak objektif bağlama kuralları esasına göre hukuk seçimi tayin edilecektir[70].

Gerçek vekâletsiz iş görme sonrasında işi görülen kimse, vekâletsiz olarak görülen işe icazet vermesi ile sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir (24/3). Bu nok-

---

69 Vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında kısmi hukuk seçimi özellikle tek satıcılık sözleşmeleri bakımından uygulanabilir niteliktedir. Tek satıcılık sözleşmeleri satım ve vekâlet sözleşmelerini bünyesinde barındırması bakımından, sözleşmenin parçalanabilir kısımlarına (*depecage*) farklı hukukların seçimi söz konusu olabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cemile Demir-Gökyayla (2013), Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 301 vd.

70 Tekinalp/ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 354; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 251; Doğan, s. 295.

tada üçüncü kişi olarak hakları zedelenmesi muhtemel ve kanunî korumadan istifade edecek olan kimse, iş görenin işin görülmesi noktasında temas ettiği, sözleşme akdettiği veya hak ya da yükümlülük yüklediği üçüncü kişi olabilir. İş gören kimseye icazet verilmesi sonrasında, seçilecek olan hukukun, üçüncü kimsenin haklarını ihlâl etmemesi, bu noktada üçüncü kişinin haklarının asgari statüde korunması esastır[71] [72].

Gerçek vekâletsiz iş görmede, işi görülen kimsenin icazet vermesi sonrasında vekâlet sözleşmesinin kurulması ile birlikte hukuk seçimi yapılmaz ise o halde MÖHUK md. 24/4 gereği en sıkı ilişkili hukuk[73] ve karakteristik edim[74] karinesi devreye girecektir. Taraflar arasında, vekâletsiz görülen iş hakkında icazet verilmesi sonrasında akdedilen vekâlet sözleşmesi gereğince hukuk seçimi yapılmaması durumunda öncelikle en yakın irtibatlı hukukun tespit edilmesi gereklidir[75]. MÖHUK md. 24 siste-

---

71 Tarafların sonradan seçmiş oldukları hukuk düzeni, sözleşmenin geçerli olduğu hukuka nazaran bazı kazanılmış hakları tanımıyor veya sözleşmenin kısmen geçersizliği sonradan yapılan hukuk seçimi ile etkileniyor ise seçilen hukuk üçüncü kişiye bildirilmek suretiyle, hakları zedelenen üçüncü kişinin muvafakatinin alınması sonrasında uygulanmalıdır. Doğan, s. 368.

72 Bunun yanında seçilecek olan hukukun taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ayakta tutması gerekmektedir. Bu durumun aksi olması halinde, yani seçilen hukukun taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini geçersiz kılması durumunda, seçilen hukuk aynı zamanda sözleşme ile objektif bağlantılı hukuk ise seçilen hukuk uygulanacaktır. Bu durum özellikle Amerikan doktrini Restatement II §187 ve §188'de kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Collison, P. D./ Tatum, F. M. (1972), Most Significant Contacts Method: An Empirical, Analysis, 25 Vand. L. Review, s. 579: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanlr25&div=46&g_sent=1&collection =journal (Erişim Tarihi: 22.04.2015); Hay, P. (2000), Conflict of Laws, B. 3, St. Paul, Minn, s. 195.

73 En sıkı ilişki hukuk, sözleşmeye objektif olarak uygulanacak hukuk ile taraf, sözleşme veya yer bakımından daha yakından ilgili bir başka hukukun gündeme gelmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Amerikan kanunlar ihtilâfı metodolojisinde yer aldığı ismi ile en yakın irtibata haiz hukuk kavramı, Roma Sözleşmesinde en yakın irtibatlı ülke, Roma II Tüzüğünde ise en sıkı ilişkili hukuk olarak isimlendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör-Güneysu, s. 102.

74 İsviçre hukuk doktrininde Schnitzer tarafından ortaya konan, Vischer tarafından geliştirilen karakteristik edim teorisi, objektif bir tahlil ile karakteristik edimin tayin edilebileceğini belirtmektedir. Temel olarak paranın karşılığı olan edim, bunun yanında sözleşme ilişkisinde daha fazla riski üstlenen, daha fazla menfaati zedelenmeye müsait olan tarafın edimi karakteristik edimdir. Karakteristik edim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel (2002), Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/2 Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi (Sözleşme), MHB, C. 22, S. 2, Y. 2002, s. 581-582; Fügen Sargın (2001), Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, s. 37-96; Schultz, J. C. (1982), The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC. Convention on Carriage of Goods in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, pp. 185-201; Vischer, F. (1977), Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience, Law and Contemporary Problems, No.2, Spring, s.131-145.

75 Hukuk seçiminin yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak olan objektif hukukun seçimi konusunda bir takım yöntemler doktrinde dile getirilmiştir. Sentetik yönteme göre sözleşme ile bağlantılı tek bir hukukun, sözleşmenin tümü bakımından bağlama noktası olarak kabul edilmesi esastır. Analitik yöntem bakımından ise her bir sözleşme için farklı bir bağlama noktası kabul edilmektedir. Nihayet ferdiyetçi yöntem bakımından her bir somut olayın özelliklerine göre uygulanacak hukuk kendiliğinden belirlenecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Sözleşme, s. 579.

matiği uyarınca en sıkı irtibatlı hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki[76] mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.

Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesi bakımından ikinci ayrım, işi görülen kimsenin sonradan icazet vermesi ile vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının yanında, iş sahibi işe onay vermese dâhi, gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır. Vekâletsiz iş görmenin temelinde yatan nitelik olan iş sahibinin menfaatine uygun hareket etme mantığı uyarınca, işi gören kimse yapmış olduğu masrafları katlandığı külfetleri TBK md. 529'dan kaynaklanan kanunun tanıdığı sözleşme ilişkisi kapsamında talep hakkına sahiptir. Doktrin TBK md. 529'u kanunun kabul ettiği ve hukukî işlem benzeri bir borç ilişkisi olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle iş sahibinin icazet verdiği vekâletsiz iş görme talepleri vekalet sözleşmesi, icazet vermediği gerçek vekâletsiz iş görme talepleri ise sözleşme benzeri nitelik arz etmektedir. İş görenin yapmış olduğu masraflar ve bunun yanında diğer kaynaklanan talepler bakımından MÖHUK md. 24'ün uygulanması kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti açısından MÖHUK'un 24. maddesi dışında doktrinde farklı diğer görüş ise vekâletsiz iş görme sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerinde Alman hukuku ve Roma II Tüzüğünden hareketle vekâletsiz iş görmenin meydana getirildiği ülke hukukunun uygulanmasını yönündedir[77]. Aynı öneri, 1995 tarihli İtalyan devletler özel kanununda da kabul edilmiştir[78].

Kanaatimizce, doktrinde belirtilen görüşlere ek olarak, vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği, genel hüküm md. 24 yanında, özel sözleşme tiplerine ait özellikler de uygulama alanı bulabilecektir. İlk olarak, gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmelerinde, genel hükümlerden hareketle en sıkı ilişkili hukuk uygulanabilecektir. Özellikle iş sahibinin icazet vermesi ile meydana gelecek olan vekâlet sözleşmesinde, söz konusu sözleşme ilişkisi bağlamında karakteristik edim borçlusu iş gören vekildir. MÖHUK md. 24'ten hareketle en sıkı ilişkisi olan hukukun karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul

---

76 Kanun koyucu karakteristik edim borçlusunun mutad meskenini sözleşmenin kurulması anına sabitlemiştir. Böylece sözleşme kurulduktan sonra karakteristik edim borçlusunun mutad meskenin değişmesi durumunda, yeni mutad meskenden sözleşmenin etkilenmesi engellenmiştir.

77 Nomer, s. 358; Tarman, s. 212 vd.

78 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 308.

edilir[79]. Hâl böyle olunca karakteristik edim borçlusu vekilin, md. 24 dâhilinde sayılan sıralama ile en yakın irtibatlı olduğu hukukun tespit edilerek uygulanmasında bir mahzur görülmemektedir. Aynı durum MÖHUK md. 30 kapsamında temsil yetkisine uygulanacak olan hukukun tespiti sonrasında da meydana gelecektir. Şöyle ki, temsil yetkisinin temelinde bilindiği üzere vekâlet ilişkisi bulunabilmektedir[80]. İradi temsil ilişkisinin temeli olan vekâlet akdine uygulanacak hukuk taraflar arasındaki temsil ilişkisinde de uygulanacaktır. Şu durumda temsil akdine uygulanacak hukuk, temsil akdinin temeli olan hukukî ilişkinin vekâlet akdi olması nedeniyle vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukuk ile ayniyet göstermektedir (md. 30/1)[81]. Ancak vekilin, üçüncü kişiye karşı iş sahibi adına taahhütte bulunması hakkında doğacak olan kanunlar ihtilâfı sorununa ve temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanacaktır[82]. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir[83].

Öte yandan temsil ilişkisi ile bağlantılı olarak şu durumun belirtilmesi vekâletsiz iş görmenin temsil ilişkisi ile bağlantısını daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır: Temsil ilişkisi daha önce belirtildiği üzere vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi özel sözleşme tiplerinden kaynaklanabilmektedir. Temsil ilişkisinin kaynağını oluşturduğu vekâletsiz iş görme sözleşmesinde ve daha özelinde gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmeleri bakımından iş gören kimsenin iş sahibinin hukukî alanını genişleterek, görülen işin dışına çıkarak yetkisini aşması hâli, yetkisiz temsil olarak nitelendirilmektedir. Vekâletsiz iş görmede iş sahibi tarafından verilen bir temsil yetkisi olmadığı gibi, verilen icazet sonrasında vekâlet sınırlarının aşılması da hem yetkisiz temsil hem de vekâletsiz iş görme kapsamına girmektedir. Yargıtay'ın bir kararında bu durumu "…*Vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, başkasına ait işin vekâlet olmaksızın yapılması gerekir. Vekâleti olmama, hiç temsil yetkisi verilmemiş olması anlamına geldiği gibi; verilen talimat ya da temsil yetkisinin aşılmış olması da vekâleti olmama kavramı içinde yer alır…*" şeklinde belirtmiştir[84]. İşte böyle bir durumda, iş sahibi

---

79 2675 sayılı mülga MÖHUK dönemine ilişkin benzer görüşler için bkz. Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 749; Nihal Uluocak (1989), Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, s. 208.

80 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 241; Doğan, s. 398.

81 Doğan'a göre vekâlet ilişkisine, vekâlet yetkisine, vekâlet ilişkisi kurulmaya çalışılan temsil yetkisinin sınırlarının tümüne vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukukun uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Doğan, s. 398.

82 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 308

83 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 241; Doğan, s. 398; Çelikel/ Erdem, s. 404 vd.

84 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "…*Vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için, başkasına ait işin vekâlet olmaksızın yapılması gerekir. Vekâleti olmama, hiç temsil yetkisi verilmemiş olması anlamına geldiği gibi; verilen talimat ya da temsil yetkisinin aşılmış olması da vekâleti olmama kavramı içinde yer alır. Somut uyuşmazlıkta, sözleşme dışı imalatın bedeli talep edilmektedir.*

tarafından icazet verilerek, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, iş sahibinin verdiği icazetin sınırları dışında kalan hükümler vekâletsiz iş görme olarak isimlendirilir. Buradan doğacak ihtilâflarda da MÖHUK md. 30/2 uyarınca yetkisiz temsil hükümleri uygulanır.

İkinci olarak ise, genel hükümler dışında vekâlet sözleşmesi ile meydana gelen hukukî ilişki kendisini en iyi olarak vekâletsiz iş görmenin yerine getirildiği ülkede göstermektedir. İş sahibi, yapılan işe icazet verse de vermese de bu durum geçerlidir. Buna göre gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesi, işi gören tarafından farklı bir ülkede ifa edilebilir. Bu ifa, ilgili ülkede sonuç doğurduğu veya örneğin, işin görüldüğü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile yerine getirildiği düşünüldüğünde, vekâletsiz iş görme sözleşmesinin sonuçları işin yapıldığı ülkede doğabilmektedir. Bu nedenle iş görmenin yapıldığı ülke hukuku, vekâlet sözleşmesinden arî olarak uygulanabilmektedir. Bu durum kanaatimizce en yakın irtibatlı ülke hukukunun uygulanması kuralının teşekkül etmesini de sağlayacaktır. Bunun yanında, taraflar arasında daha önce sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı ve salt vekâletsiz iş görme sonucu icazet verilmesi ile vekâlet sözleşmesinin meydana geldiği durumda, iş görmenin meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk ve taraf menfaatine uygundur.

3.4. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görenin kendi menfaatine olarak iş yapması suretiyle meydana gelmektedir. TBK md. 530, iş görenin kendi menfaati üzerine iş yapması halinde, iş sahibine menfaatleri talep hakkı tanımıştır. Özellikle fikri mülkiyet haklarının, eser sahibi dışında başkalarınca izinsiz kullanımı bu duruma örnek teşkil etmektedir[85]. Gerçek vekâletsiz iş görme kavramı, Türk-İsviçre borçlar hukuku sistematiği içinde kendine yer edinmiş olup, "*negotiorum gestio*" kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenledir ki, Roma II Tüzüğü md. 11 yalnızca gerçek vekâletsiz iş görme hâllerini düzenlemiştir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliği hakkında doktrinde tartışmalar mevcut olmakla birlikte[86], ağırlıklı görüş gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir haksız fiil olduğu yönündedir[87]. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme olguları bir arada belirebilir. Böyle bir durumda iş görmenin

---

Olayda davacı/yüklenici tarafından yapılan iş idarece benimsenmiş bulunduğundan, vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde bedelinin tahsiline karar verilmelidir…" HGK, E. 2013/15-95, K. 2013/1431, T. 2.10.2013.

85 Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 744.

86 Serozan, s. 316-317; Gümüş, s. 242; Yavuz/ Acar/ Özen, s, 1365; Tandoğan, Mukayeseli, s. 72; Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 764.

87 Yavuz/ Acar/ Özen, s, 1368; Eren, s. 605; Serozan, s. 317; Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 764.

sonuçları sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince istenebilecektir[88]. Bunun yanında bazı özel gerçek olmayan vekâletsiz iş görme türleri için haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme dışında korumalar da gündeme gelebilir. Bu özel gerçek olmayan vekâletsiz iş görme türlerinin en bariz örneği de fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan vekâletsiz iş görmelerdir. Fikir sahibinin ürününü, haksız olarak kendi menfaatine kullanan kimsenin fiili gerçek olmayan vekâletsiz iş görme örneğidir[89]. Bu tür bir vekâletsiz iş görme fiilleri doğrudan MÖHUK md. 23 gereğince çözülebilecektir. Görüldüğü üzere gerçek olmayan vekâletsiz iş görme talepleri farklı müesseseler içinde vasıflandırılabilmektedir.

Kanaatimizce gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramının haksız fiil müessesi içinde incelenmesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine nazaran daha yerinde olacaktır. Şöyle ki: Bilindiği üzere bir borç kaynağı olan haksız fiilin unsurları hukuka aykırı fiil, zarar, kusur, illiyet bağıdır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören kimsenin hukukî bir mezuniyeti olmaksızın, iş sahibinin işini kullanarak menfaat elde etmesi haksız fiilin şartları ile örtüşmektedir. Nitekim iş görenin hukukî mezuniyeti olmaksızın iş görme işlemi hukuka aykırı bir fiil teşkil etmekte, iş sahibinin işlerini yaparak kâr elde etmesi ile iş sahibi aleyhine zenginleşme meydana gelmektedir. İş görenin, işi yaparken kusurlu bir hareketinin olması veya olmaması önemli değildir. Keza haksız fiil olması bakımından kusur sorumluluğu yanında, kusursuz sorumluluk hâllerinden de haksız fiil sorumluluğu meydana gelebilmektedir. Ancak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi haksız fiil kapsamında incelenmesi gerektiğine yönelik nitelendirmemize esas teşkil eden ve sebepsiz zenginleşmeden ayıran asıl unsur illiyet bağı unsurudur. İlliyet bağı, hem sebepsiz zenginleşmede hem de haksız fiilde geçerli bir unsur olarak yer almakta; ancak, her iki borç kaynağı içinde yer alan illiyet bağı kavramı nitelik olarak farklılık taşımaktadır.

İlliyet bağı doktrinde şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisi olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir[90]. Şart teorisine göre bir olayın varlığı, zorunlu olarak bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlı olarak kurulmaktadır. Söz konusu şartlardan biri meydana gelmediğinde, olayın illiyet bağı yokluğu nedeniyle meydana gelmediği kabul edilmektedir. Bu nedenle şart teorisine göre her şart zorunludur ve diğer şartlar ile bağlıdır[91]. İkinci olarak uygun illiyet bağı teorisi, hayatın olağan akışı ve olayların meydana gelişine göre meydana gelen sonucu gerçekleştirme ihtimali objektif olarak yükselten zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağı ifade

---

88 Doktrinde Serozan, İsviçre hukukundan hareketle kötü niyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine doğrudan TBK md. 530 hükmünü uygulanması gerektiğini savunurken, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâllerine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını dile getirmiştir. Serozan, s. 317.

89 Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 744.

90 Eren, s. 538 vd.

91 Tandoğan, Mukayeseli, s. 74-75; Eren, s. 539.

etmektedir. Uygun illiyet bağı teorisine göre, hayatın olayın akışı içinde seyreden sebepler, bu olaya bağlanan sonucu meydana getirir niteliktedir. Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen illiyet bağı teorisi de uygun illiyet bağı teorisidir[92].

Haksız fiiller ile sebepsiz zenginleşmenin her ikisinde de illiyet bağı aranmaktadır. Ancak her iki kurum arasındaki temel fark, haksız fiilde uygun illiyet bağı kavramı kabul edilirken[93], sebepsiz zenginleşmede şart teorisi kabul edilmektedir[94]. Doktrinde *Eren*'e göre uygun illiyet bağı teorisi zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırmak, zarar vereni belirli oranda korumak ve zarar vereni hayatın olayın akışı içinde zarar ile uzak bağlantısı olan sonuçlardan arındırmak amacını taşımaktadır. Buna karşılık şart teorisi ise zarar vereni veya zenginleşeni korumak amacıyla hareket etmeden, zenginleşenin kendi mal varlığından kendisine ait olanı değil, haklı sebep olmadan başkası aleyhine elde ettiği zenginleşmeyi talep etmektedir[95]. İşte bu nedenle illiyet bağından kaynaklanan farklılıklar dolayısıyla, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil ile daha yakından ilişkilidir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören kimse kendi menfaatine olan bir iş yapmakta ise de, üçüncü kişinin işini kullanmak suretiyle hem üçüncü kişiye zarar vermesi olası bir fiil gerçekleştirmekte, hem de üçüncü kişinin işi ile zenginleşmektedir. Bu durumda aradaki illiyet bağı hayatın olayın akışı içinde meydana gelmesi muhtemel bir ilişki ağı kurmaktadır. Nitekim iş gören kimse işi yaparken hayatın olağan akışı içinde yapmış olduğu masrafları da talep etmek hakkına sahip olmanın yanında, yapmış olduğu işten elde etmiş olduğu tüm kazanımları da iade ile yükümlü olmaktadır. Bu nedenle uygun illiyet bağı teorisi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için uygulanacaktır[96] [97].

3.4.1. Haksız Fiil Hükümlerince Uygulanacak Hukuk

Türk hukukuna göre gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil olarak vasıflandırılması halinde uygulanacak hukuk genel kural MÖHUK md. 34'e göre tayin edilecektir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK haksız fiillere ilişkin yalnızca genel kural

---

92 Eren, s. 540.

93 Eren, s. 540.

94 Eren, s. 871.

95 Eren, s. 871.

96 Öte yandan her ne kadar uygun illiyet bağı gereğince gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil olarak nitelendirilse de, şart illiyet bağının meydana gelmesi halinde ve zarar boyutu ile işi gören kimsenin mal varlığına müdahalede bulunmadan, yalnızca elde etmiş olduğu kazanımları iade edeceği sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması da mümkündür. Doktrinde gerektiğinde bu iki talebin birbiri ile yarışmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Serozan, s. 317.

97 Bir hukukî olay birden fazla hukuk normunu ihlâl edebilir. Örneğin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâllerinde olduğu gibi, vekâletsiz iş görme eylemi hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşme hükümlerini ihlâl edebilir. Bu tür durumlarda *taleplerin yarışması* kavramı gündeme gelecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 291.

kabul etmiş, özel haksız fiil türleri için düzenleme getirmemiştir. Ancak zamanın değişen şartları, yeni sözleşme modellerinin meydana gelmesi nedeniyle, genel hükümlerin cevap veremediği alanlar için özel hükümler kabul edilmiştir. Ancak vekâletsiz iş görme kavramı özel bir hüküm olarak düzenlenmemiş, bu nedenle özel hükümlerin yer almadığı kanunlar ihtilâfı durumları için genel kural olarak md. 34'e göre çözüm getirilmesi kabul edilmiştir[98] [99].

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'e nazaran daha geniş, kör olmayan, objektif bağlama kuralları yanında sübjektif bağlama kuralları ile sorunun çözümüne hizmet etmeği amaçlayan 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesi, yenilik olarak taraflara hukuk seçme imkânı tanımaktadır. Buna göre haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında taraflar açıkça hukuk seçimi yapabileceklerdir (md. 34/5)[100]. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden meydana gelen haksız fiillerde de aynı durum söz konusu olabilecek ve taraflar vekâletsiz iş görmenin meydana gelmesi sonrasında hukuk seçimi yapabilecektir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme fiilinin meydana gelmesi ile taraflar hukuk seçimi yapmamışlar ise uygulanacak olan hukuk md. 34/1 uyarınca haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku olacaktır[101] [102]. Haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun kabul edilmesinin esas amacı, haksız fiili meydana getiren eylem aynı zamanda hukuka aykırılığı da meydana getirmesi nedeniyle, hukuka aykırılığın telafisinin ancak haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması ile giderileceği düşün-

---

98 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 291.

99 Doktrin haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda tarafların seçtiği hukukun uygulanmasını, hâkimin hukukunun uygulanmasını, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını, zarar yeri ile haksız fiili meydana getiren fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını önermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Turhan (1989), Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İkâ Yeri Kuralı, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, s. 1 vd.; Sibel Özel (2001), Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 882 vd.

100 Hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında yapılmasının eleştirisi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 293.

101 Turhan, s. 30 vd.

102 Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında haksız fiilin meydana geldiği yer kuralının asli bağlama kuralı olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu hakkında bkz. Turhan, s. 350 vd. Türk hukukunda, haksız fiilin ika yeri hukuku birinci derecede haksız fiil statüsüdür. Ancak haksız fiilin ika yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması halinde zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Bkz. Nomer, s. 312; Uluocak, s. 215; Tekinalp, s. 353; Çelikel/Erdem, s. 383. MÖHUK m. 34 de, zarar yerinden önce haksız fiilin işlendiği ika yerini bağlama kuralı olarak düzenlemekte ve bu yönüyle Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 396. Kanaatimizce Türk hukukunda da Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması kuralı terkedilmelidir. Zira haksız fiilin meydana geldiği yer tesadüfi olabilmektedir. Hâl böyle olunca fiilin meydana geldiği yer kuralının uygulanmasındaki amaç olan fiilin ihlâl edildiği yerin hukukunun, ihlâl eden tarafından en iyi bilindiği savı uygulanabilirliğini kaybetmektedir.

cesidir. Bunun yanında haksız fiili meydana getiren kimsenin, hukuka aykırı fiili meydana getirdiği yerin kurallarını en iyi bildiği ve buna göre sorumlu olacağı varsayımından hareketle işlem güvenliğinin tesis edilmesi amaçlanmaktadır[103]. Gerçek olamayan vekâletsiz iş görmede ise haksız fiilin meydana geldiği yer olarak iş gören kimsenin işi yaptığı yer kabul edilebilir. Zira, haksız fiili meydana getiren fiil işin görüldüğü yer olacaktır. Bu nedenle MÖHUK md. 34/1 uyarınca, vekâletsiz iş görme fiilinin işlendiği yer haksız fiilin meydana geldiği yer olarak kabul edilecek ve bu yerin hukuku uygulanacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere 5718 sayılı MÖHUK objektif ve sübjektif bağlama kuralları konusunda çeşitlilik sunmaktadır. MÖHUK md. 34/2 bu çeşitliliğin bir başka görünüm şeklidir. Özellikle Amerikan kanunlar ihtilâfında meydana gelen gelişmeler ve New York Temyiz Mahkemesinin 1963 yılında vermiş olduğu *Bobcock/ Jackson*[104] kararı sonrasında Yüksek Mahkemenin en sıkı bağlantılı hukuka vurgu yapması haksız fiilin meydana geldiği yer bağlama kuralının etkisini yitirmesine yol açmıştır. Karar sonrasında, haksız fiil bağlantı noktalarının toplandığı bir yer belirlenmekte ve bu yer en sıkı ilişkili hukuk olarak tayin edilmektedir[105]. Zarar haksız fiilin en önemli unsurudur ve bu nedenle zararın meydana geldiği yer, haksız fiilin tamamlandığı yer olması nedeniyle uygulanacak olan hukuk zararın meydana geldiği yer hukuku olacaktır[106]. MÖHUK uyarınca, haksız fiil ile zarar farklı yerlerde meydana gelmiş ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de işin yapıldığı yer ile bu işin zararlarının görüldüğü yerler farklı ülkelerde olabilir. Şu halde vekâletsiz olarak görülen iş sonrasında zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede zarar, iş sahibinin işi dolayısıyla doğrudan malvarlığında bir eksilme şeklinde olabileceği gibi, iş gören kimsenin işi görmesi nedeniyle elde etmiş olduğu menfaatler ve malvarlığında meydana gelen zenginleşme ile de olabilecektir. Zarar yeri şu halde birden fazla yerde meydana gelebilecektir. Zarar yerinin birden fazla olması halinde, hâkimin seçimi rol oynayacak ve hâkim zararın meydana geldiği yerlerden birinin hukukunu uygulayacaktır.

New York Temyiz Mahkemesinin 1963 yılında vermiş olduğu *Bobcock/ Jackson* kararı sonrasında, haksız fiilin meydana geldiği yer bağlama noktasının önemini yitirmesi ile gerçek bir istisna kuralı olarak ortaya çıkan en sıkı ilişkili yer hukuku bağlama noktası, mülga 2675 sayılı MÖHUK'te düzenlendikten sonra, 5718 sayı-

---

103 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 293; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 449-451.

104 Bobcock v Jackson, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963), Kararın ayrıntısı için bkz: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm>, Erişim Tarihi: 01.06.2015.

105 Collison/ Tatum, s. 587.

106 Zarar yerinin tercih edilmesi noktasında diğer sebepler için bkz. Öztekin-Gelgel, s. 96 vd.

lı MÖHUK'te de istisna kuralı olarak yer almıştır. Buna göre haksız fiilin bütün sonuçları dikkate alındıktan sonra niteliksel bir değerlendirme yapılmak suretiyle daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilerek uygulanacaktır[107]. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin taraflar, iş yapılan yer ve iş ile ilgili tüm yakınlıklar ve bağlantılar dikkate alınarak en sıkı ilişkili ülke hukuku tayin edilmelidir. Özellikle iş sahibi ile iş gören arasında daha önceden meydana gelmiş olan bir hukukî ilişki mevcut ise şu halde en sıkı ilişkili hukuk olarak, bu hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk kabul edilebilir[108]. Bunun yanında tarafların vatandaşlıkları, mutad meskenleri, yerleşim yerleri ile davanın görüldüğü ülke en yakın hukukun tespitinde unsurlar olarak belirlenebilir[109].

3.4.2. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerince Uygulanacak Hukuk

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, daha önce de belirttiğimiz gibi zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının şart illiyet bağı olduğu ve işi görülen kimsenin malvarlığında bir eksilme meydana geldiğinde sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde vasıflandırılacaktır. MÖHUK kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde hüküm bulunması nedeniyle bu tür bir vasıflandırma yapıldığında MÖHUK md. 39 gereğince uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

Türk-İsviçre borçlar hukuku sistematiğinde ayrı bir borç kaynağı olarak belirtilen sebepsiz zenginleşme, 2675 sayılı mülga MÖHUK'te düzenlendikten sonra, kanunun yürürlükte kaldığı süre zarfında getirilen eleştiriler sonrasında tekrar düzenlenerek 5718 sayılı MÖHUK'te kabul edilmiştir[110]. 5718 sayılı MÖHUK'te getirilen en dikkat çekici yenilik, sebepsiz zenginleşme sonrasında taraflara açıkça olmak kaydıyla hukuk seçme imkânı getirilmesi olmuştur. Buna göre taraflar, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra açıkça olmak kaydıyla sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku seçeceklerdir. Ancak, doktrindeki yazarların da haklı olarak belirttikleri üzere, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra tarafların hukuk seçmeleri tatbik kabiliyetinden yoksundur. Zira yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın meydana gelmesi sonrasında, bir araya gelerek sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı ve anlayışına sahip olan tarafların, bu uyuşmazlığı sona erdirerek mutabakata varma olasılıkları yüksektir[111]. Bu nedenle kanun koyucu tarafından kabul edilen bu uygulamanın tatbik imkânı güç gözükmektedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme fiillerinde de aynı durumun geçerliliğinden bahsetmek mümkündür.

---

107 En sıkı ilişkili hukukun tayininde referans alınan kriterler için bkz. Turhan, s. 382.

108 Benzer görüş için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458.

109 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295

110 Eleştiriler için bkz. Çelikel/ Erdem, s. 423.

111 Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 306. Adı geçen yazarlar aynı zorluğun sadece sebepsiz zenginleşme açısından değil, haksız fiilin tüm görünümleri bakımından geçerli olacağını savunmuşlardır.

Taraflar arasında hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, sebepsiz zenginleşmenin bir hukukî ilişkiden kaynaklanması durumunda, hukukî ilişkiye tatbik edilecek olan hukuk sebepsiz zenginleşmeye de uygulanacaktır. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş sahibi ile iş gören arasında daha önceden var olan, örneğin temsil, vekâlet, hizmet akdi türünde akitlerden kaynaklı hukukî ilişki ve iş gören kimse bu ilişkiden kaynaklanan yetkisinin sınırlarını aşarak kendi menfaatine olmak üzere vekâletsiz iş görüyor ise şu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlığı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde, asıl sözleşmeye tatbik edilen hukuk uygulanacaktır. Gerçekten de çoğu kez taraflar arasında önceden meydana gelmiş bir sözleşme var olup, iş gören kimse bu sözleşmeden kaynaklanan yetkilerini aşmak suretiyle kendi menfaatine vekâletsiz iş görmektedir[112].

MÖHUK md. 39'a göre eğer taraflar hukuk seçimi yapmamış ve daha önceden de kendi aralarında geçerli bir sözleşme ilişkisi mevcut değil ise şu halde uygulanacak hukuk zenginleşmenin meydana geldiği yer hukuku olacaktır (md. 39/1). Doktrin bu duruma karışma, birleşme gibi fiili bir duruma bağlı olarak sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesini örnek vermektedir. Belirtilen fiili durumdan kaynaklı sebepsiz zenginleşmeler, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâlleri bakımından uygulaması mümkün görülmeyen bir durumdur. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme fiili bir durum değildir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme fiillerine ilişkin son olarak belirtilmesi gerekli olan husus, fikri mülkiyet haklarından kaynaklı haksız zenginleşmelerin ne şekilde talep edileceğidir. Bilindiği üzere fikri sınai mülkiyet haklarının izinsiz kullanımı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve nihayet bunlara dayalı olarak vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde talep edilmeye müsaittir. Örneğin, Türk bir yayınevinin, Fransız yazara ait bir kitabı, telif ücreti ödemeksizin Türkiye'de yayımlaması hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşme ile talep edilebilecektir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri de belirtilen iki hukukî borç kaynağı ile yarışan bir talep olması nedeniyle, Fransız yazarlar vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak zararını talep edebilecektir[113]. Ancak haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme yanında Türk kanun koyucu MÖHUK md. 23'te fikri haklardan kaynaklanan kanunlar ihtilâfı hâllerine uygulanacak hukuku belirtmiştir. Fikri hakların ihlâl edilmesi durumunda hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuk haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde bakımından uygulanabilir iken; sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması durumunda zenginleşmenin meydana geldiği

---

112 Özel, Sebepsiz Zenginleşme, s. 756; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 306.

113 Doktrinde Yavuz'a göre vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan talep hakkı, sadece iş gören kimsenin zenginleşmesi ile sınırlı olmayıp, muhtemel kazançlarını da kapsayacağı için vekâletsiz iş görmeye dayanan talep hakkı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye nazaran daha fazla avantaj sağlamaktadır. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1365.

yer hukuku olarak uygulanacak; nihayet vekâletsiz iş görme bakımından da vekâletsiz olarak işin görüldüğü yer hukuku olarak tatbik imkânı bulacaktır. Ancak, her üç hukukî kavramın da fikri hakkın ihlâli sonrasında devreye girerek uygulanacak oluşu ve fikri hakkın ihlâlinden önceki durum için bir hukukî koruma sağlayamaması söz konusu bağlama kurallarının eksik kalan yanları olmuştur[114]. Bu nedenle fikri hakların ihlâlden önce korunması da dâhil olmak üzere her türlü hukukî tedbirin alınması ve korumanın sağlanması bakımından koruma devleti hukukunun, fikri hakkın korunmasında uygulanması kabul edilir olmuştur[115].

4. AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk

Avrupa Toplulukları hukukunda, milletlerarası özel hukuk alanında yeknesaklaştırma çalışmaları 1967 yılında başlamıştır. Bu tarihte *Benelux*[116] ülkelerinden gelen talep ile birlikte, Topluluk içinde o tarihte üye altı devlet tarafından bir tasarı hazırlanmıştır. Yapılan çalışma ile Topluluk içinde akdi ve akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklaştırma kabul edilmiştir. Ancak daha sonra alınan karar ile akit dışı borçlara dair hükümler çalışmadan çıkarılmış ve Roma II Tüzüğünün yapım aşamasına kadar bu konuda bir çalışma yapılmamıştır[117]. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma II Tüzüğü'nün esasa ilişkin hükümlerinin 2009 yılında yürürlüğe girmesi ile akit dışı borç ilişkileri hakkında AB bünyesinde[118] yeknesaklaştırma çalışması tamamlanmıştır[119].

Tüzüğün hazırlık çalışmaları esnasında vekâletsiz iş görme düzenlemeleri tek bent halinde yer almaktaydı. Tasarının 9. maddesi "h*aksız fiiller dışında yer alan akit dışı borç ilişkileri*" başlığında kabul edilmişti. Bu durumun nedeni olarak, Birlik üyesi ülkeler içinde akit dışı borç ilişkilerinin neler olduğu konusunda bir belirginlik ve

---

114 Çelikel/ Erdem, s. 403. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem (1999), Patent Haklarının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, s. 91 vd.

115 Çelikel/ Erdem, s. 403.

116 Benelüks, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg'un coğrafî olarak birlikteliğini anlatan, politik ve resmi bir işbirliği temeline oturan birliktir.

117 Güngör-Güneysu, s. 85.

118 Tüzük çalışması her ne kadar AB üyesi devletler tarafından yapılmış olsa da Tüzük uygulama alanı bakımından "*Evrensel*" niteliktedir. AB üyesi devletler dışındaki devletler de Tüzüğü kendi anlaşmalarında uygulayabilir. Bunun yanında Tüzüğün 3. Maddesinde açıkça belirtildiği üzere Tüzük ile birlikte seçilen hukuk AB ülkeleri dışında üçüncü bir devletin hukuku olabilir.

119 Bu Tüzüğün amacı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur gibi akit dışı borç ilişkilerini içeren kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlaştırmaktır. Roma II Tüzüğü, haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda genel bir bağlama kuralı; imalatçının sorumluluğu, haksız rekabet ve çevre zararları gibi akit dışı borç ilişkileri bakımından ise özel bağlama kuralları kabul etmektedir. Tarman, s. 195.

konsensus olmamasıydı[120]. 2005 yılında metnin son halinin görüşmeleri sırasında, tasarının 9. maddesinde kabul edilen "*haksız fiil dışındaki borç ilişkileri*" başlığı değiştirilmiş ve 11. maddede vekâletsiz iş görme başlığı altında Roma II Tüzüğü kabul edilmiştir[121].

Tüzükte vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeler sebepsiz zenginleşme hakkındaki düzenlemeler ile paralellik arz etmektedir[122]. Tüzük md. 11'e göre vekâletsiz iş görmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, geçerli bir hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda taraflar arasında mevcut hukukî ilişkiye uygulanacak olan hukuka tâbidir. Tüzüğe göre taraflar arasında önceden olması muhtemel borç ilişkisi md. 10'da örnek olarak belirtildiği üzere haksız fiil veya sözleşme kaynaklı olabilir[123]. Eğer taraflar arasında vekâletsiz iş görmeden önce geçerli bir hukukî ilişki bulunmuyor ise şu halde tarafların ortak mutad meskenleri hukuku uygulanacaktır (md. 11/2). Tarafların ortak mutad meskenleri bulunmuyor ise bu takdirde iş görmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır (md. 11/3). Ancak taraflar arasındaki borç ilişkisinden, vekâletsiz iş görme fiilinin bir başka hukuk ile daha sıkı bir ilişki içinde olduğu tespit edilir ise şu halde daha sıkı ilişkili hukuk olaya tatbik edilecektir (md. 11/4).

Vekâletsiz iş görmede işin görüldüğü ülke ile sonucun meydana geldiği ülke farklı olabilir. MÖHUK'te kabul edilen benzer düzenlemede böyle bir durumda zarar yeri hukukuna üstünlük tanınmaktaydı. Ancak, Tüzük vekâletsiz iş görmenin meydana geldiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması durumunda ne şekilde hareket edileceğini göstermemiştir. *Tarman*'a göre Tüzüğün tamamı incelendiğinde böyle bir durumda Tüzüğün de MÖHUK gibi zarar yeri hukukuna üstünlük tanıdığını belirtmektedir[124]. Bu yol ile işi gören kimseye, işin görüldüğü yerin değiştirmesinin önüne geçilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Roma II Tüzüğü kapsamında düzenlenen vekâletsiz iş görme "*negotiorum gestio*" olarak anılan gerçek vekâletsiz iş görme hâlidir. Yani iş görenin, iş sahibi menfaatine yapmış olduğu vekâletsiz iş görmeler Tüzük kapsamında düzenlenmiştir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin Avrupa devletlerinin birçoğunda hukukî statüsünün tartışmalı olması nedeniyle düzenlenmemiştir[125].

---

120 Özellikle vekâletsiz iş görme hakkında farklı hukuk sistemlerinde sebepsiz zenginleşme ile haksız fiil şeklinde vasıflandırmanın var olduğu bilinmemektedir. Öztekin-Gelgel, s. 57.

121 Öztekin-Gelgel, s. 60.

122 Tarman, s. 213.

123 Tarman, s. 213.

124 Tarman, s. 214.

125 Fransız ve Avusturyalı yazarlar vekâletsiz iş görmeyi yalnızca iş sahibi lehine yapılan bir fiil olarak görmektedir. Dolaysıyla bu hukuklarda vekâletsiz iş görmenin zorunlu unsuru iş sahibinin menfaatine iş yapmadır. İsviçre hukukunda ise vekâletsiz iş görmeye temsil ilişkileri uygulanmaktadır.

Bu kapsamda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ağırlıklı olarak haksız fiil olarak vasıflandırılması nedeniyle Tüzük md. 4'te yer alan genel kural uyarınca haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesini düşünüyoruz.

Tüzüğün 4. maddesi haksız fiiller konusunda genel kuralı düzenlemektedir. Buna göre haksız fiillere uygulanacak hukuk zararın meydana geldiği yer hukukudur. Tüzük bu bağlamda haksız fiillere ilişkin, zararın meydana geldiği yer hukukunu öncelikli bağlama noktası kabul ederek haksız fiilin ika yeri kuralını tamamen terk etmiştir. Hâl böyle olunca ika yeri ile zarar yeri farklı yerlerde olan, MÖHUK md. 34/2 düzenlemesi gibi bir hükmü geride bırakarak, mesafe haksız fiil olarak nitelendirilen olaylar bakımından doğrudan zarar yerini kabul etmiştir[126]. Söz konusu durumda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâlinin meydana gelmesi durumunda Tüzük uygulama alanının ne şekilde olacağını Tüzüğün gerekçesinden hareket ederek bir çözmek mümkün olacaktır. Tüzüğün gerekçesinin 16. maddesinde belirtildiği üzere zarar yeri kavramı taraflar arasındaki edimler dengesini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Eğer ika yeri hukuku haksız fiil ilişkisine kabul edilecek olsaydı bu takdirde haksız fiili işleyen tarafın lehine bir düzenleme yapılmış olacaktı. Ancak, zararın meydana geldiği yer ile özellikle mağdurun mutad meskenin örtüşmesi durumunda mağdur lehine bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Roma II Tüzüğünün 4. maddesinin 2. fıkrası, genel bağlama kuralına bir istisna getirerek failin ve zarar gören kişinin ortak bir yerde ikamet etmeleri durumunda zarar nerede meydana gelmiş olursa olsun tarafların ortak mutad mesken yeri hukukunun uygulanması gerektiğini düzenlemiştir[127] [128]. Bu noktada ortak mutad mesken hukuku kriteri gerçek vekâletsiz iş görme kurallarını düzenleyen md. 11'de olduğu gibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan Tüzüğün 4. maddesinin son fıkrasında düzenlenen halin tüm şartlarından daha sıkı irtibatlı bir hukukun tespit edilmesi durumunda, en sıkı irtibat kuralı gereği bu hukukun uygulanması düzenlemesi haksız fiiller için de geçerlidir. Bu nedenle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme konusunda daha yakın irtibatlı bir hukuk tüm olay örgüsü değerlendirilerek tespit edilmesi durumunda bu hukuk uygulama alanı bulacaktır.

---

126 Zarar yerinden kasıt doğrudan zararların meydana geldiği yerdir. Dolaylı zararlar bu noktada zarar yerinin belirlenmesinde kullanılan bir kriter değildir. Tarman, s. 199.

127 Tarafların ortak mutad oturma yerinin tek başına haksız fiil yeri kaidesini bertaraf etmesini kabul etmenin kolay olmadığı, ancak belirli şartlar altında tarafların ortak şahsi statülerini tatbik etmek gerektiği hakkında bkz. Nomer, s. 315-316. Buna karşılık, milletlerarası uygulamada, doktrinde ve sözleşmelerde mutad mesken kriterinin bazen birinci derecede bağlama kriteri olarak kabul edildiği hakkında bkz. Tekinalp, s. 362.

128 Tarman bu durumun New York Temyiz Mahkemesinin Bobcock/ Jackson kararı etkisinde bir düzenleme olduğunu belirtmektedir. Tarman, s. 201.

SONUÇ

Bu çalışmada yabancı unsurlu vekâletsiz iş görmeye ilişkin sözleşmesel, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme içeriğine sahip farklı nitelikteki durumlara uygulanacak hukuku, nitelik ile bağdaşır şekilde uygulanacak hukuka dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu anlamda iş gören kimsenin iş sahibi menfaatine yapmış olduğu iş görmeler bakımından gerçek, iş gören kimsenin kendi menfaatine iş yaptığı durumlar bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramları incelenmiştir.

Gerçek vekâletsiz iş görme, TBK md. 529 tanımından hareketle kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak değerlendirilmek suretiyle, sözleşmesel nitelik arz etmektedir. Söz konusu durumun sözleşmesel nitelik arz etmesi nedeniyle MÖHUK md. 24 kapsamında uygulanacak olan hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Bu takdirde taraflar gerçek vekâletsiz iş görme sözleşmesine hukuk seçimi yapmak suretiyle uygulanacak hukuku tespit edecekleri gibi, hukuk seçmemeleri durumunda md. 24 kanun koyucunun zikrettiği objektif bağlama kuralı devreye girecektir. Hâkim objektif bağlama kurallarına uygun olarak öncelikle karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kurulması anındaki mutad meskeni veya sözleşme ticari bir nitelik arz ediyor ise iş yeri hukuku uygulanacaktır.

Vekâletsiz iş görme, niteliği icabı temsil, vekâlet, hizmet sözleşmelerinden doğabilmektedir. Böyle durumlarda, vekâlet verilen kimsenin kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşması da vekâletsiz iş görme olarak vasıflandırılmaktadır. Hâl böyle olunca, farklı sözleşme modellerinde yer alan temsil yetkisinin, iş gören kimse tarafından aşılması suretiyle vekâletsiz iş görme hükümleri devreye girmektedir. Ancak, belirtilen durumlarda iş sahibinin temsil yetkisi olduğu ve bunu aşması söz konusu olduğundan buradan doğacak ihtilâflarda da MÖHUK md. 30/2 uyarınca yetkisiz temsil hükümleri uygulanacaktır.

Vekâletsiz iş görmenin ikinci yönü ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş göre unsurlar itibariyle hem haksız fiil hem de sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Aradaki illiyet bağının uygun illiyet bağı olması halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil niteliği taşımakta ve MÖHUK md. 34 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak aradaki illiyet bağının şart illiyet bağı olması ihtimâlinde vekâletsiz iş görmenin niteliği sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılmakta ve MÖHUK md. 39 uyarınca uygulanacak olan hukuk tayin edilmektedir.

AB düzenlemeleri çerçevesinde 2009 yılında yürürlüğe giren Roma II Tüzüğü kapsamında 11. madde vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuku ele almaktadır. Vekâletsiz iş görmenin Roma hukukundan bu yana geçerli olan tanımı çerçevesinde *negotiorum gestio* olarak isimlendirilmektedir. Şu halde *negotiorum gestio* ile anlatılmak istenen gerçek vekâletsiz iş görme olup, Tüzük kapsamında da bu durum düzen-

lenmiştir. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin bir düzenleme yapılmaması, Tüzük genel kuralları ve sistematiğinden hareketle tespit edilmeye çalışılmıştır. Tüzük genel sistematiği uyarınca haksız fiil ilişkilerinin düzenlendiği 4. maddesi kapsamında Tüzük kapsamında yer almayan düzenlemeler bakımından uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Böyle bir durumda, Tüzük kapsamında yer almayan bir düzenleme olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil olarak vasıflandırılması durumunda haksız fiile ilişkin genel kural kapsamında değerlendirilecektir.

KAYNAKÇA

Akbıyık, A. Arkan (1999), Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul: Alfa Yayınları.

Arpacı, Abdulkadir/ Hatemi, Hüseyin/ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Serozan, Rona (2006), Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Cilt, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayıncılık.

Bayata-Canyaş, Aslı (2012), AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara: Adalet Yayınevi.

Bilge, Necip (1962), Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, B. 2. Ankara.

Collison, P. D./ Tatum, F. M. (1972), Most Significant Contacts Method: An Empirical, Analysis, 25 Vand. L. Review, s. 575-612. (http://heinonline.org/HOL/ Page?handle=hein.journals/vanlr25&div=46&g_sent=1&collection=journals) Erişim Tarihi: 22.04.2015.

Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Demir-Gökyayla, Cemile (2013), Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Doğan, Vahit (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayıncılık.

Erdem, B. Bahadır (1999), Patent Haklarının Korunması ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul.

Fikret Eren (2015), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Göktürk, H. Avni (1951), Borçlar Hukuku, Ankara: Ulus Basımevi.

Gümüş, Alper (2012), Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 2, İkinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Güngör-Güneysu, Gülin (2007), Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Hay, P. (2000), Conflict of Laws, B. 3, St. Paul, Minn.

Hatemi, Hüseyin (2000), Türk hukukunda Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler, Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul, s. 383-389.

Kırca, İsmail (1995), Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt 44, Sayı 1-4, s. 443-450.

Karahasan, M. Reşit (2002), Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (1978), Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 1. Fasikül, İstanbul.

Mo Zhang (2009), Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law, Seton Hall Law Review, Vol. 39, s. 864: http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=shlr. (Erişim Tarihi: 1.5.2015).

Nomer, Ergin (2015), Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Oğuzman Kemal/ Öz Turgut (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Özdemir, H. Gökçe (2001), Roma Hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özel, Sibel (1999), Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilâfı Meselesi (Sebepsiz Zenginleşme), Aysel Çelikel'e Armağan, MHB, C. 19, S. 2, s. 713-731.

Özel, Sibel (2001), Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 874-953.

Özel, Sibel (2002), Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/2 Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi (Sözleşme), MHB, C. 22, S. 2, Y. 2002, s. 577-617.

Öztekin-Gelgel, Günseli (2006), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Sargın, Fügen (2001), Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, s. 37-96.

Saymen, F. Hakkı/ Elbir, H. Kemal (1958), Türk Borçlar Hukuku I-II, İstanbul.

Schultz, J. C. (1982), The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC. Convention on Carriage of Goods " in Contract Conflicts, (ed. North, D. C. L.), Amsterdam / New York / Oxford, pp. 185-201.

Şanlı, Cemal / Ataman-Figenmeşe, İnci/ Esen, Emre (2015), Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Tandoğan, Haluk (1957), Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme (Mukayeseli), İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını No:109.

Tandoğan, Haluk (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 4. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Tarman, Z. Derya (2008), Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, s. 193-222.

Tekinalp, Gülören (1988), Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB., C. 8, S. 1, s. 59-70.

Tekinalp, Gülören/ Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Turhan, Turgut (1989), Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İkâ Yeri Kuralı, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık.

Uluocak, Nihal (1989), Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul.

Uluocak, Nihal (2002), Milletlerarası Haksız Fiil İhtilâflarında Fransız Hukukunda Meydana Gelen Yabancı Gelişmeler, Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, s. 889-948.

Uzun-Şenol Pınar (2014), Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukukî Durumu, İstanbul: FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, s. 293-309.

Vischer, F. (1977), Drafting National Legislation on Conflict of Laws: The Swiss Experience, Law and Contemporary Problems, No.2, Spring, s.131-145.

Yavuz, Cevdet / Faruk Acar/ Burak Özen (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2012), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Yavuz, Nihat (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 2. Cilt, Ankara, Adalet Yayınları.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre (2014), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara: Turhan Yayıncılık.

ŞAHSİ OLARAK İFLASI İSTENEBİLEN BANKA YÖNETİCİLERİ, DENETİCİLERİ VE HAKİM ORTAKLARI

(Managers, Auditors and Controlling Shareholders of Banks Whom Individual Bankruptcy can be Petitionned)

Doç. Dr. M. Fahrettin ÖNDER*
Av. Sibel MUTLUCAN SAYIN

ÖZET

Ticari faaliyetleri sonucu tacirler iflasa tabi iken, tacir olmadıkları halde bankacılıkta banka yöneticileri, denetçileri ve hakim ortakları da belli şartların bulunması halinde Bankacılık Kanununun 110. maddesi uyarınca iflasa tabi kılınmışlardır. Bankaların ekonomide güven müessesesi olması, yöneticilerinin de dikkatli bir şekilde bankaları yönetmelerini gerektirir. Bu yüzden bu çalışmada şahsi iflasa tabi kişiler tek tek belirlenmiş ve iflas şartları da ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: İflas, banka yöneticilerinin iflası, şahsi iflasın şartları, banka yöneticisi, şahsi iflas

Abstract

Bank executives, auditors and also controlling shareholders and managing are subject to bankruptcy in accordance with the Banking Act Article 110 although they are not the traders while the traders are subject to bankruptcy as a result of their commercial activity. Because of the fact that banksa re the instutions of confidence in economies, their managers have to be also careful about managing the banks. Therefore, the study tries to explain the bankruptcy conditions and it also tries to define the people who are subject to bankruptcy individually.

Keywords: Bankruptcy, bankruptcy of managers of bank, individually bankruptcy conditions, managers of bank, individual bankruptcy

GİRİŞ

Bankalar günümüz ekonomik sisteminin en önemli yapı taşlarından bir tanesidir. Liberal ekonomik sistemin hakim olduğu ülkelerde bankaların çok önemli işlev-

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

leri bulunmaktadır. Bankalar, bir taraftan halkın maddi zenginliklerinin yönetiminde önemli bir rol üstlenirken diğer taraftan tutumlarıyla ekonomideki para hacminin belirlenmesinde etkili olmaktadırlar[1]. İşte ekonominin bir nevi lokomotifi konumundaki bankaların, mali yapıları ile herkese güven vermesi gerekmektedir. Nitekim bankalara karşı oluşabilecek en ufak bir güven kaybı domino taşı etkisi meydana getirmekte ve tüm ekonomik ve siyasi düzeni olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Aynı zamanda ülke ekonomisi üzerinde önemli rolleri olan bankalar, ekonomideki meydana gelebilecek tüm gelişmelerden de etkilenmektedirler[2].

Ülkemiz açısından baktığımızda, bankacılık geçmişinin bir bölümünde sicilinin hiç de parlak olmadığını görmekteyiz. Avrupa ülkelerinden çok sonra kurulan bankalar, dönem dönem ekonomik açıdan birçok acı tecrübenin yaşanmasına neden olmuşlardır. Bir türlü oturtulamamış bir bankacılık sistemi üzerine inşa edilen bankalar, yöneticilerinin basiretsiz ve etik olmayan yönetimleri ile ciddi ekonomik darboğaza neden olmuşlardır. Bankaların mali durumlarının kötüleşmesin de ülkenin kırılgan ekonomik yapısının da neden olduğunu unutmamak gerekmektedir. 2003 yılında İmar Bankası'nın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna(TMSF) devrinden sonra konu önemini yitirmiş gibi gözükmekteyse de 29.05.2015 tarihinde bu sefer Bank Asya'nın TMSF.'ye devredilmesi, konunun öneminin hala devam ettiğini göstermektedir.

Ekonomide acı reçetelerden geçmek zorunda kalan ülkemizde Bankacılık mevzuatı konusunda birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin en sonuncusu da 2005 yılında çıkarılan 5411 sayılı Bankacılık Kanunudur (BankK). Bu Kanun, şahsi iflasa tabi olma bakımından farklılaştırılmış şekillerde de olsa 1936 tarihli 2999 sayılı Kanunda düzenlenip daha sonraki Kanunlarda da benzer prensibini muhafaza etmiştir.

Bu çalışmamızda, banka yöneticileri , deneticileri ve hakim ortaklarının şahsi iflasları incele konusu yapılmıştır.

I. Şahsi İflasa Tabi Banka Yöneticilerinin Belirliliği

Şahsi sorumluluğu düzenleyen BankK. m. 110/I hükmü aşağıdaki gibidir.

"Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen

---

1 **YÜKSEL, A.Sait/ YÜKSEL, Aslı/YÜKSEL, Ülkü;** Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 10.

2 **OY, Osman**, Bankalar Kanununa Göre Yönetim Kurulu, Yönetici ve Ortakların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları ve 4389 Sayılı Bankalar Kanunu**,** Beta yayınevi, 2. bası, İstanbul, 2002, s. 3.

iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın hâkim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır. Bu suretle tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsup edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye hâlindeki veya iflasa tâbi bankaya iade edilir." Bu fıkrada şahsi iflası istenecek kişiler için "banka yöneticileri" kavramına yer verilmiştir. Bu kavram da, yine "yöneticiler" olarak BankK. m. 3'de;

"Yöneticiler: Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini," şeklinde tanımlanmıştır.

Bankacılık yapacak kuruluşun bir anonim şirket olması açısından konunun BankK.'da olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) anonim şirketler için geçerli hükümlerin de dikkate alınmasını bir açıdan karşılaştırılmasını da gerektirecektir. Çünkü 6102 sayılı TTK m. 359 ve devamında yönetim ve temsili içeren ve organ niteliğindeki yönetim kurulu şeklinde bir yönetici kavramı düzenlenmiştir. Oysa BankK. m. 3' de, başta yönetim kurulu olmak üzere yönetime etki ve katkıda bulunan yönetim kurulu üyelerinden ve diğer kişilerden oluşan genişletilmiş bir düzenleme yapılmıştır. Sahsi sorumluluk söz konusu olduğu için organdan ziyade organ üyesi dahil kişiler açısından bir yönetici kavramı getirilmesi yerinde olmuştur. 5411 sayılı BankK düzenlemesi ile şahsi iflası istenebilecek kişiler artık belirli hale gelmiştir denilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü burada yapılan bilimsel tartışma ve Yargıtay uygulaması[3], özellikle mülga 3182 sayılı Kanun döneminde şahsi iflası düzenleyen 69. maddesinin de değiştirildiği 512 ve 538 sayılı KHK düzenlemelerinin Anayasa Mahkemesince yönetim kurulu üyesi ve genel müdür dışında iptal edilmesinden dolayı ortaya çıkmış ve mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunun 17/(1) hükmünde de;

"Bir bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurlarının kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, fon kurulu kararına istinaden ve Fon un talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklara menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden aynı hüküm uygulanır." Şeklinde düzenlenmişti.

---

[3] Yargıtay 19. HD'nin 16.10.2004 T. Ve 2004/9515 E, 2004/12667 sayılı ilamı(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Prog)

5411 sayılı BankK.'daki tanıma kadar genel değişmeyen uygulama, ***bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleriyle, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurları*** şeklindeydi. Ancak 5411 sayılı BankK ile bu husus, tanımlara bırakılmış, şahsi iflası düzenleyen 110. maddede ise yöneticiler şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda şahsi iflası istenebilecek olanları tanım'da yer alan kişiler olarak sayılı ve sınırlı kabul etmek gerekecektir.

A- Banka Yönetim Kurulu Başkan ve Üyeleri

Bankalar, 6102 sayılı TTK.'da düzenlenen bir sermaye şirketi olarak anonim şirket şeklinde kurulmak zorundadırlar. Ancak bankalar, özelde 5411 sayılı BankK.'da düzenlenen hükümlere tabi olarak bir anonim şirketten farklı özelliklere de sahiptirler. Bu farklılıklar, bankaların taşıdıkları önem nedeniyle, şirketin kuruluşundan ortak sayısına, organların niteliklerinden daha pek çok alanda kendisini göstermektedir. Keza, 6102 sayılı TTK.'da belirtilen tek kişi ile anonim şirket kurulabilmesi imkanı bankalar için mümkün olmamaktadır.

BankK.'nun 23. maddesine göre, kurulan bir bankanın yönetim kurulu, genel müdür dahil 5 kişiden az olamayacaktır. Bankaların yönetim kurulu için bir alt sınır öngörülmüş iken üst sınır için bir sayı belirtilmemiştir. Bankalar, bu Kanuna göre bir genel müdür atamak zorundadırlar. Bunun sebebi, bankacılık işlemlerinin uzmanlık gerektiren bir iş olması, işlem hacimlerinin büyüklüğü ve ülke genelinde çok sayıda şube ve personele sahip bulunmalarıdır[4].

BankK.'da, banka yönetim kurulu üyelerinin görev süresi ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle görev süresi ile ilgili olarak 6102 sayılı TTK.'nun 362. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre, yönetim kurulu üyeleri 3 yıl için atanmaktadırlar. BankK. m. 110 anlamında icrai yetkisi olsun olmasın banka yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan kimseler şahsi iflasa tabi olacaklardır. Ancak bazı yönetim kurulu üyeleri atandıkları görev dolayısıyla başka sıfatları da taşıyacaklarından Kanuni tanımda yer aldıkları ölçüde yeni sıfatları dolayısıyla şahsi iflasa tabi olacaklardır.

B- Murahhas Üyeler

BankK. m. 23'de murahhas üyelerden bahsedilmektedir. Murahhas üyeliği ilişkin BankK'da başka bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda devreye 6102 sayılı TTK m. 367 ve 370 girmektedir. Aslında murahhas üye bir yönetim kurulu üyesidir. Bu husus, sadece organ niteliğinde görev yapan yönetim kurulunun esas sözleşme ve iç yönerge hükümleri çerçevesinde yönetim ve temsilini bir veya birkaç

4 **ALICI, Yaşar**, Bankacılık Kanunu Şerhi**,** Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 258.

yönetim kurulu üyesine yetkinin devrinden ibaret olan bir hususdur. Böyle bir durum gerçekleştiğinde yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu özel olarak murahhas üyenin şahsi sorumluluğu olarak devreye girecektir.

C- Denetim Komitesi Üyeleri

BankK. m. 24 uyarınca organ niteliğinde olan denetim komitesi, yönetime bağlı bir denetimi[5] kapsamaktadır. Denetim, yönetim yeteneğini de gerektirir. Çünkü denetleyebilmek için yönetimi bilmek gerekir. Denetim görev ve yetkilerine bakıldığında bu sonucu çıkarmak mümkündür. Uzun yılların verdiği tecrübeler, sadece geçmişe yönelik değil geleceğe yönelik olarak da denetim yapılması zaruretini ortaya çıkardığından geleceği de içine alan yönetimin bir parçası haline gelen risk denetimi de bir denetim komitesi şeklinde organı meydana getirmiştir.

BankK. m. 24/III ve IV'e göre, denetim komitesi, yönetim kurulu adına bankanın iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin BankK ve diğer ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetecek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde gerekli ön değerlendirmeleri yapacak, yönetim kurulu tarafından seçilen bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetlerini düzenli olarak izleyecek, ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda, konsolide denetime tâbi kuruluşların iç denetim işlevlerinin konsolide olarak sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlayacaktır. Denetim komitesinin bu şekildeki yönetime bağlı denetimi bir nevi denetim yönetimi olduğu için ayrıca bu sıfatlarıyla şahsi iflasa tabi kişiler olarak sayılmışlardır.

D- Genel Müdür ve Yardımcıları

BankK. m. 23'de yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu belirtilen genel müdür, 25. Maddede taşıması gerekli nitelikleri gösterilmektedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri gibi belli uzmanlık alanlarına sahip kişilerden olması gerekmektedir. Genel müdürün atanması konusunda ise BankK.'da bir düzenleme yer almamaktadır. Yönetim kurulunun doğal üyesi olması ve mutlaka atanacak bir kişi olarak banka teşkilatlanması içinde yer almasından dolayı ağırlıklı olarak doğrudan genel kurul tarafından atanması veya yönetim kurulu üyeleri kendi arasından birini seçmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir[6].

Bana genel müdür yanında yeteri kadar genel müdür yardımcıları da atanabileceği atanma şartlarının yazıldığı BankK. m. 25'den anlaşılmaktadır. Dolayısıyla

---

5 **ÖNDER, M. Fahrettin**, "Bankalarda Denetim Komitesinin Kurumsal Yönetim İçindeki Yeri", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, s. 180,

6 **GÖKTÜRK, Kürşat,** Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Kitapçılık, Ankara, 2013, s. 77

tanımlarda banka genel müdür yardımcıları da yönetici sayıldıklarından şahsi iflasa tabi kişilerden olmaktadır. Burada ayrca BankK. m. 25/II'de zikredilen genel müdür yardımcısı sıfatı bulunmasa bile başka unvan altında görev yapan üst düzey personelin genel müdür yardımcısına denk veya daha üst bir görev icra ediyorsa bu yöneticilerin de genel müdür yardımcısı niteliğinde olacağına ilişkin hükmü de unutmamak gerekir. Dolayısıyla şahsi iflasa tabi olmak açısından sadece genel müdür veya yardımcılarından olmak yeterli olmamakta benzer görevleri yapanların da genel müdür yardımcısı sıfatı taşımasa bile eşitlik ilkesi gereği iflasa tabi olacaklardır. Uygulamada koordinatör sıfatıyla atama yapılıp görev yapan kişiler[7] bulunmaktadır. Bunlar da genel müdür yardımcıları gibi iflasa tabi kişilerden olacaklardır. Ayrıca Bankaların İç Sistemleri Hakkındaki ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik[8] hükümlerine göre iç denetim, iç kontrol ve risk yönetimi sistemi yöneticileri de üst yönetim olarak adlandırıldığından iç sistem yöneticileri de genel müdür yardımcıları gibi değerlendirilmelidir.

Banka genel müdürünün hukuki niteliği konusunda 6762 sayılı TTK döneminde 342. madde kapsamında müdür sıfatındaki kişiler olarak değerlendirilebileceği[9] savunulmaktadır. 6102 sayılı TTK m. 370/(2)'de de aynı şekilde düzenleme mevcuttur. Ancak kanaatimce banka genel müdürünü bu şekildeki müdür olarak görmek BankK. m. 23 hükmü karşısında doğru olmayacaktır. Özellikle yönetim kurulu üyeleri arasından bir genel müdür seçildiği takdirde bu kişiyi 6102 sayılı TTK m. 370/(2) anlamında müdür saymak mümkün olmayacaktır. Bu durumda olsa olsa yetki verildiği ölçüde murahhas üye olarak görmek gerekir. Ancak bu husus, genel müdür yardımcıları açısından geçerli olmaz.

E- Kredi Komitesi Üyeleri

Kurulması zorunluluğu bulunmayan kurulduğu takdirde yasal dayanağını BankK. m. 51/II'den alan kredi komitesinin oluşumu bu madde kapsamında Yönetmelik hükümlerine bırakılmıştır. Nitekim Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin[10] 6. maddesine göre yine yönetim kurulu üyelerinden en az iki üyesi ve banka genel müdüründen oluşmaktadır. Bu durumda kredi komitesi oluşturulmuşsa şahsi iflasa ilişkin sorumluluk kredi komitesi üyesi olarak dikkate alınacaktır. Aslında kredi açma yetkisi banka yönetim kurulunun yetkisinde olan bir husus iken Kanun bu yetkiyi oluşturulmuşsa kredi komitesine en fazla özkaynağın % 10 oranında ve-

---

7 **ALICI,** s. 284

8 11.07.2014 T. Ve 29057 sayılı RG.

9 **TEKİNALP, Ünal,** Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (Banka Hukukunun Esasları), s. 177, **DOĞRUSÖZ, Hanife,** Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu**,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.99

10 01.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

rebilecektir. Bu durumda yönetim kurulunun sorumluluğu da aynı şekilde devam edecektir.

F- İmza Yetkisine Sahip Diğer Kişiler

1.Bölge ve Şube Müdürleri

Mülga 4389 sayılı Kanun ile daha önceki kanunlarda şahsi iflası istenebilen münferit kişiler için "imzaları bankayı ilzam eden memurları" kavramı kullanılmaktaydı. Bu gün için kapsamı belirten sayma yöntemi kullanılsa da aslında imza yetkisine sahip diğer yöneticiler kavramı da kullanılabilir. İşte bunların başında bankanın varsa bölge müdürleri veya şubeleri için atanmış şube müdürleri kendi alanları için en üst yönetici konumundadırlar. Çünkü şubede idari anlamda bir bağımsızlık olmadığı bilakis merkeze bağımlılığın olduğu yerde dışa karşı bir diğer deyişle müşterilere karşı bağımsızlık bulunduğundan yapılan işlemler bakımından şube müdürlerinin de iflasa tabi kişilere dahil edilmesi yerinde olmuştur. Ancak şahsi iflas istenebilmesi şartlarının bir bütün olarak banka üzerinde gerçekleşmesi gerektiğinden, bir şube müdürünün sonuca ne derece etkili olduğu veya şubenin faaliyetinin doğrudan bunlarla ilgili olup olmadığı da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

2. Merkez Teşkilatı Birim Amirleri

BankK. m. 3'te yer alan yönetici tanımında merkezdeki genel müdürlük bünyesinde yer alan bölüm, kısım, grup gibi birimlerin amirleri de yer almaktadır. Bankaların merkez teşkilatlanmasında bir sınırlama olmadığı için geniş yetkilere sahiptirler. Görüldüğü üzere, bölüm, kısım, grup gibi tabirlerden kapsamın geniş tutulduğu sonucu çıkmaktadır. Önceki Kanunlara nazaran yönetici tanımının daha da genişletilmesinin sebebinin bankacılık sektöründe yaşanan acı tecrübelerin olduğu muhakkaktır. Ancak şahsi iflaslarının istenebilmesi bakımından genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup gibi birimlerin yöneticilerinden kişi olarak kimlerin kastedildiğini anlamak çok mümkün değildir[11]. Üstelik bankacılık işlemlerinin işleyişi bakımından bu kimselerin bir bankanın fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına sebep olacak nitelikte karar almaları, aldıkları varsayılsa bile bunun tespiti oldukça zor gözükmektedir. Kanun koyucunun buradaki amacının, gelişen teknolojinin geleneksel banka yapılandırmasını ortadan kaldırdığı yeni birimlerin ortaya çıkması ile yönetimde söz sahibi olan bu kimselerin sorumluluk kapsamı dışında bırakılmasının önüne geçme düşüncesi olduğu ifade edilmektedir[12]. Bu nedenle banka bünyesindeki bir yapılanmanın birim olup olmadığının tespitinde,

---

11 **DOĞRUSÖZ,** s.92.

12 **DOĞRUSÖZ,** s. 102.

sonuç olarak kime bağlı olduğuna değil, üstünde ayrı bir yapılanmanın varlığına ve faaliyetlerinin niteliğine bakılacaktır[13]. Özellikle istihbarat, hukuk, insan kaynakları, finans yönetimi gibi isimler sayılabilir[14]. Ayrıca, Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine göre iç denetim, iç kontrol ve risk yönetimi sistemi kurulması da bir zorunluluk olduğundan iç sistem yöneticileri genel müdür yardımcısı gibi değerlendirilse bile ayrı ayrı her bir birimdeki imza yetkisine haiz kişiler de birim amiri olarak şahsen iflası istenecek kişiler gibi değerlendirilecektir. Bu gibi birimlerde iç işleyiş bakımından genel müdürlüğe bağlılık olsa da bağımsız karar alabilme yetkisi bulunduğu kabul edilerek yönetici kapsamına dahil edildikleri kanaatini taşımaktayız. Çünkü tanımda imza yetkisine sahip şeklinde bir açıklama ile karar alma serbestisi kısmen vurgulanmış olmaktadır.

II. Şahsi İflası İstenebilen Banka Denetçisinden Kimlerin Anlaşılması Gerektiğinin Tespiti

BankK. m. 110, açıkça banka denetçilerinin de şahsen iflası istenebilen kişiler arasında saymıştır. Oysa 2005 yılından önce benzer bir düzenleme bulunmamakta idi. 5411 sayılı BankK.'nun yürürlüğe girdiği dönemde aynı zamanda bir anonim şirket olan banka için 6762 sayılı TTK.'nun 347. maddesi uyarınca organ niteliğinde bir denetçi bulunmakta idi. Bunun yanında organ niteliğinde denetim komitesi yer almakta ayrıca iç sistemler kapsamında banka müfettişlerinin yürüttüğü iç denetim ile bağımsız dış denetim yapılmakta idi.

Denetim organındaki denetçi, hukuki olarak da bir iç denetim ve fonksiyon olarak da yönetim denetimi yapmaktaydı. Banka müfettişleri de iç denetim yapmaktaydı ve hala yapmaktadır. Bağımsız dış denetçi ise dış denetim yapmaktadır. Burada denetçi kavramı, organ niteliğindeki denetçide ve bağımsız dış denetçide kullanılmaktadır. İç denetimdeki banka müfettişlerine ise bu ad kullanılmakta ve denetçi ismi kullanılmamaktadır.

Organ niteliğindeki denetçilik için herhangi bir uzmanlık şartının aranmadığı bu denetim sisteminde, geçen süreç içinde fonksiyonunu yitirdiğinden 6102 sayılı TTK ile kaldırılarak belli şartlara sahip şirketler için bağımsız dış denetim öngörülmüştür. 6102 sayılı TTK.'nun yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana artık denetçi sadece dış denetçiyi ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yukarıdaki gelişmeler ışığında BankK.'nun 110. maddesi ile sorumluluk kapsamına alınan denetçiler kavramının muğlâk kaldığı ilk bakışta söylenebilecektir. Ancak, yöneticiler kavramı içinde ifade edilen banka yönetim kurulunda ayrı bir

---

13 **ALICI,** s. 62.

14 **GÖKTÜRK,** s. 87.

birim olarak örgütlenen denetim komitesinin bu kapsamda olmadığı açıktır. Çünkü denetim komitesi, yönetimin bir parçası olarak denetim yönetimini üstlenmiştir ve denetçi değil yöneticidirler.

Tekinalp[15], konuya ilişkin olarak denetçi kavramının organ anlamında kullanıldığını bu nedenle bağımsız denetim kuruluşları, yeminli banka murakıpları ve iç denetçilerin bu kapsamda olamayacağını belirtmektedir. Reisoğlu[16] ve Doğrusöz[17] de bu görüşe benzer açıklamalar yapmaktadırlar. Battal[18], aksi görüşü savunarak iç denetim sistemine dahil olan müfettişlerin bu kapsamda olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce BankK. m. 110, şahsi sorumluluk için belirleme yaparken 3. maddede belirtilen yöneticiler merkezinde hareket ederek organdan ziyade kişileri esas almıştır. Organ niteliğindeki iç denetçiler de 6762 sayılı TTK döneminde şahsi iflasa tabi iken hali hazırda kaldırıldığından geriye denetçi olarak görev yapan bağımsız dış denetçiler kalmaktadır. Banka müfettişleri, iç denetim biriminde imza yetkisine sahip olarak amir pozisyonunda iseler o takdirde zaten yönetici olarak sorumluluğa dahil olmaktadırlar. Banka müfettişleri yönetici konumunda değillerse bu takdirde iç denetim biriminde yer alsalar da yönetim kapsamında kaldıklarından şahsi iflası gerektiren denetçi sayılmamaları gerektiği kanaatindeyiz.

III. Şahsi İflası İstenebilen Banka Hakim Ortakları

BankK. m. 110'un banka ortaklarına uygulanması açısından ön şart, banka anonim şirketi ortağının hakim ortak konumunda olması gerekmektedir. Bu durumda "hakim ortak" kavramının çok iyi bilinmesi gerekecektir.

Hakim ortak, BankK. m. 3'de, bir bankayı doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda öne çıkan husus, hakim ortaklık için kontrol[19] gücü bulunması gerektiğidir. Yine BankK. m. 3'de "kontrol" kavramı da, asgari sermayenin % 51'ine sahip olma şartı aranmaksızın çoğunluğa doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya çoğunluğa sahip olunmasa da imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması veya herhangi bir surette yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme yada görevden alabilme gücünün elde bulundurulması olarak tanımlanmaktadır. Burada sermayenin çoğunluğuna sahip olunması doğrudan hakim

---

15 **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 290.

16 **REİSOĞLU Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007, s.1369.

17 **DOĞRUSÖZ,** s. 94.

18 **BATTAL, Ahmet**, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanunun Metni ve Açıklaması**),** Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 385.

19 **TURANBOY, Asuman,** "Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 2117.

ortak olma anlamında en kolay anlaşılması gereken husus olacaktır. Ancak dolaylı pay sahipliği ile dolaylı kontrol kavramlarının anlaşılması biraz güç gözükmektedir. Çünkü hakim ortak için temel nokta kontrol gücüdür. Hal böyle olunca banka ortak yada ortaklarının bankayı kontrolü altına alabilmelerinin bir çok yolu olabilecektir.

Öncelikle dolaylı pay sahipliği ile dolaylı kontrol sahipliği aynı manayı içermemektedir. Dolaylı pay sahipliğinden anlaşılması gereken, BankK. m. 5 ve Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik[20] hükümleri doğrultusunda bankada tüzel kişi ortak varsa ortaklık yapılarında gerçek kişiye kadar ulaşılması, gerçek kişi ortak varsa, gerçek kişinin eş ve çocukları ile sınırsız sorumlu ortak olarak katıldıkları şirket yapılarına kadar bir bütün olarak dikkate alınmasıdır. Kontrol kavramında sadece banka genel kurulunda oy çoğunluğu ile yönetim kuruluna üye atama veya görevden alma gücü yoktur. Bunun dışında kontrol, dolaylı pay sahipliği dışında birlikte hareket edilerek yönetim kurulu üyesi belirleme çoğunluğunun elde edildiği birçok ihtimali de kapsamaktadır. Bu durumda şahsi iflası istenebilen banka ortakları pay çoğunluğuna sahip olmasalar bile, esas sözleşme hükümlerinden kaynaklanan, hakimiyet anlaşmalarından kaynaklanan bir çok nedenle yönetim kurulunda söz sahibi olabiliyorlarsa bu dolaylı kontrol[21] gücü olarak kabul edilecek ve hakim ortak sıfatını taşıyacaklardır.

Hakim ortak yada ortakların şahsi iflaslarının istenebilmesi, özel bir şarta bağlamıştır. Bu şart, menfaat temini kastının bulunmasıdır. Banka yönetim kurulunca alınan karar ve yapılan işlemlerin hakim ortaklara menfaat temini maksadıyla yapıldığı saptanırsa, temin ettikleri menfaat oranı kadar hakim ortakların da şahsi sorumluluğuna gidilecektir.

İlk bakışta banka ortağının hakim ortak olup olmadığı şeklen şirket kayıtlarından anlaşılıyorsa bu husus, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ile izah edilebilir. Ancak doğrudan veya dolaylı kontrole sahip ortak konusu, şirket kayıtlarından çıkarılabilecek bir husus olmayacaktır. Ancak banka ortak yada ortaklarının yönetim kurulunda karar almaya etki ettiğinin somut birtakım emarelerinin ispatlanmasıyla anlaşılabilecektir.

IV. Şahsi İflasa Tabi Kişilerin İflaslarının İstenebilme Şartları

Banka yöneticisi, denetçisi ve hakim ortaklarının şahsi iflasları, 5411 sayılı BankK. m. 110'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir banka yönetici ve denetçilerinin kanuna aykırı olan karar ve işlemleri neticesinde banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olmaları halinde, bankaya verdikleri zararla sınırlı olarak, TMSF kararı ve talebi üzerine mahkeme tarafından şahsi iflaslarına

---

20 01.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

21 **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 160, **GÖKTÜRK,** s. 93, **ALICI,** s. 59.

karar verilebilecektir. Bu madde ile anonim şirketler hukukuna hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesine ve kural olarak yalnızca tacirlerin iflasının istenebileceği kuralına bir istisna sayılmaktadır[22].

A- Bankanın Yöneticisi, Denetçisi ve Hakim Ortağı Olmak

BankK. m. 110'da şahsi iflasları istenebilecekleri kişi temelli olarak yukarıda belirli olduğu tespiti ile ifade etmiştik. Bu şart, sorumluluk açısından gerekli olan bir ön şarttır. Bu durumda sorumluluğun hukuki temelinin ne olacaktır?

Banka yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğunun hukuki temeli konusu doktrinde tartışmalıdır. Tekinalp[23], yöneticiler bakımından sorumluluğun haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu olduğunu ifade etmektedir. Reisoğlu[24], yöneticiler ile banka arasında sözleşmesel bir ilişki olarak vekalet akdi bulunduğunu, diğer yöneticiler ile banka arasında hizmet akdi bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankayı zarara uğratmalarının aynı zamanda bir haksız fiil oluşturduğunu, bu nedenle bankanın hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanabileceğinden bahisle hakların yarışmasının söz konusunu olduğunu belirtmektedir. Doğrusöz[25], yöneticiler bakımından sorumluluğun banka ile arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayandığını, bu nedenle yöneticinin sorumluğunun vekalet ya da hizmet sözleşmesinin ihlali neticesinde meydana geldiğini vurgulamaktadır Caymaz Demiryas [26] ise, banka ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin vekalet akdine dayandığını ifade etmektedir. Kanaatimizce yazarların hepsi de sözleşmesel bir ilişki temelinden hareket etmektedirler. Dolayısıyla yöneticiler açısından vekalet ve hizmet, bağımsız denetçi açısından vekalet sözleşmesi hukuki temeli oluşturmaktadır. Hakim ortak bakımından ise, Kaplan[27]'ın da belirttiği gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya dürüstlük kuralında[28] yer alan hakkın kötüye kullanılması olarak açıklanabilir.

B- Alınan Karar ve Yapılan İşlemlerin Kanuna Aykırı Olması

Banka yöneticileri tarafından alınan kararların ve yapılan işlemleri kanuna aykırı olması gerekmektedir. Madde metninde ifadesini bulan kanun kelimesinden

---

22 **TEKİNALP** (Banka Hukukunun Esasları), s. 287, **REİSOĞLU,** s. 1367.

23 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 288.

24 **REİSOĞLU**, s. 1370.

25 **DOĞRUSÖZ**, s. 58.

26 **CAYMAZ Demiryas Neşe**, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 20.

27 **KAPLAN, İbrahim,** "Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", BATİDER, C.XXV, S.4. s. 40

28 **GÖKTÜRK,** s. 167.

hangi Kanunun kastedildiği anlaşılamamaktadır. Bu nedenle kanun kelimesinden sadece Bankacılık Kanunu mu yoksa onun yanında diğer Kanunlarında anlaşılması gerektiği konusu doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Tekinalp[29], kanuna aykırılık kelimesi ile BankK.'nun kastedildiğini ve sorumluluğun belirlenmesi bakımından TTK.'nun da "kanun" kelimesinin kapsamında kaldığını ifade etmektedir. Reisoğlu[30], Alıcı[31], Doğrusöz[32]., Göktürk[33] gibi yazarlar hem Bankacılık Kanunu'nun hem de diğer kanunların kastedildiğini hatta bu kanunlara dayanak olarak çıkartılan tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi yazılı metinlere aykırılığın da kanuna aykırılık içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce de yukarıdaki yazarlar gibi kanuna aykırılık, maddi anlamda kanunu içermekte ve geniş yorumlanması gerekecektir. Çünkü bu Kanun denilmediği yerde ilgili olduğu yerde kanunlar, KHK.'lar, tüzükler ve Yönetmelik ve benzeri yazılı düzenlemeleri kapsamaktadır.

Konu ile ilgili diğer bir sorun ise özen borcuna aykırılık ve bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılığın kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrinde çoğunluk görüş[34], bu kavramlara aykırılık şahsi sorumluluk nedeni olabilirse de yöneticilerin şahsi iflaslarının istenemeyeceği yönündedir. Kanuna aykırılığı hukuka aykırılık olan görerek kanun dışında özen borcuna aykırılık veya bankacılık teamüllerine aykırılığında dahil olduğu görüşü[35] de savunulmaktadır. Biz de çoğunluk görüşe katılmaktayız. Banka yöneticilerinin teamüllere aykırı olarak almış oldukları karar ve işlemler sonucunda banka bir zarar uğramış ise bu halde şahsi iflasları yerine genel hükümlere göre sorumluluklarına gidilmelidir.

Burada bir de BankK. m. 110 hükmünde Kanuna aykırı karar ve işlemlerde, "ve" tabiri kullanıldığı görülmektedir. Bundan karara dayanmayan işlem olmaz sonucu çıkarılmamalıdır. Pekala doğrudan hukuki bir hukuki işlem de yapılabilir. Özellikle banka merkez teşkilatı içinde imza yetkisine sahip birim amirleri önceden belirlenmiş banka politikaları doğrultusunda doğrudan bir hukuki işlem yaptıklarında bu işlemler Kanuna aykırı olduğu takdirde bu işlemin kararı yok denilemez. Karar ve işlem tabiri ile genellikle karar alındıktan sonra 3. kişilere uygulanması hukuki işlem yoluyla yapılmaktadır. Aynı şekilde sadece alınan bir kararla da kanuna aykırılık gerçekleşebilir. Özellikle işlem yapılmasını gerektirecek olumlu bir karar alınması gerektiği halde olumsuz bir karar alınması hali böyledir. Dolayısıyla karar ve işlemlerde zorunlu bir birliktelik olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

---

29 **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 291. **TEKİNALP, Ünal**, Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayımları, İstanbul 2003, s. 76.

30 **REİSOĞLU**, s. 1370.

31 **ALICI**, s. 1065.

32 **DOĞRUSÖZ**, s. 105.

33 **GÖKTÜRK,** s. 101.

34 **REİSOĞLU**, s. 1370, **DOĞRUSÖZ**, s. 107, **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s.77.

35 **GÖKTÜRK,** s. 103,

C- Yanlış Karar ve İşlemler Yapılmasında Yöneticilerin Kusurlu Bulunması

Şahsi iflas istenebilmesi için banka yöneticisi, denetçisi ve hakim ortağı için kusurlarının bulunmasının gerekip gerekmediği ya da derecesi kanunda açıkça belirtilmemiştir. Ancak her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa da BankK. m. 71'in oluşumuna sebebiyet verecek fiillerin ortaya çıkmasına neden olmak ancak kusurun varlığı halinde mümkündür. Doktrinde kusurun varlığının aranması konusunda bir tartışma yoktur. Ancak kusurun derecesi konusunun doktrinde oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir. Nitekim Tekinalp[36], Reisoğlu[37] gibi yazarlar maddede yazılan sonucun ancak ağır kusurun varlığı halinde mümkün olduğunu savunurken Taşdelen[38], Doğrusöz[39] ve Göktürk[40] gibi yazarlar bu sonucun sadece ağır kusur ile değil ihmal ve/veya özensizlik neticesinde de oluşabileceğini savunmaktadırlar.

Kusuru, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlamak mümkündür[41]. Sorumluluk hukuku açısından kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır ve genel olarak fail, ister kasten ister ihmali ile bir zarara sebebiyet vermiş olsun bu zararı tazmin ile mükelleftir[42]. BankK. m. 110 hükmünden, 71. maddeye baktığımızda, yazılan fillerin oluşumuna neden olmanın yalnızca ağır kusur ile değil ihmal veya özensizlik neticesinde de mümkün olabileceği görülmektedir. Nitekim özellikle 71. maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen hususların yani yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi ve yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıkların toplam değerini aşması maddelerinin ihmal ya da özensiz yönetimle de işlenmesi mümkündür[43]. Hatta bu nedenle Çamoğlu[44], banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına neden olduklarının tespit olunmasını ifade eden hükmünün doğrudan 71. maddenin (e) bendine yollama yaptığını bu nedenle 110. maddedeki iflas müeyyidesinin uygulanmasının bankaya 71. madde hükümlerinin uygulanması halinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün bulunmamaktadır. Çünkü 110. madde hükmünde açıkça "71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde" ifa-

---

36 **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 291.

37 **REİSOĞLU**, s.1371-1372.

38 **TAŞDELEN, Servet**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 1056 vd.

39 **DOĞRUSÖZ,** s. 136.

40 **GÖKTÜRK,** s. 119.

41 **EREN, Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, 2011, İstanbul, s. 529, **TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla,** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 492

42 **EREN,** s. 535.

43 **DOĞRUSÖZ,** s. 136

44 **ÇAMOĞLU, Ersin,** "Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları",(İflasın Koşulları), BATİDER, C. XXVII, S. 1, s.12, **ÇAMOĞLU, Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 24.

desi geçmektedir. Kanun koyucunun iradesi 71/(e) bendine yönelik olsaydı madde hükmünde açıkça belirtmesi gerekirdi. Bu nedenle yorum yolu ile böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte 71. maddenin (e) bendine baktığımızda yani yöneticilerin hakim ortaklara menfaat temin etmeleri noktasında artık yöneticilerin özensiz ve ihmali davranışları değil bilakis kasıtlı bir durumun getirdiği sonuç söz konusu olduğundan yöneticilerin ağır kusurlu olduklarını kabul etmek gerekecektir [45].

Banka yöneticilerinin özen ölçülerinin derecesi ile ilgili olarak BankK.' da bir hüküm bulunmamaktadır. BankK. m. 2/III hükmüne göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağından bu konuda TTK hükümlerine bakmak gerekecektir. Anonim şirketlerde özen yükümlülüğü 6102 sayılı TTK.'nun 369. maddesinde düzenlenmiş olup yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranmak ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir. 6762 sayılı TTK hükümlerinden farklı olarak özen yükümlülüğü konusunda Borçlar Kanunu (BK) hükümlerine atıf yapılmamış ve bu konuda yapılan birçok tartışmanın önüne geçilmiş bulunmaktadır. Tedbirli yönetici kavramı, bir yandan kusurda ölçü görevi görürken diğer yandan karar ve işlemlerde nesnel davranışı ifade etmektedir[46]. Bu durumda banka yöneticilerinin şahsi iflaslarına gidebilmek için yalnızca tedbirli bir yöneticinin özeniyle ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğüne aykırılık yeterli olacak mıdır? Kanaatimizce burada banka yöneticileri için tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmekten daha fazlası gerekmektedir. Çünkü banka yöneticisi olmak için BankK.'da bir takım özel şartlar öngörülmüş bulunmaktadır. Bu nedenle banka yöneticilerinin tedbirli bir yöneticiden daha fazla özen yükümlülüğü altında bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yani bir banka yönetici görevini ifa ederken tedbirli olmanın ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmenin yanında, ileriyi gören, bulunduğu ülkenin ekonomik konjonktürlerini iyi değerlendirebilen bir donanıma sahip bulunmalıdır. Zaten banka kurucuları ve yönetim kurulu üyeleri için özel şartlarda aranması da bu noktadandır. Ancak bu şekildeki bir özen yükümlülüğüne aykırılığın her zaman şahsi iflası gerektirdiği düşünülmemelidir. Banka yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı kusurlu olarak addedildiği[47] ve kanuna aykırılık taşıdığı takdirde hakkında BankK. m. 110'un uygulanması söz konusu olabilecektir. Nitekim Yasaman[48] 'da kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir durum söz konusu değilken sadece özen yükümlülüğüne

---

45 **DOĞRUSÖZ**, s. 136

46 **PULASLI, Hasan**, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.653.

47 **DOĞRUSÖZ**, s.148.

48 **YASAMAN, Hamdi,** Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 57.

aykırılık sebebiyle yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilemeyeceği düşüncesindedir.

