FUTBOLCU İLE KULÜBÜ VE MİLLÎ TAKIM ARASINDAKİ HUKUKÎ İLİŞKİLER

(Legal Relations Between The National Team and The Club and Football Player)

Prof. Dr. Hasan PETEK

ÖZET

Hemen her spor dalında uluslararası müsabakalar yapılmakta, bunlara ise o spor dalının ulusal düzeydeki elit sporcuları katılmaktadır. Bu sporcular, bir kulüple sözleşme yapmış profesyonel sporcular veya herhangi bir kulübe bağlı olmayan sporcular olabilir. Ulusal federasyon tarafından uluslararası bir müsabakada ülkesini temsil etmek üzere bir sporcuya görev verildiğinde, sporcunun bu görevi haklı bir sebep olmaksızın reddetmesi mümkün değildir; aksi takdirde hakkında disiplin yaptırımları (para cezası, müsabakalardan men vs.) uygulanabilir. Sporcunun bağlı olduğu kulüp için de para cezası gibi disiplin yaptırımları söz konusu olabilir. Çalışmamızda özellikle futbol sporu esas alınmakla birlikte, yapılan açıklamalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer spor dalları bakımından da uygulanabilir. Çalışmamızda kulüp ile futbolcu, kulüp ile Türkiye Futbol Federasyonu arasındaki hukuki ilişki tespit edildikten sonra, TFF ile futbolcu arasındaki hukuki ilişki tespit edilmeye çalışılarak, millî takım görevinin kabul edilmesinin ve edilmemesinin gerek futbolcu gerekse kulübü bakımından sonuçları incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Spor, Futbol, Futbolcu, TFF, milli takım, Futbol Kulüpleri, Kulüp ile TFF arasındaki hukuki ilişki, futbolcu ile TFF arasındaki hukuki ilişki.

Abstract

International competitions are being held in almost each sports branch that the participants are the national elite athletes of those sports branches. These athletes might be part of a club with a contract as professional players as well as athlete who has no contract with a club. The athletes cannot refuse the duty of representing country in an International event which is given by the National Federation unless he has a valid ground; otherwise he might face disciplinary action (such as cash fine, banned from competitions etc.). The club, the athlete has contract with, also might face with enforcements like cash fine. This study will be based on football, yet the explanations can be put into practise in other branches of

sports if they are suitable. In this study, the consequences of acceptance and refusal of the National Team duty for team and player are analysed after the legal relationship between club and football player, also legal relationship between TFF (Turkish Football Federation) and football player are determined.

Keywords: Sports, Football, Football player, TFF, National Team, Football Clubs, Legal relations between club and TFF, Legal Relations between football player and TFF.

GİRİŞ

Futbol sporunun tüm dünyada yaygınlaşması, popülerliğinin devam etmesi ve artması, ülkeler arası dostluk ilişkilerinin kurulması ve güçlenmesi, kültürel ve sportif etkilenmelerin gerçekleşmesi, futbolcular ile teknik direktörler ve ülkelerin tanıtımının sağlanması, ekonomi ve turizm alanına katkı vermesi gibi sebeplerle UEFA gibi kıta konfederasyonları veya FIFA tarafından hazırlık maçı veya resmî nitelikte millî maçlar organize edilmektedir. Her konfederasyon ve ülkede millî maçlara ilişkin kuralların aynı şekilde uygulanabilmesi için FIFA tarafından düzenlemeler yapılmaktadır. TFF tarafından da FIFA düzenlemeleri esas olmak üzere millî maçlar konusunda bazı hükümler getirilmiştir. Çalışmamızda bu hükümler sayesinde millî maçlarla ilgili olarak futbolcu ile kulübü, kulüp ile TFF ve futbolcu ile TFF arasındaki hukukî ilişkiler incelenecektir.

Futbolcunun millî takım maçlarına katılması, hem futbolcunun deneyim kazanması, hem de uluslararası alanda kendisini göstermesi ve böylece transfer piyasasında değerinin artması sebebiyle oldukça önem taşımaktadır[1]. Ülkeler de (ulusal federasyonlar) millî takımları sayesinde uluslararası camiada tanınmakta, prestij kazanmakta, ekonomik bakımdan da büyük yarar elde etmektedir. Fakat, kulüpler bakımından ise, millî takım maçları büyük bir risk taşımaktadır. Zira, millî takım maçlarında, millî duyguların etkisiyle hırsla oynayan bir futbolcunun sakatlanma olasılığı çok fazladır. Futbolcusu sakatlandığı takdirde, onun işgücünden yoksun kalacak, bu yüzden önemli maçları, kupaları, şampiyonlukları kaybedecek ve dolayısıyla maddî açıdan zor durumda kalacak bir kulübün, futbolcusunun millî maçlara katılmasına izin vermek istememesini veya izin verse bile sakatlanmaması yolunda futbolcusunu uyarmasını anlamak hiç de zor değildir. Bunun dışında, kendisine ihtiyaç duyduğu bir anda futbolcusunun millî maç sebebiyle kulübüne katkı sağlayamıyor olması da, kulüpler bakımından olumsuz bir durum olarak görünmektedir[2]. Karşılıklı

---

1 **Väth, Heinrich**: Fußballspielen als Beruf (in: Verkaufte Faszination, 30 Jahre Fußball-Bundesliga, Hrg. Klaus Hensen, Essen 1993), s.144-145.

2 Millî takıma oyuncu vermek, 1980'li yılların başına kadar, kulüpler için bir gurur kaynağı olduğu hâlde, şimdilerde bu prestij niteliği değişerek, sonuçlarının da hesaplanması gereken bir alışveriş olarak algılanmaya başlanmıştır. Prestij, artık *"millî"* bir prestij olmaktan çok, takımın kalitesinin

menfaatlerin söz konusu olduğu bu konuda, futbolcuların millî takım hazırlıklarına veya maçlarına katılıp katılmamaları, onların veya kulüplerin arzusuna bırakılmış değildir[3]; haklı bir sebep olmaksızın katılmama, hem futbolcu hem de kulübü bakımından ulusal federasyonlar tarafından disiplin cezasına hükmedilmesini gerektirmektedir.

Millî takım görevlendirmesi sebebiyle futbolcu ile kulübü, federasyon ile kulüp ve özellikle federasyon ile futbolcu arasındaki ilişkiler aşağıda ayrıntılarıyla incelenmiştir. Futbolcu ile kulübü ve federasyon ile kulüp arasındaki hukukî ilişkiye yönelik doktrinde ve yargı kararlarında değerlendirmeler yapılmış olmakla birlikte, federasyon ile futbolcu arasındaki ilişki -tespit edebildiğimiz kadarıyla- şimdiye kadar hiçbir şekilde irdelenmemiştir.

I. Futbolcu İle Kulübü Arasındaki İlişki

Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, profesyonel takım kurmasına izin verilen ve profesyonel futbolcu istihdam etmek isteyen kulüpler ile futbol sporunu bir kulübe sözleşmeyle bağlı olarak, bu sözleşmenin kendisine yüklediği sorumluluk altında ve bir ücret karşılığında yapmak isteyen futbolcu arasında kurulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşmenin konusu, futbolcunun ücret karşılığında kulübü için futbol oynamayı taahhüt etmesi, gücünü ve mesaisini bu amaç uğruna harcamayı yükümlenmesi; kulübün de, bunun karşılığında futbolcuya ücret ödemeyi üstlenmesidir[4].

Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, esas itibariyle futbolcunun kulübü için futbol oynamayı taahhüt ettiği (üstlendiği), yani bir iş görme edimini yükümlendiği sözleşmedir. İş görme edimini içeren sözleşmelerde, taraflardan biri (iş gören), diğer tarafa (iş sahibine) karşı, daima bir iş görme borcu altına girmekte ve o, bu borcunu iş görme olarak nitelendirilen bir faaliyette bulunmak suretiyle yerine getirmektedir. Bu sebeple, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi de, iş görme sözleşmeleri içinde değerlendirilmelidir. Sözleşmenin unsurları olarak iş görülmesi, süreklilik, ücret, ba-

---

ve başarısının tescil edilmesi itibariyle, kulüp kimliği adına duyulan bir prestijdir. Kulüplerin teknik direktörlerinin, millî takıma giden futbolcularının sakat dönmesinden yakınması, kulübün futbolcusuna ihtiyacı olduğu bir dönemde gereksiz yere (örneğin, *"önemsiz, iddiasız"* bir maç için) millî takım kampına çağrılmasını protesto etmesi, normal olaylardan olmuştur (**Bora, Tanıl/Erdoğan, Necmi**: Dur Tarih, Vur Türkiye (içinde: Futbol ve Kültürü, Derleyenler: Roman Horak / Wolfgang Reiter / Tanıl Bora, 2. Bası, İstanbul 2001), s.234-235).

3 Basın ve yayın organlarında *"millî takımı bırakıyor, millî takımdan affını istedi, millî takıma veda etti"* gibi haberlerin yapıldığı görülmektedir. Bir futbolcunun tek taraflı iradesiyle millî takıma katılmaktan kaçınması mümkün değildir. Fakat millî takım yöneticileri, millî takımda yer almak istemeyen futbolcuları (isteksiz olmaları sebebiyle) genellikle takıma almadıklarından, futbolcunun görev almak istemediğine ilişkin beyanları dolaylı olarak haberlerdeki sonuca yol açmaktadır.

4 **Petek, Hasan**: Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Ankara 2002, s.33.

ğımlılık, sözleşmenin genel ve özel hükümleri hakkında anlaşma belirtilmelidir. Bu unsurlardan hareketle, sözleşmenin hukukî niteliği hizmet sözleşmesi olarak tespit edilmelidir[5].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."*

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre ise, *"Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir."*

Futbolcunun yaptığı faaliyet, bir hizmet edimini, bir kulübe bağlı olarak ücret karşılığında ifa etmektir. Bu itibarla, futbolcu hizmet ifa ettiği için, sözleşmenin hukukî niteliği iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmesidir. İş Kanunu'nda da, genel olarak bir hizmet sözleşmesiyle işverene bağlı olarak çalışma ilişkileri düzenlendiği için, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi'nin de, İş Kanunu'na tâbi olduğu düşünülebilir. Çünkü İş Kanunu işçiyi çok daha fazla koruyan düzenlemeler getirmiştir. Fakat İş Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde sporcular hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça ifade edildiğinden, futbolcu ile kulübü arasındaki ilişkiye, Borçlar Kanunumuzun hizmet sözleşmesine ilişkin 393 ve sonraki hükümlerinin uygulanması gerekir[6].

Futbolcu ile kulübü arasında bir hizmet sözleşmesi bulunduğundan, futbolcunun sözleşme süresi içerisinde sadece kulübüne karşı edimini ifayla yükümlü olduğu, eğer geçici transfer sözleşmesi yapılmışsa bu sözleşmenin geçerli olduğu dönemde geçici olarak transfer olduğu kulübüne karşı yükümlülüklerini yerine getireceği kabul

---

5 Sözleşmenin unsurları ve hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Petek**, s.35 vd.

6 Futbolcu ile kulübü arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olması sebebiyle Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olması gerekmekle birlikte, TFF tarafından yapılan düzenlemeler profesyonel futbolcu ile kulübü arasındaki hizmet sözleşmesini geniş ölçüde etkileyen hükümler içermektedir. TFF tarafından çıkarılan Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda, profesyonel futbolcular ile kulüpler arasında yapılacak sözleşmelerin şartları belirlenmiş, sözleşmelerin süresi, sözleşmelerin yapılma zamanı, her iki taraf için sözleşmeden doğan yükümlülükler, sözleşmelerin hangi şartlarla feshedilebileceği, futbolcuların kulüplerinden ayrılarak başka kulüplere geçmeleri gibi konular, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, Borçlar Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı olmayan bu Talimat hükümleri ile Futbol Federasyonu'nun diğer Talimatları ve diğer özel kuralların (FIFA Talimatları gibi) öncelikle uygulanması gerekir. Ancak, kulüp ile futbolcu arasındaki ilişkiyi düzenleyen bu Talimat'ta ve diğer Talimatlarda bir hüküm bulunmadığı takdirde, işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir (**Petek**, s.46, dn.29).

edilmektedir[7]. Futbolcu ile TFF veya kulüp ile TFF arasında sözleşmeden kaynaklanan (örneğin ödünç iş ilişkisi gibi) bir ilişki bulunmamakla birlikte, futbolcunun millî takıma gönderilmesi durumunda da, futbolcunun bu süre içerisinde kulübüyle ilişkisinin askıya alındığı, futbolcuya talimat verme ve ondan futbol oynamasını isteme hakkının TFF'ye geçtiği sonucuna varılmalıdır[8].

Federasyon tarafından talep edilen futbolcuyu kulübü millî takımda görevlendirmezse, futbolcuyu kendi müsabakalarında da oynatamaz; aksi takdirde söz konusu futbolcunun katıldığı bütün karşılaşmalarda ilgili kulüp hükmen mağlup sayılır (FIFA Talimatı Ek 1 m.6/2).

II. Kulüp İle Türkiye Futbol Federasyonu Arasındaki İlişki

Çatı organizasyon olarak her ülkede ve her spor branşında, o sporla ilgili tüm faaliyetleri idare etmekle ve geliştirmekle görevli olan Federasyonlar, uluslararası alanda da (UEFA veya FIFA gibi organizasyonlarda) o spor dalında ülkelerini temsil etmektedir. Tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye'de de futbol en popüler spor dalı olma özelliğine sahiptir. Bu sporun ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütülmesi, teşkilâtlandırılması, geliştirilmesi ve Türkiye'nin futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil edilmesi, TFF tarafından sağlanmaktadır[9]. Bu kadar önemli bir konumda olmasına rağmen, özellikle 5894 sayılı Kanun'dan önce TFF'nin hukukî niteliğinin açık bir şekilde ortaya konulması mümkün olamamaktaydı. Bunun sebebi, Federasyon'un kurulması, teşkilât, görev ve yetkilerine ait esas ve usûllerin düzenlenmesi amacıyla çıkarılan 3813 sayılı Kanun'la (ve daha sonra bu Kanun'da yapılan değişikliklerle) getirilen hükümlerin, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinden farklı bir yapı ortaya koymasıydı.

Tarihsel süreç içerisinde birçok kanun kapsamında (3289, 3461, 3813, 5719 sayılı Kanunlarla) hukukî niteliği farklı görünüm arz eden TFF, 5.5.2009 tarihinde kabul edilen 5894 sayılı Kanun'la farklı bir yapılanma içerisine girmiştir[10]. Bu şekilde, yukarıdaki kanunlarla sağlanan gelişim son hâlini almıştır. Hukukî niteliği

---

7 Geçici transfer ve hukukî niteliği hakkında bkz. **Petek**, s.307 vd.

8 Kulübün emir ve talimat verme yetkisi, profesyonel futbolcunun millî takım kampı ve maçları sırasında belirlenen dönem için federasyona geçmektedir (**Baştürk, Faruk**: İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu, İstanbul 2007, s.180).

9 TFF, bağlı olduğu uluslararası federasyonun (UEFA ve FIFA) ülkesel anlamda verdiği düzenleme ve denetleme görevini 5894 sayılı Kanun'dan almış olduğu yetkiler dâhilinde kullanan bir ulusal futbol federasyonudur (**Koçak**, **Talat Emre**: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Ankara 2007, s.43).

10 TFF'nin değişik kanunlarla geçirdiği evrim üzerine ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Ertaş, Şeref / Petek, Hasan**: Spor Hukuku, 2.Bası, Ankara 2011, s.193 vd.

bakımından TFF'nin, 5719 sayılı Kanunla getirilen, özel hukuk hükümlerine tâbi, kanunla kurulan özel statüde bir dernek olma niteliği pekiştirilmiştir[11].

Kanaatimizce TFF, özel hukuk tüzel kişilerinden -özel statüde bir- dernek niteliğindedir. Kamu hukuku tüzel kişilerinin kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idarî işlemle kurulmalarına karşılık, özel hukuk tüzel kişilerinin kuruluşu -kural olarak- hukukî bir işleme dayanır; bazı özel hukuk tüzel kişileri ise kanunla kurulmuştur[12]. TFF de 1923 yılındaki ilk oluşumunda dernek birliği (üst kuruluş-federasyon)[13] şeklinde kurulmuştur. Futbol kulüpleri özel bir dernek statüsünde

---

11 Doktrinde, 5894 sayılı Kanun'dan sonra bile TFF'nin kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, zira bir tüzel kişinin özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmasının onu özel hukuk tüzel kişisi hâline getirmeyeceği, kamu düzeni, sporun geliştirilmesindeki kamu yararı, kamu hizmeti niteliği taşıyan spor etkinlikleri ve spor karşılaşmalarından elde edilen kamu hizmetine yönelik gelirler de dikkate alındığında TFF'nin kamu tüzel kişisi görünümünde olduğu ifade edilmiştir (**Özelçi, Aytaç**: Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri, Ankara 2010, s.97-98). Bu görüşe karşı, bir tüzel kişinin kanunda özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmuş olması onu özel hukuk tüzel kişisi hâline getirmeyecekse, kanunda niçin bu ifadenin (özel hukuk hükümlerine tâbi) kullanıldığı sorusu sorulabilir; TFF kamu tüzel kişisi sayılacaksa, kanunda bunun açıkça ifade edilmemesinin gerekçesi de ikinci olarak sorulmalıdır. Belki bu sorulara cevap olarak, UEFA ve FIFA gibi futbolun uluslararası örgütlerinin spora devletin müdahalesini hoş görmemeleri sebebiyle ve futbolu (futbol federasyonunu) bir kanunla düzenleyen birkaç ülkeden biri olan Türkiye'ye (aslında TFF'ye) karşı yaptırım uygulamalarından kaçınmak amacıyla kanuna *"özel hukuk hükümlerine tâbi"* ifadesinin konulduğu, fakat tarihsel süreçte de görüldüğü gibi spordan (özellikle futboldan) devletin elini çekememesi verilebilir. Bununla birlikte, sırf kanunda böyle bir ifadenin kullanılmasının UEFA ve FIFA'yı tatmin etmeyeceği, fiiliyatta da özel hukuk hükümlerinin uygulanması sebebiyle TFF'ye herhangi bir yaptırım uygulanmadığı belirtilebilir.
Anayasa Mahkemesi'nin bir kararının (6.1.2011, E.2010/61, K.2011/7 - RG.: 26.2.2011, S.27858) karşı oy yazısında, TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu şu ifadelerle savunulmuştur: *"TFF'nin kanunla kurulması, tüm gelirlerinin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olması (5794 s.y.15.mad) disiplin cezası verebilmesi (5894 s.y. mad. 11) ve futbol alanında tekel durumunda olması gibi bir takım kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılması; görevleri ve yetkileri yönünden incelendiğinde de; haklarını, sorumluluklarını ve borçlarını doğrudan etkileyen tek taraflı, idarî ve icraî nitelikte işlemler yapabilmesi, işlemlerini kamu gücünü kullanarak yerine getirmesi, ayrıca futbol seyircileri bakımından kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konularda kararlar alması ve kararlarla ilgili yaptırımları belirleme yetkisinin bulunması, bu Kuruluşun bir kamu kurumu olduğunu göstermektedir. Öğretide de açıklanan hukukî nitelikleri nedeniyle TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu kabul edilmektedir."*

12 Örneğin, özel hukuk tüzel kişisi niteliği taşımasına rağmen Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı, 3388 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Kanunu'yla kurulmuştur. Yine özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde, dernek olarak faaliyet gösteren Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumu'nun tüzüklerini onaylamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir (DK.m.27/VI). Dernekler Kanunu hükümlerine göre kurulan Türkiye Jokey Kulübü de, TFF gibi geniş kamusal yetkilerle donatılmıştır.

13 1920'li yıllarda hem kamu yararı gözeten dernek statüsü kazanan ve hem de Türkiye'yi dışarıda temsil etmeye hükümetçe yetkili kılınmış tek spor örgütü olan Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (TİCİ), Türk sporcularının 1924 Paris Olimpiyat Oyunlarına katılabilmelerini sağlamak amacıyla, ilgili spor dallarındaki uluslararası federasyonlara üyelik başvurusunda bulunmuştur. Türk sporunun ilk teşkilâtı olan Türk İdman Cemiyetleri İttifakı'nın kurulmasının ardından Yusuf Ziya Öniş başkanlığında ilk Türk Futbol Federasyonu 1923 yılında Şehzadebaşı'ndaki Le-

olduğuna göre, onların bir araya gelmesi de, özel bir birlik şekli olan federasyondur. Bu birliğin kanunla kurulması ve kamusal hizmetler yürütmesi, onun bir özel hukuk tüzel kişisi (özel statüde bir dernek) olma niteliğine zarar vermez[14].

Dünyanın başka ülkelerinde de futbol federasyonlarının dernek statüsünde oldukları görülmektedir[15]. Örneğin, Almanya'daki futbol faaliyetlerini yürütmek üzere, merkezi Frankfurt (Main) olarak kurulan Alman Futbol Konfederasyonu [Deutscher Fußball-Bund (DFB)], Alman Medenî Kanunu (BGB) § 55 ve devamı ile § 21 anlamında tescilli, hukukî işlem ehliyetine sahip bir dernektir; üyeleri de, federal lig kulüpleri ve lisanslı ligin sermaye şirketleri, bölgesel ve eyalet olarak faaliyet gösteren federasyonlardır. DFB'ye üye olan kulüpler arasındaki maçların yapıldığı Federal Futbol Ligi, DFB'nin bir dernek olarak yaptığı faaliyetlerden biridir.

---

tafet Apartmanı salonunda yapılan toplantıda *"Futbol Heyet-i Müttehidesi"* adıyla kurulmuştur. Görüldüğü gibi, TFF'nin kuruluşunda tamamen spor kulüplerinin iradesi etkili olmuştur.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2/g hükmüne göre *"Üst kuruluş: Derneklerin oluşturduğu tüzel kişiliği bulunan federasyonları ve federasyonların oluşturduğu konfederasyonları"* ifade eder. Medenî Kanunumuzun 96. maddesine göre de, federasyonlar, kuruluş amaçları aynı olan en az beş derneğin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleriyle kurulur; her federasyonun bir tüzüğü bulunur. Diğer federasyonların tüzükleri kurucuları tarafından hazırlanmakta ve Genel Kurul tarafından değiştirilmekte olmasına karşın, TFF'nin tüzük niteliğindeki Kanunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılmakta ve değiştirilmektedir.

14 Futbol kulüplerinin bir araya gelerek, federasyonu oluşturdukları söylenmekle birlikte, federasyonun üyelerinin sadece futbol kulüplerinden ibaret olmadığı da görülmektedir. Gerçekten de, TFF Statüsü'nün 9. maddesine göre TFF'nin üyeleri şunlardır: a) Türkiye Profesyonel futbol liglerinde yer alan kulüpler; b) Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu; c) Profesyonel Futbolcular Derneği; d) Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği; e) Türkiye Faal Futbol Hakemleri ve Gözlemcileri Derneği; f) Bünyesinde futbol faaliyeti bulunan engelliler spor federasyonları; g) FIFA veya UEFA İcra Kurulu'nda aktif görev yapan kişiler; h) FIFA veya UEFA'nın komitelerinde fiilen en az 10 yıl görev yapan kişiler; i) TFF başkanlığını asaleten yapmış kişiler; j) Genel Kurul tarafından üyeliğe kabul edilecek diğer kişiler. Federasyonun özel statüde bir üst birlik olarak tanımlanması, sadece futbol kulüplerinin değil, futbolla ilgili diğer kişi ve kuruluşların da üye olabilmesine imkân sağlar.

Aynı şekilde Federasyon, şirketleşen kulüpler bakımından da üst birlik niteliği taşır. TFF Statüsü'nün 76. maddesinin beşinci fıkrasına göre *"Futbolla uğraşan bir kulüp futbol şubesini ilgili kanun ve yönetmelikler doğrultusunda kurulmuş bir anonim şirkete devredebilir."* Bu şekilde şirketleşen kulüpler hakkında da Federasyon karar almakta, onların faaliyetlerini de düzenlemektedir.

15 Spor federasyonları, piramitsel formlu bir yapıya sahiptir. Bir spor derneği, spora ilgi duyan kişilerin bir araya gelmesiyle kendi yerel bölge, alan veya şehir spor birliğinin bir üyesidir. Bunlar bir araya gelerek diğer ulusal üst kuruluşları oluşturur. Ulusal üst kuruluşların bir araya gelmesiyle de, uluslararası üst kuruluşlar ortaya çıkar. Uluslararası Olimpiyat Komitesi bile, İsviçre Medenî Kanunu'na tâbi 115 üyeli bir dernektir (**Vieweg, Klaus**: Spor Hukukunun Büyüsü, Erlangen 2010 (Çev: Mehmet Arslan), s.7-8).

Benzer şekilde, İsviçre'de kurulan UEFA[16] ve FIFA[17] da, İsviçre Medenî Kanunu hükümlerine tâbi dernek şeklinde tüzel kişiliğe sahip özel hukuk kuruluşlarıdır.

TFF Statüsü'nün 9. maddesine göre, Türkiye profesyonel futbol liglerinde yer alan kulüpler federasyonun üyeleri arasındadır. Kulüplerin federasyon üyesi olmaktan kaynaklanan en önemli yükümlülüğü, federasyonun kararlarına uymaktır; aksi takdirde kulüplerin federasyon tarafından bazı yaptırımlara maruz bırakılması mümkündür. Burada piramitsel bir ilişki bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır: FIFA'nın kararlarına uymayan UEFA'nın, federasyonların, kulüplerin ve futbolcuların; UEFA'nın kararına uymayan federasyonların, kulüplerin ve futbolcuların; federasyonların kararlarına uymayan kulüplerin ve futbolcuların; kulüplerin kararlarına uymayan futbolcuların yaptırımlarla karşı karşıya kalması muhtemeldir. Dolayısıyla, spor hukuku kurallarına aykırılığın, bu şekilde zincirleme bir etki yarattığı belirtilmelidir.

---

16 UEFA (Avrupa Futbol Federasyonları Birliği - Union of European Football Associations), İtalya, Fransa ve Belçika futbol federasyonları arasındaki görüşmeler sonrasında 15 Haziran 1954 tarihinde İsviçre'nin Basel şehrinde kurulmuştur. 1959 yılına kadar Fransa'nın Paris şehrinde olan kurum merkezi, 1959 yılında İsviçre'nin Bern şehrine ve 1995 yılında da, bugünkü yeri olan İsviçre'nin Nyon şehrine taşınmıştır. Kurumun üyeleri, -Kosova ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hariç olmak üzere- tüm Avrupa devletleri ile Kıbrıs, İsrail, Kazakistan, Ermenistan, Gürcistan, Azerbaycan ve Rusya'dır. Başlangıçta 25 olan üye sayısı, günümüzde 54'e ulaşmıştır. Türkiye, 1962 yılında UEFA'ya üye olmuştur.
UEFA, İsviçre'de kurulan, dernek statüsünde tüzel kişiliğe sahip bir kurumdur. Dolayısıyla, tüzel kişilere ilişkin İsviçre mevzuatına tâbidir. Bunlardan en önemlisi de, İsviçre Medenî Kanunu'nun derneklere ilişkin 60 ve devamı maddeleridir. Türk Medenî Kanunu'nun 56 ve devamı maddelerini karşılayan bu hükümlerde, derneklerin faaliyetlerini yürütebilmeleri için, kanunî sınırlamalar çerçevesinde istedikleri düzenlemeyi yapabilecekleri ifade edilmiştir. Dolayısıyla, dernek statüsündeki UEFA da, amacı çerçevesinde faaliyette bulunabilmek için, direktifler, yönetmelikler, talimatlar aracılığıyla her türlü düzenlemeyi yapma özgürlüğüne sahiptir; bunun içerisine, yapılan faaliyetlerde uygulanacak disiplin düzenlemelerinin oluşturulması da girmektedir. Bir devletin anayasasını, kanunlarını, tüzüklerini ve yönetmeliklerini oluşturması gibi, UEFA da yapısını, organlarını ve faaliyetlerini düzenleyecek her türlü işlemi ve düzenlemeyi yapma yetkisine ve hakkına sahiptir. Bunları yaparken, İsviçre Hukuku ve özellikle İsviçre Medenî Kanunu'nun derneklere ilişkin hükümleri yanında, üyesi olduğu FIFA'nın düzenlemeleri de, UEFA'yı sınırlayan hukuk kaynaklarıdır (**Ertaş/Petek**, s.284-285).

17 FIFA (Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği - Fédération Internationale de Football Association) 21 Mayıs 1904 tarihinde Fransa, Belçika, Hollanda, Danimarka, İspanya, İsveç ve İsviçre federasyonlarının katılımıyla Paris'te kurulmuştur. 1909 yılına kadar Avrupa'daki futbol federasyonlarının birliği olarak anılan FIFA, Güney Afrika, Arjantin, Şili ve ABD'nin de katılımıyla uluslararası bir futbol federasyonları birliği hâline gelmiştir. TFF, 21 Mayıs 1923 tarihinde FIFA'nın üyesi olmuştur. FIFA, kıtalara göre ayrılan altı konfederasyondan (Avrupa, Güney Amerika, Asya, Afrika, Kuzey ve Orta Amerika ve Karayipler, Okyanusya) oluşan bir birliktir ve üye sayısı 208'dir. İsviçre Medenî Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca hâlen İsviçre'de tescilli bir dernek olan FIFA'nın genel merkezi de İsviçre'nin Zürih kentindedir. Dünya futbolunun en üst kuruluşu niteliğindeki FIFA'nın üyeleri ulusal federasyonlar ile ulusal federasyonların bulundukları bölgelere göre oluşturulmuş futbol konfederasyonlarıdır. Türkiye, Avrupa konfederasyonuna (UEFA) bağlıdır. Kıtasal sınırlar coğrafyayla sınırlandırılmayıp ekonomik ve sosyal ilişkiler de dikkate alındığından, İsrail ve Türk cumhuriyetleri de UEFA'ya üyedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, FIFA ve UEFA'nın futbolcuların millî maçlara katılımı konusunda aldığı kararlara uymayan federasyonların, kulüplerin ve futbolcuların, çeşitli yaptırımlarla karşılaşması söz konusudur. Bu bağlamda kulüplerin, özel bir dernek statüsünde olan federasyonların üyesi olmaktan kaynaklanan bu yükümlülüklerine aykırı davranması, kulüp için yaptırımların uygulanması sonucunu doğurur.

Dernek üyesinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlar dernek tüzüğüyle belirlenebilir; fakat bunun yanında dernek içi düzenleyici işlemler de bu konuda önem taşır. Örneğin TFF'nin, üyesi olan kulüplerin futbolcularını millî takımlara göndermemesi durumunda uygulayacağı yaptırımlar Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da veya TFF Statüsü'nde düzenlenmemiş olmakla birlikte, TFF Futbol Disiplin Talimatı'nın 51. maddesinde; yayın yoluyla veya yazılı tebligata rağmen haklı bir sebebi olmaksızın resmî veya özel millî müsabakalara veya hazırlık çalışmalarına katılmayan veya geç katılan veya çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcuların iki aydan bir yıla kadar müsabakalardan men cezasıyla cezalandırılacağı[18]; ihlalin niteliğine göre futbolcunun bağlı bulunduğu kulübe de 65.000 TL ila 130.000 TL arasında para cezası verileceği belirtilmiştir[19]. Üyenin (kulübün) yükümlülüğüne uymasını sağlamak amacını güden bu yaptırımlara dernek cezası denilmektedir. Dernek cezaları özel hukuka ilişkin yaptırımlar olup, kamu otoritesine dayanılarak verilen cezalardan değildir; özel hukuk hükümlerine tâbi TFF'de bu şekilde bir kamusal otoritenin söz konusu olamayacağı açıktır. Dernek cezaları, dernek ile üyesi arasındaki ilişkiden kaynaklanan ve üyenin bu ilişki kurulurken kabul ettiği yaptırımlar olduğundan, üyenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde verilen bir para cezası, cezaî şart olarak kabul edilebilir[20].

---

18 Aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, TFF'nin üyesi kulüpler olup, TFF ile futbolcular arasında üyelik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, TFF'nin futbolcular üzerinde disiplin cezası uygulayabilmesi, üyesi olan kulüpler üzerinden dolaylı olarak gerçekleşmektedir.

19 Talimatın düzenlemesinde, futbolcunun kulübüne 65.000 TL ila 130.000 TL arasında para cezası verileceği kesin bir şekilde belirtilmiştir; fakat para cezasının miktarının ihlalin niteliğine göre tespit edileceği anlamı çıkmaktadır. Kulübün bilgisi veya isteği doğrultusunda yayın yoluyla veya yazılı tebligata rağmen haklı bir sebebi olmaksızın resmî veya özel millî müsabakalara veya hazırlık çalışmalarına katılmayan veya geç katılan veya çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcular bakımından kulübüne de para cezası verilebilmesi makul görülebilirse de, örneğin kulübün hiçbir bilgisinin veya isteğinin olmadığı bir durumda çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcu için kulübüne de para cezası verilebilmesi uygun değildir. Bununla birlikte, burada kulübün kusuruna dayanmayan objektif bir sorumluluk yaratılması, futbolcu yanında kulübe de her halükârda ceza verilerek millî takım görevlendirmesinin icrasının sağlanmak istenmesi amacı göz önünde bulundurulduğunda, asgari seviyeden olsa bile kulübe verilen para cezasının iptali mümkün gözükmemektedir.

20 **Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14.Bası, İstanbul 2014, s.309.

Millî takım konusundaki yükümlülüğüne aykırı davranan kulübe karşı TFF para cezası şeklinde bir disiplin cezası uygulamakla birlikte, kulüplerin başka yükümlülüklerine aykırılık hâlinde başka disiplin cezaları da (Futbol Disiplin Talimatı'nda öngörülen ihtar, kınama, ödüllerin iadesi, ihraç, müsabakadan men, soyunma odası ve yedek kulübesine giriş yasağı, stadyuma giriş yasağı, hak mahrumiyeti, lisansın askıya alınması, lisansın iptali, transfer yasağı, saha kapatma, tribün kapatma, seyircisiz oynama, hükmen mağlubiyet, puan indirme, bir alt lige düşürme cezalarından kulübe uygun olanları) uygulanmaktadır. Kanaatimizce kulüp aleyhine uygulanan bu cezalardan parasal önem taşıyanlar cezaî şart niteliği taşımaktadır; aslında kulübe karşı hükmedilen bütün disiplin cezalarının parasal bir değeri bulunmaktadır. Ödüllerin iadesinde bile, manevî değeri daha büyük olmakla birlikte, az çok maddî değeri bulunan kupa veya madalya gibi değerlerin iadesi sağlanmaktadır.

III. Futbolcu ile TFF ve Millî Takım Arasındaki İlişki

A) Genel Olarak

Yukarıda tespit edildiği üzere, kulüp ile futbolcu arasında bir hizmet sözleşmesi söz konusudur. Bu sözleşmenin gerektiği şekilde ifa edilebilmesi için, kapsamı TFF tarafından çizilen düzenlemeler bulunmaktadır. 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre bu kanunun amacı, her türlü futbol faaliyetlerini millî ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilâtlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliğe sahip, özerk TFF'nin kurulması, teşkilât, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir. Kanun'un 3. maddesinde TFF'nin görevleri ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş, özellikle çalışma konumuz bakımından önem taşıyan (d) bendinde *"Her düzeyde müsabakalar düzenlemek ve millî takımlar ile kulüp takımlarının uluslararası müsabakalara katılması ve mücadele edebilmesi için gerekli tedbirleri almak"* federasyona bir görev olarak yüklenmiştir.

Yine TFF Statüsü'nün 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde *"Yurt içinde her düzeydeki ligleri teşkilâtlandırmak ve düzenlemek ve kendi millî takımlarının ve kulüp takımlarının uluslararası turnuvalara kabulünü ve katılımını sağlamak amacıyla gerekli her türlü tedbiri almak"*; (i) bendinde ise, Türkiye'yi futbolla ilgili konularda yurt dışında temsil etmek federasyonun görevleri arasında sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına göre de *"TFF, yukarıda sıralanan amaçlarını gerçekleştirmek ve uygulamak için gerekli her türlü talimatı, düzenlemeyi ve anlaşmayı yapar ve yetkili kurul ve organlarının işbu Statü uyarınca ve diğer talimatlar ile düzenleme ve anlaşmalarının uygulanmasına yönelik kararlar alınmasını sağlar."*[21]

---

[21] Statü'nün *"Uluslararası müsabakalar ve turnuvalar"* başlığını taşıyan 77. maddesine göre *"(1)*

TFF'nin üye olduğu UEFA ve FIFA'nın almış olduğu kararlara uyabilmesi, özellikle sporun toplumlar arası dostluk ve barış duygularını güçlendirmesi, futbolun dünya çapında popülerliğinin devam etmesi için ülkeler arasında değişik kategorilerde yapılacak millî takım düzeyindeki karşılaşmaları desteklemesi; bu amaçla, millî takım düzeyinde gerek hazırlık maçları gerekse turnuvalar şeklindeki organizasyonlara katılması gerekmektedir. Bunun için de TFF'ye bağlı kulüplerin futbolcuları millî takıma çağrıldığında katılmalarını sağlamak üzere düzenlemeler yapılmasına gerek duyulmuştur.

Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın *"Futbolcuların Millî Takıma Çağrılması"* başlığını taşıyan 9. maddesine göre, *"(1) Türk Millî Takımları'nın, müsabakaları ile hazırlık çalışmalarına katılacak futbolcuların çağrıları TFF tarafından kulüplerine faks yolu da dâhil olmak üzere yazılı olarak yapılır ve bu çağrılar TFF'nin resmî internet sitesi www.tff.org adresinde yayınlanır. (2) FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı EK 1'inde yer alan Futbolcuların Millî Takımlara Katılmalarına İzin Verilmesi'ne ilişkin hükümlere uyulması zorunludur."* Yine aynı Talimat'ın *"Millî Futbolculara Karşı Yükümlülükler"* başlığını taşıyan 10. maddesine göre de *"Türk Millî Takımları'na çağrılan futbolcuların; a) Kampa ve maçlara katılmak için gerekli ulaşım ve konaklama giderleri, b) Maç veya antrenman esnasında meydana gelecek hastalık veya sakatlık sebebi ile TFF Sağlık Kurulu tarafından uygun bulunan tedavi giderleri, c) TFF tarafından uygun görülmesi hâlinde millî takım futbolcuları ve kulüplerine özendirme amacıyla yapılacak yardımlar, d) Türk Millî Takımlarının yapacakları antrenman, maç veya seyahatlerde futbolcuların kısmî ya da daimî maluliyetlerine veya ölümlerine neden olacak kazalara karşı yaptırılacak sigortaların primleri, TFF tarafından ödenir."*

Görüldüğü gibi, TFF tarafından millî takıma çağrılması durumunda futbolcunun bunu kabul etmesi gerekmektedir; haklı bir sebep olmaksızın katılmayan, geç katılan veya çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcuya Futbol Disiplin Talimatı'nın 51. maddesinde belirtilen iki aydan bir yıla kadar müsabakalardan men cezası uygulanır. Futbolcu bakımından büyük bir ekonomik değeri olabilecek (zira oynamadığı dönemde hem futbolcu hem de kulübü gelir kaybına uğrayacağı gibi,

---

Millî takımlar ve kulüp takımları arasında uluslararası müsabaka ve turnuvalar düzenleme yetkisi ilgili hükümler uyarınca münhasıran FIFA ve UEFA'ya aittir. FIFA veya UEFA'nın önceden izni olmaksızın hiçbir uluslararası nitelikli müsabaka ve turnuva düzenlenemez. (2) TFF, FIFA tarafından hazırlanan uluslararası müsabaka takvimine uyar."; *"Temas kurma"* başlıklı 78. maddeye göre de *"(1) TFF, FIFA'nın önceden yazılı izni olmaksızın, FIFA'nın üyesi veya herhangi bir Konfederasyon'un geçici üyesi olmayan Federasyon veya kulüplerle müsabaka yapamaz veya sportif amaçlı temaslar kuramaz. (2) Aynı durum FIFA ve UEFA üyeliğinden ihraç edilenler veya üyeliği askıya alınanlar için de geçerlidir."*; *"Onay"* başlıklı 79. maddeye göre ise *"TFF'ye bağlı kulüpler, diğer tüm kulüp toplulukları, olağanüstü şartlar hariç olmak kaydıyla, TFF, diğer ilgili federasyon ve FIFA ve UEFA'nın önceden onayı olmaksızın başka bir federasyona üye olamaz veya başka bir federasyon ülkesinde yapılan müsabaka ve turnuvalara katılamaz."*

uzun bir süre sahalarda görülmeyen futbolcunun piyasa değeri de azalacağından)[22] bu cezayla karşı karşıya kalmamak için, istemese bile millî takıma katılmakta ve gereğini yerine getirmektedir. Şüphesiz millî takıma katılmanın futbolcuyu onurlandıran bir yönü bulunmakta, ülkesi için bir hizmet yapma zevkini yaşamakta, aynı zamanda uluslararası arenada kendisini gösterme fırsatı yakalamaktadır. Fakat futbolcunun yolculuk sırasında kaza geçirmesi veya müsabaka sırasında sakatlanması gibi riskleri de içermektedir.

TFF ile futbolcu arasındaki millî takımda görevlendirme hakkındaki ilişkinin özel hukuk ve kamu hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekir. Özellikle futbolcunun iradesinin rol oynamaması sebebiyle özel hukuk yönünün bulunmadığı, askerlik gibi bir vatan hizmeti olarak da görülebilecek millî takımda görev alma konusunun kamusal niteliğinin ağır bastığı düşünülebilir.

B) Özel Hukuk Bakımından Değerlendirme

Futbolcu ile kulübü arasındaki ilişki açıklanırken, futbolcunun kulübü için bir iş gördüğü, süreklilik, ücret ve bağımlılık unsurlarını içeren sözleşmenin genel ve özel hükümleri bakımından taraflar arasında anlaşmanın bulunduğu belirtilmişti. Tarafların özgür iradesiyle yaptığı bu sözleşmenin bu yüzden hizmet sözleşmesi olarak adlandırılması gerekmektedir. Fakat millî takım konusunda TFF ile futbolcu arasında bu şekilde (özellikle futbolcunun özgür iradesiyle) yapılan bir sözleşme bulunmadığından, kanaatimizce bir sözleşme ilişkisinden söz edilemez.

Nasıl bir dernekte üyelerin herhangi bir ücret almaksızın dernek amaçlarını gerçekleştirebilmek için gönüllü olarak faaliyette bulunması, bazı organizasyonlarda görev alması, bazı işleri yapması gerekiyorsa ve buna uyulmaması durumunda dernek tarafından disiplin cezası uygulanıyorsa, TFF ile futbolcular arasında da böyle bir durumun söz konusu olduğu düşünülebilir. Her ne kadar futbolcular TFF'nin üyesi olmasalar da, TFF tarafından organize edilen futbol alanında faaliyette bulunabilmeleri, TFF'nin düzenlemelerine uymalarına bağlıdır[23]. Kulüplere, müsabakadan men

---

22 Futbolcunun millî takımda yer alıp almayacağına teknik direktör veya teknik ekip karar vermektedir. Fakat futbolcunun formu yerinde olmasına rağmen, haklı bir sebep olmaksızın sırf kişisel husumet sebebiyle futbolcunun zarar görmesi (piyasa değerinin düşmesi veya prestij kaybetmesi) için millî takımda kendisine görev verilmemişse, bu kastın ispatlanması durumunda Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre teknik direktörden/teknik ekipten maddî ve/veya manevî tazminat istenebilmesi mümkündür.

23 Futbolcunun, TFF'nin millî takımla ilgili düzenlemelerine uygun hareket etmemesi, müsabakalardan men cezası şeklinde bir yaptırımla karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır. Söz konusu düzenleme profesyonel futbolculuk mesleğinin icrasını engellediği için, çalışma özgürlüğünün ihlali niteliğinde görülebilir. Ancak bu düzenleme TFF tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konulduğu, bütün futbolcular için geçerli olan bir düzenleme olduğu, futbolcuya haklı sebeplerle millî takıma katılmama hakkı tanıdığı, verilen disiplin cezasının haksız olduğu hâllerde iptalinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, çalışma özgürlüğünün bu şekildeki

cezası verilen böyle futbolcuları oynatmamaları gerektiği bildirilmekte, cezaî yaptırıma maruz kalmak istemeyen kulüpler futbolcuyu oynatmamakta, bu şekilde bundan dernek üyesi olmayan futbolcular da doğrudan etkilenmektedir.

Konunun, Anayasanın 18. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır."* hükmüyle de birlikte değerlendirilmesi gerekir. TFF tarafından, futbolcu istemese bile ona millî takımda görev verilmesi ve müsabakalarda oynatılması zorla çalıştırma; karşılığında herhangi bir ücret ödenmemesi de angarya yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Öncelikle millî takımda futbolcuların zorla çalıştırılmadığını belirtmek gerekir; çünkü futbolcunun haklı bir gerekçesi varsa millî takım görevlendirmesini kabul etmeyebileceğini, haklı bir sebebi olmaması durumunda bile -karşılığında müsabakalardan men cezası almayı göze alarak- yine görevlendirmeyi kabul etmeyebileceğini belirtmek gerekir. Bu bakımdan, futbolcunun fiilî olarak zorla çalıştırılabilmesi mümkün değildir; futbolcunun müsabakalardan men cezası alma korkusuyla manevî olarak baskı altında kalarak millî takım görevlendirmesini kabul etmesi durumunda da, kanaatimizce yine zorla çalıştırmadan söz edilemez. Günlük hayatta da bazı sözleşmeleri -karşı tarafın zorlaması olmasa bile- değişik bakımlardan bizi manevî baskı altında tutan düşüncelerin etkisiyle yaparız. Bir fabrikada çalışmak üzere sözleşme imzalayan işçi de, mesai saatlerine uygun hareket etmek zorundadır; aksi takdirde işine son verilebilir. Burada, aslında içinden hiç çalışmak gelmese bile işine son verilmemesi için çalışmak zorunda olan işçi için, *"mesai saatleri içerisinde zorla çalıştırılıyor"* diyemiyorsak, futbol sporunu TFF tarafından belirlenen kurallara göre yapmak üzere bir kulüple sözleşme imzalayan futbolcunun da, TFF'nin millî takım görevlendirmesine icabet etmemesi durumunda müsabakadan men cezası alacağı korkusuyla millî takıma katılmasını zorla çalıştırma olarak değerlendirmek mümkün gözükmemektedir.

Burada angarya yasağıyla bağlantılı olarak çalıştırma kavramından da söz edilmelidir. Hizmet sözleşmesinin tanımında yer alan iş görülmesi unsuru açıklanırken, bir iş görme sözleşmesinden söz edilebilmesi için, sözleşmenin işçi tarafının, bir iş görme borcunu üstlenmiş olması gerektiği; bu sözleşmenin konusunun, futbolcunun kulübe karşı bir hizmet edimi vaat etmesi veya bir hizmet görmesi olduğu; burada vaat konusu veya yerine getirilen hizmet ediminin, kulübün sözleşme konusu çerçevesindeki herhangi bir ihtiyacının giderilmesine yarayan, onun için iktisadî bir değeri olan veya olmayan bir faaliyeti ifade ettiği belirtilmektedir[24]. Buna göre işverene

---

bir disiplin cezasıyla ihlalinden söz edilebilmesi mümkün değildir. Hemen her meslekte, mesleğe giriş ve icrası bakımından bu şekilde uyulması gereken kurallar belirlenmekte, uyulmaması durumunda gerekli yaptırımlar devreye girmektedir. Dikkat edilirse, burada (askerlik görevinin yerine getirilmemesinde olduğu gibi) hapis cezası şeklinde kamusal bir yaptırım söz konusu değildir.

24 **Olgaç, Senai**: Hizmet Akdi, İstanbul 1966, s.375; **Becker, Herman**: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (Çeviren: A.Suat Dura, Ankara 1993), s.402; **Aydemir, Murteza**: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İzmir 1993,

mutlaka mamelekî bir menfaatin sağlanması, iktisadî bir değer yaratılması şart değildir. İşverenin sözleşme konusundan doğan herhangi bir ihtiyacını -maddî, manevî, fikrî bakımdan değer taşıyan bir ihtiyacını- tatmin eden her iş, iş görme sözleşmesine konu olabilir[25]. TFF her türlü futbol faaliyetlerini millî ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilâtlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere kurulduğundan, millî takım oluşturması ve müsabakalara katılması kuruluş amacının bir gereği olduğu gibi, üyesi olduğu UEFA ve FIFA gibi uluslararası spor örgütlerinin kurallarına uyması bakımından da bir gerekliliktir. Şüphesiz böyle bir gereklilik sonucunda, TFF'nin yapılan müsabakalardan veya reklam ya da sponsorluk faaliyetlerinden gelir elde etmesi de mümkündür; bu paranın yine sportif faaliyetlere harcanacak olması, önem taşımamaktadır. İşte böyle bir faaliyet (TFF'nin herhangi bir ihtiyacını -maddî, manevî, fikrî bakımdan değer taşıyan bir ihtiyacını- tatmin eden her iş, iş görme sözleşmesine konu olabileceğinden) çalıştırma olarak değerlendirilebilir. Fakat yukarıda da açıklandığı üzere, böyle bir çalıştırma zorla yerine getirilmemektedir; futbolcu isterse çalışmama (millî takıma katılmama) hakkını kullanabilir. Ayrıca Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın 10. maddesinde, futbolcuların kampa ve maçlara katılmak için gerekli ulaşım ve konaklama giderleri ile maç veya antrenman esnasında meydana gelecek hastalık veya sakatlık sebebiyle TFF Sağlık Kurulu tarafından uygun bulunan tedavi giderleri yanında, TFF tarafından uygun görülmesi hâlinde millî takım futbolcuları ve kulüplerine özendirme amacıyla yapılacak yardımların da TFF tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Bu itibarla, TFF tarafından görevlendirilen futbolcuların hiçbir şekilde maddî kazanç sağlamadığı iddia edilemez; bu bakımdan angarya niteliğinde bir zorla çalıştırmadan da bahsedilemez.

Fakat futbolcunun iradesinin önem taşımadığı (o istemese bile kurulan) bu ilişkiyi özel hukuk bakımından bir hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir. Futbolcunun millî takımda görev almak istemesi ve TFF'yle bu konuda bir sözleşme yapmak istemesi durumunda da yine bir hizmet sözleşmesinden söz edilemez; çünkü, örneğin ücret konusunda futbolcunun pazarlık yapabilmesi mümkün olmadığı gibi, TFF tarafından hiçbir ücret ödenmemesi de mümkündür. Bu durumda belki ücretsiz vekâlet sözleşmesi söz konusu olabilir. Futbolcu TFF'nin takdir ettiği ücreti kabul ettiğini bildirirse, ancak bu durumda taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinden söz edilebilir. Fakat bu durumda da millî takımdaki bazı oyuncularla hiçbir sözleşme ilişkisinin bulunmaması, bazılarıyla ücretsiz vekâlet, bazılarıyla ise hizmet sözleşmesi bulunması gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır.

Bu sebeple özel hukuk bakımından ilişkinin dayanağı sözleşmeyle değil, TFF'nin

---

s.9; **Tunçomağ, Kenan**: Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s.811.

25 **Reisoğlu, Seza**: Hizmet Akdi Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s.39-40.

üyesi olan kulüplerle sözleşme yapan futbolcuları dernekler hukukuna dayanarak millî takımda görev almaya zorlamak şeklinde açıklanmalıdır. Futbolcu TFF'nin çağrısına uygun hareket etmezse, Türkiye'de futbol alanında tekelci bir konuma sahip olan TFF'nin düzenleme alanında hiçbir faaliyette bulunamaz; fakat TFF'nin üyesi olmadığından bu doğrudan kendisi hakkında karar almasıyla değil, TFF'nin üyesi olan kulüpler aracılığıyla müsabakadan men cezasını uygulayabilmesiyle gerçekleşmektedir.

Millî takım kampları ve maçları sırasında futbolcu ile TFF arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından[26], ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda (örneğin futbolcunun millî takım için tahsis edilen malzemelere zarar vermesi durumunda) haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulamak gerekecektir.

C) Kamu Hukuku Bakımından Değerlendirme

TFF tarafından futbolcunun millî takımda görevlendirilmesi, bir kamu görevi olarak da nitelendirilebilir. Bu durumda, bu görevi yerine getirecek futbolcuların da kamu görevlisi sayılması gerekir. Kamu görevlisi; kamu personeli, seçilmişler, yükümlüler ve gönüllüler şeklinde dört türe ayrılmaktadır. Millî takıma çağrılan futbolcular bakımından en uygun olanı, yükümlüler kavramıdır. Yükümlüler, kanunların koyduğu hükümler çerçevesinde, idare tarafından tek taraflı zora dayalı olarak belirli bir süre için kamu hizmetlerine katılan kişilerdir. Bu kişiler, maaş ya da ücret almaz, bunlara nakdî ya da aynî yardım yapılabilir. Yükümlülerin kamu hizmetlerine yasal zorlamayla katılması, cezaî müeyyideleri de beraberinde getirir; bu hizmete katılmama, cezaî işlemi gerektirir. Yükümlülük özünde vatandaş olmanın bir sonucudur. Anayasa tarafından hak ve ödev olarak düzenlenen askerlik hizmeti[27], kamu hizmetine yükümlü olarak katılmanın esas kaynağını oluşturmaktadır[28]. 1982 Anayasası'nın

---

26 Taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığından, Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasıyla uyuşmazlıkların çözümlenmesinden söz edilebilmesi mümkün değildir. Söz konusu hükme göre *"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır."* Aslında futbolcu ile TFF arasında bir işgörme ilişkisi bulunmakla birlikte, futbolcunun özgür iradesine dayanan bir sözleşme bulunmadığından, söz konusu hükmün uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir.

27 Futbolcuların TFF tarafından millî takımda görevlendirilmesi ve futbolcunun bunu kabul etmek zorunda olması, askerlik hizmetiyle büyük benzerlik göstermektedir. Zira askerlik de vatandaşlıktan kaynaklanmakta, Millî Savunma Bakanlığı tarafından talep edilmesi durumunda her erkeğin askerlik görevini yerine getirme mecburiyeti bulunmakta, aksi takdirde cezaî sonuçlar doğmaktadır.

28 TFF tarafından tüm ülke çapında organize edilen futbol faaliyetlerinin, bir kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Kamu hizmetlerini mutlaka kamu hukuku tüzel kişilerinin değil, özel hukuk kişilerinin sunması da mümkündür; bu bakımdan özel hukuk hükümlerine tâbi TFF, bu nitelikte bir kamu hizmeti sunabilir. Anayasanın 59. maddesiyle asıl olarak devlete bir görev olarak yüklenen sporun geliştirilmesi ve başarılı sporcunun korunması, TFF sayesinde futbol alanında gerçekleşmektedir.

"zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. maddesinde, zorla çalıştırmanın yasak olduğu anayasal güvenceye alınmış, ancak bu güvencenin birkaç durumda sınırlanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, olağanüstü hâllerde vatandaşlardan istenecek hizmetler ile ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları yasağın dışındadır. Anayasa'nın bu hükmü olağanüstü hâller ya da olağan durumlarda yasa yoluyla yurttaşlara yükümlülük verilebilmesini mümkün kılmaktadır. Cumhuriyetin ilk yıllarında konulan yol mükellefiyeti ya da günümüzde de geçerli olan Köy Kanunu'ndaki köylüye mecbur tutulan hizmetler, yükümlülüğün kaynaklarını oluşturmaktadır[29].

Yükümlüler hakkında yapılan bu açıklamadan görüleceği üzere, TFF tarafından futbolcuların millî takıma çağrılması tam anlamıyla bir yükümlülük değildir. Örneğin yasal bir dayanağı bulunmadan, yönetmelik veya talimatlarla böyle bir yükümlü sınıfı yaratılamaz[30]. Ayrıca yükümlülerin *idare* tarafından zorlanabilmesi gerekir; TFF'nin özel hukuk hükümlerine tâbi olması sebebiyle idare olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir; yükümlülerin (örneğin askerlik hizmeti bakımından erkeklerin) zorlanabilmesine benzer bir şekilde (hapis cezasıyla) futbolcuların millî takıma katılma konusunda zorlanabilmesi de mümkün değildir. Fakat bunlar dışında, futbolcuların durumu yükümlü kavramına uygunluk göstermektedir.

Millî takım görevlendirmelerinin kamu görevi niteliği taşıyıp taşımadığı bakımından incelenmesi gereken, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından çıkartılan Millî Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik[31] uluslararası spor yarışmalarında Türkiye'yi temsil eden sporculara millî sporcu belgesi verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacını gütmekte (m.1), spor federasyonlarının faaliyet programlarında yer alan uluslararası resmî müsabakalara katılan sporcuları kapsamaktadır (m.2). Yönetmelik anlamında federasyon, genel müdürlüğe bağlı federasyonlar ile 3289 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine göre kurulan bağımsız spor federasyonlarını ifade etmektedir (m.4/c). Burada, TFF'nin ilk bakışta bu kapsamda olmadığı belirtilmelidir[32]. Çünkü 3289 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine göre *"Spor dalı ile ilgili*

---

29 **Aslan, Onur Ender**: Kamu Personel Hukuku, Eskişehir 2012, s.8-9.

30 Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde federasyonun görevleri arasında *"Her düzeyde müsabakalar düzenlemek ve millî takımlar ile kulüp takımlarının uluslararası müsabakalara katılması ve mücadele edebilmesi için gerekli tedbirleri almak"* belirtilmişse de, kanunun bu hükmüne dayanarak TFF tarafından çıkartılacak bir talimatla yükümlülük getirilebilmesi mümkün değildir.

31 RG.: 12.5.2011, S.27932.

32 Millî Takım Mensuplarının Sigortalanmaları Hakkında Yönetmelik'in (RG.: 13.8.1991, S.20959) 2/a maddesinde, bu yönetmeliğin profesyonel futbol faaliyetleri dışındaki sivil ve askerî takımları oluşturan millî sporcuları kapsadığı belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, gerek futbol dışındaki spor dallarında sporculara belgelerinin verilmesi, gerekse bu sporcuların sigortalanmaları farklı bir mevzuata göre gerçekleşmekte, futbolda ise TFF tarafından çıkartılan düzenlemelerle bunlar yapılmaktadır.

faaliyetleri ulusal ve uluslararası kurallara göre yürütmek, gelişmesini sağlamak, sporcu sağlığı ile ilgili konularda gerekli önlemleri almak, teşkilâtlandırmak, federasyonu uluslararası faaliyetlerde temsil etmek ve Tahkim Kurulu kararlarını uygulamakla görevli ve yetkili, özel hukuk hükümlerine tâbi bağımsız spor federasyonları kurulur. Federasyonlar, Merkez Danışma Kurulunun uygun görüşü, Bakanın teklifi ve Başbakanın kararı ile kurulur ve kararın Resmi Gazetede yayımlanması ile tüzel kişilik kazanır. Bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen federasyonların tüzel kişilikleri bu maddede belirtilen usulle iptal edilir ve mal varlıkları Genel Müdürlüğe devredilir. Genel Müdürlük tarafından bağımsız spor federasyonlarına yapılan yardımlar ile Genel Müdürlük bütçesinden bu federasyonlara tahsis edilen kaynaklar kullanılarak edinilen her türlü taşınır ve taşınmazlar edinim amacı dışında kullanılamaz ve Genel Müdürün izni alınmadan üçüncü kişilere satılamaz ve devredilemez. Genel Müdürlük tarafından yapılan yardımlar ve tahsis edilen kaynaklar kullanılarak alınan taşınmazların mülkiyeti Genel Müdürlüğe ait olur. Bu taşınmazlar Genel Müdürlüğün mevzuatı çerçevesinde kullanılır. Federasyon malları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez. Federasyon faaliyetlerinde görevli bulunanlar, görevleriyle ilgili olarak işlemiş oldukları suçlar bakımından kamu görevlisi sayılır." (f.1). TFF bu şekilde kurulmadığı (özel bir kanunla kurulduğu) gibi, diğer federasyonlarla aynı statüde değildir; merkez teşkilâtı ile diğer organları ve kurulları ek 9. maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği şekilde değil, kendi özel kanununda düzenlendiği gibi oluşturulmuştur. Bununla birlikte, TFF ve futbol bakımından da yönetmeliğin düzenlemeleri uygun şekilde geçerli olmalıdır.

Burada özellikle yönetmeliğin 5. maddesindeki bir kavram incelenmelidir. Söz konusu hükme göre *"(1) Genel Müdürlüğe bağlı federasyonlarda temsil görevi, ilgili federasyonun seçimi, Genel Müdür ve/veya Bakan onayı ile verilir. (2) Bağımsız spor federasyonlarında temsil görevi, ilgili federasyonun ana statüsü veya talimatlarında belirtildiği şekilde verilir."* Maddede sözü geçen *"temsil görevi"* kavramı, -Yönetmelik kapsamına girmemekle birlikte- TFF tarafından da futbolcuların millî takıma çağrılmasının bir kamu görevi niteliği taşıdığını göstermektedir. Yine yönetmeliğin 6. maddesine göre *"(1) Temsil görevinin yerine getirilmiş olması için, sporcunun 7 nci maddede belirtilen yarışmalara, süresi içinde takımda oynamak veya müsabaka yapmak suretiyle fiilen katılması ve klasman listesinde yer alması şarttır."* Yönetmeliğin 7. maddesinde de (A), (B) ve (C) sınıfı millî sporcu belgesi almaya hak kazanabilmek için sporcuların hangi tür uluslararası müsabakalara katılmaları gerektiği düzenlenmiştir.

Futbol branşında Türkiye'yi uluslararası müsabakalarda millî takımda görev alarak temsil eden, bu şekilde millîlik düzeyine ulaşan sporcuların millî sporcu belgelerini düzenleme görevi TFF'ye aittir; bu konuda Spor Genel Müdürlüğü'nün yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekten de, FIFA veya UEFA tarafından düzenlenen ve Türk Millî takımlarının katıldığı resmî ve özel müsabakalar ile turnuvalarda oynayan sporcular hakkında *"Millî Sporcu Belgesi"* düzenleme hak ve yetkisi münhasıran TFF'ye aittir.

Burada, Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik[33] hükümlerinden de söz edilmelidir. Söz konusu yönetmeliğin 2. maddesinin (d) bendine göre, bu yönetmelik TFF'nin uluslararası müsabakalarında, başarılı olan sporcuları, spor kulüplerini, teknik direktör ve antrenörler ile uluslararası spor faaliyet ve organizasyonlarında ülke tanıtımına katkıda bulunan sporcuları kapsamaktadır. Yönetmeliğin 16. maddesinde, TFF'nin uluslararası faaliyetlerine katılan sporculara, spor kulüplerine ve teknik direktörlere maddede belirtilen ödüllerin verilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 22. maddesine göre, yönetmelik kapsamındaki ödüller, Spor Genel Müdürü'nün onayıyla verilir. Bu ödüllerin Spor Genel Müdürlüğü bütçesinde bu amaçla kullanılmak üzere açılacak tertiplerden karşılanacağı; bu gelirin yeterli olmaması durumunda eksik kalan miktarın 24.3.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanun'da öngörülen gelirlerden karşılanacağı 3289 sayılı Kanun'un ek 3. maddesinde belirtilmektedir. Görüldüğü gibi buradaki ödüllendirme, TFF ile futbolcu arasındaki ilişkiden bağımsız olarak gerçekleşmektedir; dolayısıyla çalışma konumuz bakımından fazla bir önem taşımamaktadır.

D) Sonuç

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, futbolcuların millî takımda görevlendirilmesi bünyesinde hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin özellikler barındırmaktadır; futbolcunun hangi hukukî sebeple millî takımda görevlendirilebileceği her iki hukuk disiplini bakımından da doyurucu bir şekilde açıklanabilir. Fakat kanaatimizce aradaki ilişkinin özel hukuka dayanılarak açıklanması daha isabetli olacaktır. Çünkü TFF temelinde bir özel hukuk tüzel kişisidir; kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için kamu hukuku tüzel kişilerine ait bazı yetkilerle donatılmış olması, özel hukuk kişiliğine zarar vermez. Bu sebeple, gerek kulüplerle gerekse futbolcularla ilişkilerinde bu dayanak noktasından hareket edilmelidir. Ayrıca, kamu hukukuna ilişkin açıklamalar, millî takıma çağrılan futbolcuların yükümlüler sınıfında sayılabilmesi için yeterli olmadığını, kamu hukukundaki yükümlüler kavramıyla birebir örtüşmediğini göstermektedir.

IV. Futbolcunun Millî Takımda Görevlendirilmesi ve Millî Futbolcuya Karşı Yükümlülükler

A) Futbolcunun Millî Takımda Görevlendirilmesi

Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın *"Futbolcuların Millî Takıma Çağrılması"* başlığını taşıyan 9. maddesine göre, *"(1) Türk Millî Takımları'nın, müsabakaları ile hazırlık çalışmalarına katılacak futbolcuların çağrıları TFF tarafından kulüplerine faks yolu da dâhil olmak üzere yazılı olarak yapılır ve bu çağrılar*

33 RG.: 3.11.2010, S.27748.

TFF'nin resmî internet sitesi www.tff.org adresinde yayınlanır. (2) FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı EK 1'inde yer alan Futbolcuların Millî Takımlara Katılmalarına İzin Verilmesi'ne ilişkin hükümlere uyulması zorunludur."

Millî takıma çağrılan futbolcunun kulübüne, faks veya herhangi bir yazılı şekilde çağrı yapılmakta, ayrıca TFF'nin internet sitesinde de bu çağrı yayımlanmaktadır. Yapılan bu çağrı üzerine kulübün, futbolcusuna izin vermesi zorunludur. Aksi takdirde, kulüp hakkında disiplin cezasına hükmedilir. Kulüpler futbolcularını bedelsiz olarak millî takıma göndermeyi, futbolcusunun millî maçta veya hazırlık kampında sakatlanması riski sebebiyle de genellikle arzu etmemektedir; fakat karşılaşacakları kamuoyu tepkisi veya hükmedilecek disiplin cezasından da çekinmektedirler. Futbolcunun, sakatlığı veya hastalığı sebebiyle millî takıma gönderilmesi mümkün olmayacaksa, Federasyonun talebi hâlinde futbolcunun özel olarak doktor muayenesinden geçmesi zorunludur.

Maddede, futbolcuya bir bildirim yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa bunun usulü açık bir şekilde düzenlenmemiştir[34]. Fakat kulübe yapılan bildirim üzerine kulübün futbolcusuna bilgi vermesi ve onun millî takıma katılabilmesi için gereğinin yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca, çağrılar TFF'nin resmî internet sitesi www.tff.org adresinde yayınlanacağı için, ilanen tebligat niteliğindeki bildirimi futbolcunun öğrendiği kabul edilmelidir.

Kulüp tarafından futbolcuya bildirim yapılmamasına rağmen futbolcunun durumdan haberdar olması, hatta kulübünün istememesine rağmen millî takıma katılıp katılamayacağı hakkında da maddede bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce, futbolcunun kulübünün izin vermemesine rağmen millî takıma katılması durumunda kendisine kulübü tarafından disiplin cezası verildiğinde, bu cezanın iptali mümkündür; çünkü futbolcunun millî takıma katılması, kulübün talimatlarına aykırı davranmasında kusurlu bir davranış olarak nitelendirilmemeli, hatta talimat hükmünü (talimattan kaynaklanan millî takıma katılma yükümlülüğünü) yerine getirmek olarak hukuka uygun davrandığı kabul edilmelidir. Eğer futbolcu kulübün isteği üzerine millî takıma katılmamışsa, bu durumda da kendisine TFF tarafından disiplin cezası verilmemelidir; çünkü bu durumda Futbol Disiplin Talimatı'nın 51. maddesinin birinci fıkrasındaki *"haklı bir sebebi olmaksızın … katılmayan"* futbolcudan söz edilebilmesi mümkün gözükmemektedir[35]; bu durumda TFF tarafından sadece futbolcunun kulübüne disiplin cezası verilmesiyle yetinilmelidir.

---

34 FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı Ek 1 m.3/2'de, asıl olarak futbolcuya yazılı bildirimin yapılacağı, kulübünün de ayrıca yazılı olarak bilgilendirileceği belirtilmektedir.

35 Haklı sebep olarak özellikle sakatlık ve hastalık görülmekle birlikte, örneğin yakınlarından birinin hastalığı veya ölümü, eşinin doğum yapması, yaşadığı ağır bir sakatlığın psikolojik etkilerini üzerinden atamaması, millî takıma çağrılan başka bir futbolcuyla husumetinin olması gibi sebepler yanında, kulübünün izin vermemesi de sayılabilir.

B) Millî Futbolcuya Karşı Yükümlülükler

Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın *"Millî Futbolculara Karşı Yükümlülükler"* başlığını taşıyan 10. maddesinde, TFF'nin millî takıma çağırdığı futbolculara karşı bazı yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre,

a) *Türk Millî Takımları'na çağrılan futbolcuların, kampa ve maçlara katılmak için gerekli ulaşım ve konaklama giderleri TFF tarafından ödenir.*

Millî takım hazırlık kampları ile müsabakalar bazen Türkiye'de bazen de yurt dışında gerçekleştirilmektedir. İster yurt içinde isterse yurt dışında olsun, bunun için gereken ulaşım masrafları ile konaklama giderleri TFF tarafından karşılanmaktadır. Hükümde sadece ulaşım ve konaklama masrafları denilmişse de, hazırlık kampı ve müsabakalarla bağlantılı diğer tüm masraflar, örneğin gerekli ekipman desteği, futbolcunun zarurî masrafları, bazı durumlarda eşlerin ve çocukların da katılımı durumunda onların masrafları da TFF tarafından ödenmektedir. Fakat futbolcular ile yakınlarının kişisel harcamaları bu kapsamda değildir; ancak bu tür masraflar için futbolculara günlük veya kamp ya da müsabaka süresince geçerli olacak toptan bir harcırah verilmesi uygun olur. Çünkü bu futbolcuların motivasyonu bakımından da önem taşıdığı gibi, aşağıda (c) başlığı altında incelendiği üzere, TFF'ye böyle bir ödeme yapma imkânı da tanınmıştır.

Ulaşım araçlarının ve konaklama imkânlarının asgari seviyede değil, ortalama (hatta mümkünse ortalamanın üzerinde) tercih edilmesi, futbolcuların performansı bakımından önemlidir. Fakat bazı futbolcuların fiyat farkını kendileri karşılaması şartıyla, takıma sağlanan imkânların üzerinde ulaşım ve konaklama tercihinde bulunabilmesinin mümkün olabileceği düşünülebilir. Kanaatimizce takımın birlik ve bütünlüğünün korunabilmesi için buna izin verilmemesi gerekir; zaten makul şartların sağlanması hâlinde futbolcuların bunu aşan talepte bulunmayacakları/bulunmamaları gerektiği düşünülmektedir.

Ulaşım masraflarının futbolcunun ikametgâhından ayrıldığı andan, millî takım faaliyetlerinin tamamlanıp futbolcunun ikametgâhına ulaştığı ana kadarki süreyi kapsaması gerekir.

b) *Türk Millî Takımları'na çağrılan futbolcuların, maç veya antrenman esnasında meydana gelecek hastalık veya sakatlık sebebiyle TFF Sağlık Kurulu tarafından uygun bulunan tedavi giderleri TFF tarafından ödenir.*

Futbolcunun millî takım hazırlık kamplarında, maçlarda ve antrenmanlarda hastalanmaları ve özellikle sakatlanmaları oldukça sık karşımıza çıkmaktadır. Bazen millî duyguların etkisiyle futbolcuların aşırı performans göstermesi, hasta veya sakat olarak maça çıkması veya hasta ya da sakat hâlde devam etmesi mümkündür. Hastalığının veya sakatlığının tedavi edilerek futbolcunun kulübüne geri dönüp ona

karşı yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için gereken masraflar TFF tarafından karşılanır. Bunun için söz konusu tedavi şeklinin ve giderlerinin TFF Sağlık Kurulu tarafından onaylanması gerekir.

Bazı hastalık ve sakatlıkları tedavi edebilmek için birden fazla yöntem bulunabilir; bunların nerede gerçekleştirileceği, ne kadar sürede tamamlanacağı, futbolcunun performansını bundan sonra ne şekilde etkileyeceği farklılık gösterebilir. Örneğin aynı tedavinin yurt içinde veya yurt dışında gerçekleştirilebilmesi mümkünse, futbolcunun isteğine uygun olanı tercih edilmelidir; fakat bunlardan yurt dışında gerçekleştirileni daha masraflıysa, bu durumda yurt içindeki tedavi tercih edilmelidir. Eğer birden fazla tedavi yönteminin masrafları eşitse, daha kısa sürede futbolcuyu sağlığına kavuşturacak olanı tercih edilmelidir. Masrafları farklı birden fazla tedavi yönteminde de futbolcuyu daha kısa sürede iyileştirecek olanı tercih edilmelidir. Kanaatimizce, hastalık veya sakatlık millî takım dışında gerçekleşmiş olsaydı futbolcunun kendisinin veya kulübünün söz konusu tedaviyi nerede yaptıracağı veya alternatif tedavilerden hangisini tercih edeceği önem taşımamalıdır. Örneğin kulübü için oynadığı bir maçta sakatlanan futbolcu için kulübü yurt içinde, daha ucuz ve uzun sürede iyileşmesine imkân sağlayacak bir tedavi yöntemini seçecek olsa bile (kulübün böyle bir tercih yapacağı, futbolcunun ya da aynı kulübün başka bir futbolcusunun daha önceki hastalık veya sakatlıklarındaki davranış şeklinden hareketle tahmin edilebilse bile), kanaatimizce TFF'nin en makul ve ideal tedavi yöntemini belirlemesi gerekir; futbolcunun ve kulübünün daha masraflı tedavi yöntemini tercih etmesi durumunda bile en makul ve ideal olan tedavi yöntemi esas alınmalı, fiyat farkını kulüp ve/veya futbolcu karşılamalıdır.

Eğer futbolcu maç veya antrenman sırasında meydana gelen hastalık veya sakatlığını tedavi ettirirken, daha önceden mevcut bir sakatlığını da tedavi ettirmek isterse, bunun masraflarını kendisinin veya kulübünün karşılaması gerekir. Örneğin maçta iki dişi kırılan futbolcunun tüm dişlerini yaptırmak istemesi bu şekildedir.

Burada, hastalık veya sakatlığın tedavisi sırasında gerek futbolcunun gerekse kulübünün yoksun kaldığı gelirin de TFF tarafından karşılanması gerektiği belirtilmelidir. Örneğin kulübüyle maçbaşı ücretiyle anlaşan futbolcunun, millî maçta yaşadığı sakatlığın tedavisi sırasında kulübü için oynayamaması sebebiyle elde edemediği gelir, futbolcunun önceki performansına bakılarak (örneğin kulübünün her maçında ilk onbirde sahaya çıkıp kulüple anlaştığı maçbaşı ücretinin tamamına hak kazanan futbolcu için, tedavi süresince gerçekleşen her maç bakımından maçbaşı ücretin tamamı) TFF tarafından karşılanmalıdır. Benzer şekilde millî maç sırasında sakatlanan kalecisi yerine, onun tedavisi süresince yerine geçmek üzere başka bir kaleciyle anlaşmak zorunda kalan kulübün bu kaleciye ödediği ücretin de TFF tarafından karşılanması gerekir; fakat aradaki nedensellik bağının titizlikle değerlendirilmesi gerekir.

Örneğin kalecileri sakatlanmasaydı da zaten yedek bir kaleci transfer edecek olan kulübün böyle bir masraf talebinde bulunması mümkün olmamalıdır[36].

c) *TFF tarafından uygun görülmesi hâlinde millî takım futbolcuları ve kulüplerine özendirme amacıyla yapılacak yardımlar TFF tarafından ödenir.*

Daha önce de belirtildiği üzere, futbolcuların millî takım hazırlık kamplarına veya maçlarına katılmaları karşılığında herhangi bir ücret talebinde bulunabilmesi mümkün değildir. Fakat böyle bir görevlendirme futbolcunun kulübüne karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini aksatacak, hastalık veya sakatlık gibi sebeplerle futbolcuyu caydıracak nitelikteyse, katlanılan bu fedakârlık karşılığında hem kulübüne hem de futbolcunun kendisine TFF tarafından belirlenecek uygun bir teşvik ödemesinin yapılması gerekir. Millî takımda görev almanın onursal ve manevî bir anlamı bulunmaktadır; fakat TFF'nin bu faaliyetlerden gelir elde ettiği de düşünülecek olursa, bu gelirin bir kısmının (katlanılan fedakârlığın büyüklüğüne, elde edilen gelirin yüksekliğine, yapılan karşılaşmanın önemine, sağlanan başarının büyüklüğüne göre) futbolcuya ve kulübüne verilmesi makul kabul edilmelidir.

Futbolcuya yapılacak ödemenin, kulüplerin kendi futbolcularına verdikleri maçbaşı ödemeler gibi yapılabilmesi mümkündür. Örneğin maçın önemine göre belirlenecek sabit bir maçbaşı ücretinin, futbolcunun ilk onbirde başlaması durumunda %100'ü, oyuna sonradan girmesi hâlinde %75'i, kadroda bulunmasına rağmen oyuna girmemesi hâlinde %50'si, millî takıma çağrılmasına rağmen kadroya girememesi hâlinde %25'i gibi bir belirleme yapılabilir. Kulüplere ise, futbolcu başına belirlenecek sabit bir ücretin ödenmesi uygun olabilir. Maçbaşı ücreti yerine, futbolcuya ve kulübüne günlük belirli bir miktar ödeme yapılması da mümkün olabilir.

Yukarıdaki şekilde bir ödeme (yardım) yanında, yapılacak müsabakanın sonucuna göre (galibiyet veya beraberlik durumuna göre) belirlenecek prim ödemesi de yapılabilir. Primlerin para veya parasal değeri olan şeylerle (örneğin otomobil veya ev gibi) yapılabilmesi de mümkündür.

d) *Türk Millî Takımlarının yapacakları antrenman, maç veya seyahatlerde futbolcuların kısmî ya da daimî maluliyetlerine veya ölümlerine neden olacak kazalara karşı yaptırılacak sigortaların primleri TFF tarafından ödenir*[37].

---

36 Futbolcusu görevlendirilen kulüp, ekonomik zararın tazminini talep edemez (FIFA Talimatı Ek 1 m.2/1); bununla birlikte, sakatlandığı için geçici olarak kulübüne katkı sağlayamayan futbolcunun kulübüne FIFA tarafından tazminat ödenir (FIFA Talimatı Ek 1 m.2/4).

37 FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı Ek 1 m.2/3'e göre, futbolcunun kulübü, millî takım faaliyetleri sırasında meydana gelecek hastalık ve sakatlıklara karşı yapılacak sigorta masraflarını da karşılamak zorundadır.
Kanaatimizce bu hüküm, kulüplere aşırı bir yük yaratmaktadır; kulüp hem futbolcusunun bedelsiz olarak millî takıma vermekte hem de o sırada meydana gelecek hastalık ve sakatlıklar için sigorta yaptırmaktadır. Fakat TFF'nin talimatında olduğu gibi, bu yükümlülüğün kulüpten alınıp federasyona verilebilmesi mümkündür.

Futbolcuların gerek antrenman veya maç sırasında, gerekse bunlar için yapılacak seyahatlerde kısmî veya daimî şekilde malul olmaları ve hatta ölmeleri söz konusu olabilir. Bu tür risklere karşı futbolcuların sigortalanması gerekmektedir. İşte bu sigorta primleri de TFF tarafından karşılanmalıdır.

Futbolcuları koruma altına alan sigortaların, müsabaka öncesi yapılan kamp çalışmalarının başlangıcından, müsabaka sonrası ikametgâhlarına ulaşıncaya kadarki dönemi kapsaması gerekir[38]. Hatta kanaatimizce, korumanın, müsabaka öncesi yapılan kamp çalışmalarına katılmak için ikametgâhından ayrıldığı andan itibaren başlatılması uygun olur.

Futbolcuların kısmî veya daimî maluliyet durumlarında veya ölmeleri hâlinde ödenecek sigorta tazminatı, ödenecek primin miktarına göre belirlenmektedir. Burada, millî takımda yer alan futbolcuların hepsinin ekonomik değeri aynı olmayıp, bazılarının genç veya yaşlı olmasına, mevkiine, oynadığı kulübe göre kulüplerinden aldıkları ücretler veya transfer ücretleri farklıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda takımdaki değeri en fazla olan futbolcu esas alınarak, onun kısmî veya daimî maluliyeti veya ölmesi durumunda ödenmesi gereken sigorta tazminatına göre diğer futbolcuların durumu belirlenmeli, sigorta primleri buna göre tespit edilerek ödenmelidir.

Futbolcunun sigorta ettirilmemesi, sigorta teminatı kapsamı dışında kalan ve fakat millî takımla ilgili riskler sebebiyle zararın doğması, sigorta tazminatından daha fazla zararın gerçekleşmesi hâllerinde TFF'nin bundan sorumlu olduğu da belirtilmelidir.

C) FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı Ek 1

Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın *"Futbolcuların Millî Takıma Çağrılması"* başlığını taşıyan 9. maddesinin ikinci fıkrasında *"FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı EK 1'inde yer alan Futbolcuların Millî Takımlara Katılmalarına İzin Verilmesi'ne ilişkin hükümlere uyulması zorunludur."* hükmü yer almaktadır. TFF tarafından çıkartılan talimatlar dışında, millî takım görevlendirmelerinde FIFA'nın aşağıda belirtilen düzenlemesine uyulması da gerekmektedir. TFF'nin düzenlemeleri özellikle Türk futbolcuların millî takımda görevlendirilmesiyle ilgilidir. FIFA'nın düzenlemeleri ise, futbolcuların kendi federasyonları tarafından görevlendirilmesinde (yabancı veya Türk futbolcular bakımından) uy-

---

38 Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un *"Sporcuların sigortalanması"* başlığını taşıyan 23. maddesine göre *"Millî takımlara seçilen sporcular ile bu takımların teknik kadrolarında yer alanlar, müsabaka öncesi yapılan kamp çalışmalarının başlangıcından, müsabaka sonrası ikametgâhına ulaşıncaya kadar, Millî Takım listesinde yer alan diğer görevliler ise müsabakaya gidiş tarihinden, ikametgâhlarına varış tarihine kadar geçen süre içerisinde her türlü kaza, hastalık ve sakatlanmalara karşı özel sigorta sistemine göre Genel Müdürlükçe sigortalanır."*

gulanma imkânına sahiptir. Bu yönüyle tüm ülke federasyonları ve tüm futbolcular için geçerliliği bulunmaktadır. Bu sebeple, söz konusu hükümlere aşağıda verilmiştir.

Millî Takımlarda Futbolcuların Görevlendirilmesi

1 Temel Esaslar

1. İlgili Federasyonun, bir kulüpte tescilli olup vatandaşlığı sebebiyle ülkenin millî takımında oynamaya hak sahibi futbolcularını aday kadroya çağırması hâlinde, kulüpleri onları görevlendirmekle yükümlüdür. Futbolcu ile kulüp arasındaki buna aykırı anlaşmalar geçerli değildir.

2. Birinci fıkraya göre futbolcunun görevlendirilmesi, uluslararası maç takvimindeki tüm uluslararası pencereler için (karş.fıkra 3 ve 4), FIFA Dünya Futbol Şampiyonasının veya FIFA Konfederasyon Kupasının ya da ilgili federasyonun düzenleyen Konfederasyonun üyesi olması şartıyla Konfederasyonların A Millî Takımlarının tüm final müsabakaları için zorunludur.

3. FIFA ilgili gruplarla görüşmelerden sonra dört veya sekiz yıllık bir süre için uluslararası maç takvimini yayınlar. Bunun kapsamına, bu süre içerisindeki uluslararası tüm pencereler girer (karş. fık.4). Uluslararası maç takviminin yayınlanmasından sonra, sadece FIFA Dünya Futbol Şampiyonasının veya FIFA Konfederasyon Kupasının ya da Konfederasyonların A Millî Takımlarının final karşılaşmaları ilave edilebilir.

4. Bir uluslararası pencere, Pazartesi sabah başlayıp sonraki haftanın Salı akşamı sona eren ve millî takımların aktiviteleri için ayrılan dokuz günlük bir süredir. Bir uluslararası pencere sırasında millî takım, uluslararası bir turnuvada eleme maçı veya dostluk karşılaşması olması önem taşımaksızın en fazla iki maçta mücadele edebilir. Maçlar, iki maç arasında iki tam gün olması kaydıyla uluslararası pencerenin Çarşamba gününden itibaren herhangi bir gününe konulabilir (örn.: Perşembe/Pazar veya Cumartesi/Salı).

5. Millî takımlar bir uluslararası penceredeki her iki maçı, aynı konfederasyon alanı içerisinde yapmak zorundadır. Bunun tek istisnası, kıtalararası final maçlarıdır. En azından bir tanesi dostluk maçıysa, her iki maç farklı konfederasyonların alanlarında gerçekleştirilebilir; fakat bunun için her iki maç yerinin havayolu firmasının resmî uçuş planına göre en fazla beş saat olması ve birbiriyle zaman farkının iki saatten daha fazla olmaması gerekir.

6. Uluslararası pencerenin veya 2.fıkraya göre uluslararası maç takviminde belirlenen karşılaşmalar dışında futbolcular görevlendirilemez. Bir futbolcu her yıl sadece bir A-Millî Takımı için final müsabakasına çıkmak zorundadır. İstisnai olarak sadece FIFA Yönetim Kurulu FIFA Konfederasyon Kupası için izin verebilir.

7. Uluslararası bir pencere için futbolcular en geç Pazartesi sabahı görevlendiril-

melidir ve millî takıma yolculukları başlamalıdır. Uluslararası pencerenin sona ermesinden sonra en geç Çarşamba sabahı futbolcular kulüplerine ulaşmak için hareket etmelidir. İkinci ve üçüncü fıkra kapsamında final müsabakası için futbolcular, ilgili müsabakanın başlayacağı haftadan önceki en geç Pazartesi sabahı görevlendirilmelidir ve millî takıma yolculukları başlamalıdır. Millî takımın final müsabakalarındaki en son maçından sonraki sabah, futbolcular federasyon tarafından serbest bırakılmalıdır.

8. İlgili kulüpler ve federasyonlar daha uzun bir görevlendirme süresi veya yedinci fıkradaki düzenlemeden farklı hükümler kararlaştırabilir.

9. Bu madde anlamında federasyonunun kadroya çağırma talebi üzerine görev alan futbolcu, görevlendirildiği sürenin sona ermesinden sonra en geç 24 saat içinde kulübüne dönmekle yükümlüdür. Bu süre, bir başka konfederasyona tescilli kulüplerin söz konusu olduğu millî takımların aktiviteleri için 48 saate kadar uzatılır. Kulüp, futbolcunun planlanan gidiş ve dönüş yolculuğu hakkında, görevlendirme süresinin başlamasından 10 gün önce yazılı olarak bilgilendirilmelidir. Federasyon, maçın sona ermesinden sonra futbolcunun zamanında kulübüne dönebilmesi için gerekeni yapmalıdır.

10. Futbolcu bu maddede belirlenen süreden sonra kulübünde yeniden görev almazsa, FIFA Futbolcuların Statüsü Komitesi, yazılı talep üzerine federasyon karşısında kulübün görevlendirme yükümlülüğünün süresi hakkında sonraki kadroya çağrılmalarda aşağıdaki gibi süre kısaltımına gider:

a) Uluslararası pencere için: iki gün

b) Uluslararası turnuvaların final müsabakası için: beş gün

11. Federasyon tarafından bu maddelere uyulmamasının tekrarında, FIFA Futbolcuların Statüsü Komitesi aşağıdakiler de dâhil olmak üzere bazı uygun gördüğü yaptırımlara karar verebilir:

a) Para cezası,

b) İzin süresinin kısaltılması,

c) Takımın sonraki aktivitelerine bir oyuncunun (ya da oyuncuların) çağrılmasının engellenmesi.

2 Ekonomik Düzenlemeler ve Sigorta

1. Bu ekteki düzenlemelere göre futbolcusu görevlendirilen kulüp, uğradığı ekonomik zararın tazminini talep edemez.

2. Futbolcudan yararlanan federasyon, futbolcunun kadroya çağrılmasıyla ilgili ortaya çıkan fiilî ulaşım masraflarını karşılamalıdır.

3. İlgili futbolcunun tescilli olduğu kulüp, futbolcuyu görevlendirilmesi süre-

since hastalık ve kazalara karşı sigorta ettirmelidir. Sigorta koruması, futbolcunun görevlendirildiği ülke maçları çerçevesinde ortaya çıkması muhtemel yaralanmaları kapsayacak şekilde olmalıdır.

4. Erkek bir profesyonel futbolcu millî takıma katılmış ve uluslararası A-maçındaki görevlendirme süresi içerisinde bir kaza sonucu yaralanmış ve sportif kabiliyeti geçici süreli tamamen ortadan kalkmışsa, ilgili futbolcunun tescilli olduğu kulübe FIFA tarafından tazminat ödenir. Tazminatın ayrıntıları, kulüpler için FIFA Teknik Bülteni – Kulüp Koruma Programı kapsamında düzenlenir.

3 Futbolcuların Kadroya Çağrılması

1. Bir kulüpte tescilli her futbolcu, vatandaşlığına sahip olduğu ülkenin federasyonu tarafından millî takım kadrosuna çağrılması üzerine buna uymakla kural olarak yükümlüdür.

2. Bir futbolcunun millî takımında yer almasını isteyen federasyon, onu içerisinde millî takımın ilgili etkinliğinin gerçekleşeceği uluslararası pencerenin ilk gününden en geç 15 gün önce yazılı olarak kadroya çağırmalıdır (karş.ek 1 madde 1 fıkra 4). Futbolcunun uluslararası bir yarışmanın final müsabakasında oynamasını isteyen federasyon, ona kadroya çağırma isteğini görev süresinin başlamasından en az 15 gün önce yazılı olarak bildirmelidir (karş.ek 1 madde 1 fıkra 7). Aynı zamanda futbolcunun kulübü de, göreve çağırma hakkında yazılı olarak bilgilendirilmelidir. Ayrıca ilgili kulübün federasyonuna davetiyenin bir örneğinin gönderilmesi de, federasyonlara tavsiye edilir. Kulüp, futbolcunun görevlendirilmesini, takip eden altı gün içerisinde onaylamak zorundadır.

3. Federasyon yurt dışında oynayan futbolcularının görevlendirilmesinde sadece aşağıdaki iki şartın gerçekleşmesi durumunda FIFA'dan yardım isteyebilir:

a) Futbolcunun tescilli olduğu federasyonla görüşmelerde başarısız olmalıdır.

b) FIFA'ya karşılaşmanın yapılma tarihinden en geç 5 gün önce durum bildirilmelidir.

4 Yaralanan Futbolcular

Vatandaşlığına sahip olduğu ülke federasyonunun görevlendirmesini hastalık veya sakatlık sebebiyle yerine getiremeyen futbolcu, federasyon tarafından belirlenen bir doktor tarafından tıbbi muayenesinin yapılmasını talep etmelidir. Futbolcunun isteği üzerine, futbolcunun tescilli olduğu federasyon bölgesinde böyle bir tıbbi muayene yapılabilir.

5 Oynama Yetkisinin Sınırlandırılması

Kendisine federasyonu tarafından millî takımında görev verilen futbolcu bu ekin düzenlemeleri anlamında görevlendirmesinin geçerli olacağı sürede ilgili fede-

rasyonun kararıyla bu maddelere göre izinli sayılır ve bağlı olduğu kulüpte hiçbir şekilde oynayamaz[39]. Oynama yasağı, ilgili futbolcu herhangi bir sebepten kendisi hakkındaki görevlendirmeyi yerine getiremiyorsa veya getirmek istemiyorsa, 5 gün daha uzatılabilir.

6 Disiplin Yaptırımları

1. Bu ekteki her türlü düzenlemeye aykırılık, disiplin yaptırımı sonucunu doğurur.

2. Bir kulüp futbolcunun görevlendirilmesini reddederse veya bu ekin düzenlemelerine rağmen ona izin vermekte ihmal gösterirse, kulübün bağlı olduğu federasyondan, FIFA Futbolcuların Statüsü Komitesi tarafından, kulübün ilgili futbolcunun katıldığı tüm karşılaşmalarda hükmen mağlup olarak değerlendirilmesi istenir. Burada elde edilen bütün puanlar silinir. Kupa sisteminde gerçekleştirilen maçlarda, sonucuna bakılmaksızın rakip takım galip ilan edilir.

3. Futbolcu kulübündeki görevine yeniden dönmekte birden fazla gecikirse, FIFA Futbolcuların Statüsü Komitesi, ilgili kulübün talebi üzerine futbolcuya ve/veya federasyonuna diğer yaptırımları uygulayabilir.

SONUÇ

Çalışmamızda futbolcu ile kulübü ve millî takıma çağrılması durumunda TFF arasındaki hukukî ilişkiler incelenmiştir. Özel olarak futbol seçilmiş olmakla birlikte, diğer spor türleri bakımından da yapılan açıklamalar benzer şekilde geçerlidir. İlgili sporun niteliğine uygun düşmediği durumlarda farklı şekilde düşünülmesi gerekeceği iddia edilebilir. Örneğin çalışmamızda futbolcunun TFF tarafından millî takıma çağrılması hâlinde, aralarındaki ilişki özel hukuka (TFF üyesi olan kulübe yaptırım uygulanabilmesine) dayanarak açıklanmıştır. Fakat farklı bir spor dalında, herhangi bir kulübe bağlı olmayan sporcuların millî takıma çağrılması hâlinde, aralarındaki ilişkinin kamu hukukuna dayanarak açıklanmasının daha isabetli olacağı düşünülebilir. Çünkü bu durumda ilgili federasyonun üyesi olan bir kulüp söz konusu olmadığından, federasyonun üyesi olmayan sporcuya yaptırım uygulayabilmesinin dayanağının -birebir örtüşmese de- kamu hukukundaki yükümlü kavramıyla açıklanması gerektiği savunulabilir. Kanaatimizce burada da özel hukuktan hareket edilmelidir. Çünkü burada da özel hukuk hükümlerine tâbi bağımsız spor federasyonları söz konusudur; onların da hukukî niteliği özel hukuk tüzel kişisi (özel bir tür dernek)

---

39 UEFA ve FIFA tarafından organize edilen millî maçlar çok önceden planlanmakta ve söz konusu tarihlerde tüm dünyada yeknesak olarak o tarihlerde üst liglerde müsabakalar yapılmamaktadır. Fakat millî maçlar sırasında kulüplerin müsabaka yapması hâlinde, millî takıma çağrılan futbolcunun o karşılaşmalarda forma giyebilmesi mümkün değildir.

niteliğindedir[40]. Nasıl ki bir derneğin faaliyetleri dernek üyeleri kadar dernek üyesi olmayanlara da açık oluyorsa, bağımsız spor federasyonunun yaptığı millî takım görevlendirmesine icabet etmeyen sporcunun belirli bir süre spor federasyonunun düzenlediği organizasyonlara katılmaktan men edilebilmesi de mümkündür.

Hangi spor dalı olursa olsun, sporcunun millî takıma seçilmesi onun bakımından büyük bir onur olarak görülmelidir; sporcunun kulübü bakımından da bir prestij göstergesi olmalıdır. Çünkü söz konusu olan millî menfaatlerdir. Fakat bazen sporcuların veya kulüplerinin bireysel menfaatlerini tercih ettikleri görülmektedir. Federasyon tarafından yapılan futbolcunun millî takıma yönelik görevlendirme çağrısına haklı bir mazeret olmaksızın uyulmazsa, futbolcuya ve kulübe disiplin cezaları verilmektedir; çağrı üzerine kulübün futbolcusunu millî takıma göndermesi, futbolcunun da millî takıma katılması zorunludur.

---

40 Anayasa Mahkemesi'nin bir kararının (2.7.2009, E.2006/118, K.2009/107 (RG.: 19.3.2010, S.27526) karşı oy yazısında görüşümüzü destekleyen şu ifadelere yer verilmiştir: *"21.5.1986 tarih ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un bir bütün halinde incelenmesi ve özellikle 4, 18, 19, 20, 30, 31 ve Ek 1. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olup, genel idare kapsamı içinde bulunduğu, ancak bu Genel Müdürlüğün "Ana Hizmet Birimleri" arasında gösterilen "Spor Federasyonu Başkanlıkları"nın klâsik bir Devlet Dairesi statüsünde olmayıp, federasyon başkanlarının seçimle göreve gelip fahri olarak bu görevi sürdürdükleri, spor federasyonlarının sıkı denetimine tâbi spor kulüplerinin Dernekler Kanunu'na göre teşekkül ettikleri, spor federasyonlarının kurulları ile buralarda görev alacak kişilerin de karma bir yapı gösterip, bunların büyük çoğunluğunun kamu görevlisi statüsünde olmadığı, dolayısıyla itiraz konusu 3289 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesinin beşinci fıkrasının 1. tümcesinde ifadesini bulan "özerk federasyonların" klâsik bir devlet dairesi (genel idare birimi) olarak nitelendirilmesine imkân olamayacağı, esasen Anayasa'nın 58. ve 59. maddelerinin Devlet'e yüklediği yükümün yasal bazda bir yansımasından ibaret olan bu düzenleme biçimi dolayısıyla, gerçekte özel hukuk alanına dahil oldukları aşikar olan bu oluşumların bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak değerlendirilebilmeleri imkânı olmadığı açıktır… Özerk federasyonların ifa ettikleri görev ve buralarda görevlendirilen kişilerin statü ve konumları birlikte değerlendirildiğinde; ortada Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü bir Devlet kuruluşu"nun bulunmadığı kuşkusuzdur… Anayasa'nın 58. ve 59. maddelerinin somutlaştırılması çerçevesinde bir hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak teşkilâtlandırılan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün murakabesine tâbi "özerk federasyonlar"ın ifa ettikleri hizmetin "Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu" bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilebilmesi mümkün olmadığı gibi; bu federasyonlarda görevlendirilen kişileri Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında memur veya diğer kamu görevlisi olarak kabul etmeye de imkân yoktur. Dolayısıyla, özerk federasyonların 3289 sayılı Kanun çerçevesindeki statüleri göz önüne alındığında; yapıları, idareyle ilişkileri ve yerine getirdikleri görevlerin niteliği, bunların bir kamu kurumu olarak kabulüne ve ifa ettikleri hizmeti kamu hizmeti saymaya imkân tanımamaktadır."*

TAHKİM TARAFLARI VE HAKEM ARASINDA YAPILAN HAKEMLİK SÖZLEŞMESİNİN MADDİ HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Evaluatıon of The Arbitrator Contract Concluded Between Parties of Arbitration and The Arbitrator in Terms of Substantive Law)

Yrd. Doç. Dr. Sera REYHANİ YÜKSEL [*]

ÖZET

Maddi hukukta hâkim olan irade serbestisi prensibi usul hukukunda da yansımasını bulmuş ve bunun sonucu olarak "tahkim" kurumu ortaya çıkmıştır. Taraflar, kanunun, tahkim yolu ile çözümlenmesine izin vermesi koşulu ile aralarında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarda hakem adı verilen kimseler tarafından ilgili uyuşmazlığın çözülmesini kararlaştırabilirler. Tarafların uyuşmazlığın hakem aracılığı ile çözümlenmesini kararlaştırdıkları bu sözleşme tahkim sözleşmesi adını alırken, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya hakemler arasında yapılan sözleşme hakem sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir. Bu açıdan hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinden farklı bir sözleşmedir.

Anahtar kelimeler: Tahkim, Tahkim Sözleşmesi, Hakem, Hakem Sözleşmesi, Uyuşmazlık

Abstract

The principle of freedom of will, which dominates the substantive law, is also reflected in procedural law, and consequently, the institution of "arbitration" has emerged. The parties may decide for the relevant conflict to be settled by persons called arbitrator, in conflicts, which have arisen or which may arise between each other, provided the law allows the subject to be settled by arbitration. The contract, through which the parties decide the conflict to be settled via arbitrator, is known as arbitration contract, the contract concluded between the parties of the contract and the arbitrator(s) is known as the arbitrator contract. In relevant terms, arbitrator contract is different from arbitration contract.

Keywords: Arbitration, Arbitration Contract, Arbitrator, Arbitrator Contract, Conflict

[*] Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Tahkim kurumu genel yargıdan önce doğmuş ve genel yargı kavramının oluşmasından önce hükmünü sürdürmüştür. Nitekim bir arada yaşamını sürdürmek zorunda olan insanlar haklarını kendi elleriyle elde etmeye çalışmanın kargaşalara neden olacağını görerek çeşitli adalet arayışlarına yönelmişler ve aralarındaki uyuşmazlıkları üçüncü kişilerin yani tarafsız kimselerin aracılığı ile çözmeye çalışmışlardır[1]. Dolayısıyla tahkim yeni gelişen bir hukuk dalı olmayıp yaklaşık 7 bin yıllık bir geçmişe sahiptir[2]. Mesela Kral Süleyman'ın iki annenin bir bebek üzerindeki analık iddialarını çözdüğü olay çok meşhur bir hakemlik uygulamasıdır[3].

Kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemeler aracılığı ile çözüme bağlanır; ancak maddi hukukta tanınan irade serbestisi prensibinin usul hukukunda uygulanmasının sonucu olarak, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar yapacakları anlaşma ile bu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemesinden alarak özel kişilere devredebilirler[4].

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konuların kapsamında kalması koşuluyla, taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi hususunda tarafların anlaşmasıdır[5].

Tahkim hukukunda esas olarak tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme vardır. Bu çalışmanın konusunu hakem sözleşmesinin maddi hukuk açısından ele alınması oluşturmaktadır.

---

1 **KARADAŞ,** İzzet, Ulusal İç Tahkim, Ankara 2013, s. 15.

2 **BALCI,** Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 41; **HUYSAL,** Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 22.

3 **HUYSAL,** s. 22; İlgili hikâye şu şekildedir: "Bir çocuk üzerinde hak iddia eden iki anne arasında olay cereyan etmiştir. Kadınlardan biri şöyle der: Bu kadın ve ben aynı evde oturuyoruz. Ben bir oğul doğurdum, iki gün sonra da o bir oğul doğurdu. Sonra bir gece onun bebeği ölmüş. Fakat ben uyurken, ölmüş olan çocuğunu benim yanıma koymuş ve benim bebeğimi almış. Uyandığım zaman ölmüş olan çocuğa baktım, benim oğlum değildi. Diğer kadın ise, 'hayır! Yaşayan çocuk benim, ölü olan onun' der. Öbür kadın 'hayır, ölü çocuk senin, yaşayan ise benim' der. İki kadın bu şekilde kavga ederler. Bu durumda Süleyman ne yapar? Bir kılıç getirilmesini emreder, kılıç getirilince, 'bebeği ikiye bölün, yarısını bu kadına, yarısını da öbür kadına verin' der. Gerçek anne, 'hayır, lütfen bebeği öldürmeyin. Ona verin' diye yalvarır. Fakat diğer kadın, 'ne benim ne de senin olsun, bölün' der. O zaman Süleyman, 'çocuğu öldürmeyin. Onu ilk kadına verin. Gerçek annesi odur' der. Süleyman, gerçek bir annenin çocuğunu öldürtmeyeceğini, başka birine vermeye razı olacak kadar sevdiğini bilir".

4 **NOMER,** Ergin/**EKŞİ,** Nuray/**ÖZTEKİN GELGEL,** Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008, s. 15; **YAVUZ,** Cevdet, *"Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler"*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, İstanbul 2009, s. 133.

5 **AKINCI,** Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 29; **NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL**, s. 15; **YAVUZ,** s. 133.

1. Hakem Sözleşmesinin Tanımı ve Tahkim Sözleşmesinden Farkı

Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem ya da hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usul hukukuna ait ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümleri esas alınarak düzenlendiği ve nihayetinde hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir[6]. Buna karşılık hukukumuzda bazen yanlış olarak tarafların uyuşmazlığını hakeme müracaat yoluyla çözümleme hususunda yaptıkları anlaşma ya da taraflar arasında ihtilaf doğduktan sonra tahkim yoluna başvurmayı kararlaştırdıkları sözleşme veya hakemlerin uyuşmazlığı çözümleme yolunda yaptıkları tüm işlemler de hakem sözleşmesi kavramıyla anılmaktadır[7].

Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinden farklıdır[8]. Tahkim sözleşmesi[9], taraflar arasında yapılmaktayken, hakem sözleşmesi taraflarla hakemler arasında yapılmaktadır[10]. Hakem sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları ile o uyuşmazlığı çözümleyecek olan üçüncü kişinin ya da kişilerin seçilmesi hususunda, onlarla yaptıkları anlaşmayı ifade eder.

2. Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hakem sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hakem sözleşmesinin hangi sözleşme tipine dâhil edileceği hususunda sadece iş görmeye ilişkin sözleşmelerin ele alınması gerekmektedir. Doktrinde yaygın olarak temsil edilen görüşler hakem sözleşmesini, hizmet sözleşmesi, istisna (eser) sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve türü kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirmektedir[11].

---

6 **TAŞKIN,** Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 8-9; **BİÇKİN,** İnci, *"Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması",* TBB Dergisi 2006, Sayı 67, s. 381; **AKINCI,** s. 37; Doktrinde hakem sözleşmesi ile ilgili farklı tanımlar yapılmaktadır. Mesela bir görüş hakem sözleşmesini, taraflarla hakemler arasında yapılan ve tarafların uyuşmazlığın çözümünü hakemlere teklif etmesi ve hakemlerin de bu teklifi kabul etmesiyle oluşan sözleşme olarak tanımlamaktadır, bkz. **NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL,** s. 19.

7 **KARADAŞ,** s. 101.

8 *"Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.01.1994 tarihinde verdiği 4/1 no'lu kararında: "Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir" şeklinde belirtilmiştir. Bu şekilde tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesinin aynı anlamda tanımlanması doğru değildir".* Karar için bakınız **BİÇKİN,** s. 380, dpn. 3.

9 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412'nci maddesinin ilk fıkrasında tahkim sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *"(1) Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır".* Kalpsüz ise tahkim anlaşmasını tarafların aralarında çıkmış ya da çıkabilecek bir ihtilafın çözümünü bir veya birkaç kişiye bırakmak ve ihtilafın onlar tarafından halli için üzerlerini düşeni yapmak konusunda iradelerinin uyuşmasını ifade eder, bkz. **KALPSÜZ,** Turgut, *"Tahkim Anlaşması",* Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 1028.

10 **EKŞİ,** Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 155.

11 **TAŞKIN**, s. 26.

Hakem sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun hükümlerine tabidir[12]. Bu sözleşme ile taraflar ile hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğmaktadır. Bu da bir vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu konuya Yargıtay kararında[13] da değinilmiştir. İlgili karar şu şekildedir:

"Bilindiği üzere uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukukî ilişkide galip unsur vekâlet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir".

Buna karşılık doktrinde hakem sözleşmesini vekâlet olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Mesela bir görüşe göre vekâlet sözleşmesinin tanımı vekilin müvekkili namına, ondan aldığı yetkiyle ve onun hesabına iş görmesidir; buna karşılık hakemler bağımsız olup ancak kanun ve vicdanları çerçevesinde hüküm kurmak zorundadır. İlgili görüş şu şekilde hakem sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden ayrıştırmaktadır: *"Vekâlet akdinin tarifinden vekilin müvekkili namına ve ondan aldığı salâhiyete müsteniden ve onun hesabına hizmet ifasını kabul ettiği anlaşılır. Hâlbuki hakemler müstakildir ve ancak kanun ve vicdanları dairesinde hüküm vermekle mükelleftirler; bir vekil ise müvekkilinin talimat ve iradesiyle bağlıdır; vekâlet vazifesi icabı olarak müvekkilinin menfaatlerini korumakla mükelleftirler. Sonra, vekilin tasarrufları müvekkili nam ve hesabına yapıldığına nazaran da hakem ile onu intihap eden taraf arasındaki münasebetin vekâlet akdine kıyası kabil değildir; bilhassa iki tarafın tek hakem seçmeleri halinde bu hakemin her iki tarafın vekili addedilmesi ve her iki taraf nam ve hesabına hareket ettiğinin kabul olunması vekâlet hükümlerine aykırı düşer. Kaldı ki hakemler de hâkimlerin reddi sebeplerine müsteniden reddolunabilirler; bu sebepler arasında hâkimin taraflardan birinin vekilliğini yapmış olması hali de vardır; taraflardan birinin vekil olması takdirinde bu hal onun reddini müstelzim iken onunla taraflar arasındaki münasebetin vekâlet addedilmesine imkân olamaz"*[14]. Yine hakem sözleşmesinin hukuki niteliğini vekâlet olarak değerlendirmenin mümkün olmadığını ileri süren başka bir görüş uyarınca hakem sözleşmesi ne istisna ne hizmet ne de vekâlet olarak değerlendirilebilir. Zira bu sözleşmelerde tarafların her birine yüklenen yükümlülüklerin tamamı hakem sözleşmesi bakımın-

---

12 Yargıtay'ın tahkim sözleşmesinin de borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu yolunda kararları vardır. Yarg. 13. HD 25.4.1991 tarih ve 8778/4492 K., ilgili karar için bkz. **ERTABAK,** Ünal, Tahkim Sözleşmesi İle İlgili İhtilaflar, İstanbul 2009, s. 41; Hakem sözleşmesi de tahkim anlaşması gibi borçlar hukukuna tabi bir sözleşmedir, bkz. **AKINCI,** Ziya, s. 38.

13 Yarg. 15. Hukuk Dairesi 15.6.1989 tarih ve 1989/1023-2481 K., ilgili karar için bkz **BALCI,** s. 146.

14 **BELBEZ,** Hikmet, *"Hakemlerin Mesuliyeti"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1950, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 354-355.

dan uygulanamaz. Dolayısıyla bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden farklı nitelik taşıyan iki taraflı bir sözleşmedir[15].

Hakem sözleşmesi karşılıklı olarak kurulmuş ise hizmet sözleşmesi, karşılıksız ise vekâlet sözleşmesi olduğu yolunda bir görüş bulunmaktadır. Ne var ki ücretin kararlaştırılmış olması hakem sözleşmesinin niteliğini, yani hakem sözleşmesinin hukuki niteliği olarak vekâlet sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez. Vekâlet, Roma hukukundan gelen bir anlayışla karşılıksız sözleşme olarak kabul edilmekle beraber günümüzdeki ekonomik evrim, gelişme ve anlayış ile sözleşme yoluyla ya da bu konuda bir teamülün varlığı halinde vekâletin ücretli olması olanaklı hale gelmiştir. Bu sebeple hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin tayininde esas alınan ivaz yani ücret kriteri artık ayırıcı unsur olma bakımından anlamını yitirmiştir[16]. Biz de taraflar ile hakem arasındaki hakemlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul ettiğimiz için açıklamalarımızı vekâlet sözleşmesi çerçevesinde yapacağız.

3. Hakem Sözleşmesinin Kuruluşu

Hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul ettiğimiz hakem sözleşmesi de rızai bir sözleşmedir ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Kendisine hakemlik teklif edilen kimse bunu kabul etmek zorunda değildir[17].

Taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için ayrı bir sözleşme yapabilecekleri gibi aralarında yaptıkları sözleşmeye, ilgili sözleşmeden doğacak ya da doğmuş uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için hüküm koymak yoluyla da yapabilirler[18]. Nitekim iç hukukumuz bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da bu husus yani tahkim sözleşmesinin ne şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Hakem sözleşmesi yazılı ya da sözlü olabilir; ancak uygulamada davanın başında taraflar ve hakemlerin katılımı ile düzenlenip hakemler ve taraflarca imzalanan görev belgesi (term of reference/tensip zaptı) ile bu anlaşma yazılı hale getirilmektedir[19]. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Kurallarının taraflar ile hakem arasındaki hakem sözleşmesinin nasıl yapılacağına ilişkin 23'üncü maddesine göre, her hakemin hakem olmayı yazılı olarak kabul etmesi gerekmektedir[20].

---

15 **EKŞİ,** s. 156.

16 **TAŞKIN,** s. 26, dpn. 36 - s. 41 vd.

17 **AKINCI,** s. 37-38.

18 **TAŞKIN,** s. 43.

19 **ŞANLI,** Cemal/**ESEN,** Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE,** İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 549.

20 **BOZKURT YÜKSEL**, Ebru, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Sistemi, Ankara 2010, s. 40.

Hakem sözleşmesi iki aşamalıdır. Birinci aşamada, tarafların hakemin seçildiğine dair sözleşme yapması, ikinci aşamada ise hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme yapması ya da tarafların bu yöndeki taleplerine olumlu cevap vermesi söz konusudur[21]. Hakem sözleşmesinin hakemin tarafların teklifine olumlu cevap vermesiyle kurulması üzerine ilgili sözleşmenin taraflarının birtakım hak ve yükümlülükleri doğmaktadır.

4. Hakem Sözleşmesinde Tarafların Borçları

a. Hakemin Borçları

aa. Hakemin Şahsen İfa Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesine göre, borçlu şahsen ifada bulunmakla yükümlü olmadığı halde Türk Borçlar Kanunu'nun 506'ncı maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. İş görme edimini konu alan sözleşmeler taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisine dayanarak kurulur. Bu sebeple vekil de vekâlette güven unsurunun taşıdığı önem dolayısıyla sözleşme konusu iş görmeyi bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. Vekilin iş görme borcunun şahsi nitelikte olması, onun yeteneklerine ve ahlaki özelliklerine duyulan güven, işi bizzat yapmasını zorunlu hale getirmektedir[22]. Ancak vekâlet verenin vekâlet konusu iş görmeyi başkasına yaptırmasına açıkça ya da zımnen rıza göstermiş olması durumunda, durumun zorunlu kıldığı hallerde, teamülün mümkün kıldığı durumlarda vekil işi başkasına gördürebilir[23].

Vekilin vekâlette şahsen ifa borcu altında olması hukuki niteliği vekâlet olarak nitelendirilen hakem sözleşmesi için de hakemin kişisel bir edim yükümlülüğü olduğu sonucunu doğurur, zira hakem tarafından tahkim yargılaması prosedürünün yürütülmesinin üçüncü şahsa devri uyuşmazlığın taraflarının iradesiyle bağdaşmaz. Şahsen ifa sadece uyuşmazlığın tespiti için değil, uyuşmazlığı karara bağlamak için de gereklidir[24].

Hakem sözleşmesi bakımından tartışmalı olabilecek bir husus alt vekâlete ilişkin hususların burada uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Vekilin vekili (alt vekil) vekille müvekkil arasındaki vekâlet sözleşmesinden doğan borcun ifası kendine tevdi

---

21 **BALCI,** s. 146; **BİÇKİN,** s. 381; **TAŞKIN,** s. 43.

22 **YAVUZ,** Cevdet/**ACAR,** Faruk/**ÖZEN,** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 658; **AKINCI,** Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 15.

23 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 658; **ZEVKLİLER,** Aydın/**GÖKYAYLA,** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 614; **TANDOĞAN,** Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s. 457-458; **ARAL,** Fahrettin/**AYRANCI,** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 403; **GÜMÜŞ,** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 141.

24 **TAŞKIN,** s. 162.

edildiği için bir çeşit yardımcı kişidir. Alt vekili, diğer yardımcı kişilerden ayıran husus vekilin vekâlet sözleşmesinin kendisine yüklediği edimlerin tamamının ya da bir bütün oluşturan bir kısmının kendi yönetimi ve gözetimi altında olmadan bağımsız biçimde yerine getirilmesini ona bırakmış olmasıdır[25]. Hakem mahkemesi başkanının ya da tarafların belirlediği hakem sekreteri yardımcı kişidir ve bu gibi yardımcı kişilerin katkıda bulunmasına bir engel yoktur. Ancak hakem, alt vekil kullanmak yoluyla, kendisine yüklenen edimlerin tamamı veya bir bütün oluşturan kısmı için kendisinden bağımsız bir kişiye iş gördüremez. Şüphesiz yargılama prosedürü sırasında uzmanlardan özel ya da teknik konularda bilgi almasına bir engel yoksa da kararını kendi şahsi sorumluluğu altında vermelidir[26].

bb. Hakemin Sadakat Yükümlülüğü ve Sır Saklama Borcu

Vekil, davranışlarını güven ilkesi uyarınca göz önünde tutulması gereken edim amacına yönlendirmekle ve kendi menfaatini vekâlet vereninkine tabi kılmakla yükümlüdür; diğer bir deyişle, vekâlet verenin yararına olan davranışlarda bulunmak ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür[27]. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 506'ncı maddesinin 2'nci fıkra hükmü vekilin sadakat yükümüne ve özen yükümüne temel oluşturacak şekilde, *"vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür"* şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Sadakat yükümlülüğünün kapsamını somut şartlara göre belirlemek gerekmektedir. Hakem de faaliyetini sadakatle yerine getirmekle yükümlüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının b bendi uyarınca iç hukukumuz bakımından tek hakem seçilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Tek hakem seçilmesi durumunda adeta çift temsil söz konusu olmaktadır; ancak burada ya taraflar hakem seçiminde anlaşmakta[28] ya da taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından (HMK m. 416/f. 1, b bendi) hakemin seçilmesi gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda her iki tarafın da vekili konumunda bulunan hakemin sadakat yükümlülüğünü nasıl yorumlamak gerekmektedir? Hakem, taraflarla arasındaki güven ilişkisini olumsuz yönde etkileyebilecek her şeyden kaçınmak, uyuşmazlığın her iki tarafının uyuşmazlığın niteliği ölçüsünde yarar ve menfaatini sağlamakla yükümlüdür. Hakem işini ciddi bir şekilde yapmalı, yükümlülüklerini

---

25 **TANDOĞAN**, s. 460.

26 **TAŞKIN,** s. 162.

27 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 663; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 609; **GÜMÜŞ,** s. 147; **TANDOĞAN,** s. 407; **ARAL,** s. 400; **YALÇINDURAN,** Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 78; **AYDOĞDU,** Murat/ **KAHVECİ,** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 687.

28 Vekâlet verenin açıkça izin verdiği bir durumda vekilin bu çeşit işleri yapmasının, yani çift temsilin caiz olduğu hakkında bkz. **ARAL/AYRANCI**, s. 401; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 610.

olabildiğince hızlı yerine getirmeli ve en önemlisi tarafsızlığına gölge düşürecek her şeyden kaçınmalıdır[29]. Nitekim sadakat yükümlülüğü kapsamında hakemden beklenen en önemli husus hakemin tarafsız ve bağımsız[30] olmasıdır. Hakem, tahkim yargılamasına başlamadan önce de yargılama sırasında da bağımsızlık ve tarafsızlığını korumak zorundadır[31]. Dolayısıyla vekâlet sözleşmesi anlamında bir sadakat yükümlülüğü hakem açısından söz konusu olamaz. Hakem yargılama faaliyetinin her aşamasında taraflara eşit mesafede durmalıdır.

Vekâlet sözleşmesinde karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat borcunun bir sonucu olarak vekil, vekâletin icrası dolayısıyla öğrendiği vekâlet verene ait sırları saklamakla yükümlüdür[32]. Bu kapsamda hakemin sır saklama yükümlülüğünü nasıl değerlendirmek gerekmektedir? Hakem, bir işletmenin varlığının doğrudan doğruya bu sırların korunmasına bağlı olduğu ekonomik ve ticari sırları korumak yanında, danışmanlık sırlarını da korumakla yükümlüdür ve ayrıca uyuşmazlığın taraflarına ilişkin kişisel sırları da koruma yükümlülüğü vardır[33].

Vekilin müvekkile ait sırları açıklamakta haklı ve zorunlu olduğu haller de ortaya çıkabilmektedir. Müvekkilin (vekâlet verenin) sırrın açıklanması hususunda rızasının olması, vekâletin icrasının veya vekilin haklı menfaatlerinin sırrın açıklanmasını zorunlu kılması, çeşitli kanunlardaki hükümlerin vekilin müvekkile ait sırları bilgi isteyen yetkili mercilere açıklamasını gerektirmesi, hatta bazı durumlarda kendiliklerinden bildirmekle yükümlü kılması durumlarında[34] vekâlet verene ait sırlar vekil tarafından açıklanabilecektir.