Banka yöneticilerinin özen yükümlülüğünün bir başka boyutu kurumsal yönetim ilkeleridir. Son yıllarda meydana gelen banka iflaslarının en önemli sebebi kurumsal yönetimin uygulanmamış olmasıdır[49]. Kurumsal yönetim, bir şirketin, hak sahipleri ve kamuoyunun menfaatlerine zarar vermeyecek bir biçimde, mali ve insan kaynaklarının kendisine çekmesi, verimli çalışması ve bu sayede uzun vadede ekonomik kazanç oluşturarak istikrar sağlamasını mümkün kılan kanun, yönetmelik, ve ilgili isteğe bağlı özel sektör uygulamalarını yerine getirmesi ve böylece sorumlulukları ile kamuyu aydınlatma esasları doğrultusunda etkin bir yönetim anlayışıdır[50] Banka yöneticilerinin özen yükümlülüğü ise Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik[51]" de düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 3/f maddesinde bankaların kurumsal yönetimi, banka üst yönetiminin bankayı, belirlenmiş hedefler, Kanun, Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemeler ile ilgili diğer mevzuat, ana sözleşme ve banka içi düzenlemeler ile bankacılık etik kuralları doğrultusunda, tüm menfaat ve pay sahipleri ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruyacak biçimde yönetimidir. Üst yönetim ise 3/g maddesinde, banka yönetim kurulu ile üst düzey yönetimi olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte ayrıca, banka üst yönetiminin özen yükümlülüğüne ilişkin hükümleri de bulmak mümkündür. Bu maddeye göre yönetim kurulu üyeleri özellikle, görevde sadakat, yeterli zaman ayırma, toplantılara katılma, basiret ve iyiniyet kurallarına uyma, mevzuatı bilme, etkinlik, baskılara boyun eğmeme, menfaat kabul etmeme, eksik bilgi vermeme gibi önemli ilkelerdir.

Bu ilkeler değerlendirildiğinde banka yöneticilerinin, bir yönetmelikle düzenlenmiş olması nedeniyle kurumsal yönetim ilkelerinde belirtilen hususlarla bağlıdırlar. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, banka yöneticilerinin karar ve işlemlerinin kanuna aykırı olması tabirinin içine BankK.'na dayanılarak çıkarılan yönetmelikler de dahildir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetim ilkelerinde belirtilen bu maddelere uygun olmayan karar ve işlemlerle banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olmuşlarsa şahsi iflaslarına karar verilmelidir. Yöneticilerin özen yükümlüğünün yönetmelikle ayrıca düzenlenmiş olması onlardan daha fazla dikkat ve özenin beklendiğinin ifadesidir[52].

Banka yöneticilerinin özen borcuna ilişkin bir başka düzenleme 6102 sayılı TTK.'nun 369. maddesidir. Bu madde, Business Judgement Rule(İşadamı kararı)

---

49 **ÇEVİK, K,** Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 233.

50 **ÖNDER, M.Fahrettin**, "Anonim Şirketlerde İç Denetim Yapısının Kurumsal Yönetime Katkısı", Özel Hukuk, Uluslararası Sempozyum, Tebliğler, Kafkas Üniversitesi, Bakü, 2005, s. 278.

51 09.06.2011 T ve 27959 sayılı RG.

52 **DOĞRUSÖZ**, s. 162.

ilkesinin TTK.'da ifadesini bulmuş şeklidir[53]. İş adamı kararı, yönetim kurulu üyelerinin göstermekle yükümlü oldukları özen derecesinde uygulanan ve yöneticilerin sorumluluklarını azaltılmasına yarayan, Amerika Birleşik Devletlerinde mahkeme kararlarında ortaya çıkmış ve gelişmiş kurallar toplamıdır[54]. Diğer bir deyişle, şirketin esas sözleşmesinde belirtilen yönetimin görev ve yetkilerinin çerçevesi içinde kalınması ve bir yükümlülüğün kusurla ihlali niyetini taşımaması şartıyla iyi niyetle alınan kararların sorumluluğa yol açmaması anlamına gelmektedir[55].

6102 sayılı TTK.'nun 369. maddesiyle, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimde görevli kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altına bulundukları belirtilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu madde genel bir kanunda yer almasından dolayı banka yöneticilerine de uygulanacaktır. Ancak ortaya çıkan her durumda yöneticilerin sorumlu tutulmasını engellemek üzere, sorumluluk başlığı altına düzenlenen 6102 sayılı TTK.'nun 553/(3) maddesi ihdas edilmiştir. Bu maddeye göre, hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle sorumlu tutulamayacak, bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacaktır. Bu maddelere dayanılarak, banka yöneticileri, bütün bu özeni yerine getirdikten sonra bile aldıkları karar ve işlemler neticesinde beklenmeyen zararlar ortaya çıkmışsa bu zarardan sorumlu tutulmayacaklardır. Çünkü ekonomik hayat, büyük ölçüde risklerden oluşmaktadır ve bazen ne kadar özenli davranılırsa davranılsın beklenmedik sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Burada BankK. açısından özellik arzeden bir husus, ispat yükünün banka yönetim kurulu üyelerinde olmasıdır. Yani BankK. m. 137 gereğince, şahsi iflas davalarında kusur sorumluluğun oluşumu bakımından bir kurucu unsur olarak aranmakta ancak davalıların baştan itibaren kusurlu oldukları kabul edilerek kusursuzluklarını ispat etme zorunluluğu yüklenmektedirler[56]. Bu madde ile hukukun genel ilkelerine hakim olan herkes iddiasını ispatla mükelleftir hükmü tamamen ters çevrilmiş olup BankK açısından özel bir düzenleme getirilmiştir. Yani banka yöneticileri aldıkları karar ve işlemlerde hiçbir kusurlarının bulunmadığını ispatlamak mecburiyetindedirler.

---

53 Business Judgement Rule (İşadamı Kararı) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKTÜRK,** s. 121-154, **DOĞRUSÖZ**, s.162-168.

54 **DOĞRUSÖZ** s.162.

55 **TEKİNALP, Ünal,** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. s. 385

56 **DOĞRUSÖZ,** s. 154.

D- Kanuna Aykırı Karar ve İşlemler Nedeniyle Bankanın Zarara Uğraması

Zarar kavramı esas itibariyle BK.'da düzenlenmiş olup kişinin isteği dışında, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlamak mümkündür[57]. Zararın, maddi zarar-kar mahrumiyeti, dolaylı zarar-doğrudan zarar, mevcut zarar-müstakbel zarar gibi ayırımları bulunmaktadır. Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen ilk ve en yakın zarar olup, dolayısıyla zarar, hukuka aykırı filin ilk sonucu olan zarar nedeniyle meydana gelen yani ona bağlı bulunan zarardır[58].

BankK. m. 110'da, banka yöneticilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile oluşan zarardan bahsedilmektedir. Madde metninde geçen "zarar" kelimesinden ne kastedildiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Reisoğlu[59]'na göre, bankaya verilen zararların tespitinde TTK.'daki anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları esas alınarak belirleme yapılmalıdır. Tekinalp[60]'e göre ise zarar, Borçlar hukuku ilkeleri ile belirlenen zarardır ve bu zararın kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce de, BankK. m. 110'da belirtilen zarar, Borçlar hukuku anlamındaki maddi zarardır. Yani, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu hareketleri ile banka mevcudunda azalmaya sebebiyet verdikleri miktardır. Buradaki zarar doğrudan zarar olarak ifade edilmektedir[61]. Çünkü yönetim kurulu üyeleri, aldıkları karar ve işlemler ile aslında öncelikle bankanın malvarlığında bir azalmaya neden olmaktadırlar. Şirket ortaklarının ve alacaklarının uğradıkları zararı ise dolayısıyla zarar olarak ifade etmek mümkündür[62].

BankK. m. 110'a ilişkin şahsi iflas davalarında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, hukuka aykırı karar ve işlemlere katıldıkları oranda vermiş oldukları zararla sınırlıdır. Bu konudaki en büyük güçlük batık kredi işlemlerinde kendisini göstermektedir. Banka zararından sorumlu yönetim kurulu üyelerinden birden fazlasının aynı zarara sebebiyet vermesinden dolayı zarar verenler arasında müteselsil sorumluluğun bulunup bulunmadığı, sorumluluk varsa mahkemenin hangi miktar üzerinden iflasa karar vereceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Reisoğlu[63], Akdağ

---

57 **UYGUR, Turgut,** Borçlar Kanunu(Sorumluluk ve Tazminat Hukuku), C. 2, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1341.

58 **UYGUR,** s. 1342.

59 **REİSOĞLU,** s.1371.

60 **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s.294., **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s. 80.

61 **AKDAĞ GÜNEY, Necla,** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 52.

62 **AKDAĞ GÜNEY,** s.53, **DOĞRUSÖZ,** s. 120.

63 **REİSOĞLU,** s. 1371.

Güney[64] ve Alıcı[65] yöneticilerin birlikte aldıkları kararla bankayı zarara uğrattıkları düşünüldüğünde 818 sayılı BK m. 50 uygulanacağını (bu husus 6098 sayılı BK m. 61'e karşılık gelmektedir), Caymaz Demiryas[66] ve BankK. m. 110'daki sorumluluğun şahsi sorumluluk olduğunu, bu hükümle yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna bir istisna getirildiğini savunmakta, Tekinalp[67] ve Çamoğlu[68] ise Kanun metninin farklılaştırılmış teselsülün bir ifadesi olduğunu savunmakta ve Göktürk[69]ise, şahsi sorumluluğu öne çıkarmakla birlikte hakkaniyet açısından bunun rahatsız edici olduğu belirterek müteselsil sorumluluk olduğunu belirten düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce genel itibariyle kişi merkezinde birden fazla kişinin vermiş olduğu zararda BK. hükümleri devreye girdiğine göre aralarındaki ilişki de BK m. 61'in de varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda teselsülün varlığı kabul edilecek ve BankK. m. 2 uyarınca da hüküm bulunmayan hallerde devreye TTK m. 557 girecek ve Tekinalp ve Çamoğlu'nun da belirttiği gibi farklılaştırılmış teselsül hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca TMSF açısından zarar miktarı belli olsa bile her bir kişi için ayrı ayrı belirlenmesi zorluğu da dikkate alındığında, 6102 sayılı TTK açısından birden fazla kişinin sebep olduğu zararlarda farklılaştırılmış teselsül hükmü uygulanmalıdır.

E- Kanuna Aykırı Karar ve İşlemler ile Bankanın Zararı Arasında İlliyet Bağı Bulunması

BankK. m. 71'e göre, yöneticilerin şahsi iflaslarına karar verilebilmesi için yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın zararı arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. Yani, bankanın zararı yöneticilerin bu kanuna aykırı karar ve işlemleri neticesinde oluşmuş bulunmalıdır.

İlliyet bağı, meydana gelen zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine denilmektedir[70]. Ancak illiyet bağı uygun olmalı ve zararı meydana getiren neden, insanın genel tecrübesine ve akıllıca bir düşünceye göre o sonucun aynısını doğurabilecek nitelikte bulunmalıdır[71]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yönetici veya yöneticiler tarafından alınan birkaç karar ve

---

64 **AKDAĞ GÜNEY**, s. 254 vd.

65 **ALICI,** s. 1057.

66 **CAYMAZ DEMİRYAS,** s. 59.

67 **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s. 80-81.

68 **ÇAMOĞLU,** (İflasın Koşulları), s.14.

69 **GÖKTÜRK,** s. 236-237.

70 **EREN,** s. 487.

71 **NİHAT Yavuz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

işlem ile şahsi iflasa karar verilmesinin mümkün olmadığıdır[72]. Çünkü bir bankanın fona devredilmesi veya faaliyet izninin kaldırılması, genellikle bir zaman dilimini alan peş peşe yanlış kararlar şeklinde işlemektedir[73]. Bu yanlış kararlar ve işlemler silsilesinde, hangi kararın hangi yönetim kurulu üyesi tarafından alındığı titizlikle tespit olunmalıdır. Çünkü son derece ağır sonuçları olan şahsi iflas kurumunda, yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluğa yer vermek günümüzün modern hukuk anlayışına uymamaktadır[74]. Bu nedenle, her bir yönetim kurulu üyesi, ortaya çıkan zarardan kararın alınmasında ya da işlemin yapılmasında oynadıkları rol kadar sorumludurlar. Yani yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu şahsen iflasa tabi olduklarından bireysel olarak da illiyet bağı ilişkisinin bulunduğu ortaya konulacaktır.

Banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda yetki devrinin gerçekleşmesi halinde illiyet bağı, yetki devri yapılan murahhas, denetim komitesi ve kredi komitesi üzerindeki üst gözetim görevinin ihlal edilip edilmemesi üzerinde dikkate alınacaktır[75].

Banka yöneticilerinin şahsi iflaslarında, gerçekleşen zarar ile yönetim kurulunun aldığı karar ve işlemler arasında illiyet bağını ispat etme görevi TMSF.'ye aittir. Ancak bu illiyet bağını ispatlamak oldukça güçtür[76]. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bütün bu işlemler bir sürecin sonunda ortaya çıkmaktadır ve hangi üye veya üyelerin hangi kararıyla bu sonuçların ortaya çıktığının tespiti pratikçe oldukça zor gözükmektedir.

F- Oluşan Zarar Nedeniyle Bankanın TMSF'ye Devrine veya Faaliyet İzninin Kaldırılmasına Neden Olmak

Banka yönetici, denetici ve hakim ortaklarının kanuna aykırı karar ve işlemleri sonucunda oluşan zarar nedeniyle BankK. m. 71 hükmünün uygulanmasına neden olmak gerekmektedir. BankK. m. 71, Denetim ve Alınacak Önlemler başlığı altında düzenlenmiştir. Bankalar ekonomik hayatın lokomotifi ve güven müesseseleri olduklarından birçok denetime tabi tutulmaktadırlar. Bu denetimlerin hepsinde amaç bankaların mevzuata uygun gelebilecek riskleri de ortadan kaldırmaya yöneliktir. Gerek iç denetim ve gerekse dış denetimler sonucunda bir bankanın 67. maddede[77]

---

72 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esaslar), s. 294.

73 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.294, **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s.79. **DOĞAN İlker**, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009., s. 115.

74 **TEKİNALP,** (Fondaki Banka), s.79.

75 Bu noktada özellikle murahhas üyeler bakımından sorumluluğunda devri olarak diğer yönetim kurulu üyelerinin şahsi iflasının istenemeyeceği fikri de önem verilecek bir görüştür. Bakınız. **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları). s.294.

76 **REİSOĞLU,** s.1372.

77 *Önlem alınmasını gerektiren haller*

belirtilen hallerden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda banka hakkında bu Kanunun 68. , 69. ve 70. maddelerindeki önlemlerin alınması yoluna gidilecektir. BankK. m. 67'deki durumları mali bünye bozuklukları ve mevzuata aykırılık olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür[78]. İşte yapılan denetimler sonucunda mali bünyesi bozulan veya mevzuata aykırı durumlar içinde olduğu tespit edilen banka hakkında 68. maddedeki[79] düzeltici önlemlerin veya 69. maddedeki[80] iyileştirici ön

---

Madde 67- Konsolide veya konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda bir bankanın;

a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,

b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,

c) Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,

d) Aktif kalitesinin malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması,

e) Bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,

f) İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,

g) Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,

Hâllerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, bu Kanunun 68 inci, 69 uncu ve 70 inci maddelerinde öngörülen tedbirler derhal alınır.

78 **DOĞRUSÖZ,** s. 175.

79 *Düzeltici önlemler*

Madde 68 — Kurum, 67 nci maddede düzenlenen;

a) (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının tespiti hâlinde, bankanın özkaynağının artırılması veya kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması veya ayrılan karşılıkların artırılması, hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması veya aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi veya yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması, ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması, uzun vadeli yatırımların durdurulması,

b) (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının varlığı hâlinde bu aykırılıkların giderilmesi, kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması, maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınması,

Tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plân dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister.

80 *İyileştirici önlemler*

Madde 69 — Banka tarafından 68 inci maddede yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının Kurumca belirlenmesi hâlinde Kurul;

a) 67 nci maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan hallerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, malî bünyenin düzeltilmesi, sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi, uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, işletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesini veya mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörlere nakdî ve gayrinakdî kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması,

lemlerin veya 70. maddedeki[81] kısıtlayıcı önlemlerin ve Bankacılık ve Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından 71. maddedeki faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF.'ye devir önlemlerinden biri alınır. BankK.'nun 68, 69, ve 70'de düzenlenen önlemler olağan, BankK. m. 71'deki önlemler ise olağanüstü önlemlerdir[82]. Yapılan denetimler sonucunda banka hakkında olağan önlemlerin alınmış olmasına rağmen gerekli iyileşme sağlanamamış ise, olağanüstü önlemlerin alınmasına geçilecektir. Ancak olağanüstü önlemlerin alınması için BankK. m. 68, 69 ve 70'deki önlemlerin sırasıyla alınmasına gerek yoktur[83]. Çünkü aniden ortaya çıkan ekonomik konjonktürler, 71. maddedeki önlemlerin alınmasını gerekli kılabilir.

Hakkında BankK m. 71 hükmü uygulanacak bankalar yalnızca mevduat ve katılım bankaları olup, kalkınma ve yatırım bankaları Fona devredilmeyecek genel hükümlere göre tasfiyesi gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla sadece mevduat ve katılım

---

b) 67 nci maddenin (e), (f) ve (g) bentleri ile ilgili olarak aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması veya karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, (g) bendi ile ilgili olarak maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere Kurulca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi,
De dâhil olmak üzere, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan ister.

81 *Kısıtlayıcı önlemler*
Madde 70 — Banka tarafından 68 inci ve/veya 69 uncu maddelerde yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının belirlenmesi hâlinde Kurul bankadan;
a) Faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması,
b) Kaynakların toplanması ve kullandırılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi,
c) Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması,
d) Sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması,
e) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,
f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi,
g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,
h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,
Tedbirlerinden bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.

82 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 251.

83 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 254, **REİSOĞLU,** s. 936.

bankalarının yöneticileri, deneticileri ve hakim ortakları hakkında şahsi iflas talep edilebilecektir.

Bir bankanın TMSF.'ye devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına neden olan şartlar BankK. m. 71'de düzenlenmiştir. Sözkonusu 71. maddede hangi hallerde bankanın faaliyet izninin kaldırılacağı hangi hallerde ise yönetiminin TMSF.'ye devredileceği belirtilmemiştir. Dolayısıyla BDDK, bankanın mali bünyesinin TMSF bünyesinde düzelmesi imkanı bulunduğu durumlarda devir, aksi halde iflas ve tasfiye sonucunu doğuran faaliyet izninin kaldırılmasına karar verecektir. Her iki durumunda şahsi iflas nedeni olmasından dolayı, TMSF açısından bir fark bulunmayacaktır.

1. BankK.'nun 70. maddesine göre alınması gerekli tedbirlerin BDDK tarafından belirlenen veya en geç oniki ay içinde alınmaması ya da alınmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi

BankK. m. 71/(a)'ya göre bir bankanın fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasının sebebi, ilk olarak bu Kanunun 70. maddesinde belirtilen kısıtlayıcı önlemlerin kurul tarafından belirlenen süre içerisinde veya en geç 12 ay içerisinde alınmaması halidir. İkincisi ise, bu tedbirlerden bir veya birkaçının alınmasına rağmen mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığının tespit edilmesidir. Bu maddede son olarak getirilen düzenleme, bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi halidir. Kanun hükmünde geçen "mali bünye" kavramından anlaşılması gereken, bankanın sermaye yeterliliğinin yanı sıra bankanın varlıklarının taahhütlerini karşılama yeterliliği ve likiditesidir[84]. Getirilen bu düzenlemelerin ortak noktası bankanın durumunun ümitsizliği olup, bu ümitsizliğin derecesinin yüksek olması bankanın faaliyet izinin kaldırılmasına, düşük olması yani başka bir banka ile birleştirilmek, varlıklarının satılması yoluyla tedavi edilmesi imkanı varsa TMSF.'ye devredilmesine karar verilir[85]. BDDK, bankanın mali bünyesinin güçlendirilip güçlendirilemeyeceği konusunda tek yetkili karar merciidir[86].

---

84 **KUNTALP, Erden,** "Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon'a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Graphis Matbaacılık, İstanbul, 2003, s. 390.

85 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.255

86 **REİSOĞLU,** s. 965.

2. Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması

Bu hükümde, iki sebebe dayanılmış olup ilki bankanın faaliyetine devamı halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları, ikincisi ise mali sistemin güven ve istikrarı konusudur. Bu bentte, "tehlike arz edecek" nedenlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Mevduat ve katılım fonu sahiplerinin haklarının tehlikede olmasına örnek olarak, geçmiş dönemlerde sıkça rastlanılan mudilerin bankadaki paralarını geri alamamaları, oyalanmaları ve bahanelerle karşılaşmaları durumu örnek olarak verilebilir[87]. Bankanın tehlikeli durumda olması, mali yapısı ile doğrudan ilgili olup, mali yapısının sağlamlığı, bankanın sermaye yeterliliği, likiditesi ve özvarlığı gibi ölçütlere göre belirlenecektir[88]. Mali sistemin güven ve istikrarı bozulması tehlikesine örnek olarak, kamuoyunda bankalara karşı şüpheyle yaklaşılması durumlarının ortaya çıkması, dedikoduların çoğalması ve küçük krizlerin yaşanmaya başlaması gibi durumlar örnek olarak verilebilir[89]. Tüm bunları alınmış kararlar yada hukuki işlemlerin sebep olması gerekmektedir. BDDK, Bank Asya'nın TMSF.'ye devrinde bu bent hükmünü gerekçe göstermiştir.

3. Bankanın yükümlülüklerini zamanında yerine getiremediğinin tespit edilmesi

Bankanın yükümlülükleri, BankK.'da yer alan yükümlülüklerdir. Bir bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi, onun mali yapısındaki bozulmanın göstergeleri olup kendisini iki şekilde göstermektedir. Bunlar solvabilite (ödeme gücü) yönünden yetersizlik ve likitidite yönünden yetersizliktir[90]. Ödeme gücü, bankanın bir tarih ya da zaman aralığı söz konusu olmaksızın genel olarak varlıklarının taahhütlerini karşılayıp karşılayamadığı ile ilgilidir[91]. Likidite ise, bankanın belirli bir tarih veya zaman aralığındaki taahhütlerini yerine getirmesi ile ilgili olup, anlık ödeme gücünü ifade etmektedir[92]. İşte bir bankanın hem ödeme gücünü hem de likiditesinin yetersizliği onun taahhütlerini yerine getiremediğinin gelecekte de yerine getirmesinin mümkün bulunmadığının emareleridir.

Bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi durumlarına örnek olarak ban-

---

87 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 256.

88 **DOĞRUSÖZ,** s.190.

89 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.256.

90 **AYOĞLU, Tolga,** "Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali yapısı Bozulan Bankaların Temettü Müessesesinden Yararlanma İmkanı", Ömer Teoman"a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, Beta Yayınevi, 2002, s.76-77.

91 **AYOĞLU,** s.76.

92 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 218.

kanın garanti, akreditif, kabul, aval gibi gayrinakdi kredilerden kaynaklanan sorumlulukları olabileceği gibi, mevduat ve katılım fonu anaparaları ile ürünlerini ödeyememesi, havalelerden ve diğer yükümlülüklerden doğan borçlarını zamanında yerine getirememesi gibi durumlar gösterilebilir[93]. Maddede belirtilen yükümlülükler kavramının çoğul olması dolayısıyla tek bir yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması maddenin uygulanması için yeterli değildir. Bu durumda bankanın mali durumu ile ilgili diğer göstergelere bakılmalıdır[94]. Ayrıca kanundaki "bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi" kavramından, söz konusu bankanın yükümlülüklerini az veya çok süreklilik gösteren bir süreçte eylemli olarak yerine getirememesi anlaşılmalıdır[95]. Bu nedenle banka açısından bu durumun çok iyi irdelenmesi gerekmektedir. Bir bankanın mali bünyesinin bozulması nedeni ile yükümlülüklerini yerine getiremediğinin sonucuna varılabilmesi için bu yükümlülüklerden birden fazlasının devam eden bir zaman diliminde beri yerine getirilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

4. Bankanın yükümlülükleri toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması

Bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, varlıklarının toplam değerini aşması, bankanın ödeme gücü yetersizliği içinde olduğuna karinedir[96]. Bankanın ödeme gücü, sermaye yeterliliği ve likidite yeterliğinin toplamından[97] oluşmakta olup bu hükümdeki varlıklardan kastedilen de bu ikisi olmaktadır. Sermaye yeterliliği, BankK. m. 45'de ifade edilmiş olup, bankanın maruz kalınan risklere karşı yeterli öz kaynağa sahip bulunması zorunluluğu şeklindedir. Özkaynak ise BankK. m. 44/III' de tanımlanmış olup, ana sermaye ve katkı sermaye toplamı ile bu toplamdan sermayeden indirilecek değerlerin düşülmesi sonucu bulunacak tutarı ifade etmektedir. Likidite yeterliliği ise, bankanın belirli bir tarih veya zaman aralığında taahhütlerinin yerine getirip getiremeyeceğini esas alan bir durum olduğu ise daha önce belirtmiştik.

Somut örneklerle ifade edecek olursak, "yükümlülüklerin toplam değerinin varlıkların toplam değerini aşması", şirket varlıklarının borçlarını karşılayamaması yani borca batık olması[98], şirketin iflas halinde bulunması ve şirkete iflas tasfiyesinin uygulanması zorunluluğunun bulunmasını ifade etmektedir[99].

Bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerinin

---

93 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.256.

94 **DOĞRUSÖZ,** s.191.

95 **KUNTALP,** s. 391.

96 **AYOĞLU,** s. 87.

97 **DOĞRUSÖZ,** s. 193.

98 **KUNTALP,** s.393.

99 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 257.

atığı sonucuna varılırsa bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da TMSF.'ye devrine karar verilecektir.

5. Bankanın hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması

Denetimler sonucunda, bankanın hakim ortaklarının veya yöneticilerinin banka kaynaklarının bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması durumunda bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da TMSF.'ye devredilmesine karar verilir. Bu maddenin uygulanma koşulları şu şekilde sıralanabilir[100]:

- Banka kaynakları hakim ortaklara veya yöneticilere kullandırılmış olmalıdır.

- Bu kullandırma doğrudan, dolaylı veya dolanlı olmalıdır.

- Bu şekilde bu kullandırma bankanın emin bir şekilde çalışmasını engelleyecek nitelikte olmalıdır.

- Bütün bunlardan zarar doğmalıdır.

Banka kaynaklarının hakim ortaklara veya yöneticilere kullandırılmış olması gerekmektedir. Öncelikle bu maddede bazı terimlerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, banka kaynağı tabiri ile neyin kastedildiğidir. Banka kaynağı, bankanın bilanço varlığı niteliğini taşıyan veya taşımayan bütün malvarlığı imkanlarıdır[101]. Bu imkanlardan ilki banka kredileridir[102]. Yalnız, bankanın kaynaklarının kullandırılması noktasında krediler tek araç değildir. Bunun yanında taşınmazların değerinin çok üstünde bankaya satılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir[103].

Hakim ortak yada ortakların kontrol temelli doğrudan veya dolaylı olarak banka yönetimine etki edilebilmesi olduğunu daha önce belirtmiştik. Hakim ortakların banka kaynaklarını kullanması BankK'da yasaklanmamıştır. Ancak kredi kullanımı, olması gereken durumdan farklı ayrıcalıklar taşıyorsa yani bir istismar söz konusuysa o takdirde kanuna aykırı bir durum oluşmaktadır[104]. Banka yöneticilerinin ise banka

---

100 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.257.

101 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 257.

102 **DOĞRUSÖZ,** s. 195.

103 **REİSOĞLU,** s. 1342.

104 **TEKİNALP,** (Banka hukukunun esasları), s. 261.

kaynaklarını kullanmaları her halükarda yasaklandığından bu şekildeki bir kullandırma banka kaynaklarının kullandırılması anlamına gelmektedir[105].

Banka kaynaklarının kullandırılması, doğrudan veya dolaylı veya dolanlı şekilde olmalıdır. Banka kaynaklarının kullandırılması ile ilgili kararın alınmasına ve uygulanmasında banka yöneticisi veya hakim ortaklar bizzat katılmış ise bu takdirde doğrudan kullanım söz konusudur[106]. Banka kaynağının dolaylı olarak kullandırılması kavramı BankK.'da tanımlanmamışsa da bununla kastedilen dolaylı kontrole benzer şekilde, banka kaynağının doğrudan doğruya hakim ortağa değil, üçüncü bir kimseye kullandırılıp, ona kullandırılan kaynağın daha sonra hakim ortak/ortaklara veya gruplara yönlendirilmesidir[107]. Dolanlı kaynak kullanımı yine BankK.'da tanımlanmamıştır ancak BankK. m. 108'de, banka kaynaklarının istismarı başlığı altında dolanlı kaynak kullanımına örnekler verilmiştir. Buna göre, hakim ortaklar veya yöneticilerinin, bankanın yöneticileri olan yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle,

1. Banka kaynaklarını ve varlıklarını rehnetmek, teminat göstermek,

2. Açıldığı tarih itibariyle kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak (back to back kredi),

3. Yurtiçi ve yurtdışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak ve bu hesapları teminat göstermek,

4. Veya buna benzer şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı olarak kaynak olarak kullanmış sayılır.

Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmek, yukarıda bahsedilen işlemlerin bankanın güçlü finansal yapısına ilişkin göstergeleri bozması, bu bozulmanın tehlikeli boyutlara ulaşması ve bu uygulamanın devamlılık göstermesi anlamına gelmektedir[108].

Son olarak bir banka hakkında BankK. m. 71 hükümlerinin uygulanması yani bir bankanın TMSF.'ye devredilmesi ve faaliyet izninin kaldırılması sonucunu doğuracak nitelikteki işlemlerden dolayı bankanın zarara uğraması gerekmektedir. Burada kastedilen zarar BK anlamında maddi zarar olup, bankanın emin bir şekilde çalış-

---

105 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s.262.

106 **DOĞRUSÖZ,** s.196.

107 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 263.

108 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 263.

masını tehlikeye düşürecek nitelikte olmalıdır[109]. Yalnız bu maddenin uygulanmasında, zararın ne zaman doğmuş sayılacağı yönünde tereddütler bulunmaktadır. Bu konuda, kullanılan veya kullandırılan kaynağın geri ödenmesine dair talebin hakim ortak veya yönetim kurulu üyesi tarafından yerine getirilmemesi anında zararın ortaya çıkmış sayılacağı kabul edilmelidir[110]. Hakim ortak veya yöneticiler tarafından bu talebin yerine getirilmesi ve zararın ödenmesi şahsi iflas davasının açılmasına engel olmamaktadır[111]. Yani şahsi iflas davası açılıp açılmaması buradaki zararın ödenmesine bağlı değildir. Çünkü BankK. m. 108/1'de öngörülen zarar ile, BankK. m. 110'da öngörülen şahsi sorumluluğun şartlarından biri olan zarar kavramları birbirlerinden farklıdır[112]. BankK. m. 108'de öngörülen zarar BK anlamında bir zarar olup bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte olmalıdır[113]. BankK. m. 110'da bahsedilen zarar ise, yönetici ve denetçilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri neticesinde oluşan zarar olup bu karar ve işlemler neticesinde ortalara menfaat temin edilmiş ise hakim ortakların da temin ettikleri bu menfaat üzerinden sorumlulukları doğacaktır[114].

V. TMSF'nin Karar Alması ve Mahkemeden İlgililerin İflasını İstemesi

Banka yöneticileri, denetçileri ve hakim ortaklar hakkında şahsi iflas davasının açılabilmesi için öncelikle TMSF tarafından bu yönde bir karar alınması gerekmektedir. TMSF.'nin bu yöndeki kararı bir ön koşul olup mahkemece bu yönün araştırılması gerekmektedir. Şahsi iflas davası açılabilmesi için gerekli olan TMSF kararı ile ilgili olarak kanun özel bir toplantı ve karar nisabı öngörmemiştir. Bu nedenle, TMSF.'nin şahsi iflas yönündeki kararı en az beş üyenin hazır bulunduğu bir toplantıda en az dört üyenin olumlu oyu ile alınmalıdır.

TMSF.'nin aldığı kararlara karşı açılan davalar, 2012 yılı ortalarına kadar BankK. m. 128 uyarınca, değeri 500.000-TLyi aşan davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülüyordu. Ancak, bu maddedeki hüküm, 6352 sayılı Kanunun[115] 105/7. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından artık TMSF Kurulu kararlarına karşı idari işlemlerle ilgili yargılamayı düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Böylelikle TMSF.'nin şahsi iflas kararlarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme TMSF.'nin bulunduğu il İstanbul olduğu için İstanbul İdare Mahkemesi olacaktır. İdare bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için bir

---

109 **REİSOĞLU,** s. 1345, **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 264, **GÖKTÜRK,** s. 186.

110 **KUNTALP,** s. 413.

111 **DOĞRUSÖZ,** s.200.

112 **DOĞRUSÖZ,** s. 200.

113 **REİSOĞLU,** s. 1345.

114 **REİSOĞLU,** s. 1345.

115 05.07.2012 T ve 28344 sayılı RG.

takım şartları gerekmektedir. Bunlardan ilki, kural olarak idari işlemlerin iptal davasına konu olmasıdır. İdari işlemlerin özellikleri ise idare adına açıklanmış bir irade beyanı olması, bu irade beyanının hukuki anlamda bir değişiklik yapacak nitelikte olması, bu irade beyanının idarenin sahip oyduğu kamu gücü ayrıcalıklarına dayanılarak yapılmış ve icrai ve kesin nitelikte bulunması gerekmektedir[116]. TMSF.'nin şahsi iflas davası açılması kararının taraflara tebliğinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesine iptal davası açılabilecektir. Davacılar, TMSF kararının şekil, yetki, maksat, konu ve sebep yönlerinde hukuka aykırı olduğunu ileri süreceklerdir.

TMSF.'nin bu yönde bir karar aldıktan sonra mahkemeden kişilerin şahsi iflaslarını istemesi gerekecektir. BankK.'da bu konuda bir süre belirlenmemiştir. Burada iki durumun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İlk olarak BDDK tarafından devir kararı veya faaliyetin sonlandırılması kararı alındıktan sonra TMSF hangi süre içinde şahsi iflasa ilişkin karar alacak, ikinci olarak da, şahsi iflasın istenmesi kararı alındıktan sonra ne kadar süre içinde dava açılacaktır. Her iki hususa ilişkin ayrı ayrı bir düzenleme mevcut değildir. BankK. m. 141'de "Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır" hükmü bulunmaktadır. Acaba bu hüküm doğrultusunda TMSF, gerek karar almada gerekse de şahsi iflas istemede 20 yıllık sürede mi bu hakkı kullanacaktır? Doktrinde ağırlıklı görüş[117], iflas istemede 20 yıllık sürenin geçerli olduğu yolundadır. Ancak kanaatimizce, Göktürk[118]'ünde belirttiği gibi her alacak TMSF alacağı olmadığından ve BankK. m. 110'da belirtildiği gibi, TMSF tarafından tahsil edilen tutarlar banka alacak ve borçları özellikle mevduat ve katılım fonuna ödenenlerde kullanılacağından, BankK. m. 141 uygulanacağı söylenemez. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK.'da ayrıca bir düzenleme olmadığından devreye BK girecek ve BK. m. 147 uyarınca 5 yıllık süre uygulanacaktır. TMSF.'nin iflas isteme kararı alma süresi de bu sürenin içinde değerlendirilmelidir. Ancak şahsi iflasın bir yaptırım olduğu, BDDK kararının alınmış olduğu bir yerde ve bankacılık sisteminin çabukluk ve güven gerektirmesi karşısında 5 yıllık süre bile TMSF açısından uzundur. Bu sürenin uzaması belki, BDDK kararından sonra banka yöneticileri veya hakim ortakları ile TMSF arasında yapılacak karşılıklı ödemeye ilişkin anlaşmalarda olabilir. Bu anlaşmalarla da şahsi iflası istenecek kişiler açısından zamanaşımı süresi kesilmiş olacağından bir sorun olmayacaktır.

BDDK veya TMSF.'nin kararına karşı idari davalar açılmış olabileceğinden bu idare davaların neticesinde verilen kararlar da, şahsi iflas davası sonucunu etkileyebilecektir.

---

116 **ÇAĞLAYAN, Ramazan,** İdari Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

117 **TEKİNALP,** (Banka Hukukunun Esasları), s. 296, **DOĞRUSÖZ,** s. 293, **AKDAĞ GÜNEY,** s. 351

118 **GÖKTÜRK,** s. 265 vd.

TMSF tarafından açılacak şahsi iflas davalarında görevli ve yetkili mahkeme BankK.'nun 142. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TMSF tarafından açılacak hukuk davalarında asliye ticaret mahkemeleri görevlidir.

Yetkili mahkeme ise, Fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgahı İstanbul sınırları içinde olan kişiler aleyhinde açılacak hukuk davaları ile borçlular hakkında açılacak iflas davalarında İstanbul 1. ve 2. Asliye Ticaret Mahkemesidir.

SONUÇ

5411 Sayılı BankK"nun 110. maddesinde düzenlenen şahsi iflas müessesesi yalnızca tacirlerin iflas edebileceği prensibine istisna oluşturmakta ve şartları özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bir anonim şirket olan bankada kimlerin şahsi iflasa tabi olduğu sadece tacirlerin iflasa tabi olmasına istisna teşkil etmesi bakımından kapsamı belirli ve sayılı olması gerekmektedir. Bu bakımdan ilk olarak bunun kişiler bazında kapsamın belirli olması gerektiği söylenmelidir. BankK.'da yöneticiler temelinde bunlar, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri, murahhas azalar, denetim komitesi üyeleri, genel müdür ve yardımcıları, kredi komitesi üyeleri, bölge ve şube müdürleri ile merkez teşkilatında imza yetkisine haiz bölüm, grup ve birim amirleri olarak belirlenmiştir. Şahsi iflasa tabi banka denetçisi olarak da organ niteliğindeki iç denetçiler 6102 sayılı TTK ile kaldırılmış olduğundan geriye bağımsız dış denetçiler kalmakta ve sadece bankanın bağımsız dış denetimini yapanlar şahsi iflasa tabi olacaklardır. Üçüncü grupta da hakim ortaklar yer almaktadır. Hakim ortaklar, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği dahil, doğrudan veya dolaylı olarak banka yönetimini kontrol gücüne sahip kişilerdir.

Banka yöneticilerinin, denetçilerinin ve hakim ortaklarının şahsi iflaslarına karar verebilmek için bir takım şartlar öngörülmüştür.

Banka yönetiminde şahsi iflasa tabi kişilerin, alınan karar ve yapılan işlemlerde kanuna aykırılık bulunması gerekir ki, bu sadece BankK olmayıp maddi anlamda ilgili tüm mevzuatı içermektedir.

Kanuna aykırılıkta ilgili kişilerin kusurlu olmaları gerekmektedir. Kusur sorumluluğu bulunmakla birlikte kusuru ispat yükü konusunda BankK m. 137 ile özel bir düzenleme getirilerek ispat yükü ters çevrilmiş ve kusursuz olduklarını ispat yükümlülüğü davalılara yüklenmiştir.

Bir diğer şart, Kanuna aykırı karar veya işlemler neticesinde BK anlamında kesin ve somut bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Ancak, birden fazla kişinin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile zarara sebebiyet vermeleri halinde sorumluluklarının ne olacağı konusu tartışmalı olmakla birlikte BK. m. 61'de dikkate alınarak 6102 sayılı

TTK m. 557 doğrultusunda farklılaştırılmış teselsül hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü farklılaştırılmış teselsül uygulanmayıp bireysel sorumluluk uygulanacak olursa TMSF açısından toplam zarar belirli olsa bile zararın kişiler bazında ayrı ayrı tespiti başlangıçta zor gözükmektedir.

Bir diğer şart, alınan karar ve işlemler ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağının bulunmasıdır. Bir diğer anlatımla zarar o karar ve işlemler neticesinde ortaya çıkmalıdır. Burada, zararın ortaya çıkması genellikle tek bir karar ve işlemle değil birden çok karar ve işlemle ortaya çıkmakta ve bir sürecin neticesi olarak husule gelmektedir. Bu nedenle illiyet bağının tespiti son derece önemlidir ve husus TMSF tarafından yapılması gerekmektedir.

Şahsi iflas sorumluluğu için son şart, Banka yönetim kurulu üyelerinin aldıkları karar ve işlemler neticesinde Bankanın Fona devrine ve faaliyet izninin kaldırılmasına sebep olmaları gerekmektedir. Bu hususlar da BankK. m. 71'de düzenlenmiştir. Bu madde bir sonuç maddesidir. Dolayısıyla banka yöneticilerinin buradaki hükümleri iyi bilmesi bu sonunca uğramaları için de sırasıyla 67, 68, 69 ve 70. maddeleri hükümlerinin gereklerini yerine getirmeleri veya hiç bu maddelere maruz kalmamalarını öneririz. Çünkü bankacılık, bir itibar işidir ve itibarlı kişilerin bu itibarlarını korumaları ile sağlamaktadır.

KAYNAKLAR

AKDAĞ GÜNEY, Necla (2010), Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

ALICI, Yaşar (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul.

AYOĞLU, Tolga (2002), "Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesesinden Yararlanma İmkanı", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınevi, s.s. 69-98.

BATTAL, Ahmet (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara.

CAYMAZ DEMİRYAS, Neşe (2009), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

ÇAĞLAYAN, Ramazan (2012), İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.

ÇAMOĞLU, Ersin (2007), Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

ÇAMOĞLU, Ersin (2011), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2011, C. XXVII, S. 1, Ankara, s. 5-17.(İflasın Koşulları).

ÇEVİK, Kemal (2009), Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

DOĞAN, İlker, (2009), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

DOĞRUSÖZ, Hanife (2010), Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

EREN, Fikret (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.

GÖKTÜRK, Kürşat (2013), Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Kitapçılık, Ankara.

KAPLAN, İbrahim, (2009),"Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", BATİDER, C.XXV, S.4. s. 37-46.

KUNTALP, Erden (2003), "Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon'a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi", Yıldızhan Yaylaya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Graphis Matbaası, İstanbul, s. 387-428.

OY, Osman (2002), Bankalar Kanununun Yönetim Kurulu, Yönetici ve Ortakların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları ve 4389 Sayılı Bankalar Kanunu, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.

ÖNDER, M. Fahrettin, (2006),"Bankalarda Denetim Komitesinin Kurumsal Yönetim İçindeki Yeri", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, s. 175-190

ÖNDER, M. Fahrettin (2005), " Anonim Şirketlerde İç Denetim Yapısının Kurumsal Yönetime Katkısı", Özel Hukuk, Uluslararası Sempozyum, Tebliğler, Kafkas Üniversitesi, Bakü, 2005, s.272-289.

PULAŞLI, Hasan (2012), Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara.

REİSOĞLU, Seza (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 2, Yaklaşım Yayınları, Ankara.

TAŞDELEN, Servet (2006), Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, **TEKİNALP, Ünal** (2003), Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayımları, İstanbul. (Fondaki Banka)

TEKİNALP, Ünal (2009), Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Banka Hukukunun Esasları)

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TURANBOY, Asuman, "Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 2115-2122.

UYGUR, Turgut (2010), Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, İstanbul.

YASAMAN, Hamdi (2013), Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

YAVUZ, Nihat (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara.

YÜKSEL, A. Sait, YÜKSEL, Aslı, YÜKSEL, Ülkü (2004), Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, İstanbul.

ELEKTRONİK ORTAMDA DÜZENLENEN NOTER SENETLERİ

(Notarial Acts Which are Performed Electronically)

Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK*

ÖZET

Kıta Avrupası noterleri, görev ve yetkileri kanunla tanımlanmış kamu görevlileridir. Noter, işlem yapmak maksadıyla noterliğe gelen kişinin kimliğini ve imzasını resmî ve tarafsız kimliğiyle belgeler. Elektronik noterlik uygulaması, elektronik noterlik işlemlerini arttırmak maksadıyla noterlik hukukuna, Noterlik Kanunun 198/A maddesiyle girmiştir. Elektronik İmza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra e-noterlik, donanımlı noterlerin noterlik işlemlerini, değiştirilen Noterlik Kanununun hükümlerine uygun olarak elektronik ortamda yapmasına imkân tanımıştır. Noter, güvenli elektronik imza kullanarak belgeleri elektronik ortamda düzenler. Elektronik noterlikte noter elektronik imzasını ekleyerek ve şifresini kullanarak elektronik belgeye resmiyet kazandırır. Elektronik noter senedi tanzim eden bir noter, elektronik noter senedini tamamlamak için elektronik belgeye noterliğin elektronik imzasını eklemelidir. Elektronik noterlik birçok hukukî işlemde noterin uzaktan noterlik yapması anlamına gelmemektedir. Çoğu noterlik işleminde hâlâ ilgililerin ve noterin, senedin imzası sırasında fizikî olarak hazır olması gereklidir. İster kâğıt ortamda ister elektronik ortamda yapılsın noter senetlerinde temel kural, imza sahibinin noter huzurunda fizikî olarak hazır olmasıdır. Bu şekilde noter, işlemin hukukî etkileri ve sonuçları hakkında ilgilileri aydınlatabilir ve ilgililer, işlemin hukukî etkilerini tam olarak anlayıp değerlendirebilir. Noter, noterliğin elektronik imzasını, resmî noter işlemini ve diğer tüm elektronik noterlik belgelerini muhafaza etmelidir. Ayrıca elektronik noter senedi düzenleyen noter, ilgililerin kişisel verilerini kaydetmeli ve muhafaza etmelidir.

Anahtar kelimeler: Noter, elektronik noter senetleri, güvenli elektronik imza, elektronik noter belgelerinin resmiliği, elektronik noter senetlerinin yapılması ve hukukî etkileri

Abstract

Civil-law notaries are public officials whose powers and duties are defined by

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

statute. A notary acts as an official, unbiased witness to the identity and signature of the person who comes before the notary for doing transaction. The electronic notarization initiative was established by the article 198/A of the Notary Law to enhance electronic transactions in law of notary. After coming into force Electronic Signature Act e-notarization allows qualified notaries public to perform notarizations electronically, in compliance with provisions of the amended Notary Law. A civil-law notary arranges the documents electronically by using of a trustworthy electronic signature. Electronic notarization is a process whereby a notary affixes an electronic signature and notary seal using a secure a password to an electronic document. A civil-law notary who performing an electronic notarial act must attached to the electronic document the notary's electronic signature in order to complete the electronic notarial act. Electronic notarization does not mean that the notary can perform the electronic notarizations remotely in most legal transactions. In most notary transactions it is still require that the participants and the notary must all be physically present at the time of signing of the act. The basic rule of every notarial act, whether it is paper-based or electronic, is the physical presence of the signer before the notary. In this way a notary is able to enlighten about the legal effects and results of the transaction and each principal can fully understand and evaluate the legal implications of transaction. A notary shall safeguard the notary's electronic signature, the notary's electronic seal, and all other electronic notarial records. Also a notary performing electronic notarial acts must keep, maintain, and protect personal data of each principal.

Keywords: Civil-law notary, electronic notarial acts, trustworthy electronic notary signature, authenticity of electronic notary documents, establishment of and legal effects of the electronic notarial acts.

GİRİŞ

Kişilerin haklarını sosyal, ekonomik ve usûlî engellere takılmadan etkin bir şekilde kullanmasını amaçlayan adalete erişim doktrininin (*access to justice movement*) 21. yüzyılda hukuk yargılama usûlünde güçlenmesi noterlik hukukuna da yansımış, hak arayan kişilerin, hukuk sisteminin resmî kurumlarına ulaşmalarını kolaylaştıracak hukukî kurum ve imkânlar giderek gelişmiştir. Hukuk yargılama usûlünde adalete erişim akımı, hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamayı amaçlar[1]. Çağdaş medenî usûl hukukunda, bireylere şeklen tanın-

[1] "34. **Mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının güvenceleri arasında yer almaktadır** (B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28; B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 51; B. No: 2012/1061, 21/11/2013, § 28; B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 41). -35. **Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.** Bununla birlikte dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir (B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 27). -36. **Mahkemeye etkili erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda tu-**

mış hakların varlığı yeterli görülmemekte, *etkili hukukî korumanın* sağlanması gerekmekte ve bunu sağlayacak düzenlemeleri yaparak etkili hukukî korumanın önündeki engelleri kaldırmak, sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak kabul edilmektedir[2].

---

tarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebilmektedir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34). Bu nedenle, mahkemeler **usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar** (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Walchli/Fransa, B. No: 35787/03, 26/7/2007, § 29; Eşim/Türkiye, B.No: 59601/09, 17/9/2013, § 21). -37. Usul kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Efstathiou ve Others/Yunanistan, B. No: 36998/02, § 24)" (Anayasa Mahkemesi 05.11.2014, Başvuru Numarası: 2012/1223: RG 30.01.2015, Sa. 29252).

2 **Cappelletti**, Mauro/**Garth**, Bryant: Access to Justice: The Newest Wave in the World-Wide Movement to Make Rights Effective (Buffalo Law Review 1978, Vol. 27, s. 181-292), s. 182-185; **Kastenmeier**, Robert W./**Remington**, Michael J.: Court Reform and Access to Justice: A Legislative Perspective (Harvard Journal on Legislation 1979, Vol. 16, s. 301-342); **Court Reform and Access to Justice**: A Legislative Perspective (Harvard Journal on Legislation 1979, Vol. 16, s. 301-342), s. 305; **Macdonald**, Roderick A.: Access to Justice and Law Reform 1 (Windsor Yearbook of Access to Justice 1990, Vol. 10, s. 287-337), s. 312; **Moon**, Ronald T.Y.: Access to civil justice: Is there a solution? (Judicature 2005, Vol. 88, s. 155-157, 188), s. 155. Adalete erişim akımının düşünsel temeli hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. **Backhouse**, Constance: What is Access to Justice? (Access to Justice for a New Century: The Way Forward, Toronto 2005, s. 113-145); **Cappelletti**, Mauro: Human Rights and the Proceduralist's Role (International Perspectives on Civil Justice: Essasys in Honour of Sir Jack I.H. Jacob, Q.C., London 1990, s. 1-10); **Cappelletti**, Mauro/Garth, Bryant: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987, s. 69 vd.; **Cappelletti**, Mauro/**Garth**, Bryant: Access to Justice as a Focus of Research (Windsor Yearbook of Access to Justice 1981, Vol. 1, s. 9-25); **Elveriş**, İdil: Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 179-202); **Francioni**, Francesco: The Rights of Access to Justice under Customary International Law (Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press 2007, s. 1-55); **Macdonald**, Roderick A.: Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions (Access to Justice for a New Century: The Way Forward, Toronto 2005, s. 19-112); **Moorhead**, Richard: Access to Justice (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Vol. 1, Los Angeles 2007, s. 13-18); **Özbek**, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162); **Özbek**, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927); **Özbek**, Mustafa S.: Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 453-507); **Penner**, Roland: Access to Justice and Law Reform (Windsor Yearbook of Access to Justice 1981, Vol. 1, s. 338-350); **Rhode**, Deborah L.: In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession, New York 2000; **Rhode**, Deborah L.: Access to Justice, New York 2004; **Roderick**, A. Macdonald: Access to Justice and Law Reform 1 (Windsor Yearbook of Access to Justice 1990, Vol. 10, s. 287-337); **Smith**, Roger: Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s, London 1996; **Storskrubb**, Eva/**Ziller**, Jacques: Access to Justice in

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun[3] 1. maddesinde de açıkça belirtildiği gibi noterler, hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgeleyen kamu görevlileridir[4]. Noterler hukukî işlemlere resmiyet kazandırdıkları ve hukukî güvenliği sağladıklarından, ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmekte, kurdukları işlem güvenliği ortamı sayesinde doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmakta, böylece de bireysel ve toplumsal barışa katkıda bulunmaktadırlar[5].

Hukukî işlemlere resmiyet kazandırmak amacıyla işlemleri belgelendiren noterler, bu sayede uyuşmazlık öncesi delil üreterek[6], tarafların iradelerini, tanık beyanlarını, maddî vakıaları ve emareleri ayrıntılı olarak belgelendirmekte, uyuşmazlık konusu hukukî ilişki ve maddî olayı her yönüyle ortaya koymaktadırlar. Uyuşmazlık öncesi deliller, davadan önce üretildiklerinden, uyuşmazlık sonrası delillere nazaran daha güvenilirdirler[7].

Uyuşmazlık öncesi delil üretmede de hiç kuşkusuz en işlevsel kurum noterlerdir. Bu yapısıyla adalet sisteminde üstlendikleri görevler giderek genişleyen, hukuk danışmanlığı işlevi ile çekişmesiz yargı işlerindeki yetkileri artan noterler, önleyici (koruyucu) adaletin (*preventive justice*) temel unsurlarından olup, kişilerin adalete erişim hakkını etkin şekilde kullanabilmesi için büyük katkı sunmaktadırlar[8]. Çağdaş

European Comparative Law (Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press 2007, s. 177-203); **Susskind**, Richard: The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, New York 2008.

3 RG 5. 2. 1972, Sa. 14090.

4 **Arslan**, Ramazan/**Tanrıver**, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 207; **Office of the Secretary of the Commonwealth**: A Handbook for Virginia Notaries Public, Virginia 2011, s. 3; **Özbek**, Mustafa Serdar: Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2013, s. 43-55; **Ulukapı**, Ömer/**Atalı**, Murat: Noterlik Hukuku, Konya 2001, s. 5; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s. 1033.

5 **Yılmaz**, Ejder: Noterlik İşlemlerinin Hukuk Davalarındaki ve İcra-İflâs Takiplerindeki Önemi (Noterlik Hukuku Sempozyumu: 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara 1997, s. 41-62, Notev-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 1), s. 41-42.

6 **Mebrouk**, Hadda: Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler, Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma, Ankara 2012, s. 23.

7 **Konuralp**, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 30-35.

8 **Atalı**, Murat: Avusturya'da Noterlik Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Noterlerin Bâzı Çekişmesiz Yargı İşlerinde Mahkeme Komiseri Sıfatıyla Görev Almaları (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 37-45), s. 45; **Atalı**, Murat: Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Medenî Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ankara, 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 50-105), s. 76-77; **Atalı**, Murat: Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev Almaları (Noterlik Hukuku Sempozyumu: XI-XII-XIII-XIV-XV, Ankara 2010, s. 82-88, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 10, s. 50-105), s. 83-

adalete erişim doktrini adalete erişimi sâdece mahkemeler ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına değil, avukatlar ve noterlere erişimi de kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır[9]

§ 1. NOTERLİK İŞLEMLERİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI

A) Noterlik İşlemlerinde Kâğıt Ortamdan Elektronik Ortama Geçilmesi

Hukukî işlemlere resmiyet kazandırmak amacıyla işlemleri belgelendiren noterler, geleneksel olarak "kâğıt ortamında" noterlik işlemleri yapmaktayken, 21. yüzyılın getirdiği teknoloji ortamında, artık noterlik işlemlerinin de "elektronik ortamda" yapılması kaçınılmaz hâle gelmiştir[10]. Örneğin Latin Noterlik sisteminin üyelerinden

---

86; **Budak**, Ali Cem: Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ankara, 30 Eylül-11 Ekim 2005, Ankara 2006, s. 128-187), s. 149; **Council of Europe**: European judicial systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of justice, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ Studies No. 11, Council of Europe 2008, s. 235; **İstanbul Noter Odası Araştırma-Geliştirme Komisyonu**: Yargının Çekişmesiz İşlemleri (TNBHD 2011/150, s. 51-79), s. 52 vd.; **Sungurtekin Özkan**, Meral: Koruyucu Hukuk ve Bu Bağlamda Hukuk Eğitimi, Barolar, Üniversiteler ve Adalet Bakanlığından Beklenenler (T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı 2013, Yayın No: 32, s. 353-360), s. 354-355; **Tanrıver**, Süha: Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağının Getirdikleri (75. Yaş Günü İçin Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 577-597), s. 589 vd.; **Tanrıver**, Süha: Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Gelişmeler (TNBHD 2004/122, s. 15-23), s. 16 vd.; **Tanrıver**, Süha: Noterlerin İşlevleri Alanındaki Yeni Açılımlar ve Bu Bağlamda Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının İrdelenmesi (TNBHD 2004/124, s. 56-68), s. 61-64; **Tanrıver**, Süha: Noterlerin Tespit İşleri (MİHDER 2006/3, s. 593-605), s. 595-596, 603; **Tanrıver**, Süha: İşlevsel Açıdan Noterlik Kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler (Prof.Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 465-489), s. 475; **Tanrıver**, Süha: Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2013-2024), s. 2024; **Ünalçin**, Pınar: Avrupa Noterlerine ve Elektronik İmza Uygulamalarına Kısa Bir Bakış (TNBHD 2010/148, s. 38-53), s. 42; **Ünalçin**, Pınar: Yargının Hizmetinde Noter (UYAP Bilişim Dergisi 2012/5, s. 65-72), s. 69; **Ünalçin**, Pınar: Önleyici Yargının Asli Unsuru Olan Noter Resmi Senetlerinin İcra Kuvvetinin Daha Etkin Kullanılmasının Yargı Hizmetinin Hızlandırılmasındaki Önemi ve Avrupa Ülkeleri Uygulamaları (TNBHD 2012/155, s.48-59), s. 51; **Yılmaz**, Ejder: Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Ankara 2001, s. 15-24, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 7), s. 20.

9 **Özbek**-Adalete Erişim s. 908; **Özbek**, Mustafa: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231), s. 198; **Özbek**, Mustafa S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013, s. 214-222; **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 52-53; **Sungurtekin Özkan**, Meral: Sosyal Devlet Bağlamında Adlî Yardım Kurumu ve Hukuksal Koruma Sigortası (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, 10 Ocak-14 Ocak 2012, Ankara Barosu 2012, s. 172-187), s. 176-178.

10 **Arıkan**, Saadet: Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler (Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII,

olan Fransa ve İtalya hukukunda, hem kâğıt ortamda hem de elektronik ortamda noter senetleri (ENS, *electronic notarial acts*) düzenlenmekte ve bu ülkelerin Noterlik Kanunlarında, elektronik ortamda ve kâğıt ortamında düzenlenen noter senetleri için aranacak şekil şartları gösterilmektedir[11]. Türk hukukunda elektronik ortamda yapılan maddî hukuk ve usûl hukuku işlemlerinde hızlı bir gelişme göze çarpmaktadır. Nitekim adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP), dava ve diğer yargılama işlemleri elektronik ortamda gerçekleştirilmekte, UYAP kullanılarak veriler kaydedilmekte ve saklanmaktadır (HMK m. 445, 1).

UYAP bilişim sistemiyle, güvenli elektronik imza kullanılarak[12] yapılan usûl işlemleri hukuk, ceza ve idarî yargılama usûlünde önemli bir uygulama alanı kazanmıştır. Güvenli elektronik imza sahibi olan taraf vekillerince UYAP Avukat Bilgi Sistemi üzerinden güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilmekte, bu işler için ayrıca el ürünü imzalı belge istenmemekte, yargılama harçları ile gider ve delil avansları davanın açılması esnasında avukat tarafından elektronik ortamda mahkeme veznesi hesabına aktarılabilmekte, bu işlemler baro kartı veya kredi kartı gibi ödeme araçlarıyla yapılabilmekte, dava, dilekçenin sisteme kaydedildiği tarihte açılmış sayılmakta ve işlem sonucunda başvuru sahibinin elektronik ortamda erişebileceği bir tevzi formu oluşturulmakta, dava dosyaları incelenebilmekte, ara kararlar, nihaî kararlar, sisteme taranmış bilirkişi raporları okunabilmekte, bunlara karşı itiraz ve beyan dilekçeleri verilebilmekte, muhakeme işlemleri yapılabilmekte, her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilmekte, işlenebilmekte, saklanabilmekte, güvenli elektronik imza ile imzalanabilmekte, kanun yollarına başvurulabilmektedir[13] (HMK m. 445; İYUK m. 31,1; CMK m. 38/A; HMKY m. 36).

İcra ve iflâs dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflâs iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılmakta; her türlü veri, bilgi, belge ve karar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla işlenmekte, kaydedilmekte ve saklanmaktadır (İİK m. 8/a).

Aynı şekilde elektronik imza sahibi olan bilirkişiler de UYAP Bilirkişi Bilgi Sistemi üzerinden işlem yapabilmekte (HMKY m. 64, 1), UYAP Bilirkişi Bilgi Sistemi

---

Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s. 13-52, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 8), s. 43.

11 **Ünalçin**, Pınar: Elektronik Noterlik (Leges Hukuk Dergisi 2011/14, s. 29-37), s. 29.

12 Güvenli elektronik imzanın teknik altyapısı hakkında bilgi için bkz. **Yardım**, Mehmet Ertan: Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuza Etkileri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006, s. 12-21.

13 **Acar**, Ayşe Ece: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s. 122-136; **Orta**, Mesut: Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza (Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s. 159-174, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 8), s. 160-164.

üzerinden görevlendirilen bilirkişi veya bilirkişiler, tespit ve teslim tutanağını, dosyanın iş listesine düşmesinden sonra en geç bir hafta içinde güvenli elektronik imza ile imzalayarak mahkemeye göndermekte, bilirkişi dosyayı inceledikten sonra elektronik ortamda düzenlediği raporunu güvenli elektronik imzayla imzalayarak mahkemesine göndermektedir. Birden fazla bilirkişi görevli ise, düzenlenen rapor tüm bilirkişiler tarafından güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra mahkemeye gönderilmektedir (HMKY m. 64, 2).

Benzer şekilde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[14] ile sermaye şirketlerinin, bir internet sitesi açması ve Kanunda emredilen hususları şirketin internet sitesinde yayımlanması zorunlu kılınmıştır (TTK m. 1524, 1). Tarafların açıkça anlaşmaları ve TTK m. 18, 3 hükmü saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder (TTK m. 1525, 1).

Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak TTK'nın zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usûlle elektronik ortamda düzenlenebilir (TTK m. 1525, 3). Şirket adına imza yetkisini haiz kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilirler. Bu durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılır. Bu husus tescil ve ilân edilir (TTK m. 1525, 4).

Mukayeseli hukuktaki gelişmelere ve elektronik ticaretteki (*electronic commerce*) hızlı büyümeye bağlı olarak[15], artık e-noterlik sistemi (*e-notarization*) kurulmaya başlanmıştır[16]. Elektronik ortamda düzenlenen noter senetleri, kâğıt ortamındaki noter senetlerinin taranarak elektronik ortama aktarılmasını değil; tümüyle elektronik ortamda düzenlenerek, ilgililerin ve en son noterin güvenli elektronik imzasıyla (*trustworthy electronic notary signature*) imzalanması ve böylece tamamlanmasının ardından elektronik ortamda saklanmasını ifâde etmektedir[17]. Elektronik noterlik sis-

---

14 RG 14.02.2011, Sa. 27846.

15 **Akkaya**, Mustafa: Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi (Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s. 175-186, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 8), s. 177-179; **Erturgut**, Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 21-24; **Erturgut**, Mine: Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza (Bankacılar Dergisi, 2003/48, s. 66-79), s. 66-67; **Göksu**, Mustafa: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, s. 46-47.

16 http://www.asnnotary.org/?form=enotary (erişim tarihi: 24.04.2015).

17 **Office of the Secretary of the Commonwealth** s. 7; **Ünalçin**-Elektronik İmza Uygulamaları

teminin hızla geliştiği Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, "elektronik noterliğin uzaktan noterlik olmadığı" (*electronic notarizations does not mean that the notary can perform the electronic notarizations remotely*) kabul edilmektedir[18].

Elektronik noterlik kapsamında yapılan birçok işlemde ilgililer, imza atılması esasında noter huzurunda hazır bulunmaktadırlar. Noter işlemlerinin elektronik ortamda yapılması, masraflardan tasarruf, yüksek düzeyde işlem güvenliği, işleme hızla resmiyet kazandırılması, işlemin tarih damgasıyla kontrolü ve belge bütünlüğünün sağlanması gibi, kâğıt ortamda yapılan noter senetleriyle elde edilemeyecek çeşitli faydaları da beraberinde getirmektedir.

Adalete erişim kavramı içinde önemli bir yer işgal eden ve etkili hukukî korumanın olmazsa olmaz unsuru olan noterlik hizmetlerine erişimin gelişmesinde, elektronik noterliklerin (*electronic notarizations*) kuşkusuz büyük bir katkısı vardır[19]. Elektronik noterlik işlemlerinin (*electronic documents*) hızla gelişmesi sebebiyle, noterlik hukuku alanında gerekli hukukî alt yapıyı oluşturma ihtiyacı doğmuştur. 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun[20] 6. maddesiyle, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 198. maddesinden sonra gelmek üzere Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesiyle, elektronik noterlik işlemleri kânûnî düzenlemeye kavuşturulmuştur.

B) Güvenli Elektronik İmzanın El Yazısıyla Atılmış İmzayla Aynı Hukukî Sonuçları Doğurması

I- Fonksiyonel Eşitlik Doktrini

Borçlar hukukunda, borç altına giren kişinin el yazısıyla imza atmasının zorunlu olması şeklindeki geleneksel kural, bilgi teknolojilerinin gelişmesiyle ikinci plâna itilmeye başlanmış ve pozitif hukukta yapılan düzenlemelerle güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını[21] aynen doğurduğu kabul

---

s. 48; 4th International Forum on E-Notarization, E-Apostilles and Digital Evidence, Organized and hosted by the National Notary Association of the United States of America, held on 29-30 May 2008 in New Orleans, Louisiana, USA, Conclusions and Recommendations, s. 3 (http://www.hcch.net/upload/concl_rec_forum_08_final_20080610_e.pdf) (erişim tarihi: 24.04.2015).

18 **Ünalçin**-Elektronik Noterlik s. 30.

19 **Turan**, Orhan: Noterlik İşlemleri ve Elektronik (Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s. 187-203, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 8), s. 198-201.

20 RG 12.12.2014, Sa. 29203 (Mükerrer).

21 Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenememektedir. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin de güvenli elektronik imza ile yapılması yasaktır (TTK m. 1526, 1). Buna karşılık konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle veya elektronik

edilmeye başlanmıştır[22] (EİK m. 5, 1; TBK m. 15, 1; HMK m. 205, 2; İİK m. 8/a, 2). Kanun koyucunun böyle bir hukuk politikası benimsemesinin amacı, kişilerin elektronik ortama daha fazla güven duymasını sağlayarak elektronik imza kullanımının yaygınlaştırılması ve elektronik ortamda yapılan işlemlerin teşvik edilmesidir[23]. Elektronik ortama duyulan güveni arttırarak elektronik imza kullanımının yaygınlaştırılmasının en emin ve etkili yollarından birisi de, noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmaya başlanmasıdır.

Kanun koyucunun, güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda düzenlenen belgeleri hukuken kâğıt ortamda düzenlenmiş ve el yazısıyla imzalanmış belgelerle aynı rejime tâbi tutması ve ispat güçleri arasında fark gözetmemesi isabetli bir yaklaşımdır. Avrupa Birliği hukuku ile UNCITRAL düzenlemelerinde de aynı anlayış hâkimdir. Elektronik Ticarete İlişkin UNCITRAL Model Kanununda bu maksatla benimsenen fonksiyonel eşitlik yaklaşımına göre (*The "functional-equivalent" approach*), geleneksel olarak kâğıt ortamda düzenlenen belgelerin (*traditional paper-based documentation*) kullanılmasını emreden mevzuat hükümleri, çağdaş iletişim yollarının gelişmesinin önündeki temel engeldir. Bu sebeple Model Kanun, fonksiyonel eşitlik yaklaşımı olarak adlandırılan yeni bir doktrin getirmiştir.

Fonksiyonel eşitlik yaklaşımı, geleneksel olarak kâğıt ortamda düzenlenen belgelerin amaçları ve işlevlerinin, bu amaç ve tahlillerin elektronik ticaret yöntemleriyle nasıl gerçekleştirilebileceğinin belirlenmesi düşüncesiyle tahlil edilmesi esasına dayanır. Model Kanunda, bâzı teknik ve yasal gerekliliklerin karşılanması koşuluyla elektronik ortamda düzenlenen belgelerin, kâğıt ortamda düzenlenen belgelerle aynı ölçüde işlem güvenliğini sunduğuna dikkat çekilerek, bilhassa verinin kaynağı ve içeriğinin tespitinde olmak üzere birçok durumda, kâğıt ortamda düzenlenen belgelerden daha fazla güvenlik ve sürat sunduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte fonksiyonel eşitlik yaklaşımının kabulü, elektronik ticaret kullanıcılarına, kâğıt ortamda düzen-

---

herhangi bir araçla atılabilir. Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir (TTK m. 1526, 2).

22 "28.09.2010 ve 09.11.2010 tarihli **duruşma tutanakları hakim ve katip tarafından elektronik imza ile imzalanmış ise de**; 5271 sayılı CMK'nun 219. maddesi "... tutanak, mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır.", amir hükmünü içermesi, 5070 sayılı Yasanın 5/1. maddesi de "... **güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur**..." ilkesini getirmesi karşısında anılan yasal düzenlemeler dikkate alındığında; **hukuki sonuçları bakımından elektronik imza ile ıslak imzanın aynı olduğu,** kaldı ki 6352 sayılı Yasanın 95. maddesi ile 02.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Yasanın 38/A. maddesi gereğince her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılmasının zorunlu hale geldiği cihetle tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir (11. CD 30.11.2012, 11103/20696: KBİBB).

23 Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporu, İstanbul 2004, s. 31.

lenen belgelerden daha katı güvenlik standartları ve buna ilişkin yüksek masraflar yüklememelidir[24].

Elektronik ortamda düzenlenen belgelerin niteliği gereği farklı olması sebebiyle kâğıt ortamda düzenlenen belgelerin muadili olarak görülmesi mümkün olmadığı gibi, bunların bütün işlevlerini doğurması gerekli de değildir[25]. Bu sebeple Model Kanunda, kâğıt ortamda düzenlenen belgelerin dengi olacak bir elektronik belge[26] oluşturmaktan kaçınılarak, kâğıt ortamda düzenlenen belgelerle aynı işlevleri yerine getirebilecek olan elektronik belgelerin, kâğıt ortamda düzenlenen belgelerle aynı hukukî değeri taşıması hedeflenmiştir[27].

II- Elektronik Âdî Senet ve Elektronik Resmî Senet

Türk hukukunda da fonksiyonel eşitlik anlayışı hâkimdir. Usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler hukuken dar ve teknik anlamda senet olmayıp belge niteliğindedir ve fakat ispat gücü bakımından âdî senet hükmündedir. Güvenli elektronik imzalı belge, aksi ispat edilinceye kesin delil teşkil etmesi bakımından, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir[28] (HMK m. 205, 2; İİK m. 8/a, 2).

Güvenli elektronik imza, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında (EİK m. 5, 2), elle atılan imza yerine kullanılabilir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan belge ve kararlarda, kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesi ve mühürleme işlemini öngören hükümler uygulanmaz (TBK m. 15, 1; EİK m. 5, 1; İİK m. 8/a, 2).

Güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçmektedir (TBK m. 14, 2). Böylece noterlerin, düzenleme ve onaylama şek-

---

24 **United Nations**: UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, parag. 16; **United Nations**: UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, New York 2002, parag. 8.

25 **Göksu** s. 118; **United Nations**-Electronic Commerce parag. 17.

26 Elektronik belge, elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış şekilde bulunan elektronik veriler olarak tanımlanmaktadır (**Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 29; **Erturgut**-E-belge s. 66)

27 **United Nations**-Electronic Commerce parag. 18; **Yıldırım**, Mehmet Kamil/**Pürselim**, Hatice Selin: Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri (İBD 2005/4, s. 1096-1114), s. 1098.

28 **Acar** s. 162; **Bulur**, Alper: E-İspat (ABD 2008/2, s. 90-104), s. 99; **Deliduman**, Seyithan: İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri (e akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2002/2), parag. 10; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 29; **Erturgut**-E-belge s. 72, 76; **Karslı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2014, s. 516; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 724; **Yardım**, Mehmet Ertan: Medeni Usul Hukuku Çerçevesinde Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği ve Unsurları (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Ankara 2013, s. 1290-1315), s. 1293; **Yıldırım/Pürselim** s. 1110; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 1119.

lindeki noter işlemlerini güvenli elektronik imza kullanarak yapabilmesi, beklenen doğal bir gelişme olmuştur.

Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesiyle, HMK'da düzenlenen elektronik âdî senede ilâve olarak elektronik resmî senet tanzim edilmesi mümkün hâle gelmiştir. HMK'da elektronik resmî senet düzenlenmemiştir. Nitekim HMK m. 205, 2'de "*Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir*" denilmiştir. Madde gerekçesinde ise, güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik imzalı belgelerin adî senet kuvvetinde sayıldığına vurgu yapılarak şu açıklamaya yer verilmiştir:

"Güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler için doğrudan adî senettir ifadesi yerine, **adi senet hükmündedir ifadesi tercih edilmiştir.** Zira, güvenli elektronik imza, **dar ve teknik anlamda adî senet değildir.** Bu tür belgelerin oluşturulması ve ibrazı adî senetlerden farklılık gösterdiği gibi, inkârı hâlinde uygulanacak hükümler de farklıdır. Bu sebeple, **adî senetle aynı ispat gücüne sahip olmakla birlikte, doğrudan adî senet olarak kabulü doğru görülmemiştir.** Nitekim, adî senetlerin inkârı ile elektronik belgelerin inkârı hâlinde uygulanacak usul ayrı maddelerde düzenlenmiştir"[29].

Doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere, güvenli elektronik imzalı belgelerin âdî senet hükmünde olduğunun belirtilmesi, bu belgeleri sâdece elektronik âdî senetlere hasretmek anlamına gelebileceğinden isabetli olmayıp, elektronik resmî senetlerin dışlanmaması gerekir. Âdî senet hükmünde olan güvenli elektronik imzalı belgeler olabileceği gibi, güvenli elektronik imza kullanılarak düzenlenen noter senetlerinde olduğu gibi, resmî senet hükmünde olan elektronik belgeler de olabilir[30].

Doktrinde, güvenli elektronik imzalı belgelerin sâdece ispat gücü bakımından değil unsurları bakımından da senede benzetilmesi gerektiği yönündeki görüşün haklılığı, elektronik noter senetleriyle desteklenmektedir. Bu görüşe göre, her güvenli elektronik imzalı belge senet hükmünde sayılamaz. Güvenli elektronik imzalı belgenin kesin delil sayılabilmesi için senedin unsurlarını haiz olması gerekir. Kesin delil sayılan güvenli elektronik imzalı belgenin, unsurları ve hukukî sonucu itibariyle senet sayılması gerektiği kabul edildiğinde, elektronik senet kavramı ortaya çıkmaktadır. Böylece hukuk yargılama usûlünde elektronik senetler, kâğıt ortamda düzenlenen âdî senet ve resmî senet yanında yeni bir senet türü olarak zikredilmeye başlanmıştır[31]. Esasında elektronik senetler de kendi içinde elektronik âdî senetler ve elektronik resmî senetler olarak bir tasnife tâbi tutulabilir ve bu tasnifte elektronik noter senetleri, elektronik resmî senetlerin tipik örneğini oluşturur.

---

29 **Yılmaz**-Şerh s. 1118.

30 **Acar** s. 164-165.

31 **Acar** s. 149; **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1314; **Yıldırım/Pürselim** s. 1112.

C) Noterlik Kanuna Eklenen 198/A Maddesi İle Noterlerin Elektronik Ortamda İşlem Yapabilmelerinin Sağlanması

I- Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Yapılmak İstenen Düzenlemeler

Noterlerin elektronik ortamda işlemlerini yapabilmeleri için gereken mevzuat değişikliği konusunda daha evvel, TNB tarafından şu hükümler hazırlanmıştır:

"MADDE 11 – 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununa

a) 108 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

ALTINCI BÖLÜM

Elektronik Ortamda Noterlik İşlemleri:

MADDE 108/A - Bu kısmın ikinci bölümüne göre düzenleme şeklinde yapılanlar hariç, kağıt ortamda gerçekleştirilen her türlü noterlik işlemleri elektronik ortamda da yapılabilir.

Elektronik ortamda noterlik işlemlerinde, güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücüne haiz olup, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir.

Güvenli elektronik imza kullanılması hiçbir şekilde işlemin noter huzurunda imzalanılması veya beyanda bulunulması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Elektronik ortamda noterlik işlemleri, gerektiğinde eklerin işleme bağlanmasından sonra, Elektronik İmza Kanununa uygun olarak Türkiye Noterler Birliği tarafından sağlanan noterin güvenli elektronik imzasıyla imzalanarak tamamlanır. Bu Kanunun imza yetkisine dair hükümleri güvenli elektronik imza için de uygulanır.

Elektronik ortamda noterlik işlemleri kağıt ortamda noterlik işlemleriyle aynı hükme sahiptir.

Elektronik ortamda noterlik işlemlerinde kanunda belirtilen mühürleme işlemi uygulanmaz. Elektronik ortamda noterlik işlemlerinden, kağıt ortamında örnek çıkarılması gereken hallerde belgeye "Elektronik ortamda noterlik işlemi aslı ile aynıdır " şerhi verilerek, noter tarafından imzalanarak mühürlenir. Elektronik ortamda noterlik işlemlerinin kağıt ortamda düzenlenen örneğiyle çelişmesi halinde, noterlerin kullandığı bilişim sisteminde kayıtlı olan nüsha esas alınır.

Kağıt ortamda noterlik işlemlerinden kanuna göre talep edildiği takdirde, noterin güvenli imzasıyla imzalanarak elektronik ortamda örnek çıkarılabilir.

Bu Kanun kapsamında noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için toplanması gerekli kişisel veriler, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuatta belirlenen tedbirler alınarak korunur.

b) 198 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

MADDE 198/A– Elektronik ortamda noterlik işlemlerinin şekil, şartları, işlenebilmesi, saklanabilmesi, gerektiğinde ilgili kişi ve kurumlara elektronik ortamda gönderilebilmesi, değiştirilmesi, feshi, iptal ve düzeltilmesi ve diğer hususlardaki her türlü düzenlemeyi ve bunun için gerekli olan asgari teknik ve idari şartlara dair usul ve esasları Adalet Bakanlığının onayı ile Türkiye Noterler Birliği tarafından yönetmelikle belirlenir.

Elektronik ortamda noterlik işlemlerine ilişkin ücretler, Türkiye Noterler Birliğinin görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek bir tarife ile belirlenir.

Yurt dışında yürütülen noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına ve bu işlemlerin usul ve esasları ve yerine getirilmesi için sağlanması gerekli olan asgari teknik ve idari şartlara dair usul ve esaslar Türkiye Noterler Birliği ile Adalet Bakanlığının görüşleri alınarak Dışişleri Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenir".

Elektronik ortamda noterlik işlemleri daha sonra, Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile gündeme gelmiştir. Elektronik ortamda hizmet sunumunun yaygınlaştırılması, güvenli elektronik imza kullanılarak işlemlerin elektronik ortamda hızlı ve güvenilir şekilde yapılmasını sağlamak ve kâğıt yoğunluğuna son vermek için hazırlanan ve fakat kanunlaşma imkânı bulamayan bu tasarının amaçları şu şekilde özetlenmiştir:

"Tasarı ile, kamu kurum ve kuruluşlarının mevzuatının, hizmetlerin elektronik ortamda sunumuna engel teşkil eden hususlardan arındırılması suretiyle **elektronik ortamda hizmet sunumunun yaygınlaştırılması** ve böylece **hizmetlerin hızlandırılması** öngörülmektedir. Bu bağlamda; her türlü dava usûl işlemlerinin, icra ve iflas işlemlerinin, idari davalar ve vergi davaları ile ilgili her türlü işlemin ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren işlemlerin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) vasıtasıyla elektronik ortamda yapılabilmesi için sırasıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanununda; vize ve pasaport başvurularının elektronik ortamda yapılabilmesi ve sonuçlandırılabilmesi, **noterlik işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi,** sağlık hizmetlerinin sunumunda elde edilen kişisel sağlık verilerinin değerlendirilme koşullarının belirlenmesi, kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda başvuru yapılabilmesi, **e-Devlet projelerinde gerekli koordinasyonun sağlanması** ve güvenli elektronik imzanın bankacılık ve finans başta olmak üzere mali sektörlerde kullanımı için yine sırasıyla Pasaport Kanunu, Noterlik Kanunu, Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında

Kanun ve Elektronik İmza Kanunu ile bunların dışındaki bazı diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması öngörülmektedir"[32].

Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Noterlik Kanununa şu hükmün eklenmesi plânlamıştır:

"MADDE 11- 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununa 198'inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

"Elektronik İşlemler:

MADDE 198/A- Bu Kanunun uygulanmasında, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haiz olup, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça belirtilmiş olan işlemler dışında, elle atılan imza yerine kullanılabilir.

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda veya huzurda olmadan yapılabilecek noterlik işlemleri ile 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ve ilgili ikincil mevzuatta tanımlanan zaman damgası kullanılmasının zorunlu olduğu noterlik işlemleri, Adalet Bakanlığının uygun görüşü alınarak Türkiye Noterler Birliği tarafından belirlenir. Belirlenen bu noterlik işlemlerine ilişkin tüm belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve gerektiğinde ilgili diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgelerde kanunlarda belirtilen mühürleme işlemi uygulanmaz ve ayrıca suret aranmaz. Güvenli elektronik imza ile düzenlenen belge, özellikle talep edilmedikçe ayrıca fizikî olarak düzenlenmez. Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkarılması gereken hâllerde, belgeye "Güvenli elektronik imzalı aslı ile aynıdır." ibaresi ile imzalayanın adı, soyadı, unvanı, çalıştığı birimin adı ve tarih eklenerek noter veya yetkili personel tarafından elle atılan imza ile imzalanır ve mühürlenir. Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgenin elle atılan imzalı suretiyle çelişmesi hâlinde, noterlerin kullandığı bilişim sisteminde kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı nüsha esas alınır.

Bu Kanun kapsamında noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için toplanması gerekli olan kişisel veriler, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuatta belirlenen tedbirler alınarak korunur.

Elektronik ortamda yapılacak noterlik işlemlerine ilişkin ücretler, Türkiye Noterler Birliğinin görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek bir tarife ile belirlenir.

---

32 Bkz. **T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü**: Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, 11.3.2010.

İkinci fıkra uyarınca elektronik ortamda yapılabilecek bir noterlik işleminin bir belgeye dayanması hâlinde; belge sureti, taraflar, vekilleri veya temsilcileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanarak elektronik ortamda notere gönderilebilir. Ancak belge aslının fizikî olarak ibrazının zorunlu olduğu hâllerde, elektronik ortamda yapılan başvuru sonrasında belge aslı yönetmelikte belirlenen süre içinde notere ibraz edilir.

Elektronik ortamda noter huzurunda veya huzurda olmadan yürütülecek noterlik işlemlerine ve bu işlemleri yapabilecek noterlerin sağlaması gerekli olan asgarî teknik ve idarî şartlara dair usûl ve esaslar, Türkiye Noterler Birliğinin görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenir.

Yurt dışında yürütülen noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına ve bu işlemlerin yerine getirilmesi için sağlanması gerekli olan asgarî teknik ve idarî şartlara dair usûl ve esaslar, Türkiye Noterler Birliği ile Adalet Bakanlığının görüşleri alınarak Dışişleri Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenir."

Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısıyla ortaya konulan bu hedefe, Noterlik Hukuku bakımından, 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununla Noterlik Kanununda değişiklik yapılarak ulaşılmıştır.

II- Noterlik Kanununda Değişiklik Yapan 6572 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Noterlik Kanununda değişiklik yapan 6572 sayılı Kanun tasarısının, 198/A maddesini düzenleyen 6. maddesinin gerekçesinde, noterlerin işlemlerini elektronik ortamda yapabilmeleri için uyum düzenlemesi yapıldığı belirtilmiştir. Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesiyle, yargı ağı projesine paralel olarak, noterler tarafından yürütülecek elektronik işlemlere ilişkin çerçeve düzenleme getirilmiştir.

UYAP kapsamında bilişim sistemi ve bilişim ağından oluşan toplam ortama elektronik ortam denilmektedir (HMKY m. 4, 1/f). Güvenli elektronik imza ise, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sâdece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır (EİK m. 4). Elektronik imzanın güvenli elektronik imza niteliği kazanabilmesi için, Elektronik İmza Kanunu çerçevesinde kurulmuş bir elektronik sertifika hizmet sağ-

layıcısı tarafından oluşturulan nitelikli elektronik sertifikanın varlığı gerekir[33] (EİK m. 8).

Noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yürütülmesi, noterlik işlemlerinde yeknesaklığı sağlayacak, bilgi ve belgelerin kolaylıkla ve daha güvenli şekilde saklanmasına ve otomasyona hizmet edecektir. Diğer yandan NK m. 198/A hükmü sayesinde, hukukî nitelikleri ve sonuçları ile ispat güçleri bakımından, fizikî veya elektronik ortamda üretilen noter senetleri arasında fark olmaması sağlanmıştır.

Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesinde ayrıca, yurtdışındaki Türk Temsilciliklerinin yürüttükleri noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına ilişkin esasların Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde düzenlenmesi öngörülmüştür. Böylece elektronik noterliğin usûl ve esasları (*e-notarization standards*) yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenecektir[34].

D) Noterlerin Genel ve Özel Olarak Yapacakları İşler ile Bunların Dışında Kalan İşlemlerin Elektronik Ortamda Yapılması

Noterlik Kanununda noterlerin görevleri kapsamında noterlerin genel olarak yapacakları işler (NK m. 60) ile özel olarak yapacakları işler (NK m. 61-71) ve bunların dışında kalan diğer işlemler (NK m. 71/A-71/C) düzenlemiştir. Noterlik Kanununda öngörülen işlemler, elektronik ortamda güvenli elektronik imza (*electronic signature*) kullanılarak da yapılabilir. Bunun için, noterler ile noterlik personelinin nitelikli elektronik sertifikalara sahip olması gerekir. Güvenli elektronik imza kullanabilmek için gereken nitelikli elektronik sertifikalar, Türkiye Noterler Birliği tarafından temin edilerek hem Türkiye Noterler Birliğine hem de noter odaları ve noterlik personeli ile noterlere dağıtılır (NK m. 198/A, 7).

Bu bağlamda noterlerin genel olarak yapacakları işler, özel olarak yapacakları işler ve yapabilecekleri diğer işlemler kapsamında mirasçılık belgesi verilmesi ile terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işlemleri noterler tarafından, güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılabilir. Nitekim Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[35] m. 13'te, bilgi ve belgelerin elektronik ortamda paylaşımı ve kaydı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, Yönetmelik kapsamında yapılacak işlemler ve bu işlemlere ilişkin bilgi ve belge alışverişi, gerektiğinde güvenli elektronik imza kullanılmak sûretiyle, elektronik ortamda

---

33 **Erturgut**-E-belge s. 70.

34 Bkz. Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Madde Gerekçeleri, 14.10.2014, Sa. 472 (http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/343680.pdf) (erişim tarihi: 24.04.2015).

35 RG 04.10.2011, Sa. 28074.

da gerçekleştirilebilir. Bu şekilde yapılan işlemler elektronik ortamda merkezî olarak kaydedilir.

Elektronik ortamda noter senetleri, noter senedinin elektronik ortamda düzenlenerek, tarafların, tanıkların ve son olarak noterin, düzenlenen bu noter senedini güvenli elektronik imza kullanarak imzalamasıyla oluşmaktadır[36]. Böylece elektronik ortamda noter senedinin, kimliği belirlenen imzalayanları tarafından görüldüğü, okunduğu, anlaşıldığı, imzalayan kişiye ait olduğu, güvenli elektronik imza sahibinin gerçek iradesine uygun olarak hazırlandığı ve değiştirilmeden elektronik ortama aktarıldığı ispatlanabilir şekilde tespit edilmiş olur[37].

Elektronik noterlik işlemlerinde, kâğıda dayalı noterlik işlemleri elektronik olarak düzenlenmektedir. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukukî işlemleri düzenlemek yanında kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukukî işlemleri yapmakla görevli olan noterler, resmiyet kazandırdıkları işlemleri elektronik ortamda da yapabileceklerdir. Böylece elektronik âdî senede ilâve olarak elektronik resmî senet tanzim edilmesi mümkün hâle gelmiştir.

Noterler tarafından verilebilecek olan elektronik noterlik hizmetlerinin kapsamı NK m. 198/A ile çizilmiş ve noterlerin, güvenli elektronik imza kullanarak yapabilecekleri işlemlerin esasları tespit edilmiştir.

§ 2.NOTER SENETLERİNE GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA KULLANARAK TARİH DAMGASI VURULMASI

Elektronik bir belgenin ispat gücünü güçlendirmek için, diğer koşulların yanında belgenin hazırlandığı ve düzenlendiği zamanın he türlü kuşkudan uzak şekilde tespiti gerekir. Bu nedenle elektronik belgede şifreleme ve kimlik teşhis etmenin yanı sıra, tarih damgasının varlığı şarttır. Borsa ve döviz işlemleri gibi hukukî işlemlere ilâve olarak, noterlik işlemlerinin de çoğunda işlemin tanzim tarihinin açıkça tespit edilmesi gerekir[38].

---

36 Kuzey Carolina mevzuatında Elektronik Noterlik Kanununun tanımları içeren 2. madde, § 10B-101/3'te aynı yönde şu tanım yapılmıştır: "Electronic Notarial Act" and "Electronic Notarization" mean an official act by an electronic notary public that involves electronic documents. Bkz. http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/PDF/ByArticle/Chapter_10B/Article_2.pdf (erişim tarihi: 24.04.2015).

37 **Keser Berber**, Leyla : "İmzalıyorum O Halde Varım", Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri (TBBD 2000/2, s. 503-556), s. 507; **Orta** s. 165.

38 **Acar** s. 89; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 125; **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 526; **Sözer**, Bülent: Elektronik İmza Kanunu'na Göre Dijital İmza (Ergon Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 994-1030), s. 1019. Ayrıca bkz. Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporu s. 26.

Noterler, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda[39] tanımlanan zaman damgası kullanılmasının zorunlu olduğu noterlik işlemlerini, güvenli elektronik imza kullanarak tanzim edebilirler. Zaman ve tarih damgası, bir elektronik verinin[40], üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıttır (EİK m. 3, 1/h).

Noterler, kendilerine gönderilen elektronik belgeye, güvenli elektronik imza kullanarak zaman ve tarih damgası verebilirler[41]. Böylece elektronik imzanın belgeye atılma zamanı tam olarak belirlendiği gibi, noterce onaylanmış da olur. Elektronik İmza Kanununda tanımlanan zaman damgası kullanılmasının zorunlu olduğu noterlik işlemleri yönetmelikle düzenlenir (NK m. 198/A, 2).

§ 3. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA KULLANARAK DÜZENLEME ŞEKLİNDE NOTER İŞLEMİ YAPILMASI

A) Düzenleme Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinin Yapılma Usûlü

Noterler, ilgililerin istemleri üzerine hukukî işlemleri belgelendirirler. Böylece belgelendirme isteminde bulunan kişiler "ilgililer" olarak kabul edilir (NK m. 72). Düzenleme şeklindeki elektronik noter senetleri bizzat noter tarafından elektronik ortama geçirilmek sûretiyle yapılır (NK m. 84). Elektronik belgede, noterin adı ve soyadı ile noterliğin ismi, işlemin yapıldığı yer ve tarihi, ilgilinin ve varsa tercüman, tanık ve bilirkişinin kimlik ve adresleri, ilgilinin gerçek arzusu hakkındaki beyanı ve nihayet işleme katılanların güvenli elektronik imzalarıyla noterin güvenli elektronik imzası açık bir şekilde yer almalıdır (NK m. 84). Noterin de elektronik ortama geçirilmiş belgeyi hemen güvenli elektronik imzasıyla imza etmesi, belgenin resmîliğini sağlayan en mühim unsurdur. Düzenleme şeklindeki bu elektronik resmî belge, ancak noterin güvenli elektronik imzasıyla tamamlanır.

Elektronik resmî belgede, noterin ilgiliyi tanıyıp tanımadığı, tanımıyorsa ilgilinin kişiliği hakkında ne yoldan kanı sahibi olduğu belirtilmeli, gerekli kanaate ulaşılamamasına rağmen işlemin yapılması istenmekteyse, bu durum ile kimliği tespite yarayan ispat vasıtaları gösterilmelidir (NK m. 85).

Düzenleme yoluyla noter senetleri, Noterlik Kanununa göre resmî şeklin asıl düzenleme yoludur. Kanunun öngördüğü şekil şartları işlemin geçerliliği için gereklidir. Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda yapılacak olan düzenleme yoluyla noter senetlerinde de şekle riayet edilmiş olacağından,

---

39 RG 23.01.2004, Sa. 25355.

40 Elektronik veri, elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları ifade eder (HMKY m. 4, 1/g).

41 **Arıkan** s. 44.

sözleşmeye açıklık, tarafların dikkatli hareket etmesi, ispat kolaylığı, üçüncü kişileri bilgilendirme gibi hedeflenen faydalar kazanılmış olacaktır[42].

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak düzenleme şeklindeki noter senedi şu aşamalar izlenerek yapılabilir (NK m. 81-86):

1- Noter, düzenleme şeklinde sözleşme yapmak isteyen tarafların kimliklerini ve elektronik imzalarını tespit ettikten sonra, düzenleme şeklinde yapılacak olan noterlik işlemini elektronik ortamda hazırlar.

2- İlgilinin gerçek isteği hakkındaki beyanı yazılarak elektronik ortamda hazırlanan düzenleme şeklindeki noter işlemi, bundan sonra okuması için ilgiliye verilir.

3- İlgili, elektronik ortamda hazırlanan tutanağı okur, tutanağın içindekiler isteğine uygun ise, bu husus da tutanağa yazıldıktan sonra tutanağı elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanarak imzalar.

4- Bu işlemlerin ardından noter, bu hususlara ilişkin tespiti noterlik işlemine işlemeli ve düzenleme şeklindeki işlemi güvenli elektronik imzasını kullanarak imzalamalıdır. Düzenleme şeklindeki elektronik noter senedi, noterin güvenli elektronik imzasıyla imzalanarak tamamlanır. Artık işlemin mühürlenmesi, elle atılan imzayı içeren sûret çıkartılması söz konusu olmayacak ve işlem, noterlerin kullandığı bilişim sisteminde elektronik ortamda saklanacaktır. Zira güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgelerde, kanunlarda belirtilen mühürleme işlemi uygulanmaz ve ayrıca sûret aranmaz (NK m. 198/A, 3).

Güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan düzenleme şeklindeki elektronik noter senetlerinde taraflar, yetkili noterin veya kânûnî vekilinin önüne gelip taleplerini belli şekilde tespit ettirmiş olduklarından; bu talep, irade açıklaması uyarınca elektronik ortama geçirilerek kendilerine okunduktan sonra uygunluğu usûlen kabul edilip güvenli elektronik imza kullanılarak imzalandığı ve sonunda bütün bu işlemler noter tarafından elektronik belgede belirtildiği ve güvenli elektronik imza ile imzalandığından, düzenleme şeklindeki noter işlemi niteliği kazanacaktır.

B) Resmî Şekle veya Özel Bir Merasime Tâbi Olan Noter Senetlerinin Güvenli Elektronik İmza İle Yapılması

Resmî şekil, sözleşmeyi kuran taraf beyanlarının kanunda gösterilen usûle göre resmî makam veya memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması sûretiyle ger-

---

42 **Berkin**, Necmeddin: İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil (İÜHFM 1946/4, s. 1175-1192), s. 1184 vd.; **Ersöz**, Şaban: Noterlik Kanundaki Şekil Şartlarına Uyulmazsa Ne Olur? (TNBHD 1976/9, s. 82-84), s. 84; **Hatemi**, Hüseyin: Taşınmazlarla İlgili Sözleşmelerde Şekil (TNBHD 1977/93, s. 3-15), s. 4; **Tuğ**, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 47; **Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, s. 1144 vd.

çekleştirilir. Kanunların bazı hukukî işlemleri resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tutmasının sebebi, işlemin önemi ve hukukî sonuçları hakkında tarafları bilgilendirmek, tarafların düşünmenden acele karar vermelerini önlemek, hukukî işlemin noksansız ve tarafların gerçek iradelerine uygun yapılmasını sağlamaktır[43]. Kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukukî işlemleri noterler Noterlik Kanunu hükümlerine göre yapmakla görevlidirler (NK m. 60/2).

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5, 2'de şu hükme yer verilmiştir:

"*Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*".

EİK'nın bu hükmüyle, Kanunda resmî şekilde yapılması emredilen hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı belirtilmiştir. Doktrinde EİK m. 5, 2 hükmü ile, sâdece kanunların resmî şekilde yapılmasını emrettiği hukukî işlemlerin değil; taraflarca TBK m. 17 uyarınca anlaşılarak resmî şekilde yapılması kararlaştırılan (iradî şekil) işlemlerin de güvenli elektronik imza ile yapılmasının yasaklandığı belirtilmiştir. Doktrindeki bu görüşe göre, örneğin noterde resmî yazılı şekilde yapılması öngörülen finansal kiralama sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile yapılması mümkün değildir. Buna göre resmî yazılı geçerlilik koşuluna bağlı olmayan bir kira sözleşmesinin taraflarca noterde resmî şekilde yapılmasının kararlaştırılması hâlinde, bu işlem güvenli elektronik imza ile kurulamayacaktır[44].

EİK m. 5, 2'de yer alan bu hükme göre örneğin, asıl borçlu ile kefillerin imzalarını taşıyan genel kredi ve teminat sözleşmeleri, geçerliliği, resmî şekilde yapılmış olmasına bağlı olan taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmeler (TMK m. 856), teminat sözleşmesi niteliğindeki çek taahhütnameleri veya MKK nezdinde kayden izlenen sermaye piyasası araçlarını konu alan ve yazılı şekilde yapılan teminat sözleşmeleri (SPKn m. 47), güvenli elektronik imza ile yapılamayacaktır. Benzer şekilde TMK m. 939'da şekil şartı öngörülmeyen taşınır rehni sözleşmeleri de güvenli elektronik imza ile yapılamaz[45]. Diğer bir örnek teşkil eden ve geçerlilik şekline bağlı olan kefalet sözleşmesi ise, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz (TBK m. 583, 1). Kanunda kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil âdî yazlı şekil olsa da, EİK m. 5, 2 hükmü gereği bu sözleşmenin de güvenli elektronik imza ile yapılması mümkün görünmemektedir.

Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporunda, EİK m. 5, 2 hükmüne istinaden şu görüş ileri sürülmüştür:

---

43 **Deliduman**, Seyithan: Medenî Usul ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 28; **Tuğ** s. 64; **Yılmaz**-Noterlik İşlemlerinin Önemi s. 42-43.

44 **Acar** s. 121; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 125; **Yıldırım/Pürselim** s. 1108.

45 **Acar** s. 121; **Kılıçoğlu** s. 125.

"Güvenli elektronik imzanın uygulama alanının gösterildiği bu maddeye göre **noterlerin yapacağı işlemler, noterlerin huzurunda yapılan işlemler, resmi bir makamın katılımını veya tescil zorunluluğunu gerektiren işlemler** (gayrimenkul, motorlu araç alım satımı v.b.) ile evlenme gibi resmi memur önünde gerçekleştirilmesi zorunlu olan hukuki işlemler **güvenli elektronik imza ile yapılamazlar.** Kanun metninde güvenli elektronik imza ile yapılamayacak hukuki işlemlerin genel bir ifadeyle tanımlanması bazı karışıklıklara sebebiyet verebilecektir. Özellikle doktrinde tartışmalı olan '*teminat sözleşmeleri*' türleri ile '*kanunun özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler*' uygulamada tereddüt yaratacak en önemli hususlardır"[46].

Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporunda EİK m. 5, 2 hükmüne istinaden yer verilen bu görüş, NK m. 198/A, 1 hükmü karşısında savunulabilirliğini yitirmiştir. NK m. 198/A, 1'in açık hükmü gereğince noterlerin yapacağı işlemler ile noterlerin huzurunda yapılan işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılabileceğinde tereddüt kalmamıştır. Kanımca, taşınmaz veya motorlu araç alım satımı gibi hukukî işlemlerin güvenli elektronik imza kullanılarak yapılmasını yasaklayacak bir menfaat bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun EİK m. 5, 2 hükmü ile, Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğini öngörürken, tarafları düşünmeye sevk etmeyi, hukukî sonuçlarını yeterince düşünmeden acele kararlar alarak sözleşme yapmalarını engellemeyi amaçladığı anlaşılsa da, noter huzurunda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan sözleşmelerde noterin ilgilileri bilgilendirmesi sayesinde bu sakınca doğmayacaktır. Dolaysıyla bu işlemlerin noter huzurunda yapıldığı takdirde güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğini savunmanın bir anlamı yoktur.

NK m. 89'da sayılan düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler, EİK m. 5, 2'de zikredilen, kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemlerdendir. Bu sebeple Elektronik İmza Kanununun bu hükmü, ilgililer noter huzurunda bulunduğu takdirde düzenleme şeklindeki noter senetlerinin elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabileceğini öngören NK m. 198/A, 1 hükmüyle çelişmektedir. Nitekim Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporunun yukarıda zikredilen görüşü de, bu çelişkiyi çarpıcı biçimde gözler önünde sermektedir. NK m. 198/A, 1 hükmünün yeni tarihli olması ve düzenleme şeklindeki noter senetleri bakımından EİK m. 5, 2'ye nazaran daha özel hüküm olması sebebiyle, EİK m. 5, 2 hükmünü tâdil ettiği kabul edilmelidir.

Olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından yapılacak bir kanun deği-

---

[46] Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporu s. 32

şikliğiyle, NK m. 198/A, 1 hükmü karşısında mevzuatta tenakuz ve tereddüt yaratan EİK m. 5, 2 hükmü yürürlükten kaldırılmalı veya kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin noter huzurunda yapıldığı takdirde güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilmesine izin verilecek bir düzenleme yapılmalıdır. Doktrinde de benzer görüşler savunulmuş, Fransız ve Alman hukuklarında resmî senetlerin dahi güvenli elektronik imza ile düzenlenebileceğinin kabul edildiği ifâde edilerek, Türk hukuku bakımından da bu yönde düzenlemelerin yapılabileceği belirtilmiştir[47].

Kamu Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının 24. maddesiyle, EİK m. 5, 2 hükmünün, güvenli elektronik imzanın bankacılık ve finans başta olmak üzere, mâlî sektörlerde kullanımının önünün açılması sûretiyle kullanım alanının genişletilmesi ve Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumun sağlanması gerekçesiyle yürürlükten kaldırılması plânlamışsa da[48], henüz gerçekleştirilememiştir.

C) Düzenleme Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinin İspat Gücü

I- Güvenli Elektronik İmzayla Oluşturulan Düzenleme Şeklindeki Noter Senedinin Sahteliği İspat Olunmadıkça Kesin Delil Sayılması

Resmî senetler (*authentic instruments, official documents, acte authentique, öffentliche Urkunden*), resmî memurların (kamu görevlilerinin) yetkileri dâhilinde (görevleri gereği), mevzuata uygun olarak belli usûl ve esaslara göre düzenledikleri (ZPO § 415; C.Civ. a. 1317 vd.) senetlerdir[49]. Noterlerce düzenleme şeklinde belgelendirilen işlemler resmî senet sayılır (NK m. 82).

---

47 **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1314.

48 **T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü** s. 40.

49 **Belgesay**, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1940, s. 174; **Deliduman**-Noter Senetleri s. 16; **Deliduman**, Seyithan: Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki (AÜEHFD, 2000/1-2, s. 413-435), s. 423-424; **Deynekli**, Adnan: Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006, s. 32; **Erdönmez**, Güray: Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2014, s. 211; **Fisher**, Howard: The German Legal System and Legal Language, London 2002, s. 322; **Güngör**, Devrim: Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Ankara 2010, s. 52; **Karslı**-Medeni Muhakeme Hukuku s. 518; **Kuru**-Usul 2 s. 2111; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 378; **Mebrouk** s. 44-45; **Murray**, Peter L./**Stürner**, Rolf: German Civil Justice, Durham 2004, s. 276; **Muşul**, Timuçin: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 244; **Nart**, Serdar: Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat (DEÜHFD 2007/1, s. 207-232), s. 215-219; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 158; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 728; **Postacıoğlu**, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 597; **Sungurtekin Özkan**, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 278; **Ünalçın**, Pınar: Önleyici Yargının Asli Unsuru Olan Noter Resmi Senetlerinin İcra Kuvvetinin Daha Etkin Kullanılmasının Yargı Hizmetinin Hızlandırılmasındaki Önemi ve Avrupa Ülkeleri Uygulamaları (TNBHD 2012/155, s.48-59), s. 52; **Yılmaz**-Noterlik İşlemlerinin Önemi s. 47; **Yılmaz**-Şerh s. 1116.

Güvenli elektronik imza, hukukî sonuçları itibariyle el yazısıyla atılan imzanın muadili sayıldığından[50] (*electronic signature establishes equal legal status between electronic transactions and paper transactions*), elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinde temel esas, elektronik ortamda güvenli elektronik imzayla yapılan noterlik işlemlerinin hukuken kâğıt ortamda yapılan noterlik işlemleriyle aynı hüküm ve sonuçları doğurmasıdır. Dolayısıyla delil değeri ve ispat gücü bakımından, kâğıt ortamda düzenlenen noter senetleri ile elektronik ortamda düzenlenen noter senetleri arasında fark yoktur. Elektronik ortamda düzenlenen noter senetlerinde güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir (TBK m. 15, 1; EİK m. 5, 1; HMK m. 205, 2; İİK m. 8/a). Bu bağlamda, kanunlarda güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça yasaklanmış olan işlemler dışında güvenli elektronik imza, noter işlemlerinde elle atılan imza yerine kullanılabilecektir.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar[51] (HMK m. 204, 1; NK m. 198/A, 1). Düzenleme şeklindeki elektronik noter senetleri, kâğıt ortamda yapılan noter senetleri gibi[52], hem içerik hem de şekil bakımından sahteliği sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil ederler (HMK m. 204, 1; NK m. 82, 2). Sahteliği sabit oluncaya kadar kesin delil niteliğinde olması sebebiyle[53] hâkimi ispat faaliyetinde bağlayan elektronik resmî senetlerin ispat kuvveti, elektronik âdî senetlere göre daha güçlüdür. Çünkü elektronik resmî senetlerin delil gücü, basit bir imza inkârıyla hükümden düşürülememekte; noter huzurunda kullanılan güvenli elektronik imzanın inkâr edilmesi hâlinde, senetteki güvenli elektronik imzanın imza sahibine ait olduğunun ispatı gerekmemekte, bunun aksini iddia eden imza sahibi ispat yükü altında olmaktadır.

II- Güvenli Elektronik İmzayla Oluşturulan Düzenleme Şeklindeki Noter Senedinin Sahteliği İddiası

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinin sahteliği iddia edildiğinde, noterin tamamen sahte bir elektronik senet düzenlemiş olması veya resmî senedin düzenlenmesi sırasında (veya sonradan) senede gerçeğe aykırı kayıtlar koymuş olması ileri sürülür[54]. Böyle durumlarda elektronik noter se-

---

50 **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 517.

51 **Erturgut**-E-belge s. 76.

52 **Yılmaz**-Noterlik İşlemlerinin Önemi s. 48.

53 **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1311.

54 **Arık**, Fikret: Re'sen Tanzim Edilmiş Noter Senedinde Sahtelik İddiası (AD 1945/11, s. 1192-1194), s. 1192; **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 575; **Kuru**-Usul 2 s. 2158; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 381; **Deliduman**, Seyithan: Noter İşlemlerinde Sahtelik (TNBHD 2001/110, s. 36-48), s. 40; **Yavaş**-Senetle İspat s. 163.

nedinin kesin delil etkisinin kaldırılabilmesi için, sahtelik iddiasında bulunulması ve elektronik noter senedinin sahteliğinin ispatlanması gerekir.

Diğer yandan güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senetlerinde sahtelik iddialarının kapsamını, noterin gözlemlerine dayanan kısımlarla noterden sadır olan beyanlar oluşturduğundan, elektronik noter senedinin tanzimi sırasında, noterin şahsî gözlemlerine dayanmayan, işlemin taraflarınca notere beyan edilerek tutanağa işlenen (örneğin muvazaa iddiaları) kısımlar ile senetlerin tanzimi sırasında noterin takdirine dayanarak tutanağa geçirmiş olduğu hususların aksi, kâğıt ortamında düzenlenen noter senetlerinde olduğu gibi sahtelik iddiasında bulunulmasını gerektirmeden ispatlanabilir[55].

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinin, noterce belgelendirilmiş kısımları hakkında sahtelik iddia edilmelidir. Resmî sıfatı olan noterin belgelendirmekle görevli olduğu kısımlar, senedin tarihi, düzenleme yeri, merasimin îfâsına dair şerhler, tarafların sıfatları, tarafların beyanları (noter tarafından anlatımın alındığı kısım), güvenli elektronik imzaları ve noterin güvenli elektronik imzasıdır.

Bu bağlamda senetle borç altında giren ve ispat yükü altında olan taraf, güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinde yer alan güvenli elektronik imzanın kendisi tarafından atılmadığını (güvenli elektronik imzan anahtarının başkası tarafından kullanıldığını), ancak sahtelik iddiası kapsamında iddia ve ispat edebilir. Çünkü güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinde noter, ilgililerin huzuruna gelerek beyanda bulunduğunu ve güvenli elektronik imzalarını kullanarak elektronik noter senedini noter önünde imzaladıklarını resmî belgeye şerh düşmektedir.

Benzer şekilde güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinde beyanı alınan ilgili, bu beyanın güvenli elektronik imza anahtarı sahibi olarak gerçek iradesine aykırı şekilde elektronik imzalı belgeye aktarıldığını veya güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinin elektronik ortamda düzenlendikten (örneğin başka bir mercie gönderildikten) sonra tahrifata uğradığını sahtelik iddiasıyla ileri sürebilir. Çünkü güvenli elektronik imzayla düzenleme şeklinde oluşturulan noter senedinin bu iddialara konu olan kısımları, kamu güvenini taşıyan resmî memurlar olan noterlerin kendilerinin oluşturduğu ve kendi güvenli elektronik imzalarıyla imzalayarak belgeyi tamamladıkları kısımlar olup, bunların gerçeğe uymadığı ancak sahtelik iddiasıyla ileri sürülebilir.

---

55 **Bilge**, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s. 506; **Bilge/Önen** s. 576; **Deliduman**-Sahtelik s. 43; **Postacıoğlu**, İlhan: Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s. 198, dn. 7; **Postacıoğlu**-Usul s. 620; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 685.

III- Güvenli Elektronik İmzayla Oluşturulan Düzenleme Şeklindeki Noter Senedinin Sahteliği İddiasının İncelenmesi

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki noter senedinde ilgilinin, noter senedinde yer alan güvenli elektronik imzanın kendisi tarafından atılmadığını (güvenli elektronik imzan anahtarının başkası tarafından kullanıldığını) veya noter önünde yaptığı beyanının gerçek iradesine (güvenli elektronik imza anahtarı sahibinin iradesine) aykırı şekilde noter tarafından elektronik imzalı belgeye aktarıldığını ileri sürerek sahtelik iddia etmesi hâlinde, güvenli elektronik imzalı belgenin inkârını düzenleyen HMK m. 210 ile yetinilmesi mümkün değildir. Bu hükme göre güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur.

HMK m. 210'da, güvenli elektronik imzalı belgenin inkârı düzenlenirken, güvenli elektronik imzalı âdî belge ile güvenli elektronik imzalı resmî belge arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş resmî belge olan düzenleme (veya onaylama) şeklindeki noter senetlerinin inkârı hâlinde mahkemece yapılacak incelemede HMK m. 210 esas alınarak çözüm üretilmelidir.

Kâğıt ortamda düzenlenen resmî senetlerin sahteliği iddiası, âdî senetlerdeki yazı veya imzanın inkârı hakkındaki hükümlere (HMK m. 208) göre inceleneceğinden[56] (HMK m. 211), güvenli elektronik imzayla oluşturulan resmî belgelerin sahteliği iddiası da, güvenli elektronik imzalı âdî belgelerdeki yazı veya imzanın inkârı hakkındaki hükme (HMK m. 210) göre incelenmelidir.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan noter senetlerinin sahtelik iddiasının, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren bir uyuşmazlık olması sebebiyle, bilirkişi incelemesiyle çözülmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Günümüzün teknik imkânlarıyla bu uyuşmazlıkların kesin olarak giderilebilmesi de çoğu zaman mümkündür. Örneğin, güvenli elektronik imzayla oluşturulan noter senedinin tanziminden sonra belgede tahrifat yapılması durumunda belge üzerinde yapılacak bilirkişi incelemesiyle, şifrelenmiş olan mesaj özeti (öz değeri, *hash* işlevi, *hash value*) ile sonradan oluşturulan mesaj özeti arasındaki fark tespit edilebilecek ve içeriği tahrif edilmiş elektronik noter belgesindeki imzanın geçerli olmadığı ortaya koyulabilecektir.

Öz değeri sayesinde, imzalanan verinin bütünlüğü (değiştirilip değiştirilmediği) kontrol edilebilmektedir. İmza sahibi imza anahtarını kullanırken, imza sahibinin hazırladığı ve hazırlanan veriye özel olan verinin özeti alınmaktadır. Elektronik ortamda hazırlanan bir sözleşme metninde bir harf dahi değiştirilse, bu metnin özü

---

[56] **Berkin**-Usul s. 812; **Bilge** s. 509; **Deynekli** s. 62-63; **Gençcan**, Ömer Uğur: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 859; **Kuru**-Usul 2 s. 2161; **Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 248; **Sungurtekin Özkan** s. 278.

(*hash* değeri) farklı çıkmaktadır. Elektronik veriyi alan alıcı, imza sahibi tarafından hazırlanan verinin özetini görmekte, verinin özetini çıkardığında her iki özet tutuyorsa verinin değiştirilmediği anlaşılmakta ve böylece mesaj doğrulanmaktadır. Güvenli elektronik imzanın bu özelliği, kâğıda yazılı mürekkebin değiştirilip değiştirilmediğinin anlaşılabilmesi gibi, bağlandığı elektronik belgenin değiştirilip değiştirilmediğini anlama imkânı sağlamaktadır[57].

Bununla birlikte, sonradan değiştirildiği ve tahrif edildiği iddia edilen elektronik resmî senetler bakımından mesaj özeti (*hash* işlevi) de her zaman doğru sonucu vermeyebilir. Çünkü güvenli elektronik imzayla oluşturulan noter senedinin sonradan noter tarafından değiştirilmesi halinde, noter senedin bu değişmiş hâlini de imzalayabilir (ikinci kez imza atabilir). Böyle bir durumda mesaj özeti (*hash* işlevi) işe yaramayacaktır. Bu sahtelikte zaman damgası işlevi etkisiz kılınarak, belgedeki imzanın ikinci bir imza olduğu gizlenebilir. Ancak Noterler tarafından güvenli elektronik imzayla yapılan tüm işlemlere dair bilgi ve belgeler, diğer resmî senetlerden farklı olarak Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminde kaydedilerek saklanacağından (NK m. 194/a, 3), tahrifat iddialarında bulunulması durumunda bu sistemden alınacak örnekle sahtelik itirazının çözülmesi mümkün olabilecektir.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan resmî belgenin sahteliği iddiasının incelenmesinde, HMK m. 210 kapsamında bilirkişi incelemesine başvurulması esas olmakla birlikte, yukarıdaki sahtelik iddialarının bir kısmında (örneğin güvenli elektronik imza anahtarının imza sahibinden başka bir kişi tarafından kullanıldığı iddiasında) bilirkişi incelemesi yapılması tek başına maddî hakikati bulmakta yetersiz kalacağından, tarafların isticvabı ve gerektiğinde tanık dinlenilmesine de başvurulabilmeli, hâkim tüm delilleri serbestçe değerlendirmelidir (HMK m. 198).

D) Düzenleme Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinin İlâmlı İcra Takibine Dayanak Olması

Düzenleme yoluyla yapılan elektronik noter senetleri (NK m. 198/A, 1), Noterlik Kanunu'ndaki şekil şartlarına uygun olarak tanzim edilmiş olmaları, kayıtsız ve şartsız (tek taraflı) para borcu ikrarını içermiş bulunmaları hâlinde ilâm niteliğinde belge sayıldıklarından, ilâmlı icra takibine dayanak olabilirler[58] (İİK m. 38). Hukukî etkileri

---

57 **Acar** s. 86-87; **Jones**, Nigel/**George**, Esther/**Karagöz**, Kasım/**Dülger**, Murat V./**Modoğlu**, Gözde: Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Bilişim Suçları Eğitim Modülü, Ankara, s. 57; **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 524-525; **Keser Berber**, Leyla: Şekil ve Dijital İmza (Noterlik Hukuku Sempozyumu: VII, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, s. 53-157, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 8), s. 91-93; **Orta** s. 166; **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1310.

58 **Berkin**, Necmeddin: Senetlerin Tanzimi ve Takip Hukuku Bakımından Ehemmiyeti (İÜHFM 1947/2, C. 13, s. 622-656), s. 648; **Deliduman**, Seyithan: İlâm Niteliğinde Sayılan Noter Senetlerine Dayanarak Yapılan İlâmlı İcra Takibinde Takibin İcra Tetkik Merciince Geri Bırakılması-

bakımından fizikî veya elektronik ortamda üretilen noter senetleri arasında fark olmaması bunu gerektirir. Ancak düzenleme yoluyla yapılan elektronik noter senetlerinin ilâmlı icra takibine koyulabilmesi için, onaysız fizikî örneğininin ibrazı yeterli olmayıp, ilâmlı icra dairesinin başlatılacağı icra dairesine elektronik ortamda gönderilmesi gerekir. Zira ilâmlı icra takibi ilâmın icra dairesine tevdii ile başlar (İİK m. 35) ve icra müdürünün borçluya bir icra emri tebliğ edebilmesi için, para borcuna veya teminat verilmesine dair olan ilâmın icra dairesine verilmesi gerekir (İİK m. 32, 1).

Düzenleme yoluyla yapılan elektronik noter senetlerine ilişkin belgeler, güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda saklanacağından, gerektiğinde icra dairesine elektronik ortamda gönderilebilir (NK m. 198/A, 2).

Buna ilâve olarak, güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik noter senedinin elle atılan imzalı sûretinin çıkartılarak da ilâmlı icra takibine koyulması mümkündür. Bunun için, düzenleme yoluyla elektronik noter senedini saklayan noterin, elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartması, örneği, belgenin aslının aynı olduğunu belirterek imzalaması ve mühürlemesi gerekir. Böylece, düzenleme yoluyla yapılan elektronik noter senedinin elle atılan imzalı sûreti ilâmlı icra takibine dayanak olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinde[59] ilâmlar için buna benzer bir usûl öngörülmüştür. HMK uygulamasında, taraf ve vekilleri ile diğer ilgililer, güvenli elektronik imza ile imzalamak sûretiyle UYAP vasıtasıyla mahkemeler veya hukuk dairelerine elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebilmektedirler (HMKY m. 5, 4). Dava sonunda esas, hakem, tereke, değişik iş dosya türlerinden verilen hüküm ve kararlar, tarih sırası ve sıra numarası ile elektronik ortamda görüntülenmektedir (HMKY m. 11, 3). Elektronik ortamda hazırlanan hüküm, hükme katılan hâkimler ve zabıt kâtibi tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanarak UYAP veri taba-

---

nın İstenmesi (AÜEHFD, 2001/1-4, s. 361-368), s. 362; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 389; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku C. 3, Ankara 1993, s. 2144; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 896; **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 2, Ankara 2013, s. 932; **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, Ankara 2008, s. 422; **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2013, s. 459; **Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 2010, s. 797; **Tanrıver**, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanağı Olarak Re'sen Düzenleme Biçimindeki Noter Senetleri (TNBHD 1994/81, s. 3-8), s. 6; **Tanrıver**, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 121; **Tanrıver**, Süha: Yabancı Ülke Noteri Huzurunda Yapılan Noter Senetlerinin Türkiye'de İcrası (TNBHD 1989/64, s. 19-20), s. 20; **Uyar**, Talih: Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C. 1, İzmir 1996, s. 720; **Uyar**, Talih/**Uyar**, Alper/**Uyar**, Cüneyt: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1, 2, 3, Ankara 2014, s. 754; **Üstündağ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 423, **Vural**, Perihan: İcra ve İflâs Kanunu ve Noterlik Kanunu Açısından Noterlik Senetleri (İcra ve İflâs Kanunu Uygulamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 97-112), s. 103 vd.

59 RG 03.04.2012, Sa. 28253.

nında saklanmakta; ayrıca hükmün çıktısı hükme katılan hâkimler ve zabıt kâtibi tarafından imzalanarak mahkeme mührüyle mühürlenmekte ve karar kartonunda muhafaza edilmektedir (HMKY m. 56).

Elektronik ortamda düzenlenen, güvenli elektronik imza ile imzalanan ve elektronik ortamda kaydedilerek görüntülenen ilâmlar, UYAP kapsamındaki birimlere ve bu arada icra dairelerine elektronik ortamda gönderilebildiğinden, ayrıca fizikî olarak gönderilmemektedir (HMKY m. 5, 6). UYAP üzerinden hazırlanmış ve güvenli elektronik imza ile imzalanmış ilâmın icra dairesine elektronik ortamda gönderilememesi hâlinde; ilâmın fizikî örneği alınmakta, güvenli elektronik imza ile imzalanmış aslının aynı olduğu belirtilerek altı hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından elle imzalanmakta (HMKY m. 5, 8) ve bu sûret ilâmlı icraya koyulabilmektedir.

E) Düzenleme Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinde İlgilinin Okuma ve Yazma Bilmemesi

İlgili okuma ve yazma imkânına sahip değilse, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısıyla sözleşme imzalaması aşamasını gerçekleştirmesi güç olduğundan, güvenli elektronik imza kullanma ihtimali de azdır. Ancak ilgililer imza atamadıkları ve imza yerine geçen bir el işareti kullanmadıkları takdirde, varsa mühür, yoksa parmak izi kullanarak hukukî işlem yapabilmektedirler (NK m. 75; HMK m. 206).

Okuma ve yazma imkânına sahip olmayan ilgili, elektronik imza oluşturmak amacıyla imza oluşturma aracını kullanma kabiliyetini haizse, hazır bulundurulacak iki tanık huzurunda maksadını notere beyan etmeli; noter, bu beyanı elektronik ortamda yazdıktan sonra tutanağı okumalı, ilgili ve tanıklar, beyanın aynen yazıldığını ifâde ettikten ve bu husus elektronik ortama geçirildikten sonra elektronik noter senedini güvenli elektronik imza ile imzalamalıdırlar (NK m. 87; 198/A). Bunun ardından noter belgeyi kendi güvenli elektronik imzası ile imzalamalıdır.

F) Engelli Olduğu İçin El Yazısıyla İmza Atamayan Kişiler Bakımından Düzenleme Şeklinde Elektronik Noter Senedi Düzenlenmesi

Özürlü oldukları için el yazısıyla imza atamayan veya imza atmaya muktedir olmayan kimseler de, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak sûretiyle hukukî işlem yapabilirler. Ancak, el yazısıyla imza atamayanların bu şekilde mühür, alet ya da parmak izi kullanarak yapacakları hukukî işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır (NK m. 75; HMK m. 206, 1). El yazısıyla imza atamayanların düzenleyecekleri belgelerin noterde düzenleme biçiminde oluşturulmasının zorunlu tutulmasının amacı, hukukî işlemlerinin sonuçları konusunda noterlerce aydınlatılmaları sûretiyle korun-

malarının sağlanması ve bu şekilde hukukî güvenliğin görünüm şekillerinden biri olan işlem güvenliğinin tesis edilmesidir[60].

Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılabilmesine olanak tanıyan NK m. 198/A hükmü, engelli olduğu için el yazısıyla imza atamayan ve fakat okuma yazma bilen kişilere kolaylık sağlamıştır. Zira engelli olduğu için el yazısıyla imza atamayanlar, mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanarak belge düzenleyebileceklerinden, okuma ve yazma imkânına da sahip oluklarından, güvenli elektronik imza kullanarak mühür, alet veya parmak izine nazaran çok daha kolay, çağdaş ve güvenli bir şekilde hukukî işlem yapabilir ve belge düzenleyebilirler.

Noterlerin hukukçu olmaları sebebiyle, hukukî işlem yapma konusundaki bilgi ve tecrübeleri ile el yazısıyla imza atamayan ve fakat güvenli elektronik imza kullanarak kendi huzurlarında belge tanzim eden kişileri gereği gibi bilgilendirmeleri de mümkün olacak; böylece hukukî işlemlerin daha güvenli bir şekilde yapılma amacı gerçekleşecektir. Noterlerin, hemen hemen ülkenin her yerinde bulunduğu ve onlara ulaşmanın bugün çok kolaylaştığı düşünüldüğünde, el yazısıyla imza atamayanların güvenli elektronik imza kullanmalarının yaygınlaşması durumunda, el yazısıyla imza atamadığı hâlde hukukî işlem yapmak isteyen kişiler bakımından güvenli elektronik imza kullanılarak noter tarafından düzenleme şeklinde belge yapılması imkânı, ayrıca bir zorluk yaratmayacaktır.

HMK m. 206 ile, mühür, alet, parmak izi veya güvenli elektronik imza kullanarak yapılan senetlerin noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması öngörüldüğünden, düzenleme şeklindeki noter senetlerine ilişkin kurallar (özellikle sahtelik iddiası), güvenli elektronik imza kullanarak düzenlenen bu senetler hakkında da geçerli olacaktır.

§ 4. ELEKTRONİK NOTER SENETLERİNDE İLGİLİLERİN NOTER HUZURUNDA OLMALARI

A) Düzenleme Şeklindeki Elektronik Noter İşlemlerinde İlgililerin Noter Huzurunda Olmaları Mecburiyeti

Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmaları gerekir (NK m. 198/A).

---

60 **Tanrıver**, Süha: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Noterleri İlgilendiren Hükümlerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi (Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, 1993-2011, Ankara 2011, s. 161-175), s. 164. Ayrıca bkz. HMK m. 206'nın gerekçesi (**Adalet Bakanlığı**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, s. 240; **Budak**, Ali Cem: Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2013, s. 277; **Yılmaz**-Şerh s. 1120).

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemleri göstermiştir. Buna göre, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış vaadi, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlât edinme ve tanıma ve mirasın taksimi sözleşmesinin düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Diğer kanunlarda düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemler de aynı esasa tâbidir.

Noterlik Kanunu isabetli şekilde, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemlerin güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabilmesine izin vermiş; fakat bunu, ilgililerin noter huzurunda olmaları şartına bağlamıştır. Kanunda bu zorunluluğun kabul edilme sebebi, bu işlemlerde ilgililerin irade beyanlarının noter tarafından bizzat alınmasının işlem güvenliği bakımından gerekli olmasıdır.

B) İrade Beyanlarının Alınmasına İlişkin Elektronik Noter İşlemlerinde İlgililerin Noter Huzurunda Olmaları Mecburiyeti

Noter tarafından ilgililerin irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde, güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için noter huzurunda olmalarının şart koşulmasının sebebi, hukukçu kimliğiyle noterlerin, ilgililerin irade beyanlarını doğru ve tam olarak tespit edebilmesini sağlamaktır. Örneğin noter tarafından elektronik ortamda düzenlenen resmî vasiyetnamede muris (TMK m. 532-537; NK m. 89), miras sözleşmesinde (TMK m. 545) sözleşmenin tarafları, arzularını noter huzurunda bildirmekte ve noter tarafından ilgililerin irade beyanları doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Benzer şekilde, kanunda geçerlilik şartı olarak[61] yazılı şekilde yapılması öngörülen tahkim sözleşmesinin (HMK m. 412, 3) noter huzurunda elektronik noter senediyle yapılabilmesi için ilgililer noter huzurunda olmalıdır.

C) Elektronik Noter Senetlerinde İlgililerin Noter Huzurunda Olmaları Mecburiyetinin Önemi

I- Güvenli Elektronik İmzanın Sahibi Tarafından Atıldığının Güvence Altına Alınması

Elektronik noterliğin uzaktan noterlik olmadığı (*electronic notarization does not mean remote notarization)*, gerek düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemlerde gerek ilgililerin irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmalarının zorun-

---

61 **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 91-93; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 601; **Göksu** s. 154-155; **Kalpsüz**, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 38.

lu tutulmasıyla açıkça görülmektedir[62]. Noter senetlerinin güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılması, hukukî işlemin noter huzurunda imzalanması veya ilgililerin noter huzurunda beyanda bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Doktrinde haklı olarak vurgulandığı üzere, elektronik noter işlemlerinde de, işlem yapmak isteyen ilgililerin güvenli elektronik imza kullanarak işlem yapabilmesi için noter huzurunda olmaları gerekir. Resmî işlemde güvenli elektronik imza kullanılması, hiçbir şekilde ilgililerin işlemi noter huzurunda imzalaması ve beyanda bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz[63].

Her şeyden önce güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan işlemlerde her ne kadar güvenli elektronik imza, ilgilinin imzaladığı ve gönderdiği belgenin imza sahibine ait olduğunu kesin şekilde doğrulasa da, güvenli elektronik imzanın ilgili tarafından atıldığını garanti etmez. Güvenli elektronik imza, el yazısı ile atılan imzadan farklı olarak isteyerek başkalarına teslim edilebileceği gibi, başkaları tarafından güvenli elektronik imzanın algoritması çözülebilir, başka kişi ve bilgisayarlar tarafından paralel olarak kullanılabilir veya çalınabilir. Bu tür durumlarda elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişi ile imza sahibi olan gerçek kişi aynı değildir. Oysa elle atılan imzada bu tür tehlikeler yoktur[64]. Elle atılan imzanın işlevleri doktrinde şu şekilde sıralanmaktadır[65]:

1- Hukukî işlemi bağlayıcı şekilde sonuçlandırma işlevi (*Finality Function*, *Abschlussfunktion*),

2- İmza sahibinin kimliğini tespit işlevi (*Identity Function*, *Identitätsfunktion*),

3- İmza sahibinin beyanının gerçekliği işlevi (*Echtheitsfunktion*),

4- İmza sahibini işlem hakkında uyarı işlevi (*Cautionary Function, Warnfunktion*),

5- İşlemin okunması ve imzanın görülmesinde devamlılık işlevi (*Perpetuierungsfunktion*),

6- İspat işlevi (*Evidentary Function*, *Beweisfunktion*).

---

62 http://www.sos.state.co.us/pubs/notary/FAQ/general.html (erişim tarihi: 24.04.2015).

63 **Ünalçin**-Elektronik Noterlik s. 36-37.

64 Doktrinde güveli elektronik imzanın niteliği bakımından elle atılmış imzadan çok farklı olduğu, sonuçta ilgili kişiyi temsil etmesi bakımından hiçbir zaman elle atılmış olan imzanın yerini tutmamasına karşılık, imzanın inkârı hususunda güvenli elektronik imzanın elle atılan imzaya nazaran daha tercihe şayan olduğu belirtilmiştir (**Deliduman**-Elektronik İmza parag. 14).

65 **Acar** s. 96-100; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 106-121; **Pekcanıtez**, Hakan: Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 389-427), s. 406-407; **Şenocak**, Zarife: Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması (AÜHFD 2001/2, s. 97-135), s. 125; **Yıldırım/Pürselim** s. 1097-1098.

Elle atılan imzanın devamlılık ve ispat işlevi aynı zamanda yazılı şeklin senet (*Urkunde*) unsuruna bağlı işlevlerdir.

Elle atılan imza taklit edilemez, ikrah dışında istemsiz olarak atılmaz, başkasına devredilemez ve imza sahibini hukukî işlemleri imzalarken düşünmeye sevk ederek aceleci davranmaktan alıkoyar[66]. Güvenli elektronik imza kullanımının elle atılan imza ile mukayese edildiğinde ortaya çıkan bu olumsuz yönleri, ancak elektronik imzanın atılması sırasında işleme noterin dâhil olmasıyla giderileceğinden, güvenli elektronik imzalı belgelerin noter huzurunda tanzimi, işlem güveliği bakımından vazgeçilmez olmaktadır.

Elektronik imza, elle atılan imzada olduğu gibi imza sahibinin isim ve soyadından değil, gönderilen metnin şifrelenmiş bir özetinden müteşekkil olduğundan, imza sahibinin kimliğini tek başına bu imza vasıtasıyla tespit etmek mümkün değildir[67]. Elektronik imza anahtarının zilyetliği ve şifresinin, sahibi tarafından kullanılması için başkasına verilmesi hâlinde, fiili olarak belgeyi imzalayan kişi ile elektronik imza anahtarının sahibi birbirinden farklı kişiler olabilir. Elektronik imza anahtarı sahibinin belgeyi güvenli elektronik imza ile imzaladığını kontrol etmek üzere geliştirilmiş (ses tahlili, retina taraması yapılması, parmak izi basılması gibi) insan vücudu kaynaklı (biyometrik) teşhis yöntemleri mevcut olsa da[68], başka bir kişinin imza anahtarı sahibi olarak elektronik imza kullanmasının önüne kesin olarak geçebilmek için, imzalama işleminin resmî bir görevli huzurunda yapılması en emin yoldur. Bunu tevsik edecek resmî görevli de bizzat noterdir.

Chip Kart ve PIN ile kullanıcıların gerçek kimliği tespit edilemeyeceğinden, güvenli elektronik imza yalnız başına elektronik bir kaşeden öteye geçemezken, noterin elektronik imza anahtarının sahiplerinin kimliğini tespit ederek işleme resmiyet kazandırması, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonuç ve güvenceleri doğurmasına katkıda bulunacaktır.

II- Güvenli Elektronik İmza Sahibinin Aydınlanmış ve Gerçeğe Uygun İradeyle Belgeyi İmzalamasının Güvence Altına Alınması

Diğer yandan, resmî belgelendirme işleminin temel amacı, ilgilerin hukukî işleme yönelik irade beyanlarının gerçeğe uygun ve sahih şekilde belgeye geçirilmesidir. Bu nedenle hukukî işlemi belgelendiren noter, ilgililerin gerçek iradelerini ve

---

66 **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 537.

67 **Şenocak** s. 126.

68 **Belgin**, Derya: Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri (HUMK m. 295/A) (HGD 2009/2, s. 37-54), s. 38; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 63-67; **Göksu** s. 51; **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 517, 535-536; **Keser Berber**-Dijital İmza s. 71, 129; **Şenocak** s. 126.

ulaşmak istedikleri amacı öğrenmek zorundadır. Noterin aydınlatma ödevi, ilgililerin yapacakları işlemin hukukî etki ve sonucu ile, işlem için gereken yasal koşullar hakkında tam olarak bilgilendirilmesini, gerektiğinde ilgililere danışmanlık hizmeti de vermek sûretiyle, işlem ve irade beyanlarına ilişkin her türlü çelişki, şüphe ve tereddüdün ortadan kaldırılmasını gerektirir.

Hukukî ve maddî konuları iyice anlayan, işlemin dayanaklarını doğru tespit eden ilgililer, gerçek irade beyanlarını ortaya koyabilecekler ve işlemi aydınlanmış iradeyle yapabileceklerdir. Noter, sahip olduğu hukuk bilgisiyle tarafları gerekli konularda aydınlatacak, işlemin olası hukukî etki ve sonuçları hakkında onları bilgilendirecek ve gerektiğinde sorduğu sorularla daha dikkatli düşünmeye yönlendirecektir. Noterliğin bir itibar (güven) mesleği olması, işlem yapmak için noterliğe başvuran kişilerdeki bilgi ve tecrübe eksikliğinin noterce giderilmesi konusunda, aynı zamanda notere bir aydınlatma ödevi yüklemektedir[69].

Elektronik imzanın zaafiyetlerinden birisi de, elle atılan imzanın sahip olduğu uyarı işlevini (*Warnfunktion*) tam olarak yerine getirememesidir. Elle atılan imzada kişiler, imzalanan belgenin hukuken bağlayıcı olduğu kanaatiyle hareket ettiklerinden, elektronik imzaya nazaran daha dikkatli olabilmektedirler. Oysa elektronik imzada irade beyanlarını elektronik ortama kolaylıkla ve serî biçimde aktaran kişiler, genellikle bu beyanlara geleneksel anlamda yazılı irade beyanlarına verdikleri önemi göstermemektedirler[70].

İrade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde ilgililerin noter huzurunda olmaları sayesinde, imzanın uyarı işlevine ulaşılabilecek, ilgililer elektronik imza kullanmadan önce işlemin içeriği ve sonuçları hakkında düşünerek bilinçli şekilde hareket edecektir. Böylece ilgililer, noter önünde güvenli elektronik imza kullanılarak yaptıkları elektronik noter işlemini (*electronic notary transaction*), hem aydınlanmış iradeyle hem de daha güvenli şekilde yapılıp kayıt altına alabileceklerdir.

D) İmza Yetkisinin Devrine İlişkin Hükümlerin Güvenli Elektronik İmza Kullanılarak Yapılan Noter İşlemlerinde Uygulanması

Noter, kendisine yardım etmek üzere, stajının üç ayını tamamlamış bulunan

---

69 **Akil**, Cenk: Noterin İlgilileri Aydınlatma Yükümlülüğü (ABD 2012/3, s. 217-233), s. 221-222; **Council of Europe**: European judicial systems, Edition 2006 (2004 data), European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ Studies No. 1, Council of Europe 2006, s. 148; **Council of Europe**-European judicial systems, Edition 2008 s. 235; **Meier**, Isaak: İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usûl Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı (Çev. Nilüfer Boran-Güneysu) (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VIII, Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda İflâs, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler, Abant 9-10 Ekim 2009, Ankara 2010, s. 471-488), s. 481; **Yılmaz**-Noterliğin Sorunları s. 20-21.

70 **Şenocak** s. 127.

stajyerine, başkâtibine veya diğer bir kâtibine imza yetkisi verebilmektedir (NK m. 36). Noterlik Kanununun imza yetkisine dair hükümlerinin, fizikî ortamda yapılan noter işlemlerinde olduğu gibi güvenli elektronik imza için de aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı, özel olarak değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Noterlik Kanununun imza yetkisine dair hükümlerinin güvenli elektronik imza için uygulanması konusunda kanunda açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Kanımca bu konuda, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ve irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerin elektronik ortamda yapılmasıyla ile elektronik ortamda yapılan diğer noterlik işlemleri arasında bir ayırım yapılmalıdır.

I- Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Tutulan İşlemler İle İrade Beyanlarının Alınmasına İlişkin İşlemler Dışında Kalan Elektronik Noterlik İşlemlerinde İmza Yetkisinin Devri

Kanunda düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemler dışında kalan elektronik noterlik işlemlerinin güvenli elektronik imza kullanılarak yapılmasında, kural olarak Noterlik Kanununun imza yetkisine dair hükümleri aynen uygulanabilmelidir. Bu bağlamda stajının üç ayını tamamlamış bulunan noter stajyeri, noter başkâtibi veya diğer bir noter kâtibi, noterden devraldığı imza yetkisine istinaden güvenli elektronik imza kullanarak noterlik işlemi yapabilecektir.

Bu durumda imza yetkisini devralmış olan noter stajyeri, noter başkâtibi veya diğer bir noter kâtibi, hiç kuşkusuz noterin güvenli elektronik imzasını değil, kendi güvenli elektronik imzasını kullanarak elektronik noter işlemini yapacak; başka bir ifâdeyle, elektronik noter işleminin yapılmasında imza yetkisinin devri, noterin şahsî güvenli elektronik imza anahtarı ve şifresinin imza yetkisini devralan noter stajyeri, noter başkâtibi veya diğer bir noter kâtibine teslimi şeklinde olmayacaktır. Güvenli elektronik imza münhasıran imza sahibine bağlı olduğu ve sâdece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulabildiğinden (EİK m. 4), noterlik dairesinde çalışan herkes şahsî güvenli elektronik imzası ve şifresini kullanmak zorundadır.

II- Düzenleme Şeklinde Yapılması Zorunlu Tutulan İşlemler İle İrade Beyanlarının Alınmasına İlişkin Elektronik Noterlik İşlemlerinde İmza Yetkisinin Devri

Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin elektronik noterlik işlemlerinde, Noterlik Kanununun imza yetkisine dair hükümlerinin güvenli elektronik imza için aynen uygulanması kanımca mümkün değildir. Çünkü NK m. 198/A, 1 hükmü, düzenleme şeklinde yapılması

zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmalarını şart koşmuş ve böylece noterin de bu işlemlere bizzat katılımını amaçlamıştır.

Yukarıda izah edildiği üzere, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmalarının zorunlu olmasının sebebi, hukukçu kimliğiyle noterin ilgilileri aydınlatması, işlemin dayanakları ile ilgililerin gerçek iradelerini doğru tespit ederek elektronik ortamdaki noter işlemine aktarmasıdır. Noterin bu işlevini bizzat veya hukukçu olan noter stajyeri ya da noter başkâtibi ile yapabileceğinde duraksama yoktur. Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olması gerektiğinden, bu işlemlerde kanun koyucunun maksadının hâsıl olabilmesi bakımından imza yetkisi ancak hukukçu olan noterlik personeline devredilebilmelidir.

Nitekim, noterlerin yapabilecekleri diğer işlemler kapsamında olan terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ve mirasçılık belgesi verilmesi işlemlerinde uygulanacak usûlü düzenleyen NK m. 71/B, 2'de noterlerin bu işlemleri bizzat yapacağı hükme bağlanmış olup, noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri mevcut ise, ancak bu koşulla bu işlemlerin hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri tarafından da yapılabilmesine izin verilmiştir.

NK m. 198/A, 1'deki hükmün amacı dikkate alındığında, NK m. 71/B, 2 hükmüne kıyasen, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmaları şart olduğundan, kanımca noterler bu işlemleri kendi güvenli elektronik imzalarıyla ve bizzat yapmalıdırlar. Çünkü bu elektronik noter senetlerinin yapılmasında güvenli elektronik imza kullanılması, hiçbir şekilde işlemin noter huzurunda imzalanması veya beyanda bulunulması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Kanun, bu işlemlerin yapılmasında ilgililerin noter huzurunda hazır olmalarını zorunlu tuttuğuna göre, noterin de işlemin yapılması sırasında bizzat bulunmasını şart koştuğunu kabul etmek gerekir. Ancak, noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri mevcut ise, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemler, onun tarafından da güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabilmelidir (NK m. 71/B, 2 kıyasen). Esasında elektronik noterlikle ilgili bu gelişmeler, noterlik dairesinde çalışan personelin, hukuk fakültesi mezunlarından müteşekkil olması gerektiğini de ortaya koymaktadır.

§ 5. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA KULLANARAK ONAYLAMA ŞEKLİNDE İŞLEM YAPILMASI

A) Onaylama Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinin Yapılma Usûlü

Güvenli elektronik imza kullanarak onaylama yoluyla düzenlenen elektronik noter senetlerinde, ilgililerin noter dairesi dışında, kendi aralarında tanzim ettikleri senetler, yalnız imza ve tarihine kesinlik kazandırılacak şekilde noter tarafından onaylanmaktadır. Bu senetlerin noterce belgelenen ve resmî olan kısımları, sâdece imza ve tarihe münhasırdır[71].

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda veya huzurda olmadan düzenlenen belge, notere onay için sunulduğunda, noterin yapacağı onaylama, güvenli elektronik imzanın, imzayı atan kişiye ait olduğuna dair bir şerh verilerek belgelendirilmesi ve elektronik ortamdaki belgeyi güvenli elektronik imza ile imzalamasıyla gerçekleştirilir (NK m. 90).

Noter, güvenli elektronik imzayı onaylama işlemini yaparken, belgedeki elektronik imzanın doğruluğunu denetlemelidir[72]. Bu kapsamda noter, sertifikanın "nitelikli elektronik sertifika" olup olmadığını ve nitelikli elektronik sertifikanın iptal ve geçerlilik durumunu kontrol etmeli ya da güvenli elektronik imza doğrulama aracını kullanmalı ve nitelikli elektronik sertifikanın kullanımına yönelik herhangi bir kısıtlamanın olup olmadığını kontrol etmelidir (EİKY m. 16).

Güvenli elektronik imzanın noter önünde atılması mümkün olduğu gibi, dışarıda atılıp ilgilisince kendisine ait olduğunun noter önünde kabul edilmesi de mümkündür (NK m. 91). Onaylama şerhinde, işlemin yapıldığı yer ve tarih, ilgilinin kimliği ve adresi, noter ilgiliyi tanımıyorsa kimliği hakkında gösterilen ispat belgesi, güvenli elektronik imza noter huzurunda atılmışsa bu husus, güvenli elektronik imza dışarıda atılıp huzurda imzanın kendisine ait olduğu ilgilice kabul edilmişse bu husus, işleme katılanların güvenli elektronik imzaları ve noterin güvenli elektronik

---

71 **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009s. 336; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 346; **Bilge** s. 505; **Bilgin**, İsmet: Noterlik Kanunu ve Tatbikatı, Ankara 1982, s. 125; **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 574; **Deliduman**-Noter Senetleri s. 65-66; **Gökçe**, Ziya: Noterlik Hukuku, Noterlikle İlgili Mevzuat, C. 1, Ankara 1996, s. 125; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 380; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2 İstanbul 200l, s. 2118; **Onar**, Sıddık Sami/**Belgesay**, M. Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 50; **Özüarı**, Ruhi: Açıklamalı Noterlik Kanunu, Ankara 1987, s. 98; **Postacıoğlu**-Usul s. 603; **Tanju**, Fahrettin: Hukukumuzda Noterlik, İstanbul 1983, s. 282; **Ulukapı/Atalı** s. 211; **Ulukapı**, Ömer: Noter İşlemlerinde Şekil (TNBHD 1998/98, s. 1-13), s. 6; **Üskül**, Bahriye Meral: Noterlik İşlemlerinin Şekli ve Hükümleri (TNBHD 1993/79, s. 8-15), s. 12; **Yavaş**, Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 156.

72 **Arıkan** s. 44.

imzası yer almalıdır (NK m. 92; 198/A, 1). Onaylama şeklindeki elektronik noter senedi, noterin güvenli elektronik imzasıyla imzalanarak tamamlanır.

B) Onaylama Şeklindeki Elektronik Noter Senetlerinin İspat Gücü

Onaylama şeklindeki elektronik noter senetlerinde noterin onayı, düzenleme şeklindeki elektronik noter senetlerinde olduğu gibi, senet içeriğinin tarafların iradelerine uygunluğuna ve akdin huzurunda kurulduğuna matuf değildir[73]. Böylece, güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan onaylama şeklindeki elektronik noter senetleri, içerik bakımından aksi sabit oluncaya kadar; imza ve tarih bakımından ise sahteliği sabit oluncaya kadar kesin delil teşkil eder.

Onaylama şeklindeki elektronik noter senetlerinin gerçekliği, imzanın ilgiliye ait olduğunu belgelendirdiğinden, senedin içeriğini kapsamaz. Onaylama şeklindeki elektronik noter senetlerinde noterin güvenli elektronik imza kullanarak yaptığı onay işlemi, sâdece ilginin senedi kendi güvenli elektronik imzasını kullanarak noter huzurunda bizzat imzaladığını ve işlemin yapılma tarihini kapsadığından, sahtelik iddiasına konu olabilecek kısımlar da bunlardan ibaret olup, senedinin içeriğinin aksi (HMK m. 201 ve devamındaki) genel ispat kurallarına göre her zaman ispatlanabilir ve bu ispat, düzenleme şeklindeki noter senetlerindeki kadar zor değildir. Güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan onaylama şeklindeki elektronik noter senetlerinin güvenli elektronik imza ve tarih kısımlarının ancak sahteliği iddia edilebileceğinden, sâdece güvenli elektronik imzanın inkârı ile yetinilmesi mümkün değildir[74].

§ 6. ELEKTRONİK NOTER SENETLERİNDE SÛRET ARANMAMASI VE FİZİKÎ ÖRNEK ÇIKARTILMASI

A) Elektronik Noter Senetlerinde Sûret Aranmaması

Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgelerde kanunlarda belirtilen mühürleme işlemi uygulanmaz ve ayrıca sûret aranmaz (NK m. 198/A, 3).

NK m. 198/A, 3 hükmüne paralel bir hüküm içeren CMK m. 38/A, 6 uyarınca, güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemi ile kanunlarda birden fazla nüshanın (sûretin) düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz.

---

73 **Berkin**, Necmeddin: Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin Delil Kuvveti (İBD 1947/11-12, s. 508-515), s. 509; **Deliduman**-Noter Senetleri s. 101-102; **Onar/Belgesay** s. 50.

74 **Berkin**, Necmeddin: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 982, s. 807; **Bilge/Önen** s. 575; **Deliduman**-Noter Senetleri s. 102; **Kuru**-Usul 2 s. 2158; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 381; **Önen** s. 248; **Umar** s. 683-685; **Yavaş**-Senetle İspat s. 167.

B) Elektronik Noter Senetlerinden Fizikî Örnek Çıkartılması

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan belge, ilgili tarafından talep edilmedikçe ayrıca fizikî olarak düzenlenmez (NK m. 198/A, 3). Elektronik noter senetleri bu yönüyle HMK, İİK ve CMK kapsamında güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanan ve gönderilen tutanak ve belgelerle aynı esasa tâbidir. Zira HMK, İİK ve CMK kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak, belge ve kararlar, güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda oluşturulduğunda ve güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderildiğinde, gerekmedikçe fizikî olarak ayrıca düzenlenmez, ilgili kurum ve kişilere gönderilmez ve belge örneği aranmaz (HMK m. 445, 2; İİK m. 8/a; CMK m. 38/A, 4).

İcra dairelerinde zorunlu nedenlerden dolayı fizikî olarak düzenlenen belge veya kararlar, yetkili kişilerce güvenli elektronik imzayla imzalanarak Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine aktarılır ve gerektiğinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları, gönderen icra ve iflâs dairesinde saklanır, ayrıca fizikî olarak gönderilmez. Ancak, belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır (İİK m. 8/a, 3).

Elektronik ortamdaki noter senedinden fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde, belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek noterlikçe elle atılan imza ile imzalanır ve mühürlenir[75]. Böylece, güvenli elektronik imza ile imzalanmış noter senedinin elle atılan imzalı sûreti oluşturulmuş olur. UYAP bilişim sisteminde de benzer bir usûl uygulanmakta olup, elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde, tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek çıkartılan sûret, hâkim, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yazı işleri müdürü (yetkili kişi) tarafından imzalanır ve mühürlenir (HMK m. 445, 3; CMK m. 38/A, 8).

Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgenin elle atılan imzalı sûretiyle çelişmesi hâlinde, noterlerin kullandığı bilişim sisteminde kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge esas alınır (NK m. 198/A, 3). Nitekim CMK'da da aynı esas benimsenmiş olup, elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi hâlinde, UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir (CMK m. 38/A, 5).

---

75 İcra dairelerinde elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde de aynı usûl izlenmekte ve icra müdürü veya görevlendirdiği personel tarafından belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, sûret belge imzalanıp mühürlenmektedir (İİK m. 8/a, 4).

§ 7. NOTERLİK İŞLEMLERİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA KULLANARAK YAPILMASI, SAKLANMASI VE PAYLAŞILMASI

A) Belgeye Dayalı Noterlik İşleminin Elektronik Ortamda Yapılması

Noterlik Kanununda öngörülen noterlik işlemleri, NK m. 198/A uyarınca elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanarak yapılabilir. Bu noterlik işlemleriyle ilgili her türlü bilgi ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda işlenebilir, saklanabilir ve gerektiğinde ilgili diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilebilir (NK m. 198/A, 2).

Noterlikler, nitelikli elektronik sertifikalarla donatıldığı ve bu sistem için gereken yazılım ile teknik alt yapıya sahip kılındığı takdirde, noterlik personeline gerekli meslek içi eğitimin de verilmesinin ardından, elektronik noterlik işlemlerini rahatlıkla yapabileceklerdir[76].

Elektronik ortamda yapılabilen noterlik işleminin bir belgeye dayanması hâlinde; notere belge aslı verilebileceği gibi, taraflar, vekilleri veya temsilcileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış olan belge sûretinin de elektronik ortamda notere gönderilmesiyle yetinilebilir. Noter, güvenli elektronik imza ile imzalı bu müstenidata istinaden gerekli noterlik işlemini kendi güvenli elektronik imzasını kullanarak yapabilir. Ancak belge aslının fizikî olarak notere ibrazının zorunlu olduğu hâllerde, ilgilinin elektronik ortamda işlem yapılması için yaptığı başvurudan sonra, işlemin dayanağı olan belge aslını notere ibraz etmesi mecburîdir (NK m. 198/A, 6). Kanunda ilgilinin, işlemin dayanağı olan belge aslını notere ibraz etmesi gereken azamî süre belirlenmeyerek, bu süre yönetmeliğe bırakılmıştır.

Elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinde, ilgililerin işleme eklenmek üzere evrak ibraz etmesi (örneğin ihtarname ekine eklenerek muhataba tebliğ edilmek üzere fatura gibi bir belge teslim etmesi) durumunda, bu eklerin de işleme bağlanması gerekir. Bu hâlde noter, elektronik ortamdaki noterlik işlemini hazırlarken, ilgililerin ibraz ettiği ekleri tarayarak elektronik ortama aktarmalı, bundan sonra ekleri elektronik ortamda yapılan noterlik işlemine (örneğin ekleri tarayarak elektronik ortamdaki ihtarnameye) bağlamalı ve güvenli elektronik imzasıyla imzalayarak işlemi tamamlamalıdır.

B) Elektronik Ortamda Yapılan Noterlik İşleminde Asaleten veya Vekâleten Yapılan İşlemlerde İlgilinin Şahsî Güvenli Elektronik İmzasını Kullanması

I- İlginin Şahsî Güvenli Elektronik İmzasını Noterde Bizzat Kullanması

İmza sahibi, elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını

---

76 **Arıkan** s. 44.

kullanan gerçek kişidir (EİK m. 3, 1/c). Güvenli elektronik imzanın niteliği gereği, elektronik ortamda yapılan noterlik işleminde ilgili, bizzat yaptığı işlemlerde kendi güvenli elektronik imzasını kullanmalıdır; çünkü ilgili imza sahibidir. Güvenli elektronik imza münhasıran imza sahibine bağlıdır, sâdece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulur, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlar (EİK m. 4).

Güvenli elektronik imza sahibi, elektronik ortamda hazırladığı belgeye kapalı anahtarını bağlayarak imzalı belgeyi karşı tarafa (alıcıya) gönderir. Alıcı, usûlüne uygun şekilde imza sahibine tahsis edilmiş kapalı anahtara karşılık gelen ve üçüncü kişilerin erişimine açık tutulan elektronik sertifikadaki açık anahtarı (güvenli elektronik imza doğrulama aracını) kullanarak iletinin gerçekten elektronik sertifikanın adına özgülendiği imza sahibi tarafın hazırlanıp hazırlanmadığını anlayabilir (EİKY m. 16/b). Böylece güvenli elektronik imza, imza sahibinin kimliğini teşhis fonksiyonunu gerçekleştirir[77].

Güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda yapılan işlemlerde ilgililerin birbirlerine gönderim yapması lüzumsuz olup, elektronik noter işlemlerinin yapılmasında genel olarak şu sırasının izlenmesi yeterlidir:

1- Elektronik noter işlemlerinde noterin kendi bilgisayarında, tüm Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılarının ilgili programları yüklenmiş olmalıdır.

2- Noter kendi bilgisayarında elektronik belgeyi hazırlamalıdır.

3- İlgililer şahsî güvenli elektronik imza oluşturma araçlarını noterin bilgisayarında bizzat kullanarak belgeyi imzalamalıdır.

4- İlgililerin imzasının ardından noter, EİK m. 16 uyarınca gerekli incelemeyi derhâl yapmalıdır.

5- Son aşama olarak noter, kendi güvenli elektronik imzası ile elektronik belgeyi imzalayarak işlemi tamamlamalıdır.

Vekil, veli, vasi, kayyım, mümessil ve mirasçı sıfatıyla veya şirket ve dernek gibi tüzel kişiler adlarına noterlik işlemi yaptırmak isteyen ilgiler ise, sıfat ve yetkilerini ve işlemi yapmaya izinli olduklarını bildirir belgeyi notere göstermek sûretiyle (NK m. 79), gene şahsî güvenli elektronik imzalarını kullanmak mecburiyetindedirler.

Güvenli elektronik imza münhasıran imza sahibine bağlı olduğu ve sâdece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulabildiğinden temsilci, temsil olunanın güvenli elektronik imzasını kullanarak işlem yapamaz. İmza sahibi temsil olunanın, güvenli elektronik imzasını (kapalı anahtarı-

77 **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1309.

nı) ve şifresini saklama, koruma ve gizleme (başkalarına kullandırtmama) konusunda bir özen borcu vardır[78]. Nitekim Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte[79] nitelikli elektronik sertifika sahibinin yükümlülükleri arasında, imza oluşturma verisini başkalarına kullandırmamak, bu konuda gerekli tedbirleri almak (EİKY m. 15/e) ve imza oluşturma verisinin gizliliğinden veya güvenliğinden şüphe etmesi durumunda ESHS'yi derhâl bilgilendirmek sayılmıştır (EİKY m. 15/f).

Yeterli güvenlik tedbirleri alınmazsa, elektronik imzanın atılmasında kullanılan imza anahtarı ve şifre yetkisiz üçüncü kişilerin eline geçebilir ve bu kişiler, elektronik imza anahtarı sahibi adına hukukî işlem yapabilirler. Bu durumda elektronik imzayı fiili olarak kullanan kişi ile asıl imza anahtarının sahibi olan kişi aynı olmayacaktır. Bu nedenle borçlar hukukunda, yeni teknolojiyi kullanma yönünde karar alan elektronik imza anahtarı sahiplerine, bunların muhafazasına ilişkin ağırlaştırılmış özen yükümlüğü (*high degree of care responsibility*) getirilmektedir[80]. Bu yükümlülüğüne aykırı davranarak elektronik imza anahtarı ile şifresinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesine ve kullanılmasına sebep olan güvenli elektronik imza sahibi, bu davranışının hukukî sonuçlarından sorumlu tutulmaktadır[81]. Dolayısıyla ilgililerin bizzat veya vekil vasıtasıyla elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemlerinde, şahsî güvenli elektronik imzalarını kullanmaları, noter tarafından re'sen kontrol edilmelidir.

II- Üçüncü Kişinin İmza Sahibinin Şahsî Güvenli Elektronik İmza Anahtarı ve Şifresini Kullanmakta Yetkili Olması

Güvenli elektronik imza münhasıran imza sahibine bağlı olduğu ve sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulduğu için (EİK m. 4), elektronik imza sahibi, elektronik imza anahtarı ile şifresinin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına izin veremez.

Kanundaki bu yasağa aykırı hareket eden, elektronik imza anahtarı ile şifresini üçüncü kişilere vererek onlar tarafından öğrenilmesine ve kullanılmasına izin veren güvenli elektronik imza sahibinin, güvenli elektronik imzasının talimatına aykırı kullanılması hâlinde doğacak hukukî sorumluluğu, kıyasen beyaza imza atan kişinin hukukî durumuna göre[82] belirlenebilir. Buna göre, elektronik imza sahibinin rızasına

---

78 **Acar** s. 103; Elektronik İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu İlerleme ve Sonuç Raporu s. 59; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 314; **Yardım**-Güvenli Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği s. 1309.

79 RG 6.1.2005, Sa. 25692.

80 **Office of the Secretary of the Commonwealth** s. 10.

81 **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 548; **Keser Berber**-Dijital İmza s. 147; **Şenocak** s. 126.

82 **Kuru**-Usul 2 s. 2410; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 734.

istinaden, başkasına ait elektronik imza anahtarı ile şifre kullanılarak yapılan hukukî işlemler ve düzenlenen elektronik belgeler kural olarak geçerlidir ve güvenli elektronik imza sahibini bağlar. İmzanın, başkasına ait imza anahtarı kullanılarak atılması durumunda, fiilen imzayı atan ile imza anahtarının sahibi farklı kişiler olsa da, imza anahtarının sahibi buna muvafakat verdiğinden, bu hukukî işlemle bağlıdır.

Hukukî işlem yapacağı kişiye itimat ederek, anlaştıkları şekilde işlem yapmak üzere elektronik imza anahtarı ile şifresini başka kişiye teslim eden güvenli elektronik imza sahibi, hukuken başkası tarafından üstü doldurulmak üzere imzalı boş kâğıt veren kişi gibidir. Güvenli elektronik imzalı belgede imza, belge doldurulduktan sonra atılabildiğinden, elektronik imza anahtarını alan kişi önce belgeyi dolduracak, bundan sonra elektronik imza anahtarı ve şifreyi kullanarak belgeyi imzalayacaktır. Bu durumda güvenli elektronik imza sahibi ispat yükü altında olup, güvenli elektronik imzasını taşıyan belgenin başka bir kişi tarafından anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu ve imzalandığını ispatlamak zorundadır. Bu vâkıa da tanıkla değil kesin delille ispatlanmalıdır. Çünkü bu hâlde elektronik imza anahtarını alan kişi, güvenli elektronik imza anahtarı ile şifreyi sahibinden hile ile almadığından, HMK m. 203, 1/ç anlamında hukukî işlemde bir irade bozukluğu yoktur.

Güvenli elektronik imza anahtarı ile şifresini başkasına veren imza sahibi, bunun, teslim ettiği kişi tarafından anlaşmalarına uygun şekilde doldurulup imzalanacağını bilmekte ve bu kişiye güvenmektedir. Bu güvenin kötüye kullanılması hile olmadığından, güvenli elektronik imza anahtarı ile şifresini başkasına veren imza sahibi, bu kişiden güvenli elektronik imzanın ne için kullanılacağı ve güvenli elektronik imzalı belgenin nasıl doldurulacağı (aralarındaki anlaşma) konusunda senet (belge) isteme hak ve imkânına sahiptir. Bu sebeple güvenli elektronik imza sahibi, güvenli elektronik imza anahtarı ile şifresinin anlaşmaya aykırı kullanılarak anlaşmaya aykırı bir elektronik belge tanzim edilmiş olduğunu tanıkla değil kesin delille (HMK m. 200, 1) ispatlayabilir. Doktrinde aksi yöndeki savunulan görüş, elle atlan imzanın doğal sürecinin güvenli elektronik imzadan farklı olması sebebiyle, güvenli elektronik imza oluşturma aracının ve şifresinin beyaza imza kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde olsa da, bu durumda güvenli elektronik imza anahtarı sahibinin hukukî işlemle bağlı olması gerektiğini belirterek aynı sonuca varmaktadır[83].

Güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda elektronik ortamda düzenlenen belgelerde, imza sahibinin noter huzurunda bizzat bulunması mecburî olduğundan, güvenli elektronik imza anahtarı ile şifresini başkasına vermek sûretiyle noterlik dairesinde işlem yapması *de facto* imkânsız olup, bu tür uyuşmazlıkların da doğması en baştan önlenmiş olacaktır.

---

83 **Acar** s. 169-170.

III- Üçüncü Kişinin İmza Sahibinin Şahsî Güvenli Elektronik İmza Anahtarı ve Şifresini Kullanmakta Yetkisiz Olması

Şahsî güvenli elektronik imza anahtarı ve şifresi üçüncü kişi tarafından imza sahibinden yetki almadan kullanılırsa, yetkisiz temsil durumu ortaya çıkar ve imza anahtarı sahibinin hukukî işleme icazet verip vermediği önem kazanır. Üçüncü kişi yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak başkasının güvenli elektronik imza anahtarı ve şifresiyle hukukî işlem yaparsa, temsil olunan sıfatıyla imza anahtarı sahibinin işlemle bağlı olması için, işleme icazet vermesi gerekir (TBK m. 46, 1)

Buna karşılık imza anahtarı sahibi (temsil olunan), kendisine ait imza anahtarı ve şifresi kullanılarak üçüncü kişi tarafından yapılan hukukî işleme açık veya örtülü olarak icazet vermezse, üçüncü kişi yetkisiz temsilci konumuna düşer ve sertifikaya güvenen muhatap, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesini, başkasına ait imza anahtarı ve şifresini kullanarak elektronik imzayla işlem yapan yetkisiz temsilciden isteyebilir[84]. Ancak, elektronik imza anahtarını kullanan yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez (TBK m. 47).

Güvenli elektronik imza sahibi, elektronik imza anahtarı ve şifresini kullanan yetkisiz temsilciye, buları rızası ile vermiş ve geri almamışsa, kusuru olduğundan, iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlü tutulmalıdır (TBK m. 44, 2). Buna karşılık, elektronik imza anahtarı ve şifresi, imza sahibinin elinden rızası dışında (örneğin çalınarak) çıkarsa, elektronik imza anahtarının rıza dışı kullanımı sebebiyle yapılan işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, imza anahtarı sahibinden değil yetkisiz temsilciden istenmelidir (TBK m. 47).

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı (EİK m. 16) ve elektronik sertifikalarda sahtekârlık hâlinde (EİK m. 17), faillerin cezaî sorumluluğu da ayrıca doğmaktadır.

Elektronik ortamda düzenlenen noter sentlerinde noterin güvenli elektronik imza kullanılarak işlemin yapılması sürecine katılacak olması, güvenli elektronik imza sahibinin elektronik imza anahtarı ve şifresinin başkası tarafından kullanılmasını önleyeceğinden, bu tür hukukî sorunlarla karşılaşılma tehlikesini de ortadan kaldırmaktadır.

C) Elektronik Ortamda Yapılan Noter Senetlerinin Delil Değeri

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan noterlik işlemleri ile kâğıt ortamda elle imzalanarak yapılan noterlik işlemleri arasında delil değeri

---

84 Bu konuda doktrinde ileri sürülen görüş ve değerlendirmeler için bkz. **Şenocak** s. 130-132.

bakımından fark yoktur ve her iki ortamda yapılan noter işlemleri de kesin delil olarak aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır (TBK m. 15, 1; EİK m. 5, 1; HMK m. 205, 2; İİK m. 8/a).

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda veya huzurda olmadan yapılabilen noterlik işlemleri, HMK m. 199 kapsamında belge niteliğinedir. Çünkü HMK m. 199'da, uyuşmazlık konusu vâkıaları ispata elverişli olan elektronik ortamdaki veriler belge sayılmıştır[85].

HMK m. 199'da yapılan tanıma göre her senet bir belgeyken, her belgenin bir senet olması şart değildir. Belge senetten daha geniş ve üst kavram olup, hukuk yargılama usûlü anlamında belgenin temel özelliği, "uyuşmazlık konusu vâkıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcısı" olmasıdır. Bu bağlamda senet de, HMK m. 199'da örnek olarak sayılan ve farklı niteliklere sahip bilgi taşıyıcı belgelerden biridir[86]. Usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler (âdî) senet hükmünde olduğundan (HMK m. 205, 2), elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan noter işlemleri (belgeleri) de (resmî) senet hükmünde olmaktadır.

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik ortamdaki noter senetleri, HMK uyarınca dar ve teknik anlamda senet (HMK m. 200-204) olmamakla birlikte, delil değeri ve ispat gücü bakımından resmî senet kuvvetindedir[87]. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan düzenleme ve onaylama şeklindeki elektronik noter senetleri, düzenleme şeklinde olanlar imza, tarih ve içerek; onaylama şeklinde olanlar ise imza ve tarih bakımından kesin delil olarak kabul edilir. Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak oluşturulan noter senetleri genel anlamda belge olup (HMK m. 199), dar anlamda senet sayılmamakta, sâdece ispat gücü bakımından senetlerle aynı hukukî sonucu doğurmaktadır.

Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinde sayılan işlemler için öngörülen düzenleme şekli geçerlilik şartı olup bu husus, elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan düzenleme şeklinde noter senetleri için de geçerlidir ve bu şekle riayet edilmemesi noter senedinin geçersiz olmasına yol açar[88]. Bununla birlikte bu

---

85 Karş. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu m. 3/d.

86 **Acar** s. 156; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım** s. 327; **Deynekli** s. 3; **Erdönmez** s. 235, 237; **Karslı**-Medeni Muhakeme Hukuku 515; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 372; **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler (İBD 2011/5, s. 3-43), s. 17; **Mebrouk** s. 79; **Pekcanıtez**, Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara, 8-9 Eylül 2006, Ankara 2007, s. 3-31), s. 24-25; **Tanrıver**-Değerlendirme s. 162; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Ankara 2012, s. 184; **Umar** s. 614.

87 **Acar** s. 163-164.

88 **Deliduman**-Noter Senetleri s. 23-25; **Kuru**-Usul 2 s. 2111; **Tuğ**-Şekil s. 29. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Kanunun emrettiği şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK m. 12, 2) (**Tunçomağ** s. 157).

geçersiz senet, geçerlik şartına tâbi olmayan hususlarda ispat şartı olarak resmî senet ve dolayısıyla kesin delil sayılabilir.

D) Elektronik Noter Senetlerinin Derdest Davada Sahteliğinin İleri Sürülmesi

I- Mahkemeye Delil Olarak Sunulan Elektronik İmzalı Belgenin, Güvenli Elektronik İmza İle Oluşturulmuş Olup Olmadığının Mahkemece Re'sen İncelenmesi

Derdest bir davada veya işte, tahkikat aşamasında mahkemeye kesin delil olarak sunulan elektronik imzalı düzenleme şeklindeki noter senedinin inkâr edilmesi mümkündür.

Konuyla ilgili HMK m. 205, 3 hükmüne göre hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen inceler. HMK m. 205, 3 hükmünün elektronik imzalı düzenleme şeklindeki noter senedinde de kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaya muhtaçtır.

HMK'da esas itibariyle güvenli elektronik imza ile oluşturulan resmî belgeler değil âdî belgeler için hükümler sevk edilmiştir. Usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik belgeler âdî senet hükmünde görülmektedir[89]. HMK m. 205, 3 hükmü de, güvenli elektronik imza kullanılarak düzenlenen elektronik âdî belgelere yönelik bir hükümdür. HM m. 205'in başlığı "Adi senetlerin ispat gücü" şeklinde olup, maddede âdî senetlere yönelik ispat hükümlerine yer verilmiştir. Madde gerekçesindeki şu açıklama da bu yorumu desteklemektedir:

"Üçüncü fıkrada, hâkime bir yetki verilmiştir. Elektronik imzalı belgelerin güvenli elektronik imza ile oluşturulup oluşturulmadığını hâkim kendiliğinden inceleyecektir. Zira, **bir elektronik belge, ancak güvenli elektronik imza ile oluşturulması hâlinde adî senet kuvvetinde delil olma niteliğine sahiptir.** Bu fıkraya, ispat ve delillere ilişkin genel hükümler içinde yer alan, bir delilin geçerli ve caiz bir delil olup olmadığını inceleme yetkisinin mahkemede olmasının bir sonucu olarak yer verilmiştir."

Mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı âdî belgenin güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını mahkemenin re'sen incelemesi uygundur. Bu noktada kâğıt ortamda düzenlenen âdî senetler ile elektronik ortamda düzenlenen âdî senetler arasında imza incelemesi bakımından bir hukukî rejim farklılığı yaratıldığı göze çarpmaktadır.

---

89 **Belgin** s. 47; **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 300; **Erturgut**-E-belge s.72.

Kâğıt ortamda düzenlenen âdî senetlerdeki yazı veya imza borç altına giren kişi tarafından mahkeme huzurunda ikrar edilir veya mahkemece yazı veya imzanın inkâr edenden sadır olduğu kabul edilirse, aksi ispat edilmedikçe âdî senetler kesin delil sayılırlar (HMK m. 205, 1). Buna göre imza sahibi imzasına açıkça itiraz etmezse, mahkeme bu senetteki imzanın borçluya ait olduğu hakkında kendiliğinden bir araştırma yapmamaktadır.

Buna karşılık mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını hâkim re'sen incelemekte, bu belgedeki güvenli elektronik imzanın borçlu tarafından reddedilmiş olması aranmamaktadır. Hattâ güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş belge, aleyhine ileri sürülen tarafça ikrar edilse dahi hâkim, elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen incelemek zorundadır. Elektronik imzalı olduğu iddia edilerek mahkemeye ibraz edilen belgenin gerçekten güvenli elektronik imza ile imzalanmamış olması ihtimali bulunduğundan, Kanundaki bu hüküm makul görülmektedir. Senet hükmünde olduğu ileri sürülen elektronik imzalı belgenin, gerçekten güvenli elektronik imza ile imzalanıp imzalanmadığı, yapılacak inceleme sonucu anlaşılabilir. Elektronik imzalı belgenin aleyhine ileri sürüldüğü tarafın belgeyi ikrar etmesi dahi, bu belgede bulunması gereken güvenli elektronik imza şartını yerine getirmez[90].

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan resmî belgelerin ispat gücü âdî belgelere nazaran daha yüksek olduğundan ve bu ispat gücünün doğması için elektronik belgenin güvenli elektronik imza ile oluşturulması şart olduğundan hâkim, tarafların mahkemeye delil olarak sunduğu elektronik imzalı resmî belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen incelemelidir. Ancak güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş noter senedinin noter tarafından doğrudan elektronik ortamda mahkemeye gönderilmesi hâlinde böyle bir zorunluluk aranmasına gerek olmadığı savunulabilir. Çünkü güvenli elektronik imza ile oluşturulan resmî senetler, resmî bir makam veya memurun katılımı ile, sahip olduğu yetkiye dayanarak, ilgililerin irade beyanını karşılayacak şekilde usûlüne (resmî şekle) uyularak düzenlenir[91].

Güvenli elektronik imza ile oluşturulan düzenleme ve onaylama şeklindeki elektronik noter senetleri noter tarafından düzenlendiği veya onaylandığından, hâkimin, mahkemeye delil olarak noterce sunulan elektronik imzalı noter senedinin güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen incelemesi zorunlu olmamalıdır.

---

90 **Yardım**, Mehmet Ertan: Güvenli Elektronik İmzanın İnkarı (Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu, 7-8 Aralık 2006, Bildiriler Kitabı, Ankara 2006, s. 149-155), s. 150.

91 **Karslı**-Medeni Muhakeme Hukuku s. 518; **Kuru**-Usul 2 s. 2111; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 378; **Mebrouk** s. 44; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 158; **Postacıoğlu**-Usul s. 597; **Yılmaz**-Şerh s. 1116.

II- Güvenli Elektronik İmzalı Noter Senedinin Sahteliğinin İncelenme Usûlü

1) Elektronik Noter Senedini İnkâr Eden Tarafın İspat Yükü Altında Olması

Resmî senetlerin inkâr edilmesi hâlinde, kendisine izafe edilen kişiden sadır olduğunun ispatı gerekmemekte, bunun aksini iddia eden ispat yükü altında bulunmaktadır. Güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan düzenleme şeklindeki elektronik noter senetlerinde noterin düzenlemesi, senedin imza ve tarihi yanında içeriğini de kapsar. Böylece düzenleme şeklindeki elektronik noter senedini inkâr eden taraf, onun sahteliğini kanıtlamak zorundadır[92].

2) Hâkimin Veriyi İnkâr Eden Tarafı Dinlemesi

Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş düzenleme veya onaylama şeklindeki elektronik noter senedinin aleyhine hukukî sonuç doğuran tarafça inkârı (sahteliğinin ileri sürülmesi) hâlinde, bu iddianın incelenmesi, diğer resmî belgelerdeki sahtelik incelemesinden farklıdır. Örneğin elle atılan imzanın inkârı halinde yapılan, senedi yazdığı veya imza ettiği iddia edilen kişiye yazı yazdırılıp imza attırılması (münkirin istiktabı, HMK m. 211, 1/a) ve elde edilen yazı veya imzanın inkâr edilen yazı veya imza ile mukayese edilmesinin, elektronik imzada yapılması mümkün değildir[93]. Güvenli elektronik imzalı belgenin, gerçekten elektronik imza sahibinin

---

92 **Belgesay**-HUMK Şerhi 2 s. 175; **Berkin**, Necmeddin: Resmî Senetlerin İspat Kuvveti (İl.H. 1946/7, s. 8-10), s. 8; **Bilgin**, Fuat: Noterlerin Belgeleri Düzenleme ve Onaylamalarının Önem ve Değeri (TNBHD 1985/45, s. 26-31), s. 29; **Çetin**, Erol/**Malkoç**, İsmail: Uygulamada Sâhtekarlık Suçları, Bilgisayar Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara 1995, s. 158, 160; **Deynekli** s. 55; **Erdoğan**, Celâl: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1973, s. 235; **Gürsel**, Nurettin: Noterlik Mevzuatı ve Tatbikatı, Ankara 1964, s. 108; **Sezik**, Sabahattin: Noterlik Kanunu ve Tatbikatı, Manisa 1964, s. 93; **Tuğsavul**, Muhsin: Takdiri Deliller (AD 1952/5-6, s. 605-624), s. 616; **Tuğsavul**, Muhsin: İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi (AD 1951/7, s. 10. 85-1092), s. 1087; **Türkiye Noterler Birliği**: 1512 Sayılı Noterlik Kanunu ile Resmî Senet Yolu ile İspat Rejimine Getirilen Değişiklikler (HUMK'nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s. 193-211), s. 196; **Üskül**, Bahriye Meral: Noterlik İşlemlerinin Şekli ve Hükümleri (TNBHD 1993/79, s. 8-15), s. 14; **Yılmaz**-Şerh s. 1115.

93 Doktrinde, her elektronik belgenin elektronik imzası birbirinden farklı olduğundan, elektronik imzayı inkâr eden kişinin imzasının karşılaştırılmasının, teknik olarak diğer elektronik belgelerle yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre karşılaştırma yapılabilmesi, kişinin gizli imza anahtarı ile aynı içerikte bir belgeyi imzalaması yoluyla olabilir. İnkâr edilen elektronik belgede kullanılan en az bir karakterin değişik olması durumunda, belgenin içeriği aynı olsa bile teknik anlamda aynı olmayacağı için, bu tür bir karşılaştırmayla da bir sonuca varılamayacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple imza karşılaştırması için en iyi yöntem, ibraz edilen ve imzası inkâr edilen elektronik belgenin bizzat kendisinin imza kontrolünün yapılmasıdır. Bu şekilde imza kontrolü sonucunda, belgenin değiştirilmediği veya değiştirildiğine ilişkin ortaya çıkan sonuç, sahtelik konusunda kanaate varılmasına yardımcı olacaktır. Doktrinde, bu imza kontrolünün, gerekli araçların sağlanması durumunda hâkim önünde de yapılabileceği ifâde edilmiştir (**Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 293; **Erturgut**-E-belge s. 78).

gizli anahtarı ile imzalanıp imzalanmadığı, bunu için gerekli bir yazılım (*software*) vasıtasıyla tespit edilmektedir[94]. Dolayısıyla güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinin gerçekliği konusundaki itirazın giderilmesi, ancak teknik bir incelemeyle mümkündür ve konunun uzmanı bilirkişilerin yapacağı inceleme ile açıklığa kavuşturulabilir[95].