Hakemin sır saklama yükümlülüğünün bir gereği olarak sır olarak değerlendirilebilecek hususlara, mesela tahkime konu olan uyuşmazlığın doğrudan ticari sır ya da işletme sırrı gibi bir konuya ilişkin olmadığı durumlarda ilgili sırra hakem kararında yer verilmemelidir. Tahkim konusu uyuşmazlığın doğrudan sırla ilgili olması ve uyuşmazlığın çözümü bakımından sırrın açıklanmasının hakem kararının gerekçesini oluşturması gibi hukuki uyuşmazlığın zorunlu kıldığı durumlarda ne olacaktır? Hakem kararında sırrın açıklanmasına tarafların önceden rızası varsa sorun

---

29 **TAŞKIN,** s. 164.

30 Hakemin bağımsızlığından hakem ya da hakemlerin ekonomik ve idari açıdan bağımlı olmamasını; tarafsızlıktan ise yargılama süresince objektif ve tarafsız davranılması anlaşılmaktadır, bkz. **AKINCI,** Ziya, s. 115.

31 **CANDANER ELVER,** Nazan, *"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde Hakemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Reddi",* Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 62.

32 Sır saklama yükümlülüğünün sadakat yükümünün bir görünümü olduğu hakkında bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 664; **TANDOĞAN**, s. 409; **YALÇINDURAN,** s. 78-79; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 609 vd; **AKINCI,** Şahin, s. 16.

33 **TAŞKIN,** s. 165.

34 **TANDOĞAN,** s. 454-455; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 665.

yoktur. Rızanın olmadığı bir olasılıkta sırrın hakem kararına gerekçe oluşturduğu durumlarda ilgili sırra hakem kararında yer verilebilir. Burada hakemin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği ileri sürülemez[35]. Zira hakem kararının şekli, içeriği ve saklanmasına ilişkin HMK m. 436/f. 1, c bendi uyarınca hakem kararlarında kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesinin gösterilmesi zorunludur. Hakem, ilgili sır, kararının gerekçesini oluşturuyorsa bu sırra gerekçede yer vermek kanunen kendisine yüklenmiş bir mükellefiyet olduğundan borcunu ihlal etmiş sayılmayacaktır.

cc. Hakemin Özen Gösterme Borcu

Türk Borçlar Kanunu'nun 506'ncı maddesinin son fıkrasında vekilin özen borcu düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, *"Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır".* Vekilin özen göstermesi, vekâlet verenin yararına sonuç doğuracak biçimde iş görme ile ilgilidir ve bu kapsamda vekilin edim sonucunun elde edilebilmesi için işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli davranışlarda bulunma yükümlülüğü vardır[36]. Vekilin özen borcunun kapsamı belirlenirken objektif kıstas kullanılacak ve benzer işi gören basiretli bir vekilin davranışı ele alınarak bu davranıştan sapıldığı takdirde vekilin özen borcuna aykırı davrandığı ileri sürülebilecektir[37].

Hakem bakımından da vekâlet hukukundaki özen borcunun uygulanması söz konusudur. O halde Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme göz önüne alınarak benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir hakemin göstermesi gereken özenin gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Hakem, karmaşık, teknik sorunları ve bağlantılarını mümkün olduğu kadar çabuk kavrayabilecek ve değerlendirebilecek durumda olmalı, ayrıca kendi faaliyet alanında oluşan gelişmeleri ve yenilikleri de takip edebilmelidir. Hakem, karar verme işlevini yerine getirirken bilgili, dürüst ve vicdani kanaatine göre hareket etmeli, hukuk kuralını uygulama yeteneğine sahip olmalıdır[38]. Hukuk kuralını uygulama yeteneğine sahip olan hakem ya da hakemlerin belirli bir meslek sahibi, mesela hukukçu olmaları gerekecek midir? Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının d bendi uyarınca hakemin birden fazla kişiden oluşması halinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması gerekir. Ama hakemin tek kişi olması durumunda mutlaka hukukçu olması gerektiğini belirten bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber tahkimin özü itibariyle bir yargılama olduğu düşünüldü-

---

35 **TAŞKIN,** s. 168-169.

36 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 607; **TANDOĞAN,** s. 410; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 657; **AYDOĞDU/KAHVECİ,** s. 687.

37 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 657.

38 **TAŞKIN,** s. 174.

günde hukukçu kişilerin hakem olarak seçilmesinde büyük yarar vardır[39]. Nihayetinde hakemin hukukçu olmadığı bir ihtimalde bile taraflarca belli bir ülke hukukunun maddi ve usul kurallarının uygulanmasının kararlaştırıldığı hallerde kanunu doğru bir şekilde uygulamak yükümlülüğü bulunduğu[40] belirtilmelidir. Bu aynı zamanda hakemin özen borcunun da bir sonucudur.

dd. Hakemin Geri Verme ve Hesap Verme Borcu

Vekilin hesap verme ve vekâleti ifa dolayısıyla aldıklarını geri verme borcu Türk Borçlar Kanunu'nun 508'inci maddesinde düzenlenmiştir. *"Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür./Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür".* Vekâlet verenin işe başlanıp başlanmadığını, işin nasıl yürütüldüğünü ve sonuçlandırıldığını bilmeye ihtiyacı vardır. Aslında hesap verme borcu geniş anlamıyla genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir[41]. Vekil, talep edilmese bile, sözleşme konusu işin gidişatı hakkında vekâlet verene bilgi vermek zorundadır[42]. Vekilin aldıklarını müvekkile geri verme borcu ile özen borcu arasında sıkı bir ilişki vardır. Aynı şekilde vekil, müvekkile hesap verme borcunu da özenli bir şekilde yerine getirmek zorundadır[43].

Hakemin de hakemlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet olmasından ötürü hesap verme yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Ancak hakemin bilgi verme yükümlülüğünü klasik anlamda vekilin bilgi verme yükümlülüğü ile eşdeğer kabul etmeye imkân var mıdır? Burada temel kriter hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır, dolayısıyla hakemin bilgi verme yükümlülüğünün tarafsızlığına gölge düşürmemesi gerekmektedir. Tarafların talep ettiği bilgi hakemin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmeyecekse ve en önemlisi yargılamanın esasını etkilemeyecekse hakem söz konusu bilgiyi vermek zorundadır; ancak yargılama faaliyetinin temeline ilişkin hususlarda bilgi verilemez. Hakemin ne zaman, nerde duruşma yapılacağı gibi bilgileri vermesinde ise bir sakınca yoktur[44].

Vekil, vekâletin ifası için kendisinin hazırladığı ya da üçüncü kişilerden aldığı belgeleri ve vekâlet verenden aldığı belgeleri vekâlet verene vermek zorundadır. Ve-

---

39 **AKINCI,** Ziya, s. 105.

40 **TAŞKIN,** s. 174.

41 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 665; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 617; **AYDOĞDU/KAHVECİ,** s. 689; **ARAL/AYRANCI,** s. 408; **YALÇINDURAN,** s. 83.

42 **ARAL/AYRANCI,** s. 408.

43 Vekilin özen borcu hakkı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BAŞPINAR,** Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 144-145.

44 **TAŞKIN,** s. 171.

kil, vekâlet verenden alınmış avans gibi elinde kalanları da iade etmek zorundadır[45]. Şüphesiz hakem de masraf avanslarından kalanları iade etmek, hakem yargılamasıyla ilgili tüm belgeleri, yazışmaları iade etmekle yükümlüdür[46].

ee. Hakemin Talimatlara Uyma Borcu

Talimat, vekâlet verenin vekâlet sözleşmesinin kurulmasından sonra vekile kendisine bırakılan işi nasıl göreceğini belirten, tek taraflı ve varması gereken bir irade açıklamasıdır[47]. Vekilin kendisine bırakılan işi vekâlet verenin iradesine uygun olarak yapma yükümlülüğü vardır. Vekâlet verenin talimat verme hakkının bulunduğu Türk Borçlar Kanunu'nun 505'inci maddesinde de yer almaktadır. İlgili düzenlemenin ilk fıkrası şu şekildedir: *"Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir".*

Vekâlet verenin talimat verme hakkının olması vekili bağımlı çalışan haline getirmez, vekil bağımsız olarak iş gören kişi konumundadır. Verilen talimat çerçevesinde işi yapmak istemeyen vekil TBK m. 512 uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilir ve vekilin dilediği zaman sözleşmeye son verebilme imkânı bağımsızlığının tam olarak sınırlanmadığını gösterir[48] . Şu halde hakem sözleşmesi bakımından tarafların hakem ya da hakemlere talimat verme yetkisi var mıdır? Tarafların talimat verme yetkilerinin olduğunun kabul edildiği durumda bu yetkinin sınırları nasıl belirlenmelidir? Hakemlerin talimatlara uyma borcunu katı yorumlamak gerekmektedir. Zira hakemlerin düşüncelerinin oluşumuna ve hükmünü etkileyecek derecede etkisi olabilecek, onların tarafsızlığına ve bağımsızlığına gölge düşürebilecek talimatlara uymamaları gerekir. Sadece ihtilaf konusu olayın araştırılmasına ve ihtilafın esaslı noktalarını kapsayan bir karar alınmasına yönelik talimatlara uymaları istenebilir[49].

Vekâlet sözleşmesinde, vekâlet verenin pek çok konuda veya işin niteliğine uygun biçimde talimat verecek durumda olmaması söz konusudur. Zira meslek erbabı, işin uzmanı olan vekilin, mesela avukat, hekim gibi kimselerin vekâlet vereni bilgilendirmesi ve yönlendirmesi gerekir[50]. Hakem olarak tayin edilen kimseler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek konusunda yeterli teknik bilgiye ve donanıma sahip kimseler olarak vekâlet verenlerin yönlendirmesine ihtiyaç duymazlar. Zaten hakem-

---

45 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 667; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 618; **AKINCI,** Şahin, s. 21; **ARAL/AYRANCI,** s. 408.

46 **TAŞKIN,** s. 172.

47 **ARAL/AYRANCI,** s. 406; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 660; **AYDOĞDU/KAHVECİ,** s. 688; **TANDOĞAN,** s. 436; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 611.

48 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 611.

49 **TAŞKIN,** s. 177.

50 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 612.

lik sözleşmesi icabı görev yapan hakemler bakımından böyle bir yönlendirme kabul edilemez, sadece çok sınırlı konularda talimat alabilirler.

b. Tarafların Borçları

Vekâlet verenin borçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 510'uncu maddesinde ücret ödeme borcuna yer verilmemiştir. Doktrinde, bunun nedeni Roma hukukundan gelen, vekâletin ücret karşılığında yapılmayan, bir dostluk ve hatır işi olduğu görüşünün etkisine bağlanmaktadır[51]. Artık Roma Hukuku'ndan gelen bu anlayışın giderek değişmekte olduğu ve vekâlet sözleşmesinde tarafların genellikle ücreti de zorunlu bir unsur olarak kararlaştırdıkları görülmektedir[52]. Vekâlet ücreti, sözleşme akdedilirken kararlaştırılabileceği gibi, işin devamı sırasında veya iş bittikten sonra da kararlaştırılabilir[53].

Türk Borçlar Kanunu'nun 502'nci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir: *"Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır"*. Buna göre eğer vekilin ücret alacağı yönünde anlaşma varsa ya da teamül vekile ücret verilmesini gerektiriyorsa, vekâlet verenin ücret ödeme borcundan söz edilebilir. Vekilin ücret alacağı sözleşmeden, teamülden veya özel kanun hükmünden doğabilir. Bu durumda hakemlik görevinin icrası ücrete hak kazandıran bir faaliyet midir? Tahkim alanında hakemlik görevinin ücret gerektirdiği hakkında teamül olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 440'ıncı maddesinde hakem ücreti hakkında açık ve özel hüküm bulunmaktadır; ancak taraflar hakem sözleşmesinin ücretsiz olduğunu iddia ve ispat yetkisine sahiptirler[54]. İlgili düzenleme uyarınca hakem ücretini belirleme yetkisi taraflara aittir; ancak tarafların ücreti belirlemediği bir durumda belirlemeyi taraflarla hakemler yapmalıdır. Ücreti, hakem ya da hakem kurulu ile taraflar, dava konusu alacağın miktarını, uyuşmazlığın niteliğini ve tahkim yargılamasının süresini dikkate alarak belirlerler. Bunun yanı sıra taraflar, hakem veya hakem kurulunun ücretini yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak da belirleyebilirler. Taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaz veya tahkim sözleşmesinde ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmazsa ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamışsa, hakem veya hakem ku-

---

51 **ARAL/AYRANCI,** s. 410; **TANDOĞAN,** s. 365; **AKİPEK,** Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 65.

52 **ÖZKAYA,** Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013, s. 50, dpn. 46.

53 **AKİPEK,** s. 65; **ÖZKAYA,** s. 757.

54 **KARADAŞ,** s. 143; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda hakem ücreti hakkında açık bir hüküm olmamasından dolayı sözleşme ya da teamülün varlığı halinde hakemin ücrete hak kazanacağı, ancak sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde bile Türk Hukuku'nda hakemin ücret hakkına sahip olduğu yolunda bir teamül olmasından ötürü hakem ücretinin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi, bkz. **TAŞKIN,** s. 186.

rulunun ücreti, her yıl Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça başkanın ücreti, hakemlerden her birine ödenecek hakem ücretinin yüzde on fazlası olarak hesaplanır. Hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması hâllerinde ek hakem ücreti ödenmez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 440'ıncı maddesi hakem ücretinin belirlenmesinde taraf serbestisi prensibini kabul etmiştir; ancak tarafların hakem ücreti hususunda anlaşmaya varamadıkları durumlarda hakem ücreti bu maddenin çizdiği çerçevede belirlenecektir[55]. Bu durumda artık Yargıtay'ın hakemlerin kendi ücretlerini tayin ve tespit edemeyeceklerine ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararının bir önemi kalmamıştır[56].

Tarafların hakem ücretinden sorumlulukları nasıl olacaktır? Birlikte vekâlet verenlerin vekile karşı müteselsil sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 511'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca bir kişiye birlikte vekâlet verenler, vekile karşı müteselsil sorumludurlar. Şu halde uyuşmazlığın tarafları, hakemlik ücretini müşterek olarak borçlanmaktadırlar ve hakem ücretinden müteselsil olarak sorumludurlar[57]. Burada birden çok kişi ile bir vekil arasında aynı işi gördürmeyi konu edinen bir vekâlet ilişkisi ve birden fazla müvekkilin işi birlikte gördürme iradesi bulunmasından[58] ötürü tarafların hakemin ücret borcu bakımından müteselsil sorumluluğu gündeme gelmektedir.

5. Hakem Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi

a. Hakem Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü

Türk Borçlar Kanunu m. 27/f. 1 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Hakem sözleşmesinin geçersizliği açısından özellik arz

---

55 **EKŞİ,** s. 170.

56 "…Hakemlerin kendi ücretlerini belli edememeleri bir kimsenin **kişisel alacağı hakkında hakim olamayacağı, hüküm veremeyeceği kuralına dayanır. Gerçekten, hakemin kendi emeğinin karşılığı için hakim durumuna girerek hüküm vermesi, hakemin tarafsızlığı kuralı ile bağdaşamaz.**
Hakem ücretinin akitle taraflarca belirtilmesi halinde (ki böyle bir akit Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi hükmünce yapılabilir ve geçerliği şekle bağlı değildir), bu ücretin hakemlerce alınması mümkündür, aksi halde hakemlerin genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere başvurarak emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetilmesi için karar almaları gerekir. Ancak bu yön, kamu düzenini ilgilendirmediğinden, Yargıtayca kendiliğinden göz önünde tutulamaz…" **YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURULU** E. 1964/1 K. 1964/3 T. 13.5.1964, karar için bkz. http://www.kazanci.com.

57 **KARADAŞ,** s. 148; **TAŞKIN,** s. 187.

58 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 672.

eden husus sözleşmenin objektif olarak imkânsız bir kapsama sahip olması hususudur. HMK m. 408 uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Hakem yargılamasına konu olacak talep bu maddede belirtildiği üzere tahkime elverişli değilse, hakem sözleşmesi objektif olarak imkânsızdır[59]. Bu durumda dava tahkim yoluyla çözümlenemeyecektir.

Hakem sözleşmesinin ahlak ve adaba aykırı olması durumu da gündeme gelebilecektir. Uyuşmazlığın tarafları hakemlerini kendileri tayin etmekle beraber hakemlerle hüküm bakımından asıl inisiyatifin kendilerinde olduğu yolunda anlaştılarsa sözleşmenin ahlak ve adaba aykırı olduğu sonucuna varılabilecektir[60].

b. Hakem Sözleşmesinin Sona Ermesi

Vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifa edilmesi, ifanın imkânsız hale gelmesi, vekilin azil ya da istifası, vekilin ya da vekâlet verenin ölümü, vekilin ya da vekâlet verenin iflası halinde hakem sözleşmesi sona erer. Vekâlete özgü bu sona erme sebeplerinin hakem sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmalıdır.

İş görme borcunun gerektiği gibi ifa edilmesi, sözleşme ile amaçlanan sonucu gerçekleştirmese de bu borcu ve vekâlet sözleşmesini sona erdirir ve artık vekalete ilişkin sona erme sebeplerine başvurmaya gerek kalmaz[61]. Bu şekilde hakemin sözleşmesinin de sona ereceğinin kabul edilmesi gerekir. Hakemin bağımsız ve tarafsız olmasının aranması karşısında tarafın hakem kararından beklediği kişisel sonucun gerçekleşmesi aranmayacaktır. Hakemin objektif olarak yargılamayı yürütmesi ve gerekli tüm özeni göstermesi durumunda ifanın gereği gibi olmadığı iddiaları dinlenmeyecektir.

Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi hakemlik sözleşmesini de azil veya istifa yoluyla sona erdirmek mümkün olabilecektir.

Kural olarak hakemlerin görevi, önlerine getirilen uyuşmazlık hakkında karar vermekle sona erecektir; ancak tahkim yargılaması sırasında hakemlerin azli, istifası, ölümü ya da medeni haklarını kullanma ehliyetini kaybetmesi gibi bir nedenle görevini yapamaz duruma düşmesi mümkündür[62]. Azil, hakeme verilen yetkinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini ifade eder[63]. Milletlerarası Tahkim Kanunu

---

59 **TAŞKIN,** s. 228.

60 **TAŞKIN,** s. 231.

61 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 673.

62 **KARADAŞ,** s. 132.

63 **AKINCI,** Şahin, s. 54; **TANDOĞAN,** s. 619 vd; Doktrinde azil ve istifa ile ilgili şöyle bir tanımlama da yapılmıştır: Bir ilişkinin sadece özel bir himayeye layık görülmüş tek bir yanına bah-

m. 7/F uyarınca bir hakem hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer. İlgili düzenleme uyarınca taraflardan her biri, aralarında hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyuşmazlık olursa, asliye hukuk mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir ve bu durumda asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir. Mahkemenin vereceği karar azli istenen hakemin menfaatlerini ihlal edebilecek nitelikte olduğundan mahkeme sadece karşı tarafı değil, azli talep edilen hakemi de dinlemelidir[64]. Aslında tahkim süresinin işlemesi, bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi nedeniyle durmayacaktır. Buna karşılık tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin azil veya istifa gibi herhangi bir sebeple sona ermesi tahkimin de sona ermesine neden olacaktır (MTK m. 7/G). Bu düzenlemelerin karşılığı HMK m. 420 ve m. 421'de de yer almaktadır. Bu durumda hakemlerin, seçim şekli ne olursa olsun ancak tarafların birlikte karar vermeleri durumunda azledilmeleri mümkündür; çünkü hakem, seçildikten sonra sadece bir tarafın değil, tarafların müşterek hakemi sayılmaktadır[65].

Türk Borçlar Kanunu'nun 512'nci maddesinde vekâlet verenin ve vekilin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İlgili düzenleme bu anlamıyla emredici niteliktedir, yani her çeşit vekâlette vekâlet veren, vekili her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez[66]. Bu düzenlemeye rağmen Türk Borçlar Kanunu'nun 512'nci maddesinin ikinci cümlesinde, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu vurgulanarak vekâlet sözleşmesinin kayıtsız şartsız feshedilebileceği kuralına istisna getirilmiştir. Önemli bir sebep olmaksızın keyfi olarak hakem sözleşmesinin, uyuşmazlığın taraflarınca feshedilmesi uygulamada ender rastlanan bir durumdur; çünkü hakem genelde sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle azledileceğinden herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz[67].

Hakemin istifası ise, bu görevi kabul eden hakemin sonradan bu görevden ayrılması demektir. Vekâlet ilişkisinin bir sonucu olarak hiç kimse hakemliği kabul etmek

---

şedilen, nedensiz ve bedelsiz kullanılabilen, kayıtsız-koşulsuz ve herhangi bir formalite olmadan ve beklemeden kullanılabilen yenilik doğurucu bir haktır, bkz. **SEROZAN,** Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 124 vd.

64 **KALPSÜZ,** Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 62.

65 **KARADAŞ,** s. 133; **TAŞKIN,** s. 241.

66 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 674; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 625; **YALÇINDURAN,** s. 97-98; **AKINCI,** Şahin, s. 64; **AKİPEK,** s. 75.

67 **TAŞKIN**, s. 244.

zorunda değildir. Ancak hakemliği kabul etmesine rağmen haklı bir neden olmadan istifa eden hakem hiçbir ücret isteyemez, peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır ve tarafların bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür (HMK m. 419).

Hakem kural olarak resmi yargıda olduğu gibi yargılama faaliyetinde bulunduğundan hakemin iflası hakem sözleşmesini sona erdirmez[68].

SONUÇ

Hakem sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle vekâlet sözleşmesidir; ancak vekâlet sözleşmesine ait tüm hükümlerin hakem sözleşmesi bakımından da uygulanması söz konusu olamayacaktır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin bazı düzenlemeler ya hiç uygulama alanı bulmamakta ya da içerik değiştirerek uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda alt vekâlet, hakem sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulamazken, hakemin "sadakat yükümlülüğü" meselesinde vekâlet sözleşmesinden farklı bir yorum getirmek gerekmektedir. Hakemin taraflara olan sadakati, vekilin müvekkile olan sadakati gibi olamayacaktır; çünkü hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bu sonucu doğurmaktadır.

Vekâlet sözleşmesini sona erdiren sebepler hakem sözleşmesi için de uygulama alanı bulacaktır. Yalnızca vekâletin iflas yoluyla sona ereceğini söyleyen düzenlemeye temkinli yaklaşılması gerekmektedir. Hakemin yargılama faaliyetinde bulunduğu düşünülürse hakemin iflasının taraflarla arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeyeceği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004.

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.

AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003.

ARAL, Fahrettin/**AYRANCI,** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.

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

BALCI, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

BELBEZ, Hikmet, *"Hakemlerin Mesuliyeti"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1950, Cilt 7, Sayı 1-2, s. 353-358.

BİÇKİN, İnci, *"Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması",* TBB Dergisi 2006, Sayı 67, s. 380-397.

68 **TAŞKIN,** s. 251.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Sistemi, Ankara 2010.

CANDANER ELVER, Nazan, *"Kurumsal Tahkim Sistemlerinde Hakemin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Reddi",* Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 31-67.

EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.

ERTABAK, Ünal, Tahkim Sözleşmesi İle İlgili İhtilaflar, İstanbul 2009.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.

HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

KALPSÜZ, Turgut, *"Tahkim Anlaşması",* Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 1027-1053.

KALPSÜZ, Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010.

KARADAŞ, İzzet, Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013.

NOMER, Ergin/**EKŞİ,** Nuray/**ÖZTEKİN GELGEL,** Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008.

ÖZKAYA, Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2013.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

ŞANLI, Cemal/**ESEN,** Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE,** İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010.

TAŞKIN, Âlim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.

YALÇINDURAN, Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.

YAVUZ, Cevdet, *"Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler"*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu Tahkim, İstanbul 2009, s. 133-177.

YAVUZ, Cevdet/**ACAR,** Faruk/**ÖZEN,** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA,** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİNDEKİ SİGORTA SÖZLEŞMELERİ VE BU KAPSAMDA SİGORTA TAHKİM KOMİSYONUNUN ROLÜ

(Consumer Transaction Based Insurance Agreements and Insurance Arbitral Tribunal Role In This Context)

Ar. Gör. Dursun SAAT *

ÖZET

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte tarafını tüketicilerin oluşturduğu birçok sözleşme türü tüketici işlemi olarak kabul edilmiş ve tüketici mevzuatının denetimine tabi tutulmuştur. Çalışmamızda; öncelikle TTK' da düzenlenen sigorta sözleşmelerini tümüyle tüketici hukuku hükümlerine bırakmanın mümkün olmadığını kısaca anlattıktan sonra Sigortacılık Kanunu'nda ön görülen Sigorta Tahkim Komisyonun TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda TKHK'nın m.3, m.68, m.73, m.83 hükümleri doğrultusunda dahi karar verme yetkisinin devam ettiği hususu izah edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici işlemi, sigorta sözleşmesi, Sigortacılık Kanunu, Sigorta Tahkim Komisyonu.

Abstract

Since the Law on Consumer Protection has entered into force, many types of contracts in which one of the contracting parties is a consumer, were acknowledged as a consumer transaction and thus been put under the supervision of consumer legislation, ensuring full compliance. Primarily, in this study, we will briefly explain that it is not possible to fully subject the insurance contracts governed by the Turkish Commercial Code to the application of consumer law provisions. Having this explained, we will focus on trying to elucidate the fact that, after the effective date of the Consumer Protection Law, the Insurance Arbitration Commission-provided by the Insurance Code- continues to have competence over disputes arising from insurance contracts regarded as consumer transactions and will decide according to articles 3, 68, 73 and 83 of the Consumer Protection Law.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Keywords: Consumer Protection Law numbered 6502, consumer transaction, insurance agreements, Insurance Law, Insurance Arbitral Tribunal.

I. Genel Olarak

Ülkemizde son yıllardaki yoğun yasama faaliyeti kapsamında, özellikle sözleşmesel ilişkilerde, kanun koyucunun temel amaç ve politikası; kamu yararı, ekonomik çıkarların korunması gibi nedenlerle sözleşmenin daha zayıf konumda bulunan kimseyi güçlü olana karşı korumaktır. Çalışmamız bakımından; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) sigorta ettiren lehine sevk edilen koruyucu hükümler[1], 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK) amacı ve salt tüketici lehine vaaz ettiği ilkeler bu tespitimizin en somut örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır[2].

Yasama organı, TKHK'nın tüketici işlemi tanımını yaparken birçok sözleşme türünü doğrudan kanun metninde zikrederek tüketici işlemi olarak kabul etmesi ile tüketici işlemi kavramının kapsamını genişletmiştir. Ancak söz konusu yeni düzenleme ile aynı konuyu ele alan ve uygulanmakta olan diğer kanunlarla (çalışmamız bakımından Sigortacılık Kanunu- TTK) olan bağının kurulamaması sebebiyle ileriki dönemlerde birçok hususta uyuşmazlıkların ortaya çıkacağı ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği hususunda yargı kararlarında ve doktrinde tartışmaların yaşanacağı kanaatini taşımaktayız.

2007 yılında ülkemizde sigortacılığının geliştirilmesini sağlamak, sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmek üzere 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) kabul edilmiş ve aynı kanunun 30. maddesinde sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi öngörülmüştür. Sigorta Tahkim Komisyonu, 2007 yılından itibaren yasal mevzuatın ön gördüğü usul ve esaslar çerçevesinde taraflarından birinin tüketici olduğu sigorta sözleşmeleri de dâhil olmak üzere sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda yargılama faaliyetinde bulunmakta ve kararlar vermektedir. Ancak TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte *tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda* Sigorta Tahkim Komisyonun Tüketici Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri karşısında karar verme yetkisi tartışmalı bir hal almıştır.

---

1 TTK m. 1452, TTK m. 1486, TTK m. 1520.

2 TKHK m. 1 *"Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir."*

II. Tüketici İşlemi Olarak Sigorta Sözleşmeleri

2.1 Tüketici İşlemi Kavramı

28.11.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak[3] 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK m.3'e göre mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi olarak tanımlanmaktadır.

Kanun koyucu 4077 sayılı mülga *eTKHK*'daki tüketici işlemi tanımından farklı olarak TKHK'da tüketici işlemi kavramını birçok sözleşme türünü içine alacak şekilde geniş bir yelpazede tanımlamıştır. Madde gerekçesine baktığımız zaman kavramın genişletilmesindeki en temel gayenin uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçmek olduğunu görmekteyiz. Nitekim Yargıtay'ın *eTKHK* döneminde vermiş olduğu kararlarında her ne kadar söz konusu uyuşmazlık özü itibariyle bir tüketici sözleşmesinden kaynaklansa da "*yasanın amacının olağan ve günlük tüketici işlemlerini koruma altına almak"* olduğu gerekçesiyle istisna sözleşmesine dayalı uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde değil genel mahkemelerde çözüme kavuşturulması gerektiğine hükmetmiştir[4]. Kanaatimizce tüketici işlemi kavramının çok geniş bir şekilde tanımlanarak sırf taraflarından bir tanesini tüketicinin oluşturması nedeniyle akdedilen her türlü sözleşmeyi tüketici işlemi olarak kabul edip sadece tüketici mevzuatının içerik ve denetimine tabi tutmak özellikle kendine has bir takım kural ve prensipleri olan sözleşmeler bakımından -özellikle sigorta sözleşmeleri- uygun düşmeyeceğini belirtmek isteriz[5].

TKHK'ya göre tüketici işleminin söz konusu olabilmesi için hukuki işlemin taraflarını tüketici ile satıcı veya sağlayıcı oluşturmalıdır. Tüketici işleminin oluşumuna

---

3 28835 sayılı Resmi Gazete

4 **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010/15-68E. 2010/85 K**. "…yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bir başka deyişle yasa kapsamına, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri alınmıştır. Aksi bir yorumun kabulü, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi 4077 sayılı yasa kapsamında kalmasını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara da Tüketici Mahkemelerinde bakılmasını gerektirir ki, bunun yasanın amacına aykırı olduğu açıktır. Buna göre istisna sözleşmesinden doğan ilişkileri de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanması hukuken olanaklı değildir."

5 Tüketici işlemi kavramı hakkındaki eleştiriler için bkz. **Gümüş, Alper M.** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat, İstanbul, 2014, s. 9 Tüketici işlemi kavramının genişletilmesi yönündeki düşünceler için bkz. **Akçaal, M/ Uyumaz A.** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı:2, Malatya, 2013, s. 247; **Yıldırım, A.** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 1-2, Ankara,2013, s.1021.

vücut veren hukuki işlemin bir tarafında ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüketici yer alırken karşı tarafında ise tüketicilere ticari veya mesleki amaçlarla mal ya da hizmet sunan satıcı veya sağlayıcı yer almaktadır. Madde metninde yer alan "*ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*" ibaresinden tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulan her türlü sözleşmenin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi artık yasal bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu kapsamda yargı kararlarında da taraflarını tüketici ile satıcı-sağlayıcının oluşturduğu; avukatlık sözleşmeleri[6], alış veriş merkezinin otoparkına araç park edilmesine dair sözleşmeleri[7], emlak komisyon sözleşmeleri[8], konutunun lamine parke zemin kaplaması yapılması hususunda yaptığı sözlü eser anlaşmaları[9], hasta ile özel hastane arasındaki tedavi hizmeti kapsamındaki vekalet akitleri[10], taşıma sözleşmeleri[11] ve sigorta sözleşmeleri[12] artık birer tüketici işlemi olarak tanımlanmaktadır.

---

6 **17.HD. 2014/24250 E. 2014/19620 K.** "Dava, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı satıcının, 6502 sayılı Kanunda belirtilen "Tüketici" tanımına girdiği anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunan uyuşmazlığın Tüketici Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir."

7 **13. HD. 2015/6703 E. 2015/7310 K.** "Davacı, davalı şirkete ait alışveriş merkezine alış-veriş için gittiğini, aracını park yerine park ettiğini, alış veriş bittikten sonra aracının yanına geldiğinde aracın sol arka kapısının çizildiğini gördüğünü ileri sürerek fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere aracın onarım masrafları, araçta oluşan değer kaybı ve aracı kullanmaktan yoksun kalınan günler tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir. Uyuşmazlıkta davacıyla davalı arasında alış veriş için gelinen alış veriş merkezinin otoparkına araç park edilmesine dair sözleşme bulunduğu, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin 6502 Sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır."

8 **13. HD. 2014/47409 E. 2015/2172 K**. " Kanunda simsarlık ve benzeri sözleşmeler denilmek suretiyle tellallık sözleşmeleri de tüketici mahkemesinin görev alanına girmiştir. Mahkemece, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tellallık sözleşmesine dayalı olmasından bahisle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken….."

9 **15. HD. 2015/42 E. 2015/413 K.** "Somut uyuşmazlıkta ise; davacı, şahsına ait adreste konutun lamine parke zemin kaplaması yapılması hususunda davalı şirket ile sözlü anlaşma yapıldığını, bu amaçla 15.000,00 TL gönderdiğini, ancak edimin ifa edilmediğini ileri sürerek ödenen bu bedelin davalıdan tahsilini istemiştir. Davanın ileri sürülüş biçimine göre, Yasada tanımlanan biçimde davacının "tüketici", davalının ise "sağlayıcı" olup, taraflar arasında, tüketici işlemi anlamında "eser" sözleşmesi kurulduğu iddiasının bulunduğu ve bu durumda tüketici mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır."

10 **13. HD. 2014/30305 E. 2014/35473 K.** "Hemen belirtmek gerekir ki, hasta ile özel hasta hane arasındaki tedavi hizmeti, dairemizin öteden beri değişme göstermeyen kararları kapsamında vekalet akdi olarak değerlendirilmekte olup, bu bağlamda eldeki davanın da vekalet ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. 6502 sayılı yasanın 87.maddesi doğrultusunda 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren aynı yasanın 3/L maddesinde vekalet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüketici yasasının uygulanması gerekmekte olup, bu nedenle vekalet ilişkisinden doğan uyuşmazlığında Tüketici Mahkemesinde görülmesi zorunludur."

11 **11. HD. 2014/6674 E. 2014/12807 K.** "Dava, taşıma sözleşmesine dayalı tazminatın tahsili için başlatılan takibe yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir.6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında gerçek ve tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan taşıma sözleşmeleri tüketici işlemi olarak düzenlenmiştir."

12 **11. HD. 2015/1071 E. 2015/2341 K.** "Somut olayda ise, davacının, mesleki amaçla hareket

2.2 Sigorta Sözleşmelerinin Tüketici İşlemi Olarak Kabul Edilmesi

TKHK m.3'te tüketici işlemi olarak sayılan ve kabul edilen sözleşme türlerinden bir tanesi de sigorta sözleşmeleridir. Modern toplumlarda risk yönetimi kavramının parçası olan sigorta müessesinin en temel işlevlerinden bir tanesi güvence fonksiyonudur[13]. Birey; kendi ekonomik yaşamını olumsuz yönde etkileyecek risklere karşı sigorta sözleşmeleri aracılığıyla tedbirler alır. Sigorta sözleşmesi, TTK. m. 1401'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 sözleşmedir"* şeklinde tanımlanmıştır. Sigorta sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir akittir. Sözleşmenin bir tarafı olan sigorta ettiren, sözleşmede kararlaştırılan primi ödeme borcu[14] altında iken buna karşılık sigortacı da üstlendiği rizikoyu himaye ve taşıma borcu altındadır[15].

Sigorta şirketi TKHK uyarınca finansal bir hizmetin sağlayıcısı konumunda iken hiçbir ticari veya mesleki amaç gütmeksizin kendi kişisel ihtiyacını güvence altına almak isteyen bir kişi, sigorta şirketi ile sözleşme akdettiğinde TTK kapsamında sigorta ettiren olarak kabul edilmekte ve aynı zamanda TKHK çerçevesinde de tüketici sıfatına sahip olmaktadır. Örneğin hususi arabasını hırsızlığa karşı sigortalayan ya da evini yangın rizikosuna karşı sigorta ettiren veya maruz kalacağı hastalıklara karşı özel sağlık sigortası sözleşmesi akdeden kimse tüketici sıfatıyla bir yandan TKHK mevzuatına tabi iken diğer yandan da sigorta ettiren olarak TTK hükümlerine tabidir. Hal böyle olunca ilk olarak sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde hangi kanun hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Örnek-1: Bay A, yangın tehlikesine karşı evini X sigorta şirketinden sigorta-

---

eden gerçek kişi olması karşısında, mahkemece tüketici olarak kabul edilmesi ve bu itibarla tüketici işlemi olarak değerlendirilen sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa tüketici mahkemesinin bakması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir."

13 **Kender, R.** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 6 vd.; Sigortanın Mikro ve Makro işlevleri hakkında bkz. **Uralcan Şebnem G.** Sigortacılık Uygulamaları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1626, Eskişehir,2005, s.22 vd.

14 Sigorta ettirenin prim ödeme borcu ve borcu yerine getirmemesinin hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kender,** Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, İstanbul, 1996, C. 10, Sayı. 1-3, s. 753 vd., **Kayıhan, Ş.** Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara, 2004, **Aral, Eldeleklioğlu İ**. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/ 2, s. 203 vd.

15 **Can, M.** Türk Özel Sigorta Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara, 2009, s. 311 vd.

ladıktan sonra evinin altında patlayıcı madde imal etmeye başlamış ise bu durum sigorta hukuku açısından tipik bir rizikonun ağırlaşması halidir. Bu durumda sigorta şirketi TTK m. 1445' e göre 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. Oysa ki TKHK m. 4'te sözleşmede öngörülen koşulların sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği belirtildiği gibi aynı maddede tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemeyeceği de hükme bağlanmıştır.

Örnek-2: Bayan A, hususi arabasını X sigorta şirketinden daha önceden bilgi sahibi olduğu kasko sigortası genel şartları uyarınca sigorta sözleşmesi ile himaye altına almış ve toplamda 1.200 TL olan sigorta primlerinin de birer aylık vade ile 3 eşit taksitte ödenmesi hususunda taraflar mutabık kalmıştır. Olayda görüleceği üzere taraflar sigorta sözleşmesinin kapsamı, sigorta ettirenin ödeyeceği primleri de dahil olmak üzere sözleşmeyi sözlü olarak akdetmişlerdir. TTK sigorta sözleşmelerinin kurulması için herhangi bir geçerlilik şartı öngörmemiş olup tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulmaktadır. Ayrıca sigorta primlerinin taksitler halinde ödenmesi de TTK m. 1430/2 *" İlk taksitin nakden ödenmesi şartıyla, sonraki primler için kambiyo senedi verilebilir; bu hâlde, ödeme kambiyo senedinin tahsili ile gerçekleşir."* yönündeki hükmü uyarınca mümkündür. Ne var ki; kanun koyucu TKHK m. 17/3'te taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmayacağını kabul etmektedir. Diğer bir ifade ile TKHK'da kısmi ödemeli tüketici sözleşmeleri[16] bakımından kanun koyucu sözleşmenin yazılı halde akdedilmesini artık geçerlilik şartı olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda primleri taksitler halinde ödenen ve tüketici işlemi niteliğinde kabul edilen sigorta sözleşmelerinin TKHK m. 17/3 hükmü karşısında yazılı bir şekilde akdedilmesi zorunlu mudur?

Yukarıdaki örnekleri daha da çoğaltabilmek mümkündür. Öğretide *Caner* konu ile ilgili olarak görüşlerini *"….sigorta sözleşmelerinde taraflardan birinin tüketici olması halinde tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvuru yapılmasını ve tüketici hukuku kurallarının uygulanmasını engellemeyeceğini…… TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde sigorta sözleşmesine ilişkin ihtilaf olması halinde TTK'da yer alan hükümlerin öncelikle esas alınmasının tüketiciyi koruma eğilimi ve sigorta sözleşmesinin özel nitelik arz eden yapısına daha uygun olduğu kabul edileceğini"* şeklinde ifade etmektedir[17].

---

16 "*Taksitle satış sözleşmesi"* kavramının "*kısmi ödemeli tüketici işlemleri"* şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. **Gümüş**, age, s. 152 vd.

17 **Caner, O.** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkisi, Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, 2014, s. 2507.

Ünan ise konuya *"…. Sigorta yaptıranlar ve sigorta sözleşmesinden yarar sağlayanlar sigortacı karşısında geniş bir biçimde korunmaktadır. Bu da, tüketicinin korunmasına ilişkin kurallara sigorta alanında gereksinim olmadığı düşüncesini güçlendirmektedir. Eğer sigortayı özel olarak düzenleyen kuralların tamamı, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerden daha geniş bir koruma getirmekte ise, o takdirde tüketicilere ilişkin düzenlemeye gereksinim kalmaz. Buna karşılık, eğer sigorta hakkındaki kurallar tüketicilere ilişkin kuralların sağladığı korumadan daha geride ise, o zaman tüketici hukukunun da devreye girmesi lazım gelir. Bugünkü durum, tüketicilere ilişkin birçok kuralın sigortayı düzenleyen kurallardan daha fazla ölçüde tüketici dostu olduğunu göstermektedir. Bu da bize tüketici hukukunun sigorta alanında geçerli olması gerektiğini kanıtlamaktadır."* şeklinde yaklaşmıştır[18].

Kanaatimizce öğretide dile getirilen her iki görüşe de katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira, kanun koyucu, TKHK m.83'te taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını engellemeyeceğini ve bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Tüketicinin bir tarafını oluşturduğu sigorta sözleşmeleri her ne kadar özü itibariyle tüketici sözleşmesi ve buna mukabil tüketici işlemi sayılıyor olsa da ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü bakımından öncelik sırası gözetilmeksizin TTK'da mı yoksa TKHK'da mı özel hüküm bulunduğu tespit edilmeli ve uyuşmazlık tayin edilen özel hüküm kapsamında çözüme kavuşturulmalıdır. *Caner ve Ünan'ın* ifade ettiğinden farklı olarak her bir somut uyuşmazlık bakımından TTK'da ve TKHK'da sevk edilen hükümler tayin edilmeli bunlardan hangisinin özel hüküm niteliğinde olduğu belirlendikten sonra o hüküm çerçevesinde uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır. Aksi halde tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerini salt tüketici mevzuatına tabi tutmak kendine ait özellikleri bulunan sigorta hukuku ile bağdaşmayacağı gibi TTK'da sevk edilen ve sigorta ettirenleri koruma altına alan emredici hükümlerin bertaraf edilmesine de yol açacaktır.

Örnek-1'deki riziko ağırlaşması durumunda TTK m. 1445 hükmü, TKHK'nın yaptığı yollama gibi genel hüküm niteliğinde olmayıp sadece özel sigorta sözleşmelerinde geçerli olan ve riziko ağırlaşması- halini düzenleyen özel bir hükümdür. Sigorta ettirenin kendisine yüklenen rizikoyu ağırlaştırmama görevini ihlal etmesi karşısında sigorta şirketinin rizikonun gerçekleşme ihtimali çok fazla artmış olmasından ötürü sözleşmeyi feshetmesi veya daha yüksek bir prim karşılığında rizikoyu taşımak istemesi tüm hukuk sistemlerinde kabul görmüş makul bir sonuçtur. Somut olayda rizikoyu ağırlaştıran sigorta ettirenin sırf tüketici sıfatına sahip olması sebebiyle TTK'da ön görülen hukuki imkanlardan sigorta şirketini mahrum bırakmak kabul edilemez niteliktedir.

---

18 **Ünan, S.** 2013 Tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigortaya Etkileri, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda ve Sigorta Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, 19-20 Haziran 2014, s. 167 vd.

Örnek-2'deki olayda ise sigorta poliçelerinin düzenlenmesini ve içeriği hakkında özel düzenlemeler içeren TTK m. 1424'ün *"Poliçenin verilmediği hâllerde, sözleşmenin ispatı genel hükümlere tabidir."* yönündeki hükmü uyarınca tüketicinin tarafı olduğu sigorta sözleşmesi primlerinin taksitle ödenmesi halinde sözleşmenin yazılı bir şekilde kurulmamış olması dolayısıyla geçersiz kabul etmek kanaatimizce uygun değildir[19]. Zira kanun koyucu, gayet açık bir şekilde taraflar arasında bir sigorta sözleşmenin varlığının genel hükümler çerçevesince de ispatlanabileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan tüketici-sigorta ettirenin ilk taksiti ödemesi ile sigortacının rizikoyu taşıma borcu başlayacaktır. Son taksitin ödenmesinde sigorta ettiren, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınır ve ödemiş olduğu primleri geri isterse bu süre zarfına kadar sigortacı rizikoyu bedelsiz bir şekilde boşu boşuna üstlenmiş ve taşımış olacaktır ki bu durumda sigorta sözleşmelerinin mantığına aykırıdır.

III. Sigorta Tahkim Komisyonunun Hukuki Niteliği Ve Başvuru Koşulları

3.1 Sigorta Tahkim Komisyonunun Hukuki Niteliği

Uyuşmazlıklar kural olarak mahkemeler aracılığıyla çözülür ancak birçok ülke hukukunda uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeler dışında tahkim, ombudsmanlık, arabuluculuk gibi bir takım alternatif çözüm yöntemleri geliştirilmiş ve uygulanmaya başlamıştır. Alternatif çözüm yollarından birisi olan tahkim, uyuşmazlıkların mahkemeler dışında taraflarca görevlendirilmiş hakem veya hakem heyeti tarafından yapılan yargılama faaliyeti sonucunda nihai hakem kararı ile çözümlenmesidir[20]. Diğer bir ifadeyle uyuşmazlığın mahkemeler yerine hakemler aracılığıyla çözülmesi işlemine tahkim adı verilmektedir[21]. Usuli bir müessese olan tahkimin zorunlu tahkim, ihtiyari tahkim, ad hoc tahkim, kurumsal tahkim, milli tahkim ve milletlerarası tahkim olmak üzere birçok türünün bulunduğunu da belirtmek isteriz.

Sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki uyuşmazlıklar genellikle adli yargı mekanizmalarıyla çözümlenmektedir. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması, sigortalıların mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından bu durum sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, sigortalılar, bazı uyuşmazlıklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmaktadır ki bu durum da sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsmaktadır.

---

19 Aynı yönde bkz. **Ünan**, age, s. 178.

20 **Yeşilırmak, A.** Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Oniki Levha Yayınları, 2011, s. 58

21 **Akyol, Ş.** Milletlerarası Tahkim (Sorunlar-Çözümler-Öneriler), M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2002, s.51

Sigorta ettirenlerin sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda daha kısa süre sürede sonuçlandırılan, daha düşük maliyetli ve sigorta alanında uzman kişilerce yürütülen bir yargılama faaliyetine kavuşturulabilmesi amacıyla 2007 yılında yürürlüğe giren Sigortacılık Kanununun 30.maddesi uyarınca "Sigorta Tahkim Komisyonu" ihdas edilmiştir. Akabinde de sigortacılık kanununda öngörülen tahkim sistemine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere Hazine Müsteşarlığı tarafından "Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik" yürürlüğe koyulmuştur[22].

Söz konusu yasal düzenlemelerin yapılması ile birlikte sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler, genel mahkemelerle birlikte alternatif bir çözüm kurumuna kavuşturulmuştur. Bu kimseler artık dilerse mahkemeye dilerse de belirli koşulların varlığı halinde sigorta tahkimine başvurma imkanına sahip olmuştur.

Sigortacılık kanununda ön görülen Sigorta Tahkim Komisyonu da özü itibariyle bir tahkim müessesesidir. Ancak sigorta tahkiminin hangi tahkim türü içerisinde yer aldığı hususunda öğretide bir görüş birliği mevcut değildir. Bilindiği üzere, kanunlarda yer alan hükümler dolayısıyla adli yargı yolunun kapatılıp belirtilen uyuşmazlığın yalnızca tahkim yoluyla çözümlenmesini ön görüldüğü haller "zorunlu tahkim"[23] olarak tanımlanırken iken tarafların uyuşmazlık halinde adli mahkemeler yerine serbestçe tahkime başvurmaları durumu "ihtiyari tahkim"[24] olarak isimlendirilmektedir.

Ulaş, sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olmasının zorunlu olmadığını, diğer yandan sigorta ettirenin veya sözleşmeden menfaat elde eden kişinin de istemesi halinde tahkime başvurabileceği gerekçeleriyle sigorta tahkim komisyonun ihtiyari tahkim olduğunu ifade etmiştir[25].

Ulusoy ise sigorta tahkiminin nispi zorunlu tahkim olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre sigorta tahkim sistemi, taraflardan sadece biri açısından ihtiyari iken sadece sigorta tahkim sistemine üye olan sigorta şirketleri açısından zorunludur[26].

Özdamar ve Ekşi ise sigortacılık kanununda düzenlenen tahkimin tek başına mecburi tahkim veya ihtiyari tahkim olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir[27]. *Özdamar'a* göre sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması ve üye

---

22 **26616 sayılı Resmi Gazete**

23 **Ekşi, N**. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta, İstanbul, 2013, s. 15.

24 **Öztek, S**. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009, Sayı:2, s. 222 vd.

25 **Ulaş, I.** Sigortacılıkta Tahkim, Batider, 2007/4, s. 240.

26 **Ulusoy, E**. Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu,2009. s. 238 vd.

27 **Özdamar, M.** Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, Sayı: 1-2, s. 840; **Ekşi,** age, s. 60 vd.

olduktan sonra tahkim başvurularını reddedememesi sistemin karma nitelikli bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir[28]. *Ekşi* de sigortacılıktaki tahkimin geleneksel ihtiyari tahkim ile tam olarak bağdaşmadığını ve söz konusu tahkimin kendine münhasır yapısı olan bir tahkim olduğunu ifade etmektedir[29].

Kanaatimizce de sigorta tahkimi karma nitelikte bir yapıya sahiptir. Nitekim, sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması ve sigorta ettirenlerin tahkime başvurmalarının zorunlu tutulmaması sistemin ihtiyari yapısını oluştururken, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilmesi ve ilgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için ilgili sigorta şirketi tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahiplerinin tahkim usulüne başvurma imkanlarının olması ise sistemin zorunlu yapısını oluşturmaktadır. Bu haliyle sigorta tahkiminin karma nitelikte bir tahkim olduğunu ön görmekteyiz.

3.2 Sigorta Tahkim Komisyonuna Başvuru Koşulları

SK m.30'a göre Sigorta Tahkim Komisyonunun yetki ve kapsamı sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya hesaptan faydalanacak kişiler ile hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasına başvurunun ilk ön koşulu yargılamaya muhtaç uyuşmazlığın mutlak surette sigorta sözleşmesinden kaynaklanması gereğidir.

SK m.30/f.13'te ön görülen diğer bir şart ise sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerektiğidir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi ise Komisyona başvuru için yeterli sayılmaktadır.

Yasada ön görülen son başvuru koşulu ise mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılmasının mümkün olamayacağıdır. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için tüketici, Tüketici Mahkemesine ya da Tüketici Hakem Heyetine bir başvuruda bulunmuş ise aynı uyuşmazlık bakımından artık sigorta tahkimine başvurması mümkün değildir.

Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik (STY) m.16'ya göre tahkim için, komisyon merkezine ya da başvuru yapan kişinin ikametgahının bulunduğu ya da

---

28 **Özdamar,** age, s. 840.

29 **Ekşi,** age, s. 61.

rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya başvurulabilir. Uyuşmazlık başvurularında, başvuru formu, uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgeler ile başvuru ücretinin yatırıldığına dair belgenin yer alması gerekir. Uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı sigortalardan hangisine girdiğine karar verilerek dosya, bu konudaki uzmanlığına göre ilgili raportöre havale edilir. Raportör dosyaya ilişkin incelemesini on beş gün içinde tamamlamak zorundadır. Raportörler tarafından çözümlendirilemeyen başvurular sigorta hakemine iletilir. Dosya, konusuna göre hayat veya hayat dışı sigorta grubuna göre sınıflandırıldıktan sonra hakem seçimi, genel listeden sıra usulüne göre yapılır. Tarafların açık ve yazılı muvafakati ile süre uzatılmadığı sürece, hakemler görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde dosya hakkında karar vermeye mecburdur[30].

IV. Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Sigorta Tahkim Komisyonunun Yetkisi

Tüketici sözleşmesi niteliğinde olan sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda SK'da ön görülen sigorta tahkim kurumu hükümlerinin uygulanabilirliği TKHK'da uyuşmazlıkların çözümü için sevk edilen Tüketici Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemesi hükümleri karşısında tartışmalı bir hal almıştır.

4.1 Sigorta Tahkim Komisyonu- Tüketici Hakem Heyeti İlişkisi

TKHK m. 68'e göre değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur[31]. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz. Açıkça görüleceği üzere kanun koyucu tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlık değeri bakımından parasal bir sınır belirlemiş ve bu sınırın altında olan hallerde ilçe ve il tüketici hakem heyetine başvuruyu zorunlu kılmıştır.

---

30 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yeşilova Aras, E./ Yeşilova B.** Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf, 27.12.2015, s. 275 vd.; **Kale, S./ Tunç Yücel, M.,** Sigortacılık Kanununda Tahkim, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1 Ankara, 2009, s. 463 vd., **Konca Kurt, N.,** Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C. I, Ankara, 2010, s.1356 vd.

31 Güncel parasal sınır için bkz. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6. Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ, 29568 Sayılı R.G.

Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce tüketici hakem heyetleri- *ilgili mevzuat uyarınca başka bir çözüm yolu bulunmuyor ise-* zorunlu bir tahkim müessesesi olarak karşımıza çıkmaktadır[32]. Zira yasada da tüketici işlemi niteliğindeki uyuşmazlıkların çözümü için belirlenen parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine başvuru zorunlu tutulmuş ve mahkeme-icra yolu kapatılmıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme de bu zorunluluk kapsamında tüketicilerin uyuşmazlığın çözümü için tüketici hakem heyetine başvuru yapmaksızın doğrudan mahkeme ya da icra yollarına başvurması halinde *"….Göreve dair Kanunun açık hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda; usul kanunlarında terk edilen değere dair görev ayrımı esasına tüketici işlemlerinde yeniden dönülmekle, görevle ilgili hususların kamu düzenine dair olması sebebiyle belli parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda mutlaka önce hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun getirildiği, kararların ilamlı takibe konu olmasının tabii sonucu olarak heyete başvurudan önce ilamsız takibe geçilmesinde tüketicinin hukuki yararının olmadığı kabul edilmelidir. Eş deyişle tüketicinin en iyi şekilde korunması, kanunun tanıdığı tüm haklardan yararlanmak için hızlı, basit, ucuz ve çabuk çözüme ulaşması bakımından öncelikle THH.'lerine müracaatı esas olmalıdır. Görev kamu düzenine dair olup taraflarca ileri sürülmese dahi res'en göz önünde bulundurulması zorunludur. Görev konusunda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Öyle olunca asıl alacak miktarı 2014 yılı itibariyle 3.000,00 TL nin altında olduğundan davacının mahkemede dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir. Mahkemece bu sebeplerle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.[33]"* yönündeki yerleşik içtihatlarıyla dava şartının yokluğundan davayı red etmektedir[34].

Hemen belirtmemiz gerekir ki, SK'da m. 30/14'te bireyin sigorta tahkimine başvurabilmesi için genel mahkemelerde dava açmamış, Tüketicinin Korunması Hak-

---

32 Tüketici Hakem Heyetlerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **Ermenek, İ**. Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 1-2, 2013, s. 571 vd., **Tanrıver, S**. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı:64, 2006, s. 175.

33 **13. HD. 2015/4623 E. 2015/8731 K.**

34 Aynı yönde bkz. **13. HD. 2015/7595 E. 2015/8868 K.** " Davacı, davalı bankadan kullandığı konut kredisi sebebiyle kendisinden çeşitli adlar altında masraf alındığını, kesintilerin iadesi için Hakem heyetine başvurulduğunu ve hakem heyetinin paranın iadesine karar verdiğini, bu karara dayanarak genel haciz yoluyla ilamsız takip yaptığını ve takibin davalının itirazı ile durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına ve inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir. Davanın açıldığı tarih itibariyle yürürlüğe girmiş olan 6502 Sayılı Kanunun 68. maddesine göre tüketici olan davacının, bu miktar için zorunlu olarak Tüketici Hakem Heyetine başvuru da bulunması gerekirken mahkemeye başvurduğu anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir."

kındaki Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru yapmamış olması en temel şart olarak kabul edilmektedir. Ne var ki yasama organı TKHK m. 68/5'te *"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir."* şeklinde ihdas ettiği hüküm ile tüketici-sigorta ettirenin parasal sınırı belirlenen değerin altında olan uyuşmazlıklar bakımından dilerse Tüketici Hakem Heyeti'ne dilerse de Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmasına imkan sağlamıştır.

Örnek-3: Evindeki eşyalarını hırsızlık rizikosuna karşı sigortalatmış olan Bay A'nın evine hırsız girmesi sonucu 2000 TL tutarındaki televizyonu çalınır ve sigorta şirketi ödeme yapmaktan kaçınırsa bu halde Bay A, sigorta tahkimine başvurabileceği gibi Tüketici Hakem Heyetine de başvurabilir. Tüketici-sigorta ettiren bu iki hukuki imkandan birini tercih etmelidir. Çünkü, Bay A, Tüketici Hakem Heyetine başvurduktan sonra aynı zararının tazmini için Sigorta Tahkim Komisyonuna SK m. 30/14 hükmü uyarınca başvuramaz. Nitekim, STY m. 16/ f.2-b gereği raportörün uyuşmazlığın mahkemeye, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre tahkime ya da Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal edip etmediğinin ilgilinin beyanını esas alarak tespit etmesi gerekmektedir.

Ancak tüketici Bay A, aynı uyuşmazlık bakımından önce sigorta tahkimine başvurup hemen akabinde de Tüketici Hakem Heyetine başvurabilir mi? Bu konuya ilişkin bir düzenleme TKHK ve SK' da bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu sorunun olumsuz olarak cevaplanması gerekmektedir. Kanun koyucu TKHK m. 68/5'te sevk ettiği hüküm ile tüketicilere diğer alternatif çözüm yollarına başvuru yolunu açmış olmakla birlikte aynı uyuşmazlık bakımından aynı anda iki veya daha fazla kurumun yargılama yapmasına imkan sağlamamıştır. Kaldı ki; usul hukukunun en temel prensiplerinden olan derdestlik ilkesi (itirazı) de bu duruma cevaz vermemektedir. Diğer yandan SK m.20/12'ye göre beş bin Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. Olayımız bakımından sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlık değeri Sigorta Tahkim Komisyonu kararının kesinlik sınırları dahilindedir. Diğer bir deyişle burada hakemin vereceği karar kesin olup kural olarak itiraza da tabi değildir. Hal böyle olunca da sigorta tahkiminde hakemin yaptığı yargılama sonucu vereceği karar uyuşmazlık hakkında kesin hüküm de teşkil edecektir. Kanaatimizce, madde metinleri ve gerekçeleri incelendiğinde kanun koyucunun aynı uyuşmazlık bakımından iki farklı yargılama yapılmasına olanak sağlamadığını ve usul hukuku bakımından da derdestlik ve kesin hüküm ilkelerinin aynı uyuşmazlığın çözümü için tüketicilere sigorta tahkimine başvurduktan sonra bir de Tüketici Hakem Heyetine başvurmasına imkan vermediğini belirtmek isteriz.

4.2 Sigorta Tahkim Komisyonu- Tüketici Mahkemesi İlişkisi

TTK m. 4'e göre TTK'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava sayılmaktadır. Ticari davalara bakmakla görevli mahkeme de Asliye Ticaret Mahkemesidir. Hal böyle olunca sigorta sözleşmeleri doğrudan TTK'da düzenlenmiş olmasından ötürü -tüketici işlemi niteliğinde olmayan-sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir[35].

Ancak sigorta sözleşmesinin taraflarından bir tanesi tüketici ise bu halde görünüşte bir sigorta sözleşmesi olmasına rağmen söz konusu sözleşme aynı zamanda bir tüketici işlemine de vücut vermektedir. Diğer bir ifade ile tüketici-sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki ilişki tüketici işlemidir. Bu halde tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, TTK m.4 gereği Asliye Ticaret Mahkemelerinde mi yoksa TKHK gereği Tüketici Mahkemelerinde mi çözüme kavuşturulmalıdır?

Doktrinde konu ile ilgili olarak *Kaya " TTK'da düzenlenen hususlardan doğan davaların mutlaka ticari dava olduğu, bu nedenle herhangi bir ek değerlendirme yapılmaksızın Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu açık olmakla birlikte yakın tarihli kararlarında Yargıtay'ın mutlak ticari dava anlayışı ile uyuşmayan kararlar verdiği TKHK'dan önce yürürlükte bulunan eTKHK döneminde tüketici Mahkemeleri lehine Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanına müdahale edildiği görülmektedir."* şeklinde görüşünü bildirmiş ve Yargıtay'ın bu yorumunun mutlak ticari dava kavramıyla ne denli bağdaştığının tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir[36].

Kanaatimizce; *Kaya*'nın bu hususdaki görüşüne katılmak mümkün olmamakla birlikte tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün Tüketici Mahkemelerine bırakılması gerekmektedir[37]. Zira, TKHK m.73'te tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca TKHK m.2'de TKHK'nın her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacağı da belirtilmiştir. Bu kapsamda bakıldığında her ne kadar TTK m.1401 vd. maddelerinde sigorta hukukuna ilişkin düzenlemeler bulunmakta ve TTK m. 4'e göre de, *"...bu kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları*

---

35 23. HD. 2014/5178 E. 2015/544 K., 17. HD. 2013/19696 E. 2014/13853 K., 17. HD. 2014/17329 E. 2014/13428 K., 11. HD. 2014/10710 E. 2014/14307 K., 17. HD. 2014/16622 E. 2014/13366 K., 17. HD. 2014/12425 E. 2014/12367 K.

36 **Ülgen, H./ Helvacı M./Kendigelen, A./ Kaya, A./Ertan, Nomer F.** Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2015, s.118 vd.

37 Aynı yönde bkz. **Bahtiyar M./ Hamacıoğlu E.**, Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran, C.3, Sayı:1, 2015, s. 89 vd., **Caner**, s. 2529.

ticari dava sayıldığı" belirtilmiş ise de; Kanun koyucu TKHK'nın 83/2. maddesinde *" Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez."* yönünde özel bir düzenleme getirmiş olduğundan, taraflarından biri tüketici sayılan ve tüketici işlemi kabul edilen uyuşmazlıkların çözümü için görevli mahkemenin belirlenmesinde TTK'daki göreve ilişkin getirilen düzenlemelerin dikkate alınmayarak TKHK'nın göreve ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

TKHK, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez şeklindeki emredici hükmü ile tüketici işlemlerinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından Tüketici mahkemelerin görevli olduğunu kesin ve net bir şekilde belirtmiştir. Ancak alternatif çözüm yollarına başvuru bakımından Tüketici Hakem Heyetleri için ön görmüş olduğu istisna hükmüne Tüketici Mahkemeleri açısından yer vermemiştir. Kanun koyucu TKHK m. 68/5'te *"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir"* şeklindeki hükmü ile tüketici-sigorta ettirenine dilerse Tüketici Hakem Heyeti'ne dilerse de Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru yolunu açık tutarken Tüketici Mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından böyle bir hüküm sevk etmemiştir. Bu halde tüketici-sigorta ettiren tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü bakımından TKHK m.83/2 hükmü karşısında illaki Tüketici Mahkemesine başvurmak zorunda mıdır yoksa alternatif çözüm yollarından bir tanesi olan Sigorta Tahkim komisyonuna da başvurma imkanına sahip midir?

Kanaatimizce, sigorta ettiren tüketici sıfatını haiz olsa dahi Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurma imkanına sahip olmalıdır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, *tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir* yönündeki TKHK m.68/5 hükmü ile TKHK m.73 birlikte değerlendirilerek sorun çözüme kavuşturulmalıdır. TKHK m.68/5'te sevk edilen hükmün Tüketici Mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklara da sirayet edeceği kabul edilerek tüketici-sigorta ettirenlere alternatif çözüm yollarına başvurma imkanın genişletilmesi hem TKHK hem de SK m.30'un düzenlenme amaçlarına daha uygun düşmektedir.

Diğer yandan, sorunun çözümünde HMK m. 412/ f. 5 hükmü de dikkate alınmalıdır. HMK m.412/ f.5 *"Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları hâlinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir"*. Sevk edilen genel hüküm ile yargılama sırasında tarafların istemeleri halinde tahkim yoluna başvurabilecekleri kabul edilmiş ve bu başvuru üzerine de mahkemece dosyanın ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderileceği düzenlenmiş-

tir. O halde tüketici-sigorta ettiren, Tüketici Mahkemesine başvurup dava açtıktan sonra yargılama sırasında uyuşmazlığın Sigorta Tahkim Komisyonunda görülmesini istemesi halinde Tüketici Mahkemesi dosyayı HMK 412/ f. 5 gereği Sigorta Tahkim Komisyonuna göndermek zorundadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her ne kadar HMK metninde "tarafların *tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları hâlinde"* belirtilmiş olsa da tüketici-sigorta ettirenin dosyanın Sigorta Tahkim Komisyonuna gönderilmesi için tek taraflı irade beyanının yeterli olduğudur. Çünkü sigorta şirketinin Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olması ile birlikte sigorta tahkimine yönelik irade beyanı zaten vardır[38].

Ayrıca, yukarıda da izah etmiş olduğumuz üzere SK'ya göre Sigorta Tahkim Komisyonuna sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler başvurabilmektedir. Başka bir deyişle belirtilen kimselerin Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru imkanı SK kapsamında bahşedilmiştir. Bir kanunun (SK) düzenlemiş olduğu bir husus, bir başka Kanun (TKHK) tarafından açıkça ortadan kaldırılmadığı sürece yürürlüktedir ve uygulanmaya devam edilir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, sigorta ettirenler, Sigorta Tahkim Komisyonunda yargılama süresinin kısa ve maliyetinin düşük olması, uzman hakemler tarafından yargılama faaliyetinin yerine getirilmesi gibi sebeplerle sıkça Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmaktadır. Tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından bu kuruma başvuru imkanının tüketici-sigorta ettirenlerin elinden alınması genel mahkemelerdeki iş yükünü daha da artıracağı gibi, bir çok mağdur sigorta ettiren yargılamanın uzun zaman alması sebebiyle mahkeme yoluna başvurmaksızın hak arama özgürlüğünden peşinen de vazgeçme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.

SONUÇ

TKHK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte tüketici işlemi kavramının kapsamı genişletilerek tüketicilerin tarafı olduğu sigorta sözleşmeleri de tüketici işlemi olarak kabul edilmeye başlamıştır. Hal böyle olunca da tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmesinin tarafı olan birey bir yandan tüketici sıfatıyla TKHK'ya tabi iken diğer yandan da sigorta ettiren yönüyle sigortacılık mevzuatına (SK-TTK) tabidir.

Söz konusu nitelikteki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, her ne kadar öğretide tüketici mevzuatı hükümlerine öncelik tanınması gerektiği yönünde görüşler mevcut olsa da bu görüşlere katılmamızın mümkün olmadığını, her bir somut uyuşmazlık bakımından TTK ve TKHK'da sevk edilen hükümler tespit edilerek bunlardan hangisinin özel hüküm niteliğinde olduğu belirlendikten sonra o

38 **Yeşilova Aras, E./ Yeşilova B. age,** s. 338.

hüküm çerçevesinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerektiğini bir kez daha belirtmek isteriz.

2007 yılında yürürlüğe giren Sigortacılık Kanunu ile Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulmuştur. Komisyonun ihdas edilme nedeni sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları uzman kimseler aracılığıyla yapılan yargılama neticesinde daha kısa sürede ve daha az maliyetli bir şekilde çözüme kavuşturmaktır. Böylelikle sigorta ettirenlere genel mahkemeler yanında bir de sigorta tahkimine başvuru imkanı sağlanmış ancak bu başvuru belirli koşullara bağlanmıştır.

Bu şartlar içerisinde en dikkat çekici koşul, sigorta ettirenin, sigorta tahkimine başvurabilmesi için genel mahkemelerde dava açmamış, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru yapmamış olması gereğidir. Ancak yasama organı, TKHK m.68/5 hükmü ile tüketicilerin tüketici hakem heyeti dışında *alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine* başvurmasına da cevaz vermektedir. Diğer bir ifade ile tüketici-sigorta ettiren uyuşmazlığın çözümü için isterse Sigorta Tahkim Komisyonuna isterse Tüketici Hakem Heyetine başvurabilmektedir. Ancak tüketici-sigorta ettirenin önce sigorta tahkimine başvurup hemen akabinde de Tüketici Hakem Heyetine başvurmasının kanunun amacı, derdestlik ve kesin hüküm ilkeleri kapsamında mümkün olmadığını bir kez daha belirtmek isteriz.

Her ne kadar doktrinde TTK'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava sayılacağı ve bunun hiçbir istisnasının olamayacağını savunanlar bulunsa da TKHK m.2, m.3, m.73, m.83 hükümleri karşısında tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira TKHK, özel bir düzenleme getirmiştir.

Tüketici işlemi niteliğindeki sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü Tüketici Mahkemelerine bırakılmış olsa da tüketici-sigorta ettiren, uyuşmazlık değeri bakımından Tüketici Hakem Heyetinin yetkisini aşan uyuşmazlıklarda sadece Tüketici Mahkemelerine başvurmak zorunda değildir. Zira, TKHK m.68/5'te sevk edilen hükmün Tüketici Mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklara da sirayet edeceği görüşü, HMK m. 412/f. 5 hükmü ve SK'da sigorta ettirenlere özel olarak tanınmış tahkim komisyonuna başvuru yetkisinin varlığı birlikte değerlendirildiğinde Sigorta Tahkim Komisyonun yetkisi Tüketici Mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından da halen devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Akçaal, M/ Uyumaz A. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı:2, Malatya, 2013

Akyol, Ş. Milletlerarası Tahkim (Sorunları Çözümleri Öneriler), M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2002

Aral, Eldeleklioğlu İ. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/ 2

Bahtiyar M./ Hamacıoğlu E. Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran, C.3, Sayı:1, 2015

Can, M. Türk Özel Sigorta Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara, 2009

Caner, O. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Özel Sigorta Sözleşmelerine Etkisi, Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, 2014

Ekşi, N. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta, İstanbul, 2013

Ermenek, İ. Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 1-2, 2013

Gümüş, Alper M. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat, İstanbul, 2014

Kale, S./ Tunç Yücel, M., Sigortacılık Kanununda Tahkim, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1 Ankara, 2009

Kayıhan, Ş. Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara, 2004

Kender, R. Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011

Kender, R. Zarar Sigortalarında Prim Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, İstanbul, 1996, C. 10, Sayı. 1-3

Konca Kurt, N., Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C. I, Ankara, 2010

Özdamar, M. Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, Sayı: 1-2

Öztek, S. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2009/2

Tanrıver, S. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Sayı:64, 2006

Ulaş, I. Sigortacılıkta Tahkim, Batider, 2007/4

Ulusoy, E. Finans Hukukunda Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, 2009

Uralcan, Şebnem G. Sigortacılık Uygulamaları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1626, Eskişehir, 2005

Ülgen, H./ Helvacı M./Kendigelen, A./ Kaya, A./Ertan, Nomer F. Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul, 2015

Ünan, S. 2013 Tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigortaya Etkileri, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda ve Sigorta Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, 19-20 Haziran 2014

Yeşilırmak, A. Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, Oniki Levha Yayınları, 2011

Yeşilova Aras, E./ Yeşilova B. Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf, 27.12.2015

Yıldırım, A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sayı: 1-2, Ankara, 2013

DEVLETİN YASAL MİRASÇILIĞI

(Legal Heirship of The State)

Doç. Dr. İpek SAĞLAM*

ÖZET

Hukuk sistemimize göre bir kimsenin geride mirasçı bırakmaksızın ölmesi söz konusu olamaz. Bu nedenledir ki, bir ölüm olayının ardından terekeye dahil mal ve hakların sahipsiz kaldığı bir durum gerçekleşemez. İlk üç zümrede mirasçı bulunmuyorsa ve mirasbırakan da ölüme bağlı bir tasarrufu ile terekenin tamamı için bir mirasçı atamadıysa, Devlet yasal mirasçı sıfatıyla mirası kazanır. Devlet de diğer yasal mirasçılar gibi bir külli haleftir ancak diğer yasal mirasçılardan farklı olarak, mirasbırakanın borçlarından sadece kendisine intikal eden tereke değerleri ile sınırlı bir sorumluluğu vardır. Çalışmamızda Devlet'in yasal mirasçılığının koşulları, milletlerarası hukuktaki görünümü, sonuçları, Devlet'in mirası ret hakkının bulunup bulunmadığı tartışılmış ve Devlet'in yasal mirasçılığının istisnasını teşkil eden düzenlemeler ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Devlet'in yasal mirasçılığı, külli halef, mirasın kazanılması, ölüme bağlı tasarruf, yasal mirasçılık.

Abstract

In our legal system, a person could not pass away without leaving an heir behind. Therefore, the heritage including the assets and the rights could not become unclaimed after the deceased person. If there is no heir in the first three classes and the decedent did not designate an heir for the whole heritage via testamentary disposition, State will receive the heritage in the capacity of legal heir. State is also a total subrogee like the other legal heirs; however unlike the other legal heirs, State is only responsible for the debts of the decedent with the amount of the heritage that he/she is inherited. This Article aims to determine the conditions of the State's legal heirship, it's aspects and consequences under international law and discusses whether the State could renounce decedent's inheritance rights and points out the regulations that constitutes exceptions regarding the Legal Heirship of The State.

Keywords: State's legal heirship, total subrogee, receiving the heritage, testamentary disposition, legal heirship.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Hukukumuza göre ilk üç zümrede mirasçısı olmayan, geride sağ kalan bir eşi bulunmayan ve mirasbırakanın yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarruf ile terekenin tamamına atanmış bir mirasçının mevcut olmadığı terekelerde Devlet, yasal mirasçı sıfatı ile mirası kazanmaktadır. TMK.'nun 501. maddesi uyarınca (EMK. madde 448[1]), "*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer*". Bu hükme göre Devlet'in yasal mirasçı sıfatını kazanabilmesi, mirasbırakanın Devlet'ten başka hiçbir yasal mirasçısının bulunmamasına, ve ayrıca terekenin tamamı için atanmış bir mirasçının olmamasına bağlıdır[2]. Kısacası Devlet'in yasal mirasçılığı tali niteliktedir. Gerçekten de ortada hiçbir yasal mirasçı bulunmamasına rağmen, terekenin tamamı için atanmış bir mirasçı bulunmaktaysa, terekenin tamamı ona ait olur ve Devlet'e sıra gelmez. İlk üç zümrede hiçbir mirasçının ve eşin bulunmadığı bir durumda, mirasbırakan terekenin tamamı için değil, bir kısmı için mirasçı atamış olursa, terekenin kalan kısmı Devlet'e nihai yasal mirasçı olarak intikal edecek, terekenin tamamı üzerinde atanmış mirasçı ve Devlet, hak sahibi olacaklardır[3]. Unutulmaması gerekir ki, hiçbir tereke mirasçısız kalmaz. Tereke üzerinde hak sahibi olabilecek Devlet'ten başka yasal mirasçı veya atanmış mirasçıya ulaşılamasa dahi, terekenin akibeti belirsiz bırakılamaz, Devlet terekeye el koyar.

Devlet, tereke üzerinde, özel hukuktan doğan yasal mirasçılık sıfatı ile hak kazanmaktadır ve Devlet'in mirasçılığı saklı paylı bir mirasçılık değildir. Tıpkı diğer yasal mirasçılar gibi, Devlet'in mirasçılığı belli bir sıraya göre gerçekleşmiş bir miras-

---

1 EMK. madde 448: "Mirasçı bırakmaksızın vefat eden kimsenin mirası Devlete intikal eder."

2 Eski hukukumuzda, mirasçısı bulunmaksızın ölen kişilerin malvarlığı da Devlet'e (Beyt-ul-Mal'e) kalırdı. Devlet'in tereke üzerindeki hak sahipliği tek başına olabileceği gibi; bir kanuni mirasçı ile birlikte de gerçekleşebilirdi. Örneğin mirasbırakanın mirasçısı olarak geride kocası kalmış olsa, Devlet terekenin yarısına, koca diğer yarısına sahip olurdu. Eğer sağ kalan mirasbırakanın karısı ise, karısı terekenin ¼'üne, Devlet terekenin ¾'üne yasal mirasçı olarak el koyabilirdi. Bu örnekler için bkz: **BERKİ**, Ali Himmet, Miras ve Tatbikat, Ankara 1951, s. 107. Buna rağmen eski hukukta Devlet mirasçı olarak kabul edilmezdi. Devlet'in terekeye dahil mallar üzerindeki hakkı, sahipsiz mallara hakimiyet ve tasarruf olarak nitelendirilmekteydi. TMK m. 501'in İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı, İsv. MK. m. 466'dır. Devlet'in mirasçılığına dair geniş açıklamalar için bkz: **WEIMER,** Peter, BK – Berner Kommentar Band/ Nr.III/1/1/, Hausheer Heinz, Walter Hans Peter, Die Gesetzlichen Erben Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009, Art. 466, N.1; **RYFFEL** Gritli, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Kren Kostkiewicz Jolanta, Nobel Peter, Schwander Ivo, Wolf Stephan, ZGB Kommmentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch,Orell Füssli Verlag AG 2011, Art. 466, N. 1; G, **GÖKSU** Tarkan, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Breitschmid Peter, Rumo Jungo, Erbrecht Art. 457 – 640 ZGB, Schulthess Juristische Medien AG 2012, Art. 466, N. 1.

3 Örneğin terekenin ¾'ü için atanmış mirasçının bulunması halinde, terekenin kalan ¼'lük kısmı Devlet'e geçecektir. Böyle bir durumda atanmış mirasçı ve Devlet, terekenin tamamı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olacaklardır.

çılık olgusudur[4]. Devlet'in mirasçılığı özel hukuk anlamında bir mirasçılıktır ve bu durum Devlet'in sahipsiz mallara hakimiyet ve tasarruf hakkı dolayısıyla el koymasına ilişkin kamusal yetkisinin bir uygulama alanı değildir[5].

Mirasın nihai yasal mirasçı olarak intikal ettiği Devlet, hangi Devlettir? Mirasbırakanın vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu Devlet mi; yoksa mirasbırakanın yerleşim yerinin bulunduğu Devlet mi? Bu hususta TMK. m. 501'de bir açıklama yer almamaktadır. Ancak bu hükümde kastedilen Devlet, Türkiye Cumhuriyeti'dir.

I- Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Devletin Mirasçılığı

Miras hukukuna ilişkin davalarda, kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girebilmesi için bir yabancılık unsuru bulunmalıdır. Yabancılık unsuru taşıyan bir miras uyuşmazlığı belirdiğinde, uygulanacak hukuk, MÖHUK. madde 20 uyarınca tespit

---

4 **ANTALYA**, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 105; **AYBAY**, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları 2000, s. 31. BGB 1936 uyarınca da; hiç mirasçısı bulunmayan kişinin mirasçısı Devlet'tir. Mirasbırakanın birden fazla federal vatandaşlığı var ise bu Devletlerden her biri eşit miras hakkına sahiptir.

5 **HATEMİ**, Hüseyin, Miras Hukuku, İstanbul 2014, s. 37; **İMRE**, Zahit/ **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 36; **OĞUZMAN**, M. Kemal, Miras Hukuku Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 92; **WEIMER**, Art. 466, N.9; **RYFFEL**, Art. 466, N.4; **GÖKSU**, Art. 466, N.6 . Mirasbırakanın kendisinden ne kadar uzak olursa olsun üst soyunda yer alan bir kişi mevcut olduğu takdirde (örneğin mirasbırakanın büyük anne ve büyük babalarının anne ve babaları ile bunlarının altsoylarının, kısacası 4. zümrenin içinde mirasçılarının olması durumunda), terekenin bunlara geçmesinin uygun olacağını, modern hukuk sistemlerinde Devlet'in terekeden zaten veraset ve intikal vergisi aldığını, bu sebeple de sanki mirasbırakanın hısımı imiş gibi kabul edilerek nihai yasal mirasçının Devlet olmaması gerektiğini, üstelik Devlet'in hem veraset ve intikal vergisi alıp hem de aynı zamanda terekenin yasal mirasçısı konumunda bulunmasının, sosyal adalete aykırı olduğunu savunan düşünce için bkz: **BERKİ**, Şakir, " Türk Medeni Kanununda Devletin Mirasçılığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX, S. 1-4, 1963, s. 119. Yine aynı yazara göre, Devlet, sahipsiz terekeye mirasçı sıfatı ile değil hakimiyet ve tasarruf hakkı sebebiyle el koymaktadır. Bu görüş, bir diğer açıdan, yasal mirasçılar arasında bir tüzel kişinin bulunmaması gerektiği düşüncesini de yansıtır. Bu düşünce yasal mirasçıların sadece gerçek kişilerden oluşması gerektiğini savunur. Yazarın fikrine göre, Devlet'in yasal mirasçı olarak kabul edilmediğinin bir diğer emaresi de; Devlet'in mirasçılığı ile diğer yasal mirasçıların mirasçılıkları arasında çeşitli farkların öngörülmüş olmasıdır. Bu hususa ilişkin geniş açıklamalar için bkz: **BERKİ**, Ş., s. 116 – 118. Günümüzde hakim görüş, Devlet'in terekeye mirasçı sıfatı ile el koyduğu yönündedir ve aksi görüşe katılmak için yeterli dayanak bulunmadığından, BERKİ'ye katılmamaktayız. BERKİ'nin zümreler içerisinde ne kadar uzak olursa olsun (hatta 4. zümrede bulunsa dahi), kan bağıyla bağlı bir kişinin yer alması halinde, bu kişinin mirasçı olarak terekeye el koymasının daha uygun olduğu, Devlet'in yasal mirasçılığının sakınca teşkil ettiği ve engellenmesi gerektiği düşünceleri karşısında, şu gerekçeler de ileri sürülmektedir: Eskiden ailelere düşen hizmetlerden pek çoğu bugün Devlet eliyle yerine getirilmektedir. Eğitim, öğretim, meslek kazandırma, hasta ve düşkünlere yardım, ve vesayet işleri Devlet'e ait bulunmaktadır. Yine günümüzde, toplum hayatında ve psikolojisinde aile ve hısımlık kavramları boyut değiştirmiş olup, daralmıştır. Bu sebeple de mirasçılık sıfatının çok uzak kan hısımlarına değin genişletilmesi fikri artık gözden düşmüştür. Bu konudaki açıklamalar için bkz: **İMRE / ERMAN**, s. 36.

edilir. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un[6] 20. maddesinin (1). fıkrasında yer alan düzenlemeye göre: " Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır." Aynı maddenin (3). fıkrasına göre de: "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır." Bu durumda, ölene milli hukuku uygulanacaktır. MÖHUK. madde 20'de ölenin hangi andaki milli hukukunun esas alınacağı belirtilmemiştir. Buna rağmen burada adı geçen milli hukukun, mirasbırakanın ölümü anındaki milli hukuku olduğu kabul edilmektedir[7]. Mirasçı bırakmadan ölen Türk vatandaşı mirasbırakanın terekesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne kalacaktır.

Ayrıca MÖHUK'un 20. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca tereke unsuru taşınmaz, Türkiye'de bulunuyorsa, bu taşınmaz hakkında Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu kural, tek taraflı bir bağlama kuralıdır[8]. Bu kurala göre, sadece Türk hukuku yetkili kılınmaktadır. 5718 Sayılı MÖHUK. da da açıkça ifade edildiği üzere, Milletlerarası Özel Hukuk Sistemi'nde tüm tereke, tek bir hukuk esasına tabi kılınmıştır[9]. Ancak mirastan doğan kanunlar ihtilafına uygulanacak bu temel ilkeye, Türkiye'de bulunan taşınmazlara ilişkin olarak bir istisna getirilmiştir. MÖHUK'un 20. maddesinde karma bir sistemden hareket edildiği görülmektedir. Kural olarak miras hukukunu ilgilendiren davalarda mirasbırakanın milli hukuku uygulanır[10]. Ancak tereke kapsamında bir taşınmaz yer aldığında ve taşınmazın Türkiye'de bulunması durumunda, bu taşınmaza ilişkin olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Buna karşın, taşınmaz, başka bir ülkede ise, bu sefer taşınmazın bulunduğu ülke hukuku değil; ölenin milli hukuku devreye girecektir. Bu bilgiler ışığında MÖHUK. madde 20 (1)'i ele aldığımızda mirasbırakanın terekesine ilişkin olarak iki farklı hukukun uygulanabilmesi mümkün gözükmektedir. Mirasbırakan

---

6 Kanun Kabul Tarihi: 27/11/2007, Resmi Gazete Tarihi: 27/11/2007, Sayı: 26728.

7 **TEKİNALP**, Gülören/ **UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 294. MÖHUK'un 3. maddesi uyarınca, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre belirlendiği durumlarda, aksine hüküm bulunmadığı takdirde, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır. Bu hükme göre, dava anının esas alınabilmesi için ilgili kanunlar ihtilafı kuralında hangi anın esas alınacağının tespit edilmemiş olması zorunludur. Buradan hareketle, MÖHUK. madde 20 ile MÖHUK. madde 3 bir arada ele alındığında, mirasbırakanın dava anındaki milli hukukunun nazara alınması gerekeceği söylenebilecektir. Ne var ki, dava anındaki milli hukuku uygulamak mümkün olmayacaktır. Mirasbırakanın ölümle birlikte kişiliği ve hak ehliyeti sona erecektir. Dava anında hayatta olmayan bir kişinin milli hukukundan bahsetmek uygun olmayacağından, burada esas alınması gereken an, miras bırakanın "ölüm anı" olsa gerektir. Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: **EKŞİ**, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 34 – 35.

8 **ŞANLI**, Cemal/ **ESEN**, Emre/ **ATAMAN FİGANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İkinci Bası, İstanbul 2014, s. 204.

9 **ÇELİKEL**, Aysel/ **ERDEM**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s. 289.

10 **EKŞİ**, s. 34.

bir Türk vatandaşı ise, Türkiye'de ve yurt dışında bulunan tüm terekesine ilişkin olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Türkiye'de taşınmazı bulunan bir yabancı devlet vatandaşı Türkiye'de öldüğünde, terekesine ilişkin olarak iki ayrı hukuk sistemi devreye girecektir. Türkiye'de bulunan taşınmaz dışındaki tüm tereke unsurlarına (hatta Türkiye'de bulunan taşınır tereke unsurlarına ve yurt dışında bulunan tüm tereke unsurlarına) ölenin milli hukuku; Türkiye'deki taşınmaz için Türk Hukuku uygulanacaktır[11]. Yani Türkiye'deki taşınmaz mallar, milli hukukun uygulanması kuralının istisnasını teşkil etmektedir[12]. Mirasbırakanın Türkiye'de bir taşınmazı bulunmasa, yabancı devlet vatandaşı olduğu için kendi milli hukuku terekesinin tamamı için geçerli olacaktır. MÖHUK. madde 20 (1), bir tek Türkiye'deki taşınmaz malları kapsam dışı tutarak, diğer tüm tereke unsurları üzerinde ölenin milli hukukunun geçerli olduğunun altını çizer.

Ayrıca, MÖHUK. m. 20 (2) uyarınca, mirasın açılması sebepleri, kazanılması ve paylaştırılması hususlarında da terekenin bulunduğu yer hukukunun yetkili olacağı düzenlenmiştir[13]. MÖHUK. m. 20 (2) fıkrasıyla, fıkrada belirtilen konularda da (mirasın açılması sebepleri, mirasın kazanılması ve paylaştırılması), ölenin milli hukukunun uygulanacağı ilkesine istisna getirilmiştir. Terekenin bulunduğu yer hukuku yetkili olacaktır.

MÖHUK. m. 20 (1) hükmünün uygulama alanı, maddenin müteakip fıkraları vasıtasıyla epey daraltılmış durumdadır. Madde 20 (1)'in işaret etmiş olduğu hukuk, kimlerin mirasçı olacaklarını ve bu kişilerin miras paylarının ne olacağını belirler. Yine miras hukukuna ilişkin pek çok hususta bu madde uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK. m. 20 (3) ele alındığında ise, MÖHUK. m. 20 (1)'in uygulanmayacağını, Türkiye'de bulunan mirasçısız terekelere ilişkin olarak, mirasbırakanın milli hukukunun devreye girmeyeceğini söyleyebiliriz. Mirasçısı bulunmayan tereke Devlet'e, yani Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne intikal eder.

Yine MÖHUK.'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, mirasbırakanın yabancı veya Türk vatandaşı olması herhangi bir fark yaratmayacak ve mirasçı bırakmaksızın vefat eden bu kişinin Türkiye'de taşınır ve taşınmaz malları bulunması durumunda, son yasal mirasçısı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti olacaktır[14]. Ortada bir çifte vatandaşlık durumu mevcutsa, taşınmaz veya taşınırlar hangi Devlet sınırları içerisinde

---

11 **EKŞİ**, s. 34.

12 Y. 7. HD. 28.01.2010, E. 2009/2196, K. 2010/377; 7. HD. 18.02.2010, E. 2009/3541, K. 2010/750. **EKŞİ**, s. 23- 26.

13 MÖHUK. m. 20 (2): "Mirasın açılması sebeplerine, iktisabı ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir".

14 **İNAN**, Ali Naim/ **ERTAŞ**, Şeref / **ALBAŞ,** Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Genişletilmiş, Güncellenmiş, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 159.

kalıyorsa, terekeye dahil o mallar, o Devlet'e ait olacaklardır[15]. MÖHUK. m. 20 (3), Türkiye'de mirasçısı bulunmayan bir terekenin mevcut olması durumunda terekenin yabancı bir Devlet'e intikal etmesini önleme amacını gütmektedir. Gerçekten de bir devlet kendi vatandaşına ait olan ve bir diğer ülkede bulunan mirasçısız bir tereke üzerinde hak iddia edemeyecektir[16]. Terekenin yabancı bir Devlet'e intikal etmesini engelleme amacı nazara alındığında, MÖHUK. madde 20 (1)'deki genel ilkeye bir istisna getirilmekte, ve bu hüküm maddi bir milletlerarası özel hukuk kuralı niteliği taşımaktadır[17]. Yine belirtelim ki, adı geçen hüküm, mirasçısız terekenin Devlet'e intikal etmesini, doğrudan uygulanacak bir kural olarak ele almıştır[18]. Bu kural, tereke unsurlarının Türkiye'de bulunması durumunda, yabancı ya da vatandaş ayırımı yapılmaksızın uygulanır.

MÖHUK. madde 20 (3), Türkiye'de bulunan terekenin taşınır, taşınmaz niteliklerinde unsurlara sahip olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir mirasçısının bulunmaması halinde, (yasal ya da atanmış mirasçıların ya da eşin mevcut olmaması durumlarında), nihai olarak yabancı bir Devlet'e geçmesini tamamen engellemek maksadıyla hazırlamış bir düzenlemedir. Gerçekten de Türkiye'de bulunan mirasçısız bir tereke, bu hüküm sayesinde gerek kanuni mirasçı; gerekse de atanmış mirasçı sıfatıyla yabancı bir Devlet'e geçmeyecektir. Bir yabancı vefat ettiğinde, geride de mirasçısı bulunmadığında, Türkiye'de bulunan malları açısından Türkiye Cumhuriyeti nihai mirasçı olacaktır[19]. Kısacası terekenin Türk Devleti'ne geçmesinin koşulu, mirasçısının bulunmamasıdır. Terekenin mirasçısının bulunmadığının tespiti ise, miras statüsü hakkında yetkili olan hukuk, yani mirasbırakanın milli hukuku, taşınmazlar açısından ise Türkiye'de bulunan taşınmazlar için Türk hukuku tarafından gerçekleştirilecektir.

Milletlerarası unsur barındıran olay veya ilişkilerde herhangi bir sahibi bulunmayan tereke hususu, tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı ile çözüme kavuşturulmuştur. Üstelik MÖHUK. m. 20 (3), tipik bir kanunlar ihtilafı kuralı teşkil etmez, tam tersine, mirasçısız bir terekenin akıbetini ele alan maddi bir hukuk kuralıdır[20]. Türkiye'de bulunan tereke üzerinde yabancı bir Devlet'in hakimiyet hakkı ve bu sebeple de

---

15 **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Miras Hukuku, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2012, s. 41.

16 İki taraflı Konsolosluk antlaşmaları bu ilkeye istisna teşkil edebilir. İki taraflı Konsolosluk antlaşmaları sayesinde, akit devletler kendi vatandaşlarının diğer akit devlette bulunan menkul tereke değerleri üzerinde hak sahibi olabilmelerini mümkün kılmaktadırlar. Sözkonusu antlaşmaların bazı eski tarihli olanlarında, miras davalarında uygulanacak hukukla ilgili kanunlar ihtilafı kuralları da yer alır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz: **EKŞİ**, s. 54, s. 80 vd.

17 **ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN FİGANMEŞE,** s. 209.

18 **ÇELİKEL / ERDEM**, s. 294.

19 **EKŞİ**, s. 86.

20 **EKŞİ**, s. 86; **ULUOCAK**, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987, s. 137.

mirasçılığı kabul edilmemiştir[21]. Mirasbırakan Türk vatandaşı ise, Devlet son yasal mirasçı sıfatı ile terekeye sahip olur, oysa mirasbırakanın yabancı devlet vatandaşı olması halinde ve terekesinin sahipsiz olması durumunda, Türkiye'deki tereke unsurları üzerinde Devlet, egemenlik hakkına dayalı olarak tereke üzerinde hak sahibi olacaktır[22]. Belirtmek gerekir ki, Devletin mirasçısız terekeye egemenlik hakkına dayalı olarak sahip olabilmesi için, terekenin o Devlet'in egemenliği altında bulunması gerekir[23].

Mirasbırakan açısından bir çifte vatandaşlık söz konusu ise, terekeye dahil taşınmaz ya da taşınır mallar hangi ülkede bulunmaktaysa, çifte vatandaşlık sahibinin malları o ülkeye ait olacaktır[24].

II- Devletin Yasal Mirasçılığının Koşulları

Mirasçı bırakmaksızın ölen bir kişinin mirasının Devlet'e geçebilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlardan ilki, Türkiye'deki terekenin mirasçısız olduğunun belirlenmesidir[25]. Devlet'in yasal mirasçılığının önünün açılması için gerekli olan şartlar, aşağıda sırasıyla ele alınacaktır.

---

21 **DOĞAN**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 320; **EKŞİ**, s. 85 - 86.

22 **DOĞAN**, s. 321.

23 Türkiye'de bulunan mirasçısız terekelere ilişkin olarak bkz: Yargıtay 3. HD., E. 2010/14495, K. 2011/5129, T. 29.03.2011(www.kazanci.com). Söz konusu Karar'da, mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu, mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve paylaşılmasına ilişkin hükümlere terekenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku'nun yetkili kılındığı belirtilmiştir. Yine bir diğer Karar için bkz: Yargıtay 2. HD., E. 2010/9420, K. 2010/13123, T. 30.06.2010 (www.kazanci.com). Söz konusu Kararda, mirasın ölenin milli hukukuna tabi olacağı, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku'nun uygulanacağı, mirasçı bırakmadan ölen bir kimsenin mirasının ise Devlet'e intikal edeceği hususları ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

24 **KILIÇOĞLU**, s. 41.

25 Yargıtay 2. HD., E. 1999/13639, K. 1999/1201, T. 17.02.1999 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2002/456, K. 2002/1318, T. 05.02.2002 (www.kazanci.com); 2. HD., E. 2005/6717, K. 2005/ 8786, T. 07.06.2005 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2007/ 5480, K. 2008/5313, T. 14.04.2008 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2010/9420, K. 2010/13123, T. 30.06.2010 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2004/7334, K. 2004/8258, T. 22.06.2004 (www.kazanci.com) . Adı geçen Karar'a göre: "Anne olduğu iddia edilen Sebile'nin mirasçı bırakmadan öldüğü anlaşılmaktadır. Mirasçı bırakmadan ölen kimsenin mirası Devlete geçer. (MK. m. 501). Mahkemece husumetin son mirasçı hazineye yöneltilmesi, gösterdiği takdirde delillerinin toplanılması sonucu karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmaması usül ve yasaya aykırıdır". **RYFFEL**, Art. 466, N. 1, N. 5; **GÖKSU**, Art. 466, N. 2;

A- Ölenin Birinci, İkinci ve Üçüncü Zümrelerinde Mirasçısı Bulunmamalıdır

Bu koşulun gerçekleşmesi için birinci, ikinci ve üçüncü zümrelerde herhangi bir yasal mirasçının bulunmaması gerekir[26]. Aynı zamanda bu zümrelerde bazı yasal mirasçılar bulunsalar dahi, onların yoksunluk, çıkarılma, feragat veya mirası red[27] gibi sebeplerle mirasçılık sıfatlarını kazanamamış ya da kaybetmiş olmaları da, mirasbırakanın ilk üç zümresinde mirasçı bulunmaması sonucunu doğuracak ve bu sebeple Devlet'in yasal mirasçılığının ilk koşulu gerçekleşecektir[28].

Zümre sistemi, kan bağı esas alınarak oluşturulmuş bir sistemdir. Buna rağmen eğer mirasbırakan geride evlat edindiği birini bırakmaktaysa, mahkeme kararı ile kurulan bu soybağı ilişkisi de kan bağı ile bağlı olan çocuklara sahip olmakla denk bir durum yaratacak, mirasbırakan geride birinci zümre içine dahil olan bir yasal mirasçı bırakmış olacaktır. Yasal mirasçı olarak geride sadece evlatlığını bırakmış olan bir murisin terekesi üzerinde, Devlet'in yasal mirasçılığı gündeme gelmez[29].

Devlet yasal mirasçı olduğundan, Medeni Kanun'un kanuni mirasçılara tanıdığı yetkileri kullanabilecektir. Devlet, mirasçılık belgesi isteyebilecektir[30]. Miras sebebiyle istihkak davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali davası, mirasın paylaştırılması[31] davalarını açabilecektir ve bu davalar, hukuk mahkemelerinde görülecektir[32]. Dev-

---

26 Yargıtay 7. HD., E. 2009/1153, K. 2009/886, T. 24.03.2009, (www.kazanci.com).

27 Bu noktada TMK. m. 612'yi unutmamak gerekir. Maddeye göre: "En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir". Bu hüküm uyarınca mirasbırakanın ölümü anında ona yasal olarak mirasçı olacak olanların tamamı mirası reddederlerse, miras tabakada halefiyet ilkesi gereği, red eden mirasçıları takip eden diğer yasal mirasçılara intikal etmez. Bu tip bir terekenin iflas etmiş bir tereke olduğu varsayımından hareketle, tasfiyesi gerçekleştirilir ve tasfiye neticesinde artan değerlerin mevcudiyeti halinde bunlar reddeden mirasçılara verilir.

28 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul 1987, s. 118.

29 **ANTALYA**, s. 105.

30 **ÖZUĞUR**, Ali İhsan, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2009, s. 53. Devlet'in mirasçılık belgesi almamış olması, onun yasal mirasçı olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

31 Devletin yasal bir mirasçı olması sebebiyle, mirasın paylaştırılması davasını açabileceği şüphesizdir. Devletin yasal mirasçılığının gündeme gelebilmesi için ilk üç zümrede bir mirasçının bulunmaması gerektiği gerçeği göz önüne alındığında, Devlet'in çoğunlukla tek mirasçı olarak terekeye el koyacağı ortaya çıkacaktır. Bu durumda Devlet'in mirasın paylaştırılması davasını açmada bir menfaati bulunmayacaktır. Devlet'in mirasın paylaştırılması davasını açabileceği yegâne durum olarak, Devlet'in atanmış bir mirasçı ile birlikte terekenin tamamı üzerinde hak sahibi olması durumu düşünülebilir.

32 **AYAN**, Mehmet, Miras Hukuku 7. Baskı, Konya 2014, s. 71; **ÖZTAN**, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Beşinci Bası, Ankara 2012, s. 65; **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 161.

let'in tenkis davası açamayacak olması ise, yasal mirasçı olmasına rağmen saklı paylı mirasçı olmamasıyla açıklanabilecektir.

B- Mirasbırakanın Sağ Olan Bir Eşi Bulunmamalıdır

Mirasbırakanın terekesinin Devlet'e intikal edebilmesi için, sadece ilk üç zümresinde bir yasal mirasçısının bulunmaması yeterli değildir. Aynı zamanda mirasbırakanın bir eşinin olmaması ya da eşinin kendisinden önce ölmüş bulunması zorunludur[33]. Eşin zümre sistemine dahil bir yasal ve saklı paylı mirasçı olmadığı aşikardır, ancak eş; zümreler içerisinde yer almamasına rağmen, 4721 Sayılı TMK. ile saklı pay oranı artırılan yegâne yasal mirasçıdır. Yine eş, üçüncü zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olması durumunda, mirasbırakanın büyükana ve büyük babaları ve bunların çocukları (mirasbırakanın amca, hala, dayı ve teyzeleri) ile birlikte mirasçı olurken, üçüncü zümrede zümre başları ve onların çocukları mirasbırakandan önce ölmüşlerse, tek başına mirasçı olmaktadır[34]. Eşin bu derece mühim ve büyük miras payları ile desteklenmiş bir saklı paylı mirasçı olmasından hareketle, mirasbırakanın terekesinin Devlet'e yasal mirasçı olarak geçebilmesi için, ilk üç zümre içerisinde bir yasal mirasçı bulunmaması gerektiği gibi, sağ kalan bir eş de mevcut olmamalıdır. Aksi takdirde, nihai yasal mirasçı olarak Devlet'in terekeye el koyabilmesi mümkün olmayacaktır.

C– Mirasbırakan Tarafından Atanmış Bir Mirasçı Bulunmamalıdır

Terekenin yasal mirasçı olarak Devlet'e intikal edebilmesinin bir diğer koşulu da; mirasbırakanın geçerli bir ölüme bağlı tasarrufuyla terekesinin tamamı için bir gerçek ya da tüzel kişiyi mirasçı atamamış olmasıdır[35]. Gerçekten, mirasbırakanın ilk üç zümresinde herhangi bir yasal mirasçısı olmamasına ve sağ kalan bir eşinin bulunmamasına rağmen, terekenin tamamı için atanmış (mansup) bir ya da birden fazla, iradi mirasçı bulunması durumunda, sıra Devlet'in yasal mirasçılığına gelmez. Bunun sebebi, Medeni Kanun'da Devlet'in saklı paylı bir yasal mirasçı olarak belirlenmiş olmamasıdır[36]. İlk üç zümrede mirasçı bulunmuyorsa ve sağ kalan bir eş de mevcut değilse, mirasbırakan terekesinin tamamı üzerinde rahatlıkla tasarruf edebilecek ve saklı paylı mirasçıların ihlal edilen saklı paylarına ilişkin tenkis davalarına muhatap olmaksızın, terekesinin tamamı için geçerli şekilde mirasçı/mirasçılar atayabilecek, tereke kapsamında yer alan bazı malvarlığı değerlerini belirli mal bırakma tasarrufuna (muayyen mal vasiyetine) konu edebilecektir.

---

33 **AYAN**, s. 71.

34 TMK. m. 499/f.3: "3. Mirasbırakanın büyük ana ve büyük babaları ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte üçü, bunlar da yoksa mirasın tamamı eşe kalır".

35 **GENÇCAN**, Ömer Uğur, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 301.

36 **SEROZAN**, Rona / **ENGİN**, Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 206.

Mirasbırakanın terekenin tamamı için bir ya da birden fazla atanmış mirasçı belirlemesi durumunda, tereke üzerinde hak sahipliği, atanmış mirasçı/mirasçılarda olacaktır. Devlet saklı paylı mirasçı olmadığı için, atanmış mirasçılara bir tenkis davası da yöneltemeyecektir.

Terekenin tamamı için değil de, bir kısmı için (terekenin belirli bir bölümü üzerinde), atanmış mirasçı bulunması durumunda ise Devlet, atanmış mirasçı ile birlikte üzerinde tasarrufta bulunulmamış kısım için yasal mirasçı olacaktır[37]. Bu durumda terekenin tamamı üzerinde, atanmış mirasçı ve Devlet'in birlikte hak sahipliği bulunacak[38], ancak Devlet'in sınırlı sorumluluğu devam edecektir[39].

D- Hak Sahipleri Mirasçılık Sıfatlarını Bildirmek Üzere Sulh Hakimi Tarafından Çağrılmış Olmalıdır

TMK. m. 594 uyarınca, mirabırakanın mirasçısının bulunup bulunmadığının tespiti için ve mirasçılarının tamamı bilinmiyorsa hak sahiplerinin tamamının belirlenebilmesi amacıyla, Sulh Hakimi uygun araçlarla ilan yapmalı ve yaptığı iki ilan vesilesiyle, mirasçılık sıfatı bulunanları durumu bildirmek üzere davet etmelidir. Devlet tali mirasçı olduğu için Sulh hakimi, iki ilan yapmalı ve son ilandan başlayarak bir yıl içinde mirasçılık sıfatı bulunanlar varsa onları durumu bildirmek üzere çağırmalıdır[40]. Hakim, hem yasal hem de atanmış mirasçı bulunup bulunmadığını

---

37 **ABT**, Daniel, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Breitschmid Peter, Rumo – Jungo Alexandra, Erbrecht Art. 457 – 640 ZGB, Schulthess Juristische Medien AG 2012, Art. 592, N. 1; **RYFFEL**, Art. 592, N.1.

38 Devlet'in terekede yasal mirasçı olarak değil de atanmış mirasçı olarak da devreye girmesi mümkündür. Devlet'in atanmış mirasçılığında, talilik söz konusu olmayacak (Devlet'in atanmış mirasçılığının tali nitelikte olmaması, bu mirasçılık tipinin başka bir mirasçının bulunmaması koşuluna bağlı olmadığı anlamına gelir) ve mirasbırakan, tasarruf serbestisi içerisinde kaldığı sürece, diğer yasal mirasçılarının yanında Devlet'i de bir külli halef olarak tespit edebilecektir. Mirasbırakan, geçerli bir ölüme bağlı tasarrufuyla Devlet'i atanmış mirasçı olarak belirleyebileceği gibi, Devlet lehine belirli mal vasiyetinde de bulunabilecektir. Devlet'in vasiyet alacaklısı olmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. **SEROZAN/ ENGİN**, s. 207; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 119; **İMRE/ ERMAN**, s. 37.

39 **ANTALYA**, s. 106.

40 **GENÇCAN**, s. 302; **İMRE / ERMAN**, s. 36**; RYFFEL**, Art. 466, N.5; **WEIMER**, Art. 466, N. 11; **GÖKSU**, Art. 466, N. 6. TMK m. 594'ün karşılığı olan EMK m. 534 şu şekildeydi: "Sulh hakimince, müteveffanın mirasçısı bulunup bulunmadığı tahakkuk etmez yahut mirasçılarının adedi taayyün etmezse; üç ay içinde sıfatlarını beyan etmek üzere alakadarlar, ilanla davet edilir. Bu müddet içinde sulh hakimine hiçbir müracaat vaki olmaz ve mirasçıların mevcudiyeti sabit olmazsa, miras, hazineye intikal eder. Bununla beraber miras sebebiyle istihkak davası davası hakkı mahfuzdur." Her ne kadar eski maddeyi karşılayan madde 594, eski düzenlemeye paralel bir içerik taşımaktaysa da, iki noktada farklılık dikkate çarpmaktadır. EMK m. 534'de kaç kez ilan yapılacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Yorum yoluyla ilanın bir kez yapılacağı dahi düşünülebilir. TMK. m. 594 uyarınca yapılacak ilan sayısı, iki olarak sabittir. Yine eski Kanun düzenlemesine baktığımızda, ilandan sonra üç ay bekleneceği belirtilmişken; TMK m. 594 düzenlemesi, bekleme süresini ikinci ilandan itibaren bir yıl olarak değiştirmiştir. Başvuru süresi-

araştırır[41]. İlanları yapan Sulh Mahkemesi, mirasbırakanın son yerleşim yeri Sulh Mahkemesi'dir.

İlan süresi içinde kimse başvurmazsa ve Sulh Hakimi de hiç bir mirasçı tespit edememiş ise, miras mirasçı sıfatıyla Devlet'e geçer ancak sonradan ortaya çıkabilecek mirasçıların miras sebebiyle istihkak davası açabilme olanakları saklıdır[42]. TMK. m. 594/ f. 2 hükmünde, *"İlan süresinde kimse başvurmazsa ve sulh hakimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse, …. miras devlete geçer."* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu ifade, tüm bu ilan sürelerinden sonra ve hakimin mirasçı tespit edememesi sonucunun gerçekleşmesini müteakiben, Devlet'in yasal mirasçı sıfatını kazanacağı ve bu sebeple de mirasbırakanın ölümünden sonra, ilanlar tamamlanıp beklenen bir yıllık süre içerisinde, terekenin sahipsiz kalacağı şeklinde bir anlam çıkarmaya müsaittir. Oysa Devlet'e mirasın intikali, geriye etkili olarak mirasbırakanın öldüğü an gerçekleşmiş sayılır[43]. Verimsiz geçen ilan süresinin bitiminden sonra, o ana değin belirsiz olan durum aydınlanmakta ve kimsenin ortaya çıkmaması ile birlikte, murisin ölümü anından itibaren terekenin yegâne mirasçısının Devlet olduğu anlaşılmaktadır[44]. Bu gerekçeden hareketle tereke, hiçbir şekilde mirasçısız kalmaz ve bir ölüme bağlı tasarrufla vakıf kuran mirasbırakanın aynı ölüme bağlı tasarrufla kurduğu vakfı mirasçı ataması örneğinde olduğu gibi ya da ceninin mirasçılığındakine benzer bir şekilde, Devlet'in nihai yasal mirasçılığın koşullarının oluşması durumunda, mirasçılığının geriye etkili olduğu ve mirasbırakanın ölümü anında gerçekleştiği kanaatindeyiz.

III- Devlet'in Yasal Mirasçılığının Sonuçları

Devlet'in yasal mirasçı olarak terekeye el koyması durumunun iki özelliği mevcuttur. İlk olarak; Devlet'in mirasçı olması durumunda, Sulh Mahkemesi terekenin resmi defterini, res'en tutar (TMK. m. 631/f.1). Terekenin Devlet dışındaki diğer yasal mirasçılara intikali durumunda ise, TMK. m. 619[45] uygulanır. Bu düzenleme

---

nin bir yıla çıkarılması ve ilan sayısının iki olarak düzeltilmesi, ülke koşulları dikkate alındığında yerinde bir değişiklik olarak görülmelidir. Bu hususta bkz: Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, s. 513.

41 Bu konuya ilişkin Yargıtay Kararları için bkz: Yargıtay 2. HD., E. 2005/8117, K. 2005/10519 T. 4.07.2005 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2003/ 14147, K. 2003/15429, T. 12.11.2003 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2003/8174, K. 2003/13544, T. 15.10.2003 (www.kazanci.com); Yargıtay 2. HD., E. 2003/436, K. 2003/1448, T. 6.2.2003, (www.kazanci.com).

42 **DURAL**, Mustafa / **ÖZ**, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015, s. 48; **ÖZUĞUR**, s. 53; **ANTALYA**, s. 106.

43 **SEROZAN/ ENGİN**, s. 207; **ÖZTAN**, s. 65; **HELVACI**, İlhan, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK.m.605-MK.m.618), İstanbul 2002, s. 46; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 119; **DURAL/ ÖZ**, s. 48.

44 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 119.

45 TMK. m. 619: "Mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçı, terekenin resmi defterinin tutulmasını isteyebilir.

doğrultusunda, diğer tüm yasal ve atanmış mirasçılar, terekenin defterinin tutulmasını sağlamak istiyorlarsa, bu yönde talepte bulunmak zorundadırlar.

Devlet'in mirasçılığında ise defter tutma işlemi, Sulh Hakimi tarafından re'sen ve doğrudan doğruya gerçekleştirilir[46]. Defteri tutan Sulh Hakimi, defter tutmaya ilişkin işlemleri yürütürken, mirasbırakanın alacaklı ve borçlularını belli bir süre içinde bildirimde bulunmaları için bir ay arayla iki kez yapılan ilan yoluyla çağıracaktır. Çağrı, kefalet sebebiyle alacaklı ve borçlu olanları da kapsar. Yapılan ilanda, bildirimde bulunmamanın alacaklılar açısından sonuçları da açıklanır. Bildirim süresi ikinci ilandan itibaren en az bir aydır (TMK. m. 621). Bu resmi defter, TMK. m. 619'daki süreye bağlı kalınmaksızın tutulur ve usul ve sorumluluk açısından, TMK. m. 619 ve devamındaki hükümlerden kıyas yoluyla yararlanılır[47]. TMK. m. 619 uyarınca, resmi defter tutulması işlemine başlanılabilmesi için, herhangi bir talepte bulunulmasının gerekli olmadığının bir kez daha altını çizelim.

İkinci özellik ise, Devlet'in mirasbırakanın borçlarından sorumluluğuna ilişkindir. Devlet diğer mirasçılardan farklı olarak mirasbırakanın borçlarından sınırsız ve kişisel olarak sorumlu değildir[48]. TMK. m. 631/f. 2'ye göre, "*Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur.*"[49] Devletin sınırlı sorumluluğu, miras yoluyla edindiği değerler yani tereke malları üzerindedir[50].

Defter tutma, mirasın reddine ilişkin usule uyulmak suretiyle, bir ay içinde sulh hakiminden istenir.

Mirasçılardan birinin defter tutma istemi, diğerleri hakkında da etkili olur."

46 Bkz: Yargıtay 2. HD. 30.01.1951 508/809 ve 20.04.1950, 1908/2887, Yeni Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, Sayı 36 – 37, s. 923 ve Sayı 33, s. 821. Ayrıca bakınız: **BERKİ**, Ş., s. 201.

47 **ANTALYA**, s. 106; **HELVACI**, s. 46, dpn. 92.

48 **DURAL / ÖZ,** s. 48; **WEIMER**, Art. 466, N. 11; **RYFFEL**, Art. 466, N. 5 - Art. 592, N. 3; **GÖKSU**, Art. 466, N. 6.

49 TMK. m.631, EMK. m. 571/f.2'yi karşılamaktadır. EMK. m. 571/f.2: "Hazine, terekenin borcundan ancak kendisine intikal eden mallar nispetinde mes'ul olur" şeklindedir. Bu eski madde ile m. 631 yeni düzenlemesi arasında farklılıklar mevcuttur. EMK. m. 571/f.2'de "... terekenin borcundan..." ibaresi kullanılmışken, TMK. m. 631'de "...deftere yazılan borçlardan..." ibaresi tercih edilmiştir. Yeni düzenlemeden hareketle Devlet'in, mirasbırakana ait olan ancak resen tutulan deftere yazılmış olan borçlarından sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Oysa eski düzenlemeye baktığımızda, Devlet deftere yazılmış olsun olmasın terekenin borçlarından sorumlu tutulmaktaydı. Bu durumda yeni düzenleme ile, Devlet'in mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu daha da daraltılmıştır. Yine TMK. m. 631/f.2'de yer alan "Devlet, ... miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde ..." ibaresine baktığımızda, Devlet'in deftere yazılı borçlardan kendisine intikal eden mallarla sorumlu olması gerektiği anlamının çıktığını düşünmekteyim. Yani Devlet, EMK. m. 571/f.2'deki gibi kendisine intikal eden mallar nisbetinde değil; fakat sadece bu tereke malları ile sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun m. 631/f.2'deki ifadesinin muğlak olduğu ve anlaşılması gereken anlamı vermek hususunda zayıf kaldığı kanaatindeyim. Aynı kanaatteki yazarlar için bkz: **HELVACI**, s. 46, 47, dpn. 93 ve dpn.94; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 46, **BAYGIN**, Cem, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005, s. 60.

50 **AYAN**, s. 72; **ÖZTAN**, s. 65. Bu hususta **KÖPRÜLÜ**'ye göre, Devlet, yapılacak tasfiye sonucunda kendisine geçen malvarlığı değeri ile sorumlu olacaktır. Yine aynı yazara göre, Devlet'in tereke

Başka bir ifadeyle Devlet, terekenin borçlarından ancak tutulan defterde yer alan ve kendisine intikal eden mallarla sorumlu olacaktır. Türk öğretisinde bazı yazarlar tarafından, "Devlet'in "miktar itibarı ile sınırlı malvarlığı sorumluluğu" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir[51]. Buna karşılık İsviçre öğretisinde, Devlet'in sorumluluğu; "saf anlamda eşyayla sınırlı bir sorumluluk" olarak nitelendirilmektedir[52]. İsviçre öğretisinde kullanılan bu ifade, Devlet'in tereke borçlarından sorumluluğunun, terekeden eline geçen değerler ile sınırlı bir sorumluluk olduğunu vurgulamak bakımından daha isabetlidir. Devlet'in tereke borçlarından sorumluluğunu ifade etmek üzere kullanılan "saf anlamda eşyayla sınırlı sorumluluk" ifadesi yerine geçmek üzere, "konu bakımından sınırlı sorumluluk" ifadesi de kullanılabilir[53]. Borçlunun sorumluluğunun, malvarlığının bir parçasına inhisar ettiği durumlardan olan Devlet'in tereke borçlarından ötürü mirasbırakanın alacaklılarına karşı sorumluluğu, TMK. m. 631/f.2'de düzenlenmiştir. Mirasbırakanın alacaklıları, Devlet'in kendisine intikal eden tereke unsurları dışında kalan malvarlığına, el koyamazlar.

Devlet'in yasal mirasçı olması durumunda, diğer yasal mirasçılara nazaran farklı muameleye tabi tutulduğu hallerden bir diğeri de, Devlet'in mirasçılıktan çıkarılamaması ve mirastan yoksunluk sebeplerinin Devlet açısından uygulanamaz nitelikte olmasıdır[54]. Medeni Kanun'da yer alan çıkarılma ve yoksunluk sebeplerine baktığımızda, Kanunkoyucunun gerçek kişi mirasçıları hedeflediğini ve bu maddelerde sınırlı sayıda sayılan durumlara ancak gerçek kişilerin yol açabileceğini görürüz (TMK. m. 510, m. 578)[55]. Gerçekten de mirastan çıkarmaya ilişkin olan TMK. m. 510

---

borçlarından sınırlı sorumluluğunun bulunması yerinde bir düzenlemedir. Zira mirasbırakan, üzerinde yaşadığı ve terekesini sağladığı yurduna, bağlı olduğu siyasal ve sosyal topluluğa karşı borçludur. Mirasbırakana malvarlığını oluşturma (kazanma) olanağını bu siyasal ve sosyal topluluk vermiştir. Bu açıklamalar için bkz: **KÖPRÜLÜ**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri I (Mirasçılar – Ölüme Bağlı Tasarruflar), İstanbul 1975 – 1976, s. 104 – 105.

51 **BAYGIN**, s. 60; **SEROZAN/ ENGİN**, s. 207; **ÖZTAN**, s. 65; **İMRE/ ERMAN**, s. 36; **ÖZUĞUR**, s. 53; **OĞUZMAN**, s. 92; **HELVACI**, s. 47, **ANTALYA**, s. 106; **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 160.

52 **ABT**, Art. 592, N. 2; **RYFFEL**, Art. 592, N. 3. Defterde yer alan ve Devlet'e intikal eden malvarlığı değerleri ile sorumlu olma halini ifade etmek üzere İsviçre'de kullanılan, "saf anlamda eşyayla sınırlı sorumluluk" tanımlamasının, durumu açıklıkla ifade ettiğini düşünmekteyim.

53 Konu bakımından sınırlı sorumluluk ile ilgili açıklamalar için bkz: **OĞUZMAN**, M.Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2014, s. 30.

54 **RYFFEL**, Art. 592, N. 1.