Bu inceleme, niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK m. 210 uyarınca yapılır. HMK m. 210'a göre güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde hâkim, öncelikle veriyi inkâr eden tarafı dinler. Doktrindeki bir görüşe göre hâkimin veriyi inkâr eden tarafı dinlemesi teknik anlamda isticvap (HMK m. 169-175) olmayıp genel anlamda bir taraf dinlenmesiyken[96]; aksi görüş bu dinlemenin, HMK m. 211'e göre veriyi inkâr eden taraf davet edilerek yapılacağını belirtmiştir[97]. Dolayısıyla bu görüş, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş veriyi inkâr ettiği için dinlenmek üzere mahkemeye davet edilen tarafın, belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde, inkâr etmiş olduğu belgedeki güvenli elektronik imzayı ikrar etmiş sayılacağı sonucuna varmakta ve bu hususun kendisine çıkartılacak davetiyede ayrıca ihtar edilmesi gerektiğini (HMK m. 211, 1/a) ifâde etmektedir.

Hâkim, güvenli elektronik imzanın aidiyeti konusunda veriyi inkâr eden tarafı dinledikten sonra, tarafların ileri sürdüğü delilleri ve beyanları değerlendirerek güvenli elektronik imzalı belgenin gerçekliği hakkında yeterli ölçüde kanaate varırsa, bu kanaat yönünde bilirkişi incelemesine başvurmadan karar verebilir. Bu kapsamda güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı haklı ise, veri delil olarak kabul edilmez ve ispat faaliyetine esas alınmaz. Buna karşılık güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı haklı değilse, veri kesin delil olarak kabul edilir, ispat gücü doğurur ve bu belgeye dayanarak hüküm kurulabilir[98]. Doktrinde, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden tarafın dinlenmesinin, atlanmaması gereken önemli bir aşama olduğu şu şekilde belirtilmiştir:

"Bu aşamanın önemi özellikle, veriyi inkar edenin 'kapalı anahtarının kardeşi tarafından izinsiz alındığı' veya 'sekreterine bazı işleri görmesi için verdiği kapalı anahtarın sekreterince farklı amaçlarla kullanıldığı' gibi kapalı anahtarın yetkisiz kişilerce kullanıldığı yönünde savunmalar ileri sürmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hallerde, teknik bir inceleme yapılmasına gerek olmadan, sertifikada yer alan kayıtla-

---

94 **Şenocak** s. 128; **Yardım**-Elektronik İmzanın İnkarı s. 1523

95 **Acar** s. 180; **Göksu** s. 57-58, 174-175; **Yıldırım/Pürselim** s. 1112.

96 **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, s. 125; **Yardım**-Elektronik İmzanın İnkarı s. 152.

97 **Acar** s. 180; **Yılmaz**-Şerh s. 1130.

98 **Yılmaz**-Şerh s. 1130.

ra, alıcının (elektronik senedi ileri sürenin) iyi niyetli veya kötü niyetli olmasına göre imza sahibinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu aşamanın uygulanmaması, bir çok halde güvenli elektronik imzanın inkarı prosedürünü uzatabilir"[99].

3) Hâkimin Bilirkişi İncelemesine Başvurması

Hâkim, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş veriyi inkâr eden tarafı dinlendikten sonra bir kanaate varamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurmalıdır. Doktrinde, kanunda geçen "bir kanaate varılamaması" ifâdesinin, ispat ölçüsü açısından üstünün kapalı olduğu ve izaha muhtaç olduğu ileri sürülmüştür[100].

Görüldüğü gibi HMK m. 210'da öngörülen usûl, esas itibariyle güvenli elektronik imzayla oluşturulan âdî belgenin inkârı için tasarlanmış bir hüküm olup, noterin katılımlıyla (resmî memur huzurunda) gerçekleştirilen düzenleme şeklindeki elektronik noter senedinin inkârı için tam olarak çözüm üretmeye yeterli değildir ve düzenleme ya da onaylama şeklindeki elektronik noter senetlerinin inkârı durumunda aynen uygulanma kabiliyetinden yoksundur.

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan düzenleme şeklindeki elektronik noter senedinin tümüyle; onaylama şeklindeki elektronik noter senedinin imza ve tarih bakımından resmî senet gücünde olduğu dikkate alındığında; sahteliği ileri sürüldüğünde mahkemenin, inkâr eden tarafın yapacağı açıklama ile bir kanaate varması ve HMK m. 210'da belirtildiği şekilde *bu kanaatle yetinerek elektronik noter senedinin sahteliğine ve iptaline karar vermesi* kanımca mümkün değildir.

Düzenleme şeklindeki elektronik noter senedinin tanzimi noter tarafından yapıldığından hâkim, elektronik noter senedini (örneği imzayı, içeriği veya tarihi) inkâr eden tarafı ve davalı tarafta yer alan noteri dinledikten sonra edineceği kanaate istinaden, bilirkişi incelemesine başvurmadan elektronik noter senedinin sahih olmadığına karar vererek ispat kuvvetini hükümden düşürememelidir. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinin ispat gücü, sırf hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra ulaşılacak kanaatle çürütülemez ve elektronik noter senedinin delil değeri hükümden düşürülemez. Çünkü elektronik noter senedi, noterin katılımıyla ve güvenli elektronik imzasıyla oluşturulmuş olup resmî senet gücündedir.

Elektronik noter senedinin sıhhatinin tespitinin, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerden olması sebebiyle, hâkimin senedin sahteliği sebebiyle iptaline karar vermeden önce bilirkişi incelemesine başvurması gerekli

---

99 **Yardım-**Elektronik İmzanın İnkarı s. 152.

100 **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım-**Değerlendirme ve Öneriler s. 125.

kabul edilmelidir[101] (HMK m. 210, 1; 266, 1. Karş. HMK m. 211). Nitekim doktrinde, imza kontrolünde hem belgenin değiştirilip değiştirilmediğinin, hem de imzaladığı iddia edilen kişiden sadır olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda imza ile sertifikanın birlikte kontrol edilmesi şarttır ve bu konuda hâkimin yeterli teknik bilgiye ve donanıma sahip olması beklenemeyeceğinden bilirkişiye başvurulmasının bir zorunluluk olduğu savunulmaktadır[102]. Ayrıca HMK m. 209, 2'de yer alan "*resmî senetlerdeki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınamaz*" hükmü, güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senetleri bakımından da geçerlidir.

Ancak hâkim, güvenli elektronik imzayla oluşturulan noter senedinin imza atan kişiye ait olup olmadığını kendisi de tespit edebilecek kabiliyette ise, bilirkişi incelemesine başvurmadan karar vermesi mümkün olmalıdır. Nitekim doktrinde, hâkimin sertifikayı kontrol etmek ve *hash* fonksiyonunu kullanmak gibi bazı teknik bilgilere sahip olması durumunda, güvenli elektronik imza doğrulama verisini kullanabileceği ve bilirkişiye başvurmak zorunda olmadan güvenli elektronik imzanın sahteliği iddiası hakkında karar verebileceği ileri sürülmüştür[103]. Doktrinde belirtildiği gibi, güvenli elektronik imzanın söz konusu olduğu her hâlde bilirkişiye başvurulması, güvenli elektronik imzadan beklenen sürat ve tasarruf gibi faydalara ulaşılmasını engelleyebilir[104]. Doktrinde hâkimin, güvenli elektronik imzanın imza sahibine ait olup olmadığını tespit edebileceği şu munzam gerekçelerle desteklenmektedir:

"Öncelikle güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler bakımından hakimin 308 vd. da öngörülen tarafları dinleme, isticvap, istiktab yollarını izlemesine gerek bulunmamaktadır. Burada hatta hakimin bilirkişiye dahi müracaat etmesine gerek yoktur. **Hakim söz konusu elektronik adi senedin veya elektronik herhangi diğer bir belgedeki güvenli elektronik imzanın, imza atan kişiye ait olup olmadığını bizzat kendisi de tespit edebilir**. **Aslında elektronik imzalı belgeleri imzalayan kişinin kim olduğunu gerekli teknik araçlara sahip herkes kesin ve doğru olarak her zaman tespit edebilir.** Normal elektronik imzadan farklı olarak güvenli elektronik imza, imzalayanın hususiyetini taşıyan bir sembol değil, **imzalayanın kimlik bilgilerini de içeren ve imzalanan belgeye eklenen sayısal bir veridir** (teknik olarak detaylandırıldığında; elektronik imza yazılımlarının hemen hepsi elektronik imza ile birlikte bu elektronik imzaya bağlı olan ve imzalayana ait nitelikli elektronik sertifikayı da imzalanan belgeye eklemektedir; bu ekleme yapılmamışsa imzalı belgedeki açık anahtar bilgisi ile otomatik olarak ve çevrimiçi ortamda ESHS'nin veri tabanına bağlanılır ve imza sahibinin kimlik bilgilerinin yer aldığı nitelikli elektronik

---

101 **Göksu** s. 174-175

102 **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 262-264; **Erturgut**-E-belge s. 78.

103 **Acar** s. 177.

104 **Yardım**-Elektronik İmzanın İnkarı s. 153. Karş. **Erturgut**-Elektronik İmzalı Belgeler s. 264.

sertifikasına ulaşılır). -Hakim imza inkarı tespitini yaparken 'Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te belirtilen **üçüncü kişiler gibi davranmalıdır.** Yönetmelik'teki üçüncü kişiler ile ilgili hükümlerden anlaşıldığı üzere, üçüncü kişiler bir güvenli elektronik imzalı senedi alan ve bunu doğruluğuna inanarak iş ve işlem yapacak olan kişilerdir. -Hakim imza inkarı tespiti sırasında, imzanın geçerliliğini araştıran kişi olarak Yönetmelik kapsamında üçüncü kişi olarak hareket etmektedir. Bu doğrultuda imzanın geçerliliğini araştıran hakim **Internete bağlanabilen bir bilgisayar aracılığıyla güvenli elektronik imzalı belgenin geçerliliğini, bu imzayla bağlı olan ve imzalayana ait olan nitelikli sertifikanın geçerliliğini, sertifikanın nitelikli elektronik sertifika olup olmadığını, nitelikli elektronik sertifikanın kullanımına ilişkin bir sınırlama olup olmadığını kontrol etmelidir.** -Yönetmelik'te belirtildiği üzere yukarıda sayılan kontroller manuel olarak yapılabileceği gibi bunun yerine sadece '**güvenli elektronik imza doğrulama aracı' kullanılarak da gerekli imza kontrolü yapılabilir.** Güvenli elektronik imza aracı Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ'de belirtildiği üzere CWA 14171 standardına uygun olarak geliştirilmiş bir yazılımdır. Bu yazılımların geliştirilmesi için çeşitli özel sektör firmaları ve TÜBİTAK-UEKAE tarafından çalışmalar sürdürülmektedir. -Sonuç olarak; Internet'e bağlı bir bilgisayarı ve 'güvenli elektronik imza doğrulama aracı' bulunan bir hakim kolayca yazılım aracıyla elektronik imzalı belge üzerindeki imzanın kime ait olduğunu anında tespit edebilecektir. -Eğer hakim bu yolu izemek istemiyorsa, ikinci bir imkan da HUMK'da da öngörüldüğü üzere **bilirkişiye başvurmaktır.** Burada bilirkişi olarak ülke içerisindeki ESHS'ler ve 'güvenli elektronik imza doğrulama aracı'na sahip **konunun uzmanları** seçilebilir"[105].

4) Elektronik Belgeye Resmiyet Kazandıran Noterin Sahtelik Davasında Taraf Gösterilmesi

Resmî bir senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası, ancak ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada incelenip karara bağlanabileceğinden (HMK m. 208, 4), güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinin inkârı hâlinde, elektronik belgeye resmiyet kazandıran noter de davada taraf gösterilerek ayrı bir sahtelik davası açılmalıdır. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedini inkâr eden taraf, senetten lehine sonuç çıkaran kişiyle senedi düzenleyen veya onaylayan resmî memura (notere) karşı birlikte dava açmalıdır[106]. Asıl davaya bakan hâkim, gerekirse bu konuda, güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedini inkâr eden tarafa, dava açması için iki haftalık kesin bir süre verir (HMK m. 208, 4). Böylece güvenli elekt-

---

105 **Keser** Berber, Leyla/**Beceni**, Yasin/**Sevim**, Tuğrul: e-İmza ve Adi Senetler 2 (http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=15108) (erişim tarihi: 24.04.2015).

106 11. HD 18.06.2013, 15440/12747 (**Ateş**, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C. 1, 2, Ankara 2014, s. 1535).

ronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinden lehine sonuç çıkaran kişiyle senedi düzenleyen veya onaylayan noter arasında, davalı tarafta (pasif) şeklî mecburî dava arkadaşlığı vardır[107].

Güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinin sahteliği iddia edildiğinde, bunun dışındaki hususlarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde kâğıt ortamda düzenlenen noter senetlerinin sahtelik incelemesine ilişkin hükümler uygulanır[108]. Güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik noter senedinin sahte olduğuna dair karar kesinleştikten sonra, elektronik ortamdaki senedin altına sahte olduğu yazılarak senet iptal olunamayacağından, senedin Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminde kaydedilen ve saklanan aslı varsa iptal edilir (HMK m. 212).

E) Elektronik Ortamda Yapılan Noterlik İşleminin Kaydedilip Saklanması

Kanunda, noterler tarafından yapılan tüm işlemlere dair bilgi ve belgelerin, Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminde kaydedilip saklanması öngörülmüştür (NK m. 198/A, 3). UYAP bilişim sisteminde de benzer bir hüküm kabul edilmiş olup, her türlü hukuk ve ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır (HMK m. 445, 1; CMK m. 38/A, 1).

Elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanarak yapılan noterlik işlemleriyle ilgili her türlü bilgi ve belge, elektronik ortamda işlenip saklanacağından, fizikî ortamda saklamaya gerek kalmayacak ve noter senetlerinin arşivlenmesinde de büyük kolaylık sağlanmış olacaktır.

Noterlik dairesindeki bölümlerden birisi de arşiv bölümüdür (NKY m. 6). Noterlik evrak ve defterlerinden kanun ve tüzüklerin tespit ettiği süreler sonuna kadar saklanması öngörülen bilcümle kâğıt, defter ve benzeri evrak arşiv bölümünde saklanır[109].

Kâğıt ortamında düzenlenen noterliğe ait evrak, belge ve defterler noterlik arşivinde fizikî olarak saklanır. Ancak vasiyetname ve emanet gibi özel sûrette muhafazası gereken belgelerin demir kasa veya çelik dolaplarda saklanması zorunludur (NKY m. 59, 1).

Arşiv bölümü noterlik dairesinin içinde olabileceği gibi daire dışında bir yerde de olabilir (NKY m. 6, 3). Bu bağlamda elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerine ilişkin tüm bilgi ve belgeler, noterlik dairesinin içinde veya dışında oluşturulacak

---

107 **Alangoya**, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999, s. 99 vd.; **Özbek**-Sahtelik s. 195-204; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 731; **Tanrıver**-Değerlendirme s. 165; **Ulukapı**, Ömer: Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 102.

108 **Özbek**-Sahtelik s. 159 vd.

109 **Ulukapı/Atalı** s. 104.

merkezî bir bilgi bankasında muhafaza edilebilecek ve gerektiğinde bu merkezî kayıt sisteminden, ilgili diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilebilecektir.

Elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin, noterlerin gerektiğinde elektronik ortamda erişimine açık olacak şekilde Türkiye Noterler Birliği nezdinde oluşturulan Türkiye Noterler Birliği Bilişim Sisteminde merkezî olarak kaydedilip saklanması, fizikî ortamda evrak saklama külfetini kaldırmaktan öte, işlem ve saklama güvenliğini de temin edecektir. Gerçekten, elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerine ilişkin belgelerin, farklı ve bağımsız bir sistemle güvenliği sağlanmış bir veri taşıyıcıda (sistemde) depolanması, elektronik belgenin hazırlanması safhasından sonra değişikliğe uğradığında dair sahtelik iddialarının çözümünde çok yardımcı olabilir.

Noterlik daire ve arşivlerinin yangın, su baskını, çalınma, sabotaj ve sair tehlikelere karşı korunması zorunlu olup (NKY m. 59, 2), daire ve arşivin korunmasından noter ve başkâtip birlikte sorumludurlar (NKY m. 59, 3). Elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin Türkiye Noterler Birliği Bilişim Sisteminde merkezî olarak kaydedilip saklanması, noterleri özel sûrette muhafazası gereken belgeleri demir kasa veya çelik dolaplarda saklama külfetinden kurtaracağı gibi, bu çeşit evrakın yangın, su baskını, çalınma, sabotaj ve sair tehlikelere karşı korunmasını da sağlayacağından noter ve başkâtibini ağır bir hukukî sorumluluktan da kurtaracaktır. Böylece noterlik dairesinde mekân açısından da bir ferahlama sağlanacak ve artık elektronik noterlikler daha işlevsel olacaktır.

F) Elektronik Ortamda Yapılan ve Saklanan Noterlik İşleminin İlgililerle Paylaşılması

Noterlik işlemleri elektronik ortama geçirildiğinden, bulundukları şehirden başka şehirde işlem yaptıran ilgililerin, ihtiyaç olduğunda ülkenin herhangi bir yerinde, en yakınlarındaki notere giderek kimliklerini tespit ettirdikten sonra, yaptırdıkları bu noter işlemine elektronik ortamda erişmeleri ve elektronik belgeden sûret almaları mümkün olabilecektir.

İlgililer, ilgililerin kanunî mümessil veya vekilleri ile mirasçıları, noterler tarafından yapılan işlemlerin örneklerini alabilirler (NK m. 94, 1). İlgili, işlemi yapan noterin bulunduğu yerden başka bir yerdeyse bu örnek, masrafı verilmek sûretiyle ilgilinin bulunduğu yerdeki noter eliyle, işlemi yapan diğer bir yerdeki noterlikten getirtilebilir (NK m. 94, 2). Ancak bu işlem hem zaman almakta hem de masraflı olmaktadır.

Elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin elektronik ortamda erişime açık olacak şekilde Türkiye Noterler Birliği nezdinde merkezî bir veri tabanında saklanması, gerektiğinde elektronik ortamdaki bilgi

ve belgelere hızla ve masrafsız olarak erişimi sağlayacağından, adalete erişimi ciddî ölçüde kolaylaştıracaktır. Bu sayede, bulundukları yerden başka bir yerdeki noter tarafından yapılan işlemin örneğini almak isteyen ilgililer, masraf vermek sûretiyle bulundukları yerdeki noter eliyle diğer bir şehirdeki noterlikten getirtmek yerine, en yakın noterliğe giderek elektronik ortamdan kolaylıkla örnek çıkartabileceklerdir.

G) Elektronik Ortamda Yapılan Noter Senedinin Mahkemeye İbrazı

Derdest bir davada mahkeme, delil olarak sunulan elektronik noter senedinin örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine noterden belgenin aslının verilmesini isteyebilir (HMK m. 216, 1). Elektronik noter senedinin aslını elinde bulunduran (başka bir ifâdeyle elektronik noter senedine bilişim sistemi üzerinden erişebilen) noter, istenmesi hâlinde bunu mahkemeye vermek zorundadır[110] (HMK m. 216, 2). Noterler tarafından yapılan tüm işlemlere dair bilgi ve belgeler Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminde kaydedilip saklanacağından (NK m. 198/A, 3), mahkeme, ilgili elektronik noter senedinin verilmesini doğrudan Türkiye Noterler Birliğinden de isteyebilir.

Doktrinde belirtildiği üzere elektronik noter senedine delil olarak dayanan taraf, önce ilgili noterden veya Türkiye Noterler Birliğinden bu belgeyi almaya çalışmalı; kendisi alamadığı takdirde mahkemeden, ilgili elektronik noter senedinin getirtilmesini talep etmelidir. Noterin ilgiliye, taraf olduğu işleme ilişkin elektronik noter senedinden sûret vermesinin zorunlu olduğu hâllerde, bu belgenin mahkeme kanalıyla getirtilmesinin istenmesi gerekli değildir[111].

Derdest bir davanın tarafları, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandığı ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduklarından, elektronik noter senetleri de bu kapsamdadır. Elektronik noter senetlerinde belgenin çıktısı alınmalı ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilmelidir (HMK m. 219, 1).

Nitekim Noterlik Kanununda da, elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak noter huzurunda veya huzurda olmadan düzenlenen elektronik noter senetlerine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin, güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda işlenip saklanabileceği ve gerektiğinde ilgili diğer kişi veya kurumlar ile bu kapsamda mahkemelere (Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminden) elektronik ortamda gönderilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğunu düzenleyen HMK m. 219 ile NK m. 198/A, 2 uyumludur.

Elektronik noter senedinin, hâkim veya tayin edeceği bilirkişi tarafından in-

110 **Tanrıver**-Değerlendirme s. 169.

111 **Erdönmez** s. 208-209.

celenmesine uygun şekilde elektronik olarak ibrazı mümkündür. İlgili, elektronik noter senedinin onaylı örneğini sunsa dahi, mahkeme veya görevlendireceği bilirkişi gerektiğinde elektronik noter senedini elektronik ortamda inceleyebilir ve elektronik noter senedinin kaydedilip saklandığı noterliğin veya Türkiye Noterler Birliğinin Bilişim Sisteminde (yerinde) inceleme yapılabilir. Bu elektronik noter belgelerinin mahkemeye sunulmuş örnekleri elektronik ortamdaki asıllarıyla karşılaştırılabilir. İnceleme sonunda bir tutanak düzenlenir ve gerekli görülürse uygun teknik araçlarla elektronik noter belgesinin aslı kaydedilir[112] (HMK m. 218, 1).

H) Elektronik Ortamda Yapılan Noterlik İşlemlerinde Kişisel Verileri İşleyen Noterlerin Kişisel Verileri Koruma Yükümlülüğü

I- Noterlerin Gizlilik Yükümlülüğü Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması ve Bilgi Güvenliğinin Sağlanması

Herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ilkesini benimseyen Anayasada (AY m. 20, 1), kişisel verilerin korunması da, tüm hukuk alanlarına şamil olacak şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten kişisel verilerin korunması temin edilmeden, özel hayatın gizliliğinin korunması mümkün değildir. Üstelik bilgi ve belge dolaşımı ile erişiminin çok hızlı ve kolay olduğu elektronik ortamda kişisel verilerin korunması daha zor olduğundan, bu konuda çok hassas davranılması gerektiği ortadadır[113].

Anayasaya 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 hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir (AY m. 20, 3).

Noterler ve noterlik kâtipleri sır saklama yükümlülüğü altına olduklarından, kanunların emrettiği hâller dışında mesleğin icrası (görevleri) sebebiyle öğrendikleri sırları açıklayamaz, mevcut belgeleri noterlik dairesi dışına çıkartamaz ve ilgililer dışında kimseye veremezler (NK m. 54; 55; 94).

Gerek anayasanın kişisel verilerin korunmasını emreden hükmü gerek noterlerin meslek sırrına uyma yükümlülüğü, elektronik ortamda yapılan noterlik işlemleri bakımından da aynen geçerlidir[114]. Bu sebeple Kanunda, noterlik işlemlerinin

---

112 **Erdönmez** s. 248-249; **Tanrıver**-Değerlendirme s. 170.

113 **Arıkan** s. 41.

114 **Office of the Secretary of the Commonwealth** s. 8.

elektronik ortamda yapılması sırasında işlenen kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunlu tutulmuştur (NK m. 198/A, 4). Benzer bir hükmün yer aldığı EİK m. 12'de de, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının, elektronik sertifika sahibi kişilerin kişisel verilerini korumakla mükellef oldukları belirtilmiştir. Bu hükümlere aykırı davranılması hâlinde elektronik sertifika sahipleri, kusur sorumluğu esasına göre, TMK m. 24, TBK m. 49 ve 58 kapsamında kişilik haklarının korunmasına dayanarak elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarına karşı maddî ve mânevî tazminat davası açabileceklerdir[115].

Kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddî ve mânevî varlığı ile temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usûlleri düzenlemek üzere hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı kanunlaştığında, bu konuda daha somut ve açık mevzuat hükümleri yürürlüğe girmiş olacaktır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında veri kütüğü sahibinin, kişisel verilerin, tedbirsizlikle veya hukuka aykırı amaçlarla yok edilmesini, kaybolmasını, değiştirilmesini, yetkisiz olarak açıklanmasını veya aktarılmasını ve başka şekillerdeki tüm hukuka aykırı işlenmelerini önlemek için, korunacak verinin niteliği, teknolojik imkânlar ve uygulama maliyetine göre uygun teknik ve idarî tedbirleri almak zorunda olduğu belirtildiğinden (KVKKT m. 15), noterlerin de bu kapsamda gerekli tedbirleri alması gerektiği açıktır. Bu bağlamda TNB tarafından, elektronik noterlik işlemlerinin özellikleri dikkate alınarak, kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili kuralların noterliklerde uygulanabilmesini temin etme amacıyla meslekî davranış kuralları hazırlanması gerekecektir (KVKKT m. 24).

Kişisel verilerin, bilgisayar gibi otomasyon sistemlerinin kullanıldığı yöntemlerle işlenmesi sırasında da korunması zorunlu olduğundan, elektronik noterlik işlemlerinde işlenen kişisel veriler bu koruma kapsamına dâhil olacaktır. Kişisel veriler, sâdece noterde işlem yaptıran ilgililerin adı, soyadı, doğum tarihi, yeri ve T.C. kimlik numarası gibi kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda ilgilerin aklî, psikolojik, fizikî, kültürel, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin verileri de içermektedir (KVKKT m. 3, 1/e).

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda noterlerin hem hukukî hem cezaî sorumluluğu doğabileceğinden, elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinde işlenen kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması için gerekli tüm teknolojik ve fizikî tedbirlerin alınmasının Kanunda zorunlu olması fevkalâde isabetli bir yaklaşımdır.

---

115 **Kılıçoğlu** s. 125.

II- Elektronik Noterlik İşlemlerinde İşlenen Kişisel Verilerin Korunması ve Bilgi Güvenliğinin Sağlanmasında Noterlerin Sorumluluğu

1) Noterlerin Hukukî Sorumluluğu

İlgililerin elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemlerinde verdikleri kişisel verilerinin korunamaması ve bilgi güvenliğinin sağlanamaması durumunda, uğrayabilecekleri zararın tazmini maksadıyla işlemi yapan notere karşı tazminat davası açması mümkün olup noterler, Noterlik Kanununun 162. maddesi çerçevesinde hukukî sorumluluk altındadırlar[116]. Noterler, elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemleri sebebiyle, kendi fiillerinden ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışlarından kusuru olmasa dahi sorumlu tutulacaklardır[117].

Noterlerin güven esasına dayalı olarak faaliyet göstermesi karşısında, elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinden doğacak hukukî sorumluluklarını belirlerken, internet bankacılığında bankaların hukukî sorumluluğunun emsal alınması mümkündür. Doktrinde bankaların güven kurumu olmaları yanında, tüzel kişi tacir

---

116 Doktrinde kusursuz sorumluluk türlerinden özen (olağan sebep) sorumluluğu (TBK m. 66) kapsamında değerlendirilen noterlerin hukukî sorumluluğu şu şekilde formüle edilmektedir: "Noterler, **kendilerinin ve fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin davranışlarından**; kendilerine başvuran kişiler tarafından yapılması talep edilen **işlemlerin hiç yapılmamasından, hatalı yapılmasından veya eksik yapılmasından dolayı**, işlemi yaptıran ilgililerin veya zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan **kusursuz olarak sorumludurlar**" (**Oktay Özdemir**, Saibe: Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 693-714, s. 701). Bu konuda doktrinde yapılan münakaşalar için ayrıca bkz. **Gökcan**, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara 2010, s. 409-410; **Kartal**, Bilal: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk (YD 1998/3, s. 340-355), s. 350-351; **Nart**, Serdar: Noterlerin Hukukî Sorumluluğu (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 425-452), s. 429-431; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (Noterlik Hukuku Sempozyumu: XI-XII-XIII-XIV-XV, Ankara 2010, s. 185-192, NOTEV-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 10), s. 190; **Pulaşlı**, Hasan: Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukukî Sorumluluğu (TNBHD 1938/39, s. 10-16), s. 12; **Ulukapı**, Ömer: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (Noterlik Hukuku Sempozyumu: 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara 1997, s. 65-85, Notev-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 1), s. 69-71; **Ulukapı/Atalı** s. 240.

117 "Somut olayda mahkeme, davacının şifre ve parolasını koruyamamasının zararın meydana gelmesinde etkili olduğu gerekçesiyle davacıyı meydana gelen zararda %20 oranında kusurlu kabul etmiştir. Oysa, davacıya ait para, davalı bankaya karşı gerçekleştirilen sahtecilik işlemi ile hesaptan çekilerek başka hesaba havale edilmiş olup, bu durum davalı bankayı aldığı mevduatı iade etme yükümlülüğünden kurtarmayacağı gibi, ispat yükü kendisinde olan davalı banka, davacıya vermiş olduğu şifre ve parolanın davacının kusuruyla ele geçirildiğini de kanıtlayamamıştır. **Davalı bankanın internet bankacılığında kendisinin ve müşterilerinin güvenliğini sağlayacak güvenlik enstrümanlarının kullanılmasını zorunlu kılmayıp**, somut olayda davacının insiyatifine bırakması, SMS ile bildirim, tek kullanımlık şifre, **elektronik imza gibi teknolojik uygulamalara geçmemesi zararın doğmasında başlıca etken olup, davalı bankanın zarardan sorumlu olduğu açıktır**" (11. HD 21.03.2011, 9742/2979: KBİBB).

olarak basiretli şekilde hareket etmesi, elektronik ortama yönelik teknolojik gelişmeleri takip etmesi, ortaya çıkan dolandırıcılık yöntemlerinden etkilenmemek için gerekli her türlü önlemi re'sen alması gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda bankalar, müşterileri ile girişmiş oldukları sözleşme ilişkisi çerçevesinde göstermek zorunda oldukları objektif özen yükümünün bir sonucu olarak kast ve ağır ihmallerinin yanı sıra hafif ihmallerinden de sorumlu tutulmaktadırlar[118].

Ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğu kapsamında bankaların, "mudinin bankada parası olamaz, ancak bankadan belli miktarda alacağı olur" esasına dayanan hukukî sorumluluğuna ilişkin emsal Yargıtay kararları[119] da kıyasen göz önüne alındığında[120], elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinde sistemin güvenliğinden tümüyle noterlerin sorumlu tutulacakları ortadadır. Elektronik ortamda yapılan noterlik işlemleri hizmetini ilgililere noterler sunduğuna göre, bu sistemin güvenliğine yönelik tüm tedbirleri alma ve sistem güvenliğini sağlama yükümlülüğü altındadırlar. Türkiye Noterler Birliği ve noterler, elektronik ortamda yapılması sırasında işlenen kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasında hem kendilerinin hem de ilgililerin güvenliğini sağlayacak güvenlik tedbirlerini almalı, Elektronik İmza Kanununda belirtilen standartlara uygun nitelikli sertifika kullanılarak, elektronik imza kullanmak sûretiyle işlemin güvenliğini tesis etmeli ve yüksek güvenlikli teknolojik alt yapıyı oluşturmalıdır. Aksi hâlde, sistem güvenliğinin sağlanamamasından kaynaklanan zararlardan noterlerin sorumlu tutulma riski vardır[121].

---

118 **Savaş**, Abdurrahman: İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri (SÜHFD 2011/2, s. 137-166), s. 150-151, 160.

119 "Davalı banka Anonim Şirket statüsünde olup, **güven esasına dayalı faaliyet gösteren bir kuruluştur.** Tüm faaliyetlerinde TTK 20/II md.uyarınca gerekli özeni göstererek basiretli davranmak zorundadır. Hesap açılırken gerekli kimlik kontrollerini titizlikle yapmak zorundadır. **Sahte kimlikle açılan hesaplara kesinlikle müsaade etmemelidir.** Gerektiğinde müşterilerle ilgili usulüne uygun biçimde **istihbarat işlemlerini de yapmalıdır**. Zira **bankalar imtiyaz sureti ile güven esaslarına uygun biçimde faaliyet icra etmektedir.** (B.K. 99, M.K. 2) Bu nedenle **sistemin güvenliğinden tümüyle banka sorumludur**. Kredi kartı üzerinden yapılan kontör alım işlemleri sırasında benzer şekilde diğer bankalarda yapıldığı üzere ilgilinin cep telefonuna işlemin yapıldığı anda şifre gönderilerek yapılan işlemin gerçekte hesap sahibi tarafından yapılıp yapılmadığı her zaman kontrol altında tutulabilir. Ayrıca **elektronik imza Kanununda belirtilen standartlara uygun nitelikli sertifika kullanılarak, elektronik imza kullanmak suretiyle bu işlemin güvenliği her zaman sağlanabilir.** Özellikle bir hesaptan başka bir hesaba yapılan transferlerle paranın gönderildiği hesap sahiplerinin sahte kimlikle hesap açtıkları ve parayı çektikten sonra bunlara ulaşmanın çok güç hatta imkansız olduğu nazara alındığında, hesap açılırken gerekli titizliğin gösterilmediği açıktır. Mevcut olayda davacı tarafın alabileceği herhangi bir güvenlik önleminin bulunmadığı, olayın **tamamen bankanın kusurlu davranışından ve yetersiz ve niteliksiz güvenlik önlemlerinden kaynaklandığı açıkça anlaşılmıştır"** (13. HD 06.02.2011, 18865/2207: KBİBB).

120 **Ceylan**, Eyyup Ensar: İnternet Bankacılığında Bankaların Hukukî Sorumlulukları (İBD 2015/1, s. 131-139), s. 134-137.

121 "İnternet, birden fazla haberleşme ağının (network)bilgisayarlar aracılığıyla meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır.(Sözer,B.; Elektronik Sözleşmeler, İst. 2002, S.7) -Günümüzde internet,

2) Noterlerin Cezaî Sorumluluğu

İlgililerin elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemlerinde verdikleri kişisel verilerinin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması konusunda noterlerin genel hükümlere göre cezaî sorumluluğu da vardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi (TCK m. 135), başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi (TCK m. 136) suç olarak tanımlandığından, konunun gerek fizikî ortamda gerek elektronik ortamda yapılan noterlik işlemleri bakımından taşıdığı önem ortadadır. Kezâ noterlerin TCK 6, 1/c anlamında kamu görevlisi oldukları ve bu suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak sûretiyle işlenmesinin Kanunda şiddet sebebi olarak öngörülmesi (TCK m. 137, 1), kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasında noterlerin elektronik ortamda yaptıkları işlemlerde ne kadar dikkatli olması gerektiğini göstermektedir.

3) Noterlerin Disiplin Sorumluluğu

İlgililerin elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemlerinde noterlerin, işledikleri kişisel verileri korumaları meslekî sır saklama yükümlülükleri kapsamındadır. Noterlerin elektronik ortamda yaptıkları noterlik işlemlerinde elde ettikleri kişisel verileri işlerken uymaları gereken usûl ve esaslar, etik kuralların da bir gereğidir.

---

tüm dünya üzerine yayılmış olan çok geniş bir bilgisayar ağı durumunu gelmiştir. Bu iletişim ağından yararlanan internet bankacılığı; teknolojide meydana gelen gelişmeler sonucu ortaya çıkan ve hemen hemen bütün bankacılık işlemlerinin internet üzerinden yapılabilmesini sağlayan elektronik bir bankacılık türüdür. Es söyleyişle, interaktif bankacılık, bankacılık hizmetlerinin internet üzerinden sunulduğu bir bankacılık türü olarak da tanımlanabilir. -Bankalar tarafından hazırlanan sözleşmelerde yer alan yaygın tarifiyle internet bankacılığı ise; şahsın kablolu, kablosuz iletişim sistemleri ile teknik şartlara haiz bilgisayar, GSM, telefon gibi araçlar üzerinden ve internet-wap aracılığı ile otomatik, sesli yanıt sistemi ile şifre ve parolayı kullanarak, bankanın belirleyeceği kurallar ve limitler dahilinde şahsın banka hesapları üzerinde her türlü işlem yapma yöntemidir. -İnternet bankacılığındaki en önemli sorun, hiç kuşkusuz güvenlik sorunudur. **Güvenli bir internet bankacılık hizmetinin sunulmasında, böyle bir hizmetin alınmasında, hem bankanın hem de müşterinin üzerine düşen yükümlülükler ve sorumluluklar vardır.** Bu bağlamda, internet bankacılığı hizmetini müşterilerine bankalar sunduğuna göre, **bu sistemin güvenliğine yönelik tüm tedbirleri almaları ve sistemi bilinen en son teknolojik gelişmeye uygun hale getirmeleri büyük önem taşımaktadır.** Hiç kuşkusuz, müşterilerin de internet bankacılığında kullanılmak üzere kendilerine verilen kullanıcı adı, şifresi ve diğer bilgileri üçüncü kişilerin eline geçmesini önleyecek gerekli tedbirleri almaları ve bu konuda azami özeni göstermeleri gereklidir…- Bankalar, diğer alanlarda olduğu gibi, internet ortamında yapılacak işlemlerde de **sistem güvenliğini sağlama yükümlülüğü altındadırlar.** Bu çerçevede, banka, mevduat sahiplerinin güvenli bir şekilde işlem yapabilmesini için gerekli güvenlik altyapısını hazırlamak zorundadır. Bu kapsamda, bankanın, interaktif bankacılık işlemleri sırasında şifre bilgilerinin üçüncü kişilerce ele geçirilmesini önleyecek bir **güvenlik mekanizması oluşturması gereklidir**. **Sistem güvenliğinin sağlanamamasından kaynaklanan zararların sorumluluğu bankaya ait olacaktır.** (Mustafa Çeker, İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluğu, S.8)" (HGK 21.11.2012, 11-550/820: KBİBB).

I) Elektronik Ortamda Yapılan Noterlik İşlemlerinde Ücret

Elektronik ortamda yapılacak noterlik işlemlerine ilişkin ücretler, NK m. 112'ye göre Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek noterlik ücret tarifesinde gösterilir (NK m. 198/A, 5).

J) Elektronik Ortamda Yapılan Noterlik İşlemlerinin Usûl ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik

Noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına, saklanmasına ve paylaşılmasına ilişkin usûl ve esaslar ile yabancı memleketlerde, noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için sağlanması gerekli olan teknik ve idarî şartlara dair usûl ve esaslar yönetmelikte düzenlenir. Bu kapsamda hazırlanacak yönetmelik, Dışişleri Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşleri alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır (NK m. 198/A, 10).

§ 8. TEBLİGAT İŞLEMLERİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI

Elektronik ortamda başarıyla ve yoğun olarak yapılabilecek noterlik işlemleri arasında, noterlerin özel olarak yapabilecekleri işlerden olan tebligat işleri de bulunmaktadır. Elektronik posta, elektronik ortamda bilgi ve belge paylaşımında yaygın olarak kullanıldığından, iş ve işlemlerin hızlı ve kolay yapılmasına olanak sağlamaktadır.

Tebligat işlerini düzenleyen NK m. 70'e göre tebliği istenen her nevi kâğıt, Tebligat Kanunu hükümlerine göre noterliklerce muhatabına tebliğ olunmaktadır. Tebliğ tutanağı dairedeki nüshaya bağlanmakta, tebliğin yapıldığı veya yapılamadığı ilgilisine verilecek nüshasına yazılıp onaylanmaktadır.

Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[122] ile düzenlenen kayıtlı elektronik posta (KEP), elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şeklidir (KEPY m. 4, 1/i). KEP sistemine ilişkin hizmetler, elektronik ortamda tebligat yapmaya yetkili kılınmış idare olan Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcılar tarafından verilmektedir (KEPY m. 4, 1/j). KEP sistemi içerisinde bir elektronik iletinin gönderilmesi ve alınması yanında, elektronik belgelerin saklanması, güvenli iletişim ve elektronik ortamda güvenilir üçüncü taraf hizmetleri gibi ilâve hizmetler de sunulmaktadır.

Elektronik imza ve zaman damgası taşıyan teknolojilerin ve standartların kulla-

122 RG 25.08.2011, Sa. 28036.

nıldığı Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) sistemine ilişkin usûl ve esaslar, KEPY yanında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkartılan Elektronik Tebligat Yönetmeliği[123] ile de düzenlenmiştir (TTK m. 1525, 2). TTK'ya göre tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Noterler, sıklıkla yaptıkları ihbar veya ihtarları kayıtlı elektronik posta sistemi ile çok daha kolay ve güvenli şekilde yapabilecektir.

Gerçek ve tüzel kişilerin kullanabildiği KEP sistemi, bir elektronik iletinin tarafları veya muhatapları arasında KEP hesabı vasıtasıyla hukukî ve teknik güvenliğe sahip bir şekilde gönderilip alınmasını sağlamak ve güvenli iletişimde bulunmak gibi amaçlarla kullanılır (KEPY m. 4, 11/1).

KEPHS'nin KEP sistemi üzerinden sunduğu hizmetlere ilişkin olarak oluşturduğu kayıtlar ile KEP delilleri senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır (KEPY m. 15, 1).

KEP sistemi sayesinde noterler, fatura, sözleşme ve ihtarnameler gibi hukukî sonuç doğuran işlemleri elektronik tebligat yoluyla gönderip alabilecektir.

Elektronik Tebligat Yönetmeliği, noterler tarafından Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü vasıtasıyla yapılacak elektronik tebligatı düzenlemektedir (Teb.K. m. 7/a, 5; ETY m. 1, 2).

Tebligat işlemleri, 7201 sayılı Tebligat Kanunu (Teb.K.) ile Tebligat Kanunu uyarınca çıkarılan yönetmeliklere göre fizikî ya da elektronik ortamda yapılabilmektedir (HMKY m. 52). Bu bağlamda noterler de, elektronik ortamda tebligat yapmaya yetkili kılınmış Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü kanalıyla, elektronik tebligat hizmetini yerine getirebilecektir (ETY m. 5).

Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere, elektronik yolla tebligat yapılması zorunluyken (Teb.K. m. 7/a, 2), gerçek kişiler ve diğer tüzel kişiler elektronik tebligattan isteğe bağlı olarak yararlanmakta ve tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını istedikleri takdirde, elektronik yolla tebligat yapılabilmektedir (Teb.K. m. 7/a, 1; ETY m. 7, 1).

Kendilerine yalnızca elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu olan muhatapların, noterler nezdindeki işlemlerinde elektronik tebligat adreslerini bildirmeleri zorunludur (ETY m. 7, 2). Tebligatı çıkaran noter, elektronik tebligat mesajını Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından verilen elektronik tebligat adresi aracılığıyla Posta ve Telgraf Teşkilâtı Genel Müdürlüğüne iletir (ETY m. 8). Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan PTT Genel Müdürlüğü, bu mesajı zaman

123 RG 19.01.2013, Sa. 28533.

damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine; muhatap diğer bir hizmet sağlayıcıdan elektronik tebligat adresi almış ise, bu hizmet sağlayıcının sunucusuna iletir. Kendisine elektronik tebligat mesajı ulaşan diğer hizmet sağlayıcıları da bu mesajı zaman damgasıyla ilişkilendirerek muhatabın elektronik tebligat adresine iletir (ETY m. 9, 1). PTT Genel Müdürlüğü ve hizmet sağlayıcılar, zaman damgası bilgisini ve mesaj özetini muhataba iletmez, sisteminde tutar (ETY m. 9, 2).

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (Teb.K. m. 7/a, 4; ETY m. 9, 3). Hizmet sağlayıcılar, muhatabın adresine elektronik tebligatın iletilip iletilmediğine ve gecikme oluşmuşsa bu gecikmeye ilişkin kayıtlar da dâhil tüm süreçlerin olay kayıtlarını tutar, bu bilgileri PTT Genel Müdürlüğünün sistemi vasıtasıyla tebligatı çıkaran notere derhal bildirir (ETY m. 9, 4).

Olay kayıtları günde en az bir defa olmak üzere zaman damgası eklenerek güvenli elektronik imzayla imzalanır ve erişilebilir şekilde arşivlerde otuz yıl süreyle saklanır (ETY m. 9, 5).

§ 9. TESPİT İŞLEMLERİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILMASI

Kamu hizmeti gören ve kamu güvenine en ziyade mazhâr resmî görevli konumunda bulunan noterlerin özel olarak yapacakları işler arasında önemli yer işgal eden işlerden birisi de tespit işleridir. Noterler, bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler (NK m. 61).

NK m. 198/A, 2 hükmü ile, noterlerin tespit işlerinin kapsamı genişletilmiş ve şu iki konuda tespit işleri yapabilecekleri belirtilmiştir:

1- Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen tespit işleri ve bu kapsamda noterlerin hukukî, cezâî ve idarî konularda yapabilecekleri fiili olgu veya durumlara ilişkin tespit işleri, güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda da yapılabilir.

2- Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen tespit işlerine ilâve olarak, elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin tespiti de noterlerce tespit işleri kapsamında yapılabilir.

A) Fiili Olgu ve Durumlara İlişkin Tespit İşlerinin Noterlerce Güvenli Elektronik İmza Kullanılarak Elektronik Ortamda Yapılması

NK m. 61'de düzenlenen tespit işleri, kâğıt ortamda noterce tutanak tutulması sûretiyle gerçekleştirilmekteyken (NK m. 102), NK m. 198/A, 2 hükmü sayesin-

de artık güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda da yapılabilecektir. Noterlerce yapılacak olan tespit işleri, güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda da yapılabileceği gibi, aynı usûlle elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin tespiti de yapılabilir (NK m. 198/A, 2).

Noterlerce gerek elle atılan imza ile kâğıt ortamda gerek güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan tespit işlemleri, HMK m. 400 anlamında bir delil tespiti olmamakla birlikte, HMK m. 401, 2'de noterlerin, Noterlik Kanunu uyarınca yapacağı vâkıa tespitine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Böylece NK m. 61 ve 198/A, 2 hükümleri çerçevesinde elle imza ile tutanakla veya güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan tespit işlemlerinin içerikleri, aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge sayılır (NK m. 82, 4). Noterlerce kâğıt ortamda veya güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılan tespit işlemleri, mahkemelerde, ispat kuvveti ve delil güvenilirliği bakımından takdirî delillerden daha üstün bir delil değerine sahip olup, mahkemece serbestçe değerlendirilir[124] (HMK m. 198).

Noterlerin hukukî, cezâî ve idarî konularda dava açılmadan önce kâğıt ortam yanında güvenli elektronik imza ile elektronik ortamda tespit işlemi yapma imkânına kavuşması, mahkemelerin işlerini daha da kolaylaştıracak ve adalete daha fazla katkıda bulunmalarını sağlayacaktır.

B) Elektronik Ortamdaki Durum, Görüntü, İşlem veya Benzeri Her Türlü Veriye İlişkin Tespit İşlerinin Noterlerce Güvenli Elektronik İmza Kullanılarak Elektronik Ortamda Yapılması

I- Kişilik Haklarını İhlâl Eden İnternet Ortamındaki Yayın İçeriğinin Noterlerce Güvenli Elektronik İmza Kullanılarak Elektronik Ortamda Tespiti

NK m. 198/A, 2 hükmü, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenen noterlerin yapabileceği tespit işlerinin kapsamını genişleterek, fiili olgu veya durumlar yanında elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin de noterlerce tespit işleri kapsamında yapılabilmesini olanaklı hâle getirmiştir.

---

[124] **Akyol**, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre), Ankara 2011, s. 70-73; **Ankara Noter Odası Hukuk Komisyonu**: Tapu İşlemleri ve Noterlik (TNBHD 2005/126, s. 62-109), s. 63; **Başözen**, Ahmet: Noter Tespitlerinin Delil Değeri (TNBHD 2008/137, s. 30-48), s. 36-37; **Deliduman**-Noter Senetleri s. 68-71; **İstanbul Noter Odası Araştırma-Geliştirme Komisyonu**: Noterlerin Yaptıkları Tespit İşleri (TNBHD 2011/150, s. 24-50), s. 25 vd.; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, İstanbul 200l, s. 4478; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes** s. 1052; **Tanrıver**-Noterlerin Tespit İşleri s. 593, 595; **Tanrıver**-Değerlendirme s. 175; **Ulukapı**, Ömer: Noterlerin Genel Olarak Görevleri (Noterlik Hukuku Sempozyumu: 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara 1997, s. 11-28, Notev-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No: 1), s. 16-18; **Ulukapı/Atalı** s. 194; **Yılmaz**-Noterlik İşlemlerinin Önemi s. 51.

Elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü veri tespiti, Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan tespit işleriyle aynı şekilde ve usûlde yapılacaktır. Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde yazılan tespit işlemleri kâğıt ortamında tutanak şeklinde (NK m. 102); elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapılacağından, elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin tespiti de güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılabilecektir (NK m. 198/A, 2).

NK m. 198/A, 2 ile ilk defa Türk hukukunda yer bulan elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin noter tarafından elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak tespitinin yapılması, en çok internet ortamında işlenen suç ve haksız fiillerle mücadele konusunda etkili olacaktır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda[125] içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûller düzenlenmiştir (İOYYDHK m. 1).

İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur (İOYYDHK m. 4). Erişim sağlayıcı ise, herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi hâlinde erişimi engellemekle yükümlüdür (İOYYDHK m. 6, 1). İnternet ortamında yapılan ve içeriği Kanunda sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir (İOYYDHK m. 8, 1).

Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir (İOYYDHK m. 8, 2). Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilmektedir (İOYYDHK m. 8, 3).

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi, doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilirler (İOYYDHK m. 9, 1).

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildi-

---

125 RG 23.5.2007, Sa. 26530.

ğini iddia eden kişiler, sulh ceza hâkimine başvurmadan önce, elektronik ortamda yer alan ve kişilik haklarını ihlâl ettiğini iddia ettiği durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin noter tarafından elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile tespitini yaptırabilir ve bu tespiti sulh ceza hâkimine yapacakları başvuruda delil olarak kullanabilirler. İnternet ortamında yapılan yayın içeriklerinde anlık değişiklikler yapılabilmesi sebebiyle, elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda noter tarafından tespiti, internet ortamında yapılan yayının içeriğinin süratle ve güvenli şekilde tespitini sağlayacağından ilgiliye ispat kolaylığı sunacaktır.

Sulh ceza hâkimi, vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlâlinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir (İOYYDHK m. 9, 4). Noter tarafından güvenli elektronik imza ile yapılan elektronik ortamdaki durum, görüntü veya işlem tespitiyle, kişilik hakkının ihlâlinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili URL saptanmış olacağından, hâkimin vereceği erişimin engellenmesi kararı da kolaylaşacaktır. Çünkü noterlikçe yapılan elektronik ortamdaki yayın tespiti ile, erişimin engellenmesi kararı verilecek içerik hızlı ve somut olarak ortaya koyulacak, erişimi engellenecek alan adı, IP adresi tespit edilecek, kişilik haklarını ihlâl eden içerik (URL) serî biçimde belirlenecektir.

Hâkim, elektronik ortamda noter tarafından güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin tespitine istinaden erişimin engellenmesi kararını somutlaştıracak ve doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderecektir (İOYYDHK m. 9, 4).

Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir (İOYYDHK m. 9, 8). Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (İOYYDHK m. 9, 7). İçeriğe erişimin engellenmesi kararının uygulanıp uygulanmadığı ve erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olup olmadığı da, elektronik ortamda noter tarafından güvenli elektronik imza kullanılarak tespit edilebilecek verilerdendir.

Hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlâline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda, ilgili kişi tarafından Erişim Sağlayıcıları Birliğine müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır (İOYYDHK m. 9, 9). İlgili, Erişim Sağlayıcıları Birliğine başvuru yapmadan önce, kişilik hakkının ihlâline ilişkin yayın ile aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanmış olduğunu, NK m. 198/A, 2 kapsamında elektronik ortamda notere tespit

ettirebilir ve böylece erişimin engellenmesini istediği alan adı, IP adresi veya içeriği (URL) güvenli elektronik imzalı elektronik ortamdaki noter tespitiyle ispatlayabilir.

II- Özel Hayatının Gizliliğini İhlâl Eden İnternet Ortamındaki Yayın İçeriğinin Noterlerce Güvenli Elektronik İmza Kullanılarak Elektronik Ortamda Tespiti

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilirler (İOYYDHK m. 9/A, 1). Yapılan bu istekte; hakkın ihlâline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlâl edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmelidir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz (İOYYDHK m. 9/A, 2).

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına doğrudan başvurmadan önce, içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını istedikleri ve hakkın ihlâline neden olan yayını ve bu yayının tam adresini (URL) güvenli elektronik imzalı noter tespitiyle tespit ettirirlerse (NK m.198/A, 2), talebin işleme konulması için sağlam bir gerekçelendirme yapılmış olacaktır.

Noterin, güvenli elektronik imza kullanarak elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü veriyi tespit etmesi sayesinde, özel hayatın gizliliğini ihlâl eden internetteki yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içerik tespiti yapılabilecek ve erişimin engellenmesine konu içerik anlık olarak saptanmış olacaktır. Özel hayatın gizliliğinin ihlâline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde noterin güvenli elektronik imza ile yapacağı elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri veri tespiti daha da önem kazanacaktır.

SONUÇ

Noterlik Kanununun 198/A maddesi, noterler tarafından yürütülecek elektronik işlemlere ilişkin kânûnî temeli oluşturmuştur. Böylece elektronik noterlik işlemlerinin yaygınlaşması sağlanabilecektir. Noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yürütülmesi, adalete erişimi kolaylaştıracak, noterlik işlemlerinde yeknesaklığı sağlayacak, bilgi ve belgelerin güvenli dolaşımını hızlandıracak ve daha güvenli şekilde saklanmasını sağlayacaktır.

Noterlik işlemleriyle, davadan önce uyuşmazlık öncesi delil üretilmektedir. Uyuşmazlık öncesi delillerin güvenilirlik yönünden taşıdıkları üstünlük karşısında, noterlerin yargı işlevine olan katkısı giderek artmaktadır. Uyuşmazlık öncesi deliller

kapsamında hiç kuşkusuz elektronik noter senetlerinin önemi inkâr edilemez. Elektronik noter senetlerinin delil ve ispat gücünün değeri dikkate alındığında, yaygınlaşması ispat hukukuna olduğu kadar noterlik hukukuna da büyük katkı yapacak, birçok uyuşmazlığın daha kolay ve güvenilir şekilde çözülmesini kolaylaştırarak maddî hakikate ulaşılmasını sağlayacaktır.

Elektronik noterlik işlemlerinde, fizikî ortamda düzenlenen geleneksel kâğıda dayalı noterlik işlemleri elektronik olarak düzenlenmektedir. NK m. 198/A uyarınca, hukukî nitelikleri ve sonuçları ile ispat güçleri bakımından fizikî veya elektronik ortamda üretilen noter senetleri arasında fark kalmamıştır. Noterlik Kanununda öngörülen işlemler, kâğıt ortam yanında elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabilecektir. Elektronik ortamda noter senetleri, elektronik ortamda noter belgesinin düzenlenerek, tarafların, tanıkların ve noterin, noter senedini güvenli elektronik imza kullanarak imzalamasıyla oluşmaktadır.

Güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imza ile aynı hukukî sonuçları doğurduğundan, noterlerin, düzenleme ve onaylama şeklindeki noter işlemlerini güvenli elektronik imza kullanarak yapması hukuken hiçbir sakınca doğurmadığı gibi işlem güvenliğine de hizmet edecektir. Güvenli elektronik imza, noterin katımlı olmadan tek başına imza sahibini tanımlamakta yetersiz kaldığı gibi, güvenli elektronik imzanın algoritmasının üçüncü kişiler tarafından çözülebilmesi tehlikesini de bünyesinde taşıdığından, elle atılan imza ile aynı güvenceyi vermemektedir. Oysa elektronik ortamda noterin katılımıyla güvenli elektronik imza kullanılarak yapılan noter senetlerinde bu tür sakıncaların doğması önlenmekte ve güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı güvenceleri sunmaktadır. Bu sayede, önceleri âdî senet delili hükmünde dahi görülmesinde tereddüt duyulan ve takdirî delil olarak nitelendirilen elektronik imzalı belgeler[126], ispat hukukunda resmî senet niteliğini kazanmış ve kesin delil olarak kullanılabilir hâle gelmiştir.

Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğini öngören EİK m. 5, 2 hükmü, ilgililer noter huzurunda bulunduğu takdirde düzenleme şeklindeki noter senetlerinin elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak yapılabileceğini öngören NK m. 198/A, 1 hükmüyle çelişmektedir. NK m. 198/A, 1 hükmünün yeni tarihli olması ve düzenleme şeklindeki noter senetleri bakımından EİK m. 5, 2'ye nazaran daha özel hüküm olması sebebiyle, EİK m. 5, 2 hükmünü değiştirdiği kabul edilmeli ve mevzuatta çelişki doğuran EİK m. 5, 2 hükmü gecikmeksizin yürürlükten kaldırılmalıdır.

Elektronik ortamdaki noter senetlerinin yaygınlaşabilmesi ve elektronik ortamda üretilerek saklanabilmesi bakımından, noterler ve noterlik dairesi personeli

---

126 **Keser Berber**-Dijital İmzalı Elektronik Belgeler s. 548; **Pekcanıtez**-Elektronik Ticaret s. 424.

yanında, noterde işlem yapacak ilgililerin de güvenli elektronik imza sahibi olması gerekmektedir.

Elektronik noterlik, ilgililerin noter işlemlerini noterlik dairesi dışında yapması (uzaktan noterlik) anlamına gelmemektedir. Noter senetlerinin güvenli elektronik imza kullanılarak elektronik ortamda yapılması, hukukî işlemin noter huzurunda imzalanması veya ilgililerin noter huzurunda beyanda bulunması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Nitekim NK m. 198/A, 1 hükmü bu mülâhazalarla, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmalarını zorunlu tutmuştur. Çünkü ancak bu sayede noter, hukukçu sıfatıyla ilgilileri aydınlatabilecek, hukuk danışmanlığı yapabilecek ve işlemin dayanakları ile ilgililerin gerçek iradelerini doğru tespit ederek koruyucu hukuk işlevini gerçekleştirecektir.

Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde güvenli elektronik imza kullanılabilmesi için ilgililerin noter huzurunda olmaları şart olduğuna göre (NK m. 198/A, 1), işlemin yapılması sırasında noter de hazır olmalıdır. Noterin bu görevini bizzat yapması zorunlu olmakla birlikte, ancak noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri mevcut ise, bu işlemler onun tarafından da yapılabilmelidir. Dolayısıyla, güvenli elektronik imza kullanılarak gerçekleştirilecek olan düzenleme şeklinde yapılması zorunlu tutulan işlemler ile irade beyanlarının alınmasına ilişkin işlemlerde, imza yetkisinin devredileceği noterlik personelinin hukukçu olması aranmalıdır. Nitekim terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ve mirasçılık belgesi verilmesi işlemlerinde de noter işlemi bizzat yapmak zorunda olup, ancak noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri mevcut ise bu işlemler onun tarafından da yapılabilmektedir (NK m. 71/B, 2).

Noterlik hukukundaki bu gelişmeler, noterlik dairesinde çalışan personelinin hukuk fakültesi mezunlarından müteşekkil olması gerektiği gerçeğini bir kez daha gözler önünde sermiştir.

Noterler, elektronik ortamda yapılan noterlik işlemlerinde işlenen kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması için gerekli tüm teknolojik ve fizikî tedbirleri almalıdır.

NK m. 198/A, 2 hükmü, NK m. 61'de düzenlenen noterlerin yapabileceği tespit işlerinin kapsamını da genişletmiştir. Noterler artık fiili olgu veya durumlar yanında, elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin de tespitini, güvenli elektronik imza kullanarak elektronik ortamda yapabilecektir. Elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem veya benzeri her türlü verinin noterlerce elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak tespiti sayesinde, internet ortamında işlenen suç ve haksız fillerle daha etkili mücadele edilebilecektir.

Elektronik ortamdaki noter senetlerinin yaygınlaşabilmesi için, mevzuattaki çelişkili hükümlerin giderilmesi, noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına ilişkin usûl ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde açıklığa kavuşturulması ve elektronik ortamdaki noter senetlerinin üretilmesini kolaylaştıracak gerekli yazılım çalışmasının tamamlanıp uygulama güncellemelerinin yapılması gereklidir.

KISALTMALAR CETVELİ

a.	: article (madde)
AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
B.	: Baskı
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
C.Civ.	: Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
EİK	: 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu
EİKY	: Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
ENS	: Elektronik Ortamda Noter Senetleri
ESHS	: Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı
ETY	: Elektronik Tebligat Yönetmeliği
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGD	: Hukuk Gündemi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMKY	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İOYYDHK	: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
KEP	: Kayıtlı Elektronik Posta

KEPHS	: Kayıtlı Elektronik Posta Hizmet Sağlayıcısı
KEPY	: Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
KVKKT	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı
m.	: madde
MİHDER	: LEGAL Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
NK	: 1512 sayılı Noterlik Kanunu
parag.	: paragraf
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
Teb.K.	: 7201 sayılı Tebligat Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TNB	: Türkiye Noterler Birliği
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Vol.	: Volume (Cilt)
ZPO	: Zivilprozeßordnung (Federal Almanya Medenî Usûl Kanunu)

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE KONAKLAMA YERİ İŞLETENİN KONAKLAYANIN EŞYASININ YOK OLMASI, ZARAR GÖRMESİ VEYA ÇALINMASINDAN SORUMLULUĞU

(The Hotel-Keeper's Limited Liability For Damage To or Destruction or Theft of Goods Brought to The Hotel By Guests Under Turkish Code of Obligations)

Yrd. Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK *

ÖZET

Konaklama yeri işletenin konaklayanın eşyasının yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından sorumluluğu, miktar bakımından sınırlı bir kusurdan bağımsız sorumluluk hâlidir. Bu sorumluluğun doğması için, konaklama yeri işleten ile konaklayan arasında, konaklamayı konu alan bir sözleşme olması gerekmekle birlikte, sözü edilen sorumluluk kanundan kaynaklanmaktadır. İşleten, saklamak üzere aldığı veya almaktan kaçındığı kıymetli eşya bakımından ise hem kusurdan bağımsız hem de miktar bakımından sınırsız sorumludur. İşleten kusurdan bağımsız sorumluluktan ancak TBK 576/II'deki hallerden birinin varlığını ispat ederek kurtulabilir. İşletene bırakılmayan kıymetli eşya bakımından işletenin sorumluluğu kusura bağlıdır. İşleten TBK 576 vd. hükümlerinden doğan sorumluluğu üstlenmediğini veya sorumluluğu Kanun'da gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, önceden herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık, konaklayanın tazminat talep edebilmesi için, zararını gecikmeksizin işletene bildirmiş olması gerekir.

Anahtar kelimeler: Konaklama yeri işletenin sorumluluğu, otelcinin sorumluluğu, konaklama sözleşmesi.

Abstract

The hotel-keeper's limited liability for damage to or destruction or theft of goods brought to the hotel by guests is irrespective of fault. This liability presupposes the presence of a contract related to accommodation but arises directly from law. The hotel-keeper is liable unlimited and irrespective of fault, for the valuable goods which have been deposited with her/him or which she/he has refused

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

to deposit. The hotel-keeper can only release from her/his liability where she/he proves the existence of one of the reasons of exemption which are indicated Article 576/II of Turkish Code of Obligations (TCO). For the valuable goods which have not been deposited with hotel-keeper, liability is fault-based. The hotel- keeper can not release from her/his liability arising from Article 576 TCO *et seq* even by a prior notice purporting to exclude or diminish her/his liability. In order to be entitled to claim damages the guest must inform the hotel-keeper without undue delay.

Keywords: Hotel-keeper's liability, hotel contract.

GİRİŞ

Konaklama yeri işletenlerin, konaklayanların beraberinde getirdiği eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumluluğu, Roma döneminden beri özel bir rejime tâbi tutulmuştur. Bu sorumluluğa ilişkin düzenleme, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) ikinci kısmının, saklama sözleşmelerini düzenleyen on dördüncü bölümünde yer alan 576-578. maddelerde, bazı değişikliklerle varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte söz konusu sorumluluk mutlak surette bir saklama sözleşmesinin varlığını gerektirmediği gibi, genel saklama sözleşmesinde saklayanın sorumluluğundan kısmen farklı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde, işletenle konaklayan arasında konaklamayı konu olan bir sözleşmenin varlığına bağlı olarak, işleten için prensip olarak günlük konaklama ücretinin üç katıyla sınırlı bir kusurdan bağımsız sorumluluk hali öngörülmüştür. Öte yandan bazı şartlar altında sorumluluk sınırsız fakat kusura bağlı iken, bazı şartların varlığı halinde ise hem sınırsız hem de kusurdan bağımsız sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Çalışmanın konusu konaklama yeri işletenlerin sorumluluğunun, TBK hükümleriyle getirilen değişikliklerle birlikte incelenmesidir.

I. Konaklama Yeri İşletenler İçin Özel Bir Sorumluluk Öngörülmesinin Gerekçesi ve Sorumluluğun Hukukî Niteliği

TBK 576 hükmünde, konaklama yeri işletenlerin konaklayanların beraberinde getirdiği eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumluluğu, saklayanın (TBK 561 vd.) genel hükümlere (TBK 112 vd.) tâbi ve bu nedenle kusura bağlı olan sorumluluğundan farklı olarak, kusurdan bağımsız sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir. Bu sorumluluk Roma hukukunda hancıların güvenilmez kimseler olmalarına ve hırsızlarla işbirliği yaparak konaklayanların eşyasının çalınmasını sağladıkları düşüncesine dayandırılmaktaydı[1]. Günümüzde de bir çok hukuk düzeninde (Örneğin OR 487 vd., BGB § 701 vd., ABGB § 970 vd., CC 1952 vd., CodiceC

[1] Bkz. **Tandoğan, H.:** *Otelcilerin Mes'uliyeti*, AÜHFD 1955, C. 12, S. 3-4, s. 201; **Yeşiller, M.**: *Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu*, ÇKÜİİBFD, C. 3, S. 1 (Bahar 2013), s. 183.

1783 vd.) bu tür bir sorumluluğa yer verildiği görülmekle birlikte, artık söz konusu sorumluluk, konaklama yeri işletenlerin güvenilmez kimseler olmalarına değil, konaklayanların sık sık değişmesi ve birbirlerini tanımıyor olmaları, konaklayanın tanımadığı konaklama yeri çalışanlarının odaya temizlik v.b sebeplerle girip çıkabilmesi, konaklayanların eşyalarına bizzat nezaret etmelerinin güçlüğü gibi, konaklama yeri işletmeciliğinin tipik risklerine dayandırılmaktadır[2].

Konaklama yeri işletenin, konaklayanın eşyasının yol olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumluluğunun sözleşmeden mi yoksa kanundan doğan bir sorumluluk mu olduğu konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür[3]. Bir fikre göre sorumluluk, işletenin çoğunlukla örtülü olarak üstlendiği, konaklayanın getirdiği eşyayı koruma borcundan doğar ve bu nedenle kaynağı sözleşmedir[4]. Bir diğer fikre göre ise, işletenin sorumluluğu doğrudan doğruya kanundan doğar ve taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmasa bile kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle konaklama yeri işletenin sorumluluğu doğar[5]. Katıldığım görüşe göre ise, söz konusu sorumluluk, öncelikle işleten ile konaklayan arasında, her ne ad altında olursa olsun, konaklamaya ilişkin bir sözleşmenin varlığını gerektirir[6]. Ancak işletenin sorumluluğu, sözleşmenin varlığına bağlı olmakla birlikte, sözleşmeden değil, kanundan doğar[7]. TBK 576 (OR 487) hükmünün işlevi, konaklama yeri işletenin, sözleşmeyle konaklayanın beraberinde getirdiği eşyayı korumayı açık veya örtülü bir anlaşmayla ayrıca üstlenmesi gereğini ortadan kaldırmaktır ve sorumluluk bu anlamda kanundan doğmaktadır[8]. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyle açık veya örtülü olarak işletene konaklayanın eşyasını koruma borcu yüklenmemiş olsa bile, Kanun işletene bu borcu yüklemiş ve eşyanın yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından onu sorumlu tutmuştur.

Konaklama yeri işletenin sorumluluğuna ilişkin olarak açıklanan yaklaşımın

---

2 **Tandoğan**, s. 202-203; Alman hukuku için aynı yönde bkz. **MüK/Henssler,** § 701 N. 3.

3 Bu konuda ileri sürülen görüşlerin ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. **Tandoğan,** s. 204 vd; ayrıca bkz. **Tiftik, M.:** Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 169 vd.

4 **Bettoja, L.:** Gastaufnahmevertrag, Zürich 2000, s. 119-120.

5 **Tandoğan**, s. 207; **İmre, Z.:** Otel, Han, Umumi Ahır ve Garaj İşletenlerin Mesuliyeti, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 192-193; **Yavuz, C**.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 1351; **Tiftik,** s. 173; **Doğan, M.:** *Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu,* Turizm- Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Nevşehir 2015, s. 64. Alman hukuku için aynı yönde bkz. **MüK/Henssler,** § 701 N. 3.

6 Bu yönde bkz. **BasK/Koller**, Art. 487 N. 2; **Koller, A.:** *Die Haftung des Gastwirts*, RECHT 2013, H. 5, s. 236; **Gautschi**, Art. 487 N. 2b; **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 1; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 1.

7 **BasK/Koller**, Art. 487 N. 2; **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 1; **Schmid, J./Stöckli, H.**: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010, s. 310 N. 2252.

8 **BasK/Koller**, Art. 487 N. 2**.** Aynı yönde bkz. **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 1

kabulü, konaklamaya ilişkin sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması durumunda işletenin TBK 576'dan doğan sorumluluktan kurtulabileceği anlamına gelmez. Zira kanımca konaklayan veya yasal temsilcisi ödenen konaklama ücretini geri istemedikçe veya ücreti ödemekten kaçınmadıkça, işletenin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek TBK 576'dan doğan sorumluluktan kurtulmak istemesi, hakkın kötüye kullanılması (MK 2/II) olarak değerlendirilmelidir[9]. Böylece işleten, geçersiz sözleşmeye rağmen konaklayanın eşyasına gelen zarardan sorumlu olmaya devam eder.

Konaklama yeri işletenin TBK 576'ya dayanan sorumluluğunun kanundan doğan bir sorumluluk olduğunun kabulü, burada bir haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu anlamına gelmez. Zira, bu çalışmada benimsenen görüş uyarınca, TBK 576'ya dayanan sorumluluk bir konaklama sözleşmesinin varlığına bağlı olup, sorumluluğun doğuşu için konaklayanın eşyasının yok olmuş, zarar görmüş veya çalınmış olması yeterlidir. Konaklayanın uğradığı zararın konaklama yeri işleten veya onun çalışanlarının haksız fiilinden doğması şart değildir. Bunun sonucu olarak, konaklayanın uğradığı zarar nedeniyle doğan tazminat talebi, haksız fiil zamanaşımına (TBK 72) değil, on yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK 146) tâbidir[10].

TBK 576'da öngörülen sorumluluğun bir diğer niteliği, hükmün ikinci fıkrasında ifade edilen miktarla sınırlı bir kusurdan bağımsız sorumluluk olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, konaklama yeri işletenin, konaklayanın hükmün uygulama alanına giren zararlarından belli bir miktara kadar sorumluluğu, konaklayanın veya çalışanlarının kusurunu gerektirmez. Zararın işletenin veya çalışanlarının[11] kusurundan[12] doğmuş olması halinde ise işleten, meydana gelen her türlü zarardan, TBK 576/II'de öngörülen miktarla sınırlı olmaksızın, genel hükümler (TBK 112, 66, 116) çerçevesinde sorumlu olur[13]. Ancak TBK 66'da öngörülen adam çalıştıranın sorumluluğundan farklı olarak, konaklama yeri işleten, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek (TBK 66/II) sorumluluktan kurtulamaz[14]. Keza TBK

---

9 Bkz. **Oğuzman, M. K./Barlas, N.**: Medenî Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007, s. 205; **Serozan, R.:** Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005, s. 213 N. 10.

10 **Tandoğan**, s. 207; **İmre**, s. 193; **Gautschi**, Art. 489 N. 1f; **Koller**, s. 238; **BasK/Koller**, Art. 489 N. 2; **Tiftik,** s. 173.

11 Burada sözü edilen çalışanlar, iş akdiyle işletene bağlı olan kimselerin yanı sıra herhangi bir karşılık elde etmeksizin konaklama yerinde işletene yardım eden kimseler, örneğin işletenin aile bireyleri de olabilir: **Koller,** s. 236; **Yarg.** HGK, T.15.12.1999, E. 1999/13-1035, K. 1999/1039 (Karar metni için bkz. **Kazancı**, E.T.: 1.8.2015)

12 TBK 576/II anlamında kusur, yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta (TBK 116) olduğu gibi, farazî kusurdur. Diğer bir ifadeyle, işleten, çalışanın davranışında kendisi bulunsaydı kusurlu sayılabilecek ise, söz konusu davranıştan sorumlu olur: **Koller**, s. 236.

13 **BasK/Koller**, Art. 487 N. 11; **Koller**, s. 240; **Yarg**. 13. HD, T. 15.7.2005, E. 2005/5257, K. 2005/12386 (Karar metni için bkz. **Kazancı**, E.T.: 1.8.2015)

14 **Koller**, s. 236.

116'da ifadesini bulan yardımcı kişinin fiilinden sorumluluktan farklı olarak, işletenin zarardan sorumlu olması için, zarar verici davranışta bulunan kimsenin konaklayana karşı borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının bırakıldığı (TBK 116/I) bir kimse olması şart değildir[15].

II. Konaklama Yeri İşletenin Sorumluluğunun Şartları ve Sınırları

A- TBK 576 Uyarınca Sorumluluğun Şartları

1. Konaklamaya İlişkin Bir Sözleşmenin Varlığı

Konaklama yeri işletenin TBK 576 vd. hükümlerinde düzenlenen sorumluluğu öncelikle kendisi ile konaklayan arasında, konaklamayı konu alan bir sözleşmenin (*Beherbergungsvertrag*) varlığını gerektirir; ancak daha önce de ifade edildiği gibi, bu sözleşme geçersiz olduğunda da konaklama yeri işletenin TBK 576 uyarınca sorumluluğu doğabilir[16]. Konaklamanın hangi sözleşme tipi çerçevesinde gerçekleştiği ise önemsizdir[17]. Taraflar arasında genellikle konaklatmanın yanı sıra yiyecek-içecek sağlama, temizlik yapılması gibi edimleri bir arada içeren ve konaklama sözleşmesi, otelcilik sözleşmesi, motelcilik sözleşmesi, misafir kabul sözleşmesi (*Gastaufnahmevertrag*) gibi adlarla ifade edilen isimsiz sözleşmeler mevcuttur[18]. Bununla birlikte, konaklayanın sadece geceyi geçirme, eşyasını muhafaza etme, tuvalet, banyo gibi temel ihtiyaçlarını karşılayıp başka hiçbir mal veya hizmet elde etmediği, kira sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme de şartlara göre TBK 576 anlamında konaklama sözleşmesi sayılabilir[19].

2. Bir Konaklama Yerinde Konaklanmış Olunması

TBK 576 çerçevesindeki sorumluluk "otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi" yerleri işletenler için öngörülmüştür. Hükümde verilen örneklerden yola çıkarak, kural olarak, ücret karşılığında barındırma (*Beherbergung*) hizmetini ana ticarî faaliyet olarak sunan işletmelerin TBK 576 anlamında konaklama yeri sayılacağını söylemek mümkündür[20]. Barınmadan başka amaçların ön planda olduğu, restoran, hastane, öğrenci yurdu, huzurevi, sanatoryum, hamam[21], kamu kurumlarının misafirhane-

---

15 **Koller,** s. 236.

16 Bkz. yuk. I.

17 **Gautschi**, Art. 487 N. 3c; **Koller,** s. 236.

18 Bkz. **Tandoğan,** s. 204; **İmre**, s. 192; **Bettoja**, s. 7 vd.

19 Bu yönde bkz. **Koller**, s. 237; **Gautschi**, Art. 487 N. 3c; aksi yönde bkz. **Honsell**, **H.:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, s. 402.

20 Bkz. **Tandoğan**, s. 210; **İmre,** s. 194; **Gautschi**, Art. 487 N. 3a vd.; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 3; **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 2; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 1.

21 **Yarg**. 3. HD, T. 12.10.1965, E. 1965/5563, K. 1965/4703 ve **Yarg.** 3. HD, T. 28.11.1958, E.

leri veya eğitim- dinlenme tesisleri, kamping alanı[22] gibi yerler, buralarda belirli bir süre kalınması söz konusu olsa bile, TBK 576 anlamında konaklama yeri sayılmaz[23]. Bir işletmenin TBK 576'da öngörülen sorumluluğa tâbi olup olmadığı konusunda tereddüt halinde, hükmün amacına göre karar verilmelidir. Madem ki bu hüküm günümüzde, konaklama yeri işletmeciliğinin, konaklayanların sık sık değişmesi ve birbirlerini tanımıyor olmaları, konaklayanın tanımadığı konaklama yeri çalışanlarının odaya girip çıkabilmesi, konaklayanların eşyalarına bizzat nezaret etmelerinin güçlüğü gibi tipik risklerine dayandırılmaktadır, o halde söz konusu risklerin mevcut olduğu yerler TBK 576 anlamında konaklama yeri sayılmalıdır. Örneğin yolcu taşıma amacının ağır bastığı bir yataklı tren veya vapur prensip olarak konaklama yeri sayılmaz[24]. Ancak, adeta bir yüzen otel niteliğinde olan turistik gezi (*cruise*) gemileri veya aynı amaçlı yataklı trenler (CodiceC 1786) pekâlâ konaklama yeri sayılabilir[25]. Bunun gibi, bir devre tatil sistemine dâhil müstakil ev konaklama yeri sayılmazken, aynı sisteme dâhil yerlerin bulunduğu bir otel veya tatil köyü konaklama yeri sayılmalıdır.

Bir işletme, konaklama yeri olarak nitelenmesine rağmen, o işletmede bulunma amacı veya biçimi de TBK 576'nın uygulanmasına engel olabilir. Esasen konaklama yeri olan bir işletmede barınmadan başka bir amaçla bulunan kimseler, işletene karşı TBK 576'dan doğan sorumluluğu ileri süremezler. Örneğin bir otelde yalnızca otelin içinde bulunan lokantada öğle yemeği yemek için veya otelde düzenlenen düğün, defile, sergi, kongre, v.b etkinliklere katılmak için bulunan kimseler, beraberlerindeki eşyanın çalınması durumunda TBK 576'ya dayanamaz[26]. Bunun gibi, konaklama yeri işletenin insanî ve manevî sebeplerle ücretsiz olarak işletmede konaklamasına müsaade ettiği kimseler de işletene karşı TBK 576'ya dayanamamalıdır[27]. Buna karşılık, meslekî faaliyetle bir şekilde bağlantısı bulunan konaklamalar, ücret karşılığı olmasa bile işletenin TBK 576 uyarınca sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin, işle-

---

1958/6915, K. 1958/5203 sayılı kararlarında, konaklama yeri işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen hamam işleten kimseler hakkında da uygulanmıştır (Karar metinleri için bkz**. Uygur, T.**: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, Ankara 2003, s. 9269). Söz konusu uygulamanın eleştirisi için bkz. İmre, s. 195.

22 Bkz. **Ayiter, N.:** *Kamping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Telef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi?* AÜHFD 1968, C. 25, S. 1-2, s. 149 vd.

23 Bkz. **Tandoğan**, s. 210, 212-213; **İmre,** s. 193 vd.; **Gautschi**, Art. 487 N. 3b; **Koller**, s. 237; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 3; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 1; **Tiftik,** s. 176-177.

24 Bkz. **Tandoğan,** s. 213; **Honsell,** s. 402; **Tiftik,** s. 177.

25 Bu yönde bkz. **İmre,** s. 195; **Gautschi**, Art. 487 N. 3b.

26 Bkz**. Tandoğan,** s. 210; **Koller**, s. 237. Bu gibi yerlerde vestiyer v.b yerlere bırakılan eşya, genel saklama sözleşmesi hükümlerine (TBK 561 vd.) tâbi olur: **Gautschi**, Art. 487 N. 3a; **Tandoğan**, s. 210; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 4; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 2.

27 **Tandoğan**, s. 210; **Gautschi**, Art. 487 N. 3b; **Tiftik,** s. 178-179; **Doğan,** s. 66; aksi yönde bkz. **İmre,** s. 194.

tenin sürekli iş ilişkisi içinde bulunduğu bir seyahat acentesinin çalışanı olan kimse, işletenin davetlisi olarak işletmede ücret ödemeden konaklamış olsa bile, bu kimsenin yok olan, zarar gören veya çalınan eşyası için işleten TBK 576 uyarınca sorumlu tutulabilir[28]. Aynı şekilde mobilyalarını aldığı firmadan promosyon olarak ücretsiz balayı tatili kazanmış olan yeni evli kimse de ücret ödemeksizin konakladığı otelde eşyasının çalınmasından doğan zararının tazminini TBK 576 çerçevesinde işletenden talep edebilmelidir. Keza, konaklama ücreti çalıştığı şirket tarafından karşılanan bir çalışan da işletene karşı TBK 576'ya dayanabilir.

3. Konaklama Yerine Getirilmiş Olan Eşyanın Yok Olması, Zarar Uğraması veya Çalınması

Öncelikle belirtmek gerekir ki; TBK 576'dan doğan sorumluluk bakımından, zarar gören eşyanın türü veya niteliği kural olarak önemsizdir. TBK 577'de ayrıca ele alınmış olan kıymetli şeyler[29] bir yana bırakılırsa, giysi, bilgisayar, cep telefonu, fotoğraf makinesi gibi şeylerin yok olması, zarara uğraması veya çalınması, işletenin TBK 576 uyarınca sorumluluğunu doğurabilir[30].

Konaklama sözleşmesi çerçevesinde konaklama yerinin otoparkına bırakılmış motorlu taşıt ve içindeki eşyadan sorumluluk da TBK 576'ya tâbi olmalıdır[31]. TBK 579, taşıtların ayrıca bir hukukî ilişki mevcut olmaksızın, salt bir saklama sözleşmesine dayalı olarak garaj, otopark v.b yerleri işletenlerin sorumluluğunu düzenlemektedir ve kanımca bu nedenle konaklama sözleşmesi çerçevesinde konaklama yerinin otoparkına bırakılan motorlu taşıta uygulanamaz[32]. Nitekim TBK 579/II, kusurdan bağımsız sorumluluğun sınırını günlük saklama ücretine göre belirlemiştir. Oysa ki; konaklama yerinin otoparkına bırakılan motorlu taşıt için genellikle ayrı bir saklama ücreti belirlenmez. Turizm İşletmelerinin Bakanlıkla, Birbirleriyle ve Müşterileriyle İlişkileri Hakkında Yönetmelik'in[33] "*Otelci müşterinin otelin garaj veya parkına koyduğu otomobil vb. vasıtasının hasar görmesinden kendi veya personelinin kusur veya ihmali koşulu ile sorumludur.*" hükmünü içeren 61. maddesi de işletenin kanundan

---

28 **Tandoğan**, s. 210; aynı yönde bkz. **Tiftik,** s. 178-179; **Doğan**, s. 66.

29 Bkz. aşa. II, C.

30 **Gautschi**, Art. 488 N. 4a; **BasK/Koller,** Art. 487 N. 8; **Bettoja,** s. 251.

31 Bu yönde bkz. BGE 120 II 252, 255; **Wiegand, W.:** *Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerischts im Jahre 1994*, ZBJV 1996, s. 333-334; **BasK/Koller**, Art. 487, N. 8; **Honsell,** s. 402; **Koller,** s. 237; **Bettoja,** s. 254; **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 8; **İmre,** s. 198; **Doğan,** s. 67. Alman Medenî Kanunu'nda ise motorlu taşıtlar ve motorlu taşıtların içinde bulunan eşya, açık bir hükümle (BGB § 701/IV) konaklama yeri işletenin sorumluluğunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu konuyla ilgili olarak bkz. **MüK/Henssler**, § 701 N. 35.

32 TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce, TBK 579'u karşılayan BK 481'e ilişkin olarak aksi yönde bkz. **Tiftik,** s. 184.

33 RG. 23.3.1983, S. 17996.

doğan sorumluluğunu bertaraf edemez[34]. Keza motorlu taşıtların TBK 577/II anlamında işletene bırakılmış kıymetli eşya sayılması gerektiği yönündeki görüş[35] de özellikle hukukumuz bakımından kabul edilemez. Çünkü bu çalışmada benimsenen yaklaşıma göre[36], TBK 577/II hükmü, eşyanın tam değerini kapsayan bir kusurdan bağımsız sorumluluk öngörmekte iken, TBK 579/II garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin kusurdan bağımsız sorumluluğunu, günlük saklama ücretinin on katıyla sınırlamaktadır. Dolayısıyla, asıl meslekî faaliyeti gereği kendisine motorlu taşıt bırakılan kimsenin sorumluluğu sınırlı iken, asıl meslekî faaliyetine nazaran tâli olarak motorlu taşıtlar için park yeri hizmeti sunan konaklama yeri işletene sınırsız bir sorumluluk yüklemek kanımca âdil olmaz.

Konaklama yeri işletenler için TBK 576'da öngörülen sorumluluk, yalnızca konaklayanın beraberinde getirdiği eşyaya ilişkin zararları (*Sachschäden*) kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, konaklayanın vücut bütünlüğünün ihlâli veya belli bir kazançtan yoksun kalması gibi sebeplere dayanan diğer zararlar TBK 576 hükmünün uygulama alanı dışında olup, bu zararların tazmini genel hükümlere tâbidir[37]. Örneğin konaklayanın otelin park yerine bıraktığı otomobilinin çalınması durumunda, otomobilin değerine (*Sachwert*) ilişkin zararı TBK 576 kapsamında değerlendirilirken, otomobili belli bir süre kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar hükmün kapsamı dışında olup, genel hükümlere göre tazmin edilir[38].

İşletenlerin sorumluluğu, konaklayanların "getirdikleri" eşyaya ilişkindir. Bunun sonucu olarak, konaklama yeri işleten ancak kendisinin egemenlik alanına girmiş eşyanın yok olması, zarara uğraması ve çalınmasından sorumludur[39]. Egemenlik alanıyla kastedilen, başta konaklama yerindeki oda olmak üzere, lobi, restoran, havuz, plaj, çocuk kulübü, disko, garaj gibi işletenin denetim imkânına sahip olduğu kabul edilen yerlerdir. Bu nedenle, müşterilerine havaalanı veya otobüs terminalinden konaklama yerine transfer hizmeti sunan bir işletenin TBK 576 uyarınca sorumluluğunun da eşyanın araca yerleştirildiği andan itibaren başladığını kabul etmek gerekir[40]. Çünkü bu an itibariyle konaklama hizmetiyle bağlantılı bir sebeple eşya işletenin egemenlik alanına girmiştir. Buna karşılık, bir otelin önünden geçen cadde üzerine park edilmiş otomobil işletenin egemenlik alanında sayılamayacağından, bu otomo-

---

34 **Doğan,** s. 68.

35 **Gautschi**, Art. 488 N. 3c, Art. 490 N. 2d. Ayrıca bkz. **Bettoja**, s. 253-254, dn. 233. Çok lüks motorlu araçların kıymetli eşya sayılıp TBK 577 hükmüne tâbi olabileceği yönünde bkz. **Bettoja**, s. 254.

36 Bkz. aşa. II, C.

37 **Tandoğan**, s. 219; **Bettoja,** s. 251; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 8; **Koller,** s. 235.

38 **Gautschi**, Art. 487 N. 5a; **Koller**, s. 235;

39 **Bettoja,** s. 247; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 8; **Koller,** s. 235; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 4.

40 Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, s. 215; **İmre,** s. 196-197; **Gautschi**, Art. 487 N. 4b; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 8; **Tiftik**, s. 185; **Doğan,** s. 66.

bilin çalınması veya ona başka bir aracın çarpması sonucu meydana gelen zarardan işleten TBK 576'ya göre sorumlu tutulamaz[41].

Konaklayanın ücretini ödediği konaklama dönemi içinde bir süreyi konaklama yeri dışında geçirmiş olması işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz[42]. Buna karşılık konaklayanın konaklama yerinden tamamen ayrılırken unuttuğu eşyanın yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından doğan zarar TBK 576 kapsamında görülemez. Çünkü konaklama yeri işletenin aldığı ücret, kendisine yüklenen risklerin karşılığını oluşturur. Konaklamanın sona ermesiyle artık söz konusu karşılığı elde etmeyen işletene aynı riskleri yüklemek isabetli olmaz[43].

Konaklama yeri işletenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, yok olan, zarara uğrayan veya çalınan eşyanın konaklayanın mülkiyetinde olması şart değildir[44]. Konaklayanın konaklama yerine getirdiği eşyanın maliki olmadığı ve hatta eşyanın konaklayanın malike karşı sorumlu olmasını gerektirmeyen şartlar altında yok olduğu, zarar gördüğü veya çalındığı hallerde de konaklayan işletenden zararın tazminini TBK 576 uyarınca isteyebilir. Bu halde üçüncü kişinin zararının tazmini (*Drittschadensliquidation*) söz konusu olur[45]. Bu durum, özellikle zararın işletenin kusuru olmaksızın meydana gelmiş olması nedeniyle malikin işletenden haksız fiil hükümlerine (TBK 49 vd.) dayanarak tazminat isteyemediği hallerde önem arz eder[46].

B- Sorumluluğun Sınırları

1. Miktar Bakımından Sınır

TBK 576/II uyarınca konaklama yeri işletenin kusurdan bağımsız sorumluluğu miktar bakımından, "konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katı" ile sınırlanmıştır[47]. Bu düzenleme, 6098 sayılı TBK'nın 818 sayılı Borçlar Kanunu'na (BK) nazaran getirdiği en önemli değişikliktir. Çünkü kaynak Kanun'da (OR 487/II) yer alan 1000 İsviçre Frangı tutarındaki sınır, bu düzenlemeden esinlenen BK 478/II'de her bir yolcu için 100 lira olarak belirlenmişti. Sözü edilen belir-

---

41 **Schmid/Stöckli**, s. 312 N. 2263

42 **Tandoğan**, s. 217; **Gautschi**, Art.487 N. 3b; **Tiftik,** s. 178.

43 Bkz. **Tandoğan**, s. 218; **İmre,** s. 198; **Doğan,** s. 68; aksi yönde bkz. **Gautschi**, Art. 487 N. 4b.

44 **Tandoğan,** s. 212; **İmre,** s. 198; **Doğan,** s. 69; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 9; **Koller**, s. 237; **Honsell**, s. 402; BGE 46 II 116.

45 **BasK/Koller**, Art. 487 N. 9; **Koller**, s. 237; **Honsell,** s. 402.

46 **Honsell,** s. 402.

47 Genel olarak işletenin kusurdan bağımsız sorumluluğuna bir sınır getirilmesine yönelik eleştiriler için bkz. **Gautschi**, Art. 487 N. 11e; **Tandoğan**, s. 232-233; sınırın işlevinin riskin hesaplanabilirliğini ve dolayısıyla sigorta edilebilirliğini sağlamak olduğu yönünde bkz. **MüK/Henssler,** § 702 N. 1.

lemenin BK'nın yürürlüğe girdiği tarihteki para değerine göre yapılmış olması ve zaman içinde para değerinin düşmesi, konaklama yeri işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümleri etkisiz kılmıştı[48]. Ayrıca, düzenlemenin çeşitli hizmet ve fiyat standartlarına sahip konaklama yerleri arasında hiçbir ayrım yapmaması da eleştirilmekteydi[49]. TBK 576/II'de ise sorumluluk sınırı sabit bir meblağ yerine günlük konaklama ücretine bağlı olarak değişecek şekilde belirlenmek suretiyle, BK 478/II'ye yöneltilen haklı eleştirilerin belli ölçüde karşılandığı söylenebilir. Böylece, hem hükmün öngördüğü sınırın para değerindeki değişmelerden etkilenmesi engellenmiş, hem de işletenin aldığı ücret ile üstlendiği risk arasında doğru orantı kurulmuş olmaktadır.

TBK 576/II'de işletenin sorumluluğunun sınırının günlük konaklama ücretine bağlı olarak değişecek şekilde belirlenmesi hukukumuz bakımından olumlu bir gelişme olmakla birlikte, hükümde öngörülen sınırın düzeyi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir[50]. Bu yargının en önemli kaynağı karşılaştırmalı hukuk verileridir. 1962 yılında Paris'te Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan Otelcilerin Müşterilerinin Eşyasından Sorumluluğuna İlişkin Konvansiyon'un[51] (*Convention on the Liability of Hotel-keepers Concerning the Property of their Guests*) 2. maddesi uyarınca taraf devletler, otelcilerin kusurdan bağımsız sorumluluğunun sınırını, günlük konaklama ücretinin en az yüz katı olarak belirlemekle yükümlüdürler[52]. Nitekim anılan Konvansiyon'un tarafı olan Almanya, Fransa, İtalya gibi ülkelerde, işletenin sorumluluğunun sınırı, Konvansiyon'dan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan düzenlemelerle, gecelik konaklama ücretinin yüz katı olarak belirlenmiştir (BGB § 702, CC 1953, CodiceC 1783)[53]. Konvansiyon'a taraf olmayan Avusturya'da ise işletenin kusurdan bağımsız sorumluluğu için prensip olarak bir sınır söz konusu olmayıp (ABGB § 970), yalnızca işletene teslim edilmemiş kıymetli eşya için 550 avroluk bir sınır öngörülmüştür. (ABGB § 970a). Değinilen düzenlemelerle kıyaslandığında, Kanunumuzda günlük konaklama ücretinin üç katı olarak öngörülen sınırın çok düşük olduğu ve bu durumun TBK 576 hükmünün uygulama değerini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Örneğin, bir otelde, günlüğü 300 liradan konaklayan ve 2000 lira değerindeki cep telefonu veya dizüstü bilgisayarı çalınan kimse,

---

48 **İmre**, s. 189; İsviçre hukuku açısından aynı yöndeki tespit için bkz. **Bucher**, s. 282; **BasK/Koller**, Art. 487 N.1.

49 Bkz. **Tandoğan**, s. 232-233; **İmre,** s. 200-201.

50 Aynı yönde bkz. **Tiftik**, s. 205, dn. 199; **Doğan**, s. 70.

51 Türkiye tarafından imzalanmasına rağmen halen onaylanmadığı için ülkemizde yürürlükte olmayan bu Konvansiyon'un yürürlükte olduğu ülkeler şunlardır: Almanya, Belçika, Bosna Hersek, Fransa, Hırvatistan, İngiltere, İrlanda, İtalya, Karadağ, Güney Kıbrıs, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Polonya, Sırbistan, Bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=041&CM=1&DF=&CL=ENG (E.T.:1.8.2015)

52 Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/041.htm (E.T.: 1.8.2015)

53 Alman Hukuku için bkz. **MüK/Henssler,** § 702 N. 1.

işleten veya çalışanlarına bir kusur isnat edilemediği sürece, tazminat olarak 900 lirayla, yani çalınan şeyinin değerinin yarısından bile az bir miktarla yetinmek zorunda kalacaktır[54]. Çalınan veya zarar gören şey otelin park yerindeki otomobil olduğunda ise konaklayanın elde edeceği tazminat genellikle zararının çok daha az bir kısmını karşılayacaktır. Örnekler göstermektedir ki; TBK 576/II'de belirlenen sınır, ülkemiz standartlarında ücret bakımından orta düzey sayılabilecek bir otelde, konaklayan tarafından konaklama yerine getirilmesi en muhtemel şeylerin çalınması veya zarar görmesi durumunda, onun tatmin edici bir tazminat elde etmesini engeller niteliktedir. Mevcut düzenlemenin sakıncaları, konaklama yeri işletenin kusurunun değerlendirilmesinde hassas davranılmak suretiyle bir ölçüde bertaraf edilebilir. Olması gereken hukuk açısından ise ya konaklama yeri işletenlerin kusurdan bağımsız sorumluluğu için karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanılarak işlevsel bir sınır getirilmeli[55] ya da söz konusu sorumluluğa ilişkin hükümler tümden kaldırılmalıdır[56].

TBK 576/II uyarınca konaklama yeri işletenin kusurdan bağımsız sorumluluğunun, günlük konaklama ücretine göre değişen sınırının belirlenmesinde şu noktaların göz önünde bulundurulması gerekir:

Öncelikle, günümüzde konaklama yerlerinde ücretin genellikle oda baz alınarak belirlendiği ve konaklanan odanın büyüklüğü, manzarası veya o odada konaklayanlara bazı ekstra olanakların sağlanması gibi sebeplerle farklı ücret kategorilerinin uygulandığı bilinmektedir. Bu durum karşısında, sorumluluk sınırının tespitinde, konaklayan hangi ücret kategorisindeki odada konaklamışsa, o kategori için öngörülen günlük ücret esas alınmalıdır.

İkinci olarak, birden çok kişinin tek bir sözleşmeye dayanarak işletmede konakladığı hallerde, sorumluluk sınırı Kanun'da da belirtildiği gibi, her bir konaklayan için ayrı ayrı hesaplanmalıdır[57]. Örneğin, bir şirketin üç çalışanı tek bir sözleşmeye dayalı olarak günlük ücreti 500 lira olan tek kişilik üç ayrı odada konaklamışsa, işleten, her bir konaklayana karşı 1500 liraya kadar kusurundan bağımsız olarak sorumludur. Bu konaklayanlardan ikisinin eşyasının bir arada bulunduğu bir çantanın çalınması halinde, işletenin kusurdan bağımsız sorumluluğunun sınırı, her bir konaklayan için 1500 lirayla sınırlı olmak üzere, toplam 3000 lira olacaktır. Buna karşılık aynı odada birden çok kişi konaklamışsa, toplam konaklama ücretinin kişi sayısına bölünmesiyle bulunacak kişi başı günlük ücretin üç katı, her bir konaklayana karşı sorumluluğun

---

54 Benzer bir örnek için bkz. **Doğan,** s. 70-71.

55 Doktrinde, günlük konaklama ücretinin beş veya altı katı kadar bir sınırın öngörülmesinin ve hâkime, eşyanın değerini de dikkate alarak sorumluluk miktarını belirleme imkânı tanınmasının daha yerinde olacağı ifade edilmiştir: **Doğan,** s. 71.

56 Daha önce BK 478/II'de öngörülmüş olan yüz liralık sınır nedeniyle aynı yönde bkz. **İmre,** s. 200.

57 Bkz. **İmre,** s. 201; **Tandoğan**, s. 228; **Gautschi**, Art. 487 N. 11d; **Doğan,** s. 71.

sınırını oluşturmalıdır[58]. Örneğin günlük konaklama ücreti 900 lira olan üç kişilik bir oda söz konusu ise, her bir konaklayan için günlük konaklama ücreti 300 lira demektir. Bu nedenle işleten her bir konaklayana karşı 900 liraya kadar kusurundan bağımsız olarak sorumlu olur.

Konaklama ücretsiz olarak gerçekleşmesine rağmen işletenin sorumluluğunun doğduğu hallerde[59], konaklamanın gerçekleştiği oda ve koşullara göre ücret ödenmiş olsaydı günlük ne kadar ücret ödenecekse, o ücretin üç katı işletenin sorumluluğunun sınırını oluşturmalıdır.

Son olarak, konaklamaya dayanak sözleşme herhangi bir sebeple geçersiz olup, geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde[60], sorumluluğun sınırı, konaklayanın geçersiz sözleşme uyarınca fiilen ödediği ücrete göre belirlenmelidir.

2. İşletenin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller

TBK 576/I, c. 2'ye göre, "*işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar*." Görüldüğü gibi, TBK 576/I, c. 2'de konaklama yeri işleten bakımından sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak sayılan haller, konaklama işletmeciliğinin tipik riskleri dışında kalan durumlardır.

Konaklayanın eşyasının bizzat kendisinin dikkatsizliği sonucu kırıldığı, yandığı veya beraberindeki kimseler tarafından çalındığı[61] hallerde zarar, konaklayana veya beraberindeki kimselere yükletilebilecek kusurdan doğduğundan işleten sorumlu tutulamaz. Buna karşılık, konaklayanın eşyasının TBK 576/I'de belirtilenler dışında bir kimse tarafından yok edilmesi, zarara uğratılması veya çalınması durumunda, işleten bundan sorumludur. Böylece zarar üçüncü kişilerin ağır kusurlu davranışları sonucunda meydana gelse bile, konaklama yeri işleten söz konusu zarardan, TBK 576/II'de belirtilen sınır çerçevesinde sorumlu tutulmuş olmaktadır.

TBK 576/I, c. 2 anlamında mücbir sebep[62], konaklama yeri işletmeciliğinin

---

58 Alman hukuku için bu yönde bkz. **JauernigK/Mansel**, § 702 N. 2; **BeckOK/Gehrlein**, § 702 N. 2.

59 Bkz. yuk. I.

60 Bkz. yuk. II, A, 2.

61 BGE 95 II 541.

62 TBK 576 hükmü, kusura bağlı sorumluluk prensibini benimseyen ve dolayısıyla kural olarak borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesini gerektiren Borçlar Kanunumuzda, kusurdan bağımsız sorumluluk öngörüp, sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak mücbir sebebi açıkça gösteren az sayıda hükümden biridir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. **Özçelik, Ş. B.:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Yayımlanmamış Doktora

tipik riskleriyle ilgisi bulunmayan (haricî), öngörülemez ve kaçınılmaz olaylardır[63]. Bu çerçevede, konaklayanın eşyasının meydana gelen deprem sonucunda kırıldığı, yıldırım düşmesiyle çıkan yangın sonucunda yandığı, sel sularına kapılarak kaybolduğu, bir yağma veya terör olayı sonucunda yok olduğu hallerde mücbir sebep söz konusu olduğundan, işletenin sorumluluğu doğmaz. Buna karşılık, eşyanın, oteldeki tamirat sırasında meydana gelen sarsıntı sonucu kırılması, elektrik tesisatındaki arıza nedeniyle çıkan yangın sonucu yanması, su borularının patlaması sonucunda kullanılamaz hale gelmesi, otelin soyulması sonucunda kaybolması gibi durumlarda, ortada bir mücbir sebep bulunmadığından, işleten bu olaylar nedeniyle meydana gelen zarardan sorumludur[64].

Zararın eşyanın niteliğinden doğmuş olması da TBK 576/I, c. 2'de, işleten bakımından bir sorumluluktan kurtuluş sebebi sayılmıştır. Bunun sonucu olarak, örneğin, konaklayanın elektronik cihazının arızası nedeniyle kısa devre yapıp yanması durumunda işleten meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz.

Konaklama yeri işletenin TBK 576/I, c. 2' de sayılan hallerden, -tanımı gereği zaten kusurla bir arada bulunamayacak olan- mücbir sebep dışındakilere dayanarak sorumluluktan tamamen kurtulabilmesi için kendisine hiçbir kusur isnat edilememesi gerekir. Eğer, bu sebeplerden biri gerçekleşmiş ama aynı zamanda işletenin de kusuru varsa, bu durum ancak tazminattan indirim sebebi (TBK 52) teşkil edebilir[65]. Örneğin, odalarında kasa olan bir otelde konaklayan kimsenin, odasında uyuduğu sırada pantolonunun cebinde duran bir miktar para ve sair eşyası, anahtar uydurmak suretiyle odaya giren hırsız tarafından çalınmışsa[66], konaklayanın eşyasını odadaki kasaya koymaması onun açısından hafif kusur sayılsa bile, bu durum, otel odasına bu şekilde girilmesini engelleyemediği için kusurlu bulunan işleteni sorumluluktan tamamen kurtarmaz; ancak daha az bir tazminat ödemesini sağlayabilir.

C- Kıymetli Şeylere İlişkin Sorumluluk (TBK 577)

TBK 577 hükmü, konaklayanın konaklama yerine getirdiği kıymetli eşya, oldukça önemli miktarda para veya kıymetli evrak için TBK 576 hükmünden daha farklı sorumluluk esasları getirmiştir. TBK 577 anlamında "kıymetli eşya", mücevher, antika, sanat eseri, koleksiyon değeri olan pullar gibi ağırlık ve hacmine oranla yüksek bir değere sahip şeylerdir[67]. Hangi miktarda paranın "oldukça önemli miktarda"

Tezi, Ankara 2009, s. 10 vd.

63 Bkz. **Özçelik,** s. 140 vd.; **Koller**, s. 240; **Tandoğan**, s. 223-224; **Gautschi**, Art. 487 N. 7.

64 Bkz. **Gautschi**, Art. 487 N. 7; **Tandoğan,** s. 224; **İmre,** s. 206; **Doğan,** s. 79.

65 **Tandoğan**, s. 221; **Koller**, s. 241; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 8; **Doğan**, s. 77.

66 **Yarg**. 13. HD, T. 15.7.2005, E. 2005/5257, K. 2005/12386 (Karar metni için bkz. **Kazancı**, E.T.: 1.8.2015)_

67 Bkz. **Tandoğan**, s. 230; **İmre,** s. 202; **Koller**, s. 239; **BasK/Koller**, Art. 488 N. 1; **Doğan,** s. 71.

sayılacağı ancak somut olayın özelliklerine göre belirlenebilir. Bu konuda konaklama yerinin sınıfı ve düzenli olarak o işletmede konaklayan kimselerin genel sosyal statüsünün dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir[68]. "Kıymetli evrak" ise, içerdiği hak senetten ayrı ileri sürülemeyen ve devredilemeyen senetlerdir (TTK 645).

TBK 577/I uyarınca, kıymetli şeyler saklanmak üzere konaklama yeri işletene bırakılmamışsa, işleten bu şeylerin yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından ancak kendisinin veya çalışanlarının söz konusu durumlara kusurlarıyla sebebiyet vermiş olmaları halinde sorumlu olur[69]. Diğer bir ifadeyle, işletene saklanmak üzere bırakılmayan kıymetli şeyler bakımından, TBK 576'da öngörülen kusurdan bağımsız sorumluluk geçerli değildir. TBK 577/I anlamında "bırakmak" kıymetli şeylerin işletene teslimini gerektirir; otel odasında bulunan kasaya koymak, işletene bırakmak sayılamaz[70]. Konaklama yeri işleten kendisi veya çalışanlarına hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat ettiği takdirde, kendisine bırakılmayan kıymetli şeylerin değerine ilişkin sorumluluktan kurtulabilir. Kıymetli şeylerin işletenin veya çalışanlarının kusurunun sonucu olarak yok olmuş, zarar görmüş veya çalınmış olması halinde ise işleten, söz konusu şeylerin değerinden, TBK 576/II'de öngörülen sınıra tâbi olmaksızın sorumludur[71].

TBK 577/III'te, konaklayanın kendi yanında saklaması gereken kıymetli şeyler hakkında onun diğer eşyasına ilişkin sorumluluk kuralının, yani TBK 576 hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, kaynak Kanun'da (OR 488/III) daha isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, konaklayandan işletene teslim etmesi beklenemeyecek şeyleri konu almaktadır. Örneğin bir alyansın veya saatin olağan kullanım şekli, sahibinin yanında olmasını gerektirir. Ne kadar değerli olursa olsun, konaklayandan bunları işletene teslim etmesi beklenemez[72]. TBK 577/III uyarınca işleten, bu tip eşyanın yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından, TBK 576/II'de öngörülen sınır dâhilinde kendisinin veya çalışanlarının kusurundan bağımsız olarak sorumlu olur. Kendisinin veya çalışanlarının kusurunun bulunması halinde ise işleten eşyanın tam değerinden sorumludur.

TBK 577/II uyarınca işleten, kıymetli şeyleri saklamak üzere almış veya almaktan kaçınmışsa, eşyanın tam değerinden sorumludur. Anılan hükümle işletenin kıymetli şeyleri teslim almaktan kaçınmış olması halinde de eşyanın tam değerinden sorumlu tutulması, onun açısından dolaylı bir sözleşme yapma yükümlülüğünün

---

Otomobillerin de TBK 577 anlamında kıymetli eşya sayılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. yuk. dn. 35.

68 **Gautschi**, Art. 488 N. 3a; **Tandoğan**, s. 230; **BasK/Koller**, Art. 488 N. 1.

69 Bu sorumluluğun haksız fiilden doğan bir sorumluluk olduğu yönünde bkz. **Tiftik**, s. 207.

70 **Koller**, s. 236; **BasK/Koller**, Art. 488 N. 6; **Bettoja,** s. 255; **Honsell**, s. 396; BGE 95 II 541.

71 **Tandoğan**, s. 231; **Koller**, s. 240.

72 **Koller**, s. 239; **Doğan,** s. 75.

(*indirekter Kontrahierungszwang*) mevcudiyeti olarak görülmektedir[73]. Konaklama yerindeki odalarda kasa bulunması, işleteni kıymetli şeyleri saklama sorumluluğundan kurtarmaz[74].

Kıymetli şeyleri teslim alan işletenin söz konusu şeylerin değerinden sınırsız sorumluluğunun kusura bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre doktrininde hâkim görüş, kıymetli şeylerin işletene teslimiyle taraflar arasında genel saklama sözleşmesinin (TBK 561 vd.) meydana geldiği ve bu nedenle işletenin TBK 577/II (OR 488/II) uyarınca sınırsız sorumluluğunun kendisi veya çalışanlarının kusuruna bağlı olduğu yönündedir[75]. Buna karşılık katıldığım görüşe göre, TBK 577/II'de öngörülen sınırsız sorumluluk kusurdan bağımsız olup, işleten söz konusu sorumluluktan ancak TBK 576/I uyarınca sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerin varlığını ispat ettiği takdirde kurtulabilir[76]. Çünkü *Koller*'in de TBK 576 (OR 487) ile TBK 577 (OR 488) arasındaki sistematik bağlantıya dikkat çekerek ifade ettiği gibi, TBK 577, kıymetli şeyler bakımından, kendisinden önce gelen TBK 576'da öngörülen kusurdan bağımsız sorumluluğun ortadan kalktığı (f. 1), miktar bakımından sınırsız olarak doğduğu (f. 2) ve TBK 576/II'deki sınıra tâbi olduğu (f. 3) üç durumu düzenlemektedir[77]. Gerek TBK 577/I gerekse TBK 577/II işletenin eşyanın tam değerinden sorumluluğunu düzenlendiğine göre, 577/II'deki sorumluluğun da kusura bağlı olduğu kabul edilirse, eşyanın işletene bırakılmamış (TBK 577/I) veya bırakılmış (TBK 577/II) olması arasında hukuken hiçbir fark kalmamaktadır.

D- Konaklayanın Zararı Bildirim Yükümü (TBK 578/I)

TBK 578/I'e göre, "*Konaklayan zararını öğrenir öğrenmez işletene bildirmezse, istem hakkını kaybeder.*" Bu hükümle de konaklayana bir bildirim külfeti yüklenmiştir[78]. Söz konusu külfetin zararın öğrenilmesinden itibaren koşullara göre derhal yerine getirilmesi gerekir. Zararın işletene zamanında bildirildiğini ispat yükü konaklayanın üzerinde olmalıdır[79]. Zamanında bildirimde bulunmayan konaklayan, TBK 576 vd. hükümleri uyarınca tazminat talep etme imkânını kaybeder ancak genel hükümlere (TBK 112 vd., TBK 49 vd.) göre sorumludan tazminat talep edebilir[80].

---

73 **Gautschi**, Art. 488 N. 2b; **BasK/Koller**, Art. 488 N. 5.

74 **BasK/Koller**, Art. 488 N. 6; **Bettoja,** s. 255; **OFK/von Balmoos**, Art. 487 N. 7.

75 **Gautschi**, Art. 488 N. 4a; **Honsell**, s. 402; **Bettoja**, s. 257, 259 vd; **OFK/von Balmoos**, Art. 488 N. 4.

76 **Tandoğan**, s. 231; **Tiftik**, s. 211; **Doğan,** s. 73; **Koller**, s. 238; **Huguenin, C.**: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, s. 1202 N. 3994. Alman hukuku için aynı yönde bkz. **MüK/Henssler**, § 702 N. 11.

77 **Koller**, s. 238

78 **Doğan,** s. 75.

79 **BasK/Koller**, Art. 489 N. 4; **Koller**, s. 237; aynı yönde bkz. **Gautschi**, Art. 489 N. 1e; aksi yönde bkz. **Tandoğan,** s. 226- 227; **Tiftik,** s. 202; **Doğan**, s. 76.

80 **Tandoğan,** s. 227; **İmre,** s. 207; **Tiftik,** s. 202; **Koller,** s. 238; **Doğan,** s. 76.

E- Sorumsuzluk Anlaşmaları

TBK 578/II uyarınca konaklama yeri işleten, TBK 576 vd. hükümlerinde düzenlenen sorumluluğu üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanun'da gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz. Anılan hüküm karşısında, işletenin –uygulamada genellikle görüldüğü gibi- konaklama yerinin çeşitli yerlerine astığı ve işletmenin kaybolan eşyalardan sorumlu olmadığını bildiren duyuruları öne sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır. Buna karşılık, konaklama yeri işletenler için TBK 576 vd. hükümlerinde öngörülen sorumluluğun işletenle konaklayan arasındaki sözleşmeyle kısmen veya tamamen bertaraf edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, konaklama yeri işletenin sorumluluğunun kanunî karakterinden ve TBK 578/II uyarınca sorumluluğun Kanun'da gösterilmemiş bir koşula bağlanamayacağından hareketle, söz konusu sorumluluğun tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğini ileri sürmektedir[81]. Buna karşılık hâkim görüş, konaklama yeri işletenin sorumluluğunun, sözleşme özgürlüğünün genel sınırları (TBK 26 vd.) ile TBK 114-115'te sorumsuzluk anlaşmaları için öngörülen sınırlar çerçevesinde sözleşmeyle bertaraf edilebileceğini kabul etmektedir[82]. Kanımca da işletenin sorumluluğunun sözleşmeyle değiştirilmesi veya kaldırılmasına teorik olarak, bir engel yoktur. Zira TBK 578/II'nin işlevi, taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması yapılmasını değil, yalnızca konaklayanın muhtemelen farkında bile olmadığı bir duyuru yüzünden işletene karşı sahip olduğu hakları kaybetmesini engellemektir[83]. Öte yandan TBK 576'ya dayanan sorumluluğun kanundan doğması da bu konuda sorumsuzluk anlaşması yapılmasına engel olarak görülmemelidir. Çünkü işletenin sorumluluğu kanundan doğmakla birlikte, örneğin haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, konaklamaya ilişkin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, Kanun'un o sözleşmeye bağladığı bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır[84]. Bu nedenledir ki; zamanaşımı[85] ve ispat yükünde[86] olduğu gibi, sorumsuzluk anlaşmaları açısından da sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin esaslara tâbi olması gerekir.

---

81 **BasK/Koller**, Art.487 N. 2, Art. 489 N. 5; **Weber, H. R.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000, Art. 100 N. 47; **Schmid/Stöckli**, s. 311 N. 2258.

82 Bu yönde bkz. **Tandoğan**, s. 225; **İmre,** s. 207; **Gautschi**, Art. 489 N. 2b; **Koller**, s. 238; **Bettoja**, s. 257; **Doğan,** s. 80; **Başalp, N.:** Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 382. **Yarg**. 13. HD, T. 15.7.2005, E. 2005/5257, K. 2005/12386 sayılı kararından da, işletenin sorumluluğuna ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği sonucu çıkmaktadır (Karar metni için bkz. **Kazancı**, E.T.: 1.8.2015).

83 **Gautschi**, Art. 489 N. 2a; **Bettoja**, s. 257.

84 Bkz.yuk. I.

85 Bkz. yuk. I.

86 Bkz. aşa. II, F.

İşletenin sorumluluğunun sözleşmeyle daraltılması veya tümüyle kaldırılmasının önünde teorik olarak bir engel bulunmamakla birlikte, işletenin uygulamada böyle bir anlaşmaya dayalı olarak sorumluktan kısmen veya tamamen kurtulmasının düşük bir ihtimal olduğunu da belirtmek gerekir. Her şeyden önce işleten, işletmesinin güvenilirliğini kuşkulu hale getireceği düşüncesiyle genellikle böyle açık bir anlaşmayı önermeye çekinir[87]. Ayrıca günümüzde konaklamaya dayanak teşkil eden sözleşmelerin genel işlem şartları biçiminde önceden hazırlandığı ve çoğunlukla tüketici vasfını taşıyan konaklayanlarla yapıldığı da bir gerçektir. Dolayısıyla genel işlem şartları içinde yer alan sorumsuzluk anlaşmaları, TKHK 5 anlamında haksız şart teşkil eder ve geçersiz (kesin hükümsüz) olur[88]. Hatta örneğin, iş seyahati sırasında bir otelde konaklayan tacire karşı da genel işlem şartları içinde yer alan sorumsuzluk kaydının geçerliliğinin tartışılabileceği (TBK 25)[89] hesaba katılırsa, konaklama yeri işletenin olayların çoğunda bu şekilde sorumsuzluk kayıtlarına dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağını söylemek mümkündür.

F- İspat Yükü

Konaklayanın, eşyasının yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından doğan zararını TBK 576 çerçevesinde işletene tazmin ettirebilmesi için, eşyayı konaklama yerine getirdiğini, zararın işletenin egemenlik alanında meydana geldiğini ve zararın miktarını ispat etmesi gerekir[90]. TBK 577/II'nin uygulama alanına giren hallerde, işletenin kıymetli eşyayı saklamak üzere aldığı veya almaktan kaçındığı yine konaklayan tarafından ispat edilmelidir. Her durumda zararın işletene TBK 578/I uyarınca zamanında bildirildiğini ispat yükü de konaklayanın üzerindedir[91]. Buna karşılık sorumluluğu ortadan kaldıran veya hafifleten sebepleri konaklama yeri işleten ispat etmelidir. Konaklama yeri işletenin veya çalışanlarının kusurunun bulunup bulunmadığının (TBK 576/II, TBK 577/I) tartışma konusu olduğu tüm hallerde de işleten, kusursuzluğunu ispat edemedikçe (TBK 112) meydana gelen zarardan sorumlu tutulmalıdır[92].

---

87 **Tandoğan**, s. 225.

88 Aynı yönde bkz. **Doğan,** s. 81; **Başalp,** s. 312 vd; işletenin genel işlem şartları çerçevesinde bir standart sözleşmeyi akdetmek suretiyle sorumluluğunu azaltabileceği veya kaldırabileceği yönünde bkz. **Tiftik**, s. 202.

89 Genel işlem şartlarının içerik denetimiyle ilgili olarak Bkz. **Atamer, Y.:** *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak,* Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, s. 41 vd.; **Başalp**, s. 319 vd.

90 **BasK/Koller**, Art. 487 N. 9; **İmre,** s. 198, **Tandoğan,** s. 218, **Tiftik,** s. 190; **Doğan,** s. 68; **CHK/Stupp**, Art. 487 N. 8.

91 **BasK/Koller**, Art. 489 N. 4; **Koller**, s. 237; aynı yönde bkz. **Gautschi**, Art. 489 N. 1e; aksi yönde bkz. **Tandoğan,** s. 226- 227.

92 Bu yönde bkz. **Bucher**, s. 282; **BasK/Koller**, Art. 487 N. 12; **Bettoja,** s. 251; **Schmid/Stöckli**,

SONUÇ

Konaklama yeri işletenin TBK 576 vd. hükümlerinde düzenlenen sorumluluğu öncelikle kendisi ile konaklayan arasında, konaklamayı konu alan bir sözleşmenin varlığını gerektir. Ancak söz konusu sorumluluk sözleşmeden değil, kanundan doğar. Konaklayan veya yasal temsilcisi ödenen konaklama ücretini geri istemedikçe veya ücreti ödemekten kaçınmadıkça, işletenin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek TBK 576'dan doğan sorumluluktan kurtulmak istemesi, hakkın kötüye kullanılması (MK 2/II) olarak değerlendirilmelidir.

Her türlü eşya işletenin TBK 576 uyarınca sorumluluğunu doğurabilir. Konaklama sözleşmesi çerçevesinde konaklama yerinin otoparkına bırakılmış motorlu taşıt ve içindeki eşyadan sorumluluk da TBK 576 çerçevesinde ele alınmalıdır.

TBK 576/II'de işletenin sorumluluğunun sınırının günlük konaklama ücretine bağlı olarak değişecek şekilde belirlenmesi hukukumuz bakımından olumlu bir gelişme olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukuk verileri, kanunumuzda günlük konaklama ücretinin üç katı olarak öngörülen sınırın, TBK 576 hükmünün uygulama değerini olumsuz yönde etkileyecek derecede düşük olduğunu göstermektedir. Mevcut düzenleme karşısında, işletenin kusuru değerlendirilirken hassas davranmak gerekir. Olması gereken hukuk açısından ise ya konaklama yeri işletenlerin kusurdan bağımsız sorumluluğu için işlevsel bir sınır getirilmeli ya da söz konusu sorumluluğa ilişkin hükümler tümden kaldırılmalıdır.

TBK 577/II'de işletenin teslim aldığı veya almaktan kaçındığı kıymetli eşya için öngörülen sınırsız sorumluluk kusurdan bağımsız olup, işleten söz konusu sorumluluktan ancak TBK 576/I uyarınca sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerin varlığını ispat ettiği takdirde kurtulabilir.

İşletenin TBK 576 vd. hükümlerinden doğan sorumluluğunun sözleşmeyle daraltılması veya tümüyle kaldırılmasının önünde teorik olarak bir engel bulunmamakla birlikte, işletenin uygulamada böyle bir anlaşmaya dayalı olarak sorumluktan kısmen veya tamamen kurtulması oldukça düşük bir ihtimaldir.

---

s. 311 N. 2255; **Yarg**. 13. HD, T. 15.7.2005, E. 2005/5257, K. 2005/12386 (Karar metni için bkz. **Kazancı**, E.T.: 1.8.2015); **Yarg.** 11. HD, T. 7.2.1984, E. 1984/495, K. 1984/591; **Yarg.** 3. HD, T. 23.1.1964, E. 1964/790, K. 1964/582 (Karar metinleri için bkz. **Uygur,** s. 9268); konaklayanın işletenin kusurunu ispatlaması gerektiği yönünde bkz. **Koller**, s. 242; **İmre,** s. 201; **Tiftik,** s. 206; **Doğan,** s. 82; BGE 76 II 160; BGE 120 II 252, 253.

KISALTMALAR

ABGB : Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
Art. : Artikel
aşa. : aşağıda
Aufl. : Auflage
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BasK : Basler Kommentar
BeckOK : Beck'sher Online Kommentar BGB
Bd. : Band
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK : 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz. : bakınız
C. : Cilt
CC : Code Civil des Français (Fransız Medenî Kanunu)
CodiceC : Codice Civile (İtalyan Medenî Kanunu)
ÇKÜİİBFD : Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
dn. : dipnot
E. : Esas Numarası
E.T. : Erişim Tarihi
f. : Fıkra
H. : Heft
HD : Hukuk Dairesi
HGK : Hukuk Genel Kurulu
Hrsg. : Herausgeber
JauernigK : Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar)
K. : Karar Numarası
Kazancı : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
N. : Not
OR : Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
RECHT : Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis
s. : sayfa
S. : Sayı
T. : Tarih
TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb. : ve benzeri

vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Yuk.	: Yukarıda
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

KAYNAKÇA

Atamer, Y.: *Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak',* Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, s. 9-73.

Ayiter, N.: *Kamping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Telef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi?* AÜHFD 1968, C. 25, S. 1-2, s. 145-151.

Bamberger, H. G./Roth, H. (Hrsg.) : Beck'sher Online Kommentar BGB, Stand 1.5.2015, Edition 35 (www.beck-online.de) **(BeckOK/Yazar adı).**

Başalp, N.: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

Bettoja, L.: Gastaufnahmevertrag, Zürich 2000.

Bucher, **E.**: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1988.

Doğan, M.: Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu, Turizm- Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Nevşehir 2015, s. 61-83.

Gautschi, G.: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 6, Obligationenrecht, Abt. 2, Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Teilbd. 6, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425 - 491 OR, Bern 1962.

Säcker, F. J./Rixecker, R./ Oetker, H. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 611-704, 6. Auflage, München 2012. **(MüK/Yazar adı)**

Honsell, H./Vogt, N.P./Wiegand, W. (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Basel 2011 (**BasK/Yazar adı**).

Honsell, **H.:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010.

Huguenin, C./ Müller- Chen, M./ Girsberger, D. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (CHK/Yazar adı).

İmre, Z.: *Otel, Han, Umumi Ahır ve Garaj İşletenlerin Mesuliyeti*, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 189-215.

Koller, A.: *Die Haftung des Gastwirts*, RECHT 2013, H. 5, s. 235-241.

Kostkiewicz, J. K./Nobel, P./Schwander, I./Wolf, S. (Hrsg.): OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (*Orell Füssli Kommentar*) 2. Aufl., Zürich 2009 (**OFK/ Yazar adı)**

Oğuzman, M. K./Barlas, N.: Medenî Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2007.

Özçelik, Ş. B.: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.

Schmid, J./Stöckli, H.: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010.

Serozan, R.: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005.

Stürner, R. (Hrsg): Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz Kommentar, 15. Aufl., München 2014 **(JauernigK/Yazar adı)**.

Tandoğan, H.: *Otelcilerin Mes'uliyeti*, AÜHFD 1955, C.12, S. 3-4, s. 201-239.

Tiftik, M.: Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007.

Uygur, T.: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, Ankara 2003.

Weber, H. R.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000.

Wiegand, W.: *Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994*, ZBJV 1996, s. 319-349.

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014.

Yeşiller, M.: *Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu,* ÇKÜİİBFD, C. 3, S. 1 (Bahar 2013), s. 177-191.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA VE MİLLETLERARASI SATIM SÖZLEŞMESİNE GÖRE AYIBIN İHBAR EDİLMESİ

(Notification Obligation of The Defect According to The Turkish Code of Obligations and CISG)

Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Satım sözleşmesine konu olan malın ayıplı olması durumunda malı alan alacaklının malda tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirmesi halinde kendisine kanunda yer alan hakların tanınacağı kuralına hem TBK'da hem CISG'da ihbar etme şartına yer verilmiştir. Bu şartın yerine getirilmemesi durumunda da alacaklının kendisine tanınan haklarını kaybedeceği belirtilmiştir.

Alacaklının ayıplı mal teslimi karşısında kendisine tanınan hakları alabilmesinin şartlarından birinin ihbar yükümlülüğü olması sebebiyle Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında ihbar yükümlüğünün zamanında yapılıp yapılmadığını göz önünde tutmaktadır. Aynı şekilde ihbar yükümlülüğü, Milletlerarası Satım Sözleşmesinde de önem arzetmekte uluslararası mal satımlarında alacaklıların ayıplı mal tesliminden dolayı satıcılara karşı olan taleplerinin kendilerine tanınmasın da ihbar sürelerine riayet edilip edilmediğine özen gösterilmektedir.

Anahtar kelimeler: İhbar yükümlülüğü, CISG, Satış Sözleşmesi, Ayıp, Ayıplı mal.

Abstract

In case of a defective good which is a subject of sales contract; the rule, that provides some legal rights for the buyer on condition that obligation to notify is performed, is stated in both the Turkish Code of Obligations and CISG. Besides, in the event of not performance of this notification obligation, it is pointed out that the buyer loses these legal rights.

One of the conditions of exercising these privileges for the buyer is obligation to notify. For this reason, the High Court of Appeal considers if this obligation is performed timely or not as well. Likewise, the obligation to notify also has an

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

importance in the International Sales Contract and, it is taken in consideration if buyers obey the period of notice or not, for the claims of buyers against the sellers because of the defective good delivery in international sales.

Keywords: Obligation to Notify, CISG, Sales Contract, Defect, Defective Good.

I. Genel Olarak İhbar Yükümlülüğü

A. İhbarYükümlülüğünün Amacı

Türk Borçlar Kanununun ve CISG[1]'ın yorumdan çıkan sonuçlara göre, ihbar yükümlüğünün[2] temelleri hakkında değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, ayıp ihbarının satıcının lehine olduğu yolundadır. Alıcı sözleşmeye aykırılığı, satıcıya bildirmesiyle satıcı sözleşmeye aykırılığın türü ve niteliği hakkında bilgi sahibi olur. Böylece satıcı, alacaklıya veya teslimatçıya karşı nasıl davranmak istediği konusunda zamanında karar verebilir[3]. Ancak ihbar yükümlülüğü, sadece mala ilişkin sözleşmeye aykırılıkları kapsar. Bunun dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık halleri, meselâ malın geç teslimi, hukukî ayıplar, CISG m. 39[4]'da öngörülen ihbar süresinde

---

1 Çalışmamızda Viyana Satım Sözleşmesi, İngilizce tercümenin (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) baş harflerinden oluşan bilindik hali olan (CISG) kısaltmasıyla anılacaktır.

2 Bilindiği üzere TBK'da düzenlenen satım Sözleşmesinde ihbar yükümlülüğü, "**Bildirim Yükümlülüğü"** olarak değiştirilmiştir. Değişiklik sadece kavramsal düzeydedir. Buun yanısıra CISG'da hali hazırda "**ihbar yükümlülüğü"** kullanıldığı için çalışmamızda kavram kargaşası olmaması için **"ihbar yükümlülüğü"** ibaresine yer verilmiştir.

3 **Akikol, Diana, Die Voraussetzungen der Sachmaengelhaftung beim Warenkauf (Obligationenerecht und UN-Kaufrecht), Zürich 2008**, PN. 618, 234; **Schönle, H/Higi, P, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1- 529 OR), Teilband V 2a; Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung: Art.** 192- 204 OR**, Zürich/Basel/Genf 2005,** PN. 23a, 201 OR; **Giger, H, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf (Art. 184- 215 OR), Bern 1980.** PN. 62, Art. 201 OR; **Schlechtriem, P/Schwenzer, I/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG -, 5. Aufl., München 2008,** PN. 5, Art. 39 CISG; **Herber, R/Czerwenka, B, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991.** PN. 4,Art. 39 CISG; **Brunner, C, UN-KAufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertraege über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internene Schweizer Recht, Bern 2004,** PN. 1, Art. 39 CISG**; Honsell, H/Magnus, U., Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Zürich 2009**, PN. 1, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** U., **in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2005,** PN. 3, Art. 39 CISG; **Çetiner,** B., **Die Sachmaengelhaftung des Verkaeufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht, Heidelberg 2006,** 118.

4 CISG. m. 39: 1." Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten iti-

ileri sürülmeyip bu tür aykırılıklar, CISG. m. 43 kapsamında ileri sürülürler. CISG. m. 39'da malın kalitesi, niteliği, paketlenmesindeki sözleşmeye aykırılıklar yer alır[5]. Aynı şekilde malın sözleşmede öngörülen haline aykırı olması, az, çok veya yanlış teslim edilmesi halleri de CISG m. 39 kapsamındadır[6] . CISG. m. 39'un kapsamına aynı malların sözleşmeye aykırılıklarında olduğu gibi malları temsil eden dökumanlar da ihbar yükümlülüğüne dahildirler[7]. Satıcı, tam zamanında yapılan ihbar ile alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan zararını ayıpsız bir diğer mal teslimi ile en aza indirme imkânına sahip olur[8]. Diğer taraftan, ihbar yükümlüğü ve malın muayenesi satıcıya, ileride alacaklıya karşı kullanılabileceği ispat kolaylıkları sağlar[9].

İhbar sayesinde ayrıca alıcının malı sözleşmeye uygun olarak kabul edip etmeyeceği de hızlı bir şekilde belli olur. Bu durum ticarî ilişkilerde hukukî güvene hizmet eder[10]. Ayrıca alıcının yanlış ve gecikmeli olarak kullanımından kaynaklanan ve daha

---

baren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. 2. Her halde, alıcı malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir süre ile bağdaşmıyor oldun"

5 **Staudinger/Magnus,** PN. 10, Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 8, Art. 39 CISG**; Herber/Czerwenka,** PN. 4, Art. 39 CISG**; Honsell/Magnus,** PN. 6, Art. 39 CISG; **Zeytin,** 142.

6 **OLG Rostock IHR 2003**, 19; **Achilles,** Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied/Kriftel/Berlin 2000, W-A., PN. 2, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 4,Art. 39 CISG; **Karollus,** M., **UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien/New York 1991,** 105 vd; **Pıltz, B., Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, 2. Auflg. München 2008**, PN. 5-56, 257; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 10, Art. 39 CISG.

7 **Herber/Czerwenka,** PN. 7,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 10,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,**PN. 6 Art. 39 CISG; **Achilles,** PN. 2,Art. 39 CISG; **Ferrari, F/Ferrari., İnternationales Vertragsrecht Rom I-VO. CISG. CMR. FactÜ, Kommentar, München 2012,** PN. 5, Art. 39 CISG.

8 **Becker, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), Bern 1941; II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934,** PN. 1,Art. 201 OR; **Furrer, A., Von stierigen Kühen und sprungfähigen Stieren - Die Regelung des Viehhandels als Lehrstück einer verfehlten regulativen Rechtstechnik -, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag = LBR (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft) Band 11, Zürich 2006,** 54; BGE 63 II 401(406); **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 4,Art. 38 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 2,Art. 39 CISG; **OGH v. 30.06.1998,** COSG-online 410.

9 **Becker,** PN. 1,Art. 201 OR; **Giger,**PN. 12,Art. 201 OR; BGE 63 II 400; **Herber/Czerwenka**, PN. 2 Art. 39 CISG; **Müko-Gruber, U-P., İn: Münchener Kommentar zum BGB Bd. III., Wiener Übereinkommen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, 6. Auflg. Beck. München 2012,** PN. 2,Art. 39 CISG.

10 **von Büren,** B., **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972,** 31; **Furrer,** 54; **Schubiger,** A., **Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. - OR 97 ff., Diss. Bern 1957**,

sonra ortaya çıkan ayıplar burada istisna tutulmuştur[11]. Ticarî işlerde yüksek tutulan güvenlik ilk başta satıcı lehine görülmektedir. Çünkü satıcı alıcının belli olmayan zamanda bildireceği ayıpları hesaba katmaz. Keza ticarî işlerde belirtilen sürede yapılmayan ayıp ihbarları, daha sonra yapılamaz[12].

İhbar yükümlüğünün temelinde aslında ticarî işlerdeki güven kuralları yer almaktadır[13]. Alıcı kusurlu olarak maldaki ayıbı belirlenen süre içerisinde görmez hatta onu ayıplı bir şekilde kullanmaya devam ederse, daha sonra ayıplı mal tesliminden dolayı sözleşmeden dönmeyi talep edemez.

Satıcı açısından alıcının uzun bir süre susması malı olduğu gibi kabul ettiği anlamda yorumlanır[14]. Bu kural TBK m. 223/II, c. son'da somutlaşmıştır. Buna göre alıcı malı zamanında reddetmezse kabul etmiş sayılır. İhbar yükümlüğü sayesinde satıcı açısından doğrulukla bağdaşmayan fiyat spekülasyonları da bu sayede önlenmiş olur. Çünkü alıcı, satıcı zararına ekonomik piyasada malın fiyatının düştüğü ana ka-

---

103, 109; **Janssen,** A., **Die Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Baden-Baden 2001** 42; **Kramer,** E., **Rechtzeitige Untersuchung und Mängelanzeige bei Sachmängeln nach Art. 38 und 39 UN-Kaufrecht - Eine Zwischenbilanz, in: Ernst A. Kramer/Wolfgang Schumacher (Hrsg), beitraege zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag, Wien 2001,**621; **Brunner,** PN. 1, Art. 39.

11 **Honsell/Magnus,** PN. 4 Art. 39 CISG; **OGH v. 27.08.1999,** CISG-online 191.

12 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 4, Art. 39 CISG.

13 **Widmer,** P., **Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, S. 91 ff. = Veröffentlichungen des Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Band 3,** 99.

14 **Venturi, Silvio., La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises,** PN. 1, Art. 201 OR; **Tandoğan, I/I, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1988 I/1,** 181; **Yavuz, C., Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 198,** 116;**Aral, F/Ayrancı, H., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası Ankara 2012**, 120; **Edis,** S., **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963,** 91; **Şahiniz, S., Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008**, 84; "…*Davacının teslim aldığı bağımsız bölüm nedeniyle, 4077 sayılı Kanun'un 4.maddesi gereğince malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde davalılara ayıp ihbarında bulunmadığı, yaklaşık bir yıl sonra 24.07.2007 tarihinde gönderdiği ihbarname ile ayıp ihbarında bulunduğu tartışma konusu değildir. Her ne kadar, 4.madde de konut satımlarında zaman aşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüş ise de, otuz günlük ihbar süresinin burada da uygulanacağı kuşkusuzdur. Öteki deyişle, konutu satın alan davacı, açık ayıp halinde, malı teslim aldığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde satıcı veya malike ayıp ihbarında bulunur ise, bu durumda malı teslim aldığı tarihten itibaren beş yıl içerisinde 4077 sayılı Kanun'a dayanarak dava açabilecektir. Hal böyle olunca, mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir*" (**YHGK. T. 27.04.2011, E. 2011/13-4, K. 2011/230**, Kazancı Otomasyon).

dar bekleyip daha sonra sözleşmeden dönerek satıcının zarar etmesine sebep olabilir. İşte bu durum ihbar yükümlüğü ile ortadan kaldırılmıştır[15].

Satıcı için öngörülen bu hukukî güvence İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da ifade edilmiştir. Mahkeme, "*hukukî ve fiili durumların ticarî işlerde açıklanması tartışılamaz*" ifadesine yer vererek görüşünü belirtmiştir[16]. Alacaklının ihbar yükümlüğü, hızlı bir şekilde hukukî ve fiilî durumunun belirlenmesinin, zamanaşımı kurallarının satım ilişkisini bitirmeye yetmediği durumlarda söz konusu olur. Satım konusu mallardaki ayıpların henüz bulunamamış fakat bilindiği durumlarda, alıcının teslim edilen malı muayene etme ve sözleşmeye ayıkırlıkları bulup satıcıya bildirme yükümlüğü, alıcıya Borçlar Kanununda ve CISG'da daha az yoğunlukta yüklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu ve CISG'da başlangıçta sözleşme tarafları, satıcının zaten malın kontrol süresinin başlangıcı ve ihbar süresi hakkında makul bir bilgisi olduğu konusunda ikna olmuşlardır. Bundan dolayı açık ayıplarda, satıcının bu durumu göz önünde bulundurmasına gerek bulunmamaktadır. Bu ise, doğru bir gerekçe gibi görünmektedir. Ancak bazı hallerde muayene yükümlüğünün sınırları aşılmamalı ve kontrol ve bildirme süreleri de kısa hesaplanmamalıdır. Bu talep CISG m. 39/I'de somutlaşmıştır. Burada, "*alıcı,…. makul bir süre içinde satıcıya bildirmelidir….*" ifadesi yer almıştır. Aynı zamanda bu durum Türk Borçlar Kanunu m. 223/I'de de *"… bunu uygun bir süre içerisinde bildirmek zorundadır*" ifadesine yer verilmiştir. Burada CISG'da yer alıp iç hukukumuzda yer almayan bir hüküm bulunmaktadır. CISG. m. 44'de, eğer alıcı makul bir özürle maldaki sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmemişse, m. 39/I ve m. 43/I'deki durumlar göz önünde tutulmayıp, alıcıya m. 50 CISG'da öngörülen seçimlik haklardan semenden indirim veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararın tazminini isteme hakkı tanınmıştır. CISG anlamında ihbarın gecikmesi halinde alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kaybetmesi durumunun her hâlükarda geçerli olması uygun bulunmamıştır.

B. İhbarın Hukukî Niteliği

İhbar yükümlülüğü tek başına hukukî bir sonuç doğuracak irade açıklaması niteliğinde değildir. Gerçi tam zamanında yapılmış bir ihbar, alacaklıya haklarını elinde tutma hakkı verse de, yapılan irade açıklamasının hukukî etkisi alacaklının iradesinden bağımsız ayrı bir şekilde ortaya çıkar. Bundan dolayıdır ki, doktrin ve yargı kararları ihbar yükümlülüğünü tasavvur açıklaması olarak kabul etmektedir[17].

---

15 **Oser, H/Schönenberger, W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich 1936**, PN. 3, Art. 201 OR; **Becker,** PN. 1,Art. 201 OR; BGE 63 II 401; **Janssen,** 43.

16 BGE 88 II 364 (365), Urteil des BGer v. 28.05.2002, NR. 4C. 395/2001, Erw. 2.1.1.

17 **Honsell**, H., **Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Zürich 2009,** PN. 10,Art. 201

Bu düzenleme, sadece ayıplı bölümü veya sözleşmeye aykırılığı tespit eden ihbar kısmı için geçerlidir. Satıcıyı, sorumlu kılan alacaklının açık veya zımnî iradesini içeren ihbar hukukî işlem benzeri irade açıklaması olarak kabul edilmektedir[18].

Alıcının ihbar mecburiyeti, hem Türk Borçlar Kanununda hem de CISG'da benzer düzenlenmiştir. İhbar yükümlülüğü tek başına bir hukukî mükellefiyet değildir. Çünkü gerekli ihbar yapılmadığında ne satıcıya dava açılabilmekte ne de zararın tazmini istenebilmektedir. Ayıp ihbarı, hukukî niteliği itibariyle "*külfet*" niteliğindedir[19]. Alacaklı ayıp ihbarında bulunmazsa tazminat borcu ödemek mecburiyetinde kalmaz. Ancak satılan malı ayıplı haliyle kanun gereği kabul etmiş sayılır. Aynı zamanda ayıptan veya sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kaybeder. Bunun yanında, ihbarda geciken alıcı sadece malın sözleşmeye aykırılığını ileri sürebilir[20]. Borçlar Hukukundaki doktrine göre, muayene ve ayıbın ihbarını sadece kanunen mükellefiyet olarak değerlendirme yönünde bir görüş söz konusudur[21]. İhbar mecburiyetinin CISG'da yer alması açısından Borçlar Hukuku ile arasında fark söz konusudur. Çünkü mecburiyet ile mükellefiyet arasında kavramsal fark sözleşmeyi tanıyan ülke hukuk geleneğinde aynı anlama gelmemektedir[22].

OR; **Giger**, PN. 61,Art. 201 OR; **von Tuhr, A/Peter**, A., **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl.Band 1, 1. und 2. Lieferung, Zürich 1974 und 1979; mit Supplement, Zürich 1984.** 175 f. dpn 25; BGE 107 II437 f.;**Urteil des BGer vom 28.5.2002,** Nr. 4C.395/2001, Erw. 2.1.1; **Furrer,** R., **Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973**,54; **Katz**,H-P., **Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973,** 67; **Edis,** 85; **Yavuz,** 113; **Gümüş,** A., **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012**,102; **Aral/Ayrancı,** 118; **Şahiniz,** 76; **Schönle/Higi,** PN. 23,Art. 201 OR; **Müller-Chen,** M., **Folgen der Vertragsverletzung, Habil. Basel, Zürich 1999 = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 37,** PN. 16, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,**PN. 5, Art. 39 CISG; **Freiburg,N., Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr, IHR2005,** 56, 57; **Klaedtke,** U., **Die Maengelrügefrist im UN-Kaufrecht, Aachen 2003**, 13; **Ferarri/Ferrari,** PN. 3 Art. 39 CISG.

18 **Bucher, BT**, 94; **Gauch, P., Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011**, PN. 2135, 773; **Schönle/Higi**, PN. 23,Art. 201 OR; **Giger,** PN. 61,Art. 201 OR; **von Tuhr/Peter,** PN. 25, Art. 201 OR; **Furrer,** 54; **Katz,** 67.

19 **Honsell,** PN. 2, Art. 201 OR; **Furrer,** 54; **Gauch,** PN. 2108, 765; **Tannó,** P., **Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, St. Gallen 1993.** 5; **Giger,** PN. 5, Art. 201 OR; **Schönle/Higi,** PN. 11, Art. 201 OR; **Aral/Ayrancı,** 118; **Yavuz,** 113; **Tandoğan, I/I,** 180; **Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, (Özel),** 148 vd; **Gerny,** M, G., **Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Diss. Basel, Basel/Genf/München 1999** 47; **Huguenin, C., Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008,** PN. 293, 44; **Edis,** 86; **Şahiniz,** 76; **Aktürk, İ., Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012,**71.

20 **Tannò,** 4 vd; **Giger,** PN. 5,Art. 201 OR; **Staudinger/Magnus,** PN. 12,Art. 38 CISG; **Janssen,** 43vd;

21 **Schönle/Higi,** PN. 11, Art. 201 OR; **Giger,** PN. 5,Art. 201 OR; **Honsell,** PN. 2, Art. 201 OR.

22 **Akikol,** PN. 642, 244.

C. İhbar Yükümlülüğünün Kullanım Alanı

Her iki satım hukukunda da ihbarın düzenleniş alanı geniştir. Türk Borçlar Hukukunda (TBK. m. 219) ve CISG m. 35'de düzenlenen ayıptan ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, malın sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması veya garanti edilen özelliklerin malda bulunmaması durumlarından bağımsız olarak ihbar mecburiyeti düzenlenmiştir[23]. İhbar mecburiyeti sadece malın teslimi ile ilgili olmayıp bilakis malın tamiri veya ayıpsız benzeri ile değişimlerinde de vardır[24].

Türk Borçlar Kanunu ve CISG arasında ihbar mecburiyetinde benzerlik bulunmasına rağmen, alıcı CISG'a göre muayene ve ihbar mecburiyeti açısından daha yoğundur. Çünkü Türk Borçlar Kanunu m. 219'daki "*ayıp*" kavramı ile "CISG m. 35'deki "*sözleşmeye aykırılık*" birbirinden sadece kalite açısından olmayıp, tür, nitelik ve paketleme hataları açısından da geniş bir şekilde farklılık arz etmektedir. Ayıplı mal teslimi, Türk Borçlar Hukukunda yerine göre ifa etmeme yerine göre ise temerrüddür. Doktrinde hâkim olan görüşe[25] göre de, satıcıya yapılacak ihbar mecburiyetinin ancak yanlış ifa hallerinde olması gereğidir. Ancak bu durum kabul edildiğinde milletlerarası satımda, m. 40'ın istisnası söz konusu olur. CISG'a göre niteliği kararlaştırılan malın teslim edilmemesi halinde alıcının CISG'a göre ihbar mecburiyeti bulunmamaktadır. Borçlar Kanununda düzenlenen ayıptan doğan sorumluluk hükümleri hem ticarî satımlara hem de normal satımlara uygulanır. Bu anlamda CISG'dan ayrılır. Aslında CISG m. 1/III'de "*Bu antlaşmanın uygulanmasın da ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmaması, ne de sözleşmenin adi veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır"* hükmüne yer verilmiştir. Ancak CISG daha ziyade ticarî satımlara uygulanır. Ancak her iki satım hukukunda da alıcının maldaki eksikliği fark ettiğinde belli bir süre içerisinde satıcıya bildirme mecburiyeti bulunmaktadır.

II. Türk Borçlar Kanunu'na Göre İhbar Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu m. 223'e göre, "*alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve satılanda satıcının sorum-*

---

23 **Venturi,** PN. 2, Art. 201 OR; **Honsell,H., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1- 529 OR, 4. Aufl., Basel 2007**, (**BSK),** PN. 3,Art. 201 OR; **Müller-Chen,**PN. 16,Art. 201 OR; **Edis,** 86; **Tandoğan, I/I, I/1,**180; **Aral/Ayrancı,** 118; **Şahiniz,** 76; **Gümüş,** 102; **Yavuz,** 113; **Brunner,** PN. 1,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 8,Art. 38 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 7, Art. 39 CISG; **Witz, W/Salger, H-C/Lorenz, M., International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, Heidelberg 2000,** PN. 6, Art. 35 CISG.

24 **Gelzer,P., Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2003 , (Anpassung),** 40; **Ferrari, F., Die Rügeobliegenheit bei Vertragswidrigkeit nach Art. 39 CISG, ZSR NF 125 (2006) 1. Halbband, Rügeobliegenheit,** 537.

25 **Honsell/Magnus,** PN. 7,Art. 39 CISG; **Achilles,** PN. 2,Art. 39 CISG.

luluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır". Burada alıcıya bir görev verilmektedir[26]. Satım konusu malı aldıktan sonra incelemek eğer malda bir ayıp bulmuşsa bu durumu satıcıya imkân bulur bulmaz bildirmek, mükelleftir. Eğer alıcı yapması gereken bu yükümlüğü yerine getirmezse alıcı maldaki ayıpla birlikte malı iktisap etmiş sayılır. Burada satıcının sorumluluğunun doğabilmesi için alıcının malı alır almaz fark ettiği veya yapacağı kısa bir gözden geçirme ile anlayabileceği ayıplardır. Bunun dışında alıcının belli özel teknik ve metodlarla yapacağı inceleme sonucu bulunabilecek ayıplar buraya dâhil değillerdir. Alıcının bulduğu ayıbı, satıcıya zamanında ve doğru bir şekilde bildirme yükümlülüğü, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun doğabilmesinin bir şartıdır[27]. Burada

---

26 Ayıbın ihbarı bazı hukuk sistemlerinde, sadece ticari satımlarda öngörülmüştür (**Schwartze,** A., **Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Habil. Hannover, Tübingen 2000** 474 vd; **Atamer**, Y., **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005,** 220); Ancak bizimde dâhil olduğumuz İsviçre Borçlar Kanununda ayıp ihbarı bütün satımlar için öngörülmüştür. Ticari satımlarda ayıbın ihbarı anlaşılabilir. Ancak adi satımlarda da hala ihbarda bulunma yükümünün olması tartışılmaktadır. Yeni değişen BK'da da yine ihbar yükümlülüğü yerni korumuştur. Bu konuda eleştiriler için bkz. **Kramer,** 1,4; **Buz,** V., **Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005,**145 vd.

27 **Atamer,** 220 vd; **Yavuz,** 113; **Gümüş,** 102; **Edis,** 84-85; **Şahiniz,** 76-77; **Tandoğan, I/I, I/1,**180-181; **Aral/Ayrancı,** 114; **Zevkliler/Gökyayla,** 106; S**chönle/Higi,** PN. 23, Art. 201 OR, **Schönle, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1- 529 OR), Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184- 191 OR, Zürich 1993** PN. 7, 21, Art. 197-201 OR; **Giger, P., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf (Art. 184- 215 OR), Bern 1980,** PN. 61, Art. 201 OR; **Honsell, H., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006 BT,** 80; **Honsell,** PN. 10,Art. 201 OR; **Huguenin,** PN. 293-294, 44-45; **Müller-Chen,**PN. I vd, Art. 201 OR; **Zeytin,** Z**., Milletlerarası Mal satım Sözleşmeleri (CİSG) Hukuku, Ankara 2011,**133; **Keller, M/Siehr, K., Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995,** 84; **BGer, vom. 28.05.2002,** 4C. 395/2001, E. 2.1; " *Dava, satım esnasında sunulan projede ve tanıtımlarda belirtilen ancak bunlara uygun olarak yapılmayan veya eksik yapılan işler nedeni ile davacının satın aldığı dairede oluşan değer kaybının ödetilmesi istemine ilişkindir. Davacı satın aldığı bu taşınmazla ilgili ayıp ihbarını, davalılara bildirmemiştir. Davacı bundan sonra açtığı eldeki dava ile inşa edilen spor kompleksinin tapusunun bağımsız bölüm maliklerine verilmeyip, TOKİ üzerinde bırakıldığını ve spor kompleksinin sadece site sakinlerinin kullanımına sunulması gerekirken, kamuya da açıldığını ileri sürerek, bu ayıp nedeniyle satın aldığı taşınmazda meydana gelen ekonomik eksikliğin tazminini istemiştir. Davacının dava dilekçesinde tanımladığı bu durumun satın aldığı bağımsız bölümün ekonomik değerini düşüren açık ayıpolduğu, davalıların bu ayıbı gizlemek için de herhangi bir hileyebaşvurmadıkları, davacının bu ayıplardan bağımsız bölümü satın aldığı tarihte kolayca bilgi sahibi olabileceği kuşkusuzdur. Davacının teslim aldığı bağımsız bölüm nedeniyle, malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde davalılara ayıp ihbarında bulunmadığı tartışma konusu değildir. Her ne kadar, konut satımlarında zaman aşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüş ise de, otuz günlük ihbar süresinin burada da uygulanacağı kuşkusuzdur. Öteki deyişle, konutu satın alan davacı, açık ayıp halinde, malı teslim aldığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde satıcı veya malike ayıp ihbarında bulunur ise, bu*

gerçekleşen ayıbın bildirilme yükümlüğü, sorumluluğu kuran bir durum olmayıp, bilakis sorumluluğu koruyan bir gerekliliktir. İhbar, alıcıyı ayıptan doğan haklarını kaybetmeden evvel korur, ancak hakları kurmaz. Yani haklar, ayıplar ihbar edildi diye var değildir[28]. Alıcı, satıcının kanundan dolayı sorumlu olmadığı bir ayıptan kusurlu bulunuyorsa, bu durumda satıcı, alıcı tarafından yapılan ihbara itiraz etmemiş olsa bile bu durum, onun ayıptan doğan sorumluluğuna sebep olmaz[29].

Türk Borçlar Kanunu m. 223'ün iki fıkrası arasındaki sistematik bağ açıktır. Fıkralarda öngörülen ihbar süreleri ayıbın türlerine göre değişmektedir[30]. Meselâ, birinci fıkrada açık ayıplar düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise gizli ayıplar söz konusu olduğunda uyulması gereken ihbar sürelerine yer verilmiştir[31]. Ayıbı gören alıcının bunu satıcıya hemen bildirmesi gerektiği birinci fıkrada öngörülmüştür[32]. Bu yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için satım konusu malda olağan bir gözden geçirmeyle görülebilecek veya zaten malda görülebilen açık ayıplar söz konusu olduğunda, alıcı imkân hâsıl olur olmaz satıcıya durumu bildirmekle yükümlüdür.

Açık ayıpların tersine gizli ayıplarda ise, alıcının ayıbı imkân hâsıl olur olmaz bildirme yükümlüğü söz konusu değildir. Çünkü bu durumlarda maldaki ayıp olağan bir kontrolle ortaya çıkarılabilecek durumda değildir. Ayıbın ortaya çıkabilmesi için ya belli bir süre kullanılması gerekir ya da uzman bilirkişiye gösterilmesi gerekir.

---

durumda malı teslim aldığı tarihten itibaren beş yıl içerisinde 4077 sayılı Kanun'a dayanarak dava açabilecektir. Hal böyle olunca, mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş olması yasaya uygundur" (**YHGK. T. 02.11.2011, E. 2011/13-468, K. 2011/666,** Kazancı Otomasyon).

28 **Gauch**, PN. 2166, 782; **Giger,**PN. 61,Art. 201 OR; **von Tuhr/Peter,**PN. 25, 176; **Furrer,** 54; **Katz,** 67; **Schönle/Higi,**PN. 23,Art. 201 OR; BGE 118 II 147.

29 **Schönle/Higi**, PN. 25a,Art. 201 OR; **Zehnder,** H., **Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 96 (2000) ,** 545.

30 **TBK. m. 223** " *Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmek ve satılanda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.*

Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılanda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması halinde bu hüküm uygulanamaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan u ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır"

31 "*… Buna göre, ikinci el aracın gizli ayıplı olduğu ve davacının ayıpları öğrendikten hemen sonra süresi içerisinde ve davacının ayıpları öğrendikten hemen sonra süresi içerisinde durumu davalıya bildirerek sözleşmeyi feshettiği dosya kapsamına göre sabittir. O halde mahkemece, davalının ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü olduğu dikkate alınarak hasıl oalcak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ile ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir*" (**Y. 13. HD., T. 04.07.2012, E. 11034/17380 K.)** (Karar yayınlanmamıştır)**.**

32 "*Alıcı eğer maldaki ayıp belli ise teslimden itibaren iki gün, eğer açıkça belli değil ise 8 gün içinde, durumu satıcıya bildirmeye mecburdur. Tacirler arasındaki ihtarlar noter kanalı ile veya iadeli taahhütlü olarak yapılmak zorundadır. Ayıp ihbarının tanık beyanlarına göre süresinde yapıldığı kabul edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir*" (**Y. 19.HD. T. 20.03.2003, E. 2002/287, K. 2009/2806,** Kazancı Otomasyon).

Bundan dolayıdır ki alıcının yükümlülüğü, bu tür ayıpların bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir[33][34].

Hayvan satımlarında[35] ayıbın bildirilmesi için farklı bir düzenleme söz konusudur. Hayvan satımlarında kanun koyucu diğer satımlarda düzenlediği süreleri burada öngörmemiştir. TBK. m. 224'e göre, "*alıcı satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirtilmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse, satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde …. ayıbın kendisine bildirilmesini"* alıcıdan talep eder. Kanun hükmünde de belirtildiği gibi hayvan satımlarında satıcının yazılı olarak hayvan hakkında garanti vermemişse veya hayvanın gebeliğine ilişkin olarak herhangi bir aldatma söz konusu değilse, ihbar süresi hayvanın devrinden veya devirde temerrüde düşülmüşse temerrüdün gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlar[36]. Bu andan itibaren dokuz gün içinde ayıpların ihbar edilmesi gerekir[37]. Bu süre hayvanın gebe olmaması du-

---

33 " *Uyuşmazlık, gizli ayıplı mal satımı iddiasından kaynaklanmaktadır. Davacı vekili dilekçesinde malın teslim alım tarihinden itibaren 10 gün sonra ayıbın açığa çıktığını belirtmiş, ancak dava tarihine kadar davalıya usulüne uygun biçimde ayıp ihbarında bulunduğuna ilişkin belgeyi dosyaya sunmamıştır. Bu durumda ayıp ihbarının süresinde ve usulüne uygun biçimde yapılmadığı gözden kaçırılarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir* (**Y. 19. HD, T. 07.04.2009, E. 2008/6736, K. 2009/2806,** Kazancı Otomasyon).

34 " *Davacı tarafın iddiası, mahkemede alınan bilirkişi kurulu raporu ve Almanya'da yaptırılan tespite göre, bu bölüm zeytinlerin, "gri-yeşil renk aldığı ve küf tutma ve mayalanma sonucu" acılık meydana getirdiği gözlenmiştir. 34 tır halinde taşınana ve önemli tutarda olan bu zeytinler için yapılacak muayene ve ihbarın hemen ve ya birkaç gün içinde yapılamsı mümkün değildir. İddia edilen ayıplar nitelik yönünden de, gizli ayıp sayılabilecek derecededir. Çünkü bu ayıplar sadece gözleşmele değil, laboratuar sonucu ortay çıakbilecek niteliktedir. Bu durumda 397, 200 kg tutarındaki zeytinlerin ayıpları yönünden süresinde ihbar ihbar yapıldığını kabulü ile sonucu çerçevesinde karar vermek gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir* (**YHGK., T. 03.02.1999; E. 1999/11-4, K. 1999/55,** Kazancı Otomasyon)".

35 Hayvan satımında anlaşılması gereken insan ihtiyaçlarını karşılayan hayvanlardır. Bunlar, inek, keçi, dana, at, domuz vb.

36 **Tandoğan, I/I,** 184; **Zevkliler/Gökyayla,** 107; **Yavuz,** 116; **Edis,** 90; **Honsell, BT,** 89-90.

37 "*Bilindiği üzere hayvan satımlarındaki tekeffül süresinin açıkça tayin edilip edilmemesi konusundaki ayrımı içeren BK. 199 maddesinin tek başına ele alınması olanaklı değildir. Hayvan satımı ile ilgili hükümler bir bütün olarak ele alınmalı ve değerlendirme bu ölçülere göre yapılmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere satıcının sorumluluğunun temel şartı olan Tekeffül yazılı olmalıdır. Ne var ki taraflar ayıbın ihbar müddetini yazılı tekeffül sırasında belirlemek zorunda değildirler. Bu belirlemenin yapılmaması durumunda uygulanacak süre ise BK.nun 199. maddesinde belirtilmiştir. Tekeffülün varlığı yanında ihbar müddetinin açıklanmamış olması durumunda bu maddenin uygulanması söz konusu olabilir. Davacı satıcının davalı alıcıya yazılı tekeffülü olmadığından taraflarca belirlenmiş ya da belirlenmese bile uygulanacak bir ihbar müddetinin varlığından söz etmek de olanaklı değildir. Yasal ihbar müddeti olan 9 günlük sürenin uygulanması için de satıcının yazılı tekeffülü aranmaktadır. Bir an için bu maddenin uygulanabilirliği kabul edilse dahi alıcının satıcıya yasal sürede ihbarda bulunduğu konusunda bir delil ve bulgu da bulunmamaktadır. O halde satılan davalıya geçmiş bulunmakla nefi ve hasar davalıya aittir. Davalının satım bedelini davacıya ödemesi gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır* (**YHGK., T., 16.05.2001, E. 13-419/420 K.,** Kazancı Otomasyon).

rumunda geçerlidir. Hayvanın gebe olduğuna dair bir garanti verilmiş ancak hayvan gebe değilse, ihbar süresi için dokuz günlük süre uygulanmayıp, hayvanın gebe olmadığı anlaşıldığı andan itibaren gecikmeksizin ihbarın yapılması gerekir[38]. Burada alıcı, hayvanın gebe olduğunu sanarak satım sözleşmesi yaptığını belirtip TBK. m. 30'da düzenlenen temel hatası hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir[39].

Hayvan satımlarında, satıcının ayıptan sorumlu olması için, belirttiği ve söz verdiği hususları, yazılı biçimde üstlenmiş olması gerekir. Bu üstlenme yazılı değilse satıcı kural olarak sorumlu tutulamaz[40]. Ancak hayvan satımlarında, kanun koyucu satıcının hilesi durumlarında satıcıyı TBK. m. 225 gereği hilesinden dolayı korumamıştır[41]. Satıcının hilesi daha ziyade hayvanın gebe olması durumlarında söz konusu olduğunda, alıcının durumu belirtilen zamanda bildirmemiş olması ayıba karşı sorumluluktan doğan hakların kaybına sebebiyet vermez. Ayrıca eğer satıcı hayvanın niteliği için alıcıya belli özelliklerin varlığı hakkında garanti vermişse, bu durumda da zamanında ihbarın yapılmamış olması alıcının haklarını etkilemez.

Hayvan Satımı, İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak Türk Borçlar Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ayrıca söz konusu özel hükümlerin hangi hayvan satımı için uygulanacağı konusunda Kanunumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu hükümlerin canlı hayvan satımına uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe de bulunmamaktadır[42].

III. Viyana Satım Sözleşmesine Göre İhbar Yükümlülüğü

Viyana Satım Sözleşmesinde, alıcının ihbar yükümlülüğü Amerikan ve Alman hukuk çevrelerinin kurallarına uygun fakat Fransız ve ona yakın hukuk çevrelerinin düzenlemelerine aykırıdır[43]. Viyana Satım Sözleşmesinin kabul edildiği diplomatik toplantıda en tartışmalı[44] kısım sözleşmeye aykırılık ihbarı konusunda yaşanmıştır. Sözleşme metni oluşturulurken sözleşmeye ilham kaynağı olan Avrupa Satım Sözleşmesinin 39. maddesinde yer alan ihbar için "*kısa süre*" ifadesi CISG metninde "*uygun bir süre*" olarak yer almıştır. Bu ayrımın pratik yararı, CISG'da sözleşmeye

---

38 **Tandoğan, I/I,** 184; **Edis,** 90; **Yavuz,** 116; **Honsell,** 90; BGE 86 II 30.

39 BGE 111 II 70.

40 "*Taraflar arasındaki ilişki hayvan alım satım ilişkisidir. Davacı hayvanını davacıya satıp teslim etmiş ve bu suretle satım tamamlanmıştır. Hayvan alım satımında satıcı yazılı olarak kefalet etmedikçe yahut alıcıyı iğfal etmiş olmadıkça tekeffül etmiş addolunamaz*" (**YHGK. T. 06. 05. 2001, E. 2001/13-419, K. 2001/420,** Kazancı Otomasyon).

41 **Tandoğan, I/I,** 184; **Zevkliler/Gökyayla,** 107.

42 **Zevkliler/Gökyayla,** 107; **Tandoğan, I/I,** 182.

43 **Akikol,** PN. 610, 231.

44 **Schlechtriem,** 150; **Staudinger/Magnus,**PN. 1,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,**PN. 3,Art. 39 CISG; **Pıltz,**PN. 5-59, 258; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 1,Art. 39 CISG; **Ferrari/Ferrari,**PN. 1,Art. 39 CISG.

aykırılığın alıcı tarafından bildirilmesi modeli Alman hukuk sistemine göre şekillenmesinde gerçekleşmesidir[45]. Çünkü Alman Ticaret Kanunu § 377'de de aynı düzenleme bulunmaktadır[46].

CISG 39/I hükmü gereğince, satım konusu malda, herhangi bir ayıp saptanması halinde, alıcının makul bir süre içerisinde, ayıbı türünü de belirterek satıcıya bildirmesi gerekir. Aksi takdirde anılan düzenleme gereğince alıcı, sözleşmeye aykırılığa dayanamaz[47]. Ancak alıcı, satım konusu malda herhangi bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makûl bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığın türünü de belirtmelidir. Aksi takdirde sözleşmeye aykırılığa dayanamaz[48]. Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere, CISG'da ihbar yükümlülüğü, Borçlar Kanunundan farklı olarak düzenlenmiştir. Burada alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilmesi ve söz konusu sorumluluğun kurulabilmesi için sözleşmeye aykırılığın ihbar edilmesi gerekir. Alıcı belirtilen sürede satıcıya maldaki sözleşmeye aykırılıkları bildirmezse bu durumda kanunda belirtilen sözleşmeye aykırılığa dayanan haklarını kullanamaz[49]. Ayrıca satıcının sorumluluğunun doğması içinde ihbar yükümlüğü gereklidir.

CISG'da belirtilen ihbar süresinin başlangıcı, alıcının sözleşmeye aykırılığı tespit ettiği veya edebilmesi gereken durumlarda işlemeye başlar. Burada da açık ve gizli ayıp farkı ihbar süresinin hesaplanmasında göz önünde tutulmuştur. Ayıbın alıcı tarafından muayene edildikten sonra ne zaman tesbit edileceği, CISG m. 38'de belirtilen ayıbın türü, niteliği ve süresine bağlıdır. Açık ayıplarda, muayene ve ihbar süresi, iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Gizli ayıplarda ise ihbar yükümlülüğü aynen TBK m. 223/II'de düzenlendiği gibi sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği andan itibaren

---

45 **Honsell/Magnus,** PN. 3,Art. 39 CISG; **Vogel, Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Diss. Bonn 2000,** 20; **Kramer,** 617, 619; **Ferrari/Ferrari,** PN. 1, Art. 39 CISG.

46 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,**PN. 15,Art. 39 CISG; **Kramer,** 617-624; **Achilles,** PN. 9,Art. 39 CISG; **OGH (Austuria), v. 14.02.2012, CISG-online,** 2308; **Cour de Cassation (France), v. 08.11.2011,** CISG-online, 2310; **Rechtbank Hertagenbosch (Netherland), v. 07.09.2011,** CISG-online, 2363.

47 **CISG. m. 39**; 1. "*Alıcı, bir sözleşmeye aykırılıksaptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya sözleşmeye aykırılığı, türünü de belirtierek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; 2. Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki bu süre sözleşmeye tabi bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun*"; **Gerichtshof Hertogenbosch, 06.06.2013,** CISG-online, 2467; **OLG Koblenz,03.06.2013,** CISG-online, 2469;**Bundesgericht, Schweiz, 26.03.2013,** CISG-online, 2434; **Obergericht Zug, Schweiz, 05.03.2013,** CISG-online, 2471.

48 **OGH Avusturya,** v. 14.02.2012, CISG-online, 2308, Erw. 2.1.

49 **Ferrari/Ferrai,** PN. 3,Art. 39; **Staudinger/Magnus,** PN. 1,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 5,Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 5-6,Art. 39 CISG; **Freiburg,** 56, 57; **Klaedtke,** 13; **Atamer,** 228; **Zeytin,** 142.

işlemeye başlar. CISG'da yer alan hükümler, Türk Borçlar Kanununa göre alacaklının menfaatine hükümlerdir[50]. CISG'da derhal bildirim yükümlülüğü sadece CISG m. 39/I anlamında uygun bir süre içerisinde talep edilir. Bu süre asgari olan süredir. Sürelerin maksimum olduğu an ise, gizli ayıplarda geçerlidir ve iki yıldır (CISG. m. 39/II).

Milletlerarası satım sözleşmesinde canlı hayvan satımında, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. CISG'da hayvan satımı için Borçlar Kanununun aksine ne malın muayenesinde ne de ayıbın ihbarın da süre için üst sınır öngörülmemiştir. Burada alıcının ticarî ihtiyaçları ve hayvanın durumu da bilirkişi, görüşüne göre önem kazanmaktadır (CISG. m. 9).

CISG'da muayene ve ihbar külfeti, istisnai olarak düzenlenmiştir. Satıcı CISG. m. 40'a göre, sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı alıcının ihbarı geç yapması dolayısıyla sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlardan yararlanamaz. Burada da Borçlar Kanunu m. 225'de düzenlenen ve satıcının ağır ihmalli olarak maldaki ayıbı alıcıya bildirmemiş olduğu hallerde, satıcının sorumlu olacağı ilkesi CISG'da da yer bulmuştur. Aksi davranış, TMK. m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanımı olur. Ancak CISG m. 44'te yer alan düzenleme iç hukukumuzdaki satım sözleşmesinden ayrılır. Çünkü m. 44'de, alıcının gerekli bildirimi yapmama konusunda makul bir özrü varsa, iç hukuktan farklı olarak satım parasının indirilmesi ve tazminat talep edilebilir.

IV. Ayıp İhbarının İçeriği

İhbar yükümlülüğünden, alacaklının maldaki ayıbı somutlaştırıp satıcıya bildirmesi sonucu çıkarılır. İhbar, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın satıcıya somut bir şekilde gösterilmesi daha sonra alacaklı tarafından takip edilecek süreç hakkında karar vermeyi içerir[51]. Bundan alacaklı, ayıp ihbarının içeriğinde malda muayene sonucu tesbit ettiği ve önem verdiği tüm ayıpları bildirmekle yükümlüdür[52]. Aksi takdirde, görülmüş ancak bildirilmememiş ayıplar malın ayıplı haliyle kabul edilmiş sayılmasına sebep olur. Bu sayede satıcı, alıcının malı kabul etmediğini ve maldaki ayıbın

---

50 **Ferrari/Ferrari,** PN. 1, Art. 39 CISG.

51 **Giger,** PN. 62, Art. 201 OR; **Honsell,** PN. 10,Art. 201 OR; **Mü-Ko, Benicke, C., İn: Münchener Kommentar zum 2. Auflage HGB München 2007,** PN. 2,Art. 39 CISG; **Brunner**, PN. 4, Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 6,Art. 39; **Mü-Ko, Gruber, İn: Münchener Kommentar zum BGB Bd. III., Wiener Übereinkommen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, 6. Auflg. Beck. München 2012,** PN. 7, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus**, PN. 9,Art. 39 CISG; **OLG Karlsruhe, 08.02.2006**, IHR 2006, 106; **Achilles,** PN. 3,Art. 39 CISG; **Atamer,** 229; **Zeytin**, 144.

52 **Gauch,** PN. 2126, 770; **Tannó,** 81; **Giger,** PN. 64, Art. 201 OR; **Bieger,** A., **Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Zürich 2009,** 47; **Aktürk,** 173.

sebebini ve muhtevasını ihbardan anlaması gerekir[53]. Aksi takdirde, satıcı bildirilmeyen ayıplardan sorumlu olmaz. Ancak bu durum kaba bir şekilde maldaki ayıbın bildirilmesi veya genel satıcıya karşı olan güvensizlik için yeterli olmaz[54]. Bundan dolayıdır ki, ihbarda "*malın kötü işlendiğini*", "*en düşük kalitede olduğunu*"[55] veya "*malın berbat olduğunu*"[56] belirtmek yeterli olmaz[57]. Ayrıca, alacaklı ihbar yükümlülüğünde sadece malı tamamıyla berbat olarak nitelendirirse ayıptan doğan haklarını kaybeder[58]. Aynı şekilde satıcıya alacaklı tarafından bir şikâyetin bildirilmesinde de durum aynıdır. Burada da tam bir ihbar yapılmamış sayılır[59].

Alacaklı ayıbı somutlaştırmak mecburiyetindedir. Milletlerarası satım sözleşmesi bu konuda Borçlar Kanunu m. 223/I-II'den farklı olarak bir adım daha öndedir. Çünkü burada alacaklıdan maldaki satım sözleşmesine aykırılıkları tam olarak somutlaştırılması talep edilmektedir (CISG. m. 39/I)[60]. Orijinal metinde yer alan bu önkoşul anlatımı sıkılaştırılmalı ve sınırlayıcı yorumlanması gereği bir tarafa bırakılacak olursa, bu şekilde fazla bir kazanım olmaz. Bundan dolayı, hem iç hukukta hem de milletlerarası hukukta satım sözleşmelerinde mahkemeler alacaklı tarafından ayıp nitelemesinin daha ayrıntılı yapılmasını benimsemektedirler.

---

53 **Yavuz,** 117; **Edis,** 87; **Tandoğan, I/I,** 180; **Gümüş,** 102; **Şahiniz,** 83; **Schönle/Higi,** PN. 25,Art. 201 OR; BGE 101 II 83, 85; **Giger,** PN. 64,Art. 201 OR; **Müller-Chen,** PN. 17,Art. 201 OR; **Keller/Siehr,** 84**; Rabel,** E., **Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2. Band, Berlin/Tübingen 1958.** 215.

54 **Urteil des BGer v. 28.5.2002**, Nr. 4C.395/2001, Erw. 2.1.1.;**Ferrari , Rügeobliegenheit,** 543; **Freiburg,**61; **OGH v. 14.1.2002,** CISG-online 643.

55 **HGer Zürich v. 30.11.1998**, CISG-online 415; **LG Hannover, v. 01.12.1993**, CISG-online, 244; **LG Erfurt v.29.07.1998,** CISG-online, 561.

56 **OLG Saarbrücken v. 3.6.1998**, CISG-online 354.

57 **Staudinger/Magnus,** PN. 24, Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 7, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 12, Art. 39 CISG; **Giger,** PN. 66, Art. 201 OR; **Herber/Czerwenka,** PN. 8, Art. 39 CISG; **Karollus,** 126; **Pıltz,** PN. 5-67, 262.

58 **Landgericht Coburg (D) v. 12.12.2006,** CISG-online 1447, Erw. I.f.

59 **LG Saarbrücken v. 2.7.2002**, CISG-online 713.

60 **Brunner,** PN. 4 Art. 39 CISG; **Schlechtriem, P., Einheitliches UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge, Darstellung und Texte, Tübingen 1981, UN Kaufrecht,** PN. 155, 120; **OLG Frankfurt v. 18.01.1994** CISG-online, 123 (*Almanya'da mukim alacaklı, İtalyada bulunan ayakkabı üreticisinden ayakkabı sipariş etmiştir. Malların tesliminden sonra alacaklı, teslim edilen ayakkabıların sözleşmede kararlaştırılan topuk ve yükseklik durumlarını taşımadığını ileri sürerek kararlaştırılan parayı ödemeyeceğini alacaklıya bildirmiştir. Mahkeme verdiği kararda alacaklıyı yapmış olduğu ihbarda yeteri kadar ayıbın özelliklerini belirterek onu somutlaştırmadığını ileri sürerek alacaklının talebini reddetmiştir*).

V. İhbar Süresi

A. Genel Olarak

Ayıbı ihbar süresi, çeşitli hukuk alanlarında mutlak ve nisbî ayıp ihbar süresi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak ayıp ihbar süresi, ayıp ihbar süresinin ne zaman başlayıp, ne zaman kesin olarak sona ereceğine ilişkindir. Nisbî ayıp ihbar süresi, hem ne zaman başlayacağı hem de ne zaman sona ereceği somut olarak belirlenmemiş ihbara yöneliktir. Mutlak ihbar süresi, nisbî ihbar süresinden üç halde ayrılır. İlk olarak, sürenin başlaması ile ilgili bir tarih esas alınmış olması, ikinci olarak ihbar süresinin kesin olarak belli olması ve nihayet mutlak ihbar süresinde ihbarın yapılmamış olması halinde, alıcının ayıplı mal tesliminden kaynaklanan seçimlik haklarını kaybediyor olmasıdır. Mutlak ihbar süreleri zarfında gerekli olan ihbarın yapılmamış olması halinde, alacaklı haklarını kaybedeceğinden, bu sürenin hukukî niteliği hak düşürücüdür[61]. Mutlak ihbar süresi, CISG m. 39/II'de 2 yıl, İBK. m. 202/I'de dokuz gündür. TBK'da ise, mutlak ihbar süresi, ticarî satımlar için TTK. m. 23/c'de 2 ve 8 gün, tüketici sözleşmelerinde ise, 30 gün ihbar süresi düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda mutlak ayıp ihbar süresi hakkında tek düzenleme TBK. m. 224[62] hayvan satımına ilişkindir[63]. TBK. m. 223/I'de belirtilen "*bildirimin uygun süre içerisinde yapılması*" gereği nisbî ihbar süresine tâbidir. Bununla birlikte, gizli ayıplar söz konusu olduğunda ayıp ihbarı TBK. m. 223/II'de ayıbın " *anlaşılmasından sonra hemen bildirilmemesi halinde hak kaybına uğrayacağı*" düzenlenerek söz konusu ihbar süresi nısbî sürenin dışında bırakılmıştır.

Muayene süresinde olduğu gibi ihbar süresinde de TBK ve CISG'da gün, hafta ve ay gibi kesin bir süre öngörülmemiştir. İhbar süresinin hesaplanmasında, gerekli olan zaman yorum yoluyla belirlenir[64]. Türk Borçlar Kanunu m. 223/I'de *"….alacaklı satılanda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır*" hükmü ile alacaklının maldaki ayıbı fark eder etmez hemen vakit geçirmeksizin satıcıya bildirmesi gerekmektedir[65]. CISG'da ise, uygun

---

61 **Bieger,** 72 vd; **von Tuhr/Escher,** 162; **Yavuz,** 117; **Aral/Ayrancı,** 119; **Aktürk,** 186; **Atamer,** 233.

62 TBK. m. 224 " *Hayvan satımında satıcının sorumlu oalcağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi halinde sorumlu olur*".