55 Mirastan çıkarmaya ilişkin madde TMK. m. 510'dur. TMK. m. 510: "Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir:
Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,
Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse."
Mirastan yoksunluk hallerini düzenleyen madde ise TMK. m. 578'dir. TMK. m. 578: "Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:
Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,

düzenlemesi, mirasbırakan ile mirasçıları arasında bulunan yakın ve kopmaz aile bağlarının, mirasçının davranışı sebebiyle zarar gördüğü ve bu davranışları gerçekleştiren mirasçının, artık mirasbırakanın korumasından yararlanmaya layık olmadığı zihniyetine dayanmaktadır. Mirasbırakan çıkarmaya yönelik irade beyanını, yapacağı şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf içinde ortaya koyar. Çıkarılma her ne kadar saklı paylı mirasçılar açısından gündeme gelebilecek bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ise de, ve Devlet yasal mirasçılar arasında olmasına rağmen saklı paylı bir mirasçı olmasa da, çıkarılmaya ilişkin TMK. m. 510 hükmünü incelemenin, konu bütünlüğünü sağlamak açısından uygun olduğunu düşündüğümüz için yukarıdaki açıklamalara yer vermiş bulunmaktayız.

TMK. m. 578'de düzenlenen yoksunluk durumunda ise, mirasçı hak ehliyetine sahip bir kişi, kanunda belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi üzerine artık miras hukukuna ilişkin bir talep ileri süremez hale gelir. Yoksunluk, bir tür mirasçılık ehliyeti yokluğu olarak kabul edilebilir[56]. Yoksunluk için kanunkoyucunun bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına gerek kalmaz. Sonuç kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir. TMK. m. 578 incelendiğinde, yasal veya atanmış mirasçı konumunda olan Devlet'in mirastan yoksun bırakılamayacağı; bunun mantıki açıdan da mümkün olmayacağı görülecektir zira Devlet; adı geçen hükümde sayılan sebepleri gerçekleştirmeye muktedir değildir. Yoksunluk, yukarıda ele aldığımız mirastan çıkarmanın aksine; sadece saklı paylı mirasçılar açısından değil; tüm yasal, atanmış mirasçılar ve hatta vasiyet alacaklıları açısından da mirastan uzaklaştırma sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda saydığımız tüm gerekçelerden yola çıkarak; Devlet'in mirastan çıkarılamayacağını veya mirastan yoksunluğu durumunun gerçekleşmesinin mümkün olmayacağını yinelemek isteriz.

IV. Mirasçının Gaip Olması ve Hazinenin Talebi İle Gaiplik Kararı Alınması (TMK. m. 586, m. 588)

Türk Medeni Kanunu'nun 580. maddesine göre, mirasçı olabilmek için, mirasbırakanın ölümü anında mirasçılığa ehil bir biçimde sağ olmak gerekir. Oysa mirasbırakanın ölümünde, mirasçıları arasında yaşayıp yaşamadığı belli olmayan, ancak henüz hakkında gaiplik kararı alınmamış bir kişi de bulunabilir. Tereke mirasçısı

Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,
Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,
Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar.
Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar."

56 **DURAL / ÖZ**, s. 357.

olma ihtimali bulunan bu gibi kişiler hakkında, TMK. madde 586 hükmü uygulanır. Bu düzenleme, durumları belirsiz bu kişileri mirasa ehil kabul etmektedir ve onlara düşecek miras payının resmen yönetileceğini hüküm altına alır[57]. TMK m. 586/ f. 1'e göre: "*Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir.*" Gaip mirasçının miras payının resmen idare edilmesi mahkeme tarafından gerçekleştirilir. Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri, eğer Türkiye'de hiç yerleşmemiş bir kişi ise, nüfus siciline kayıtlı olduğu yer, bu da yoksa; annesinin ya da babasının nüfusa kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir. Miras payının resmen yönetilmesi, söz konusu mirasçının ortaya çıkmasına (gaip olmadığının ve hayatta olduğunun kesinleşmesine) veya hakkında gaiplik kararının alınmasına değin sürer. Gaiplik kararının verilmiş olması halinde ise, gaibin mirası TMK. madde 584 uyarınca, bu kişi ölmüş gibi kabul edilerek, kendi mirasçılarına intikal eder[58].

Durumu belirsiz olan ve hakkında halen gaiplik kararı alınmış olmayan mirasçının miras payının, mahkeme tarafından resmen yönetileceğine ilişkin olan TMK. m. 586 düzenlemesi, *"II. Gaibe düşen miras*" başlığından ve miras payının yönetilmesinden bahsettiğinden de anlaşılabileceği gibi; sadece mirasçılık durumu nazara alınarak getirilmiş olan bir düzenlemedir. Mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılarına ilişkindir. Bu sebeple vasiyet alacaklıları hakkında bu madde hükmünü uygulamak mümkün değildir[59].

Başına ne geldiği belli olmayan mirasçı hakkında ilgililer gaiplik kararı alınması için başvurmadıklarında ne olacaktır? Bu kişiye düşen miras payı daimi surette mahkeme tarafından mı yönetilecektir? İşte TMK. madde 588 buna bir kısıtlama getirir. TMK. madde 588/ f.1'e göre: "*Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.*" Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca, resmen idareyi yerine getiren mahkeme, on yıldan beridir malvarlığını yönetmekteyse, veya söz konusu on yıl dolmamış olmasına rağmen; sağ olup olmadığı belirsiz olan kişi yüz yaşını tamamlamış olursa, artık bu kişinin gaipliğine karar verilebilmesi için TMK. madde 32'de belirtildiği

---

57 **ÖZUĞUR**, s. 51.

58 TMK. m. 584: "Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar.

Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda onbeş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir.

Beş yıl, tereke mallarının tesliminden, onbeş yıl, son haber tarihinden başlayarak hesaplanır."

59 **İMRE / ERMAN**, s. 300; **İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ**, s. 458.

üzere hakları bu ölüme bağlı olan ilgililerin başvurusu gerekmeyecek, Hazine gaipliğe karar verilmesini talep edebilecektir[60]. Ancak unutulmamalıdır ki Hazine'nin gaiplik başvurusunda bulunabilmesi, tali nitelik taşımaktadır ve TMK. madde 32'de belirtilmiş kişilerden birinin mahkemeye gaiplik için başvurması halinde, Hazine başvuruda bulunamaz.

Yine TMK. madde 588'in ikinci fıkrasına göre: "*Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer"*. Gaiplik kararının verilebilmesi için dolması zorunlu olan süre içinde kimse başvurmazsa, bu kişinin terekesi Devlet'e intikal edecektir ve TMK. madde 586 uyarınca yürütülmekte olan resmi yönetim sona erecektir. Devlet'in başvurusu üzerine ilan mahalli gazete ve tirajı yüksek bir veya birkaç gazete ile yapılabilir. Mahkemece gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi olan kişiler, belirli bir sürede bilgi vermek üzere davet edileceklerdir. İlan en az iki kez tekrarlanacaktır. Son ilandan itibaren belirlenmiş süre boyunca, bilgi veren veya başvuran olmazsa, kayıp kişinin gaipliğine karar verilecek ve resmen yönetilen miras payı kapsamındaki malvarlığı değerlerinin mülkiyeti Devlet'e geçecektir[61]. Devlet gaibe ya da üstün hak sahibi olanlara karşı, gaibin mallarını teslim alan herkes gibi geri vermekle yükümlüdür (TMK. m. 588/f.3). Gaip olanın diğer mirasçılarından farklı olarak Devlet, tereke mallarına el koyarken teminat göstermek zorunluluğundan muaftır[62].

V. Devlet Yasal Mirasçi Sifatiyla Mirasi Reddedebilir

Medeni Kanun'da yer alan yasal ve atanmış mirasçıların mirası reddedebilmeleri olanağı, borcu çok olan terekeler söz konusu olduğunda mirasçıların kendilerini koruyabilmelerine hizmet eder. Mirasçıların külli halef olmaları ve tereke borçlarından ötürü sınırsız ve müteselsilen sorumlu tutulmaları karşısında, mirasçılar iradeleri ile bu borçlardan ve bu borçların kendi malvarlıkları üzerinde yaratabileceği yıkımdan, mirası reddetmek yoluyla kaçınabilmektedirler. Kısacası mirası ret kurumu, mirasçıların mirasbırakanın borçlarından sınırsız ve müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucuna karşı bir emniyet tedbiri işlevi görmektedir[63].

Devlet de yasal mirasçı olması sebebiyle külli haleftir. Ancak tereke borçlarından

---

60 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 563; **İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ**, s. 459; **ÖZUĞUR**, s. 52; **BERKİ, Ş.**, s. 129; **WILDISEN**, Christoph, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Breitschmid Peter, Rumo – Jungo Alexandra, Erbrecht Art. 457 – 640 ZGB, Schulthess Juristische Medien AG 2012, Art. 550, N. 1; **BRAND**, Michael, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Kren Kostkiewicz Jolanta, Nobel Peter, Schwander Ivo, Wolf Stephan, ZGB Kommmentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch,Orell Füssli Verlag AG 2011, Art. 550, N. 1 – N. 4.

61 **BERKİ, Ş.,** s. 130.

62 **İMRE / ERMAN**, s. 300; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 564; **İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ**, s. 459; **ÖZUĞUR**, s. 52; **BERKİ, Ş**., s. 130; **WILDISEN**, Art. 550, N. 4; **BRAND**, Art. 550, N. 5.

63 Aynı görüşte olan yazar için bkz: **BERKİ**, Ş., s. 146.

sorumluluğu, yukarıda da açıkladığımız üzere; "*saf anlamda eşyayla sınırlı*" bir sorumluluktur (TMK. m. 631/f.2). Tereke borçlarından sorumluluğunu sınırlayan bu düzenlemeye rağmen, nihai yasal mirasçı konumunda olan Devlet, gerekli koşulların gerçekleşmesi üzerine, kendisine intikal eden mirası reddedebilecek midir?

Bir görüş[64], Devlet'in kendisine kanuni mirasçı sıfatıyla kalan mirası kayıtsız koşulsuz red hakkının bulunduğunu savunur. Bu görüş, dayanağını, TMK. m. 605/f.1 düzenlemesinden alır. TMK. m. 605/f.1'e göre, "*Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler*". Bahis konusu madde, Devlet açısından herhangi bir istisna getirmeyen, mutlak nitelikte bir hükümdür. Tüm yasal ve atanmış mirasçıların mirası reddetme hakkı bulunduğuna göre, Devlet'i kapsam dışı tutmak mümkün değildir. Devlet de diğer tüm yasal mirasçılar gibi kendisine intikal eden mirası hiç bir sebep göstermeksizin, reddedebilmelidir. Devlet'in yasal mirasçı olarak ret hakkını kaldıran bir hükmün mevcut olmaması da, bu görüşteki yazarları desteklemektedir. Bu görüşteki yazarların savundukları bir diğer nokta da, borcu fazla olan terekelerde, alacaklılarla uğraşmak istemeyen Devlet'in mirası reddetmek suretiyle, bu tip tasfiye işlemlerini, bir başka kuruma (Sulh Mahkemesine) yükleme olanağına kavuşacak olmasıdır[65].

Bir diğer görüş, Devlet'in yasal mirasçı sıfatıyla mirası reddetmemesi gerektiğini savunmaktadır[66]. Devlet'in kendisine intikal eden terekeyi reddetmesi halinde, tereke sahipsiz (ölen kişi mirasçısız) kalır ve bu durum, mirasbırakanın alacaklılarını zarara uğratır. Bu sebeple Devlet'e mirası reddetme hakkı tanınmamalıdır. Bu görüş, yasal mirasçılar arasında Devlet'i nihai mirasçı olarak belirlemenin ardında yatan düşünce olan, terekenin sahipsiz kalmasını engelleme amacıyla da uyum içindedir. BERKİ'ye göre de Devlet, tereke borçlarından kendisine intikal eden malvarlığı değerleri ile sorumlu tutulduğundan, mirası reddetmesi kesinlikle mümkün olmamalıdır.

Devlet'in mirası reddetme olanağının bulunduğunu ancak bu yola başvurulması halinde, pratik bir sonucun gerçekleşmeyeceğini ileri süren bir diğer görüşe göre ise; Devlet'in mirası reddetme hakkı vardır. Hiç bir yasal mirasçısı bulunmadığı için yasal mirasçı sıfatıyla Devlet'e kalan miras, Devlet tarafından reddedildiğinde, TMK. m. 612/f.1 devreye girecektir. TMK. m. 612/f.1 hükmüne göre, mirası en yakın yasal mirasçıların tamamı reddederse[67], tereke sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre

---

64 Bu görüşte olan yazarlar için bkz: **RYFFEL**, Art. 592, N. 2- Art. 466, N. 4; **GÖKSU**, Art. 466, N. 6; **WEIMER**, Art. 466, N.12; **ANTALYA**, s. 106; **AYBAY**, s. 31; **KÖPRÜLÜ**, s. 105 (Yazar açık bir biçimde Devlet'in mirası reddedebileceğini söylememekle birlikte, Devlet'in tek başına yasal mirasçı olması ve mirası reddetmesi durumunda resmi tasfiyeye gidileceğini belirttiğinden, ret hakkını kabul ettiğini varsaymaktayız).

65 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 121.

66 Bu görüşü ileri süren yazarlar için bkz: **SEROZAN / ENGİN**, s. 207; **KILIÇOĞLU**, s. 42; **BERKİ**, Ş., s. 147.

67 Uygulamada, Devlet'in yasal mirasçı sıfatıyla mirası reddetmesi söz konusu ise, bu en yakın yasal mirasçıların tamamının mirası reddetmiş olmaları durumuna denk bir görünüm yaratacaktır.

tasfiye edilecektir[68]. Yine TMK. m. 612/ f.2'ye göre bu tasfiyenin tamamlanmasından sonra bazı değerler artarsa, bu değerler mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine iade edilir[69]. Devlet'in mirası reddetmesine rağmen terekenin tasfiyesi neticesinde bazı değerler artmışsa, bu durumda bu değerler Devlet'e iade edilecektir. Tasfiye sonrası geriye kalan bu net aktifi, Devlet'in reddedebilmesi ise mümkün değildir. Devlet'in sorumluluğu zaten kendisine intikal eden tereke değerleri ile sınırlıdır[70]. Bu durumda Devlet'in mirası reddetmesi ile mirası reddetmemesi arasında, Devlet'in sorumluluğu açısından hiç bir fark doğmamaktadır. Borçların ödenmesi neticesinde arta kalan malvarlığı değerleri bulunuyorsa, mirası reddetmiş olsa da, ya da kabul etmiş olsa da bunlar Devlet'e iade edilecektir[71]. Kısacası Devlet'in sorumluluğunun sınırlandırılmış olması, Devlet için mirası reddetmek ihtiyacına mahal bırakmamaktadır. Devlet mirası reddedince, kendisi sorumluluklarından kurtulacak ancak, bir başka kamu örgütü defter tutacak ve diğer sorumlulukları üstlenecektir.

HATEMİ, Devlet'e mirası reddedebilmesi olanağının tanınması yerine, "*Devlet'e kalan mirasta Devlet'in resmi tasfiye istediği varsayımının*" kabul edilmesinin ve tasfiye neticesinde artık değerler bulunması üzerine, bunların Devlet'e iade edilmesinin yerinde olacağını ileri sürmektedir[72]. Yine yazara göre Devlet'in ret hakkı tanınmasa dahi, mirası kabul ettiğini açıkça belirtmeyen Devlet, resmi tasfiyeyi talep etmiş varsayılmalıdır.

Bu arada unutulmamalıdır ki, resmi tasfiye talep edilmemiş olsa dahi, tereke borca batık vaziyette ise ve TMK. m. 605/f.2'de düzenlenmiş durum mevcut ise[73], Devlet terekeyi hükmen reddetmiş sayılır.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak vardığımız sonuca göre, Devlet kendisine intikal eden mirası reddedebilir ve yasal olarak buna engel bir durum yoktur. Devlet'in yasal mirasçılığında söz konusu olan "*saf anlamda eşyayla bağlı sorumluluk*" ilkesi göz önüne alındığında, terekenin borca batık olduğu ihtimalde Devlet'in mirası reddedip reddetmemesi arasında pek bir fark bulunmayacaktır. Devlet mirası reddettiğinde, en yakın yasal mirasçıların tamamı mirası reddetmiş olur ve tereke, sulh mahkemesi tarafından iflas hükümleri uyarınca tasfiye edilir. Tasfiyeden artan tereke

---

68 İsviçre'de Devlet mirası reddedince, derhal terekenin tasfiyesi yoluna gidilir; ancak Türk Hukuku'ndaki gibi tasfiyeyi sulh mahkemesi değil; tasfiye memuru gerçekleştirir. **WEIMER**, Art. 466, N. 12; **RYFFEL**, Art. 466, N. 4.

69 **HATEMİ**, s. 38, 39.

70 **HATEMİ**, s. 39.

71 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: **HELVACI**, s.48; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 120; **İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ**, s. 160; **ÖZTAN**, s. 65; **AYAN**, s. 72;

72 **HATEMİ**, s. 39.

73 TMK. m. 605/f.2: "Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli, veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır."

değerleri, mirası reddetmiş konumda olan Devlet'e iade edilir. Buna karşın Devlet mirası reddetmemiş olsa, önce tereke borçları ödenir, Devlet bu borçlardan sınırlı sorumlu olur ve arta kalan değerler varsa, bunlar Devlet'e kalır. Her iki durumda da Devlet, mirasbırakanın borçlarından ötürü zarara uğramaz. Devlet'e ret hakkının tanınması, tasfiye işlemlerini Devlet yerine, sulh mahkemesinin yürütmesi anlamına gelir. Bu durum ne Devlet açısından, ne de mirasbırakanın alacaklıları açısından yarar sağlamaz. Kısacası Devlet'in ret hakkını kullanması, uygulamada bir anlam taşımaz. Sadece yapılacak işlemleri Devlet'in elinden alıp, sulh mahkemesinin omzuna yükler.

VI. Devletin İradi (Atanmış) Mirasçılığı

Bilindiği üzere mirasçılık, kanundan doğabileceği gibi mirasbırakanın iradesinden de kaynaklanabilir. İradi (atanmış) mirasçılık, şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufla, mirasbırakanın bir ya da birden fazla gerçek ya da tüzel kişiyi terekesinin tamamı ya da kesirli bir bölümü için hak sahibi kılmasıdır[74](TMK. m. 516/ f.1). Eğer terekenin tamamı ya da belli bir bölümü değil de; tereke kapsamındaki bir mal ya da bir malvarlığı değeri üzerinde bir tasarrufta bulunulmuşsa, ortada bir mirasçı atanması değil, belirli mal bırakma (vasiyet) tasarrufu mevcuttur.

Mirasbırakan tasarruf serbestisi içinde kalmak koşuluyla, dilediği gerçek ya da tüzel kişi lehine geçerli biçimde ölüme bağlı kazandırmada bulunabilecektir. Atanmış (mansup) mirasçılar, gerçek ya da tüzel kişi olabilirler ve bu kişiler, tıpkı yasal mirasçılar gibi murisin külli halefi konumundadırlar. Atanmış mirasçılar mirasbırakanın ölümü üzerine kendiliğinden hak sahibi olurlar ve diğer yasal ya da atanmış mirasçıların mevcudiyeti halinde, tereke üzerinde hep birlikte miras ortaklığını oluştururlar. Külli halef olmalarının bir diğer neticesi de tereke borçlarından şahsen ve diğer mirasçılarla birlikte müteselsilen sorumlu olmalarıdır.

Devlet de tıpkı diğer tüzel kişiler gibi, mirasbırakan tarafından iradi mirasçı olarak atanabilir[75]. Çalışmamızda bu kısma kadar yasal mirasçılığını incelemiş olduğumuz Devlet, bir iradi mirasçı olarak karşımıza çıktığında, terekede başka yasal ya da atanmış mirasçıların bulunmuyor olması koşulu aranmaz. Kısacası Devlet'in atanmış mirasçılığı, yasal mirasçılığının aksine tali bir karakter taşımaz[76]. Mirasbırakanın

---

74 **DURAL / ÖZ**, s. 137; **HRUBESCH-MILLAUER,** Stephanie, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Breitschmid Peter, Rumo – Jung Alexandra, Erbrecht Art. 457 – 640 ZGB, Schulthess Juristische Medien AG 2012, Art. 483, N. 1; **STUDHALTER**, Philipp, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Kren Kostkiewicz Jolanta, Nobel Peter, Schwander Ivo, Wolf Stephan, ZGB Kommmentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Verlag AG 2011, Art. 483, N.1; **WEIMER**, Art. 483, N. 2.

75 **AYAN**, s. 72.

76 **İMRE / ERMAN**, s. 37; **AYAN,** s. 72; **KÖPRÜLÜ**, s. 106.

mirasçı atadığı Devlet, vatandaşı olduğu Devlet olabileceği gibi, başka bir Devlet de olabilecektir[77].

Devlet, terekenin tamamı için atanmış mirasçı kılındığında, geride kalan kanuni mirasçılar da saklı paylı mirasçı değillerse, Devlet diğer tüm yasal mirasçıları terekeden uzaklaştırır. Bu durumda saklı paylı olmayan mirasçıların[78], Devlet'e karşı açabilecekleri bir dava yoktur.

Devlet, yapılacak geçerli bir ölüme bağlı tasarruf ile iradi mirasçı da atanabilir; lehine belirli mal vasiyetinde de bulunulabilir. Belirli mal vasiyeti, hem gerçek hem de tüzel kişiler lehine yapılabildiğinden ve bu kişilerin kimliklerine ilişkin herhangi bir kayıtlama yer almadığından, Devlet'in atanmış mirasçılığına ya da Devlet lehine yapılan belirli mal vasiyetlerine engel olunamaz. Ancak bahsolunan her iki maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf da, mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları varsa ve onların saklı payları, Devlet lehine gerçekleştirilen bu ölüme bağlı tasarruflarla ihlal edilmiş olursa, tenkis davası açılması rizikosu ile karşılaşılabilecektir[79].

Devlet'in iradi mirasçılığı söz konusu olduğunda tereke borçlarından sorumluluğu, diğer tüm atanmış (iradi) mirasçılar gibi sınırsız bir sorumluluk mu yoksa Devlet'in yasal mirasçılığında olduğu üzere; tutulan defterlerde yer alan ve terekeden eline geçen değerler ile sınırlı bir sorumluluk mu olmalıdır? Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Devlet'in mirasçı atanması halinde, kanuni mirasçılığından farklı olarak, mirasbırakanın borçlarından diğer tüm mirasçılar gibi sınırsız sorumluluğu bulunması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur[80]. Bu görüşe karşı olan diğer yazarlara göre ise; TMK. madde 631/ f.2'de yer alan ve Devlet'in mirasbırakanın borçlarından ötürü sadece deftere yazılmış borçlardan ve miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumlu olacağı ilkesi, Devlet'in yasal mirasçı kılınması durumuna münhasır değildir. Devletin yasal ya da iradi mirasçı kılınmış olması sonucu değiştirmez[81]. Devlet her iki tip mirasçılığında da, tereke borçlarından ötürü, sadece kendisine intikal eden malvarlığı değerleri ile sınırlı olacak biçimde sorumlu tutulabilir.

Kanaatimizce birinci görüş yani Devlet'in iradi mirasçı kılınmış olması durumunda, sorumluluğunun diğer atanmış mirasçılardan hiçbir farklılık arzetmeyeceği ve mirasbırakanın borçlarından sadece deftere yazılmış olan ve tereke yoluyla kendi-

---

77 **BERKİ**, Ş., s. 123.

78 Olması gereken hukuk bakımından mirasçıları saklı paylı olan ve olmayan tarzda ayırmayı doğru bulmayan, tüm yasal mirasçıların saklı paylı mirasçılar olmaları gerektiğini savunan ve mirasbırakanın tasarruf serbestisi kapsamında dilediği kişileri iradi mirasçı yapabilmesinde, Kanunkoyucu'nun ratio legis'ine aykırılık bulunduğunu ileri süren yazar için bkz: **BERKİ**, Ş., s. 126, dpn.13.

79 **BERKİ,** Ş., s. 128.

80 Bu görüşteki yazarlar için bkz: **AYAN**, s. 72; **KÖPRÜLÜ**, s. 106; **ÖZUĞUR**, s. 53.

81 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: **BAYGIN**, s. 61; **ÖZTAN**, s. 64.

sine intikal eden malvarlığı değerleri ile sınırlı olarak değil, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olması gerektiği görüşü daha yerinde görünmektedir. Zira Devlet atanmış mirasçı olduğunda, kendisine intikal edecek terekenin borca batık olduğunu ve tereke borçları karşılandığında kendisine hiç bir malvarlığı değerinin kalmayacağını tespit ettiğinde, TMK. m. 605/f.1 uyarınca mirası reddedebilecektir. Devlet'in atanmış mirasçı kılınmasında farklı bir mantık yürürlüktedir. Devlet, mirasbırakanın saklı paylı veya saklı paylı olmayan yasal mirasçıları bulunsa dahi atanmış mirasçı konumunda olabilir. Devlet'in zorunlu kanuni mirasçılığında söz konusu olan mantığın burada gözetilmesine gerek olmadığı, ortada başkaca mirasçılar da bulunabileceği, Devlet'in mirasçılığının terekeyi sahipsiz bırakmama amacına hizmet etmeyeceği göz önüne alındığında, iradi mirasçı Devlet, mirası dilediği gibi reddetmek olanağına sahiptir. Mirası ret hakkı ile borca batık terekeden kendini koruyabilecek olan Devlet'i, tutulan defterlerde yer alan ve terekeden eline geçen değerler ile sınırlı sorumluluk kalkanı ile ikinci bir kez korumaya gerek yoktur. Kanaatimizce Devlet'in, atanmış mirasçı olduğunda tereke borçlarından sorumluluğu, diğer tüm yasal ve atanmış mirasçılar gibi sınırsız sorumluluk olarak değerlendirilmeli ve Devlet'e bu yönde istisnai bir koruma tanınmamalıdır[82].

VII. Devletin Yasal Mirasçılığının İstisnaları

Devlet'in yasal mirasçılığına ilişkin TMK. madde 501'de yer alan kuraldan ayrılan düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bu istisnai durumlarda, mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlet'e intikal etmek yerine, aşağıda açıklanacağı üzere, başka kurumlara geçmektedir.

Devlet'in nihai yasal mirasçılığı ana kuralından ayrılan düzenlemelerden ilki, 2762 Sayılı, 05.06.1935 kabul tarihli Eski (Mülga) Vakıflar Kanunu'nun 29. maddesine, 22.09.1983 tarihinde 2888 Sayılı Kanun'un 2. maddesiyle getirilen değişikliktir. Bu hükme göre: *"…mülkiyeti mutasarrıfına geçmiş olan … taşınmazların mahlulen vakfına rücu edeceği*" düzenlenmişti. Mülga Kanun hükmünde bahsolunan taşınmazların maliklerinin Devlet'ten başka mirasçı bırakmadan ölmeleri halinde, mukataalı veya icareteynli vakıf mallarının mülkiyetleri mahlulen vakfa geçecekti[83].

Benzer düzenleme, eski Vakıflar Kanunu'nun yerine yürürlüğe giren, 5737 Sayılı, 20/2/2008 kabul tarihli, 26800 Sayılı ve 27/2/2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıflar Kanunu'nun17. maddesinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca: "*Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz mal-*

---

82 Aynı görüşü paylaştığımız yazar için bkz: **HELVACI**, s. 48, dpn. 99.

83 **ÖZUĞUR**, s. 52; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 205; **SUNGURBEY**, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, Cilt 6, İstanbul 1994, § 133, s. 145 - 164.

ların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir." Bu düzenleme, mülga Vakıflar Kanunu'ndaki hüküm ile paralel niteliktedir. Mirasçı bırakmadan ölen kişilerin terekelerinin, nihai yasal mirasçı olarak Devlet'e geçmesi gerektiği ilkesinin istisnasını teşkil eden bu hüküm, eski Vakıflar Kanunu'nda yer alan 29. maddeye herhangi bir değişiklik getirmiş değildir. 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun 17. maddesinin, Devlet'in yasal mirasçılığına getirilmiş istisnai bir düzenleme olduğuna ilişkin pek çok mahkeme kararı mevcuttur[84]. Adı geçen yasal düzenleme kapsamına giren taşınmazların malikleri, geride mirasçı bırakmaksızın öldüklerinde, taşınmazları yasal mirasçı sıfatıyla Devlet'e değil, icareteyn veya mukataa sahibi vakfa intikal eder[85].

Devlet'in yasal mirasçılığına getirilmiş bir diğer istisna hükmü de; 24/5/1983 Kabul Tarihli, 27.5.1983 tarihinde ve 18059 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 28. maddesidir. 28. madde uyarınca: *"Kuruma bağlı kuruluşlarda bakılmakta iken mirasçı bırakmaksızın ölen kimselerin mirası Kuruma geçer. Kurum terekenin borcundan ancak, kendisine geçen mallar ölçüsünde sorumlu olu*r". Bu düzenleme de, Devlet'in nihai yasal mirasçılığının istisnasını teşkil eder[86]. Kuruma bağlı kuruluşlarda bakılırken ölen ve mirasçısı bulunmayan kişilerin mirası, TMK. m. 501 uyarınca Devlet'e intikal etmez. 2828 Sayılı Kanun'un 28. maddesindeki özel düzenlemeye göre, Kurum mi-

---

84 Yargıtay 1. HD., E. 2010/9708, K. 2010/10514, T. 18.10.2010 (www.kazanci.com); Yargıtay 1. HD., E. 2011/4029, K. 2011/5106, T. 28.4.2011 (www.kazanci.com); Yargıtay 1. HD., E. 2012/1969, K. 2012/4695, T. 25.4.2012 (www.kazanci.com) "Davacı Vakıflar İdaresi, anılan taşınmazın aslının vakıf olduğu, icareteynli taşınmazlardan olup mutasarrıflarının gaip olması nedeniyle kayyumla idare süresinin dolduğu iddiasıyla tapu kaydındaki kayyum şerhinin kaldırılarak taşınmazın vakfı adına tescili isteği ile eldeki davayı açmıştır. Bozma ilamı uyarınca tefrik kararı verilen "kayyım şerhinin kaldırılması" isteği bakımından, görevli mahkemede "şerhin kaldırılmasına" karar verildiği gerekçesiyle bu konuda hüküm kurulmasına yer olmadığına, çekişmeli taşınmazın aslının vakıf olduğu belirlenmek suretiyle 2762 sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran 5737 sayılı Vakıflar Yasasının 17. maddesi hükmü uyarınca davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.."; Yargıtay 1. HD., E. 2012/7845, K. 2012/ 12395, T. 6.11.2012 2012 (www.kazanci.com) "Mahkemece, tapu kaydında yazılı malik (mutasarrıf) Mustafa kızı H'nin mirasçılarının bulunması nedeniyle Vakıflar Yasasının 17. maddesinde yazılı koşulların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." ; Yargıtay 1. HD., E. 2013/208, K. 2013/1576, T. 8.2.2013 (www.kazanci.com); Yargıtay 1. HD., E. 2014/ 11356, K. 2014/18999, T. 4.12.2014 (www.kazanci.com) "Bilindiği üzere, 5737 Sayılı Yasanın 17. maddesinde, "Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir" hükmüne yer verilmiş olup, taşınmazın vakfı adına tescil kararı verilebilmesi için kayıt malikinin mirasçı bırakmadan ölmesi veya gaip bulunması ayrıca taşınmazın icareteynli ya da mukataalı vakıf taşınmazı olması hususlarının kanıtlanması gerektiğinde kuşku yoktur." .

85 Bu konuya ilişkin olarak bkz: **ÇINAR**, Ömer, "Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1 – 2, Haziran 2011, s. 105 – 117.

86 **ÖZUĞUR**, s. 52; s. 54.

rasçı olur ve terekenin borcundan saf anlamda eşyayla bağlı bir sorumluluğu doğar[87]. Bu Kanun'da adı geçen Kurum ise, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 3. Maddesi g) bendinde tanımlanmıştır. Kurum, bu Kanun'la kurulmuş olan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'dür.

2828 Sayılı Kanun'un amacı, *"korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, sakat, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları ile faaliyet ve gelirlerine ait esas ve usülleri düzenlemek*"tir (m.1). Bu Kanun kapsamına sosyal hizmetlerle ilgili tüm kamu kurumu ve kuruluşları ile gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri, sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalışanlarla ayrıca sosyal hizmetlerden faydalanan ve faydalanacak olanlar girmektedir (m. 2)[88].

Bu Kanun'la, 15.05.1957 tarihli 6972 Sayılı "Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır. Adı geçen Mülga Kanun'un 27. maddesi de Devlet'in yasal mirasçılığına istisna getirmekteydi. Bu hükümde, *"Ücretle çalıştırılan çocukların ölümü halinde kanuni mirasçıları yoksa, birikmiş olan paraları bağlı oldukları birliklere intikal eder."* şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Yürürlükten kalkan bu hüküm uyarınca, ücretle çalıştırılan çocuklar öldüğünde, yasal mirasçıları da bulunmamaktaysa, birikmiş olan paralarının ilgili birliğe irat olarak kaydedileceğini söylemek mümkündü. Bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, incelediğimiz hükme ilişkin olarak birliklerin bu paralara el koymasının, yasal mirasçı sıfatıyla mı olduğu; yoksa Devlet'in yasal mirasçılığı ilkesinin sabit kaldığı ancak birikmiş paraların birliğe kalmasının bir vasiyet alacağı mı meydana getirdiği tartışılmaktaydı[89]. Yürürlükten kalkan 6972 Sayılı Kanun'un 27. maddesi metninin bu ikinci görüşe daha elverişli olduğunu düşünmekteyim. Devlet, ücretle çalıştırılan çocukların ölümünde, yasal mirasçıları bulunmamaktaysa yine yasal mirasçı olacak; ancak terekede birikmiş paralar mevcutsa, bunlar üzerinde ilgili birliğin bir vasiyet alacağı bulunacaktı.

Yürürlükten kalkan 6972 Sayılı Kanun ve yürürlükte bulunan 2828 Sayılı Kanun, birlikte nazara alındığında, yürürlükteki yasal düzenlemenin, Devlet'in yasal mirasçılığı ilkesine bir istisna getirdiği her türlü tartışmadan uzak olarak söylenebilecektir[90].

---

87 Bu konuda çalışmamızın "III- DEVLET'İN YASAL MİRASÇILIĞININ SONUÇLARI" bölümüne bakınız. Vakıflar Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan: "Kurum terekenin borcundan ancak, kendisine geçen mallar ölçüsünde sorumlu olur" ifadesinin de TMK. m. 631/f.2 gibi yorumlanması ve Kurum'un sorumluluğunun, saf anlamda eşyayla bağlı bir sorumluluk olarak algılanması gerektiğini düşünmekteyim.

88 **GÜZEL**, Ali / **OKUR**, Ali Rıza / **CANİKLİOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2014, s. 1058, 1059.

89 Bu tartışmalar ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz: **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 119 – 120; **SEROZAN / ENGİN**, s. 206;

90 Aynı kanaatteki yazar için bkz: **SEROZAN / ENGİN**, s. 206.

"SEBEPSİZ İKTİSAP"TA YOKSULLAŞMA ÖĞESİNE YER VAR MIDIR?

(Is There Any Room For the Condition of Impoverishment in Unjust Enrichment?)

Prof. Dr. Rona SEROZAN*

ÖZET

Uzun yıllardır, öğretide, sebepsiz iktisabın öğeleri arasında, davalının zenginleşmesi öğesinin yanı sıra, davacının yoksullaşması öğesine ve zenginleşme ile yoksullaşma arasında bir neden – sonuç bağı öğesine yer verilmekteydi. Bu yanlış ve sakıncalı anlayış, 2012'de yürürlüğe sokulan ve sebepsiz iktisap olgusu için yoksullaşma öğesine yer vermeyen yeni Türk Borçlar Kanunu madde 77 kuralıyla ciddi bir darbe yemiş oldu. Şimdi artık Türk öğretisinde de aynen İsviçre ve Alman öğretisinde olduğu gibi, sebepsiz iktisabın varlığı için yoksullaşma öğesinin ve yoksullaşma ile zenginleşme arasında da neden – sonuç bağı öğesinin aranmasından vazgeçilmesinin yolu iyice açılmış oldu.

Anahtar kelimeler: Haksız zenginleşme, yoksullaşma, zenginleşme, haksız fiil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme

Abstract

Until the revision of the Code of Obligations in the year 2012, it was believed that the impoverishment of the claimant was a condition of unjust enrichment. After the cancellation of this condition in Art. 77 of the new Code, now the chance of getting rid of this useless component of unjust enrichment has occurred. Thanks to this development conformity with the dominating opinion and practice in Swiss and German Law can at last be achieved.

Keywords: Unjust enrichment, impoverishment, enrichment, torts, non-genuine benevolent intervention in another's affairs

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Cevdet Yavuz Hoca gibi, ürettiği ağırlıklı yapıtları hukukumuzun en ağır yapı taşları arasında yer alan bir Borçlar Hukuku ustasına yakışacak bir Armağan yazısının konusunu seçmek çok zor olsa gerek. Öyle sanıyorum ki Borçlar Kanunu madde 77 kuralında yer alan değişikliğin yol açtığı kuşku bulutunun dağıtılması konusunda bir inceleme "Hocaya" en fazla yakışacak netameli konulardan biri sayılabilir.

* * *

Bilindiği gibi, eski Borçlar Kanunu madde 61 kuralı şöyleydi: "Haklı bir sebep olmaksızın *aharın (başkasının) zararına* mal iktisap eden kimse onu iadeye mecburdur." Bu kuralı karşılayan yeni ve değişik Borçlar Kanunu madde 77'de ise *"aharın zararına"* deyimi çıkarılarak, aynen şöyle dendi: "Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür."

İster bilinçli, ister bilinçsiz, ister bilinç altından üretilmiş olsun, bu son derece yararlı değişiklik, sebepsiz iktisapta (doğrusu, haksız zenginleşmede) yoksullaşma öğesinin varlığını şart koşmada ısrar edenlerin elinden hiç değilse biçimsel ve sözel bir kozu almış oldu.

* * *

Hemen baştan belirtelim ki biz kökleşmiş "sebepsiz iktisap" deyimi yerine "haksız zenginleşme" deyimini daha tutarlı buluyoruz. Şöyle ki haksız zenginleşme oluşturan iktisapların gerçek anlamda "hiç sebepsiz" olduğu söylenemez. Sebebi geçersiz veya sonradan sona ermiş edimlerde gerçek anlamıyla bir sebep yokluğundan (sebepsizlikten) söz edilemez ki. Bunun gibi, yasa gereği iktisaplarda, bu bağlamda karışma ve birleşme yoluyla gerçekleşen edim dışı zenginleşmelerde de dayanaksız bile olsa, şeklen bir "iktisap sebebi" mevcuttur. İktisap sebebinin dayanaksız oluşu böyle bir sebebin mevcut olmadığı anlamına gelmez.

Nitekim Batı hukuk yazınında kullanılan "ungerechtfertigte Bereicherung", "enrichissement illégitime", "unjust enrichment" deyimleri de "meşru olmayan, hak edilmemiş zenginleşme" anlamına gelir.

* * *

Haksız fiil istemiyle "yasallık" ve "nispilik" özelliklerinde örtüşen haksız zenginleşme istemi, buna karşılık, ondan temel işlevinde ayrılır.

Şöyle ki haksız fiil kökenli yasal borç ilişkisinde, amaç, zarar görenin malvarlığında hukuka aykırı olarak yol açılan kaybı, açığı, eksiği kapatmaktır; "telafi" etmektir. Oysa haksız zenginleşme kökenli borç ilişkisinde amaç, meşru olmayan bir yoldan malvarlığını artıranın bu haksız kazancını, hak edilmemiş fazlayı tasfiye etmektir.

Haksız zenginleşme hukuku, adı üstünde, bir haksız "yoksullaşma" (Entreicherung) hukuku olmayıp, düpedüz bir haksız "zenginleşme" (Bereicherung) hukukudur. Bu hukuk, yoksullaşmanın (zararın) telafisini değil, fakat zenginleşmenin tasfiyesini amaçlar.

Değişik bir anlatımla: Sözleşmesel tazminat ve haksız fiil tazminatı alacaklının zararını gidermeye, onun açığını (eksiğini) kapatmaya (telafiye) yönelikken, haksız zenginleşme tasfiyesi borçlunun fazlasını (artısını) devşirmeye (iadeye) yöneliktir.

Bizatihi BK 79 kuralı, haksız zenginleşme hukukunun haksız fiilde olduğu gibi davacının yoksullaşmasını (zararını) değil, salt davalının zenginleşmesini arıtmayı amaçladığını gösterir.

Şöyle ki haksız zenginleşmede iade (tasfiye) sorumluluğunu düzenleyen bu temel kurala göre, kötü niyetli davalı eline geçmiş olanı, iyi niyetli davalı da elinde kalanı iadeyle yükümlüdür; yoksa davacının yoksullaşmasını karşılamakla yükümlü değildir.

Dikkat edilsin ki davacının hiçbir zararı (yoksullaşması) olmasa (diyelim, o, izinsiz yararlanmayı paraya çevirebilecek durumda bulunmasa) bile, davalı, yine de kendi malvarlığında oluşan zenginleşmeyi karşılamak durumunda kalır.

İşte, haksız zenginleşmenin salt zenginleşmeyi arıtıcı bu temel işlevini göz ardı edip, onu haksız fiilin zaten sağladığı malvarlığı eksilmesini (yoksullaşmayı, zararı) giderme işlevine indirgemek demek, haksız zenginleşmenin özünü, onun varlık nedenini yadsıyıp yok saymak demektir.

Bu yanlış yaklaşımın olumsuz pratik sonucu şudur: Haksız zenginleşme hukukunun hak edilmemiş olan, meşru sayılamayan edinimleri (zenginleşmeleri) arıtma (tasfiye) asal işlevi haksız fiil hukukunun zararı giderim (telafi) ikincil işlevine indirgenmiş ve amacından saptırılmış, çarpıtılmış olur.

Sözün özü, haksız zenginleşmede ne zarar (yoksullaşma) gereğine yer vardır ne de buna bağlı olarak zenginleşme ile yoksullaşma arasında bir nedensellik bağının varlığına.

* * *

Haksız fiilde aranan hukuka aykırılık ve kusur öğelerine de rastlanmaz haksız zenginleşmede. Bir doğa olayı (rastlantı) da kişiyi zenginleştirebilir. Örneğin koyun sürüsüne yasa gereği, külli halef mirasçı sıfatıyla malik olan ayırt etme gücünden yoksun bebek A'nın koyunları B'nin tarlasında otlarsa, A B'ye karşı haksız zenginleşme borçlusu olur. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, haksız fiili işleyen kişi kınandığı halde, haksız yere zenginleşen kişi kınanmaz. Bu sonuncusu, sadece hak etmediği, meşru sayılamayacak temelsiz kazanımı (nedensiz edinimi) geri verir. Yoksa, ne denli yinelense azdır; herhangi bir zarar (yoksullaşma) karşılamaz.

Demek ki haksız zenginleşme sorumluluğu, son tahlilde, bir "kusursuz" (aynı zamanda "hukuka aykırılıksız") ve de "zararsız" sorumluluktur.

* * *

Eski BK 61 kuralında geçen "aharın zararına" (auf Kosten, aux dépens d'autrui) iktisap (zenginleşme) deyimi ve hukuk yazınında rastlanan "belirli bir malvarlığına kayma veya aktarma" (Vermögensverschiebung) benzetmesi yanıltmasın. Her haksız zenginleşme olgusunda mutlaka belirli bir malvarlığından başka bir malvarlığına kaymanın (transferin) söz konusu olacağı ve her zenginleşmeye ille bir yoksullaşmanın (zararın) denk düşeceği sanılmasın. Nitekim izinsiz yararlanmalarda, hukuki konumuna haksız müdahalede bulunulan kişinin herhangi bir yoksullaşması (ortada herhangi bir malvarlığı kayması) olmasa bile, izinsiz yararlanma yoluyla müdahalede bulunanın zenginleşmeyi tasfiye etme borcu yine de mevcut olur.

Örneğin, biletsiz yolcu, bindiği taşıt aracı zaten boş gidecek olsa da, açıkçası, taşıt aracını işletenin somut bir yoksullaşması (zararı) olmasa bile, yolculuk (bilet) parasını ödemek zorunda kalır.

Bunun gibi, malikinin kendi haline bırakmış olduğu, zaten kullanmadığı ve kullanmayacağı bir kulübede oturma veya bir tarlayı biçme o malik açısından hiçbir yoksullaşma oluşturmaz. Ama o kulübede oturan ve tarladaki ürünü devşiren kişi açısından, karşılanması gerekli bir zenginleşme vardır yine de. "Ecrimisil"i, yani kullanma karşılığını ödeme borcundan kurtuluş yoktur.

Bu konuda Yargıtay'ı İçtihadı Birleştirme Kararlarına ve kimi yazarları da yersiz polemiklere ve spekülasyonlara sürüklemiş olan kuşkulara ve tereddütlere yer yoktur. (Krş. Serozan, Eşya Hukuku I, 2014, N 748 – 753)

Hatta bu örneklerde başkasının menfaat alanından izinsiz yararlanan kişinin iyi niyetli bulunması, yani izinsiz yararlanma olgusunun ayırdında olmaması bile kurtaramaz kendisini bu zenginleşmeyi karşılama yükümünden.

Bu gibi durumlarda, belirli bir malvarlığından başka bir malvarlığına aktarımsız, yoksullaşmasız ve kusursuz da olsa, zenginleşme yine de zenginleşenin yanına kâr kalmaz; mutlaka arıtılır.

* * *

Haksız zenginleşmede yoksullaşma öğesini arayanlar, böylesine "yoksullaşmasız zenginleşme" olgularını "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" (BK 530) kuralıyla çözüme bağlamaya çalışırlar.

Oysa, "yoksullaşmasız zenginleşme" olgularının üstesinden "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" (BK 530) kuralıyla gelmeye çalışanlar, bu kuralda öngörülen "sorumluluk hukukumuzun en geniş kapsamlı, en ağır yaptırımının", adeta "özel hukuk cezasının" (tüm kazançların devri yaptırımının) iyi niyetli zenginleşene asla reva görülemeyeceğini gözden kaçırırlar.

BK 530 kuralının öngördüğü "menfaat devri yaptırımı" bencil ve kasıtlı menfaat gaspının özel ağırlıktaki yaptırımıdır. Özel hukukta yadırgansa da düpedüz caydırıcı ve cezalandırıcı kendine özgü bir yaptırımdır bu; tazminatın ve zenginleşmenin boyutlarını aşan pek ağır bir yaptırım olarak göze batar.

Kendisine özgülenmiş olan menfaat alanı ihlal edilmiş olan mağdura bu yaptırım çerçevesinde, fiilen uğramış bulunduğu somut zarardan ve saldırganın elde etmiş bulunduğu "objektif zenginleşmeden" yani ortalama piyasa değerinden bağımsız olup, bu kalemleri aşan bir bedel, açıkçası, saldırganın özel bir beceriyle elde etmiş bulunduğu süper kişisel "sübjektif zenginleşme" bedeli ödetilir. Bu yaptırımla izlenen amaç, besbelli, başkasının menfaatini ihlal eden kişinin bu saldırganlığının onun yanına kâr bırakılmamasıdır. En sık karşılaşılan üç ihlal olgusunda, "fikri hak ihlalinde, kişilik hakkı ihlalinde ve haksız rekabette" bu ağır menfaat devri yaptırımının yasada özel olarak öngörülmüş olması ilginçtir.

Sonuç olarak: "Elde edilmiş tüm menfaatlerin" yani "sübjektif zenginleşmenin" devri, iyi niyetli bir zenginleşene, hatta sırf hukuki eksikliği bilmesi gerektiği için ister istemez kötü niyetli sayılacak olan bir zenginleşene bile yüklenemeyecek ağırlıkta bir yaptırımdır. Haksız zenginleşenin iade borcu, onun zenginleşmesinin objektif (nesnel) piyasa değeri (pretium commune) ile sınırlı olmalıdır. Yoksa böylesi astronomik bir cezai ve caydırıcı kazanç bedeli (sübjektif zenginleşme) ile belirlenmemelidir.

* * *

Gerçi farklı görüşler arasında üstün tutulması gereken görüşü arayan bilim insanı kendi görüşünden yana kişilerin çetelesini çekmemeli, onların listesini çıkarmamalıdır; hele otoriteye tabiiyet (argumentum ad verecundiam) tuzağına asla düşmemelidir. Ama bu öğüde kulak asmama kayıtsızlığını göze alma pahasına, yine de İsviçre hukuk öğretisinin şu anlı şanlı otoritelerini burada savunulan görüşün destekçileri olarak sıralamadan da vazgeçilmemelidir:

von Büren, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, s. 309; **Keller/ Schaufelberger**, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, s. 30i.s. ve s. 66; **Schulin,** Basler Kommentar, OR 62 N 9; **Schmid**, Zürcher Kommentar zum OR 423 N 181, **Schluep**, Mélanges Piotet, s. 181 i.s. ; **Hofstetter,** Schweizerisches Privatrecht VII/2, § 34 I, s. 211 i.s., özellikle s. 214; **Gautschi,** OR 423 N. 2a; **Huguenin,** Besonderer Teil, N. 653 i.s.; **Huguenin**, Obligationenrecht, Zürich, 2012, N 1780; Kaufmann-Bütschli, 230 i.s.

"Yoksullaşmasız zenginleşme" olgularını BK 530 kuralına sokmaya çalışan görüşe karşı özel olarak bk. **Holenstein,** Wertersatz oder Gewinnherausgabe, Zürich, 1983, i.s.; **Lischer,** Die Geschäftsführung ohne Auftrag, s. 179/80; **Weber,** OR 423 N. 8/11; **Schwenzer,** Obligationenrecht Allgemeiner Teil N. 55. 09; N 59.17/18; **Gauch / Schluep / Schmid / Rey,** Obligationenrecht N. 1517 c; **Schmid,** Zürcher

Kommentar, OR 423 N. 185/86; **İsviçre Federal Mahkenesi**, BGE 119 II 43 i.s. ve BGE 126 III 72 i.s.

Ne yazık ki uygulama haksız zenginleşmede "malvarlıksal transfer" ve "yoksullaşma" gereklerini hiç ödünsüz titizlikle arayıp araştırmakta ve haksız zenginleşmenin arıtılmasında son aşamada asıl belirleyici ölçüt olarak "zenginleşme tutarını" değil de "yoksullaşma tutarını" göz önünde tutmaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bu konuda çok sayıda içtihadı vardır. Bk. örneğin **Uygur,** Borçlar Kanunu II, 1990, m. 61, s. 42'de yayımlanmış olan 29.1.1981 günlü ve E. 12371, K. 660 sayılı karar ile m. 63, s. 103'te yayımlanmış olan 21.5.1987 günlü ve E. 2211, K. 4069 sayılı karar.

Bu yanlış tutum haksız zenginleşme hukukunun hak edilmemiş zenginleşmeleri arıtma (tasfiye) konusundaki önemli ve asal işlevini haksız fiil hukukunun zararı giderme konusundaki ikincil işlevine indirgemiş olmaktadır.

İncelemeyi Almanya'da yankılar yaratmış bir Federal Mahkeme kararına konu olmuş, çözümü çok tartışmalı ve bir o kadar da sürprizli, ilginç bir örnek-olayla noktalayalım:

Olay: On altı yaşındaki A, içinde pek az yolcusu bulunan ve B'ye ait olan bir taşıt aracıyla, biletsiz, kaçak bir tatil yolculuğu yapmaya kalkışmış, ama son durakta yakalanmıştır.

Acaba A'nın B'ye karşı sözleşmesel sorumluluğu ve olası "Genel İşlem Koşulları"ndan kaynaklanan sözleşme cezası ödeme yükümü olabilir mi?

A ile B arasında icap ve kabul konusunda üstü örtülü (zımni) beyanlarla klasik kalıplara uygun bir sözleşmenin kurulduğu söylenemez. Sözleşme kurmaya hiç de istekli olmayan A'nın, araca kaçak olarak binmesi, zımni bir icap ya da kabul beyanı olarak nitelendirilemez. Ama A'nın davranışıyla çelişen bir çekincenin (sözleşmeyi dışlama iradesinin) dikkate alınmayacağı yolundaki ünlü ilke (protestatio facto contraria non valet) gereği, sözleşmenin oluştuğu ilk bakışta pekala varsayılabilir. Sözleşmenin kurulmuş olduğunu varsayabilmek için, bu gibi sözleşmelerin salt eylemle oluştuğunu kabul eden "fiili sözleşme ilişkisi" kuramına yer ve gerek yoktur.

Yalnız olayda şu özellik gözden kaçırılmamalıdır: Küçüğün karşılıklı (ivazlı) işlemi (biletli yolculuk) için onun yasal temsilcisinin oluru şarttır. Bu olur ise olayda eksik kalmış gözükmektedir. Küçüğe cep harçlığı vermenin bu gibi kaçak yolculukları da kapsayacak boyutlarda bir götürü ve üstü kapalı olur (rıza) beyanı anlamına geleceği ileri sürülemez.

Bu durumda A için sözleşmesel sorumluluğa yol açabilecek bağlayıcı bir bağıtın oluştuğu söylenemez. Yolcu taşıma sözleşmesi yasal temsilcinin olurunun eksikliği yüzünden küçüğü bağlamayınca, bu sözleşmenin bütünleyici parçasını oluşturan Ge-

nel İşlem Koşulları'nda öngörülmüş olan olası sözleşme cezası da A hakkında uygulanamaz. Sözleşmesel sorumluluk tümüyle devre dışıdır.

Peki ama A'nın B'ye karşı hiç değilse haksız fiil sorumluluğu olamaz mı?

Bu soruya verilecek yanıt da olumsuzdur. Çünkü olayda B'nin malvarlığında herhangi bir eksilme (zarar) oluşmuş değildir. Gerçekten de A pek az yolcu taşıyan taşıt aracına binmiş olmasaydı, B bir bilet parası daha elde etmiş olmayacaktı; sözün özü, B'nin malvarlığının durumu daha elverişli olmayacaktı. Özetle, ortada haksız fiil tazminatına dayanak oluşturabilecek somut ve öznel bir zarar yoktur.

Ya A'nın B'ye karşı başkaca talep temellerine dayanan herhangi bir sorumluluğu söz konusu olabilir mi?

Akla edim dışı haksız zenginleşme, özel olarak haksız müdahaleden ötürü zenginleşme (Eingriffskondiktion) gelir. Kaçak yolculuğun, taşıyıcıya özgülenmiş olup, onun tekelci tasarrufuna ve yararlanmasına bırakılmış taşıt aracından izinsiz yararlanma anlamına geldiği tereddütsüzdür. B'de herhangi bir yoksullaşmanın gerçekleşmiş olmaması herhangi bir kuşkuya yol açmamalıdır. Haksız zenginleşme, adı üstünde, zenginleşmeyi tasfiye etmeyi amaçlar; yoksa yoksullaşmayı değil! Yoksullaşmayı (malvarlığı eksilmesini, yani zararı) tasfiye işini haksız fiil kuralları üstlenir.

Bu durumda, ilk bakışta, A'nın B'ye bilet parasını haksız zenginleşme bedeli olarak ödemesi gerekir. Gelgelim, olayda şöyle bir özellik vardır: A'nın yaşı küçüktür. Bu nedenle ancak fiilen zenginleştiği ölçüde (fiilen elde ettiği yarar kadar) iade borçlusu sayılmalıdır. (MK 452)

Oysa, somut olayda taşıt aracında kaçak olarak gerçekleştirdiği tatil yolculuğu A'ya herhangi bir kalıcı öznel yarar sağlamamıştır. A, okul, iş ya da ev yolunda taşıt aracını kullanıp masraftan tasarruf etmemiş; fuzuli ve lüks bir tatil yolculuğuna kalkışmıştır. Bu durumlardaysa, tıpkı haksız yere elde ettiği parayı anlamsız yere harcayan (örneğin kumarda yitiren) iyiniyetli zenginleşenin "elinde zenginleşmenin kalmadığı" savunmasını ortaya atabilmesi gibi (BK 79 I), B de zenginleşmenin (yolculuğun) işine yaramadığı savunmasıyla B'nin haksız zenginleşmeden ötürü zenginleşme istemini savuşturabilir.

Yalnız bir an için şöyle de düşünülebilir: A kötü niyetlidir, dolayısıyla, bu olayda, küçüğün ayrıksı tazminat sorumluluğunu öngören MK 452 II kuralı dolaylı olarak (kıyasen), zenginleşmenin elde kalmadığı savunmasını kötü niyetli zenginleşenin elinden alan BK 79 II kuralı da doğrudan doğruya uygulanmalıdır.

Gelgelelim, A aleyhine böyle bir akıl yürütme küçüğü koruma amacı ışığında tutarlı sayılamaz. Bir kere MK 452 II kuralının örnek alınması doğru değildir. Çünkü bu kural kötü niyetli küçüğe yalnız zararı giderme (tazminat) yükümü yükler. Yoksa zararsız (yoksullaştırmasız) zenginleşmeleri hiç ayrıksız karşılama yükümü değil! Taşıt

aracının işletmecisi B'nin malvarlığını artırma menfaatini onun malvarlığını koruma menfaati kadar kapsamlı korumak da gerekmez. Öyleyse haksız fiil sorumluluğunu haklı kılabilecek bir kural haksız zenginleşmeye dayanak olmamalıdır.

BK 79 II kuralının uygulamasına gelince: Kötü niyetli zenginleşenin elinden ünlü eksilme savunmasını alan bu kural ortada korumayı hak eden bir küçük bulunduğundan somut olayda, "amaca uygun bir sınırlamaya" (teleolojik redüksiyona) tabi tutulmalıdır.

Sonuç şudur: Sözleşme ve haksız fiil kanallarıyla küçük A'dan alınamayan bilet parası haksız zenginleşme kanalıyla da A'dan sağlanamamalıdır.

Haksız zenginleşmenin olgular bütününde yoksullaşma öğesini arayanlar, bu gibi durumlarda, haksız zenginleşme sorumluluğunu, yukarıdaki tartışmalara hiç girmeksizin, daha baştan yadsısalar bile, bu sefer, haksız zenginleşme sorumluluğu yerine, hukukumuzun öngördüğü en ağır yaptırımı, "menfaat ihlalinden elde edilmiş tüm kişisel yararların devri yaptırımını" (BK 530'un "gerçek olmayan, hukuka aykırı vekaletsiz iş görme" kuralını) uygularlar. Oysa ancak nitelikli bir kötü (bozuk) niyet taşıyan (özellikle fikri hak korsanlığı yapan) ergin kişi hakkında uygulanması düşünülebilecek bu ağır yaptırımlı kuralı özel olarak korumaya layık küçükler hakkında uygulamak doğru olmaz.

İlginç bir ekleme: Eğer kaçak yolculuk yapan küçük, parasını ödemekten kurtarıldığı şehirler arası veya ülkeler arası yolculuğun sonunda aynı yolcu taşıma işletmesi tarafından yurduna (evine) geri getirilmişse, ana baba çıkarına ve onların iradesi doğrultusunda görülen bu iş (vekaletsiz iş görme) için ana babadan "dönüş yolculuğu parası" istenebilir. (BK 529)

* * *

Batı'da pek popüler bir sınav sorusu oluşturan ve gençlerin sınavda döktüğü terleri adamakıllı artıran bu girift olayı ve düşündürücü çözümünü yazıya dökerken, yazarın aklına, ister istemez, Cevdet Yavuz Hoca'nın, bu gibi soru(n)larda, bilimsel titizlikle ve ciddiyetle gençlere karşı yufka yürekli hoşgörüsünü nasıl da ustaca bağdaştırıp uzlaştırdığı gelmekte.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN M. 80 HÜKMÜNE GÖRE PİRAMİT SATIŞLAR

(Pyramid Selling According To The Consumer Protection Law No 6502 Art. 80)

Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ [*]

ÖZET

Piramit satış, mevzuatımıza 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 80 hükmü ile girmiş yeni bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. Daha önce hukuki bir düzenleme konusu yapılmamış olan piramit satışlar uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve mağduriyetler sebebiyle 6502 Sayılı TKHK ile açıkça yasaklanmıştır. Çalışmamızın konusu piramit satış kavramı, kavramın hukuksal niteliği ile birlikte hangi satışların piramit satış olarak nitelendirileceğinin değerlendirilmesidir.

Anahtar kelimeler: TKHK, piramit satış, satış sözleşmesinin hukuki niteliği, satış sözleşmesi, tüketici.

Abstract

Pyramid selling, our legislation on Consumer Protection Law No. 6502 m. 80 provision is of the nature of a new arrangement entered. Previously been the subject of legal regulation, which has become the agenda of the pyramid sales due to emerging problems in practice and is expressly prohibited by Law No. 6502 TKHK. The subject of our study pyramid sales concept, which together with the legal nature of the concept is to evaluate sales would qualify as pyramid selling.

Keywords: TKHK, pyramid selling, the legal nature of the sales contract, sales contract, consumer.

I. Tanımı

Piramit Satış 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 80 hükmünde; *"katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kıs-*

[*] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selin81hukuk@gmail.com.

men diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemi" olarak tanımlanmıştır.

Piramit satış, pazarlama ağının yasadışı tipi olan düzene katılmak ve komisyon kazanmak için diğer insanları ikna etme, ayrıca düzene katılmak için belirli bir giriş ücreti ödeme sistemi olarak tanımlanmıştır[1].

Piramit satış planları gerçek ürün veya hizmetlerin bir düzenin içine katılarak başkalarına gelecekte ödeme veya hizmet vaadi içeren dolandırıcılık türü[2] olarak tanımlanmıştır[3]. Piramit satış genellikle ilerleme için belirli bir sırayla düzene dâhil olma ve kar düzeni içinde bireyler için güvenir bir iş modeli veya fikri içerir.

Piramit satış dolandırıcılığı minimal risk için yatırımcılara büyük kar sunan bir iş planı ile başlar. Başlangıçta "giriş ücreti"[4] adı altında bir ücret ödenerek sisteme katılım sağlanmaktadır.

Piramit satış dolandırıcılığı genellikle son derece profesyonel olarak tanımlamak zor olabilecektir. Satış düzeni içinde yer alanlar yüksek kar vaadiyle yeni katılımcıları etkilemek için çalışacaklardır. Genellikle dolandırıcılar bu düzene katılım ve başkalarını ikna etmek için farklı teknikler kullanmaktadır. Piramit satış dünyada çok sayıda ülkede yasaklanmıştır[5]. Örneğin; Danimarka, Avusturalya, ABD, Rusya Federasyonu, İngiltere gibi[6].

---

1 http://www.businessdictionary.com/definition/pyramid-selling.html.

2 Piramit satışların bir çeşit dolandırıcılık olarak değerlendirilmesinin sebebi, bu yolla haksız kazanç elde eden kişilerin sayısının çok olmasından kaynaklanmaktadır. Ülkemizde 1990yılında ortaya çıkmıştır. Ülkemizde sadece "Titan Saadet Zinciri" adı altında bu sistem oluşturulmuş, ancak bu sistem üyelerinin şikâyetleri üzerine Devlet tarafından tamamen yasaklanmıştır. 1998 yılında Titan Saadet Zincirini kuran kişiler hapis cezasına çarptırılmıştır. https://tr.wikipedia.org/wiki/Saadet_zinciri

3 http://www.findlaw.co.uk/law/consumer/scams/22348.html.

4 Ülkemizde faaliyet gösteren titan saadet zincirinin bu kazançtan yararlanmak isteyen üyelerinden 1990 yılında 2400 mark ücret aldığı belirtilmiştir. http://onedio.com/haber/turkiye-de-ve-dunyada-saadet-zincirleri-kazanmak-mumkun-mu-yoksa-bir-yalan-mi--435127

5 Ülkemizde 1990 lı yıllarda ortaya çıkan Titan saadet zinciri furyasından sonra piramit satışlar 6502 Sayılı TKHK ile yasaklanmıştır. Ancak Aynı Qnet (Quest.net) gibi Hong Kong merkezli olan Mega Holdings'in Ağustos 2011'de kurulmasıyla Türkiye'deki piramit sistemlerin kendini Ağ pazarlama (network marketing) şeklinde göstererek ve kişisel gelişim uzmanlarının da yer aldığı seminerler ve konferanslar ile girişimcilik eğitimleri de yaparak Titan'ın aksine ortaya sanal da olsa somut bir ürün koymasıyla dışarıdan yasal olarak gözüken bir organizasyon hâline getirdiği görülmektedir. Bu sistem de piramit satışlara benzer şekilde Binary sisteme sahip Mega Holdings'te iki yeni üyeyi referansınızla sisteme dahil ettiğinizde, bu kişi 120 dolar kazanmış oluyor . Web sitesi satışı, o site ile yapılabilecekler, web sitenin önemi gibi konular zaten giriş aşamasından sonra yalnızca bir 'kartvizit'e döndüğünden ötürü, esas çalışma ve esas olay piramiti kurmakta bitiyor. Bu sebeple bu sistemin de piramit satış sistemini gizlemek için oluşturulan bir maske olduğu fikri hukukçular tarafından tartışılmıştır. http://www.hurriyet.com.tr/titan-skandalini-hatirlatan-yeni-nesil-saadet-zinciri-25506601

6 http://en.wikipedia.org/wiki/Pyramid_scheme

Bir piramit satış şeması tüketicilere hizmet satışından daha çok ödeme yapılmasını sağlayan işleri ifade etmek için kullanılan kavramdır[7]. Piramit satış şeması planlar dâhilinde hazırlanmaktadır. Bu planlar da 'zincir mektuplar[8]', 'kartopu planları[9]', 'zincir satış[10]'olarak ifade edilmiştir[11].

II. Piramit Satış Sisteminin İşleyişi

Pazarlama sisteminde üretilen bir malın müşteriye ulaşması nakliye, dağıtıcı, nakliye bayi, şube, dağıtıcı, toptancı gibi birçok aracıdan geçmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Her bir dağıtıcının ürüne kendi karını koyması ürünün müşteriye ulaşmasını maliyetli hale getirmektedir. Piramit satış sisteminde ise ürünün müşteriye doğrudan ulaşması hedeflenmektedir. Üretici firma ile müşteri arasındaki aracılar ortadan kaldırılmaktadır. Sistemin en önemli yönü, müşterilere diğer müşteriler yoluyla ulaşılmasıdır. Aracılık, ürünü şirketten satıl alan müşterinin bu ürünü yine bir müşteriye satması şeklinde cereyan etmektedir. Bu şekilde şirketin imkânları yerine bireyin imkânları kullanılmaktadır. Ürün en son tüketiciye sunulmaktadır. Tüketici ise TKHK anlamında tüketici olmaktadır[12].

---

7 M. Brooks Douglas, Robert Fitzpatrick, Bruce Craig: 'THE PYRAMID SCHEME INDUSTRY: Examining Some Legal and Economic Aspects of Multi-Level Marketing' (2014), s. 2.

8 "Tipik bir **mektup zinciri** ya da **zincirleme mektup** alıcılarını gönderilen mektubun (mesajın) kopyalarını yaptırtıp mümkün olduğunca en fazla alıcıya göndertmeye çalışan bir mektuptan (mesajdan) oluşur. Mektup zincirlerinde kullanılan en yaygın mesajlar, duygu sömürüsüne dayalı hikâyeler; titan zinciri benzeri kısa yoldan köşeyi dönme vaatleri veya zincirin kırılması (mektubun gönderilmemesi halinde) batıl ya da dini inançların sömürüsü vasıtasıyla kötü şans, kötü bir olay, bela, ölüm vs. gibi şeylerin başa geleceğidir. Amerika Birleşik Devletlerinde, büyük getiriler vaadiyle para ve benzeri mal talep eden mektup zincirleri kumarın bir tipi olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Diğer içerikli mektup zincirleri ise sıklıkla gönderilen posta miktarını katladıklarından (posta trafiğini arttırdıklarından), bireysel alıcıya da hitap etmediklerinden, genellikle sinir bozucu ve zaman kaybettirici bir oyun olarak görülür. Kimi kurum ve kuruluşlar (başta eğitim kurumları ve askeri kurumlar) e-posta sistemlerinde mektup zincirlerine izin vermezler. Bu tür zincirleme mektuplar -kişiye özel gönderilmiş mektuplardan ayırt edilebildikleri ölçüde (ki bu hiç de sıradan bir iş değildir)- sistemden ayıklanır". http://tr.wikipedia.org/wiki/Mektup_zinciri

9 "Kartopu planlarında sisteme dâhil olan üye başka bir üyeyi sisteme dâhil ederek sisteme katılan üye sayısını adeta kartopu gibi arttırmaktadır. Sisteme üye sayısının kartopu gibi artması sistemden elde edilen gelirin de artmasını sağlamaktadır".

10 "Zincir satış, satış tekniklerinden bir satıcının zincirin halkaları gibi ürünü diğer satıcıya satması ürünü satın alan üyenin de o ürünü bir başkasına satması şeklinde gerçekleşen sistemi ifade etmektedir".

11 http://www.acnintegrity.eu/acn/ie/integrity/our_commitment/legal_counsels_reports/report4.jsp.

12 Tüketici TKHK m. 3 hükmünde "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir". Şeklinde tanımlanmıştır. Bu kavramın değerlendirilmesi ile ilgili bkz. Mustafa Alper Gümüş: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014, s. 30-31; Murat Aydoğdu: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 59-62; Yılmaz Aslan: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 1-5; Çağlar Özel: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014, s. 39-51; Tamer İnal: Tüketici Hukuku, Ankara 2014, s. 64.

Dünyada ilk piramit satış olarak nitelendirilebilecek olan organizasyon, 1920 yılında A.B.D.'de Charles Ponzi tarafından oluşturulmuştur[13]. Bu nedenle piramit satış, literatürde "Ponzi şeması" olarak da adlandırılmaktadır. Ponzi, kendisi ile birlikte on arkadaşının 150 $ katılım ücreti yatırmasını sağlayarak işe başlamış ve arkadaşlarına yatırımlarının %50'sinin 90 gün içinde kendilerine geri döneceğini vaat etmiştir. Daha sonra aynı şekilde bir arkadaş grubuna daha aynı miktarda katılım ücreti yatırtmış ve sözde yatırımcılardan oluşan orijinal grubun da onlara yatırımlarını aynı süre zarfında döndüreceğini anlatarak zinciri başlatmıştır. Piramidin başında yer alan öncü katılımcılar, vaat edilen geri dönüşün 90 günden çok daha kısa sürede gerçekleşmesinden hoşnut kalmış, diğer katılımcıları da bu coşkuyla piramit şemaya dahil edebilmişlerdir. Ponzi, 9 ayda 9 milyon dolardan fazla kazanmış olup, piramide sonradan katılanlara da bu rakamın yaklaşık on katı borçlanmış ve sahtekarlıktan tutuklanmıştır. Önceleri zincir mektuplarda olduğu gibi herhangi bir ürün ya da hizmet içermeyen piramit şemalar, günümüzde daha kompleks yapıda dizayn edilerek üyelere ve organizasyon dışındaki kişilere satmak üzere ürün ve hizmetler sunmaktadır[14]. Piramit şemaya katılanlar, önce büyük miktarda para kazanmakta, fakat piramite sonradan katılanlar, ya daha küçük miktarlarda para kazanmakta ya da tüm paralarını kaybetmektedirler[15]. Sonuç olarak; sisteme para kazanma umudu ile giren üyeler üye edinmeyi bıraktıklarından dolayı katılan insanların çoğu da paralarını kaybetmekte ve piramit çökmektedir[16].

III. Unsurları

A. Bir Miktar Para veya Malvarlığı Ortaya Koyma

Piramit satış sözleşmesine taraf olabilmek için öncelikle bir miktar para veya malvarlığının ortaya konması gerekmektedir. Bu bir miktar para veya malvarlığı aynı zamanda piramit satış adı verilen bu sisteme giriş için bir "giriş ücreti" niteliği de taşımaktadır[17].

Piramit sözleşmesine taraf olabilmek için giriş ücreti olarak ödenecek bedelin

---

13 Peter Clothier, Peter: Multi Level Marketing, A Practical Guide to Successful Network Selling London: Kogan Page 1997, s.29.

14 Peter Jay Vander Nat William W. Keep, Marketing Fraud An Approach for Differetiating Multilevel Marketing from Pyramid Schemes. Journal of Public Policy & Marketing. 2002 Vol.21 (1) s.140.

15 Daryl Koehn, Ethical Issues Connected with Multi-level Marketing Schemes, Journal of Business Ethics, 2001, 29,1/2, s.156.

16 Nihal Paşalı Taşoğlu: "Çok Katlı Pazarlama Şirketleri İle Piramit Şema Organizasyonlarının Yapısal Farklılıkları Üzerine Bir İnceleme", Sosyal Bilimler Dergisi / Journal of Social Sciences 2(1),2008, 25-39.

17 Paşalı Taşoğlu: s.25-39.

TL olması zorunlu değildir[18]. Sözleşmeye katılım için ödenecek olan bedelin yabancı para cinsinden belirlenmesi de mümkündür[19]. Giriş ücreti sisteme dâhil olmak için sadece sözleşmenin imzalanması yani taraf olunması aşamasında alınan bir bedel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Piramit sözleşmesine taraf olabilmek için ödenecek olan giriş bedelinin[20] malvarlığı olarak da ödenmesi mümkündür. Giriş ücretinin malvarlığı olarak belirlenmesi durumunda ise malvarlığına ilişkin olarak tescil işleminin yapılmasının zorunlu olup olmadığı tartışılabilir bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Tescil işleminin yapılması ve malvarlığının sözleşmenin tarafı olunabilmek için devredilmesi yani tescil işleminin yapılması kanımızca zorunludur. Malvarlığı ile ifade edilen taşınır mal ise taşınırların devri için teslim işlemi yeterli olduğundan malın teslim edilmesi giriş ücretinin ödenmesi ve piramit satış sistemine girmek için yeterlidir.

B. Başka Katılımcı Bulma

Piramit satışların diğer özelliği sisteme dahil edilecek olan başka katılımcı bulunmasıdır[21]. Katılımcı sayısının artması piramit satış sisteminden para kazanılması imkânlarını da arttırmaktadır. Katılımcı sayısının artması sisteme katılanların satış sistemi içerisinde daha çok kazanmasına yardımcı olmaktadır.

Yeni katılacak olan katılımcıların da sisteme dâhil olabilmek için giriş ücreti adı verilen ücreti ödemesi zorunludur[22]. Giriş ücreti aynı şekilde bir miktar para şeklinde

---

18 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.99 hükmüne göre "konusu para olan borç ülke parası ile ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimi ile ödeme yapılması kararlaştırılmışsa sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç ödeme günündeki rayiç ülke parası ile ödenir". Bu sebeple piramit satışlarda da tarafların bu sisteme dahil olabilmeleri için ödenmesi gereken tutar TL olabileceği gibi yabancı para cinsinden de belirlenebilir. Borçlar Kanunu tarafından benimsenen bu sistem sözleşme özgürlüğü ilkesine de paralel bir düzenleme niteliği taşımaktadır.

19 Ülkemizde piramit satış uygulamasının örneklerinden biri kabul edilen Titan Saadet Zinciri de üyelerinden katılım bedeli olarak mark tahsil etmiştir.

20 Clarence L. Jr. Pozza / Thomas R Cox/ Robert J. Morad: "A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases", Journal of Business & Securities Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131, s.119; Volkan Maviş: "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnÜHFD, C.6, Özel Sayı, 2015, https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Volkan%20MAV%C4%B0%C5%9E.pdf

21 "Ponzi dolandırıcılığı" ile oldukça benzer olan "Piramit dolandırıcılığı"nın da devamı sürekli bir şekilde sisteme katılımcı dâhil edilmesi esasına dayanır. Gerald Kovacich: Fighting Fraud: How to Establish and Manage an Anti-Fraud Program, New York: Elsveir, 2008:123-124. İki dolandırıcılık arasındaki en temel fark ise "Ponzi"de getirinin yasal olarak bilinen bir yatırıma dayandığı ifade edilirken, "Piramit"te kazanç için temel şart sisteme katılımcı dâhil edilmesidir. James Walsh: You Can't Cheat an Honest Man: How Ponzi Schemes and Pyramid Fraud Work and Why They're More Common Than Ever, Los Angeles: Silver Lake Publishing, 1998:8.

22 Abdurrahman Yılmaz: Türkiye deki Dolandırıcılık Tipolojileri: Dolandırıcılık Olaylarının Kate-

olabileceği gibi malvarlığı olarak da kararlaştırılabilecektir. Başka katılımcı bulunması yeni katılımcılara öncelikle sistemin anlatılması ve bu sistemden nasıl gelir elde edileceğinin bildirilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla yeni katılımcılara para veya malvarlığı kazanma ümidi verilmesi gerekmektedir. Yeni katılımcılara sisteme dâhil olmaları ile birlikte para veya malvarlığı kazanacaklarına ilişkin vaatte bulunulmaktadır. Katılımcılar sisteme bir miktar para koyarak dâhil olmaları halinde dahi tarafların aralarındaki anlaşma gereğince sistemden kazanç olarak malvarlığı elde etmeleri mümkündür.

C. Bir Miktar Para Veya Malvarlığı Kazanma Ümidi Verme

Piramit satış sistemlerinde sisteme dâhil olan yeni üyelere bir miktar para veya malvarlığı kazanma ümidi verilmektedir. Sistemin işleyişi gereğince iki tür malvarlığı veya bir miktar para kazanma fırsatı sunulmaktadır[23]. Sistem içerisinde bulunan satıcı ilk olarak kendi satmış olduğu üründen kazanç elde etmektedir. İkinci olarak ise sisteme dâhil ettiği diğer katılımcıların kazandıkları miktar üzerinden pay almaktadır. Bu aynı zamanda sisteme dâhil olanların kendi elde ettikleri kazançtan sistemde bulunan diğer katılımcılara da pay vermesi şeklinde gerçekleşmektedir. Yani piramidin altında bulunanlar piramidin üstünde bulunanlara gelirlerinden pay vermektedir. Ancak piramidin altında bulunanların piramidin üstünde bulunan tüm katılımcılara pay vermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Uygulamada farklı modeller belirlenmiş ve gelir paylaşımı ona göre sistem içerisinde yapılandırılmıştır.

---

gorik Tasnifi ve Yapılış Şekilleri, http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/DOLANDIRICILIK_TIPOLOJILERI_12_2015.pdf

23 Yargıtay 13. HD, 1999/ 5959 E., 1999/6672 K. Sayılı kararında; "Davacılar, davalı tarafından düzenlenen bazı toplantılara katılarak kazanç yolu ile para kazanacakları vaadi ile kandırılıp her birinden 2450 DM alınmasına karşın herhangi bir kazançları olmadığını, dolandırıldıklarını ileri sürerek vermiş oldukları 4900 DM'nin tahsilini istemişlerdir. Davalı, davacıların T.... Uluslararası Matematiksel Kazanç Sistemine girip gayelerinin kendilerinden önceki şahıslar gibi sisteme yeni üyeler kazandırarak para kazanmak olduğunu, sisteme girerken ödenen paranın da hile olduğunu savunarak haksız ve mesnetsiz açılan davanın reddin dilemiştir.Davacılar, Uluslararası Matematiksel Kazanç Sistemi Başvurusu ile dava konusu ettikleri bedeli geri talep etmemek koşuluna bağlı olarak sisteme hibe etmişler, ne kadar çok kişiyi kandırıp sisteme dahil edersek o kadar çok para kazanınız gayesi ile de T... International'a katılmışlardır. Uluslararası Matematiksel Kazanç Sisteminin gayesi de sisteme katılanların, bu sisteme ne kadar çok kişi dahil ederlerse o nispette kazanç sağlayacakları esasına dayalı olmasıdır. Başlangıçta bu sisteme Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından 4.12.1996 tarihinde izin verilmişken sonradan 1.9.1997 tarihinde birden çok kişiden usulsüz ve yetkisiz para toplanmış olması nedeniyle verilen iznin iptal edildiği görülmüştür. Böylece güttüğü gayenin ahlaka ve adaba aykırı, kanunun suç sayıp yasakladığı faaliyetlerden olduğu kumar mahiyetinde bulunduğu anlaşılmıştır. Davacılarında böyle bir sisteme dahil olmaları başkalarını yanıltıp daha çok kazanç sağlama amacına yönelik olması nedeniyle kumar niteliğinde olduğu gibi ahlaka ve adaba da aykırıdır. Davacıların bu işlemleri sosyal hayatta güven ve devamlılık sağlamayacağı gibi kamuoyu tarafından benimseneceği de düşünülemez…." www.kazanci.com.tr

Uygulamada bu konuda en çok uygulanan modeller 5x8, 3x9, 2x12 dir. Bu durum şu şekilde yorumlanmaktadır: Örneğin; 5x8 modeli için; bir üye en fazla kendisinden beş alt kademeye kadar komisyon alabilecek ve ayrıca bu kademelerde yer alan gruplardaki üye sayısı kaç olursa olsun en fazla sekiz üyeye kadar komisyon alabilecektir[24].

Katılımcıların piramit satış sistemine dâhil olurken bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymuş olmaları kazancın da bir miktar para ortaya koyana para, bir miktar malvarlığı ortaya koyana malvarlığı verme şeklinde mi olmak zorundadır? Kanımızca katılımcılar ile yapılan sözleşmeye bu konuda öncelik verilmesi gerekmektedir. Sözleşme ile bir miktar para ortaya konması karşılığında kazanç olarak sadece bir miktar para verilebileceği gibi bir miktar malvarlığı da verilebilecektir.

D. Diğer Katılımcıların Koşullara Uygun Davranması

Kanunun piramit satışlar ile ilgili düzenlediği diğer bir husus; yeni katılımcıların veya katılımcıların koşullara uygun davranmasıdır. Sisteme katılacak olan katılımcılara sistemin ne şekilde işlediği, nasıl kazanç elde edildiği anlatıldıktan sonra sistemin kazanç paylaşımına dayalı bir sistem olduğu konusunda da bilgilendirme yapılacaktır. Dolayısıyla kazanç paylaşma amacı olmayan ya da elde ettiği kazancı paylaşmayacağını beyan eden bir katılımcının sisteme dâhil olması mümkün değildir[25].

Katılımcıların koşullara uygun davranması ile aynı zamanda sisteme dâhil olmak için giriş ücreti ödenmesi yani bir miktar para veya malvarlığının ödenmesi gerekmektedir. Katılımcıların giriş ücretini ödemesi de piramit satış sisteminde koşullara uygun davranmanın bir parçasıdır.

IV. Hukuki Niteliği

Piramit satışlar TKHK m.80 hükmünde düzenlenmiştir. Satış sözleşmesi ise genel olarak TBK m.207 vd. maddeleri hükümlerinde incelenmiştir. Satış sözleşmesi TBK da düzenlenirken aynı zamanda satış türlerine de yer verilmiştir. TBK örnek üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, ön ödemeli taksitle satış, açık arttırma yolu ile satış, taksitle satış sözleşmelerini düzenlemiştir. Kapıdan satış sözleşmesi veya piramit satış sözleşmesi gibi bazı satış türleri ise TBK da düzenlenmemiş onun yerine TKHK da düzenlenmiştir.

Piramit satış sistemi, kişilerin firmalar tarafından oluşturulmuş bir sisteme dâhil olmalarıyla başlamaktadır. Firmanın asıl çabası, ürünlerin satışını yapmaktan çok kişileri sisteme üye yapmaktır. Sistemde esas pazarlanan husus, sistemin kendisidir;

---

24 http://www.networkmarketingokulu.com/network-marketing-kazanc-metodlari.html.

25 Sergio Pareja, 'Sales Gone Wild: Will the FTC's Business Opportunity Rule Put An End to Pyramid Marketing Schemes?', 39 McGeorge Law Review 83, 91-92 (2008).

ürünler ikinci planda pazarlanmaktadır[26]. Bunda da amaç, çok geniş bir tüketici kitlesini hem müşteri yapmak hem de onları birer dağıtıcı olarak sisteme sokmaktır.

Şirket ile üye arasındaki sözleşme "üyelik sözleşmesi" niteliği taşımaktadır. Aralarındaki üyelik sözleşmesi uyarınca şirket, üyeye ürünleri katalog fiyatının belirli oranda altındaki bir fiyattan satma yükümlülüğü altındadır. Üyeler ucuza aldıkları bu ürünleri katalog fiyatları üzerinden satarak kazanç elde etmektedir[27]. Piramit satış sisteminin ilk aşaması kişilerin sisteme giriş ücreti ödeyerek dâhil olmasıdır. Bu aşamada herhangi bir satış işlemi gerçekleşmemektedir[28]. Yapılan tek işlem katılımcıların hazırlanan çerçeve sözleşmeyi imzalayarak sisteme dâhil olmalarını sağlamaktır. Taraflar arasında imzalanan bu sözleşme daha önceden hazırlanmış çerçeve bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Taraflar bu çerçeve sözleşmeye örneğin; sisteme üye olmak için bir miktar para mı yoksa malvarlığı mı konması gerektiğini ya da katılımcının sisteme üye olduktan sonra piramit içerisinde sattığı ürünler üzerinden ne kadar gelir elde edeceği veya elde ettiklerinin ne kadarını aynı piramit içerisinde yer alan gruba ne şekilde vereceği paylaşımın ne şekilde yapılacağı hususlarının yazılması gerekmektedir. Bu çerçeve sözleşme aynı zamanda kanımızca TBK da düzenlenen genel işlem şartları[29] niteliği de taşımaktadır. Piramit satış sözleşmeleri çok sayıda katılımcının bir araya gelmesi ile oluşturulan sözleşmeler olması sebebiyle sisteme dâhil olunmak için hazırlanan sözleşmenin içeriğinin genel işlem şartları şeklinde belirlenmesi daha kolay bir yol olarak karşımıza çıkacaktır.

Piramit satış sözleşmesinin ilk aşaması olan üyelik sözleşmesinin niteliği itibari ile vekâlet sözleşmesi[30] olup olmadığı tartışılabilecektir. Vekâlet sözleşmesi, TBK m.502 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 502 hükmüne göre vekâlet sözleşmesi; "vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği" söz-

---

26 Serbay Moray: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Cezai Sorumluluk Hükümleri ve Yaptırımları", Mali Çözüm, Kasım-Aralık 2013, s. 151.

27 Metin Argan: Çok Katlı Pazarlama ve Türkiye de Bir Uygulama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 1997, s. 84.

28 Kovacich: s.123-124

29 TBK m.20 hükmünde genel işlem şartları "bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" olarak tanımlanmaktadır. Genel işlem şartları ile ilgili aytrıntılı bilgi için bkz. Yeşim Atamer: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001; Adem Yelmen: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

30 Aydın Zevkliler- Şeref Ertaş- Ayşe Havutçu- Murat Aydoğdu- Emre Cumalıoğlu: Borçlar Hukuku, İzmir 2013, s. 619-630; Fahrettin Aral- Hasan Ayrancı: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s.407-435; Fikret Eren: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 698-737; Murat Aydoğdu- Nalan Kahveci: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 776-791; Cevdet Yavuz: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1119- 1333; Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s.590-628; Mustafa Alper Gümüş: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 115-194.

leşme olarak tanımlanmıştır. Kanımızca piramit satış sözleşmesinin ilk sözleşmesini oluşturan üyelik sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi değildir. Çünkü vekâlet sözleşmesinde yer alan bir işlemi yapma veya işlemin yapılmasını üstlenme unsuru piramit satış sözleşmesinin bir unsuru değildir. Piramit satış sözleşmesinde ürünün satılmasında daha önceden o sisteme katılan kişi sisteme yeni katılan kişiye bir işlemi yapma veya işlemin yapılmasını üstlenme borcu yüklememektedir. Sisteme yeni katılan kişi kendi isteği ile üyelik katılım ücreti ödeyerek sisteme dâhil olmaktadır ve sisteme katılarak satışını gerçekleştirdiği firmadan ücret temin etmekte veya o ürünleri kendisi almak istediğinde indirim hakkı kazanmaktadır. Ayrıca sisteme katılmak isteyen yeni üye o ürünün satışını yapmak zorunda değildir. Sadece ürün satarak belirli bazı ayrıcalıklardan (ürün indirimi-kazanç elde etme vb.) yararlanma imkânına kavuşmuş olmaktadır.

Piramit satış sözleşmesinin ilk basamağı olan üyelik sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme[31] (TBK m. 129/1)[32] olup olmadığı da tartışılacak bir diğer husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ile vaat eden, vaat ettirene, sadece üçüncü kişiye ifada bulunacağını taahhüt eder. Bu durumda üçüncü kişi yararına bir hak doğmaz; üçüncü kişi sadece yapılan ifayı kabule yetkilidir. Borçlunun, borcundan kurtulabilmesi için, üçüncü kişiye ifada bulunması gerekir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin[33] geçerli olması için, vaat ettiren kimsenin bir çıkarının bulunması gerekli değildir. Piramit satış sözleşmesi kanımızca eksik üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde de değildir. Çünkü eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin unsuru olan sadece üçüncü kişiye ifada bulunma yükümlülüğü piramit satış sözleşmesinde öngörülen bir unsur değildir. Sisteme katılan üye üyelik sözleşmesi ile kazancının bir kısmını piramitte kendisinden üstte olan ya da yatay olarak kendisi ile aynı durumda bulunan kişi ile paylaşmak durumundadır.

Piramit satış sözleşmesinde görülen ikinci sözleşme ise sisteme katılan üye ile tüketici arasında yapılan satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi TBK da en temel sözleşme

---

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.

32 TBK m.129/1: "Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa edimin üçüncü kişiye ifasını isteyebilir".

33 "Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme de borç ilişkisinin nisbi niteliğine istisna oluşturan bir durum yoktur. Lehdarın taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak bir hak ileri sürmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte burada da ifanın sözleşme ilişkisine taraf olmayan bir kişiye yapılması üzerine borcun sona ermesi hali vardır". Kemal Oğuzman- Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2014, s. 430-431; Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 144-1145; Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 282-283; Herdem Belen: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.318-328; Mehmet Ayan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2013, s.61; Haluk Nami Nomer: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 343-346; Ali Naim İnan- Özge Yücel: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.517; Ahmet Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 582.

türü olarak kabul edilmektedir. TBK m. 207 hükmünde satış sözleşmesi, "satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Piramit satış sözleşmesinde de sistemde yer alan üye ile tüketici arasında yapılan sözleşme satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi ile ilgili olarak TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır[34].

Kanımızca piramit satış sözleşmesi hem üyelik sözleşmesi hem de satış sözleşmesinin unsurlarını içermesi sebebiyle isimsiz sözleşme niteliği taşımaktadır. İsimsiz sözleşmelerden ise, kendine özgü sözleşme (sui generis) sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Sui generis sözleşme, yasada düzenlenmiş bulunan sözleşmelere ilişkin öğeleri tümüyle ya da bir bölümüyle içermezler ve kendilerine özgü öğelerden oluşurlar. Bu gibi sözleşmelerle ilgili olarak taraflar arasında bir sorun doğarsa, bu sorunun nasıl çözümleneceği sorusunu yanıtlamak güç olacaktır. Bu sözleşmeler yasada düzenlenmedikleri gibi, içerdikleri öğelere ilişkin de kanunda herhangi bir düzenleme olmaması sorunların çözümünde güçlük arz etmektedir[35].

V. Piramit Satış Sözleşmesinin Tarafları

A. Distribütör

Müşteri ile firma arasında köprü görevi gören ve piramit satışlarda adı en fazla geçen kişiler distribütörlerdir. Bu yöntemde, aracı olarak sadece kendisi de müşteri durumunda olan ve adına distribütör (dağıtıcı) denilen satış elemanları görev yapar. Her distribütör, kendinden sonra gelecek potansiyel müşteri için bir iş olanağı, üretici firma için de hem bir satış elemanı hem de tanıtım ajanı görevi görmektedir. Her distribütör, kendi işini yürüten bağımsız bir iş sahibidir[36].

B. Sponsor/Üst Hat

Sponsorluk, piramit satışları doğrudan satıştan ayıran bir başka farktır. Doğrudan satışta ve hatta bazı çok katlı pazarlama şirketlerinde dahi kullanılan "distribütör edinme" işlevinden daha kapsamlı bir şekilde, sponsorluk yapmakla bir distribütöre, işini nasıl yapacağı, kendi işini nasıl kuracağı öğretilmektedir[37].

---

34 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aral- Ayrancı:, s.67 vd.; Eren: s. 55 vd.

35 Zevkliler- Gökyayla: s. 11; Yavuz: s. 25; Aral- Ayrancı: s. 58; Aydoğdu- Kahveci: s. 24-25; Eren: s.17; Gümüş: s.10-11.

36 Ömer Baybars Tek: Pazarlama İlkeleri, İstanbul 1997, s. 57.

37 Don Failla: How to Build a Large Successful Multi- Level- Marketing Organization. USA, MLM Int., 1995, s. 10-11; İngilizce kökenli "sponsor" (destekleyici) kelimesinden türetilen sponsorship (destekleyicilik) kelimesi Türkçe içinde kendine "sponsorluk" olarak yer bulmuştur. Zaman içinde farklı kaynaklar sponsorluk için çeşitli tanımlama ve açıklamalarda bulunmuştur. Bu tanımlardan birine göre sponsorluk; belirli pazarlama amaçları için bir etkinlik, takım, grup vb. ile olan birlikteliği satın almak ve kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaktır"., Fikret Soyer-Yusuf

C. Alt Hat

Alt hat, distribütörün satış organizasyonu ya da satış grubu olarak da adlandırılmaktadır. Bir distribütörün alt hat oluşturması, yeni distribütörler edinip onlara rehberlik yapması ve onların da yeni distribütörler edinip o distribütörlere rehberlik yapmasına yardımcı olması ile gerçekleşir[38].

D. İlk Hat

İlk hat terimi, çok katlı pazarlamada iki amaçla kullanılmaktadır. Birincisi, başlangıç evresinde şirketlerin, çoğunlukla başka çok katlı pazarlama firmalarında aktif olarak çalışmış ve başarılı olmuş distribütör diye adlandırılan deneyimli kişileri bünyesine almasıyla başlar. Bu kişiler, şirketin ilk hattı olmakta ve şirket içinde liderler olarak tanınmaktadırlar. İkincisi, benzer bir şekilde, bir distribütörün ilk hat kavramı ile, distribütörün alt hattındakilerin ilk seviyesinde bulunanlar kastedilmektedir[39].

E. İş / Fırsat Toplantısı

Yeni distribütörler edinmek amacıyla bir distribütör ya da distribütör grubu tarafından yapılan toplantılardır. Tipik bir fırsat toplantısı, yaklaşık yarım saat sürmektedir. Toplantı sırasında, bir veya daha fazla sayıda deneyimli distribütör tarafından, şirket, ürünler/hizmetler ve iş fırsatı hakkında bilgiler verilir ve ürün sonuçları paylaşılır[40].

F. Pazarlama Planı

Bir ağ geliştirmek, çok katlı pazarlamada büyük miktarda kazanç elde etmenin yoludur. Şirket, ürünlerinin pazarlanması için bir organizasyon inşa edilmesini, indirimler, teşvikler, ikramiyeler ve telif hakları ödemeleri ile ödüllendirilmesini ve organizasyonun gelişmesi için distribütörlerine yardım ve tavsiyelerde bulunmasını sağlar. Hemen hemen tüm çok katlı pazarlama şirketlerinin pazarlama planı aylık takvim üzerinde oluşturulur. Aylık satış miktarının artışı üzerinden indirimler hesaplanır[41].

Can: "Sporda Sponsorluğun Hukuki Temelleri ve Türkiye deki Mevcut Durum Üzerine Bir Değerlendirme", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C.7, S.1, Y.2010, s. 1205; Ton Otker: "Exploitation:The Key To Sponsorship Success", European Research, Vol:26, 1988, s.77.

38 Zig Ziglar, & John P. Hayes: Network Marketing For Dummies. New York: Hungry Minds Inc., 2001, s.354.

39 Ziglar-Hayes: s. 355.

40 Ziglar-Hayes: s. 356.

41 Clothier, s. 54.

IV. Piramit Satış Sözleşmesinin Sona Ermesi

Piramit satış sözleşmesi üyelik sözleşmesi ile satış sözleşmesinden oluşan sui generis bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Sözleşme bu niteliği itibari sözleşmelerin genel sona erme sebepleri olan ölüm veya fiil ehliyetinin kaybedilmesi durumlarında sona erecektir. Sözleşmenin tarafları bakımından ölüm ve fiil ehliyetinin kaybı sadece piramit satış sözleşmesinin o üye bakımından sona ermesine sebep olacaktır. Yoksa piramit satış sözleşmesinin tamamının sona ermesi gibi bir durum söz konusu değildir. Aynı şekilde fiil ehliyetinin kaybedilmesi de sadece piramit satış sözleşmesine üye olarak fiil ehliyetini kaybeden kişi bakımından sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuracaktır.

Sözleşmenin olağan sona erme hali sözleşme ile yerine getirilmesi taahhüt edilen edimlerin ifa edilmesidir. İfa ile ifade edilmek istenen sistemde yer alan üyenin ürün satışını gerçekleştirmesi ve bu satış sonrasında elde ettiği kazancı sistemde yer alan üyelerle paylaşması ile sona erecektir.

Piramit satış sözleşmesinde üye üyelikten çıkmadıkça, çekilmedikçe ya da üyelikten çıkarılmadıkça üyelik sözleşmesi varlığını devam ettirecektir. Ancak satış sözleşmesi pazarlanan ürünün satışının yapılması ve bunun karşılığında ürünün satış bedelinin alınması ile sona erecektir. Piramit satış sözleşmesinin temelinde yatan üyelik sözleşmesinde üyeliğe kabul veya üyelikten çıkarılma şartları açıkça belirtilmiş olabilir. Bu durumda üye sözleşmede belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde üyelikten çıkarılabilecektir. Üyelikten çıkarılma sözleşmenin sona erme sebebi olarak karşımıza çıkacaktır.

Üst grupların gelirini finanse eden, alt kademenin bir ivmeye sahip 'sisteme nakit girişi' sona erdiğinde, en azından yavaşladığında bu sistemin sonunun geldiğinin sinyalidir[42].

Piramit satış sözleşmesine göre ayıplı mal teslim edilmesi halinde TKHK ayıplı mallara ilişkin m.8 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ayıplı mal teslim edilmesi halinde başvurulabilecek hukuki imkânlar olarak sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi, ücretsiz onarım ve malın yenisi ile değiştirilmesi yollarına başvurulabilecektir. Sözleşmeden dönme hukuki imkânının kullanılması halinde sözleşmeden dönme sadece satış sözleşmesinden dönmedir. Yoksa üyelik sözleşmesi geçerli olmaya devam edecektir.

TKHK m.80 hükmünde ayrıca "Piramit satış sisteminin kurulması, yayılması veya tavsiye edilmesi yasaktır. Bakanlık, piramit satış sistemleri ile ilgili gerekli incelemeleri yapmaya ve varsa elektronik sistemin ülkemizde durdurulması dâhil ilgili

---

42 http://onedio.com/haber/turkiye-de-ve-dunyada-saadet-zincirleri-kazanmak-mumkun-mu-yoksa-bir-yalan-mi--435127

kamu kurum veya kuruluşlarıyla iş birliği içinde gerekli önlemleri almaya yetkilidir" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla TKHK piramit satış sistemlerini açıkça yasaklamıştır[43]. Ayrıca Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bu konularda gereki incelemeleri yapma, kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği içinde gerekli önlemleri alma yetkisi vermiştir.

SONUÇ

Piramit satış sözleşmesi uzun süre ülkemiz gündemini meşgul etmiş bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Halk arasında saadet zinciri olarak adlandırılan piramit satış sistemlerinden dolayı ülkemizde yaklaşık bir milyon kişi mağdur olmuştur. Özellikle bu tür işlemleri başlatanların merkezlerinin yurt dışında olan şirketler olması nedeniyle herhangi bir yasaklama ya da yaptırım uygulanması halinde herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşmadıkları farkında olmadan sisteme girenlerin ise yasaklama ve cezalarla karşılaştıkları da bilinen bir gerçektir. Mağduriyetlerin başında ise yüksek ücretli üyelik katılım ücretinin bulunması sistemin bir diğer sakıncası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Piramit satış sistemlerinin tanımının yapıldığı ve açıkça yasaklandığı ilk düzenleme ise 6502 Sayılı TKHK olarak karşımıza çıkmaktadır. TKHK m.80 hükmü ile piramit satışları açıkça yasaklamıştır. Ayrıca Bakanlığa, piramit satış sistemleri ile ilgili gerekli incelemeleri yapmaya ve varsa elektronik sistemin ülkemizde durdurulması dâhil ilgili kamu kurum veya kuruluşlarıyla iş birliği içinde gerekli önlemleri alma konusunda yetki vermiştir.

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.

ARAL, Fahrettin – AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 20ükm14.

ARGAN, Metin: Çok Katlı Pazarlama ve Türkiye de Bir Uygulama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 1997.

ASLAN, Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2014.

ATAMER, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2013.

---

43 Piramit satışın yasaklanmasının hukuka uygun olduğu yönünde bkz. Murat Aydoğdu: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", DEÜHFD, C. 15, S.2, 2013, s. 19; Aydoğdu: s. 326.

AYDOĞDU, Murat- KAHVECİ, Nalân: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.

AYDOĞDU, Murat: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", DEÜHFD, C. 15, S.2, 2013, s. 19.

AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

BELEN, Herdem: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 2014.

CLOTHIER, Peter: Multi-Level Marketing, a Practical Guide To Successful Network Selling. London: Kogon Page, 1997.

DOUGLAS, M. Brooks, FITZPATRICK, Robert, CRAIG, Bruce 'THE PYRAMID SCHEME INDUSTRY: Examining Some Legal and Economic Aspects of Multi-Level Marketing' (2014), sf 2.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

FAILLA, Don: How to Build a Large Successful Multi- Level- Marketing Organization. USA, MLM Int., 1995.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012.

HATEMİ, Hüseyin – GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.

İNAL, Tamer: Tüketici Hukuku, Ankara 2014.

İNAN, Ali Naim – YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

KOEHN, Daryl Ethical Issues Connected with Multi-level Marketing Schemes, Journal of Business Ethics, 2001, 29,1/2.

KOVAVICH, Gerald: Fighting Fraud: How to Establish and Manage an Anti-Fraud Program, New York: Elsveir, 2008:123-124.

PAREJA, Sergio: 'Sales Gone Wild: Will the FTC's Business Opportunity Rule Put An End to Pyramid Marketing Schemes?', 39 Mc George Law Review 83, 91-92 (2008).

POZZA, Clarence L. Jr. /COX, Thomas R / MORAD, Robert J. : "A Review of Recent Investor Issues in the Madoff, Stanford and Forte Ponzi Scheme Cases", Journal of Business & Securities Law, Spring 2010, Vol.10, Issue 2, s.113-131.

MAVİŞ, Volkan: "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnÜHFD, C.6, Özel Sayı, 2015, https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Volkan%20MAV%C4%B0%C5%9E.pdf

MORAY, Serbay: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Cezai Sorumluluk Hükümleri ve Yaptırımları", Mali Çözüm, Kasım-Aralık 2013, s. 133-158.

NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, Kemal – ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2014.

OTKER, Ton: "Exploitation: The Key To Sponsorship Success", European Research, Vol:26, 1988.

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2014.

SOYER, Fikret – CAN, Yusuf: "Sporda Sponsorluğun Hukuki Temelleri ve Türkiye deki Mevcut Durum Üzerine Bir Değerlendirme", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C.7, S.1, Y.2010, s. 1201-1218.

TAŞOĞLU, Nihal Paşalı, "Çok Katlı Pazarlama Şirketleri İle Piramit Şema Organizasyonlarının Yapısal Farklılıkları Üzerine Bir İnceleme", Sosyal Bilimler Dergisi / Journal of Social Sciences 2(1),2008, 25-39.

TEK, Ömer Baybars: Pazarlama İlkeleri, İstanbul 1997.

WALSH, James, You Can't Cheat an Honest Man: How Ponzi Schemes and Pyramid Fraud Work and Why They're More Common Than Ever, Los Angeles: Silver Lake Publishing, 1998:8.

VANDER, Peter Jay Nat William W. Keep, Marketing Fraud An Approach for Differetiating Multilevel Marketing from Pyramid Schemes. Journal of Public Policy & Marketing. 2002 Vol.21 (1).

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

YELMEN, Adem: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

YILMAZ, Abdurrahman: Türkiye deki Dolandırıcılık Tipolojileri: Dolandırıcılık Olaylarının Kategorik Tasnifi ve Yapılış Şekilleri, http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/DOLANDIRICILIK_TIPOLOJILERI_12_2015.pdf

ZEVKLİLER, Aydın – GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.

ZEVKLILER, Aydın – ERTAŞ, Şeref – HAVUTÇU, Ayşe – AYDOĞDU, Murat – CUMALIOĞLU, Emre: Borçlar Hukuku, İzmir 2013.

ZIGLAR Zig & HAYES, John, P: Network Marketing For Dummies. New York: Hungry Minds Inc., 2001.

http://www.businessdictionary.com/definition/pyramid-selling.html.

http://www.findlaw.co.uk/law/consumer/scams/22348.html.

http://www.acnintegrity.eu/acn/ie/integrity/our_commitment/legal_counsels_reports/report4.jsp.

http://www.networkmarketingokulu.com/network-marketing-kazanc-metodlari.html.

ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA İLE İLGİLİ KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN SİGORTA ŞİRKETİNİN İSPAT YÜKÜNE ETKİSİ

(The Impact of The Amendment of The Highway Traffic Code About Driving By Alcohol on The Insurance Company's Burden of Proof)

Doç. Dr. Vural SEVEN

ÖZET

Bu çalışmamızda, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç kullanma yasağını düzenleyen, Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişikliğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanan kişinin neden olduğu kazalarda, sigorta şirketlerinin tazminat ödeme sorumluluğuyla ilgili verilen Yargıtay kararlarına etkisi üzerinde durulacaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanmak sonucunda gerçekleşen kazalar nedeniyle çıkan ihtilaflarda Yargıtay, kararlarında, olayın münhasıran alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerektiği; alkollü olmayla ilgili ölçüm miktarlarının yönetmeliğe bırakılamayacağı; bu nedenle yönetmelikteki promil sınırlarının geçersiz olduğu, bunun sonucunda, eTTK m 1281/2 ve TTK m. 1409/2 çerçevesinde ispat yükünün sigortacıya ait olduğu tespiti yapılmıştır. Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişiklik ile, Yargıtay'ın kararlarında kendisine temel gerekçe olarak aldığı iki husus değişmiştir. Buna göre, yeni metin, "… güvenli sürüş yeteneğini kaybetme…" şartını aramadığı gibi, cezalandırılması gereken alkollülük seviyesini de (promil oranı) kendisi tespit etmiştir. Bu durumda, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesinin gerektiğini arayan kararların, ortaya çıkan bu yeni durum karşısında tekrar değerlendirilmesi gerekmiştir.

Anahtar kelimeler: Alkollü Araç Sürme, Karayollari Trafik Kanunu Madde 48, İspat Yükü.

Abstract

In this study, the impact of the amendment of Art. 48 in Highway Traffic Code on Supreme Court's decisions about the compensation liability of insurance companies in car accidents caused by people driving by alcohol or under the influence of narcotics or stimulants will be examined. In Supreme Court's decisions which are about accidents that occur as a result of driving by alcohol or under the

influence of narcotics or stimulants it is stated that it is need to be determined whether the accident occurs under the influence of alcohol, narcotics or stimulants exclusively and regulating blood alcohol limits cannot be left to bylaws. Because of this reason the limits are invalid in the bylaw. As a result of this, within the framework of the Art. 1281/2 of former Turkish Commercial Code and the Art.1409/2 of Turkish Commercial Code the burden of proof belongs to the insurer. With the amendment of Art. 48 in Highway Traffic Code, two points taken as the main reason in Supreme Court's decisions have changed. According to the new text, "... losing the ability to drive safely ..." is not a requirement for punishment, also the level of alcohol for punishment (promil rate) has identified by itself. In this case, the decisions which seek the reason of accident as exclusively occurs due to alcohol need to be examined under new circumstances.

Keywords: Driving By Alcohol, Highway Traffic Code Article 48, Burden of Proof.

GİRİŞ

Araç kullanmak dikkatli olmayı gerektirir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol almak, aklı ve iradeyi işlemez hale getirip, kişiyi normal yaşam ve davranışlarından uzaklaştırabilir. Dünya Sağlık Örgütü'nün aralarında Türkiye'nin de bulunduğu otuz ülkede yapmış olduğu araştırmaya göre, trafik kazalarının yüzde altmışının oluşumunda en etkili unsur veya sebebin alkol olduğu tespit edilmiştir. Bu çerçevede, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanan kişilerin daha çok kazaya sebebiyet verdikleri gerçeği ile bu konuda yapılan istatistikler dikkate alınarak, sigorta genel şartlarında, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanmak, mal sigortalarında teminat kapsamı dışında bırakılmış, sorumluluk sigortalarında ise, sigorta şirketinin sigortalısına rücu etmek imkânı tanınmıştır.

Bu çalışmamızda sadece, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç kullanma yasağını düzenleyen, Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişikliğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanan kişinin neden olduğu kazalarda, sigorta şirketlerinin tazminat ödeme sorumluluğuyla ilgili verilen yerleşik ve emsal Yargıtay kararlarına etkisi üzerinde durulacaktır. Yargıtay'ın konuyla ilgili verdiği kararlar, daha önce doktrinde tartışılmış ve eleştirilmiş olduğundan bu tartışmalara burada yer verilmeyecektir[1].

A. Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişiklik

Karayolları Trafik Kanunu eski metin m. 48'e göre, "*Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle* güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş *kişilerin Karayolunda araç sürmeleri yasaktır.*" Kanunun eski metninde, alkollü olmayla ilgili ölçüm miktarları yönetmeliğe bırakılmıştır.

---

1 Taşyürek, H. : Kasko Sigortası, Ankara, 2001, s. 41 vd.

Karayolları Trafik Kanunu yeni metin m. 48'e göre, "*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır*[2]." Ayrıca, alkollü olmayla ilgili miktarlar kanunla tespit edilmiş, buna göre, hususi otomobil kullanan sürücüler bakımından promil alt sınırı 0.50, hususi otomobil dışındaki araçları kullanan sürücüler için alt sınır, 0.21 olarak tespit edilmiştir.

B. Mevcut Yargıtay Uygulaması

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanmak sonucunda gerçekleşen kazalar nedeniyle çıkan ihtilaflarda Yargıtay kararlarında, özetle[3];

---

2 6487 Sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 19 (Kabul Tarihi: 24 Mayıs 2013, Resmi Gazete Tarih: 11 Haziran 2013, Sayı: 28647). Ayrıca yapılan bu değişiklik ile Türk Ceza Kanunu m. 179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile Karayolları Trafik Kanunu m. 48'deki alkollü araç kullanma kabahati arasındaki ilişki de düzenlenmeye çalışılmıştır. TCK m. 179/3 "*Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*". KTK m. 48/6 "*Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır*".

3 Bkz. Yargıtay 17. HD. 16.10.2014. E. 2014/16854, K. 2014/13658 "*…Dava, ZMSS poliçesine dayanılarak, sigortalı aleyhinde açılan rücuen alacak istemine ilişkindir. 2918 Sayılı K.T.K.nun 48. maddesinde, alkollü içki alması sebebiyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu ifade edilmiştir.*

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin "Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddelerle içkilerin Etkisinde Araç Sürme Yasağı" başlıklı 97/1. maddesinde; alkollü içki almış olması sebebiyle karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu açıklandıktan sonra, bu konuyla ilgili olan "b-2" bendinde, alkollü içki almış olarak araç kullandığı tesbit edilen diğer araç sürücülerinden kandaki alkol miktarı 0.50 promil üstünde olanların araç kullanamayacakları belirtilmiştir.

Öte yandan, Zorunlu Mali Sorumluluk Sorumluluk Genel Şartlarının B 4.d maddesinde: tazminatı gerektiren olay işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay yukarda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları sebebiyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa, sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı olduğu açıklanmıştır.

Bununla birlikte, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B 4 d maddesinin dayanağını teşkil eden K.T.K.nun 48. maddesinin yasaklamayı düzenleyen ilk fıkrasında, alkollü içki almış olması sebebiyle güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmış olup, aynı maddenin 2. fıkrasındaki yönetmelik düzenlenmesine olanak tanıyan hükümde, yasaklama yetkisi yönetmeliğe bırakılmış olmadığından. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde, yukarda anılan yasa hükmü tekrarlandıktan ve müteakip, uyuşturucu veya keyif verici maddelerle alkollü içkilerin oranlarının ne şekilde saptanacağı belirlendikten sonra, yasada yer alan hükmü dikkate almadan salt 0.50 promilin üstünde alınan alkol miktarına göre araç kullanma yasağı getirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz bulunmaktadır. Geçersiz yönetmelik hükümlerinin yasaya aykırı bir şekilde genel şart olarak kabulü de mümkün değildir.

O halde, hasarın teminat dışı kalabilmesi için kazanın meydana geliş şekli itibariyle sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, sürücünün alkollü olması tek başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Üstelik, böyle bir durumda hasarın teminat dışı kaldığının ispat yükü T.T.K.nun 1281. maddesi hükmü gereğince sigortacıya düşmektedir.

• Olayın münhasıran alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerektiği[4],

• Alkollü olmayla ilgili ölçüm miktarlarının yönetmeliğe bırakılamayacağı, bu nedenle yönetmelikteki promil sınırlarının geçersiz olduğu[5],

• Bunun sonucunda, eTTK m 1281/2 ve TTK m. 1409/2 çerçevesinde ispat yükünün sigortacıya ait olduğu tespiti yapılmıştır[6].

Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişiklik ile, Yargıtay'ın yerleşik ve emsal kararlarında kendisine temel gerekçe olarak aldığı iki husus değişmiştir. Buna göre, yeni metin, "… *güvenli sürüş yeteneğini kaybetme*…" şartını aramadığı gibi, cezalandırılması gereken alkollülük seviyesini de (promil oranı) kendisi tespit etmiştir.

Bu durumda, eski metnin gerekçe yapılarak, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesinin gerektiğini arayan kararların, ortaya çıkan bu yeni durum karşısında TTK m. 1409/2 bakımından tekrar değerlendirilmesi gerekmiştir. Bu değerlendirme, birisinin mal, diğerinin sorumluluk sigortası olması nedeniyle kasko ve sorumluluk (trafik) sigortasına göre ayrı ayrı yapılacaktır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında: sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurlarında olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesi durumunda, oluşan hasarın poliçe teminatı dışında kalacağından davanın kabulüne aksi halinde reddine karar verilmesi gerekeceği ilkesi benimsenmektedir. (YHGK.nın 23.10.2002 gün ve 2002/11-768-840: YHGK. nın 7.4.2004 gün ve 2004/11-257-212; YHGK.nın 2.3.2005 gün ve 2005/11-81-18: YHGK.nın 14.12.2005 gün 2005/11-624-713 Sayılı ilamları)

Mahkemece, hükme esas alınan 30.12.2013 tarihli trafik kusur uzmanı, nöroloji uzmanı ve sigorta hukuku uzmanından oluşan bilirkişi heyeti raporunda, dava dışı sürücü A. T.'in kazanın oluşumunda asli ve tam kusurlu olduğu ve kazanın münhasıran alınan 0.69 promil alkolün etkisiyle meydana geldiği bildirilmiştir.

Trafik kazası tespit tutanağına göre kaza saat 19.00'da gerçekleşmiş, dava dışı sürücüden alkol muayenesi için Muş Devlet Hastanesinde kan örneği aynı gün saat 21 44'de alınmıştır. Düzenlenen raporda sürücü A.T.'in alınan kan örneğinde. 7.4 mg alkol tespit edildiği belirtilmiştir. Bilirkişi heyetince, dava dışı sürücü A.T.'in kan örneğinde belirlenen 7.4 mg alkol. 7.4 promil alkol olarak değerlendirilerek, kaza saati itibariyle 0.62 promil alkole denk geldiği belirtilerek, kazanın alkolün etkisiyle meydana geldiği sonucuna varılmıştır. Bilirkişi heyetince. 7.4 mg alkol. 7.4 promil alkol olarak kabul edilerek tereddüte mahal verilmiştir. Bu sebeple mahkemece, yeniden konusunda uzman nörolog, trafik bilirkişisi ve hukukçu bilirkişiden oluşacak bilirkişi heyetinden, dava dışı araç sürücüsünün karakolda vermiş olduğu ifadeler de gözetilerek, kazanın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıklamalı, ayrıntılı, denetime elverişli rapor alınarak, varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir" (Kazancı mevzuat ve içtihat bankası). Diğer kararlar için bkz. Lale, M./Akgül, İ. : Sigorta Hukuku, 2. Bası, Ankara 2011, C. 1, s. 452 vd., C. II, s. 1268 vd.

4 Bkz. Yargıtay 11. HD. 16.04.2007. E. 2006/2901, K. 2007/5827 (Lale/Akgül, C. I, s. 456).

5 Bkz. Yargıtay 17. HD. 18.1.2010. E. 2009/5716, K. 2010/42 (Lale/Akgül, C. II, s. 1282-1283).

6 Bkz. Yargıtay 17. HD. 15.2.2010. E. 2009/7557, K. 2010/1117 (Lale/Akgül, C. I, s. 466).

C. Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişikliğin Mevcut Uygulamaya Etkisi

Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişiklik 11 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yapılan değişiklik yürürlük bakımından sigorta sözleşmelerine doğrudan etki edemeyecektir. Çünkü, sigortacı ile sigorta ettiren/sigortalı arasında bir özel hukuk ilişkisi vardır. Bu özel hukuk ilişkisi değişiklikten önce kurulmuş olabileceği gibi, olay da bu süreden önce gerçekleşmiş olabilir. Ayrıca, sözleşme ve olay değişiklikten sonra gerçekleşmiş olsa bile, genel şartlar bu değişikliği dikkate almamış olabilir. Bu nedenle yapılan değişikliğin mevcut bir uyuşmazlığa uygulanabilmesi için, değişikliği dikkate alan genel şartları içeren sözleşmenin bu tarihten sonra kurulmuş olması da gerekecektir.

1. Kara Araçları Kasko Sigortasına Etkisi

Konuyla İlgili Olan Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları

• Aracın, uyuşturucu madde veya Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar, teminat kapsamı dışında tutulmuştur (Yürürlük tarihi 01.06.2015'ten itibaren olan genel şart).

• Aracın, uyuşturucu madde veya Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar, teminat kapsamı dışında tutulmuştur (Yürürlük tarihi 01.04.2013 – 31.05.2015 arası olan genel şart).

• Taşıtın, uyuşturucu madde veya Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yasaklanan miktardan fazla içki almış kişiler tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zararlar, teminat kapsamı dışında tutulmuştur (01.04.2013 tarihinden önce yürürlükte olan genel şart).

Yukarıda belirtilen aralıklarda yürürlükte olan kasko genel şartları, "*güvenli sürüş yeteneğine*" ilişkin herhangi bir şart içermemektedir. Bu nedenle, 11 Haziran 2013 tarihinden sonra ortaya çıkan bütün olaylarda yeni düzenlemeye göre uygulama yapılması gerekecektir[7].

2. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortasına Etkisi

Konuyla İlgili Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları

---

7 Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97'nin sonra değiştirilmiş olması önemli değildir (Değişiklik m. 13, Resmi Gazete Tarih: 19 Şubat 2014, Sayı: 28918). Kanunla yönetmelik düzeltilmiştir.

• Aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararları ödemek zorunda kalan sigorta şirketi, sigortalısına rücu edebilir (Yürürlük Tarihi 01.06.2015'ten itibaren olan genel şart).

• Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay, yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa, sigortalısına rücu edebilir (15. 08. 2003 – 31.05.2015 tarihleri arasında yürürlükte olan genel şart).

Yukarıda belirtilen aralıklarda yürürlükte olan trafik sigortası genel şartları, "*güvenli sürüş yeteneğine*" ilişkin şartı 01.06.2015 tarihinden itibaren kaldırmaktadır. Bu genel şart sigorta ettiren/sigortalının lehine olduğundan sözleşme ve olay 11 Haziran 2013 tarihinden sonra ortaya çıksa bile uygulanmaya devam edecektir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, genel şartlar 01.06.2015 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğinden, 31.05.2015 tarihinden önce yapılmış sigorta sözleşmeleri bir yıllık olacağından, 31.05.2016 tarihine kadar olan kazalara da uygulanma imkânı olacaktır.

D. Yapılan Değişikliğin Sigortacının İspat Yüküne Etkisi

Eski Türk Ticaret Kanunu m. 1281/1'de düzenlenen, "*rizikonun genelliği prensibi*"ne Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmemiştir. Yeni sisteme göre, sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur (TTK m. 1409/1). Bu çerçevede, her sigorta sözleşmesinde poliçe genel veya özel şartları ile sigortacının sorumlu olacağı rizikolar genel olarak düzenlendikten sonra, bazı rizikoların da teminat kapsamı dışında kaldığı poliçe genel ve özel şartlarında belirtilmektedir.

Kasko sigortasında genel olarak riziko sigortalı araca gelen zarar olarak belirtilmiş, ancak araçta zarar meydana getiren bazı olayların rizikonun kapsamı dışında olduğu da düzenlenmiştir. Trafik sigortasında ise, aracın işletilmesi neticesinde üçüncü kişilere verilen zarar rizikonun kapsamı içine alınmış, bazı hallerde ise sigortacı zarar gören üçüncü kişiye tazminat ödemekle birlikte, bu tazminat için sigortalısına rücu edebileceğini de düzenlemiştir.

Genel ispat yükünü düzenleyen, HMK m. 190/1'e göre, "*İspat yükü,* kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça*, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan*

kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir[8]." Konuya bu hükümler çerçevesinde bakıldığında, tazminat talebinde bulunan sigortalının, sigorta teminatının kapsamına giren bir rizikonun gerçekleştiğini ispat etmesi gerekecektir. Sigortalı rizikonun gerçekleşmesi vakıasından kendi lehine hak çıkarmaktadır ve sigortalının sigorta bedeli alacağı, ancak teminat kapsamında kalan bir rizikonun gerçekleşmesi sonucunda doğabilir. Başka bir ifadeyle, sigortalı rizikonun genel olarak gerçekleştiğini ispat ederek ispat yükünü yerine getirmiş olmayacak, ayrıca istisnalar içine de girmediğini ispat edecektir. Bu ise sigortalı açısından zor bir durumu ifade eder. Sigorta sözleşmesiyle kişi, para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin meydana gelmesi halinde bunu tazmin ettirmeyi amaçlar (Bkz. TTK m. 1401/1). Tehlike meydana geldiğinde (riziko) kişi çoğu zaman zor bir durum içindedir. İşte bu zor durum içinde olan sigortalıyı, ayrıca bir de ispat zorluğu ile uğraştırmak istemeyen Kanun Koyucu, Türk Ticaret Kanunu m**.** 1409/2'de (eTTK m. 1281/2) "*Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir*." hükmüne yer vererek onun yükünü hafifletmeyi amaçlamıştır. Sonuç olarak, sigortalının sigorta sözleşmesinin konusu olan olay ya da durumun sigorta süresi içinde gerçekleştiğini ispatlaması, ispat yükünü yerine getirmiş sayılması için yeterlidir. Sigortacı, bu aşamadan sonra meydana gelen olayın kapsam dışında olduğunu iddia ediyorsa, ispat yükünü kendisi taşıyacaktır (TTK m. 1409/2, HMK m. 190/1'e göre özel bir düzenlemedir).

Aynı hüküm TTK m. 1485 gereğince, sorumluluk sigortalarına da uygulanma imkânına sahiptir. Genel şartlarda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol alarak araç kullanmak, mal sigortalarında teminat kapsamı dışında bırakılmış, sorumluluk sigortalarında ise, sigorta şirketinin sigortalısına rücu etmek imkânı tanınmıştır.

Bu çerçevede kasko sigortalarında, 11 Haziran 2013 tarihinden sonra ortaya çıkan bütün olaylarda yeni düzenlemeye göre uygulama yapılması gerekecek, sigorta şirketinin TTK m. 1409/2'deki ispat yükünü yerine getirmiş sayılması için araç sürücüsünün KTK m. 48'de belirtilen oranların üstünde alkollü olduğunu ispat etmesi yeterli sayılacaktır. Başkaca bir ispat faaliyetine girmesine, başka bir ifadeyle, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğini ispat etmesine gerek yoktur.

Trafik sigortalarında ise, anılan değişiklik 1 Haziran 2015 tarihinden sonra yapılmış sigorta sözleşmelerinin kapsamına giren ve en erken 1 Haziran 2015 tarihinden sonra meydana gelen olaylar (kaza) için uygulama alanı bulacağından, sigortacının ispat yüküne etkisi daha geç olacaktır. Buna göre, sigorta şirketinin TTK m. 1409/2'deki ispat yükünü yerine getirmiş sayılarak sigortalısına rücu edebilmesi için araç sürücüsünün KTK m. 48'de belirtilen oranların üstünde alkollü olduğunu ispat

---

8 Türk Medeni Kanunu m. 6 "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*."

etmesi yeterli sayılacaktır. Başkaca bir ispat faaliyetine girmesine gerek olmadığı gibi, ayrıca, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğini ispat etmesine de gerek yoktur.

Ancak, yapılan yeni düzenlemeden, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana gelmiş olup olmamasının, sigortacının tazminat ödeme borcuna etkisinin olmadığı sonucu çıkartılamaz. Yeni düzenlemenin etkisi sadece ispat yükünedir. Bu nedenle, sigorta şirketi, kaza yapan araç sürücüsünün KTK m. 48'de belirtilen oranların üstünde alkollü olduğunu ispat etmesi onun ispat yükünü yerine getirmiş sayılması için yeterlidir. Bu aşamadan sonra, sigortalı, alkolün kazanın meydana gelmesinde etkisi olmadığını, başka bir ifade ile kaza ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ispat ederek durumu lehine çevirebilir. Bu durumda illiyet bağının bulunmadığına ilişkin ispatsızlık riskini sigortalı/sigorta ettiren taşıyacaktır.

SONUÇ

Yukarıda ifade edildiği üzere, Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de yapılan değişiklik, Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarındaki temel gerekçelerini ortadan kaldırmıştır. Bu kararlar yıllar içinde doktrinde eleştirilmiş olmasına rağmen, uygulanmaya devam edilmiştir. Bu tartışmalara özellikle bu çalışmada girmedik, ancak artık kararların dayanağı olan hükümler yürürlükten kalkmıştır. Yürürlükten kalkmış hükümleri dayanak yaparak, eski kararlara devam edilmesi hukuki güvenliği zedeler. Yargıtay konuyla ilgili olarak yeni bir sayfa açmak durumundadır. Bu çerçevede, kasko sigortalarında 11 Haziran 2013 tarihinden sonra ortaya çıkan bütün olaylarda (kaza), trafik sigortalarında ise, 1 Haziran 2015 tarihinden sonra yapılmış sigorta sözleşmelerinin kapsamına giren ve (en erken) 1 Haziran 2015 tarihinden sonra meydana gelen olaylarda, yeni düzenlemenin uygulanması zorunludur. Buna göre, sigorta şirketinin TTK m. 1409/2'deki ispat yükünü yerine getirmiş sayılarak sigortalısına rücu edebilmesi ya da hasarı teminat kapsamından çıkarması için araç sürücüsünün KTK m. 48'de belirtilen oranların üstünde alkollü olduğunu ispat etmesi yeterli sayılacak, kazanın münhasıran alkolün etkisiyle meydana geldiğini ispat etmesine de gerek kalmayacaktır.

Ayrıca, sigorta korumasının varlığı kişiye güven duygusu da vermektedir. Bu güven duygusu kişiyi daha dikkatsiz davranmaya da itebilmektedir. Oysa, Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanarak, kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı üzerindeki hakları korunmaktadır. Bu düzenleme ile trafik güvenliği sağlanarak bu haklar üzerinde tehlike yaratabilecek fiillerin işlenmesi önlenmekte böylelikle kamu güvenliğinin korunması amacı gerçekleşmektedir.

Bu düzenlemeler, belli kişi ya da kişileri değil toplumun ortak değerlerini top-

lumsal yaşayışta bireylerin özel bir korumaya ihtiyaç duymaksızın yaşamlarını sürdürmelerini sağlamak üzere ihdas edilmişlerdir. Bu nedenle, kanunda belirtilen sınır üzerinde alkol alarak trafiğe çıkan kişi kamu ve trafik güvenliğini tehlikeye soktuğundan bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Trafik güvenliği sadece ceza hükümleri ile sağlanamaz. Alkol alarak araç kullanmak isteyen kişi, kaza yapması halinde ortaya çıkan zarara kendisinin katlanması gerektiği bilincine sahip olursa daha dikkatli olacaktır. Çünkü, "*mal canın yongasıdır*". Böylece, uygulanmanın değişen yönde gerçekleşmesi halinde, bu yolla da trafik güvenliğinin sağlanmasına da hizmet edilmiş olacaktır.

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN KISMİ SONA ERMESİ HALİNDE DENKLEŞTİRME İSTEM HAKKI

(Compensation Claims In Case of A Partially Changed Agency Contracts)

Av. Dr. Adem ŞAHİN*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu(TTK) m.122`de acentenin denkleştirme istemi düzenlenmesiyle kanundaki büyük bir boşluk doldurulmuştur. Bu madde sayesinde acenteler denkleştirme haklarını doğrudan talep edebilme imkânına kavuşmuştur. Buna göre denkleştirme istem hakkı için aranan ilk şart acentelik sözleşmenin sona ermesidir. Buna karşın acente sözleşmesinde kısmi bir değişikliğe gidilmesi halinde acentenin denkleştirme hakkı olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki uygulamada acente sözleşmesinin hukuki niteliğinden dolayı zaman içerisinde değişiklikler yapılmaktadır. Örneğin acentenin bölgesinin daraltılması, değiştirilmesi, müşteri çevresine müdahale edilmesi, ürün arzına veya acentenin ücretine ilişkin değişiklikleri sıralayabiliriz. Yapılan bu tür değişiklikler kısmi sona erme olarak nitelendirilmektedir. Bu açıdan sadece sözleşmenin sona ermesi değil, sözleşmede değişiklik yapılması halinde de somut olaya göre acentenin denkleştirme hakkının var olduğu kabul edilmelidir. Bu çalışmada acentelik sözleşmesinin kısmen sona erme hallerinde acentenin denkleştirme isteme hakkının olup olmayacağı incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Tazminat talebi, acenta, sürekli sözleşmeler, acentalık sözleşmesinde de değişiklik, acentalık sözleşmesinin sona ermesi

Abstract

By regulating the agent's claim for compensation in Art. 122 of the new Turkish Commercial Code, a huge loophole was filled. Thanks to the mentioned article, agents have reached the opportunity to claim compensation immediately. According to Art. 122 of the new Turkish Commercial Code, the first requirement for a compensation claim is that the contract has been terminated. Nevertheless, there is no legal provision for agent's compensation claims in case of a partially changed agency contract. Yet in legal practice, agency contracts are changed in

* İstanbul Barosu

the course of time. This is caused by the legal nature of agency contracts. As examples of changes, the restriction or the modification of the agency region, the adjustment of the customer environment, and the adaption of the range of goods or the agent's fee can be mentioned. Considering the legal aim and nature of compensation claims, these changes are equivalent to the termination of the contract. For this reason, this kind of changes are qualified as partial termination. From this viewpoint, the agent can claim compensation not only in the event of terminating but also in the event of changing the contract. In this work, it is examined whether the agent can claim compensation after partially terminating the agency contract.

Keywords: Claim for compensation, agency, continual contracts, changes of agency contracts, termination of agency contract

GİRİŞ

Acentenin denkleştirme istem hakkı 6762 sayılı TTK'da açık bir şekilde düzenlenmemişti. Ancak TTK m.134 geniş yorumlanarak gerek doktrin[1] gerekse Yargıtay içtihatlarıyla[2] acente sözleşmesinin fesih edilmesi halinde genel hükümler çerçevesinde acenteye tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Acentenin denkleştirme istem hakkıyla ilgili olarak ilk kanuni düzenleme, sadece sigorta acenteleri için 14.6.07 tarihli 26552 sayılı Sigortacılık Kanunu m.23/16. fıkrasında düzenlenmiştir[3]. Nihayetinde 01.07.12 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m.122`de acentenin "denkleştirme istemi" başlığı altında denkleştirme istem hakkının şartları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle tüm acente türleri[4] için denkleştirme istem hakkının yolu açılmış oldu.

Acentenin denkleştirme istem hakkı düzenlenirken özellikle 86/653 AET Yö-

---

1 Eski TTK m.134 kapsamında denkleştirme hakkı için bkz. AYAN, Özge, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, s.117 vd; SOPACI, Birgül, Sigorta Acentesinin Portföy Akçesi Hakkı, Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, 2003, s.448; KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi(Acentelik Sözleşmesi), s.157; YAZICIOĞLU, Emine, Sigorta Aracıları Hukuku I, s.235; BADAK AYBAR, Zehra, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 12, Sayı: 24, Güz 2013/2, s.172; ARKAN, Sabih, Ticari işletme Hukuku, s.219 vd; ARSLANLI, Halil, Kara Ticaret Hukuk Dersleri, Umumi Hükümler, s.205; MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasırısı, s.80; KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, s.114; ERDEM, Ercüment, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Ünal Tekinalp'e Armağan, s.91; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, s.362; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s.160; GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri, s.175; POROY/YASMAN, Ticari İşletme Hukuku, Nr.294 vd; DURAL, Ali, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları, s.303; KARASU, Rauf, Acentanın Denkleştirme Talebi, s.283.

2 İlgili Yargıtay kararı, 11. HD, 10.05.1996 tarih ve E.1996/2189, K.1996/3335 sayılı Karar; 11. HD, 20.06.1996 tarih ve E.1996/2084, K.1996/4544.

3 Sigorta acenteleri için bkz. YAZICIOĞLU, s.235; KAYIHAN, Şaban, Yeni Düzenlemeler Işığı Altında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri(Sigorta Acenteleri), Terazi Dergisi, Kasım 2008, Sa.27, s.43vd.

4 Acente türleri için bkz. KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.46 vd.

nergesi (m. 17-18)[5], Alman Ticaret Kanunu (HGB §89b)[6] ve İsviçre Borçlar Kanunu (OG §418u)[7] ve Avusturya Acentelik Kanunu (HVertG §24)[8] dikkate alınarak hazırlanmıştır. Diğer birçok avrupa ülkesinde benzer hükümler mevcuttur[9].

Acenteye denkleştirme istem hakkı sonucu ödenmesi gereken bu ücret doktirin tarafından portföy tazminatı[10], portföy akçası[11], müşteri tazminatı[12] olarak adlandırılmaktadır[13]. Alman Ticaret Kanunun §89b maddesinde ve Avusturya Acentelik Kanunu §24. Maddesinde "denkleştirme hakkı" manasına gelen "Ausgleichsanspruch" kelimesi, İsviçre Borçlar Kanunu 418u maddesin de ise "Müşteri Tazminatı" manasına gelen "Entschädigung für die Kundschaft" kelimesi kullanılmıştır. TTK m.122`nin kenar başlığında ise Almanya'daki kavram esas alınarak "Denkleştirme İstemi" olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada da kanuna uygun şekilde "denkleştirme istem hakkı" kavramı kullanılacaktır.

I. Acentenin Denkleştirme Talebi

A. Denkleştirme Talebinin Amacı ve Hukuki Niteliği

Acentenin denkleştirme istem hakkının amacı ve hukuki niteliği konusunda

---

5 Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0653:DE:HTML), Erişim T. 20.03.2016.

6 İlgili madde için, bkz. (http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__89b.html), Erişim T. 20.03.2016.

7 İlgili madde için, bkz. (http://www.gesetze.ch/sr/220/220_039.htm), Erişim T. 20.03.2016.

8 İlgili madde için bkz. (https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12036561&ResultFunctionToken=fdbbd5a5-0066-4eb3-85a6-918904ef53d0&Position=1&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=HVertrG&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisArtikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=20.03.2016&VonInkrafttretedatum=&BisInkrafttretedatum=&VonAusserkrafttretedatum=&BisAusserkrafttretedatum=&NormabschnittnummerKombination=Und&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=),Erişim T. 20.03.2016.

9 Fransa ve İtalya 'daki sistem için bkz. SOPACI, s.446 vd.

10 TEOMAN/ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku, s.655; ŞENER/EROĞLU, Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları, s.90; POROY/YASMAN, Nr.294.

11 SOPACI, Birgül, s.439; TEKİNALP, Ünal, „Türk Hukukunda Acentanın ''Portföy Akçası" Talebi", Ali Bozer'e Armağan, s.1.

12 KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.157; KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri I, s.534.

13 Kullanılan tüm farklı kavramlar için bkz. SOPACI, Birgül, s.439.

kıta avrupası hukuk sistemlerinde (Almanya[14], İsviçre[15] ve Avusturya[16]) ve Türk hukuk sisteminde[17] farklı görüşler vardır. Bu hakkın hukuki niteliği; bir zararın giderilmesini için tazminat[18], acentenin sosyal olarak korunması[19], sebepsiz zenginleşme[20] ve özel bir karşılık talebi (Vergütung) gibi değişik farklı hukuki temellere dayandırılmaktadır. Almanya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde ağır basan görüş ise bu görüşlerden sonuncusu olan özel bir karşılık talebi fikrinde birleşmektedir[21]. Buna göre denkleştirme istemini, acentenin yaratmış olduğu müşteri çevresini sözleşme sonrası müvekkile karşılıksız olarak devretmesinden dolayı özel bir karşılık talebi olduğu kabul edilmektedir. Acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra kural olarak acentenin ücret hakkı sona erer. Müvekkil ise sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra acentenin işletmeye kazandırdığı müşteriler sayesinde önemli menfaatler elde etmeye devam edecektir. Ayrıca sözleşmes sonrasında müvekkile devredilen "*müşteri çevresi*", müvekkilin ticari işletmesinin malvarlığına dâhil ekonomik bir değer olarak kaydedilir. Bu belirtilen sebeplerden dolayı somut olayın özelliklerine ve hakkaniyete göre acenteye devretmiş olduğu müşteri çevresine karşılık olarak uygun bir ücret ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir[22]. Sigorta acentelerinin denkleştirme istem hakkı ise karşılıksız olarak müvekkile devredilen portföyleridir[23].

Acentenin denkleştirme istemi, sözleşmenin haksız olarak sona erdirilmesinden kaynaklanan bir tazminat değildir. Çünkü tazminat hakkı için gerekli olan şartlardan

---

14 BRÜGGEMANN in STAUB, HGB Nr.2 zu §89b; BAUMBACH/HOPT, Handelsgesetzbuch, Nr. 1 zu §89b; SCHRÖDER, Georg; Zur Berechnung des Ausgleichanspruchs der Handelsvertreter, s.43; STÖTTER, Karin, Das Recht der Handelsvertreter, s.179; THOMAS/SCHALL, Handkommentar Handelsgesetzbuch, Nr.2 zu §89b; SOPACI, s.443.

15 CANARİS, Claus-Wilhelm, Handelsrecht Nr.98; REİTMANN/MARTİNY, İnternationales Vertragsrecht, Nr.1408; SOPACI, s.445.

16 JABORNEGG, Peter, Handelsvertreterrecht und Marklerrecht, s.3; NOCKER, Michael; Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers, s.2 ve Kommentar zum Handelsvertretergesetz Nr.1 zu § 24; TSCHUK, Anglaia, Der Ausgleichsanspruch bei Beendigung des HandelsvertreterVerhältnisses, s.2; MAES/DEMMEL, Praxiskommentar-Handelsvertretergesetz, Nr.1 zu §24.

17 AYAN, s.92 vd; . SOPACI, s.446 vd; KAYA, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, m.122, Nr.1; POROY/YASMAN, Nr. 294.; İMREGÜN,Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, s.136; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.219, TEOMAN/ÜLGEN, s.655; KARAHAN, s.362.

18 MOROĞLU, s.72; HOYNİNGEN-HUENE, Gerrick, MünchKomm, Nr.5 zu §89b.

19 LETTL, Tobias, Handelsrecht, Nr:44.

20 SCHİEFELBEIN, Gert, Der Ausgleichanspruch des Versicherungsvertreters, s.52 vd.

21 AYAN, s.106; ARKAN, s.220; ERDEM, s.91; GÖKYAYLA DEMİR, Cemile: Milletlerarası Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri(Münhasıran Bayilik Sözleşmeleri) s.248; BADAK AYBAR, s.168; BAUMBACH/HOPT, Nr. 1 zu §89b; KÜSTNER/THUME, Nr.47 vd.

22 AYAN, s.97; AKIN, İrfan: Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD, 62 (3), 2013, s.615.

23 Acentenin portföy" kavramı altında sigorta acentesinin aracılık ettiği ve akdettiği sözleşmeleri kapsamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. YAZICIOĞLU, s.238; AYAN, s.227.

kusur ve zarar şartları denkleştirme talebi için aranmamaktadır. Hatta acentelik sözleşmesi sürenin dolması, hastalık veya yaşlılık gibi sebeplerden dolayı sona erse bile müvekkilden istenebilmektedir[24]. Ayrıca acentenin TTK m.123 kapsamında rekabet yasağına uyması karşılığında sebebiyle ücrete hak kazanması, acentenin denkleştirme talep etme hakkına engel olmaz, çünkü her iki ücretin acenteye veriliş sebepleri birbirinden farklıdır[25].

Acentenin denkleştirme istem hakkınının kaynağı sebepsiz zenginleşme olarak da değerlendirilmemesi gerekmektedir[26]. Çünkü denkleştirme istem hakkının hukuki sebebi acentelik sözleşmesi sonucu devredilen müşteri çevresidir.

Acenteye denkleştirme istem hakkının verilmesindeki haklı gösterecek bir çok sebep vardır. Bunlardan en önemlisi, acente ile müvekkil arasında sözleşme sonrası bozulan ekonomik dengenin sağlanmasıdır. Bu sayede acentenin sosyal olarak korunması ve böylece acentenin durumunun iyileştirilmesi hedeflenmektedir[27].

B. Denkleştirme Talebinin Şartları

Bir acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için TTK m.122 ye göre hem şekli hem de maddi şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir[28]. Bu çalışmamızın asıl konusu şekli şartlardan sözleşmenin sona ermesidir. Bu şart hakkında gerek TTK gerekse Sigorta Kanununda herhangi bir fark bulunmamaktadır[29]. Buna göre sigorta acentesinin de denkleştirme talebinde bulunabilmesi için sigorta sözleşmesinin sona ermesi gerekmektedir. Bu başlık altında çalışmamızın daha iyi anlaşılabilmesi için, denkleştirme istem hakkının şekli ve maddi şartları hakkında kısa genel bilgiler verilecektir. Sonrasında ise acentelik sözleşmesinin kısmi sona erme halleri ve denkleştirme istem hakkı üzerinde durulacaktır[30].

---

24 AYAN, s.103, ARSLAN, m.122, Nr.11a s.232; TSCHUK, s.76; NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.199; Almanya Yargı kararı için bakınız: OLG Frankfurt 12.07.1960(NJW 1961, Heft 11, s.54)

25 YILMAZ, Asuman, Yeni Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa.2012/2, s.327.

26 HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.6 zu §89b; AYAN, s.83.

27 Denkleştirme istem hakkının amacı hususunda bkz. AYAN, s.92; SOPACI, s.441 vd.

28 DOĞRUSÖZ, Bumin/ ONAT, Öznur/ TUNÇER TÖRALP, Funda, Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, TTK m.122 gerekçesi, s.241.

29 Sigorta acenteleri denkleştirme istem hakkını kazanabilmesi için öncelikli olarak sigortacılık kanunundaki şartları gerçekleştirmeleri gerekmektedir (Sigortacılık Kanunu 23/16). Buradaki şartlar TTK m.122 ile uyumlu olup, sigortacılık kanunda hüküm bulunmayan durumlarda genel hüküm niteliğindeki TTK m.122 sigorta acenteleri için de uygulanır.

30 KAYIHAN, Sigorta Acenteleri, s.54.

1. Şekli Şartlar

a. Sözleşmenin Sona Ermesi

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için her şeyden önce müvekkille aralarındaki acentelik sözleşmenin sona ermesi gerekmektedir[31]. Ancak her sona erme hali acenteye denkleştirme hakkı vermemektedir. Bu sebeple sözleşme denkleştirme hakkı verecek nitelikte sona erme ermelidir.

Acente sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen sui generis sürekli bir iş görme sözleşmesidir (Geschäftsbesorgungsvertrag)[32]. Bu sözleşmeyi öncelikle taraflar anlaşarak sona erdirebilirler[33]. Bu durumda acentenin denkleştirme hakkının doğup doğmayacağı doktirinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre sözleşmenin anlaşarak sona ermesi halinde hadenkleştirme istem hakkının olmayacağı yönündedir[34]. Buna karşın sözleşmede açıkça denkleştirme hakkı saklı tutulmuş ise bu hakkın daha sonra talep edilebileceğini savunan görüşler de mevcuttur[35]. Katıldığımız diğer görüşe göre ise[36]; sözleşmenin anlaşarak sona erdirilmesi halinde – teklif hangi taraftan gelirse gelsin - denkleştirme istem hakkını ortadan kaldırmaz. Çünkü anlaşarak sona erme halinde de acente müvekkiline müşteri çevresini devretmektedir. Önemli olan sözleşmenin sona ermesidir, nasıl sona erdiği değildir. Bu açıdan acentenin herhangi bir kusuru yoksa ve diğer şartlar da mevcutsa acente denkleştirme talebinde bulunabilecektir. Ancak taraflar açıkça denkleştirme isteminden vazgeçtiğini belirtilirse denkleşme talebinde bulunamaz[37].

Bir diğer sona erdirme yolu ise TTK m.121/1 göre sözleşmenin fesih edilmesidir. Fesih, sözleşme ilişkisini ileriye dönük sona erdirmeye yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hak tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılır[38]. Belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmesini, taraflardan her biri üç ay önceden ihbarda bulunmak şartıyla feshedebilir. Sözleşme belirli bir süre için yapıl-

---

31 Sözleşmenin sona ermesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.218 vd; AYAN, s.147 vd; KARASU, s.290vd; YAZICIOĞLU, s.219vd; AKIN, s.616; BADAK AYBAR, s.176.

32 Acente sözleşmesinin hukuki niteliği için bkz. KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.86; AYAN, s.25.

33 EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1258.

34 BAUMBACH/HOPT, Nr.53 zu §89b; STÖTTER, s.183 vd.

35 AYAN, s.154.

36 BRÜGGEMANN in STAUB, HGB Nr.14 zu §89b; WESTPHAL, Bernd, Vertriebsrecht, Handelsvertreter, Band I, Nr.904; VİEHBÖCK, Günther, Der Ausgleichanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, s.21vd; KÜSTNER/THUME, Nr.337; Avusturya doktirini ve yargı kararları için: NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.146; TSCHUK, s.13; Urteil vom BGH 13.3.1969, NJW 1969, s.1023.

37 MARTİNEK/SEMLER/HABERMEİER, Handbuch des Vertriebsrecht, Nr.79-80 zu §12.

38 EREN, s.1259.

mış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için ya acente sözleşmeyi haklı sebebe dayanarak fesih etmeli ya da müvekkil bu sözleşmeyi haklı bir sebep olmaksızın fesih etmiş olmalıdır. Acente müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme talebinde bulunamaz (TTK m.122/3).

Acentelik sözleşmesi ayrıca acentenin veya müvekkilin iflası[39], ölümü[40] (veya tüzel kişiliklerin sona ermesi), kısıtlanması hallerinde ve süreli sözleşmelerde sürenin dolması gibi durumlarda da sona erer (TTK m.121/3). Diğer şartlar varsa bu sona erme hallerinde de acetentenin denkleştirme istem hakkı olacaktır[41].

Sözleşmenin yok hükmünde olması, butlanla batıl olması ve iptal edilmesi halinde acentenin denkleştirme istem hakkının olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Sözleşmenin *yoklukla malul olması halinde* bir görüşe göre; ortada bir sözleşme olmamasına rağmen acente faaliyetleri ile müvekkile katkı sağladığı ve bu vesile ile bu tip sözleşmelerde denkleştirme isteminde bulunabileceği kabul edilmektedir[42]. Kabul edeceğimiz diğer görüşe göre ise; var olmayan bir sözleşmeye dayanarak denkleştirme isteminde bulunulamaz[43]. Çünkü yokluk halinde ortada bir sözleşme olmadığından dolayı buna hukuki bir sonuç bağlanamaz. Yokluğun butlandan farkı, yokluğun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı gerekçesiyle engellenememesidir[44]. Bu açıdan herkes yokluğu ileri sürebilir. Acente, bu durumda kanaatimizce şartların varlığı halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre zararlarını talep edebilir.

Acentelik sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız butlan sebebiyle de geçersiz olabilir. Sözleşmenin butlanla geçersiz olması halinde tarafların borçlarını ifa etmesi sözleşmeyi geçerli kılmaz[45]. Ancak sürekli borç doğuran sözleşmelerde taraflar borçlarını ifa etmeye başlamışlarsa, hükümsüzlük kurallarının uygulanması bazı problemleri

---

39 Acentenin kusurlu iflas etmesi halinde denkleştirme talebinde bulunmaz; bkz. AYAN, s.153; AKIN, s.618; KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.226-

40 KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.225; TBK m.513/1 göre müvekkilin ölümü halinde acente, müvekkilin mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar işlem yapmaya devam eder. Detaylı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s.1190.

41 KAYA, m.122, Nr.11b vd; KARASU, s.290 vd.; AYAN, s.151 vd.; AKIN, s.618.

42 KÜSTNER/THUME, Nr.418 vd; NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.258 vd; LETTL, Nr.46; AYAN, s.149.

43 CANARİS, Nr.120; HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.34 zu §89b; BAUMBACH/HOPT, Nr. 8 zu §89b.

44 OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, s.177.

45 OĞUZMAN/ÖZ, s.178.

beraberinde getirir. Bu sebeple acente, fiili sözleşme teorisinden[46] yararlanarak sözleşmenin kanuna aykırı olmayan hükümleri ve kanun hükümleri uygulanarak haklarını talep edebilir[47]. Acentelik sözleşmesi de sürekli borç doğuran bir sözleşme olmasından dolayı butlanla sakat olması halinde, acente diğer şartların varlığı halinde denkleştirme istem hakkını talep edebilir.[48]

Acentelik sözleşmesinin hata, tehdit, hile ve gabin gibi sebeplerden dolayı iptal edilmesi halinde ise yargı kararlarına ve doktrine göre acentenin denkleştirme istem hakkının doğacağı kabul edilmiştir[49]. Ancak sözleşmenin iptaline acente sebep olmaması gerekmektedir[50].

Acentelik sözleşmesinin devir edilmesi durumda ise denkleştirme istem hakkının ne olacağına ilişkin kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Ticaret Kanunu §89b/3 fıkrasının 3. bendin de açıkça denkleştirme hakkını ortadan kaldırmıştır. Çünkü devir sözleşmesiyle sadece taraflar değişmekte, sözleşme ise devralan kişiyle devam etmektedir. Devreden acente, devir işlemleri kapsamında devir alan kişiden zaten bir karşılığını (Devir ücreti) almaktadır. Bunun yanında ekstra olarak denkleştirme isteminde bulunamaz. Kanunumuzda bu tarz bir kısıtlama yoktur. Ancak genel ilke ve hükümler dikkate alındığında bu hükmün ülkemizde de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz[51]. Netice olarak acentelik sözleşmesinin devredilirken acente bir karşılık alınmasına rağmen devir sözleşmesinde denkleştirme talep hakkı açıkça düzenlenmemişse, acentenin denkleştirme hakkı olacağını savunan görüşler de mevcuttur[52]. Eğer karşılık olarak hiç bir menfaat alınmadıysa hakkaniyet gereği acentenin denkleştirme talep hakkı hususunda doktrin hemfikirdir.

b. Denkleştirme İstem Hakkının Talep Edilmesi

Acente denkleştirme istem hakkını, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir (TTK m.122/4). Bu sürenin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Alman hukuk sisteminde bu süre hak düşürücü süre olarak

---

46 OĞUZMAN/ÖZ, s.41.

47 EREN, s.295; OĞUZMAN/ÖZ, s.185.

48 AYAN, s.150.

49 EVERS, Jürgen, Die Nichtigkeit von Handelsvertretervertragen, s.1371; SCHERER, Martin, Ausschluss von Ausgleichsansprüchen des Handelsvertreter, s.1709 vd; HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.33 zu §89b; HERBERT, Manfred, Neues zum Ausgleichanspruch des Handelvertrers, BB, 1997, 1317 vd; BGH 3.5.1995, BB 1995, s.1437. Farklı görüşler için bkz. CANARİS, Nr.256.

50 AYAN, s.150.

51 Benzer görüşler için bkz. AYAN, s.164; KAYA, m.122, Nr.11g; KARASU, s.308.

52 AKIN, s.619.

kabul edilmiştir[53]. Türk hukuk sisteminde ise bir görüşe göre; bir yıllık sürenin niteliğini zamanaşımı süresi olarak kabul etmiş ve bu sürenin bir yıl değil de, genel zamanaşımı süresine uyumlu olarak beş yıl olması gerektiğini ifade etmiştir[54]. Diğer bir görüşe göre ise; bu süre denkleştirme istem hakkının niteliği dikkate alarak hak düşürücü süre olduğu ve aynı zamanda beş yıllık dava zamanaşımı süresine tabi olacağını belirtmiştir[55]. Oysaki sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkı hak düşürücü süreye bağlanamaz[56]. Bir yıllık sürenin zamanaşımı olması halinde ise; süre olarak genel zamanaşımı süresinden farklı olması, zamanaşımının kesilmesi ve durması gibi özellikleri denkleştirme istem hakkının niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu süreyle acenteye denkleştirme hakkı kullanabilmesi için ihbar külfeti yüklemiştir[57]. Bu süre içerisinde acente denkleştirme talebini müvekkile bilmek zorundadır. Bildirim yapıldıysa denkleştirme isteminin dava edilmesi için acentelik sözleşmelerinde geçerli olan genel zamanaşımı süresi olan beş yıllık süreye (TBK. 147/5) tabi olması gerekir[58].

Bu bir yıllık sürenin acente lehine sözleşmeyle uzatılabileceği kabul edilebilir[59]. Denkleştirme isteme hakkının ileri sürülmesinin şekli hakkında kanunumuz herhangi bir şartı öngörmemiştir.

2. Maddi Şartlar

a. Müvekkilin Önemli Menfaatler Elde Etmesi

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için müvekkilin, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesi gerekmektedir (TTK m.122/1). Acente her şeyden önce kendi çabasıyla müvekkiline "yeni müşteri" kazandırmış olmalıdır. Yeni müşteri kavramı geniş yorumlanmıştır. Buna göre acentenin sözleşme süresince yapmış olduğu faaliyetler sayesinde, müvekkilin daha öncesinde herhangi bir hukuki ilişkisi olmayan kişileri gerek doğrudan gerekse dolaylı yollardan müvekkile kazandırdığı müşteriler "yeni müşteri" olarak kabul edilir[60]. Müvekkilin irtibatını kestiği eski

---

53 HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.204 zu §89b; BAUMBACH/HOPT, Nr.65 zu §89b.

54 AYAN, s.222 vd.

55 KARASU, s.291.

56 OĞUZMAN/ÖZ, s.590 vd.

57 KAYA, m.122, Nr.17.

58 KAYA, m.122, Nr.17.

59 BADAK AYBAR, s.181.

60 HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.58 zu §89b; BAUMBACH/HOPT, Nr. 12 zu §89b; NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.280; AYAN, s.168 vd.; KAYA, m.122, Nr.12a; KARASU, s.292.

müşterilerle yeniden müvekkile kazandırılması veya var olan müşterileriyle iş bağlantısının pekiştirilmesi halinde de, bu müşteriler yeni müşteri olarak değerlendirilir[61]. Yeni müşteri kabul edilenlerin sürekli olarak müvekkille iş bağlantılarını devam ettirmelidirler (daimi müşteri, sadık müşteri[62]-Stammkunde)[63]. Bir defaya mahsus, tesadüfi olarak hukuki işlem yapılan müşteriler üzerinden müvekkilin önemli bir menfaat elde etmesi söz konusu olmayacaktır. Daimi müşteri vasfını kazanmayan yeni müşteriler denkleştirme istemi açısından dikkate alınmaz. Yeni müşterilerin, daimi müşteri vasfını kazanıp kazanmadığı her somut olayın özelliklerine belirlenmektir[64].

Acentenin denkleştirme istem hakkı kazanabilmesi için ayrıca, müvekkilin bu yeni müşteriler sayesinde sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da "*önemli menfaatler*" elde etmesi gerekmektedir. Doktrin hakkaniyet açısından müvekkilin yeni müşteriler sayesinde menfaat elde etmesi yeterli görülmektedir[65]. Gerçekten "Önemli" kelimesi acente aleyhine denkleştirme istem hakkını sınırlandıran bir kavramdır. Acenteye bu hakkın verilmesindeki amaçları dikkate alındığında menfaat elde etmesi kâfi görülmelidir. Müvekkilin menfaat sağlayıp sağlamadığını tespit ederken müvekkilin sözleşme sonrası acentenin devretmiş olduğu müşteri çevresiyle ticari ilişkiye devam edip etmediği belirlenmelidir. Daha sonra müvekkil bu müşterilerle somut olayın özelliklerine göre makul süre içerisinde hukuki işlem yapıyorsa, müvekkil bunlar üzerinden menfaat elde ettiği kabul edilmektedir. Acentenin müşteri kazanmadaki rolünün hakkaniyetli bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir[66]. Özellikle ürünün tanımışlığı ve pazar şartları gibi tüm unsurlar birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir[67]. Netice olarak acentelik sözleşme öncesi ve sonrası arasında müvekkilin ticari işlem kapsamında bir farklılık varsa, müvekkilin önemli

---

61 AYAN, s.170; DURAL, s.308; AKIN, s.620; KAYA, m.122, Nr.12b; Bayilik sözleşmeleri için bkz. ŞENOL, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, s.255. HOYNİNGEN-HUENE, MünchKomm, Nr.59 zu §89b; BAUMBACH/HOPT, Nr. 12 zu §89b; NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.281.

62 AKIN, s.621.

63 AYAN, s.171; KAYA, m.122, Nr.12d.

64 AKIN, s.618.

65 KARASU, s.294; KAYA, m.122, Nr.12ı; AYAN, s.177; Aksi görüşler için bkz. BADAK AYBAR, s.184.

66 AKIN, s.623.

67 Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin gözardı edilmesini, "yeni" müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve "hakkaniyet" unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da "yeni" müşteriler edinmesi gayretle olur. Markanın tanıtılması kadar, kendisine yönelme sağlanması ve yönelmenin korunması da gayretle olur, DOĞRUSÖZ/ ONAT/TUNÇER TÖRALP, TTK m.122 gerekçesi, s.241.

menfaat elde ettiği kabul edilir[68]. Eğer müvekkil objektif veya subjektif bir sebeple müşterilerle işlem yapmamasından dolayı menfaat elde etmezse acentenin değiştirme talep hakkı olmayacaktır[69].

c. Acentenin Ücret Hakkını Kaybetmesi

Acentenin denkleştirme isteminde bulunabilmesi için sözleşme ilişkisinin sona ermesinden dolayı, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybetmesi gerekmektedir (TTK m.122/1–b)[70]. Buradaki ücret kaybı hiçbir şekilde acente sözleşmesi süresince yapılan aracılık faaliyeti veya sözleşmelerden kaynaklanan ücret hakkının kaybı değildir. Yeni müşteriler için sözleşmenin sona ermesinden sonra bir şekilde ücret ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülemez[71].

Acentenin ücret kaybı hesap edilirken acentenin faaliyetlerinden kaynaklanan kök ücret esas alınacaktır[72]. Bunun dışındaki acenteye verilen diğer ücretler; tekel hakkından doğan ücretler (Bezirksprovision), para tahsili, malların teslimi ve muhafazası ve yönetim hizmetleri gibi faaliyetler dolayısıyla verilen ücretler, faizler hesaba dâhil edilemez[73]. Ücret kaybının miktarının tespitinde kural olarak sözleşmenin sona ermesinden son bir yıl içerisindeki acentenin aldığı ücret dikkate alınacaktır[74]. Ancak son bir yıl içerisinde olağanüstü değişiklikler varsa daha uzun bir zaman dilimi esas alınabilir[75].

d. Hakkaniyet

Acentenin denkleştirme talep edebilmesi ve denkleştirme miktarının belirlenmesi için aranan diğer şart da talebin hakkaniyete uygun olması gerekmektedir (TTK m.122/1-c). Hakkaniyet şartı ancak diğer şartlarla birlikte var olduğu müddetçe acente denkleştirme talebinde bulunabilir[76]. Hakkaniyet değerlendirmesi yapı-

---

68 KARASU, s.295. Sigorta acentelerinde menfaat kavramı için bkz. AYAN, s.230.

69 Detaylı bilgi için bkz. AYAN, s.174 vd; AKIN, s.622.

70 Sigortacılık kanunu bu şartı zikretmemesine rağmen, TTK. m.122 dikkate alındığında ücret kaybının bu acenteler için aranması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. AYAN, s.233.

71 DOĞRUSÖZ/ ONAT/TUNÇER TÖRALP, TTK m.122 gerekçesi, s.241.

72 DOĞRUSÖZ/ ONAT/TUNÇER TÖRALP, TTK m.122 gerekçesi, s.241; KAYA, m.122, Nr.13a; KARASU, s.298.

73 DOĞRUSÖZ/ ONAT/TUNÇER TÖRALP, TTK m.122 gerekçesi, s.241; KAYA, m.122, Nr.13a; KARASU, s.298.

74 BAUMBACH/HOPT, Nr. 29 zu §89b; AYAN, s.186

75 BAUMBACH/HOPT, Nr. 29 zu §89b.

76 AYAN, s.190; YAZICIOĞLU, s.239;

lırken her somut olayın sadece acentelik sözleşmesiyle doğrudan ilgili olan özellikleri dikkate alınır. Örneğin; acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtma, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları gibi sözleşme ile doğrudan bağlantılı özellikler hakkaniyetin tespitinde dikkate alınır. Acentenin şahsi, sosyal ve ekonomik durumu hiçbir şekilde denkleştirme konusunda dikkate alınmaz[77].

C. Denkleştirme Hakkının Hesaplanması ve Vazgeçilmezliği

Acentenin denkleştirme talep hakkı doğduktan sonra müvekkilin ödeyeceği ücretin belirlenmesi gerekmektedir. Kanununda bu ücretin nasıl hesap edileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Doktrine göre öncelikli olarak müvekkilin menfaati, sonra ise acentenin kaybı hesap edilip hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapılmalıdır[78]. TTK m.122/2'de sadece ödenecek olan bu ücretin üst sınırını belirlemiştir. Buna göre; acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.

Denkleştirme istem hakkından önceden vazgeçilemez (TTK m.122/4). Kanunumuzun gerekçesine göre; bu talepten acente sözleşmesinin yapılmasından sonra feragat edilmesi, hile düzeyinde olmamak veya kanunu dolanmak anlamı taşımamak şartıyla geçerlidir. Ancak bu halde de acentenin, tehdit, dayatma veya benzeri zorlamalarla bu hakkından vazgeçip geçmediği özenle araştırılmalıdır[79]. Müvekkilin acentenin denkleştirme hakkını ortadan kaldıracak her türlü ön ödeme altında girişimleri de geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmiştir[80].

D. Tek Satıcılık ve Benzeri Tekel hakkı Veren Sürekli Sözleşmelere Uygulanması

Acentenin denkleştirme istem hakkı hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacağı TTK m.122/5 kabul edilmiştir[81]. Çünkü tek satıcılık sözleşmesi (alleinvertretungsvertrag) hukuki niteliği bakımından acente sözleşmesine çok ben-

---

77 KARASU, s.299.

78 AYAN, s.193 vd; KARASU, s.300; AKIN, s.627; BADAK AYBAR, s.188.

79 Acente sözleşmesinin yapılmasının, gizli bir anlaşma ile, bu talepten daha sonra vazgeçilmesi şartına bağlanması veya bu sonucu doğuracak bir düzenin kabulü, hükmün dolanılmasıdır. Bkz DOĞRUSÖZ/ ONAT/TUNÇER TÖRALP, TTK m.122 gerekçesi, s.241.

80 AKIN, s.633.

81 ORMANCI -ALTINOK, Pınar, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesi 22 mayıs 2008 tarihli kararı üzerine Düsünceler, AÜHFD 2009- C.58, Sa.3, s.451; AYAN, s.110; İŞGÜZAR, s.160.

zemektir[82]. Tek satıcının denkleştirme talep edebilmesi için üreticinin satım organizasyonunda dâhil olması[83], sözleşmenin sona ermesi ve müşteri çevresini üreticiye devretmesi gerekmektedir[84]. Tek satıcı sözleşmenin sona ermesiyle müşterilerin ad ve adreslerini veya müşteri portföyünü sağlayıcıya devretmekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca tek satıcının tekel hakkına sahip olması gerekmektedir[85]. "Tekel hakkı veren" ifadesi tasarıda mevcut değilken, kanunlaşma sürecinde eklenmiştir. Denkleştirme istem hakkı tek satıcılıktan başka yine tekel hakkı veren örneğin franchise sözleşmelerine de uygulanacağı kabul edilmiştir[86]. Maddenin metnine bakıldığında "tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerin" ifadesinden sanki denkleştirme hakkı sadece tekel hakkı olan acenteler için öngörülmüş gibi algılanmaktadır[87]. Ancak denkleştirme istem hakkının şartlarında baktığımızda kanun koyucu acenteler için böyle bir ayrım yapmadığını görmekteyiz[88].

II. Kısmi Sona Erme Halinde Denkleştirme İstemi

A. Genel olarak

Acentenin denkleştirme istem hakkı yukarıda ifade edildiği gibi sözleşmenin bütün olarak sona ermesine bağlanmıştır. Buna karşın acente sözleşmesinde kısmi sona erdirilmesi veya değişikliğe gidilmesi halinde acentenin denkleştirme hakkı olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki acentelik sözleşmesi kira, hizmet sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Zamanla değişen şartlara göre sözleşmenin bazı maddelerinde değişikliğine gidilebilmekte veya bazı hükümlerinin kaldırılma ihtiyacı doğmaktadır. Yapılan bazı değişiklikler, denkleştirme istem hakkının hukuki amacı ve niteliği dikkate alındığında sözleşmenin sona ermesiyle eş manaya gelmektedir. Bundan dolayı bu tür değişiklikler kısmi sona erme olarak nitelendirilmektedir. Kıta Avrupası doktrininde acentelik sözleşmesinde yapılan bu kısmi sona erdirme hallerinde de acentenin denkleştirme istem hakkının doğacağı kabul edilmiştir[89].

---

82 KAYIHAN, Acentelik Sözleşmesi, s.73 vd.; İŞGÜZAR, s.14; GÖKYAYLA DEMİR, s.7; KARASU, s.310.

83 İŞGÜZAR, s.72; ORMANCI -ALTINOK, s.468; GÖKYAYLA DEMİR, s.251 vd; BADAK AYBAR, s.195.

84 AYAN, s.112 vd; BADAK AYBAR, s.194; GÖKYAYLA DEMİR, s.258; ORMANCI -ALTINOK, s.468.

85 GÖKYAYLA DEMİR, s.266.

86 AYAN, s.116 vd.

87 GÜRZUMAR, s.177; KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, s.194; BADAK AYBAR, s.194.

88 Aynı yönde bkz. GÖKYAYLA DEMİR, s.266.

89 JABORNEGG, s.440; NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.230; MAES/DEMMEL, Praxiskommentar-Handelsvertretergesetz, Nr.40 zu § 24; HOFMANN, Günther: Der Ausgleichanspruch der Handelsvertreter, 33; Yargı kararları için bkz. Urteil OLG Bamberg 30.05.1958, NJW, 58, s.1830.

Aşağıda acentelik sözleşmesinin uygulamada kısmi olarak sona erdirilme şekilleri ve uygulamada karşımıza çıkabilecek örnekleri inceleyerek, yapılan bu değişikliklerin acentenin denkleştirme istem hakkına sebep olup olmadıkları irdelenecektir.

E. Sözleşmede Anlaşarak Kısmi Değişiklik Yapılması

Kural olarak taraflardan biri, karşı tarafın rızası olmaksızın sözleşmede değişiklik yapma yetkisi yoktur. Sözleşmenin sona ermesi konulu başlıkta ifade ettiğimiz gibi her iki taraf ancak anlaşmak suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırabilirler veya mevcut sözleşme şartlarını değişiklik yapabilirler[90]. Anlaşmak suretiyle mevcut sözleşme şartlarında değişiklik yapılabileceği gibi bazı şartların tamamen ortadan kaldırılması da söz konusu olabilir. Hatta sözleşmeye yeni bir madde eklenmesi dahi mümkündür. Bu tarz değişiklikleri öncelikle ek bir sözleşmeyle yapabilirler. Örneğin acenteye yeni ürünlerde ve yeni bölgeler için temsil yetkisi verilmesi veya bu yetkinin daraltılması, acenteye antrepo (Auslieferungslager), müşteri hizmetleri ve bakım-onarım (servis) işlerinin idare edilmesinin verilmesi veya bunların acentenin elinden alınarak ortadan kaldırabilirler[91].

Sözleşmede kısmi değişiklik yapmak için başka bir metot ise değişiklik talebini içeren fesih ihtarıdır (Änderungskündigung)[92]. Buradaki asıl amaç sözleşmeyi sonra erdirmek değildir. Buna göre sözleşmede değişiklik yapmak isteyen taraf ihbar süresi içerisinde karşı tarafa sözleşme değişikliğini kabul edilip etmeyeceğini, aksi takdirde sözleşmeyi fesih edeceği hususunda değişiklik ihbarında bulunabilir. Bir nevi karşı tarafı anlaşmaya sevk etme yöntemi diyebiliriz. Eğer sözleşme değişikliği teklifi kabul edilirse, sözleşme sona ermeyecek bilakis değişmiş şartlarda devam edecektir. Böyle bir değişiklik feshi, genel fesih hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Her iki durumda da taraflar karşılıklı olarak sözleşmede değişiklik yapılan kısımdan dolayı borçlu ve alacaklı sıfatını kaybederler. Ancak yapılan değişiklik sözleşmenin bütününü sona erdirmeyecektir. Dolayısıyla denkleştirme istem hakkı için gerekli olan sözleşmenin sona erme şartı gerçekleşmediği için, acente kural olarak değiştirme isteminde bulunamayacaktır[93]. Ancak sözleşmede yapılan değişiklikler sözleşmenin temel esaslarını değiştiriyorsa, sözleşmenin kısmi sona erme hali söz konusu olur. Bu durumda diğer şartları varlığı halinde acentenin denkleştirme hakkı doğa-

---

90 KÜSTNER, Wolfram, Änderung der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch Handelsvertreterverhältnis, s.975 vd; Urteil BGH, 06.10.1999, BB 2000, s.60 vd.

91 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.231.

92 Tek satıcılık sözleşmesinde benzer durum için "değiştirme amaçlı fesih" kavramını kullanılmıştır., bkz. GÖKYAYLA DEMİR, s.185.

93 SCHRÖDER, Georg, Änderungen der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis, s.975.

caktır[94]. Dikkat edilmesi gereken bir diğer hususta yapılan değişikliğin acentenin aleyhine olması gerekmektedir. Yapılan değişiklik sonrası örneğin acente bölgesinin daraltılması, değiştirilmesi gibi durumlarda acente müvekkile yeni ve sürekli müşterilerini devrediyorsa; müvekkil de bu müşteriler üzerinden menfaat elde etmeye devam ediyorsa acentenin denkleştirme isteme hakkına sahip olacaktır.

F. Sözleşmenin Tek Taraflı Kısmen Sona Erdirilmesi

Taraflardan biri sözleşmenin bir kısmını fesih yoluyla sona erdirmesi hukuken mümkün değildir. Çünkü karşı tarafın kabul etmeyeceği bir söyleşmeyi zorla kabul ettirmek söz konusu olamaz[95]. Fesih ancak sözleşmenin bütününe ilişkin olabilir. Ancak taraflar sözleşme yaparken ileride sözleşmenin bazı maddelerine ilişkin tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisini saklı tutmuş olabilirler. Genel olarak sözleşmenin güçlü tarafı sözleşmede bu hakkı saklı tuttuklarını görmekteyiz. Eğer acentelik sözleşmesinde müvekkil bu yetkiye dayanarak tek taraflı olarak sözleşmenin önemli maddesinde değişlik yaparsa veya bazı maddeleri ortadan kaldırırsa acentenin denkleştirme istem hakkı somut olaya göre söz konusu olabilir[96].

G. Uygulamada Kısmen Sona Erme Halleri

1. Acentenin Bölgesinin Daraltılması

Acente faaliyetlerini belirli bir yer veya bölge içinde icra edebilir[97]. Bu açıdan baktığımızda acente sözleşmesinde yapılabilecek en önemli değişiklerden birisi acenteye ihdas edilen bölgesinin sınırlarının daraltılmasıdır[98]. Böyle bir değişiklik ancak tarafların karşılıklı anlaşmalarına, değişiklik feshine veya taraflardan biri kısmi fesih hakkını sözleşmeyle saklı tutması halinde mümkündür.

Müvekkil ticari, ekonomik ve faaliyet politikası çerçevesinde acentesinin bölgesinin daraltılma yoluna gidebilir. Örneğin İstanbul'un tümünde yetkili kılınınmış bir acentenin, değişen şartlar gereğince İstanbul'un sadece Avrupa yakasıyla sınırlandırabilir. Böyle bir değişikliğin yapılması halinde acente belirli oranda müşterilerini kaybedecek ve müvekkil de bu müşteriler üzerinden menfaat elde etmeye devam edecektir[99]. Sigorta acentelerinde ise acentenin bölgede yapılan değişikle portfö-

---

94 TSCHUK,. s.20.

95 KREJCİ in Rummel, AGBG III, §1158ff, Nr.54; Tek satıcılık sözleşmesinde benzer durum için bkz. GÖKYAYLA DEMİR, s.185.

96 NOCKER, Kommentar-HVG, Nr.503.

97 Tek satıcılık sözleşmesi için bkz GÖKYAYLA DEMİR, s.18.

98 BRÜGGEMANN in STAUB, HGB Nr.23 zu § 89b; WESTPHAL, Nr.920.

99 Bu konuda *Schröder* denkleştirme hakkını saklı tutarsa ancak sözleşmenin bütün olarak sona ermesi halinde talep edebileceğini savunmaktır. Eğer hakkını saklı tutmaz ise acente denkleştirme

yünde bir azalma olacaktır[100]. Acentenin bu değişiklikten dolayı denkleştirme istem hakkı kazanabilmesi için; acente tarafından müvekkile kazandırılan yeni ve daimi müşterilerin veya ticari işlerin pekiştirildiği eski müşterilerin acentenin yetkisinden çıkarılmış olan bölgede ikamet etmeleri (Wohnsitz) gerekmektedir[101]. Bu şart gerçekleşmediği takdirde, acentenin herhangi bir ücret kaybı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca müvekkil de bu müşteriler üzerinden önemli menfaatler ediyorsa acente denkleştirme talebinde bulunabilir[102].

Acentenin tekel hakkı, yetkili olduğu bölgenin bir kısmından kaldırılırsa, yani tekel hakkı bölgesel daraltılırsa denkleştirme istem hakkı olacak mıdır? Acenteye tahsis edilen bu bölge, acente sözleşmesinin asli unsurlarındandır ve aksi kararlaştırılmadıysa acentenin tekel hakkı (inhisar) vardır[103]. Kural olarak denkleştirme istem hakkı acentenin tekel hakkına bağlı değildir. Acentenin tekel yetkisi kısmen elinden alınması halinde, ilgili bölgede acentelik faaliyetlerine tekel hakkı olmadan devam edecektir. Müvekkil bizzat kendisi veya yeni bir acentesi, bu kısmi değişikliğin yapıldığı ilgili bölgede acentenin yeni müşterilerini devralırsa ve müvekkil bu müşteriler üzerinden menfaat de elde ederse acentenin denkleştirme istem hakkı söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

Acentenin bölgesindeki yapılan daraltmanın büyüklüğü veya küçüklüğü denkleştirme istem hakkı kazanıp kazanmadığı konusunda önem arz etmemektedir[104]. Ancak acentenin elinden alınan bölgenin oranı, denkleştirme istem hakkının hesaplanmasında dikkate alınmak zorundadır[105]. Daha sonra sözleşmenin tamamen sona erdirilmesi halinde, kısmı sona erme sebebiyle ödenen denkleştirme miktarı göz önünde tutulur[106].

3. Acentenin Bölgesinin Değişmesi

Acentenin bölgesinin tamamen değiştirilmesi denkleştirme istem hakkı için

---

istemem hakkını kaydedecektir, bkz. SCHRÖDER, Georg, Änderungen der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis, s.976.

100 YAZICIOĞLU, s.190.

101 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.237.

102 Urteil OLG Nürnberg 18.09.1958, BB, 58, s.1151.

103 Kapsamı bakımından inhisar hakkı bir bölgeye ilişkin olabileceği gibi, belirli bir müşteri grubu olabilir. Acentecilik, tek satıcılık ve Franchising sözleşmelerinde tekel kaydı kavramı için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin: İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Hukuk Dergisi, Sayı 18, 2004, (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fRekabet%2bDergisi%2fdergi18.pdf), Erişim T. 20.03.2016.

104 KÜSTNER/THUME, Nr. 281.

105 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.239.

106 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.240.

önemli bir kısmi sona erme halidir. Bölge değişikliği, acentenin bölgedeki faaliyetlerini ya tamamen yeni bir bölgeye veya daha önce başka bir acente tarafından idare edilen bir bölgeye aktarılması şeklinde ortaya çıkabilir[107]. Böyle bir değişiklik Alman yargı kararlarında bu tür değişikler esaslı değişiklik olması nedeniyle, sözleşmenin sona ermesiyle eş değer de kabul edilmiştir[108]. Çünkü acente bir önceki bölgedeki müşterilerini müvekkile devredecek ve müvekkil bu müşteriler sayesinde önemli menfaatler elde edebilecektir. Buna karşılık acente, değişiklik sebebiyle önceki faaliyet bölgesi üzerinden hiçbir ücrete hak kazanmayacaktır. Bu sebeple acente diğer şartların varlığı halinde denkleştirme hakkı kazanacaktır[109].

4. Acentenin Müşteri Çevresine Müdahale Edilmesi

a. Müvekkilin Acenteden Kendi Müşterisini Geri Alması

Uygulamada karşımıza çıkacak örneklerden bir tanesi de müvekkilin acentenden bazı müşterilerini geri devralmasıdır. Müvekkil, sözleşme kurulurken veya sözleşme devam ederken acenteye yetkili olduğu bölgede ikamet eden bazı müşterilerini ilgilenmesi için devredebilir. Daha sonra da bir sözleşme değişikliğiyle müvekkile ait bu eski müşteriler acentenin elinden geri alınabilir[110]. Acentenin bu müşterilerin bulunmasında herhangi bir katkısı olmadığından dolayı kural olarak denkleştirme istem hakkı söz konusu olmayacaktır. Ancak acente bu müşterilerle önceden var olan ticari ilişkilerini önemli derecede geliştirmesi ve pekiştirmesi halinde denkleştirme istem hakkı doğacaktır[111]. Ticari ilişkilerin eskiye nazaran daha da geliştirdiğini ispat etme yükümlülüğü acenteye aittir. Aksi takdirde acente mahrum kalmış olduğu ücreti sebep göstererek bu müşteri kitlesinin daha sonradan elinden alınmasından dolayı denkleştirme talebinde bulunamaz.

Ayrıca acenteye bölgesel değil de belirli bir müşteri grubu üzerinden tekel hakkı verilmiş olabilir. Yani bir listede kayıtlı ve sınırlı sayıdaki müşteriler veya nitelikleri tespit edilmiş belirli müşterilerle ilgilenmesi kararlaştırılmış olabilir[112]. Bu tekel hakkının kapsamı sonradan bir sözleşme değişikliğiyle daraltılması halinde de acentenin denkleştirme istem hakkı olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü listedeki müşteriler acenteye müvekkil tarafından verilmiştir. Ancak acentenin kendi çabasıyla müşteri kitlesini artırdıysa veya işleri pekiştirdiyse diğer şartların varlığı halinde denkleştirme istem hakkı olacağı kanaatindeyiz.

---

107 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.241.

108 GAMM, Otto-Friedrich Freiherr von, Die neue Rechtsprechung des BGH zum Handelsvertreterrecht, NJW 1979, s.2489.

109 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.242; KÜSTNER/THUME, Nr.285; Urteil, OLG Nürnberg vom 18.9.1958, BB 58, s.1151.

110 KÜSTNER/THUME, Nr.280 vd.

111 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.243.

112 TOPÇUOĞLU, Rekabet Hukuk Dergisi, Sayı 18, 2004.

e. Müvekkilin Acentenin Müşterilerini Devralması

Uygulamada karşımıza çıkacak diğer durum ise, acentenin kendi çabasıyla bulmuş olduğu daimi müşterilerin müvekkil tarafından devralınmasıdır. Bu tür değişiklikler genelde, bazı müşterilerle olan ticari ilişkinin belirli bir büyüklüğe ulaşmasından sonra müvekkilin bu müşterilerle bizzat kendisi ilgilenmek istemesiyle karşımıza çıkabilir. Bu müşteriler, literatürde "yönetici müşterisi" olarak adlandırılırlar[113]. Müşterilerin bulunmasına acente vesile olmuşsa ve devredilmekten dolayı ücret hakkını kaybederse, bu müşteriler için diğer şartların varlığı halinde denkleştirme istem hakkı söz konusu olacaktır.

Bu konuyla ilgili diğer durum ise acentenin güçlendirilmiş veya mutlak tekel hakkı[114] verilen acentelerde karşımıza çıkabilir. Bu tür tekel yetkisi olan yerlerde müvekkil doğrudan satış(aktif satış) yapamayacağı gibi diğer dağıtıcılar (acente, şube vs.) satış yapamaz[115]. Dolayısıyla bu bölgede müşterilerin kazanılmasında müvekkilin bir katkısı yoktur, bilakis acentenin kendi çabasıyla kazanmış olduğu müşterilerdir. Bu tekel bölgesinde müvekkile doğrudan satış yapma hakkının verilmesi halinde ise acentenin denkleştirme hakkı söz konusu olacaktır.

Basit tekel hakkının mevcut olduğu sözleşmelerde müvekkilin doğrudan ticari ilişki içeresinde bulunduğu bazı müşterilerin sözleşme değişikliğiyle geri alınması halinde acente ücret hakkını kaybedecektir[116]. Eğer acentenin sayesinde kazanılmış müşteriler ise denkleştirme talebinde bulunabilir.

5. Ürün Çeşitlerinde ve Arzında Değişiklik Yapılması

Müvekkil üretmiş olduğu ürün veya hizmet çeşitlerini zamanla kendi mali durumuna veya piyasa şartlarına göre istediği gibi çoğaltabilir veya azaltabilir. Özellikle ürün/hizmet çeşidinin müvekkil tarafından azaltılması halinde acentenin denkleştirme talebi gündeme gelebilir. Müvekkilin bir ürünün çeşidini azaltırsa, üretilmeyen ürün çeşidin dolayı acentenin müşteri kaybı olacak ve dolayısıyla o müşteriler üzerinden elde edeceği ücret hakkını kaybedecektir. Örneğin tekstil sektöründe ipek,

---

113 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.246.

114 Basit ve nitelikli(güçlendirilmiş ve mutlak)tekel kaydı tasnifleri için bkz.,TOPÇUOĞLU, Rekabet Hukuk Dergisi, Sayı 18, 2004.

115 Karşılıklı iletişime dayanan, yüz yüze veya her türlü teknik ve elektronik araçlarla gerçekleştirilen satışlara aktif(doğrudan pazarlama) satış yöntemi denir. Bu kapsamda şube büro açmak veya medya araçları üzerinden reklamlarla veyahut mektup, katalog ve e-mail yoluyla yapılan satışlar aktif satış olarak kabul edilirler. Detaylı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabet Hukuk Dergisi, Sayı 18, 2004.

116 Acentenin kendi bölgesinde tekel hakkı varsa, acentelik ilişkisinin devamı süresince TTK. m.113, f.2 ye göre bu bölgedeki veya çevredeki müşterilerle *kendi katkısı olmadan* kurulan işlemler için de ücret isteyebilir.

pamuk ve yün gibi değişik ürünlerden farklı türde spor kıyafetleri üretimi yapan bir tacir, daha sonra ipek kumuştan yapılan ürünlerin çok satılmamasından dolayı bu ürünün üretimini sona erdirebilir. Acente sözleşmesi devam ettiği müddetçe müvekkilin iyiniyetli olarak ürün çeşitlerini azaltma kararı alması halinde acentenin denkleştirme isteme hakkı söz konusu olamaz[117]. Sadece acentenin denkleştirme hakkına zarar verecek diye, bir tacirin üretim politikasını etkileyecek nitelikte kısıtlamalara veya mecburiyetlere tabi tutmak hukuka uygun olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus müvekkilin iyiniyetli olmasıdır. Müvekkil iyiniyetli olmasına rağmen ürün çeşidinin önemli oranda azaltılması acentenin acentelik faaliyetlerinden beklediği menfaatleri elde etmesine engel olacaksa, haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi fesih edebilir[118].

Müvekkilin ürün/hizmet çeşitleri arasında bir grup veya bir branş ayrımı varsa acentenin denkleştirme istem hakkı doğabilir[119]. Ürünler arasındaki ayrım belirgin olursa, doğal olarak müşteri kitlesi de birbirinden ayrıştıracaktır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi müvekkil spor kıyafetlerinin yanı sıra kayak, paten, dağcılık spor ürünleri gibi spor malzemeleri de üretebilir. Veya bir sigorta şirketi, acenteye mal sigortaları kapsamında birden çok alanda (Kasko, yangın, deprem ve hırsızlık sigortası vb.) aracılık veya sözleşme yapma yetkisi vermiş olabilir. Bu tür durumlarda karşımıza iki ihtimal çıkar. Son örneğimizden hareket edecek olursak ilk ihtimale göre; sigorta şirketi yukarıdaki bahsedilen tüm alanlarda halen hizmet vermekteyken, acentenin elinden sadece kasko sigortası yapma yetkisi alınmasıyla birlikte, acentenin ilgili sigorta grubuna giren portföyü de elinden almış olur. Müvekkil ise acentenin bu sigorta grubuna giren portföy üzerinden menfaat elde etmeye devam eder. Acente işte bu kısmi değişiklikten dolayı diğer şartların varlığı halinde denkleştirme isteme hakkına sahip olacağı kanaatindeyiz. Bir diğer ihtimale göre ise; müvekkil daha sonra sigorta gruplarından bir tanesinde ülke çapında faaliyetlerini durdurabilir. Müvekkil artık kendisi de o sigorta türünde hizmetler vermeyeceğinden, önemli menfaat elde etmesi de söz konusu olamaz. Bu sebeple acentenin denkleştirme istem hakkı doğmayacaktır. Benzer durum müvekkilin tek çeşit ürün/hizmet vermesi halinde söz kousu olur. Müvekkil daha sonra bu ürünün/hizmetin üretimini (arzını) azaltırsa acentenin denkleştirme hakkı söz konusu olamaz. Çünlü acente önceki duruma oranla az olmasına rağmen acentelik faaliyetlerine edecektir. Bu durumda ne müşterilerin müvekkile devredilmesi ne de müvekkilin önemli bir menfaat elde etmesi söz konusudur[120].

---

117 NOCKER, Ausgleichsanspruch, s.248; SCHRÖDER, Georg, Recht der Handelsverter, Nr.4b zu § 89b; BRÜGGEMANN in STAUB HGB I, Nr.23 zu § 89b.

118 BRÜGGEMANN in STAUB HGB Nr. 23 zu § 89b; TSCHUK, s.23.

119 TSCHUK, s.24.

120 NOCKER, Ausgleichsanspruch, Nr.249.

H. Acentenin Ücret Miktarının İndirilmesi

Acente, acentelik ilişkisinin devamı süresince kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki işlemler için kazandırdığı üçüncü kişilerle kurulan işlemler için ücret isteyebilir (TTK m.113). Acentenin alacağı ücretin miktarı acente sözleşmesinde taraflarca belirlenir. Belirlenen ücretin miktarı daha sonra karşılıklı anlaşarak değiştirilebileceği gibi, sözleşmede hüküm bulunması şartıyla müvekkil tarafından tek taraflı irade beyanıyla artırılabilir veya indirilebilir. Ücretin indirilmesi durumunda acentenin denkleştirme isteme hakkı doğar mı sorusu akla gelmektedir. Ancak yapılan böyle bir değişiklikle acente hali hazırda olan müşteriyle eksilme olmaksızın hukuki ilişkilere devam edeceğinden, onu etkilemeyecektir ve müşterilerini muhafaza etmiş olacaktır[121]. Bu sebeple acentenin elde edeceği ücretin indirilmesi denkleştirme istemi hakkı vermez. Ancak acentenin ücret hakkını önemli ölçüde indirilmesi kabul edilemez nitelikteyse, acente sözleşmeyi haklı sebebe dayanarak fesih edilmesi söz konusu olabilir. Bunun için somut olayda piyasa şartları da dikkate alınarak karar verilmelidir. Haklı fesih sebebi kabul ettiğimizde, acente genel kurallar çerçevesinde denkleştirme talebinde bulunabilir.

I. Denkleştirme İstem Hakkının İleri Sürülmesi

Yukarıdaki belirtilen kısmi sona erme hallerinden dolayı acente, müvekkilden denkleştirme talebinde bulunmalıdır. Bu hakkını kısmi sona erme veya değişiklik tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ihbar etmelidir[122]. Çünkü sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılması veya kısmen sona erdirilmesi geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Taraflar için değişiklik yapılan o kısımdan dolayı artık borçlu ve alacaklı sıfatını sona erecektir. Eğer sözleşmenin sona ermesi beklenirse, o zaman ancak mevcut sözleşmenin en son haline dayanarak denkleştirme talebinde bulunabilir[123]. Bu hakkın saklı tutulması şartıyla sözleşmenin bütün olarak sona ermesinden sonra da talep edilebilecektir[124].

Denkleştirme hakkına bağlı bu alacak, ihbar tarihinden itibaren muaccel olur. Denkleştirme ücreti ödenmediyse, acentelik sözleşmelerine uygulanan beş yıllık genel zamanaşımı süresine dava yoluyla talep edebilir. Zamanaşımı süresi de yapılan kısmi değişiklik tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

---

121 SCHRÖDER, Georg, Änderungen der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis, DB, 1958, s. 975; NOCKER, Kommentar-HVG, Nr.504.

122 KÜSTNER/THUME, Nr.285 vd; HOFMANN, s.93.

123 Urteil OLG Stuttgart, 29.11.1967, RVR 1968, s.89.

124 Bu konuda *Schröder* denkleştirme hakkını saklı tutarsa ancak sözleşmenin bütün olarak sona ermesi halinde talep edebileceğini savunmaktır. Eğer hakkını saklı tutmaz ise acente denkleştirme istemem hakkını kaydedecektir, bkz. SCHRÖDER, Änderungen der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis, s.976.

SONUÇ

TTK m.122`de acentenin denkleştirme istemi düzenlenmesiyle kanundaki büyük bir boşluk doldurulmuştur. Buna göre acentelik sözleşmesinin sona ermesinden dolayı; acente müvekkile kazandırdığı müşterileri devretmesi sebebiyle ücret kaybına uğruyor ve müvekkil de bu müşterilerle ticari ilişkilerini devam ettirerek menfaat elde etmeye devam ediyorsa, hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde acente müvekkilden denkleştirme istem hakkına sahip olacaktır. Kanun koyucu acentenin denkleştirme istem hakkını her şeyden önce sözleşmenin sona ermesine bağlamıştır. Sözleşmenin sona ermesiyle kastedilen, sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak geleceğe etkili şekilde ortadan kaldırılmasıdır. Ancak acentelik sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde zaman içerisinde değişiklik yapma ihtiyacı doğmaktadır. Bazen öyle değişiklikler yapılır ki, tarafların hak ve borçları başlangıçtakinden tamamen farklı bir şekilde düzenlenebilir. Özellikle acentenin bölgesinin değiştirilmesi, küçültülmesi veya müşterilere elinden alınması gibi temel konularda yapılan değişiklikler acente için önem arz etmektedir. Çünkü bu değişiklikler acentenin ileride denkleştirme hakkını ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu sebeple yapılan değişiklikler, denkleştirme istem hakkı açısından sözleşmenin kısmen sona ermesi manasına gelmektedir. Bu sebeple sözleşmeyi kısmen sona erdiren nitelikteki değişiklikler yapılması halinde acente, diğer şekli ve maddi şartların varlığı halinde denkleştirme talep edebilmesi kanaatindeyiz. Acente bu hakkını değişiklik tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ihbar ederek veya değişiklik yaparken bu hakkın saklı tutulması şartıyla sözleşmenin bütün olarak sona ermesinden durumunda da talep edilebilmelidir. Aksi takdirde, sözleşmenin sona ermesi halinde yapılan değişiklikten dolayı denkleştirme talep etme imkânı bulamayacaktır.

Ayrıca TTK m.122/5 göre hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin de yukarıdaki şekillerde kısmen sona ermesi hâlinde de aynı şekilde çözüm üretilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak TTK m.122`de belirtilen şekli şartlarından "sözleşmesinin sona ermesinden sonra" ifadesinin sonuna "...veya değiştirilmesinden sonra" ifadesinin eklenmesi, uygulamada daha az problem çıkmasına sebep olacağı kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

AET	: Avrupa Ekonomik Topluğu
Bkz.	: Bakınız
f.	: fıkra
HGB	: Handelsgesetzbuch
HvertG	: Handelsvertreter Gesetz
m.	: madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	: Numara
OG	: Obligation Gesetz
OLG	: Oberlandesgericht
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

AKIN, İrfan: Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler, AÜHFD, 62 (3), 2013, s.613-641.

ARKAN Sabih: Ticari işletme Hukuku, 15.Baskı, Ankara 2011.

ARSLANLI, Halil: Kara Ticaret Hukuk Dersleri, Umumi Hükümler, 1960.

AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Seçkin Yayınları, 1.Bası, 2008.

BADAK AYBAR, Zehra: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Denkleştirme İstemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 12, Sayı: 24, Güz 2013/2, s.167-201.

BAUMBACH, Adolf/**HOPT,** Klaus: Kommentar zur Handelsgezetzbuch, 36.Auflage, 2014 (BAUMBACH/HOPT(Handelsgesetzbuch).

BRÜGGEMANN, Hans: GrossKommentar zur Handelsgesetzbuch(HGB), Band II, begründet von Staub, 5.Auflage, 2008 (BRÜGGEMANN in STAUB HGB)

CANARİS, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 24. Auflage, 2006.

DOĞRUSÖZ, Bumin/ **ONAT,** Öznur/ **TUNÇER TÖRALP**, Funda: TTK Gerekçesi Madde 122, Gerekçe, Karşılaştırmalı Maddeler, Komisyon Raporları, Önergeler ve Karşılaştırmalı Tabloları ile Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, TOBB 2011.

DURAL, H. Ali: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları, GÜHFD 2005, Sa.1, s.303-313.

EBENROTH, Carsten/**BOUJONG**, Karlheinz/**JOOST,** Detlev: Handelsgesetzbuch, Band I, 3.Auflage, 2014.

ERDEM, Ercüment: "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, s.93.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, 2014.

EVERS, Jürgen: „Die Nichtigkeit von Handelsvertretervertragen wegen zu geringer Verdientsmöglichkeiten und ihre Rückabwicklung", BB 1992, Heft 20, s.1365.

GAMM, Otto-Friedrich Freiherr von: „Die neue Rechtsprechung des BGH zum Handelsvertrerterrecht", NJW, 1979, s. 2489.

GÖKYAYLA DEMİR, Cemile: Milletlerarası Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri(Münhasıran Bayilik Sözleşmeleri), 2.Bası, 2013.

GÜRZUMAR, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri, İstanbul, 1995.

HERBERT, Manfred: „Neues zum Ausgleichanspruch des Handelvertrers", BB, 1997.

HOFMANN, Günther: Der Ausgleichanspruch der Handelsvertreter, 1966.

HOYNİNGEN-HUENE, Gerrick Freiherr: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsstand, Band I, 3.Auflage, 2010(MünchKomm).

İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 12.Baskı, 2001.

İŞGÜZAR, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989.

JABORNEGG, Peter: Handelsvertreterrecht und Marklerrecht, 1987.

KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 26.Baskı, 2014.

KARASU, Rauf: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Acentanın Denkleştirme Talebi, AÜHFD 2008 C.57 Sa.4 (283-318).

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I, Giriş, 1968.

KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, 2013

KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.Gözden Geçirilmiş Baskı, 2011(Kısaltma. Acentelik Sözleşmesi).

KAYIHAN, Şaban: Yeni Düzenlemeler Işığı Altında Türk Hukukunda Sigorta Acenteleri, Terazi Dergisi, Kasım 2008, Sa.27, s.43-60 (Sigorta Acenteleri).

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012.

KREJCİ, Heinz in **RUMMEL**, Peter/**MEİNHARD,** Lukas: ABGB Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Auflage, 2015.

KIRCA, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KÜSTNER, Wolfram: "Änderung der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch Handelsvertreterverhältnis", DB 1958, s.975.

KÜSTNER, Wolfram/**THUME,** Karl-Heinz: Handbuch des gesammten Aussendienstrechts, Band II, 9.Auflage, 2014.

LETTL, Tobias: Handelsrecht, 3. Auflage, 2015.

MAES, Alexander Petsche/**DEMMEL**,Simone Petsche: Praxiskommentar-Handelsvertretergesetz, 2. Auflage, 2014

MARTİNEK, Michael/**SEMLER**, Franz-Jörg/**HABERMEİER**, Stefan: Handbuch des Vertriebsrecht, 2003.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasırısı Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005

NOCKER, Michael: Ausgleichsanspruch des Handelvertreters, Vertragshändlers und Franchisenehmers, Manz Verlag, Wien, 2001(Ausgleichsanspruch).

NOCKER, Michael: Kommentar zum Handelsvertretergesetz, 2009

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ,** Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 10.Baskı, 2012.

ORMANCI-ALTINOK, Pınar: Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı İsviçre Federal Mahkemesi 22 mayıs 2008 tarihli kararı üzerine Düsünceler, AÜHFD 2009-C.58, Sa.3, s.451-480.

POROY, Reha/**YASAMAN**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012.

REİTMANN,Christoph/**MARTİNY**, Dieter: İnternationales Vertragsrecht, 5.Auflage, 1996.

SCHERER, Martin: "Ausschluss von Ausgleichsansprüchen des Handelsvertreter", DB, 1996.

SCHİEFELBEIN, Gert: Der Ausgleichanspruch des Versicherungsvertreters, Köln, 1996.

SCHRÖDER, Georg: "Zur Berechnung des Ausgleichanspruchs der Handelsvertreter", DB,1958, 43.

SCHRÖDER, Georg: "Änderungen der Vertragsbedingungen und Ausgleichsanspruch im Handelsvertreterverhältnis", DB, 1958, s.975.

SCHRÖDER, Georg: Recht der Handelsvertreter, 5. Auflage, 1993.

SOPACI, Birgül: Sigorta Acentesinin Portföy Akçesi Hakkı, Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan, 2003, s.439-460.

STÖTTER, Karin: Das Recht der Handelsvertreter, 2000.

ŞENER, Oruç Hami**/ EROĞLU,** Sevilay**:** Ticari İşletme Hukuku Uygulamaları, 2005.

ŞENOL, A. Nilay: Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Ünal: Türk Hukukunda Acentanın "Protföy Akçası Talebi", Ali Bozer'e Armağan, 1998.

TEOMAN, Ömer (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan): Ticari İşletme Hukuku, 2006.

TOPÇUOĞLU, Metin: İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Hukuk Dergisi, Sayı18,2004,(http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fRekabet%2bDergisi%2fdergi18.pdf), Erişim T. 20.03.2016.

TSCHUCK, Anglaia: Der Ausgleichsanspruch bei Beendigung des Handelsvertreterverhaltnisses, Manz Verlag, 1994.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel hükümler, 2014.

YAZICIOĞLU, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku I, 1. Baskı, İstanbul 2010.

YILMAZ, Asuman: Yeni Ticaret Kanunu'na Göre Acentelik İlişkilerinde Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Antlaşması ve Rekabet Yasağına Uyması Karşılığında Acenteye Ödenmesi Gereken Bedel, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa.2012/2, s.309-342.

VİEHBÖCK, Günther: Der Ausgleichanspruch nach dem neuen Handelsvertretergesetz, Ecolex, 1993, 221ff.

WESTPHAL, Bernd: Vertriebsrecht, Handelsvertreter, Band I, 1998.

MAHKEME KARARLARI

11. HD, 10.05.1996 tarih ve E.1996/2189, K.1996/3335 sayılı Karar
11. HD, 20.06.1996 tarih ve E.1996/2084, K.1996/4544 sayılı Karar
BGH 13.3.1969, (NJW 1969, s.1023)
OLG Frankfurt 12.07.1960 (NJW 1961, Heft 11, s.54)
OLG Nürnberg 18.9.1958, (BB 58, s.1151)
OLG Bamberg 30.05.1958, (NJW, 58, s.1830)
Urteil OLG Stuttgart, 29.11.1967, RVR 1968, s.89.
BGH, 06.10.1999, (BB 2000, s.60)
BGH 3.5.1995, (BB 1995, s.1437)

SERBEST MUHASEBECİ MALİ MÜŞAVİRLERİN MÜKELLEFLERİN VERGİ ZİYAI VE CEZASINDAN SORUMLULUĞU

(Responsibility of Certified Public Accountants From Taxpayers' Loss of Tax Revenue and Penalty)

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ*

ÖZET

Hukukun değişik alanlarında farklı biçimlerde düzenlenmiş olan sorumluluk müessesesi, vergi hukukunda çok geniş bir uygulama alanına sahip olup, bu hukuk dalının mahiyetinden kaynaklanan kendine has özellikler taşımaktadır. Bu kapsamda, vergi hukuku bakımından sorumluluk müessesesinin önemli boyutlarından birini meslek mensuplarının mükelleflerin vergi ve vergi ziyaı borcundan müştereken ve müteselsilen sorumluluğu oluşturmaktadır.

Meslek mensubunun mükelleflerin vergi ve vergi ziyaı borcundan sorumluluğu mükellefle meslek mensubu arasında yapılan sözleşmenin konusunun "defter tutma" veya "denetim yapma" olmasına göre farklılaştırılmıştır. Defter tutma sözleşmesinin "uygunluk sorumluluğunu", denetim yapma sözleşmesinin "doğruluk sorumluluğunu" doğurması nedeniyle meslek mensubunun vergi ve vergi ziyaı cezasından sorumluluğu farklı esaslara bağlanmıştır.

Anahtar kelimeler: Vergi, mükellef, vergi sorumlusu, sorumluluk, vergi, vergi ziyaı, vergi ziyaı cezası, serbest muhasebeci mali müşavir .

Abstract

Responsible institution which is arranged in different ways in different areas of the law, has very wide range of applications in tax law and unique features due to the nature of this branch of law. In this context, one of the key dimensions of responsibility institutions in terms of tax law is constitute joint and several responsibility of certified public accountants from taxpayers' loss of tax revenue and penalty.

Responsibility from taxpayers' loss of tax revenue and penalty is differentiated on depending the whether the "bookkeeping" or "audit" subject of contract is made

* Uludağ Üniversitesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

between public accountants with taxpayers. The responsibility of the certified public accountants are linked to different principles due to bookkeeping contract which causing "comformity responsibility" and audit of making the contract which causing "accuracy responsibility".

Keywords: Tax, taxpayers, withholder, responsibility, loss of tax revenue, penalty of loss of tax revenue, certified public accountants.

GİRİŞ

Serbest muhasebeci ve mali müşavirlerin (bu çalışmada kısaca meslek mensubu olarak ifade edilecektir) mükelleflere karşı mesleki faaliyetlerinin ve sundukları hizmetlerin çerçevesi "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu"yla[1] çizilmiş ve bu kanunun uygulaması bakımından meslek mensuplarının yükümlülükleri ortaya konulmuştur. Mesleki faaliyetin çeşitli yönlerinin bulunması dolayısıyla başta Vergi Usul Kanunu (VUK) olmak üzere Türk Borçlar Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Mesleki Disiplin Hükümleri çerçevesinde meslek mensuplarına yönelik olarak çeşitli mali, idari ve cezai sorumluluklar getirilmiştir. Vergi hukuku bakımından, meslek mensubunun işlenen fiilden dolayı vergi ziyaı kabahatine iştirak ile kaçakçılık suçuna iştirakten cezalandırılabilmesi, hakkında disiplin hükümlerinin uygulanması ve/veya mükellefe ait vergiden ve vergi ziyaı cezasından sorumlu tutulması da söz konusu olabilir.

Yönetmeliğin Hukuki Sorumluluk başlıklı 21. maddesinde "Meslek mensupları verdikleri hizmet sırasında Vergi Usul Kanununda yer alan iştirak, teşvik ve yardım hükümlerine uyan fiilleri sebebiyle sorumludurlar. Kanun ve yönetmeliklerde belirtilen ceza hükümleri ayrıca uygulanır." denmek suretiyle sorumluluğun ne kadar geniş bir alanı kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Diğer taraftan meslek mensuplarının sundukları mesleki hizmetle ilgili olarak mükellefe verdikleri zararlar bakımından da özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olacakları tabiidir.

Bu çalışmanın konusu, meslek mensubunun mükellefin *vergi ziyaından ve vergi ziyaı cezasından* sorumluğunun şekli, kapsamını ve şartlarını ortaya koymaktır.

I- Genel Olarak Sorumluluk ve Çeşitleri

Hukukta borçluluk hali esasen sorumluluk halini ifade etmek üzere kullanılan şemsiye bir kavramdır[2]. Bu çerçevede çalışma konumuz açısından öne çıkan yönleri itibariyle sorumluluk kavramı başlıca şu şekilde bir ayrıma tabi tutulabilir:

---

1 Kanun Numarası: 3568, Kabul Tarihi: 1.6.1989, Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 13.6.1989 Sayı: 20194.

2 Başkasının fiilinden kaynaklanan zarardan sorumluluk başka bir şey, başkasının borcundan sorumluluk başka bir şeydir. İlki kusursuz sorumluluk çerçevesinde kişinin borçlu olmasını veya borçlu hale gelmesini ifade ederken ikincisi özel veya kamusal bir ilişki nedeniyle bir kişinin borcunun bir başkasından istenmesi halidir.

-Borçlunun **kendi borcundan sorumluluğu** ile **başkalarının borçlarından sorumluluğu**,

-Aynı borçtan dolayı alacağın tahsili için sorumlu kişilerin bir kişiden ibaret olması halinde **tek kişi sorumluluğu**, birden fazla kişiden meydana gelmesi halini ifade eden **birlikte (müşterek) sorumluluk**,

-Öncelikle asıl sorumluya gidilmesini arayan **adi sorumluluk,** asıl borçlu dışındaki kişiye doğrudan gidilebilmesini mümkün kılan **müteselsil sorumluluk**, (birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumluysa sorumluluk müteselsil, alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir ve borçluların her birinin sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.)

-Sorumluluğun kapsamı açısından, ne ile sorumlu olunduğuna **"….ile sorumluluk"**, sorumluluğunun hangi sebebe dayandığına **"….den sorumluluk"** göre bir ayrım yapılabilir. (Hukukumuzda kişiler şahıs varlığı ile değil, malvarlığıyla sorumlu tutulmuşlardır. Kişinin malvarlığı ile sorumluluğu da malvarlığıyla sınırsız sorumluk[3] ve malvarlığıyla sınırlı sorumluluk[4] olmak üzere iki ayrı çerçevede ele alınabilir. "….ile sorumluluk" sorumluluğun kapsamının mal varlığıyla sorumlu olunmasını ifade ederken, "…den sorumluluk" borçlunun sorumlu olma sebebini yani borcun kaynağını, dayanağını kısaca sebebini gösteren sorumluluk türüdür. Bu çerçevede sorumluluk sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanabileceği gibi çalışma konumuz bakımından özellik arz ettiği biçimiyle doğrudan kanuni düzenlemeden de kaynaklanabilir.)

Sorumlunun kusurluluğunun arandığı sorumluluk türü **sübjektif sorumluluk**, aranmadığı durumu **objektif sorumluluk** hali olarak belirtilebilir.(Sorumlulukta sübjektif sorumluluk esastır, objektif sorumluluk istisnaidir. Özel bir belirleme yapılmadığı sürece kişi eyleminden sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranır.)

---

3 Malvarlığıyla sınırsız sorumluluk, borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu tüm malvarlığı ile sorumlu olmasıdır. Yani alacaklı, borçlunun tüm malvarlığına el atabilecektir. Ancak İİK m. 82 ve 83'te bir takım malların -sınırsız sorumluluk olsa dahi- haczedilemeyeceği öngörülmüştür. Borçlunun hacizden önceki bir dönemde, haczi mümkün olmayan bir mal veya hakkın haczedilebileceğine dair alacaklı ile yapmış olduğu anlaşma geçerli değildir. Bu anlaşma ancak ya haciz sırasında ya da haciz işleminin gerçekleşmesinden sonra yapılırsa geçerli sayılır.

4 Malvarlığıyla sınırlı sorumluluk, borçlunun alacaklıya karşı ya konu itibariyle ya da miktar olarak sınırlandırılmış olması demektir. Miktar itibarıyla sınırlı sorumluluk, borçlu alacaklıya karşı önceden belirlenmiş tutara kadar sorumludur. Örneğin kefilin sözleşmede belirtilen tutar kadar sorumluluğu, anonim şirketlerde ortağın şirketin borçlarından sorumluluğu koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı kadardır. Ama bu sorumluluk aksi belirtilmediği sürece ortağın tüm malvarlığı ile sorumluluktur. Konu itibarıyla sınırlı sorumluluk, borçlu, alacaklıya karşı sadece önceden belirlenmiş bir takım mallarla sorumludur. Tahsis edilmiş (örneğin rehin verilen mal) mal veya malların karşılamadığı kısım için borçlunun sorumluluğu yoktur.

Bu çalışmadaki açıklamalar, sorumluluk müessesesinin vergi hukukundaki içeriğine bağlı olarak, sorumlunun kendi borcu dışındaki (başka kişilerin) borçlardan sorumluluğu kapsamında yapılmaya çalışılacaktır.

II. Vergi Hukukunda Sorumluluk

Vergi hukukunda sorumluluk kavramı, vergi mükellefi olan bir kişinin kendi borcundan sorumluluğunu değil, bir kişinin başkalarının vergi ödev ve borçlarından kaynaklanan borçlardan sorumlu olmasını ifade etmektedir. VUK m. 8/f.1'de "Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek ve tüzel kişidir", f.2'de "Vergi sorumlusu verginin ödenmesi bakımından alacaklı vergi dairesine muhatap olan kişidir" şeklinde tanımlanmıştır. Anılan maddede vergi sorumlusunun sorumluluğunun kaynağının özel bir nedeni belirtilmemiş olup, sorumluluk halleri ve kapsamı vergi kanunları (Vergi Usul Kanunu, Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Katma Değer Vergisi, Veraset ve İntikal Vergisi, Damga Vergisi, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, vd) içine serpiştirilmiştir. Bu kanunlarda yer alan düzenlemelerden vergi hukukundaki sorumluluğun kaynağının kanundan kaynaklanan sorumluluk olduğu görülmektedir.

Vergi mevzuatı bakımından sorumluluğun alt kaynağını esas alan bazı sorumluluk halleri şöyle ortaya konabilir.

i-Vergi Kesintisinden Kaynaklanan Sorumluluk

ii- Kanuni Temsilden Kaynaklanan Sorumluluk

-Gerçek kişilerin kanuni temsilinden kaynaklanan, vergilerden sorumluluk

-Tüzel kişilerin kanuni temsilinden kaynaklanan, vergilerden ve vergi cezalarından sorumluluk,

- Tasfiye memurlarının sorumluluğu (KVK m.17)

-Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin kanuni temsilcilerinin sorumluluğu (VUK m. 10),

iii-Vergi Ödevlerini Yerine Getirmeyenlerin Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluk

- Mirasçıların sorumluluğu (VUK m.12),
- Kurumları devralanların sorumluluğu (KVK m.20),
- Motorlu taşıt işlemlerini yapanların sorumluluğu (MTVK m.13/d),
- Kefillerin sorumluluğu (AATUHK m.57),
- Ortakların tasfiyeden sorumluluğu (KVK m.17/7),
- Limited şirket ortakların sorumluluğu (AATUHK m.35),
- Resmi daire ve noterlerin sorumluluğu,

- Karnesiz hizmet erbabı çalıştıranların sorumluluğu (GVK m.64),
- Satın alan taraf sorumluluğu (KDVK m.9/2),
- İlan ve reklam işleri yapanların sorumluluğu (BGK m.13),
- Meslek mensuplarının sorumluluğu (3568 say. Kanun m.12) 5,
- Harç sorumluluğu (HK.m.128),
- Emlak devralanların sorumluluğu (EVK m.30/7),

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, vergi hukukunda sorumluluk kanundan kaynaklanmakta olup; verginin kaynakta kesilmesinden, kanuni temsilden veya başkalarının vergi ödevlerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanabilmektedir. Bu kapsamda ortaya çıkan vergi sorumluluğunun bazıları adi, bazıları müteselsil olabileceği gibi duruma göre objektif veya subjektif sorumluluk şeklinde de olabilir. Kanuni düzenlemeler bir bütün olarak ele alındığında, vergi sorumluluğu, vergiyi doğuran olay veya ceza kesilmesini gerektiren fiilin şahsında meydana geldiği mükellef olarak nitelendirilen kişinin vergisinin ödenmesinin veya biçimsel ödevlerinin yerine getirilmesinin onunla iktisadi veya hukuki bağ içinde bulunan bir başkasından istenmesi şeklinde tanımlanabilir. Kısaca vergi sorumlusu, mükellefin vergisinin ve/veya cezasının istendiği başka bir kişidir.

A. Meslek Mensuplarının İdari, Mali ve Cezai Sorumluluk Alanları

Meslek mensuplarının sorumluluğu, ortaya çıkan hukuki sonuçlara veya sorumluluk alanlarıyla ilgili mevzuata göre aşağıdaki gibi sıralanabilir:

i-Mükellefin Vergi Ziyaından (Aslından) Sorumluluk; VUK mük. m. 227: Mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluk)

ii-Mükellefin Vergi Ziyaı Cezasından Sorumluluk; VUK mük. m. 227: Mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluk)

iii-Vergi Ziyaı Kabahatine İştirak; VUK m.344/2: "Vergi ziyaına 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır".

iv-Kaçakçılık Suçuna İştirak; VUK m.360: "359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulun-

---

5 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 20.06.1997 tarih ve E: 1995/438, K: 1997/301'de "*3568 sayılı Kanunda öngörülen sorumluluk Vergi Usul Kanununda mevcut "Vergi Sorumluluğu" müessesesinden değişik niteliğe sahiptir. Mali Müşavirler için getirilen sorumluluk, vergi ile ilgili ödevleri yerine getirmekten kaynaklanan bir işleve sahip olmayıp, vergilendirmeye esas alınacak belge, kayıt nizamı ve matrah tespitinde dikkate alınması gerekli işlemlerin muhasebe usul ve esaslarına kanunlarda belirtilen düzenlemelere uygunluğunu sağlamaya yönelik*" olduğu belirtilmiştir.

maması halinde, Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir".

v-*Disiplin Cezası*; Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliği (Meslek mensubu yaptığı ihlale bağlı olarak uyarı, kınama ……cezalarının verilmesi öngörülmüştür)

vi- *Zarardan Sorumluluk:* Özel hukuk hükümlerine göre zarardan sorumluluk; (Türk Borçlar Kanunu m. 66, m. 116, m.396, m.506).

Bu çalışmada, yukarıda sıralanan sorumluluk biçimlerinden, meslek mensuplarının işlerini yaptıkları mükelleflerin vergi ziyaı ve vergi ziyaı cezasından, mükelleflerle birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Diğer sorumluluk halleri ayrı bir çalışmanın konusu olabilir.

Meslek mensubu ile mükellef arasında söz konusu söz konusu hallerin varlığı halinde verginin veya cezaların sorumluluğunun tek tarafa ait olacağına ilişkin bir anlaşmanın olması, kamu alacağının her iki taraftan da talep edilmesine engel olmaz. VUK'un vergi mükellefi ve sorumlusu başlıklı 8. maddesindeki " vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairesini bağlamaz" hükmü karşısında sözleşmenin vergi idaresine karşı sonuç doğurmayacağı anlaşılmaktadır. Böyle bir anlaşmanın olması ancak taraflara kendi iç ilişkilerinde rücu hakkı verir.

B. Meslek Mensuplarının Mükelleflerin Vergi Ziyaı ve Vergi Ziyaı Cezasından) Sorumluluğu

Meslek mensupları mesleklerini mükelleflere karşı ya bağımsız ya da bağımlı şekilde ifa ederler[6]. Her ne şekilde olursa olsun mükellefle yapılan sözleşmenin konusu ve meslek mensuplarının bu kapsamdaki edimi kanunda sınırları ve çerçevesi çizilen hizmetlerin sunulmasından ibarettir. Bağımsız çalışan meslek mensuplarının mükelleflerle yaptığı sözleşmelerin "vekâlet sözleşmesi", bağımlı çalışan meslek mensuplarının "hizmet sözleşmesi" olduğu dikkate alındığında, her iki sözleşme bakımından da meslek mensubunun işi yapan sıfatıyla "sadakat ve özen" borcu[7] altına girdiği görülür.

---

6 Her ne kadar, "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun, adında "serbest muhasebeci…." ibaresi yanında; *Mesleğin Konusu başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında "*Yukarıda sayılan işleri; bir işyerine bağlı olmaksızın yapanlara serbest muhasebeci mali müşavir denir." denmişse de Maliye Bakanlığı'nın yetkilerini fiilen olarak tanıması nedeniyle bağımlı çalışanlar da "hizmetin sunulması ve gereklerinin yerine getirilmesi" bakımından anılan kanun kapsamında sorumlu tutulmuşlardır. Bakanlığın bu uygulamasıyla bağımsızlığın mükellefe karşı ve hizmetin mesleki gereklere uygun sunulmasıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Yoksa burada kastedilen bağımsızlığın olayın ekonomik yönüyle ilgili olmadığı anlaşılmaktadır.

7 Sadakat ve özen borcu vekâlet sözleşmesi bakımından TBK m.506, hizmet sözleşmesi bakımından TBK m. 396 düzenlenmiştir.

Meslek mensuplarının, bağımsız veya bağımlı çalışan olsun, beyannameleri imzalarken 3568 Sayılı Kanuna göre "serbest muhasebeci mali müşavir" unvanlarını kullanmaları nedeniyle vergi idaresine karşı mükellefin vergi ziyaından kaynaklanan sorumlulukları aynıdır. Çünkü meslek mensubu, mesleğini mükellefe vekâlet veya hizmet sözleşmesi çerçevesinde ifa etse de, vergi idaresi karşısındaki konumu kanunda sınırları çizilen mesleği ifa etmektir. Meslek mensubunun anılan kanun ve yönetmelikten kaynaklanan yetkilerinin kullanılmasından doğan mali sorumluluklar da bu mevzuat tarafından belirlenmiştir. Bir başka deyişle mali kayıtları yapıp mükellefe ait beyannameyi imzalayan bağımlı çalışan meslek mensubu vergi idaresine karşı kamu hukuku hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Vergi Usul Kanunu'nun mük. 227. maddesinde Maliye Bakanlığına Vergi beyannamelerinin 3568 Sayılı Kanun'a göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci malî müşavir veya yeminli malî müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibariyle ayrı uygulatma yetkisi verilmiştir. Bakanlık bu yetkiye dayalı olarak meslek mensubunun mükellefle; defter tutmak, süreklilik arz eden müşavirlik hizmetinde inceleme, tahlil ve denetim yapmak ve bunlarla ilgili, rapor ve benzerlerini düzenlemek hizmetlerinin verilmesi halinde taraflar arasında sözleşme yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Ücret Yönetmeliği olarak da bilinen Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavir Ücretlerinin Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri doğrultusunda meslek mensubunun sözleşme yapma zorunluluğu bulunması, 3568 sayılı Kanunla yetki almış meslek mensuplarının sözleşme yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Yönetmeliğin, "**Ücret Sözleşmesi**" başlıklı 13. maddesinde yer alan "Meslek mensubu ücret sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve belli bir meblağı kapsaması şarttır. …Ücret sözleşmesinin sözlü yapıldığının belirlenmesi durumunda, meslek mensubu hakkında disiplin cezası uygulanır…" şeklindeki düzenleme göz önüne alındığında meslek mensubu ücret sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının ve belli bir meblağı kapsamasının şart olduğu, ücret sözleşmesinin sözlü yapıldığının belirlenmesi durumunda, meslek mensubu hakkında disiplin cezası uygulanacağı görülmektedir.

Meslek mensuplarının mesleğin ifası kapsamında neler yapabileceği mevzuatta belirtilmekle birlikte[8], idareye karşı sorumluluklarının neler olduğuna iliş-

---

[8] "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu"nun *2.*maddesinde muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin konuları; gerçek ve tüzelkişilere ait teşebbüs ve işletmelerin genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutmak, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işleri yapmak, muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak, bu konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak olduğu ifade edilmiştir. Diğer taraftan Serbest

kin 3568 sayılı Kanun'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Sorumluluk konusundaki bu eksiklik VUK, Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik[9] ile Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği (Sıra No:4)[10] ile kapatılmaya çalışılmıştır. Yukarıda bahsi geçen fıkra hükümlerine göre; beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensuplarının, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyaına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacakları hüküm altına alınmıştır. Meslek mensuplarının sorumluluğuna ilişkin düzenleme VUK'un "Vergi Beyannamelerinin İmzalanması ve……." başlıklı mükerrer 227. maddesinde "**… beyannameyi imzalayan …….. meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde …….. yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi zıyaına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte MÜŞTEREKEN VE MÜTESELSİLEN SORUMLU tutulurlar**" hükmüyle yapılmıştır. Bu kanun maddesinin gerekçesinde düzenlemenin amacının "vergi denetimlerinde serbest muhasebeci mali müşavirlerden de yararlanmak" olduğu belirtilmiştir. Bahse konu madde meslek mensuplarından sadece serbest muhasebeci mali müşavirleri değil, yeminli mali müşavirleri de içine alacak şekilde düzenlenmekle birlikte makalenin konusunun serbest muhasebeci ve mali müşavirlere yönelik olması nedeniyle açıklamalar da sadece bu meslek mensupları yönünden yapılmıştır.

Meslek mensubunun mükellefle müştereken ve müteselsilen sorumlu olması anılan kanunlarda açıkça hüküm altına alındığından meslek mensubu ile mükellefin vergi ziyaı ve vergi ziyaı cezasından müştereken ve müteselsilen sorumlu olmalarına ilişkin ayrıca bir sözleşme aranmasına gerek yoktur. Çünkü meslek mensubunun müşterek ve müteselsil sorumluluğu kanundan kaynaklanan bir ilişkidir.

Meslek mensubu, hizmet verdiği mükellefinin vergi ziyaı (vergi aslı), vergi aslına

---

Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesinde de serbest muhasebeci mali müşavirlerin çalışma konularının gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin, genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince defterlerini tutamak, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyannamelerle diğer belgeleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir yayınlanmıştır.

9 Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 03.01.1990 tarih ve 20391 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır..

10 Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği (Sıra No:4), 29.06.1997 Tarih ve 23034 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

ilişkin gecikme faizi ve vergi ziyaı cezasından sorumlu tutulmuştur. Dikkat edildiğinde sorumluluk kapsamına sadece **vergi ziyaı, gecikme faizi ve vergi ziyaı cezası** girmektedir. Genel usulsüzlük (VUK m.352) ve/veya özel usulsüzlük (VUK m.353) cezaları meslek mensubunun müşterek ve müteselsil sorumluğu kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durumda meslek mensubunun mesleki özeni yerine getirmemesinden dolayı ortaya vergi ziyaı değil de genel veya özel usulsüzlük cezası çıkması halinde bu cezalardan dolayı meslek mensubunun mali sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu cezaların meslek mensubu tarafından özen yükümlülüğünün ihlali kapsamında mesleki gereklere aykırılığın sonucunda kesilmiş olması durumunda mükellef usulsüzlük cezalarını önce ödeyecek ve sonra ödediği tutarlar nedeniyle maruz kaldığı zarar için özel hukuk hükümlerine göre şartları çerçevesinde meslek mensubuna başvurabilecektir.

Talep bakımından görevli mahkemeler adli yargı yerleridir. Diğer taraftan meslek mensubu ile mükellef arasında söz konusu hallerin varlığı halinde sorumluluğun tek tarafa ait olacağına ilişkin bir anlaşmanın olması, kamu alacağının (taraflar açısından borcun) her iki taraftan da talep edilmesine engel olmayacaktır. Böyle bir anlaşmanın olması ancak taraflara kendi iç ilişkilerinde rücu hakkı sağlayacağı açıktır.

Dikkat edildiğinde anılan maddede gecikme faizine yer verilmesine rağmen gecikme zammına yer verilmemiştir. Bu durumda vergi asılları (ziyaı) üzerinden vergilerin normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar geçen süre için hesaplanan gecikme faizi (VUK m.112) sorumluluk kapsamına alınmıştır[11]. Gecikme faizi sadece vergi aslı bakımından fer'i alacak niteliğindedir. Gecikme faizinin vergi ziyaı ile ilgisi olmakla beraber vergi ziyaı cezasıyla bir ilgisi yoktur. Bu nedenle vergi ziyaı cezası üzerinden bir gecikme faizi hesaplanması da söz konusu değildir. Bu yönde özel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna karşılık gecikme zammına yer verilmediğinden meslek mensuplarının vergi aslı ve vergi ziyaı cezası üzerinden hesaplanan gecikme zammından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bilindiği üzere vadesinde ödenmeyen vergi ziyaı cezası için AATUHK'ya göre gecikme zammı uygulanması söz konusu olur. Vergi aslının vade tarihinden fiilen ödendiği tarihine kadar geçen süre için hesaplanan (AATUHK m.51)[12] gecikme zammı kesinleşen kamu alacakları bakımından fer'i alacak niteliğindedir. Ceza şeklindeki alacakların gecikme zammına tabi olup olmayacağı konusunda kanun koyucu ikili yola girmiştir. Buna göre tüm cezalar üzerinden değil sadece bazı cezalar üze-

---

11 Vergi ziyaı için normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar gecikme faizi hesaplanır (VUK m.112). Vergi ziyaı cezası için gecikme faizi hesaplanması söz konusu değildir.

12 Gecikme faizi tarhiyatın gecikmesi nedeniyle tahakkuk etmemiş vergilere uygulanırken, gecikme zammı tahakkuk etmiş ve vadesi geçmiş kamu alacaklarına uygulanır. Hesaplanması bakımından; gecikme faizi verginin normal vade tarihinden tahakkuk tarihine kadar hesaplanırken, gecikme zammı tahakkuka bağlı vade tarihinden fiilen ödendiği tarihe kadar hesaplanır.

rinden gecikme zammı hesaplanacağı belirtilmiştir. Gecikme zammının vergi ziyaı cezası ile mahkemeler tarafından verilen ceza mahiyetinde olan alacaklar için ayrıca hesaplanacağı öngörülmüştür[13]. Bu durumda da belirtilenler dışında kalan cezalar için gecikme zammı hesaplanması söz konusu olmayacaktır. Vergiler bakımından vergi ziyaı cezası dışında kalan genel usulsüzlük veya özel usulsüzlük cezaları için gecikme zammı hesaplanmayacaktır (AATUHK m. 51/f.3).

III. Meslek Mensuplarının Yapacakları Sözleşmeler ve Bu Kapsamdaki Sorumluluklar

Meslek mensuplarının mükelleflerle yapacakları sözleşmeler, Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik kapsamında ya "defter tutma ve beyanname verme"yi (m.18) ya da "denetim" (m.51) yapmayı amaçlayan ve konu edinen sözleşmelerdir.

Çalışmanın bu aşamasından, içinde sözleşmenin tarafları açısından emredici hükümler ihtiva eden bu sözleşmeler, meslek mensubunun edimleri açısından sorumluluk ölçüsü, konumu ve şartları bakımından daha yakından incelenebilir.

1. "Defter Tutma ve Beyanname Verme Sözleşmesi" Kapsamında Sorumluluk (m.18)

Yönetmeliğin **Serbest Muhasebeci Mali Müşavirin Çalışma Konuları** başlıklı 18. maddesi "gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüs ve işletmelerin, genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince defterlerini tutmak, malî tablolar ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemeyi konu alan sözleşme" tipine yer vermiş ve yine anılan 4 Sıra Nolu Genel Tebliğin Beyannameleri İmzalayacak Meslek Mensupları ve Sorumlulukları başlığı altında "b*eyanname imzalayan meslek mensuplarının imzaladıkları beyannamelerle ilgili olarak herhangi bir rapor yazmalarına gerek bulunmamaktadır. Meslek mensupları, mükellef tarafından kendilerine ibraz edilen belgelerin, Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğleri ile Genel Muhasebe kurallarına uygun ve doğru olarak yasal süresi içinde kanuni defterlere kaydedilmesinden ve mali tablolara aktarılmasından sorumludur"*[14] açıklamasına yer verilmiştir.

---

[13] AATUHK 'nın m.51'e göre devlet bakımından amme alacağı niteliğinde olan vergi ziyaı (aslı) üzerinden kesinleşmesinden fiili ödeme tarihine kadar geçen süre için ayrıca belirlenen oranlar üzerinden gecikme zammı, aynı maddenin f.3' de vergi ziyaı cezası için de aynı usullere göre gecikme zammı hesaplanacağı belirtilmiştir.
Vergi ziyaı cezasıyla ilgisi olmayan doğrudan mahkemeler tarafından verilen ve ceza mahiyetinde olan amme alacaklarında AATUHK m.51'e göre uygulanan oranın yarısı ölçüsünde uygulanır.
Vergi ziyaı cezası dışında kalan genel ve özel usulsüzlük cezaları bakımından ise ne gecikme faizi ne de gecikme zammı hesaplanır.

[14] Anılan tebliğde devamla aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir.
"Beyanname imzalayan meslek mensuplarının imzaladıkları beyannamelerle ilgili olarak herhangi

Diğer taraftan VUK mük. m. 227'den meslek mensubunun "imzaladıkları beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmaması"ndan sorumlu tutulması nedeniyle bu sorumluluk tipinin **uygunluk sorumluluğu** olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Kanun hükmü, Yönetmeliğin 18. maddesi ve Tebliğdeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, sözleşme kapsamında sunulan mesleki sorumluluğun beyannamelerinin verilmesi ve beyanla bağ içinde olan belgelerin defterlere kaydedilip işlenmesinden ibaret olması, başka iş ve işlemler nedeniyle meslek mensubuna sorumluluk getirilmediğini açıkça göstermektedir.[15] O halde meslek mensupları, beyannamelerini imzaladıkları mükellef tarafından sadece kendilerine ibraz edilen belgelerin, Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğleri ile genel muhasebe kurallarına uygun ve doğru olarak yasal

---

bir rapor yazmalarına gerek bulunmamaktadır. Meslek mensupları, mükellef tarafından kendilerine ibraz edilen belgelerin, Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğleri ile Genel Muhasebe kurallarına uygun ve doğru olarak yasal süresi içinde kanuni defterlere kaydedilmesinden ve mali tablolara aktarılmasından sorumludur.

Meslek mensupları, bilerek kullandıkları veya harici araştırmayı gerektirmeden veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu anlaşılabilen belgelerden de sorumlu olacaklardır. Miktar veya tutar itibariyle işletmenin faaliyet konusu veya iş hacmiyle mütenasip olmayan belgeler ile ticari örf veya teamüle uygun olmayan belgeler meslek mensuplarının sorumluluğu kapsamındadır. Böyle bir belgenin varlığı halinde, meslek mensupları bunun doğruluğunun tespitini mükelleften isteyebilirler. Mükellefin bir tespitte bulunmaması veya bu konuda meslek mensubunun ikna olmaması halinde, keyfiyet, meslek mensubunca, beyanname verme süresi sonuna kadar ilgili Vergi dairesine yazılı olarak bildirilecektir. Bu bildirimle birlikte meslek mensubunun söz konusu belgelere ait sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Sorumluluğunu tespitinde, yukarıda belirtilen sorumlulukla bağlantılı olarak ortaya çıkan vergi ziyanının varlığı yeterli olacaktır. Örneğin sehven dahi olsa yevmiye defterinde yer alan bir toplamı yanlış aktararak veya bir yevmiye işlemini yanlış hesaba kaydederek vergi zıyaına sebebiyet veren meslek mensubu ziyaa uğratılan bu vergi, ceza ve gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Meslek mensupları, beyannamelerini imzaladıkları mükelleflerce ibraz edilen belgelerde yer alan bilgilerin kanuni defterlere ve defterlerdeki bilgilerin mali tablolara uygunluğunun yanı sıra beyannamelere eklenen temel mali tablolarda yer alan ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğlerine göre belirlenen Dönem Kar/Zararı'nın doğruluğundan da sorumludurlar. Meslek mensuplarının sorumlulukları kapsamına giren yukarıda belirtilen işlemlerden dolayı bu vergi ziyaı ortaya çıktığı takdirde beyannameyi imzalayan meslek mensubu, ziyaa uğratılan vergi, ceza ve gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Diğer taraftan, Vergi Usul Kanunu'nun 346 ncı maddesinde bir mükellefi veya vergi sorumlusunu kaçakçılık yapmaya azmettirme fiilleri için mükellefe veya sorumluya uygulanacak cezanın aynen uygulanacağı, aynı kanunun 347 nci maddesinde ise kaçakçılık olduğunu bildiği bir fiilin işlenip tamamlanmasını fiili ile kolaylaştıranlara bundan ayrı bir menfaat gözetmediği takdirde bu fiiller için kanunda belirlenen cezaların dörtte birinin kesileceği hüküm altına alınmıştır. Yukarıda belirtilen sorumluluklar, mükellefin beyannamesini imzalayan meslek mensubu için de geçerli bulunmaktadır.

15 Danıştay 4. Dairesinin 09.03.2005 tarih ve E: 2004/1877, K: 2005/347, "*Muhasebecilerin sorumluluğu, imzaladıkları beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayandığını oluşturan belgelere uygun olmamasından doğmakta olup, şirketin düzenlendiği faturalar karşılığında % 5 komisyon geliri elde ettiği varsayımına dayanılarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 227 inci maddesi uyarınca muhasebeci olan davacının sorumluluğuna gidilemeyeceği*" yönündedir.

süresi içinde, kanuni defterlere kaydedilmesinden ve mali tablolara aktarılmasından sorumludurlar. Hiç şüphesiz bu sorumluluk sürecin sonu itibarıyla ortaya çıkan dönem kâr/zararının doğruluğunu da kapsar.

Uygunluk sorumluluğu belgelerin şekli denetimine ve bunların kaydına yönelik bir sorumluluktur. Şekli denetimin kapsamı da mesleki yükümlülüklerin dikkat ve özen içinde eksiksiz yerine getirilmesiyle sınırlıdır. Sorumluluğun doğabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali yeterlidir. Ayrıca kastın varlığı şart değildir.

Bu nedenle vergi incelemesi yapanlar sorumluluk raporlarında, beyannamelerde yer alan bilgiler ile defter kayıtlarını ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgeleri karşılaştırarak beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmadığını mesleki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık normuna göre açık ve net olarak tespit etmelidirler.

Mükellefler tarafından kendisine ibraz edilen belgelerin şekli uygunluklarını tespit ettikten sonra defterlere işleyip sonuçlarına göre beyannameleri veren meslek mensubunun dikkatsizlik ve özensizlik içinde olduğu söylenemez. Bu çerçevede, uygunluk sorumluluğu bakımından gerekenlerin yerine getirilip getirilmediği bir başka deyişle özen yükümlülüğüne aykırı davranışın olup olmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkemelerce belirlenecek bir husustur. Sorumluk tayininde uyuşmazlık konusu mesleğin uygulamasında dikkat ve özenin gösterilmesiyle ilgili olduğundan mesleki özenin gösterilip gösterilmediğinin ve mesleki özene aykırılıkların tespitinde mesleki bilirkişi incelemesi yapılması ve incelemenin sonucuna göre karar verilmesi yerindedir.

Diğer taraftan, 4 Sıra Nolu Genel Tebliğin Beyannameleri İmzalayacak Meslek Mensupları ve Sorumlulukları başlığı altında "*Meslek mensupları, bilerek kullandıkları veya harici araştırmayı gerektirmeden veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu anlaşılabilen belgelerden de sorumlu olacaklardır*" şeklinde bir hükme de yer verilmiştir. Meslek mensubunun imzaladığı beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını oluşturan belgelere uygun olmadığı yönünde idarece yapılan bir tespit olmadığı veya kullanılan belgelerin harici araştırma gerektirmeden sahte olduğunun söylenemediği durumlarda sorumluluk doğmayacağı açıktır.[16] Meslek mensubu mükellef tarafından kendisine ibraz edilen belgeleri defter sisteminde kayda alıp sonuçlarına göre düzenlediği beyannameyi vergi dairesine vermekle yükümlü olup belgenin gerçekliğini veya sahteliğini araştırma yükümlülüğü yoktur. Meslek mensuplarının uygunluk sorumluluğu kapsamında sahte belge yönünden sorumluluğunun da görünürde bariz usulsüzlükler taşıyan ve sahteliği ilk bakışta anlaşılabilen

---

16 Danıştay 4. Dairesinin 13.05.2010 tarih ve E: 2008/3229, K: 2010/2725, "*İşlemlerini tasdik ettiği mükellefle ilgili olarak yaptığı incelemede gerekli olan mesleki özen ve sorumluluğu göstermediği açık olan davacının, zıyaa uğratılan vergi ve kesilen cezalar nedeniyle müşterek ve müteselsil sorumlu sıfatıyla bu borçlardan dolayı ödeme emri ile takıp edilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.*"

belgelerle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Meslek mensuplarının sahte faturalarla ilgili sorumluluğu harici araştırma yapmak değil, harici araştırma gerektirmeden sahte olduğu anlaşılan belgelerle sınırlıdır.[17]

Öte yandan, meslek kurallarına göre defter ve kayıt tutmak dışında karşıt inceleme yapmak, rapor yazmak gibi yetkileri bulunmayan meslek mensuplarının, başkaca bir yasal düzenleme olmaksızın, uygunluk sorumluluğu dışında kalan uygulamalar nedeniyle vergi ziyaı ve vergi ziyaı cezasından sorumlu tutulmaları düşünülemez. Bu çerçevede, kendisi kanun düzeyinde olmayan anılan (4) Sıra Nolu Genel Tebliğ uyarınca, meslek mensuplarının harici araştırmayı gerektirmeden sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu anlaşılabileceği ifade edilen belgelerden sorumlu tutulması ve meslek mensuplarına kanunda öngörülmeyen bir sorumluluğun yüklenmesinin "vergilerin ve cezaların kanuniliği ilkesi"ne uygun düşmez. Aksi bir yorum cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturur. Uygunluk denetimi, meslek mensuplarının faturalarla ilgili harici inceleme ve araştırma yapma yetkisi varmış gibi yorumlanamaz ve bu denetime bağlı sorumluluğun kapsamı tebliğlerle genişletilemez. Aksine tutum, meslek mensuplarının sorumluluğunu fiilen harici araştırma yapmayı gerektirecek hale getirir ki bu şekildeki yaklaşım uygunluk sorumluluğunu doğruluk sorumluluğuna taşımak veya uygunluk sorumluluğu altındaki kişileri doğruluk sorumluluğundan sorumlu tutmak anlamına gelir. Kanaatimizce, Maliye Bakanlığı anılan Tebliğle yaptığı düzenlemeyle yetkisini aşarak VUK'un mük. 227. maddesindeki sorumluluğun kapsamını fiilen uygunluk denetiminden doğruluk denetimine doğru kaydırmış ve böylece meslek mensubu yönünden yasal olmayan, ölçüsüz, ilave bir görev yüklemiştir. Çünkü kanunca getirilen sorumluluk uygunluk sorumluluğu olup, bu sorumluluğun çerçevesi "harici araştırma" yapma yetki ve yükümlülüğünü içeren bir doğruluk sorumluluğu değildir.