63 **Tandoğan, I/I,** 181; **Edis,** 88; **Yavuz,** 116.

64 **Akikol**, PN. 847, 320.

65 **Giger**, PN. 77,Art. 201 OR; **Honsell, BSK,** PN. 10,Art. 201 OR; **Müller-Chen,** PN. 20,Art. 201 OR; **Keller/Siehr,** 85; **Zehnder,** 547 ff; **Gauch, P/Aepli, V/Stöckli**, H., **Praejudizienbuch zum OR, 6. Auflg. Zürich 2006,** PN. 12, 501; **Yavuz,** 118; **Aral/Ayrancı,** 118; **Tandoğan, I/I,** 180.

bir süre içerisinde maldaki sözleşmeye aykırılıkların bildirilmesi gereği üzerinde durulmuştur. Görüldüğü gibi milletlerarası satım sözleşmelerinde, ihbar süresi daha geniş ve rahat bir şekilde belirlenmişken, iç hukukta daha sıkı bir şekilde belirlenme yoluna gidilmiştir.

İç hukukta asıl kuraldan ayrılan kısım hayvan satımıdır. Burada TBK. m. 224'de satıcının lehine olmak üzere dokuz gün içerisinde alacaklı, hem hayvanı muayene edecek hem de bu sırada hayvana ilişkin tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirecektir. Burada gizli ayıplar, kanun hükmü dışında kabul edilmişlerdir. Yani malda daha sonra tespit edilecek gizli ayıplarda satıcı sorumlu olmaz. Ancak eğer satıcının sorumluluğu süreyle belirlenmiş veya gebeliğe ilişkin ise satıcının sorumluluğu söz konusu olur. Hayvan satımında hakların hukukî koruması için ayıp ihbarının yanında ayrıca öngörülen dokuz günlük süre içerisinde, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesi için alacaklı yetkili makamlara bildirmelidir[66]. Aksi takdirde alacaklının sorumluluğu söz konusu olur. Borçlar Kanununda hayvan satımında öngörülen dokuz günlük süre alacaklı için daha uygun sayılmaktadır. CISG'da ise süre hesaplamasında ölçüt makul olarak belirlenmiştir.

Bu açık avantaja karşı gizli ayıplara dayanmada, alacaklı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Ancak eğer satıcı tarafından alacaklıya belli bir süre öngörülmüşse bu süre sonuna kadar satıcı sorumlu olmaya devam eder (CISG. m. 39/II)[67]. Milletlerarası hayvan satımı söz

---

66 "*…Bunun yanında; hayvan satımında ayıptan satıcının sorumlu tutulabilmesi için, hem, ayıplar teslimden veya alıcının hayvanı teslim almakta temerrüdünden itibaren 9 gün içinde satıcıya ihbar edilmiş olmalı, hem de hayvanın bilirkişi tarafından muayenesinin yapılması için aynı sürede yetkili mercie başvurulmuş olmalıdır, ihbar müddeti sözleşmede ya da yazılı kefalette taraflarca da ayrıca tayin edilebilir. Bu hallerde tayin olunan süre uygulanır... …Bilindiği üzere hayvan satımlarındaki tekeffül süresinin açıkça tayin edilip edilmemesi konusundaki ayrımı içeren BK. 199 maddesinin tek başına ele alınması olanaklı değildir. Hayvan satımı ile ilgili hükümler bir bütün olarak ele alınmalı ve değerlendirme bu ölçülere göre yapılmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere satıcının sorumluluğunun temel şartı olan Tekeffül yazılı olmalıdır. Ne var ki taraflar ayıbın ihbar müddetini yazılı tekeffül sırasında belirlemek zorunda değildirler. Bu belirlemenin yapılmaması durumunda uygulanacak süre ise BK.nun 199. maddesinde belirtilmiştir. Tekeffülün varlığı yanında ihbar müddetinin açıklanmamış olması durumunda bu maddenin uygulanması söz konusu olabilir. Davacı satıcının davalı alıcıya yazılı tekeffülü olmadığından taraflarca belirlenmiş ya da belirlenmese bile uygulanacak bir ihbar müddetinin varlığından söz etmek de olanaklı değildir. Yasal ihbar müddeti olan 9 günlük sürenin uygulanması için de satıcının yazılı tekeffülü aranmaktadır. Bir an için bu maddenin uygulanabilirliği kabul edilse dahi alıcının satıcıya yasal sürede ihbarda bulunduğu konusunda bir delil ve bulgu da bulunmamaktadır. O halde satılan davalıya geçmiş bulunmakla nefi ve hasar davalıya aittir. Davalının satım bedelini davacıya ödemesi gerekir…*" (**YHGK., T. 16.05.2001, E. 13-419/420, Kazancı Otomasyon**).

67 **Honsell/Magnus**, PN. 29, Art. 39 CISG; **Brunner**, PN. 16,Art. 39 CISG; **Freiburg,** 228; **Herber/Czerwenka,**PN. 10,Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber**, PN. 40,Art. 39; **Mü-Ko, Benicke**, PN. 15,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus**, PN. 62,Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 23,Art. 39 CISG.

konusu olduğunda da, bu hüküm uygulanınca, alacaklı hayvanlarda bulunan açık sözleşmeye aykırılıkları saptar saptamaz makul bir sürede satıcıya bildirir. Ancak sözleşmeye aykırılıklar gizli ise, hayvanların fiilen kendisine verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde satıcıya bildirmelidir. Alacaklı ihbarı zamanında yapmazsa iç hukukta ayıptan doğan, CISG'da ise sözleşmeden doğan haklarını kaybeder. Bu süreler doktrinde, tarafların haklarını ileri sürmeleri için verilmiş imkânlar olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı söz konusu süreler zamanaşımı olarak belirtilmemişlerdir[68].

B. İhbar Süresinin Başlangıcı

1. Genel Olarak

İhbar süresi, bütün ayıplarda aynı anda başlamaz. CISG. m. 39/I bu konuda ortalama gayet basit ve iç hukukta da geçerli olabilecek kelimelerle anlatılmıştır. İhbar süresi, alacaklının belirli sözleşmeye aykırılıkları tespit ettiği veya etmek mecburiyetinde olduğu andan itibaren işlemeye başlar[69]. Bu sebeple muayene süresinin bitmesinin beklenmesine gerek yoktur[70]. İhbarın yapılacağı en geç süre ise maldaki ayıbın bilinebildiği andır. Alacaklı maldaki ayıbı daha evvel tespit ederse, ihbar süresi, bilinme tarihi olarak kesinleşir[71]. Ancak bu kuralın gerçekleşmesi maldaki ayıbın açık veya gizli olmasına göre farklılık arz eder.

a. Açık Ayıplarda Sürenin Başlangıcı

Açık ayıplarda, ya alacaklı ayıbı mutad muayene sonucu keşfeder ya da maldaki ayıp zaten görünmektedir. Ayıp ihbarı da bu andan itibaren işlemeye başlar[72]. Açık ayıplarda; malın mutad muayenesi sonucu tespit edilen ayıplar, teslimden sonra

---

68 **Schönle/Higi**, PN. 20,Art. 201; **Schubiger**, 103; **Brunner**, PN. 2,Art. 39 CISG.

69 **Honsell/Magnus,** PN. 16, Art. 39 CISG; **Stathouli,** S., **Die Haftung ders verkaeufers für Sachmaengel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und grieschen rechte, München 2006**, 114; **Pıltz,** PN. 5-86, 271.

70 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 19, Art. 39 CISG; **Heilmann,** J., **Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Diss. Hamburg, Berlin 1994 = Schriften zum Internationalen Recht, Band 67**, 313; **Staudinger/Magnus,** PN. 29,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 15,Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 9,Art. 39 CISG; **Schlechtriem, UN- Kaufrecht,** 114; **Zeytin,** 143.

71 **Ferrari, Rügeobliegenheit**, 547; **Reinhart, G., UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991**, PN. 4, Art. 39 CISG; **Atamer,** 228; **Zeytin,** 143; **OGer Luzern v. 8.1.1997**, UNILEX, Erw. 4.a.

72 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 19,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus**, PN. 32,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus**, PN. 16,Art. 39 CISG; **Piltz**, 5-71, 264; **Mü-Ko, Benicke,** PN. 5,Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 26,Art. 39 CISG.

muayene süresinde satıcıya ihbar edilmelidir[73]. Doktrindeki hâkim görüşe göre[74], ihbar süresi, kural olarak doğrudan devir ve teslimde malın kabul edildiği; mesafeli satımlarda da malın tesliminden itibaren başlar. Buradaki muayene süresinin sonu alacaklının maldaki sözleşmeye aykırılığı keşfettiği andır[75]. Açık ayıplarda, bundan dolayıdır ki ihbar süresinin başlangıcı ve sona ermesi muayeneye dayanmaksızın bulunmaktadır. Çünkü muayene, malın muayenesi ve ihbar edilmesi için ard arda iki kısmî süreden oluşmaktadır[76].

Teslim anında henüz bir muayene olmadan anlaşılabilen sözleşmeye aykırılıklardaki açık ayıplarda, ihbar süresinin malın teslimi ile başlayıp başlamayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş, ihbar yükümlülüğünün teslimle başlayacağını kabul etmekte ve alacaklının bu hakkı hem iç hukukta hem de milletlerarası satım sözleşmesinde, açık ve gizli ayıplarda da kullanabileceği yönündedir. Ancak yükümlülüğün teslimle başlayacağı durumu sadece ihbar yükümlülüğüne ilişkin olup muayene yükümlülüğünde kullanılamaz[77]. İhbar yükümlülüğünün mesafeli satımlarda ne zaman başlayacağı sorunu genel olarak çözüme bağlanmayıp, olay somut olaylara göre belirlenmiştir. Aslında ayıpların muayenesi çok zaman almaz. Fakat alacaklı istisnai olarak mutad

---

73 "*Dava, satım esnasında sunulan projede ve tanıtımlarda belirtilen ancak bunlara uygun olarak yapılmayan veya eksik yapılan işler nedeni ile davacının satın aldığı dairede oluşan değer kaybının ödetilmesi istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; dava konusu olayda "ayıplı ifa" mı, yoksa "eksik ifa"nın mı söz konusu olduğu; burada varılacak sonuca göre satıcının sorumluluğuna gidilebilecek zaman aşımı süresinin ne olduğu ve dava tarihinde zaman aşımı süresinin dolup dolmadığı noktalarında toplanmaktadır. Sözü edilen ayıbın gizli ayıp olmadığı anlaşılmaktadır. Konutu satın alan davacı, açık ayıp halinde,* ***malı teslim aldığı tarihten itibaren****…*" (**YHGK. T. 24.04.2011, E. 2011/13-4, K. 2011/230,** Kazancı Otomasyon).

74 **Giger,** PN. 78, Art. 201 OR; **Gerny,** 38; **Gsell,** W., **Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926,** 64-65; **Ferrari/Ferrari,** PN. 20-21, Art. 39 CISG; **Tannó,** 78-79.

75 **Honsell/Magnus,** PN. 16,Art. 39 CISG; **Janssen**, 162; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 20,Art. 39 **CISG; Freiburg**, 56, 58; **Atamer**, 230; **Zeytin,** 143.

76 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 20, Art. 39 CISG.

77 **Honsell,** PN. 11, Art. 201 OR; **Furrer,** 57; **Gerny,** 38; **Giger,** PN. 5, 21,Art. 201 OR; **Girsberger, D., Was hat Thurgauer Ahorn mit Ananas aus Afrika gemeinsam? - Die schleichende Internationalisierung des schweizerischen Mängelrügerechts -, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag Zürich 2006, Mängelrügerecht,** 228; **Gauch,** PN. 2143, 775; **Schönle/Higi**, PN. 21a,Art. 201 OR; **Schumacher, R/Rüegg**, E., **in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001,** § 5 Fn. 362; CISG-AC, Opinion Nr. 2; **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 548; **Freiburg,** 58; **Janssen**,161; **Piltz,** PN. 5- 62, 260; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 20 Art. 39 CISG; **OLG München v. 13.11.2002**, CISG-online 786, Erw. 2.a; **Honsell/Magnus**, PN. 16, 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 30, Art. 39 CISG; **Freiburg**, 59; **Enderlein, F., Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in; Petar Šarč ević/Paul Voken (Hrsg.), International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures, New York/London/Rom 1986,** 171; **Vogel**, 113 f.

muayene süresinin sonuna kadar beklemek mecburiyetindedir. Ayrıca alacaklının tespit edilen ayıpları tek bir ihbarda özetlemesi gerekir.

Alacaklı maldaki ayıbı muayene süresi başlamadan keşfederse, sürenin başlangıcı, fiilî öğrenme tarihidir[78]. Alacaklı bütün malların fonksiyonlarının elverişliliği gibi niteliklerini kontrol edinceye kadar, belirli sözleşmeye aykırılıkların ihbarı beklenmez. Ancak bütün muayene süresi kısa tutulmuşsa, yeniden karar verilir.

b. Gizli Ayıplarda Sürenin Başlangıcı

Gizli ayıplarda ise, alacaklı malın mutad muayenesini bilemez. Muayene bu durumlarda ihbar süresinin başlangıcında etkili olmaz. Bu durumlarda ihbar süresi, ayıbın öğrenildiği andan itibaren başlar[79]. Alacaklı ayıbı daha erken öğrenmişse, ihbar süresi yine öğrenmeden itibaren başlar. CISG'da ise bu anlamda olmak üzere "*saptaması gerektiği*" ifadesine yer verilmiştir. TBK. m. 223/II'da *" hemen satıcıya bildirilmelidir*"[80] ve İBK. m. 201/III'de de "*ayıbı keşfeder etmez*" ifadesine yer verilmiştir. Buradan ne anlaşılacağı öncelikle tespit edilemese de, dürüstlük kuralına göre anlaşılması gereken, alacaklının önünde açıkça duran ayıplardır[81].

Bu durumlar somutlaştılacak olursa, alacaklının belli ayıpları tespit etmiş veya edebilecek durumda olması;

Borçlar Kanununun uygulandığı alanlarda, açık veya gizli ayıplarla ilgili ihbar süresinin başlaması için ayıbın keşfetme anı geçerlidir[82]. Alacaklı, ayıplardan haberdar olmalı[83] ve CISG'da olduğu gibi onları esaslı ve yeterli bir şekilde somutlaştırmalıdır[84]. Alacaklı fiilen ayıptan ne zaman bilgisinin olduğunu, olayda davaya

---

78 **Schumacher/Rüegg**, § 5 PN. 285; **Tannó**, 277; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 21, Art. 39 **CISG; Pıltz,**PN. 5-61, 259; **Schlechtriem, UN-Kaufrecht,** 114; **Vogel**, 111; **Ferrari/ Ferrari,** PN. 22,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN.18, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 33,Art. 39 CISG; **Zeytin,** 143.

79 **Honsell/Magnus,** PN. 17,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 32, Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 28,Art. 39 CISG; **Ferrari/Ferrari,** PN. 20,Art. 39 CISG; **Reinhart,** PN. 4,Art. 39 CISG; **OLG Graz, v. 11.03.1998**, CISG-online, 670.

80 "*Gizli ayıplar ortaya çıktığı andan itibaren derhal alıcı tarafından satıcıya ihbar edilmelidir. .."* (**Y. 13. HD., T. 02.06.1983, E. 1983/3289, K. 1983, /4646); Y. 11. HD., T. 03.07.2006, E. 2005/7812, K. 2006/7856,** Kazancı otomasyon.

81 **Schönle/Higi**, PN. 78a,Art. 201 OR; **Aktürk,** 189; **BGE 117 II 425** ff. (427) ; **BGE 107 II 172; BGE 118 II 142.**

82 **Gerny**, 37 ff; **Bieger,** 86; **Gümüş,** 103; **Tandoğan, I/I,** 181; **Yavuz,** 115; **Edis,** 88; **Şahiniz,** 81; BGE 107 II 172 ff. (175); 117 II 425 ff. (427); 118 II 142 ff. (148); **BGer vom 28.7.2000,** Nr. 4C.159/1999, Erw. 1.b.aa.

83 BGE 118 II 142 ff. (148); BGer vom 28.7.2000, Nr. 4C.159/1999, Erw. 1.b.aa, Art. 370 Abs. 3 OR.

84 **Staudinger/Magnus**, PN. 32, Art. 39 CISG; **Vogel,** 111; **Schlechtriem/Scwenzer/Schwenzer,** PN. 20, Art. 39 CISG.

bakan hâkime bildirmelidir. Temelde her iki satım sözleşmesinde, ayıbın türü ve kapsamı bilinmesi yeterli görülmektedir. Çünkü alacaklının ayıbı tam bir şekilde teknik açıdan ve sebeplerini göstermeye ihtiyacı yoktur. Zararın sebebinin tahkikatı için bilirkişi getirilmesi, ihbar süresinin başlangıcını ertelemez. Ayıbın olup olmaması ve artık alacaklı ve onun son alıcısının savundukları eksikliğin olmaması, hasarın sebebinin bildirilmesi, açısından önem arz eder. Eğer sözleşmeye aykırılıklar alacaklıya kesin olarak bildirilmişse, ihbar süresi malın bilirkişilerce ilk kez ele alınmasıyla başlar. Bundan başka bilirkişilerin muayene sürecinde okumaları ve anlamaları süreçten sayılmaktadır. Raporun girişi, ihbar süresinin o gün başlamasında herhangi bir engel teşkil etmez[85].

Alacaklı için ayıbın ne zaman öğrenilmiş sayılacağı sorunu hukukî bir sorun teşkil eder. Bunun cevabını verebilmek için objektif-sübjektif ölçüler karışık bir şekilde yorumlanmalıdır. Temelde objektif bilinebilirlik yeterli olmaktadır. İhbar süresinin başlangıcı, ortalama olarak alacaklının somut şartlar altında ayıbı öğrendiği andan itibaren başlar. Alacaklının ayıplar konusunda özel alan bilgisi varsa, o zamanı kendisi ayarlar. Alacaklının göstereceği özen onun tacir olup olmamasına göre değişir. Eğer alacaklı tacir ise, göstereceği özen daha yüksek olmalıdır. Tacir değilse, ortalama bir kişiden beklenen özeni göstermesi gerekir. Açık ayıplarda en geç muayenenin bitmesinden itibaren başlarken, gizli ayıplarda her durum özellik arz eder ve her duruma göre özel bildirim süresi hesaplanır. İhbar yükümlülüğü, hiç şüphesiz daha sonra gelişen gözden kaçan ayıplar için de geçerlidir[86]. Daha sonra ortaya çıkan ayıplarda, öncelikle alacaklı henüz sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermemiş olan maldaki ayıpların emarelerini belirtmek mecburiyetindedir. Bundan dolayı bu emarelerin tespitine ihbar süresi sebep olmaz[87]. Burada daha çok alacaklının ayıbın anlam ve önemini bilebiliyor olması aranır, yani burada durumun ciddi karakterde olması gerekir[88]. Diğer taraftan alacaklı malın ayıplı olduğu tespit edilinceye kadar beklemez, bilakis bu tür durumlarda onun özel özen yükümlülüğü söz konusu olur. Diğer bir anlatımla, alacaklı malda ciddi bir ayıbı keşfederse, onu izlemek mecburiyetindedir[89]. Burada Borçlar Kanunu CISG'a göre daha alacaklı dostu bir tavır takınmıştır.

Borçlar Hukuku alanında Federal Mahkemenin yeni kararlarının birinde, geli-

---

85 **Tannó**, 101.

86 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 20,Art. 39 CISG.

87 **Schönle/Higi**, PN. 77,Art. 201 OR; BGE 117 II 425 ff. (427); 118 II 142 ff. (148 f.); **BGer vom 28.7.2000,** Nr. 4C.159/1999, Erw. 1.b.aa.;**OLG Bamberg v. 19.8.1998,** CISG-online 482.

88 **BGE 118 II 142 ff**. (148 f.);**BGer vom 28.7.2000,** Nr. 4C.159/1999, Erw. 1.b.aa; **BGer vom 17.11.2003,** Nr. 4C.205/2003, Erw. 3.2; BGE 131 III 145 ff. (150) = Pra. 94 (2005) Nr. 50.

89 **Schönle/Higi,** PN. 78a, Art. 201 OR.;**Honsell/Magnus**, PN. 17,Art.39 CISG; **Mü-Ko, Benicke,** PN. 9, Art. 39 CISG. **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 20, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 32, Art. 39 CISG; **Mü-Ko**, **Gruber,** PN. 32, Art. 39 CISG.

şen zararların oluşumu hakkında bir şüphe söz konusu ise, diğer gelişmelerin izlenmesi durdurulur. İhbar süresi, alacaklının, satıcıya ayıp ihbarı yapmak için yeterli sebep ve bilgisi olur olmaz işlemeye başlar[90]. İhbar süresinden, bu gibi durumlarda somut şartlara göre belirlenen, ayıp belirtilerinin ilk kez tespitinin başlamasıyla belirlenen izleme süresi anlaşılır[91].

CISG'a ilişkin doktrin ve mahkeme kararlarında gizli ayıbı belirleyen alacaklı malın muayenesini yenilemekle yükümlüdür[92]. Muayene yükümlülüğü, bu tür hallerde CISG. m. 38 de olduğu gibi yeniden canlanır ve içerik olarak baştaki muayene gibi gerçekleştirilir. Eğer bilirkişiler yeterli görürler ise, alacaklı malın sadece dış kontrolü ile yetinir. Buradan çıkan sonuç ise, ihbar süresi gizli ayıplarda CISG. m. 38/I'e göre oldukça kısa tutulmuştur[93]. Milletlerarası satım sözleşmesinde uygulanan bu tutum aslında şaşırtıcıdır. Gerçekte, CISG'da alacaklıdan malın muayenesini oldukça geniş tutması istenemez[94]. Alacaklı temelde gizli ayıplara göre araştırmak veya onları hesaba katmak mecburiyetinde değildir. Ancak daha sonra şüpheli durumlar tespit edilirse, ayıp ihbarının amacı hızlı ve temellendirici bir açıklama ve ihbarı sunmayı gerektirir[95]. Özellikle de satıcıya, alacaklıda oluşan zararı azaltma imkânı verilmiştir. Alacaklıda malda sonradan meydana gelen zararın azaltılması veya sebeplerinin ortadan kaldırılması gibi amaçlar söz konusu ise, meydana gelen gelişmelerin sadece izlenmesi yeterli olmaz. Bundan dolayıdır ki alacaklının muayene yükümlülüğünün tekrar canlandığı burada kabul edilmelidir. Fakat uygulamada, sadece izlemenin yeterli olup olmayacağı veya devamlı kontrolün bildirilip bildirilmeyeceği her özel durumda tespit edilecek somut olaylara göre belirlenir[96]. İlk aşamada, ayıp belirtilerinin kötüleşip kötüleşmediği, devam eden gelişmelerin kısa süreli izlenmesi ile tespit

---

90 **BGer vom 28.7.2000**, Nr. 4C.159/1999, Erw. 1.b.bb "*Karara konu olayda, kalorifer ve mantolama sistemi yapıldıktan sonra pas lekesi vermeye başlamıştır. Sipariş veren bu durumu öncelikle iş sahibine bildirmemiş, bilakis ihbarı beklemiştir. Beklemesinin sebebi olarakta bu durumun normal bir gelişme olduğunu kabul etmesidir. Oysaki küf lekesi ciddi bir ayıptır. Burada ihbarın 6 hafta olması çok uzundur. Zararın gelişim hızı gözönüne alındığında iki hafta ihbar süresi yeterlidir".*

91 **BGer v. 28.07.2000,** Nr. 4C. 159/1999, Erw. 1.b.bb; **BGer vom 17.11.2003,** Nr. 4C.205/2003, Erw. 3.3.1 (Karara konu olayda muayene süresi reddedilmiştir).

92 **Ferrari, Rügeobliegenheit**, 547 f.;**Freiburg**, 59; **Janssen**,162 f.; **Schlechtriem/Schwenzer / Schwenzer**, PN. 20 Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus**, PN. 32, Art. 39 CISG; **Vogel**, 113; **Hoge Raad (NL) v. 20.2.1998,** UNILEX; **OLG Bamberg v. 19.8.1998,** CISG-online 482; **Hof Arnhem (NL) v. 27.4.1999,** UNILEX; **OGH v. 14.1.2002,** CISG-online 643; **BGH v. 3.11.1999,** CISG-online 475, Erw. II.2.a. WM 2000, 481-483; ZIP 2000, 234-236; MDR 2000, 258; RIW 2000, 381-382.

93 **BGH v. 03.11.1999,** CISG-online 475, Erw. II.2.b**.**

94 **Schönle/Higi**, PN. 78, Art. 201 OR;**Freiburg**, 58 f.;**Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 20, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus**, PN. 32, Art. 39 CISG.

95 **Maissen**, L., **Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto- Occasionen, Diss. Zürich 1999,**73, 77.

96 **Schönle/Higi,** PN. 78a, 81, Art. 201 OR.

edilir. Tehlikesi takip eden zarardan daha büyük olan yavaş devam eden ayıplarda yeni bir zararın ortaya çıkmasını beklemeye gerek yoktur, bilakis mal, imkân olur olmaz uzman tarafından muayene edilmelidir[97].

III. İhbar Yükümlülüğünün Tarafları Ve Şekli

A. Genel Olarak

Ayıp ihbarı, satıcıya veya onun yetkilendirdiği temsilcisine gönderilir[98]. Tam yetkili olmayan temsilcinin ihbarı, sadece alacaklının ihbar süresi başlamadan evvel ihbarı tasvip etmesiyle geçerli olur[99]. Milletlerarası Satım Sözleşmesinde temsil ile ilgili kurallar, iç hukuka göre belirlenir. Çünkü CISG'da bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[100]. Alacaklı ayıp ihbarını kaldırmak için malın muayenesini gerçekleştirecek nakliyeci ve yük temsilcisini yetkili kılmak istediğinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır[101]. Alacaklı tarafından birine tanınan muayene yetkisi, halinde eksperlerle ilgili hükümler uygulanır. Buna karşın tereddüt durumunda ihbar yetkisinin olmadığına hükmedilir[102].

B. İhbarın Göndereni

Türk Borçlar Kanununa göre ihbarı göndermeye esas olarak alacaklı yetkilidir. Bundan dolayı satıcının ihbarı alacaklı tarafından yapılmasını talep hakkı vardır. Türk Borçlar Kanunu m. 40'da düzenlenen temsil müessesesi ihbar konusunda da geçerli olur[103]. Yasal temsilcilik, alacaklının tam ehliyetsiz olduğu hallerde hastalık kaza gibi veya tamamen alacaklının üçüncü kişiye ihbarın gerçekleştirilmesi konusunda yetki verildiği hallerde söz konusu olur. İhbar hukukî nitelik olarak külfet

---

97 BGer vom 3.4.2002, Nr. 4C.379/2001 (Art. 370 Abs. 3 OR).

98 **Becker,** PN. 22,Art. 201 OR; **Gerny,** 45; **Oser/Schönenberger,** PN. 33,Art. 201 OR; **Müller-Chen,** PN. 16, 201 OR; **Gauch/Aepli/Stöckli,** PN. 14a, 502; **Tannó,** 84 vd; **Tandoğan, I/I,** 182; **Yavuz,** 106; **Gümüş,** 102; **Şahiniz,** 80; CISG'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 17,Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Benicke**, PN. 17,Art. CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 14,Art. 39 CISG; **Ferrari/Ferrari,** PN. 19,Art. 39 CISG; **Pıltz,** PN. 5-88, 272; **Staudinger/Magnus**, PN. 53,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 26,Art. 39CISG**; Herber/Czerwenka,** PN. 13,Art. 39 CISG; **Brunner,** PN. 11,Art. 39 CISG; **Taschner,** 60-61; **LG Darmstadt, v. 29.05.2001,** CISG-online, 686**,** IHR 2001,160-161; **LG Kassel, NJW-RR 1996,** 1146; **LG Bielefeld, v. 15.08.2003,** CISG-online, 906.

99 **Becker,** PN. 22, Art. 201 OR; **Gerny,** 45; **Oser/Schönenberger,** PN. 33,Art. 201 OR; **Tannó,** 84 vd.

100 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14, Art. 39 CISG; **Gerny,** 209.

101 **Gerny,** 209 vd; **Furrer,** 56; **Giger,** PN. 94,Art. 201 OR.

102 **Giger,** PN. 94, Art. 201 OR; **Gerny,** 209.

103 **Eren,** F., **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası Ankara 2015,** 424 vd.

niteliğinde olduğundan alacaklı tam ehliyetsizliği dışındaki bütün hallerde ihbarda bulunabilmesi için ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir. Çünkü alacaklı herhangi bir irade beyanında bulunmayıp sadece bir iradeye muhatap olmaktadır[104]. İhbarının geçerliliği için ihbarın yapıldığı anda alacaklının fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bu durumun tespiti de, mevcut uygulanan hukuka göre belirlenir[105](CISG. m. 4/a). Bu kuraldan farklı olarak alacaklının tam fiil ehliyetine sahip olması aranmamakta, bilakis karar verebilme ehliyetinin olması yeterli görülmektedir.

Alacaklının kendi bünyesinde çalışan, depo görevlisi, nakliyeden sorumlu kişiye verilen muayene için yetki ihbarda bulunmayı da kapsar. Ancak muayene için bilgisine başvurulan bilirkişilerin ihbarda bulunma yetkileri yoktur[106]. Bunların yanı sıra, satım sözleşmesinde mal alacaklıya değilde onun müşterisine teslim edilmişse veya mal alacaklıya teslim edilmiş, ancak müşterinin muayene etmesi kararlaştırılmış ise, bu durumda da müşteri maldaki ayıpları ihbar edebilir[107].

Ayıp ihbarı alacaklının evinde veya işyerinde çalışan ancak vekil sıfatına sahip olmayan kişiler tarafından yapılırsa kural olarak geçerli olmaz. Fakat ihbarın karşı tarafa varmasında alacaklının menfaati düşünüldüğünde alacaklının sonradan vereceği onay ile ihbar geçerli olur. Ayıp ihbarında, sonuca yönelik bir irade açıklaması söz konusu olmadığından burada vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz. Ayrıca ihbar hukukî niteliği itibariyle hukukî işlem benzeri bir fiil olduğundan, yetkisiz olarak yapılan ihbarın onanması halinde geçerli bir ihbarın hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yani, ihbar yapıldığı andan itibaren geçerli olur. Alacaklının yanında yardımcı kişiler de, ayıp ihbarında bulunmaya yetkili değillerdir. Kefalet sözleşmesinde borçluya kefil olan kişi de maldaki ayıbı ihbar edemez. Kefil alacaklıya sadece bazı def'i ve itirazları ileri sürebilir. Alacaklının haklarını kullanamaz[108].

C. İhbarın Alıcısı

İhbar, satıcıya veya yetkilendirdiği kişiye yöneltilmek mecburiyetindedir (TBK.

---

104 **Furrer,** 56; **Giger,** PN. 94,Art. 201 OR; **Gerny,** 209.

105 **Brunner,** PN. 5, Art. 4 CISG.

106 **Giger,** PN. 94-95, Art. 201 OR; **Furrer,** 56;**Oser/Schönenberger;** PN. 33, Art. 201 OR; **Gerny,** 45; **Gsell,** 60; **Tannó,** 84; **Bieger,** 100; **Aktürk,** 210; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 26, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 26, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,**PN. 13, Art. 39 CISG; **Pıltz,** PN. 5-88, 272; **Bamberger/Roth/Saenger,** PN. 6, Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 19, Art. 39 CISG; **Tandoğan, I/I,** 182; **Yavuz,** 115; **Edis,** 86; **Aral/Ayrancı,** 118; **Gümüş,** 102; **Şahiniz,** 80; **Bundesgericht,4A_617/2012, v. 26.03.2013,** CISG-online, 2434; **Cour de cassation, v. 27.11.2012,** CISG-online, 2403.

107 **Gsell,** 62; **Gerny,** 45; **Tannó,** 85; **Aktürk,** 210.

108 **Gsell,** 61; **Gerny,** 45; **Aktürk,** 211.

m. 223/I, CISG. m. 39)[109]. İhbarın yapılması ile satıcı, hem ihbarın kimin tarafından yapıldığını öğrenir, hem de ihbara itiraz edip etmeme konusunda kararını verir. İhbarı almaya satıcının kendisine yetki verdiği kişiler yetkilidir. Ancak ihbarı alan kimsenin ayırtım gücüne sahip olması gerekir. Satıcı, alacaklı ile aralarında var olan alacağı üçüncü bir şahsa devretmesi halinde alacağı devralan kişi ihbarı da kabul etmeye yetkilidir. Alacaklı devralan kişiye, satıcıya karşı ileri sürebileceği bütün taleplerini ileri sürebilir[110].

İhbarın yetkili temsilciye yapılması bazı durumlarda sorun oluşturmaktadır[111]. Temsilci olarak kabul edilen kişi, Milletlerarası satım hukukunda sözleşmenin uygulandığı ülke hukukuna göre belirlenir[112]. Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmasında, mal seyyar tüccar memuru sayesinde satılıyorsa, satıcının mutad acentesi kabule yetkili olarak sayılmakta fakat bu sıfata yük temsilcisi veya nakliyeci dâhil değildir[113]. Genel olarak, dürüstlük kurallarına göre üçüncü kişinin ayıp ihbarını kabul edebilme tam yetkisi, eğer o kişi satıcının deposunda bulunuyor, sözleşmenin geçekleşmesine katılmış[114] ve de özellikle satım memuru olarak çalışıyor ise, yetkili olacağı söylenebilir[115].

Ürünlerin üreticileri, kural olarak malı teslim almaya yetkili değillerdir. Alacaklı, ihbarını sözleşme yaptığı ve malları başkalarına yönlendiren kişiye karşı yapmalıdır[116]. Üretici satıcının görevlendirmesi sebebiyle doğrudan alacaklıya yapmışsa, alacaklı tam zamanında üreticiye karşı ihbarda bulunur. Ancak ihbarda, alacaklı sadece satıcının üreticiye karşı olan haklarını değil, bilakis kendisinin satıcıya karşı olan

---

109 **Oser/Schönenberger,** PN. 4,Art. 202 OR; **Schubiger,** 104; **Gerny,** 46; **Giger,** PN. 96, Art. 201 OR; **Tunçomağ,** K., **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II İstanbul 1974,** 99; **Yavuz,** 113; **Gümüş,** 102; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,**PN. 14, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 26, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 53, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 13, Art. 39 CISG; **Pıltz,** PN. 5-88, 272; **Bamberger/Roth/Saenger,** PN. 6, Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 19, Art. 39 CISG.

110 **Giger,** PN. 96, Art. 201 OR; **Oser/Schönenberger;** PN. 34, Art. 201 OR; **Gerny,** 46; **Gsell,** 62; **Tannó,** 84; **Bieger,** 100; **Aktürk,** 212; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 26, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 26, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 13, Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 19, Art. 39 CISG.

111 **Honsell,** PN. 10,Art. 201 OR; **Oser/Schönenberger,** PN. 34, Art. 201 OR; **Tannó,** 85; **Giger,** PN. 96, Art. 201 OR; **Furrer,** 57; **Edis,** 87; **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 547; **Gerny,** 209; **Schlehtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 13, Art. 39 CISG; **LG Frankfurt am Main** v. 09.12.1992, UNILEX.

112 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14, Art. 39 CISG; **Vogel,** 101; **Herber/Czerwenka,** PN. 13,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 53,Art. 39 CISG; LG Köln v. 30. 11.1999.

113 **Oser/Schönenberger,** PN. 34,Art. 201 OR; **Gerny,** 46; **Giger,** PN. 96,Art. 201 OR; **Becker,** PN. 24,Art. 201 OR.

114 **Akikol,** PN. 946, 366.

115 **OLG Rostock** v**. 25.09.2002,** CISG-online 672.

116 **Arslanlı,** 333, Not. 70a.;**Edis**, 86; **Gerny,** 46.

haklarını da bildirir[117]. Eğer ispat kuralından sapma olmazsa, alacaklı satıcı ve ihbarı kabul eden arasında temsil ilişkilerinin varlığı için ispat yükü konusunda tereddüde düşer[118]. Eğer kabul eden ihbarı, ihbar süresi içerisinde satıcıya yönlendirirse, yanlış adres alacaklıya zarar vermez[119].

İhbarın, satıcının yanında herhangi bir temsil veya vekâlet ilişkisi olmadan çalışan kişiler tarafından alınması geçersizdir. Ancak söz konusu bu kişi tarafından alınan ihbar yetkisizliği gerekçesi ile alacaklıya geri gönderilmesi, alacaklının da tekrar yetkili kişiye gönderilmesi durumunda, yapılan ihbar geçerli ihbarın hükümlerini doğurur.

D. İhbarın Gönderilmesi

Ayıp ihbarının doğru adresi, onun etkili olmasının ön şartıdır. İhbarın etkili olabilmesinin ön şartı alacaklının satıcıya uygun bir şekilde gönderilmesi ile başlar. İhbarın uygun gönderimi, ihbarın geçerliliği bakımından alacaklının ayıplı mal tesliminden doğan haklarını etkilemez. Ancak, uygun gönderim şartı ihbar rizikosunun dağılımı konusunda etkilidir. İhbarın uygun bir şekilde gönderilmesinden amaç, güvenli bir ihbar yolunun seçilmesidir. Bu seçim yapılırken olağan hayat tecrübeleri ve teknolojinin gelişmişliği de göz önünde bulundurulur. Uygun bildirim yolu, ihbarın en güvenilir şekilde satıcıya veya temsilcisine ulaşmasıdır.

İhbarı gönderen alacaklı, ihbarın gönderim şeklini seçmede özgürdür. İhbar, SMS, telefon telgraf, e-mail, faks, teleks yolu ile de olabilir[120]. Ancak bu seçimler yapılırken göz önünden bulundurulacak durum, ihbarın gönderildiğinin ispatıdır. İleride bir problem çıktığında alacaklı ihbar ettiğini yazılı olarak ispat etmek mecburiyetindedir. Bunu gerçekleştirecek yolun tercih edilmesi gerekir.

İhbar rizikosuna satıcının katlanması, alacaklıyı kusursuz yanlış bildirme ve iletmeden korur, fakat ayıp ihbarının yanlış yapılmasından dolayı kaybedilen haklara karşı korumaz. CISG m. 27 bu durumu, satıcının alacaklıya bildirdiği taşıma hatalarına, asıl bildirime dayanması halinde müsaade etmiştir. Buna göre *"…sözleşme taraflarından birinin bu kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz*" hükmüne yer verilmiştir. Başlangıçta ihbarın yanlış kişiye yapılması, onun geçerliliğine etki etmez. İhbarı kabule yetkisi olmayan kişiye aracı olarak başvurulabilir,

---

117 **Becker,** PN. 22, Art. 201 OR; **Furrer,** 58; **Staudinger/Magnus,** PN. 55,Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11,Art. 39 CISG.

118 **BGer vom 10.10.2000,** Nr. 4C. 154/2000. Erw. 3.

119 **Brunner,** PN. 11,Art. 39 CISG.

120 **Tannó,** 84; **Gauch,** PN. 2144, 776; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11, Art. 39 CISG; **Bieger,** 103; **Ferrari/Ferrari,** PN. 18, Art. 39 CISG.

bu esnada CISG. m. 27'e göre "*ihbarın uygun araçlara göre*" yapılıp yapılmadığına karar verilir[121].

Milletlerarası ve iç hukuktaki satım sözleşmelerinde Borçlar Kanunu geniş bir şekilde uygulama alanı bulur (CISG. m. 4). Ayıp ihbarının kabulü için karar verebilme yetkisi yeterli olabilmektedir. Çünkü ihbar satıcıya hukukî bir zarar vermeyip, bilakis ona malı hızlıca muayene etme ve zamanında teslimden dönebilmeyi mümkün kılmaktadır[122].

E. İhbarın Şekli

Ayıp ihbarı, için ne Borçlar Kanununda ne de CISG'da özel bir şekil öngörülmüştür[123][124]. Bu alanda daha çok şekil serbestîsi geçerlidir[125]. İhbar bundan dolayı

---

121 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 14,Art. 39 CISG; **Gerny,** 210; **Herber/Czerwenka,** PN. 13,Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 19,Art. 39 CISG; **Pıltz,** PN. 5-88, 272; **Bamberger/Roth/Saenger**, PN. 6,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 26,Art. 39 CISG; **LG Kassel NJW-RR 1996,** 1146.

122 **Giger,** PN. 98,Art. 201 OR; **Becker,** PN. 26,Art. 201 OR; **Furrer,** 57; **Oser/Schönenberger,** PN. 34,Art. 201 OR.

123 **Aral/Ayrancı,**118; **Edis,** 86; **Tandoğan, I/I,** 180; **Keller/Siehr,** 85; **Gümüş,** 104; **Giger,** PN. 73 vd, Art. 201 OR; **Ferrari /Ferrari, PN.** 9, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 24,Art. 39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 21,Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11,Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka**, PN. 12,Art. 39 CISG; **Schweizerisches Bundesgericht, v. 28.05.2002,** CISG-online, 676; **Zeytin,** 144.;"…*Davacı, davalıdan alıp yurtdışına ihraç ettiği malların ayıplı olduğunu ileri sürerek uğradığı zararın tazminini istemiştir. Mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapıldığının tanık beyanları ile sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Satılan maldaki ayıpların ihbarı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır*…**"(Y. 19.HD., T. 13.05.2002, E. 2445/3993 K.,** Kazancı Otomasyon).

124 "*Dosyada mevcut belgelere ve iddia ile savunmaya göre davalı tarafından dikişi yapılan kumaşlarda dikim hatası bulunduğu, bunun açık ayıp niteliğinde olduğu yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda saptanmıştır. Uyuşmazlık ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı bu konuda şahit dinletmek istemiş, davalı da bu konuda şahit dinletmek istediği halde mahkemece şahit dinletme isteği reddedilmiştir. Oysa malların ayıplı olduğuna dair ihbarın yapılması herhangi bir şekle tabi olmayıp ayıp ihbarının yapıldığı şahit ifadeleri ile de ispatlanabilir. Bu nedenle mahkemece ayıp ihbarıyla ilgili olarak tarafların göstereceği şahitlerin dinlenilmesi, dava konusu malların miktarı, teslim şekli dikkate alınarak ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığının saptanması, süresinde ayıp ihbarının yapılmadığının anlaşılması halinde davanın şimdiki gibi reddine karar verilmesi, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde ayıplı imalat nedeniyle davacının uğradığı zarar değerlendirilerek ve davacının talep ettiği kalemler gözetilerek davanın sonuçlandırılması gerekir. Eksik incelemeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. Yukarıda açıklanan sebeplerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davacı lehine bozulmasına, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 26.01.2011 gününde oybirliği ile karar verildi"* (**Y. 15. HD., T. 26.01.2011, E. 2010/207, K. 2011/341,** Kazancı Otomasyon); "*Ayıp ihbarının kural olarak şekle tabi bulunmadığı, içeriği itibariyle ayıptan karşı tarafı haberdar olmasını sağlamaya elverişli her türlüihbarın, ayıp* ihbarı *olarak kabulünün mümkün olduğu yönünde yukarıda yapılan açıklamalar, somut olay özellikleri, delil tespiti raporuyla birlikte delil tespiti istemini içeren dilekçenin de davalıya tebliğinin ayıp ihbarıolarak kabul edilmesi sonucunu doğuracağı dikkate alındığında süre aşımından bahsedilmesi mümkün değildir (***YHGK., T. 13.05.2009, E. 2009/13-160,** K. 2009/135, Kazancı Otomasyon).

125 **Achilles,** PN. 6,Art. 39 CISG; **Brunner,** PN. 11,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 24,Art.

yazılı (Faks, E-Mail) veya sözlü (Telefon[126]), olarak da yapılabilir[127]. Ancak her iki durumda da ihbarda somut olarak açıklama yapmak gerekir[128]. Sadece susmak ayıp ihbarı için yeterli olmaz. Çünkü ihbar, ulaşması gereken bir irade açıklamasıdır[129]. Bu tür bir rıza sadece satıcının nitelediği sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu tuttuğu hallerde söz konusu olur[130]. Sözlü veya telefonla yapılan ihbarlarda, alacaklı aramanın vaktini, ne kadar sürdüğünü konuşulan kişinin kimliği ve ihbarın içeriği hakkında geçerli bir delil ortaya koymak mecburiyetindedir[131].

Mal ayıplı ise, yeterli süre hesaplanır ve bu sürede maldaki ayıplar esaslı bir şekilde ihbarda yer alırlar[132]. Borçlar Hukukunun uygulanmasında, ihbarın yapılmasında, uzman raporlarının[133] bir kopyasının satıcıya tebliği, işlem süresinde yapılan hukukî tavsiyeler[134] davanın ihbarı veya dava açılması sürecine[135], yeterli olur. Bu

---

39 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 21,Art. 39 CISG; **Piltz,** 5-90; **Soergel/Lüderitz/Schüssler-Langeheine,** PN. 10,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 51,Art. 39 CISG; **HG Wien-CISG-online,** 1783; **OLG Köln CISG-online,** 1405; **OLG Graz** CISG-online, 670.

126 "*Sözleşmeye göre …konu malların dışsatım için üretileceğinin bilindiğinin kabulü gerekli olup, üretilen mallarda bir kusur varsa bunların derhal muayene edilerek bildirilmesi ya da muayeneyle ortaya çıkmayacak derecede ayıplı ise bu durumun ortaya çıktığında imalatçıya bildirilmesi gerekir. Davacı aldığı malları yurtdışına çıkarmış ve alıcı tarafından malların tamamının küflendiği bildirilerek durum davacıya bildirilmiş ve aynı gün mahkemenin de kabul ettiği gibin durum telefonla imalatçıya bildirilmiştir. Ayıp ihbarının telefonla yapılmasında bir şekli noksan yoktur. İhbarın yapıldığı şahitle dahi ispatlanabilir. Bu durumda mallardaki gizli ayıbın ihracat sırasında ortaya çıktığı ve süresinde de davalıya ihbar olunduğu ispatlandığına göre davanın dinlenme olanağı vardır. Ancak mallarda gerçekten de gizli bir ayıp bulunup bulunmadığı ve malların gerçekten de gümrükte imha edilip edilmediği hususu araştırılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir*" **(Y. 15. HD., T. 28.03.1991, E. 1991/1490, K. 1991/11583,** Kazancı Otomasyon).

127 **Bamberger/Roth/Saenger,**PN. 6,Art. 39 CISG; **Piltz,** 5-90, 272; **Witz/Salger/Lorenz/Salger,**PN. 10,Art. 39; LG Suttgart. RIW 1089, 984; **Honsell/Magnus,**PN. 24,Art. 39 CISG; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, PN. 11,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,**PN. 51,Art. 39 CISG; **Janssen,** 159; **Pıltz,**PN. 5-89, 272; **Achilles,**PN. 6,Art. 39 CISG; **RB Koophandel Kortrijk Urt. V. 04.06.2004**, CISG-Belgium online; **OLG Hamm CISG-online 1978;LG Düsseldorf, v. 25.08.1994**, CISG-online, 451.

128 **Edis,** 86; **Aral/Ayrancı,** 125; **Gümüş,** 156; **Tandoğan, I/I,** 180; **Tunçomağ,** 99; **Feyzioğlu,** 276; **Yavuz,** 114; **Şahiniz,** 77; **Keller/Siehr,** 85; **Giger,** PN. 73,Art. 201; **Tannó,** 81; **Schumacher/Rüegg**, §51 PN. 292; **Oser /Schönenberger,** PN. 32,Art. 201 OR; CISG: **Staudinger/Magnus,**PN. 51,Art. 39 CISG; **LG Frankfurt am Main v. 09.12.1999**, UNILEX (telefon ile sözleşmese alacaklının satıcıya ihbarda bulunması). .

129 **Giger,**PN. 74,Art. OR; **Furrer,** 56; CISG'da bu durum düzenlenmemiştir.

130 **Gauch,** PN. 2146, 776; **Zehnder,** 546.

131 **Honsell/Magnus,** PN. 24,Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 12,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 51,Art. 39 CISG; **LG Bayreuth** CISG-online 1131; **LG Marburg NJW-RR,** 1996; **HG Kanton Bern** CISG-online Nr. 725.

132 **Honsell, BSK,** PN. 10, Art. 201 OR.

133 **Zehnder,** 546 (reddediyor); **BGE 107 II 50 ff (53).**

134 BGE 20, 491 ff (499).

135 **Oser/Schönenberger,** PN. 32,Art. 201 OR; **Giger,** PN. 73 Art. 201 OR.

durum Milletlerarası Satım Sözleşmesinde de geçerlidir[136]. Alman mahkemelerinin ayıplı malın incelendikten sonra yeterli ayıp ihbarı ile satıcıya geri gönderilmesi kararı yerinde bir karardır[137]. Şekil serbestîsi kuralı her iki satım sözleşmesinde de hukukî ve pratik bazı sınırlamalara tabidirler. Bunlar,

a. Her şeyden evvel ihbar süresi bildirim şekline uygun olmalıdır. Türkiye sınırları içerisinde ihbar yükümlülüğünün uygun bir süre içerisinde yapılması telefon, mektup faks ve e-mail yoluyla gerçekleşir. İhbar süresi, CISG'da normal şartlarda cömertçe belirlenir ve ihbarda daha yavaş bir iletişim aracı seçilmiş olsa bile Milletlerarası Satım Sözleşmelerinde ihbar, sürenin başlamasından evvel satıcıya ulaşmak mecburiyetindedir. Alacaklı ne kadar geç hareket ederse, ihbarda o kadar hızlı satıcıya gönderilir[138]. CISG. m. 27'de, alacaklı ihbarı uygun araçlarla durumlara göre yapmışsa, malın taşınması anında meydana gelecek hasara satıcı katlanır.

Taraflar ihbarın yapılması için belli bir şekil kararlaştırabilirler[139]. Onlar ihbar için yazılı bir metin öngörürlerse, Milletlerarası satımda telgraf ve teleks'in yeterli olup olmayacağı açık değildir (CISG. m. 13)[140]. Bu bildirim şekilleri hâkim öğretiye göre faks ve e-mail ile aynı derecededirler[141]. İç hukukta ayıp ihbarının altında tarafların imzaları da yer almalıdır[142]. Ancak hâkim görüşe göre ayıp ihbarı Milletlerarası Satımda tarafların imzalarının olması kuralına istisna getirmiştir[143]. Satım sözleşmesinde satıcı tarafından hazırlanmış olan genel işlem şartlarına yer veriliyorsa yazılı ihbar talep edilir. Böylelikle satıcı kendisini savunabileceği sadece güvenilir temel ilkeleri elde eder ve ihbar daha sonra ortaya çıkarılan ayıpları içermez. Bu durum yazılı ihbar metninin amacını gerçekleştirmek için yeterlidir ve ayrıca alacaklının imzasına gerek yoktur.

Taraflardan biri, CISG. m. 12 ve 96'daki yazılı şekil şartının geçerli olduğu,

---

136 **Gerny,** 199 ff.

137 **AG Nordhorn (D) v. 14.06.1994,** CISG-online 259, Erw. III.

138 **Hevze,** V., **Traité des contracts, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000,**310.

139 **Freiburg,** 62**.**

140 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 12,Art. 39 CISG.

141 **Staudinger/Magnus,** PN. 13, Art. 39 CISG.

142 İhbarın bildirimde ya alacaklının kendi el yazısının bulunması ya da elektronik imzasının olması gerekir. Elektronik imza el ile atılan imza yerine geçer (EİK. m. 5). Telex, Telgraf ve faksta gönderenin mutlaka imzasının olması gerekir (**Gauch/Schleup/Schmıd/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014,** PN. 516, 102); Teknik olarak telgrafda imzanın karşı tarafa iletimi diğerlerinde ayrılır (BGE 101 III 65); Haberleşmede yaşanan gelişmeler sonucu, taraflar birbirlerine elektronik ortamda görüntülü olarak ta Videotex veya teletex aracılıyla SMS yoluyla iradelerini bildirebilmektedirler. E-maillerde imzanın olması gerekir. Elle atamadığı için elektronik imza metin sonuna eklenmelidir (**Gauch/Schleup/Schmid/Rey,** PN. 519a, 104).

143 **Gauch,** PN. 2146, 776.

sözleşmeye üye ülkelerden birinde yerleşik ise, doktrinin bir kısmına göre, ayıp ihbarının geçerli olabilmesi için önemli olan millî şekil kurallarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrol edilmesidir[144]. CISG. m. 12 anlamında şekil şartına sadece sözleşmenin kurulması, değiştirilmesi ve sözleşmenin feshi gibi diğer irade açıklamaları tabidir. Ayıp ihbarı sadece ihbar olarak her türlü şekilde verilebilir[145]. Ayıp ihbarında Borçlar Kanununda düzenlenen şekil serbestîsi kuralının istisnası söz konusu değildir.

Taraflar, aralarında önemli ticarî teamülleri ve kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile ilgili alışkanlıklarını yine ayıp ihbarında da göz önünde tutabilirler (CISG. m. 9)[146]. Alacaklı daha sonra bozulmasından korkulan mallarda hızlı bir şekilde ihbarı faks, teleks ve e-mail ile gerçekleştirmelidirler. İhbarın bildirilmesinde bulunulan yerdeki en hızlı sistem posta yolu ise, bu yol takip edilerek ihbar gerçekleştirilir. Ancak günümüzde, elektronik haberleşme ve telefon ağlarının yaygınlığı göz önünde bulundurulduğunda posta sistemine çok yer verme eğilimi de bulunmamaktadır[147]. Pratik açıdan ihbarın alacaklıya her durumda yazılı olarak (faks, veya e-mailler) yapılması gerekir. Çünkü ihbar külfeti yerine getirilirken yazılı metinden yararlanılır[148]. Bunların yanı sıra ihbarın telefon veya sözlü olarak ta yapılabileceği kabul edilmektedir[149]

b. İhbar yükümlülüğünün şekli konusunda karşılaşılan diğer bir sınırlama ise seçilen dil ile ilgilidir. Alacaklı ihbarda bulunurken kendi ana dilini kullanmayıp, bilakis ya sözleşme dilinde ya da satıcının tereddütsüz anlayabileceği dilde gerçekleştirmelidir[150].

---

144 **Staudinger/Magnus**, PN. 52, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 25, Art. 39 CISG; **Freiburg,** 62; **Soergel, H/Luderitz, A/Schüssler-Langeheine,D., Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, Band 13: Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Stuttgart/Berlin usw. 2000,** PN. 10, Art. 39 CISG; **Ferrari/Ferrari,** PN. 9, Art. 39 CISG.

145 **Herber/Czerwenka,** PN. 3, Art. 12 CISG; **Form und UN-Kaufrecht,** IHR 4 (2004) 1ff (5); **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 538.

146 **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 539.

147 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11, Art. 39 CISG; **Hutter,** M., **Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UN-CITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980., Diss. Regensburg 1988**, 81; **Herber/Czerwenka,** PN. 12, Art. 39 CISG.

148 **Tannó,** 81; **Schumacher/Rüegg,** § 5 PN. 292; **Honsell/Magnus,** PN. 24, Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 12, Art. 39 CISG; **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 540ff; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 8, Art. 39 CISG; **Witz/Salger/Lorenz,** PN. 10,Art. 39 CISG; **OLG Frankfurt,** 13.07.1994, NJW-RR 1994, 1264-1265, UNILEX E. 1994-19.

149 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11, Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 51,Art. 39 CISG; **Herber/Czerwenka,** PN. 12, Art. 39 CISG; **Pıltz,** PN. 5-89, 272; **Achilles,** PN. 6,Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 24, Art. 39 CISG; **LG Frankfurt, 13.07. 1994,** CISG-online, 118; **OLG Karlsruhe v. 06.03. 2003,** CISG-online, 812.

150 **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 541.

F. İhbarın Ulaşmama Rizikosu

Türk Borçlar Kanununda ve CISG'da ihbarın gecikmesi, nakil yolunda sakatlanması kaybolması gibi durumlarda ortaya çıkacak rizikoya kimin katlanacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır[151]. Rizikonun dağılımı, yazılı ve sözlü ayıp ihbarlar açısından farklılık arz eder.

Ayıp ihbarının varması gereken bir irade açıklaması olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Bazı yazarlara göre[152], mevcut düzenlemelerden ayıp ihbarının gönderilmesi gereken bir irade açıklaması olduğu anlaşılsa da, yinede varması gereken irade beyanı olarak kabulü gerekir. Çünkü ayıp ihbarı, nitelik olarak hukukî işlem benzeri bir fiildir. Ayıp ihbarı satıcıya bilgi vermeyi amaçlar. Bu görüşe göre, alacaklı yazılı olarak açıklanan ihbarı daha erken göndererek, satıcının hukukî alanında ihbar süresi işlemeye başlar[153]. Doktrin, varma kuralından kısmen "*hukukî mantık sonuca zorlayamaz*"[154] diyerek ayıp ihbarının hasarına alacaklının katlanması gereğine yer vermiştir[155]. İhbarda, alacaklı malın ayıplı olduğunu, ayıbın niteliğini ve kapsamını satıcıya açıklar. Bu açıklamanın gerçekleşebilmesi için de ayıp ihbarının satıcının eline ulaşması gerekir. Bu görüş henüz ayıp ihbarının hukukî niteliği hakkında tartışmaların olmadığı dönemde ileri sürülmüştür.

Ayıp ihbarının niteliği hakkında bugün hâkim fikre göre[156], ihbar gönderme ile etkilerini doğurur ve taşımadan kaynaklanan hasara da satıcı katlanır. Buna gönderme prensibi denir. Aksi bir düşünce mevcut TBK. m. 223'ün yanlış yorumlanmasına yol açar. Burada ilk olarak görülebilen durum İBK. m. 201/I'deki "*derhal bildirim*" yükümüdür. Ancak süre çok kısa bir şekilde ölçülmüştür. Bu süre zarfında da ayıp ihbarının yapılmasını alacaklıdan beklemek haksızlık olur. TBK. m. 223/I'in değişti-

---

151 İhbarın ulaşmama rizikosuna katlanma konusunda iki farklı durum söz konusudur. Birincisi, ancak kişinin dışında gelişen engelleme ihtimalinin olmadığı hallerde örneğin deprem, sel baskını vb. durumlar taşıma rizikosuna dâhildir. Bunun dışında kişinin kendi kusurundan dolayı ortaya çıkan ayıbın ihbar edilememesi halleri buraya dâhil değildir. Günümüzde daha çok elektronik alanda, e-Maillerle yapılan bildirimlerde ortaya çıkan gecikmelerden alacaklı kendi kusuruyla sorumludur. Ayrıca hasar geçtikten sonra da satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz.

152 **Giger,** PN. 91, Art. 201; **Honsell,** PN. 10,Art. 201 OR; **Giger,** PN. 91,Art. 201 OR; **Gerny,** 36; **Becker,** PN. 6,Art. 201 OR; **Furrer,** 60vd; **Oser/Schönenberger,** PN. 39,Art. 201 OR; **Tannó,** 86; **Venturi,** PN. 12,Art. 201 OR; **Huguenin,** PN. 288, 44; **Arslanlı,** 285; **Gümüş,** 155.

153 **Furrer,** 61 vd.

154 **Giger,** PN. 91, Art. 201 OR.

155 **Honsell,** PN. 6,Art. 201 OR; **Oser/Schönenberger,** PN. 40,Art. 201 OR; **Becker**, PN. 6,Art. 201 OR.

156 **Schönle/Higi,** PN. 24c, Art. 201 OR; **Brunner,** PN. 15, Art. 201 OR; **Oser/Schönenberger,** PN. 39, Art. 201 OR; **von Tuhr/Peter,** 172; **Bieger,** 106; **Reinicke/Tiedtke,** 394; **Zeytin,** 144;**Gauch,** PN. 2147, 776-777; **Schumacher/Rüegg,** § 5, 292; **Tandoğan, I/I,** 181; **Tunçomağ,** 98; **Yavuz,** 114; **Edis,** 86; **Şahiniz,** 76.

rilmesi sonucu "…*uygun bir süre içinde*" kıstası getirilmiştir. Değişiklik mevcut haksızlıklar göz önünde tutularak günümüzdeki kanunlardaki düzenlemeler yapılmıştır. Diğer bir durum ise, ihbar, sözleşmenin satıcı tarafından ihlâl edilmesinden dolayı gereklidir ve alacaklının da bundan dolayı gönderme rizikosuna katlanması haksızlık olur[157]. Gönderme prensibi, anılan bu sakıncalardan dolayı sadece İBK. m. 201/I gereği ortaya çıkmaktadır. Hayvan satımlarında dokuz günlük ihbar süresi değerlendirildiğinde, ihbar süresinin son günü alacaklı ihbar metnini postaya verir ve bu durumu da ispat ederse hukukî olarak hakları korunur[158].

Gerçektende varma teorisinde satıcı korunmuşken, gönderme teorisinde alacaklı korunmuştur. Zira alacaklı satıcıya karşı daha çok korunması gereken bir konumdadır. Çünkü ayıp ihbarı zaten kısa bir süre içerisinde yapılmak zorundadır. Bunu kaçıran alacaklı ayıba karşı tekeffülden veya sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kaybetme tehlikesi altındadır. Bu durumdaki bir alacaklıyı korumak satıcı karşısında daha adildir. Ayrıca, ayıp ihbarına sebep olan durum satıcının ayıplı bir ifada bulunmasıdır. Bu durumda satıcı zaten sözleşmeyi ihlâl etmektedir. Buradan hareketle ayıp ihbarı son gün bile gönderilse geçerli bir ihbarın sonuçlarını doğurur. Alacaklı bu şekilde korunmuş olur. Varma teorisi kabul edilmiş olsa idi, alacaklı iki kez mağdur olurdu. Bundan dolayı kanaatimizce de ayıp ihbarı gönderilmesi gereken irade beyanı niteliğindedir.

Milletlerarası satım sözleşmesinde de, sözleşmeye aykırılık ihbarı herhangi bir şekle bağlı değildir. Sözlü veya yazılı olarak gerçekleşebilir. İhbarın etkileri hakkında değişik görüşler bulunmaktadır. Azınlıkta olan görüşe göre, CISG. m. 27 alacaklıyı taşıma riskinden kurtarıyor, fakat varma prensibini geçerli kılarak geciken veya geçersiz olan ayıp ihbarını varsayımsal olarak satıcının hukukî alanına vardığı an geçerli olacağını kabul etmektedir[159]. Hâkim olan görüşe göre ise, yazılı olarak hazır olmayan ayıp ihbarı bildiri olarak kabul edilemez, onun geçerliliği için öngörülen uygun yöntemlerle gönderilmesi yeterlidir[160].

İrade açıklamaları gönderilmeleri ile hüküm ve sonuçlarını kanun metninde olduğu gibi doğurur. Burada da gönderme prensibi geçerlidir. İhbarın satıcıya varma-

---

157 **Schönle/Higi,** PN. 24b, Art. 201 OR; **Gauch,** PN. 2147, 776-777; **Giger,** PN. 91, Art. 201 OR; **Furrer,** 60 vd; **Gerny,** 36 vd; **Tannó,** 86-87.

158 **Akikol,** PN. 372, 373.

159 **Mü-Ko, Gruber,** PN. 17,Art. 39 CISG; **Honsell/Karollus**, PN. 18, Art. 27 CISG.

160 **Herber/Czerwenka,** PN. 11,Art. 39 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 50, Art. 39 CISG; **Ferrari, Rügeobliegenheit**, 545 vd; **Freiburg,** 62; **Janssen,** 179; **Karollus,** 126; **Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem,** PN. 13,Art. 27 CISG; **Reinhart,** PN. 10,Art. 39 CISG; **Vogel,** 108; **HGer Zürich** v. 30.11.1998, CISG-online 415 Erw. 4a. cc.

ması, geç varması hallerinde rizikoya satıcı katlanır[161]. CISG m. 27[162] açıkça taşıma riskini III. Bölümünde düzenlenen sözleşmenin oluşum ve ihlâli kısmına gönderme yapıp, sözleşmenin II. Kısmındaki açıklamalara değinmemiştir[163]. Sözleşmede ayıp ihbarı için gerekli olmayan bilgilerin açıklanmama kuralı istisna olarak kalmıştır. Bundan dolayı CISG. m. 27 açık bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Eğer alacaklı ihbarı, belirtilen kurallara uygun bir şekilde açıklamışsa, ihbarının gecikmesi ve sakatlanması[164] durumunda, satıcıya karşı ihbara dayanma hakkını kaybetmez[165]. Satıcının sözleşmeye aykırı tesliminden dolayı ihbara sebep olması, onun ihbar gönderildikten sonra rizikoya katlanmasını gerektirir[166].

Gönderme prensibi aleyhine ilk bakışta söylenebilecek şey, eğer ayıp ihbarının etkisi için gönderme prensibi öngörülseydi, CISG. m. 27'de özel düzenlenen taşıma hasarı kuralına gerek kalmazdı. Bu durumda alacaklı ayıptan doğan haklarını ihbarın gönderilmesi ile savunur ve gönderme rizikosuna da satıcı katlanır. Varma prensibi, açıkça taşıma hasarını yukarıda anlatıldığı gibi haksız ve kaçınılır bir mantıkla alacaklının üzerine yüklemektedir. Bildirim rizikosunun devri ve etki anı için anlaşmaya zorlamaya ihtiyaç yoktur[167].

Milletlerarası Satım Sözleşmenin tarihi geçmişinden dolayı sözleşmeyi kaleme alanlar, hasarı sırf devretme amacına tabi kılmayıp, bilakis ihbarın etkisi için gönderme anını kaldırmak istemişlerdir[168]. CISG. m. 27 metni, pratik bir şekilde gönderme prensibinin önemli sonuçlarını ifade ederek, taşıma hasarına satıcının katlanması ilkesinde pek az başarılı olmuştur. CISG'ın bu kabullenişinden sonra açıklayanın adresine varma anının kural olarak ispatlanması zor olurken, ihbarın etki anı, kolaylıkla posta pulunun tarihinden hareketle tespit edilebilir. Gönderme teorisinde bu durumlar gereksiz görülürken, varma teorisinin dayandığı hukukî düzenlemeler, varma anının ispatını kolaylaştıran usuller öngörmektedir[169]. CISG'ın yazarı, gönderme prensibi açısından karar vererek, CISG'da kabul edilen usulleri uygulamamaktadır[170].

---

161 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 11, 18, Art. 39 CISG; **Schlechtriem, Einheit, UN-KAufrecht,** PN. 153, 119.

162 CISG. m. 27 " *Antlaşmanın bu Kısmında aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz*".

163 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 1,Art. 27 CISG.

164 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,**PN. 12,Art. 27 CISG.

165 **Vogel**, 103 vd; **Staudinger/Magnus,** PN. 17,Art. 27 CISG; **Janssen,** 179 vd.

166 **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer,** PN. 1,Art. 27 CISG; **Vogel,** 102.

167 **Giger,** PN. 91 Art. 201 OR.

168 **Honnold,** Nr. 49.

169 **Honnold,** Nr. 98, 325.

170 **Honnold,** 325,Nr. 98-99**.**

CISG m. 27 hükmü, İsviçre m. 201 ve Türk Borçlar Kanunu m. 223/I, düzenlemesi ile gönderme prensibini kabul etmiş bulunmaktadır[171]. Borçlar Kanunu ve CISG arasındaki en büyük fark, Milletlerarası ticarette alacaklının ihbarı yazılı olarak tam zamanında göndermek zorunda olmasıdır. Böylelikle ihbar satıcıya ihbar süresinin başlamasından evvel ulaşabil bilsin[172]. Sürenin en son gününde posta bilgisi, özellikle de mektubun ulaşmasının göz önünde tutulması yeterli değildir[173]. Bu konuda ihbarın varma gerekliliği değil, fakat gönderilmek zorunda olan ihbarın giriş yeteneğidir. Burada önemli olan iletişimi sağlayacak uygun bir aracın seçilmesidir. Somut olayın koşullarına göre uygun bir iletişim aracının seçilmesi durumunda irade beyanının karşı tarafa hiç ulaşmaması, geç ulaşması veya hatalı ulaşması durumunda gönderen oluşan rizikoya katlanmak zorunda değildir[174]. Buradan anlaşılan aslında gönderme prensibinin zayıflatılmış halidir[175]. CISG. m. 39/I'de düzenlenen uygun süre prensibi uygulamada çoğunluğun kabul ettiği gibi cömertçe tespit edilmiştir. Alacaklı tarafından erken biten işlerde de bu kurala göre talep etmeye ihtiyacı vardır[176].

Sözlü ayıp ihbarlarında, gönderme prensibinin geçerli olacağı açık değildir. Borçlar Hukukundaki doktrin gönderme prensibini yazılı ayıp ihbarlarında belirtmiştir. Ancak Milletlerarası Satım Sözleşmesine ilişkin doktrin ise, CISG. m. 27 düzenlemesinin yazılı bildirimlerde olduğu gibi sözlü veya uzak sözlü olarak kabul edilen telefonda yapılan ihbarlarda da geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır[177].

Sözlü ihbarlarda ulaşma hasarının kural olarak alacaklı üzerine kalması fikrine biz de katılmaktayız. Çünkü onun tarafından yapılan açıklamanın anlaşılırlığı burada da geçerlidir. Sözlü ve uzak sözlü adı verilen telefonla yapılan ihbarlarda satıcının alacaklıyı dinleyebilmesi açısından varma prensibinin kıyasen uygulanması müm-

---

171 **Honsell/Gsell,** PN. 1, Art. 27 CISG; **Mü-Ko, Gruber,** PN. 3, Art. 27 CISG; **Schlechtriem/ Schwenzer/Schroeter**, U., **İn: Kommentar zum Einheitlichen UN-KAufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, CISG, München 2008,** PN. 1,Art. 27; **Mü-Ko, Benicke,** PN. 1,Art. 27; **Brunner**, PN. 1,Art. 27.

172 **Freiburg,** 62; **Janssen,** 180; **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter,** PN. 11, Art. 27 CISG; **Ferrari, Rügeobliegenheit,** 546; **Gerny,** 200; **Vogel,** 102 vd; **Staudinger/Magnus,** PN. 50,Art. 39 CISG; **Hutter,** 81; **Herber/Czerwenka,** PN. 11, Art. 39 CISG; **Honsell/Magnus,** PN. 23, Art. 39 CISG; **Reinhart,** PN. 1, Art. 27; **Zeytin,** 109.

173 **Brunner,** PN. 2, Art. 27 CISG.

174 **Reinhart,** PN. 2, Art. 27 CISG; **Staudinger/Magnus,** PN. 17- 19,Art. 27 CISG; **Schlechtriem/ Schwenzer/Schroeter,** PN. 7,Art. 27 CISG; **Achilles,** PN. 4, Art. 27 CISG; **Zeytin,** 110.

175 **Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter,**PN. 9,Art. 27 CISG.

176 **Akikol,** PN. 969, 375.

177 **Janssen,** 180; **Schlechtriem/Schwenzer/ Schroter,** PN. 5, Art. 27; **Vogel,** 106; **Herber/ Czerwenka,** PN. 5, Art. 27 CISG; **Witz/Salger/Lorenz,**PN. 8,Art. 27 CISG; **Zeytin,** 109.

kündür[178]. Eğer varma teorisi kullanılacaksa, CISG. m. 27 uygulama alanı bulmaz. Çünkü taraflar aralarında anlaşma yaparak beyanın hüküm doğurmasını başka şartlara bağlayabilir veya karşı tarafa genel işlem şartlarında kabul ettirilebilir[179]. Bunun yanında eğer CISG. m. 27'den ayrılan alışkanlıklar ve ticarî teamüller söz konusu ise, bunlar da CISG. m. 27'nin uygulanmasını engeller[180]. Dürüstlük kuralına göre satıcı, eğer alacaklıyı doğru anlamamışsa, hemen itirazın yapılması gerekir.

Alacaklı mallar konusundaki ihbarını satıcı ile telefonda konuşmuşsa bu durum varma prensibine bir istisna teşkil eder. Burada alacaklı ihbarının karşı tarafa vardığını ve doğru bir şekilde iletildiğini kontrol edecek durumda değildir. Bundan dolayıdır ki burada gönderme prensibi önemli olmaktadır. Milletlerarası satım sözleşmelerinde CISG. m. 27 bu durumlar da kıyasen uygulanır[181].

İhbarın ulaştırılması yazılı veya sözlü olarak alacaklının yanında çalışanı tarafından yapıldığında onun satıcıya varması ile etkisini kaldırır[182]. Çünkü ihbarda bulunan kişi, alacaklının yardımcısı olarak görev yapmaktadır ve ilk aşamada yazılı açıklama hazırlar arasında gerçekleşmiştir. Burada gönderme durumu söz konusu değildir, bilakis gönderme ve varma aynı anda gerçekleşmişdir. İkinci durum ise, alacaklı kendisi sözlü ihbarda bulunsaydı yanında çalışandan farklı davranmayacaktı denilebiliyorsa bu durumda alacaklı satıcıya anlaşılır ve tam bir ihbarda bulunmuş sayılır ve ihbar alacaklının yanında çalışanı tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi geçerli etkilerini doğurur.

H. İhbar Yükümlülüğünün İspatı

Genel olarak kabul edilen ispat kuralına göre, alacaklı kanununun belirttiği şekilde tam ve zamanında ayıp ihbarında bulunduğunu ispatla mükelleftir[183]. Öncelikle ihbar hukukî bir kurucu niteliğe sahiptir. Bundan dolayı TMK. m. 6'da yer alan genel ispat kuralı, uygulanır[184]. İkinci olarak ispat yükü, ihbarın gerçekleşmesi için gerekli olan hak düşürücü süreye uymak zorunda olanın üzerindedir[185].

---

178 **Schlechtriem/Schwenzer /Schroter,** PN. 5,Art. 27; **Tannó,** 280.

179 **Schlechtriem/Schwenzer/ Schroter,** PN. 6,Art. 27; **Zeytin,** 109.

180 **Zeytin,** 109.

181 **Vogel,** 106.

182 **Janssen,** 181.

183 **Giger,** PN. 99 Art. 201 OR; **Honsell, BSK,** PN. 14,Art. 201 OR; **Tannó,** 132 vd; **Becker,** PN. 29 Art. 201 OR; **Gerny,** 47; " *Davacı, davalıya teslim ettiği cevher bedelinden bakiye alacağını talep etmiş, davalıda bu isteme karşı teslim olunan malın sözleşmeye uygun olmadığını bildirerek karşı çıkmıştır. Malın tesliminde bir uyuşmazlık bulunmadığından ayıbın ispat külfeti davalıdadır. Bu durumda ayıbın belirlenmesi ve davalının ödeme yapmamakta haklı olup olmadığının tespiti için yapılacak yargılama masrafları ispat külfeti kendisine ait olan davalı yandan alınması gerekir…*" (**Y. 19. HD., T. 26.05.2003, E. 2003/2169, K. 2003/5420,** Yavuz, İfa, 518)

184 "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*" TMK. m. 6.

185 **Giger,** PN. 99, 106 Art. 201 OR.

Federal Mahkeme bir kararında ispat yükü ile ilgili kurala istisna getirmiştir. Buna göre, satıcı, satım konusu malın ayıbını geç ve eksik ihbar edilmesine rağmen maldaki ayıbı şartsız olarak kabul etmiş ise veya ayıplı malı ayıpsız benzeri ile değiştirmiş ise, satıcı ihbarın geç yapıldığını ileri süremez. Aksi durum, TMK. m. II/2 anlamında hakkın kötüye kullanımı olur[186]. Satıcı bu durumda ihbarın yapılmadığını ileri süremez ve hâkim usul hukukuna göre resen bunu göz önünde bulunduramaz. Ancak burada satıcının zararına olarak ihbar yükümlülüğünün somut bir şekilde ifa edildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak itirazlar sayesinde ispat yükünden, mutad olmayan bir şekilde Federal Mahkeme şüpheli bularak ayrılmıştır[187].

SONUÇ

İhbar yükümlülüğü, satılan malın ayıplı olması durumunda satıcıya malın durumunun belli edilmesi için gerekli olan usulî bir işlemdir. Hukukî nitelik olarak da bir "külfettir". Ayıplı malı satın alan aalcaklının kendisine tanınan hakalrı kullanabilmesinin ön şartı muayene etmesi ve tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirmesi gerekir. Maldaki ayıplar satıcıya bildirilmezse alıcı kendisine tanınan hakları kullanamaz. Bu durum hem TBK hem de Viyana Satım Sözleşmesinde aynıdır. Her iki düzenlemede de bu duruma yer verilmiştir. İhbar süresi her nekadar her iki düzenlemede de yer almış olsa da, sözkonusu süreler uzayabileceği gibi kısalabilir de. Tarafların içinde bulunduğu durum ve malların nitelikleri de göz önünde bulundurularak ihbar süresinde hep bir "*makullük"* ve *"imkan hasıl olur olmaz*" ölçütlerine yer verilmiştir. Hâkimler karar verirken somut olayı da göz önünde bulundurular. Satım sözleşmesinde yer alan tarafların sıfatlarına göre de ihbar süresi farklılık arzedebilir. Mesela tacirler için diğer normal alacaklılara kıyasen daha kesin kurallar öngörülmüştür.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (Fıkra)
AG.	: Amtsgericht
AGB.	: Allgemeine Geschaftsbedingungen (Genel İşlem Koşulları)
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis
Amt.	: Resmî daire, müdürlük
App Ct.	: Court of Appels
AppGer	: Appelationsgericht
Art.	: Artikel (madde)
AT.	: Allgemeine Teil (Genel Kısım)

---

186 **Giger,** PN. 106, Art. 201 OR; **Furrer,** 62; **Hohl,** F., **L'avis des défauts de l'ouvrage: fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, RFJ/FZR 3 (1994),** 267; **BGer** v. 18.10.2007, Nr. 4A.258/2007, Erw. 3.1.

187 **Gauch,** PN. 2172, 784.

Auflg.	: Auflage (bası)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Band (Cilt)
BBL.	: Bundesblatt
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BGER.	: Bundesgericht (Schweiz)
BJM.	: Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BSK.	: Basler Kommentar
BT.	: Besonderer Teil (İsviçre Borçlar Kanunu Özel Kısım)
Bull.	: Bülletin
C.	: Cilt.
CC.	: Code Civil (Frankreich)
CISG.	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, für die Schweiz i.K. getreten am 1. März 1991 (SR 0.221.211.1)
CISG-AC.	: Advisory Council of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (http://www.cisg.law.pace.edu).
Diss.	: Dissertation
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
Erw.	: Erwaegung (en)
FS.	: Festschrift
HaagerÜ.	: Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kufvertraege über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht für die Schweiz getreten am 27 Oktober 1972
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGB.	: Deuscthes Handelsgesetzbuch
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu.
HGer.	: Handelsgericht
Hrsg.	: Herausgeber
ICC	: International Chamber of Commerce (Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Paris) (www. İccwbo.org)
IHR.	: Internationales Handelsrecht Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und vertriebs (München)
INCOTERMS	: International Commercial terms der ICC
IPRax.	: Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts (Bielefeld)
IPR.	: Internationales Privatrecht
IPRG.	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18 Dezember 1987
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu

JZ.	: Juristen Zeitung (Tübingen).
K.	: Karar
KG.	: Kantonsgericht
LG.	: Landgericht
m.	: madde
MHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mü-Ko.	: Münchener Kommentar
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR.	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung Report
Nr.	: Numara
Official Comment	: Official Comments of the UCC Permanent Editorial Board (USA)
Oger.	: Ober Gericht
OGH.	: Oberster Gerichthof
OLG.	: Ober Landsgericht
OR.	: Bundesgesetz vom 30 MAerz 1911 betreffend die ergaenzung des Schweizerisches Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Hukuku)
PN.	: Paragraf Numarası
RabelsZ.	: Rabels Zeitschrift für auslaendisches und internationales Privatrecht (Tübingen)
recht	: recht (Bern)
RG.	: Resmi Gazete
RIW.	: Recht der internationalen Wirtschaft/Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (Heidelberg)
S.	: Sayı
s.	: sahife
Sec.	: Section
SJZ.	: Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich)
Sten. Bull.	: Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1967; Amtliches Bulletin der Budesversammlung (Nationalrat, Staenderat) (Schweiz).
Sup. CT.	: Supreme Court
SZIER.	: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europaeisches Rech (Zürich)
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
TranspR-IHR.	: Internationales Handelsrecht, Beilage zur Zeitschrift Transportrecht
UNCITRAL.	: United Nations Commission on İnternational Trade Law (www. Uncitral.org)
UNIDROIT.	: International Institute for the Unification of Private Law (www. Unidroit.org)
Urteil.	: Karar.
UCC.	: Uniform Commercial Code

U.S./US.	: United States (of America)
UT.	: Ulaşım Tarihi
WM.	: Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht
vd.	: ve devamı
VergÜ.	: (UN) Convention on the Limitation Period in the international Sale of Goods vom 14. Juni 1974 (www. Uncitral.org)
Vgl.	: vergleiche
Vorb.	: Vormeberkung(en)
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi
ZEuP.	: Zeitschrift für europaeisches Privatrecht (München)
Ziff.	: Ziffer(n)
ZBJV.	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfRVgl.	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Österreich)
ZVglRWiss.	: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

KAYNAKÇA

Achilles, Wilhelm-Albrecht Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied/Kriftel/Berlin 2000.

Aday, Nejat, Özel Hukukta Yüklenti Kavramıve Sonuçları, İstanbul 2000.

Akikol, Diana, Die Voraussetzungen der Sachmaengelhaftung beim Warenkauf (Obligationenerecht und UN-KAufrecht), Zürich 2008.

Aktürk Yücer, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.

Andersen, C. Baasch, Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG - Is Article 39(1) Truly a Uniform Provision?, www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen. html

Aral F/Ayrancı, H., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası Ankara 2012.

Arslanlı, Halil, Ticari Bey', 1. Cilt Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi ifa, 4. Bası, İstanbul 1995.

Atamer, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

Audit, Bernard, La vente internationale de marchandises, Paris 1990.

Bamberger H. G/Roth H., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: §§ 1297-2385 - EGBGB - CISG, München 2003.

Becker, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), Bern 1941; II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934.

Benicke, Christoph, İn: Münchener Kommentar zum 2. Auflage HGB München 2007.

Bernstein, H/Lookofsky, J., Understanding the CISG in Europe, 2. Aufl., Den Haag/London/New York 2003.

Bianca,C.M./Bonell M.J., Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Mailand 1987.

Bieger, Alain, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Zürich 2009.

Brunner, Christoph, UN-KAufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertraege über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internene Schweizer Recht, Bern 2004.

Bucher, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988. (Kısaltılışı: Bucher, BT)

…….. Der benachteiligte Käufer, Kritische Bemerkungen zu zwei Besonderheiten des schweizerischen Kaufrechts: Prüfungs- und Rügepflicht (OR 201), Kostenfolgen bei Erkennung auf Preisminderung statt auf Wandelung gemäss OR 205/II, SJZ 67 (1971), 17 ff. (Benachteiligter Kaeufer).

……. Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? Referat für den Schweizerischen Juristenverein (1983), ZSR 102 (1983) 2. Halbband, S. 251 ff. (Kısaltılışı: Bucher, Hundert Jahre OR) .

Buz, Vedat, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

Çetiner, Bilgehan, Die Sachmaengelhaftung des Verkaeufers im UN-Kaufrecht und im neuen deutschen Schuldrecht, Heidelberg 2006.

Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

Enderlein Fritz, Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in; Petar Šarč ević/Paul Voken (Hrsg.), International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures, New York/London/Rom 1986.

Enderlein Fritz/Maskow Dietrich/Strohbach Heinz, Internationales Kaufrecht, Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention, Berlin 1991.

Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Bası Ankara 2015.

……Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.(Kısaltılışı: Eren, Özel).

Ferrari, Franco, İnternationales Vertragsrecht Rom I-VO. CISG. CMR. FactÜ, Kommentar, München 2012 (Kısaltılışı: Ferrari, Ferrari/Ferrari).

…….. Die Rügeobliegenheit bei Vertragswidrigkeit nach Art. 39 CISG, ZSR NF 125 (2006) 1. Halbband, S. 533 ff. (Kısaltılışı: Ferrari, Rügeobliegenheit).

Freiburg, Nina, Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr, IHR 5 (2005), S. 56 ff.

Furrer, Andreas, Von stierigen Kühen und sprungfähigen Stieren - Die Regelung des Viehhandels als Lehrstück einer verfehlten regulativen Rechtstechnik -, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag = LBR (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft) Band 11, Zürich 2006, S. 149 ff.

Furrer, Rolf , Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973.

Gauch, Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.

Gauch, P./Aepli, V/Stöckli, H., Praejudizienbuch zum OR, 6. Auflg. Zürich 2006.

Gauch, P/Schleup, W/Schmıd, J/Rey, H., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. gaAufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Gelzer, Philipp, Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2003 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 67 (zit. Anpassung)

Gerny,M., Georg, Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Diss. Basel, Basel/Genf/München 1999 = Schriftenreihe für Internationales Recht, Band 83.

Giger, Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf (Art. 184- 215 OR), Bern 1980.

Girsberger, Daniel, Was hat Thurgauer Ahorn mit Ananas aus Afrika gemeinsam? - Die schleichende Internationalisierung des schweizerischen Mängelrügerechts -, in: Jörg Schmid/Hansjörg Seiler (Hrsg.), Recht des ländlichen Raums, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für Paul Richli zum 60. Geburtstag = LBR (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft) Band 11, Zürich 2006, S. 225 ff. (zit. Girsberger , Mängelrügerecht)

Gruber, Urs Peter, İn: Münchener Kommentar zum BGB Bd. III., Wiener Übereinkommen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, 6. Auflg. Beck. München 2012.

Gümüş, Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

Gsell, Willi, Die Mängelrüge beim Kauf nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926.

Heilmann, Jan, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Diss. Hamburg, Berlin 1994 = Schriften zum Internationalen Recht, Band 67.

Herber, R/Czerwenka B, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991.

Heuzé, Vincent, Traité des contracts, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000.

Hohl, Fabienne, L'avis des défauts de l'ouvrage: fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation, RFJ/FZR 3 (1994), S. 235 ff.

Honnold, John O., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3. Aufl., Den Haag 1999.

Honsell,Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), Zürich 2009.

…… Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006 (Kısaltılışı: Honsell, BT).

Honsell, H/Vogt, N.P/Wiegand, W., Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1- 529 OR, 4. Aufl., Basel 2007. (Kısaltılışı: Honsell, BSK)

Huguenin, Claire, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008.

Hutter, Max, Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980., Diss. Regensburg 1988.

Janssen, André, Die Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Diss. Münster, Baden-Baden 2001 = Europäisches Privatrecht, Sektion B: Gemeinsame Rechtsprinzipien, Band 17.

Karollus, Martin, UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien/New York 1991.

Katz, Hans-Peter, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Diss. Zürich 1973.

Keller, M/Siehr, K., Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995.

Klaedtke, Ulrich, Die Maengelrügefrist im UN-Kaufrecht, Aachen 2003.

Kramer, Ernst A., Rechtzeitige Untersuchung und Mängelanzeige bei Sachmängeln nach Art. 38 und 39 UN-Kaufrecht - Eine Zwischenbilanz, in: Ernst A. Kramer/Wolfgang Schuhmacher (Hrsg), beitraege zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag, Wien 2001, s. 617vd.

Maissen, Luis, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto- Occasionen, Diss. Zürich 1999.

Magnus, Ulrich, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2005 (Kısaltılışı: Staudinger/Magnus).

Müller-Chen, Marcus, Folgen der Vertragsverletzung, Habil. Basel, Zürich 1999 = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 37.

Oser, H/Schönenberger, W., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, Zürich 1936.

Piltz, Burghard, Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, 2. Auflg. München 2008.

Reinhart, Gert, UN-Kaufrecht, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heidelberg 1991.

Reinicke, D/Tiedtke, K., Kaufrecht, 6. Auflage, Luchterhand 1997.

Rumo-Jungo, Alexandra, Beweislast bei der Mängelrüge, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 575 ff.

Rüetschi, David,Substanziierung der Mängelrüge, recht 21 (2003), S. 115 ff.

Schlechtriem, Peter, Einheitliches UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge, Darstellung und Texte, Tübingen 1981 (Kısaltılışı: Schlechtriem, Einheit. UN-Kaufrecht)

…… Internationales UN-Kaufrecht, Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 4. Aufl., Tübingen 2007 (Kısaltılışı: Schlechtriem, Internat. UN-Kaufrecht)

Schlechtriem, P/Schwenzer, I., Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG -, 5. Auflg., München 2008.

Schmid, Hans, Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess/La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 11 ff. = SWR (Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter), Band 1.

Schmidt-Kessel, Martin, İn: Kommentar zum Einheitlichen UN-KAufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, CISG, München 2008.

Schönle, Herbert, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1- 529 OR), Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184- 191 OR, Zürich 1993.

Schönle, H/Higi, P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1- 529 OR), Teilband V 2a; Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung: Art. 192- 204 OR, Zürich/Basel/Genf 2005.

Schroeter, Ulrich G., İn: Kommentar zum Einheitlichen UN-KAufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertraege über den internationalen Warenkauf, CISG, München 2008.

Schubiger, Alfred, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. - OR 97 ff., Diss. Bern 1957.

Schumacher, R/Rüegg, E., in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001.

Schwartze, Andreas/Scwenzer, Ingeborg, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Habil. Hannover, Tübingen 2000 = Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 68.