Meslek mensubunun sahte belge organizasyonunda yer alması halinde iştirak hükümleri nedeniyle doğrudan meslek mensubu üzerine doğan yaptırımlar vardır (VUK m.344/2; 360 ve 359). Örneğin, mükellefin vergi ziyaı kabahatine veya vergi kaçakçılığı suçuna meslek mensuplarının iştirak etmeleri söz konusu ise, **iştirak** hükümlerine göre meslek mensuplarına da ceza kesilmesi gündeme gelmektedir.

Defter tutma ve beyanname vermeyi konu alan (Yönetmeliğin 18. maddesi kapsamındaki) sözleşmeler bakımından harici denetim yapmak meslek mensuplarının görev ve yetkileri dışında olup, bu konulardan meslek mensubu olarak ancak tasdik

---

[17] Danıştay 9. Dairesinin 28.03.2002 tarih ve E: 2000/1862, K: 2002/ 1083, "*düzenlenen vergi inceleme raporunun hem şirketin mal alışları hem de mal satışları yönünden eksik olduğu sonucuna ulaşıldığı, öte yandan, meslek mensubunun bilerek ve harici araştırmayı gerektirmeden sahte fatura kullandığına dair bir tespitin de bulunmadığı anlaşıldığından yükümlü adına yapılan tarhiyatta isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul ederek kaçakçılık cezalı katma değer vergisini terkin eden .... Vergi Mahkemesinin 8.12.1999 tarih ve 1999/808 sayılı kararının bozulmasını gerektiren bir durumun olmadığı*" yönündedir.

yetkisi bulunan yeminli mali müşavirler sorumlu tutulabilir.[18] Meslek mensubunun devletin suçluları ortaya çıkartmak için kamu gücüne dayanarak kullandığı hukuki araçlara sahip olmadığı da tartışmasızdır. Ayrıca, ticari hayatın akışı içerisinde ve yapılan sözleşme ve kanuni iş tanımı kapsamında bu mümkün de değildir. Bir yandan defter tutulması, diğer yandan işletme ve karşı işletmelerin fiilen sahada gezilmesi, fatura veya belge karşılığı maddi olguların doğru olup olmadığının yerinde izlenip ve tespit edilmesi meslek mensupları için kanunun aradığı anlamda bir sorumluluk değildir[19]. Daha açıkçası, defter tutma sözleşmesi kapsamındaki sorumluluk meslek mensubunu vergi dairesine kayıtsız şartsız adeta kefil haline getiren bir sorumluluk değildir.

Öte yandan, anılan Tebliğ'de sorumluluk her ne kadar müşterek ve müteselsil sorumluluk olarak düzenlenmişse de borcun kesinleşmesi söz konusu olmadan sorumlulara gidilmesi de düşünülemez. Mükellef nezdinde yapılan vergi veya cezaya ilişkin işlemlerin kesinleşmesini takiben sorumlu meslek mensubu hakkında ödeme emri düzenlenmesi yoluna gidilmektedir[20]. Ancak, verginin kesinleşmesinden önce meslek mensuplarına hiçbir şey sorulmaması, bu süreçte mükellefin kendisini savunmaması, ödemeyeceğini bilerek uzlaşmaya varması ve uzlaşılan tutarı ödememesi veya dava yoluna gitmemesi meslek mensuplarının savunma haklarının kullanılmasına engel teşkil eder. Bu sakıncayı biraz ortadan kaldırmaya yönelik olarak, belki mükellefin kullandığı gibi kullanılacak bazı hukuki yolların meslek mensubuna da tanınmasında yarar vardır. Meslek mensuplarına ilişkin sorumluluk raporu düzenlenmesine ilişkin bir yönerge çıkartılmış ve sorumluluğa giden yolda uyulması gereken usul düzenlemeleri açıklanmıştır[21]. Yönergede (m.9) sorumluluk raporu yazacak vergi müfettişinin

---

18 Danıştay 7. Dairesinin 30.01.2004 tarih ve E: 2002/2561, K: 2004/199. "*Karşıt inceleme yetkisi olmayan yeminli mali müşavirin tasdik ettiği faturaların sahteliğinden sorumlu tutulamayacağı"* yönündedir.

19 Faturaların doğruluk ve gerçeklik denetimini yapma yönündeki yetki vergi müfettişlerine ve yeminli mali müşavirlere verilmiştir. 3568 sayılı Kanunun 12. maddesinde Yeminli Mali Müşavirlerin tasdik yetkisinden doğan sorumluluğu düzenlenmiş ve anılan Yönetmeliğin sorumluluk başlıklı 41 maddesinde de" *yeminli mali müşavirler, ilgili Kanunlar, yönetmelikler ve tebliğlere göre yaptıkları tasdikin doğruluğundan sorumludurlar. Yaptıkları tasdikin doğru olmaması halinde, tasdikin kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyaa uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."* hükmüne yer verilmiştir.

20 Danıştay 4. Dairesinin 26.06.2003 tarih ve E: 2002/2223, K: 2003/1868, "*Ziyaa uğratılan vergi ve kesilen cezaların ancak asıl mükellef açısından miktar ve mahiyet itibariyle kesinleşmesinden sonra serbest muhasebeci ve serbest muhasebeci mali müşavirden müşterek ve müteselsil sorumluluk kapsamında istenebileceği"* yönündedir.
Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 26.03.2004 tarih ve E: 2003/370, K: 2004/39, "*Kesinleşmiş kamu alacağının tahsili amacıyla müşterek ve müteselsil sorumlu sıfatıyla serbest muhasebeci, mali müşavir adına ödeme emri düzenlenebilmesi için ihbarname düzenlenmesine gerek bulunmadığından, borcun kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması gerektiği*" yönündedir.

21 Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirler Hakkında Vergi Müfettişleri Tarafından Sorumluluk Raporu Düzenlenmesinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönerge, 20.02.2015 tarihinde Bakanlık yazısıyla yürürlüğe girmiştir.

meslek mensubunun bilgisine başvuracağı ve bu şekilde savunmasını alacağı, meslek mensubunun savunma istem yazısının tebliğinden itibaren otuz gün içinde savunmasını vermemesi halinde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yönergeyle, Rapor Değerlendirme Komisyonlarınca gerekli Vergi inceleme görüldüğünde meslek mensubunun dinlenilmesi de mümkün hale gelmiştir. elemanları, bulunan vergi ziyaı ve cezası ile meslek mensubunun mesleki özen yükümlülüğüne aykırılık sayılacak hareketleri arasındaki illiyeti ilgili meslek mensubunun bilgisine de başvurmak suretiyle inceleme raporlarında net bir şekilde ortaya koymak suretiyle bulunan vergi ziyaı ve cezasından meslek mensubunun sorumlu olup olmadığını açıklamalıdırlar. Özellikle elektronik ortamda verilen beyannamelerde, beyannamelerin hangi meslek mensubunun kullanıcı kodu, parola ve şifrelerini kullanarak verildiği hiçbir duraksamaya yol açmayacak şekilde belirlenmiş olmalıdır.

Mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde meslek mensuplarının mali sorumluluğuna gidilebilmesi veya sorumluluğun doğabilmesi şartlara bağlandığı ve ancak bu şartların varlığı halinde meslek mensubunun mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı görülmektedir. Meslek mensubunun sorumluluğunun doğabilmesi için bazıları şart niteliğinde olan şu tespitler yapılabilir:

i- Meslek mensubu tarafından vergi dairesine verilen evrakın niteliğinin beyanname olması,

ii-Beyannamenin meslek mensuplarınca ya fiilen imzalanmış şekilde fiziki ortamda yada kendilerine verilen kullanıcı kodu, parola ve şifreleri kullanılarak elektronik ortamda (internet üzerinden e-beyanname şeklinde) verilmiş olması,[22] (Kâğıt ortamda düzenlenip verilen beyannamelerle elektronik ortamda düzenlenip gönderilen beyannamelerin hukuki sonuçları itibariyle hiçbir farkı yoktur. Hiç şüphesiz bu türden durumlarda kullanıcı kodu, parola ve şifreleri kullanılan meslek mensuplarının sorumluluğuna gidilmesinin esas olması nedeniyle hakkında sorumluluğuna gidilecek meslek mensubunun, ilgili dönem beyannamesinin bizzat kendisi tarafından verildiğinin şüpheye düşmeyecek şekilde ortaya konması gerekir).

iii-Beyannamedeki bilgilerin defter kayıtlarını, defter kayıtlarının da belgeleri doğrulamaması ve uygun olmaması, (Meslek mensupları, kendilerine ibraz edilen belgeleri usulüne uygun ve doğru olarak kayıtlara geçirmekten ve beyannameyle mali tablolara aktarmaktan sorumlu olduğuna göre sehven dahi olsa yevmiye defterinde yer alan bir toplamın yanlış aktarılması veya bir yevmiye işleminin yanlış hesaba kaydedilmesi suretiyle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi durumunda sorumluluk doğar. Örneğin, kurum dönem kârı 180.000 TL iken kurumlar vergisi beyannamesindeki

---

22 Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin Maliye Bakanlığı'na verdiği yetkiye istinaden, 3568 sayılı Kanun uyarınca yetki almış olup meslek mensuplarının mükelleflerin vergi beyannameleri, bildirim ve eklerini elektronik ortamda göndermeleri 340 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği (6) ile uygun görülmüştür.

ticari kâr sütununa 80.000 TL aktararak vergi ziyaına sebep olunmasının tespiti böyledir.)

iv- Harici araştırmayı gerektirmeden sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu anlaşılabilen belgeler veya işletmenin faaliyet konusu veya iş hacmiyle mütenasip olmayan veya ticari örf ve teamüle uygun olmayan belgelerin kayıtlara alınması ve bunların beyannameye aktarılması,

v-Meslek mensubunun ibraz edilen belgelerin defter kayıtlarına alınmasına engel olan aykırılıklarının tespitinde mesleki özeni göstermemesi (aykırılık arz eden belgeleri kayıtlara alması),

vi-Beyannamede tahakkuk edenle tahakkuk etmesi gereken arasında fark (vergi ziyaı) bulunması, (Sorumluluk için vergi ziyaının varlığı yeterli olmakla birlikte sorumluluğun kapsamına ziyaa uğratılan vergiye ek olarak vergi ziyaı cezası ile vergi ziyaına bağlı gecikme faizleri de girmektedir. Genel ve özel usulsüzlükler sorumluluk dışında bırakılmıştır),

vii- Vergi ziyaı ile imzalanan beyannamede yer alması gereken bilgiler arasında illiyet bağının bulunması (Bunun için, mükellef nezdinde yapılan incelemede tespit edilen hususlar ile meslek mensubunun imzaladığı beyannamenin belgelere göre doğru olmaması arasındaki illiyet bağının delilleriyle birlikte ortaya konması gerekir. Vergi ziyaının; beyannamedeki bilgilerin defter kayıtlarını, defter kayıtlarının da belgeleri doğrulamaması ve uygun olmaması dışındaki başka sebeplerle ortaya çıkması halinde meslek mensubu sorumlu tutulamaz).

Yukarıdaki unsurların eksiksiz ve bir arada sağlanması halinde meslek mensubu mükellefe tarh edilen vergi ziyaından sorumlu tutulur, aksi takdirde sorumlu tutulamaz.

2. "Denetim Sözleşmesi" Kapsamındaki Sorumluluk (m.51)

Meslek mensuplarıyla mükelleflerin anılan Yönetmelik kapsamında yapabileceği sözleşmelerden bir diğeri de Yönetmeliğin 51. maddesinde yer alan sözleşmedir. Bu sözleşmenin yapılmasıyla sözleşmenin karşı tarafını oluşturan mükellefin durumunun ortaya konması amaçlanır. Sözleşme konu, kapsam ve sonuçları bakımından değerlendirildiğinde bir "denetim sözleşmesi" olarak isimlendirilebilir. Her ne kadar meslek mensuplarıyla bu sözleşmenin yapılması zorunluluğu bulunmamakta ise de bu sözleşmenin yapılmasına bir engel de bulunmamaktadır. Ancak sözleşme yapıldığında tarafları bakımından hukuki sonuçların doğacağına şüphe yoktur.

Kişilerin özellikle işletmenin mali durumu veya mali göstergeleri hakkında kendi bilgi ihtiyacını gidermek ve işletme politikası bakımından doğrudan kullanmak veya bu bilgileri başkasına vermek amacıyla bu tür bir sözleşme yapması mümkün-

dür. Bu karakteri nedeniyle yapılan sözleşme özel bir denetim sözleşmesi olarak nitelendirilir. Anılan Yönetmeliğin 48, 49, 50 ve 55. maddelerinde sözleşmenin meslek mensuplarına yüklediği sorumluluklardan bahsedilmiştir[23]. Sözleşmeye göre meslek mensubu sadece vergi idaresine karşı değil, vergi idaresini de aşan şekilde sorumlu olur. Yönetmeliğin 49. maddesine göre Sözleşmenin konusunun "Firma, kurum ve kuruluşların sahip ve ortaklarına, alacaklıları ile kredi kuruluşlarına, işçi ile işveren kuruluşlarına, Devletin ekonomik ve idari birimleri ile ayrıca vergi idaresine bunların mali tablolarında yer alan kayıtların gerçeğe uygun, doğru ve güvenilir olduğunu ortaya koymak" olduğu dikkate alındığında meslek mensuplarının bu sözleşme kapsamındaki raporlarında yer verdiği hususlara ilişkin sorumluluklarının **doğruluk sorumluluğu** olduğu görülmektedir. O halde meslek mensubuyla yapılan sözleşmenin Yönetmeliğin 51. maddesinde belirtilen bir sözleşme olması halinde sözleşmeye göre düzenlenen raporda değinilen hususların, iş ve işlemlerin doğruluğundan meslek mensupları sorumlu tutulur. Yukarıda belirtildiği üzere Yönetmeliğin 51. maddesine göre yapılan sözleşme üzerine düzenlenen rapordaki bilgilerin doğru olmamasından dolayı bilgilere güvenerek işlem yapmış zarar gören tüm tarafların tazminat hakları ortaya çıkar. Özel hukukta eşitlik ve irade serbestisinden dolayı hiçbir taraf re'sen icra

---

[23] **Denetimin Tanımı**

Madde 48 - Muhasebe; kurum ve kuruluşların ekonomik faaliyetlerinin rakamsal kayıtlarını düzenler, bu bilgileri faaliyetler ve sonuçları ile ilgililere doğru ve açık şekilde iletir.

Denetim ise; bu bilgilerin ilgili mevzuat ve Genel kabul görmüş muhasebe prensiplerine uygun olarak ekonomik olayların gerçek mahiyetinin kayıtlarda yer alıp almadığını tarafsız olarak kanıtları ile araştırarak sonuçlandıran ve onaylayan sistematik çalışmadır.

Denetimin Amacı

Madde 49 - Firma, kurum ve kuruluşların sahip ve ortaklarına, alacaklıları ile kredi kuruluşlarına, işçi ile işveren kuruluşlarına, Devletin ekonomik ve idari birimleri ile ayrıca vergi idaresine **bunların mali tablolarında yer alan kayıtların gerçeğe uygun, doğru ve güvenilir olduğunu** ortaya koymaktır.

Denetim Faaliyetleri

Madde 50 - Kurum ve kuruluşların ilgililere sundukları bilgilerin gerçeğe uygun, doğru ve güvenilir olduğu tarafsız meslek mensubunca;

a) Kurum ve kuruluşların varlıklarının kurum ve kuruluşların yararına kullanılıp kullanılmadığının,

b) Varlıkların adet ve değer olarak kayıtlarda gösterilip gösterilmediğinin,

c) Varlıkların ilgili mevzuat ve muhasebe prensiplerine uygun ve doğru olarak değerlendirilip, değerlendirilmediğinin,

d) Varlıklara giren ve çıkan değerlerin kayıtlarda tam ve doğru olarak yer alıp almadığının,

e) İşletmenin borç ve alacaklarındaki artış ve azalışların tam ve doğru olarak gösterilip gösterilmediğinin,

f) Kurum ve kuruluşların ekonomik faaliyetleri sonucu varlık artış ve azalışlarının kayıtlar ile mali tablolarda tam ve doğru olarak hesaplanıp hesaplanmadığının,

g) Mali tabloların ilgili mevzuat ve genel kabul görmüş muhasebe prensiplerine uygun düzenlenip düzenlenmediğinin,

h) Mali tablolara dayalı vergi beyannameleri ile diğer beyanname ve belgelerinin ilgili mevzuata uygun olup olmadığının tespiti ile gerçekleşir.

yetkisine sahip olmayıp, her iki taraf da kendi çıkarını korumak için mahkemeye başvurmak ve iddialarını ispatlamak zorundadır.

SONUÇ

Meslek mensupları, mükelleflere mesleki hizmet sunarken göstermeleri gereken mesleki özen yükümlülüğüne aykırı davranışları mali, cezai ve disiplin hukuku bakımından sonuçlara bağlanmıştır. Mükelleflere salınan vergi ziyaı ve bu cezaya bağlı kesilen vergi ziyaı cezasından mükellefle beraber müştereken ve müteselsilen meslek mensupları da vergi hukuku açısından özel bir anlam taşıyan sorumluluk müessesesi kapsamında sorumlu tutulmuştur. Meslek mensuplarının sorumluluklarının sebebi mesleki özen yükümlülüğüne aykırılık, sorumluluğun kapsamı mükellef nezdinde ortaya çıkan vergi ziyaı, vergi ziyaı cezası, gecikme faizleri, sorumluluk tipi ise mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Meslek mensupları mükelleflerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmalarına rağmen vergi idaresine karşı sorumluluğu kamu hukukundan kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle meslek mensubuyla mükellef arasındaki sözleşme bir özel hukuk sözleşmesiyken meslek mensubuyla idare arasındaki ilişkiler kamu hukuku kaynaklıdır. Mükellef istediği meslek mensubuyla Yönetmelik kapsamında biri defter tutmayı konu alan 18. madde, diğeri denetimi konu alan 51. madde kapsamında yapabileceği sözleşmelerdir. Bunlardan 18. madde kapsamındaki sözleşmenin yapılması zorunlu olup "uygunluk sorumluluğunu", 51. madde kapsamındaki sözleşmenin yapılması serbest olup "doğruluk sorumluluğu" içeren sözleşmelerdir.

Mükelleflerin defterlerinin tutulması ve beyannamelerinin verilmesi konuyla ilgili Yönetmeliğin 18. maddesi kapsamında yazılı düzenlenen sözleşmeyle hayata geçirilir. Bu sözleşme kapsamında meslek mensubunun sorumluluğu imzaladığı beyannamelerde yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygunluğuyla sınırlıdır. Sorumluluk meslek mensubu açısından harici inceleme veya bu anlama gelecek bir davranış yükümlülüğü doğurmaz. Çünkü harici inceleme konusunda kanuni bir düzenleme olmadığı gibi meslek mensuplarının hâlihazırda harici araştırma ve inceleme yapma yetkileri de yoktur. Uygunluk sorumluluğunun harici araştırma yükümlülüğü getirmediği açıktır. Buna rağmen kanun düzeyinde olmayan bir yükümlülüğü yukarıda anılan bir tebliğle (4 Sıra Nolu Tebliğ) yaratmak suretiyle sorumluluk kapsamını genişletmek vergi ve ceza hukukunun en temel ilkesi olan kanunilik ilkesini yok saymak demektir. Oysa, vergi hukukunun asli ilkelerinden olan kanunilik ilkesi gereğince, vergi mükellefiyeti düzeyinde kabul edilen sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin ikincil mevzuatla değil kanunlar aracılığıyla düzenlenmesi gerekir. Bu çerçevede, uygunluk sorumluluğunu doğruluk sorumluluğuna taşıyan ikincil düzenlemeler ve bu kapsamda yapılan yorumlar hukuka aykırılık oluşturur

Bir bütün olarak sorumluluğun çeşitleri olarak değerlendirildiğinde meslek mensuplarının sorumluluk çeşitleri bakımından mükelleflerin borçlarından sorumlu olunması nedeniyle başkalarının borcundan sorumluluk, vergi ziyaı ve vergi ziyaı cezası borcundan sorumlu olunması nedeniyle kanundan kaynaklanan "…den sorumluluk", malvarlığı ile sorumlu olunması nedeniyle malvarlığıyla sınırsız sorumluluk, mükellefle birlikte sorumlu olunması nedeniyle müşterek sorumluluk, mükellefle aynı anda meslek mensubuna gidilebilmesi nedeniyle müteselsil sorumluluk, gerekli mesleki özenin gösterilmemesinin aranması nedeniyle de sübjektif sorumluluk şeklinde sorumluluk söz konusudur.

Meslek mensubunun sorumluluk şartları belirtilmiştir. Sorumluluk, mükellef olmaya göre istisnai düzenleme olduğundan şartların dar yorumlanması gerekir. Aksine tutum kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir.

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİBİNİN SÖZLEŞMESEL HAKKI GENEL KURUL KARARI İLE İHLAL EDİLEBİLİR Mİ?

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARAR İNCELEMESİ

(Can The Shareholder's Contractual Right Be Breached By a General Assembly Resolution In Joınt-Stock Companies? – Supreme Court's General Assembly's Decision Examination)

Ar. Gör. Hüseyin TAMER *

ÖZET

Çalışmamızda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.4.2014 tarihinde vermiş olduğu 2013/11-1048 esas ve 2014/430 numaralı kararı inceleme konusu yapılmıştır. Uyuşmazlığa konu olan anonim şirket genel kurul kararının, iptal davasına mı yoksa diğer geçersizlik türlerinden birine mi konu olması gerektiği hususu ele alınmıştır. Ayrıca pay sahibinin ortaklar arasında yapılan sözleşmeye binaen kazanmış olduğu bir hakkın, anonim şirket genel kurulunda alınan bir karar ile ihlal edilip edilemeyeceği hususu değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Anonim Şirket, Genel Kurul Kararlarının Geçersizliği, Pay Sahipleri Sözleşmesi, Pay Sahibi, Sözleşmesel Hak.

Abstract

In this paper, a decision of Supreme Court-Assembly of Civil Chambers was examined. If the decision of general assembly which is the subject of the case subject to annulability or nullity was considered. In addition, if the rights which the shareholders get with a shareholders contract could be infringed matter was assessed.

Keywords: Joint-Stock Company, Invalidity of General Assembly Decisions, Shareholders Contract, Sharer, Contractual Rights.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2013/11-1048[1]
K. 2014/430
T. 2.4.2014

YARGITAY İLAMI
İNCELENEN KARARIN
MAHKEMESİ : Yomra (kapatılan) Asliye Hukuk Mahkemesi
TARİHİ : 21.10.2010
NUMARASI : E. 2010/221, K. 2010/401

Taraflar arasındaki "karar iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Yomra (kapatılan) Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 21.10.2010 gün ve 2010/221 E., 2010/401 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2012 gün ve 2011/1888 E., 2012/10598 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette %38 hisse ile ortak olduğunu, davacının hissesi sermaye artırımlarında sabit kalması kaydıyla taşınmazının davalıya devredildiğini, müvekkilinin olağanüstü genel kurul toplantısında 1.045.000,00 TL ödenmesine karar verildiğini, toplantının 08.08.2008 tarihinde yapıldığını ileri sürerek olağanüstü genel kurul kararının iptaline, 1.045.000,00 TL'nin işlemden kaldırılmasına, müvekkilinin %38 oranındaki hissesinin sabit kalmasına, davacının hissesinin satışına ilişkin 22.12.2009 tarihli yönetim kurulu kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, olağanüstü genel kurul toplantısının usul ve yasaya uygun olarak yapıldığını, yeni yönetim kurulunun seçimi sonrasında davacı tarafından yapılan bir itirazın bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, tüm dosya kapsamına, toplanan delillere ve TTK.'nun 381. maddesine göre, genel kurul kararının iptali için, ortağın toplantıda hazır bulunup, alınan karara muhalif kalarak bu durumun tutanağa geçirilmiş olması gerektiği ancak davacı temsilcisinin toplantıda böyle bir muhalefetinin bulunmadığı, davanın üç aylık hak düşürücü süre içinde açılmadığı, yönetim kurulu kararına karşı ortakların dava açma hakkı olmadığı, yönetim kurulu kararına karşı genel kurula itiraz edilebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davalı ... Dünya Tic. Mer. A.Ş.'nin 08/08/2008 tarihli sermaye artırı-

[1] İncelenecek olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı özet olarak alınmıştır.

mına ilişkin olağanüstü genel kurul kararının ve davacının hissesinin satışına ilişkin 22/12/2009 tarihli yönetim kurulu kararının iptali istemine ilişkindir. Mahkemece kabul edildiği üzere her ne kadar genel kurul kararının TTK.'nun 381. maddesi uyarınca iptali için toplantıya katılan ortağın aleyhe oy vermesi ve muhalefetini tutanağa geçirmesi gerekir ise de, somut uyuşmazlıkta genel kurul kararıyla ihlal edilen hak taraflar arasında imzalanan davacının sermaye taahhüdünü aynî olarak yerine getireceğine ilişkin protokolden kaynaklanan sözleşmesel bir hak olduğundan genel kurul kararıyla davacının bu hakkı ortadan kaldırılamayacağı gibi, daha önce yapılan sermaye artırımları sırasında bu hakkın kullandırılmamış olması da bu hakkın ortadan kalktığı anlamına gelmez. Mahkemece, davacının talepleri buna göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmiş olması doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı Vekili
HUKUK GENEL KURUL KARARI

Eldeki davada, genel kurul kararının iptaline gerekçe olarak ileri sürülen "protokol" ortaklar arasında düzenlenmiştir. Anılan protokol uyarınca; davacı ... İl Özel İdare Müdürlüğü, kurulacak davalı şirketin % 38 hissesine sahip olacak, sermaye taahhüdünü ayni olarak karşılayacak, bunu için de mülkiyeti kendisine ait taşınmazı 2.500.000 USD karşılığına denk gelmek üzere devredecek olup, protokolün son cümlesi aynen "sermaye artırımlarında kendi hissesi olan % 38'lik paya tekabül eden 2.500.000 USD'ye kadar sermaye taahhüt borcunu ayni olarak yerine getirecektir." şeklinde düzenleme içermektedir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle, anonim şirket genel kurul kararının iptali istemi yönünden yerel mahkeme direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda (I) nolu bentte açıklanan ve Özel Daire bozma kararında yer alan nedenler ile (II)

nolu bentte gösterilen ilave nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HUKUKİ PROBLEM

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının, anonim şirket genel kurul kararına karşı hükümsüzlük (yokluk ve butlan) nedenlerine mi, yoksa iptal edilebilirlik nedenlerine mi dayandığı, buradan varılacak sonuca göre eTTK'nın[2] 381. maddesi uyarınca iptal davası açılabilmesi için, toplantıya katılan ortağın aleyhe oy vermesi ve muhalefetini tutanağa geçirmesinin zorunlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ayrıca pay sahibinin şirket ile yapmış olduğu sözleşmeyle kazanmış olduğu bir hakkın, şirket genel kurulunda alınan bir karar ile ihlal edilip edilemeyeceği de kararda tartışma konusu olmuştur.

YARGI ORGANLARININ KARARLARI

YEREL MAHKEMENİN KARARI

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette %38 hisse ile ortak olduğunu, davacının hissesi sermaye artırımlarında sabit kalması kaydıyla taşınmazının davalıya devredildiğini, müvekkilinin olağanüstü genel kurul toplantısında 1.045.000,00 TL ödenmesine karar verildiğini, toplantının 08.08.2008 tarihinde yapıldığını ileri sürerek olağanüstü genel kurul kararının iptaline, 1.045.000,00 TL'nin işlemden kaldırılmasına, müvekkilinin %38 oranındaki hissesinin sabit kalmasına, davacının hissesinin satışına ilişkin 22.12.2009 tarihli yönetim kurulu kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, olağanüstü genel kurul toplantısının usul ve yasaya uygun olarak yapıldığını, yeni yönetim kurulunun seçimi sonrasında davacı tarafından yapılan bir itirazın bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkeme, eTTK.'nın 381. maddesine göre, genel kurul kararının iptali için, ortağın toplantıda hazır bulunup, alınan karara muhalif kalarak bu durumun tutanağa geçirilmiş olması gerektiğini ancak davacı temsilcisinin toplantıda böyle bir muhalefetinin bulunmadığını, davanın üç aylık hak düşürücü süre içinde açılmadığını, yönetim kurulu kararına karşı ortakların dava açma hakkının olmadığını

---

2 eTTK ile kastımız, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunudur.

ve yönetim kurulu kararına karşı genel kurula itiraz edilmesi gerektiğini belirterek davanın reddine karar vermiştir.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında, her ne kadar genel kurul kararının eTTK.'nın 381. maddesi uyarınca iptali için toplantıya katılan ortağın aleyhe oy vermesi ve muhalefetini tutanağa geçirmesi gerekir ise de, somut uyuşmazlıkta genel kurul kararıyla ihlal edilen hakkın taraflar arasında imzalanan -davacının sermaye taahhüdünü aynî olarak yerine getireceğine ilişkin- protokolden kaynaklanan sözleşmesel bir hak olduğunu, genel kurul kararıyla davacının bu hakkının ortadan kaldırılamayacağını ve daha önce yapılan sermaye artırımları sırasında bu hakkın kullandırılmamış olmasının da bu hakkın ortadan kalktığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararında, Özel Daire bozma kararını benimseyerek, yerel mahkemenin -Özel Daire bozma kararına uymayarak- verdiği direnme kararını oybirliği ile bozmuştur.

CEVAPLANDIRILMASI GEREKEN SORULAR

Görüldüğü üzere, yukarıdaki kararda iki ana konu tartışılmış ve karara bağlanmıştır.

Bunlardan birincisi, anonim şirket genel kurul kararına karşı hükümsüzlük (yokluk ve butlan) nedenlerine mi yoksa iptal edilebilirlik nedenlerine mi dayanıldığı, buradan varılacak sonuca göre iptal davası açılabilmesi için, toplantıya katılan ortağın aleyhe oy vermesi ve muhalefetini tutanağa geçirmesinin zorunlu olup olmadığı hususudur. Gerçekten karar konusu olaya bakıldığında davacı, anonim şirket genel kurulunun sermaye artırım kararının "hükümsüz" sayılması ve sermaye artırımından kaynaklanan hisselerinin bir başka ortağa satışına yönelik yönetim kurulu kararının iptalini istemiştir. Davalı ise olağanüstü genel kurul toplantısının usul ve yasaya uygun olarak yapıldığını, yeni yönetim kurulunun seçimi sonrasında davacı tarafından yapılan bir itirazın bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

İkinci ana konu, pay sahibinin ortaklar arasında yapılan sözleşmeye binaen kazanmış olduğu bir hakkın, anonim şirket genel kurulunda alınan bir karar ile ihlal edilip edilemeyeceği ve bunun sonucu olarak bu ihlalin, alınan genel kurul kararının geçerliliğini (aynı zamanda daha sonra bu genel kurul kararı doğrultusunda alınan yönetim kurulu kararını da) etkileyip etkilemeyeceği hususudur. Bu sorular cevaplanırken öncelikle dikkat edilmesi gereken nokta, uyuşmazlığa konu **ortaklar ara-**

sında yapılan sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi ve buna göre kararın incelenmesi gerekmektedir[3].

GENEL KURUL KARARLARININ SAKATLIK HALLERİ AÇISINDAN KARARIN İNCELENMESİ

GENEL OLARAK

Genel kurul kararlarının şirketin bütün ilişkilerini kapsayan doğrudan doğruya veya dolaylı etkilerini gösterebilmeleri her şeyden önce hukuk kurallarına aykırı bulunmamalarına, yani hukuken mevcut ve geçerli olmalarına bağlıdır. Kararların mevcudiyet ve geçerlilik şartları kanun koyucu tarafından şirketin, azınlığın, şirket alacaklılarının ve müstakbel pay sahiplerinin hak ve çıkarları ile kamu düzeninin diğer gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle çeşitli kanun hükümleriyle tespit edilmiştir. Meydana gelişi veya içeriği bakımından bu hükümlere ve bunların ışığında düzenlenmiş olan şirket ana sözleşmesine aykırı bulunan kararlar hukuken sakat olurlar[4].

Genel kurul kararları ister çok taraflı ister tek taraflı çok iradeli olarak nitelendirilsin, sonuç olarak bir hukuki işlemdir. Bu niteliği nedeniyle bir yandan hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarını düzenleyen genel hükümlere, diğer yandan da anonim şirketin kendi yapısından kaynaklanan özel hükümlere tabidir. Anonim şirketlerde çoğunluğun (hakim grubun) vereceği kararlar başta azınlık ortakları olmak üzere, alacaklıların, yöneticilerin, şirket çalışanlarının menfaatlerini yakından ilgilendirir. Hatta büyük anonim şirketlerin ve holdinglerin genel kurullarının vereceği bazı kararlar ulusal ekonomiyi dolayısıyla kamu yararını da etkileyebilir. Konuya bu bakış açısından yaklaşan yasa koyucu, alınan karardaki sakatlık derecesine göre yukarıda sayılan ilgililere genel kurul kararlarına karşı yokluk-butlan veya iptal davası açma olanağı tanımıştır[5].

Anonim şirkette alınan genel kurul kararları, hukuki işlem niteliğini haiz olup, ortakların oy vermesiyle birlikte oluşur. Yani genel kurul kararı, genel kurul olarak toplanan ortakların oylarıyla meydana gelen bir hukuki işlemdir. Burada kararın bizzat kendisi hukuki işlem niteliğine sahip olup, ortakların oy vermeleri irade beyanı niteliğine sahiptir. Anonim şirkette genel kurul kararları bu şekilde bir hukuki işlem olduğundan, onun hükümsüzlüğü söz konusu olabilir. Genel kurul kararlarının hü-

---

3 Özet şeklinde ele aldığımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının tamamı dikkate alındığında, kararda oldukça uzun ve detaylı bir şekilde hükümsüzlük hallerinden (yokluk-butlan vs.) bahsedildiği için, biz de çalışmamızda öncelikle bu hükümsüzlük hallerini genel olarak inceleyeceğiz.

4 **Moroğlu**, Hükümsüzlük 23.

5 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 527.

kümsüzlüğü, TTK[6] 445-451 arasında[7] düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler açısından en önemli yenilik, genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği yanında butlanının da düzenlenmesidir[8] (TTK 447).

Genel kurul kararlarının varlık ve geçerlilik kazanabilmesi için gerekli şartlar, kanunun çeşitli hükümleri ile saptanmış olup, bir karar, oluşması ve içeriği açısından bu hükümlere ve bunlar çerçevesinde düzenlenmiş ana sözleşme hükümlerine aykırılık taşıdığı takdirde hukuken sakatlanır[9].

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları eksik ise o hukuki işlem ve onun hedeflediği ilişki hiç doğmamıştır. Bu hükümsüzlük haline "yokluk" (inexistence) adı verilir[10]. Hukuki işlemin geçersizliği konusunda görülebilecek en ağır yaptırım (müeyyide) işlemin yok sayılmasıdır. Yokluk için "keenlemyekün olmak" ifadesi de kullanılır. Hukuki işlemin kurucu unsurlarından biri eksikse artık işlem hiç doğmamış sayılır. Dolayısıyla herhangi bir sonuç meydana gelmez. Bu nedenle, hukuki açıdan yok sayılan bir işlem için dava açmak gerekmez; herkes ileri sürebilir; yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir; hâkim kendiliğinden (re 'sen) nazara alır[11].

Açılmış herhangi bir davada, bir sözleşmenin yokluğu anlaşılırsa, yokluğu hiç kimse ileri sürmemiş olsa dahi, hâkim kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. Yokluk durumunun borç sözleşmelerinde butlan (kesin hükümsüzlük) durumundan pratik farkı, yokluğun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı gerekçesiyle engellenememesi (dürüstlük kuralı uyarınca yokluğun düzelmesinin mümkün olmaması), buna karşılık butlan halinde bu imkânın varlığıdır[12].

İsviçre ve Alman hukukunda öze (içeriğe) ilişkin emredici hükümlere aykırılık halinde butlandan (Nichtigkeit) ve hukuki işlemin şekli unsurlarını tespit eden emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle hukuki işlemin mevcudiyet kazanamaması halinde ise hukuki işlemin yokluğundan (Nichtexistenz) söz edilmektedir. Fakat öğretide ve mahkeme içtihatlarında ifadesini bulan bu ayırım gerek İsviçre Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu'nda ve gerekse Alman Medeni Kanunu'nda yer almış değildir[13].

---

6 TTK ile kastımız, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunudur.

7 Ancak tüm bu maddeler belirli bir sistematik içinde ve örneğin "geçersizlik" veya "hükümsüzlük gibi bir üst başlık altında kaleme alınmamış, aksine birbirinden bağımsız görünen üç ayrı alt başlıkta düzenlenmiştir. Bu haliyle özellikle usule ilişkin olarak "Çeşitli hükümler" başlığında öngörülen maddeler, yeri itibariyle uygun ise de, sistematik bakımdan havada kalmış görünmektedir (**Kendigelen,** İlk Tespitler 345).

8 **Şener** 525.

9 **Bahtiyar** 181.

10 **Oğuzman/Barlas** 199.

11 **Ayan** 105.

12 **Oğuzman/Öz** 179.

13 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 28.

Bütün hukuki işlemlerde ortak kurucu unsur, irade beyanıdır. Borçlar hukuku öğretisine göz attığımızda, irade beyanı dışında kurucu unsur olarak zikredilenlerin son derece sınırlı olduğunu ve esas itibariyle bunların kurucu unsur niteliğinin, dolayısıyla eksikliklerinin yokluğa mı yoksa butlana mı sebebiyet verdiğinin tartışmalı bulunduğunu görürüz. Şekil eksikliği, temyiz kudretinden yoksunluk ve muvazaalı işlem, bu konuda verilebilecek tipik örneklerdir[14].

Bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla beraber, geçerlilik şartlarından biri eksik ise, o işlem ile kurulan ilişki ya ölü ya da sakat olarak doğar. Hukuki ilişkinin ölü doğması demek, hukuki işlemin kesin olarak hükümsüzlüğü demektir. Buna "butlan" (nullité, Nichtigkeit) adı da verilmektedir[15]. Hukuki işlemlerde yokluktan sonra karşılaşılabilecek en ağır geçersizlik hali "kesin hükümsüzlük" (butlan) tür. Kesin hükümsüzlük (butlan), hukuki işlemin mutlak olarak geçersiz (batıl) sayılmasıdır. Yokluktan farklı olarak burada hukuki işlem doğmuştur, fakat istenen sonuçları gerçekleştirmesi mümkün değildir[16].

Borç doğuran sözleşmeler bakımından tıpkı yoklukta olduğu gibi, kesin hükümsüzlük durumu da ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir; sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir dava açmaya ihtiyaç bulunmadığı gibi sözleşmeyi hükümsüz kılmak için bir beyana da ihtiyaç yoktur; sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür. Hâkim sözleşmenin hükümsüzlüğünü re'sen göz önüne almak zorundadır. Bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesi ile kesin hükümsüz sözleşme geçerli hale gelmez; ancak sözleşmenin geçerli olacak şekilde yeniden yapılması gerekir. Kesin hükümsüz sözleşmeye dayanan borcun ifa edilmiş olması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Ancak kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde, kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz[17].

Hukuki ilişkinin sakat doğması ise, bir yandan sakatlık giderilerek hukuki ilişkiyi yaşatmak ve hukuki işlemin hükümlerini doğurmasını sağlamak, diğer yandan sakatlık yüzünden hukuki işlemi hükümsüzleştirmek imkânının varlığı demektir. Bu duruma "iptal edilebilirlik" (annulabilité, Anfechtbarkeit) denilmektedir[18]. Hukuk düzeni, bazı hallerde ilgilisine hukuki işlemi tek taraflı olarak iptal edebilme imkânı tanımıştır. O, isterse işlemin geçerliliğine razı olur, isterse belirli şartlar çerçevesinde geçersiz kılar. Buna karşılık, hâkim geçersizliği re'sen nazara alamaz. Geçersizliğin bu türüne iptal edilebilirlik (iptal kabiliyeti) denilmektedir[19].

---

14 **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat** 511.

15 **Oğuzman/Barlas** 199.

16 **Ayan** 106.

17 **Oğuzman/Öz** 181.

18 **Oğuzman/Barlas** 199.

19 **Ayan** 108.

Bu tarz geçersizlik hallerinde bir yandan sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sakatlığı gidererek sözleşme ilişkisini geçerli hale getirmek, diğer yandan sakatlık yüzünden sözleşmeyi kesin olarak hükümsüzleştirmek imkânı vardır. Fakat kanunda öngörülen bir süre içinde iptal hakkı kullanılmazsa veya henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat edilirse (akde icazet verilirse), söz konusu sözleşme geçerli hale gelir[20].

GENEL KURUL KARARLARININ YOKLUĞU

TTK'da genel kurul kararlarının yokluğu hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımına ilişkin düzenleme bulunmasına rağmen, yokluk yaptırımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması, doktrinde[21] eleştirilmektedir. Bir genel kurul kararının yokluğuna ilişkin değerlendirmeler genel hükümler ve TTK'da düzenlenmiş butlan ve iptal davalarının çizdiği sınır ile tespit edilebilecektir[22].

Anonim şirketin tüzel kişiliğinin olmasının doğal bir sonucu olarak onun irade beyanı olan genel kurul kararlarının meydana gelmesi koşulları da hukuk kuralları ile yani kanun ve şirket ana sözleşmesi hükümleri ile belirlenmiştir. Genel kurul kararlarının meydana gelebilmeleri koşullarını belirleyen Türk Ticaret Kanunu hükümleri topluca değerlendirildiğinde, bir genel kurul kararından bahsedilebilmek için; 1.Genel Kurul, 2.Karar olmak üzere iki unsurun mevcut olması gerektiğini belirtmek gerekir[23].

Bir genel kurul kararının yokluğu (Nicht-oder Scheinbeschlüsse), başlangıçtan itibaren bir genel kurul kararının olmadığını ifade eder. Bir işlemin ve bu arada genel kurul kararının kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde, hukuki işlemin veya genel kurul kararının yokluğu, eski deyimle "keenlemyekun" ile malul olduğundan bahsedilir[24]. Bir genel kurul kararının varlığından söz edebilmek için iki kurucu unsurun bulunması gerektiğini ve bu unsurlardan birincisinin "genel kurul", ikincisinin ise "karar" olduğunu[25] ifade ettik. Bunlardan birinin eksikliği durumunda, işlem (karar) hiç doğmamış sayılır; yani baştan itibaren yoktur. Dolayısıyla bir toplantı yapılmadığı veya karar alınmadığı halde alınmış gibi gösterilir ise, karar yokluk yaptırımına tabi olur[26].

---

20 **Oğuzman/Öz** 183.

21 **Moroğlu,** Değerlendirme 246. Yazar kanunda genel kurul kararlarının butlanına yer verilmesine rağmen, sınırları olabildiğince belirlenmiş olan yokluk yaptırımına yer verilmemesi hususunun, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi adına önemli bir eksiklik olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Bilgili/Demirkapı** 343; **Bahtiyar** 181.

22 **Karahan/Huysal** 555.

23 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 67.

24 **Pulaşlı** 385.

25 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 67.

26 **Bahtiyar** 182.

Başka bir anlatımla, bir genel kurul kararından söz edebilmek için, genel kurul olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir toplantıda, ana sözleşme ve yasanın öngördüğü yetersayılarla alınmış bir kararın varlığı gerekir[27]. Dolayısıyla genel kurul kararlarının yokluğu, bir kararın meydana gelmesi için kanunun öngördüğü unsur ve şartların hiçbirisinin mevcut olmaması durumunda gerçekleşen sakatlık halidir[28].

Yokluk durumunda, alınan genel kurul kararları hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ancak alınan kararın yoklukla sakat olduğuna ilişkin tespit davası açılabilir. Bu dava herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmadığı gibi herkes tarafından ileri sürülebilir[29]. Genel kurul kararının yokluğunun tespitine ilişkin dava şirket aleyhine açılacaktır. Davada yetkili mahkeme HMK[30] 14 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu Asliye Ticaret Mahkemesidir[31]. Bu davanın herhangi bir süreye tabi tutulabilmesi olanaklı değildir. Hâkim de, alınan genel kurul kararının yoklukla sakat olduğunu re'sen dikkate almak zorundadır.

Yok hükmündeki genel kurul kararları yönetim kurulu tarafından icra edilemeyeceği gibi, ticaret siciline de tescil ve ilan edilemezler[32]. Dolayısıyla yönetim kurulu, yok olan bir genel kurul kararını yerine getiremeyecektir. Ayrıca böyle bir karar tescil edilse bile tescil yok sayılır ve genel kurul kararı geçerlilik kazanmaz[33].

GENEL KURUL KARARLARININ BUTLANI

Bir hukuki işlem, kurucu unsurları haiz olmasına rağmen, işlem kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız ise o işlem batıldır. Batıl olan işlem yapıldığı andan itibaren hüküm doğurmaz ve daha sonra hukuka aykırılığın giderilmesiyle sağlığa kavuşmaz[34].

Yoklukta olduğu gibi daha baştan hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayan ancak yokluktan farklı olarak kurucu unsurları bulunmakla birlikte içeriği itibariyle ağır hukuki aykırılıklar içeren, geçerlilik şartları eksik olan hukuki işlemler batıldır[35].

Eski Ticaret Kanunu'nda butlan yaptırımı düzenlenmiş olmamasına rağmen, genel hükümlere gidilerek, hukuki işlemlerin butlanına dair hükümlerin, genel kurul kararları yönünden de uygulanabileceği kabul edilmekte idi. Batıl genel kurul karar-

27 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 527.

28 **Üçışık/Çelik** 336.

29 **Pulaşlı** 386.

30 HMK ile kastımız, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunudur.

31 **Karahan/Huysal** 555.

32 **Şener** 526.

33 **Üçışık/Çelik** 338.

34 **Karahan/Huysal** 556.

35 **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat** 513.

larına ilişkin olarak kabul edilen ve tamamen yeni olan[36] TTK 447'de bazı butlan nedenleri düzenlenmiş olmakla birlikte bu nedenlerin sınırlı sayıda olmadığı[37], hem sayılan örneklerin başındaki "özellikle" sözcüğünden, hem hükmün gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır[38].

Anonim şirket genel kurul kararları da bir hukuki işlem olması nedeniyle, genel olarak Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme serbestisi sınırlarına tabidir. Borçlar Kanunu'na göre butlan, bir hukuki işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını içermemesi nedeniyle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır[39]. Butlan genel kurul kararının içeriğine dönük sakatlık halidir[40].

Batıl genel kurulu kararlarının iyileştirilmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu kararlar yönetim kurulu tarafından icra edilemeyeceği gibi, ticaret siciline tescil de edilemez. Butlan, hukuki menfaati bulunan herkes tarafından, özellikle ortaklar ve yönetim kurulu tarafından her zaman iddia edilebilir[41].

Yokluktaki gibi, butlanda da kesin geçersizlik söz konusudur; hâkim re'sen göz önünde bulundurur ve herkes bu geçersizliği, iptal davasında öngörülen üç aylık süreyle bağlı olmaksızın ileri sürebilir ve tespit ettirebilir. Butlan davası açma hakkı, pay sahibine tanınan vazgeçilmez bir haktır[42]. Bununla birlikte genel kurul kararının batıl olduğunun herhangi bir süreye tabi olmayan tespit davasıyla ileri sürülebilmesi noktasında hakkın kötüye kullanılmaması zorunludur[43]. Bir başka deyişle genel kurul kararlarının butlanı hakkında özel bir hüküm öngörülmesi isabetli olmuşsa da, madde gerekçesinde de işaret edilen "işlem güvenliği" yönünden gündeme gelebilecek sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, butlanın ileri sürülmesinin belirli bir süreyle sınırlandırılmamış olması bir eksikliktir[44]. Batıl genel kurul kararları, kimse butlanlarının tespitini istemese dahi en baştan itibaren hüküm doğurmazlar[45]. Böyle bir genel kurul kararı, ne ortaklığa ve pay sahiplerine ne de alacaklılara karşı hüküm ifade eder. Kararın alınmasında olumlu oy kullanan pay sahipleri de dahil olmak üzere herkes tarafından butlanın ileri sürülmesi mümkündür[46].

---

36 **Kendigelen,** İlk Tespitler 347.

37 **Tekinalp,** Tek Kişi 230; **Kendigelen,** İlk Tespitler 347.

38 **Bahtiyar** 183.

39 **Pulaşlı** 386.

40 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 527.

41 **Şener** 528.

42 **Bilgili/Demirkapı** 344.

43 **Şener** 528.

44 **Kendigelen,** İlk Tespitler 348.

45 **Karahan/Huysal** 556.

46 **Üçışık/Çelik** 339.

Belirtmek gerekir ki, yok sayılan karar ile geçersiz (batıl) bir karar arasında hukuki sonuç bakımından hiçbir fark yoktur; hukuki açıdan her ikisinin de baştan itibaren hiçbir etkisi ve hükmü yoktur. Fark sadece teoriktir; yoklukla malul genel kurul kararı *"kurucu unsurları içermemesi"* nedeniyle mevcut değildir. Batıl genel kurul kararları ise, mevcut olmakla birlikte *"geçerlilik unsurlarını içermemesinden"* dolayı ölü doğmuştur. Bu durumda, yok hükmündeki genel kurul kararlarında olduğu gibi, geçersiz bir genel kurul kararına karşı da TTK 445'deki üç aylık hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman geçersizliğin tespiti davası açılabilir. Yargıç, genel kurul kararının geçersiz olduğunu re'sen dikkate alacağı için, bu itibarla, teknik olarak geçersizliğin ileri sürülmesi bir def'i değil itirazdır[47].

Hukuki işlemin hükümsüzlüğü ile ilgili olarak yapılan butlan yokluk ayrımı Alman ve İsviçre hukukunda genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bakımından da söz konusu edilmiş ve kararın şeklen mevcudiyet kazanabilmesi için uyulması gerekli bulunan kurucu-şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde kararların yokluğundan (Nichtbeschluss, Scheinbeschluss) bahsedilmiştir. Bununla beraber İsviçre hukukunda butlan ve yokluk kavramlarına farklı hüküm ve sonuçlar bağlanmamıştır[48].

TTK'da genel kurul kararlarının butlanı sebepleri üç grupta toplanmıştır (TTK 447). Birinci grup vazgeçilmez haklara dayanır[49]. Vazgeçilemez (unverzichtbar) haklar özellikle ortaklığa ilişkin yönetim haklarının standardı olarak nitelenebilir[50]. Bu nitelikteki hakları sınırlandıran veya kaldıran genel kurul kararları batıldır (TTK 447/1-a). İkinci grup olarak bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarının, kanundaki ölçüyü aşar şekilde sınırlandırılmaları veya kaldırılmaları halinde, ilgili genel kurul kararının butlan ile sakatlanmış olacağı hükme bağlanmıştır (TTK 447/1-b). Üçüncü grup, iki alt gruptan oluşur. İlk alt grup, anonim şirketin temel yapısını bozan genel kurul kararlarıyla alakalı olup bu tür kararların batıl olduğunu amirdir (TTK 447/1-c). Diğer alt bölümün konusu ise sermayenin korunmasına dair hükümlerdir. Söz konusu hükümlere aykırı genel kurul kararları batıl addedilmiştir[51].

TTK 447'de açıkça zikredilmemekle birlikte anonim şirketin temel ilkelerinden birisi de eşit işlem ilkesidir. Yargıtay[52], genel kurulun eşitlik ilkesine aykırı kararlarının *yok hükmünde* olduğuna karar vermiştir[53]. Ancak TTK 447'de özel olarak sayılmış bulunan üç halin dışındaki emredici hükümlere aykırı olan her esas sözleşme

---

47 **Pulaşlı** 387.

48 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 29.

49 **Tekinalp,** Sermaye Ortaklıkları 399.

50 **Pulaşlı** 387.

51 **Tekinalp,** Sermaye Ortaklıkları 399.

52 11 HD. 28.06.2011, E. 8722 K. 7836 (**Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 528).

53 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 528.

hükmünün mutlak surette butlanla malul olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususta dikkat edilmesi gereken şey, emredici hükme aykırı düzenlemenin niteliğinin tespit edilmesi ve ona uygun yaptırımın uygulanmasıdır[54].

Butlanın mutlak bir hükümsüzlük hali olması ve hukuki yararı bulunan herkes tarafından herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilmesinin hukuk güvenliği açısından yadsınamayacak bir tehlike oluşturduğu bir gerçektir. Örneğin, bir sermaye artırımı veya azaltılması, bir birleşme veya bölünme kararının uzun yıllar sonra butlan sebebiyle hükümsüz sayılmasının yaratacağı içinden çıkılmaz durumlar yahut böyle durumlara düşülmesi ihtimalinin doğuracağı hukuk güvensizliği yadsınamaz. Bu nedenle kesin geçersizlik hallerinin sınırlandırılması çok önemlidir[55].

GENEL KURUL KARARLARININ İPTALİ

Anonim şirketlerde kararların alınmasında kural olarak çoğunluk ilkesi geçerlidir (TTK 418, 421). Genel kurulda alınan kararlar toplantıya katılmayanlar ile katılıp da karara muhalif oy verenler için de bağlayıcıdır (TTK 423). Bu nedenle uygulamada genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılmasına sıklıkla rastlanır[56].

Genel kurul kararının geçersizlik hali baştan itibaren sakatlık doğurmayacak nitelikte ve ancak belli süre içinde ileri sürülebilecek ise iptal yaptırımından söz edilir. Bu yaptırımın ortaya çıkabilmesi için ise öncelikle bir genel kurul kararının bulunması gerektiği ise izahtan varestedir. Aksi takdirde yokluk yaptırımı ortaya çıkacaktır. Bu haliyle iptal edilebilirlik yaptırımının, yokluk ve butlana göre daha hafif hüküm ve sonuçlara tabi olduğu belirtilmelidir[57].

TTK 445'de kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabileceği öngörülmüştür.

Anonim şirket genel kurulunda kanun ve/veya ana sözleşmede öngörülen oyçokluğu ile alınan kararlar "...toplantıda hazır bulunmayan veyahut olumsuz oy veren pay sahipleri..." ile (TTK 423) şirketin diğer organlarını bağlar. Ancak, bundan oyların çoğunluğunu ellerinde bulunduranların istedikleri kararları alabilecekleri ve azınlık pay sahiplerinin de bu kararlara uymaktan başka bir imkânları bulunmadığı gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Kanun koyucu hem oyçokluğunu ellerinde bulunduran pay sahiplerinin karar alma yetkilerini kanun ve ana sözleşme hükümleri ve

---

54 **Pulaşlı** 388.

55 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 27.

56 **Bahtiyar** 187.

57 **Bilgili/Demirkapı** 348.

dürüstlük kuralı ile sınırlamış ve hem de kararlara uymakla yükümlü tuttuğu pay sahipleri ile şirket organlarını bu sınırların aşılmasına karşı dava hakkı ile donatmıştır[58].

Anonim şirketlerde iptal davası, bireysel pay sahiplerinin çoğunluğa karşı koyabilmesine olanak sağlayan, bu haliyle azınlığı koruyan en önemli davalardan birisidir. Gerçekten de kanun koyucu genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma olanağıyla, anonim şirket ortağına, kanuni koşulların oluşması durumunda, tek başına çoğunluk gücüne karşı koyabilme hakkını sağlamaktadır. Bu dava sonucunda alacağı iptal kararıyla ortak, çoğunluk gücünü etkisiz hale getirebilmektedir[59].

Genel kurul kararının iptaline ilişkin hükümler, butlan hükümleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira bu iki kurum, birbirlerinin uygulama alanlarını sınırlayarak belirlemektedir. Gerekçe 'de de belirtildiği üzere, hangi hükmün uygulanacağına ilişkin şüpheye düşülmesi halinde, işlem güvenliği açısından iptal davasının tercih edilmesi yerinde olacaktır[60].

Yokluk ve butlan halleri dışında kalan sakatlıklarda, genel kurul kararları iptal edilebilirlik müeyyidesine tabidir. Yokluk ve butlanın hukuki sonuçları, hukuk güvenliğini sarsacak nitelikte olduğundan, duraksama hallerinde, genel kurul kararının geçersiz değil, iptal edilebilirlik müeyyidesine tabi olması gerekir[61].

Genel kurul kararının iptali, kararın mahkeme tarafından geriye dönük olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder. Kesin hükümsüzlük halleri dışındaki TTK'nın 445. Maddesinin kapsamına giren tüm haller iptal sebebidir. Bu bağlamdaki kural şudur: Kararın kesin hükümsüz olup olmadığı hususunda kuşku duyulan hallerin iptal nedeni olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun dışında yasanın işlemin sakatlık derecesini açıkça iptal edilebilirlik olarak belirlediği haller de vardır; bu hallerde açılacak davanın iptal davası olduğu tartışmasızdır[62] (bkz. TTK 431/1 ve 431/2).

İptal davası açma hakkının ancak üç aylık süre için tanınmasıyla güdülen amaç, kararı başından itibaren geçersiz kılmaya hak sahibi olan kişilerin, şirket çıkarlarına öncelik tanımalarına imkân verilmesidir. Bu noktada TTK 445 hükmünde pay sahipleri açısından iptal davası açma yükümü bulunmaması da bunun sonucudur. Bir genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, her şeyden önce ortada şeklen geçerli bir genel kurul kararı olması gerekmektedir. Olumlu genel kurul kararları gibi olumsuz genel kurul kararları da iptal edilebilir[63].

---

58 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 169.

59 **Şener** 531.

60 **Karahan/Huysal** 558.

61 **Pulaşlı** 394.

62 **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** 531.

63 **Üçışık/Çelik** 350.

Doktrinde iptal davası açılmasının ve bu davanın başarısının üç şarta bağlı olduğu; bu şartların ise bir genel kurul kararının mevcut olması, kararın kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık taşıması ile karar ile aykırılık arasında illiyet bağının olması ve bu durumun kanıtlanması olarak belirtilmiştir[64].

Satır aralarına yerleştirilen ve bu nedenle vurgulanması gereken önemli husus ise, "illiyet bağına" yönelik ispat yükünün de davalı şirketten alınıp, bu düzenlemeye bir anlamda kaynaklık eden eTK 361/3 hükmünün aksine bu kez davacıya yükletilmesidir. Böylece artık kararlılık kazanan, ancak doktrinde haklı olarak eleştirilen Yargıtay uygulaması, kanun hükmü haline getirilmiştir. Bu yeni düzenlemenin özellikle bazı pay sahiplerinin genel kurul toplantılarından tamamen dışlanması, böylece temel pay sahipliği hakkının ihlal edilmesi gibi tehlikeli bir sonucu da beraberinde getireceğini söylemek mümkün görünmektedir[65].

Genel kurul kararlarının iptal sebepleri kanuna, esas sözleşmeye ve özellikle dürüstlük kuralına aykırılıktır (TTK 445). Bu sebepler tahdidi değildir. Hukukun genel ilkelerinin ihlali ile nesnellikten uzak kararlar da iptal edilebilir[66].

Somut uyuşmazlığa bakıldığında, iptali istenen ve şirketin olağanüstü genel kurul toplantısında alınan karar, **oybirliği ile** alınmış gözükmektedir. Dolayısıyla davacının da bu karara olumlu oy verdiği dikkate alındığında, olağanüstü genel kurul toplantısında hazır bulunan davacının, TTK hükümlerine göre iptal davası açabilmesi için karara olumsuz oy verip bu muhalefetini de tutanağa geçirmiş olması gerekirdi. Davacının böyle bir muhalefeti bulunmadığı gibi aksine karara olumlu oy vermiştir. Dolayısıyla yüksek mahkemenin bu hususu dikkate almadan hüküm tesis etmesi isabetli görünmemektedir.

GENEL KURUL KARARININ PAYSAHİPLERİ ARASINDAKİ SÖZLEŞMELERE AYKIRILIĞI AÇISINDAN KARARIN İNCELENMESİ

Somut uyuşmazlıkta, genel kurul kararının iptaline gerekçe olarak ileri sürülen "protokol" **ortaklar arasında** düzenlenmiştir. Anılan protokol uyarınca; davacı ... İl Özel İdare Müdürlüğü, kurulacak davalı şirketin % 38 hissesine sahip olacak, sermaye taahhüdünü ayni olarak karşılayacak, bunu için de mülkiyeti kendisine ait taşınmazı 2.500.000 USD karşılığına denk gelmek üzere devredecek olup, protokolün son cümlesi aynen "sermaye artırımlarında kendi hissesi olan % 38'lik paya tekabül eden 2.500.000 USD'ye kadar sermaye taahhüt borcunu ayni olarak yerine getirecektir." şeklinde düzenleme içermektedir.

---

64 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 174 vd.

65 **Kendigelen,** İlk Tespitler 347.

66 **Tekinalp,** Sermaye Ortaklıkları 393.

Görüldüğü üzere genel kurul kararının iptaline gerekçe olarak ileri sürülen "protokol" ortaklar arasında yapılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu sözleşmenin ortaklar (pay sahipleri) arasında yapılan, "*pay sahipleri sözleşmesi*" olarak nitelendirilmesi gerekir. Pay sahipleri sözleşmesi doktrinde[67], "*anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının, pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir"* şeklinde tanımlanmıştır. Borçlar hukukunun temel ilkelerinden sözleşme serbestisine dayanılarak akdedilen ve bağlayıcılığı olan bu sözleşme, pay sahiplerini, pay sahipliğinden doğan haklarını sözleşmede öngörülen amaçların yerine gelmesini sağlayacak şekilde kullanmak taahhüdü altına sokar.

Karardan da anlaşılacağı üzere uyuşmazlığa sebebiyet veren protokol ortaklar arasında düzenlenmiş bulunduğundan, burada taraflar arasında yapılmış bulunan bir sözleşme yani borç ilişkisi bulunmaktadır.

Her borç ilişkisinin amacı, yüklenilen (taahhüt edilen) edimlerin yerine getirilmesi, yani ifadır. Borcun ifa edilmemesi, borçlunun, yüklenmiş olduğu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi veya ifasında gecikmiş olması demektir. Buna uygulamada "ademi ifa" da denilmektedir. Başka bir deyişle borçlu, yüklenmiş olduğu borcunu hiç veya gereği gibi, yani ifa zamanında ve yerinde, konusuna tamamen uygun olarak ifa etmemiş (kötü ifa) yahut ifada gecikmiş olursa, bu durumlara borca aykırılık denir. Borca aykırılık, geniş anlamda borcun ifa edilmemesi demektir[68].

Borçlar Hukuku öğretisinde borcun hiç ifa edilmemesi durumunda, edim henüz imkânsızlaşmamışsa, alacaklı, dilerse *"aynen ifa davası"* açabilir. Böyle bir davada, onun, aynen ifaya ek olarak *gecikme tazminatı* istemesi de mümkündür. Alacaklı, edim borçlunun kusurlu davranması yüzünden imkânsızlaşmışsa veya gecikme yüzünden aynen ifayı istemek artık çıkarına uygun düşmüyorsa aynen ifadan vazgeçer ve *olumlu (müspet) zarar*ının karşılanması için *"tazminat davası"* açar. Şüphesiz, şartları varsa sözleşmeden dönüp *olumsuz (menfi) zarar*ın tazminini istemesi de mümkündür (BK[69] 125,126). Nihayet, alacaklı, zarara *yardımcı kişinin fiili* yol açmışsa bu hüküm (BK 116) çerçevesinde de tazminat isteyebilir. Zira borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu, borcun ifa edilmemesinde kusurunun bulunmadığını ispatlayamamışsa ve önceden usulüne uygun şekilde kararlaştırılmış bir sorumsuzluk anlaşması (BK 115) da yoksa alacaklıya karşı sorumludur (BK 112)[70].

Genel kurul kararının, pay sahipleri arasında yapılmış olan sözleşmelere veya ana sözleşmenin sadece ortaklar arası taahhüt niteliği taşıyan hükümlerine aykırılığı, TTK'nın 445. vd maddelerine göre bir iptal nedeni oluşturmayıp, ilgili taraflar ara-

---

67 **Okutan Nilsson** 4.

68 **Akıntürk/Ateş Karaman** 123.

69 BK ile kastımız, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunudur.

70 **Ayan** 388.

sında sözleşmeye (taahhüde) aykırılık nedeniyle genel hükümlere göre aynen ifa ve tazminat talebine yol açabilir. Örneğin, ortaklar arası sözleşmeye (kuruluş sözleşmesine) aykırılık bir iptal davası nedeni olmayıp bir aynen ifa ve/veya tazminat talebine yol açar[71].

Yine, bir pay sahibinin yönetim kuruluna veya başkanlığına seçileceğine ilişkin ana sözleşme hükmü paya değil, kişiye tanınmış olması nedeniyle TTK'nın 478/1 ve 478/2. maddesi anlamında imtiyaz olarak geçersiz olmakla beraber, bu kişiye karşı şirket ve çoğunluk pay sahipleri tarafından yapılmış geçerli bir taahhüt niteliğindedir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyeliğine veya başkanlığına seçilmeyen kişi, bu yönde oy verme taahhüdüne aykırılık nedeniyle genel hükümlere göre aynen ifa veya tazminat davası açabilir[72].

Pay sahipleri sözleşmesi bir borç sözleşmesidir ve bu nedenle sözleşmeden doğan haklar nisbi nitelikte olup yalnızca sözleşme tarafları arasında ileri sürülebilirler. Anonim ortaklık ile pay sahiplerinin birbirlerinden bağımsız hukuk kişilikleri olmaları nedeniyle, ortaklığın taraf olmadığı bir pay sahipleri sözleşmesi, anonim ortaklığa karşı dermeyan edilemez. Anonim ortaklık, sözleşmenin hukuki etkisi bakımından üçüncü kişi durumundadır; sözleşme, anonim ortaklığın dışında yer alır. Ayrıca anonim ortaklığın organları da, pay sahiplerinden oluşmalarına rağmen, anonim ortaklık tüzel kişiliğinin parçasıdırlar ve pay sahiplerinden bağımsızdırlar. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesi anonim ortaklığın organlarına karşı da ileri sürülemez[73].

Borçlar Hukukuna hakim olan prensiplerden biri de borç ilişkisinin nisbiliği (göreceliliği) olduğundan, bu prensibe göre, borç ilişkisi sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ teşkil eder ve üçüncü şahısları etkilememesi borç ilişkisinin nisbi olduğunu ifade eder ve bu sebeple de alacak hakkının nisbi hak olduğundan söz edilir[74].

Borçlar Hukuku esas itibariyle *"alacak hakkı"*nı düzenler. Alacak hakkının belirgin özelliği ise, eşya hukuku tarafından düzenlenmiş olan ve mutlak nitelik taşıyan *"ayni hak"*kın aksine nisbi olmasıdır. Zira alacak hakkının muhatabı borçludur. Alacak hakkı, hukuk düzeninin öngördüğü bazı istisnalar dışında, borç ilişkisinin tarafları arasında yer almayan üçüncü kişilere karşı etkili olmaz. Bu konuda görülebilecek istisnaların en belirgin örneği *şerh* edilerek kuvvetlendirilmiş alacak haklarıdır. Usulüne uygun şekilde yapılmış bir şerh, alacak hakkını, ilgili taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hale getirir[75] (MK[76] 1009/2).

Ortaklar arasından yapılan pay sahipleri sözleşmeleri ve bu sözleşmelere hakim olan ve Borçlar Hukuku öğretisinin temel ilkelerinden biri olan nisbilik ilkesi hakkın-

---

71 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 212.

72 **Moroğlu,** Hükümsüzlük 212.

73 **Okutan Nilsson** 277.

74 **Oğuzman/Öz** 28.

75 **Ayan** 12.

76 MK ile kastımız, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur.

da yapmış olduğumuz bu açıklamalardan sonra, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, somut uyuşmazlıkta bahsi geçen "protokol" sözleşmesinin (pay sahipleri sözleşmesi) *"nisbi"* etkisini atlayarak, sözleşmenin tarafı olmayan anonim şirket tüzel kişiliğine karşı da-pay sahipleri sözleşmesini- ileri sürülebilir hale getirmesinin isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktada sözleşmenin nisbi olması, yani sözleşme ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilmesi ilkesi gereğince, davacının sözleşmeye aykırılıktan başvurabileceği kişilik, anonim şirket tüzel kişiliği değil, sözleşmenin karşı tarafı olan diğer ortaktır. Davacının "sözleşmeye (borca) aykırılık" tan gidebileceği yolları ise daha önceki açıklamalarımızda izah etmiş bulunmaktayız.

Ayrıca uyuşmazlığa konu olan ve anonim şirket olağanüstü genel kurulunda 08.08.2008 tarihinde alınan sermaye artırım kararı "oybirliği" ile alınmıştır. Bu durumda olağanüstü genel kurul toplantısında hazır bulunan *"davacı"* temsilcisinin bu karara muhalif kalarak bu muhalefetini de tutanağa geçirmiş olması ayrıca bu davayı da üç aylık hak düşürücü sürede açmış olması gerekirdi. Yüksek mahkemenin bu hususu dikkate almadan hüküm kurmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Dolayısıyla iptali istenen genel kurul kararının, Hukuk Genel Kurulu'nca batıl bir karar olarak nitelendirilmesini gerektirecek bir durumun da uyuşmazlıkta bulunmadığını ifade etmek gerekir.

Yine Hukuk Genel Kurulu'nun hüküm kurarken emsal karar olarak atıfta bulunduğu Yargıtay kararının[77] (kurucular ile anonim şirket arasındaki sözleşme ilişkisi), somut uyuşmazlığın odak noktası olan pay sahipleri sözleşmesi ile bir ilgisi ve bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla örnek karar olarak atıfta bulunulan Yargıtay kararının da (uyuşmazlıkla bir alakasının bulunmadığı gerekçesiyle), bizi Hukuk Genel Kurulu'nun ulaşmış olduğu sonuca götürebilecek emsal bir karar olmadığı kanaatindeyiz.

Uyuşmazlığın bir diğer boyutu olan, yönetim kurulu tarafından, davacının paylarının başka bir ortağa satılması hususuna gelince; 2009 yılında alınan bu yönetim kurulu kararı, 2008 yılında toplanan olağanüstü genel kurulda alınan sermaye artırımı kararına binaen alınmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun hatalı bir şekilde genel kurul kararını hükümsüz sayması sonucu, bu genel kurul kararına binaen tesis edilmiş olunan yönetim kurulu kararının da bir hüküm ifade etmediğini söylemek mümkündür.

SONUÇ

Yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelerle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen, genel kurul kararının (ve bu karara binaen alınmış olan yönetim kurulu kararının) -pay sahibinin sözleşmesel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle- hükümsüz sayılması kararı kanaatimizce isabetli değildir. Tüm bu nedenlerle bu karara katılamıyoruz.

---

77 Yargıtay 11.HD'nin 31.05.2001 gün ve 2001/3163 E., 4878 K.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut ve Derya **ATEŞ KARAMAN**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 21.Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2013.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 8.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2014.

BİLGİLİ, Fatih ve Ertan **DEMİRKAPI**: Şirketler Hukuku, 9.Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013

KARAHAN, Sami (Edit.): Şirketler Hukuku, 2.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, 2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KIRCA, İsmail, Feyzan Hayal **ŞEHİRALİ ÇELİK** ve Çağlar **MANAVGAT**: Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2013.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanununa Göre Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 6.Baskı, 2012. (Hükümsüzlük)

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, (Değerlendirme)

OĞUZMAN, M.Kemal ve Nami **BARLAS**: Medeni Hukuk, 16.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

OĞUZMAN, M.Kemal ve M. Turgut **ÖZ**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 12.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

OKUTAN NILSSON, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.

POROY, Reha, Ünal **TEKİNALP** ve Ersin **ÇAMOĞLU**: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, 13.Bası, İstanbul, 2014.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 3.Bası, Ankara, 2015.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2.Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

TEKİNALP, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**,** İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012 (Tek Kişi).

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**,** 4.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015 (Sermaye Ortaklıkları).

ÜÇIŞIK, Güzin ve Aydın **ÇELİK**: Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1.Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ALACAKLI TEMERRÜDÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

(Legal Consequences of The Creditor Default)

Ar. Gör. Tuğçe TEKBEN*

ÖZET

Bu makalede, ilk olarak alacaklı temerrüdünün varlığı için gerekli şartlar temel düzeyde incelenmiştir. Makalede, alacaklı temerrüdünün genel ve özel olarak hukuki sonuçları ayrıntılarıyla değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, masraflar, hasar, sorumluluk, alacaklı temerrüdünün borçlu temerrüdü ile ilişkisi, alacaklı temerrüdünün ödemezlik def'i ile ilişkisi incelenmiştir. Daha sonra alacaklının temerrüdü durumunda borçluya sağlanan imkânlar olan malın tevdi, satımı ve sözleşmeden dönme üzerinde durulmuştur. Son olarak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) hükümler, 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eski BK) ile karşılaştırılmak suretiyle incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Alacaklı, borçlu, alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdü, ödemezlik def'i, tevdi, hasar, sorumluluk, sözleşmeden dönme, alacaklı temerrüdünün hukuki sonuçları.

Abstract

In this essay, at the outset conditions of the creditor default are examined. General and special consequences of the creditor default are in detail analyzed as well. Also expenses, damage, responsibility, the relationship between default of debtor and creditor default and the relationship between the creditor default and defense of non-performance (exceptio non adimpleti contractus) are discussed. Then the focus of attention this turns to the consignment, sale and avoidance of contract. Finally, statutory regulations regarding creditor default pertaining to new Turkish Code of Obligations (Act No.6098) is compared with the former Turkish Code of Obligation (Act No. 818).

Keywords: Creditor, debtor, creditor default, default of debtor, defense of non performance (exceptio non adimpleti contractus), consignment, damage, responsibility, avoidance of contract, the legal results of the creditor default.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Bir borç ilişkisinde borçlunun rolü, borçlandığı edimin ifasını gerçekleştirmek; alacaklının rolü ise tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun edimini kabul etmek, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise hem karşı edimi kabul etmek hem de kendi borcunu ifa etmektir. Alacaklının edimi kabul etmemesi, çoğunlukla sorumluluğuna yol açmamakla birlikte, bazen edimi kabul, alacaklı için bir borç da teşkil edebilmektedir[1]. Alacaklı borçlu tarafından usulüne uygun yapılan ifa teklifini haklı bir nedene dayanmaksızın kabul etmez ise, alacaklı temerrüdü meydana gelir[2]. Bu durumda ifa engeli, alacaklının hareketsizliğinden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda alacaklı temerrüdünün borçlu ve alacaklıya dönük iki şartı mevcuttur. Borçlu tarafından edimin ifaya uygun olarak arz edilmesi gereklidir. Zira ifa edime uygun değilse, alacaklı buna kabule mecbur olmadığından temerrüt olgusu gerçekleşmez. Alacaklı bakımından gereken şart ise, ifanın haklı bir nedene dayanılmaksızın reddedilmesi ya da ifa için hazırlık hareketlerinin yapılmasından kaçınılmasıdır[3]. Hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi de alacaklı açısından teknik anlamda bir borç teşkil etmez[4] ve alacaklı için ifa yükümlülüğü doğurmaz. Fakat alacaklının kendisi için doğacak yararlı sonuçlara ulaşması için bu davranışları yerine getirmesi gerekir[5].

İfanın gerçekleşmesi için sadece alacaklı tarafın kabulünün beklendiği ve borçlu tarafından, her bakımdan usule uygun ifa teklifinin gerçekleştirildiği bir halde, alacaklının eylemsizliği nedeniyle borçlunun borcunu ifa edip borçtan kurtulmaya olan menfaati ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle Kanunda borçluyu kurtarıcı bazı imkânlar yer almakla birlikte, sırf alacaklının bir hakkını kullanmaması nedeniyle

---

1 Edimi kabulün sadece hak değil, borç da teşkil edebildiği bu tür durumlarda alacaklı ifayı kabulden kaçınırsa alacaklı temerrüdüne düşmüş olmakla birlikte, aynı zamanda borcuna aykırı davranan kimse durumunda olacaktır. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-I, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, sh. 367; Örneğin, TBK m. 232'de yer alan düzenleme gereğince satış sözleşmesinde alıcı, satılanı teslim almakla yükümlüdür. Ayrıca bkz. dn. 117.

2 Alacaklı temerrüdü alacaklının ifaya katılması gereken ve ifanın hala mümkün olduğu hallerde söz konusu olabilir. Bkz. Rolf H. **Weber**, Berner Kommentar, Bd. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl, 2005, OR 91, N.13. Bu nedenle yapmama borçlarında alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 91, N.16-17; **Oğuzman/Öz**, 361, 362; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, 6098 Sayılı TBK'na Göre Hazırlanmış Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, sh. 1011.

3 TBK m. 106: "Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur" şeklindedir.

4 **Weber**, Berner Kommentar, (OR 91, N. 26)'da sadece bu durum için değil ifa teklifini kabul etmemeyi de kapsayacak şekilde "Alacaklının ifaya katılmamasının borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden" bahsedilmektedir.

5 Nami **Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, sh.76.

borçlunun zor durumda bırakılmasının, sözleşmelerdeki taraf eşitliğine ve genel hakkaniyet prensiplerine aykırı olduğu gerekçesiyle borçluyu sorumluluktan kurtarıcı veya borçlunun sorumluluğunu azaltıcı bazı düzenlemeler de getirilmiştir. O halde, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için, alacaklı temerrüdünün hukuki sonuçlarını, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan özel hükümler ve borçluyu alacaklı karşısında koruyan genel imkânlar şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutmak mümkündür.

1. Alacaklı Temerrüdünün Genel Sonuçları

Alacaklının temerrüde düşmüş olması, kural olarak borçlunun borcunun sona ermesine neden olmamaktadır[6]. Bu kuralın istisnası ise, TBK m. 593[7] (eski BK m. 501) hükmünde yer alan ve alacaklının, kefilin ifa teklifini kabul etmemesi halinde kefilin, kefaletten kurtulacağını öngören düzenlemedir. Bu durumda kefilin, temerrüdün özel sonuçları ortaya çıktığında bahsedilebilecek imkânları kullanmaya ihtiyacı olmayacaktır[8].

Borcunu usulüne uygun olarak ifa etmeyi teklif eden borçluyu, alacaklı karşısında koruyan düzenlemeler aşağıda başlıklar altında sıralanmıştır:

I. Borçlunun Muhafaza İçin Yaptığı Masrafların Alacaklı Tarafından Karşılanması

Sözleşmenin konusunun verme borcuna ilişkin olduğu durumlarda alacaklı temerrüde düştüğü zaman, borçlunun borç konusu eşyayı tevdi ederek borçtan kurtulma imkânı vardır. Borçlunun gerek tevdiden önce gerekse tevdiden sonra yapacağı alacaklıya bildirim, tevdi yeri belirlenmesi, malın taşınması, malın paketlenmesi ve benzeri- masrafları söz konusu olacaktır. Fakat malın tevdii gerçekleşene kadar da borçlu malı nezdinde tutmak ve korumak zorundadır. Bu sebeple borcun ifasını haklı

---

6 **Oğuzman/Öz**, 367; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**/Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. III, Rona **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, sh.147; Haluk **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2012, sh. 238; Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, sh. 339; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, sh. 677; Marius **Schraner**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, 2000, (Zürcher Kommentar), OR 92, N. 7.

7 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmi Gazete Sayısı: 27836.

8 **von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, sh.538; Nevzat **Koç**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992, sh.179; Tamer **İnal**, Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Basım, İstanbul 2009, sh. 294.

bir sebep olmaksızın kabul etmeyen alacaklının, borçlu tarafından malın muhafazası için yapılan masrafları, borca aykırılık hükümleri uyarınca değil[9] vekâletsiz iş görme kuralları gereğince ödemesi gerektiği kabul edilir[10].

II. Borçlunun Sorumluluğunun Daha Az Şiddetle Takdir Edilmesi

Alacaklı temerrüdünde borçlunun, alacaklı lehine mala yönelik bakım ve koruma yükümü mevcuttur. Bu çerçevede, malın zarara uğraması halinde sorumluluğun kime ait olacağı sorunu gündeme gelir. Bu konuda Kanunda özel bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, genel hükümlerden borçlunun sorumluluğunun alacaklı temerrüdünden önceki duruma göre daha hafif olacağı sonucuna varılabilir[11]. Çünkü borçlunun kendisine bir faydası olmamasına rağmen malı muhafazaya devam etme mecburiyetinin yegâne sebebi, alacaklının hareketsizliği olup, bunun bütün olumsuz sonuçlarının da borçluya yüklenmemesi gerekir[12].

Alman hukukunda[13], alacaklı temerrüdünün oluşmasıyla birlikte, borçlu sadece ağır ihmal ve kastından sorumlu tutulmaktadır. Türk ve İsviçre[14] hukukunda ise buna benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 114'de genel olarak borcunu ifa etmeyen borçlunun hafif kusur da dâhil her türlü kusurundan sorumlu olacağı, fakat işin borçlu için fayda sağlamayacağı hallerde, sorumluluğun daha az şiddetle takdir olunacağı düzenlenmiştir. Bu durumda borçlunun kusuru hafif ihmal şeklinde derecelendirilse de, borçlu kural olarak sorumlu olacaktır[15]. TBK m. 114/II, haksız

---

9 **Weber**, Berner Kommentar, OR 91, N. 30-31; OR 92, N. 10.

10 Turgut **Önen**, Borçlar Hukuku, Genel Kurallar, Ankara 1974, sh. 191; **Koç**, 290; Aydın **Aybay**, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul 2011, sh.129; Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, sh. 766; **Reisoğlu**, 342; Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. II, 2. Bası, İstanbul 1977, sh.151; **Serozan**, 152; **von Tuhr**, 540; **Weber**, Berner Kommentar, OR 91, N. 26. *Üçer*, alacaklının tevdie kendi temerrüdü ile sebebiyet vermesinin tevdi masraflarını ödemek zorunluluğunu doğuracağını belirtmiştir. Bkz. Mehmet **Üçer**, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, sh. 205. Belirtelim ki, tevdi gerçekleşmese bile borçlunun temerrütten itibaren yaptığı masrafları alacaklıdan istemesi mümkündür.

11 **Reisoğlu**, 342; **Serozan**, 147; **Önen**, 191; **Tunçomağ**, 764; **Eren**, 1017,1018; **Serozan**, 148; **Nomer**, 240; Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, sh. 254; Selahattin Sulhi **Tekinay /**Sermet **Akman/**Haluk **Burcuoğlu/**Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, sh. 1129-1130; Fatih **Bilgili/**Ertan **Demirkapı**, Borçlar Hukuku, İzmir 2015, sh. 174.

12 **Tunçomağ**, 765; **Feyzioğlu**, 150; **Üçer**, 126; **von Tuhr**, 538. Alacaklı temerrüde düşmekle, sözleşme rizikosunu artırmış olacağından borçlu sadece ağır kusurundan yani sadece kast ve ağır ihmalinden sorumlu olacaktır. Bkz. **İnal**, 296.

13 BGB § 300/I.

14 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 15; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 12.

15 İsviçre'de hâkim görüş, alacaklı temerrüdü sırasında borçlunun malı hiçbir çıkarı olmadığı halde ve alacaklı yüzünden elinde tutmasından ötürü, sorumluluğunun 114/I'e göre daha hafif olaca-

fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa da uygulanacağını düzenlemiştir. TBK m. 52'de yer alan düzenleme gereğince, zarara uğrayanın zararı doğuran eyleme razı olması ya da kendisinin sebep olduğu hâl ve şartların zararın meydana gelmesine etki yapmış olması veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması hallerinde hâkimin tazminat miktarını hafifletebilmesi ya da tamamen kaldırabilmesi mümkün olacaktır. Maddede yer alan indirim sebepleri gereğince bir haksız fiilde zararın meydana gelmesine mağdurun etkisinin derecesine göre, failin sorumluluğunun azalması ya da ortadan kalkması mümkün olduğu gibi, borca aykırılık halinde alacaklının hareket tarzının ifayı engellemesi nedeniyle alacaklı temerrüdünün, borçlunun sorumluluğunu sınırlayıcı bir rol oynaması[16] da kabul edilebilir.

Sorumluluğa alacaklının katlanması, borçlunun bakım ve koruma yükümü çerçevesinde özensiz davranmasının gerekçesini oluşturmadığından, borçlunun kusurlu davranışı halinde sorumluluğu gündeme gelir[17]. Bu durumda, borçlu, borç konusunu muhafaza konusunda her türlü dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen zarar meydana gelmişse, borcundan kurtulur[18].

III. Hasarın Alacaklıya Geçmesi

Hasar, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat borcun ifa edilmesinden önce malda tarafların iradesi dışında meydana gelen eksilme, bozulma olarak tanımlanabilir[19]. Alacaklı temerrüdü halinde, hasarın alacaklıya ait olacağı konusunda genel bir kanuni düzenleme mevcut değildir[20].

TBK m. 483 hükmünde (eski BK m. 368) yer alan eser sözleşmesiyle ilgili düzenlemeye göre, iş sahibi işi kabul yönünde alacaklı temerrüdüne düşmüşse ve bu

---

ğını savunur. Bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 15; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N 12.

16 **Koç**, 276; **Oğuzman/Öz**, 368; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 15.

17 **Oğuzman/Öz**, 368; **Serozan**, 148.

18 **Koç**, 277; **Eren**, 1018.

19 Hasar kavramı için bkz. Hüseyin **Hatemi/**Rona **Serozan/**Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh. 71 vd; Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/I, İstanbul 2008, sh. 104 vd; Cevdet **Yavuz/**Faruk **Acar/**Burak **Özen**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014, sh. 67 vd; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, sh. 76; Fahrettin **Aral**/Hasan **Ayrancı**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012, sh.73 vd; Aydın **Zevkliler/**Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, sh.41vd. ; Hayrunnisa **Özdemir**, "Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, sh. 360, 361.

20 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 18; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 15; **Oğuzman/Öz**, 369; **Serozan**, 149; **Eren**, 1018.

esnada eser, tarafların kusuru olmaksızın telef olmuş veya hasara uğramış ise, yüklenici (müteahhit) ücreti ve masrafı isteyebilecektir[21]. Bu durumda, alacaklı temerrüde düştüğü andan itibaren hasarın gerçekleşmesi durumunda sorumluluğun alacaklıya ait olacağı, eser sözleşmesi için özel olarak düzenlenmiştir. Doktrinde[22] bu hükmün mal teslimini konu edinen tüm sözleşmelere uygulanabilecek tarzda geniş yorumlanması ve hasarın intikalinin alacaklının temerrüdü anından itibaren gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir.

Satım sözleşmesiyle ilgili olarak, (eski) BK m. 183'de yer alan düzenlemede, belli istisnalar haricinde parça borcuna konu olan malların satımında hasar ve yararın alıcıya geçişi, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren; cins borcuna konu olan mallarda ise, satılanın benzerlerinden ayırt edildiği andan[23] itibaren gerçekleşmekteydi. Buna göre, parça borcu bakımından hasarın temerrüde düşen alacaklıya geçişi söz konusu değildir, çünkü zaten sözleşmenin yapılmasından itibaren hasar, alıcıya geçmiş sayılır. Fakat cins borçları için, hasarın alacaklıya geçişinde, satıcının ayırt etmesini veya satıcının ayırt edip ihbar etmesinin gerekli görüldüğünü kabul edersek, ilkinde ayırt etme anından itibaren, ikincisinde ise ayırt etmenin ihbarı anından itibaren hasara alacaklı katlanacaktır. Çünkü bu durumda mal satıcı tarafından ayrılır, belli hale getirilir ve alıcıya teklif edilir. Ayırma ve belli hale getirme, temerrüde gerek kalmadan, hasarı alıcıya geçirir[24]. Fakat ayırt etme anına, alacaklının da katılmasının gerekli görüldüğünün kabulü halinde, alacaklı hazırlık fiillerine katılmadığı için ayırt etme yapılamıyor ise, malın ayrılmasını önlediği için alacaklı temerrüde düşer ve ayırt etme anından önce temerrüdün gerçekleştiği bu durumda, temerrüt anından itibaren hasarın alacaklıya geçtiği kabul edilir[25]. Buna karşılık, aksine düzenleme olmadığı

---

21 **Eren**, 1018; **Oğuzman/Öz**, 369; Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, sh. 321 vd; **Yavuz/Acar/ Özen**, sh. 965; **Eren**, (Özel), 683 vd; **Aral/Ayrancı**, 380 vd; **Zevkliler/ Gökyayla**, 559 vd; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 19; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 16. Eski BK m. 368 (TBK m. 483/I) yönünden eser sözleşmesinde ve (eski) BK m. 183 (TBK m.208/2; 245/I) yönünden de parça satışlarında bu durum aynıdır. Bkz. **Eren**, 1018; **Oğuzman/Öz**, 369.

22 **Serozan**, 149; **Üçe**r, 155; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1131.

23 Ayırt etme, satılanın tartılması, sayılması, ölçülmesi, ambalajlanması suretiyle gerçekleştirilir. Ayırt etmenin ne anlama geldiği hususunda görüş birliği yoktur. Bir düşünce, ayırt etme işleminin satıcının tek taraflı olarak yapmasının yeterli görülmesi yönünde olup, başka bir düşünce buna ek olarak alıcıya ihbarı aramaktadır. Diğer bir düşünce ise, satıcının bu ayırt etme işlemini alıcıyla beraber ya da onun huzurunda yapmasını hasarın alıcıya geçişi için zorunlu görmektedir. Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, 75; **Tandoğan** (C. I/I), 115, 116; **Zevkliler/Gökyayla**, 43; **Hatemi/ Serozan/Arpacı**, 72.

24 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop**, 1132; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 20; **von Tuhr**, 539.

25 Bu durumun, cins borçları için hasarın ayırt etme anından itibaren alıcıya geçeceğini düzenleyen hükmün (eski BK m. 183/II) bir istisnasını oluşturduğu da belirtilmiştir. Örneğin, satıcı, alıcıya iki ton şeftali vermeyi borçlanmış ve şeftaliler alıcı tarafından satıcıya ait bahçeden toplatılacaktır. Alıcı, şeftalilerin toplanması için kendisine düşeni yapmamış ve temerrüde düşmüştür. Temer-

durumlarda diğer cins borçları ve özellikle para borçları bakımından ise, hasarın tevdi ile alacaklıya geçtiği kabul edilmiştir[26]. Bu durumda malın borçlu tarafından tevdi mahalline bırakılmasından itibaren, malın çalınması, yanması gibi durumlarda doğan zararlara alacaklı katlanacaktır[27]. Nitekim alacaklı temerrüdünün, borçluya zarar vermemesi gerektiği ve tevdiin sadece temerrüt halinde başvurulacak bir yol olduğu da belirtilmiştir[28].

Yeni Borçlar Kanunu (TBK), satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişi ile ilgili olarak, eskisinden farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, taşınır satışlarında, zilyetliğin devri; taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar hasar ve yarar satıcıya aittir. Yeni hüküm, parça ve cins borcu ayrımı da yapmaksızın, hasarın geçişinde zilyetliğin devrinden söz etmekte olduğundan, cins borçları bakımından ayırt etme anının tespiti ile ilgili değerlendirme yapmanın önemi kalmamıştır. TBK m. 208/II ise yeni bir düzenleme olup: "Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer" şeklindedir. Bu düzenlemeye göre, satım sözleşmesi bakımından tasarruf işleminin alıcının engellemesi nedeniyle gerçekleştirilememiş olduğu bu aşamada satıcı, malların maliki olmasına rağmen mala yönelik hasara katlanmayacaktır. Yani alıcı ifayı kabulden kaçınmış ve henüz mal satıcının elinde iken hasar gerçekleşmiş, mallar telef olmuşsa, bu hasara alıcı katlanacak, satıcı borcundan kurtulup, bedeli talep edebilecektir[29].

---

rütten sonra ağaçlar yanarsa, hasar alıcıya ait olur ve elde edemediği şeftalilerin bedelini ödemek zorunda kalır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1132. Ayrıca bkz **von Tuhr**, 539; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 20.

26 Cins borçlarında cinsiyle belirlenmemiş mal satışları özellikle kendine özgü cins borcu olan para borçlarında tevdi gerçekleşmedikçe hasarın borçluda kalacağı belirtilmiştir. Bu görüşte olarak bkz. **Eren**, 1018. Keza, paranın ayırt edilmiş olmasının hasarın alacaklıya geçmesi için yeterli olmadığı hakkında bkz. **Koç**, 277; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 18. Alacaklıya teklif edilen meblağın ayırt edilmesi veya alacaklının gelip alması için hazırlanması, hasarın alacaklıya aidiyeti için yeterli olmadığı yönünde bkz. **von Tuhr**, 539. Esasen, (eski) BK m. 91, bu durumu teyit eder gözükmektedir.Keza TBK m.107/I'de de hasarın temerrüt halindeki alacaklıya geçişinin tevdie bağlandığı ifade edilmiştir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, 369; **Koç**, 284; **Eren**, 1021; **Kılıçoğlu**, 682; **Aybay**, 128; **Bilgili/Demirkapı**, 175.

27 **Kılıçoğlu**, 682; **Oğuzman/Öz**, 369; **Serozan**, 150; **Eren,** 1018.

28 Bu görüşte olarak bkz. **Feyzioğlu**, 151; **von Tuhr**, 539.

29 **Yavuz/Acar/Özen**, 69 vd; **Aybay**, 129. Satım sözleşmesinde yarar ve hasar düzenlemesi hakkında bkz. **Özdemir**, 359-379; **Hatemi/Gökyayla**, 251; **Yavuz/Acar/Özen**, 67-78; **Aral/Ayrancı** 73-77; **Zevkliler/Gökyayla**, 41-51; **Eren**, (Özel), 80 vd.

IV. Alacaklı Temerrüdünün, Borçlu Temerrüdü ve Ödemezlik Def'i ile İlişkisi

Borçlu temerrüdünün sona ermesi ve karşılıklı sözleşmelerde mütemerrit alacaklının ödemezlik def'i ileri sürme hakkını kullanamayacak olması, doktrinde alacaklı temerrüdünün sonuçları arasında gösterilmiş olmakla beraber[30], bu hususların genel olarak alacaklı temerrüdünün değil, alacaklı temerrüdünün en önemli şartı olan borçlunun borcunu ifayı teklif etmesinin bir sonucu olduğu düşüncesinin[31] desteklenmesini yararlı görmekteyiz. Zira borçlu, ifası mümkün ve muaccel olan borcunu ifa etmediğinde, belli şartların gerçekleşmesiyle borçlu temerrüdü söz konusu olur. Borçlu ifanın usulüne uygun arzıyla temerrütten kurtulur fakat alacaklı usulüne uygun ifa teklifini haklı sebebi olmadan kabul etmediği zaman, alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Borçluyu temerrütten kurtaran, borcunun usulüne uygun ifasını teklif etmesi olup, alacaklının ifayı kabul etmemesi değildir[32].

Aksi kararlaştırılmadığı sürece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar borçlarını aynı anda ifa ile yükümlüdür. TBK m. 97 hükmü gereği, taraflardan biri kendi borcunu ifa etmemiş ya da ifasını teklif etmemiş ise karşı taraftan borcunu ifa etmesini isteyemez. Dolayısıyla kendi borcunu ifa etmeyen, karşı taraftan ifa talebinde bulunursa ödemezlik def'i[33] ile karşılaşır. Alacaklı, kendisine yapılan usulüne uygun ifa teklifini haklı bir sebeple reddederse, temerrüde düşmez. Bu durumda borçlu da kendisine düşeni yapmış, borcun ifasını teklif etmiş olması sebebiyle, alacaklı tarafından ödemezlik def'i ileri sürülemeyeceğinden, ödemezlik savunmasının temerrüdün değil, ifanın arzının bir sonucu olduğu söylenebilir[34]. Eğer borçlunun (karşı edim) alacağının muacceliyeti, kendi ediminin ifası şartına bağlanmışsa; yani

---

30 **Reisoğlu**, 342; **Aybay**,129; **Feyzioğlu**, 152,153; **Üçer**, 135; **İnal**, 295; **Eren**, 1018, 1019. Alacaklı temerrüdünün ödemezlik def'i ve borçlu temerrüdünü dışlar mahiyette olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Serozan**, 147; **von Tuhr**, 540; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 19-20.

31 **Oğuzman/Öz**, 368; **Barlas**, 85; **Weber**, Berner Kommentar, OR 91, N. 28.

32 Alacaklı temerrüdünün varlığı, borçlu temerrüdünü engeller. Burada özellik arz eden husus, erken ifa teklifinin alacaklı tarafından haklı sebep olmadan reddedilmesidir. Bu durumda alacaklı temerrüde düşeceği için daha sonra vade gelince borçlu tekrar ifa teklifinde bulunmak zorunda olmadığı gibi, borçlu temerrüdüne de düşmeyecektir. Bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 25.

33 Ödemezlik def'i ve özellikleri ile def'ilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Salamon **Kaniti**: Akdin İfa Edilmediği Def'i, İÜHF Yayınları No: 954, İstanbul 1962; Ahu Ayanoğlu **Moralı**, "Taraflardan birinin dava esnasında borcun ifa edilmediği def'ini ileri sürmesine bağlanabilecek sonuçlar", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008/2, Sayı:10, sh. 451-468; Tuğçe **Tekben**, "Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Defi'ler", Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Mezuniyet Projesi, İstanbul 2010.

34 **Oğuzman/Öz**, 368. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde borçlunun, kendi borcunu ifa etmekte temerrüde düşen karşı taraftan edimin ifasını istemesi ve onun da ifada bulunmaması durumunda borçlu temerrüdüne düşeceği, bu tür sözleşmelerde alacaklının da aynı zamanda borçlu konumunda olduğu belirtilmiştir. Bu görüşte olarak bkz. **Eren**, 1018.

borçlu önce ifa ile yükümlüyse ve alacaklının borcu borçlunun borcunu ifa etmesiyle muaccel olacaksa, borçlunun kendi borcunun ifasını usulüne uygun olarak teklif etmiş olması, alacaklının borcunun muaccel olması için yeterlidir. Alacaklı borçlunun usulüne uygun ifa teklifini haklı bir sebebi olmadan reddederse, önce ifa yükümlülüğü olan borçlu kendi edimini tevdi etmemiş de olsa, alacaklıdan karşı edimin ifasını talep edebilir[35].

2. Alacaklı Temerrüdünün Özel Sonuçları

Alacaklının temerrüde düşmüş olması, borçlunun borcunun sona erdiği anlamına gelmemektedir. Kanun, borçluya borçtan kurtulması için borcun türüne göre değişebilen belirli imkânlar tanımıştır. Bir şeyin teslimine ilişkin olan borçlarda malın tevdii, tevdie elverişli olmayan bir malın teslimi borçlanılmışsa borçlunun malı satarak bedelini tevdii imkânı mevcuttur. Sözleşmenin konusu bir yapma borcu ise borçluya sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Yapmama borçlarının ifasına ise kural olarak alacaklının katılması gerekmediğinden, bu borçlarda alacaklı temerrüdü söz konusu olmayacaktır[36].

I. Tevdi

TBK m. 107'de yer alan düzenlemeye göre, alacaklı temerrüde düştüğünde, borçlu hasar ve masrafları alacaklıya ait olmak üzere şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir. Maddede, tevdi yerinin, ifa yerindeki hâkim[37] tarafından tayin edileceği; ticari eşya söz konusu ise mahkeme kararı olmaksızın da tevdiin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ticari eşyanın tevdiinde tevdi yerinin belirlenmesi için mahkemeye başvurmak yasaklanmamış fakat kanun gereği zorunlu da tutulmamıştır[38]. Borçlunun tevdi imkânından yararlanabilmesi için malın tevdi edilmeye elverişli olması

---

35 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 22; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 19; **Eren**, 1018.

36 Bkz. dn. 2.

37 (Eski) BK m. 91 düzenlemesi, "tediye yerindeki hâkim" tarafından tayin edileceği şeklindeydi. Görevli hâkim, HUMK m.8/f.2,b.4 uyarınca sulh hâkimi olarak anlaşılmaktaydı. HMK'da ise alacaklı temerrüdünde tevdi hükümleri yer almamış, tevdi mahallinin belirlenmesi (Eski BK m.91 - TBK m. 107) HMK m. 382 uyarınca doğrudan çekişmesiz yargı işi olarak öngörülmüştür. HMK m. 383 hükmü ise, aksine bir düzenleme olmadıkça tüm çekişmesiz yargı işleri bakımından (özellikle de HMK m. 382 hükmünde sayılan çekişmesiz yargı işleri bakımından) sulh mahkemesini görevli kılmıştır.

38 **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Aybay**, 128; **Serozan**, 150; **Oğuzman/Öz**, 370; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 110. Ticari işlerde borçlu hâkimden tevdi yeri tayin edilmesini istemek zorunda değildir. Bkz. **Eren**, 1021; Ticari eşya, hâkimin tevdi yeri tayin etmesine gerek kalmaksızın ardiyeye de tevdi edilebilir. Bkz. **Nomer**, 239.
Ticari işlerde ardiyelerin hemen bulunabilmesi ve işlemlerde hızlılığın önemi, bu duruma gerekçe gösterilebilir. Bkz. **Kılıçoğlu**, 681.

gereklidir[39]. Taşınır mallar (para, kıymetli evrak, bozulmayacak eşyalar gibi) tevdie elverişli iken, taşınmazlar yapısı itibariyle tevdie elverişli değildir[40]. Fakat kiralanan yeri tahliye ve teslim etmek isteyen kiracının, kiralayanın temerrüdü karşısında taşınmazın anahtarlarını mahkemenin tayin edeceği bir yere tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulacağı kabul edilmektedir[41].

TBK m. 107'ye göre borçlunun borçtan kurtulması, ticari malların söz konusu olduğu haller dışında, malı hâkim tarafından tayin edilen yere tevdi etmesiyle mümkün olur. Hâkim kararı olmaksızın kendiliğinden tevdi ile borçlu, borçtan kurtulmaz[42]. Örneğin kiracının, mahkeme kararı olmaksızın kendi seçtiği herhangi bir bankaya kira bedelini tevdi etmesi, kendisini borçtan ve hatta kiralayanın sonradan yapacağı ihtar üzerine de temerrüde düşmekten kurtarmayacaktır[43]. Fakat Yargıtay 1978 tarihli bir kararında, tevdi yeri konusunda taraflar arasında bir teamül oluşmuşsa hâkime başvurulmadan kendiliğinden tevdi etmekle de borçtan kurtulmanın mümkün olduğuna hükmetmiştir[44]. Nitekim Yargıtay başka bir kararında, taraflar

---

39 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 71; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 59; **Oğuzman/Öz**, 372; **Eren**, 1019; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127; **Kılıçoğlu**, 680; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Bilgili/Demirkapı**, 175.

40 **Oğuzman/Öz**, 370; **Tunçomağ,** 767; **Reisoğlu**, 339; **Önen**, 192; **Üçer**, 178; **İnal**, 293; **Hatemi/Gökyayla**, 252. Bu konuda, ancak üzerinde mülkiyet hakkı ve zilyetlik kurulabilecek bir yerden başka bir yere taşınabilecek maddi ve taşınır şeylerin tevdie elverişli olduğu belirtilmiştir. **Eren**, 1020. Alman hukukunda taşınmazı devir borcu hususunda, taşınmazın boşaltılmasının "tevdi" yerini tutabildiği ifade edilmektedir. Rona **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, sh. 323; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 72 vd; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 65.

41 Anahtar teslimi söz konusu ise, anahtar tevdii mümkündür. Bkz. **Oğuzman/Öz**, 370,371; **Feyzioğlu**,154; **Reisoğlu**, 339. Yargıtay da, taşınmazın anahtarının teslim edilmesi gerektiğini, fakat bunun tanıkla ispatı yoluna gidilemeyeceğini, mutlaka tevdi yeri tayin edilmek suretiyle tevdi edilmesi gerektiği görüşündedir. Yarg. 13. HD, 03.07.2003, E. 2003/4609, K. 2003/9023. (*Kazancı)*. Karş. "Apartmanı iadeye mecbur olan kiracının, alacaklı temerrüde düştüğü zaman borçtan kurtulmak için hiçbir imkâna sahip olmadığı, evin anahtarlarının tevdi edilmesinin de yeterli olmadığı belirtilmiştir" **von Tuhr**, 542; benzer görüş için bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 78-79.

42 **Oğuzman/Öz**, 370. "Borçlu, BK m. 91 [TBK m. 107] uyarınca yargıcın kararı üzerine borcunu belirlenen yere yatırmakla borcundan kurtulur." Yarg. 13. HD, 13.10.1981, E. 5793, K. 6371. Mustafa Reşit **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 5, İstanbul 2004, sh.169. "[...] kiralayanın ikametgâhında ödenmesi gereken kira borcunun, zamanında ve usule uygun biçimde sunulmuş olmasına karşın, haklı bir neden olmaksızın edimi reddeden alacaklının BK. nun 90. maddesine göre, temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Bu durumda borçluya düşen görev, tevdi yeri tayin ettirmektir [...] Öyle ise alacaklı, gerçekleşen temerrüdünün hüküm ve sonuçlarına katlanmalıdır […]". YHGK. 07.11.1980 E.1979/12-224, K. 1980/2333.*(Kazancıhukuk*).

43 **Feyzioğlu**, 155. Yarg. 6. HD.'nin 3.12.1956, E. 9375, K. 6571 sayılı kararına göre: "Davalının tevdi mahallini mahkemeye tayin ettirmesi gerekirken, Ziraat Bankasına kendiliğinden para yatırması, davalıyı temerrütten kurtarmaz". Son içtihatlar, 1959, sh. 3793 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1124, dn.17'den naklen).

44 Yarg. 12. HD, 6.11.1978, E. 8060, K. 8910. Yarg. 6. HD, 24.9.1979, E. 4543, K. 6860.*(Kazancıhukuk)* Yargıtay başka kararlarında ise tevdi konusunun kira parasının ödenmesi olması halinde

arasında önceki kiraların bankaya ödendiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık olmaması ve kiraların ödeme yerinin mal sahibinin bankadaki hesabı olmasının teamül haline gelmesine rağmen, alacaklının tek taraflı olarak tevdi mahallini değiştirmesini de iyiniyet kurallarına aykırı bulmuştur[45].

Tevdi yerinin ifa yerindeki hâkim tarafından tayin edilmesi, borcun ifa yerinin tespitini ve buna ilişkin kuralların uygulanmasını gerektirir. Geniş anlamda tevdi yeri, TBK m. 89 çerçevesinde borcun ifa edileceği yer olarak belirtilebilir[46]. Borcun ifa yeri konusunda taraflar düzenleme yapmışlarsa, taraflarca belirlenen yer; düzenleme yapmamışlarsa para borçları için[47] alacaklının ifa anındaki yerleşim yeri, parça borçları için sözleşmenin kurulduğu sırada malın bulunduğu yer, bunun dışındaki borçlar için ise doğumları sırasında borçlunun yerleşim yeri olup, ifa yerindeki hâkim, malın nereye tevdi edileceğini tayin edecektir[48]. Dar anlamda tevdi yeri ise, tevdiin yapılacağı kişi veya makamı ifade eder[49].Tevdi yeri uygulamada para borçları için genellikle bir banka, diğer şeyler için ise, bir depo veya ardiye olabilmektedir[50].

Mahkeme, tevdi yeri tayininde, tevdi edilecek eşyanın korunması için tevdi yerinde bulunan ya da başka bir yerde bulunan üçüncü kişiyi yediemin olarak belirleyebilir[51]. Borçlu ile borçlunun malı tevdi ettiği şahıs arasında üçüncü kişi (alacaklı) lehine yapılmış vedia sözleşmesi (eski BK m.463; TBK m. 561, saklama sözleşmesi) söz konusu olur. Bu sözleşme gereğince, alacaklı malı teslim alma hakkına sahip olacaktır[52].

Tevdi, borçlunun borçtan kurtulmasına olanak sağlayan bir hak olup, borçlu-

---

kiracının kira parasını konutta ödemeli olarak göndermesinin yeterli olduğunu bunun için ayrıca hâkime başvurarak tevdi yeri tayin edilmesinin gerek olmadığına hükmetmiştir. Yarg. HGK. 5.7.1967, E. 06/1521, K. 326, Yarg. HGK. 10.05.1967, E. 966/6-1592, K. 255. **Karahasan**, 171.

45 Yarg. 12. HD, 05.10.1978, E. 7697, K. 7796. (**Üçer**,190'dan naklen).

46 **Eren**, 1020; **Üçer**, 181.

47 Para borcunun kabulünde temerrüt söz konusu ise, borçlunun temerrüde rağmen tevdi anına kadar parayı kullanmaya devam etmesi gerekçesiyle sözleşmeden doğan faizlerin, alacaklı temerrüt haline düştükten sonra da işlemeye devam edeceği yönünde bkz. **Eren**, 1019; **Oğuzman/Öz**, 369; **Bilgili/Demirkapı**, 174. Karş. "Para borcu için akitte bir faiz kararlaştırılmışsa, alacaklının temerrüde düşmesinden itibaren faiz artık işlemez". **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1132.

48 **Tunçomağ**, 767; **Eren**, 1021; **Oğuzman/Öz**, 370; **Aybay**, 128; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1124; **Kılıçoğlu**, 681; **Reisoğlu**, 340; **Hatemi/Gökyayla**, 252.

49 **Eren**, 1020; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 85. "Davalı borçlu, borcunu yerine getirmekten kaçındığı için proje ve hesapları BK m.91 uyarınca notere tevdi edip ihtarname ile onları noterden almasını borçluya bildiren davacı, kalan alacağı için istemde bulunabilir". Yarg. 15. HD, 7.7.1975, E.1109, K. 3440. **Karahasan**, 169.

50 **Kılıçoğlu**, 681; **Tunçomağ**, 768; **Reisoğlu**, 340; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1125; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 95.

51 **Kılıçoğlu**, 681.

52 **Oğuzman/Öz**, 371; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1126; **Reisoğlu**, 340; **Feyzioğlu**, 154; **Serozan**, 149; **Kılıçoğlu**, 682; **Üçer**, 177; **Bilgili/Demirkapı**, 174; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 105a. Ayrıca geri alınamaz tevdide münhasır; geri alınabilir tevdide birlikte tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu savunulmaktadır. Bu görüşte olarak bkz. **Koç**, 205.

nun mutlaka başvurması gereken, başvurmadığı zaman sorumluluğunu doğuracak bir borç ya da yükümlülük değildir[53]. Ancak bazı istisnai durumlarda tevdi sadece bir hak olmayıp, aynı zamanda bir yükümlülüktür[54]. Örneğin, bölünemeyen bir borcun birden çok alacaklısı varsa ve alacaklıların bir kısmı temerrüde düşmüşse, alacaklılardan birinin talebiyle borçlu muaccel olan edimi tevdi etmekle yükümlüdür[55]. Tevdi hakkı, borç ilişkisinde temerrüde düşmüş olan alacaklının karşısındaki borçluya ait olmakla beraber, borcun üçüncü şahıs tarafından ifasının mümkün olduğu hallerde, ifa yerine geçen tevdiin de, üçüncü şahıs tarafından yapılması mümkündür[56]. Keza müteselsil borçlulardan her biri teslim edilecek şeyi tevdie yetkilidir[57].

Nitelik ve nicelik bakımından usulüne göre yapılan tevdi ile asıl borcun sona ermesi, kefaletten ve rehinden doğan fer'i borçların da sona ermesini sağlar[58]. Buna karşın, alacaklının tevdi edilen malın mülkiyetini kazanması, eşyayı tevdi edilen yerden teslim alması veya teslim alma hakkını kullanmak istediğini bildirmesi anından itibaren mümkündür[59]. Alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini beyan etmeden borçlu iflas ederse, tevdi edilen şeyler borçlunun iflas masasına dâhil olur[60].

Tevdi, borcunu ifa etmek isteyen fakat ifa teklifi kabul edilmediği için borçtan kurtulamayan borçlunun, borçtan kurtulmasını sağlayan bir imkândır. Fakat tevdi edilen malın borçlu tarafından geri alınabilmesi[61], tevdii, ifadan ayırmaktadır[62].

---

53 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** (1124), bu hususu: "Borçlu, alacaklının temerrüde düşmesiyle tevdi ile yükümlü olmaz" şeklinde; **Feyzioğlu** (154), aynı hususu "Tevdi, borçlu için bir mecburiyet değil, bir haktır" şeklinde belirtmiştir. **Reisoğlu**, (339) da, tevdiin, borçlu için isterse yararlanacağı bir olanak olduğunu, bir zorunluluk olmadığını belirtmiştir. Benzer görüş için bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 54; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 48.

54 **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 48; **Eren**, 1020.

55 **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 50; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 56.

56 **Oser/Schönenberge**r, Art 92, N.3; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 66; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 55. Keza müteselsil borçlulukta her bir borçlu; borçlunun iflası halinde iflas idaresi; miras bırakanın borçlarından şahsen ve müteselsilen sorumlu olan mirasçılar da tevdi hakkını kullanabilirler. Bkz. **Koç**, 179.

57 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 67; **Schrane**r, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 56.

58 **Oğuzman/Öz**, 371; **Tunçomağ**, 771; **Reisoğlu**, 340; **Önen**,192; **Bilgili/Demirkapı**, 175; **Eren**, 1021, 1022; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 121. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, TBK m. 593/f.2'ye göre ise, alacaklı kefilin teklif ettiği ödemeyi haklı sebep olmadan reddederse, kefil tevdie gerek kalmadan borcundan kurtulur.

59 **Oğuzman/Öz**, 371; **Tunçomağ**, 771; **Reisoğlu**, 340; **Feyzioğlu**, 154; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1126; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 137.

60 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 139.

61 Önemli olan malın fiilen geri alınması olmayıp, borçlunun vedia alana malın kendisine geri verilmesini veya alacaklıya verilmemesini beyan etmesidir. Bkz. **von Tuhr** Andreas/**Escher** Arnold/**Siegwart** Alfred/**Schulin** Hermann, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, sh. 80; **Koç**, 199. **Reisoğlu** (340), geri alma hakkının, borçlu yönünden bir cayma niteliğinde olduğunu ve bu nedenle, borçlunun bu hakkını kullanarak malın alacaklıya tesliminin yasaklanmasını istemesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. **Kılıçoğlu** (682) ise borçluya tanınan geri alma hakkını, borçluya, tevdi edilen ile kurulan üçüncü kişi yararına sözleşmeyi tek taraflı olarak fesih yetkisinin tanınması şeklinde ifade etmiştir.

62 **Eren**, 1021; **Feyzioğlu**, 154; **Oğuzman/Öz**, 371; **Üçer**, 197; **Weber**, Berner Kommentar, OR

Doktrinde bir görüş, tevdii ifa benzeri bir işlem saymaktadır[63]. Tevdi edilen malı borçlunun geri alma hakkı ise, TBK m. 109'da yer alan düzenlemeye göre alacaklı tevdi edilen şeyi kabul ettiğini beyan etmedikçe[64], borçlu geri alma hakkından feragat etmedikçe[65] veya tevdi, bir rehnin kaldırılması sonucunu doğurmuyor ise mümkündür. Bu nedenle borçlunun geri alma hakkı varlığını sürdürdüğü sürece, borçlunun borcundan kurtulması nihai değildir; geri alma hakkı sona erene kadar var olan durum "askıda"dır[66]. Bunun sonucu olarak alacaklının tevdi yerinden tevdi edilen şeyi talep hakkı bozucu şarta bağlıdır. Temerrüde düşmesine rağmen, alacaklının, borçlunun ifa teklifini sonradan kabul edebilme hakkının varlığı, borçlunun geri alma hakkının mutlak olmasını engellemiştir[67].

Eski BK m. 93'ün son cümlesinde yer alan düzenleme: "tevdi edilen şeyin istirdadı ile beraber alacak bütün teferruatıyla yeniden tevellüt eder" şeklinde olup, bir görüş, bu maddeyi borçlunun geri alma hakkını kullanması üzerine alacağın yeniden doğması şeklinde değerlendirmekte[68], diğer bir görüş ise, alacağın yeniden doğmadığını, sadece borçluya ait sorumluluğun sona ermesinin etkisiz ve hükümsüz kalacağını ve maddenin bu şekilde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir[69]. TBK m. 109/II' de bu hususu karşılayan metnin; "Tevdi edilen şey, geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür" şeklindeki ibaresinin, geri alma üzerine sanki tevdi yapılmamış gibi bir hukuki sonucun doğmasını ifade ettiği gerekçesiyle, eskisine göre daha isabetli olduğu belirtilmiştir[70].

92, N. 115 vd. **Üçer** (200) de geri alınamaz tevdi bakımından, tevdiin bir ifa aracı olduğunu ifade etmiştir.

63 Doktrinde bu görüşün gerekçesi olarak, tevdiin borçlunun mal üzerindeki tasarruf yetkisine etki yapmaması gösterilmektedir. Bu görüşte olarak bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1126.

64 Kabul beyanının tevdi edene mi, tevdi edilene mi yöneltileceği konusu tartışmalıdır. Bkz. **Koç**, 193; Açık veya örtülü olabilecek kabul beyanının hem borçluya hem de tevdi edilene yöneltilebileceği konusunda bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 130.

65 **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 128. Doktrinde borçlu tevdi sözleşmesinde şeyi geri alma hakkından feragat etmişse, geri almanın mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Bkz. **Tunçomağ**, 771. Keza, borçlunun feragat etmesi sebebiyle geri alınamaz tevdiin söz konusu olduğu hallerde, tevdi hukuka aykırı bir şekilde yapılmışsa borçluyu borçtan kurtarmayacak yani ifa etkisi taşımayacaktır. Bkz. **Üçer**, 200.

66 **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 98; **Weber**, Berner Kommentar, OR 92, N. 116; **Eren**, 1021.

67 **Eren**, 1021; **Üçe**r, 195.

68 Alacağın bütün fer'ileriyle yeniden doğacağı yönünde; **Serozan**, 150 ve dn. 10; **Reisoğlu**, 340; **Tunçomağ**, 772; **Aybay**, 128; **Önen**, 193;**Üçer**, 198; **von Tuhr**, 546. Alacağın yeniden doğma imkânı mevcut olduğu sürece, borç ilişkisinin bozucu şarta bağlı bir ilişki olarak varlığını sürdüreceği görüşü hakkında bkz. **Eren**, 1021.

69 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127. *Hatemi* de, alacağın yeniden doğmayacağını ifade etmiş, tevdiden sonra borçluya karşı değil, vedia alana karşı ileri sürülmesi gereken nisbi talep hakkının, eskisi gibi alacaklıya karşı ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Hatemi/Gökyayla**, 253.

70 **Oğuzman/Öz**, 372. TBK m. 109'un gerekçesinde de: "Gerçekten, bu durumda alacağın sona

Borçlunun malı tevdi ettikten sonra bu durumu alacaklıya bildirmesi gerektiği hususunda, Kanunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Fakat dürüstlük kuralı gereğince, borçlunun malı tevdi ettiğini alacaklıya bildirmesi gerektiği kabul edilmelidir[71]. Zira borçlunun tevdii bildirmemesi durumu, yan borçlara aykırılık kabul edilip, TBK m. 112 çerçevesinde sorumluluğunu oluşturabilir.

II. Şeyin Satılarak Parasının Tevdii

TBK m. 108'de yer alan düzenlemeye göre malın niteliği itibariyle tevdie elverişli olmaması halinde, borçlu sırasıyla önce alacaklıya bir bildirimde bulunur, daha sonra ise hâkimin izniyle malı açık artırma ile sattırıp, satış bedelini hâkimin belirleyeceği yere tevdi ederek borcundan kurtulur[72]. TBK m. 108 yedek hukuk kuralı olduğu için taraflar malın satılıp paraya çevrilmeyeceğini kararlaştırabilecekleri gibi, satış için öngörülen şartlarda da değişiklikler yapabilirler[73].

Malın satılarak parasının tevdii, yine bir şeyin teslimine ilişkin olan borçlarda söz konusu olur. Bu nedenle bir alacak hakkının satılarak bedelinin tevdii bu hükmün kapsamına girmemektedir.[74]

Şeyin satılarak parasının tevdi edilmesi, borçluya, alacaklının katılmasına gerek

---

ermesi söz konusu olmadığı için, alacak yeniden tevellüt eder (doğar) denilmesi, hukuk tekniğine uygun değildir" şeklinde belirtilmiştir. Bkz. İlhan **Helvacı**, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, sh. 249. *Havutçu* ise, söz konusu düzenlemenin, geri alma durumunda alacağın sona ermesinin söz konusu olmayacağı düşüncesiyle getirildiğini, borçlanılan edimin geri alınması imkânı olduğu sürece bir askı döneminin mevcut olması nedeniyle geri alma durumunda alacağın bütün fer'ileriyle yeniden canlanmasının hukuk tekniğine aykırı olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Ayşe **Havutçu**, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar ", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, sh. 325.

71 Bu görüşte olarak bkz. **von Tuhr/Escher**, 78; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 92, N. 88; **Üçer**, 181; **Reisoğlu**, 340. Fakat alacaklının tevdi edilen yeri beğenmemesi ya da tevdie rıza gösterip göstermemesi sonucu etkilemeyecektir. Bkz. **Feyzioğlu**, 154.

72 **Oğuzman/Öz**, 372; **Aybay**,128; **Kılıçoğlu**, 683; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127; **Serozan**, 150; **Eren**, 1022; **Reisoğl**u, 342; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Nomer**, 239; **İnal**, 293; **Bilgili/Demirkapı**, 175.

73 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 11-12; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 7; **Üçer**, 213. (Eski) BK m.92'nin [TBK m. 108] düzenleyici bir hüküm olması nedeniyle borçlu sözleşme yapılırken veya sonradan satış hakkından vazgeçebilir. Bkz. **Eren**, 1022. Hükmün emredici nitelikte olmamasının malın pazarlık suretiyle satılacağının taraflarca kararlaştırılabilmesini mümkün kılacağı kabul edilebilir. Bkz. **Koç**, 234.Kanunda satışın yapılacağı yer ve satışın isteneceği zaman hakkında bir hüküm olmaması nedeniyle yerinin belirlenmesinde hâkimin ifa yerine ilişkin kuralları dikkate alması mümkündür, fakat bu konuda zorunluluk yoktur. Bkz. **Üçer**, 206.

74 **Eren**, 1022; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 6; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 9.

olmadan borçtan kurtulma imkânı tanıyan bir haktır[75]. Kural olarak bir hak olmakla birlikte, şeyin satılarak parasını tevdi etmek, bazı durumlarda bir yükümlülük teşkil eder[76]. Malın satılarak paraya çevrilmemesi, alacaklının çok büyük bir zarara uğramasına sebep olacaksa, borçlu malı satmakla yükümlüdür. Örneğin, borcun konusunu, satılmaması durumunda bozulacak olan gıda maddesi teşkil ediyorsa borçlu malı satıp paraya çevirmekle yükümlüdür[77].

Kanunda belirtilen şartları taşımayan satış sonucu satış bedelinin tevdi edilmesi ise, hukuka aykırı olur ve borçlunun borçtan kurtulmasını sağlamaz[78]. Örneğin, eşyanın tevdie elverişli olduğu veya satışı haklı kılacak sebeplerin oluşmadığı, hâkimin izninin olmadığı ya da ihtarın yapılmadığı durumlarda satış, borçluyu borçtan kurtarmaz[79].

Alacaklının teslim almakta temerrüde düştüğü mal, patlayıcı-yanıcı madde şeklinde, bulunduğu ortam için tehlike arz edebilecek niteliklerde olabileceği gibi; bekletildiği zaman bozulacak bir gıda maddesi (taze et, süt ürünleri, bazı meyveler ve sebzeler vs.) de olabilir. Malın bir yerden bir yere taşınması, korunması, gözetilmesi, bakımı çok büyük masrafı gerektirebilir[80]. Bu gibi durumlarda mal, tevdie elverişli değildir[81].

---

75 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 7.

76 **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 5; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 8.

77 Malı satma yükümlülüğü, Kanunda bazı özel düzenlemelerle de öngörülmektedir. Örneğin TBK m. 226/III, 534/II.

78 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 52; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 63; **Oğuzman/Öz**, 373.

79 Ancak belirtilmelidir ki, 3. kişi ile yapılan satış sözleşmesi, geçerli olacaktır. Borçlunun borcun konusu üzerinde tasarruf yetkisi varsa veya 3. kişi iyiniyetli ise 3. kişi malın mülkiyetini iktisap eder. **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 52; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 54. Bu durumda borcun konusu parça borcu ise borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık söz konusu olur ve borçlu tazminat ödemekle yükümlü olur. **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 53; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 57. Fakat borcun konusunu cins borcu oluşturuyorsa, nevi telef olmaz kuralı uyarınca borçlunun aynen ifa borcu devam eder.

80 Doktrinde çeşitli açılardan tevdie elverişli olmayan mallara örnekler verilmiştir. Kaplayacağı yer sebebiyle uçak; tevdi edilse bile muhtemelen alınmayacağı ve orada birikeceği için kuru temizlemeden alınmayan mallar; çabuk bozulabilecek, çürüyebilecek şeylerden et, balık, ekmek, yumurta, süt ürünleri, sebze, meyve, çikolata (BGE 42 II 225), çiçek; tevdi edilmesi uygun olmayan, bakımı hem zor hem de masraf gerektiren hayvanlar, bitkiler veya tevdi edileceği ortam için arz edeceği tehlike bakımından bazı kimyasallar, patlayıcı madde, yanıcı kimyasallar vb. Bkz. **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 16,17, 19; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N.12, N 13, N 17; **Tunçomağ**, 773; **Reisoğlu**, 341; **Eren**, 1022, 1023; **Kılıçoğlu**, 683; **Oğuzman/Öz**, 372.

81 **Eren**, 1020; **Koç**, 244-250; **Oğuzman/Öz**, 372; **Üçer**, 208; **Kılıçoğlu**, 683; **Nomer**, 239; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Aybay**, 128; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127. (Eski) BK m. 92'nin başlığı satma hakkı olup, [...]şeyin mahiyeti tevdie engel olur veya verilecek şey bozulmaya maruz veya muhafazası masrafı mucip veya tevdi büyük masrafları müstelzim olur [...] şeklinde bu husus belirtilmiştir. Keza doktrinde bu tür durumlarda, tevdiin akıl dışı gözükeceği ifade edilmiştir. Bkz. **Serozan**, 150.

TBK m. 108'de borçlunun, önce alacaklıya bir bildirimde (Kanundaki ifadesiyle ihtarda) bulunup sonra hâkimden izin alarak malı sattırması gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde, alacaklının bu bildirime (Kanundaki ifadesiyle ihtara) uymaması halinde bir yaptırımla karşılaşmayacağı gerekçesiyle, burada bir ihbar külfetinin varlığından bahsedilmektedir[82]. Bize göre, borçlunun tevdie elverişli olmayan malı satması için alacaklıya yapacağı bildirimin amacı, alacaklıya durumun ciddiyetini hatırlatmak, teslim almada temerrüde düştüğü malın satılacağını haber vererek halen teslim alma imkânı olduğunu, son bir kez düşünüp satışı önlemesini sağlayabileceğini haber vermektir[83]. Bu nedenle, bildirimden sonra alacaklıya ifayı kabul edebilmesi için makul bir süre de tanınmalıdır[84]. Alacaklı ifayı kabul etmeyeceğini baştan söylemiş olsa da, bu bildirimin yapılması şarttır[85]. Bu bildirim, şekle tâbi olmayan tek taraflı varması gereken bir beyan ile gerçekleştirilir. Alacaklıya bildirimde bulunulduktan sonra ise, borçlunun mahkemeye başvurması ve satış için hâkimden[86] izin alması şarttır[87]. Kendisine başvurulan hâkim, satış izni verebilmek için alacaklının temerrüde düşmüş olması, alacaklıya bildirim yapılması gibi gerçekleşmesi gereken şartların mevcudiyetini kontrol edecektir[88]. Seçimlik borçlarda ise, seçim hakkı alacaklıya tanınmışsa

---

82 Bu bildirimin varması gerekli bir irade beyanı olmadığı, sadece yapılacak bir davranışın ihbarı niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 27; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 27. Kanunda ihtardan söz edilmesine rağmen, burada teknik anlamda bir ihtarın mevcut olmadığı, bir bilgi açıklaması olduğu yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, 683, 684; **Eren**, 1023.

83 **Feyzioğlu**, 156; **Oğuzman/Öz**, 372- 373; **Tunçomağ**, 774; **Eren**, 1023; **Üçer**, 209; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 26; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 27.

84 **Tunçomağ**, 774; **Üçer**, 209; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 28; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 27.

85 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 29; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 27.

86 (Eski) BK m. 92 hükmü, "hâkimin izniyle" satılıp bedelinin tevdi edileceğini düzenliyordu. Görevli hâkim, HUMK m.8/f.2,b.4 uyarınca sulh hâkimi olarak anlaşılmaktaydı. HMK'da ise alacaklı temerrüdünde tevdi hükümleri yer almamış, tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (Eski BK m. 92 - TBK m.108) HMK m. 382 uyarınca doğrudan çekişmesiz yargı işi olarak öngörülmüştür. HMK m. 383 hükmü, aksine bir düzenleme olmadıkça tüm çekişmesiz yargı işleri bakımından (özellikle de HMK m. 382 hükmünde sayılan çekişmesiz yargı işleri bakımından) sulh mahkemesini görevli kılmıştır. O halde görevli mahkeme, HMK m. 383 hükmü uyarınca sulh hukuk mahkemesi; yetkili mahkeme ise, tevdi kısmında açıklandığı üzere ifa yeri sulh hukuk mahkemesidir. Ayrıca, malın bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. **Tunçomağ**, 774; **Eren**, 1023; **Üçer**, 210.

87 **Üçer**, 210; **Nomer**, 239; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Kılıçoğlu**, 684; **Reisoğlu**, 341; **Bilgili/Demirkap**ı, 175; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 30. Hâkimin izni olmadan gerçekleştirilen satış, satış bedeli tevdi edilmiş olsa bile, borçluyu borçtan kurtarmaz. **von Tuhr/Escher**, 83. Fakat (eski TTK m.25/2) Yeni TTK m. 23'de yer alan düzenlemeye göre, ticari satışlarda alacaklı temerrüdünde satış için hâkimden izin alınması zorunlu değildir. **Koç**, 238; **Üçer**, 212.

88 **Oğuzman/Öz**, 373; **Önen**, 193; **Kılıçoğlu**, 684; **Tunçomağ**, 774; **Eren**, 1023; **Üçer**, 210; **von Tuhr**, 548; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 31.

ve alacaklı bu hakkını kullanmadığı için temerrüde düşmüşse[89], ifanın konusu belirli olmadığı için borçlunun şeyi satarak parasını tevdi etmesi de mümkün olmayacaktır[90]. Böyle bir durumda, bir görüşe göre, seçim hakkının borçluya geçeceğinden bahsedilemeyeceği için borçluya TBK m. 110 uyarınca sözleşmeden dönme hakkının tanınması yerinde olacaktır[91]. Doktrindeki diğer bir görüş ise, amaca göre yorum gereği bu durumda, alacaklıya ihtar çekilip uygun bir süre verildikten sonra, bu sürenin hareketsiz geçirilmesiyle seçim hakkının borçluya geçeceği sonucuna varmaktadır[92].

TBK m. 108/I gereği satışın açık artırma ile (TBK m. 274, 275) yapılması gerekli olsa da[93], TBK m. 108/II'de satışı yapılacak şeyin borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı olan bir mal olması veya satılacak şeyin masrafının yapılacak açık artırma satış masrafına göre az olması halinde, satışın açık artırmaya gerek olmadan pazarlık ile yapılabileceği[94] ve bu tür durumlarda, hâkimin alacaklıya bildirimde bulunulması koşulunu aramadan da satışa izin verebileceği düzenlenmiştir.Borçlunun kural olarak önce alacaklıya bildirimde bulunması daha sonra hâkime başvurması nedeniyle, bu hükmün ancak borçlunun alacaklıya bildirimde bulunmadan hâkime başvurduğu hallerde hâkim tarafından şartların oluşup oluşmadığının kontrolü esnasında[95] bildirime gerek olmadığına karar vererek, satışa izin vermesi gibi durumlarda uygulanabilmesi söz konusu olur.

Malın satılmasından sonra ise, satış parasından satış giderleri çıkartılıp geri kalan miktar, ya alacaklıya ödenir ya da alacaklının teslim alması için ticari olmayan işlerde hâkimin belirleyeceği bir yere tevdi edilir[96]. Bu durumda borçlu, malın satılması ile değil, satılan malın bedelinin tevdi edilmesi ile (mal tevdi edilmiş gibi) sorumluluktan kurtulur[97]. Malın tevdi edilmesi halinde, borçlunun, tevdiden dönmesi (tevdi

---

89 **Eren**, 1015; **Serozan**, 143; **Oğuzman/Öz**, 364; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 1118; **Bilgili/Demirkapı**, 173.

90 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N.39.

91 **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 39; **von Tuhr/Escher**, 84; **Oğuzman/Öz**, 374; **Eren**, 1025.(Bkz. dn. 104)

92 **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 95, N. 13, OR 92, N. 35.

93 **Weber**, (Berner Kommentar, OR 93, N.37), açık arttırmanın yer ve saatinin borçluya bildirilmesi gerektiği hakkında görüş belirtmiştir.

94 **Oğuzman/Öz**, 373; **Önen**, 193; **Feyzioğlu**, 157; **Aybay**, 128; **Tunçomağ**, 774; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Serozan**, 150; **Koç**, 256; **Üçer**, 211; **Nomer**, 239; **Reisoğlu**, 341; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127; **Bilgili/Demirkapı**, 175. Örnekler için bkz. **Kılıçoğlu**, 684.

95 Bkz. Bu çalışmada, dn. 88.

96 **Kılıçoğlu**, 684; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 93, N. 3, 51; **Weber**, Berner Kommentar, OR 93, N. 6, 49 vd. Tevdi edilmeyen satış bedeli tevdi edilmemiş borç gibi sayılmıştır. Bu görüşte olarak bkz. **Üçer**, 213.Kanunda belirtilmiş olmasa da tıpkı malın tevdiinde olduğu gibi, satış parasının tevdi edileceği yerin de hâkim tarafından tayin edilmesinin borçlunun borçtan kurtulması için zorunlu olduğu kabul edilebilecektir. Aynı doğrultuda, bkz. **Feyzioğlu**, 197.

97 **Oğuzman/Öz**, 373; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1127; **Reisoğlu**, 341; **Eren**, 1022; **Koç**, 236, **Üçer**, 206, 212.

edilen şeyin geri alınması) mümkün olduğu gibi, satış bedeli tevdi edildikten sonra da tevdiden dönülmesi, TBK m. 109 çerçevesinde mümkündür[98].

III. Sözleşmeden Dönme

Borç konusunun bir şeyin teslimine ilişkin olmadığı durumlarda, borçlunun borçtan kurtulmak için başvurabileceği yol, sözleşmeden dönme olup, bu husus (eski) BK m. 94'de "Borcun mevzuu bir aynın teslimini tazammun etmediği surette eğer alacaklı mütemerrit ise borçlunun temerrüdüne müteallik hükümlere tevfikan borçlu akdi feshedebilir" şeklinde düzenlenmişti[99]. Hükümde fesih kelimesi kullanılmış olmasına rağmen bu ifade, sözleşmeden dönme şeklinde anlaşılmaktaydı. Keza, TBK m. 110; "borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir" şeklindedir.

Söz konusu hükmün uygulama alanını, kural olarak, sadece yapma borçları oluşturur[100]. Genel olarak, verme borçlarında, temerrüde düşen alacaklı karşısında borçlu, tevdi ya da satış yolunu tercih eder ve verme borçlarının ifasının reddi suretiyle meydana gelen temerrüt halinde sözleşmeden dönme, ayrıca bir borca aykırılık söz konusu değilse, kabul edilmez[101]. Temerrüde düşen alacaklı aynı zamanda borçlu ise ve asli edimin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş ise, verme edimi borçlusunun, borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkı vardır[102].

---

98 Ayrıca dönme halinde TBK m. 109/II hükmü uyarınca varlığı devam eden borç, satılan şeye yönelik ilk edim borcu değil, para edimi olacaktır. Bu görüşte olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, 374.

99 Nitekim Yargıtay da, "Alacaklıya düşen görev teknik açıdan borcun ifasını engellediği çeşitli bilirkişi raporları ile sabittir. Bu durumda davalıya değil davacıya sözleşmeden dönme hakkı tanımak gerekir" şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yarg. 15 HD, 7.6.1984, E. 1616, K. 2006. **Karahasan**, 173.

100 **Tunçomağ**, 775; **Aybay**, 128; **Reisoğlu**, 341; **Kılıçoğlu**, 685; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1128; **Hatemi/Gökyayla**, 252; **Koç**, 265; **Üçer**, 213; **İnal**, 294; **Nomer**, 240. Özellikle vekâlet, hizmet ve istisna sözleşmeleri için bu hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Bu görüşte olarak bkz. **Önen**, 193. Örneğin, işveren, işçisinin çalışmasına izin vermiyor ya da evini tamir ettirecek iş sahibi müteahhidi içeri almıyor ise birinci örnekte işveren diğerinde ise iş sahibi, yapma borçlarının ifasını engelleyerek temerrüde düşmüşlerdir. Bu durum, işçinin ve müteahhidin sözleşmeden dönmesini mümkün kılar. Bkz. **Oğuzman/Öz**, 374, dn. 425; **Feyzioğlu**, 158. Keza bir vekâlet sözleşmesinde de vekilin, vekâlet verenin temerrüdü halinde sözleşmeden dönebileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Eren**, 1024. Vekâlet sözleşmesinde, tarafların tek yanlı beyanla sözleşmeyi, sebep göstermeksizin ve (uygun olmayan zamanlar haricinde) herhangi bir süreye uymaksızın sonlandırmaları mümkündür (TBK m. 512).

101 **Aybay**, 128.

102 Örneğin, (A) ile (C) arasında molozlara ilişkin satış sözleşmesi akdedilmiş, (C) molozlara ilişkin alacaklı konumunda ve molozları zamanında teslim almadığı için alacaklı temerrüdüne düşer. (A)'nın borcu bir verme borcu niteliğinde olduğundan, tevdi imkânı vardır. Tevdi yoluna başvurulması durumunda, sözleşme ile amaçlanan husus gerçekleştirilmiş olur. Bu durumda, (C)'nin eşzamanlı olarak malı teslim alması bir borç niteliği taşıdığından, malı teslim almamasına bağlı

Dönme hakkının sadece yapma borçlarında kullanılabilmesinin gerekçesi, bu tür bir edimin tevdii veya satışının mümkün olmayışı şeklinde açıklanabilir[103]. Aynı gerekçeyle, verme borçlarında da, satış veya tevdi imkânı olmayan bazı istisnai durumlarda, TBK m. 110 kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle, borçluya dönme hakkının tanınması kabul edilmelidir[104]. Doktrinde, sadece tevdi veya satma imkânına sahip olmayan borçlu için değil, bu imkânlara sahip olan borçlu için dahi, alacaklı temerrüdü halinde, boşluk doldurma yoluyla dönme hakkının tanınması gerektiği yönünde düşünceler vardır[105]. Esasen bu düşünce, somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde ve şartlarına uymak suretiyle kabul edilebilir.

TBK m. 110, alacaklı temerrüdünde borçlunun sözleşmeden dönmesi durumunda, borçlu temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönmesi hakkındaki hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir. Bu durumda, alacaklı, temerrüdün gerçekleşmesi üzerine mehil (önel) vermek suretiyle, mehil sonunda borçluya karşı seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını[106] kullanılabilecektir. Benzer şekilde borçlu da, temerrüdün gerçekleşmesi üzerine alacaklıya ifayı kabul için bir mehil vermeli, mehil süresi içinde alacaklı ifa teklifini kabul etmezse mehil sonunda, sözleşmeden dönme hakkını derhal kullanmalıdır[107]. Ancak somut olayda TBK m. 124'te be-

---

olarak borçlu temerrüdünün de oluştuğu ve tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede, TBK m. 125 hükümleri uyarınca, (A)'nın sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyeceği kabul edilir. Melek Bilgin **Yüce**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları, 3. Bası, İstanbul 2013, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Borçlar Hukuku Genel Hükümler II, Yaz Dönemi, 10.07.2007 tarihli Ara Sınav Cevap Anahtarı, sh.288 vd; ayrıca bu hususta anılan eserde bkz. 06.04.2011 tarihli uygulama çalışması, sh. 331.

103 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 1128; **Eren**, 1024; **Serozan**, 151; **Kılıçoğlu**, 685; **Aybay**, 128, 129; **Reisoğlu**, 341; **Bilgili/Demirkapı**, 175.

104 Örneğin, yukarıda açıklandığı üzere, seçimlik borçlarda seçim hakkı alacaklıya ait ve alacaklı da bu hakkı kullanmıyorsa, borçlunun hangi edimi teslim edeceğini bilememesi halinde, isabetli olarak sözleşmeden dönebilmesi gerektiği kabul edilmiştir. **von Tuhr/Escher**, 84. (Bkz. dn. 91).

105 Alacaklı temerrüdü halinde verme edimi borçlusunun da, dönme hakkına sahip kılınması gerektiği hakkında bkz. **Serozan**, (Sözleşmeden Dönme), 320-331.Yazar, sırf "alacaklının umursamaz tutumu yüzünden, sadece teslim borçlusunun mahkeme koridorlarında, noter dairelerinde, müzayede salonlarında" emek ve vakit harcamasının, yapma borçlularına ise sözleşmeden dönme hakkının verilmesinin, "talihsiz bir yasa boşluğu" olduğunu, sıkı şartlara tabi kılınmak suretiyle, borçlunun ifa menfaatine engel olan alacaklıya karşı kullanılabilecek olan sözleşmeden dönme hakkının, adaletli bir yaptırım olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Serozan**, 152. *Hatemi*, "[...] Alacaklı temerrüdünün, somut olaydaki hal şartları haklı gösteriyorsa, tevdi imkânı bulunsa dahi dönme imkânı vermesini, bu konudaki kanun boşluğunun doldurulması gerektiği [...]" şeklinde görüş bildirmiştir. **Hatemi/Gökyayla**, 254; **Havutçu**, (326) verme borçlarında da, tevdi ve satma hakkına sahip olan borçlunun, dönme hakkını da sıkı şartlara bağlanarak kullanabilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Aynı görüşte olarak bkz. **Üçer**, 217. **Koç,** (263) ise burada verme edimi borçluları aleyhine bir dengesizlik oluşmadığını, keza onlara da tevdi suretiyle borçtan kurtulma imkânı verilerek borçtan kurtulma imkânı sağlandığını ifade etmiştir.

106 Seçimlik haklar için bkz. TBK m. 125.

107 **Weber**, Berner Kommentar, OR 95, N. 15; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 95, N. 15; **Oğuzman/Öz**, 375; **Eren**, 1025; **Kılıçoğlu,** 685; **Reisoğlu**, 342; **Hatemi/Gökyayla**, 253; **Bilgili/Demirkapı**, 176.

lirtilen durumlardan biri söz konusu ise, borçlu mehil vermeden de sözleşmeden dönebilir[108]. Sözleşmeden dönme, varması gerekli tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. TBK m. 110, yedek hukuk kuralı olduğu için borçlunun dönme hakkından sözleşme kurulurken veya kurulduktan sonra açık veya örtülü olarak feragat etmesi mümkündür[109].

Sözleşmeden dönmenin hukuki niteliğine yüklenebilecek anlam, henüz ifa edilmemiş bir edim bakımından herhangi bir soruna sebebiyet vermez[110]. Ancak ifa edilmiş olan bir edimin iadesinin hangi hukuki temele dayandırılabileceği tartışmalıdır[111].

Borçlunun davranışı yüzünden edimi elde edemeyen alacaklı, sözleşmeden dönme hakkını kullanabiliyorsa, aynı hakkın, usulüne uygun ifa teklifi kabul edilmeyen borçluya da tanınması isabetli olmakla birlikte, maddede, sözleşmeden dönen borçlunun, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan menfi zararının tazminini talep hakkını kullanıp kullanamayacağına yönelik açıklık olmaması, doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır[112]. Doktrinde savunulan bir görüşe göre[113],

---

108 Mehil verilmişse süre sonunda sözleşmeden dönme hakkı kullanılır fakat mehil verilmesine gerek olmayan hallerde hemen sözleşmeden dönmek mümkündür. TBK m. 124'e göre, borçlunun hal ve durumundan mehil vermenin etkisiz olacağının anlaşılması, borcun ifasının alacaklı için faydasız kalması ve akdin hükümlerine göre borcun tayin ve tespit edilen bir zamanda belirli bir süre içinde ifa edilmesi gerekiyorsa mehil vermeye gerek kalmadan da sözleşmeden dönmek mümkündür. **Oğuzman/Öz**, 375; **Koç**, 269; **Eren**, 1025. Alacaklının mehil içinde ifayı kabul etmemesi durumunda borçlu sözleşmeden dönebileceği gibi, mütemerrit alacaklıdan her zaman gecikme sebebiyle tazminat ile alacağı olan yapma borcunun borçlu tarafından ifası için kendisine düşeni ifa etmesini de isteyebilecektir. Keza, borçlu edimin devamından vazgeçerek yapma borcunu ifa edememesinden doğan zararların tazminini de isteyebilecektir. Bkz. **İnal**, 294.

109 **Weber**, Berner Kommentar, OR 95, N. 13; **Schraner**, Zürcher Kommentar, OR 95, N. 14.

110 **Üçer**, 219.

111 Bu tartışmalar için bkz. **Koç**, 270; **Üçer**, 218 ve devamı; **Weber**, Berner Kommentar, OR 95, N.16.

112 **Oğuzman/Öz**, 375; **Eren**, 1025. Alacaklının edimi kabul hakkı ilkesi ve bu ilkenin kanundan doğan istisnalarına uygulanacak temerrüt hükümleri hakkında doktrindeki görüşler için ayrıca bkz. **Koç**, 66-77.

113 Bu görüşte olarak bkz. **Eren**, 1025, 1026; **Önen**, 193; **Feyzioğlu**,158; **Tunçomağ**, 775; **von Tuhr**, 541; **Bilgili/Demirkapı**, 173. Bu görüşe göre tazminat talebi için sadece haksızlık yeterli olmayacak, alacaklının kusurlu olma şartı da aranacaktır. Özellikle eser sözleşmesi bakımından, yüklenicinin (müteahhidin) iş sahibinin hareketinden haksız bir zarara uğramış olması gerekçesiyle bu görüşün kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. **von Tuhr/Escher**, 84; **von Tuhr**, 549. Anılan düzenlemeye göre, borçlanılan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza nedeniyle mümkün olmuyorsa, yüklenici (müteahhit) yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafları alabileceği gibi iş sahibinin kusuru olması durumunda yüklenicinin (müteahhidin) başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı da olacaktır. *Serozan* da "borçlunun, bundan başka dönme işlemi ile bir arada, ya da bir başına kusurlu alacaklısından zarar- giderim istemesi de olanaklı tutulmak gerekir.[...]borçluya sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra (kümülatif veya alternatif olarak) bir zarar-giderim, isteme hakkı da tanımak, kaçınılmaz gözükmektedir" şeklinde ifade etmektedir. **Serozan**, (Sözleşmeden Dönme), 325. *Hatemi* ise bu konuda görüşü-

maddede borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere yollama yapılmış olması ve TBK m. 485/II'deki düzenleme[114] nedeniyle borçluya kusuruyla temerrüde düşen alacaklıdan, uğradığı zararı tazmin edilmesini isteme hakkının tanınması gerekir. Aynı sonuca ulaşan bir başka görüş ise[115], alacaklının tazminatla yükümlü tutulmamasının onun, dürüstlük kuralına aykırı bu davranışına prim vermek ya da onu temerrüde özendirmek anlamına geleceği ve borçlunun sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güvenin boşa çıkması nedeniyle uğradığı zararlara katlanmak zorunda bırakılmasının, adalet ve hakkaniyet duygularını zedeleyeceğini, bu sonuca ulaşılmasının gerekçesi olarak belirtmektedir.

Bir diğer görüş ise[116] alacaklının borcun ifasını kabul etmesinin borç sayılabileceği haller dışında, alacaklı temerrüdünün sorumluluğa yol açmayacağı gerekçesiyle, isabetli olarak, alacaklının tazminat ödeme zorunluluğu olmayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre borcun ifasını kabul alacaklı için aynı zamanda bir borç sayılıyorsa[117], sözleşmeden dönme halinde tazminat talebi mümkün olacaktır. Örneğin, bir satış sözleşmesinde alıcının borcu hem sunulan edimi kabul etmek hem de semeni ödemektir. Edimi kabul borcunu haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen alıcı, borçlu temerrüdüne düşmüştür. Bu durumda satıcının sözleşmeden dönmesi halinde menfi zararının tazmini istemi TBK m. 123-125 (eski BK m. 106 ve 108) çerçevesinde mümkün olmalıdır[118].

Eklemek gerekir ki, doktrinde borçlunun alacaklıdan olumlu zararın tazminini de isteyebileceği ileri sürülmüştür[119]. *Bucher*'e göre kanun burada "dönme" kavramını teknik anlamda kullanmamaktadır. Burada kanun borçluya, sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazminini isteme veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının taz-

---

nü "[...] dönme seçeneğinin haklı olarak kullanıldığı durumlarda akdi giderim isteme de mümkün olmalı[...]" şeklinde ifade etmiştir. **Hatemi/Gökyayla**, 250.

114 Eski Borçlar Kanunu m. 370.

115 Bu görüşte olarak bkz. **Koç**, 274.

116 Bkz. **Oğuzman/Öz**, 375. *Nomer* (240), dönme halinde sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın, TBK m. 125/III uyarınca tazmininin istenemeyeceğini belirtmiş, buna gerekçe olarak da, hakkını kullanmaktan kaçınan bir kimsenin bundan dolayı sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Keza doktrinde alacaklı temerrüdünün sadece bir hukuki ödeve aykırılık oluşturup, bir yüküme aykırılık oluşturmaması gerekçe gösterilmek suretiyle, dönmeye bir tazminat talebinin eklenmesi için borçlu temerrüdü ya da sözleşmenin müspet ihlalinin koşullarının ayrıca gerçekleşmiş olması gerektiği beyan edilmiştir. Bkz. **Serozan**, 151.

117 Bkz. dn.1.

118 Bu konuda Yargıtay da karşılıklı edimleri içeren sözleşmenin taraflarından olan satıcının verilen ek süreye rağmen, edimini yerine getirmeyerek temerrüde düşmesi halinde, alıcının sözleşmeden dönüp menfi zararını satıcıdan talep edebileceğini belirtmiştir. Yarg. 13. HD. 24.06.1987, E. 2599, K. 3778. *(Kazancıhukuk).*

119 Eugen **Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, sh. 326; Max **Keller**/Christian **Schöbi**, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts: Das Schweizerische Schuldrecht Band I, sh. 294.

minini isteme hakkı tanımaktadır. *Keller/Schöbi*'ye göre ise, borçlu, alacaklının temerrüdü durumunda sözleşmeden döndüğünde, sözleşmenin ayakta tutulması veya ortadan kalkması arasında bir seçim hakkına sahip değildir. Borçlunun sözleşmeden dönmesiyle, sözleşme ortadan kalkacaktır. Ancak bu sonuç borçlunun durumunun ağırlaşmasına sebep olacağı için, borçlu olumlu zararının tazminini de talep edebilmelidir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde ise, alacaklı temerrüdü halinde, borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, ileriye etkili feshin sonuçları meydana gelir[120]. Son olarak belirtelim ki, yapma borcunun ifasının borçlu yerine üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine izin verilen hallerde, alacaklının temerrüdü, üçüncü kişiye sözleşmeden dönme hakkı vermeyecektir. Zira sözleşmeden dönme hakkı, sadece sözleşme ilişkisi içinde olan taraflarca kullanılabilir[121].

SONUÇ

Alacaklının temerrüdü, alacaklıdan kaynaklanan bir ifa engelidir. Alacaklının haklı bir sebep olmaksızın usulüne uygun olarak sunulan ifa teklifini kabul etmemesi veya ifa için kendisine düşen hazırlık işlemlerini gerçekleştirmemesi, borçlunun sorumluluğunun pek çok halde hafifletilmesini gerektirir. Örneğin, borçlunun malı korumak için yaptığı masraflar alacaklıya ait olmalı; hasar, alacaklıya intikal etmeli; hafif kusur halinde de borçlunun sorumluluğu sınırlandırılmalıdır.

Alacaklının ifayı engellemesiyle, borçlunun borçtan kurtulması da engellenmiş olur. Kanunda borcun konusuna göre borçluyu borçtan kurtarıcı bazı imkânlara ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Teslim edilmesi gereken bir malın teslimi kabul edilmediğinde borçlunun malı, hâkimin izniyle belirlenen yere tevdi etmesi borçluyu borçtan kurtarır. Ticari eşyalar için hâkimden tevdi yeri belirlemesini istemek ise zorunlu tutulmamıştır.

Teslimi gereken şeyin, tevdie çeşitli sebeplerle elverişli olmaması halinde ise borçlu, alacaklıya malın satılacağını bildirdikten sonra hâkimin izniyle malı sattırır ve satış bedelini tevdi ederek borcundan kurtulur. Sözleşmenin konusunun kural olarak yapma borcuna ilişkin olması halinde ise, Kanunda borçluya, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Bu durumda bir işin görülmesini engelleyen alacaklı karşısında borçlunun sözleşmeden dönmek suretiyle, sözleşme ilişkisinin baştan itibaren hiç kurulmamış duruma getirilmesi ve borcundan kurtulması imkânı mevcut olacaktır.

---

120 **Oğuzman/Öz**, 375.

121 **Oğuzman/Öz**, 375.

KISALTMALAR

Art. : Artikel (madde)
Aufl. : Auflage (bası, baskı)
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK : 818 Sayılı (eski) Borçlar Kanunu
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
dn. : dipnot
dvm. : devamı
E. : Esas
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
HUMK : 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHF : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırınız
m. : madde
N. : Not, kenar notu
OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
sh. : sahife
TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
Yarg. : Yargıtay

KAYNAKÇA

Aral Fahrettin/**Ayrancı** Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012.

Aybay Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul 2011.

Barlas Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.

Bilgili Fatih/**Demirkapı** Ertan, Borçlar Hukuku, İzmir 2015.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, 6098 Sayılı TBK'na Göre Hazırlanmış Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Atıf Şekli: **Özel**).

Feyzioğlu Necmeddin Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.II, 2.Bası, İstanbul 1977.

Hatemi Hüseyin/**Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015.

Hatemi Hüseyin/**Serozan** Rona/**Arpacı** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Havutçu Ayşe, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, (sh. 317-337).

Helvacı İlhan, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011.

İnal Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, Papatya Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul 2009.

Kaniti, Salamon: Akdin İfa Edilmediği Def'i, İÜHF Yayınları No:954, İstanbul 1962.

Karahasan Reşit Mustafa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.5, İstanbul 2004.

Keller Max/**Schöbi** Christian; Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht Band I, 1988.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/**Hatemi** Hüseyin/**Serozan** Rona/**Arpacı** Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm - C. III. Rona **Serozan** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014 (Atıf şekli: **Serozan**).

Koç Nevzat, İsviçre –Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992.

Moralı, Ayanoğlu, Ahu: "Taraflardan birinin dava esnasında borcun ifa edilmediği def'ini ileri sürmesine bağlanabilecek sonuçlar", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2008/2, Sayı:10, sh. 451-468.

Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.

Oğuzman Kemal/**Öz** Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-I, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014.

Önen Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Kurallar, Ankara 1974.

Özdemir Hayrunnisa, "Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, (sh. 359-379).

Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014.

Schraner Marius, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 3. Aufl., 2000. (Atıf şekli: **Zürcher Kommentar**).

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007 (Atıf şekli: **Sözleşmeden Dönme**).

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/I, İstanbul 2008 (Atıf şekli: **C. I/I**).

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010.

Tekben Tuğçe, "Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Defi'ler", Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Mezuniyet Projesi, İstanbul 2010 (*Yayımlanmamış*).

Tekinay Sulhi Selahattin/**Akman** Sermet/**Burcuoğlu** Haluk/**Altop** Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,6. Bası, İstanbul 1988.

Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Üçer Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007.

von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.

von Tuhr Andreas/**Escher** Arnold/**Siegwart** Alfred/**Schulin** Hermann, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974 (Atıf şekli: **von Tuhr/Escher**).

Weber H. Rolf, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., 2005 (Atıf şekli: **Berner Kommentar**).

Yavuz Cevdet/**Acar** Faruk/**Özen** Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014.

Yüce Bilgin Melek, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları, 3. Bası, İstanbul 2013.

Zevkliler Aydın/**Gökyayla** Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

Yararlanılan Elektronik Hukuk Veritabanları

Kazancı *(Hukuk Otomasyon)*: Yargı kararlarının ve güncel mevzuatın yer aldığı elektronik hukuk veritabanı, <www.kazanci.com>.

Kazancı Hukuk *(Jurisdictio)*: Yargı kararlarının ve güncel mevzuatın yer aldığı elektronik hukuk veritabanı, <khyk.kazancihukuk.com>.

MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

(Authorized Court In Action For Moral Damages)

Ar. Gör. Fatma Nur TEKÇE*

ÖZET

Bireyin, hukuk düzeni tarafından korunan kişilik hakkına karşı hukuka aykırı olarak yapılan bir saldırı sonucunda ikame edeceği manevi tazminat davasında görevli ve yetkili mahkemeyi doğru tespit etmesi gerekir. Aksi halde görevsiz mahkemede ikame edilen dava, dava şartı yokluğundan; yetkisiz mahkemede açılan dava ise yetki ilk itirazı nedeni ile usulden reddedilebilir. Bu nedenle çalışmamızda manevi tazminat davasında görevli ve yetkili mahkemenin tespiti sorununu, HMK ve MK hükümlerini nazara alarak incelemeyi amaçlıyoruz.

Anahtar kelimeler: Manevi zarar, manevi tazminat, görevli mahkeme, yetkili mahkeme, tazminat davası

Abstract

An individual would have to make an accurate detection of the authorized and jurisdiction court on the substitution of the lawsuit for mental anguish, as a result of an unlawful attack against his personal rights protected by the rule of law. Otherwise, the case which is substitute unauthorized court could be rejected because of the absence of the cause of action, while the lawsuit brought on the jurisdiction court being rejected from the rule due to the first plea of jurisdiction. Therefore, in our study, we aim to consider the results of accurate detection of the authorized and jurisdiction court on the lawsuit for mental anguish by taking the Procedural Law Code and Civil Code clauses into account.

Keywords: Moral damage, moral compensation, court of jurisdiction, authorized court, action for damages.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı

I. Manevi Zarar

Zararın sözlük anlamı, bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrattır[1]. Zarar kavramı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır[2]. Zarar kavramının kanunda tanımlanmamasından ötürü doktrin ve uygulama tarafından tanım yapılmıştır[3]. Doktrinde zarar kavramı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ekonomik eksilmedir yani maddi zarardır[4]. Geniş anlamda zarar ise, kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir yani maddi ve manevi zararı kapsamaktadır[5]. Türk hukukunda zarar kavramı, dar anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve manevi zarar ise zarar kavramından farklı özelliklere sahip ayrı bir kurum olarak değerlendirilmektedir[6]. Zarar kavramını maddi ve manevi zararları kapsayacak şekilde geniş yorumlayan görüş ise, manevi zarar terimini kullanmaktadır; çünkü manevi zarar, geniş anlamda zararın türüdür[7].

Haksız olan bir fiilin meydana getirdiği sonuç her zaman kişinin malvarlığında ekonomik olarak eksilme meydana getirmeyebilir. Bir kişinin haysiyet ve şerefine, vücut bütünlüğüne tecavüz halinde, malvarlığında ekonomik eksilme olmadan elem, acı, ıstırap gibi kişiliği üzerinde meydana gelen etkiler manevi zararı teşkil eder[8]. Kişilik haklarına tecavüzün, tecavüze uğrayanın kişiliği üzerindeki etkisinden ne anlamak gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde iki görüş vardır. İlki objektif teoridir, diğeri ise sübjektif teoridir.

---

1 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54f4b-3f69eda15.96672433, (Erişim Tarihi: 02.03.2015).

2 Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre Cinquème: Droit des Obligations, Art: 41 etc., http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf, (Erişim Tarihi: 02.03.2015).

3 Fulya Erlüle, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara 2011, s. 35.

4 Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, 2. b., İstanbul 2010, s. 63; Fikret Eren, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18.b., Ankara 2015, s. 521; Kemal Tahir Gürsoy, Manevi Zarar ve Tazmini, **AÜHFD**, C.30, S.1-4, 1973, s. 7.

5 Tandoğan, s. 63; Eren, s. 521, Erlüle, s. 28, 36.

6 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 12. b., İstanbul 2014, s. 514; Gürsoy, s. 7.

7 Eren, s. 521; Erlüle, s. 43.

8 Gürsoy, s. 7, 8; Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (Mk.24, Bk. 49)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Enstitüsü'nün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumundan Ayrı Basım, İstanbul 1980, s. 144.

1. Objektif Teori

Objektif teoriye göre manevi zarar, kişinin şahıs varlığını oluşturan kişisel değerlerin ihlali sonucunda kişilikte meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır[9]. Kişilik değerlerinin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her eksilme, bunun sonucunda oluşan fiziksel veya duygusal acılardan bağımsız olarak manevi zararı meydana getirir. Manevi zarar her şeyden önce bu objektif eksilme ve azalmadır[10]. Manevi zararın meydana gelmesi için, saldırı sonucunda meydana gelen elem, acı, ızdırabın bilincine varılması, onun hissedilmesi şart değildir. Bu nedenle tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar da manevi tazminat talep edebilirler[11].

Objektif manevi zarar teorisini savunan yazarlardan bir kısmı, mutlak objektif görüşten ayrılarak, kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması dolayısıyla meydana gelen objektif eksilmeler yanında zarar görenin bu eksilmeler dolayısıyla ayrıca duyduğu manevi acı, elem ve ızdırapları da ayrı bir manevi zarar olarak kabul etmektedir[12]. Böylece toplam manevi zarar, iki manevi zarar kaleminden oluşmaktadır. Bunlardan biri, objektif eksilme; diğeri ise, bu eksilme dolayısıyla duyulan acı ve elemin ruhsal bütünlükte meydana getirdiği sübjektif azalmadır. Doktrinde bir görüş; duygu zararlarını tamamen reddetmektedir[13]. Acı, elem, ızdırap gibi sübjektif kavramla-

---

9 Kocayusufpaşaoğlu, s. 144, 145; Eren, s. 532 vd.; Çiğdem Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yargıtay Dergisi**, C.25, S.3, 199, s. 252, 253.

10 Pierre Tercier, **Contribution à l'étude du tort moral et sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg 1971, s. 51, 52; Gökhan Antalya, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 2.b., İstanbul, 2013, s. 495; Eren, s. 534; Kırca, s. 253.

11 Eren, s. 535; Hasan İşgüzar, 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, **ABD**, S.6, 1990, s. 872; Kırca, s. 253; Yargıtay HGK, 01.02.2012, 2011/4-687 E., 2012/26 K. sayılı kararında; tüzel kişilerin kişilik değerinin saldırıya uğraması durumunda manevi tazminat talebinde bulunabileceğini ve bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) sebep olacağını; duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymaları düşünülemeyeceğini ve bunun kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmayacağını ifade ederek objektif teoriyi kabul ettiğini görmek mümkündür, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 02.03.2015).

12 Eren, s.534.

13 Rona Serozan, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990, s. 82; Rona Serozan, Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağa**n, İstanbul, 1990, s. 281; Kırca, s. 256. Kırca'ya bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: Manevi zararın meydana gelebilmesi için, kişinin bunun sonucunda acı, elem, ızdırap hissetmesi ve bu ızdırabının karşılığında elde edeceği paranın getireceği mutluluk duygusuyla kendisini avutma yeteneğine sahip olması veya böyle bir mutluluğu istemesi gerekli ve zorunlu değildir. Yine manevi zarardan söz edebilmek için, zarar görenin meydana gelen haksız fiil sonucunda içinde oluşan öfke, kin, intikam veya haksızlık duygusunu failin kendisine para ödemesi veya mahkeme kararıyla kınanması sonucunda teskin etme isteğine ve yeteneğine sahip olması da gerekli değildir. Nasıl malvarlığında meydana gelen eksilme, kişinin bunu hissetmesine bağlı olmadan gerçekleşiyorsa, kişilik varlığında meydana gelen eksilme de tüm bu duygular olmaksızın gerçekleşir.

rın ölçülmesi mümkün değildir, ayrıca böyle bir ölçüme kişilik hakkına eskisinden daha fazla bir müdahaleye neden olacağından izin verilemez. Çünkü psişik acı ve ızdırabın duyulup duyulmadığı, duyulmuşsa bunun ne kadar olduğunu belirlemek için olay ayrıntılarıyla araştırılacak, bilirkişi incelemesi yapılacak, tıbbi gözlem ve tekniklere başvurulacak, kendisine bu sebeple çeşitli sorular sorulacak, gizli kalması gereken durumların açıklanması gerekecek, daha önce olayı hiç duymamış olanlar da bu şekilde duymuş olacaklardır[14]. Doktrinde objektif görüşü savunan; ama duygu zararlarını tamamen reddetmeyen ve belirli yoğunluktaki duygu zararlarının manevi zarar olarak değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş uyarınca; duygu zararlarının tazmin edilebilmesi için mutlaka yansıma yoluyla ruh hastalığına neden olması aranmamalı; sosyal hayatta her zaman duyulabilecek olan olağan nitelikteki hafif acı ve ızdırapları bu tanımın dışında tutmak gerekir[15]. Doktrinde diğer bir görüş ise, objektif görüşü benimsemekte; ama duygu zararlarını tamamen reddedilecek bir unsur olarak görmemektedir. Duygu zararlarının manevi zararın miktarı üzerinde etkili olduğunu; ancak onun zaruri unsuru olmadığını kabul etmektedirler[16]. Duygu zararlarını tamamen reddetmeyen objektif manevi zarar görüşünün benimsenmesi, sadece ayırt etme gücünden yoksun kişiler ile tüzel kişilere manevi tazminat talep etme hakkı tanımakla yetinmemekte ayrıca yakınların manevi tazminat talep etmelerine olanak sağlar[17].

2. Sübjektif Teori

Sübjektif teori, manevi tazminatın fonksiyonunu açıklarken, manevi zararın bir duygu zararı olduğu fikrinden hareket etmektedir. İsviçre-Türk hukukunda egemen olan bu teoriye göre, kişilik hakkının ihlâl edilmesi halinde, ihlal sonucu, fiziki ve manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi, manevi zarara uğramış sayılır[18].

Sübjektif teori; manevi zararın iki unsuru olduğunu ileri sürmektedir. Sübjektif

---

14 Kırca, s. 254.

15 Eren, s. 533.

16 Erlüle, s. 56 dn. 109; Erlüle, s. 69.

17 Erlüle, s. 71.

18 Kocayusufpaşaoğlu, s. 145; Oğuzman/Öz, s. 679; Selahattin S. Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.b., İstanbul, 1993, s. 655; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18.b., Ankara, 2014, s. 439; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md.28a fıkra I)**, İstanbul, 2001, s. 177; Erlüle, s. 44; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, 6.b., İstanbul 2001, s. 65 vd.; Şeref Ertaş, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul 1990, s. 65; Kırca, s. 244.

teoriye göre, kişinin şahıs varlığını oluşturan kişisel değerlerin ihlali ve bu değerlerde meydana gelen objektif eksilme tek başına manevi zararı doğurmaz yani objektif unsur yeterli değildir. Manevi zararın meydana gelmesi için; kişilikte objektif olarak gerçekleşen eksilmenin yanısıra sübjektif unsur olan kişilik hakkının ihlali sonucunda objektif olarak gerçekleşen eksilmenin, kişinin bilincine yansımasını ve kişinin acı çekmesini aramaktadır[19]. Hatta doktrinde bir görüş sübjektif unsurun, kişilik hakkı ihlal edilenin kişiliğinde objektif olarak meydana gelen eksilmeyi hissetmesi ve bununla birlikte bunun bilincinde olması gerektiğini ileri sürmektedir[20]. Sübjektif teori gereğince, kişilik hakkı ihlal edilerek elem, acı, ızdırap gibi duyguların hissedilmesi arandığından ayırt etme gücünden yoksun olanlar ile tüzel kişilerin manevi zarara uğraması mümkün olmayacaktır[21]. Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebilmesinin sebebi tüzel kişiliğin niteliğini

---

19 Tercier, s. 56; Kocayusufpaşaoğlu, s. 147; Antalya, s. 495; Erlüle, s. 45.

20 Tercier, s. 57, 58.

21 İşgüzar, s. 873; Erlüle, s. 45. Doktrindeki bir görüşe göre, tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi acı, ruhsal bozukluk, ızdırap yaşaması ve buna bağlı olarak manevi zarara uğramalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşü savunan Ahmet Kılıçoğlu, tüzel kişilerin kişilik hakkına sahip olmaları ile kişilik hakkına saldırı halinde açabilecekleri davaların birbirinden farklı konular olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi, kişilik haklarına yapılan saldırılardan dolayı korunma talep edebilir; ama manevi tazminat talep edemez yani manevi tazminat davası ikame edemez. Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1983, s. 293, 294, http://www.dicle.edu.tr/Contents/dd8c0ba4-75a9-46b0-82c6-ffbcf5d182fe.pdf, (Erişim tarihi: 04.03.2015). Ayrıca bkz. Tercier, s. 64, 65. Doktrindeki çoğunluk görüş ise, gerçek kişilere ait olan kişisel değerlerin haricinde kalan hallerde tüzel kişilerin manevi tazminat davası açabileceğini savunmaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 667; Tandoğan, s. 333; İşgüzar, s. 873; Yargıtay 11.HD., 15.07.2011, 2009/8569 E., 2011/8964 K., www.legalbank.net, (Erişim tarihi: 05.03.2015); Yargıtay HGK, 01.12.2004, 2004/4-600 E., 2004/625 K., www.legalbank.net, (Erişim tarihi: 05.03.2015). Sübjektif teoriye göre, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin manevi tazminat davası açmaları mümkün olmayacaktır. Doktrinde, ayırt etme gücünden yoksun olan kimselerin manevi tazminat davası ikame edebilmesinin mümkün olmadığı; ama koruyucu davaları ikame edebileceği bir görüş tarafından ileri sürülmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 668.

Aynı görüşte olan Oğuzman/Öz ise, ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişinin kişilik hakkının ihlal edilmesi ile kişilik hakkı ihlal edildikten sonra ayırt etme gücünü kaybeden arasında ayrım yaparak, kişilik hakkının ihlali neticesinde manevi zarara uğrayan kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde yasal temsilcinin manevi tazminat davası ikame etmesini kabul etmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 685.

Doktrinde bir diğer görüş ise, sübjektif teoriyi kabul etmekte; ama ayırt etme gücünden yoksun olanlar için manevi tazminat talep edememelerini hakkaniyete uygun bulmamakta, bu nedenle yasal temsilcileri aracılığıyla manevi tazminat talep edebileceklerini savunmaktadır. Bkz. Tandoğan, s.333,334; Ertaş, s. 89. Özellikle yaşı küçük kişinin kişilik hakkı ihlal edildiğinde, ileride büyüdüğünde olayı kavrayabileceği kabul edilerek manevi tazminat davası ikame etmesinde behis görülmemektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 661; Oğuzman/Öz, s. 685;Yargıtay 11.HD., 25.01.2010, 2009/4078 E.; 2010/767 K, www.legalbank.net, (Erişim tarihi:05.03.2015); AİHM 2.Dairesi, 03.12.2013, 2009/28127 E., www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 05.03.2015).

açıklayan gerçek kişilik teorisi[22] ve varsayım teorisidir[23]. Ayrıca, tüzel kişilerin manevi tazminat davası ikame edebilmelerinin usul ekonomisi ilkesine hizmet ettiğini de ileri sürmektedirler[24]. Böylece tüzel kişiliğin organlarını oluşturan kişilerin sayısı kadar manevi tazminat davası açılması önlenmektedir.

II. Manevi Tazminat

Tazminatın sözlük anlamı, zarar karşılığı ödenen paradır[25]. Tazminat, kişinin malvarlığında ve şahıs varlığında meydana gelen eksilmenin (zararın) giderilmesi için yüklenen edimdir[26]. Bu tanıma göre, tazminat ve zarar kavramları birbirleriyle doğrudan ilgilidir yani kişinin zarara uğraması halinde; malvarlığında eksilme meydana gelirse; eksilme miktar ve değer yönünden hesaplanabilecektir, bu ölçüde zarar maddi tazminat olarak karşılanmalıdır. Kişinin zarara uğraması sonucunda onun şahıs varlığında meydana gelecek zarar manevi zarardır. Manevi zararı sübjektif teori çerçevesinde değerlendiren İsviçre-Türk hukukuna göre manevi zararın söz konusu olabilmesi için kişilik hakkının ihlali yani objektif eksilme ile birlikte kişinin elem, acı içinde olmasını aramaktadır. Dolayısıyla manevi zarar, etkilerini kişinin malvarlığı değerleri üzerinde göstermez. Bu sebeple manevi zarara uğrayan kişi, manevi tazminat talep ettiğinde, maddi tazminatta olduğu gibi gerçek anlamda tazminat niteliği taşımayacaktır; daha çok kişinin acılarını dindirmeye yönelik, tatmin amaçlı tazminat niteliğindedir[27].

Türk hukuku, kişinin manevi zarara uğraması neticesinde talep edebileceği tazminatı manevi tazminat olarak ifade etmektedir[28]. Manevi tazminatın sözlük anlamı, kişilik haklarına karşı işlenen suçlara ilişkin dava sonucunda ödenmesine karar verilen bedeldir[29]. Manevi tazminat, malvarlığının dışında, hukuksal değerlere yapılan

---

22 Gerçek kişilik teorisine göre; tüzel kişiliğin organlarını oluşturan kişilerin duydukları elem, acı, tüzel kişiliğin elemi, acısı olarak kabul edilecektir, dolayısıyla manevi zararın oluştuğunu söylemek gerekecektir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 685.

23 Varsayım teorisine göre, organları oluşturan kişilerin duyduğu elem ve acı tüzel kişiliğin elem ve acısı olarak varsayılacağından manevi zararın varlığını kabul etmek gerekecektir. Bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II (Kişiler Hukuku)**, 15.b., İstanbul, 2014, s. 206.

24 Erlüle, s. 46; Arzu Genç-Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstsnbul, 2008, s. 190.

25 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54f882a649ccf7.58432198, (Erişim Tarihi: 05.03.2015).

26 Tandoğan, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 581; Karahasan, s. 61; Erlüle, s. 74.

27 Erlüle, s. 74.

28 İsviçre MK ve BK Fransızca metinlerine bakıldığında, manevi tazminat için "reparation du tort morale" teriminin kullanıldığını görmekteyiz. Bkz. Georges Scyboz, **Code Civil Suisse Code Des Obligations: Annotés**, 5.b., Lausanne, 1993.

29 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54f882a649ccf7.58432198, (Erişim Tarihi: 05.03.2015).

saldırılar ile meydana getirilen eksilmenin giderilmesi amacı, çekilen acıları yeterince dindirmek, bozulan ruhsal düzeni dengelemek, yaşama arzusunu yenilemek, yaşama yeniden bağlanmaktır; bunun gerçekleştirilmesi için de zarar verenden bir miktar para alınarak zarar görene ödenmesi, onun malvarlığının artması amaçlanmaktadır[30].

Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişinin uğradığı manevi zararın yani manevi acının, elem ve ızdırabın giderimi amacıyla manevi tazminat davası ikame edebilecektir[31].

Kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde, hakkın korunması için öngörülen vasıtalar önem arz etmektedir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda, genel olarak, kişiliğin korunmasını düzenleyen hükümler yer almaktadır. Bu hükümler arasında kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde ikame edilebilecek dava türleri de yer almaktadır. Kişiliğin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde; Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi I. fıkrası gereği koruyucu davalardan olan saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası ikame edilebilir. Kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi III. fıkrası gereği maddi ve manevi tazminat davası ile kazancın geri verilmesi davası ikame edilebilir.

Kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi halinde kişinin manevi tazminat davası ikame etmesi mümkündür. Manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kişisel değerlerden birine saldırıda bulunulmalı, saldırı hukuka aykırı olmalı, manevi zarar meydana gelmeli, zarar; kusur sonucu veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı sonucu gerçekleşmiş olmalı; saldırı ile manevi zarar arasında illiyet bağı olmalıdır[32]. Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişinin manevi tazminat davası ikame edebilmesi için dava konusu edilen hukuka aykırı fiilin sona ermiş olması yani geçmişte kalmış olması gerekmektedir. Manevi tazminat davasının amacı; dava konusu edilen tecavüzün zarar görenin durumu üzerindeki sonuçlarını düzeltmektir. Manevi tazminat davası neticesinde; davalı edimi ifa etmesi borcu altına girer[33].

---

30 Karahasan, s. 62.

31 Tercier, s. 47; Kocayusufpaşaoğlu, s. 143 vd., Ertaş, s. 65; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 5.b., İstanbul, 2013, s. 167; Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 177; Duygu Binat, **Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırılarda Manevi Tazminat**, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 115; Farklı görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 655; Serozan, Yaklaşım, s.67 vd. Serozan'a göre, kişilik hakkı ihlal edilerek haksızlığa uğrayan ve acı çeken kişi, elde edeceği acı parasıyla keyif yapabilecek ve uğradığı haksızlığı failine ödetmiş olmanın verdiği tatmin duygusuyla yaşayacaktır.

32 Kocayusufpaşaoğlu, s. 143, 156; Helvacı, s. 168.

33 Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 181.

Manevi tazminat davasının hukuki niteliği konusunda doktrinde üç görüş bulunmaktadır. Manevi tazminat davasının hukuki niteliğini açıklayan ilk görüş, ceza görüşüdür. Bu görüşe göre, manevi tazminat davalarının cezalandırıcı ve önleyici niteliği vardır. Manevi tazminat davalarında zarar gören lehine cezalandırma yoluna gidilmekte; failin kusurundan hareket edilmektedir[34]. Bu görüşe göre, mağdurun çektiği acı ve ızdıraptan ziyade, failin kusuru önem arz etmektedir[35]. Manevi tazminat davasının hukuki niteliğini açıklayan ikinci görüş ise telafi görüşü olup, bu görüş manevi zararı objektif teori olarak açıklayan görüşe uygundur. Telafi görüşüne göre; amaç uğranılan zararın telafisidir; dava sonucunda davacı lehine hükmedilecek olan para, hukuka aykırı fiil neticesinde bozulan huzuru yeniden sağlayacaktır[36]. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen tatmin görüşüne göre ise, zarar görene manevi tazminat adı altında ödenen para, kişinin manevi zararını kısmen veya tamamen gidermeye yöneliktir; böylece zarar görenin acı ve ızdıraplarının bir nebze dahi olsa azaltılıp, dindirilmesi sağlanır[37].

III. Manevi Tazminat Davalarında Görevli-Yetkili Mahkeme

1. Manevi Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme

Bir hukuki uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunması ve sonra bu uyuşmazlığın adli yargı koluna dâhil olması ve adli yargı kolu içinde medeni yargıyı ilgilendirmesi gerekir. Eğer bir hukuki uyuşmazlığın medeni yargı içinde çözümlenmesi gerektiği tespit edilirse, bu uyuşmazlığın medeni yargı içindeki hangi mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiğinin cevabını vermek gerekir. Bu sorunun cevabı görev kurallarını ilgilendirmektedir.

Mahkemelerin görevi ancak kanunla belirlenir ve görev kuralları kamu düzenindendir (HMK m.1). Görev kurallarının kamu düzeninden olması ve dava şartı olması nedeniyle taraflar kendi aralarında tasarrufta bulunamazlar ve hâkim görev kurallarını re'sen nazara almak zorundadır. Bu nedenleri nazara alarak kişilik hakkının haksız olarak ihlali sonucunda zarar gören tarafından ikame edilecek olan manevi tazminat davasında görevli mahkemeyi doğru tespit etmek gerekecektir.

Manevi tazminat talebinde bulunabilmek ve davanın görüldüğü mahkemenin manevi tazminata hükmedebilmesi için şahıs varlığına giren bir hakkın ihlali gerek-

---

34 Yaşar Karayalçın, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", **AÜHFD**, C.19, 1962, s.268; Ahmet Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", **ABD**, S. 1, 1984, s. 15; Ömer Faik Çetiner, Kişilik Hakkının Basın Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminat, **MÜSBE**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1997, s. 130; Binat, s. 115.

35 Kılıçoğlu, Hukuksal Nitelik", s. 15.

36 Eren, s. 786, 787; Binat, s. 116.

37 Tandoğan, s. 330, 331; Kocayusufpaşaoğlu, s. 146; Kılıçoğlu, Hukuksal Nitelik, s. 20 vd. ; Çetiner, s. 135; Karşı görüş için bkz. Serozan, s. 76 vd.

mektedir[38]. Türk Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu'nda kişilik hakkının korunmasına ilişkin düzenlenen hükümlerde yer alan ifadeler gereğince, şahıs varlığına ilişkin hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla zarar gören kişi, şahıs varlığına ilişkin hakkı ihlal edilmedikçe manevi tazminat davası ikame edemeyecektir[39]. Manevi tazminat davasına konu olan şey, şahıs varlığına ilişkin hak olduğundan, para ile ölçülememektedir[40]. Şahıs varlığına ilişkin olan hak, dava konusu edildiğinde yani dava ikame edildiğinde malvarlığı hakkına dönüşür[41]. Manevi tazminat davasında görevli mahkeme tespit edilirken; dava konusunun malvarlığına veya şahıs varlığına ilişkin olup olmaması önem arz etmez; çünkü HMK 2. madde gereği, *"dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesidir*". Bu nedenle manevi tazminat davalarında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir[42].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından 16.02.2012 tarihinde, 2012/35 E., 2012/23 K. sayılı kararı ile iptal edilen 3.maddesi, ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görevli mahkemeyi düzenlemişti. Bu hüküm şu şekilde kaleme alınmış idi[43]: *"Her türlü idari eylem ve işlemleri ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuku mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30.01.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu*

---

38 Mehmet Ünal, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, **AÜHFD**, C.35, S.1 – 4, 1978, s. 411.

39 Ünal, s. 411.

40 Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.I-II, 7.b., İstanbul, 2000, s. 491; Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4.b., İstanbul, 2014, s. 433; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammed Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14.b., Ankara, 2013, s. 520.

41 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 25.b., Ankara, 2014, s. 289.

42 Karslı, s. 249; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 146, 147.

43 Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu hüküm Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan tasarıda(Hükümet Tasarısı) yer almazken daha sonra tasarının 2 inci maddesinin müzakereleri sırasında, Adalet Komisyonunca maddeye eklenmesi teklif edilmiştir. Ancak söz konusu değişiklik önergesi yoğun müzakerelerden sonra, uygulamada ortaya çıkabilecek sıkıntılar dikkate alınarak reddedilmiş ve madde hükümet tasarısındaki şekliyle kabul edilmiştir. Daha sonra komisyonda, tasarının 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev konusunu düzenleyen 10 uncu maddenin ihdas edilmesi hususunda aynı gerekçelerle önerge verilmiş ve bu önerge kabul edilmiştir. Böylece "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev"e ilişkin hüküm Adalet Komisyonu tarafından TBMM'ye gönderilen metinde 10 ıncı maddede yer almıştır. Madde son halini ise TBMM'de almıştır. Hükümet tarafından söz konusu hükmün 3 üncü madde olarak düzenlenmesi teklif ve kabul edilerek madde son halini almıştır. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf., (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

hükümleri saklıdır". HMK yürürlüğe girmeden önce madde 3 kapsamında değerlendirilebilecek hukuki ihtilafların çoğunluğu idari yargı kolunda çözümlenmekteyken; kanunun yürürlüğe girmesi ile artık bu hususlara ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. Bu hükme göre, tarafların hangi hukuka tabi olduklarına bakılmaksızın ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlarda asliye hukuk mahkemeleri görevli mahkeme haline getirilmiştir. Böylece asliye hukuk mahkemeleri tazminat hukukunda uzmanlaşmış bir mahkeme haline getirilmek istenmiştir[44]. Hükmün gerekçesinde, "*ölüm ve veya bedensel zararlardan doğan maddi ve manevi acılar çeken bir insanın yargı yolu uyuşmazlıkları ile daha da yıpranmaması gerektiği, esasında idare hukuku konuları olan kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, tapu sicilinden doğan devletin sorumluluğu konularında adli yargı görevliyken; ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmininde adli yargının görevli olmamasının paradoks yaratacağı"* ifade edilmiştir. Ayrıca hükümet gerekçesinde, insan zararlarının giderilmesinde alan ölçütü mü yoksa zarar ölçütü mü diye sorulduğunda tercih edilmesi gerekenin zarar ölçütü olacağı hususuna da yer verilmiş olup, bu düzenleme ile askeri veya sivil idari yargı fark etmeksizin idari işlemlerden doğan tüm insani zararlar için asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağı belirtilmiştir[45]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 3 düzenlemesi, uygulamada aynı idari fiil ile hem vücut bütünlüğünün hem de malvarlığının zarara uğradığı hallerde sorun doğurabilecek niteliktedir. Hükme göre, vücut bütünlüğünün ihlalinde doğan zarar için asliye hukuk mahkemesinde; malvarlığına ilişkin zarar için idare mahkemesinde dava ikame etmek gerekmektedir. Bu durum ise, çelişkili hükümlerin verilmesine neden olacaktır dolayısıyla hukuki istikrar, hukuki belirlilik ilkelerini ve usul ekonomisi ilkesini zedeleyecektir[46]. Anayasa Mahkemesi, HMK madde 3, 1.cümlesine karşı açılan iptal davası sonucunda 16.02.2012 tarih 2011/35; 2012/23 K. sayılı kararıyla maddenin birinci cümlesinin iptaline ve birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci ve üçüncü cümlelerinin de iptaline karar vermiştir[47]. Anayasa Mahkemesinin, HMK 3.maddesi hakkında vermiş olduğu iptal kararı üzerine uygulamada bazı sorunlar meydana gelmiştir. Davacı, dava ikame edildiği esnada yürürlükte olan kanun maddesine göre doğru yargı yolunda ve mahkemeye müracaat etmesine rağmen; Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı üzerine davanın seyri konusunda uygulamada sorunlar meydana gelmiştir[48].

---

44 Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, 2.b., İstanbul, 2011, s. 215.

45 Madde gerekçesi için bkz. Abdurrahim Karslı, **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu & 1086 sayılı Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 2.b., İstanbul, 2011, s. 33.

46 Karslı, 2.b., s. 250.

47 Anayasa Mahkemesinin iptal kararı için bkz. http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/05/20120519.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/05/20120519.htm, (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

48 Abdurrahim Karslı/Evren Koç/Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemli Konular**, İstanbul, 2014, s. 21.

Davanın ikame edildiği sırada HMK 3. maddesine istinaden davasını asliye hukuk mahkemesinde ikame eden davacının, dava devam ederken iptal edilen hükmü nedeniyle, yargı yolunun HMK m. 114 gereği bir dava şartı olmasından dolayı davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir[49].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptal edilen 3. maddesine paralel olarak düzenlenen TBK m. 55/ 2. f. şu şekilde düzenlenmiştir[50]: *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* HMK 3. maddesi ile TBK 55. madde 2. fıkra kanun koyucu tarafından amaçsal ve işlevsel bütünlük için getirilmiş olup, idarenin fiil ve eylemlerinden doğan bedensel zararlarda asliye hukuk mahkemesi ve bu mahkemelerin özel hukuk hükümlerine göre karar vermesi hedeflenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile artık insan zararını konu alan tam yargı davalarına asliye hukuk mahkemelerinde bakılamayacaktır; ama taleple bağlı olan Anayasa Mahkemesi, bu karar sonrasında Türk Borçlar Kanunu 55. maddesinin ne şekilde yorumlanacağına veya Anayasa'ya uygun olup olmadığına dair bir açıklama yapmamıştır. Böylece Türk Borçlar Kanunu 55. maddesinin 2. fıkrasının kapsamına ilişkin tartışma devam etmektedir[51]. Zira iptal kararının ardından da, idare mahkemeleri tarafından uygulanacak olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin zararın belirlenmesine ilişkin hükümlerden ibaret olmadığı, sorumluluk esaslarına ilişkin hükümlerin de kapsam dâhilinde olduğu ileri sürülebilecektir[52].

Milletvekili Ahmet İYİMAYA tarafından verilen ve 06.06.2014 tarihinde Adalet Komisyonunda incelenmeye başlanan İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi ile askeri işlemler de dâhil olmak üzere her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek üzere görevlendirilen insan zararları mahkemelerinin kuruluşunun, görevlerinin ve yargılama usullerinin düzenlenmesi öngörülmektedir[53]. Söz konusu kanun teklifinde yer alan 3. madde hükmünün gerekçesi şu şekildedir[54]: *"İnsan zararları mahkemeleri, zararı doğuran olayın, hukuki ni-*

---

49 Karslı/Koç/Konuralp, s. 22.

50 Bu hüküm, Adalet Komisyon başkanı Ahmet İyimaya'nın etkisi ile komisyon çalışmaları sırasında eklenmiştir.

51 Oğuzman/Öz, C.II, s.89.

52 Murat İnceoğlu/Meliha Sermin Paksoy, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m.55), **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, S.8, 2013, www.ulakbim.gov.tr. , s. 1403.

53 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=156508, (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

54 http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2203.pdf, (Erişim Tarihi: 06.03.2015). İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Esasına İlişkin Kanun Teklifi madde 3 şu şekildedir: " (1) İnsan zararları mahkemeleri, a) ilgili kanunlar gereğince adli yargıda görülen, b)Askeri olanlar dâhil,

teliği gözetilmeksizin, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin dava ve işlere bakar".

2. Manevi Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme

2.1. Manevi Tazminat Davalarında Yetkili Mahkemenin Türk Kanunu Medenisi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi

1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi'nde, 04.05.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun ile eklenen hükümlerden önce, yani değişiklikten önce, kişilik hakkını koruyan davaların hangi yer mahkemesinde ikame edilebileceği konusunda bir hüküm yer almamaktaydı. Bu nedenle kişilik hakkını koruyan davalarda yetkili mahkemenin tespiti genel hükümler çerçevesinde belirleniyordu[55]. Bu nedenle kişilik hakkını koruyan davalar, 1086 sayılı HUMK m. 9/I. fıkrada düzenlenen genel yetkili mahkeme kuralına göre yani davanın açıldığı sırada davalının ikametgâhının bulunduğu yerde ikame edilebiliyordu. Duruma göre kişilik hakkının korunmasını talep eden davacı, davasını haksız fiilden doğan davalarda yetki kuralı (HUMK m.21) uyarınca haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de ikame edebiliyordu.

04.05.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun ile Türk Kanunu Medenisi'ne eklenen 24/a maddesi, kişilik hakkının korunması davalarında hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı hususunda iki fıkrada düzenleme yapmıştır. Mülga Medeni Kanunun 24/a maddesinin yetkili mahkemeye ilişkin 4. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *"Davacı şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde de dava açabilir."* Aynı maddenin 5. fıkrası ise yetkili mahkemenin tespiti hususunda; "*Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir"* hükmünü getirmiştir. Mülga Medeni Kanunun 24/a maddesi 4. fıkrası gereği, davacı davasını isterse kendi ikametgâhında veya davalının ikametgâhında ikame edebilir. Bu hüküm HUMK m. 9/I. fıkrada düzenlenen davalının ikametgâhı mahkemesinin yetkili olduğunu yinelemektedir. Ayrıca bu hüküm, kişilik hakkını koruyucu davaların davacının ikametgâhı mahkemesinde de ikame edilebilmesine imkân vermektedir. Söz konusu hükmün genel yetkili mahkemeyi tekrar etmesi ve davalının, belki de hiç işlemediği, haksız fiilinden dolayı davacının ikametgâhına gidip kendisini orada

---

her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden doğan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin dava ve işlere bakar. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen haller dışında kalan aynı nevi zararlar hakkında dahi bu madde uygulanır. (3) İnsan zararını doğuran olayla ilgili diğer zararlara ilişkin davalar, insan zararı davasında bekletici sorun oluşturmaz."

55 Serap Helvacı, "Le For des Actions en Protection de la Personnalité", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C.37, S. 54, s. 369.

savunmaya mecbur bırakması; usul kanununun temel ilkeleri ile örtüşmediği gerekçesi ile doktrinde bir görüş tarafından eleştirilmektedir[56]. Aynı görüş, getirilen hükmün kesin yetki kuralı olduğunu; bunun da gerekçesi olarak fıkranın sonunda yer alan "de" eki olduğunu ve HUMK 21. maddede düzenlenen haksız fiilden doğan davalarda yetki kuralını bertaraf ettiğini ifade etmektedir[57]. Doktrinde diğer bir görüş ise; 3444 sayılı kanun ile getirilen 24/a maddesinde yer alan yetkili mahkemenin tespitine ilişkin yer alan hükümlerin HUMK'da düzenlenen yetki kurallarını bertaraf etmediğini, kesin yetki kuralı olmadığını, haksız fiilin işlendiği yerde de davanın ikame edilebileceğini savunmaktadır[58].

Mülga Medeni Kanunun 24/a maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: *"Davacı aynı zamanda maddi ve manevi tazminat ile vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmiş ise, bu davaları da kendi ikametgâhı mahkemesinde de açabilir".* Bu hükme göre, maddi tazminat, manevi tazminat ve vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın geri verilmesi davalarının birlikte açılmaları durumunda davacının ikametgâhı mahkemesinin yetkili olacağı şeklinde yorumlanabilir, ama bunun bu şekilde yorumlanması mehaz İsviçre Medeni Kanunu 28/b maddesi 2. fıkrasına aykırı yorumlanmış olacaktır[59]. Bu nedenle Medeni Kanunun 24/a maddesi 5. fıkrasında,

---

56 Selahattin Sulhi Tekinay, Selahattin Sulhi Tekinay, "Kişilik Hakların İlişkin Yasal Değişiklikler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1990, s. 63. Karşı görüş ise, davalının aleyhine haksız fiil işlediği davacının ikametgâhında kendini savunmak zorunda kalmasını onun özgürlüğüne müdahale olarak yorumlamamaktadır. Bkz. Pierre Tercier, **Le Nouveau Droit de la Personnalité**, Zürich, 1984, s. 239.

57 Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 165, 166; Helvacı, Personnalité, s. 370; Sibel Özel, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Press Alliance SA Davası, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, MÜHAD, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/13yrd.do_.dr.sibel_zel.pdf., (Erişim Tarihi: 22.02.2015), s. 263; Murat Doğan, "Şahsiyet Hukukuna Tecavüzün Önlenmesi Davası", **AÜEHFD,** C.V, S.1-4, 2001, s. 408, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2001_V_18.pdf, (Erişim Tarihi: 06.03.2015). 743 sayılı Medeni Kanunun 24/a maddesi 4 fıkrasında yer alan hüküm gibi 1983 yılında yapılan değişiklikle İsviçre Medeni Kanunu 28/b maddesinde düzenlemeye yer verilmiş olmasına rağmen; 2000 yılında yapılan değişiklik sonrası hüküm yürürlükten kaldırılmıştır, www.admin.ch, (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

58 Tekinay, s. 63; Özel, s. 278; Haluk Konuralp/Erdal Tercan, Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı 1**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003, s.7; İlknur Serdar, **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Ankara:, 1999, s. 384.

59 OĞUZMAN, Kemal. "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 32; Serap Helvacı, "Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme (Karar İncelemesi)", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 911.

maddi tazminat, manevi tazminat ve vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın geri verilmesi davalarının, aynı kanunun 24/a maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması ve tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davaları ile birlikte açılması durumu öngörülmüştür[60]. Tecavüzün önlenmesi, durdurulması veya hukuka aykırılığın tespiti davaları ile maddi, manevi tazminat veya kazancın verilmesi davalarının birlikte ikame edilmesi mümkün olamayabilir. Sadece hukuka aykırılığa son verilmesi, kararın ilan edilmesi talebi ile ikame edilen maddi, manevi tazminat veya kazancın geri verilmesi davası birlikte açılabilir; ancak bu durumda davacının ikametgâhı mahkemesinde de dava ikame edilebilir[61]. Medeni Kanunun 24/a madde 5. fıkrasında belirtilen davalar ile aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan davalar birlikte ikame edildiğinde davacının ikametgâhı mahkemesi de yetkili olacaktır. Bu hüküm HUMK'da düzenlenen genel yetki kuralını, özel yetki kuralı olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi kuralını veya sözleşmeye aykırılıktan doğan davalarda yetki kuralını bertaraf etmemektedir[62].

Tazminat davalarının koruyucu davalar ile birlikte ikame edilmemesi durumunda yetkili mahkeme HUMK'da düzenlenen yetki hükümlerine göre tayin edilebilecek, davalının ikametgâhı mahkemesi ile haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi de yetkili olabilecektir.

2.2. Manevi Tazminat Davalarında Yetkili Mahkemenin Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi 5. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *"Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir"* şeklinde tek hüküm halinde yetkili mahkemeyi belirlemiştir. Burada iki tane yetkili mahkeme belirtilmiş olup, davalının yerleşim yeri mahkemesi, HMK m.6 (HUMK m.9/1.f.)'da düzenlenen genel yetki kuralının tekrarıdır. Bahsi geçen hükmün sadece koruyucu davalarda yetkili mahkemenin tespiti için mi; yoksa tazminat davaları ile kazancın geri verilmesi davalarını da mı kapsadığı konusunda düzenleme yer almamaktadır. Kanun koyucu, MK m. 25/5. fıkrada; koruyucu davalara atıf yapmamıştır. Bu nedenle, hem koruyucu davalar hem de tazminat davaları ile kazancın geri verilmesi davasında yetkili mahkeme MK m. 25/5. fıkraya göre tespit edilecektir[63].

---

60 Helvacı, Karar İncelemesi, s. 911, 916.

61 Oğuzman, s. 32. Bu konuda başka görüşte olan Helvacı ise, sona ermiş tecavüzün yakın bir gelecekte tekrarı konusunda ciddi tehdidin varlığı durumunda açılacak önleme davası ile birlikte, maddi tazminat, manevi tazminat, kazancın geri verilmesi davalarının davacının ikametgâhı mahkemesinde ikame edilmesine izin verilmesi gerektiğini ifade etmekte ve bu hükmün usul ekonomisi ilkesine hizmet etme amacıyla getirildiğini ifade etmektedir. Bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 183.

62 Oğuzman, s. 32; Tekinay, s. 63.

63 Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 184.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak zarara uğrayan kişi, manevi tazminat davası ikame ettiğinde MK m.25/5.f. hükmüne istinaden davasını kendi ikametgâhında veya davalının yerleşim yerinde ikame edebilir. Davacı, manevi tazminat davası ile birlikte koruyucu dava ikame ederse, sonuç değişmeyecektir. Medeni Kanunun 25.maddesi 5.fıkrası, mülga kanunun 24/a maddesinde yer alan "de" ekine yer vermeyerek, İsviçre Medeni Kanunu'nun 28.maddesine paralel olarak düzenlenmiştir.

Kişilik hakkının hukuka aykırı olarak zarara uğraması durumunda; zarar gören tarafından açılacak koruyucu davalarda, tazminat davalarında veya kazancın geri verilmesi davasında yetkili mahkemenin belirlenmesinde getirilen MK m. 25/5.f. hükmünün kesin yetki kuralı olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, kişiliğe hukuka aykırı saldırı halinde açılacak davalarda yetkili mahkemenin davalının veya davacının yerleşim yeri mahkemesi olduğunu ifade etmektedir[64]. Diğer görüş ise, davacının yerleşim yeri mahkemesi açısından, eğer saldırı, davacının yerleşim yerinde vuku bulmuşsa, haksız fiilden doğan tazminat davalarında HUMK m. 21 hükmünün uygulanacağını; yeni yetkili mahkemenin öngörülmeyip, HUMK m. 21'de yer alan hükmün davacının yerleşim yeri olarak isim değiştirdiğini ileri sürmektedir[65]. Doktrinde bu görüşü ileri sürenler, MK madde 25/5. fıkra hükmünün amacının, HUMK m.21 ile yetkili kılınan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisini kaldırmak yerine, davacıya kendi yerleşim yerinde de dava ikame etme hakkı tanınması ve ona kolaylık sağlanması olduğunu belirtmektedir[66].

Haksız fiilden doğan davalar, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde açılır hükmü, 6100 sayılı HMK'da tekrar gözden geçirilmiş ve kapsamı genişletilmiştir. HMK m. 16 uyarınca, haksız fiilden doğan dava, haksız fiilin işlendiği yerde, haksız fiil ile zarar farklı yerde gerçekleşmişse zararın meydana geldiği yerde de dava ikame edilebilir. HMK m. 16, muhtemel zarar yeri mahkemesini de yetkili kılmış ve zararı önleme amacıyla açılacak davalar için yetkili mahkemeyi açıkça göstermiştir. Bu düzenleme özellikle haksız fiilin yurt dışında işlenmesi durumunda, basın-yayın organları aracılığıyla işlenmesi durumunda önem arz etmektedir. Haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK m. 16 gereği, dava, zarar görenin ikametgâhı mahkemesinde ikame edilebilir. HMK m. 16 ve kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı nedeniyle ikame edilecek davalarda MK m. 25/5.f.'da düzenlenen hüküm birlikte nazara alındığında, davacının yerleşim yeri ve haksız fiilin işlendiği yer özel yetkili mahkemelerdir[67].

---

64 Helvacı, s. 173; Doğan, s. 408; Konuralp/Tezcan, s. 7.

65 Konuralp/Tezcan, s. 7.

66 Konuralp/Tezcan, s. 7.

67 Aynı yönde kararlar için bkz. Y4HD., 05.12.2011, 2011/10850 E., 2011/12934 K.; Y3HD., 01.06.2006, 2006/5433E., 2006/6895 K.; Y4HD, 20.10. 2014, 2014/11465 E., 2014/13422 K., Y4HD, 03.02.2011, 2011/978 E., 2011/1018 K., Y3HD, 06.10.2008, 2008/10398 E., 2008/15892 K., www.legalbank.com, (07.03.2015). HMK m. 16 hükmüne benzer olan hüküm

Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak zarara uğrayan kişinin, meydana gelen zararı sözleşmeden kaynaklanıyorsa, bu durumda özel yetkili mahkeme kuralına yer veren HMK m. 10 hükmü tatbik edilmelidir. Bu madde uyarınca, söz konusu zarar sözleşmeden meydana geliyorsa, sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinde dava ikame edilebilecektir. Eğer taraflar, sözleşmede ifa yeri belirlememişse, bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesine göre, yetkili mahkeme tespit edilecektir.

SONUÇ

Türk hukukunda manevi zarar kavramı sübjektif teori çerçevesinde açıklanmaktadır. Bu görüşe göre manevi zarar, zarar görenin uğramış olduğu ihlal neticesinde ruhsal olarak gösterdiği, hissettirdiği acı, elem, üzüntüdür. Sübjektif teori, kişisel hakkın ihlali ile birlikte zarar görenin kendi iç dünyasında zararı ve sonuçlarını hissetmesini aramaktadır; ancak manevi zararın gerçekleşmesini, kişisel değerlerin ihlaline bağlamak zorunlu olmamalıdır. Ayrıca kişilik hakkı ihlal edilen kişi, ayırt etme gücünden yoksun veya tüzel kişi ise, manevi tazminat davası ikame etme şansı bu teoriye göre mümkün olmayacaktır. Bu sebeple kişilik hakkının hukuka aykırı olarak saldırıya uğraması, manevi zarar olarak açıklamak için yeterlidir.

Manevi zarar neticesinde, zarar gören zararını ihkak-ı hak yasak olduğu için dava yoluyla mahkemeden talep edecek, manevi tazminat davası ikame edebilecektir. Manevi zarara uğrayan zarar görenin, ikame edeceği manevi tazminat davasının amacı, kişisel değerlerde meydana gelen eksilmenin aynı şekilde tazmini sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminatı telafi görüşü ile açıklamak gerekecektir.

Manevi zarara uğrayan zarar görenin ikame edeceği manevi tazminat davasında görevli mahkemenin tespiti önemlidir; çünkü görev kuralları kamu düzenindendir ve davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilen ya da hâkim tarafından re'sen nazara alınan dava şartıdır. Manevi tazminat davasının ikame edilmesi ile şahıs varlığına ilişkin talep mal varlığı hakkına dönüşür. Bu davanın ikame edilmesinin maddi hukuk bakımından sonucudur. Manevi tazminat davasında görevli mahkeme HMK m. 2 gereğince, malvarlığına ilişkin bir dava olduğundan dolayı asliye hukuk mahkemesidir. HMK yürürlüğe girmesiyle birlikte dava konusu değerin (müddeabihin) değerine bakılmaksızın; HMK m. 4 kapsamında sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına girmeyen bir dava olan manevi tazminat davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

Manevi zarar neticesinde, zarar gören tarafından ikame edilen manevi tazminat

---

İsviçre Federal Kanunu m. 36'da yer almaktadır; ancak Alman Hukuku'nda (ZPO) m. 32'de sadece haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olacağı belirtilmiştir. Alman Medeni Usul Kanunu için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, (Erişim tarihi: 06.03.2015).

davasında yetkili mahkemenin tespiti konusunda HMK 6. maddesinde düzenlenen davalının ikametgâhı mahkemesi (genel yetki kuralı), HMK 16. maddesinde düzenlenen haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen özel yetki kuralı ve MK m.25/5. fıkrasında düzenlenen davacının ikametgâhı mahkemesi birlikte nazara alınmalıdır. MK m. 25/5. fıkrasında yer alan hükme göre, davacı, davasını kendi ikametgahı mahkemesinde veya davalının ikametgahı mahkemesinde ikame edebilir. Bu hüküm, genel yetkili mahkemeyi tekrarlamış olup kesin yetki kuralı niteliğinde değildir, HMK m.16 hükmünü bertaraf etmemektedir. Bu nedenle davacının ikametgâhı mahkemesinde manevi tazminat davasının ikame edilebilmesi haksız fiile ilişkin yetki hükümlerini bertaraf etmez.

KAYNAKÇA

ANTALYA, Gökhan. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2.b.**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan. **Türk Özel Hukuku Cilt II (Kişiler Hukuku)**, 15.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

EREN, Fikret. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18.b., Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2015.

ERLÜLE, Fulya, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

ERTAŞ, Şeref. "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan**, İstanbul: Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 65-112.

GENÇ-ARIDEMİR, Arzu. **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2008.

GÜRSOY, Kemal Tahir. "Manevi Zarar ve Tazmini", **AÜHFD**, C.30, S. 1-4, 1973, s. 7 – 57.

HELVACI, Serap. **Gerçek Kişiler**, 5. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

HELVACI, Serap. "Les For des Actions en Protection de la Personnalité", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, C.37, S. 54, s. 369-376. (Personnalité)

HELVACI, Serap. "Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme (Karar İncelemesi)", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s. 905 – 916. (Karar İncelemesi)

HELVACI, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I / İMK md. 28a fıkra I)**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001. (Koruyucu Davalar)

İŞGÜZAR, Hasan. "3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", **ABD**, S. 6, 1990, s.855-877.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

KARAYALÇIN, Yaşar. "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", **AÜHFD**, C.19, s. 251-276.

KARSLI, Abdurrahim. **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu & 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 2.b., İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2011.

KARSLI, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku**, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.b/4.b., İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2011/2014.

KARSLI, Abdurrahim/KOÇ, Evren/ KONURALP, Cengiz Serhat. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemli Konular**, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", **ABD**, S.1, 1984, s. 15-23. (Hukuksal Nitelik)

KIRCA, Çiğdem. "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **Yargıtay Dergisi**, C. 25, S. 3, 1999, s. 242-266.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip. **Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (Mk. 24, Bk. 49)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Enstitüsü'nün Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumundan Ayrı Basım, İstanbul, 1980.

KONURALP, Haluk; TERCAN, Ercan. "Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı 1**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2003, s. 3 – 48.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder. **Medeni Usul Hukuku**, 25.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

OĞUZMAN, Kemal. "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 7 - 55.

OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 12. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

ÖZSUNAY, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammed. **Medeni Usul Hukuku**, 14.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

SCYBOZ, Georges. **Code Civil Suisse Code des Obligations**: Annotés, 5.b., Lausanne, 1993.

SERDAR, İlknur. **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

SEROZAN, Rona. "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 67-111.

SEROZAN, Rona. "Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali", **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan,** İstanbul: Bayrak Matbaacılık, 1990, s. 279-290. (İntikal)

TANDOĞAN, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)**, 2. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık , 2010.

TERCIER, Pierre. **Contribution à l'étude du tort moral et sa réparation en droit civil suisse**, Fribourg: Editions Universitaires, 1971.

TERCIER, Pierre. **Le Nouveau Droit de la Personnalité**, Zürich: Schulthess, 1984. (**Personnalité)**

TEKİNAY, Selahattin Sulhi. "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.55 – 67.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.b., İstanbul, 1993.

ÜNAL, Mehmet. "**Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD**, C.35, S.1-4, 1978, s. 397-437.

ÜSTÜNDAĞ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**. Cilt I-II, 7.b., İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2000. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezleri

BİNAT, Duygu. Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırılarda Manevi Tazminat, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

ÇETİNER, Ömer Faik. Kişilik Hakkının Basın Yoluyla İhlalinde Manevi Tazminat, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997.

DOĞAN, Murat. "Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası", **AÜEHFD**, C.V, S. 1 -4, 2001, s. 369-421, http://www.erzincan.edu.tr, (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

İNCEOĞLU, Murat/PAKSOY, Meliha Sermin. "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Bedensel Zararın Belirlenmesi (TBK m. 55)", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, S.8, 2013, s. 1383-1412, www.ulakbim.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.03.2015).

KILIÇOĞLU, Ahmet. "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?", **DÜHFD**, C.1, S.1, 1983, s. 287-295, www.dicle.edu.tr. (Erişim Tarihi:

ÖZEL, Sibel. "Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum: Fiona Shevill and Others v. Press Alliance SA Davası, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, MÜHAD, s. 263-280, http://dosya.marmara.edu.tr, (Erişim Tarihi: 22.02.2015)

İnternet Kaynakları

www.admin.ch.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.tdk.gov.tr

YETKİSİZ TEMSİLDE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

(Culpa In Contrahendo Liability of Unauthorized Representation)

Prof. Dr. Mustafa TİFTİK*
Araş. Gör. Elif ŞEN**

ÖZET

Temsil, bir kimsenin hukuki işlemlerinin kapsamını ve sayısını artıran bir kurumdur. Temsil sayesinde kişi, aynı anda birden fazla işlem yapabilmektedir. Günümüz teknolojisi ve ticari hayatın bir gereği olarak masraf ve zamandan tasarruf, kimliğini gizli tutmak ve yapılacak sözleşmenin uzmanlık gerektirmesi gibi ihtiyaçlardan dolayı temsil kurumuna başvurulmaktadır. Bunun sonucu olarak da yetkisiz temsil durumu sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

Makale konusunu, yetkisiz temsilde culpa in contrahendo sorumluluğu oluşturmaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışlardan doğan sorumluluktur. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu da bir çeşit culpa in contrahendo sorumluluğudur.

Yetkisiz temsil, temsil yetkisi olmaksızın başkası ad ve hesabına işlem yapılmasını ifade eder. Yetkisiz temsilci, bir hukuki işlem yaptığında, temsil olunan o işleme onay verene kadar, sadece üçüncü kişi o işlem ile bağlıdır; temsil olunan uygun sürede onay vermezse üçüncü kişi de işlem ile bağlı olmaktan kurtulur. Temsil olunanın yetkisiz temsil ile yapılan hukuki işleme onay vermediği hallerde, yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilecektir. Temsil olunan onay vermesi durumunda ise, yetkisiz temsil ile yapılan sözleşme geçerli hale gelecektir, ancak şartları varsa yine de yetkisiz temsilcinin sorumluğu söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, böyle bir durumda yetkisiz temsilci sadece gecikmeden doğan zararı karşılamakla yükümlü olacaktır. Kısaca bahsedilen bu sorumluluğun esasları çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmada kısaca temsil ve yetkisiz temsil kavramları, yetkisiz temsilin benzer

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Bilim Uzmanı Araştırma Görevlisi

kavramlarla karşılaştırılması, yetkisiz temsilin görülme biçimleri, yetkisiz temsilcinin sorumluluk şartları ele alındıktan sonra, çalışmanın esas konusunu teşkil eden yetkisiz temsilden doğan culpa in contrahendo sorumluluğu, yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Temsil, yetkisiz temsil, culpa in contrahendo, sorumluluk, müspet zarar, menfi zarar

Abstract

Representation increases the scope and number of a person's legal action. With the help of representation; a person can do different things simultaneously. People may seek representation due to some requirements of today's technology and commercial life such as saving time and costs, keeping the person's identity secret and when an legal practice requires special skills and expertise. As a result of this; unauthorized representation is commonly practiced.

This article is about the culpa in contrahendo liability with respect to unauthorized representation.

Culpa in contrahendo liability is the liability arises from the fault in conclusion of a contract. Unauthorized representative's liability is a kind of Culpa in contrahendo liability.

Unauthorized representation is acting on behalf of someone else without having the actual authority, right to do so. When an unauthorized representative takes a legal action; until the person represented approves the action; only the 3rd person is liable. If the person represented did not approve the action in the proper time frame; 3rd person's liability is also lost. In case a represented client does not approve the legal action, unauthorized representative's culpa in contrahendo liability will be applicable. When represented person approves the legal action, contract done with unauthorized representation becomes valid. However if there are conditions of contract; unauthorized representative could still be liable. In such a case; unauthorized representative must only compensate the cost resulted from the delay. Subject of our study is the principles of this liability as shortly addressed here.

In this study; representation, unauthorized representation, comparison of unauthorized representation with similar concepts, ways of unauthorized representation, unauthorized representative's liability conditions are discussed briefly, then as the main subject of this study; culpa in contrahendo liability arises from unauthorized representation is analyzed in detail under the main title of provisions and consequences of unauthorized representation.

Keywords: Representation, unauthorized, culpaincontrahendo, liability, negative damage

TEMSİL, YETKİSİZ TEMSİL KAVRAMI, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI, GÖRÜLME BİÇİMLERİ

I. Genel Olarak Temsil

Temsil, bir başkası ad ve hesabına veya sadece hesabına işlem yapma yetkisine denir. Temsilcinin sahip olduğu yetkiye dayanarak yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları, kural olarak temsil olunanın hukuk alanında doğar[1]. Temsil ilişkisi, TBK. m. 40-48 arasında düzenlenmiştir. TBK. m. 40–45, yetkili temsile, m. 46-47 ise yetkisiz temsile ayrılmıştır. TBK. m. 48'de de ortaklık temsilcileri ile ticari vekillerin yetkilerine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

Temsil ilişkisinde en önemli ayrım olarak doğrudan temsil-dolaylı temsil kavramları karşımıza çıkmaktadır. Doğrudan temsil, bir kişinin temsil yetkisine dayanarak, başka bir kişinin ad ve hesabına işlem yapmasıdır. Doğrudan temsilde yapılan hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, doğrudan, başka bir işleme gerek olmaksızın temsil olunanın hukuk alanında doğar. Temsil kurumunun en çok rastlanılan çeşididir[2].

Dolaylı temsilde ise, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil yetkisine sahip olması, kendi adına fakat başkası (dolaylı temsil olunan) hesabına hareket etmesi gerekir[3]. Bu temsil sonunda hukuki işlemden doğan haklar ve borçlar, önce temsilcinin hukuk alanında doğar; ancak daha sonra ikinci bir işlemle bu haklar ve borçlar, temsilci tarafından temsil olunana devredilir. Nitekim, dolaylı temsili düzenleyen TBK. m. 40/III' e göre, böyle durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin kurallar uyarınca işlem yapılması gerekir[4]. Temsil edilen de bu ilişkiden doğan alacakları ve borçları üstlenmek zorundadır[5].

---

1 Temsil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 18. Bası, İstanbul, 2015, s. 424.; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R., **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7.Auflage**, Zürich, 1998, N.1306; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu' na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012, s. 223-247; OĞUZMAN, M. Kemal/Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 217-254; SUNGURBEY, Ayfer, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, 1988**,** s. 9.

2 TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul, 1988, s. 220; Eren, s. 427; KILIÇOĞLU, s. 226; Doğrudan temsil konusunda detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, 2009, s. 46-96.

3 Dolaylı Temsille ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, 1983, s. 57 vd..

4 Bkz. EREN, s. 430; YAVUZ, s. 57 vd; GAUCH/SCHLUEP, I, N. 1427; SUNGURBEY, s. 9; ANTALYA,O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2012, s. 366.

5 TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 221.

Dolaylı temsilde temsilci, işlemi başkası hesabına yapmış olmalıdır; temsilcide böyle bir niyet yoksa, dolaylı temsilden söz edilemez. Aynı zamanda dolaylı temsilde temsilci fiil ehliyetine de sahip olmalıdır; zira burada yapılan işlemin sonuçları, temsilcinin hukuk alanında doğmaktadır[6]. Türk Borçlar hukukunda dolaylı temsil uygulamasına çok rastlanmaz[7]. Esasen Borçlar Hukuku anlamında temsil denildiği zaman, bundan ilke olarak doğrudan temsil anlaşılmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda da doğrudan temsile ilişkin hükümler esas alınarak düzenleme yapılmıştır[8].

Sözleşmelerde temsil iç temsil ve dış temsil yetkisi olarak incelenebilir. İç temsil ilişkisi, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile temsil olunan tarafından temsilciye temsil yetkisinin verilmesi sonucu temsil olunan ile temsilci arasında meydana gelen bir hukuki ilişkiyi ifade eder. İç temsil yetkisinden doğan yetkiye de iç temsil yetkisi denilir. Buna karşılık, temsil yetkisinin, temsil olunan tarafından sözleşme yapılacak olan üçüncü kişiye bildirilmesine, dış temsil yetkisi denir[9].

Temsil yetkisinin verilmesi kural olarak hiçbir şekle bağlı değildir. Yetki sözlü olarak, yazılı olarak ya da resmi şekilde verilebilir. Temsil yoluyla yapılması düşünülen işlem bir geçerlilik şekline bağlı olsa dahi, kanunda belirtilmiş istisnalar dışında[10], bu işlemin yapılması için temsilciye verilecek temsil yetkisinin resmi şekle bağlı olması şart değildir. Bununla birlikte, uygulamada ispat kolaylığı ve güven sağlamak için, temsilciye temsil belgesi veya yetki belgesi denilen yazılı bir belge verilmesi tavsiye edilir. Temsil belgesinin verilmişse bunun kapsamı taraf iradeleri dikkate alınarak güven ilkesine göre belirlenir[11].

II. Yetkisiz Temsil Kavramı

Temsil yetkisi olmaksızın hukuki işlem yapılması halinde yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Yetkisiz temsil sadece temsil yetkisi verilmediği durumlarda değil, temsil yetkisinin sınırlarının aşıldığı ve temsil yetkisinin sona ermiş ya da geri alınmış olmasına rağmen yetki devam ediyormuş gibi hareket edilmesi durumlarında da

---

6 EREN, s.430; YAVUZ, s. 57; GAUCH/SCHLUEP, I, N. 1427

7 Dolaylı temsil, Türk Borçlar Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nda dağınık hükümler halinde düzenlenmiştir. Mesela, TBK. m. 532 vd. maddelerinde hükme bağlanan komisyon sözleşmesi ile TTK. m. 917-930' da düzenlenen taşıma işleri komisyonculuğunda dolaylı temsil söz konusudur.

8 Bkz. EREN, s.430; KILIÇOĞLU, s. 226.

9 EREN, s. 435-436; ANTALYA, s. 376.

10 Kanununda açıkça belirtilen durumlarda temsil yetkisi özel şekil şartına uyularak verilmelidir. Örneğin, Noterlik Kanunu m. 84'e göre, taşınmaz satımına ilişkin temsil yetkisinin resmi şekilde verilmesi gerekir (EREN, s. 437).

11 TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 234 vd..

ortaya çıkar. Ayrıca verilen temsil yetkisinin geçersiz olması durumunda da yetkisiz temsil söz konusu olacaktır[12]. Temsil yetkisi olmadığı halde başkası adına işlem yapan kişiye yetkisiz temsilci denir

Şu halde yetkisiz temsil, bir kimsenin temsil yetkisi olmaksızın, başka bir kişi adına üçüncü bir kişiyle hukuki işlem yapmasıdır. Yetkisiz temsil sadece doğrudan temsil söz konusu olduğunda ortaya çıkar; dolaylı temsilde kurumun niteliği gereği yetkisiz temsilden söz edilemez[13].

Yetkisiz temsilin ortaya çıkması için ilk şart, temsilcinin temsil yetkisine sahip olmamasıdır. Daha sonra yetkisiz temsilci üçüncü bir kişi ile hukuki işlem yapmalıdır ve bu hukuki işlem temsil olunan adına yapılmalıdır.

Yetkisiz temsilin tarafları, temsil yetkisi olmadığı halde varmış gibi davranan -görünürdeki- temsilci ile temsil yetkisi vermediği halde adına hukuki işlem kurulan-sözde-temsil olunandır (iç temsil). Bu ilişki bir vekâlet ya da hizmet sözleşmesi olabileceği gibi çoğu zaman karşılaşılan vekâletsiz iş görme de olabilir. Temsil olunan, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna aralarındaki ilişkiye dayanarak başvuracaktır. Aralarında herhangi bir ilişki yoksa, yetkisiz temsilcinin haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilir.

Yetkisiz temsilci ile işlem yaptığı üçüncü kişi arasındaki ilişki de dış temsildir[14].

Yetkisiz temsil, iradi temsilde olabileceği gibi kanuni temsilde, tüzel kişilerin temsilinde, vasiyeti tenfiz memurunun, iflas idare memurunun, alt temsilcinin işlemlerinde de ortaya çıkabilir[15].

III. Yetkisiz Temsilin Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

A. Yetkisiz Haberci (Ulak)

Haberci bir başkasının iradesini, hiçbir değişiklik yapmadan muhatabına ulaştıran kişiye denir. Haberci kendi iradesini kullanmaz. İrade beyanını karşı tarafa sadece iletir. Bu nedenle ayırt etme gücü dahi bulunması gerekmez. Ancak yaptığı işi anlayabilecek düzeyde akla sahip olmalıdır[16].

---

12 Bkz.AKYOL, Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, 2009, s. 449; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt, 2010 Tarihli 5. Bası' dan 6. Tıpkı Baskı, İstanbul, 2014, s. 720; SUNGURBEY, s. 9; ayrıca bkz. VON TUHR, Andreas/PETER, Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A.**, Zürich, 1979, s. 399-400; GAUCH/SCHLUEP,I, N.1373; ANTALYA , s. 400.

13 AKYOL, s. 449; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 264.

14 KIRCA, İsmail, Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, **AÜHFD.**, 1995, C. 44, S.1-4, s. 447; ayrıca bkz. EREN, s. 453.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL, s. 60-462.

16 KILIÇOĞLU, s. 225; AKYOL, s. 458.

Temsilci ise, temsil olunan adına ve hesabına kendi iradesini açıklayan kişidir. Temsilcinin ayırt etme gücü bulunmalıdır.

Yetkisiz temsilde temsilcinin yaptığı hukuki işlemler, kurulmuş olmakla birlikte temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Ancak, temsil olunan böyle bir sözleşmeyi onayabilir; yani yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem, temsil olunanın onayı ile geçerli hale gelebilir. Onama verilinceye kadar sözleşmede " askıda hükümsüzlük" söz konusu olur[17]. Yetkisiz habercinin işlemi ise herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Yetkisiz habercinin işlemine onay verilip verilemeyeceği konusunda ise tartışmalar söz konusudur[18].

B. Vekâletsiz İş Görme

Vekâlet bir sözleşmedir; iki kişinin karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile ortaya çıkar. Vekil, vekâlet sözleşmesi uyarınca başkası adına ve hesabına işlem yapar. Temsil, temsil olunanın tek taraflı irade açıklaması ile verilen bir yetkidir. Ancak temsilin de bir sözleşme ile kurulması mümkündür. Buradan şu sonucu çıkarabiliriz: hukuki işlem yapma yetkisi veren her vekâlet bir temsil yetkisine dayanırken, her temsil yetkisinin bir vekâlet sözleşmesine dayanması gerekmez[19].

Vekâletsiz iş görme ise, taraflar arasında vekâlet sözleşmesi olmadığı halde iş görülmesidir. Vekâletsiz iş görmede vekâlet eksikken, yetkisiz temsilde de temsil yetkisi eksiktir[20].

Vekâletsiz iş görme, hukuki işlem kurmak dâhil her türlü maddi iş görmeyi kapsarken, yetkisiz temsilci yalnızca hukuki işlem yapmaktadır[21].

Vekâletsiz iş görmede iş görene vekâlet sözleşmesi ile bir yetki verilmemiştir. Yetkisiz temsilde ise, hiç yetki verilmemesi ya da bir yetki verilmiş ve bunun geçersiz olması ya da sınırlarının aşılması söz konusu olabilir[22].

Vekâletsiz iş görmede iki taraf bulunmaktadır: iş gören ile iş görülen. Yetkisiz temsilde ise mutlaka üç kişinin bulunması gerekir, bunlar hukuki işlemin tarafları ve yetkisiz temsilcidir[23].

Yetkisiz temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki vekâletsiz iş görme ise, vekâletsiz iş görmeye onay verilmesi ile yetkisiz temsille yapılan işleme onay verilmesi birbirlerinden bağımsız işlemlerdir[24].

---

17 SUNGURBEY, s. 44, 48-49; EREN, s. 454

18 AKYOL, s. 458-459. Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 14-18.

19 Bkz. EREN, s.439-440; KILIÇOĞLU, s. 225.

20 SUNGURBEY, s. 29.

21 SUNGURBEY, s. 26.

22 AKYOL, s. 460.

23 BERKİ, Şakir, Türk Borçlar Hukukunda Temsil, **BTHAE.**, C. VIII., S. I, Haziran, 1975, s. 16.

24 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail, s. 447-450.

IV. Yetkisiz Temsilin Görülme Biçimleri

A. Temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması

Temsilciye hiç bir zaman temsil yetkisi verilmemişse, yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Temsil yetkisinin geçersizliği[25] sonradan anlaşılıp iptal yoluna gidilmesi durumunda da işlem baştan itibaren geçersiz olacağından, yine temsil yetkisinin hiç verilmemesi söz konusu olacaktır[26]. Temsilciye yetki verilmemesi durumu uygulamada genelde vekâletsiz iş görme olarak ve temsilcinin kendini yetkili sanması şeklinde karşımıza çıkar[27].

B. Temsil yetkisinin sınırlarının aşılması

Temsilcinin kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak işlem yapması halinde de, yine yetkisiz temsil söz konusu olur. Burada temsil yetkisini aşan kısım askıda geçersiz olacaktır; yetki sınırları içinde kalan kısım ise geçerliliğini korur. Bununla birlikte, hukuki işlemin bir kısmının geçersiz olması durumunda hukuki işlemin tamamı anlam ifade etmeyecekse ya da hukuki işlem kısımlara ayrılamıyorsa, TBK. m. 27/II hükmüne göre hukuki işlemin tamamını geçersiz saymak yerinde olur [28].

C. Temsil yetkisinin sona ermesi veya geri alınması

Temsil yetkisinin sona erdiğini (TBK. m. 43) temsilcinin bildiği ve buna rağmen işlem yaptığı durumlarda da, yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Ancak temsilci yetkisinin sona erdiğini bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa, yapılan hukuki işlem geçerliliğini koruyacağı için yetkisiz temsil söz konusu değildir [29]. Yetkisiz temsilin söz konusu olması için, temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiğini bilerek hukuki işlem yapması gerekir.

Temsil yetkisinin geri alınmış olmasına rağmen, temsilcinin temsil olunan adına hukuki işlem yapması durumunda da yetkisiz temsil ortaya çıkabilir. Ancak bu gibi durumlarda önem kazanan husus, temsil yetkisinin bir belge ile verilmesi durumunda, bu belgenin geri alınmasının ihmal edilmesi halinde (TBK. m. 44) ne olacağıdır. Burada belgeyi geri almak için gereken yapılmamış olmasına karşın, temsil olunan

---

25 Temsil yetkisinin geçersiz olması, temsil yetkisi verenin ehliyetsiz olması, temsil yetkisinin emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması (TBK. m. 27) durumlarında ortaya çıkabilir.

26 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 720.

27 REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 1.7.2012' de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, 2014, s. 159.

28 Bkz. BELGESAY, Mustafa Reşit, **Hukuki Muamelelerde Temsil**, İstanbul, 1941, s. 133; AKYOL, s. 452-453.

29 AKYOL, s. 454.

temsil yetkisini sona erdirdiği için, ortada yine bir yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Ancak burada yetki belgesini geri almakta ihmali olan temsil olunan ya da halefleri, iyiniyetli üçüncü kişilere bir tazminat ödemekle yükümlü olacaklardır. Zira burada kusurlu sorumluluk söz konusudur ve bu sözleşme görüşmelerinden doğan bir sorumluluktur[30].

D. Alt temsilciye yetki veren ön temsilcinin yetkisiz olması

Alt temsil, temsilcinin sahip olduğu yetkiyi üçüncü bir kişiye devretmesidir. Devreden temsilciye ön temsilci, devralan üçüncü kişiye alt temsilci denir. Ön temsilci yetkisiz ise, alt temsilcinin yaptığı işlemlerde yetkisiz temsil söz konusu olacaktır[31].

E. Birlikte temsil durumunda sadece bir temsilcinin işlem yapması

Birlikte temsil, temsil olunanın birden fazla temsilciye yetki vermiş olmasıdır. Temsilcilere birlikte hareket etme zorunluluğu yüklenmişse, temsilciler, hukuki işlemi birlikte yapmak zorundadırlar. Böyle bir durumda, eğer işlemi sadece bir temsilci yaparsa, yine yetkisiz temsil söz konusu olacaktır[32].

F. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması

Temsilci, temsil yetkisini TMK. m. 2 de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun kullanmalıdır. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumunda temsilci bundan sorumlu olacaktır. Ancak temsil yetkisi kötüye kullanılarak yapılan hukuki işlemin yetkisiz temsil sayılması için, hukuki işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin yetkinin kötüye kullanıldığını biliyor ya da bilmesi gerekiyor olması gerekir[33]. Temsil yetkisinin kötüye kullanılmasında çoğu zaman temsilci ile üçüncü kişi hileli davranışlarla temsil olunanı sözleşmeye bağlamak isterler. Bu durumda temsilciyi yetkisiz sayarak, temsil olunanı korumak gerekir[34].

---

30 EREN, s. 448; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 721.

31 İNCEOĞLU, s. 96; AKYOL, s. 456.

32 EREN, s. 443.

33 Üçüncü kişi iyiniyetliyse, yani temsil yetkisinin kötüye kullanıldığını bilmiyorsa, temsil olunan sözleşme ile bağlı olmalıdır (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 243).

34 TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 243. Detaylı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 750-771.

YETKİSİZ TEMSİL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. Genel Olarak

Yetkisiz temsil, TBK. m. 46-47' de (BK. m. 38-39) düzenlenmiştir. TBK. m. 46/f. I 'e göre: *"Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar"*. TBK. m. 47/f. I/c. I ise şu şekildedir: *"Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir"*. Bu iki madde incelendiğinde, yetkisiz temsilcinin sorumlu olması için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

II. Temsil Olunan Adına Bir Hukuki İşlem Yapılmış Olması

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için ilk şart, temsilcinin temsil olunan adına üçüncü bir kişi ile bir hukuki işlem yapmasıdır. Yetkisiz temsilci temsil olunan adına işlem yaptığını belirtmeli ya da durumun gereğinden anlaşılmalıdır. Zira başka biri ya da kendi adına işlem yapması durumunda yetkisiz temsil söz konusu olmayacaktır[35].

Var olmayan bir kişi adına hukuki işlem yapıldığında ise, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanmalıdır[36].

III. Temsil Yetkisi Olmadan Hukuki İşlemin Yapılması

Temsilci tarafından yapılan hukuki işlem, geçerli bir temsil yetkisine dayanmamalıdır. Ayrıca yapılacak hukuki işlem, temsil yetkisinin kullanılmasına uygun bir işlem olmalıdır. Hukuk düzenince temsilci kullanmanın yasak olduğu işlemlerde[37] temsilci kullanılmış ve temsilci yetkisiz ise, artık yetkisiz temsil değil, haksız fiil sorumluluğuna gitmek gerekecektir[38].

IV. Yapılan Hukuki İşlem Başka Bir Nedenle Geçersiz Olmamalı

Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem yetkisizlik dışında bir nedenle geçersiz olmamalıdır[39]. Şayet, böyle bir durum söz konusu olursa, temsil yetkisinin olmaması ve hukuki işlemin geçersizliği arasındaki illiyet bağı kalkacağından yetkisiz temsil söz konusu olmayacaktır[40].

---

35 ESENER, Turhan, **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara, 1969, s. 276.

36 SUNGURBEY, s. 25.

37 Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ve hukuka ahlaka aykırı işlemlerin yapılmasında temsil kabul edilemez (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 223-224).

38 AKYOL, s. 528.

39 ESENER, Turhan, **Türk İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Yetkisiz Temsil**, Ankara, 1963, s. 116.

40 AKYOL, s. 520.

V. Temsil Olunanın Hukuki İşleme Onay Vermemesi

Yetkisiz temsilcinin, üçüncü kişi ile yapmış olduğu hukuki işlem askıda geçersizdir. Temsil olunan, bu işleme onay verir ise işlem baştan itibaren geçerli bir hale gelir. Böyle bir durumda kural olarak artık yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna gidilemez[41].

VI. Üçüncü Kişinin Zarara Uğraması

Üçüncü kişi hukuki işlemin geçersiz olmasından dolayı bir zarara uğrarsa, yetkisiz temsilci onu tazmin etmek zorundadır (TBK. m. 47/f. I). Burada hükme bağlanan tazmin, menfi zararın tazminidir[42].

VII. Yetkisiz Temsilcinin Kusurunun Aranmaması

Menfi zarara ilişkin tazminin talep edilebilmesi için, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması şart değildir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk çeşididir[43]. Kusur, tazminatın belirlenmesinde rol oynar. Ancak kusursuz sorumluluk sadece menfi zararlar içindir. Eğer yetkisiz temsilci kusurlu ise ve hakkaniyette gerekiyorsa, hukuki işlemin geçersiz olmasından doğan zararlardan başka zararları da tazmin etmek durumunda kalacaktır[44]. Yetkisiz temsilci, sözleşmeyi yaptığı sırada temsil yetkisinin olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kusurlu sayılacaktır[45].

YETKİSİZ TEMSİLİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. Hukuki İşlemin Askıda Kalması

Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem kurulmuş olmakla beraber, ne temsilcinin[46] ne de temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurur[47]. Hukuki işlemin tarafları ne alacaklı ne de borçlu sıfatına sahiptir. Hukuki işlem kurulmuş olmasına rağmen askıda geçersizdir. Ancak bu geçersizlik kesin değildir. Hukuki iş-

---

41 KILIÇOĞLU, s. 245. Detaylı bilgi için bkz. 3. Bölüm/III/A.

42 Eren, s.458; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 734.

43 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 734.

44 EREN, s. 458.

45 EREN, s. 458

46 Yetkisiz temsilcinin hukuki işlemle bağlı olacağı konusunda TTK. m. 678' de hüküm yer almaktadır. Böylece TTK. m. 678, Türk Borçlar Kanunu'nun yetkisiz temsil ile ilgili hükümlerine önemli bir istisna getirmiştir (ESENER, **Yetkisiz Temsil**, s. 134; ACAR, Serdar, Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2006, s. 28). TTK. m. 678 hükmü şu şekildedir: *"Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir".*

47 Üçüncü kişinin iyiniyetli olması, işlemi temsil olunan ya da yetkisiz temsilci açısından geçerli hale getirmez (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 265-266.).

lem askı durumundadır[48] ve askı durumu süresince hukuki işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi, hukuki işlem ile bağlıdır[49]. Temsil olunanın hukuki işlemin kendisi için de geçerli olması için işleme onay vermesi gerekir.[50] Hukuki işleme onay verilirse, işlem baştan itibaren geçerli olur. Hukuki işleme onay verilmezse, temsil yetkisi olmadan yapılan bu işlem baştan itibaren geçersiz olur. Hâkim bu durumu re'sen göz önünde tutmalıdır [51].

Hukuki işlem askı aşamasındayken değinilmesi gereken önemli bir husus vardır: Üçüncü kişi, hukuki işleme temsil olunan tarafından onay gelene kadar, irade sakatlığına dayanarak işlemi iptal edebilir mi? Türk/İsviçre hukukunda askı aşamasında üçüncü kişi hukuki işlem ile bağlı olduğundan TBK. m. 39' a dayanarak iptal isteyebileceğini kabul etmek gerekir[52].

A. Onay

Onay, yetkisiz temsilcinin bir üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlemin, temsil olunan tarafından tasvip edilerek, hukuki işlemi canlandırma işlemidir[53].

Temsil olunan onay verip vermemekte serbesttir[54].

Yetkisiz temsilci ya da üçüncü kişi temsil olunandan onay vermesini isteyebilir. Temsil olunan herhangi bir talebi beklemeden kendisi de onay verebilir. Üçüncü kişi, temsil olunana belli bir süre vererek işlemi onamasını isteyebilir. Bu süre içinde işlem onanmazsa, üçüncü kişi hukuki işlem ile bağlı olmaktan kurtulur (TBK. m. 46/II). Üçüncü kişi herhangi bir süre vermezse, temsil olunan, dürüstlük kuralı gereği uygun sayılacak bir sürede[55] cevap vermelidir (TMK. m. 2) [56].

---

48 Türk hukukunda bu durum TMK. m. 451' de düzenlenmiş olan sınırlı ehliyetsizin, yasal temsilcisinin onayını almadan yaptığı bir hukuki işlemdeki duruma benzemektedir. Her iki hukuki işlemin de onaylanıp onaylanmadığı belli olana kadar, üçüncü kişi sözleşme ile bağlı kalacaktır (SUNGURBEY, s. 44).

49 Üçüncü kişinin hukuki işlem ile bağlılığı, Türk/İsviçre Hukuku açısındandır. Alman hukukunda ise, üçüncü kişiye sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır (EREN, s. 457; ESENER, **Yetkisiz Temsil**, s. 125).

50 REİSOĞLU, s. 159; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 721; ESENER, **Borçlar Hukuku.**, s. 278.

51 EREN, s.457

52 AKYOL, s. 467. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 728-733.

53 AKYOL, s. 462.

54 Ancak bazı durumlarda temsil olunanın onay verme yükümü olduğundan bahsedilebilir. Buna örnek olarak, temsil olunanın ihmali sebebiyle yetkisiz temsilcinin sözleşme kurması ya da gerçek vekâletsiz iş görme verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. BELGESAY, s. 136; AKYOL, s. 493-496.

55 Uygun süre belirlenirken dikkat edilmesi gereken hususlar şunlardır: somut olayın özellikleri, temsil olunan bakımından sürenin yeterli olması, işlem niteliğine uygun olması, dürüstlük kuralı ve güven ilkesine uygun olması. Detaylı bilgi için bkz. AKYOL, s. 475 vd.