The Noble Month, (Articles 38, 39 CISG) - The Story Behind the Secenery -, European Journal of Law Reform 7 (2005), 353 ff. (Kısaltılışı: Schwenzer, Noble Month)

Staudinger, J. J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2005 (Staudinger/Magnus)

Soergel, H/Lüderitz, A/Schüssler-Langeheime, D., Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von Hs. Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, Band 13: Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), Stuttgart/Berlin usw. 2000.

Spiro, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjaehrungs und Fatalfristen, Bd. I-II, Bern 1975. 197 OR, ZBJV 80 (1944), S. 145 ff.

Stathouli, Sofia, Die Haftung ders verkaeufers für Sachmaengel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und grieschen rechte, München 2006.

Şahiniz, Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Teslimin-den) Sorumluluğu, Ankara 2008.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1988.

Tannò, Patrick, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, Diss. St. Gallen 1993 = St. Galler Studien zum internationalen Recht, Band 13, St. Gallen 1993.

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II İstanbul 1974.

Venturi, Silvio, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Diss. Fribourg 1994 = AISUF Band 131 (Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg).

Vogel, Hans-Josef, Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Diss. Bonn 2000.

von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972.

Von Tuhr, A/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl.Band 1, 1. und 2. Lieferung, Zürich 1974 und 1979; mit Supplement, Zürich 1984.

Werro, Franz, La responsabilité du vendeur dans le commerce international et dans le marché intérieur européen, SJ 124 (2002) 2. Halbband, S. 289 ff.

White, J. J./Summers, R. S., Uniform Commercial Code, Practitioner Treatise Series, Band I, 4. Aufl., St. Paul (Minnesota) 1995 (zit. White/Summers, Practitioner's Edition) mit Supplement 2005 zu Bände I-IV: Revised Article 1 and Amended Article 2 - Substance and Process.

Widmer, Pierre, Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, S. 91 ff. = Veröffentlichungen des Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Band 3

Witz,W/Salger,H. C./Lorenz, M., International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, Heidelberg 2000.

Yavuz, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.

Yavuz, Nihat, Ayıplı İfa, 3. Bası, Ankara 2012.(Kısaltılışı: Yavuz, N., İfa)

Zeytin, Zafer, Milletlerarası Mal satım Sözleşmeleri (CİSG) Hukuku, Ankara 2011.

Zehnder, Hannes, Die Mängelrüge im Kauf-, Werkvertrags- und Mietrecht, SJZ 96 (2000) S. 545 ff.

GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA ŞAŞIRTICI VE BEKLENMEDİK ŞARTLAR TBK. m. 21/II

(General Terms and Conditions Which are Strange to The Contract's Character and The Features Of The Business)

Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Genel işlem koşulları genellikle karşı tarafın genel kabul beyanı ile sözleşmede bağlayıcılık kazanmaktadır. Ancak genel işlem koşulları içerisinde şaşırtıcı ve beklenmedik olan hükümler varsa açıkça ikaz edilmiş olmadıkça genel işlem koşullarını bu şekilde kabul eden karşı tarafın iradesi, bu koşulları da kapsadığı şeklinde yorumlanamaz. Bu hâlde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin bunun dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Genel işlem koşullarını kullanan taraf, bu durumda yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Anahtar kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Bağlayıcılık Denetimi, Global Kabul, Yabancı Koşullar, Şaşırtıcı Koşullar, Alışılmamış Koşullar.

Abstract

General terms and conditions are generally became valid in a contract with global acceptance of the other party. But if there are some strange terms against the contract's character and the features of the business, unless expressly cautioned, other party's volition, who globally accepted general terms and conditions, cannot be interpreted as global acceptance also includes these strange terms. In this case, general terms and conditions, which are against the contract's character and the features of the business, are respected as unwritten and other terms of the contract stay valid. Party, using general terms and conditions, cannot claim that he did not conclude the contract unless the terms respected as unwritten exist.

Keywords: General Terms and Conditions, Validity Control, Global Acceptance, Strange Terms, Confusing Terms, Unusual Terms.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

I. Genel Olarak

Taraflar sözleşme kurulurken Genel İşlem Şartlarını, toptan kabul etmektedirler. Genel İşlem Şartlarını hazırlayıp sözleşmenin diğer tarafına sunan tarafın güven kuralı çerçevesinde davranıp sözleşmenin içeriğine yabancı olan şartlara yer vermemesi gerekir. Bunu sağlayabilmek için Genel İşlem Şartlarını sunan taraf bu şartlar hakkında karşı tarafa yeterli bilgi vermek zorundadır. Bu sayede Genel İşlem Şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olur. Bu durum TMK. m. 2'de düzenlenen "*dürüstlük kuralının"* bir yansımasıdır.

TBK'da yapılan değişiklik ile Borçlar Kanununda da resmen uygulama alanı bulan Genel İşlem Şartları önceden hazırlanmış olması ve genel ifadelere sahip olması dolayısıyla güven kuralı gereği sözleşme şatlarına tamamen yabancı ve sözleşmenin tarafı için yapılan sözleşme ile bağ kurulamayan Genel İşlem Şartları sözleşmede yer alsalar bile TBK. m. 21/II gereği yazılmamış sayılırlar. Bu tür denetime kapsam denetimi de denmektedir[1].

II. Şaşırtıcı Şartlar (Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olma Kavramı)

A. Genel Olarak

Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme yaparken hiç hesaba katmadığı veya makul bir tarafın, yaptığı sözleşme gereği hesaba katması beklenilmeyecek olan şartlardır. Söz konusu şartlara tip sözleşmelerde yer veren işletme sahibi, şartlar somut halde müşteriye bildirilse müşteri tarafından kesinlikle kabul edilmeyeceğini bilincindedir[2]. Şaşırtıcı şartlar, sözleşmenin oluşumdaki taraf iradelerinin uygunluğu ile ilgidir. Söz konusu şartlar, taraf iradesinin uygunluğu içinde yer almadığından öğreti ve mahkeme kararlarına göre sözleşmenin içeriğine dâhil değildir[3]. Genel işlem şartları bu hükümler olmaksızın sözleşme içeriği olur. Müşterinin kabul beyanı bunları kapsamayacak şekilde yorumlanır[4].

Genel İşlem Şartlarını içeren tip sözleşmeler okunması için müşteriye verilir. Ancak müşteri tarafından genelde okunmaz ve bütün olarak kabul edilir[5]. Bu du-

---

1 **Antalya, Gökhan, 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012,** 303, 309.

2 **Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 2014 Zürich**, PN. 1136, 274; **Atamer,** 109.

3 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger,** PN, 1136, 274**.**

4 **Atamer,** 109.

5 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger;** PN. 1128c, 270; **Atamer, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000,** 109; **İnal, Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014,** 54;

rumlardan müşterinin zarar görmemesi için öncelikle içerik denetiminde kullanılan TBK. m. 25'in yanı sıra diğer bir içerik denetimi TBK. m. 21/II'de belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, " *Sözleşme niteliğine ve sözleşme içeriğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır"* şeklindedir. Bu hükmün dayanak noktası da m. 25'de[6] olduğu gibi "*dürüstlük*" kuralıdır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı TBK m. 21/II hükmünün mehazı Alman Medenî Kanunu § 305c'dir. Ancak Alman Medenî Kanununun ilgili hükmü "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dâhil olmuş sayılmaz" biçimindedir. Görüldüğü üzere "sözleşmenin niteliğine ve işin özelliklerine yabancı olma*" kavramı, Alman Medenî Kanununda "*hâlin icaplarına ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katamayacağı derecede alışılmamış nitelikte olma"* şeklinde ifade edilmiştir[7]. Hükmün gerekçesinde bu fıkra ile Alman Medenî Kanununda yer alan şaşırtıcı koşulların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesinin benimsendiği vurgulandığı için sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma kavramını mehazda olduğu gibi alışılmamış, şaşırtıcı şartlar şeklinde anlamak gerekir[8].

Alman Hukukunda şaşırtıcı koşullar, terimi kabul edilmişken İsviçre Hukukunda, "*alışılmamış olma*" veya "*işleme yabancı olma*" terimleri benimsenmiştir [9]. Alman ve Türk İsviçre hukuk öğretisi tarafından benimsendiği üzere şaşırtıcı koşulların varlığı için objektif ve sübjektif unsurların olması gerekir[10].

---

6 **TBK. m. 25;** " Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz".

7 "İsviçre Hukukunda ise ***"alışılmamış olma"*** işleme yabancı olma olarak ifade edilmektedir, **Havutçu,** 135; **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger,** PN. 1137, 274; **Gauch, Peter, Werkvertrag, 2011 Zürich,** PN. 197, 81.

8 TBK m. 21/2 hükmü ile Alman Medenî Kanunu § 305c'de yer alan şaşırtıcı koşullar olarak nitelendirilen genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağının kabul edildiği yönünde bkz. **Havutçu,** 135; Yeşim M. Atamer, *"Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar"*, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004**, 325, (**Yeni Açılımlar**); **Atilla Altop, *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel işlem Koşulları Düzenlemesi"*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007,** 259. Kanun koyucu, madde gerekçesinde *"Böylece, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305c maddesinde olduğu gibi, şaşırtıcı kuralların sözleşmenin içeriğinden sayılmaması ilkesi benimsenmiştir"* demek suretiyle § 305c hükmünü Türk Hukukuna taşımak istediğini açıkça belirtmiştir.

9 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger,** PN. 1136, 274**.**

10 **Gauch, P/Aepli, V/ Stöckli, H**, **"Praejudizienbuch zum OR", Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006,** PN. 16, Art. 1 OR; **Murat Aydoğdu, Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, İzmir, 2014**, 103.

A. Objektif Unsur

Objektif unsur, sözleşmede yer alan şartların sözleşmeye yabancı olmasıdır. Genel işlem koşullarında yer alan şartın, taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmenin özü ile bağdaşmamasıdır[11]. Sözleşmenin yapılması ile hedeflenen amacın içeriğine uygun onunla ilgisi olmayan şartlardır. Şaşırtıcı şartların özelliği, müşteri ve işletme arasında akdedilen sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmedik olmasıdır[12]. Aynı şekilde şaşırtıcı şartların sözleşmede yer alan diğer unsurlar da göz önünde tutularak sözleşmenin amacına uygun olmayan unsurların tespit edilmesidir[13]. Bu tespitte sözleşme bir bütün olarak ele alınır. Sözleşme metni içerisinde yer alan koşullar tek tek incelenir. Bu inceleme sonunda sözleşmenin amacına ve tipine aykırı alışılmadık bir durum söz konusu olduğu tespit edilirse bunlarda şaşırtıcı şartlar kapsamında değerlendirilir[14]. Bu hallere örnek vermek gerekirse, zor okunan bir yazı stili ile yazılmış metinler[15], sözleşme yapılırken üzerinde görüşülmüş olan konulardan sapılması[16] veya genel işlem şartlarını kullanan kişiye ait reklamlar oluşturur.

Objektif unsurun ilgili sözleşmede bulunup bulunmadığının tespitinde, sözleşmenin taraflarının birbirleri ile anlaştıkları, irade beyanlarının birbirine uygun olduğu andır[17]. Genel işlem koşullarında şaşırtıcı şartları kullanan taraf, müşterisine şüpheli, tartışmalı ve açık olmayan şartlar sunmaktadır[18].Yüksek mahkeme şaşırtıcı şartları hukuki bir sorun olarak serbestçe değerlendirmektedir[19]. Mahkeme şartları incelerken, şart müşterinin hukuki durumunu ne kadar çok ihlal ediyorsa, mahkeme kararlarında bir o kadar alışılmadık olarak değerlendirilmiştir[20].

Şaşırtıcı şartlarda, sözleşmenin tümü dikkate alındığında, işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek olandan farklı bir hükmün var olması gerekir. İki tarafında üzerinde uzlaştığı sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan hükümler söz konusudur[21]. Doktrinde objektif unsur, yapılan işleme yabancı bir hükmün

---

11 **Giger, Hans, Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschaeftsbedingungen, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd.12. Herausgegeben von Giger/Schleup Zürich 1983,** 34**; Huguenin, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2004**, PN. 407, 66; **Havutçu,** 136.

12 **Atamer,** 111.

13 BGer 4A_291/2009 E. 2.5.

14 BGH, *Urteil* vom 26-03-1987 - VII ZR 196/86 (Hamm), in: NJW 1987, 2080.

15 BGE 119 II 443 E. 1b S. 446.

16 BGer 5C. 134/2004 E. 4.2.

17 BGE 135 III 1 E. 2.1 s.7.

18 **Koller, Alfred, OR AT**, **Bern 2006**, § 23 PN. 42, 45 ve 47.

19 BGE 138 III 411 E. 3.4, S. 414.

20 BGE 109 II 452 E. 4, s. 457.

21 BGE 108 II 416, 418.

sözleşmede yer almasının zorunluluğu olarak anlaşılmıştır[22]. Yabancılık unsurunun tespitinde kanunda düzenlenmiş olan sözleşmenin tipinin yasada düzenleniş şekline bakılacak ve bundan aşırı bir sapma olan yani sözleşme tipinin adeta değiştirilmiş olduğu hallerde beklenmezlik hali kabul edilir[23]. Bu kıstas kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler için de geçerlidir. Ancak değerlendirme yapılırken sözleşme tipinin uygulamada karşılaşılan içeriğinden aşırı bir sapmanın olması aranır. Somut olaylarda ölçü alınacak kıstas, müşterilerin önlerine gelen sözleşmedeki içeriktir[24]. Objektif unsura örnek vermek gerekirse, "*Araba kiralama genel işlem şartlarında, kiracının para ödemesi karşılığı olarak, kiralayan tam kasko sigortasını üstleniyor. Ancak diğer taraftan kiracıya, arabaya taksirli veya sözleşmeye aykırı davranarak veya karayolları trafik kanununa göre doğacak zararlardan tam sorumlu olacağına ilişkin şartın*"[25] öngörülmesi, "*bankaya mevduat sahiplerinin kimliklerini kontrol etmeden ödeme yetkisinin verilmesi*"[26] şartı, eser sözleşmesinde, sözleşmeden dönecek olan iş sahibinin ödeyeceği tazminatın, İBK. m. 377(TBK. m. 484)'de belirtilen ve genel zarar indirim yükümlülüğünden farklı olarak hesaplanması[27], "*Yapı işlerinde tecrübesi olmayan bir müşterinin mimarla yaptığı sözleşme ile* ***"son hesap"*** *koşulu taraflar arasında kararlaştırılmıştır. Bu şarta göre, mimar işlerin bitiminde enson tutar ne ise müşteri onu ödeyecektir. Mahkeme sözleşmede yer alan ve bütün masrafları müşteriye yükleyen şartı, şaşırtıcı ve beklenmedik saymıştır*"[28] karalar şaşırtıcı şartlara örnek olarak gösterilebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 21/II'de yer verilen düzenlemede, *" sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır*" hükmünde ise, genel işlem şartlarının objektif unsuruna yer verilmiştir. Söz konusu hükümle işletmeci ile müşterinin yaptığı sözleşmede, metnin herhangi bir yerine sıkıştırılmış yapılan sözleşmeye yabancı olan şartlardır. Bu tür şartlar genelde müşterinin asıl edim yükümlülüğünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümlerdir[29]. Bu ko-

---

22 **Schönenbegger, W/Jaeggi, P. İn: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973,** PN. 499, Art. 1 OR; **Soyer, Polat, Genel İş Koşulları, İzmir 1987,** 84; **Atamer,** 111.

23 BGE 109 II 452, 458.

24 **Soyer,** 84; **Atamer,** 111.

25 BGE 119 II 443, E. 1b, S. 446 f.

26 BGE 116 II 459 E. 2a. S. 461 f.

27 **Gauch/Schleup/ Schmid/Rey/Emmenegger,** PN. 1138a, 275.

28 BGE 119 II 443 ff., 445 ff.

29 **Kaşak, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İÜHFD. C. 3, S. 1, 2012,** 423**; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014,** 106; "…Mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, dava konusu ipotek senedinin 2. maddesinde yer alan kefalet kaydının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 20/I. maddesine göre genel işlem koşulu, aynı yasanın 21/son maddesine göre de şaşırtıcı kural olduğu zira banka ile davalı arasında yapılmış ayrı bir kefalet sözleşmesi bulunmadığından davalının kefil olarak sorumluluğunu öngören ipotek sözleşmesindeki hükmün şaşırtıcı kural olarak nitelendirilmesi gerektiği, ……6098 sayılı TBK'nun söz konusu maddeleri nitelikleri iti-

nuyla ilgili olarak Yargıtay vermiş olduğu bir kararında[30], taraflar arasında yapılan sözleşmenin 12/f hükmünde yer alan "*telefon devrinin sözleşmede bulunan şaşırtıcı nitelikteki bir şart*" olduğu kanaatine varıp bu durumun kamu düzenine aykırı olduğu bu nedenle de hükümsüz olacağını kabul etmiştir.

B. Sübjektif Şartlar

Sözleşmenin işletmecinin karşısında yer alan tarafının içinde bulunduğu durumu gösterir. Sözleşmenin tarafı olan kişi makul ve dürüstlük kuralına göre, sözleşme içeriğine ne anlam veriyor veya vermesi gerekir sorusunun cevabını sübjektif unsur oluşturmaktadır. Burada ilgili kişiden tamamen kendi içinde bulunduğu durumun gereği olan davranış şekli beklenir. Sübjektif unsur, somut sözleşmede nelerin hesaba katılacağı nelerin de hesaba katılmayacağı durumlarını ifade eder. Sübjektif şartların tespitinde ilgili kişinin bilgi düzeyi esas alınmaz. Bunun yerine ortalama bir müşterinin durumu ve anlayışı esas alınır. Somut olaydaki sözleşmenin kuruluşundaki

---

bariyle emredici hüküm olup kamu düzenine ilişkin olduğundan TBK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. Maddesi uyarınca geçmişe etkili olarak uygulanacağı gibi 7. Maddesi gereğince de yürürlükteki davalara da uygulanması gerektiği, sonuç itibarıyla dava ve takibin dayanağı olan ipotek sözleşmesindeki kefalete ilişkin hükümlerin genel işlem koşulu ve şaşırtıcı kural olması sebebiyle 6098 sayılı TBK. m. 21/son gereğince, kredi borcundan dolayı davalının müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık tacirler arasında düzenlenen genel kredi sözleşmesi ve bu sözleşme uyarınca kullandırılacak kredilerin teminatı amacıyla ipotek resmi senedinde yer alan kefalet akdinden kaynaklanmaktadır. Tarafların sıfatı sözleşmenin ve sözleşmenin ve kefaleti de içeren ipotek akdinin yapıldığı tarih ve nitelikleri de gözetildiğinde somut olay bakımından TBK. m. 20 ve 21. Maddeleri ile 6101 sayılı Kanunun 7. Maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece taraflar arasındaki Genel Kredi Sözleşmesinin teminatı olarak verilen ipoteğin düzenlendiği ipotek resmi senedinde, davalının aynı zamanda kefalet limiti miktarınca müteselsil kefil olduğu da hükme bağlanmış olup mahkemece davalının kefaletinin geçerli olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir kara verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Anılan nedenlerle kararın bozulmasına oybirliği ile karar verilmiştir" Y. 19. HD. T. 11.12.2013.E. 14739/19771 K. (**Karar Yayınlanmamıştır).**

30 "….Mahkeme iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre davalı bayinin başka şirketlere ait LPG ürünlerini sattığı, davacı tarafından sözleşmenin feshinin haklı olduğu, talep edilen 15.000 USD cezai şartın makul olduğu ve sözleşmenin 21. Maddesince ödenmesi gerektiği, kar kaybının sözleşmenin feshi tarihinden itibaren davacının yeni bir bayi ile anlaşabileceği tarihe kadar geçecek makul bir süreyle sınırlandırılması kanıtlanamadığı, telefon kayıtlarının davalı adına olduğu dikkate alındığında sözleşmenin **12/f maddesine konulan telefon devrinin sözleşmede buluna şaşırtıcı nitelikte kayıt olduğu, kamu düzenine aykırı nitelikte olup, bu nedenle hükümsüz olduğunun kabul edildiği**, ayrıca bayilik sözleşmesi feshedildiğinden davalının haksız rekabet teşkil edecek eyleminin bulunmadığı ve bu hususta taleplerinin yerinde olmadığı, 3. Kişilerle yapılan sözleşmelerinin de iptalinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir…" Y. 16. HD. T. 26.12.2008., E. 4057/12536, (Karar Yayınlanmamıştır).

özellikler bu şekilde değerlendirmeye katılmaktadır. İşletmenin bu şartları da değerlendirerek müşterisinin kabul beyanına anlam vermesi gerekir.

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde sözleşme içeriğinde yer alan sözleşme içeriğine aykırı şartlar hakkında karşı tarafın ilgisi çekilmiş gerekli uyarmalar yapılmış ise, artık söz konusu Genel İşlem Koşulunun alışılmadık veya şaşırtıcı olduğu söylenemez[31]. Müşterinin dikkatini çekmek ise iki şekilde söz konusu olur. Bunlardan ilki, ilgili şartın basılış tarzı itibariyle koyu ve büyük puntolarla basılması veya ayrı ve büyük bir başlıkla söz konusu hükmün varlığına işaret edilmesi şeklinde diğer şartlardan ayrılması, ikincisi ise, sözleşmenin tarafı olan işletme tarafından ilgili müşterinin sözlü olarak uyarılması şeklinde gerçekleşir[32].

III. Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Koşulların Yazılmamış Sayılması

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/2). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Yazılmamış sayılma yaptırımı, doktrinde Alman Medenî Kanunu § 305c'de olduğu gibi *"sözleşmenin kapsamına dâhil olmama"* şeklinde anlaşılmaktadır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak değerlendirme yapacaktır.

Yazılmamış sayılan genel işlem şartları, başlangıçtan itibaren sözleşmenin muhtevasına dâhil değildir. Bu sebeple bahsedilen şartlar, taraflar arasındaki ilişkide esas aranmaz. Yine bunlar, sözleşmenin muhtevasına dâhil olmadığından taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz[33]. TBK. m. 22'de, " *Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*" şeklindedir. Bu durumda, genel işlem şartlarını kullanan taraf, yazılmamış şartlar sözleşme kapsamına girmediği için sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu sayede genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin TBK. m. 27/II

---

31 **Havutçu, Ayşe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011,** 41; **Koller, § 23,** PN. 43-44; **Topuz, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013,** 1153; **Aydoğdu,** 103; **Atamer,** 112.

32 **Koller, AT,** § 23 PN. 44; **Atamer,** 112.

33 **Koller,** § 23 PN. 39 vd.; **Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, PN. 45.07,** 316; **Havutçu,** 133-235; **Aydoğdu,** 100; **Yelmen,** 107; **Kaşak,** 424.

hükmü aracılığıyla dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır[34]. Bu durum zaten madde gerekçesinde *"bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur."*şeklinde yer almıştır.

Alman Medeni Kanununda genel işlem şartlarının yazılmamış olması ile ilgili bizim Borçlar Kanunumuzda olmayan önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten de, BGB § 306 /II'de, sözleşmenin kapsamına dâhil olmayan hükümlerin oluşturduğu boşluğun kanuni düzenlemeler ile doldurulacağına değinilmiştir. Türk Borçlar Kanununda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamakla beraber, TBK'nun genel hükmü olan m. 2/I-II'den yararlanılabilir. Çünkü söz konusu bu maddede, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmanın sağlanması durumunda, tali unsurların üzerinde durulmasa bile sözleşme kurulmuş sayılır. Aynı şekilde TMK. m. 1/II gereğince, **"Kanunun özüyle ve sözüyle değindiği tüm konularda uygulanacağı"** düzenlenmiştir. Bundan dolayıdır ki, taraflar arasındaki somut duruma uygulanabilir bir hüküm yoksa TBK. m. 2 ve TMK. m. 1 çerçevesinde çözüm bulunabilir. Yargıtay olayla ilgili bir kararında[35], yok sayılan sözleşme hükmü bakımından hâkimi mevzuata yönlendirmiştir.

TBK. m. 22 c. 2 hükmü beraberinde önemli bazı sorunları da getirmektedir. Yazılmamış sayılan genel işlem şartlarının sözleşmenin esaslı unsuru olması durumunda, sorunun nasıl çözüleceği konusu önemlidir. Çünkü TBK. m. 22 c. 2 hükmü gereği, işletme, yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu hükümden hareket edildiğinde, yazılmamış sayılan şartlar esaslı bile olsalar sözleşmenin ayakta tutulmasına ve devam etmesine karar vermek gerekir. Ancak bu sonuç kabul edilemez. Çünkü TBK. m. 2/I'e göre, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşamazlarsa, sözleşme kurulamaz. Esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanması sözleşmenin kurulması için olmazsa olmazdır. Buradan hareketle, " *Yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel*

---

34 **Yelmen,** 108.

35 Belediyelerin EGO İşletmeleri ile tüketiciler arasında düzenlenen "Doğalgaz Abonman Sözleşmeleri"; Özel Hukuk Kurallarına tabi, iltihaki sözleşmelerdir. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü varsa da, tekel durumundaki İdareler, sözleşmelere, kamu yararına, kamu düzenine aykırı hükümler koyamazlar. Bu nedenle, Enerji ve Tabii kaynaklar Bakanlığının, **"Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliği**"ndeki üst sınırı aşacak tarifeler ve sözleşmede bu tarifelerin uygulanmasına imkân verecek maddeler tüketiciyi bağlamayacağından, dava halinde, hâkim, sözleşmenin İdari Yargıda iptal edilmesini istemeden, **yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, hukuk devleti ve sosyal adalet ilkesi gereğince tüketiciyi koruyacak şekilde, yasaya aykırı şekilde konulan sözleşme hükmünü yok sayarak, Bakanlık tebliği doğrultusunda gerçek alacak ve borç miktarını tespit etmelidir.** (YİBK., 5.4.1944 gün ve 4/12 s.) (Y. 13.HD. T. 18.03.1996, E. 1734/2495 K. Naklen Kazancı Otomasyon) (UT. 03.04.2015).

işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulamaz" sonucuna varılabilir. Sözleşme kurulmayınca da genel işlem şartları taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz. Çünkü genel işlem şartları sözleşmenin içinde yer alan bir unsurdur. Asıl olmayınca onun bir parçası olan genel işlem şartları da olmaz.

Yazılmamış sayılan kısım sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarına ilişkin olduğunda sözleşmenin kurulması bakımından herhangi bir problem mevcut değildir. Sözleşme TBK. m. 22 c. 2 çerçevesinde, sözleşmenin tarafı yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı, sözleşmeyi yapamayacak olduğunu ileri süremez[36].

IV. Hükmün Yabancı Olması ile Haksız Olması Arasındaki

Genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükmün *"sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı"* olması ile *"haksız"* olması birbirinden farklıdır[37]. Somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması hâlinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir. Haksız genel işlem koşulunda, sözleşmede yer alan karşı tarafın hukuki durumunun hakkaniyete aykırı olarak ihlal edilmesidir[38]. Bu durum şaşırtıcı şartlarda ne bir ön şart ne de şaşırtıcı şartların kullanımında bir sebep teşkil eder. Şaşırtıcı şartlar, sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının karşı tarafça global olarak kabulünde önem arz eden tarafların iradelerinin uyuşmasıyla ilgili bir hukuki durumdur. Şaşırtıcı şartların yazılmamış sayılmasının sebebi, güven sorumluluğu ile ilgilidir. Bundan dolayıdır ki, şaşırtıcı şartlar ilk etapta zayıf durumda olan karşı tarafı korumayı amaçlayan bir araç değildir. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir[39]. Bir başka anlatımla genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hüküm içerik denetimine ilişkin m. 25'i ihlâl etmediği hâlde m. 21/2'yi ihlâl edici nitelikte olabileceği gibi; TBK m. 21/2'yi ihlâl etmediği için bağlayıcılık kazanan bir hüküm, m. 25'i ihlal ettiği için batıl sayılabilir[40]. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile içerik denetimine tâbi tutularak m. 25'e göre geçersiz kılınabilir[41].

---

36 **Yelmen,** 110.

37 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c,** 277; **Atamer,** 110; **Kaşak,** 425.

38 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, PN. 1139c,** 277; **Havutçu,** 140.

39 **Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger,** PN. 1139c, 277; **Atamer,** 110; **Havutçu,** 140.

40 **Kaşak,** 425.

41 **Atamer,** 110; **Havutçu,** 141.

SONUÇ

1.TBK m. 21/1'de genel kabul yeterli görüldüğü için maddenin ikinci fıkrasında sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, somut olayın hâl ve şartları ile sözleşmenin niteliği dikkate alındığında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir hükmün karşı taraf bakımından beklenilmez olması halinde, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olduğundan söz edilir ve bu hüküm yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hükümler genellikle karşımıza karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümler ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler şeklinde çıkmaktadır.

2. *"Yazılmamış sayılma",* sözleşmenin içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı hâller sözleşmenin objektif ve esaslı noktalarını oluşturmuyorsa sözleşme kurulmuş sayılır. Hâkim TMK. m. 1/I gereği ve TBK. 2/I-II gereğince sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak uyuşmazlığı çözer. Bu hâlde genel işlem koşullarını kullanan taraf, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Ancak yazılmamış sayılan hususlar sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil ederse sözleşme kurulmamış sayılır.

3. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma ile haksız olma farklı kavramlardır. Bir hüküm aynı anda hem sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı hem de haksız olabileceği gibi, sadece sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı veya sadece haksız olabilir. Bu sebeple sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte bir hüküm, karşı tarafın özel olarak bu hükme dikkati çekilip ve karşı tarafça kabul edilerek sözleşmede bağlayıcılık kazanmış olsa bile (örneğin, sözleşmenin bir kısmında şartların koyu ve büyük yazılması) söz konusu hüküm içerik denetimine tâbi tutularak TBK. m. 25'e göre geçersiz kılınabilir.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz (Fıkra)
Art.	: Artikel (madde)
AT.	: Allgemeine Teil (Genel Kısım)
Auflg.	: Auflage (bası)
B.	: Band (Cilt)
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BGer.	: Bundesgericht (Schweiz)
BSK.	: Basler Kommentar

C.	: Cilt.
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD.	**:** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
NJW.	: Neue Juristische Wochwenschrift.
OR.	:Bundesgesetz vom 30 aAerz 1911 betreffend die ergaenzung des Schweizerisches Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
PN.	: Paragraf Numarası
S.	: Sayı
s.	: sahife
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medenî Kanunu
UT.	: Ulaşım Tarihi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

KAYNAKÇA

Atilla Altop: *"Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel işlem Koşulları Düzenlemesi",* Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007.

Murat Aydoğdu: Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, İzmir, 2014.

Antalya, Gökhan: 6098 Dayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

Atamer, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2000.

Atamer, Yeşim M.: *"Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar",* **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004** (**Yeni Açılımlar**).

Gauch, Peter: Werkvertrag, Zürich 2011.

Gauch, P/Schleup, W/Schmid, J/Rey, H/Emmenegger, S.; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014.

Gauch, P/Aepli, V/ Stöckli, H: "Praejudizienbuch zum OR", Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflage, Zürich 2006.

Giger, Hans: Geltung und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschaeftsbedingungen, in: Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Bd.12. Herausgegeben von Giger/Schleup Zürich 1983.

Havutçu, Ayşe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 2011.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2004.

İnal, Tamer: Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar: Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, Ocak 2014, 54.

Kaşak, Esra: Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İÜHFD. C. 3, S. 1, 2012.

Koller, Alfred; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bern 2006.

Schönenbegger, W/Jaeggi, P. İn: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1 a (Art. 1-17) Zürich 1973.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.

Soyer, Polat: Genel İş Koşulları, İzmir 1987.

Topuz, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.

Yelmen, Adem: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

EVLİ KİŞİYLE BİRLİKTE OLAN KADINA/ERKEĞE YÖNELTİLEN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ VE ÖZELLİKLE KONUYA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(Considerations Regarding Non-Pecuniary Damages That Oriented A Woman/Man Who Has A Relationship With A Married Person and Especially Decisions of Supreme Courts of Appeals on This Issue)

Prof. Dr. Etem Sabâ ÖZMEN [*]
Yrd. Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU[**]

ÖZET

Bu çalışmanın yapılma amacı, eşi zina yapan kişinin, eşinin birlikte zina yaptığı kişiden salt bu nedenle manevi tazminat talep edip edemeyeceğinin incelenmesidir. Manevi zarar, kişilik hakkı hukuka aykırı fiile veya ahlaka aykırı fiile ihlal edilen kişinin talep edebileceği zarardır. Bu durumda cevaplanması gereken soru bir kadın/erkeğin evli olduğunu bildiği veya bilmediği bir kadın/erkekle evlilik dışı ilişki yaşamasının, ilişki yaşadığı kadın veya erkeğin eşine yönetilmiş haksız fiil teşkil edip etmeyeceğidir. Çalışmamızda da bu sorunun cevaplandırılması için evli kişiyle birlikte olma fiilinde, TBK. m. 49/I veya TBK. m. 49/II koşullarının oluşup oluşmadığı ortaya konulacaktır.

Anahtar kelimeler: Manevi tazminat, kusur, hukuka aykırılık, hukuka aykırı fiil, zarar, ahlaka aykırı fiil.

Abstract

Aim of this study is to express if the person whose wife/husband commit adultery, can demand non-pecuniary damages from the person who commit adultery with his/her wife/husband. Non-pecuniary damage is damage that person whose right of personality broken with unlawful or unethical act. In this sense, this question has to be answered: Is the acts of a woman/man who enter into a relation knowingly or unknowingly with married man/woman are tort or not.

[*] Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.
[**] Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

In our study, it will be put forward if in said case, conditions of Turkish Code of Obligation Article 49/I and II occur or not.

Keywords: Non-pecuniary damages, Negligence, Contradiction to Law, Unlawful Act, Damage, Unethical Act.

GİRİŞ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi geçmişte ve yakın tarihli kararlarında eşi zina yapan tarafın, eşinin ilişki kurduğu kadın/erkekten manevi tazminat isteyebileceğine ilişkin kararlar vermektedir[1]. Bu kararlarda, evli kişiyle birlikte olmak fiilinin haksız fiil teşkil ettiği kabul edilerek, aynı zamanda bu haksız fiilin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının çok sakıncalı olduğunu öncelikle belirtelim. Nitekim bu yöndeki kararların oldukça hatalı olduğu doktrinde de belirtilmektedir[2]. Biz de bu yöndeki kararların aşağıda belirtilen gerekçelerle ne derece sakıncalı olduğunu ve neden hatalı olduğunu irdelemeye çalışacağız. Diğer yandan bu çalışmanın yazılması aşamasında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin aksi yönde bir kararının çıkmasının sevindirici bir gelişme olduğunu da belirtelim[3].

§ 1. Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğu (TBK4. m. 49)

Türk Borçlar Kanunu m. 49/I uyarınca kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun şartları şöyledir; Hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı. Yine TBK. m. 49/II'de ahlaka aykırı fiil düzenlenmiş olup ahlaka aykırı fiilden sorumluluğun şartları; ahlaka aykırı fiil, zarar, ahlaka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı ve bu defa kusurun kast derecesinde olmasıdır. Haksız fiil nedeniyle manevi tazminat talep edebilmek için ise unsurlar bu defa az da

---

1 4. HD. 2009/6382 E, 2010/3083 K, 18.3.2010 T; 4. HD, 2009/7418 E, 2010/5016 K, 29.4.2010 T; 4. HD. 2010/4636 E, 2011/3669 K, 5.4.2011 T; 4. HD. 2012/8809 E, 2013/8039 K, 6.5.2013 T; 4. HD. 2013/13062 E, 2013/7611 K, 12.5.2014 T; 4. HD. 2013/1404 E, 2013/8415 K, 9.5.2013 T; 4. HD. 2010/2292 E, 2011/2569 K, 14.3.2011 T; Zinanın suç teşkil ettiği sırada verilmiş karar için bkz. 4. HD. 1987/8959 E, 1988/1410 K, 15.2.1988 T (Tüm kararlar için bkz. www.kazanci.com).

2 Bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2014, s. 259 vd; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2014, s. 156; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2015. s. 119; Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007, s. 202; Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281)*, İstanbul 2008, s. 7 vd; Üçüncü kişinin bu eyleme katılmasının haksız fiil teşkil ettiği yönünde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 208; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara 2004, s. 381; Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararları için bkz. BGE 109 II 6; 108 II 348; 78 II 291; 43 II 323 (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156, dn. 8'den naklen); Ayrıca bkz. Kaneti, s. 203, dn. 177a'da yer alan kararlar.

3 4. HD. 2014/8510 E, 2015/7762 K, 11.6.2015 T (www.kazanci.com).

4 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 4.2.2011-27836.

olsa farklılaşır. Bu halde unsurlar; kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı, manevi zarar, saldırı ile manevi zarar arasında nedensellik bağı ve kusurdur. Ahlaka aykırı bir fiile dayalı manevi tazminat talep edebilmek için ise bir kimsenin kişilik hakkına ahlaka aykırı fiille saldırı, manevi zarar, ahlaka aykırı fille manevi zarar arasındaki nedensellik bağı ve kusurun kast derecesi aranır.

Konumuz bakımından can alıcı nokta olarak, hukuka aykırı fiille manevi zarara sebep olma ve ahlaka aykırı fiille manevi zarar sebep olma ayrımının yapılması zorunludur. Şimdi her bir hali irdeleyerek eşi zina yapan kadın/erkeğin, eşinin birlikte zina yaptığı kadın/erkekten manevi tazminat talep edip edemeyeceğini tespit edelim.

§ 2. Hukuka Aykırı Veya Ahlaka Aykırı Fiille Zarar Verme

I. Hukuka Aykırı Fiille Zarar Verme

Hukuka aykırı fiil, *fiil* ve *hukuka aykırılık* olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Kişinin haksız fiilden sorumlu tutulması için bir fiil işlemesi gerekir zira kendisinden tazminat istenen kişinin fiili yoksa sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Fiil, olumlu bir davranış yani bir şey yapma anlamına gelse de olumsuz bir davranışı yani yapmamayı da kapsar. Elbette kişinin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması bu fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır ve hukuka aykırılık kavramı bu noktada önem arz eder. Ancak Türk Borçlar Kanunu bir hukuka aykırılık tanımı yapmış değildir.

Bugün kabul gören anlayışa göre (objektif teori/normatif teori)[5] *hukuka aykırılık*; zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak anlamına gelir. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, hukukun koruduğu hukuki varlık veya menfaatleri ihlalden koruyan bütün normların ihlali hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Eş söylemle, haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı fiil, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu engellemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı fiil anlamına gelir.

Ancak hukuka aykırılık kavramını kusurdan dikkatle ayırmak gerekir. Hukuka aykırılık, fiilin bizatihi kendisinin hukuk düzeni tarafından beğenilmemesiyken kusur, hukuka aykırı davranışa sebebiyet veren kişinin iradesinin beğenilmemesidir. Bu nedenle hukuka aykırılık haksız fiilin objektif, kusur ise sübjektif unsurudur.

---

5 Hukuka aykırılık kavramına ilişkin olarak iki teoriye rastlanır: Sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre (Olumsuz hukuka aykırılık teorisi) hukuka aykırılık, zarar verenin zarara sebep olan davranışta bulunmaya izinli ve yetkili olmaması anlamına gelir (Teoriler için ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 14; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 584; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Buroğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 475; Kaneti, s. 77 vd;).

Hukuka aykırılığın tespitinde, hukuk kuralının koruduğu alanın tespit edilmesi gerekir. Belirtelim ki ihlal edilen hukuk kuralı, Kamu Hukuku veya Özel Hukuk kökenli olabilir. Ve yine ihlal edilen davranış normu yazılı veya yazılı olmayan bir genel davranış kuralı olabilir. Dikkat edilmesi gereken husus ihlal edilen genel davranış kuralının emredici davranış kuralı olmasıdır, meğer ki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedenle bu ihlal mazur görülmüş olsun.

Ancak bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması yani ortada hukuka aykırı bir fiilin olması da her zaman failin, bu fiil sonucu ortaya çıkan tüm zararlardan sorumlu olacağı anlamına gelmez. Şu hususa önemle işaret edelim; bir kişinin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için onun ihlal ettiği kuralın amacının, oluşan zarardan korunmak olması gerekir. Bu durumda, hukuka aykırı bir davranış olarak addedilen normun konuluş sebebi (ratio legis) dikkatle araştırılmalıdır. Sonuçta hukuka aykırı fiil nedeniyle menfaatleri zedelenen herkes tazminat talep edemez, çiğnenen kuralın ihlal edilen menfaati korumak amacıyla konulmuş olması gerekir. İşte haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bu teoriye *normun koruma amacı teorisi denir*[6]. Bu teori uyarınca; hukuk düzenindeki yazılı veya yazılı olmayan kurallar veya genel davranış kuralları sadece belli kişileri veya değerleri, belli tehlikelerden koruma amacı gütmektedirler. Dolayısıyla bu kurallara aykırılık halinde, failin fiili ile nedensellik bağı içindeki zararlı sonuçlardan kimlere karşı sorumlu olacağı sorusunun cevabı da bu kuralların koruma amacına göre belirlenir[7].

Hukuka aykırılık kavramına ve normun koruma amacı teorisine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin salt bu fiilinin haksız fiildeki hukuka aykırılık unsuruna sahip olup olmadığını değerlendirelim.

Hukuka aykırı fiilden ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değindik. Tekrar önemle belirtelim ki hukuka aykırı fiilden kasıt, bir hukuk normu tarafından yasaklanmış fiildir. Ceza Kanunu'muz ise zinayı suç olmaktan çıkaralı epey olmuştur. Demek ki evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir yazılı hukuk kuralına Ceza Hukuku alanında rastlanmaz. Acaba evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına Medenî Hukuk alanında rastlanır mı?

Türk Medenî Kanunu'na baktığımız zamanda evli kişiyle birlikte olmayı yasaklayan herhangi bir hukuk normuna rastlanmaz. Bugün evlenmenin bir Aile Hukuku

---

6 Ayrıca bkz. Yeşim Atamer, *Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996, s. 70 vd.

7 Basit bir örnekle anlatmak gerekirse, minibüs şoförü alması gereken yolcudan fazla sayıda yolcu taşıdığı sırada, sıkışıklık nedeniyle yolculardan birinin cüzdanı çalındığında, şoför cüzdanın çalınmasından sorumlu olmayacaktır. Zira yolcu sayısına sınır getiren normun amacı minibüste hırsızlığın engellenmesi değildir. Bu ve benzer örnekler bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 15; Ayrıca bkz. Fikret Eren, *Borçlar Genel,* s. 595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476.

sözleşmesi olduğu kabul edildiğinden[8], bu sözleşme sonucu oluşan evlilik birliğinin sadece eşlere bazı hak ve yükümlülükler yüklediği sonucu açıktır.

Konumuz bakımından önem taşıyan husus normun koruduğu alandır. Türk Borçlar Kanunu m. 49'un mutlak hakları koruyan normlara atıf yaptığı tartışmasızdır. Bu anlamda malvarlığı haklarının ve özellikle aynî hakların, fikrî hakların mutlak hak nitelikleri gereği korunduğu şüphesizdir. Diğer yandan bu hükümle mutlak hak niteliğindeki kişi varlığı hakları da korunmaktadır. Özellikle Aile Hukuku'ndan doğan mutlak haklar genel olarak her türlü ihlale karşı korunmuşlardır[9].

Tam da bu noktada, TMK[10]. m. 185/son fıkranın eşlere yüklediği sadakat yükümünün mutlak değil nisbî nitelikte olduğunu söylemek gerekir[11]. Yani evli kişiler, kendileri dışındaki herkese karşı ileri sürebilecekleri "*evlilik birliğine saygı gösterilmesi hakkına*" sahip değillerdir. Elbette nisbi haklar da korunması gereken haklardır ki bu noktada normun koruma amacı teorisi devreye girer. Evlilik ilişkisinde eşlere yüklenmiş sadakat yükümü ve bunun karşısında bir eşin kendi eşinden sadakatli olmasını bekleme hakkının konuluş amacı, evlilik birliğinin devamını sağlamaktır. Yoksa bu hüküm, evlilik ilişkisi dışındaki herkese bir takım yükümler yüklemez.

Yine normun koruma amacı teorisinde, hâkime düşen ilk görev Sorumluluk Hukuku bakımından önem taşıyan normun var olup olmadığını araştırmaktır. Ve eğer hukukun bir başka alanında somut olayın sonuçları sınırlı sayıda sayılmışsa artık Sorumluluk Hukuku anlamında bir tazminat talebi mümkün olmaz[12]. Dolayısıyla zina fiilinin sonuçları Boşanma Hukuku'nun konusuna dâhil olacak şekilde bu alanda düzenlenmiş olduğundan, zinaya katılan ve evlilik birliğinin tarafı olmayan diğer kişi bakımından ayrıca bir tazminat söz konusu olmaz.

Aslında "*evlilik birliği (evlilik bağı)*" eşlerin hukuken korunan kişiliğinin bir parçasıdır. Bu nedenle bazı ihtimallerde evlilik birliğine yapılan saldırılar TMK. m. 24 anlamında eşlere yönelik kişilik hakkı ihlali teşkil edebilir[13]. Ancak evlilik birliği devam ederken eşlerden biri, diğer eşin gerek tek başına gerekse de bir başkasının katılımıyla evlilik birliğinden doğan örneğin sadakat yükümünün ihlal edilmesine

---

8 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 47; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Aile Hukuku*, İstanbul 2015, s. 61.

9 Bu tür hakları Hatemi, "*Mutlak Korumalı Ödev Hakları*" şeklinde isimlendirmiştir. Yazara göre velayet hakkı, vesayet hakkı gibi haklar malvarlığı mutlak haklar gibi olmayıp, ihlallere karşı mutlak haklarda gibi korunmuş ödev-haklarıdır. Bu haklar başkasının şahsı üzerinde mutlak hak olmayıp, ihlal eden herkese karşı korunan konumlar olarak algılanmak gerekir (Hüseyin Hatemi, *Medenî Hukuk'a Giriş*, İstanbul 2013, s. 136).

10 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, RG. 8.12.2001/24607.

11 Evlilikte sadakat borcunun nisbî hak olduğu yönünde bkz. Kaneti, s. 202.

12 Atamer, s. 78.

13 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Gümüş, s. 7.

neden olmuşsa, kişilik hakkı ihlal edilen eş, evlilik devam ettiği sürece TMK. m. 25'in kendisine verdiği dava haklarını kendi eşine karşı kullanamaz ki bırakın evlilik birliğine dahil olmayan bir kişiye kullansın.

Örneğin eşlerden birinin zinası halinde, diğer eş tarafından maddi ve manevi tazminat davaları ancak kendisine karşı açılacak boşanma davasıyla birlikte açılabilir ve evlilik birliği devam ederken bu dava açılamaz (TMK. m. 174). Yine evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümler üçüncü kişilerce tek başlarına hukuka aykırı şekilde ihlal edilemez ve söz konusu yükümlülük bir üçüncü kişinin katılımıyla ihlal edilmiş olsa da üçüncü kişiye karşı maddi veya manevi tazminat davası yöneltilemez. Eş söylemle, eşler arasındaki hak ve yükümlülükler evlilik birliği dışındaki kişilerce veya bu kişilerin eşlerden birine katılımı suretiyle ihlal edilemez. Zira eşin kişilik hakkını ihlal eden davranışa diğer eş de katılmış olduğundan artık hukuka aykırılığın söz konusu olmadığı doktrinde belirtilir[14].

Konuya ilişkin olarak OĞUZMAN/ÖZ[15] şu değerlendirmeyi yapmıştır. Yazarlara göre Hukuku'muzda "*kişinin eşi tarafından aldatılmama hakkı*" şeklinde tezahür eden ve herkese karşı ileri sürebileceği bir kişilik hakkı (mutlak hakkı) yoktur. Aile Hukuku'nun evlilik sözleşmesinden doğan ve eşlerin birbirlerine karşı üstlendikleri "*sadakat yükümü*" nisbî bir haktır. Sadakat yükümünün sözleşmesel niteliği TBK. m. 185/III'de düzenlenmiş olduğuna ve bu hak bir nisbî/şahsî hak olduğuna göre, bu hak sadece taraflar arasında ileri sürülebilecek ve sadece zina yapan eş evlilik sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bu ihlalin sonuçları ise TMK. m. 161, 167, 168, 236 hükümlerinde bir takım yaptırımlara bağlanmış olduğundan, zina yapan eşin ilişki kurduğu kadın/erkek, aldatılan eşin hiçbir mutlak hakkını ihlal etmiş olmaz[16].

Sonuç olarak, zinayı suç sayan ya da yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmadığına göre, evli kişiyle birlikte olan kadının/erkeğin davranışının hukuka aykırılığından bahsedilmeyecek ve bu kişinin haksız fiil nedeniyle sorumlu olması söz konusu olmayacaktır. Aslında bir fiilin haksız fiil teşkil edip etmediğini değerlendirirken, fiilin hukuka aykırı olmadığı tespit edilirse artık haksız fiilin diğer unsurlarının tetkik edilmesi boşa sarf edilmiş bir çabadan ibaret olacaktır[17]. Zira fiil hukuka uygun olunca, kusurun varlığı konusunda bir araştırma yapmaya gerek kalmayacaktır. Eş söylemle,

---

14 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156 ve dn. 7'de anılan yazarlar; Gümüş, s. 7 ve dn. 25'de anılan yazarlar.

15 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 259 vd.

16 Yazarlar aynı zamanda, evli eşlerin birbirlerinin malı olmadığını ve aralarında mülkiyet ilişkisi olmadığını, birbirlerinin beden bütünlüğü üzerinde hak iddia edemeyeceklerini, günümüzde evliliğin sadece iki kişi arasında akdedilmiş bir sözleşme niteliğinde olduğunu, yoksa evli kişilerle toplum arasında yükümlülükler doğuran kamusal bir statünün olmadığını da belirtmişlerdir (Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260).

17 Kaneti, s. 34; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975, s. 138.

kişi hukuka uygun davranmışsa artık başka türlü davranmasının mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

II. Ahlaka Aykırı Fiile Zarar Verme

Türk Borçlar Kanunu m. 49/II uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille bir başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere bu hükümdeki şartlar TBK. m. 49/I ile benzerlik göstermektedir. Ancak TBK. m. 49/II anlamında sorumluluk için fiil ahlaka aykırı olmalıdır ve kusur bu defa kast derecesinde olmalıdır. Yine manevi zarara ve nedensellik bağına bu sorumluluk için de ihtiyaç vardır. Belirtelim ki ahlaka aykırı fiil, aynı zamanda hukuka aykırı fiil niteliğindeyse TBK. m. 49/II değil, TBK. m. 49/I uygulama alanı bulur zira TBK. m. 49/I kaynaklı sorumlulukta kusurun kast derecesinde olmasına gerek yoktur.

Ahlaka aykırı fiilden kasıt, kişinin işlediği fiilin hukuka aykırılık teşkil etmese de sosyal ve genel ahlak kurallarına aykırılık teşkil etmesidir. Ancak bu hükümde anılan ahlak, bireysel ahlak olmayıp sosyal ve genel ahlaktır[18]. Genel ahlak ise mutlak ahlakî değerler, bazı durumlarda hak ve adalet duygusu, bazı durumlarda belirli bir toplumun güncel görüş ve düşünceleridir[19]. Yoksa ahlak kavramı somut olayda ilgili kişilerin veya hâkimin ahlak anlayışı anlamına gelmez.

Şimdi, evli bir kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin bu fiilinin ahlaka aykırı olduğu özellikle birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemesinin ahlaka aykırı olduğu söylenebilecektir. Ancak TBK. m. 49/II salt ahlaka aykırı fiille sonuç bağlamamış, bu fiilin aynı zamanda kasten zarar verme amacıyla işlenmesine sonuç bağlamıştır. Yargıtay'ın ise ahlaka aykırı fiilin varlığını tespit ettiği ancak bu fiilin kasten işlenmesi zorunluluğunu göz ardı ettiği ortadadır. Göz ardı edilmemesi gereken boyutuyla biraz önce değindiğimiz üzere haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemişse, diğer unsurların irdelenmesine gerek yoktur. Oysa burada tam tersi olarak, ahlaka aykırı bir fiilin varlığı halinde bu defa diğer tüm unsurların birlikte gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Diğer unsurlar ise manevi zarar, nedensellik bağı ve kusurun kast derecesidir. Şimdi bu unsurlara bakalım.

§ 3. Manevi Zarar

Haksız fiilin bir diğer unsuru zarardır ve zarar kişinin malvarlığının rızası dışında azalmasıdır. Zarar verici fiil olmasaydı kişinin malvarlığının içinde bulunacağı durum ile zarar verici fiil sonucu kişinin malvarlığının aldığı durum arasındaki fark

---

18 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 64; Eren, *Borçlar Genel*, s. 600.

19 Eren, *Borçlar Genel*, s. 600.

zararı oluşturur. Zararın dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda zarar, kişinin malvarlığının iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade ederken, geniş anlamda zarar, kişinin sadece malvarlığındaki azalmayı değil kişi varlığında uğradığı zararı da ifade eder.

Manevi zararla kast edilen kişilik hakkına karşı tecavüz halinde, kişinin duyduğu acı, elem ve ızdıraptır. Ancak manevi tazminat bakımından dikkat edilmesi gereken husus ölüm ve ağır bedensel zararlar dışında, başkaca kişilik hakkına saldırı nedeniyle yansıma zarar tazminine Kanun'un izin vermemiş olmasıdır. Eş deyişle hiç kimse (istisnai boyutuyla; ölüm ve ağır bedensel zarar dışında; TBK. m. 56/II) en yakını dahi olsa bir başkasının örneğin özel hayatının gizliğinin ihlal edilmesi nedeniyle manevi tazminat talep edemeyecektir.

Şimdi çalışma konumuza dönelim. Eşinin bir başka kadın/erkekle birlikte olması nedeniyle kişinin ızdırap çekmesi, acı ve elem duyması doğal sonuçtur. Ancak acaba bu manevi zarar ahlaka aykırı fiil ile uygun nedensellik bağı içinde olan zarar mıdır? Zira tek başına zararın varlığı da yeterli değildir, bu zararın ahlaka aykırı fiille uygun nedensellik bağı içinde olması gerekir.

§ 4. Uygun Nedensellik Bağı

Kişinin manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik hakkına hukuka/ahlaka aykırı tecavüzle manevi zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır[20]. Bu durumda saldırı teşkil eden fiilin hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen manevi zararı meydana getirmeye elverişli olduğunun kabul edilmesi uygun nedensellik bağının bulunduğu anlamına gelir[21] ve fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı her somut olayda hâkim tarafından takdir edilir.

Yargıtay'ın anılan kararlarında, haksız fiilin diğer unsurlarının varlığı veya yokluğu gözetilmeksizin sadece davranışın elem ve ızdıraba yol açması boyutu nazara alınmış ancak bu defa da haksız fiil nedeniyle fiille nedensellik bağı içindeki tüm zararların değil sadece uygun nedensellik bağı içindeki zararların talep edilebileceği göz ardı edilmiştir. Yargıtay'a göre ahlaka aykırı bir fiil vardır ve bu davranış elem ve ızdıraba yol açmıştır, bu nedenle fiilin yol açtığı zarar tazmin edilmelidir. Ancak görüldüğü üzere Yargıtay bir başka noktayı kaçırmaktadır. O da kişinin ahlaka aykırı fiilinden sorumlu olabilmesi için bu ahlaka aykırı fiilin kasten işlemiş olması zorunluğudur.

---

20 Uygun nedensellik (illiyet) bağı teorisi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı*, s. 131 vd; Atamer, s. 42 vd.

21 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 44, 45; Eren, *Borçlar Genel*, s. 544; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 573.

§ 5. Kusur

Hukuka aykırılık haksız fiilin objektif unsuru; kusur ise sübjektif, öznel yani kişiye özgü unsurudur. Gerçekten de kusurdan söz edebilmek için ortada öncelikle hukuka aykırılık unsuruna ihtiyaç vardır. Aksi takdirde kişi istediği kadar bilinçli bir iradeyle davranışının sebebi olarak belirli bir sonuca yönelmiş olsun, ortada hukuka aykırılık olmadığından kusurdan söz edilemeyecektir.

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için yeter derecede irade ortaya koymamak şeklinde tanımlanır[22]. Diğer yandan TBK. m. 49/I uyarınca haksız fiilden sorumlu olmak bakımından kusurun derecesinin önemi yoktur, kusurun derecesi tazminatın belirlenmesinde önem arz eder. Kusur kast veya ihmal şeklinde, ihmal ise ağır veya hafif ihmal şeklinde ortaya çıkmış olabilir.

Kast, kişinin hukuka aykırı fiili bilerek ve bunun sonuçlarını isteyerek işlemesi anlamına gelir ve kusurun en ağır derecesidir[23]. *İhmal*, kişinin hukuku aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen bu sonucun ortaya çıkmaması için yeter derece irade kullanmaması, hal ve koşullara göre gereken dikkat ve özeni göstermemesi anlamına gelir[24]. *Ağır ihmal*, kişinin hukuka aykırı sonuç doğuran fiili işlerken böyle bir fiil işleyen herkesin gösterdiği dikkat ve özeni göstermemek anlamına gelir[25]. Yani kişi içinde bulunduğu şartlara göre göstermesi gereken asgari dikkat ve özeni göstermemiştir. *Hafif ihmalde*[26] ise kişi hukuka aykırı fiili işlerken herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni değil de, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermeyerek hukuka aykırı fiili işlemiştir.

Şimdi çalışma konumuz bakımından evli kişiyle birlikte olma fiilini işleyen kişinin, kastından, ağır veya hafif ihmalinden söz edilebilir mi, bunun üzerine düşünelim. Evli kişiyle birlikte olan kadın veya erkek acaba bu fiili ile sırf birlikte olduğu kişinin eşine zarar vermeyi mi istemektedir? Ya da bu kişi birlikte olduğu kadın/erkeğin eşine herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermediği için mi zarar vermektedir? Ve son olarak kişi herkesin göstermesi gereken özeni değil de tedbirli ve dikkat bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle mi

---

22 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 53; Eren, *Borçlar Genel*, s. 569; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492.

23 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 55; Eren, *Borçlar Genel*, s. 574; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493.

24 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 56; Eren, *Borçlar Genel*, s. 579; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 494.

25 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 57; Eren, *Borçlar Genel*, s. 580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495 (Şuurlu ihmal).

26 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 57; Eren, *Borçlar Genel*, s. 580; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495 (Şuursuz ihmal).

zarara sebep olmaktadır? Kanımızca bu kurgulardan herhangi birinin gerçekleşmesi mümkün değildir. Ancak bu konuda OĞUZMAN/ÖZ'ün[27] dediği gibi fiilin kast derecesine yani kişinin evli kadın/erkekle birlikte olmasının amacının salt birlikte olduğu kadının/erkeğin eşine zarar vermek olduğu durumlara film senaryolarında rastlanabilir. HATEMİ/GÖKYAYLA[28], zarar verme kastının bulunmadığı hallerde ya da birlikte olduğu kişinin evli olup olmadığını dahi bilmeyen kişilerin tazminata mahkûm edilmesinin uygun olmadığını, bu durumda içtihatla adeta kusursuz sorumluluk yaratıldığına dikkate çekmiştir. Zira yazarlara göre Kanun'da evli bir kimseyle birlikte olan kişi bakımından kabul edilmiş bir sorumluluk düzenlenmiş değildir.

Belirtelim ki evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin bu davranışının ahlaka aykırı olduğu kabul edilecek olsa bile, TBK. m. 49/II'de uyarınca bu davranış nedeniyle tazminat talep edebilmek için davranışın kasten icra edilmiş olması gerekir. Eş deyişle, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin birlikte olurken ki amacının diğer eşe kasten zarar vermek olması gerekmektedir. Somutlaştırmak gerekirse; bir işyerinde birbirlerine husumet besleyen iki kadının/erkeğin arasındaki bu sürtüşme sonucu, diğerinin eşine hiçbir duygusal yakınlık hissetmediği halde onunla cinsel ilişkiye girmesi ve bunu kayda alıp diğer eşe kasten belli ederek boşanma sürecine girmesini sağlama amaçlı yapılması halinde manevi tazminat davasında haklılık olabilecektir. Ancak bu örnekte manevi tazminata doğuran fiil salt cinsel ilişki fiili değil, evli kişiyle cinsel ilişkiye giren kadın/erkeğin fiillerine eklenen diğer koşullardır.

Sonuçta evli kişiyle birlikte (bu kişinin evli olduğunu bilerek) birlikte olan kadın/erkeğin TBK. m. 49/II anlamında "*ahlaka aykırı amaçla bir başkasına zarar verme kastına*" sahip olduğunu söylemek çok güçtür. Zira bu davranışın altında "*mağdura zarar verme kastı*" olmadığından, evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeğin TBK. m. 49/II anlamında sorumlu olması mümkün olmaz.

§ 6. Manevi Tazminat Davasında Taraflar

Buraya kadar evli kişiyle birlikte olma fiilinin birlikte olunan kişinin eşine yönelmiş bir haksız fiil olmadığını tespit etmiş bulunuyoruz. Konuyu bir de manevi tazminat davasındaki taraflar bakımından irdeleyelim ve Yargıtay uygulamasının ne denli hatalı olduğunu sorduğumuz ancak bir türlü cevaplandıramadığımız sorularla ortaya koymaya çalışalım.

---

27 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

28 Hatemi/Gökyayla, s. 119.

I. Davacı

Manevi tazminat davasında davacı, kişilik hakkına hukuka aykırı veya ahlaka aykırı şekilde saldırılan kişidir. Zarar başlığı altında manevi tazminat talep edebilecek kişinin yansıma yoluyla zarara uğramamış olması gerektiğine değinmiştik zira hukuka aykırılık bağının bulunmaması bu kişilerin manevi tazminat talep etmelerine engel olur.

Konumuz bakımından Yargıtay'ın kabul ettiği üzere aldatılan eş davacıdır zira Yargıtay fiilin doğrudan aldatılan eşe yöneldiğini kabul etmektedir. Bu yönde hatalı kararlar başka sorunlara da gebedir. Benzer şekilde çocuk da anne/babasının birlikte olduğu kadın/erkeğe manevi tazminat davası yöneltebilecek, bu fiilin anne babasının boşanmasına, aile düzeninin bozulmasına sebep olduğundan bahisle ya da bu fiil nedeniyle kendi psikolojisinin de bozulduğundan, "*mutlu ve huzurlu bir ailede büyüme hakkının*" ihlal edildiğinden bahisle manevi tazminat talep edebilecektir[29].

Konuya ilişkin biraz daha ironi yapalım; kadının/erkeğin birlikte olduğu kişiye karşı birlikte olduğu evli kadın/erkeğin aile üyeleri (anne babası) veya diğer eşin aile üyeleri, şeref ve haysiyetlerinin, aile soyadlarının zedelendiğinden bahisle manevi tazminat davacısı olabilecektir[30]. Nişanlılardan birinin diğerini aldatması halinde, yine nişanlılık ilişkisinde de aile birliğinde olduğu gibi benzer şekilde sadakat yükümlülüğü yer aldığına göre aldatılan nişanlı, nişanlısının birlikte olduğu kadına/erkeğe karşı manevi tazminat davası açabilecektir[31]. Bir adım daha ileri gidelim, aralarında imam nikahı bulunan ve birlikte yaşayan kadın/erketen birinin bir başkasıyla birlikte olması, iki sevgiliden birinin bir başkasıyla birlikte olması gibi kurgularda dahi acaba manevi tazminat talep edilebilecek midir?

Görüldüğü üzere Yargıtay hatalı kararıyla bir çok cevapsız soruyu beraberinde getirmiş ve başka hatalı uygulamaların ortaya çıkmasına adeta fırsat vermiştir.

II. Davalı

Manevi tazminat davasında davalı manevi zarara yol açan fiili işleyen kişidir ve çalışma konumuz bakımından bu kişi evli kişiyle birlikte olan kadın/erkektir. Ancak cinsel ilişki fiilinin tek kişi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı da ortadadır yani bu fiile davacının (manevi tazminat talep eden eşin) evli olduğu kişinin katılımı zorunludur. Hal böyle olunca acaba bu kişilerin müteselsil sorumluluğundan mı bahsedilecektir[32]? Zira hukuka aykırı fiilden birden fazla kişi sorumluysa,

---

29 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

30 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

31 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

32 Müteselsil sorumluluk hakkında ayrıca bkz. Metin Gürkanlar, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK. m. 50)*, Ankara 1982, s. 16 vd.

TBK. m. 61 uyarınca birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebep olmalarına dayalı olarak müteselsil sorumluluk söz konusu olur. Hal böyle olunca davalılar, davacının kendi eşi ve eşinin birlikte olduğu kadın/erkek olmalıdır. Acaba bu konuda davalı birlikte olduğu evli kişinin fer'i müdahil olarak davada kendisine yardım etmesini talep edebilecek midir?

Müteselsil sorumluluk kabul edilecek olursa, bu davanın müteselsil sorumlulara aynı anda yöneltilmesi zorunlu değildir zira müteselsil sorumlulardan her biri zararın tamamından sorumludur[33]. Ancak dışa karşı tek başına sorumlu olan müteselsil sorumlular iç ilişkide birbirlerine karşı sorumlu olurlar. Türk Borçlar Kanunu m. 62/II uyarınca, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur. Ekstrem bir örnek vermek gerekirse; evli kadın/erkek aynı anda birden fazla kişiyle örneğin aynı anda üç kişiyle cinsel ilişkiye girmişse, bu defa fail sayısı artacak ve bu failler arasında müteselsil sorumluluk gündeme gelecek, birden fazla failin iç ilişkide birbirlerine rücu etmesi söz konusu olacaktır.

Diğer yandan kadın/erkeğin birbirinden haberdar olmayan kadın/erkekle bu defa farklı zamanlarda birlikte olması durumunda cinsel ilişkiye katılan farklı kişilerden ayrı ayrı tazminat talep edilip edilebilemeyeceği sorulacak mıdır? Bu durumda ise aynı zarara birlikte sebebiyet verme iradesi konusunda tereddüt yaşanacaktır. Çünkü erkek/kadının birden fazla kişi ile cinsel beraberliğinde diğerlerinin birbirlerinden haberi yoksa birlikte haksız fiil işleme iradesinden söz edilemez. Yargıtay kararı ise bu kişilerin her birine ayrı ayrı dava açılması sonucuna götürecektir.

OĞUZMAN/ÖZ'ün konuya ilişkin bir başka örneğine yer verelim[34]. Yazarlar Yargıtay'ın bu kararı karşısında eşi seks işçisiyle birlikte olan kadın/erkeğin eşinin seks işçisinden manevi tazminat talep edip edemeyeceği üzerinde düşünmüşlerdir. Ki bu ihtimalde seks işçilerinden manevi tazminat istenebilecekse, seks işçisinin birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilip bilmemesi sonuçlar bakımından fark yaratacak, hatta seks işçisine birlikte olduğu kadın/erkeğin evli olup olmadığını araştırma yükümü yükletilmiş olacaktır.

Demek ki evli kişiyle birlikte olup manevi tazminat ödemek zorunda kalan kadın/erkek birlikte olduğu kadın/erkeğe (veya cinsel ilişkiye iştirak eden birden fazla kişi varsa bu kişilere) fazladan ödediği kısım için rücu edebilmelidir. Yine TBK. m. 62/I uyarınca hâkim tazminatın paylaştırılmasında bütün durum ve koşullar, sorumlulara yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu nazara alacak olduğundan, birden fazla faile tazminatı paylaştırırken, hâkim oldukça titiz bir araştırma yapmak zorunda kalacaktır.

---

33 Gürkanlar, s. 91.

34 Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

Tekrar önemle altını çizelim Yargıtay'ın uygulaması ne tarafından tutulursa tutulsun hukukî sorunları çözmek yerine adeta arttırmakta ve durumu içinden çıkılmaz hale sokmaktadır.

§ 7. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I uyarınca hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu hüküm uyarınca hâkim tazminatın miktarını belirlerken, failin kusurunu ve durumun gereğini nazara alır. Yine tazminatın belirlenmesinde indirim sebepleri de nazara alınır. Zira TBK. m. 52'de mağdurun rızası, mağdurun birlikte kusuru, mağdurun bünyesinden kaynaklanan etkenler, failin mağdura yardımı sırasında zarar vermiş olması gibi nedenler tazminatta indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

Evli kişiyle birlikte olan kadını/erkeği manevi tazminatla yükümlü tutarken hâkimin bu indirim sebeplerini nazara alması gerekir. Şimdi, kendisinden manevi tazminat talep edilen taraf, aldatılan eşin (manevî tazminat talep eden tarafın) evlilikten doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürerek tazminatta indirim yapılmasını hâkimden talep edebilecek midir[35]? Bu sonucun kabul edilmesi gerçekten ancak trajikomik olarak değerlendirilebilir.

Diğer yandan TBK. m. 58/II uyarınca hâkim bir tazminat ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırılabilir veya bunu tazminata ekleyebilir, özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir. Ancak çalışma konumuz açısından hâkimin farklı bir giderim biçimi kararlaştırmasının, örneğin saldırıyı kınayan bir karar vererek bu kararın yayınlanmasına karar vermesinin, bu defa evli kişiyle birlikte olan kadının/erkeğin kişilik hakkında saldırı teşkil edeceği unutulmamalıdır.

§ 8. Manevi Tazminat Davasında Zamanaşımı

Manevi tazminat davası haksız fiil temelli bir talep olduğundan, 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.

Evli kişiyle birlikte olan kadının/erkeğin manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesi zamanaşımı bakımından birçok soruyu beraberinde getirir. Örneğin TMK. m. 161 uyarınca zina nedeniyle boşanma davası açmaya hakkı olan tarafın boşanma davasını, zinayı öğrenmesinden itibaren altı ay içinde açması gerekir. Diğer yandan aynı hükmün son fıkrası uyarınca, affeden taraf zina nedeniyle boşanma davası

---

35 Bkz. Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 260.

açamaz. Yine eşler arasında affedilen olay nedeniyle manevi tazminat talep etmek mümkün değildir[36]. Şimdi, aldatılan eş, aldatan eşine karşı süresinde boşanma davası açmasa veya eşini affetse dahi eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe karşı manevi tazminat davası açabilecektir. Görüldüğü üzere aldatılan eş evli olduğu sürece zina yapan kendi eşine karşı tazminat davası açamazken, eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe manevi tazminat davası açabilmesi gerçekten kabul edilemez bir sonuçtur.

§ 9. Boşanma Halinde Manevi Tazminatı Düzenleyen Hükümler Açısından Değerlendirme

Bu başlık altında boşanma halinde manevi tazminatı düzenleyen TMK. m. 174, 176 ve 178 hükümlerini genel olarak değerlendirerek, çalışma konumuzun hakkında Yargıtay'ın kararının hatalarını bir kez daha ortaya koyalım. Türk Medenî Kanunu m. 174/II uyarınca boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun bir para ödenmesini isteyebilir[37]. Görüldüğü üzere bu hüküm uyarınca manevi tazminat talep edebilmek için eşlerin boşanmış olması gerekir. Yoksa evlilik birliği devam ederken, boşanmaya sebep olayın vukuundan sonra, eşlerden biri boşanma talep etmeksizin bu olaya dayanarak eşinden manevi tazminat talep edemez. Burada boşanmaya sebep olan olay zina, terk, pek kötü muamele şeklinde bir sebep olabilir. Demek ki zina fiiline rağmen eşine boşanma davası açmayan ve bu nedenle eşinden manevi tazminat talep edemeyen kadın/erkek, eşinin birlikte olduğu kadından/erkekten manevi tazminat talep edebilecektir.

Diğer yandan zina nedeniyle açılan boşanma davası sonucu zina yapan eş aleyhine manevi tazminata hükmedilmiş olduğunu ve yine eşin zina yaptığı kadın/erkek hakkında da manevi tazminata hükmedildiğini düşünelim. Bu durumda bir fiili birlikte işleyen kişiler aynı fiil nedeniyle çifte tazminata mahkûm edilmiş olmazlar mı? Ya da yine bu kurguda manevi tazminat ödeyen kadın/erkek, ödediği tazminat nedeniyle birlikte olduğu kadına/erkeğe rücu ettiğinde, rücu edilen ve zina nedeniyle kendi eşine manevi tazminat ödeyen kadın/erkek, kendisi de manevi tazminat ödediğinden bahisle bu rücu talebini kabul etmeyecektir. Tam tersi, zina nedeniyle açılan boşanma davasında eşine manevi tazminat ödemeye mahkûm edilen kadın/erkek, evlilik dışı ilişkiye girdiği kadına/erkeğe, boşanma nedeniyle kendi eşinde ödediği manevi tazminat için rücu edebilecek midir? Bu soruların garipsenmesi doğaldır. An-

---

36 Yargıtay HGK. 2008/2-571 E, 2008/561 K, 24.9.2008 T (www.kazanci.com). Benzer şekilde Yargıtay 2. HD. 2004/5985 E, 2004/6650 K, 24.5.2004 T kararında "Davalı kadın açmış olduğu boşanma davasından 10.12.2002 tarihinde feragat etmiştir. Bu tarihten önceki kocanın davranışları affedilmiş en azından hoşgörü ile karşılanmıştır" şeklindeki tespitiyle kadının manevi tazminat istemini reddetmiştir (www.kazanci.com).

37 Boşanmada manevi tazminatın şartları için ayrıca bkz. Hasan Petek, "Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat", *DEÜHFD*, Cilt 12, S.2, 2010, s. 55 vd.

cak bu yönde karar veren Yargıtay'ın bu ihtimallerle ve bu tür taleplerle karşılaşması da ihtimal dâhilindedir.

Diğer yandan boşanma halinde manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemeyeceği gibi (TMK. m. 176/II) manevi tazminatın uygun bir miktar para ödenmesi dışında bir giderim biçimi söz konusu olmaz (TMK. m. 174/II). Dolayısıyla boşanma halindeki manevi tazminat TBK. m. 58'den farklılaşmamaktadır. Yani boşanma halinde hâkim diğer bir giderim biçimine hükmedemez. Bu hükmün ratio legisi, boşanma nedeniyle meydana gelen olayların kişilerin özel hayatına dâhil olması, örneğin bir boşanma yargılamasında zina nedeniyle eşlerden biri aleyhine manevi tazminata hükmedilse bile hâkimin bu fiili kınayan bir karar vererek, bunun aynı zamanda yayınlanmasına karar verememesidir. Şimdi boşanma davasında hal böyle iken diğer kadına/erkeğe yöneltilen manevi tazminat davasında, hâkimin TBK. m. 58'deki diğer giderimlerden birine karar vermesinin önündeki engel kalkar. Hâkim evli kadınla/erkekle birlikte olan kişinin fiilini kınayan kararın yayınlanmasına karar verdiğinde ise TMK. m. 174/II'nin içi tamamen boşaltılmış olur.

Boşanma nedeniyle boşanmaya sebep olan eşten manevi tazminat talebi boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK. m. 178)

Şimdi, zina nedeniyle boşanma davası açıldığını, bu davanın iki yıldan uzun sürdüğünü kabul edelim. Boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren aldatılan kadın/erkek boşandığı eşine manevi tazminat talebini yöneltebilecektir. Ancak aynı fiil nedeniyle eşinin birlikte olduğu kadına/erkeğe manevi tazminat yöneltmesi fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağından, artık ona karşı bir talebi söz konusu olamayacaktır.

SONUÇ

Bu çalışmada Yargıtay'ın evli kişiyle birlikte olan kadını/erkeği aldatılan kadın/erkeğe manevi tazminat ödemeye mahkûm eden kararlarının ne denli hatalı ve sakıncalı olduğunu irdelemeye çalıştık. Yargıtay, TBK. m. 49/I, TBK. m. 49/II koşulları oluşmamış olmasına rağmen evli kişiyle birlikte olan kadın/erkeği manevi tazminat ödemeye mahkum etmiş, adeta bu yönde kararlarıyla bir Medenî Hukuk cezası yaratmıştır.

Evli kişiyle birlikte olma fiili TBK. m. 49/I anlamında hukuka aykırı olmadığından artık haksız fiilin diğer unsurlarının varlığı ve yokluğu hususlarında değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bu fiil ahlaka aykırı kabul edilse dahi (TBK. m. 49/II), bu defa ise fiilin kasten işlenmiş olmasından bahsetmek mümkün değildir. Evli kişiyle birlikte olma fiili, haksız fiilin unsurlarını barındırmasa da manevi tazminatı çeşitli açılardan değerlendirdik ve çalışma içinde belki de komik olarak veya

trajikomik olarak değerlendirilebilecek birçok soru yönelttik. Bu soruların mantıklı, tutarlı ve hukuka uygun cevaplarını ise bulamadık. Sonuçta Yargıtay bu yöndeki kararlarından en kısa sürede vazgeçmelidir. Bizim için sevindirici olan ise bu çalışmanın yapıldığı sırada Yargıtay'ın aksi yönde en azından bir kararının çıkmış olmasıdır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya: *Aile Hukuku*, İstanbul 2015.

ATAMER, Yeşim: *Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996.

EREN, Fikren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012 (Eren, *Borçlar Genel*)

EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975 (Eren, *Uygun İlliyet Bağı*).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Aile Hukuku*, İstanbul 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185-281)*, İstanbul 2008.

GÜRKANLAR, Metin: *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK. m. 50)*, Ankara 1982.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2015.

HATEMİ, Hüseyin: *Medenî Hukuk'a Giriş*, İstanbul 2013.

KANETİ, Selim: *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul 2007.

KILIÇOĞLU, Ahmet: *Aile Hukuku*, Ankara 2015.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2014 (Oğuzman/Öz, *Cilt II*).

ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, Ankara 2004.

PETEK, Hasan: "Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat", *DEÜHFD*, Cilt 12, S.2, 2010, s. 47-78.

TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.

İCRA TUTANAKLARININ İİK m. 8 ÇERÇEVESİNDE ALENİYETİ VE İSPAT KUVVETİ

(The Execution Protocol's Publicity And Weight of Evidence Within The Scope of İİK m. 8)

Ar .Gör. Vildan PEKSÖZ*

ÖZET

Çalışmamızda, İİK m. 8 çerçevesinde tutanakların aleniyeti ve ispat kuvveti olarak işlevlerini ele alacağız. İcra İflas Kanunu m. 8'e göre, icra ve iflas daireleri yaptıkları işlemlerle kendilerine gelen talep ve beyanlar hakkında bir tutanak düzenler. Tutanakları ilgililerin görüp örnek alabilmeleri, tutanakların aleniyeti ile ilgilidir. Tutanakların aksi ispat edilene kadar geçerli olmaları da onların ispat edici işlevini göstermektedir.

Anahtar kelimeler: Tutanak**,** aleniyet, ispat kuvveti, ilgili, menfaat, aksini ispat

Abstract

In our study, we will discuss the functions of the protocols; publicity and weight of evidence. According to Article 8 of Enforcement and Bankruptcy Code, the execution and bankruptcy offices book the protocols about their actions, demands and statements. The concerned people can view the protocols and take their examples when they prove their interest. It is the publicity of protocols. Having a validity of the protocols until proven otherwise is related to their weight of evidence.

Keywords: Protocol, publicity, weight of evidence, concerned people, interest, prove otherwise.

I. GENEL OLARAK

Çalışmamız, İcra ve İflas Kanunu'nun 8. maddesi çerçevesinde icra tutanaklarının incelenmesi hakkındadır. İİK m. 8, iflas tutanaklarını da içeren bir maddedir. Ancak, biz çalışmamızda icra tutanaklarını esas alarak inceleme yapacağız. İcra tutanaklarının düzenlenmesi, imzalanması ve gerekçeli olarak yazılması tutanakların

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: vildanpeksoz@gmail.com.

işlevlerini ele almadan önce incelememiz gereken noktalardır. İcra tutanaklarının işlevleri, aleniyet ve ispat kuvveti olarak tanımlanmaktadır. İcra tutanaklarının işlevleri kapsamında, tutanakların aleniliğinin anlamına, ilgili kavramına, tutanakların ispatlayıcı etkisine, İİK m. 8'in bir karine olup olmadığına, tutanakların delil niteliğine ve tutanakların aksini ispata değineceğiz.

II. Tutanak Kavramı

Tutanak, meclis, kurul, mahkeme vb. yerlerde söylenen sözlerin olduğu gibi yazıya geçirilmesi, tutulga, zabıt, zabıtname; belgelenmesi gereken bir durumu tespit edenler tarafından imzalanan belge, zabıt varakası anlamlarına gelmektedir[1]. İsviçre hukukunda tutanağın karşılığı olarak *Betreibungauskunft* ve *Protokoll* kavramları kullanılmaktadır.

İcra tutanaklarına ilişkin İİK m. 8'in düzenlemesi şu şekildedir: "*İcra ve iflas daireleri yaptıkları muamelelerle kendilerine vakı talep ve beyanlar hakkında bir tutanak yaparlar. Sözlü itirazlar ile talep ve beyanların altları ilgililer ve icra müdürü veya yardımcısı veya katibi tarafından imzalanır.*

İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır.

İlgililer bu tutanakları görebilir ve bunların örneğini alabilir.

İcra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir. "[2]

İİK m. 8'de, tutanakların icra dairelerinin yaptıkları işlemlerle ilgili olarak, icra dairelerine gelen talep ve beyanlar hakkında düzenleneceği ifade edilmektedir. İcra ve iflas daireleri, kendi işlemlerine ilişkin olarak –Örn. haciz tutanağı (İİK m. 102)- ve

---

1 www.tdk.gov.tr

2 İİK m. 8'in İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda karşılığını SchKG Art.8 ve 8/a maddeleri oluşturmaktadır. Sch Art. 8: " *Tutanaklar ve Sicil*
Tutanak tutma, ispat gücü ve tashih etme
İcra ve iflas müdürleri dairelerin faaliyetleriyle ve onlara yapılan talepler ve açıklamalarla ilgili tutanak ve sicil tutarlar.
Tutanaklar ve sicil aksi ispat edilene kadar ispat edicidir.
İcra müdürlüğü hatalı kaydı kendiliğinden ya da ilgilinin talebiyle inceler."
Art. 8/a: "*İnceleme Hakkı*
1. Bir menfaatin varlığını ispat eden herkes, tutanakları ve sicili inceleyebilir ve örneğini alabilir.
2. Bilgi edinme istemi sözleşme yapma veya sona erdirme ile doğrudan bağlantılı ise, böyle bir menfaat ispatlanmış olur.
3. Müdürler, üçüncü kişilere takiple ilgili bilgi vermezler, eğer
a. Takip batılsa veya şikayetten dolayı ya da mahkeme kararıyla sona ermişse,
b. Borçlu istirdat davasında başarılı olduysa;
c. Alacaklı takibi geri almışsa
4. Üçüncü kişilerin inceleme hakkı takibin sona ermesinden beş yıl sonra ortadan kalkar. Adli ve idari makamlar menfaat halinde, beş yıldan sonra da örnek talep edebilir.

talep ile beyana ilişkin olarak –Örn. sözlü şikayet (İİK m. 18/II)- tutanak düzenlemektedir. İcra tutanaklarının mutlaka icra takip işlemlerine ilişkin olması gerekmemektedir.

İİK m. 8, TMK m. 7, HMK m. 200, HMK m. 201, İİK Yön. m. 22, SchKG Art. 8 ve 8a icra tutanaklarını ele alırken değinecek olduğumuz bazı hükümlerdir. Ayrıca, haciz (m. 102)'de, ihtiyati haciz (m. 262)'de olduğu gibi, kanun koyucu yeri geldikçe tutanaklara ilişkin özel düzenlemeler de yapmıştır[3]. Bu tutanakların içeriğinde nelerin yazılması gerektiğini, ilgili hükümlerde özel olarak belirtmiştir[4].

Yeri geldikçe icra tutanakları ile duruşma tutanaklarını karşılaştıracağız. İcra tutanakları İİK m. 8 gereğince, icra dairelerinin yapmış olduğu işlemlerle kendilerine gelen talep ve beyanlar hakkında tutulan tutanaklarken; duruşma tutanakları HMK m. 154'e göre, tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını hâkimin kaydettirdiği tutanaklardır. Takip devam ederken uyuşmazlığın icra mahkemesinin -itirazın kaldırılması veya şikayet- veya genel mahkemelerin –itirazın iptali davası, istirdat davası veya menfi tespit davası- önüne gelmesi durumunda, bu mahkemelerde düzenlenen tutanaklar icra tutanağı olarak mı yoksa duruşma tutanağı olarak mı nitelendirilecektir? İİK m. 8/1, icra ve iflas dairelerinin düzenleyeceği tutanakları dava sürecinde tutulan duruşma tutanaklarından ayrı ele almıştır. Bu bakımdan, her ne kadar takip hukukuna özgü yollar olsa da, şikayet ve itirazın kaldırılması yolunda icra mahkemesinin düzenlemiş olduğu tutanaklar, İİK m. 8 anlamında ele alınmamalıdır. Aynı sonuç, itirazın iptali davasında, menfi tespit davasında ve istidat davasında da pekala geçerlidir.

İİK m. 8, iflas dairelerinin düzenlediği tutanaklar için de uygulanmaktadır. Nitekim madde, iflas dairelerini kapsayıcı şekilde düzenlenmiştir. İflas idaresinin görev ve sorumluluğuna ilişkin 227. maddede, 8. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına atıf yapılmıştır. 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen ikinci fıkrayla, 8. madde dört fıkralı hale gelmiştir. 6352 sayılı Kanundan önce maddenin üçüncü fıkrasına, 6352 sayılı Kanundan sonra da üçüncü ve dördüncü fıkrasına atıf yapılmadığından iflas idaresinin düzenlediği tutanaklara, icra tutanaklarının sahip olduğu ispat edici etki tanınmamış olduğu düşünülebilir[5]. Konkordato komiserinin düzenlediği tutanaklara, İİK m. 287'de m. 8'e yapılan atıfla icra tutanaklarının işlevleri tanınmıştır. Konkordato komiserinin düzenlediği tutanağa icra tutanaklarının işlevlerini tanıyıp, iflas idaresine bu işlevleri tanımamak çelişki olacağından İİK m. 8/3'ün iflas ida-

---

3 Baki Kuru, Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 27. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 57; Mustafa Oskay, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli, Ayhan Doğan, **İİK Şerhi**, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 68; Umar, a.g.e., s. 480.

4 Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 86.

5 Talih Uyar, "İcra Tutanakları (İİK mad. 8)", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 134, Y. 2014, s. 85.

resinin düzenlediği tutanaklar için de uygulanması gerektiği Kuru tarafından ifade edilmektedir[6].Yılmaz'a göre 227. madde, iflas idaresinin resmi bir organ olarak kabul edilmeyişinden dolayı, iflas idaresinin düzenlediği tutanaklara İİK m. 8'deki ispat gücünü vermemiştir[7]. 6352 sayılı Kanundan önceki bu kabulün şimdi de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla iflas idarelerinin düzenledikleri tutanaklar için eklenen yeni fıkra ile diğer fıkraların uygulanması mümkündür.

III. İcra Tutanaklarının Düzenlenmesi

A. İcra Tutanaklarının Dosyalanması

İcra işlerinde birinci derece görevli olan icra müdürlerinin yetkilerine sınırlamalar koymak için kanun koyucu, icra müdürlerine olumlu veya olumsuz bazı yükümlülükler yüklemiştir. Dosya ve tutanak düzenlenmesi, icra müdürlerinin olumlu yükümlülüklerindendir[8].

Her icra işi için bir dosya açılır. Her dosyanın üzerine esas veya talimat defterindeki sıra numarası, alacaklının, borçlunun, müflisin ad ve soyadı yazılır. Bir işe ait tutanaklar ve tüm evrak bu dosyaya konulur. İcra iflas dairelerinde dosya usulünün uygulanması zorunludur (İİK Yön. m. 16, İİK Niz. m. 20)[9]. İcra tutanakları el ile ya da yazı makinesi ile yazılabilir[10].Yazıların okunaklı, temiz olması, tutanakta kazıntı ya da silinti yapılmamış olması, yanlış yer çizildikten sonra doğrusunun yazılması gerekmektedir[11]. Tutanaklara birbirini takip eden sayfa numaraları verilmelidir (İİK Yön. m. 22).

---

6 Baki Kuru, İcra Tutanakları (Zabıtları), (Çevrimiçi) http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1975-5/1.pdf, s. 655.

7 Ejder Yılmaz, **İflas İdaresi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s. 86. Yılmaz'a göre, iflas idaresinin düzenlediği tutanaklar delil olarak nitelendirilebilir. İstem ve bildirim konusunda düzenlenen tutanakların altı, istem ve bildirimde bulunanlar tarafından imzalandığından onlara karşı bu tutanaklar adi senet olarak kabul edilebilir. İflas idaresinin sorumluluğu açısından düzenlenen tutanaklar, adi senet olarak kabul edilebilir. Bkz. Yılmaz, **İflas**, s. 86.

8 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 84; İlhan E. Postacıoğlu, **İcra Hukuku Esasları**, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 47; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 56; Alfred von Overbeck, **Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess&Co., 1940, s. 16. Verilen kararların gerekçeli olarak tutanağa yazılması, para ve değerli eşyanın tevdi edilmesi, icra dairesine yapılan ödemelerin kabulü olumlu yükümlülükler, bazı işleri görme ve kendi kendileri ile sözleşme yapma yasakları icra müdürlerinin olumsuz yükümlülükleridir. Bkz. Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 56; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86 vd.

9 Dosya içindeki evrakın sıra numarası altında işlem sırasına göre işlenmesi gereken özel yerine işlenerek dizi listesi yapılmasına uygulamada dizi pusulası denmektedir. Bkz. Nizam İpekçi**, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh)**, 7. bs., İstanbul, Arıkan, 2007, s. 13.