56 Alman hukukunda bu süre iki hafta olarak belirlenmiştir(BELGESAY, s. 137).

Temsil olunan, süre verilse de verilmese de, kendisinden onay istendiğinde sessiz kalıyorsa, bunu onaylamama olarak anlamamız gerekir[57]. Ancak bazı durumlarda dürüstlük kuralı gereği, susmayı onay verme olarak anlamak gerekebilir. Bunu her olaya göre değerlendirmek gerekecektir[58]. Örneğin, temsilci temsil yetkisini çok önemsiz bir miktar aşmışsa ya da temsil olan daha önce benzer bir konuda onay vermişse[59], susmayı onay olarak anlayabiliriz.

Şunu belirtmek gerekir ki, temsil olunan taraf birden fazla ise, onay talebi hepsine birden yapılmalı ve hepsi birlikte aynı yönde cevap vermelidir[60].

Onay temsilcinin yapmış olduğu işlemi tamamen kapsamalıdır. Kısmi onama kural olarak geçersizdir[61]. Ancak hukuki işlemin amacına uygun ve edimleri bölünebiliyorsa kısmi onamayı kabul etmek gerekir[62].

B. Onayın şekli

Onay, tek taraflı, varması gerekli, hukuki işlem benzeri bir işlemdir. Herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi, açık veya zımni irade[63] beyanı ile verilebilir. Temsil olunan, onay verdiğini yetkisiz temsilciye veya üçüncü kişiye bildirir[64]. Ancak temsil olunanın onay verme işini bizzat yapması şart değildir. Yetkili temsilcisi de onay verebilir[65].

Onay açıklaması tek taraflı, şarta bağlanamayan, kurucu yenilik doğrucu bir hak olduğundan[66] geri alınması da mümkün değildir[67].

---

57 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 722.

58 AKYOL, s. 485; OĞUZTÜRK(KALKAN), Burcu, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, 2008, s. 134. Ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY, s. 60-68.

59 Yargıtay bir kararında *"Yetkisiz temsilcinin düzenlediği başka çekleri temsil edilen benimseyip ödediğine göre, dava konusu çekten sorumlu tutmak gerekir"* diyerek susmayı onay olarak kabul etmiştir. İlgili karar için bkz. **Y19HD.**, 30/11/1993, 9367 E./8158 K. (UYGUR, Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. I, Ankara, 2003, s. 1239-1240).

60 AKYOL, s. 475.

61 ANTALYA, s. 402.

62 AKYOL, s. 468.

63 Yargıtay bir kararında, bir hukuki işleme 14 yıl sonra iptal davası açılmasını durumunda yapılan işleme 14 yıl karşı koymama durumunu, yetkisiz temsille yapılan işleme onay saymıştır (**Y1HD.**, 04/06/1985, 5206 E./7255 K.). İlgili karar için bkz. UYGUR, s. 1231-1232.

64 REİSOĞLU, s. 160; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 269.

65 BELGESAY, s. 135. Ancak bu durumda yetkisiz temsilcinin, işlem askıdayken temsil yetkisi kazanması durumunda, kendisinin daha önceden yapmış olduğu işleme onay verip veremeyeceği problemi karşımıza çıkar. Alman hukukunda bu mümkün iken İsviçre hukukunda tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 726-728.

66 Onayın yenilik doğun bir hak olduğuna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. **Y15HD.**, 27/04/1979, 624 E./995 K.(SUNGURBEY, s. 51-52).

67 BELGESAY, s. 135; ESENER, **Borçlar Hukuku**, s. 280; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 267.

C. Onayın Hükmü

Temsil olunan hukuki işleme onay verirse, artık yetkisiz temsil söz konusu olmayacaktır. Böylece temsilci de kural olarak sorumluluktan kurtulacaktır. Artık temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Onay ile hukuki işlem baştan itibaren geçerli hala gelecek ve tarafları bağlayacaktır[68]. Ancak taraflar isterlerse hukuki işlemin onay tarihinden itibaren hüküm doğuracağını da kararlaştırabilirler[69].

Hukuki işleme onay verilmezse, işlem artık kesin olarak geçersiz olacak ve üçüncü kişi de hukuki işlem ile bağlı olmaktan kurtulacaktır. Ancak bu durumda TBK. m. 47 gereği yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna gitmek mümkün olacaktır[70].

Son olarak şunu belirtmek gerekir, bu hukuki işleme dayanarak taraflar hak iktisap etmiş olabilir. Onay verilmemesi durumunda bu hakların iadesi gerekir. Mülkiyet geçmemişse istihkak, geçmiş ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır[71](TBK. m. 47/f. III).

II. Yetkisiz Temsil Açısından Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

A. Genel Olarak Culpa In Contrahendo

Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranış demektir[72]. Roma hukukundan günümüze kadar, sözleşmenin geçerliğine güvenden doğan zararın tazmin edilmesi gerektiği düşüncesi hâkimdir[73]. Bunun sonucu olarak da culpa in contrahendo sorumluluğu ortaya çıkmıştır. Temeli dürüstlük kuralına dayanır. Tarafların sözleşmenin kurulması sırasında, güven ilişkisine dayanan özen gösterme, aydınlatma ve koruma yükümlülükleri[74] vardır. Taraflar bu yükümlülüklerini kusurlu davranışlarıyla ihlal ederek karşı tarafa zarar verirlerse, bu zarardan dolayı sorumlu

---

68 VON TUHR/PETER, s. 401. Bu konudaki Yargıtay kararı için bkz. **Y15HD.**, 23/03/1990, 94 E./1337 K. (UYGUR, s. 1241-1243).

69 OĞUZMAN/ÖZ, s. 249; BERKİ, s. 31.

70 REİSOĞLU, s. 160; ANTALYA, s. 403..

71 OĞUZMAN/ÖZ, s. 251; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 750; ANTALYA, s. 406.

72 Culpa in contrahendo kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, s. 132 vd.; BAYGIN, Cem, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, **EÜHFD.**, C. IV., S. 1-2, s. 345-347.

73 Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk(Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, 2009, s. 54 vd..

74 Ancak şunu belirtmek gerekir ki, koruma yükümlülükler, sadece sözleşmenin taraflarına karşı değil, sözleşme görüşmelerinden etkilenme durumu söz konusu olan üçüncü kişilere karşı da söz konusu olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 155-161.

olurlar. Culpa in contrahnedo sorumluluğu, sözleşmenin kurulup kurulmamasından ya da geçerli olup olmamasından bağımsızdır[75].

Culpa in contrahnedo sorumluluğunun hukuki niteliği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Ancak günümüzde hâkim olan görüş, culpa in contrahnedo sorumluluğunu, temelinde dürüstlük kuralının yer aldığı, edim yükümlülüğü içermeyen kanundan doğan bir borç ilişkisi olarak görmektedir[76].

Taraflar bir sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelerek, aralarında özel bir bağ oluşturmaktadır. Bu bağ, bir hukuki işlem yapmaya yönelik olduğundan, taraflar arasında işlemsel temasa dönüşmektedir[77]. Bunun sonucunda taraflar, hukuki işlemin kurulacağına, birbirlerinin hukuki işlem alanlarına saygı duyulacağına güven duymaktadırlar. Bu güven duygusunun boşa çıkmasına kusuru ile neden olan taraf, karşı tarafın uğramış olduğu zararları tazmin ile yükümlü olacaktır. Burada zarara uğrayan kişinin, boşa çıkan güveni, sözleşmeden doğan güven kadar yoğun olmamakla beraber haksız fiilde söz konusu olan genel ve soyut güvenin de üstündedir. Bu nedenle, hâkim görüşe göre, culpa in contrahnedo sorumluluğuna, sözleşme sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanacaktır[78]. Buna göre, culpa in contrahendo halinde TBK m.112 vd. düzenlenen sözleşmeye aykırılık hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Culpa in contrahnedo sorumluluğunun hukuki sonucu daima tazminat ödeme yükümlülüğüdür[79]. Tazmin edilmesi gereken zarar, maddi zarardır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, manevi zararların, TBK. m. 56' a göre talep edilmesinde bir engel yoktur[80].

Kural olarak tazmin edilecek zarar menfi zarardır. İstisnai olarak müspet zararın tazmini de gerekebilir[81]. Culpa in contrahendo sorumluluğunun menfi zararın tazminini gerektirmesinin nedeni, burada güvenin boşa çıkması nedeniyle bir zararın

---

75 ERGÜNE, Mehmet Serkan, Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010, s. 909-911.

76 Detaylı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 77-175, OĞUZTÜRK, s. 97-112, KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı** Sorumluluk, Ankara, 2004, s. 39-134.

77 KIRCA, Çiğdem, s. 170.

78 KARAHASAN, M. Reşit**, Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, 2003, s. 235; REİSOĞLU, s. 160, dn. 28; DEMİRCİOĞLU, s. 162 vd.. Ayrıca OĞUZMAN/ÖZ, s. 251, dn. 727' de geçen yazarlar; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 1311.i Sözleşmeden doğan sorumluluk hakkında detaylı bilgi için bkz. KARAHASAN, s. 243-567.

79 OĞUZTÜRK, s. 150.

80 ERGÜNE, s. 913.

81 Müspet zararın tazmini ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ortaya çıkar(BAYGIN, s. 364). Ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY, s. 103-112.

meydana gelmesidir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 47 bunu açıkça ortaya koyan hükümlerden biridir[82].

Alman Medeni Kanunu culpa in contrahendo sorumluluğunu genel bir maddede (BGB) §311 düzenlemektedir. Ancak Türk/İsviçre Hukukunda culpa ın contrahendo sorumluluğu bazı özel hükümlerde yer almaktadır. Bunlardan biri de yetkisiz temsilin düzenlendiği TBK. m. 47' dir[83].

B. Yetkisiz Temsilcinin Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kanunda düzenlenen üçüncü kişinin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğudur[84]. TBK. m. 47'de düzenlenmiştir.

Kural olarak culpa in contrahendo sorumluluğunda, sorumlu olan kişi kusuru ile zarara sebebiyet veren görüşmenin tarafı ya da onun koruma sahası içinde olan üçüncü bir kişidir. Bu kuralın istisnalarından uygulamada en çok rastlanılanı ise, hukuki işlem görüşmeleri bakımından üçüncü kişi olan yetkisiz temsilcidir[85].

Yetkisiz temsilci, üçüncü kişi ile işlemsel bir temas içine girerek yetkisi olmayan bir hukuki işlem yapmaktadır. Yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin varlığına ve yapılan hukuki işlemin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair karşı tarafta haklı bir güven uyandırmaktadır. Bu güvenin boşa çıkması durumunda yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilecektir[86].

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu TBK. m. 47 de düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir: *"(1) Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez. (2)Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.(3)Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır".* Madde metnini incelediğimizde yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğunu görüyoruz. Buradan anlamaktayız ki, yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğu, diğer culpa in contrahendo sorumluluklarından farklıdır. Zira culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışlardan doğan bir sorumluluktur. Ancak yetkisiz temsilcinin kusursuz sorumluluğu

---

82 Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, s. 362; ERGUNE, s. 915- 922; YALMAN, Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2006, s. 122-133.

83 OĞUZTÜRK, s. 135 vd.; BAYGIN, s. 359.

84 YALMAN, s. 44; ESENER, **Yetkisiz Temsil**, s. 133-134.

85 DEMİRCİOĞLU, s. 261. Detaylı bilgi için bkz. OĞUZTÜRK, s. 211-214.

86 OĞUZTÜRK, s. 117; DEMİRCİOĞLU, s. 209.

sadece işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi için söz konusudur. TBK. m. 47/f. II' e göre, hakkaniyet gerektiriyorsa ve yetkisiz temsilci kusurluysa diğer zararlar da istenebilecektir. Diğer zararların üst sınırı müspet zararın tamamıdır[87].

Sözleşmenin karşı tarafı üçüncü kişinin, temsilcisinin yetkisiz olması sonucunda zarara uğraması, bir mutlak hakkın ihlâlinden değil, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına yönelik menfaatinin ihlâlinden doğmaktadır. Bu bir saf malvarlığı zararıdır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bu zararı tazmin etmeyi içerir.

C. Temsil Olunanın Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

Temsil olunanın culpa in contrahnedo sorumluluğunun söz konusu olması için, temsil olunan yetkisiz temsilcinin işlem yapmasına kusuru ile sebep olması gerekir. Ayrıca temsil olunan hukuki işleme onay vermeyerek, sözleşmeyi geçersiz kılmalıdır. Bu durumda üçüncü kişi, menfi zararını culpa in contrahnedo sorumluluğuna dayanarak temsil olunandan talep edebilir[88]. Ancak temsil olunan, geçerli bir temsil yetkisi olduğu hususunda üçüncü kişilerde belirli bir kanaatin doğumuna yol açan bir hukukî görünüş yaratmışsa, hakkaniyet gerekiyorsa bu görünüme güven korunmalı ve hukuki işlem geçerli sayılmalıdır[89].

Yetkisiz temsilci yardımcı kişi konumundaysa, temsil olunan, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği TBK. m. 116 hükmü dolayısıyla da sorumlu tutulabilir[90].

Hem yetkisiz temsilci hem de temsil olunanın sorumluluğuna gidildiği durumlarda, müteselsil sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur[91].

III. Tazminat İstemi

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu bir tazminat sorumluluğudur[92]. Ancak bunu temsil olunanın hukuki işleme onay verip vermemesine göre incelemek gerekir.

---

87 OĞUZMAN/ÖZ, s. 251; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 271; VON TUHR/PETER, s. 403; REİSOĞLU, s. 160.

88 Bu sorumluluk kanunda düzenlenmemiş, ancak culpa in contrahnedo sorumluluğunun esasından anlaşılmaktadır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 745).

89 TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 274.

90 Ancak bu konuda iki farklı görüş vardır. Hâkim görüş, TBK. m. 116 hükmüne dayanılarak temsil olunandan tazminat talep edilebileceği yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 746-749.

91 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 749; İNCEOĞLU, s. 507.

92 Alman hukukunda ise, temsil olunanın onay vermemesi halinde, üçüncü kişinin yetkisiz temsilciye karşı seçimlik hakkı vardır. Üçüncü kişi dilerse aynen ifayı isteyebileceği gibi, menfi zarar, şartları varsa müspet zarar tazmini talep edebilir. Ancak Türk/İsviçre hukukunda üçüncü kişinin seçimlik hakkı yoktur (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 738). Ancak doktrinde bazı yazarlar yetkisiz temsilcinin aynen ifaya mahkûm edilebileceği görüşündedirler. Bu yazarlar için bkz. REİSOĞLU, s. 161 ve AKYOL, s. 540, dn 70' de adı geçen yazarlar.

A. Temsil Olunanın Onay Vermesi Halinde

Yetkisiz temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işleme temsil olunan onay verirse, hukuki işlem askıda olmaktan kurtulup, geçerli hale gelir (TBK. m. 46/f. I). Bu durumda tazminat ödenip ödenmeyeceği kanunda yer almamaktadır. Zira hukuki işlem geçerli hale gelmiştir. Ancak hukuki işlem geçerli olsa bile, üçüncü kişi zarar görmüş olabilir. Eğer üçüncü kişi, hukuki işlem geçerli olana kadar geçen süre içinde zarar görmüşse, gecikme tazminatı talep edebilir. Bu tazminat, üçüncü kişinin kusurlu yetkisiz temsilciden culpa ın contrahendo esasına dayanarak isteyebileceği bir tazminattır. Ancak üçüncü kişinin bu tazminatı talep edebilmesi için iyiniyetli olması yani temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmiyor olması gerekir. Üçüncü kişi eğer ihmali sonucu yetkisizliği bilmiyorsa, yine tazminat talep edebilir ancak bu durumda tazminatta bir indirime gidilir[93].

B. Temsil Olunanın Onay Vermemesi Halinde

TBK. m. 47/f. I' e göre, temsil olunan onay vermezse işlem geçersiz olacaktır. İşlemin geçersiz olmasından doğan zararlardan yetkisiz temsilci sorumlu tutulur. Yetkisiz temsilcinin sorumlu olduğu tazminat açısından kanun ikili bir ayrım yapmıştır. Buna göre, kural, yetkisiz temsilcinin kusuru aranmaksızın menfi zararlardan sorumlu olmasıdır. İstisna ise, yetkisiz temsilcinin kusuru olması ve hakkaniyetin gerektirmesi durumunda diğer zararlardan da (müspet zarar) sorumlu olmasıdır[94].

Kural menfi zararın ödenmesidir. Menfi zarar, geçerliliğine güvenilen hukuki işlemin geçersiz kalması nedeniyle oluşan zararlardır. Menfi zarar, hukuki işlemin kurulamaması veya geçersiz olması nedeniyle uğranılan kayıplar, yapılan masraflar ve kaçırılan fırsatlardan oluşur[95]. Yetkisiz temsilci kusuru olmasa dahi, üçüncü kişinin menfi zararını tazmin edecektir[96]. Bu sorumluluğun hukuki dayanağı, culpa in contrahendo ilkesidir. Ancak burada kusursuz sorumluluk hali söz konusu olduğu için culpa in contrahendo hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bu da sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması demektir[97].

İstisnai olarak, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde hâkim daha yüksek bir tazminata hükmedebilir (TBK. m. 47/f. II). Yetkisiz temsilcinin kusurlu olması demek, yetkisiz olduğu biliyor ya da bilmesi gerekiyor olması demektir. Hakkaniyet ise, her somut olayın özelliğine göre, hâkim tarafından

---

93 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 744. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL, s. 542-543.

94 AKYOL, s. 536.

95 ERGÜNE, s. 913. Ayrıntılı bilgi için bkz. YALMAN, s. 123-129.

96 Menfi zararın kapsamı için bkz. SUNGURBEY, s. 146-148.

97 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 734-735.

tespit edilecektir. Burada daha yüksek bir tazminattan kasıt, menfi zararı aşan ve üst sınırı müspet zarar olan miktardır. Bu hüküm, müspet zararın genelde menfi zarardan daha fazla olduğu esasına dayanılarak konulmuştur. Ancak bu şart değildir. Çoğu kez, müspet zarar, menfi zarardan fazladır fakat bu bir kural değildir. Somut olayda menfi zarar, müspet zarardan yüksek ise, tazminatta menfi zarar miktarı esas alınacaktır[98].

Yetkisiz temsilcinin tazminat ödemekle sorumlu olması için, üçüncü kişinin yetkisiz temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor olmalıdır (TBK. m. 47/f. II/c. II). Zira üçüncü kişi kötüniyetliyse ve yetkisiz temsilci bunu kanıtlayabilirse tazminat ödemekten kurtulur[99].

IV. İspat Külfeti

Yetkisiz temsil konusunda genel ispat kuralı uygulama alanı bulur (TMK. m. 6). Buna göre, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.

Temsilci, yetkili olduğunun iddia ediyorsa bunu ispatlamalıdır. Eğer yetkili olduğunu ispat edemezse ve temsil olunan da hukuki işleme onay vermezse sorumluluktan kurtulamayacaktır[100]. Ayrıca iyiniyet karinesinden dolayı üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun ispat yükümlülüğü de yetkisiz temsilciye aittir[101].

Üçüncü kişi, temsilcinin yetkili olmadığını iddia ediyorsa ispatlamalıdır[102]. Temsilci yetkili olduğunu ispat ederse, üçüncü kişi yetkinin sona ermiş olduğunu veya temsil olunanın onay vermediğini iddia ediyorsa, bunu ispat etmelidir.

Üçüncü kişi, menfi zarardan daha fazla bir zararı olduğunu iddia ediyorsa, daha fazla zararı da ispat etmelidir. Ancak kusurun ispatı üçüncü kişiye düşmez. Zira yetkisiz temsilci aleyhine bir kusur karinesi vardır. Bunun nedeni culpa in contrahendo

---

98 YALMAN, s. 131-132; ERGUNE, s. 917-920. Ancak, madde metnini yorumladığımızda, daha fazla zararın üst sınırının müspet zarar olduğu sonucuna varırız. Bu nedenle, menfi zarar, müspet zararı geçse bile, tazminatın üst sınırı müspet zarar olmalıdır. Bunun bir diğer nedeni de tazminatın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmaması gerektiğidir. Bu konudaki görüş için bkz. SUNGURBEY, s. 177.

99 REİSOĞLU, s. 161; KILIÇOĞLU, s. 247; AKYOL, s. 541-542. Ancak doktrinde, bu hükmün kusurlu yetkisiz temsilci açısından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal mahkemesi ve doktrini, bu hükmün kusurlu temsilciye uygulanmayacağını kabul etmektedir. Sorumluluk hukukunun temel ilkeleri ve hükmün konuluş amacı incelendiğinde, ihmali dolayısıyla kusurlu olan üçüncü kişi, kusurlu temsilciye oranla korunmalıdır. Tazminat talebini tamamen ortadan kaldırmak yerine indirimli bir tazminata hükmetmek daha doğru olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ARPACI, s. 740-743.

100 BELGESAY, s. 140.

101 KILIÇOĞLU, s. 247.

102 **Y13HD.**, 17/06/1982, 3171 E./4525 K. (UYGUR, s. 1234).

sorumluluğuna, sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Buna göre, kusurun ispatı alacaklı konumunda olan üçüncü kişiye düşmemelidir. Zira TBK. m. 112' e göre, borçlu (yetkisiz temsilci) aleyhine bir kusur karinesi öngörmektedir. Bu nedenle yetkisiz temsilci daha fazla zarardan sorumluluktan kurtulmak için kusursuz olduğunu kanıtlamalıdır[103].

V. Zamanaşımı

Culpa in contrahendo sorumluluğundan doğan tazminatın tabi olduğu zamanaşımı süresi, İsviçre Federal Mahkemesine göre, TBK. m. 72'de düzenlenen haksız fiil zamanaşımı süresi olan 2 ve 10 yıldır[104].

Ancak hâkim görüş, culpa in contrahendo sorumluluğuna, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul ettiğinden, zamanaşımı süresi TBK. m. 146' da düzenlenen 10 yıl olmalıdır. Alman hukukunda da uygulama bu yöndedir[105].

SONUÇ

Temsil, kişilerin hukuki işlem alanlarını genişleten, hukuki işlemin tarafları ile yapanlarının farklı olmasını sağlayan, günümüzde oldukça yaygın kullanılan bir kurumdur. Bu sebeple yetkisiz temsil durumuna da oldukça sık rastlanmaktadır. Bunun sonucu olarak da yetkisiz temsilcinin sorumluluğu önem kazanmaktadır.

Kural olarak başkası adına işlem yapan temsilcinin, hukuki işlem yapılırken temsil yetkisine sahip olması gerekir. Temsil yetkisi olmaksızın başkası ad ve hesabına işlem yapılması halinde yetkisiz temsil söz konusu olur. Yetkisiz temsil şu durumlarda ortaya çıkabilir: temsil yetkisinin hiç ya da geçerli bir şekilde verilmemiş olması, temsil yetkisinin sınırlarının aşılması, temsil yetkisinin sona ermesi veya geri alınmasına rağmen işlem yapılması, alt temsilciye yetki veren ön temsilcinin yetkisiz olması, birlikte temsil durumunda sadece bir temsilcinin işlem yapması ve temsil yetkisinin kötüye kullanılması.

Yetkisiz temsil sorumluluğunun ortaya çıkması için öncelikle temsilcinin üçüncü bir kişi ile hukuki işlem yapması gerekir. Bu hukuki işlemi temsil yetkisi olmadan ve temsil olunan adına yapmalıdır. Hukuki işlemin geçersizliği ile temsilcinin yetkisiz olması arasında illiyet bağı olmalıdır. Yapılan hukuki işlem başka bir nedenle geçersiz

---

103 SUNGURBEY, s. 126. Ancak kusuru ispat yükümünü üçüncü kişiye yükleyen bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. AKYOL, s. 553.

104 OĞUZMAN/ÖZ, s. 251.

105 AKYOL, s. 555; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 736; YALMAN, s. 133.

olursa bu illiyet bağı ortadan kalkacaktır. Ayrıca üçüncü kişinin zarara uğramış olması gerekir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu için kural olarak kusur aranmaz.

Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlem kurulmuş olmakla beraber, ne temsilcinin ne de temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurur. Hukuki işlem askıda geçersizdir ve askı süresince sadece hukuki işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi, hukuki işlem ile bağlıdır. Temsil olunanın hukuki işlemin kendisi için de geçerli olması için işleme onay vermesi gerekir. Hukuki işleme onay verilirse, işlem baştan itibaren geçerli olur.

Yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin varlığına ve yapılan hukuki işlemin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracağına dair karşı tarafta haklı bir güven uyandırmaktadır. Bu güvenin boşa çıkması durumunda yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilecektir. Bu sorumluluk, kanunda düzenlenen üçüncü şahsın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğudur(TBK. m. 47).Yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendodan doğan tazminat sorumluluğuna gidebilmek için, temsil olunanın bu hukuki işleme onay vermemiş olması gerekir. Zira temsil olunan onay vermiş ise, üçüncü kişi, sadece onay verilene kadarki gecikme için bir tazminat talep edebilir.

TBK. m. 47/f. I' e göre, temsil olunan onay vermezse işlem geçersiz olacak ve yetkisiz temsilcinin culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilecektir. İşlemin geçersiz olmasından doğan zarar, menfi zarardır. Menfi zarar, bir hukuki işlemin kurulacağına veya geçerli olacağına ya da geçersizliğine rağmen ifa edilebileceğine dair kendisinde güven oluşturan kişinin malvarlığında, bu hukuki işlemin kurulmaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen azalmadır. Yetkisiz temsilci, kusuru olmasa dahi bu menfi zararları ödemekle yükümlüdür. Hâkim görüşe göre, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

TBK. m. 47/f. II' e göreyse, yetkisiz temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde daha yüksek bir tazminata hükmedilebilir. Hâkim görüşe göre, burada daha yüksek bir tazminattan anlaşılması gereken, menfi zararı aşan ve üst sınırı müspet zarar olan zararın tazminidir. Müspet zarar, ifanın gerçekleşmemesinden doğan zarardır. Menfi zarar, müspet zarardan yüksek olabilir. Menfi zarar, müspet zarardan fazla olsa dahi, müspet zarara hükmedilmelidir. Burada üst sınır olarak müspet zarar kabul edilmelidir.

Temsil olunanın culpa in contrahnedo sorumluluğuna gidilebilmesi için yetkisiz temsilcinin işlem yapmasına kusuru ile sebep olması ve hukuki işleme onay vermeyerek sözleşmeyi geçersiz kılması gerekir. Bu şartlar gerçekleşince üçüncü kişi, menfi zararını culpa in contrahnedo sorumluluğuna dayanarak temsil olunandan talep edebilir. Hem yetkisiz temsilci hem de temsil olunanın culpa in contrahendo

sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür. Bu durumda temsil olunan ile yetkisiz temsilci müteselsil sorumlu olacaktır.

Yetkisiz temsil konusunda genel ispat kuralı uygulama alanı bulur. Buna göre, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Üçüncü kişi, temsilcinin yetkili olmadığını iddia ediyorsa ispatlamalı, temsilci de yetkili olduğunu iddia ediyorsa bunu ispatlamalıdır. Daha fazla zarar için yetkisiz temsilcinin kusur arandığı durumlarda, kusuru ispat konusunda, sözleşme sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, yetkisiz temsilci kusursuz olduğunun iddia ediyorsa bunu ispat ile yükümlüdür.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna uygulanacak zamanaşımı süresi TBK. m. 146' da düzenlenen 10 yıldır.

KAYNAKÇA

ACAR, Serdar, Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları, **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2006, s. 27-42.

AKYOL, Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, 2009.

ANTALYA,O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, 2012.

BAYGIN, Cem, Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve American Hukukundaki Uygulaması, **EÜHFD.**, C. IV., S. 1-2, s. 345-377. (http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2000_1_18.pdf)

BELGESAY, Mustafa Reşit:, **Hukuki Muamelelerde Temsil**, İstanbul, 1941.

BERKİ, Şakir, Türk Borçlar Hukukunda Temsil, **BTHAE.**, C. VIII., S. I, Haziran, 1975, s. 15-32.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk(Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, 2009.

EREN, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, İstanbul, 2015.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, 2010, s. 909-926.

ESENER, Turhan, **Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara, 1969. (Borçlar Hukuku)

ESENER, Turhan, **Türk İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Yetkisiz Temsil**, Ankara, 1963.(Yetkisiz Temsil)

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R., **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 7.Auflage**, Zürich, 1998, N.1306.

İNCEOĞLU, Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, İstanbul, 2009.

KARAHASAN, M. Reşit, **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, 2003.

KILIÇOĞLU, M.Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu' na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Ankara, 2012.

KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara, 2004.

KIRCA, İsmail, Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, **AÜHFD.**, 1995, C. 44, S.1-4, s. 443-450.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ,Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. Cilt**, 2010 Tarihli 5. Bası' dan 6. Tıpkı Baskı, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/ Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, 2014.

OĞUZTÜRK(KALKAN), Burcu, **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, 2008.

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012' de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 25. Bası, İstanbul, 2014.

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, **Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa In Contrahendo ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, 1988.

UYGUR, Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, I. C., Ankara, 2003.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul, 1988.

VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A.**, Zürich, 1979.

YALMAN, Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2006.

YAVUZ, Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, 1983.

SENETLE İSPAT KURALININ TESİS EDİLİŞ AMACI BAKIMINDAN BAZI VAKIALARIN İSPATINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

(Assesments About Proof of Some Facts Considering The Aim of Establishing Documentary Evidence)

Ar. Gör. Ozan TOK[*]
Ar. Gör. Harika KOLTAŞ[**]

ÖZET

Bu makalede senet delilinin, diğer kesin delillerle kıyaslanmak suretiyle tesis ediliş amacı incelenmekte, bu amaç göz önünde bulundurularak özellik arz edebilecek bazı vakıaların senetle ispat zorunluluğuna tabi olup olmadığı hukuki işlem ve senet delili arasındaki sıkı bağlantı gözetilerek tespit edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Senet, kesin delil, senetle ispat zorunluluğu, hukuki işlem, sözleşme, ifa.

Abstract

In this article, aim of establishing documentary evidence is researched by means of comparing other evidence types. Some special cases are paid particular attention considering this aim and the close relationship between the documentary evidence and legal transaction in the context of statutory evidence.

Keywords: Documentary, statutory evidence, legal acts, contract. execution.

I. Senetle (Kesin Delille) İspat Kuralı

1. Kesin Delil Kavramı ve Kesin Delillerin Unsurları

Kesin delil, hüküm ve sonuçları kanun tarafından düzenlenen delil türüdür[1].

[*] Sakarya Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.
[**] Yalova Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

[1] **PEKCANITEZ**, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 714 ; **POSTACIOĞLU,** İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası İstanbul 1975, s. 568; **MARTY**, Gabriel, Pierre RAYNAUD, İntroduction générale a l'étude de droit, Tome I, Deuxieme Edition, Paris 1972; **GRYNBAUM**, Luc, Preuve, Répertoire de droit commercial, Editions Dalloz, 2010, s. 13.

Buna göre kesin delilin varlığı hâlinde hâkim takdiri delillerden farklı olarak kesin delilde gösterilen hukuki işlemin varlığını ve doğruluğunu muhakeme edemez[2]. Kesin delilin varlığı hâkimin delilleri değerlendirmesi konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldırır[3]. Kesin delille ispat zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanununda senetle ispat zorunluluğu olarak düzenlenmiştir (HMK m. 200).Ancak belirtmek gerekir ki senetle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu hâllerde yalnızca senetle değil diğer kesin delillerle de (yemin, kesin hüküm) vakıa ispat edilebilecektir[4]. Bu yüzden teorik olarak "senetle ispat zorunluluğu" yerine " kesin delille ispat zorunluluğu" ifadesini kullanmak bu yönüyle daha isabetli olacaktır[5]. Ancak "senetle ispat zorunluluğu" ifadesi aşağıda açıklayacağımız üzere başka bir yönüyle kendi içinde tutarlık da göstermektedir.

Kesin delille ispat kuralının iki önemli görünümü vardır. Birincisi kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemler senetle ispat edilmek zorundadır (HMK m.200). İkincisi ise bir hukuki işlem yapıldığı anda kanunda gösterilen parasal sınırı geçmiyor olsa dahi o hukuki işlemin sonucundan hak çıkaracak kişinin hukuki işlemi temsil eden bir senede (kesin delile) dayanması hâlinde o senedin (kesin delilin) hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıracak veya azaltacak iddialarda bulunan diğer tarafın da iddia ettiği vakıaları senetle (kesin delille) ispatı gerekecektir (HMK m. 201)[6].

---

2 Kesin delille ispat kuralının ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralının birlikte benimsendiği hukuk sistemlerinde hâkim öncelikle yargılama konusu vakıayı temsil eden bir kesin delilin olup olmadığını incelemelidir (**KONURALP**, Haluk, Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 26).

3 **YILDIRIM**, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 207.
"(...)Kesin delil bulunan durumlarda ise, mahkemenin adli gerçek teşkil eden bu yönü tekrar inceleme konusu yapması ve aksinin benimsenmesine hukuki olanak yoktur. Diğer deyişle; hakim, kesin delillerden biri ile isbat edilen bir olguyu, doğru kabul etmeye mecburdur(…)" Yarg. HGK., E.1979/10-607; K.1980/77(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.3.2015).

4 **YAVAŞ,** Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 113.

5 **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 2198.

6 Esasen bu husus kesin delilin temsil kabiliyetiyle beraber güvenirliliğinin diğer delillere göre çok daha kuvvetli olmasıyla açıklanabilecektir. Delilin temsil gücüyle; delilin vakıayı temsil etme kabiliyetinin yüksek ve buna bağlı olarak hâkimde vakıanın varlığı hakkında kanaat uyandırma gücünün yüksek olması ifade edilmektedir(**KONURALP**, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 10).Doktrinde, teknik anlamda delilden temsil kabiliyeti yüksek; yani yargılamadan önce vakıaların gerçekleştiği zamanda oluşan deliller anlaşılmaktadır. Yargılamadan önce oluşmuş teknik anlamdaki bu delilleri dar anlamda deliller olarak ifade etmek de mümkündür(**ATALAY**, Oğuz, "Delil Kavramı Üzerine", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 1, Ankara 2009, s.130-131). Doktrinde bazı yazarlarsa güvenirliliğin temsil kabiliyetiyle aynı anlama geldiğini ifade etmektedirler(**KUNTER**, Nurullah, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, 2010 İstanbul, s. 1321).
Ancak ifade etmek gerekir ki delilin temsili niteliğinin kuvvetli olmasıyla delilin güvenirliliği aynı anlama gelmemektedir. Örneğin tanık delili aynı senet delili gibi vakıayı temsil kuvveti çok yük-

Hukuk Muhakemeleri Kanunda kabul edilen üç çeşit kesin delil vardır[7].Bunlar uygulamada en yaygın olarak kullanılan kesin delil olan senet, yemin delili ve kesin hükümdür.

Ticari defterlerin kesin delil niteliğini haiz olup olmadığıysa ayrıca değerlendirilmelidir. Kanunda ticari defterlerin kesin delil olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir. Ancak HMK m. 222/f. III' de usulüne uygun olarak tutulan ticari defterlerde yer alan kayıtların aksinin ancak kesin delilerle ispatlanabileceği düzenlendiğinden ticari defterlerin de kesin delil olduğu ifade edilebilecektir[8].

---

sektir. Ancak tanık delili senet delili kadar güvenilir değildir(**ATALAY**, Delil, s. 135). Karşılaştırma hukukta da incelendiğinde tanık delilinin güvenirliliğinin senede göre düşük olması kanun koyucuların "kesin delille ispat kuralını" tesis etmelerinde önemli rol oynamıştır. Bu konuda bkz. **YAVAŞ** , s. 37 vd.

Doktrinde senetle ispat kuralının tanık deliline güvensizlikten dolayı tesis edildiği ifade edilmektedir (**ALANGOYA**, Yavuz, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", Makaleler(Der. Mert Namlı),İstanbul 2012, s. 257). Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında konunun yalnızca medeni usul hukuk bakımından değil hukuk sosyolojisi bakımından da ilgi çekici olduğu görülmektedir. Zira Fransa, İtalya, Türkiye, Yunanistan gibi Akdeniz ülkelerinde kesin delille ispat kuralı düzenlenmişken Almanya ve Avusturya gibi kuzey ülkelerinde tanık deliline ve hâkimin delilleri değerlendirmesindeki takdir yetkisine daha çok güvenilmektedir. Bu konuda bkz. **YILDIRIM**, s. 28. Nitekim delil türlerinin ve bunların hükümlerinin ve sonuçlarının belirlenmesi kanun koyucunun maddi gerçeğin ortaya çıkması konusunda benimsediği politikayla doğrudan alakalıdır. Örneğin Fransız kanun koyucusu soy bağıyla ilgili uyuşmazlıklarda bir çeşit kamu yararının varlığını da gözeterek kanuni delil sistemi yerine delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini benimsemiştir(**MOURALİS**, Jean- Louis, Preuve, Répertoire de droit civil, Editions Dalloz, Janvier 2011, s. 7).

7 İkrarınsa bir kesin delil olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce ikrar bir "delil" değil; çekişmeli vakıayı çekişmesiz hâle getirerek ispatın konusu dışında bırakan bir usul işlemdir. 1096 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Döneminde kanunda ikrarın ikrarda bulunan taraf aleyhine delil teşkil edeceği belirtildiği için(HUMK m. 236) ikrarın hukuki niteliği hakkında bir çok tartışma vücut bulmuştur Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ikrarın çekişmeli vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaracağı ve vakıanın ispatının gerekmeyeceği belirtildiği için (HMK m. 188) ikrarın bir delil değil; usuli bir işlem olduğu kabul edilmelidir. Tartışmalar için bkz. **ALANGOYA**, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 319-321 ; **TANRIVER**, Süha, Makalelerim I, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", Ankara 2005, s. 4-7.

8 **TUNÇ-YÜCEL**, Müjgan, "HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar", MİHDER, C.9, S.25, 2013/2, s. 122; **KONURALP**,
Sınırlar, s. 45 ; **TOPAL**, Önder, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015, s. 109 ; **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013. Yazara göre kanunda gösterilen şartların oluşmasıyla birlikte ticari defterler kesin delil niteliğini haiz olurlar. "(…)Davacı tarafın 2010 yılı ticari defterlerine açılış tasdiklerinin ve kapanış tasdiklerinin zamanında ve usulüne uygun olarak yaptırıldığı, bütün ticari defterlerinin birbirini teyit eder nitelikte bulunduğu, bu haliyle davacı taraf 2010 yılı ticari defterlerinin sahibi lehine kesin delil vasfını haiz olduğu bildirilmiştir…Dosya kapsamı alınan bilirkişi raporları göz önüne alındığında davacı tarafından davalıya düzenlenen faturaların vade farkından kaynaklı alacaktan oluştuğu, bilirkişi tarafından yapılan bu tespitin mahkememizce de kabul edildiği(…)" Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 14.05.2013, E. 2011/64, K. 2013/258. Yargıtay da bu yerel mahkeme kararını onamıştır: Yarg. 19 HD., T. 08.01.2014, E. 2013/15754, K. 08.01.201(www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 27.03.2015).

Doktrinde senetle (kesin delille) ispat kuralının kamu düzenini muhafaza etmek amacıyla tesis edilmediği dolayısıyla tarafların bu kuralı bertaraf edecek delil sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir (HMK m. 193)[9].

a. Senet

Senet, düzenleyen kişinin aleyhine delil teşkil eden, kesin delil kuvvetini haiz yazılı belgedir[10]. Belirtmek gerekir ki senet belgenin özel bir hâlidir. Zira belge bir bilgi taşıyıcısıdır (HMK m. 199) ve senet de öncelikle bilgi taşıyıcısı sıfatını haizdir. Ancak senet nitelikli bir belgedir[11]. Senedin diğer delillerden farkı çoğunlukla tarafların senedi aralarında bir uyuşmazlık çıkmasından evvel tanzim etmeleridir[12]. Tarafların senedi tanzim etmelerinin amacı maddi hukuktaki geçerlilik şartını sağlamak olabileceği gibi, ispat hukuku kuralları çerçevesinde hukuki ilişkinin ispatını sağlamak da olabilir. Tarafların maddi hukuktaki geçerlilik şeklini sağlamak amacıyla hukuki işlemi yazılı veya resmi şekilde yaptıkları hâllerde şayet bu yazılı veya resmi şekilde düzenlenmiş metin senedin diğer unsurlarını da ihtiva ediyorsa bu metin yargılamada senet olarak da kullanılabilir. Zira senedin delil olarak kabul edilebilmesi için senedi düzenleyen kişinin senedi delil oluşturması amacıyla düzenlenmesine gerek yoktur[13]. Senet şekli ve maddi şartları taşıyorsa artık yargılamada bir kesin delil olarak incelenecektir.

Senet bir ispat hukuku müessesesidir. Buna göre bir hukuki işlemin senetle ispat edilmesi söz konusuysa senetle ispat şartının hükümlerinin ve sonuçlarının ispat hukuku kuralları tarafından belirlenir. Hükümleri ve sonuçları maddi hukuk bakımından düzenlenen yazılı geçerlilik şartıyla, ispat hukuku müessesesi olan senetle ispat kuralının birbirine karıştırılmaması gerekir. Kanun koyucu bir sözleşmenin geçerliliği için onun yazılı şekilde yapılmasını düzenlemiş olabilir ancak bu doğru-

---

9 **FERRAND**, Frédérique, Preuve, Répertoire de procédure civile, Editions Dalloz, 2013, s. 87; **POSTACIOĞLU**, İlhan E., Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, Genişletilmiş 2 .Bası, İstanbul 1964, s. 17. Fransız hukukunda bu konu uzun yıllar tartışılmış olup çok eski dönemki içtihatlarda kesin delille ispat kuralının kamu düzeninden kabul edilmiş ancak daha sonra Fransız Yargıtayı içtihatlarını değiştirmiştir. Tartışmalar için bkz. **SAVOURNİN**, Justin, Preuve Testimoniale, Thèse, Marseille 1875, s. 60 vd.

10 **KURU,** Usul, s. 2073.; **BERKİN**, Necmeddin M., Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1947, s. 9. ;**POSTACIOĞLU**, Usul, s. 596. ; **YILMAZ**, Şerh, s. 1160.

11 Bkz. **KURU**, Baki, Ejder Yılmaz'a Armağan, "Yazılı Delil Başlangıcı(HMK m.202)", Ankara 2014, s. 1385. Yazar belgeler arasında ikili bir ayrım yapmakta ve belgeleri senet ve diğer belgeler şeklinde bir tasnife tabi tutmaktadır.

12 Özelikle Fransız doktrininde belirtildiği üzere senet delili bir uyuşmazlık öncesi delildir (preuve préconstituée). Bunun anlamı senet delilinin uyuşmazlıktan önce düzenleniyor olmasıdır. Doktrinde Code Civil'in günümüzde önceden oluşturulmuş delile takdiri delillere nazaran üstünlük sağladığı ifade edilmektedir(**FERRRAND,** s. 86).

13 **YAVAŞ**, s. 114.

dan doğruya o sözleşmenin varlığının da yazılı ispat aracı olan senetle ispat edilmek zorunda olduğu manasına gelmez. Şayet sözleşmenin ihtiva ettiği uyuşmazlık konusu dar anlamda borç[14], kanunda gösterilen parasal sınırın altındaysa bu hususun senetle ispatına gerek yoktur, ancak bu hâlde de sözleşme yazılı olarak akdedilmezse TBK m. 12'ye göre maddi hukuk anlamında geçersiz bir sözleşme söz konusu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki maddi hukukta bir sözleşmenin geçerliliği bakımından bir yazılı şekil şartı öngörülmemiş dahi olsa, sözleşmedeki dar anlamda borçların miktarı kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa bu hâlde bu borçların varlığının senetle ispatı gerekmektedir. Şayet böyle bir durumda vakıayı ispat yükünü taşıyan kişinin elinde bir senet yoksa vakıa ispat edilmemiş olacaktır. Buna göre hak maddi hukuk anlamında mevcut olmasına rağmen ispatı gerçekleştirilmemiş olacaktır.

Senet maddi ve manevi unsur olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Senedin maddi unsurları bir metin olması ve bu metnin senet aleyhine kullanılabilecek kişi tarafından imzalanmasıdır[15]. Manevi unsur olarak ise senedin bir hukuki işlemi doğrudan doğruya göstermesi aranmaktadır[16]. Belgenin, ispata muhtaç hukuk işle-

---

14 Dar anlamda borç tarafların arasındaki hukuki ilişkiden (geniş anlamda borçtan) doğan her bir borcu ifade etmek için kullanılmaktadır. Örneğin tarafların arasındaki satım sözleşmesi birden fazla dar anlamda borcu ihtiva ettiği için bir geniş anlamda borç, satıcının sözleşme konusu şeyin mülkiyetini geçirme borcuyla alıcının semeni ödeme borcu birer dar anlamda borç oluştururlar. Kavramlar için bkz. **OĞUZMAN**,M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, s. 18 vd.
Doktrinde ve Yargıtay kararlarında senetle ispatı gereken hukuki işlemin sözleşme olduğu belirtilse de bu ifade teknik anlamda isabetli değildir. Zira yargılamada davacı (şayet bir menfi tespit davası söz konusu değilse) hakkının tespitini ve gerçekleştirilmesini talep edecek bu hâlde hak sahibi olduğunu gösteren vakıaların ispat yükü kendisinde olacak; davalı da hakkın sona erdiğini iddia ediyorsa bu durumda hakkın sona erdiğini gösteren vakıaların ispat yükünü taşıyacaktır. Bu hâlde davacı çoğunlukla bir sözleşmenin varlığından ziyade o sözleşmeden dolayı bir alacak hakkının var olduğunu yani borçlusu davalının sözleşmeden doğan bir dar anlamda borcunun var olduğunu ispatla mükellef olacaktır. Bu hâlde sözleşmenin varlığından ziyade o sözleşmeden doğan alacak hakkının ispatı gerekmektedir. Zira kişinin kendi borçları da dahil olmak üzere bütün hukuki ilişkinin ispatına gerek yoktur. Ancak bu alacak hakkı bir hukuki işlem olarak kabul edilen sözleşmeden doğduğu için bu alacak hakkı da senetle ispat edilmek zorundadır. İşte sözleşmenin senetle ispatı ifadesin de sözleşmeden doğan alacak hakkının senetle ispatını anlamak gerekmektedir. Ancak sözleşme konusu hakkın değeri kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa, senetle ispat kuralının niteliği gereği, sözleşmenin tüm hükümlerinin de senetle ispatı gerekmektedir.

15 **DEYNEKLİ**, Adnan, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006, s. 14 vd.

16 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 725. Örneğin; "(…)Davacı tarafından dosyaya sunulan ve davalı tarafından imzası inkar edilmeyen belgede yazılı "Liay Vakfından kiralamış olduğumuz Spor Merkezinin gerekli olan paranın, 195.000 $'ı S. G.'lardan aldım ve kalan bakiye olan 196.500 $'ı S. G.'lardan elden aldım" ibaresi, **davacının davalıya ödünç verdiğini kanıtlamaya yeterli değildir**. Davalının açık muvafakati olmadığından yine taraflar arasında HUMK'nun 293/1. (HMK'nun 203/1.) maddesinde sayılan akrabalık ilişkisi de bulunmadığından, HUMK'nun 288. (HMK'nun 200.) maddesi gereğince miktar itibariyle olayda tanık dinlenemez. Davacı, davalıya ödünç verdiğini yasal delillerle ispat edememiştir(…) Yarg. 13. HD, T. 18.1.2015, E. 2014/5419, K. 2015/550(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 7.09.2015).

mi ispatı bakımından senet için aranan maddi şartları tam olduğu hâlde o hukuki ilişki hakkında tereddüte yer bırakmayacak şekilde bir bilgi içermiyorsa o belge, o hukuki işlemin ispat bakımından "senet" olarak değerlendirilemez. Ancak bu belge aleyhine kullanılacak kişi tarafından düzenlenmiş olduğundan, şayet hukuki işlemin varlığını muhtemel gösteriyorsa bu hukuki işlem bakımından delil başlangıcı teşkil edecektir[17].

b. Yemin

Yemin, vakıanın doğruluğu hakkında tarafın kanunda gösterilen usule uygun olarak yaptığı kesin delil niteliğini haiz açıklamadır[18]. Yemin deliline çekişmeli vakıa bakımından ispat yükü kendisine düşen taraf başvurabilir[19]. Bu delile hakim tarafından re'sen başvurulamaz. Yemin delilinin söz konusu olabilmesi için yemin deliline başvuracak tarafın öncelikle bunu dilekçeler aşamasında o vakıa bakımından yemin deliline dayandığını belirtmesi ve Kanunda gösterilen usule uygun olarak karşı tarafa yemini teklif etmesi gerekmektedir(HMK m. 119/f. I/b. f ve HMK m. 227,228).

Şayet taraf çekişmeli vakıayı aydınlatmak için yemin delili dışında diğer delillere de dayanmışsa, mahkeme öncelikle bu delilleri inceleyecek şayet mahkeme ispat yükü kendisine düşen tarafın vakıayı aydınlatmadığı kanaatine varırsa bu taktirde ispat yükü kendisine düşen taraf diğer tarafa yemin teklif edebilecektir. Diğer delillerle çekişmeli vakıa aydınlatılmışsa yemin deliline başvurulmasına gerek kalmayacaktır[20].

Yargılamada yalnızca taraflar yemin teklif edebilir. Fer' i müdahilin yemin teklif edip edemeyeceği tartışmalıdır[21]. Kanaatimizce Türk Hukukunda fer'i müdahilin

---

17 **KONURALP**, Delil Başlangıcı, s.120. Örneğin zamanaşımına uğramış kambiyo senetleri yahut imza mevcut olduğu hâlde diğer unsurları taşımadığından kambiyo senedi niteliğini haiz olmayan kambiyo senedi denemelerinde durum bu şekildedir. Bunlar temel ilişkiyi doğrudan doğruya göstermese de böyle bir temel ilişkinin varlığı konusunda bir kanaat uyandırmaktadır. "(…)Bu durumda takip dayanağı zamanaşımına uğramış bono, temel ilişki yönünden yazılı delil başlangıcı niteliğinde olup, davacı tarafın buna dayalı olarak tanık dinletme hakkı bulunmaktadır. O nedenle genel hükümlere göre davacı tanığı dinlenerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, yanılgılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir(…)" Yarg. 3. HD., T. 25.3.2010, E. 2010/1655, K. 2010/5088; "(…)Zamanaşımına uğramış bono yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belgedir. Davacının , davalıların miras bırakanı H. K. ile aralarında temel ilişki olduğunu her türlü delille ispatlaması mümkündür(…)" Yarg. 19. HD., T. 5.7.2012, E. 2012/7012, K. K. 2012/11237(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.3.2015); "(…)Gerçekten keşide yeri olmadığı için çek niteliğinde olmayan belge altında davalının imzası vardır ve belge lehtar Cemalettin adına havaleyi içermektedir. Böylece belge yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Bu nedenle davacı esas ilişkiyi ve davalının lehtara borcu olduğunu tanıkla ispat edebilir(…)" Yargıtay 13. HD, T. 2.12.1986, E. 1986/5433, K. 1986/5976(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 6.3.2015).

18 **YILMAZ**, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 25.

19 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 761.

20 **YILMAZ**, Yemin, s. 69.

21 **ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 685.

taraf değil ancak belli şartlar altında yanında davaya katıldığı tarafın takip yetkisini kullanan taraf yardımcısı olduğu düşünüldüğünde[22], fer'i müdahilin yemin teklif edemeyeceği sonucuna varmak gerekir[23].

Yeminin konusu yargılamadaki çekişmeli vakıalardır. Buradan anlaşılmaktadır ki bu vakıa bir hukuki işlemin unsuru olabileceği gibi senetten farklı olarak bir hukuki fiile ilişkin de olabilir[24]. Bu husus yemini, senet delilinden ayırmaktadır. Her iki delil türü de birer kesin delil olmakla beraber senet yalnızca aynı zamanda hukuki işlem de olan vakıaları temsil edebilirken yeminin kapsamı daha geniş olup vakıanın bir hukuki işlem veya hukuki işlemin bir unsuru olmasına gerek yoktur.

Ayrıca her çekişmeli vakıanın da yeminin konusunu oluşturması mümkün değildir. Kanunda hangi vakıaların yeminin konusu olamayacağı açıkça belirtilmiştir(HMK m. 225 ve m. 226).

c. Kesin Hüküm

Kesin hüküm şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm hükmün denetlenmesi amacıyla başvurulacak kanun yollarının tükenmesi veya hükme karşı başvurulacak herhangi bir olağan kanun yolunun mevcut olmaması manasına gelmektedir[25].

Şekli anlamda kesinleşmiş bir hükmün maddi anlamda kesin hüküm kuvvetine sahip olabilmesi için ilk davanın ve ikinci davanın taraflarının, dava sebebinin ve ilk davadaki hüküm fıkrasıyla ikinci davadaki talep sonucunun aynı olması gerekmektedir (HMK m. 303). Bu taktirde ikinci dava maddi anlamda kesin hükmün bulunması sebebiyle görülemeyecek ve usulden reddedilecektir (HMK m. 115/f.II). Kesin hükmün kesin delil olmasının sebebi kanunun mahkeme kararına kesin hükmün objektif sınırları içinde kabul edilen vakıayı temsil kabiliyeti tanımış olmasıdır[26].

Kesin hükmün kesin delil niteliğini haiz olabilmesi için öncelikle tarafları ve dava sebebi aynı olan iki davanın bulunması gerekmektedir, farklı olan husussa dava konusudur[27]. Kesin hükmün kesin delil teşkil edebilmesi için iki davanın da tarafla-

---

22 **PEKCANITEZ**, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 41-42.

23 **BİLGE**, Necip, Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü baskı, Ankara 1978, s. 589. ; **YILMAZ**, s. 67. ; **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: III, İstanbul 2001, s. 2491.

24 **BİLGE/ÖNEN,** s. 596.

25 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 712-713.

26 **KONURALP**, Sınırlar, s. 12

27 **AKKAN**, Mine, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Özel Sayı 2009, Cilt: 11, Basım Yılı: 2010, s. 18.

rının aynı olması gerektiğinde şüphe yoktur[28]. Şayet tarafları farklı iki ayrı dava söz konusuysa bu hâlde ilk davada verilmiş hüküm kesin delil oluşturmaz[29].

Bir başka değinilmesi gereken noktaysa kesin hükmün objektif sınırları bakımındandır. Kesin hükmün davada ispata muhtaç vakıa bakımından kesin delil teşkil edebilmesi için objektif kapsamına bu vakıa tespitinin girmesi gerekir[30]. Aksi hâlde o vakıa bakımından kesin hüküm bir kesin delil teşkil etmeyecektir. Kesin hükmün objektif kapsamıysa kural olarak hüküm fıkrasıyla sınırlıdır[31]. Buna göre kesin hükmün ispata muhtaç vakıa bakımından kesin delil teşkil edebilmesi için o vakıa tespitinin hüküm fıkrasında yer alması gerekecektir. Ancak bazı hâllerde gerekçe de kesin hükmün objektif kapsamına dahil olmaktadır[32]. İşte bu hâllerde vakıa hüküm fırkasında tespit edilmese bile kesin hükmün objektif sınırlarına dahil olan gerekçede

---

28 **YILDIRIM**, s. 224.

29 Ancak Yargıtay, bu hâllerde ilk dava verilmiş kesinleşmiş hükmün ikinci davada kesin delil oluşturmasa da güçlü bir takdiri delil teşkil ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca güçlü delilin aksi de başka bir güçlü delille ispatlanabilecektir.
"(…)Öte yandan yanlar arasında, koşulları usulün 237. maddesi hükmünde öngörülen biçim ve nitelikte kesin hükmün varlığının belirlenmesi halinde, aynı taşınmaz yada taşınmazlara ilişkin sonraki günlü uyuşmazlıkların önceki günlü kesin hükme göre çözümlenmesinin zorunlu olduğu kesin hükmün akti ve irsi haleflerini bağlayacağı düşünülmemiştir. Kaldı ki sözü edilen ilamlar kesin hüküm oluşturmasa bile güçlü delil niteliğindedir. Kuşkusuz güçlü delilin aksi daha güçlü delillerle kanıtlanabilir(…)" Yarg. 7. HD, T. 23.5.2005, E. 2005/1663, K. 2005/1592(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 29.3.2015). Şüphesiz ispat hukukunda hakimin takdir yetkisini belirleme bakımından kesin delil ve takdiri delil olmak üzere iki tür delil türü bulunmaktadır. Kesin delil teşkil etmeyen tüm delillerse birer takdiri delildir. Kesin delilde tespit edilmiş hususların aksi yalnızca başka bir kesin delille ispata elverişliyken takdiri delillerin aksi her türlü takdiri delille ispat edilebilir. Güçlü delilin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekirse: Akcan, güçlü delilin bir takdiri delil olduğunu ifade etmektedir(**AKCAN,** Recep, "Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 23). Yargıtay'ın diğer takdiri delillerden daha kuvvetli olarak nitelendirdiği güçlü delili şu şekilde anlamak gerekir: Vakıa şekli anlamda kesinleşmiş bir hükümle tespit edilmiş olduğu için vakıanın mevcudiyeti konusunda kuvvetli bir fiili karine mevcuttur. Fiili karinelerse hâkimin delilleri değerlendirmesiyle ilgili bir hususdur; o hâlde hâkim delilleri değerlendirirken aslında bir takdiri delil niteliğinde olan mahkeme ilâmını öncelikle göz önünde bulundurmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki yalnızca mahkeme ilâmı başlı başına vakıayı ispat etmeye yeterli olamayacağından hâkim başka takdiri delilleri de güçlü delil teşkil eden mahkeme ilamıyla birlikte incelemelidir. "Güçlü delilin aksinin yalnızca güçlü bir delille ispat edileceğine" ilişkin ifadeden de güçlü delilin varlığıyla vakıanın mevcudiyeti yönünde oluşan kuvvetli fiili karinenin hâkim nazarında çürütülmesi için temsil kabiliyeti yüksek takdiri delillere ispatının gerekli olmasını anlamak gerekir. Buna göre tarafları aynı olmayan bir dava kullanılan ilk davada verilen kesinleşmiş hüküm yalnızca hâkimin delilleri değerlendirmesi hususunda kuvvetli bir fiili karine yaratır; yoksa bu ilâm da bir takdiri delildir ve karşı ispat faaliyeti de şüphesiz takdiri delillerle gerçekleşebilecektir. Fiili karinelerin hukuki niteliği hakkında bkz. **TOPUZ**, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 121 vd.

30 **AKKAN,** a.g.m**.**, s. 17.

31 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 718.

32 **ÖZKAYA-FERENDECİ**, Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 50.

tespit edilmişse kesin hüküm ispata muhtaç vakıa bakımından kesin delil kuvvetini haiz olacaktır.

Kesin hükmün kesin delil olmasının sebebi, kanunun mahkeme hükmüne bir gerçeklik tanımış olmasıdır[33]. Bu sebeple kesin hükmümle yapılan vakıa tespitinin aksinin ispat edilebilmesi mümkün değildir[34]. Bir başka deyişle kesin hükmün objektif kapsamı içindeki vakıa tespiti aksi ispat edilemez bir karine oluşturur ve hâkimin bu vakıa tespitiyle bağlı olmasını zorunlu kılar[35].

2. Senedin Hukuki İşlemle Olan Sıkı Bağlantısı Ve Kesin Deliller İçindeki Özel Durumu

Kesin delilin temsil ettiği vakıalar bir hukuki işlem olabileceği gibi hukuki fiiller de kesin delilin konusunu oluşturabilecektir. Ancak burada kesin deliller içerisinde bir ayrım yapmak gerekecektir. Yemin ve kesin hüküm bütün vakıaları temsil kabiliyetini haizken, senet niteliği gereği yalnızca hukuki işlem şeklindeki vakıaları temsil edebilir[36]. Bu husus HMK m. 200 ve HMK m. 201'in lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. Özelikle HMK m. 201 senedin hukuki işlem oluşturan vakıaları temsil ettiğini ifade etmektedir. O hâlde senet dışındaki diğer kesin delillerin muhtevasına hukuki işlem teşkil etsin etmesin bütün vakıalar girecektir. Ancak kanunda gösterilen parasal sınırı aşan bir hukuki işlem söz konusuysa, bu yalnızca kesin delille ispat edilebilir. Hâlbuki diğer vakıalar takdiri delillerle dahi ispat edebilecektir. Buna göre kesin delilin zorunlu muhtevasını kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemler oluşturur; senetse diğer kesin delillerden farklı olarak yalnızca bir hukuki

---

33 **ARSLAN**, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6, s. 723.

34 Akkan, kesin hükmün kesin delil olma niteliğinden ziyade kesin hükmün bağlayıcılığı kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunun zira kanunun kesin hükme bir kanuni gerçeklik tanıdığı düşünüldüğünde diğer kesin delillerden farklı olarak kesin hükmün aksinin ispatının mümkün olmadığı halbuki "bağlayıcılık" kavramıyla kesin hükme, kesin delilden daha kuvvetli bir etki tanındığını ifade etmektedir(**AKKAN**, a.g.m., s. 8).

35 Kesin hükmün bu etkisi doktrinde, "olumlu etki" olarak ifade edilmektedir. Kesin hükmün iki etkisi söz konusu olmaktadır. Kesin hükmün birinci etkisi tekrar yasağını içine alan kesin hükmün olumsuz etkisidir. Olumsuz etki sebebiyle ikinci yargılama esasa girilmeden usulden reddedilmek gerekir. Dolayısıyla kesin hükmün olumsuz etkisi dava şartı niteliğini haiz kesin hüküm bakımından geçerlidir. Hâlbuki kesin hükmün olumlu etkisi ilk yargılamada verilmiş kesin hükümle ikinci yargılamayı yürüten hâkimin bağlı olmasını ifade eder. Yani kesin hükmün olumlu etkisi söz konusuysa kesin hüküm dava şartı niteliğini değil; ve fakat kesin delil niteliğini haizdir. Başka bir deyişle hâkim bu hâlde davayı usulden reddemeyecek ancak kesin hükmün objektif kapsamında kalan vakıa tespitleriyle bağlı olacaktır. Bu konuda bkz. **De VAN,** Juliana KARILA, Chose Jugée,Répertoire de procédure civile, Editions Dalloz, 2008, s.2.

36 BERKİN' e göre de senetler genel olarak bir akdin doğurduğu borçları gösterirler(**BERKİN**, s. 12).

işlemi[37] yahut hukuki işlemin unsurlarını temsil edebilir[38]. O hâlde senet temsil edebileceği vakıalar bakımından diğer kesin delillerden ayrılmaktadır. Senet her türlü vakıayı temsil edemeyecektir. Belirttiğimiz gibi "senetle ispat zorunluluğu" ifadesi yerine "kesin delille ispat" zorunluluğu ifadesinin kullanılması daha isabetlidir. Zira kesin hükmün özel durumu haricinde kesin deliller arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir. Ancak senetle ispat zorunluluğu ifadesinin de kendi içerisinde bir tutarlılığı vardır. Burada ifade edilmek istenen tarafların hukuki işlem tesis edildikten sonra ve fakat uyuşmazlık henüz ortaya çıkmadan önce hukuki işlemi temsil eden bir senet tanzim etme zorunlulukları olduğudur. Senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu hâllerde taraflar hukuki işlem için senet tanzim etmezlerse hukuki işlem ispat edilmemiş sayılacağından ispat yükü kendisinde olan taraf davayı kaybedecektir. O hâlde uyuşmazlıktan önce senet tanzim etmek Kanun tarafından taraflara getirilmiş bir usuli yüktür[39]. Senet haricindeki diğer kesin delillerinse zaten uyuşmazlıktan önce oluşturmaları mümkün değildir. Yalnızca niteliği gereği senet gerçek anlamda bir uyuşmazlık öncesi delil (preuve préconsitituée) niteliğini haizdir[40]. Bu yönüyle de senetle ispat zorunluluğu ifadesi kendi içinde bir tutarlılık arz etmektedir zira usuli yükün konusu kesin delil oluşturmak değil senet tanzim etmektir.

II. Kesin Delille İspat Bakımından Hukuki İşlemlerin İncelenmesi

1. Hukuki İşlemin ve Unsurlarının İspatı

Hukuki işlem, hukuk süjelerinin irade beyanıyla hukuk âleminde sonuç yaratmasıdır[41]. Bir hukuki işlemin söz konusu olabilmesi için hukuk süjesinin amacının

---

37 Senet deliliyle hukuki işlem arasındaki bu sıkı bağlantı Yargıtay'ın bazı kararlarında görmezden gelinmektedir. Yargıtay bir kararında tebligat tutanağının aksinin yalnızca yazılı delille ispat edilebileceğine karar vermiştir: "(…)Borçluya gönderilen ödeme emri tebligat parçası üzerindeki şerhte örnek 7 ödeme emri ile birlikte yenileme emrinin bulunduğu yazılıdır. Borçlu tarafından tebliğ zarfının üzerindeki kaydın aksi yazılı bir belge ile ispat edilememiştir. Tebligatın yapıldığı muhtarlıktan sorulmak sureti ile tebliğ zarfının içinde ödeme emrinin bulunmadığı sonucuna gidilemez(…)" Yarg. 12. HD, T. 18.4.2013, E. 2013/5653, K. 2013/15058(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.09.2015). Tebligat tutanağı muhtevasının gerçekliği bakımından bir karine oluşturur(**MUŞUL**, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 2014, s. 22). Ancak tebligat tutanağı bir hukuki işlemi ihiva etmez; bir hukuki işlemi ihtiva etmeyen tebligat tutanağının aksinin de senetle ispat edilmesi, senedin hukuki işlem olan sıkı bağlantısı gereği, mümkün değildir. Tebligat tutanağı ise kanun tarafından kesin delil karakterinde kabul edilmediği için kanuni delillerin ispat kuvvetine(plein force probante) sahip değildir. Bu hâlde tebligat tutanağının aksi her türlü delille ispatlanabilir.

38 MOURALİS de benzer bir akıl yürütmeyle aynı sonuca varmaktadır. Yazara göre senet bir uyuşmazlık öncesi oluşturulan delildir ve kanun hukuki işlem olmayan vakıalar bakımından uyuşmazlık öncesi delil üretmeye cevaz vermemektedir (**MOURALİS**, s. 34).

39 Usuli yük, tarafların yükün gereklerini yerine getirmemeleri hâlinde davayı kaybetmeleri yahut davayı kazanma şanslarının azalması olarak tanımlanmaktadır (**ERDÖNMEZ**, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 98).

40 **COSTE,** Régis, De La Preuve Littérale En Matière Civile, Paris 1871, s. 138.

41 **BRENNER**, Claude, Acte Juridique,Répertoire de droit civil, Editions Dalloz, Janvier 2013, s. 5; **İMRE**, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1980, s. 223.

hukuk âleminde sonuç yaratmak olması[42] ve ayrıca oluşan sonuçla irade beyanın altında yatan saikin paralel olması gerekmektedir[43]. Hâlbuki hukuki işlem benzeri fiillerde de bir irade beyanı söz konusu olmaktaysa da burada meydana gelen sonuç hukuki işlemle meydana gelen sonucun aksine tesadüfidir. Hukuk süjesi meydana gelen sonucu arzu etmemiş, hatta bu sonucu bilmiyor olsa dahi bu irade beyanına hukuk düzeni tarafından bir sonuç bağlanmışsa hukuki işlem benzeri fiillerden söz etmek gerekecektir[44].

Hukuki işlemin iki unsuru bulunmaktadır. Birinci unsur irade beyanının bulunması, ikinci unsursa bu irade beyanına hukuk düzeni tarafından bağlanan bir sonucun mevcut olmasıdır[45].

Hukuki işlemlerin kesin delillerle ispat zorunluluğunu bu unsurlar bakımından da incelemek gerekmektedir. Zira kesin delille ispat zorunluluğu hukuki işlemin bir bütün olarak ispatını da gerektirmektedir. Hâkim uyuşmazlık konusu hukuki işlemin niteliğine göre öncelikle unsurlarını tespit edecek ve bu unsurların tamamı kesin delille ispat edilmedikçe vakıa ispat edilmemiş sayılacaktır. Bu tespitse elbette her uyuşmazlığa göre farklılık gösterir. Her hukuki işlemin kendine göre unsurları olabilir. Örneğin sözleşmeler bakımından karşılıklı irade beyanlarının uyuşması da aranmaktadır[46]. Bu hâlde ispat yükü kendisinde olan taraf bir icabın ve kabulün mevcudiyetini kesin delille ispat etmek durumunda kalacaktır. Bunun sebebi icap ve kabulün birer hukuki işlem olması değil, bunların hukuki işlem olan sözleşmenin unsuru olmasıdır.

Zımni irade beyanı esasen bir davranıştan[47] ibaret olduğu için zımni irade beyanın söz konusu olduğunda hukuki işlemin (sözleşmenin) kesin delille ispatının çok zor olacağı buna bağlı olarak zımni irade beyanının varlığında hukuki işlemin takdiri delillerle ispatının mümkün olması gerektiği akla gelebilecektir. Kanaatimizce bu husus senetle ispat zorunluğunun tesis ediliş amacı üzerinden açıklanmalıdır. Senetle ispat zorunluluğunun kabul edildiği sistemlerde amaç güvenilir ve vakıayı temsil kabiliyeti yüksek bir delilin mevcudiyetini sağlamaktır. Bu delilse hiç tereddütsüz "uyuş-

---

42 **SAYMEN**, Ferit H. , Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler, Cilt 1, yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1956, s. 291.

43 **OĞUZMAN**, M. Kemal, Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, 20. Bası, İstanbul 2014, s. 171 ; **ENGEL**, Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions Générales du CO, Edition 2, Bern 1997, s. 138; **CANBOLAT**, Ferhat, "Hukuki İşlemlerde Amaç", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.1, Y.2012, s. 64-65.

44 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, 5. basıdan 6. tıpkı bası, İstanbul 2014, s. 84.

45 **DURAL**, Mustafa, Suat SARI, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, İstanbul 2014, s. 195.

46 **DURAL/SARI**, a.g.e., s. 195. ; Aksi taktirde bir hukuki işlem mevcut olmadığından "yokluk" yaptırımından söz etmek gerekecektir(**OĞUZMAN**, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, s. 50).

47 **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 189.

mazlıktan önce" hazırlanmış olmalıdır. Ancak uyuşmazlıktan önce hazırlanmış olan bir delil kanun koyucunun aradığı nispette güvenilir[48] ve vakıayı temsil kabiliyetini haiz olacaktır. Bu hâlde delillerin değerlendirilmesi hususunda kanuni delil sistemini kabul etmiş olan hukuk sistemlerinde tarafların kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemlerin ispatı bakımından "senet" tanzim etme şeklinde usuli bir yükleri bulunmaktadır. Bu usuli yükün yerine getirilmemesinin yaptırımıysa ispat yükü kendisinde olan tarafın vakıayı ispat edememesi ve ispatsızlığın riskine[49] katlanması olarak ortaya çıkar. Bu sebeple bir tarafın zımni irade beyanında bulunması o hukuki işlemin maddi hukuk anlamında geçerliliğini etkilemese de usul hukuku bakımından tarafların senet tanzim etmemesi hâlinde hukuki işlemin ispat edilmemiş olması sonucunu doğuracaktır. Buna göre irade beyanın zımni olması vakıa bakımından geçerli olan senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmaz[50].

İncelenmesi gereken bir başka husus hukuki işlem benzeri fiillerin kesin delille ispatının gerekip gerekmediği meselesidir. Zira doktrinde hukuki işlem benzeri fiillere, hukuki işlem için kabul edilen esasların kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir[51]. Hukuki işlem benzeri fiillin, hukuki işlemden farkı bunlarda irade beyanında bulunan kişinin belli bir hukuki sonuç oluşturmak istemesine gerek olmamasıdır[52], istenen olsa olsa bir fiili sonucun oluşmasıdır[53].

Hukuki işlemle; hukuki işlem benzeri fiillerin ortak noktası ise ikisinde de bir irade beyanın mevcut olmasıdır. İşte bu sebeple hukuki işlem benzeri fillere hukuki işlemlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Örneğin meydana getirdiği irade beyanıyla arzusundan bağımsız bir sonuç doğuran kişinin de işlem ehliyetine sahip olması gerekecektir[54]; zira her ne kadar oluşan sonucu bilmiyor hatta istemiyor olsa dahi kanun bu irade beyanına bir sonuç bağlamaktadır: Buna göre işlem ehliyetini haiz olmamasına rağmen irade beyanında bulunan kişinin bu beyanına sonuç bağlanması mümkün değildir. Ancak hukuki işlem benzeri fillere kıyasen uygulanacak hükümler bunların niteliği gereği maddi hukuka ilişkin hükümlerdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise açıkça hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi gerektiğini ifade

---

48 LAGARDE da uyuşmazlık öncesinde hazırlanmış bir delilin vakıanın gerçekleştiği konusunda en ufak bir kuşku bırakmadığını ifade etmektedir(**LAGARDE**, Xavier, Réflexion Critique Sur Le Droit de la Preuve, Paris 1994, s. 294).

49 Bu hâlde ispatsızlığın riski, ispat yükünü taşıyan tarafın davanın aleyhine sonuçlanmasına katlanmasıdır(**FERRAND**, s. 66).

50 **POSTACIOĞLU**, Şehadet, s. 75; **UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 592.

51 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 85.

52 TUNÇOMAĞ bu hususu " hukuki sonucun açıklanan iradenin konusundan doğmaması" olarak ifade etmektedir. (**TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 131).

53 **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Bası, İstanbul 1976.

54 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 85.

etmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi senet uyuşmazlık öncesi hazırlanan bir delil türüdür, zaten niteliği gereği de ancak uyuşmazlık öncesi hazırlanabilecektir. Zira taraflar bir hukuki sonucun oluşmasını istemişler, bu hukuki sonucu oluşturmuşlar ve usul hukuku kuralları gereği de iradeleri çerçevesinde oluşan hukuki sonucun ispatı için senet tanzim etmişlerdir. O hâlde senedin tabi muhtevası tarafların irade neticesinde oluşan hukuki sonuçtur. Bir tarafın irade beyanı sonucunda oluşacak hukuki sonucu bilmeksizin senet tanzim ediyor olması mümkün görünmemektedir. Bu sebeple hukuki işlem benzeri filler, nitelikleri gereği senet deliline yabancıdır[55].

Fransız hukukundaysa bu husus doğrudan doğruya kanun tarafından ifade edilmiştir. C.C., Art. 1348/Al. II 'ye göre sözleşme benzeri işlemlerin (bunun hukuki işlem benzeri fiil olarak anlamak gerekir) ve haksız fillerin senetle ispat edilmesine gerek yoktur. Fransız doktrininde[56] hukuki fillerin uyuşmazlık öncesi oluşturan delillerle ispat edilmesinin hukuki fillerin sonucun taraflarca istenmemesi ve hatta çoğu hâlde bilinmemesi sebebiyle mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

2. Bazı Hukuki İşlemlerin Kesin Delille İspat Zorunluluğu Bakımından İncelenmesi

a. Sözleşmeler

Sözleşmenin varlığından söz edebilmek için tarafların asli edim yükü konusunda uyuşmaları gerekir[57]. Bu uyuşma icabın ve kabulün birbirine uygun olması manasına gelmektedir. O hâlde bu uyuşmanın temelini oluşturan icap veya kabul şeklindeki irade beyanlarının konusu kanunda gösterilen parasal sınırı aştığı taktirde kesin delille ispat edilmek zorundadır. Yukarıdaki tanım esasen borç sözleşmeleri bakımından geçerlidir; zira yalnızca borç sözleşmelerinde bir asli edim yükümü söz konusu olabilir[58]. Hâlbuki sözleşme kavramı daha geniş anlaşılmaktadır: Ayni akitler, miras sözleşmeleri de aslında geniş anlamda birer sözleşmedir[59]. Borç sözleşmelerinin ka-

---

55 Aynı yönde bkz. **UMAR**, s. 592; **YAVAŞ**, s. 204.
Nitekim Yargıtay da hukuki işlem benzeri fiillerin tanıkla ispat edilebileceğini ifade etmektedir. "(…)Gerçekten de ayıp ihbarı yapıldığı hususunun ispatı, eser sözleşmesi tacirler arasında kurulu olsa dahi herhangi bir şekle tabi olmayıp,**ihbar da bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olmakla** her türlü delille ispatı mümkün bulunmaktadır(…)" Yarg. 15. HD, T.19.03.2012, E. 2011/4254, K.2012/1689, YKD, C.38, S.10, Ekim 2012.

56 **FERRAND,** s. 87; **BEUDANT**, Robert, Paul LEREBOURS-PİGEONNİERE, Cours de Droit Civil Français, Seconde Edition, Tome IX, Paris 1953, s. 340. ; **MOUGENOT**, Dominique, Droit des Obligations, La Preuve, 3. Edition, 2002, s. 1341.

57 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 42; **TERCİER**, Pierre, Pascal PİCHONNAZ, Le Droit des Obligations, 5. Edition, Schulthess Editions romandes, 2012, s. 111.

58 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 97.

59 Fransız hukukunda iki kavramın karıştırılmasını engellemek için borçlar hukuku anlamında borç doğuran sözleşmelere "contrat" ; bu etkiyi haiz olmayan örneğin hakkı devreden veya sona erdiren sözleşmelereyse "convention" denmektedir. Bir başka deyişle "sözleşme" kavramından yalnızca borç sözleşmeleri anlaşılmakta borç sözleşmesi dışında kalan diğer sözleşmelereyse anlaşma

nunda gösterilen parasal sınırı aştığı durumlarda kesin delille ispatının gerektiğinde şüphe yoktur. Akla borç sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmelerin de kesin delille ispatının gerekip gerekmeyeceği gelmektedir. Borç sözleşmesi olsun veya olmasın tüm sözleşmeler birer hukuki işlemdir o hâlde kanunda gösterilen parasal sınırı aşan bütün sözleşmelerin[60] senetle ispatı gerekmektedir. Örneğin bir satım sözleşmesine dayalı olarak yapılan satılanın mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin ayni akitte şayet eşyanın değeri kanunda gösterilen parasal sınırı aşmaktaysa ayni akdin de kesin delille ispatı gerekmektedir. Ya da bir alacağı sona erdiren ibra sözleşmesinde şayet alacak hakkının değeri kanunda gösterilen sınırı aşıyorsa ibra sözleşmesinin ispatı bakımından da kesin delille ispat zorunluluğu söz konusu olacaktır.

Değinilmesi gereken bir başka nokta talep edilen haktan başka diğer sözleşme hükümlerinin senetle ispat kuralına tabi olup olmadığıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kanun koyucu senetle ispat zorunluğunu düzenleyerek uyuşmazlık öncesi delil kavramını kabul etmiştir. Buna göre taraflar hukuki işlemi yaptıkları sırada bunun delilini de hazırlamakla yükümlü oldukları için uyuşmazlık öncesi delil kavramının usul hukukunda düzenlenme biçimi olan senetle ispat zorunluluğu, hukuki işlem kavramıyla iç içedir. Sözleşmeyse bütün hükümleriyle beraber bir hukuki işlemdir. O hâlde sözleşmenin değeri kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa, bütün sözleşme hükümleri de[61] senetle ispat edilmek zorundadır[62]. Ancak ifade ettiğimiz husus sözleşmenin hükümleri bakımından geçerlidir. Tarafların sözleşmeyle doğrudan veya

---

(convention) denmektedir(**LATİNA**, Mathias, Contrat (Généralités),Réperoite civil, Editions Dalloz, 2013, s. 46).

60 "(…)Davacı taraf, davalının inşaatlarındaki mermer, PVC ve havuz imalâtlarını yaptığını ve bedelinin ödenmediğini iddia etmekte olduğundan iddiasını, müddeabihin miktarına göre 6100 sayılı HMK'nın 200. madde hükmü gereği senetle ispat etmek zorundadır. **Taraflar arasında akdi ilişkinin kurulduğunu ispat açısından** HMK'nın 202. maddesinde ifadesini bulan yazılı delil yada yazılı delil başlangıcı niteliğindeki bir belgeye dayanılmadığı gibi, aynı Kanun'un 200/2. maddesi gereğince davalı vekilince tanık dinlenmesine açıkça muvafakat edilmediğinden, dinlenen tanık beyanlarına göre de taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez(…)" Yarg. 15. HD, T. 28.5.2015, E. 2014/3791, K. 2015/2901(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 7.09.2015).

61 "(…)Bu gibi hallerde HUMK. nun 288. maddesi hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir. **Kira ödeme zamanı da** ihtara konu edilen kira parasının muaccel hale gelip gelmediğini göstermesi bakımından hukuki sonuç doğuran bir niteliğe sahip olup yıllık kira miktarı itibariyle HMUK'nun 288. maddesi gereği davalının rızası olmaksızın tanıkla kanıtlanması mümkün değildir(…)" Yar. 6. HD, T. 06.06.2006, E. 2006/4627, K. 2006/6393(www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 17.08.2015). Fransız Yargıtayı ise eski tarihli kararlarında sözleşmenin varlığının senetle ancak içeriğinin her türlü delille ispat edilebileceğine karar vermekteyken; özellikle son yirmi beş yıldır verdiği kararlarda sözleşmenin içeriğinin de senetle ispat edilebileceğine karar vermektedir. Tartışmalar ve ilgili kararların özetleri için bkz. **MESTRE**, Jacques, "Bilan de l'année 1989 pour l'article 1341 du code civil.", RTD Civ., Y. 1990, s. 79-80.

62 **UMAR**, s. 588, **KURU**, Usul, Cilt: II, s. 2208 ve 2210. Fransız Yargıtayı hukuki işlemin sebebinin hatalı tespit edildiğini iddia eden kişinin de bu iddiasını senetle ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir. Cours de Cassation, 1re Chambre Civile, 23 Février 2012, n° 11-11.230(www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 7.09.2015).

dolaylı olarak bağlantılı her fiilinin senetle ispat zorunluğuna tabi olması mümkün değildir. Özelikle tarafların sözleşmeyle bağlantılı olan eylemi bir hukuki işlem değil fakat bir hukuki fiilse bunun senetle ispat zorunluluğuna tabi olması mümkün değildir[63].

Sözleşmelerin ispatı bakımından özellik arz eden sözleşme tipi sürekli edimli sözleşmelerdir. Sürekli sözleşme, sözleşmenin ifasını belli bir zamana yayıldığı sözleşme tipidir[64]. İspat hukuku bakımından ortaya çıkan sorun ise sürekli sözleşmelerin senetle ispat sınırına tabi olup olmadığını saptayabilmek için sözleşmenin ihtiva ettiği hak veya şeyin değerinin hangi zaman aralığı esas alınarak belirleneceğidir.

POSTACIOĞLU, meseleyi kira sözleşmesi bakımından değerlendirmiş ve kira

---

63 Yargıtay'ın bu konuda ilgi çekici bir kararı mevcuttur. Zira kararın isabeti doktrinde kabul edilen görüşlere göre değişmektedir: "(…)Davacıdan satın aldığı malın ayıplı çıkması sonucu iade ettiğini savunan davalı, bu savunmasını kanıtlamakla yükümlüdür. **Yanlar arasındaki satım akdi bir hukuki işlem olması sebebiyle** davalının iade olgusunu H.U.M.K.nun 288 ve 289. maddeleri (H.M.K.200 md.)uyarınca kesin delillerle kanıtlaması gerekirken, mahkemece malların iadesinin hukuki fiil olarak kabul edilerek, üstelik davacı tarafın muvafakati da bulunmadığı halde takdiri bir delil olan tanık dinlenilmesi yoluna başvurulmak suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir(…)" Yarg. 19 HD, T. 19.6.2013, E. 2013/7376, K. 2013/11455 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.08.2015).
Karar öncelikle gerekçesi bakımından incelendiğinde, gerekçenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira iade eylemin senetle ispatı gerekip gerekmediği araştırılırken iade sebebinin bir hukuki işlem olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır, senetle ispat zorunluluğu bakımından araştırılması gereken husus iade eyleminin başlı başına bir hukuki işlem teşkil edip etmediğidir. İade bir hukuki işlem niteliğindeki satım sözleşmesine dayanmış olsa bile şayet bir "maddi fiil" olarak kabul edilirse bu hâlde iade eyleminin senetle ispat zorunluluğuna tabi olması mümkün değildir. İadenin bir maddi fiil olup olmadığıysa şu mülahazalara göre belirlenmektedir: Taşınır mülkiyetinin nakli bakımından illilik görüşü ve dönme teorileri bakımından da ayni dönme görüşü kabul edildiğinde, sözleşmeden dönme geçmişe etkili şekilde satım sözleşmesini sona erdireceğinden ve ayrıca taşınır mülkiyetinin naklinin geçerliği de satım sözleşmesinin geçerliliğine tabi olacağından esasen alıcıya söz konusu taşınırın mülkiyeti de hiç geçmemiş olacaktır. Bu hâlde alıcının sözleşmeden dönüp ayıplı malı iade etmesi bir tasarruf işlemi değildir, zira taşınırın maliki hâlen satıcıdır. Buna göre bir "maddi fiil" niteliğindeki malların iadesi eyleminin de senetle ispatına lüzum bulunmamaktadır. Bu faraziyede karar isabetsiz olmaktadır. Ancak hangi dönme teorisi kabul edilirse edilsin, taşınır mülkiyetinin geçişi bakımından mücerretlik görüşü kabul edilirse bu hâlde mülkiyet hâlâ alıcı da bulunduğu için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecek iade bir tasarruf işlemidir. Bu hâlde ayni sözleşmenin(tasarruf işleminin) konusunu oluşturan taşınır malların değeri Kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa bu hâlde bir hukuki işlem niteliğindeki iadenin de senetle ispatı gerekmektedir. Bu faraziyede de karar, sonucu bakımından, isabetli olmaktadır. Taşınır mülkiyetinin nakline ilişkin görüşler bakımından bkz. **ÖZEN**, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003, s. 82-85; **ERBEK**, Özge, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, C.I, Y. 2013, s. 943 vd. Sözleşmeden dönmeye ilişkin görüşler bakımından bkz. **BUZ**, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 118 vd.

64 **SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.4-5; **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 13-14.

sözleşmesinin varlığını iddia eden kişinin belirttiği sözleşme süresi üzerinden sözleşmenin konusunun değerinin hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir[65].

YAVAŞ ise meseleyi kira sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi bakımından değerlendirmekte ve ispat sınırının belirlenmesinde, sözleşme konusunun değerinin yıllık kira sözleşmesi veya yıllık hizmet sözleşmesi üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmektedir[66].

Yargıtay da kira sözleşmesi bakımından yıllık kira değerinin ispat sınırını belirlemede esas alınması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır[67].

Yargıtay kira sözleşmesinin senetle ispat sınırı bakımından uyguladığı bir yıllık kira sözleşmesinin nazara alınması gerektiği yönündeki fikrini herhangi bir teorik temele dayandırmamaktadır. Bu durumda taraflar kira sözleşmesi akdetmişler fakat bir süre belirlememişlerse tarafların kira sözleşmesini ispat bakımından neden bir yıllık kira süresi sonucunda ortaya çıkacak kira miktarını dikkate alınması gerekeceği sorusu cevapsız kalmaktadır.

Kanaatimizce bu tip sözleşmelerde ispat sınırını tayin edebilmek için sürekli edimli sözleşmeler bakımından da bir ayrım yapmak gerekmektedir. Şayet belirli süreli bir sürekli edimli sözleşme söz konusuysa hukuki işlem (sözleşme) konusu hakkın değeri tarafların öngördüğü süre temel alınarak belirlenecektir. Örneğin taraflar 4 aylık belirli süreli hizmet sözleşmesi akdetmişlerse ve işçinin aylık ücreti 1200TL olarak belirlenmişse, sözleşmeyi konu alan herhangi bir uyuşmazlıkta sözleşmenin varlığını ispatla mükellef olan taraf işçinin dört aylık toplam ücreti senetle ispat sınırını aştığı için hizmet sözleşmesini de senetle veya diğer kesin delillerle ispat etmekle yükümlüdür. Buraya kadar zikredilen görüş belirli yahut belirsiz süreli sözleşmenin yargılama sırasında da devam ettiği hâller bakımından geçerlidir. Sürekli edimli sözleşme ister belirli süreli isterse belirsiz süreli olmuş olsun, herhangi bir sebeple sona ermişse, sözleşmenin değeri de hüküm ifade ettiği zaman aralığı nazara alınarak belirlenecektir[68].

---

65 **POSTACIOĞLU**, Şehadet, s. 109-110.

66 **YAVAŞ**, s. 106-107.

67 "(…)Yıllık kira parası dikkate alındığında, H.U.M.K.nun 288. maddesi gereğince kira parasını davacılar ancak yazılı belgeyle kanıtlayabilir. Davacılar, takip konusu aylık kira parasını yazılı belgeyle kanıtlayamamışlardır(…)" Yarg. 6.HD, T. 27.6.2013, E. 2012/16187, K. 2013/11241; "(…)Davada dayanılan sözlü kira sözleşmesi ve kira ilişkisi inkar edildiğine göre, kira ilişkisinin varlığı ve unsurları kiralayan tarafından kanıtlanmalıdır. Davacı davalıyla yapılmış yazılı bir kira akdi sunamamıştır. Davacı tarafından iddia edilen yıllık kira miktarına göre kira ilişkisinin varlığı ancak kesin delillerle ispatlanabilir(…)"Yarg. 6.HD, T. 12.10.2011, E. 2011/6115, K. 2011/10718(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.07.2015).

68 "(…)Dolayısıyla her ne kadar emsal olarak bildirilen ücretlere göre davacının 13.10.2006-01.03.2007 tarihleri arasında aylık net 800,00 TL ücretle çalıştığının tespitine karar verilmiş ise de; Davalı tarafça dosyaya sunulan imzalı belirsiz süreli iş sözleşmesinde ücretin 450,00 TL olarak kararlaştırılması ve 02.03.2007-04.02.2008 tarihleri arasında aynı ücretle kuruma bildirim yapılması karşısında; davacı tarafından iddiasını i**spat eder nitelikte yazılı belgelerin olup**

Sona ermemiş belirsiz süreli sözleşmeler bakımındansa sözleşme konusu hak veya şeyin değeri, sözleşmenin kurulduğu tarih ile dava tarihi arasındaki zaman dilimi göz önüne alınarak belirlenmelidir. Zira taraflarca sözleşmeye dayalı olarak talep edilen hak, bu süre içerisinde doğmuştur. Belirsiz süreli bir sözleşmenin hangi zaman dilimine kadar hüküm ifade edeceğini tespit etmek, belirsiz süreli sözleşmenin tabiatı gereği mümkün değildir[69], öyle ki belirsiz süreli sözleşmeler kanun veya sözleşme hükümleri gereği feshedilebilmektedirler. Belirsiz süreli sözleşmenin bu niteliği göz önüne alındığında, ispat sınırının tayini bakımından en isabetli zaman dilimi sözleşmenin akdedildiği zaman ile sözleşmeye dayalı olarak talebin gerçekleştiği yani davanın açıldığı tarihtir.

d. İnanç Sözleşmesi

İnanç sözleşmesi, bir mal veya hakkı inanılan kişiye yeniden devredilmek üzere ne kazandıran hukuki işlemlerdir[70]. İnanç sözleşmeleri, özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından medeni hukuka ve usul hukukuna özgü sorunlara yol açsa da[71], doktrin[72] ve Yargıtay[73] tarafından bu tür sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bir borç sözleşmesi niteliğinde olan inanç sözleşmelerinin değeri de Kanunda gösterilen parasal sınırı aşmaktaysa, sözleşme konusu hakkın ve tüm hükümleriyle beraber sözleşmenin de senetle veya diğer kesin delillerle ispatlanması gerektiğine ilişkin bir tereddüt yoktur.

Ancak taşınmaz mülkiyeti olan teminat amaçlı[74] inanç sözleşmelerinde inanılanın, inanana şartın gerçekleşmesi durumunda taşınmazın mülkiyetini devredeceğine yönelik taahhüdünün, taşınmaz mülkiyetinin devir şekli olan resmi şekil içerisinde

---

olmadığı, buna göre ücrete ilişkin belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı yöntemince araştırılmalı ve toplanan deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir(…)"Yarg. 10. HDT. 12.02.2013, ,E. 2013/346, K. 2013/1964(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 16.08.2015).

69 **SELİÇİ**, s. 111-112.

70 **EREN**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 229; **SİRMEN**, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 354.

71 Konusu taşınmaz mülkiyetinin devri olan inanç sözleşmelerinin yarattığı sorunlar bakımından bkz. **ÖĞÜZ**, Tufan, "İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi", İKÜHFD, Aralık 2005 Sayısı, s. 127 vd.

72 **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 365.

73 "(…)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 şartlarını içeren borçlandırıcı bir işlemdir(…)" Yarg. 14. HD, T. 25.11.2014, E. 2014/8999, K. 2014/13371(www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 21.08.2015).

74 Teminat amaçlı inancı işlemlerde, sözleşmenin tarafları teminat hukukunun alanındaki şahsi veya ayni teminatlardan yararlanmak yerine geciktirici şarta bağlı bir inanç sözleşmesi akdetmektedirler (**UYGUR**, Atiye B., "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1,2, Y. 2006, s. 186).

yer almadığı hâllerde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusunda tereddüt vardır. Yargıtay bu gibi hâllerde 1947 tarihli ve 20/6 sayılı içtihadı birleştirmene kararına atıf yaparak "mülkiyeti devir borcunun" kesin delille ispatlanabileceğini ifade etmektedir[75].

Geçerlilik şekli sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi hususuyla ilgiliyken, ispat şekli ilgili sözleşmenin ve sözleşmenin hükümlerinin ispatıyla ilgilidir. Başka bir deyişle geçerlilik şekli bir maddi hukuk müessesesiyken ispat şekli bir usul hukuku müessesesidir. Şeklin muhtevasına sözleşmenin objektif esaslı noktaları ve sübjektif esaslı noktalarının girdiğine de şüphe bulunmamaktadır. O hâlde şartın gerçekleşmesiyle birlikte inanılanın, sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetini inanana devredeceğine ilişkin hükmün de, bunun taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurduğundan hareketle şeklin kapsamına girmesi; yani taşınmaz mülkiyetinin devrini hedef tutan sözleşmelerin resmi şekilde yapılmak zorunda olduğundan inanç sözleşmesinin de remi şekilde yapılması gerekmektedir[76]. Bu gerekçelerle Yargıtay'ın ispat hukuku müesseseleri üzerinden, maddi hukuk bakımından geçersiz (kesin hükümsüz) olan bu sözleşmeye geçerlilik sağlayan içtihatlarına katılmamaktayız.

e. Borç İkrarı

HMK m. 200/f. I' e göre borç ikrarının gösterilen parasal sınırı aşması hâlinde ispatı yalnızca kesin delillerle yapılacaktır. Kanun ifadesinde yalnızca borç ikrarı ifadesi yer almaktadır. Ancak borç ikrarını da ikiye ayırmak gerekir. Birincisi (borç ikrarı) mevcut bir borcun, borçlu tarafından ikrarıyla TBK m. 154/f. I' e göre alacak bakımından zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaktadır. Hâlbuki bu karakterde kabul edilmeyen başka bir borçlar hukuku müessesesi olan soyut borç ikrarı Türk Hukukundaki kabul edilen görüşe göre[77] sebebe dayanmayan bir alacak hakkı tesis etmektedir[78].

Şayet borcun tanınıp da zamanaşımının kesilmesine yol açan borç ikrarı müessesesi hukuki işlem olarak kabul edilebilirse, borç ikrarının parasal sınırı aşması hâlinde

---

75 "(…)İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanana (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir. **İnanç sözleşmesi, 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delille kanıtlanabilir**. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır(…)"Yarg.14.HD,T.01.10.2014,E.2014/9318,K.2014/10764(www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 04.09.2015).

76 **UYGUR**, s. 174.

77 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 215 ; **FEYZİOĞLU**, s. 292; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 124; **TUNÇOMAĞ**, s. 267.

78 Soyut borç ikrarının geçerli olduğu ve sebebe bağlı olmayan bir alacak meydana getirdiği fikrinin kabulü için bkz. ATF 105 II 183(www.swisslex.ch, Erişim Tarihi: 2.07.2015).

kesin delille ispatı gerekecektir. Ancak borçlunun borç ikrarının sonucunda zamanaşımının kesilmesini istemesi, hatta bu sonucu biliyor olması gerekmemektedir[79]. O hâlde borç tanıması bir hukuki işlem olarak kabul edilemez[80]. Bir hukuki işlem olmayan fakat hukuki işlem benzeri fiil karakterini haiz borç ikrarı her türlü delille ispat edilebilecektir. Bu hususun Kanunun lafzı karşısındaki durumunu değerlendirmek gerekmektedir. Zira HMK m. 200/f. I 'in lafzı açıktır: Hükme göre borç ikrarı da kesin delille ispat edilmek gerekir. Kanaatimizce kanunun bu ifadesinden mevcut bir borcun borçlu tarafından kabulüyle zamanaşımını kesen borç ikrarı müessesesini değil, ancak tarafların arasında bir borç ilişkisi olsun veya olmasın maddi hukukta yeni bir alacak hakkı yaratan soyut borç ikrarı müessesesini anlamak gerekir. Zira soyut borç ikrarı da bir sözleşmedir ve temel ilişkideki alacaktan bağımsız başka bir alacak meydana getirmektedir[81]. O hâlde mevcut bir borcun tanınması sonucu zamanaşımını kesen borç ikrarı her türlü delille ispatı mümkünken, kanunda gösterilen parasal sınırı aşan bir alacak ihtiva eden soyut borç ikrarı ancak kesin delillerle ispat edilebilecektir.

f. Borcun İfası

Borcun doğal sona erme hâli ifadır. Zira taraflar bir sözleşme akdetmekle sözleşmenin ihtiva ettiği dar anlamda borçların ifasını hedef tutarlar[82]. Şayet ifanın mutlak surette bir hukuki işlemle gerçekleştirileceği düşüncesi kabul edilirse ifa konusu edimin değerinin kanunda gösterilen parasal sınırı aşması hâlinde senetle ispat edileceği sonucuna varmak gerekecektir. Şayet bazı borçların ifasının hukuki işlemle bazı borçlarınsa ifasının maddi fiille gerçekleştiği fikri kabul edilirse aynı zamanda bir hukuki işlem karakterini haiz olan ifanın senetle yahut diğer kesin delillerle ispat edileceği, ancak maddi fiil karakterini haiz olan ifanınsa her türlü delille ispat edilebileceği sonucuna varmak gerekecektir.

İfanın hukuki niteliği konusunda birbirine karşıt iki görüşün varlığı dikkat çekmektedir. Birinci görüş sözleşme görüşü, ikinci görüşse maddi fiil görüşüdür. İçerikleri birbirine zıt olan bu iki görüşün ortak noktası ifayı, ifanın gerçekleştirildiği hukuki işlem yahut maddi fiilden bağımsız olarak değerlendirmeleridir. Sözleşme görüşüne göre ifanın onu gerçekleştiren hukuki işlemden veya maddi fiilden bağımsız olarak bir sözleşmeyle gerçekleştirilmesi gerekir[83]. Maddi fiil görüşüne göreyse ifa onu gerçekleştiren hukuki işlemden veya maddi fiilden bağımsız bir maddi fiildir[84].

---

79 **ERDEM**, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 275.

80 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 614.

81 **FEYZİOĞLU**, s. 293.

82 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 257; **TUNÇOMAĞ**, s. 663.

83 **TUNÇOMAĞ,** s. 664-665.

84 **İNCEOĞLU**, M. Murat, "İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa

Kanaatimizce ifa başlı başına ne bir sözleşme ne de bir maddi fiil olabilir. İfanın hukuki niteliği belirlenirken onu gerçekleştiren hukuki işlem yahut maddi fiil esas alınmalıdır. Ayrıca ifa onu gerçekleştiren maddi fiil yahut hukuki işlemden ayrılamaz başka bir deyişle bu maddi filler yahut hukuki işlemler ifanın tamamlayıcısı olarak değil bizzat ifanın kendisi olarak kabul edilmelidir. Buna göre İsviçre ve Türk Hukuklarında hâkim olan sınırlı sözleşme görüşünü[85] benimsemekteyiz.

İfanın her türlü delille ispat edilip edilemeyeceği meselesi de ifanın bir maddi fiille mi yahut bir hukuki işlemle mi gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bağlı olarak incelenmesi gerekir. Şayet ifa bir maddi fiille gerçekleştirilmekteyse edimin değeri ne olursa olsun ifa, her türlü delille ispat edilebilecektir, zira ortada bir hukuki işlem yoktur. Şayet ifa bir hukuki işlemle (tasarruf işlemiyle) gerçekleştiriliyorsa bu durumda tasarruf işleminin konusu hak veya şeyin değerine bakmak gerekir bu hak veya şeyin değeri kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa artık ifa da kesin delille ispat edilmek zorundadır.

Bu mülahazalarla verme, yapma yahut yapmama borçlarının ifasını ayırmak gerekir.

Yapmama borçlarının ifası: Yapmama borçlarının ifası niteliği gereği ne bir hukuki işlem ne de bir maddi fiil olabilir. Zira yapmama taahhüdü altındaki borçlu bu borcunu bir eylemsizlik gerçekleştirmek suretiyle ifa etmektedir[86]. Eylemsizlikse bir maddi fiil olarak nitelendirilemeyeceği gibi, hukuki işlem olarak da nitelendirilemez. O hâlde bir hukuki işlem karakterini haiz olmayan yapmama borcunun ifasının da senet yahut diğer kesin delillerle ispatı zorunlu olmadığı gibi hukuki işlem karakterini haiz olmayan bu vakıa bakımından senet tanzim edilmesi, senedin niteliği gereği mümkün de değildir.

Yapma borçlarının ifası: Yapma borcuyla, borçlu yapma şeklinde bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına girmektedir[87]. Yapma borçlarının konusunu bir maddi fiili gerçekleştirilmesi oluşturabileceği gibi, bir hukuki işlem yapma da oluşturabilir[88]. Şayet yapma borcunun konusu bir maddi filin gerçekleştirilmesiyse ifanın senetle ispatına gerek yoktur; zira ortada bir hukuki işlem bulunmamaktadır. Buna en iyi örnek işçinin hizmet edimini yerine getirmesi olarak gösterilebilir. İşverenin ücret ödeme borcunu ifası (ödeme) bir hukuki işlem olduğundan senetle veya diğer

---

Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu", AÜHFD, C. 54, S. 4, Y. 2005, s. 152-153.

85 **İNCEOĞLU**, a.g.m. , s. 154.

86 **PICOD**, Yves, Obligations, Répertoire de droit civil, Janvier 2009, s. 9; **DURAL**, Mustafa "Akitten Doğan Yapmama Borçları", MHAD, 1970, s. 7.

87 **PİCOD,** a.g.e. , s. 9.

88 **ENGEL**, Pierre, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2 ieme édition, Stämpfli Verlag AG, Berne 2000, s. 482.

kesin delillerle ispatı gerekirken işçi hizmet borcunu ifa ettiğini her türlü delille ispat edebilir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir[89]. Hukuki niteliği ne olursa olsun, ifası bir maddi fiille gerçekleşen bütün iş görme sözleşmelerinin vekil veya işçi tarafından ifa edildiği her türlü delille ispatlanabilir. Yapma borcunun konusunu bir hukuki işlem de oluşturabilir. Özellikle vekalet ve benzeri iş görme sözleşmelerinde vekil, bir üçüncü kişiyle müvekkil adına ve hesabına veya kendi adına ancak müvekkil hesabına hukuki işlem yapma borcu altına girebilir[90]. Bu hâllerde müvekkilin hukuki işlem yapma borcunu ifa ettiğini senetle veya diğer kesin delillerle ispatlaması düşünülebilecekse de, senetle ispat kuralının niteliği gereği bu mümkün değildir. Zira senet uyuşmazlık öncesinde müstakbel uyuşmazlığa taraf olacak kişiler tarafından tanzim edilebilir. Bu hâlde uyuşmazlığın tarafları, gerçekleştirilen hukuki işlemin tarafı da olmadıklarından müvekkilin üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlem bakımından, üçüncü kişiden senet tanzim etmesini istemesine gerek yoktur. Müvekkil, vekile karşı hukuki işlem yapma borcunu yerine getirdiğini her türlü delille ispatlayabilir.

Verme Borçlarının İfası : Verme borcuyla borçlu alacaklısına bir şeyin mülkiyetini geçirmeyi ya da mülkiyetini geçirmeksizin şeyin zilyetliğinin devrini taahhüt etmektedir. Şayet verme borcunun ifası bir tasarruf işlemiyle gerçekleşiyorsa, tasarruf işlemleri de birer hukuki işlem olduğundan bu tasarruf işleminin senet veya diğer kesin delillerle ispatı gerekecektir. Örneğin satım sözleşmesi bakımından satıcının satılanın mülkiyetini geçirdiğini dolayısıyla ifayı senetle ispat etmesi gerekir[91]. Mülkiyetin geçirilmesi amacıyla zilyetliğinin devrinin tasarruf işlemi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur[92]. O hâlde konusu taşınır eşya olan satım sözleşmelerinin ifası şayet bu taşınırın değeri kanunda gösterilen parasal sınırı aşıyorsa senetle veya diğer kesin delillerle ispatlanması gerekecektir[93]. Bir hukuki işlem olarak kabul edilen öde-

---

89 "(…)**Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte**; Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır(…)" Yarg. 10. HD, T. 3.3.2014, E. 2013/6567, K. 2014/4325(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 4.09.2015). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, T. 06.04.2011, E. 2010/10-742, K. 2011/64; Yarg. 10. HD, T. 28.02.2014, E. 2013/18862, K. 2014/4087(www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 12.09.2015).

90 **KAYIHAN**, Şaban, Mustafa ÜNLÜTEPE, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Y. 2014, s. 198.

91 "(…)Biçerdövere ilişkin iş makinesi tescil belgesine göre araç sahibinin davacı olduğu anlaşıldığına göre, davacı davaya konu **biçerdöveri davalı şirkete teslim ettiği yönündeki iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır**. HMK 200. maddesi gereğince, miktar itibariyle olayda tanık dinlenmesi de mümkün değildir(…)" Yarg. 13.HD, T. 16.2.2015, E. 2014/8703, K. 2015/4288(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 30.07.2015).

92 **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 250.

93 (…)Davacı, davalı tarafından kendisine nohut teslim edildiği bedelinin ödenmediği gerekçesiyle nohut bedeli için icra takibi yapıldığını, kendisinin davalıdan nohut almadığını ve davalıya böyle bir borcunun bulunmadığını savunarak yapılan icra takibinden dolayı borçlu olmadığının tespitini istemiştir. Bu durumda, davalı icra takibiyle talep ettiği alacağını nohut bedeline dayandırdı-

menin[94] ispatı da, meblağ kanunda gösterilen parasal sınırı aşmaktaysa senet veya diğer kesin delillerle gerçekleştirilmelidir[95].

SONUÇ

İspat hukukunun genel hükümlerinde düzenlenen senetle ispat kuralının konusu hukuki işlem şeklindeki vakıalardır. Buna göre kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemler senetle veya diğer kesin delillerle ispat edilmek zorundadır. Esasen hukuki işlem şeklindeki vakıaların senetle ispatı yerine kesin delile ispatı ifadesi daha isabetli olsa da, senetle ispat zorunluluğu ifadesinin kullanılmasının da haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Bu haklı gerekçeleri senetle ispat kuralının tesis ediliş amacında ve senedin niteliğinde aramak gerekmektedir. Kanun koyucu hukuki işlemler bakımından güvenilir delillerin hükme esas alınmasını amaçlayarak senetle ispat zorunluğunu tesis etmiştir. Buna göre kesin delil niteliğindeki senedin ispat kuvveti (force probante) diğer delillerin üzerindedir. Kanun koyucu güvenilir delil elde etmek maksadıyla "uyuşmazlık öncesi delil (preuve préconstituée)" kavramından yola çıkarak, bir delilin uyuşmazlık öncesinde tanzim edilmesinin o delili güvenilir kıldığını kabul etmiştir. Kanaatimizce değeri Kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemler bakımından senet tanzim etmek taraflar için bir usuli yüktür. Zira bu hukuki işlem için senet tanzim edilmemizse, talep sonucunun dayanağı ilgili hukuki işlem olan taraf bunu ispat edemeyecek ve davayı kazanma şansı azalacaktır. Bir delilin uyuşmazlık öncesi tanzim edilebilmesi için de o delilin temsil ettiği vakıanın mutlaka hukuki işlem olması gerekir. Diğer kesin delillerden farklı olarak yalnızca senet delili uyuşmazlık öncesinde tanzim edilebilir. Bu husus senetle hukuki işlem arasındaki sıkı bağlantıyı göstermektedir. Buna göre kesin delille ispat zorunluluğu ifadesi yerine senetle ispat zorunluluğu ifadesi bu yönüyle kendi içinde tutarlılık arz etmektedir.

ğından davacıya **nohut teslim ettiğini yazılı delille ispat etmek zorundadır**(…) Yarg. 13.HD, T. 24.04.2012, E. 2012/7978, K. 2012/11070(www.legalbank.net Erişim Tarihi: 7.09.2015). Aynı yönde bkz. **UMAR**, s. 589; **YAVAŞ**, s. 195.

94 **MATHIEU-IZORCHE**, Marie-Laure, Stéphane BENILSI, Paiment, Répertoire civil, Editions Dalloz, 2009 s. 18.

95 (…)Davalı taraf cevap dilekçesinde ödeme savunmasında bulunmuş olması sebebiyle ispat yükünü üzerine almıştır. Bu durumda savunmasını yazılı delillerle kanıtlamakla yükümlüdür(…) Yarg. 19.HD, T. 19.2.2014, E. 2014/112, K. 2014/3178; (…)Somut olayda davacı işsahibinin istirdat konusu yaptığı tutar 2.400,00 TL olup, HMK'nın 200. maddesi düzenlemesine **göre senetle ispat yükümlülüğünün altında kalmaktadır**. Yani davacı işsahibi yanlar arasında sözlü eser sözleşmesi gereğince davalı yükleniciye 2.400,00 TL ödediğini her türlü delille, dolayısıyla da tanıkla ispat edebilecektir(…)Yarg. 15.HD, T. 19.6.2014, E. 2013/5005, K. 2014/4283(www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 7.09.2015). Fransız Yargıtay'ının benzer kararları için bkz. Cour de cassation,1re chambre civile,4 novembre 2011 N° 10-27.035; Cour de cassation, 3ème chambre civile,10 Mars 1993. N° 91-14.7818(www.dalloz.fr, Erişim Tarihi: 7.09.2015).

Uyuşmazlık öncesi delil üretmek için tesis edilmiş senet ve senetle ispat zorunluğunun kurumlarının amacı kapsamında tartışabilecek bazı vakıaları incelendiğimizde, öncelikle açık olmayan irade beyanlarının da senetle veya diğer kesin delillerle ispatının zorunlu olduğu kanaatine varmak gerekecektir. Aksi yorum senetle ispat kuralını bertaraf edecek niteliktedir. Uyuşmazlık öncesi delil kavramının yalnızca hukuki işlem şeklindeki vakıalar bakımından söz konusu olabileceği düşünüldüğünde irade beyanına bağlanan sonucunun tesadüfi olduğu hukuki işlem benzeri fiillerin ispatı bakımından senetle ispat zorunluğunun söz konusu olamayacağı kanaatine varmak gerekecektir. Borç sözleşmelerinde tarafların haklarının ve yükümlülüklerinin, bunlarının değerinin Kanunda gösterilen parasal sınırı aşması hâlinde, senetle ispat zorunluluğu kuralına tabi olacağında şüphe yoktur. Bu zorunluluk ihtiva ettiği hakların değerinin Kanunda gösterilen parasal sınırı aştığı sözleşmelerdeki bütün hükümler bakımında da söz konusu olmaktadır. Borç sözleşmesi niteliğinde olmayan miras sözleşmeleri, ayni sözleşmeler gibi eşya hukukuna ilişkin sözleşmeler bakımındansa, bunların da birer hukuki işlem olmaları sebebiyle, senetle ispatı gerekecektir. Sürekli edimli borç sözleşmelerinin ispatı bakımındansa bir ayrım yapmak gerekmektedir. Şayet sözleşme belirli süreliyse sözleşme konusu hak veya şeyin değeri taraflarca öngörülen süre üzerinden hesaplanacaktır. Şayet sözleşme belirsiz süreliyse bu durumda sözleşme konusu hak veya şeyin değeri sözleşmenin kuruluş tarihiyle dava tarihi arasındaki süre göz önüne alınarak hesaplanmalı ve elde edilecek değere göre senetle ispat zorunluğunun söz konusu olup olmadığı saptanmalıdır. İnanç sözleşmesi de bir borç sözleşmesi niteliğinde olup sözleşme konusu hakkın değerine göre senetle ispat zorunluluğuna tabi olması söz konusudur.

Kanunda her ne kadar borç tanımasının da senetle ispat edileceği ifade edilmişse de borç tanıması zamanaşımı kesme sonucunu doğuran bir hukuki işlem benzeri fiil olup bunun her türlü delille ispatı mümkündür. Kanaatimizce Kanundaki borç tanıması ifadesinin soyut borç tanıması şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Sebepten soyut bir alacak hakkı ihdas eden soyut borç tanıması bir hukuki işlem olup ihtiva ettiği alacak hakkının Kanunda gösterilen parasal sınırı aşması durumunda senetle ispat edilmesi gerekecektir.

Borçların ifasının ispatıysa, ifanın bir maddi fiille ya da bir hukuki işlemle gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesine göre değişmektedir. Şayet hizmet sözleşmesinin doğan iş görme borcunun işçi tarafından ifasında olduğu gibi ifa bir maddi fiille gerçekleştiriliyorsa bu hâlde ifanın her türlü delille ispat edilmesi mümkünken satım sözleşmesinde satıcının mülkiyeti geçirme borcunu ifasında olduğu gibi ifanın bir hukuki işlemle (tasarruf işlemiyle) gerçekleştirildiği hâllerde, konusu Kanunda gösterilen parasal sınırı aşması durumunda, senetle ispat edilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

AKCAN, Recep, "Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği", Sel-

çuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 7-25.

AKKAN, Mine, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Özel Sayı 2009, Cilt: 11, Basım Yılı: 2010, s. 3-61.

ALANGOYA, Yavuz, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı", Makaleler(Der. Mert Namlı), İstanbul 2012, s. 257-269.

ALANGOYA, Yavuz, M. Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011.

ARSLAN, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6, s. 722-737.

ATALAY, Oğuz, "Delil Kavramı Üzerine", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 1, Ankara 2009, s. 129-138.

BEUDANT, Robert, Paul LEREBOURS-PİGEONNİERE, Cours de Droit Civil Français, Seconde Edition, Tome IX, Paris 1953.

BERKİN, Necmeddin M., Senetler ve Senetlerin İspat Kuvveti, İstanbul 1947.

BİLGE, Necip, Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü baskı, Ankara 1978.

BRENNER, Claude, Acte Juridique, Répertoire de droit civil, Editions Dalloz, Janvier 2013.

BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

CANBOLAT, Ferhat, "Hukuki İşlemlerde Amaç", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.1, Y.2012,s. 61-77.

COSTE, Régis, De La Preuve Littérale En Matière Civile, Paris 1871.

DEYNEKLİ, Adnan, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Ankara 2006.

De VAN, Juliana KARILA, Chose Jugée, Répertoire de procédure civile, Editions Dalloz, 2008.

DURAL, Mustafa, "Akitten Doğan Yapmama Borçları", MHAD, 1970, s. 7-22.

DURAL, Mustafa, Suat SARI, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, İstanbul 2014.

ENGEL, Pierre, Traité des obligations en droit suisse Dispositions Générales du CO, Edition 2, Bern 1997.

ENGEL, Pierre, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2 ieme édition, Stämpfli Verlag AG, Berne 2000.

ERBEK, Özge, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, C.I, Y. 2013, s. 937-985.

ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.

ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, İstanbul 2014.

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.

FERRAND, Frédérique, Preuve, Répertoire de procédure civile, Dalloz, 2013.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 2. Bası, İstanbul 1976.

GRYNBAUM, Luc, Preuve, Répertoire de droit commercial, Editions Dalloz, 2010.

İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Yenilenmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1980.

İNCEOĞLU, M. Murat, "İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu", AÜHFD, C.54,S.4,Y. 2005.

KAYIHAN, Şaban, Mustafa ÜNLÜTEPE, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Y. 2014, s. 171-212.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, 5. basıdan 6. tıpkı bası, İstanbul 2014.

KONURALP, Haluk, Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009(Delil Başlangıcı).

KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Hukukunun Zorlanan Sınırları, Ankara 2009(Sınırlar).

KUNTER, Nurullah, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Bası, 2010 İstanbul.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: II, İstanbul 2001(Usul, Cilt: II).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: III, İstanbul 2001(Usul, Cilt: III).

LAGARDE, Xavier, Réflexion Critique Sur Le Droit de la Preuve, Paris 1994.

LATİNA, Mathias, Contrat (Généralités),Répertoire civile, Editions Dalloz, 2013.

MARTY, Gabriel, Pierre RAYNAUD, İntroduction générale a l'étude de droit, Tome I, Deuxieme Edition, Paris 1972.

MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure, Stéphane BENILSI, Paiment, Répertoire Civil, Editions Dalloz, 2009.

MESTRE, Jacques, "Bilan de l'année 1989 pour l'article 1341 du code civil..", RTD Civ., Y. 1990, s. 79-81.

MOUGENOT, Dominique, Droit des Obligations, La Preuve, 3. Edition, 2002.

MOURALİS, Jean- Louis, Preuve, Répertoire de droit civil, Editions Dalloz, Janvier 2011.

MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikayet, Ankara 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal, Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, 20. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014.

ÖĞÜZ, Tufan, "İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi", İKÜHFD, Aralık 2005 Sayısı, s.119-133.

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZEN, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003.

ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

PICOD, Yves, Obligations, Répertoire de droit civil, Janvier 2009.

POSTACIOĞLU, İlhan E., Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, Genişletilmiş 2 .Bası, İstanbul 1964(Şehadet).

POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975(Usul).

SAVOURNİN, Justin, Preuve Testimoniale, Thèse, Marseille 1875.

SAYMEN, Ferit H. , Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler, Cilt 1, yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1956.

SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

TANRIVER, Süha, Makalelerim I, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", Ankara 2005, s. 1-26.

TERCİER, Pierre, Pascal PİCHONNAZ, Le Droit des Obligations, 5. Edition, Schulthess Editions romandes, 2012.

TOPAL, Önder, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Ankara 2015.

TOPUZ, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Altıncı Bası, İstanbul 1976.

TUNÇ-YÜCEL, Müjgan, "HMK m. 222 Çerçevesinde Ticari Defterlerle İspata İlişkin Bazı Sorunlar", MİHDER, C.9, S.25, 2013/2,s.115-140.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UYGUR, Atiye B., "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1,2, Y. 2006, s. 171-195.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

YILDIRIM, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013(Şerh).

YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Ankara 2012(Yemin).

Elektronik Kaynaklar

www.legalbank.net

www.kazanci.com

www.swisslex.ch

www.dalloz.fr

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN (OR) GENEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN 2020 TASARISINDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

(Issuance of Obligation Inflicted by Tort Under The 2020 Draft of The Swiss Code of Obligations General Provisions and The Comparison of Such Regulation With Turkish Code of Obligations)

Doç. Dr. Murat TOPUZ*

ÖZET

İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel hükümlerine ilişkin 2020 Tasarısı İsviçre'de tartışmaya açılmış bulunmaktadır. Bu tasarı genel sistematik itibariyle yürürlükte bulunan İBK'dan farklılıklar arzetmektedir. Genel itibariyle bu tasarıda hükümler oldukça sadeleştirilmiş gözükmekte, yürürlükte bulunan İBK'ndaki birçok hüküm terkedilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce Tasarının çok yalın olması, ayrıntıya hiç girmemesi, çeşitli tanımlamalar yapması bir açıdan olumlu olsa da bu şekliyle kanunlaşması pek zor gözükmektedir.

Anahtar kelimeler: İsviçre Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı, Haksız fiiller, Haksız fiilden doğan borç ilişkisi, Türk Borçlar Kanunu

Abstract

The 2020 Draft Of The Swiss Code Of Obligations regarding the general provisions open to discussion. This draft's general systematic differs from the Swiss Code of Obligations. Overall, in this draft the prvisions are considerably simplified, many provisions in force are abandoned. The draft being this simple, not getting in any details, having several definitions is favorable on one level but seems difficult to legislate.