10 Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 85; Kuru, **a.g.m.**, s. 643; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68.

11 Kuru, **El Kitabı**, s. 85; Kuru, **a.g.m.**, s. 643; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 56.

İcra ve iflas dairelerinde tutanak düzenlenme zorunluluğu, her önemli resmi işlemde özellikle hakkın korunması için yapılan işlemlerde geçerli olan belgeleme prensibi'nin (*Beurkundungsprinzip*) sonucudur[12]. İcra müdürü tutanak düzenlemediğinde, somut olaya göre hakkın yerine getirilmediği ya da sürüncemede bırakıldığı gerekçesiyle şikayet yoluna gidilebilir. Ayrıca, tutanak düzenlenmemesi sonucunda hak sahibinin zarar görmesi halinde, İİK m. 5'e göre icra müdürünün sorumluluğuna gidilmesi de söz konusu olabilir.

B. İcra Tutanaklarının İmzalanması

İİK m. 8/1, c. 2'de tutanakların ilgililer, icra müdürü veya yardımcısı veya katibi tarafından imzalanması gerektiği ifade edilmektedir. İİK Yön.m. 22/2'de ise yazı ile veya sözlü olarak yapılan talepler, itirazlar ve her türlü bildirimin derhal tutanağa geçirileceği ve altı tarih belirtilerek, ilgilisi ve icra müdürü veya yardımcısı veya kâtibi tarafından imzalanacağı ifade edilmektedir. Her iki düzenleme ele alındığında icra tutanaklarının ilgililer, icra müdürü veya icra müdür yardımcısı veya icra katibi tarafından imzalanması gerektiğini görmekteyiz.

Kanun maddesinde, yazılı taleplerin ilgililerden başka icra müdürü, yardımcısı veya katibi tarafından imzalanması gerektiği yer almazken, yönetmelikte bu yönde düzenleme bulunmaktadır.Yönetmelikteki düzenleme uygulandığında, dilekçe ile yapılan talep, itiraz veya beyanların tutanağa geçirilmesi ve ilgililerin icra dairesine giderek bu tutanakları imzalaması gerekmektedir. Uygulama açısından sıkıntı doğuran bu durum, Adalet Bakanlığı'nın yazısı ile iş sahibi veya avukatı tarafından belge imzalanmış olacağından, bu belgenin tutanağa geçirilmesinin ardından tutanağın icra müdürü, yardımcısı veya katibi tarafından imzalanması yeterli görülmüş ve iş sahibi ya da avukatının icra dairesine gelerek tutanağı imzalama zorunluluğu kaldırılmıştır[13].

UYAP'ın kullanımıyla, güvenli elektronik imza ile tutanakların imzalanması mümkün hale gelmiştir. İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nin 16. maddesinin 7. fıkrasına göre: "*Tutanak, belge ve kararlar elektronik ortamda düzenlenir ve gerekli olanlar ilgilileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanır. Elektronik ortamda düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan evrak UYAP kapsamındaki birimlere elektronik ortamda gönderilir. Ayrıca fizikî olarak gönderilmez.*" UYAP'ta düzenlenen tutanakların güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde, bu tutanaklar İİK m. 8'in sağladığı işlevlere sahip olacaktır. Haciz tutanağı gibi fiziki ortamda düzenlenme zorunluluğu olan tutanaklar da UYAP'a aktarılır. İİK.Yön.m. 16/8'e göre: "*Teknik nedenlerle fizikî olarak düzenlenen belge veya kararlar, engelin ortadan kalkmasından sonra derhal elektronik ortama aktarılır, yetkili kişilerce güvenli elektronik imza ile imzalanarak UYAP'a kaydedilir ve gerektiğinde UYAP vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir.*"

---

12 Von Overbeck, **a.g.e.**, s. 16.

13 Kuru, **a.g.m.**, s. 645.

Tutanak UYAP'a aktarıldığında, tutanak metninin icra müdürü tarafından elektronik imza ile imzalanması gerekmektedir. Tutanağı fiziki olarak imzalayan diğer kişilerin –alacaklının, borçlunun- elektronik imza ile UYAP'ta tutanağı tekrar imzalama zorunluluğu söz konusu değildir.

İcra müdürünün engelinin bulunması halinde kanunen ona verilmiş görevleri kendisi ifa edemeyecek durumda ise yardımcısı yapabilir. İcra müdürünün icra dairesinde bulunmadığı durumlarda icra dairesinin yönetimi icra müdür yardımcısına geçer. Katiplerin icra müdürünün görevlerini yerine getirebilmeleri görevlendirilmelerine bağlıdır. Kanunun açıkça imkan tanıdığı hallerde icra müdürü görevini katibe yaptırabilir[14]. İİK Niz. m. 4/I gereği icra müdürünün görevine giren işleri, icra müdürünün yokluğunda ve icra mahkemesi tarafından yetkilendirildiği takdirde de icra katibi yerine getirebilir. Dolayısıyla icra katipleri söz konusu hallerde, yetkileri dahilinde tutanak düzenleyebileceklerinden onların tutanak düzenleme ve imzalama yetkileri kısıtlıdır[15]. İİK m. 1/7'de icra müdürü, müdür yardımcısı veya icra katibinin yokluğu halinde, görev ve yetkileri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü veya zabıt katibi tarafından yapılacağı ifade edilmektedir. Bu durumda yazı işleri veya zabıt katibinin düzenlediği tutanaklar da, İİK m. 8 kapsamında ele alınmalıdır.

İcra müdürünün (yardımcısının veya katibinin) ve gerektiğinde ilgililerin imzası olmadan düzenlenen tutanaklar geçerli değildir[16]. Talepte bulunan, itiraz eden alacaklıysa alacaklının, borçluysa borçlunun ya da üçüncü kişiyse üçüncü kişinin imzası gerekmektedir[17]. Yoksa alacaklının talepte bulunduğu tutanağı borçlunun imzalaması gerekmemektedir. İmza eksikliği, tutanağın İİK m. 8 anlamında geçerli olmasını engellerken yapılan işlemin geçerliliğini kural olarak etkilemez[18]. Ancak, bu durum memurun sorumluluğunu gerektirebilir[19].

---

14 Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 23.

15 Uyar, **a.g.m.**, s. 74.

16 Kuru, **El Kitabı**, s. 85; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Kuru, **a.g.m.**, s 647; Timuçin Muşul, **İcra İflas Hukuku**, C. I-II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 77; Necmeddin Berkin, **İcra Hukuku Dersleri**, 2. bs., İstanbul, Hamle Matbaası, 1969, s. 30-31; Postacıoğlu, **İcra**, s. 47; İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, **İcra Hukuku Esasları**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 48; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Uyar, **a.g.m.**, s. 74; Nazif Kaçak, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, C. I, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 92; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86.

17 Uyar, **a.g.m.**, s. 75.

18 "*İcra ve İflas Kanunu ve yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde, aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan ve aksinin aynı mahiyette bir delille ispatlanması gereken tutanağın, icra müdür ya da memurunca tutulan, onaylanan ya da altı imzalanarak havale edilen tutanaklar olduğu, bunun dışındaki tutanaklarda yer alan beyanları bu anlamda bir* ***resmiyet kazanamayacağı*** *açıktır.*" HGK, 21.10.2009, E. 2009/12-366, K. 2009/440 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

19 Berkin, **a.g.e.**, s. 30-31.

Yargıtay, imza eksikliğinin işlemin geçerliliğini etkilediği yönündeki bir kararında, İİK m. 8'i ve İİK Yön.m. 49'u nazara alarak, icra müdürü veya yardımcısı ya da katibi ile birlikte tellalın da hazır bulunarak, ihale tutanağını imzalamalarının zorunlu olduğuna, ihaleye ilişkin tutanakta icra müdürünün imza ve mührünün bulunmaması durumunda tutanağın geçersiz olacağına ve ihalenin feshine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[20].

İmza eksikliğinin işlemin ispat imkanını tamamen ortadan kaldırması açısından, haciz tutanağında icra müdürünün ya da icra müdür yardımcısının imzasının eksikliğine değinebiliriz. İcra müdürünün ya da yardımcısının haciz tutanağında imzasının olmaması, haczin yapıldığını ispat edebilen tek belge olan haciz tutanağının[21] hükümsüz olmasına sebep olacak ve haciz işleminin yapıldığının ispatının imkanı kalmayacaktır.

İcra tutanağı düzenlerken imza atamayanların durumunun ne olacağına ilişkin, İcra ve İflas Kanunu'nda ve İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nde bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya dair HMK m. 155'in uygulanabilmesi gerekir. Tutanağa imza atamayacak durumda olan kimsenin parmak izin alınır, izin hangi parmağa ait olduğu belirtilir. Elinde parmak bulunmayanların imza yerine mühür ya da özel bir işaret kullanabilecekleri, madde metninde düzenlenmiştir. Doktrinde de ilgili imza atmayı bilmiyorsa icra tutanağına mühür veya parmak basacağı ve bu mühür veya parmak izinin icra müdürü tarafından onaylanması gerektiği kabul edilmektedir[22]. İmza atamayanların mühür, bir alet veya parmak izi kullanarak yapacakları hukuki işlem içeren belgelerin senet niteliğinde olabilmesi, HMK m. 206'ya göre noterler tarafından düzenleme şeklinde oluşturulmasına bağlıdır. Hukuki işlem içeren icra tutanaklarını ilgilinin imzalaması durumunda senet niteliği kazanacağını aşağıda belirteceğiz[23]. İmza atamayanların aleyhine kullanılacak senedin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmasının gerekliliği karşısında, icra müdürü tarafından düzenlenen tutanağın –geçerli olmakla beraber- imza atamayan aleyhine senet niteliğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun açık hükmü gereği kanaatimizce kazanamaması gerekmektedir

C. Kararların Tutanaklara Gerekçeli Yazılması

02.07.2012 tarihinde yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle İİK m. 8'in 1. fıkrasından sonra gelmek üzere "*İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerek-*

---

20 12. HD., 22.9.2011, E. 2011/1095, K. 2011/17148 (MİHBİR, 2012/8, S. 22, s. 316-317).

21 Bkz. İcra Tutanaklarının İspatlayıcı Etkisi.

22 Kuru, **a.g.m.**, s. 644.

23 Bkz. İcra Tutanaklarının İspatlayıcı Etkisi.

çeli olarak tutanaklara yazılır" ifadesi eklenmiştir. Eklenen fıkrayla icra ve iflas dairelerinin gerekçe belirtmeden kaşe kullanarak karar vermesi önlenmeye çalışılmıştır[24].

Kararlar gerekçeli olarak tutanağa yazılmadığında kanuna aykırılık şikayet sebebiyle işlemin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde şikayet yoluna başvurulabilmelidir. İcra Mahkemesi, gerekçeli olmayan kararın gerekçeli olarak yazılmasını icra dairesine emretmeli, kendisi gerekçe yazmamalıdır. Çünkü, kararı veren memur, verdiği kararın gerekçesini bilmekte ve o gerekçeye göre işlem yapmaktadır. İcra ve iflas dairelerinin vermiş olduğu karar doğru iken gerekçe yanlış veya karar yanlış iken gerekçe doğru olabilir. Böyle bir durumda, kanaatimizce, şikayet konusu olarak verilen karar ele alınmalı, gerekçenin doğru veya yanlışlığı kararın doğruluğunu veya yanlışlığını etkilemiyorsa şikayet konusu yapılmamalıdır. Bununla birlikte, gerekçe yanlışsa karar da genel olarak yanlış olacaktır.

İcra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanağa yazılma zorunluluğu, uyulduğu takdirde, icra iflas dairelerinin işlemlerinin daha kolay denetimini sağladığı gibi, memurun da daha dikkatli karar vermesini sağlayacaktır. Tarafların taleplerinin neden kabul veya reddedildiğini, icra mahkemesinin kolay bir şekilde anlaması mümkün olabilecektir[25]. İcra organlarının kararlarının gerekçeli olması, hukuki dinlenilme hakkının tesisinde de önemli bir yere sahip olacaktır[26]. Talebin reddine şeklinde klişeleşmiş icra dairesi kararlarının önüne geçilerek, hak sahiplerinin mağduriyetinin giderilip icra mahkemesindeki şikayet dosyalarının azaltılmasını sağlayabilecektir[27].

İcra iflas dairelerinin yapmış olduğu işlemlerin tutanağa yazılma zorunluluğunun iş yükü fazla olan dairelerin iş yükünü daha da artıracak nitelikte olduğu da savunulmaktadır[28]. Ağır iş yükü altında çalışan icra dairelerinde müdürlerin kaşe ve

---

24 Uyar, **a.g.m.**, s. 86. Madde gerekçesi şu şekildedir: "*Maddeyle, kararların gerekçeli olarak icra tutanaklarına yazılması kabul edilmektedir. Uygulamada talepler hakkında gerekçe yazılmadan karar verilmekte, genellikle bu işlem kaşe kullanılarak yerine getirilmektedir. Bu değişiklikle, standart ifadeli kaşe kullanılmasının önüne geçilerek kararlarda yaşanabilecek keyfiliğin önlenmesi ve böylece etkin bir denetim sağlanması amaçlanmaktadır. Taraflar, gerekçesi olmayan kararları anlamada, değerlendirmede zorlanmakta, bu nedenle şikayete veya itiraza konu etmektedirler. Bu şekilde kararlara gerekçe yazılması tarafları ikna etmede daha etkili olacak, aynı zamanda işlemin şikâyete konu edilmesi hâlinde etkin ve hızlı bir denetim sağlanması imkanı doğacaktır.*"

25 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 87; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003, s. 243.

26 Özekes, **a.g.e.**, s. 240-241.

27 Seyithan Deliduman, "3. Yargı Paketinin İcra ve İflas Hukuku'na İlişkin Düzenlemeleri" **İBD**, C. 86, S. 5, 2012, s. 18.

28 Mustafa Özbek, İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", AÜHFD, 2008, s. 463-524. İbrahim Kayhan, "İcra İşlemlerinde Gerekçeli Karar Ne Kadar Gerekli?", (Çevrimiçi: www.konyabarosu.org.tr, s. 37).

imzaya dahi zor zaman bulurken, kararların gerekçelerini araştırıp tutanaklara geçirmelerinin bir hayal olduğu ileri sürülmektedir[29]. Gerekçeli karar verme zorunluluğunun icra iflas dairelerince verilecek red kararları için uygulamanın daha isabetli olacağı düşünülmektedir[30].

İİK m. 8/2'ye uygun şekilde kararlar gerekçeli yazıldığında, icra mahkemesi hâkiminin gerekçenin anlaşılamaması ya da gerek gördüğü diğer bir halin varlığı durumunda, icra müdürünü duruşmaya davet edebileceği ifade edilmektedir[31]. İcra müdürü, müdür yardımcısı veya katipten hangisi kararı yazmışsa icra mahkemesi hâkiminin onu duruşmaya davet etmesi uygun olacaktır.

IV. İcra Tutanaklarının İşlevleri

İcra tutanakları, icra işlemlerine yönelik resmi bilgi içerdiğinden icra dairelerinin işlemlerinin denetlenmesini sağlayabilmektedir[32]. İcra işlemleri, icra mahkemelerinin önüne geldiğinde, tutanaklar incelenerek yapılan işlemler denetlenmektedir. İcra tutanaklarının işlevleri, aleniyeti sağlamak ve ispat edici etkide bulunmaktır[33]. Şimdi icra tutanaklarının aleni olması ve ispat edici nitelikte olmasının üzerinde duralım.

A. İcra Tutanaklarının Aleniyeti

1. İcra Tutanaklarının Aleniyetinin Anlamı

HMK m. 28'de, "*Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir*" hükmüne yer verilmiştir. Duruşma yapılan her mahkemede yargılamanın aleni bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde icra ve iflas hukukuna yönelik dava ve işlerde de duruşmaların aleni bir şekilde yapılması gerekmektedir[34]. İcra takibinde ise kural olarak alenilik bulunmamaktadır; çünkü cebri icra kişilerin özel hayatına müdahale etmektedir. Bu bakımdan, haciz işlemleri herkesin gözü önünde yapılmaz; gizliliğin benimsenmesi gerekmektedir[35].

---

29 Özbek, **a.g.m.**, s. 473.

30 Kayhan, **a.g.m.**, s. 37.

31 Özbek, İİK m. 18/3'te İİK m. 8/2'ye uygun şekilde düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü, karar gerekçeli yazıldığında artık icra müdürünü duruşmaya davet etmeye lüzum kalmayacaktır. Bkz. Özbek, **a.g.m.**, s. 474.

32 Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull, Martin Kottmann, **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, Band I, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1911, s. 28; Kuru, **El Kitabı**, s. 86; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 48; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 34; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 502.

33 Kuru, **a.g.m.**, s. 643; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 67; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; İpek, **a.g.e.**, s. 14; Uyar, **a.g.e.**, s. 111.

34 Muhammet Özekes, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 86; Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 232.

35 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 85; Özekes, **Haklar**, s. 85; Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 229.

İcra İflas Kanunu'nda belirtilen hallerde ve kapsamda aleniyet sağlanmalıdır[36]. İİK m. 8'de icra hukukunda aleniyete örnek bir düzenleme yer almaktadır[37]. İİK m. 8/3, ilgililerin icra tutanaklarını görebileceğini ve tutanakların örneğini alabileceğini ifade etmektedir. İcra tutanaklarının aleniyetinden maksat da maddenin bu düzenlemesidir[38]. İlgililer, icra tutanaklarını tutanakların içinde bulunduğu icra dosyası ile birlikte inceleyebilir[39]. Avukatlık Kanunu m. 46'da avukat veya stajyerin vekaletname olmasızın takip dosyasını inceleyebileceği, ancak vekaletname olmadan dosyadan belge örneği veya fotokopi alamayacağı ifade edilmiştir. İcra dosyasını, bir avukatın veya stajyerin görebilmesi için incelemeyi kimin adına yaptığını ve o kimsenin hukuken korunmaya değer menfaatinin olup olmadığını ispat etmesi gerekmez[40]. Taraflar menfaatleri kapsamında tutanakların örneklerini alabilirken, avukatlarının tutanakların örneklerini almak için vekaletnamelerini göstermeleri gerekmektedir.

İsviçre hukukunda sicilin ve tutanağın aleniyetine ilişkin düzenleme, SchKG Art. 8a/1'de yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre menfaati olanlar tutanakları ve sicilleri görebilir, bunların örneklerini alabilirler. İcra İflas Kanunu'ndan farklı olarak İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda m. 8 ve 8/a'nın başlığı, tutanaklar ve sicil (*Protokolle und Register*) olduğundan söz konusu madde kapsamındaki aleniyet, sicil aleniyetini de kapsamaktadır.

Tutanakların ve sicilin aleniyeti, kişinin mali gücü hakkında bilgi vermekte, iyi niyetli tedarikçiyi kötü borçludan korumakta ve alacaklıyı kar getirmeyecek alacak takiplerinden ve alacak kayıplarından muhafaza etmektedir[41].

Haciz tutanağının bir örneği haciz sırasında bulunmayan alacaklı veya borçluya tebliği zorunlu olmamakla beraber, alacaklı ve borçlu icra dairesinden tutanağın bir örneğini İİK m. 8 gereğince isteyebilirler[42]. İİK m. 103'e göre, hacizde bulunmayan alacaklı veya borçlu üç gün içinde tutanağı incelemek ve diyeceği varsa söylemek üzere icra dairesine davet olunur (103 davetiyesi). Bu üç günlük süre geçtikten sonra, hacizde bulunmayan alacaklı veya borçlu haciz tutanağını gelip görebilir mi? İİK m.8'e göre aleni olan icra tutanaklarının alacaklı veya borçlu tarafından icra dairesine gelerek incelenmesine bir engel yoktur. İİK m. 103'teki 3 günlük süre, şikayet gibi sürelerin başlaması ve sona ermesi noktasında önemlidir. İcra tutanaklarının aleniliğini kısıtlamamalıdır.

İcra tutanakların aleniyeti noktasında kişisel verilerin korunması düşüncesi akla

---

36 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 85; Özekes, **Haklar**, s. 86.

37 Özekes, **Haklar**, s. 85.

38 Kuru, **a.g.m.**, s. 643; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Kuru, **El Kitabı**, s. 86; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 502.

39 Kuru, **a.g.m.**, s. 649.

40 Kuru, **a.g.m.**, s. 651

41 Georges Vonder Mühll, "Betreibungsregisterauskünfte", **BISchK**, 2007/169, s. 1-2

42 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 199.

gelmektedir[43]. Üçüncü kişilerin bu bilgileri görebilmesi, borçlunun kişisel verilerinin korunması düşüncesiyle karşı karşıya durmaktadır[44]. Üçüncü kişilerin tutanakları görmedeki menfaati baskınsa kişisel verilerin korunması bir yana bırakılarak, tutanakların incelenmesi sağlanmalıdır[45]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda, SchKG Art. 8/2'de bulunan kamu yararından dolayı kişisel verilerin korunması düşüncesi dikkate alınmamalıdır[46].

2. İlgili Kavramı

İİK m. 8/III'te ifade edilen ilgili kapsamına, takibin tarafları girmektedir. Yalnızca takibin tarafları değil, onların kanuni ve iradi temsilcileri, istihkak iddiasında bulunanlar, hacze iştirak etmek isteyen diğer alacaklılar, ihaleye pey sürmek suretiyle katılanlar, borçlunun kefili, rehin alacaklıları gibi üçüncü kişiler de ilgili kapsamına dahildir[47].

İlgililerin icra tutanaklarını incelemekte hukuken korunmaya değer özel ve güncel bir menfaatinin olması gerekmektedir[48]. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan düzenlemede, menfaati olanlar olarak tutanağı ve sicili görebilecek kişiler sınırlandırılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik uygulaması bu menfaatin, özel ve güncel menfaat (*besonderes und gegenwaertiges Interesse*) olması yöndedir[49]. Hukuken korunmaya değer bir menfaat söz konusu olduğunda da, ilgililer ancak menfaatleri oranında tutanakları inceleyebilirler[50]. Tek başına tutanağı merak etmek menfaat ol-

---

43 Isaak Meier, "Betreibungsauskunft-ein ungelöstes Problem des SchKG", **Festschtrift 100 Jahre SchKG**, Zürich, 1989, s. 133; Mühll, **a.g.m.**, s. 1; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 29; Kurt Amonn, Fridolin Walther, **Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts**, 8. Auflage, Bern, Staempfli Verlag AG, 2008, s. 26.

44 Mühll, **a.g.m.**, s. 1.

45 Meier, **a.g.m.**, s. 133.

46 BGE 115 III 81, Mühll, **a.g.m.**, s. 1-2.

47 İlgili olanlar için bkz. Mustafa Reşit Belgesay, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, 2. bs., İstanbul, Sucuoğlu Matbaası, 1948,s. 44; Kuru, **a.g.m.**, s. 648-649; Kuru, **El Kitabı**, s. 86; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Muşul, **İcra İflas**, s. 78; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Uyar, **a.g.m.**, s. 76; Sema Taşpınar Ayvaz, "Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği 'Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili' ", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 613; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 502; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 25-26.

48 Kuru, **a.g.m.**, s. 650; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 57; Kuru, **El Kitabı**, s. 86; Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Belgesay, **a.g.e.**, s. 44; Postacıoğlu, **İcra**, s. 48; Uyar, **a.g.m.**, s. 76; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 30; Marcel Greder, Gustave Jornot, **Leitfaden für Schuldbetreibung und Konkurs**, 2. Auflage, Zürich, Verlag Organisator, 1952, 46; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 25; Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46; Meier, **a.g.m.**, s. 130; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86; Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 614; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 503.

49 Mühll, **a.g.m.**, s. 3; Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 614.

50 Kuru, **a.g.m.**, s. 650; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**,s. 57; Kuru, **El Kitabı**, s. 86. Kuru'nun konuyla

duğunu göstermez[51]. Bu menfaatin mutlaka maddi bir menfaat olması gerekmez[52]. İlmi bir amaçla tutanağın incelenmek istenmesi de hukuken korunmaya değer bir menfaat olarak kabul edilebilir[53]. Aynı şekilde kefil, asıl borçlu hakkındaki takiplere ilişkin tutanakları inceleyebilmelidir[54]. İflasta müflisin alacaklılarından her birinin tutanakları inceleyebilmesi gerekmektedir[55]. Borçlu ile borç ilişkisine girmek isteyen kişinin, borçlu aleyhine yapılan icra takipleri hakkında bilgi almak adına icra tutanaklarını görebilmesi de mümkün kabul edilebilir[56]. Bunlara karşılık, alacaklının takip talebini geri alması veya istirdat davasını kazanması halinde, üçüncü kişiye bu konuda bilgi verilmemesi, tutanağın gösterilmemesi gerekmektedir[57].

SchKG Art. 8'de bahsedilen aleniyet hem sicil hem de tutanakla ilgili olarak düzenlenmiş ve aleniyet menfaati bulunanlar için kabul edilmiştir. Art. 8a/2'de sicili ve tutanağı görme ve örnek almada menfaati bulunanlara ilişkin örneklendirme yapılmıştır. Özellikle bir sözleşmenin kurulması ve tasfiyesi söz konusu olduğunda menfaatin bulunduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda menfaati olanlar örneklendirmesine; alacaklının borçlusu hakkında yapılan takipleri öğrenme menfaati, yargılamanın tarafları, kredi kuruluşlarının kredi verme menfaati, leasing kuruluşlarının leasing sözleşmesi yapmadan önceki menfaati, borçlunun kefilinin ve müteselsil borçlusunun menfaati hukuken korunmaya değer menfaat olarak kabul edilmektedir[58].

İcra müdürünün ilgilinin menfaatinin bulunup bulunmadığını belirlemekte takdir yetkisi vardır[59]. Aynı yönde takdir yetkisi, hâkimin izniyle dosyanın incelenebileceğini düzenleyen HMK m. 161/1'de yer almaktadır. İlgili, hukuken korunmaya

---

ilgili verdiği bir örnekte, borçluya karşı elinde borç ödemeden aciz vesikası bulunan alacaklı, icra dairesine aynı borçlu için başka aciz vesikalarının verilip verilmediğini sormuştur. İcra dairesi ise, diğer aciz belgelerinin tarihine ve ne miktar için verildiğine ilişkin bilgi vermiştir. Borçlunun diğer aciz vesikası sahiplerinin adını öğrenme isteğini ise alacaklının diğer alacaklıların isimlerini öğrenmekte hukuki menfaati olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Kuru, **a.g.m.**, s. 650.

51 Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 35; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 503; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 25.

52 Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Belgesay, **a.g.e.**, s. 44; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 13; Uyar, **a.g.m.**, s. 76

53 Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Belgesay, **a.g.e.**, s. 44; Uyar, **a.g.m.**, s. 76.

54 Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46.

55 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 13.

56 Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Kuru, **a.g.m.**, s. 650; Postacıoğlu, **İcra**, s. 48.

57 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86.

58 Mühll, **a.g.m.**, s. 4.

59 Kuru, **a.g.m.**, s. 651; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Kaçak, **a.g.e.**, s. 92; Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46; Uyar, **a.g.m.**, s. 77; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 503; Volkan Özçelik, **İcra Müdürünün Takdir Yetkisi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 258.

değer menfaatinin olduğunu yaklaşık ispat ederek tutanakları inceleyebilir[60]. Duruşma tutanaklarının incelenebilmesi için gerekli ilginin ispat edilmesini düzenleyen 161. maddenin gerekçesinde, bu ispatın ölçüsünün yaklaşık ispat olduğu belirtilmektedir. SchKG Art. 8'in önceki halinde yer alan menfaatin ispatlanması ifadesi, Federal Mahkemenin yaklaşık ispat ölçüsünü benimseyen yerleşik kararlarının etkisiyle 1994'te değiştirilmiş ve yaklaşık ispat ölçüsü kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir[61]. İcra müdürünün tutanakları inceleme talebine dair vereceği karara karşı şikayet yoluna başvurulabilmesi mümkündür[62].

Tutanakların ve sicilin aleniyetinin kısıtlanmasına ilişkin kanun maddeleri, farklılık göstermektedir. Bu kısıtlamada, karşımıza ilgili ve menfaati bulunan kavramları çıkmaktadır. İİK m. 8/3'te aleniyet ilgililer için kabul edilmiştir. İİK m. 143/1ve İİK Yön. m. 94/2'de, aciz vesikası sicilinin aleniyetine ilişkin düzenleme yer almaktadır. İİK Yön. m. 94/2'de,"*Borç ödemeden aciz vesikası sicili alenidir. Menfaati bulunan herkes, gerçek ve tüzel bir kişinin sicilde bir kaydı bulunup bulunmadığı ve varsa kapsamı hakkında sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicili tutan icra dairesinden isteyebilir*." Bu maddede, menfaati bulunan herkesin aciz vesikası siciline dair bilgi sahibi olacağı ifade edilerek, sicilin aleniliğine ilişkin sınırlama getirilmiştir. İİK m. 8'de yer alan ilgili kavramından farklı şekilde, menfaati bulunan olarak aciz vesikasının aleniyeti sınırlandırılmıştır[63]. TMK m. 1020'de tapu sicilinin aleniliğine ilişkin, "*Tapu sicili herkese açıktır. İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir*" hükmüne yer verilmiş, ilgili olanların tapu sicilini inceleyebileceği belirtilmiştir. TTK m. 35/2'de, "*Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir*" düzenlemesiyle, ticaret sicilini herkesin inceleyebileceği belirtilerek, aleniyeti kısıtlayıcı bir düzenleme getirilmemiştir.

Duruşma tutanaklarının aleniyetine ilişkin düzenleme HMK m. 161'de yer almaktadır. Maddeye göre: "*Zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer'i müdahil, dava dosyasını inceleyebilir. Dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilir. Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin açık iznine bağlıdır*." HMK m. 161, tarafların ve fer'i

---

60 Kuru, **a.g.m.**, s. 651; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 86; Belgesay, **a.g.e.**, s. 44; Postacıoğlu, **İcra**, s. 48; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 25; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Uyar, **a.g.m.**, s. 76; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann **a.g.e.**, s. 28; von Overbeck, **a.g.e.**, s. 16; Mühll, **a.g.m.**, s. 5; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 504.

61 Mühll, **a.g.m.**, s. 5; Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 612.

62 Belgesay, **a.g.e.**, s. 44; Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Kuru, **a.g.m.**, s. 651; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 68; Kaçak, **a.g.e.**, s. 92; Uyar, **a.g.m.**, s. 77; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 13; Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46; Özmumcu, **a.g.m.**, s. 504; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 27.

63 Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 612.

müdahilin dava dosyasını zabıt katibinin gözetimi altında inceleyebileceğini kabul etmektedir. Tarafların ve fer'i müdahilin tutanak örneği alabileceği ise 158. maddede düzenlemiştir. Kanun tarafların ve fer'i müdahilin dava dosyasını incelemekteki ilgisini peşinen kabul etmiş, bu kişilerden başka ilgisi olduğunu iddia edenlerin de bu ilgilerini ispat ederek duruşma tutanaklarını inceleyebilmelerine imkan tanımıştır. Görüldüğü üzere, duruşma tutanaklarının aleniyeti de, icra tutanaklarındaki gibi ilgililer için kabul edilmiştir.

Sicilin, belgelerin aleniyetinin sınırlandırılması noktasında, ilgili olmak veya menfaati bulunmak farklı nitelendirmeler midir? SchKG Art. 8a'da, *interesse* kelimesi yer almakta olup bu kelimenin Türkçe karşılığı olarak *alaka, ilgi, menfaat* kelimeleri kullanılmaktadır[64]. İlgili anlamında ise *beteiligt* kelimesi İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda kullanılmaktadır (Örn. SchKG Art 22, 104 147). SchKG Art. 8a'da menfaati bulunan herkesten bahsedilmekteyken İİK m. 8'de ilgiliden bahsedilmesi, Türk hukukunda tutanakların aleniyetinin İsviçre hukukundakinden farklı anlaşılmasına sebep olmamaktadır ve aleniyetin uygulanması benzer şekilde gerçekleşmekte olup ilgili veya menfaati bulunan olarak üçüncü kişiler ayrılmamaktadır[65]. İsviçre hukukundaki kullanımla İİK m. 8'deki kullanımın farklılığı çeviriden kaynaklanmaktadır ve kanun koyucunun HMK m. 161'de, TMK m. 1020'de ilgili ifadesindeki maksadıyla İİK m. 94/2'de menfaati bulunan ifadesindeki maksadı arasında esasen bir farklılık bulunmamaktadır. Aleniyetin farklı kavramlarla ifade edilmiş olması, aleniyetten anlamamız gerekenin farklı olduğunu göstermez; zira ilgili olmak ve menfaati bulunmak birbiriyle ilişkilidir ve aleniyeti belirleme noktasında aynı işlevi yerine getirmektedir[66].

B. İcra Tutanaklarının İspatlayıcı Etkisi

1. Tutanak Düzenlemenin Kurucu Niteliği

Tutanak, icra iflas dairelerinin işlemlerinin veya tarafların talep ve beyanlarının geçerli olması için düzenlenen, kurucu nitelikte bir belge olmayıp; yapılan işlemin, talebin, beyanın ispat edilebilmesine yarayan bir belge olarak nitelendirilmektedir[67]. İİK m. 8/3 c. 2'de tutanakların aksinin ispat edilene kadar geçerli olduğu ifadesi ve İcra ve İflas Kanunu'nda geçerli tutanak düzenlemenin işlemin geçerliliğini sağlayacağı yönünde düzenleme olmaması dikkate alındığında, bir işlemle ilgili tutanak

---

64 Karl Steuerwald, **Almanca Türkçe Sözlük**, İstanbul, NovaPrint Basımevi, 1998, s. 311.

65 TaşpınarAyvaz, **a.g.m.**, s. 613.

66 Taşpınar Ayvaz, **a.g.m.**, s. 612-613.

67 Postacıoğlu, **İcra**, s. 47; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 35; Bilge Umar, **İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teori**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1973, s. 183; Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 48; Abdurrahim Karslı, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 63; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 87; Uyar, **a.g.m.**, s. 78.

düzenlenmediğinde ya da düzenlenen tutanak geçerli olmadığında bu işlemin geçerli olmayacağı sonucuna kural olarak varmamak gerekmektedir[68]. Ancak, bu kabul her zaman geçerli değildir. Tutanak bir ispat vasıtası olmakla beraber, tutanak düzenlemenin işlemin kurucu unsuru olduğu haller de bulunabilmektedir[69].

Tutanağın ispat aracı olduğu durumlarda, tutanak icra iflas dairelerinin işlemlerinin tek ispat aracı değildir; tutanakla ispatı yapılamayan işlemlerin başka delillerle ispatı mümkün olabilmektedir[70]. Ancak bazı hallerde icra tutanağı münhasır delildir. Haciz tutanağı, haczin yapıldığını ispata yarayan tek ispat aracıdır; haciz tutanağında haczedilmiş olarak gösterilmeyen şeyler gerçekte haczedilmiş olsalar dahi haczedilmiş oldukları başka delillerle ispat edilemez[71]. Ancak bu durum, haciz tutanağının aksinin ispat edilemeyeceği anlamına gelmez. Aynı yönde duruşma tutanaklarının ispat gücüne sahip olduğunu söyleyebiliriz. Duruşma tutanaklarının ispat gücüne ilişkin HMK m. 156'da, *ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri ancak tutanakla ispat olunabilir* ifadesiyle, duruşma tutanaklarının tek ispat vasıtası olduğu düzenlenmiştir. Duruşma tutanakları, duruşmalarda ve keşifte yapılan işlemlerin ispatı noktasında münhasır delil niteliğindedir[72]. Örnek olarak, duruşmada bulunması gereken bir kişinin mevcudiyeti tutanağa geçirilmemişse bu kişinin duruşmada olduğu ispat edilemez[73].

İcra tutanaklarının kurucu nitelikte olmalarına örnek olarak icra kefaletlerini verebiliriz. Üçüncü kişilerin icra dairesi önünde takip borçlusunun borcuna kısmen veya tamamen kefil olması mümkündür. İcra kefaletinin geçerli olabilmesi için, TBK m. 583 ve 584'teki şartlara uygun olarak kefil olunması gerekmektedir. Kefilin beyanının icra tutanağına geçirilmesi, kefil olunan miktarın, kefalet tarihinin tutanağa kefil tarafından kendi el yazısıyla yazılması, kefilin eşinin yazılı rızasının alınması ve tutanağın altının kefil tarafından imzalanması gerekmektedir[74]. Aksi takdirde, kefa-

---

68 Postacıoğlu, **İcra**, s. 48.

69 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 31.

70 Uyar, **a.g.m.**, s. 79.

71 Muşul, **İcra İflas**, s. 528; Alper Tunga Küçük, "2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu Kapsamında Hacze Takipli İştirak", İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 116; Kuru, Aslan Yılmaz, **a.g.e.**, s. 237; Kuru, **El Kitabı**, s. 424.

72 Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 595. Tutanaklar yargılamanın aleni olup olmadığının ispatında kesin delil niteliğindedir. Bkz. Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 341.

73 Postacıoğlu, **İcra**, s. 372.

74 Muşul, **İcra İflas**, s. 1082-1083. 12. HD., 21.6.2012, E. 2012/5546, K. 2012/21754 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İcra kefaleti İİK m. 38'e göre müteselsil kefalettir. TBK m. 583/1'de müteselsil kefil olduğunu kefilin kendi el yazısı ile yazması gerektiği ifade edilmektedir. İcra kefili, icra tutanağına müteselsil kefil olduğunu el yazısı ile yazmasa dahi, Reisoğlu'na göre İİK m. 38/son gereği müteselsil kefil olarak kabul edilecektir. Bkz. Seza Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, 2. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 142. Muşul, müteselsil kefil ibaresinin kefilin el yazısı ile yazılması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Muşul, **İcra İflas**, s. 1084.

let işlemi geçerli olmaz. İcra kefaletinin geçerliliği için kefalet sözleşmesinin icra tutanağı üzerinde düzenlenmesi gerekmektedir. Söz konusu durum, icra kefaletlerinin İİK m. 38'e göre ilam niteliğinde belge olmasında önem taşımaktadır.

Muşul, taksitle ödeme taahhüdünün hüküm doğurabilmesi için icra dairesine yapılacak taahhüt beyanı hakkında tutanağın düzenlenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Düzenlenen icra tutanağı geçerli değilse borçlunun taahhüdü de geçersiz olup borç taksitlendirilmiş olmayacaktır[75]. Kanaatimizce, İİK m. 111'deki şartlar gerçekleştiği takdirde borçlunun taksitle ödeme tahhüdünde bulunmasıyla, tutanak düzenlenmemiş olsa da, borcun taksitlendirilmesinin hüküm doğurabilmesi gerekmektedir. Söz konusu işlemin gerçekleşmesi için kanun koyucu yazılılık şartını, tutanak düzenleme şartını aramadığı gibi; tutanak düzenlemenin kurucu niteliği konusunda genel bir kural da bulunmamaktadır.

Haczin geçerli bir şekilde yapılmış olması için, haciz işleminin tutanağa geçirilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüş, haczin gerçekleşmesi için icra müdürünün iradesinin açıklanmasının yeterli olduğu yönündeyken[76], diğer görüş, açıklanan iradenin ispatının her zaman mümkün olmadığı, haciz iradesinin tutanağa geçirilmesinin haczin geçerlilik şartı olduğu yönündedir[77]. İcra müdürünün iradesinin dış aleme duyurulması haciz işlemine vücut verse de, tutanağa geçirilmediği takdirde haciz işleminin yapılmış olduğu iddiasının bir önemi bulunmayacaktır. Çünkü, haczin yapıldığı tutanak dışında bir delille ispat edilememektedir. Tutanağın haczin münhasır ispat vasıtası olması, tutanağın haczin kurucu unsuru olmasına adeta yaklaştırmıştır.

Hacze iştirakin gerçekleşmesi için tutanağa geçirilmesinin gerekip gerekmediği tartışmasında, bir görüş, hacze iştirakin resmi işlem olarak tutanağa geçirilmesiyle hacze iştirakin meydana geldiği, tutanağa geçirilen kaydın, İİK m. 268'de dahi kurucu etki doğurduğu yönündedir[78]. Bu görüş, İİK m. 268'de açıkça kendiliğinden ifadesinin yer almasından dolayı ihtiyaten haczedilen bir malın başka alacaklı tarafından haczedilmesiyle hacze iştirakin doğduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve hacze iştirakin etkilerinin icra müdürünün iştirak talebini kabul etmesiyle doğduğu ifade edilmektedir[79]. Gerçekten de, hacze iştirakin şartları gerçekleştiği takdirde, tutanağa hacze iştirak işleminin geçirilmesi kurucu etki doğurmamalıdır.

---

75 Muşul, **İcra İflas**, s. 1053.

76 Umar, **a.g.e.**, s. 183, dn. 15; Muşul, **İcra İflas**, s. 528; Postacıoğlu, **İcra**, s. 293. Haczin geçerli olması için icra müdürünün bu yöndeki iradesinin haricileşmesi gerekmektedir. Bkz. Federal Mahkeme Kararı-Postacıoğlu, **İcra**, s. 292-293.

77 Karslı, **İcra İflas**, s. 293.

78 Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 200.

79 Küçük, **a.g.e.**, s. 117.

Yargıtay, ödeme emrine yapılan itirazın geçerli kabul edilebilmesi için icra tutanağına süresinde geçirilmesinin gerekli olduğuna karar vermektedir[80]. Dilekçenin UYAP'a kaydedildiği tarihin ödeme emrine itiraz tarihi olarak kabul edilmesi de söz konusudur[81]. İİK Yön. m. 22/2'ye göre yazılı veya sözlü taleplerin, itirazların, bildirimlerin tutanağa geçirilmesi gerektiği düzenlendiğinden ödeme emrine itirazın, yazılı veya sözlü olsun, tutanağa geçirildiği tarihte yapılmış olduğu doktrinde de ileri sürülmektedir[82]. İtirazın yazılı olarak yapılmasında, tutanak itirazın geçerliliği için kurucu nitelikte olmamalıdır. Zira, ödeme emrine itiraz icra tutanağına geçirildiği tarihte yapılmış sayıldığında, tutanağın düzenlenmesi memurun yetki ve sorumluluğu altında olduğundan memurun ihmaliyle borçlu hak kaybına uğrayabilecektir. İtiraz dilekçesi memura teslim edilmekle borçlu veya vekilinin tasarruf sahasından çıkmıştır[83]; tutanak tutulması icra müdürünün yetki ve sorumluluğundadır[84]. İİK m. 62/1'de borçlunun itirazını yazılı veya sözlü olarak ileri sürebileceğini kabul eden kanun koyucu, tutanağa geçirilmemenin itirazın geçerliliği noktasında bir etkisinin olup olmadığını, gerek İİK m. 62/1'de gerekse İİK Yön. m. 22/2'de düzenlememiştir. Tutanak düzenlendiği anda itirazın yapıldığı kabulü, icra müdürünün yapması gereken işlemi yapmamasından dolayı borçlunun hak kaybına sebep olabilecektir[85]. Bu bakımdan, kanımızca, ödeme emrine yapılan itirazın geçerli olabilmesi, tutanağa geçirilmesine bağlanmamalıdır[86]. Yazılı itirazın yapıldığının ispatında, dilekçe dosya içerisinde bulunuyorsa sorun olmamakla beraber, sözlü yapılan itirazın yapıldığının ispatı ise oldukça güçtür. Uygulamada, İİK Yön. m. 22/2'ye göre hareket edilerek,

---

80 "*Somut olayda, borçlu S.'ın* ***itiraz ettiğine ya da itiraz dilekçesi verdiğine dair İİK 8. madde anlamda bir icra tut.anağı bulunmadığından*** *süresinde yapılmış itirazın varlığından bahsedilemez. O halde mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir*." 12. HD., 16.6.2014, E. 2014/15938, K. 2014/17396 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

81 "*UYAP'a kaydı yapılmış ise kayıt tarihinin de itiraz tarihi olarak kabulü gerekir. Somut olayda borçlu tarafından itiraz dilekçesi verildiğine ilişkin icra tutanağında bir kayda rastlanılmadığı gibi, aslı icra dosyasında bulunmayan itiraz dilekçesinin, UYAP ortamında 04.02.2014 tarihinde verildiği görülmüştür. Bu durumda itiraz tarihinin, dilekçenin UYAP'a kaydının yapıldığı 04.02.2014 tarihi olduğunun kabulü gerektiğinden, itiraz, İİK'nun 62/1. maddesinde öngörülen 7 günlük yasal süreden sonra olup, icra müdürlüğünce takibin durdurulmasına karar verilmesi doğru değildir*." 12. HD., 23.12.2014 E. 2014/25222 K. 2014/31263 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

82 Kuru, **El Kitabı**, s. 236.

83 Muşul, **Bilirkişi**, s. 156.

84 Muşul, **Bilirkişi**, s. 156.

85 "*İtiraz dilekçesinin, icra memuruna havale ettirilip, icra tutanağına yazdırılmış olması (İİK. mad. 8/1, Yön. mad. 20) gerekir. Aksi takdirde alacaklının bu yöne ilişkin şikayeti üzerine borçlunun itiraz dilekçesi geçerli kabul edilmez. Çünkü "ödeme emrine itiraz tarihi", "itiraz dilekçesinde yazılı olan tarih" olmayıp, "bu dilekçenin icra tutanağına geçirildiği tarihtir. İcra müdürünün dilekçenin kendisine verilmesine karşın tutanağa geçirmek yerine yapacağı aksine bir muamelenin borçlu lehine yorumlanması gerektiği öğretide ve yargısal uygulamada kabul edilmiştir*." HGK, 13.05.2009, E. 2009/12-185, K. 2009/182 (Legal 2010/87, s. 923-927).

86 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 31.

ödeme emrine icra dairesinde bulunan formlar doldurularak itiraz edilmekte olduğundan bu formla itirazın yapıldığı ispat edilecektir.

Sonuç olarak, icra tutanakları ispat edici nitelikte olmakla beraber istisnai olarak kurucu etki de gösterebilmektedir. Tutanakların kurucu nitelikte olduğunun kabulu, icra kefaletlerinde olduğu gibi, kanunun yazılılık şartını aradığı hallerde söz konusu olabilmektedir.

2. Tutanakların Doğruluğuna Dair Karine

İİK m. 8/4'te icra ve iflas tutanaklarının ispatlayıcı etkisine yönelik düzenleme yapılmıştır. Düzenlemeye göre, "*İcra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir*"[87]. Aksi ispat edilene kadar tutanakların geçerli olması, doktrindeki çoğunluk tarafından aksi ispat edilebilen bir karine olarak kabul edilmektedir[88]. Kanunda düzenlenmesinden ötürü de, kanuni bir karine olduğu yönünde kabul vardır[89]. Yargıtay'ın kararlarına baktığımızda da, İİK m. 8'in aksi ispat edilebilen bir kanuni karine düzenlediğinin kabul edildiğini görmekteyiz[90].

İİK m. 8/4'ün bir karine olup olmadığını, TMK m. 7'yi[91] ele alarak açıklayabiliriz. Çünkü, resmi belge niteliğinde olan icra ve iflas tutanakları TMK m. 7 kapsamında değerlendirilmektedir. İİK m. 8 ve TMK m. 7, tutanakların ve resmi belgelerin içeriğinin doğruluğunu kabul etmekte ve aksini ispata imkan tanımaktadır. Bu yüzden de TMK m. 7'nin resmi sicil ve senetlerin, İİK m. 8'in de tutanakların doğruluğuna ilişkin karine teşkil ettiği kabul edilmektedir[92]. İsviçre hukukunda resmi sicil ve senetlerin doğruluğunu düzenleyen ZGB 7'nin karine olduğunu kabul eden Rüegg, bu karinenin karine temelini resmi senedin mevcudiyetinin oluştur-

---

87 "*İİK 8/1 maddesi uyarınca aksi sabit oluncaya kadar geçerli bu haciz tutanağı ve ticaret sicil kayıtlarına göre üçüncü kişi ile borçlu şirketler arasında organik bağ bulunduğu, aynı üretim yerinde faaliyetlerini sürdürdükleri son derece açıktır*." 17. HD., 11.2.2010, E. 2009/4338, K. 2010/1059 (Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2011/18, S. 18, s. 257-259).

88 Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Kuru, **El Kitabı 2006**, s. 86; Kuru, **a.g.m.**, s. 652; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 24.

89 Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Kuru, **El Kitabı 2006**, s. 86; Kuru, **a.g.m.**, s. 652; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 24.

90 "*İİK'nun 8 /son maddesi gereğince icra tutanakları, kapsadıkları husus hakkında, aksi ispat edilebilen bir (adi kanuni) karine teşkil ederler. Yani, icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir*." 12. HD., 23.9.1998, E. 1998/9576, K. 1998/9484 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

91 TMK m. 7: "*Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir*."

92 Edwin Rüegg, **Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht**, Zürich, G. Büchi Buchdruckerei, 1947, s. 45; von Overbeck, **a.g.e.**, s. 16; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, 6.bs., İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 2014; Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **AÜHFD**, C. LXII, S. 3, 2013, s. 739.

duğunu ve karinenin aksinin ispatının, resmi senedin adi senet olduğunun ispatıyla gerçekleşebileceğini kabul etmektedir[93].

Bizim kanaatimize göre, İİK m. 8 ve TMK m. 7 kanuni karine olarak kabul edilemez[94]. Karine hukuki anlamda bilinen vakıadan bilinmeyen hukuki ilişki, hakka veya vakıaya dair sonuç çıkarma faaliyeti olup, karine temelinin ispatının ardından, karine sonucu mevcut kabul edilmekte ve bu karineler –kesin karine değilse- aksini ispat faaliyeti ile hükümsüz hale getirilebilmektedir (HMK m. 190/2). Karineye dayanan taraf karine temeline ilişkin ispat yükünü taşırken, karinenin karşısındaki taraf aksini ispat yükünü taşımaktadır. TMK m. 7 ile İİK m. 8 ele alındığında, bu hükümlerde bilinen bir vakıadan bilinmeyen bir vakıaya, hakka, hukuki ilişkiye yönelik sonuç çıkarma faaliyetinin yapılmadığını görmekteyiz. Bu kurallarda belgelerin içeriğinin doğru kabul edilmesi ve aksinin ispatına imkan tanınması söz konusudur. İspat yükünü taşıyan tarafın resmi belgeye, icra tutanağına dayanması durumunda, iddiasını ispat etmesi ve karşı tarafın yapılan ispatı çürütmeye çalışması söz konusu olmaktadır. Yoksa karine olarak, resmi belgelerin, icra tutanağının içerdiği vakıa mevcut sayılmamaktadır. Aksi ispat edilene kadar içeriğinin doğru kabul edilmesi; resmi sicil ve senedin, icra iflas tutanaklarının ispatlayıcı etkisine, delil kuvvetine ilişkindir. Karinelerde gördüğümüz ispat yükünün özel nitelikli hali, İİK m. 8 ve TMK m. 7'de görülmemektedir. Bu açıdan, İİK m. 8 ve TMK m. 7'nin karine olarak ele alınmaması gerektiğini ifade etmek istiyoruz.

3. İcra Tutanaklarının Hukuki Niteliği

İcra tutanaklarının delil niteliğini açıklarken ilk olarak söylememiz gereken, bu belgelerin resmi belge oldukları ve resmi belgelerin ispat gücüne sahip olduklarıdır[95]. Bu tutanaklar hukuki işlem ihtiva ettiğinde (borçlu icra tutanağında borçlu olduğunu ikrar etmiş, üçüncü kişi icra kefili olmuşsa) ve gerekli imzaları taşıdığı takdirde senet niteliğini kazanmaktadır[96]. Tutanağın senet niteliği, o icra takibi bakımından

---

93 Rüegg, **a.g.e.**, s. 45.

94 Aynı yönde bkz. Bilge Umar, Kuru/Aslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözleşmeler (15. Basım), **75. yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 691; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 339; Uyar, **a.g.m.**, s. 78.

95 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 31; Karslı, **İcra İflas**, s. 63 Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 87; Greder, Jornot, **a.g.e.**, s. 46; von Overbeck, **a.g.e.**, s. 16; Amonn, Walther, **a.g.e.**, s. 24.

96 Kuru, **a.g.m.**, s. 652; İlhan E. Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. bs., İstanbul, Baha Matbaası, 1964, s. 196; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, **İcra**, s. 87; Muşul**, İcra İflas**, s. 78; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 338; Karslı, **İcra İflas**, s. 63; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Uyar, **a.g.m.**, s. 78; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69; Taylan Özgür Kiraz, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s. 171. Huzurda ikrarda bulunan kimse, başka bir çekince koymadıkça, iradesini kanuni delile yansıtmak amacını açıklamış olmaktadır. Bkz. Postacıoğlu, **İspat**, s. 196-197.

geçerli olacaktır[97]. Duruşma tutanakları da, icra tutanakları gibi, resmi belge niteliğindedir[98]. Resmi makamın katılmasıyla düzenlenen senetler resmi senet niteliğinde olacağından, icra tutanakları da hukuki işlem içeriyorsa ve gereken imzaları taşıyorsa resmi senet olarak kabul edilebilmektedir[99]. Aynı şekilde, duruşma tutanakları hukuki işlem içerdikleri takdirde, resmi senet niteliği kazanmaktadır[100]. Nitekim, borçlunun resmi daireler veya makamlar önünde borç ikrarını içeren belgelerdeki imzası, resmi bir makam veya memur huzurunda atılmış olduğundan imzası noterlikçe onaylı senetlere kıyasen kabul edilmektedir[101].

Tutanakların delil olarak kullanılabilmeleri için tutanaklarda düzenlenen işlemlerin düzenleyen memurun menfaatine olmaması gerekmektedir (İİK m. 10). Tutanakta silinmiş yerler olup, şüphe uyandırıyorsa tutanak delil niteliğinde olmayabilecektir[102]. Kanunun belirli bir şekilde yapılmasını kabul ettiği işlemler o şekilde yapılmadığı takdirde tutanakla ispat edilse bile geçerli hale getirilemez[103].

Usulüne uygun olarak düzenlenmiş, imza sahibi aleyhine kesin delil niteliğinde olan icra tutanağı, kayıtsız şartsız para borcu içerdiği takdirde İİK m. 68 anlamındaki belgelerden kabul edilmelidir[104]. Çünkü, bu belgelerde imza, resmi bir makam ya da memur huzurunda atılmış olduğundan noterlikçe onaylı senetlere kıyaslamak gerekmektedir[105]. Hatta, bu belgelerdeki imzalar, resmi bir makam veya memur huzurunda atılmış olduğundan, imzası noterlikçe onaylı senetlere göre daha kuvvetli olduğu da ifade edilmektedir[106]. Konkordato dilekçesi, konkordato projesi, ayrıntılı bilanço veya konkordato komiserinin borçlunun borcunu kabul ettiğini gösteren tutanağı, borçlunun resmi merciler önünde borcunu ikrar ettiğini gösteren belge niteliğindedir[107].

---

97 Kiraz, **a.g.e.**, s. 171.

98 Kurt, Konca, **a.g.e.**, s. 341.

99 Aynı yönde bkz. Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 2115; Yılmaz, **İflas İdaresi**, s. 86. "*İİK.nun 8/3. maddesi hükmü gereğince İcra ve İflas Dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir. Borçlunun icra dairesinde borcunu kabul etmiş ve sözlerinin altını imzalamış olduğunu gösteren* ***icra tutanağı resmi senet*** *niteliğindedir.*" 11. HD., 25.5.1999, E. 1998/9737, K. 1999/4426 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

100 Tutanak resmi senettir. Bkz. Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 342.

101 Kuru, **El Kitabı**, s. 291; Karslı, **İcra İflas**, s. 183.

102 Belgesay, **a.g.e.**, s. 44. Görevli memur tarafından tutanak yazılmamışsa, memurun tutanağın içeri ile ilgisi varsa, onaylanmamış kazıntı yahut silinti varsa, çelişik fıkralar yer alıyorsa tutanak kesin delil niteliği kazanamaz. Bkz. Berkin, **a.g.e.**, s. 31.

103 Belgesay, **a.g.e.**, s. 45.

104 Kuru, **El Kitabı**, s. 292; Karslı, **İcra İflas**, s. 183.

105 Kuru, **El Kitabı**, s. 292.

106 Karslı, **İcra İflas**, s. 183.

107 Karslı, **İcra İflas**, s. 183. Konkordato komiserinin düzenlediği tutanaklara İİK m. 8, İİK m. 287 atfı gereğince uygulanacaktır.

Borçlunun borcu kabul beyanını taşıyan ihtiyati haciz tutanakları, İİK m. 68/1'deki belgelerden sayılmakta ve bu tutanaklara dayalı olarak alacaklının icra mahkemesinde, itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurması mümkün olmaktadır[108]. Hatta, ihtiyati haciz tutanağından borcu ikrar ettiği anlaşılan borçlunun daha sonra başlatılan takibe itiraz etmemesi gerektiği ifade edilmektedir[109]. Zira, borçlu borcunu takipten önce kabul etmiştir. İhtiyati haciz tutanaklarıyla ilgili olarak Yargıtay kararlarında, ihtiyati haciz icra takip işlemi olmadığından, ihtiyati haciz esnasında yapılan ikrarın bir mahkeme dışı ikrar olduğu ve başka delillerle bu ikrarın desteklenmesi gerektiği kabulüne rastlanmaktadır[110]. Kanaatimizce, ihtiyati haciz sırasında tutulan tutanaklar da İİK m. 8 anlamında icra tutanakları arasında değerlendirilmelidir. Borçlunun ihtiyati haciz tutanağında yapmış olduğu ikrar, diğer tutanaklardaki gibi ihtiyati haciz tutanağının niteliğini kesin delil haline getirmelidir. Bu noktada, icra takip işlemi olmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz tutanağını diğer tutanaklardan ayrı tutmak yerinde olmayacaktır. Çünkü, İİK m. 8'in mutlaka icra takip işlemlerine ilişkin tutulan tutanaklarda uygulanması gerekmez. İhtiyati haciz işlemi icra takip işlemi olarak kabul edilmese dahi, ihtiyati haciz tutanakları İİK m. 8 anlamında değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu, icra tutanaklarına bazı hallerde özel nitelik yükleyebilmektedir. Borçlunun haczedilebilecek malı bulunmadığında, bu kaydı içeren haciz tutanağı kesin aciz vesikası hükmünde kabul edilmektedir (İİK m. 105/1). Borçlunun haczedilen malları alacağı ve giderleri karşılamaya yetmezse, bu kayıtlar İİK m. 102'ye göre tutanağa yazılır ve bu tutanak geçici aciz vesikası hükmündedir (İİK m. 105/2). Haciz tutanağı aciz vesikası hükmünde olduğunda ayrıca aciz vesikası düzenlenmez, haciz tutanağının kendisi aciz vesikası hükmünde olur[111]. İİK m. 277'deki iptal davası açabilmek için gerekli olan özel dava şartı niteliğindeki geçici ya da kesin aciz

---

108 Kuru, **El Kitabı**, s. 292; Muhammet Özekes, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 292; Karslı, **İcra İflas**, s. 183.

109 Özekes, **İhtiyati Haciz**, s. 292; Emel Hanağası, "Takipten Önce İhtiyati Haciz Kararının İnfazı Sırasındaki İkrarın İmzaya İtiraz Hakkına Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, 66/3, 2008, s. 163. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararı için bkz. "*Borçlunun ihtiyati haciz sırasındaki ikrarının müzayaka altında yapıldığı düşünüldüğünde ve yasal olarak ancak ödeme emri tebliği üzerine senedi inceleme ve itiraz olanağı doğacağı gözönünde tutulduğunda, bu ikrarın ödeme emri tebliği ile doğan imza itirazı olanağını ve dava hakkını ortadan kaldırmayacağının kabulü gerekir*" 12. HD., 24.5.2010, E. 2010/323, K. 2010/12484 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

110 "*Borçlu şirket yetkilisinin, kambiyo senetlerine mahsus yolla takibe geçilmezden evvel ihtiyati haciz kararının infazı sırasında borcu kabulü, yukarıda ayrıntısı açıklandığı üzere icra takip işlemi niteliğinde olmayan ihtiyati haczin tatbiki sırasında gerçekleştiğinden hukuki nitelikçe harici ikrar olup, bu ikrar başka emare ve delillerle de teyit edilmediğinden bağlayıcı sayılamaz.*" HGK, 23.1. 2008, E. 2008/12-25, K. 2008/3. Aynı yönde bkz. HGK, 11.2.1987 E. 1986/11-93 K. 1987/88 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

111 Seyithan Deliduman, "Muvakkat Borç Ödemeden Aciz Vesikası", **TBBD**, 1998/3, s. 1077-1078; Muşul, **İcra İflas**, s. 936-937.

vesikasının bulunması şartı bu şekilde gerçekleşmiş olmakta, yani icra tutanağı iptal davası açma hakkı vermiş bulunmaktadır.

4. İcra Tutanaklarının Aksini İspat

İİK m. 8/3 yer alan "*icra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir*" hükmünde tutanakların aksini ispat söz konusudur[112]. İcra tutanaklarının aksini ispat, TMK m. 7'nin "*Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir*" hükmü gereğince özel bir şekle bağlı değildir[113]. Bu hükümle birlikte, HMK m. 201 ele alınmalıdır. HMK m. 201'de resmi senetler kapsama alınarak, senede karşı senetle ispat zorunluluğu kabul edilmiştir. TMK m. 7'de ifade edilen kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça ifadesi, HMK m. 201'i göstermekte ve her iki maddeyi ele aldığımızda sonuç şu olmaktadır: Resmi belgelerin konusu bir hukuki işlem ise bunun aksi HMK m. 202 ve 203'teki istisnalar hariç tanıkla ispat edilemez, senetle ispat edilmek zorundadır. Resmi belgelerin konusu bir maddi fiil ise, TMK m. 7'deki düzenleme anlam bulur ve bunların aksi tanıkla ispat edilebilir[114]. Esasında, TMK m. 7'nin HMK m. 200- 201 karşısında pek de önemi bulunmamaktadır. Çünkü, TMK m. 7'deki düzenleme, HMK m. 201-203'ten zaten çıkarılmaktadır; TMK m. 7'de farklı bir şey söylenilmemektedir[115].

İcra tutanağı bir hukuki işlemi belgelendiriyorsa ve tutanak borçlu tarafından

---

112 "*İ.İ.K.nun 8/son maddesi uyarınca aksi sabit oluncaya kadar geçerli haciz tutanağı içeriğinden, davaya konu dorsenin plakasının olmadığı, üzerinde ise kabartmalı olarak borçlunun adının yazdığı anlaşılmaktadır.*" 17. HD., 28.4.2011, E. 2010/6227, K. 2011/4066 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

113 Belgesay, **a.g.e.**, s. 45; Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Kuru, **El Kitabı**, s. 86; Kuru, **a.g.m.**, s. 652; Muşul, **İcra İflas**, s. 78; Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, **a.g.e.**, s. 31; Karslı, **İcra İflas**, s. 63.

114 Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 2388-2389; Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 322-324; Mustafa Dural; Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku C. I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 258-259; Haluk Konuralp, Erdal Tercan, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I**, Eskişehir, 2003, s. 16. "*İİK.'nun 8/son maddesi gereğince icra tutanakları, kapsadıkları husus hakkında, aksi ispat edilebilen bir (adi kanuni) karine teşkil ederler. Yani icra tuatanakları aksi, sabit oluncaya kadar geçerlidir. İcra tutanağının aksini ispat etmek kural olarak özel bir şekle bağlı değildir.*" 12. HD., 23.3.1998., E. 1998/9576, K. 1998/9184). Yargıtay bir kararında tutanağın aksinin aynı mahiyette bir delille ispatlanması gerektiğine karar vermiş, ancak aynı mahiyetteki delilden ne anlaşılması gerektiği açık bırakılmıştır. Bkz. HGK, 21.1.2009, E. 2009/12-366, K. 2009/440. Bkz. Abdurrahim Karslı, **İcra ve İflas Kanunu Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 6. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 27-29; **Umar**, a.g.e., s. 631, 637; **Pekcanıtez, Atalay, Özekes**, a.g.e., s. 757. Bkz. İBK 15.7.1965, E. 1965/3, K. 1965/3; Bu noktada, Özbek HMK'nın TMK m. 7'yi değiştirdiğini ifade etmektedir. Bkz. **Özbek**, a.g.e., s. 45.

115 Konuralp, Tercan, **a.g.m.**, s. 16.

imzalanmışsa tutanağın aksini ispat etmek, ancak kesin delille mümkün olabilir[116]. Borçlu ödeme emrinin tebliği üzerine icra dairesine giderek borcu ikrar etmiş, beyanı tutanağa geçirilerek altı borçlu ve icra müdürü, yardımcısı veya katibi tarafından imzalanmışsa borçlunun borçlu olmadığını kesin delille ispat etmesi gerekmektedir[117]. Tutanak hakkındaki iddia maddi bir olaya dayanıyorsa aksinin ispatı tanıkla mümkün olabilir[118]. Örnek olarak, ihale tutanağına fazla artırım bedelinin satış memuru tarafından geçirilmediği[119], istihkak iddiasının haciz tutanağına yazılmadığı gibi[120].

Tutanağın aksini ispat faaliyetini ele alırken, tutanağın ispat gücü taşıdığı vakıalara da dikkat etmek gerekmektedir. Şöyle ki, Yargıtay, istihkak davası açan üçüncü kişinin, borçlunun olduğu iddiasıyla bir başka kişinin deposunda haczedilen malların kendisine ait olduğunu fatura ile ispat ederek tutanağın aksini ispat edemeyeceğine karar vermektedir. Esasında burada, tutanağın aksini ispat faaliyeti söz konusu değildir. Konuya dair örnek verdiğimiz kararda görüldüğü üzere, Peyami adlı şahsın deposundaki patateslerin borçlunun olduğuna dair beyanının tutanağa geçirilmiş olması, tutanağa hacizli malların borçlunun olduğuna dair ispat gücü vermez. Üçüncü şahıs açtığı istihkak davasında hacizli malların kendisine ait olduğunu ispat edebilir; fakat bu ispat faaliyeti tutanağın aksini ispat olarak adlandırılmamalıdır. Çünkü, tutanakta haczedilen malların kime ait olduğunun belirtilmesi, hacizli malların malikinin kim olduğunun ispatını sağlayamaz. Aynı şekilde, İİK m. 97/a'da yer alan karinenin aksini ispat faaliyetini tutanağın aksini ispat olarak adlandırmamak gerekmektedir.

HMK m. 204/1'e göre, "*İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar*." HMK m. 204/2'ye göre: "*İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar*." Madde noterlerin onayladıkları senetlerle, yetkili memurların düzenlediği senetlerin aksinin ispatlanması durumunda kesin delil olma niteliğini kaybedeceği-

---

116 Berkin, **a.g.e.**, s. 31; Postacıoğlu, **İcra**, s. 48; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 35; Kuru, Aslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s. 58; Kuru, **El Kitabı**, s. 86-87; Kuru, **a.g.m.**, s. 652; Muşul, **İcra İflas**, s. 78; Karslı, **İcra İflas**, s. 63; Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69; İpekçi, **a.g.e.**, s. 14; Hanağası, **a.g.m.**, s. 161; Uyar, **a.g.m.**, s. 78."*Ayrıca İİK'nun 8/son maddesine göre icra tutanakları kapsadıkları husus hakkında aksi ispat edilebilen karine teşkil ederler. Yani icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Ancak icra tutanağı bu hukuki işlemi belgelendiriyorsa (örneğin icra kefilliğinde-tutanak altı imzalanmış ise) o zaman tutanağın aksini ispat etmek ancak yazılı delil ile mümkündür*." 12. HD., 21.1.2011, 2010/21262, K. 2011/1181 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

117 Kiraz, **a.g.e.**, s. 171; Karslı, **İcra İflas**, s. 63.

118 Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69; Uyar, **a.g.m.**, s. 78.

119 Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69.

120 Oskay, Koçak, Deynekli, Doğan, **a.g.e.**, s. 69; Kudret Aslan, **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 294, 242. dn. Aslan, istihkak iddiasından vazgeçen kişinin bu iddiası haciz tutanağına karşı iddia niteliğinde olduğundan kesin delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 293 ve 239. dn'daki yazarlar.

ni ifade etmekteyken, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetlerinin sahteliği ispat oluncaya kadar kesin delil olduğunu kabul etmektedir. Kanun her ne kadar böyle bir ayrım yapsa da, onaylama biçiminde yapılan noter senetlerinin bazı kısımlarının sahteliği ispat edilerek kesin delil etkisi ortadan kaldırılabilir[121]. Birinci fıkrada düzenleme şeklindeki noter senetlerinin sahteliği ispat edilene kadar kesin delil olduklarının kabulüne rağmen, bu senetlerin aksini ispat ederek kesin delil etkilerinin ortadan kaldırılacağı haller de söz konusu olabilmektedir[122]. Resmi senede karşı ileri sürülen iddia, sahtelik iddiası değilse -noterin veya resmi kişinin yaptığı ya da yapıldığını resmi senette bildirdiği bir konu değilse-, memurun tanıklığına değil de, takdirine dayanarak yazılmış hususların aksinin ispatında, TMK m. 7 gereğince her türlü delil kullanılabilecektir. Bu iddianın ispatı genel kurallara göre olacak; yani hukuki fiil iddia ediliyorsa her türlü delille, hukuki işlem iddia ediliyorsa kesin delille ispat edilmesi gerekecektir[123]. Borçlu, resmi daireler veya memurlar huzurunda borç ikrarını içeren belgelerdeki imzasının kendisine ait olmadığını, ayrıca ve açıkça inkar etmiş olsa dahi, imzanın kendisine ait olmadığını sahtelik davasıyla ispat edebilir[124]. Bu bakımdan, icra tutanaklarının resmiyet taşıdığı noktalarda –imzanın borçluya ait olmadığı gibi- bu belgelerin sahteliğinin ispatı gerekmektedir[125]. Sahtelik iddiası bir haksız fiil olduğundan, bu iddia her türlü delille ispat edilebilir ve bu durum TMK m. 7'nin her türlü delile imkan veren ifadesine uygunluk teşkil etmektedir[126]. Şayet, resmiyet kazanmasıyla ilgili bir durum söz konusu değilse –tutanakta yer alan borç ikrarının hata ile yapıldığı- genel hükümlere göre bu iddianın ileri sürülmesi gerekmektedir.

Duruşma tutanakları, resmi belge niteliğinde olduğundan aksi ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olduğu doktrinde ifade edilmektedir[127]. Duruşma tutanaklarının resmi belge niteliğinde olmalarından dolayı, bu belgelerin aksinin aynı nitelikte belge ile ispatlanması gerektiği de kabul edilmektedir[128]. Duruşma tutanağı aleni bir şekilde tutulduğundan tutanağa ilişkin itirazların, hemen tutanağın tutulmasının ardından yapılması gerekmektedir[129]. Sadece resmi belge olarak icra

---

121 Yavaş, **a.g.e.**, s. 164; Özbek, a.g.e., s.67.

122 Yavaş, **a.g.e.**, s. 164; Özbek, a.g.e., s. 63.

123 Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 2162-2163.

124 Kuru, **El Kitabı**, s. 292; Karslı, **İcra İflas**, s. 183. Resmi senetlerin sahteliğinden maksat senedi düzenleyen veya resmi kişinin sahte bir senedi düzenlemiş veya onaylamış olması veya resmi senede gerçeğe uygun olmayan kayıtlar koymuş olmasıdır. Senetteki imzanın kendisine ait olmadığını iddia etmek de sahtelik iddiasıdır. Bkz. Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 2158.

125 İcra tutanaklarının sahteliğinin ispatına imkan olmadığına dair bkz. Postacıoğlu, **İcra**, s. 48.

126 Özbek, a.g.e., s. 44

127 Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 342.

128 Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 473 ve 940. dn.'da yer alan karar 8. HD., 13.10.2011, E. 2011/658, K. 2011/5088.

129 Postacıoğlu, **Usul**, s. 372.

tutanaklarının ve duruşma tutanaklarının kabul edilmesi, bu belgelerin aksinin kesin delille ispat edilebileceği sonucuna bizi kolaylıkla ulaştırmamaktadır. Nitekim, TMK m. 7, kural olarak resmi belgelerin aksinin her türlü delille ispat edilebileceğini ifade etmektedir. İcra tutanaklarının (ve duruşma tutanaklarının) resmiyet verilmiş olan kısımları için sahtelik davası açılması, resmiyet verilmemiş kısımları veya resmi memurun huzurunda yapılan bir işlemle ilgili olmayan iddiaların genel hükümlere göre ileri sürülmesi gerekmektedir[130]. Duruşma tutanağın tahrif edildiği, söylenmeyen bir sözün söylenmiş gibi gösterilmiş olduğunu ispat edebilmek için tutanağının sahteliğinin ispatlanması gerekmektedir[131]. Duruşma tutanakları hukuki işlem içeriyorsa tutanağın aksini ispat etmek kesin delille mümkün olacaktır[132]. Ön inceleme aşaması, tahkikat ve yargılama işlemleri ancak tutanakla ispat olunabildiğinden, bu işlemlerin yapıldığının başka delillerle ispatı söz konusu olamamaktadır.

Yargıtay bazı kararlarında, icra tutanaklarının aksini ispatta her delilin kullanılamayacağı yönünde karar vermektedir. İlan askı tutanağında taşınmaz açık artırma ilanının bir suretinin adliye ilan panosuna asıldığının aksinin fotoğraflarla ya da tanık beyanıyla ispat edilemeyeceğine karar verilmiştir[133]. Bir başka kararda, borcun doğum tarihinden sonra yapılan iş yeri devrinin alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik danışıklı işlem niteliğinde olduğunda, haciz devredilen işyerinde yapılmakta ve haciz tutanağı o işyerinde tutulmaktadır. Danışıklı işlemden dolayı da devredilen iş yerinde tutulan haciz tutanağının aksi işletmenin devredildiğinin ispatıyla ispatlanamamıştır[134]. Yargıtay bir diğer kararında, icra dairesinin borçluya tebliğ ettiği ödeme emrinin tebligat parçasında ekte ödeme emrinin yer aldığı yazılıyken borçlu ödeme emrinin tebliğ edilmediğini iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ancak yazılı delille ispat ederek tutanağın aksini ispat edebileceğine karar vermiştir[135]. Tebligatın yapılmış olduğu, ancak tebliğ tutanağı ile ispat edilebilir. Tebliğ tutanağı, resmi merci tarafından düzenlendiğinden TMK m. 7 kapsamında resmi belge niteliğindedir[136]. İcra dairesinin çıkardığı tebliğ evrakı da, İİK m. 8 anlamında gerekli imzaları ihtiva ediyorsa icra tutanağı niteliğinde olacaktır. Tebliğ mazbatası, tebliğ mazbatalı zarf ve davetiye icra memurunun veya katibin ya da alacaklı veya borçlunun imzasını

---

130 Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 1906.

131 Postacıoğlu, **Usul**, s. 372.

132 Kuru, **Hukuk Usulü**, s. 1906, 2389. Yılmaz, tutanağın aksinin kural olarak tanıkla ispat edilemeyeceği kanaatindedir. Davalı taraf "*Dava konusu parayı elden almadım*" demesine rağmen, hâkim bunu "*Dava konusu parayı elden aldım*" diyerek tutanağa geçirse, tutanağın yanlış yazıldığını ispat etmek olanaksız olacaktır. Bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 952.

133 12. HD., 1.7.2013, E. 2013/17921, K. 2013/24458 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

134 8. HD., 10.6.2013, E. 2013/5235, K. 2013/8749 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

135 12. HD., 18.4.2013, E. 2013/5653, K. 2013/15058 (MİHBİR, 2013/9, S. 25, s. 343-344).

136 Timuçin Muşul, **Tebligat Hukuku**, 5. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 72.

taşımıyorsa icra tutanağı olarak kabul edilmez. Tebligat tutanağına, Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanunu Yönetmeliği gereğince, yazılması gereken kayıtların yazılmamış olması durumunda, o kayıtların yapılmış olduğu tutanak dışındaki başka delillerle ispat edilemez[137]. Tebligat tutanağında yazılı kayıtların doğru olmadığının ispatı ise her türlü delille yapılabilir (TMK m.7). Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir[138]. Yargıtay, tebligatın usulsüzlüğü söz konusu olduğunda, usulsüzlüğün her türlü delille ispat edilebileceğine de karar vermektedir[139]. Tebliğ tutanağında yazılı ifadenin aksinin ispatının yazılı delille yapılmasını kabul etmek, HMK m. 201'i uygulamak olur ki, bu kabul tebliğ tutanağının HMK m. 200 anlamında bir senet olarak nitelendirilmesine de yol açar. Nihayetinde, kanaatimizce, tebliğ tutanağındaki ifadenin aksinin her zaman yazılı delille ispatını kabul etmemek gerekmektedir.

Borçluya icra dairesinde tebligat yapılması durumunda, tebligat işleminin yapıldığı tutanağa yazılmakta ve icra müdürü veya yardımcısı, katibi ile ilgili (alacaklı, borçlu) tutanağı imzalamaktadır. Yargıtay, bu şekilde yapılan tebligat işleminin geçirildiği tutanağın aksinin ilamla ispat edilebileceğine karar vermiştir[140]. İcra dairesinde tebligatın yapılmış olduğuna dair tutanak tutulması durumunda, bu tutanak İİK m. 8 anlamında icra tutanağı olarak kabul edilmelidir. İcra tutanaklarının aksi kural olarak her türlü delille ispat edilebileceğinden, icra tutanağının aksinin sadece ilamla ispat edilebileceği kabulü isabetli değildir.

Tutanakların aksini ispat faaliyetinde, irade bozukluğu hallerine de değinmemiz gerekmektedir. Özellikle, ihtiyati haciz esnasında yapılan borç ikrarının baskı altında yapılıp yapılmadığı tartışılmaktadır. Yargıtay, ihtiyati haciz esnasında yapılan borç ikrarının baskı altında yapılmış olduğuna karar vermekte, baskı altında yapıldığının ayrıca ispatını aramamaktadır[141]. Kanaatimize göre, ihtiyati haciz sırasında borcun

---

137 Muşul, **Tebligat**, s. 68.

138 12. HD., 26.12.2006, 2006/21636, K. 2006/24859 (MİHBİR, 2007/2, S. 7)

139 "*Somut olayda, borçlu şirket vekilinin şikayeti, ödeme emri tebliğ işleminin usulsüzlüğüne yönelik olup, bu iddia mahkemede her türlü delille ispat edilebilir. Ancak, posta memuru tarafından düzenlenen tebligat tutanağı resmi mercii tarafından düzenlenen belge niteliğinde olup, tutanağın aksi ancak aynı kuvvette ve tutanağa denk yazılı belgeyle ispat edilebilir. Tutanağın içeriğinin aksini ispat için sunulan ve karara esas alınan belgeler, yazı cevapları ve suretler olup tutanağa denk ve aynı kuvvette belgeler değildir*." 12. HD., 16.09.2013, E. 19604, K. 2013/28520 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

140 *"Dava, icra memuru huzurunda yapılan ödeme emri tebligatının iptali istemine ilişkindir. Çekişme konusu tebligat borçluya icra dairesinde yapılmıştır. Bu husus alacaklı, borçlu ve icra memurunun imzalarını taşıyan 18.3.1987 günlü icra tutanağın içeriğinden anlaşılmaktadır. İİK.nun 8. maddesinin son fıkrasında icra iflas dairelerinin tutanaklarının hilafı sabit oluncaya kadar muteber olacağı hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlığın niteliğine göre genel mahkemeden alınmış bir ilam olmadıkça bu tutanakların geçerliliklerini sürdüreceklerinin kabulü icap eder*." HGK, 7.3.1990, E. 1990/12-32 K. 1990/160 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

141 "*İhtiyati haczin bir 'icra takip işlemi' olmayıp, bir 'tedbir işlemi' olduğu, borçlunun bu işlem sırasında yaptığı ikrarının 'müayaka altında yapıldığı'nın kabulü gerekeceği, bunun hukuki nitelikçe*

ikrar edilmesi, tek başına iradenin baskı altında yapıldığı anlamına gelmemeli, bu durumu borçlunun ayrıca ispatlaması gerekmelidir[142].

Maddi hukukta irade bozukluğunu düzeltme imkanını kanun açıkça düzenlerken ve HMK m. 203'te senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında "*Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları*" diyerek bu halde tanık dinlenebileceğini ifade ederken, usuli işlemler ve icra işlemleri için aynı yönde bir düzenlemeye yer vermemiştir[143]. İcra işlemleri için irade bozukluğu hallerine dair Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerini doğrudan uygulayamayacağımızdan icra işlemlerinin icra hukuku içerisindeki çarelerle –şikayet- düzeltilmesi gerekeceği ifade edilmektedir[144]. İcra işlemleri memur huzurunda yapıldığından hata, hile veya ikrah hallerinin ileri sürülmesi pek olağan olmasa da, İİK m. 134'teki gibi kanun koyucunun irade bozukluğunun söz konusu olabileceğini düzenlediği hallerde icra işleminin iptali söz konusu olabilir[145].

İrade bozukluğu halleri, sınırlı yetkili İcra Mahkemesinde tanık dinletilerek ispat edilemeyecektir. Yargıtay'a göre, irade bozukluğu hallerinde tutanakların aksini ispat, genel mahkemelerde ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesi ile sağlanabilecektir[146]. Takip konusu borcun varlığını ikrar eden borçlu, sonrasında menfi tespit davası, istirdat davası açarak ya da aleyhine açılacak itirazın iptali davasında, alacak davasında ikrarın baskı altında yapıldığını, tutanağa yansıttığı iradesinin bozukluğa uğradığını tanık dinleterek ispat edebilmelidir[147].

SONUÇ

Çalışmamızda icra tutanaklarını ele aldık. İcra iflas daireleri yapmış oldukları işlemlere, kendilerine gelen talep ve beyanlara yönelik İİK m. 8 kapsamında tutanak düzenlemektedir. Tutanakların, ispat edici ve aleniyeti sağlayıcı etkisi bulunmaktadır. Aleniyetten anlaşılan, ilgililerin hukuken korunmaya değer özel ve güncel menfaatlerini yaklaşık olarak ispat ettikleri takdirde tutanakları görebilmeleri ve tutanakların

---

bir 'harici ikrar olup, başka kanıtlarla doğrulanmadıkça bağlayıcı sayılmayacağını..." 12. HD., 19.4.2010, E. 2009/27779, K. 2009/9669 (Bkz. Uyar, **a.g.m.**, s. 79).

142 Uyar, **a.g.m.**, s. 84; Özekes, **İhtiyati Haciz**, s. 292; Kiraz, **a.g.e.**, s. 175; Hanağası, **a.g.m.**, s. 162.

143 Karslı, **İcra İflas**, s. 63.

144 Karslı, **İcra İflas**, s. 63.

145 Karslı, **İcra İflas**, s. 63.

146 Kiraz, **a.g.e.**, s. 173 vd. "*Borçlu vekili kabul beyanının baskı altında verildiği, iradenin fesada uğratıldığı ve ikrah halinin bulunduğu nedenleri ile tutanağın geçerli olmadığını ileri sürmüştür. Bu iddialar yargılamayı gerektirip genel mahkemede incelenebilir. O halde, borçlu ihtiyati haciz tutanağının aksini yazılı bir belge ile ispatlayamadığına göre mahkemece imza itirazının reddine karar verilmesi gerekirken…*" 12. HD., 11.7.2006, E. 2006/12305, K. 2006/15211 (Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/1, S. 6, s. 224-225.

147 Kiraz, **a.g.e.**, s. 173; Özekes, **İhtiyati Haciz**, s. 292; Hanağası, **a.g.m.**, s. 162; Uyar, **a.g.m.**, s. 84.

örneklerini alabilmeleridir. İcra tutanaklarının yapılan işlemlerin doğru olduğunu bu belgelerin aksi ispat edilene kadar ispatlamaları da onların ispat edici etkiyi haiz olmalarını ifade etmektedir.

İcra tutanağı düzenlenmesi kural olarak kurucu nitelikte değildir, ispat edici niteliğe sahiptir. Bazı hallerde bu kuralın istisnaları söz konusudur. İcra kefaletinde, kefalet işleminin tutanağa geçirilmesi bu işleme geçerlilik kazandırmaktadır.

İcra tutanakları, TMK m. 7 kapsamında resmi belge niteliğindedir. İcra tutanakları, hukuki işlem içerdiğinde resmi senet niteliği kazanabilmektedir. Tutanaklar maddi fiil içeriyorsa her türlü delille tutanakların aksini ispat mümkünken, hukuki işlem içerdiğinde tutanakların aksinin kesin delille ispat edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Amonn, Kurt; Walther, Fridolin, **Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts**, 8. Auflage, Bern, Staempfli Verlag AG, 2008.

Aslan, Kudret, **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

Belgesay, Mustafa Reşit, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, 2. bs., İstanbul, Sucuoğlu Matbaası, 1948.

Berkin, Necmeddin, **İcra Hukuku Dersleri**, 2. bs., İstanbul, Hamle Matbaası,1969.

Deliduman, Seyithan, "Muvakkat Borç Ödemeden Aciz Vesikası", **TBBD**, 1998/3.

Deliduman, Seyithan, "3. Yargı Paketinin İcra ve İflas Hukuku'na İlişkin Düzenlemeleri" , **İBD**, C. 86, S. 5, 2012, s. 15-32.

Dural, Mustafa; Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku C. I**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.

Greder, Marcel; Jornot, Gustave, **Leitfaden für Schuldbetreibung und Konkurs**, 2. Auflage, Zürich, Verlag Organisator, 1952.

Hanağası, Emel, "Takipten Önce İhtiyati Haciz Kararının İnfazı Sırasındaki İkrarın İmzaya İtiraz Hakkına Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, 66/3, 2008, s. 153-163.

İpekçi, Nizam, **İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh)**, 7. bs., İstanbul, Arıkan, 2007.

Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas M.; Kottmann, Martin, **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, Band I, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1911.

Kaçak, Nazif, **İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, C. I, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **AÜHFD**, C. LXII, S. 3, 2013.

Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012. (Medeni Muhakeme)

Karslı, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014. (İcra İflas)

Karslı, Abdurrahim, **İcra ve İflas Kanunu Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 6. bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2012.

Kayhan, İbrahim: "İcra İşlemlerinde Gerekçeli Karar Ne Kadar Gerekli?", (Çevrimiçi: www.konyabarosu.org.tr, s. 36-37.

Kiraz, Taylan Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005.

Konuralp, Haluk; Tercan, Erdal, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I**, Eskişehir, 2003.

Kuru, Baki; Arslan/Ramazan/Yılmaz, Ejder, **İcra ve İflas Hukuku**, 27. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Kuru, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. bs.,Ankara, Adalet Yayınevi, 2013. (El Kitabı)

Kuru, Baki, İcra Tutanakları (Zabıtları), (Çevrimiçi) http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1975-5/1.pdf, s. 643-655.

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, 6. bs., İstanbul, Beta Basım, 2001. (Hukuk Usulü)

Küçük, Alper Tunga, "2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu Kapsamında Hacze Takipli İştirak", İstanbul, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Meier, Isaak, "Betreibungsauskunft-ein ungelöstes Problem des SchKG", **Festschtrift 100 Jahre SchKG**, Zürich, 1989, s. 129-147.

Muşul, Timuçin, **Tebligat Hukuku**, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014. (Tebligat)

Muşul, Timuçin, **İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler-Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013. (Bilirkişi)

Muşul, Timuçin, **İcra İflas Hukuku**, C. I-II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013. (İcra İflas)

Mühll, Georges Vonder, "Betreibungsregisterauskünfte", **BISchK**, 2007/169, s. 1-11.

Osk ay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan, **İİK Şerhi**, C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

Ovacık, Mustafa, **İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü**, 3. bs., Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2000.

Özbek, Mustafa, "İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **AÜHFD**, 2008, s. 463-524.

Özbek, Mustafa Serdar, **Noter Senetlerinde Sahtelik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

Özekes, Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009. (Haklar)

Özçelik, Volkan, **İcra Müdürünün Takdir Yetkisi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Özekes, Muhammet, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999. (İhtiyati Haciz)

Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003.

Özmumcu, Seda, "İcra ve İflas Müdürlerinin Takdir Hakkı", **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 489-514.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013. (Usul)

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014. (İcra)

Postacıoğlu, İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982. (İcra)

Postacıoğlu, İlhan E., **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. bs., İstanbul, Baha Matbaası, 1964. (İspat)

Postacıoğlu, İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri,** 6. bs., İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975. (Usul)

Postacıoğlu, İlhan E.;Altay, Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Reisoğlu, Seza, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Rüegg, Edwin, **Beitrag zur Lehre von der Vermutung im schweiz. Privatrecht**, Zürich, G. Büchi Buchdruckerei, 1947.

Steuerwald, Karl, **Almanca Türkçe Sözlük**, İstanbul, NovaPrint Basımevi, 1998.

Taşpınar Ayvaz, Sema, "Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği 'Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili' ", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 579-621.

Umar, Bilge, Kuru/Aslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözleşmeler (15. Basım), **75. yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru armağanı**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 685-705.

Umar, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Umar, Bilge, **İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teori**, İzmir, İstiklal Matbaası, 1973.

Uyar, Talih:, "İcra Tutanakları (İİK mad. 8)", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S.134,Y. 2014, s. 73-86.

Üstündağ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2004.

Von Overbeck, Alfred, **Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess&Co., 1940.

Yıldırım, Mehmet Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Yılmaz, Ejder, **İflas İdaresi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976.