Keywords: Swiss Code of Obligations, 2020 Draft Of The Swiss Code Of Obligations, Tort, obligatio inflicted by tort, Turkish Code of Obligations

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

GİRİŞ

1926 da yürürlüğe giren 818 sayılı BK, 2012 yılında yürürlükten kaldırılarak 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süreçte Borçlar Kanununun içeriğinde bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, bunlar köklü ve önemli değişiklikler değildir. Kanunların birer sosyal varlık olarak, aynen canlı varlıklar gibi zamanla yaşlanmaları, kendilerinden beklenen işlevleri tam anlamıyla yerine getirmekte güçsüz kalmaları, bu sebeple de günün şartlarına ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermemeleri, herkesçe kabul edilebilecek bir gerçektir. TBK hazırlanırken madde metinleri, kaynak İsviçre Borçlar Kanununa uydurulmak ve ifadeler, günümüzde geçerli Türkçe'ye uygun şekilde arılaştırılmak suretiyle maddelerin daha kolay anlaşılır hâle gelmesi sağlanmıştır.

6098 sayılı TBK ile birçok değişiklik ve yenilik yapılmıştır. Bu değişiklikler, günümüzde ortaya çıkan bir takım yeni ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla yapılırken, yenilikler yabancı hukuk sistemlerinde, özellikle İsviçre ve Alman hukuklarında son zamanlarda gerçekleşmiş olan değişiklik ve gelişmelerden esinlenmek suretiyle Borçlar Kanununa konulmuştur. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan çeviri yapılırken, yürürlükteki Kanunda kullanılmış olan bazı terimlerin gerçek anlamı ifade etmemesi sebebiyle, düzeltilmeleri olmuştur.

Sonuç olarak 6098 sayılı Kanun mehaz Kanun olan İBK'dan istifade edilerek hazırlanmıştır. Ancak İsviçre'de İBK'nun Genel Kısmının değiştirilip yenilenmesi gündeme gelmiştir. Bu kapsamda İBK 2020 tasarısı hazırlanmıştır[1]. TBK, İBK'dan ayrı düşünülemeyeceği ve gelecekte TBK'nda bir revizyona gidilecekse kaynak olarak yine İBK'ndan yararlanılacağı için OR 2020 Tasarısının hangi düzenlemelere yer verdiğinin bilinmesi zorunludur[2].

---

1 Makalemizde (Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil) İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Yeni) Genel Kısıma İlişkin 2020 Tasarısının 01.01.2016 tarihi itibariyle güncel olan hali kullanılmıştır. Çevirilerde Almanca ve Fransızca metinler esas alınmıştır. Haksız fiile ilişkin maddelerin Fransızca metni Anabilim Dalımız araştırma görevlilerinden **Işıl Yelkenci** tarafından tercüme edilmiştir. Bu vesile ile kendisine burada teşekkür etmeyi zevkli bir borç olarak görüyorum.

2 Belirtelim ki, yukarıda belirttiğimiz Tasarıdan önce hazırlanmış bir tasarı daha mevcuttur. Sorumluluk Hukukunun tüm olarak reformuna ilişkin olarak Das Bundesamt für Justis tarafından 1992'de görevlendirilen Prof. Dr. Pierre WIDMER ve Prof. Dr. Pierre WESSNER tarafından hazırlanan çalışma 1998 sonunda sorumluluk hukukunda yeknesaklaşma ve Revizyona ilişkin Federal Kanuna ilişkin ön tasarı olarak kamuoyunda tartışmaya açılmıştır. Sorumluluk Kanunu (Haftplichtgesetz, HPG veya VE-OR) olarak bilinen tasarı İsviçre'de yasallaşamamıştır. İsviçre "Sorumluluk Hukuku Reformu"nda (VE-OR hükümlerinde) bu dualist yaklaşım tartışılmış ve ispat yükü ve zamanaşımı yönünden farklılıklar kaldırılmış, fakat yardımcı kişinin sorumluluğu hususunda ayrım (OR Art. 55) muhafaza edilmiştir. Tasarıda haksız fiil alanındaki düzenlemelerin sözleşme kapsamındaki (olumlu sözleşme ihlali ve culpa in contrahendo, ifa edilmeme ve direnimde de) zararın tazmini içinde geçerli olduğu ilkesi (VE-OR Art. 42) kabul edilmiştir. Buna karşın yalın malvarlığı zararlarının haksız fiillerde tazmini öngörülmemiştir. VE-OR Art. 53'te

Bu çalışma haksız fiilden doğan borç ilişkilerine münhasır olmak üzere OR 2020 Tasarısını getirdiği yenilik ve değişiklikleri TBK ile mukayeseli olarak ele almak amacıyla kaleme alınmıştır.

I. Sorumluluk Bakımından

TBK m. 49, genel olarak haksız fiillerden sorumluluk hususunu, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenleme altına almıştır. Hükmün ikinci fıkrası ise, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu ortaya koymuştur.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 49'u karşılayan 46. maddesi de haksız fiilden doğan sorumluluğun koşullarını düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın genel bir davranış kuralını ihlal eden kimsenin, bu ihlalden kaynaklanan zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir[3].

Bilindiği üzere, kusur sorumluğu sonucunda istenen tazminat talebi, temel amacı olan zararı gidermek yanında tali olarak tazminat hak konusu menfaatin yerine geçmekte ve kişiyi bu yükümlülük dolayısıyla daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk ederek bu tür zararların önlenmesine hizmet etmektedir[4].

Haksız fiilden sorumluluk bakımından söz konusu hükümler karşılaştırıldığında OR 2020 Tasarısının oldukça yalın bir düzenleme getirdiği görülmektedir. TBK'dan farklı olarak hükmün içinde hukuka uygunluk sebebi olmaksızın genel bir davranış kuralının ihlalinden bahsetmiş ve davranışın kusurlu olması gerektiğinden bahsetmemiştir. Diğer taraftan TBK m. 49/f.2'de belirtilen zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmemiştir.

Düzenlemede TBK'ndan farklı olarak hukuka aykırı eylemin bir kusurdan

---

mahkeme farklı hukuki sorumluluk sebeplerinden zarar görenin en lehine olarak zararını tazmine elverişli olanı uygulamak gerektiğini düzenlemiştir. Teknik gelişmeler yüzyılımızda bazı yeni sebep sorumluluğu hallerinin düzenlenmesine etken olmuştur. Olağan sebep sorumluluğu içinde, adam çalıştıranın sorumluluğu ile birlikte, yardımcı kişinin organizasyon sorumluluğuna da yer verilmesi gereklidir. Organizasyon sorumluluğunun kapsamına işletmenin teknik eksiklikleri de dahildir. İşletmeci kişi, yardımcı personelinin tüm ifa faaliyetlerinden işletme organizasyonunda zararın doğmasını önlemeye elverişli olmadığını ispat edemedikçe sorumludur. Hayvan sahibinin sorumluluğu sebep sorumluluğu olarak değil, tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmelidir (Karş. VE-OR Art. 60). Yine eser sahibi yanında, ayni hak yanında kişisel hakka dayanarak eserden yararlanan ve kullananın birlikte sorumluluğuna gidilmelidir (Krş.VE-OR Art. 61). Bkz. **ANTALYA, O. G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015, s. 6-7.

3 Bu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 41 dir.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA,** s. 3 vd.; **TİFTİK,** s.62.

kaynaklanması gerektiği hususunun belirtilmemesi önemli bir eksiklik sayılacaktır. Çünkü haksız fiil sorumluluğu için kural olarak kusur koşula aranmaktadır. Borçlar hukukunda kusur ilkesi hakimdir. Söz konusu düzenleme genel kusur sorumluluğu ilkesine aykırıdır. Zira bu düzenleme daha çok kusursuz sorumluluk esasına yönelmektedir. Halbuki kusursuz sorumluluk esası kural değil istisnadır ve kanunda özel olarak düzenlenmedikçe kusursuz sorumluluk türü ortaya çıkarılamaz. Kanaatimizce Tasarıda haksız fiilden sorumluluk düzenlenirken kusur unsuruna yer verilmemesi büyük bir sistem sorununu da beraberinde getirecek Roma hukukundan beri kabul edilen "Kusur Sorumluluğu" ilkesi büyük yara alacak, İsviçre Borçlar Kanunu'nu Roma Hukuku Sisteminden uzaklaştıracak, kusursuz sorumluluğu temel ilke haline getirecektir. Bu da sorumluluğu ağırlaştıracaktır.

TBK m.49/II düzenlemesinde fıkranın başına, BK.'nun 41/II inci fıkrasından farklı olarak, "zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile" şeklinde bir ibare eklenmiştir. Bu eklemeyle ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişinin de, bu zararı gidermekle yükümlü olduğuna ilişkin kural açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. Yasak kuralının sadece yazılı hukuk kuralından kaynaklanamayacağının kabul edilmesi durumunda TBK m.49/II düzenlemesine gerek kalmadığı iddia edilmiştir. Diğer taraftan ahlak kuralı hiçbir zaman doğrudan hukuk kuralı olarak hukukun uygulanmasında dikkate alınmaz; sadece ikincil nitelikte kaynak olarak örf ve adet kuralı niteliği almışsa kanun kuralı bulunmaması halinde uygulama alanı bulur (TMK m.1/II) denilmektedir.

Burada ise özel şartlar altında ahlaka aykırılığa yapılan gönderme dolayısıyla ahlaka aykırılık hukuka aykırılığı gerçekleştirmek ve kasdi davranış sonucu haksız fiil sorumluluğunu gerektirmektedir. Ahlak aykırı kural hukuk düzenindeki bir kural tarafından yasak kural olarak düzenlenmişse artık ahlaka aykırılığa gitmeye gerek yoktur. Bu yaklaşım sonucu olarak hukuk düzenin bu konuda aykırılığı hukuka aykırılık olarak belirlememesi gerekir. Başka bir deyişle, ahlaka aykırı kurala gidilebilmesi için ahlaki yasak kuralına aykırılık teşkil eden fiilin yasak hukuk kuralında zarar verici fiil olarak yasaklanamamış olması gerekir. Ahlaki yasak kuralına aykırı fiilin aynı zamanda kasdi bir fiil olması gerekir. Kanun bu unsuru "başkasına kasten zarar veren fiil" olarak ifade etmiştir. Zarar verenin kasıt dışındaki kusurlu fiilleri ahlaki yasak kuralına aykırı davranıştan sorumluluğu gerçekleştirmez[5]. Ahlaki yasak kuralına aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zararın giderilmesi yükümlülüğü yönünden, ahlaka aykırılıktan tazmin yükümlülüğünün genel haksız fiil hükümleri arasında bir farklılık söz konusu değildir.

---

5 İsviçre Federal Mahkemesi bir dönem boykotu , bir kişiyi kendisine sözleşmesel bağı olan kişiye zarar vermek kasdıyla sözleşmeyi sona erdirmeye sevketmek , tehlikeden örneğin sahtekarlığı farkına vardığı halde haberdar etmemek , yaşamsal önemli bir nesneyi, örneğin ilacı konu edinen sözleşmeyi sebepsiz olarak yapmamak, ilgisi olmadığı halde yanlış görüş vermek. Örnekler için bkz. **ANTALYA**, s. 45 vd.

Tüm bu açıklamalar ışığında uygulamada önemli bir boşluğu dolduran söz konusu hükmün İBK'nda yer almasına rağmen OR 2020 Tasarısında yer verilmemesinin ne tür bir yarar sağlayacağı açıklamaya muhtaçtır. Kanaatimizce söz konusu hükme tasarıda da yer verilmeliydi. Zira söz konusu hükmün olmaması durumunda sadece hukuk kurallarının yasakladığı eylemlerden dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu olunacaktır. Bu durum ise tazmini gereken zararların kapsamını daraltma riskini taşımaktadır.

II. Zararın ve Kusurun İspatı

Zararın ve kusurun ispatı başlığını taşıyan TBK m. 50'ye göre, zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 50'yi karşılayan 47, 48 ve 49. maddeleri çeşitli yeni düzenlemeler içermektedir. Zarar başlığını taşıyan OR 2020 Tasarısı m. 47'ye göre, zarar kavramı genel olarak, "zarar, malvarlığına ilişkin bir kayıp veya başkaca bir kayıptan oluşur" şeklinde tanımlanmıştır[6].

TBK m. 50 ve mevcut İBK'nda zarar kavramını tanımlamamış iken OR 2020 Tasarısı genel bir zarar tanımı yapmıştır[7].

---

6 Söz konusu hükümlerin İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 42'dir.

7 İsviçre'de yapılan Borçlar Kanunu'na ilişkin revizyon çalışmalarında, zarar kavramının tanımlanması için yoğun çaba sarfedilmiş fakat bir netice alınamamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHLECHTRIEM**, **P**., "Schadensersatz und Schadensbegriff", Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 5. Jahrgang, 1997, s. 234; **JÄGGI**, **P**., "Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung", Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Freiburg 1968, s. 181-182; **GAUCH**, **P./SWEET**, **J**., "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 117 vd.; **HAMANN**, **R**., Methoden und Problemetik der Schadensberechnung, München 1972, s. 94 vd.; **HONSELL**, **H./HARRER**, **F**., "Schaden und Schadensberechnung", JuS 1991, s. 442-443; **LANGE**, **H./SCHIEMANN**, **G**., Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003, s. 26; Fakat şunu belirtmek gerekir ki, zararı tanımlamaya çalışan kanunlar da vardır. Avusturya Medeni Kanunu m. 1293/1'e göre, zarar, bir kişinin malvarlığında veya haklarında ya da şahsında oluşan her çeşit eksilmedir. Söz konusu Kanun zararı bu şekilde tarif etmekle beraber, maddenin devamında, kişinin, olayların normal seyrinden beklediği kâr mahrumiyetinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır, **SCHLECHTRIEM**, s. 233, 239; **TOPUZ, M.,** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 18, dn. 23; Belirtelim ki, OR 2020 Tasarısında bu tanıma yer verilmiştir.

Zarar kavramını tanımlama çabaları Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ilk şeklinde kendine yer bulmuştu. Bu tanımlama, fark teorisini esas almaktaydı.

TBKT md. 50: *"Zarar, maddî veya manevî olabilir.*

Maddî zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır.

Belirtelim ki, söz konusu tanım oldukça geniş ve genel bir tanım niteliğindedir. Bu husus beraberinde, tasarı kanunlaşırsa artık normatif zararında İsviçre Hukukunda tazmini mümkün olup olmayacağı tartışmasını da getirecektir[8].

Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de, maddî zarardır.

Manevî zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz eksilmelerdir."

Ancak bu düzenlemeden daha sonra vazgeçilerek TBK md. 49'da herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir. TBKT md. 49: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür" şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir.

Bu düzenleme İBK md. 41'deki düzenleme ile paralellik arzetmektedir. Çünkü İBK md. 41'de de zarar kavramına ilişkin herhangi bir tanıma rastlanmamaktadır. Zarar kavramına ilişkin olarak bir tanımın verilmemiş olması kanaatimizce de isabetli olmuştur. Çünkü sorumluluk hukukunun temel kavramlarından olan zarar kavramını bütünüyle kapsayacak bir tanım oluşturmak hem çok güçtür hem de sağlayacağı fayda sınırlıdır.

Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları md. 2.101'e göre, "*Zarar, hukuken korunan bir menfaatin maddî ya da manevî değerinde eksilme yaratacak şekilde zedelenmesini gerekli kılar*" şeklindeki düzenlemeyle tazmin edilebilir zarar tarif edilmektedir. Korunan menfaatler ise md. 2.102'de, *(1) Bir menfaatin koruma kapsamı, menfaatin niteliğine bağlı olarak değişir; menfaatin değeri ne kadar yüksek, tanımı ne kadar kesin ve korunması ne kadar gerekli ise, söz konusu kapsam o ölçüde geniş tutulur. (2) En geniş ölçüde korunan menfaatler yaşam, fiziksel, zihinsel bütünlük ve özgürlüktür. (3) Mülkiyet hakları, maddî varlığı olmayan şeyler üzerindeki hakları da içine alacak şekilde geniş bir çerçevede korunur. (4) Salt ekonomik ya da sözleşmesel menfaatlerin koruma kapsamı daha sınırlıdır. Bu tip menfaatlerin kapsamının belirlenmesinde, özellikle fail ile zarar gören arasındaki ilişkinin yoğunluğu ya da zarara yol açarken failin, menfaatlerinin mutlak olarak mağdurun menfaatlerinin değerinden daha düşük olduğunu bilip bilmediği göz önünde bulundurulur. (5) Menfaatin koruma kapsamı, sorumluluğun niteliğine bağlı olarak da değişiklik gösterebilir. Örneğin kasıtlı olarak zedelenen menfaatler, diğerlerine göre daha geniş bir kapsamda korunur"* şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

8 Normatif zarar modern Alman Hukuku'nda kabul edilmiş malvarlığında bir azalma olmasa da maddi zarardan bahsedilebileceğini savunan bir görüştür. Örneğin, bazı malların kullanma olanağından ve tatil yapma imkanından yoksun kalınması zarar olarak değerlendirilebilir. Bu durumlarda ortaya çıkan zarar normatif zarar olarak ifade edilip tazmini gerekebilir. Normatif zarar düşüncesine göre ekonomik olarak malvarlığında bir eksilme olmasa da hukuki bakımından yapılan değerlendirme ile tazmini gereken bir zararın ortaya çıktığı kabul edilir. Alman hukukunda ortaya atılan bu görüş geleneksel malvarlığı tanımı ve maddi zarar kavramını yumuşatarak oldukça genişletmiştir. Bahsettiğimiz bu öğretiye göre parasal olarak ifade edilebilen ticarileştirilmiş bazı değerlerin de malvarlığının kapsamına dahil edilmesinin önü açılmıştır. Dolayısıyla ticarileştirilmiş bazı değerler malvarlığına dahil edilirse bunlarda meydana gelecek bir kayıp ve azalma da doğal olarak tazmin edilecektir. Normatif zarar düşüncesiyle malvarlığına dahil olmayan şeyler de ekonomik hayatta hızlı değişime bağlı olarak bundan böyle malvarlığının unsuru haline gelebilecektir. Normatif zarar anlayışına göre fiilen gelir getiren bir işe tahsis edilmemiş olan iş gücü ve kazanç yeteneği, boş zamandan ya da tatilden faydalanma imkanından yoksun kalınması nesnelerin maddi varlıklarından bağımsız olarak sırf çevrelerin ve toplumdaki değer yargılar sebebiyle sürüm ve kullanım kabiliyetlerinin zedelenmiş veya azalmış olmaları da zarar teşkil edecektir. Normatif zarar düşüncesinin zarar kavramını genişletmesinin temelinde yatan sebep ise Alman Medeni Kanunu'nda kural olarak manevi zararların tazmininin kabul edilmemiş olmasıdır. Alman Medeni Kanunu manevi zararları bizim hukukumuzda olduğu gibi serbestçe tazmin edilmesi imkanını sağlamış olsaydı belki de normatif zarar teorisi doğmamış olacaktı. Bu

Kolaylaştırılmış ispat başlığını taşıyan OR 2020 Tasarısı m. 48'e göre ise, zarar gören zararın miktarını ispatlayamıyorsa veya böyle bir ispat makul olarak beklenebilir değilse, mahkeme olayların olağan akışını göz önünde tutarak zararın miktarını takdir eder.

OR 2020 Tasarısı m. 48 ile TBK m. 50 arasında esaslı farklar bulunmamaktadır.

OR 2020 Tasarısı m. 51, ev hayvanları bakımından özel bir düzenleme getirerek, evde malvarlıksal bir amaç veya kazanç amacı olmaksızın bakılan hayvanın bakım masrafları, hayvanın değerini aşsa bile uygun bir bedelle denkleştirileceği düzenleme altına alınmış ve hayvanın yaralanması veya ölmesi durumunda, mahkeme hayvana verilen duygusal değeri göz önünde tutabileceği belirtilmiştir[9].

III. Tazminatın Belirlenmesi

Tazminatın belirlenmesini düzenleyen TBK m. 51'e göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 51'i karşılayan 54. maddesine göre, mahkeme tazminatın biçimini ve kapsamını, olayın koşullarının bütününü göz önünde tutarak belirler[10].

---

düşünce ile manevi zarar olarak tazmini mümkün olmayan değerler maddi zarar içinde değerlendirilip tazminata konu teşkil edecek hale gelmiştir. İlke olarak fark teorisine sadık kalan Alman Hukuku uygulaması fark teorisine göre malvarlığında bir eksilme bulunmasa bile belirli tip olaylarda zararın mevcudiyeti kabul etmiştir. Bu düşünceye göre, normatif zarar teorisine göre zarar kavramının muhtevasının belirlenmesi zararın tespit edilmesi ve içeriğinin belirlenmesi hukuki bir değerlendirme ile olur. İktisadi bakımdan, ekonomik bakımdan malvarlığında bir azalma olmasa bile hukuki değerlendirme ile tazminata konu olabilen bir zararın olduğu sonucuna varılabilir. Bu anlamda zarar, normatif zararıdır.

Bu zarar türü gerçek bir zarar olmadan tazminat talep olanağı sağladığı için ve bu zararların manevi tazminat talebi ile giderilebileceği düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin isabetli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **NOMER, H.N.,** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 16 vd.; **EREN, F.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 523-524; **TOPUZ**, s. 32-34.

9 Özellikle evcil hayvanlara verilen zararlarda o hayvana duyulan hissi değerin maddi zararın hesaplanmasında nazara alındığı görülmektedir. Bunun nedeni artık hayvanların eşya gibi değerlendirilmemeleridir. Buna göre, İsviçre, Alman ve Avusturya Medeni Kanunlarına göre hayvanlar eşya olarak değerlendirilmemektedir. Hâlbuki Türk doktrininde ve Yargıtay uygulamasında hayvanların mal olarak değerlendirilmesi söz konusudur. Bu çerçevede İBK md. 42/3'e göre maddi veya kazanç elde etmek gayesi olmadan evde beslenen hayvanların kendi değerlerini aşan tedavi masrafları tazminata konu olmaktadır. İBK md. 43/1 e göre ise hissi değerler tazminatın hesabında nazara alınmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERLÜLE, F.,** Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 284 vd.; **GENÇ-ARIDEMİR, A.,** Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 158 vd.

10 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 43'dür.

Gerek TBK gerekse OR 2020 Tasarısı tazminatın belirlenmesinde benzer düzenlemelere yer vermiştir. Ancak TBK'nda mevcut olup da OR 2020 de zikredilmeyen önemli bazı hususlar mevcuttur. Bu kapsamda TBK'nda özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alınması gerektiği vurgulanmış ve tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

İBK ve TBK md. 43'e göre, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereklerine ve özellikle de zarar veren kişinin kusurunun ağırlığına göre belirleyecektir[11]. Dolayısıyla, zarardan sorumlu olan kişinin hafif bir ihmâli durumunda hükmedilecek tazminat miktarı ile ağır ihmâlinin veya kastının bulunduğu durumlarda hükmedilecek tazminat miktarı arasında fark olacaktır. Tazminatın miktarı zarar verenin kusurunun derecesine göre azalabilir ya da çoğalabilir. Ancak zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma, zarar verenin kusurunun derecesine göre azalmaz veya çoğalmaz. Bu sebeple İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nun aksine Alman Medeni Kanunu, tazminatın kusurun derecesine göre ayarlanmasını kabul etmemiştir[12].

V- Tazminattan Yapılacak İndirilmesi Bakımından

TBK m. 52'ye göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 52'yi karşılayan tazminattan indirim başlıklı 55. maddesine göre, zarar görenin sorumlusu olduğu olguların zararın doğmasına veya artmasına sebep olduğu durumda, mahkeme, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir[13].

---

11 **HONSELL, H.,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4., neubearbeitete, Zürich/Genf/Basel, 2005, s. 103 vd.; **SCHNYDER, A. K./ PORTMANN, W./MÜLLER-CHEN, M.,** Ausservertraglic-hes Haftflichtrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, s. 162-163; **TİFTİK, M.,** Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 88 vd.; Kanun hâkimin tazminatı belirlemesinde onu ya tamamen serbest bırakır ya da ona belli talimatlar vermekle yetinir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu da bu yöntemi benimsemiştir. Zarara karşılık gelen tazminatın türünü kapsamını hâkim hal ve vaziyete göre, kusurun derecesini de nazara alarak tayin edecektir. O halde İsviçre ve Türk Hukuku'nda hâkim tazminatı belirlerken kural olarak serbesttir. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu, "*hâkimin dirayetine, vicdanına, manevî kıymetine, aklına ve mantık ölçüsüne itimat ederek*" onu tazminatın takdirinde serbest bırakmıştır. Hâkim olayın tüm hal ve koşullarını, zarar veren ile zarar görenin durumunu, menfaatlerini ölçecek ve hükmü buna göre verecektir.

12 **SCHWARZ, A. B.,** Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s. 37-38.

13 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 44'dür.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 52'yi karşılayan tazminattan indirim başlıklı 55. maddesi karşılaştırıldığında Tasarının oldukça yalın bir düzenleme getirdiği görülecektir. Kapsam bakımından TBK m. 52 daha geniştir. OR 2020 Tasarı m. 55'de zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir hükmüne yer vermemektedir.

Mağdurun, makul bir insandan beklenen bir davranışı sergilemeyerek, zararın oluşmasında veya artmasında etkili olmasına birlikte (müterafik) kusur (*compensatio culparum*) denir[14]. Buna bağlı olarak ödenecek tazminattan indirim yapılabileceği gibi, bu tazminat tamamen ortadan kaldırılabilir. İsviçre ve Türk Hukuku'nda, zararın oluşmasında zarar veren fiil ve olay yanında kısmen zarar görenin kusuru da etkili olmuşsa, tazminattan indirime gidilebilir. Ancak zarar görenin kusuru, zarar veren fiil veya olay ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek derecedeyse, tazminata hiç hükmedilmeyecektir[15].

Zarar görenin kusuru, bir kimsenin kendi menfaatlerinden dolayı zarar görmemek için kaçınması gereken bir hareket tarzını benimsememesi sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla, zarara uğramamak için gerekli dikkat ve özeni göstermeyen kimse bu davranışının sonuçlarına katlanmalıdır. Buna bağlı olarak sergilediği davranışlar sonucunda bu davranışlarının zararın meydana gelmesinde oynadığı role göre kısmen ya da tamamen sorumluluğu üzerine almalıdır[16].

VI. Ölüm Halinde Tazmini Gereken Zarar Kalemleri Bakımından

TBK m.53'de, ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar olduğu belirtilmektedir.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 53'ü karşılayan ölüm neticesinde destekten yoksun kalma durumunu düzenleyen 50. maddesine göre, ölüm neticesinde destekten yoksun kalan kimseler, zararlarının tazminini talep edebilirler[17].

Hükümler mukayese edildiğinde OR 2020 m. 50 oldukça genel bir düzenle-

---

14 **BILSTEIN**, **R.**, Das deliktische Schadensersatzrecht der *lex Aquilia* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Hamburg 1994, s. 60-61; **KELLER**, **R.**, Mitverschulden als Generalklausel und als spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Tübingen 1965, s. 12 vd.; **TOPUZ**, s. 236.

15 **OFTINGER, K.,** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975, s. 157; **TANDOĞAN, H.,** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 318.

16 **BILSTEIN,** s. 60-61.

17 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 45'dir.

me yapmış, zarar kalemlerini saymamıştır. Zarar kalemi olarak da özellikle destekten yoksun kalmaya dikkat çekmiştir. TBK m. 53 ise, özellikle cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları da zikretmiştir.

VII- Bedensel Zarar Halinde Tazmini Gereken Zarar Kalemleri Bakımından

TBK m. 54'de, bedensel zararların özellikle tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olduğu belirtilmektedir.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 54'ü karşılayan bedensel zarar durumunu düzenleyen 49. maddesine göre, bedensel zarar durumunda, mağdur, mevcut ve müstakbel zararları ile ekonomik geleceğine yönelik saldırının giderilmesini talep edebilir[18].

Hükümler mukayese edildiğinde OR 2020 m. 49 oldukça genel bir düzenleme yapmış, zarar kalemlerini saymamıştır. Zarar kalemi olarak da özellikle mevcut ve müstakbel zararlara dikkat çekmiş, diğer taraftan ekonomik geleceğe yönelik ortaya çıkan zararları zikretmiştir.

Mevcut ve müstakbel zarar ayrımında, zararın meydana gelme zamanı esas alınmaktadır[19]. Zararın belirlendiği tarihe kadar gerçekleşmiş bulunan zarara mevcut zarar denir. Zararın belirlendiği tarihe kadar henüz gerçekleşmemiş olan, fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmadan olayın normal akışına göre gerçekleşmesi beklenen zarara, müstakbel (gelecekteki) zarar denir[20].

Müstakbel zarar gelecekte gerçekleşecek bir kârdan mahrum olma şeklinde de karşımıza çıkabilir. Müstakbel zararın miktarını belirlemek oldukça güçtür. Bu sebeple hâkim somut olayın durumu ve hayatın normal akışına göre bu miktarı takdir edecektir (İBK ve TBK m. 42)[21]. Modern Hukukta kural olarak sadece mevcut zarar giderilmektedir. Müstakbel zarar ise, ilk etapta nazara alınmamaktadır. Fakat bu durum kanun tarafından bazı düzenlemeler ile bertaraf edilerek, müstakbel zararların da tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Özellikle cismanî zararlarda ve ölüm halinde bunu açıkça görmekteyiz. Buna göre, destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen İBK m. 45/3 ve TBK m. 45/2 ile ekonomik geleceğin sarsılması nedeniy-

---

18 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 46'dır.

19 **DESCHENAUX, H. / TERCIER, P.,** Sorumluluk Hukuku (çev. ÖZDEMİR, S.), Ankara 1983, s. 22.

20 **BÜYÜKSAĞİŞ, E.,** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutlarıyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 89.

21 **HONSELL, H./VOGT, N. P. / WIEGAND, W.,** Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR., 4. Auflage, Basel 2007, Art. 42, N. 2.

le ödenecek tazminatı düzenleyen İBK m. 46/1 ve TBK m. 46/1 gelecekteki zararın tazminine ilişkin düzenlemelerdir[22].

Mevcut zarardan bahsedebilmek için zararın belirlenmesine ilişkin olguların farazî nitelikte olmaması gerekir. Bunun yanında gelecekteki zararı kapsamı çoğu zaman somut olarak ortaya konamayacaktır. Gelecekteki zararın miktarının belirlenmesi, bir işi ve kazancı olan kişiler açısından zor olmamakla beraber, zarar görenin malvarlığında henüz bir kayba sebebiyet vermeyen durumların, hâkim tarafından belirlenmesi oldukça güçtür. Zararın miktarının belirlenmesinin ve özellikle de ispatının mümkün olmadığı durumlarda hâkim, TBK ve İBK m. 42 ve 43'e göre tespiti kendisi yapacaktır. Bu konuda genel bir hesaplama yöntemi bulunmadığından, hâkim her somut olayın koşullarını ayrı ayrı nazara alacaktır. Hâkim soyut olgulardan hareket ederek ve takdir yetkisini kullanmak suretiyle somut neticelere varmaya çalışacaktır[23].

Muhtemel zarar, henüz gerçekleşmemiş, ilave bir riskin eklenmesiyle gelecekte gerçekleşme ihtimâli olan zararlardır. Örneğin yaralandığı için ağır bir ameliyat geçiren bir kişinin ölmesi riskine bağlı olarak ortaya çıkma ihtimali bulunan zararlar muhtemel zararlardır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini de söz konusu olmayacaktır.

VIII- Destekten Yoksun Kalma ve Bedensel Zararlarda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından

TBK m. 55'de, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirim yapılamayacağı, hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamayacağı gibi azaltılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağı belirtilmiştir.

OR 2020 Tasarısında TBK'ndaki bu hükmü karşılayan bir hüküm bulunmamakla birlikte OR 2020 Tasarısı kamu kurum ve çalışanlarının sorumluluğu başlığını taşıyan 63. maddesinde, kamu kurumlarının ve kamu çalışanlarının ekonomik faaliyetlerinden doğan sorumlulukları, haksız fiillerden doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir[24].

---

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPUZ**, s. 108.

23 **BÜYÜKSAĞİŞ**, s. 88 vd.

24 Söz konusu hükmün İBK'nda ve 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

IX- Manevi Tazminat Bakımından

TBK m. 56'da, hâkimin, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 56'yı karşılayan ve manevi tazminat başlığını taşıyan 52. maddesine göre, mahkeme, sorumluluk koşullarının yerine gelmesi durumunda manevi zararın tazmini için bir tazminata hükmedebilir. Giderim bir miktar paradan ibaret olabileceği gibi, başka bir biçim de alabilir[25].

Hükümler mukayese edildiğinde OR 2020 Tasarısının yine oldukça sade bir düzenleme ortaya koyduğu dikkat çekmektedir. Fakat TBK farklı olarak ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceğini düzenlenmiştir[26].

X- Haksız Rekabet Bakımından

TBK m. 57'ye göre, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

Söz konusu hükmü OR 2020 Tasarısında karşılayan bir hüküm bulunmamaktadır. İBK'nın TBK m. 57'yi karşılayan 48. maddesi 30.09.1943 tarihinde Haksız Rekabet Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır[27].

XI- Kişilik Hakkının Zedelenmesi Bakımından

TBK m. 58'e göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebi-

---

25 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 47'dir.

26 İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde sadece beden bütünlüğü ihlal edilen kişiye ve ölüm halinde, ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmünde, beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına manevi tazminat talep edebilecek kişiler arasında yer verilmemiş olması nedeniyle, İsviçre Federal Mahkemesi uzunca bir süre beden bütünlüğü ihlal edilmiş olan kişinin yakınları lehine manevi tazminata hükmetmekten kaçınmıştır. Ancak daha sonra Federal Mahkeme görüş değiştirerek, manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler çevresini, beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERLÜLE**, s. 303 vd.

27 Söz konusu hükmün İBK'nda karşılığı bulunmamakta, 818 sayılı BK'nda ise karşılığı m. 48'dir.

lir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

OR 2020 Tasarısında TBK m. 58'i tam olarak karşılayan bir hüküm bulunmamakla birlikte OR 2020 Tasarısının manevi tazminat başlığını taşıyan 52. maddesine göre, mahkeme, sorumluluk koşullarının yerine gelmesi durumunda manevi zararın tazmini için bir tazminata hükmedebilir. Giderim bir miktar paradan ibaret olabileceği gibi, başka bir biçim de alabilir[28].

XII- Ayırt Etme Gücünün Geçici Kaybı Bakımından

TBK m. 59'a göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 59'u karşılayan ve ayırt etme gücünden yoksun kişilerin sorumluluğu başlığını taşıyan 57. maddesine göre, hakkaniyet gerektiriyorsa, mahkeme, ayırt etme gücünden yoksun olan kimseyi verdiği zararı gidermekle yükümlü tutabilir. Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olan kimse, kendi sorumluluğu olmaksızın ayırt etme gücünü kaybettiğini ispat etmediği müddetçe, bu sırada sebep olmuş olduğu zararın giderilmesi ile yükümlüdür[29].

Söz konusu hükümler benzer düzenlemeleri içermektedir.

XIII- Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu Bakımından

Sebeplerin yarışması başlığını taşıyan TBK m. 60'da, bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

TBK'nun bu hükmünün OR 2020 Tasarısında karşılığı bulunmamaktadır[30].

Müteselsil sorumluluk üst başlığını taşıyan TBK m. 61 ve 62 gerek dış ilişkide gerekse iç ilişkide sorumluluğun kriterlerini ortaya koymuştur. Buna göre;

Dış ilişkide sorumluluk ölçütünü belirleyen TBK m. 61'e göre, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 61'i karşılayan 200. maddesine göre, aynı zarar-

---

28 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 49'dur.

29 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 54'tür.

30 Söz konusu hükmün gerek İBK gerekse 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

dan birden çok kişinin birlikte sorumlu olması durumunda, her biri, zarar görene karşı, kendisine ilişkin sorumluluk sebebi nedeniyle kişisel olarak sorumlu olduğu miktara kadar müteselsil sorumludur. Zarara teşvik eden, asıl fail veya yardımcı sıfatıyla sebep olan kişiler de zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Çalıntı mal satan kişi ise, kazançtan aldığı pay kadar müteselsil sorumlu olur[31].

Hükümler karşılaştırıldığında OR 2020 Tasarısının daha ayrıntılı bir düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır. Tasarıda TBK'ndan farklı olarak, müteselsil sorumluluğun kişisel olarak sorumlu olunan miktar ile sınırlı olduğu görülmektedir. Yine zarara teşvik eden, asıl fail veya yardımcı sıfatıyla sebep olan kişiler de zarardan müteselsilen sorumlu oldukları ve çalıntı mal satan kişi ise, kazançtan aldığı pay kadar müteselsil sorumlu olduğu TBK'ndan farklı olarak düzenlenmiştir.

İç ilişkide sorumluluk ölçütünü belirleyen TBK m. 62'ye göre, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

OR 2020 Tasarısında müteselsil sorumluluk 204-206. maddeler arasında düzenlenmiştir. Müteselsil borçlular arasındaki ilişkileri düzenleyen 204. maddeye göre borcun paylaşımı şu şekilde gerçekleştirilir: Birlikte borçlular arasındaki ilişkilerden aksi anlaşılmadığı müddetçe, borçlular, alacaklıya yapılan ödemeyi eşit paylarda üstlenmelidir. Tazminat konusunda birlikte borçluların üstlenecekleri paylar, her bir borçlunun ihlal ettiği yükümlülüğe ve koşullara göre belirlenir.

Rücu imkanını düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 205'e göre, kendi payına düşenden fazlasını ödeyen borçlu, bu fazla ödemesi için, diğer borçlulara karşı bir rücu hakkına sahip olur. Rücu hakkına sahip olan borçlu, alacaklının haklarına alacaklıya yaptığı ödeme tutarında halef olur. Alacaklı ve rücu hakkına sahip olan borçlu, müteselsil borçlulardan birinin durumunu diğerlerinin zararına olacak şekilde iyileştiremez. Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve defiler, rücu hakkına sahip olan borçluya karşı da ileri sürülebilir.

Müteselsil borçlulardan birinden tahsil edilemeyen tutarın akıbetini düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 206'ya göre, müteselsil borçluların birinden tahsil edilemeyen tutar, diğer müteselsil borçlular arasında kendi payları oranında paylaştırılır.

---

31 Söz konusu hükümlerin İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 50-51'dir.

XIV- Hukuka Aykırılığı Kaldıran Hâller ve Bu Durumda Ortaya Çıkan Sorumluluk Bakımından

TBK m. 63'e göre, kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

OR 2020 Tasarısının TBK m. 63'e karşılık gelen 53. maddesine göre, sorumluluk özellikle haklı savunma, zorunluluk, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması hallerinde ortadan kalkar[32].

Hükümler mukayese edildiğinde TBK'nun daha ayrıntılı olduğu ortaya çıkacaktır. TBK, OR 2020 Tasarısından farklı olarak sadece haklı savunma, zorunluluk, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması hallerini değil ayrıca kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiiller (zarara yol açsa bile), zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararlarda zikredilmiştir.

TBK m. 64'e göre, haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler. Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz[33].

OR 2020 Tasarısında TBK m. 64'ü karşılayan hüküm bulunmamaktadır.

XV. Kusursuz Sorumluluk Halleri Bakımından

A. Hakkaniyet sorumluluğu

TBK m.65'e göre, hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

OR 2020 Tasarısının TBK m.65'e karşılık gelen m. 57'ye göre, hakkaniyet gerektiriyorsa, mahkeme, ayırt etme gücünden yoksun olan kimseyi verdiği zararı gidermekle yükümlü tutabilir. Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olan kimse, kendi sorumluluğu olmaksızın ayırt etme gücünü kaybettiğini ispat etmediği müddetçe, bu sırada sebep olmuş olduğu zararın giderilmesi ile yükümlüdür[34].

---

32 Söz konusu hükmün gerek İBK gerekse 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

33 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 52'dir.

34 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 54'tür.

B. Özen Sorumluluğu Bakımından

1-Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Bakımından

Adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66'ya göre, adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

OR 2020 Tasarısında adam çalıştıranın sorumluluğu m.58 ve 59 da iki madde halinde düzenlenmiştir. Adam çalıştıranın sorumluluğunu genel olarak düzenleyen m. 58'e göre, adam çalıştıran, zararın oluşmasını engellemek için olayın gerektirdiği tüm önlemleri aldığını veya özenli davranmasının zararın oluşmasını engellemeyeceğini ispatlamadığı takdirde, çalışanlarının veya diğer yardımcı şahısların işin yapılması sırasında vermiş oldukları zarardan dolayı sorumludur[35].

Hükümler karşılaştırıldığında TBK'nun daha ayrıntılı düzenleme getirdiği ortaya çıkacaktır. Buna göre, TBK kurtuluş kanıtı olarak adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Halbuki Tasarının 58. maddesi kurtuluş kanıtı olarak genel bir ilke öngörmüştür. Buna göre, adam çalıştıran, zararın oluşmasını engellemek için olayın gerektirdiği tüm önlemleri aldığını veya özenli davranmasının zararın oluşmasını engellemeyeceğini ispatlamadığı takdirde sorumlu olur.

Adam çalıştıranın sorumluluğunu işletmeler bakımından ele alan 59. maddeye göre, bir ticari işletme, işletmenin çalışma düzeninin zararın oluşmasını engellemek için elverişli olduğunu ispatlamadığı takdirde, işletmenin faaliyetinin yol açtığı zarardan dolayı sorumludur.

Söz konusu hükmü TBK ile karşılaştırdığımızda yine OR 2020 Tasarısı ile TBK hükmünün benzeştiğini görmekteyiz. Ancak adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir. Bu düzenleme OR 2020 Tasarısında yer almamaktadır.

---

35 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 55'dir.

2- Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu Bakımından

Hayvan bulunduranın sorumluluğu TBK'nda 67 ve 68. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre giderim yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 67'ye göre, bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

OR 2020 Tasarısında TBK m. 67'ye karşılık gelen 61. maddesine göre, hayvan bulunduran kimse, hayvanın bakımında ve gözetiminde olayın gerektirdiği tüm dikkati gösterdiğini veya özenli davranmasının zararın oluşmasını engellemeyeceğini ispatlamadığı takdirde, hayvanın verdiği zarardan dolayı sorumludur[36].

Hükümler mukayese edildiğinde TBK'nda daha ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır. Bu çerçevede OR 2020 Tasarısında olmayan, "hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır" düzenlemesi mevcuttur.

Hayvanı alıkoyma hakkını düzenleyen TBK m. 68'e göre, bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir. Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır[37].

OR 2020 Tasarısında TBK m. 68'e karşılık gelen hüküm bulunmamaktadır.

3. Yapı Malikinin Sorumluluğu Bakımından

Yapı malikinin sorumluluğu TBK'nda 69 ve 70. maddelerde düzenleme alanı bulmuştur. Giderim yükümlülüğünü ele alan TBK m. 69'a göre, bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

OR 2020 Tasarısında TBK m. 69'a karşılık gelen m. 62'ye göre, bir binanın veya başka bir eserin maliki, zararın yapımdaki bozukluktan veya bakımdaki eksiklikten

---

36 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 56'dır.

37 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 57'dir.

kaynaklanmadığını ispatlamadığı takdirde, binanın veya eserin yol açtığı zarardan ötürü sorumludur[38].

Hükümler mukayese edildiğinde TBK'nın daha ayrıntılı olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre TBK'nda, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumlu oldukları, sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı bulunduğu belirtilmektedir.

Zarar tehlikesini önleme hususunu düzenleyen TBK m.70'e göre, bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir. Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır[39].

OR 2020 Tasarısında TBK m. 70'e karşılık gelen hüküm bulunmamaktadır.

D. Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme Bakımından

TBK m. 71'e göre, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

TBK m. 71'e karşılık gelip tehlike sorumluluğu hususunu düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 60'a göre, önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyette bulunan kimse, bu faaliyetin karakteristik rizikolarının gerçekleşmesinin yol açtığı zarardan ötürü sorumludur. Önemli ölçüde tehlikeli faaliyet, gerekli tüm özenin gösterilmesine rağmen mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araç ve güçler nedeniyle ağır veya sıklıkla zarara yol açmaya elverişli faaliyettir[40].

Hükümler mukayese edildiğinde TBK'nda işletme sahibi ve işletenin müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmiş, diğer taraftan bu işlerde uzman bir kişiden beklenen

---

38 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 58'dir.

39 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 59'dur.

40 Söz konusu hükmün gerek İBK gerekse 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

tüm özenin gösterilmesi kriteri ortaya konmuştur. TBK m. 71, OR 2020 tasarısında olmayan, özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayıldığı, belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümlerinin saklı olduğu, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

XVI- Zamanaşımı Bakımından

TBK m. 72 haksız fiillere ilişkin zamanaşımı düzenlemiştir. Hükme göre, 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. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir[41].

OR 2020 Tasarısında zamanaşımı hususu dört madde (149, 150, 151 ve 152) halinde düzenlenmiştir. Zamanaşımı süresini genel olarak düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 149'a göre, muaccel alacak, alacaklının borçlunun kim olduğunu ve alacağın dayanağını öğrendiği veya öğrenebileceği tarihten başlayarak üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Alacak, alacaklının bilgisinden bağımsız olarak, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Bedensel zarar ve çevresel zarar durumunda zamanaşımını düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 150'ye göre, bedensel zarar ve çevresel zarar durumunda, alacak, alacaklının zararın meydana geldiğini ve zararı veren kişiyi öğrendiği tarihten başlayarak üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Azami süreyi düzenleyen OR 2020 Tasarısı m. 151'e göre, alacak, her halükarda, alacağın dayandığı olayın meydana geldiği tarihten başlayarak otuz yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Bu süre kesilmez veya durmaz; sürenin sona ermesinden evvel mahkeme veya tahkim mahkemesi önünde talepte bulunulması durumunda süreye riayet edilir.

Zamanaşımı süresinin hesaplanması başlığını taşıyan TBK m. 152'ye göre, *z*amanaşımı, zamanaşımının işlemesini tetikleyen olguyu takip eden ilk gün işlemeye başlar ve sürenin son gününün de kullanılmamasıyla birlikte sona erer. Borcun

---

41 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 60'dır.

ifasına ilişkin zamanaşımı süresinin hesaplanmasına dair hükümler, bu konuda da uygulanır.

TBK m. 73 rücu isteminde zamanaşımı düzenlemiştir. Hükme göre, rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar[42].

OR 2020 Tasarısında bu hükme karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır.

XVII- Yargılama Bakımından

1. Ceza Hukuku İle İlişkisinde

TBK m.74'e göre, hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

OR 2020 Tasarısında TBK m. 74'e karşılık gelen 56. maddesinde, kusura, ehliyete, zararın tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararları, medeni hukuku uygulayan mahkemeyi bağlamaz[43].

2.Tazminat Hükmünün Değiştirilmesi Bakımından

TBK m. 75'e göre, bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir[44].

OR 2020 Tasarısında karşılığı bulunmamaktadır.

3. Geçici ödemeler

TBK m. 76'ya göre, zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici

---

42 Söz konusu hükmün gerek İBK gerekse 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

43 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 53'dür.

44 Söz konusu hükmün İBK'ndaki ve 818 sayılı BK'ndaki karşılığı m. 46'dır.

ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir[45].

OR 2020 Tasarısında bu hükmün karşılığı bulunmamaktadır.

SONUÇ

OR 2020 Tasarısı mevcut İBK'ndan oldukça ayrılan ve birçok düzenlemeye yer vermeyen, ayrıntıdan kaçınan genel düzenlemeler ile hukuki konuları ele alan bir tasarı niteliğindedir. TBK ile İBK arasındaki benzerlikler oldukça fazla olması yanında OR 2020 ile TBK arasında çok büyük farklılıklar yer almaktadır.

Kanaatimizce OR 2020 Tasarısı üzerinde daha çok tartışılıp daha çok değişikliğe ihtiyaç duyulacaktır. Bu haliyle tasarının kabulü, hem İBK ile olan bağları zayıflatacak hem de TBK ile paralelliği ortadan kaldıracaktır.

Özellikle kanunun numaralarının değiştirilmesi, kanun maddelerinin konuları düzenleme sırasının büyük ölçüde değişmesi bir çok olumsuzluğu da beraberinde getirecektir.

Biz söz konusu tasarının bu haliyle kanunlaşacağını düşünmemekteyiz. Zira Widmer/Wessner tasarısı oldukça ayrıntılı ve başarılı olmasına rağmen yasalaşmamış ve rafa kaldırılmıştır.

KAYNAKÇA

ANTALYA, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015.

BILSTEIN, **R**., Das deliktische Schadensersatzrecht der *lex Aquilia* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Hamburg 1994, s. 60-61;

BÜYÜKSAĞİŞ, E., Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutlarıyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

DESCHENAUX, H. / TERCIER, P., Sorumluluk Hukuku (çev. ÖZDEMİR, S.), Ankara 1983.

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.

ERLÜLE, F., Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015.

GAUCH, **P./SWEET**, **J**., "Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989.

GENÇ-ARIDEMİR, A., Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.

HAMANN, **R**., Methoden und Problemetik der Schadensberechnung, München 1972.

---

45 Söz konusu hükmün gerek İBK gerekse 818 sayılı BK'nda karşılığı yoktur.

HONSELL, H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4., neubearbeitete, Zürich/Genf/Basel, 2005.

HONSELL, **H./HARRER**, **F.**, "Schaden und Schadensberechnung", JuS 1991.

HONSELL, H./VOGT, N. P. / WIEGAND, W., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR., 4. Auflage, Basel 2007.

JÄGGI, **P.**, "Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung", Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Freiburg 1968.

KELLER, **R.**, Mitverschulden als Generalklausel und als spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Tübingen 1965.

LANGE, **H./SCHIEMANN**, **G.**, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003.

NOMER, H.N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OFTINGER, K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975.

SCHLECHTRIEM, **P.**, "Schadensersatz und Schadensbegriff", Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 5. Jahrgang, 1997.

SCHNYDER, A. K./ PORTMANN, W./MÜLLER-CHEN, M., Ausservertragliches Haftflichtrecht, Zürich/Basel/Genf 2008.

SCHWARZ, A. B., Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s. 37-38.

TANDOĞAN, H., Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TİFTİK, M., Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

TOPUZ, M., İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

KANUNİLİK İLKESİ IŞIĞINDA CEZA HUKUKU KURALLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI VE DELİL ELDE ETME YÖNTEMLERİNDE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA SORUNU

(Enforcement Ratione Temporis of Criminal Rules and Examination of Evidence Ratione Temporis in The Light of The Legality Principle)

Muhammed Emre TULAY (LL.M. Bochum)[*]

ÖZET

Ceza Hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması meselesi, kanunilik ilkesi gereği üzerinde titizlikle durulması gereken en önemli Ceza Hukuku meselelerinden biridir. Ceza Hukukunda temel prensip; yürürlüğe giren kuralın, yürürlük tarihinden sonraki olaylar hakkında uygulanmasıdır. Kanunkoyucu, fail lehine sonuç doğuran maddi ceza hukuku değişikliklerinin, değişiklik öncesi duruma uygulanabilmesini öngörmüştür. Bu husus, maddi-şekli ceza hukuku ayrımının doğru şekilde yapılmasını zorunlu kılar. Ayrıca lehe kanunun nasıl tespit edilip uygulanacağı sorusu büyük öneme sahiptir. Günümüze dek birçok ceza hukuku kurumu, zaman bakımından uygulama yönünden doktrin ve içtihatlarda farklı görüşlerle irdelenmiştir. Delillerin hukuki dayanağına ilişkin kanuni değişikliklerin zaman bakımından nasıl bir uygulamaya tabi tutulacağı da, cevaplanması gereken önemli bir sorudur.

Anahtar kelimeler: Ceza hukuku, kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama, lehe olan kural, ceza kuralı

Abstract

Enforcement of Criminal Laws Ratione Temporis is one of the most important matters in Criminal Law because of the legality principle. The main principle in criminal law is the immediate applicability of laws. The exception to that is, in material criminal law, the retroactivity of the rule in favor of a criminal. Rules and exceptions necessitate a distinction between a material and formal criminal

[*] Almanya Bochum Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi/ Doktorand an der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum

law when determining the rule to be applied. Also, it's important to determine and apply the rule in favor. Many criminal law intitutions are examined throughout the matter of ratione temporis with different opinions in the doctrine. Another important question is the enforcement ratio temporis of rules regulating the legal basis of evidence.

Keywords: Criminal law, legality principle, anforcement ratione temporis, rule in favor, criminal rule

UNTER BESONDERER BEOBACHTUNG DES GESETZLICHKEITSPRINZIPS „DER ZEITLICHE GELTUNGSBEREICH DER STRAFNORMEN" UND DIE BEANTWORTUNG DER FRAGE: „IST DIE GESETZESÄNDERUNG ÜBER DIE BEWEISMITTEL RÜCKGÄNGIG?" ZUSAMMENFASSUNG

Aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips ist das Thema „Zeitlicher Geltungsbereich der Strafnormen" eines der wichtigsten Themen im Strafrecht überhaupt, das deshalb umfassend zu prüfen ist. Die Hauptregel über den zeitlichen Geltungsbereich der türkischen Strafnormen vollzieht sich nachdem „Tatzeitprinzip". Ein Gesetz im materiellen Strafrecht darf aber zurückwirken, wenn es zugunsten des Täters vorhanden ist. Dies macht es daher zunächst erforderlich, die Strafnormen als materiell sowie prozessual einzuordnen, anschließend ist das günstigste Gesetz zu bestimmen und letztlich in die tatsächliche Tat umzusetzen. In unserer Arbeit wird sich nachdrücklich darum bemüht, die hochgradig relevanten Themen über den zeitlichen Geltungsbereich der Strafnormen mit den fundierten Ansichten aus der Literatur bzw. mit der Auffassung der Rechtsprechung abzugleichen. Ob die Gesetzesänderung über die Beweismittel rückgängig ist, verdient dabei eine abschließende Beantwortung und eben darauf wird zusätzlich hingearbeitet.

Schlüsselwörter: Strafrecht, Gesetzlichkeitsprinzip, zeitliche Geltung, mildestes Gesetz, Strafnorm

GİRİŞ

Kanunilik ilkesi, Ceza Hukukunun evrensel ve en önemli ilkesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasamız ve kanunlar tarafından benimsenen bu ilke, cezalandırma yetkisini elinde tutan devlet karşısında bireyin asla vazgeçemeyeceği güvencesidir[1]. Kanunilik ilkesi, ceza normlarının ancak kanunla ve açık şekilde dü-

[1] Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München 2008, 5; Erem, Faruk, Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara 1976, 72; İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 3. Bası, İstanbul 1999, 73; Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I, 4. Auflage, München 2006, 38 vd.; Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Auflage, Heidelberg 2015, (Randnummer) Rn. 44; Yalçın Sancar, Türkan/Köprülü, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2014, 35.

zenlenmesini emreder. Hakkında düzenleme bulunmayan bir fiil hakkında kıyas yoluyla ceza üretilemez. Kanun dışındaki hukuk kaynakları veya örf-adet ile suç ve ceza konulamaz. Kusursuz sorumluluk olmayacağı prensibi de, kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak zikredilir.

Kanunilik ilkesinin bir diğer önemli yansıması, ceza normlarının yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren vuku bulan hadiseye uygulanmasıdır. Maddi ceza hukuku normlarındaki kanuni değişikliklerin fail lehine olması halinde, değişiklik tarihinden önce meydana gelen hukuki olaylara yönelik geriye uygulama kabul edilmiştir.

Çalışmamıza öncelikle Kanunilik ilkesine genel hatlarla değinerek giriş yapılmış, ardından bu ilkenin yansıması olan diğer prensiplere değinilmiştir. Ceza Hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması başlığı altında maddi-şekli ceza normu ayrımına yer verilmiş, ardından lehe kanunun nasıl tespit edilip uygulanacağına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Ceza Hukukuna ait bazı kurumlar, doktrin ve uygulamadaki farklı görüşler nedeniyle ayrıca irdelenmiştir. Son olarak, delillerin hukuki dayanaklarına ilişkin kanun değişikliklerinin zaman bakımından uygulanma sorununun çözümlenmesine gayret edilmiştir.

Çalışmamızda mümkün olduğunca Türk ve Alman Hukukuna ait doktrin ve uygulamadan değerli görüşlere yer verilmeye özen gösterilmiştir.

I. Kanunilik İlkesi Ve Bu İlke Işığında Ceza Hukukuna Hakim Diğer Evrensel İlkeler

1. Kanunilik İlkesi (nula poena sine lege- Gesetzlichkeitsprinzip)

Ceza Hukukuna hakim evrensel ilkeler sıralandığında, hiç şüphesiz ilk başta "Kanunilik" ilkesi yer alır. Bu ilkeye göre, kanunsuz suç ve caza olmaz (nula poena sine lege)". TCK m. 2 I'de yer alan "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*" ifadesi; kanunilik ilkesinin suç, ceza ve güvenlik tedbirleri bakımından benimsendiğini göstermektedir.

Kanunilik ilkesi, suç ve ceza tekelini elinde bulunduran devlet karşısında bireyin özgürlük güvencesidir[2]. Bir başka deyişle, yetki sahibinin keyfi hareket etmesi önündeki önemli hukuki engellerdendir[3].

---

2 Ambos, Internationales Strafrecht, 5; Erem, Ceza Hukuku, 72; İçel/Donay, C. I, 73; Roxin, AT, 138 vd.; Wessels/Beulke, AT, Rn. 44.

3 Artuk, Mehmet Emin, "Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi", Ceza Kanununda Kanunilik İlkesi (Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht), Ankara 2014, 40, 48; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014, 105; Ünver, Yener, "Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi", Ceza Kanununda Kanunilik İlkesi (Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht), Ankara 2014, 15.

Suç ve suça ilişkin ceza tanımı, sadece teknik anlamdaki kanun ile mümkündür[4]. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza öngörülemez. Nitekim TCK m. 2 II'ye göre "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*"[5]. Kanun hükmünde kararnameler, "teknik anlamda kanun" dışında yer alır[6].

2. Belirlilik İlkesi (nulla poena sine lege carta- Bestimmtheitsgebot)

Kanunilik ilkesinin yansıması olan başka birtakım ilkeler de Ceza Hukukuna hakim ve temel ilkelerdir. Bunlardan ilki "Belirlilik ilkesi" dir.

Kanunun bir suçu ve cezasını düzenlemesi, kanunilik ilkesinin gözetilmesinde tek başına yeterli değildir. Söz konusu hükmün içeriği, suçun türü, şartları ve cezası mutlaka açık ve belirli olmalıdır[7]. Bu ilkeye riayet edilmemesi, kanunilik ilkesini işlevsiz kılar[8]. TCK m. 2 I'de yer alan "açıkça" ibaresiyle belirlilik ilkesi vurgulanmıştır.

3. Kıyas Yasağı (nulla poena sine lege stricta-Analogieverbot)

Ceza Hukukunda önem taşıyan bir diğer ilke "Kıyas Yasağı"dır. Bu ilkenin sonucu olarak, ancak kanuni bir düzenlemenin kapsamında yer alan hukuki olaylar Ceza Hukukunun ilgi alanına girer. Söz konusu olayın karşılığı kanunda yoksa suç ve cezadan bahsedilemez. Başka bir deyişle, benzer olaylarla alakalı düzenlemelerden hareketle bir kıyas yapılamaz. TCK m. 2 III'e göre: "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*".

Kıyas yasağı maddi ceza hukuku açısından geçerlidir[9]. Kanun metninde her ne kadar "suç ve ceza içeren hükümler" ifadesi yer alsa da, güvenlik tedbirleri konusunda da Anayasa m. 38 III ve TCK m. 2 I'den yola çıkarak kıyas yapılamayacağı sonucuna

---

4 Hoffmann-Holland, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 2011, 9; İçel/Donay, C. I, 80.

5 Kabahatlerde ise, kabahatin tanımı bakımından kanunilik ilkesine göre daha esnek bir tutum sergilenmiş ve çerçeve hükme müsaade edilmiştir. 5326 Sayılı Kanunun 4. maddesinin ifadesiyle, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunla ve açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşullarını belirlediği bir çerçeve hükmün içeriği, idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecektir.

6 Yargıtay 7. CD, 11.02.2009. 2009/220; İçel/Donay, C. I, 110; TCK m. 2 II'nin ifadesine rağmen, TCK içinde bu hükme riayet edilmediği eleştirisi için bkz. Özgenç, Ceza Hukuku, 110 vd.

7 Alman Anayasa Mahkemesi Kararı-BVerfGE 25, 269; 26, 41; 45, 363; ayrıca bkz. Artuk, in: Kanunilik İlkesi, 45; Rössner, Dieter, Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2011, § 1, Rn 8, 9; Wessels/Beulke, AT, Rn. 47.

8 Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld 1995, 125.

9 NK-Rössner, § 1, Rn. 8, 9.

varılmalıdır[10]. Keza tipikliğin yanısıra hukuka aykırılık, kusurluluk, objektif cezalandırılabilme koşulları[11] ile suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima da kıyas yasağı kapsamında görülmelidir[12]. Kıyasın yasaklandığı bir hukuk sisteminde, artık failin lehine kıyasın mümkün olduğunu savunmak isabetli olmaz[13]. Şekli ceza hukukunda ise fail lehine kıyas yapılabilir[14].

Kıyas ve yorum birbirinden farklıdır. Kıyasta boşluk doldurma varken; yorum, mevcut bir hükmün hukuk dairesinde açıklığa kavuşturulması aracıdır[15]. Kanaatimizce bu iki kavramın aynı madde hükmü içinde anılması isabetsiz olmuştur[16].

4. Örf ve Adetin Ceza Hukukunda Kaynak Olmaması (nullum crimen sine lege scripta- Verbot strafbegründenden Gewohnheitsrechts)

Kanunsuz suç ve ceza olmaması, örf ve adet hukukunun da Ceza Hukukunun dışında kalması demektir (nullum crimen sine lege scripta)[17]. Suç ve ceza, örf ve adet kuralı ile belirlenemez[18]. Mevcut bir fiile yönelik kadim bir uygulamaya göre

---

10 Çetin, Soner, "Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı", Ceza Kanununda Kanunilik İlkesi (Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht), Ankara 2014, 267; İçel/Donay, C. I, 75; aynı görüşte Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Dairesi Kararı-BGHSt 18, 136-141; ayrıca bkz. Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I, 8. Auflage, Heidelberg 1992, 125.

11 İçel/Donay, C. I, 85.

12 Çetin, in: Kanunilik İlkesi, 261; İçel/Donay, C. I, 85.

13 Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul 2014, 90 vd.; Çetin, in: Kanunilik İlkesi, 267; *Özgenç*; ceza hukukunun genel hükümleri, yani suç teorisinin genel prensipleri açısından kıyas yasağının uygulanmayacağı görüşündedir, Özgenç, Ceza Hukuku, 117; *Toroslu*, suç ve ceza içermeyen normlarda kıyas yapılabileceğini ve bu nedenle hukuka aykırılığı veya isnat edilebilirliği ortadan kaldıran nedenlerde kıyasa başvurulabileceğini söyler, Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013, 61.

14 İçel/Donay, C. I, 88.

15 Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 90 vd.; ayrıca bkz. Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München 2015, § 11.

16 Uygulamada, esasen "kıyas yasağı"na göre karar beklenen olayların "genişletici yorum" kapsamında değerlendirildiği görülmüş ve bu tutum haklı olarak eleştirilmiştir, bkz. Ünver, in: Kanunilik İlkesi, s. 26; Yargıtay 6. CD, 14.12.2009, 20009/16820; *Artuk*, Kanundaki ifadenin kullanım gerekçesini "Genişletici yorumun yasaklanması değil, genişletici yorum gerekçesiyle kıyasa yol açan uygulamaların önüne geçilmesi" şeklinde ifade eder, Artuk, in: Kanunilik İlkesi, 55; Mevcut düzenleme; Yargıtay'ın, 765 Sayılı TCK dönemindeki bazı kararlarında (misalen sözleşmesiz yararlanılan şifreli yayınlar ve fiilin suç vasfı) kullandığı yorum ve kıyas görüşüne bir tepki olarak görülmektedir, Çetin, in: Kanunilik İlkesi, 264; Bir daha belirtmek isteriz ki; yorum, var olan düzenleme üzerindeki fikri çabadır, onu doğru anlamayı sağlayan araçtır. Kıyas ise, hakkında düzenleme olmayan bir konu hakkında benzer olaya ilişkin düzenlemelerin tatbikidir. İkisi arasında ilişki kurmak yanıltıcıdır. Kanun metninde neticeten kıyas yasağının vurgulanma çabası, kanunkoyucunun kıyas ile yorumu birlikte değerlendirme yanlışının önüne geçemez.

17 Artuk, in: Kanunilik İlkesi, 44; Erem, Ceza Hukuku, 72, 84; Ünver, in: Kanunilik İlkesi, 17.

18 Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stuttgart 2011, 20; NK-Rössner, § 1, Rn. 4.

işlem tesis edilmesi, Özel Hukukta başvurulan bir kaynak olarak karşımıza çıkar. Oysa Ceza Hukukunda bunun geçerliliği mümkün değildir. Ne var ki, failin lehine bir yorum söz konusu olduğunda örf ve adete göre değerlendirme yapılmasına engel yoktur[19]. Keza hukuka uygunluk nedenlerinde örf ve adetten faydalanılabilir[20].

Yukarıda anılan ilkelerin yanısıra, "Kusur Prensibi (Schuldprinzip)"nin de kanunilik ilkesinin yansıması olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir[21].

II. Türk Ceza Hukuku Normlarının Zaman Bakımından Uygulanması

1. Suç Tarihinde Yürürlükte Olan Kanunun Uygulanması (Tatzeitprinzip)

Ceza Hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması hususunda temel prensip; suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun, olaya uygulanacak kanun olarak tespit edilmesidir[22]. Bu prensip gereğince ceza hukuku normları, yürürlük tarihinden önceki olaylar hakkında uygulanmayacaktır (Rückwirkungsverbot). Anılan kural; suçun bütün unsurları, ceza ve sonuçları ile objektif cezalandırılabilme şartlarını kapsamaktadır[23].

TCK m. 7 I'e göre, "*İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaz. Böyle bir ceza ve güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar*"[24]. Söz konusu hükmün ilk cümlesi, esasen kanunilik ilkesinin kanunların zaman bakımından uygulanmasındaki görünümünden ibarettir. Gerçekten; bir fiil işlendiği an ceza kanunlarınca suç sayılmıyorsa, sonraki değişiklikle cezalandırmaya gidildiğinde kanunsuz suç söz konusu olacaktır.

---

19 Hoffmann-Holland, AT, 9; İçel/Donay, C. I, 118.

20 NK-Rössner, § 1, Rn. 4; Seelmann, Kurt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Basel 2005, 29.

21 Roxin, AT, 148.

22 Erem, Ceza Hukuku, 74; Özbek, Veli Özer, İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. I, Ankara 2006, 207, Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, 122; Alman Hukukunda da, kural olarak fiilin gerçekleşme anındaki kanunun uygulanacağı prensibi benimsenmiştir (Tatzeitprinzip), başlıca bkz. Gleß, Sabine, "Zum Begriff des milderen Gesetzes", GA 2000, 224; Lackner, Karl/ Kühl, Kristian/ Heger, Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2014, § 2, Rn. 1; Maurach/Zipf, AT, 157; NK-Rössner, § 2, Rn. 1, 2; Roxin, AT, 162, 167; karş. Krey/ Esser, AT, 21.

23 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2015, 67; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2005, 115.

24 *Özbek*'in isabetle belirttiği üzere, TCK m. 7'de düzenlenen "Zaman bakımından uygulama" hükmünün, TCK m. 2'den hemen sonra düzenlenmesi kanundaki yer bakımından daha isabetli olurdu, Özbek, İzmir Şerhi, 205.

2. Fail Lehine Kanunun Geriye Yürümesi

TCK m. 7 I, 2. cümlede, *lehe kanunun geriye yürümesi* düzenlenmiştir.

TCK m. 7 II'ye göre, "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur*". Bu hüküm, ilk fıkrada yer alan "geriye yürüme yasağı" ve "lehe olan kanunun geriye yürümesi"nin iç içe geçtiği bir düzenlemedir. Gerçekten, sonraki kanun failin aleyhineyse geriye yürümeyecek, kendinden önceki fiile tesir etmeyecektir. Ama fail lehine bir durum ortaya çıkıyorsa; yeni kanun geriye yürüyecek, fiilin işlendiği zaman yürürlükte olmasa dahi olayda uygulama alanı bulacaktır.

3. Maddi-şekli ceza hukuku normu ayrımı

Maddi ceza hukuku normlarında fail lehine olan kanunun geriye yürüyebilmesinin kabulü, maddi-şekli ceza hukuku normu ayrımının doğru şekilde yapılmasını zorunlu kılar[25].

Maddi ceza hukuku kuralları, hangi eylemlerin suç olarak vasıflandırılacağını ve buna mukabil verilecek cezayı içerirken[26], *şekli ceza hukuku* kuralları, suç olarak tanımlanmış bir fiilin muhakeme sürecinin nasıl işleyeceğini düzenler[27].

Sınıflandırmayı yaparken, kuralın düzenleme yeri bir gösterge olabilir; ama her zaman doğru sonuç vermez[28]. Nitekim şikayet kurumu Kanunun Genel Hükümler kısmında yer alır ve fakat ceza muhakemesi alanına aittir. Çünkü şikayet, kanunda tanımlanmış bir suçun muhakeme sürecine ilişkindir.

Maddi ceza hukuku normlarında; fail lehine olduğu tespit edilen kanunun, yürürlük tarihi öncesindeki olaylara uygulanması imkanı tanınmıştır[29]. **Şekli ceza hukuku** kurallarındaki değişiklikler ise; fail lehine olup olmadığı tahlil edilmeksizin, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmaya başlar[30]. Başka bir ifadeyle, ceza

---

25 Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015, 97.

26 Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1991, 138; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, 126; Yalçın Sancar/Köprülü, Ceza Hukuku, 43.

27 Krey/Esser, AT, 15; Soyaslan, Ceza Hukuku, 131; Yalçın Sancar/Köprülü, Ceza Hukuku, 43.

28 Gribbohm, Günter, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, C. I, 11. Auflage, Berlin 2003, 126.

29 Ambos, Internationales Strafrecht, 39, 40; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 126; Krey/Esser, AT, 23; Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 62. Auflage, München 2015, § 2, Rn 6; Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Ankara 2014, 20; Önder, C. I, 138, 139; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 123; Roxin, AT, 166; Wessels/Beulke, AT, Rn. 48, 49.

30 BVerfG 25, 269; BGHSt 26, 289; Ambos, Strafrecht, 5; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 107, 108; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, 130; Erem, Ceza Hukuku, 121; Fischer, StGB, § 2, Rn. 7; Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku, 66, 67; Krey/

muhakemesi hukuku kurallarında *aksi kanunla belirtilmedikçe* geçmişe yürüme söz konusu değildir[31]. Sonuç olarak, kanun değişikliği anına dek olan muhakeme işlemleri eski kanuna tabi olur ve geçerliliğini korur, yapılacak yeni işlemler içinse yeni kanun dikkate alınır[32].

Esser, AT, 21; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 123; Roxin, AT, 167; Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2015, 15-17; Wessels/Beulke, AT, Rn. 49; *Katoğlu*, muhakeme tedbirlerinde fail lehine olacak düzenlemenin tespiti ve uygulanması görüşündedir, Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2008, 313 vd.; Hukuk devleti ilkesi gereğince, şekli ceza hukukundaki değişikliğin derhal uygulanması halinde fail üzerinde somut olarak beklenilmeyecek bir etkiyle karşılaşılması kuvvetle muhtemelse, ilgili şekli ceza hukuku normlarında derhal uygulama istisnaen kabul edilebilir, Wessels/Beulke, AT, Rn. 49; *Jakobs*'a göre; muhakeme normundaki değişiklik cezalandırma fonksiyonuna yaklaşırsa, bu durumda derhal uygulama ilkesinden vazgeçilmelidir. Misal olarak; bir fiil, işlendikten sonraki süreçte kanuni değişiklikle katalog suçlar arasında sayılmaya başlanırsa, artık geriye yürüme yasağı işlemeli ve fiil katalog suçlar arasında kabul edilmemelidir, Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 1991, 94, 95.

31 Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015, 57; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, 16; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, 96-99; Doktrinde, kazanılmış hakkın korunması gerektiği vurgulanmakta ve buna misal olarak "temyiz süresi" gösterilmektedir. Şayet temyiz süresi, hüküm açıklandıktan sonraki bir kanun değişikliğiyle kısaltılmışsa, artık eski süre kazanılmış hak olarak değerlendirilmeli ve derhal uygulama ilkesine burada istisna getirilmelidir, Demirbaş, Ceza Hukuku, 131; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, 115; Soyaslan, Ceza Hukuku, 132; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, 103; *Toroslu/Feyzioğlu* ise, muhakeme işlemlerinde derhal uygulama prensibi sebebiyle bazı aleyhe sonuçlar doğsa da, lehe hükmün gözetilmesinin sadece kanuni düzenleme ile mümkün olabileceği görüşündedir. Yazarlara göre aksi kabul hukuk tekniğiyle bağdaşmaz, Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, 17; Kanaatimizce, katlanılması beklenilemeyecek hallerde adaletin tesisi gereğince kazanılmış hakka öncelik vermek gerekir; temyiz mühleti içindeyken kanun yolu süresinin kısaltılması ya da henüz bu süre içindeyken mevcut hükmün kanun yolu dışında bırakılması gibi. Ancak suç tarihinden itibaren tüm muhakeme sürecine yayarak "kazanılmış hak" tespitine girişilirse, o halde "derhal uygulanma" prensibi anlamsızlaşır. Uygulayıcıyı ve muhatapları rahatlatmak bakımından tabii ki en doğru yol, kanuni düzenlemeler olacaktır. Nitekim CMK yürürlüğe girdikten sonra CMUK'ta düzenlenen ve süre öngörülmemiş adi itirazların akıbeti, CMK'da aynı kurum düzenlenmediğinden tartışma konusu olabilirdi. Ancak 5230 Sayılı Yürürlük Kanunu m. 7 I ile CMUK'ta yer alan adi itiraza ilişkin yedi günlük bir süre öngörerek, önceki kanuna göre hak sahibi olan ve fakat itiraza başvurmamış kimselere son bir hukuki fırsat verilmiştir, bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015, 157; Özbek, İzmir Şerhi, 206.

32 Yargıtay 3. CD, 24.3.2010, 2010/5057; Yargıtay CGK, 12.4.1993, 1993/94; CGK, 04.06.1996, 1996/124; Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku, 156; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 107, 108; Demirbaş, Ceza Hukuku, 132; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 296; Koyuncu, Ali, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu- Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2006; , 48; Özbek, İzmir Şerhi, 206; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, 113; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, 15-17.

Kovuşturma şartları şekli hukukun alanına dahildir. Çünkü şikayet[33], izin[34], talep; bir suç tanımlamasına etki etmez; ancak suç olarak tanımlanan bir fiilin kovuşturma sürecine etki eder. Bu nedenle söz konusu kurumlarda derhal uygulama ilkesi geçerlidir[35]. Bir fiil hakkındaki muhakemenin kovuşturma şartına bağlı kılınması fail yararına görünse de, geriye yürümenin kabul edilebilmesi ancak kanuni düzenleme ile mümkündür[36]. Mevcut durumda geriye yürümeyi kabul etmek, kanuna aykırı olur. Nitekim zamanaşımı esasen muhakeme hukukuna ait bir kurumdur; fakat anayasal ve kanuni hüküm ile fail lehine olan süre değişikliklerinin geriye yürümesi kabul edilmiştir[37].

---

33 Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 110; Demirbaş, Ceza Hukuku, 131; Dreher Eduard/ Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46. Auflage, München 1993, § 2, Rn. 7; Eser, Albin/Hecker, Bernd, Schönke/Schröder- Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München 2014, § 2, Rn. 6; Fischer, StGB, § 2, Rn. 7; Hoffmann-Holland, AT, 10; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Baden-Baden 2011, 41; Krey/Esser, AT, 23; Toroslu/ Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, 16; Wessels/Beulke, AT, Rn. 49; Şikayet ile ilgili değişikliklerin zaman bakımından uygulama konusunda aksi görüş için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, 77, 78; Roxin, AT, 167; Seelmann, AT, 28; "Şikayet" konusunda, şikayet şartının kaldırılması halinde suçun, değişiklik öncesi olaylar hakkında artık re'sen kovuşturulacağına dair Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. BGHSt 50, 138 vd.; BGHSt 20, 27; BGHSt 46, 320.

34 Yargıtay 4. CD, 13.11.1973, 1973/8850; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 313.

35 Şikayet şartıyla alakalı olarak; şayet şikayete bağlı bir suç, sonradaki kanuni değişiklikle re'sen kovuşturulur suça dönüşürse, altı ay olan şikayet süresinin dolmamış olması gerekir ki re'sen kovuşturma yapılabilsin. Çünkü altı aylık sürenin sessiz geçirilmesi halinde artık davanın açılmasına ilişkin usul tamamlanmış olur. Bu vakitten sonraki kanun değişikliğine dayanarak re'sen kovuşturma yapılamaz. Fakat altı aylık süre dolmadan şikayet şartı kaldırılmışsa, artık muhakeme re'sen yürür, Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 108; İçel/Donay, C. I, 95; Önder, C. I, 161, 162; Yılmaz, Zekeriya, "Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanmasında İlkeler ve Lehe Olan Ceza Kanununun Belirlenmesi", TNB Hukuk Dergisi 127/2005, 54; Re'sen kovuşturulabilir bir suçun şikayete tabi kılınması durumundaysa; halihazırda muhakeme süreci başlamış bir olay hakkında, soruşturma aşamasında iken yetkili Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma aşamasına geçilmişse yetkili mahkeme, mağdurun şikayet edip etmeyeceğini tespit edecektir. Daha önceki ihbar veya şikayet dilekçesi, pek tabii ki şikayet olarak kabul edilmelidir. Böyle bir irade beyanı yoksa, yetkili makamın irade tespiti için mağdura başvurduğu (tebliğ) tarihten itibaren altı aylık hak düşürücü sürenin başlaması gerekir, İçel/Donay, C. I, 100, aynı yönde Yargıtay CGK, 12.4.1993, 1993/94.

36 Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 132.

37 İçel/Donay, C. I, 96; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, 59; AİHM de zamanaşımını düzenleyen kuralları kanunilik ilkesini düzenleyen AİHS m. 7 kapsamında değerlendirmemiştir, bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 125; Zamanaşımının maddi ceza hukukuna ait olduğunu savunan görüş için bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku, 159; Demirbaş, Ceza Hukuku, 134; Hakeri, Ceza Hukuku, 78; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 154 vd.; Soyaslan, Ceza Hukuku, 130; *Koca/Üzülmez*, anayasal ve kanuni düzenlemeler karşısında zamanaşımı kurumunun maddi ceza hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilmesi zorunluluğunu ifade eder, Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku, 68; aynı yönde Özgenç, Ceza Hukuku, 132; Alman Ceza Hukuku doktrin ve içtihadında, zamanaşımının şekli hukuka ait bir kurum olduğu, ayrı bir hüküm öngörülmemiş ve zamanaşımı önceden dolmamışsa değişikliklerin derhal uygu-

Özetle; suç tarihinden sonra yapılan ve maddi ceza hukuku alanına dahil olan kanuni değişiklikler, *kural olarak* geriye yürümez. Çünkü kanuni değişikliklerin geçmişe şamil kılınması, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık teşkil eder. Fakat fail lehine olan maddi ceza normu değişiklikleri geçmişe etkilidir[38]. Suç tarihinden sonra yapılan ve şekli hukuk alanına ait olan düzenlemeler ise; kanunen aksi belirtilmedikçe, failin lehine-aleyhine olduğu değerlendirilmeksizin, henüz tamamlanmamış muhakeme işlemleri hakkında derhal uygulanır.

4. Lehe kanunun tespiti

a. Karşılaştırmaya elverişlilik

(Haksızlığın Özünde Devamlılık- Kontinuität des Unrechtskerns)

Lehe kanunun tespiti, uygulanacak kanunun faile etkisi bakımından, hukuken yapılacak en önemli işlemdir[39].

Kanunların karşılaştırılması, haksızlığın özünün yeni kanunda da devam etmesi halinde mümkündür (Kontinuität des Unrechtskerns)[40]. Haksızlığın özü değişmediği müddetçe kanunlar karşılaştırmaya elverişlidir ve bu durumda somut olaya uygulama yapılarak fail hakkında en lehe olan kanun tespit edilip uygulanır[41].

Yeni kanun ile değişiklik yapılırken eski kanun yürürlükten kaldırılmış, yeni

---

lanması gerektiği görüşü için bkz. BVerfG 25, 269; BGHSt 2, 307; BGHSt 4, 379; BGHSt 50, 138; Fischer, StGB, § 2, Rn. 7; Hoffmann-Holland, AT, 10; Kindhäuser, AT, 41; Krey/Esser, AT, 25, 26; Wessels/Beulke, AT, Rn. 49; Zamanaşımının doğal olarak her iki alana ait bir kurum olduğu ve fail lehine değişikliğinin geriye yönelik uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Baumann/Weber/Mitsch, AT, 131, 132; Dreher/Tröndle, StGB, § 2, Rn. 7; Roxin, AT, 167, 168; *Schreiber*, hukuki nitelik tartışması yapmak yerine, failin hukuki beklentisinin hukuk devleti ilkesi ve adalet gereği korunması gerektiği, bu nedenle zamanaşımı kurallarında lehe uygulamanın mümkün olduğu görüşündedir, Schreiber, Hans-Ludwig, "Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte", ZStW 1968, 348 vd.

38 Özbek, İzmir Şerhi, 207; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 125.

39 Yargıtay, lehe kanunun doğru şekilde ve re'sen tespit edilip uygulanmamasını bozma sebebi saymaktadır, Yargıtay 3. CD, 27.1.2007, 2007/360; 2. CD, 17.2.2009, 2009/6760; Alman Federal Yüksek Mahkemesi, temyiz mahkemesinin lehe kanun konusunda re'sen denetim yapma yükümlülüğünün olmadığı kanaatindedir, BGHSt 26, 94; Kararın eleştirisi için bkz. Schmitz, Roland, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, B. I, 2. Auflage, München 2011, 115; Karşılaştırma bakımından, Türk Ceza Yargısının bu noktada daha isabetli bir tutum sergilediğini vurgulamak gerekir.

40 Tiedemann, Klaus, "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", FS-Peters, Tübingen 1974, 205; *Schmitz*, bu görüşü belirlilikten yoksun olduğu için kabul etmez, MK-Schmitz, 103, 104; *Jakobs*, nitelikli hallerin değişmesi durumunda artık fiillerin değişeceğini ve bu yüzden anılan yöntemin her zaman isabetli olmadığını ifade eder, Jakobs, AT, 102; ayrıca bkz. Schroeder, Friedrich-Christian, "Der Zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze", FS-Bockelmann, München 1979, 793 vd.

41 S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 22 vd.

kanun da önceki kanunda yer alan haksızlığın özünü değiştirmişse, bu halde olaya uygulanacak birden fazla değil, tek bir kanun vardır ve o kanun artık yürürlükte değildir. Somut olayda herhangi bir karşılaştırma söz konusu olmayacağı gibi, faili sorumlu kılacak bir kanun da yoktur. Neticeten failin cezalandırılması imkanı ortadan kalkmış olur[42].

Yer verdiğimiz ölçütü somutlaştırmak gerekirse; misalen mala zarar verme suçunda haksızlık, kişinin malvarlığı bütünlüğünün kasten zarara uğratılmasıdır. Yapılan kanun değişikliği ile mala zarar verme eylemi, yağma suçunun nitelikli hali olarak tanımlanmış ise; yeni hukuki durumda haksızlığın özü sadece malvarlığı bütünlüğü değil, aynı zamanda kişinin vücut bütünlüğüdür. Haksızlığın özü değiştiği için somut olayda karşılaştırmaya elverişli birden fazla kanun değil, tek bir kanun vardır. Failin durumu bakımından kritik nokta artık burasıdır. Çünkü önceki kanun, misalimizde mala zarar verme suçunu düzenleyen hüküm hala yürürlükteyse, fail bu kurala göre sorumlu kalmaya devam eder. Yürürlükten kaldırılmışsa; fail artık sorumlu olmaz ve cezalandırılmaz. Zira olayda failin eylemine uyan tek bir kanun hükmü vardır ve o da yürüklükten kalkmıştır.

b. Kanunların bütün olarak ve somut şekilde karşılaştırılması

Lehe kanun bütün olarak tespit edilir, olaya bütün olarak uygulanır. Her iki kanunun lehe hükümlerini tespit edip ortak ve karma bir tahkike girişmek, kanunkoyucunun iradesi dışında "yeni kanun" oluşturmak demektir. 5252 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9 III'te, "… *lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*" denerek, karma uygulamaya müsaade edilmemiştir[43].

Somut olayda tesiri olacak tüm hükümler analiz edilerek neticeye varılmalıdır[44].

---

42 Tiedemann, FS-Peters, 205.

43 Yargıtay 2. CD, 4.10.2007, 2007/12577; 8. CD, 07.11.2007, 2007/7384; 11. CD, 01.11.2007, 2007/7457; ayrıca bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya, Ceza Hukuku, 143, 144; Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010; Hakeri, Ceza Hukuku, 72; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 137 vd.; Önder, C. I, 143; 5252 Sayılı TCK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9 III hükmü esasen 765 Sayılı Kanun ile 5237 Sayılı Kanun aynı olay hakkında söz konusu olduğunda, lehe kanunun tespiti yöntemini düzenler. Ancak bu hükmü, 5237 Sayılı TCK dönemindeki değişiklikler arasında da uygulamak gerekir, Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 5. Baskı, İstanbul 2015, 100; Alman Ceza Hukukunda da karma uygulama reddedilmektedir, BGH NStZ 1983, 80; BGHSt, 20, 22; Fischer, StGB, § 2, Rn. 4; Jakobs, AT, 103, 104; Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden, 2014, § 2, Rn. 10; Lackner/Kühl/Heger, STGB, § 2, Rn. 3; LK-Gribbohm, 129; Roxin, AT, 171.

44 Yargıtay 5. CD, 29.11.2006, 2006/9671; Erem, Ceza Hukuku, 136; Hakeri, Ceza Hukuku, 72; İçel/ Donay, C. I, 102; aynı yönde BGH NJW 1997, 951; BGH NJW 2005, 2566; BGHSt 20,

Birden fazla hususta değişikliğin gözlemlendiği hallerde sadece ceza miktar ve çeşidine bakarak sonuca varmak somut olayda hatalı olabilir. Bu nedenle; kusur, suçun özel görünüş biçimleri, cezayı düşüren sebepler, cezadan indirim nedenleri, mahkumiyetin diğer sonuçları, muhakeme şartları gibi hususların birlikte dikkate alınması gerekir[45]. Bu bağlamda; farklı kanunların bir bütün olarak kıyaslaması yapılırken, şekli hukuktaki değişiklikleri de lehe-aleyhe ölçüsünde değerlendirmek gerekir, buna engel yoktur[46].

Lehe kanun bütün olarak tespit edilip olaya uygulanmasına rağmen, muhakeme ve infaz sürecine ilişkin önceki ve sonraki kanuni hükümlerde çapraz uygulama mümkün kılınmıştır[47]. Böylece, aynı olayda ceza hukuku kuralları açısından sonraki kanun uygulanırken, infaz hukukunda önceki kanun uygulanabilecektir.

c. Lehe kanunun tespiti işleminde öne çıkan karşılaştırmalar

Haksızlığın özünü değiştirmeyip, suç tanımında sayılan unsurları kaldıran ya da azaltan[48], zamanaşımını kısaltan[49], hapis cezası yerine para cezası öngören[50] veya öngörülen cezaları seçimlik cezaya dönüştüren kanun, failin lehinedir.

Suç tanımında yer alan nitelikli hallerde de değişiklikler olabilir. Sonraki kanunla, daha önce suç tanımında yer alan nitelikli hal kaldırılırken, aynı kanunla başka ve üstelik fail tarafından gerçekleştirilmiş bir nitelikli hal öngörülürse, öncelikle hangi kanunun lehe olduğunu tespit etmek gerekir. Şayet sonraki kanun leheyse, bu kanunla getirilen nitelikli halin faile uygulanmaması isabetli olur[51]. Mesela eşe karşı ve

---

22; Jakobs, AT, 103; Kindhäuser, LPK-StGB, § 2, Rn. 10; LK-Gribbohm, 129; MK-Schmitz, 102; Schroeder, FS-Bockelmann, 794; Toroslu, Ceza Hukuku, 66.

45 Erem, Ceza Hukuku, 137; Jakobs, AT, 100, 101; Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku, 70, 71; Krey/Esser, AT, 21, 22; NK-Rössner, § 2, Rn. 6, 7; Özgenç, Ceza Hukuku, 122; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 27, 28; Soyaslan, Ceza Hukuku, 128; Toroslu, Ceza Hukuku, 66.

46 NK-Rössner, § 2, Rn. 8; Toroslu, Ceza Hukuku, 66.

47 Yargıtay CGK, 17.4.2007, 97; 6. CD, 30.05.2006, 2006/5233; Hakeri, Ceza Hukuku, 72; Özgenç, Ceza Hukuku, 125; Özgenç, Gazi Şerhi, 117, 118.

48 Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 99; MK-Schmitz, 102.

49 Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 99.

50 MK-Schmitz, 103, 108.

51 Jakobs, AT, 102; Roxin, AT, 170, 171; Alman Federal Yüksek Mahkemesi; yağma suçundan yargılanan fail hakkında, ihlal ettiği nitelikli hali ortadan kaldırıp başka bir ağırlaştırıcı hal öngören kanunu karşılaştırmış ve haksızlığın yeni kanun sonrasında devam ettiği gerekçesiyle, belirtilen cezalara göre daha lehe olan nitelikli halden failin sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir; çünkü metne eklenen ağırlaştırıcı neden de daha önce fail tarafından gerçekleştirilmiştir, BGHSt 26, 167; Doktrinde bu karar haklı olarak eleştirilmiş ve failin, kanunilik ilkesi ve lehe kanun gereklerince sadece yağma suçundan (§ 250 StGB yerine § 249 StGB hükmüne göre) sorumlu tutulmasının doğru olacağı ifade edilmiştir, bkz. Jakobs, AT, 102; Roxin, AT, 170 vd.; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 22.

gece vakti işlenen kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu ele alınırsa; mevcut düzenlemeye göre suçun eşe karşı işlenmesi nitelikli haldir, gece vakti işlenmesi ise nitelikli hal değildir. Sonraki kanunla, suçun eşe karşı işlenmesi madde metninden çıkarılıp, "gece vakti" tabiri nitelikli hal olarak metne eklense; artık fail hakkında ne eşe karşı eylemden, ne de gece vaktinden ağırlaştırılmış cezaya hükmetmek mümkün olur. Çünkü kanuni değişlikle madde metninden kaldırılan nitelikli halin uygulanmasında devam etmek, kanunkoyucunun haksızlık kapsamından çıkarttığı bir hususta ısrar etmektir ve fail aleyhine olacak bu durum kanunilik ilkesiyle çelişir[52]. Aynı şekilde, suçun gece vakti işlenmesi sebebiyle cezanın ağırlaştırılması mümkün değildir; zira eylemin gerçekleştiği tarihte kanunda böyle bir nitelikli hale yer verilmemiştir. Buna rağmen failin sorumluluğu yoluna gidilmesi kanunsuz suç doğurur ve kanunilik ilkesiyle çelişir. Sonuç olarak fail, sadece suçun basit halinden sorumlu olur.

Ceza miktarlarının değiştiği hallerde, cezayı daha düşük öngören kanun şüphesiz ki lehe kanundur.

Ceza miktarları alt-üst sınır aralığında öngörülmüşse, üst sınırları aynı olan kanuni düzenlemelerden alt sınırı daha düşük olan; alt sınırları aynı olan aralıklarda ise üst sınırı daha düşük olan kanun, lehe kanundur. Bazen hem alt, hem üst sınırların her iki kanunda farklı düzenlendiği görülür. Bu durumda doktrinde alt sınırın daha düşük olduğu kanunu lehe sayan görüş mevcut olmakla birlikte[53], kanaatimizce üst sınırı daha düşük tutulan kanun lehe kabul edilmelidir[54]. Çünkü kanuni ve takdiri indirimler uygulanırken, belirlenen temel ceza üzerinden hesaplama yapılır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanun ile ikame kanun arasında karşılaştırma yapılır. İptal edilen kanun lehe ise o uygulanır[55].

d. Lehe kanunun muhakemeye etkisi

Bütün ve somut olarak yapılan karşılaştırma neticesinde lehe olduğu tespit edilen kanun; muhakemenin tamamlanmadığı hallerde, henüz kesin hükme bağlanmamış mahkumiyetlerde ve hüküm sonrası infaz aşamasında bulunan (henüz infazı

---

52 Roxin, AT, 170, 171.

53 Hakeri, Ceza Hukuku, 72.

54 Yargıtay CGK, 29.05.2007, 2007/120; Demirbaş, Ceza Hukuku, 125; Koyuncu, Türk Ceza Kanunu, 43; Krey/Esser, AT, 22; Yılmaz, TNB Hukuk Dergisi 127/2005, 50,51; *İçel/Donay*, böyle bir durumda her iki kanundaki lehe olan ceza sınırlarının birlikte dikkate alınarak bu sınırlar içinde bir cezanın takdir edilmesi gerektiği görüşündedir, İçel/Donay, C. I, 105; Oysa yazarın bu görüşü, sadece ceza sınırlarındaki farklılıkla sınırlı kalsa dahi karma uygulamaya sebebiyet verir.

55 Soyaslan, Ceza Hukuku, 128.

tamamlanmamış) cezalar hakkında sonuç doğurur[56] [57]. Koşullu salıverilme sürecini aynı kapsamda görmek gerekir[58]. Yargıtay, ertelenmiş mahkumiyet hükümlerini de burada değerlendirmiştir[59]. Lehe kanunun, kanun değişikliğinden önce infaz edilen mahkumiyet hükmü üzerinde dahi etkili olmasına TCK'da müsaade edildiği ifade edilmiştir[60]. Belirtelim ki; yargılamanın yenilenmesi durumunda da suç tarihi ile karar arasındaki lehe kanunu tespit etmek gerekir[61].

5. Kanun Değişikliklerinde Özel Durumların İncelenmesi

a. Güvenlik tedbirleri ve infaz rejimi

Güvenlik tedbirleri, TCK m. 7 I ile maddi ceza hukuku kurallarındaki düzenlemeye tabi tutulmuştur[62]. Bu düzenleme AİHM içtihatlarıyla da uyumludur[63]. TCK

---

56 Demirbaş, Ceza Hukuku, 130; Erem, Ceza Hukuku, 121; Kesinleşmiş mahkumiyet kararı varken lehe kanun gündeme gelirse, CGTİK m. 98 I'e dayanarak, hükmü veren mahkemeden karar istenmelidir, bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku, 123; Belirtilen usulde ilgili mahkeme duruşmasız olarak karar verir ve bu karara karşı itiraz yolu açıktır (CGTİK m. 101); Kesin hükmün niteliğiyle bağdaşması bakımından lehe kanunun geriye yürümesinin kesin hükme kadar olan süreyle sınırlandırılması gerektiği görüşü için bkz. İçel/Donay, C. I, 98.

57 5560 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, uzlaşma kapsamının genişlediğinden bahisle lehe hüküm uygulaması, henüz hüküm verilmemiş dosyalarda mümkündür (bkz. 5560 sayılı Kanun Geçici Madde 1).

58 Hakeri, Ceza Hukuku, 75.

59 Yargıtay 4. CD, 19.6.2007, 2007/5809; Alman Ceza Hukukunda aynı yönde BGHSt 24, 106 vd.

60 Özgenç, Ceza Hukuku, 135.

61 LK-Gribbohm, 128; MK-Schmitz, 115; Alman Ceza hukukunda, lehe kanunun dikkate alınacağı süre, tüm yargı yollarının tüketilip karar kesinleşmesi ile sona erer. İnfaza başlanılmış bir mahkumiyet hükmü varsa, yaşanan değişikliğin fail lehine değerlendirilmesinin olağan yargı süreci içinde ele alınamayacağı görüşü mevcuttur, Dreher/Tröndle, StGB, § 2, Rn. 12; Jakobs, AT, 100; Maurach/Zipf, AT, 161; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 17; Hüküm kesinleşmesine rağmen henüz infaza başlanılmamışsa, olağan yargı sürecinde kalınarak lehe hüküm tespitine gidilmelidir, Mattil, Friedrich, "Zeit und materielles Strafrecht", GA 1965, 145, 146; Mahkumiyet hükmü tesis edilmiş; ancak erteleme kararı verilmişse, bu aşamada da lehe kanunun dikkate alınabileceği belirtilmiştir, Dreher/Tröndle, StGB, § 2, Rn. 12; Kanundan doğan bir imkanla yargılamanın yenilenmesi söz konusu olmuşsa, artık yeni muhakemede lehe kanun değerlendirilmesi yapılması gerekir, LK-Gribbohm, 128; MK-Schmitz, 115.

62 Yargıtay 8. CD, 2009/5222.

63 AİHM NsTZ 10, 263; Güvenlik tedbirlerinde failin kusurunun değil, tehlike halinin dikkate alındığından bahisle, burada lehe konunun gözetilmeyeceği ve derhal uygulanma ilkesinin istisnasız tatbik olunması gerektiği görüşü için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukuku, 108; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 124; Alman Ceza Hukukunda güvenlik tedbirleri hakkında (Maßregeln der Besserung und Sicherung) karar anındaki kanunun uygulanması öngörülmektedir (§ 2 Abs. 6 StGB), NK-Rössner, § 2, Rn. 16; Wessels/Beulke, AT, Rn. 50; AİHM içtihadıyla (AİHM 28.11.2013- Nr. 7345/12 G./Almanya Kararı, 98, 99) bağdaşmayan bu hüküm, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 4.5.2011 tarihli karar ile Anayasaya aykırı bulunmuştur, BVerfG NJW 11, 193, Schöch, Heinz, "Die Sicherungsverwahrung in Deutschland nach den Entscheidungen

m. 7 III hükmü gereğince; hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç infaz rejime ilişkin kurallar derhal uygulanır[64]. İlgili madde fıkrasında yer alan kurumlar infaz hukukuna aittir; fakat zaman bakımından uygulama yönünden maddi ceza hukuku normuna ilişkin rejime tabi tutulmuşlardır[65]. Haliyle hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür ile ilgili kanuni değişiklikler failin lehine bir yenilik içerirse, değişiklik öncesi olay ve hükümler hakkında yeni kanun uygulanır. Şayet önceki kanun lehe ise, onun uygulanmasına devam edilir[66].

b. Geçici ve süreli kanunlar

Belirli bir olayın sona ermesine kadar çıkarılan kanunlar "geçici", belirli bir tarihe dek yayımlanan kanunlar ise "süreli"dir. Bu kanunlar, yürürlükte oldukları süre içindeki olaylara, kendileri yürürlükten kalktıktan sonra da uygulanmalıdır[67]. Bu durum, "kanunların ileriye etkili olması-yürürlük ötesi uygulanması (Nachwirkung des Gesetzes)" şeklinde adlandırılır[68]. Nitekim TCK m. 7 IV gereğince, geçici veya süreli kanunlar, sadece yürürlükte bulundukları tarihte gerçekleşmiş fiiller hakkında uygulanacaktır. Bu tercih son derece isabetlidir. Aksi halde kanundan doğacak lehe durum kötüye kullanılabilecektir[69].

c. Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı değişiklikleri

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, Anayasa m. 153 V gereğince geriye yö-

---

des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, İstanbul 2014, 80 vd.

64 İnfaz kanununda yapılan değişiklik cezanın niteliğini değiştirecek nitelikteyse, bu durumda failin lehine olan kanun dikkate alınır. Misalen koğuş sistemi yerine tek kişilik hücrede tecrit öngörülüyorsa, halihazırda infaz aşamasında bulunan suçlu hakkında koğuş sisteminin devam etmesi yerinde olur, Demirbaş, Ceza Hukuku, 131; Koyuncu, Türk Ceza Kanunu, 49, 50; Özbek, İzmir Şerhi, 206; Şartlı salıverilme süresindeki artışın faile yansıması ile ilgili olarak Yargıtay, failin aleyhine olacak süre değişikliğinin uygulanmayacağı görüşündedir, Yargıtay İBK 28.1.1974, 5/1, ayrıca bkz. Demirbaş, Ceza Hukuku, 132.

65 Zafer, Ceza Hukuku, 105.

66 Alman Ceza Hukukunda, failin aldığı ceza üzerinde etkili olacak infaz hukuku değişiklikleri söz konusu olduğunda lehe kanunun gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir, LK-Gribbohm, 128.

67 İçel/Donay, C. I, 101, 102; Fischer, StGB, § 2, Rn. 13; Alman Ceza Kanunu (StGB) § 2 IV'te geçici ve süreli kanunlar hakkında benimsenen rejim, aksi ilgili kanunda belirtilmedikçe, aynen Türk Ceza Hukuku'ndaki gibidir.

68 Fischer, StGB, § 2, Rn. 13; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 199 vd.; Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku, 71; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 37; Esasen bu durumu, yeni bir sınıflandırmaya gitmeden "fiilin işlendiği andaki kanunun geçerli olması" şeklinde özetlemek mümkündür, Kindhäuser, LPK-StGB, § 2, Rn. 50.

69 Hakeri, Ceza Hukuku, 73.

nelik uygulanamaz[70]. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, kanunda suç olarak düzenlenmiş bir hükmün yürürlükten kalkmasına yol açabilir ve bu durum tartışmasız surette fail lehinedir. Esasen aynı etkiyi doğuracak olan kanuni değişiklikleri fail lehine geriye yürütürken, Anayasa Mahkemesi'nin fail lehine sonuç doğuran iptal kararını geriye yürütmemek adalet anlayışıyla bağdaşmaz. Kanunkoyucu, ivedi biçimde m. 153 V'te değişikliğe gitmeli ve lehe sonuç doğuran iptal kararlarının geriye yürümesini mümkün kılmalıdır[71].

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre[72]; içtihadı birleştirme kararlarındaki değişikliklerin, fail lehine sonuç doğması durumunda dahi geriye yürütülmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararları hakkında yer verdiğimiz eleştiriyi burada tekrar ederek, Yargıtay'ın tutumunun isabetli olmadığı kanaatini taşıdığımızı ifade etmek isteriz. Ayrıca belirtelim ki; TCK m. 7 I'de yer alan "kanun" ifadesini, "ceza hukuku kaynağı" olarak yorumlamak gerekir. Bu bağlamda; içtihadı birleştirme kararlarındaki değişiklikler fail lehine sonuç doğuruyorsa, yeni durumun geçmişe yürütülmesi isabetli olacaktır[73].

III. Delil Elde Etme Yöntemlerine İlişkin Kanuni Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu

Yukarıda ele aldığımız konular, bugüne dek doktrin ve yargı kararlarında konu

---

70 Mevcut durumda, iptal kararını yeni delil olarak değerlendirip muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilmesi "yasağı dolanmak" olacaktır, Zafer, Ceza Hukuku, 108.

71 Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku, 68; Özgenç, Ceza Hukuku, 137; ayrıca bkz. Hakeri, Ceza Hukuku, 75; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 129; Zafer, Ceza Hukuku, 108.

72 Yargıtay İBK, 15.6.1949, 11.

73 Demirbaş, Ceza Hukuku, 136; Erem, Ceza Hukuku, 141; Önder, C. I, 169; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 129; Alman Ceza Hukukunda uygulama ve doktrinde kabul edilen görüş; yüksek yargı kararlarının, lehe durumun geriye uygulanması kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklîndedir. Esasen bu durum, Türk uygulamasında kabul edilip, doktrinde eleştirilen görüştür, BVerfG NStZ 1990, 537; BGHSt 37, 89 vd.; Hoffmann-Holland, AT, 10; Krey/Esser, AT, 28, 29; LK-Gribbohm, 135; Roxin, AT, 168; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 6; Wessels/Beulke, AT, Rn. 51; *Jakobs*, yüksek yargı içtihatlarının fail üzerinde hiç şüphesiz etkili olduğunu; ancak bunun fonksiyonel bir etki oluşturamayacağını ifade eder. Yazara göre geriye yürümenin yargısal içtihatlarda kabulü, yasalara bağımlı olma işlerliğini zedeler. Mevcut içtihat değişikliği sebebiyle hakkı zedelenen failler için iyileştirme, yasama organının yapacağı düzenlemeyle mümkündür, Jakobs, AT, 105; Alman Ceza Hukuku'nda; yargı organlarınca suç olarak değerlendirilmeyen bir eylemin, mevcut bir norm çerçevesinde suç olarak değerlendirilmeye başlanması halinde, daha önce eylemde bulunan faillerin hukuken kabul görülebilecek "kaçınılmaz hata"larından (unvermeidbarer Verbotsirrtum- § 17 Satz 1 StGB) yararlanmaları ve bu durumda cezalandırılmamaları gerektiği görüşü için bkz. BVerfGE 18, 240; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 133; Jakobs, AT, 106; Roxin, AT, 169; S/S-Eser/Hecker, § 2, Rn. 6; ayrıca bkz. Hakeri, Ceza Hukuku, 80; Yakın geçmişte Almanya'da güncel olan ve özellikle birçok Türk kökenli aileyi yakından ilgilendiren, Köln Ceza Mahkemesi'nin "Sünnet" hakkında verdiği karar, bu konu için yerinde bir içtihat örneğidir, bkz. LG Köln 7.5.2012, 169/11.

olmuş, tespit edilen soru ve sorunlar zaman zaman farklı görüş ve yorumlarla çözümlenmeye, cevaplanmaya çalışılmıştır. Burada incelemek istediğimiz bir başka husus; "Hukuki dayanağı bulunan bir delil, sonradan yapılan değişiklikle kanuni dayanaktan yoksun bırakılırsa, son durum mevcut olaya nasıl uygulanacaktır?" sorusuna verilecek cevaptır. Misalen 1.1.2014 tarihindeki bir vakıa, kanunun müsaade ettiği bir delil elde etme yöntemiyle muhakeme sürecine taşınsa; fakat hukuken müsaade edilmiş bu yöntem 1.6.2014 tarihinde yapılan bir kanun değişikliğiyle ortadan kaldırılsa, söz konusu kanun değişikliğinin faile ve neticeten muhakemeye yansıması nasıl olacaktır? Açıkçası bu mevzu; yukarıda değindiğimiz hususlara nazaran, bugüne dek doktrin veya yargıda kapsamlı şekilde tartışılmış değildir[74].

1. Delil Elde Etme Yöntemlerinin Ceza Hukuku Kuralları İçerisinde Sınıflandırılması

Delil elde etme yöntemlerinin ceza hukuku normları içinde nasıl sınıflandırılacağı, zaman bakımından uygulamada belirleyici nokta olacaktır. Delil elde etme yöntemleri şayet maddi hukuk alanı içinde kabul edilirse, sonraki kanun değişikliğinin failin lehine sonuç doğurup doğurmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Bu halde; önceden yasal olarak öngörülmüş yöntemlerle elde edilmiş ve muhakemede sanık aleyhinde kullanılmış olan bir delil, sonraki kanun değişikliğiyle yasal dayanaktan yoksun bırakıldığında failin lehine bir sonuç doğacak ve ilgili kanun değişikliği geriye yürüyecektir. O ana dek yapılan işlemler geçersiz kabul edilecek, ilk derece mahkemesi karar vermişse temyizen bozulacak, hüküm kesinleşmişse yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilecektir.

Delil ve delil elde etme yöntemleri ile ilgili yapılan kanun değişikliklerini şekli hukuk alanında değerlendirmek ise farklı sonuç verir. Çünkü muhakeme hukukuna ait yeni düzenlemeler, kanunda aksi belirtilmedikçe, failin lehine olup olmadığı değerlendirilmeksizin derhal etki doğuracaktır. Böylelikle; ayrı bir kanuni düzenleme bulunmadıkça, mevzuata uygun şekilde tamamlanmış muhakeme işlemleri, sonraki kanun değişikliğine rağmen geçerliliğini koruyacaktır[75].

---

74 İtalyan yargısı, ülkede 277/1991 Sayılı Kanun ile ispat yükü ile ilgili bir değişiklikte sanık lehine gördüğü yeni düzenlemeyi geriye yürütmüştür, Milano Sulh Ceza Mahkemesi kararı için bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 313.

75 Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, 57; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, 16; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, 96-99; "…*Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 02.05.1994 gün ve 97/126 sayılı kararında açıklandığı üzere; yargılama yasasının zaman bakımından uygulanmasında genel ilke, usul işlemlerinin, işlemin yapılacağı sırada yürürlükte bulunan yargılama yasasına tabi olacağıdır. Bir usul işlemine o sıradaki yürürlükte bulunan yargılama yasası hükümlerinin uygulanmasına derhal uygulama (hemen uygulama) ilkesi denilmektedir. Somut olayda, sanığın ilk sorgusu 04.05.1990 tarihinde yürürlükte bulunan usul hükümlerine göre yapılmıştır. CMUK'un 135. Maddesinde 3842 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ise 01.12.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yukarda açıklanan ilke gereğince, sanığın CMUK'ta yapılan değişiklikten önceki savunmasının geçersiz olduğu ve yasada*

2. Hukuki Görüşümüz

Delil elde etme yöntemi, tek başına bir suç tanımlaması veya ceza tespit şekli değildir. Aksine, kanunun tanımladığı bir suçun açığa çıkarılması için öngörülmüş bir yöntemden ibarettir[76]. Bu halde, delil elde etme yöntemleriyle ilgili değişiklikler derhal etki doğuracaktır. Elbette önceden fail aleyhine muhakeme yönteminin kanun değişikliği neticesinde kanuni dayanaktan yoksun bırakılması fail lehine görünmektedir. Ancak derhal uygulama ilkesi gereğince ve kanunda aksi bir durum zikredilmediği için artık lehe hüküm kıstasının bir önemi kalmamıştır. Sonuç olarak; ayrı bir kanuni düzenleme bulunmadıkça mevzuata uygun şekilde yapılmış muhakeme işlemlerinin sonraki kanun değişikliğiyle geçersiz sayılmaması gerekir.

Dile getirdiğimiz görüş, failin aleyhine bir tutum takındığımız eleştirisiyle karşılaşabilir. Buna karşın ilk olarak belirtelim ki; hukuki güven ve istikrar gereği muhakeme hukukuna hakim ilke ve prensiplerin uygulanmasına ve tamamlanmış muhakeme işlemlerinin korunmasına öncelik vermek gerekir[77]. İkincil olarak, iletişim denetlenmesi meselesini misal olarak ele alırsak; suç şüphesi üzerine başlanan yargılama sürecinde yaşanan kanun değişikliğiyle, önceden iletişimin denetlenmesi yolu ile delil elde imkanının tanınmadığı bir suç, CMK m. 135'e dahil edilirse ne olacaktır? Şayet lehe-aleyhe değerlendirmesi yapılırsa, sonraki değişiklik hiç şüphesiz fail aleyhinedir; zira suç şüphesini aydınlatmayı kolaylaştıran ve böylece faili önceki duruma göre zora sokan bir düzenlemedir. Bu durumda kanun değişikliğine rağmen iletişimin denetlenmesi işletilemeyecektir. Böyle bir ihtimal, muhakeme yöntemlerini işlevsiz kılacaktır.

---

yapılan değişiklik doğrultusunda tekrarlanması gerektiği söylenemez" Yargıtay CGK, 04.06.1996, 1996/124; "*… O halde derhal uygulama ilkesinin sonucu olarak; … (b) Yürürlükteki muhakeme kanununa uygun olarak yapılan işlemlerin sonradan değiştirilen muhakeme kanunu uyarınca geçerliliğini kaybetmeyeceği …",* Yargıtay CGK, 12.4.1993, 1993/94; "*Ayrıntıları Yargıtay CGK'nın 26.12.2006 tarih 2006/8-137 Esas ve 2006/319 Sayılı kararında belirtildiği üzere 19.12.2006 tarih ve 5560 Sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile 5271 Sayılı Yasa'nın 150/3. Maddesinde yapılan değişiklikle daha önce üst sınırı 5 yıl olan hapis cezası gerektiren suçlarda sanıklar için zorunlu müdafi atanması öngörülmüş iken, yapılan değişiklikle bu zorunluluk alt sınırı 5 yıl hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmış bulunmasına, yargılama yasalarının derhal uygulanması gerekmesine ve sanığın sorgusunun da 14.01.2004 tarihinde yapılmış bulunmasına göre, sanık hakkında zorunlu müdafi atanması koşulları artık ortadan kalkmıştır*" Yargıtay 3. CD, 24.3.2010, 2010/5057; ayrıca bkz. Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 296-298; Önder, C. I, 164; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, 113; Özbek, İzmir Şerhi, 206; Doktrinde, daha önceki kanuna göre yeminsiz dinlenebilen bir tanığın ifadesinin, tanık olan kişi sonraki değişiklikle yemin aranan kimseler arasında düzenlense dahi geçerliliğini koruyacağı ifade edilmiştir, bkz. Artuk/Gökcen, Yenidünya, Ceza Hukuku, 143, 144.

76 Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, 103.

77 Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, 296.

SONUÇ

Ceza Hukukuna ait evrensel ilkelerin en başında "Kanunilik" ilkesi yer alır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasamız ve kanunlar ile benimsenen bu ilke, kanunsuz suç ve ceza olmayacağının garantisidir.

Kanunilik ilkesi gereğince; Ceza Hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması meselesini doğru şekilde tespit etmek son derece önemlidir. Ceza Hukuku normları kural olarak, yürürlük tarihinden sonra meydana gelen hadiseye uygulanır. Başka bir deyişle; failin hukuki durumu, suçu işlediği tarihte yürürlükte bulunan kanuna tabidir.

Failin durumuna ilişkin birden çok kanunun gündeme gelmesi halinde hangi kanunun uygulanacağı, maddi-şekli ceza hukuku ayrımına göre belirlenir. Kural olarak; maddi ceza hukuku alanına ait değişiklerde fail lehine kanun tespit edilir; sonraki kanun lehe ise geriye yönelik uygulanır. Şekli ceza hukukunda ise; böyle bir tespite gerek yoktur. Yürürlüğe giren kanun değişikliği henüz tamamlanmamış muhakeme işlemlerine uygulanır. Ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bu kıstas, birçok ceza kurumu açısından günümüze dek doktrin ve uygulamada tartışılmış, açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Delil elde etme yöntemleriyle ilgili kanun değişikliklerinin zaman bakımından nasıl bir uygulamaya tabi tutulacağı sorusu, diğer muhtemel sorular kadar kapsamlı irdelenmiş değildir gündeme getirmiştir. Delil elde etme yöntemleri, suç isnadını aydınlığa kavuşturma aracıdır ve bu yönüyle muhakeme hukukuna ait bir kurumdur. Bu nedenle, muhakeme hukukuna ait normlarda kabul edilen genel durumun burada da işletilmesi isabetli olacaktır. Sonuç olarak; delil elde etme yöntemleriyle ilgili yapılan değişiklikler, failin lehine bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılmaksızın, yürürlüğe girdikleri andan itibaren, henüz tamamlanmamış muhakeme işlemlerine uygulanacaktır.

ABSCHLIEßENDE BETRACHTUNG

Eines der wichtigsten Prinzipien des Strafrechts besteht im „Gesetzlichkeitsprinzip", das von der Europäischen Menschenrechtskonvention, vom türkischen Grundgesetz und Gesetzen angenommen wird. Dieses Prinzip garantiert: „Keine Strafe ohne Gesetz".

Das Gesetzlichkeitsprinzip setzt voraus, dass eine Strafnorm für eine Tat anwendbar ist, wenn sie in der Tatzeit gilt. Die Strafnormen dürfen somit nicht zurückwirken. Die Rückwirkung des Gesetzes ist jedoch erlaubt, wenn es im materiellen Strafrecht bleibt und zugunsten des Täters wirkt.

In der Literatur und Rechtsprechung sind viele strafrechtliche Themen in Bezug auf den zeitlichen Geltungsbereich schon klar geworden. Allerdings muss auch die

Frage, ob die Gesetzesänderung über die Beweismittel rückgängig ist, umfassend beantwortet werden.

Die juristischen Beweise dienen dazu, juristische Fragen bei Verfahren zu klären. Deshalb gehört das Beweismittel zum prozessualen Strafrecht und das Tatzeitgesetz ist entsprechend hier anzuwenden.

KAYNAKÇA

Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., München 2008

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Bielefeld 1995

Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015

Centel, Nur/ Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul 2014

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012

Dieter, Dölling/Gunnar, Duttge/ Dieter, Rössner (NK-Yazar), Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2011

Dreher, Eduard/ Tröndle, Herbert, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46. Aufl., München 1993

Erem, Faruk, Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, Ankara 1976

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 62. Aufl., München 2015

Gleß, Sabine, „Zum Begriff des milderen Gesetzes", Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 2000, S. 224-236

Gunnar, Duttge/ Ünver, Yener (Editör) (Yazar, in: Kanunilik İlkesi), Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht- Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi, B. III, Ankara 2014

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010

Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım - I, Ankara 2014

Hoffmann-Holland, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 2011

İçel, Kayıhan/ Süheyl, Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 3. Bası, İstanbul 1999

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991

Katoğlu, Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2008

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden-Baden 2011

Kindhäuser, Urs (LPK-StGB), Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2014

Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015

Koyuncu, Ali, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Uygulayıcı Gözüyle Yorumu- Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2006

Krey, Volker/ Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2011

Lackner, Karl/ Kühl, Kristian/Heger, Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014

Leipziger Kommentar (LK-Yazar), Strafgesetzbuch, C. I, 11. Aufl., Berlin 2003

Mattil, Friedrich, „Zeit und materielles Strafrecht", Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1965, S. 129-146

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I, 8. Aufl., Heidelberg 1992

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-Yazar), B. I, 2. Aufl., München 2011

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1991

Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014

Özbek, Veli Özer, İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. I, Ankara 2006

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi- Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2005

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, B. I, 4. Aufl., München 2006

Schöch, Heinz, „Die Sicherungsverwahrung in Deutschland nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, İstanbul 2014, S. 65-84

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (S/S-Yazar), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2014

Schreiber, Hans-Ludwig, „Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte", Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1968, S. 348-368

Schroeder, Friedrich-Christian, „Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze", Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag (FS-Bockelmann), München 1979, S. 785-799

Seelmann, Kurt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Basel 2005

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005

Tiedemann, Klaus "Zeitliche Grenzen des Strafrechts", Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag (FS-Peters), Tübingen 1974, S. 193-208

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013

Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2015

Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2015

Wank, Rolf Wessels, Johannes/ Werner, Beulke, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München 2015, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl., Heidelberg 2015

Yalçın Sancar, Türkan/ Köprülü, Timuçin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2014

Yılmaz, Zekeriya, "Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanmasında İlkeler ve Lehe Olan Ceza Kanunun Belirlenmesi", TNB Hukuk Dergisi, 127/2005, S. 44-71

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2015

Yargıtay kararlarında karar tarihi ve karar numarasına yer verilmiştir.

ÖLÜM VE BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİ HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT

(Ccompensation Claim in Case of Death and Violation of Body Integrit)

Muhammed SULU[*]

ÖZET

Tazminat, genel bir ifade ile, hukuka aykırı bir fiil neticesinde meydana gelen zararı gidererek haksız fiil öncesindeki fiili durumu tekrar yaşama geçirme amacını taşıyan maddi ödemelerdir. Ne var ki, hukuka aykırı bir fiil ile kişilik hakkı ihlal olunan kişinin durumunun ihlal öncesi duruma getirilmesi reel olarak mümkün değildir. Ancak kanunkoyucu, aslında para ile giderilemeyecek olan manevi zararlarda, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirme amacı ile manevi tazminat kurumunu ihdas etmiştir. En temel kişilik hakları olan yaşama ve beden bütünlüğü haklarının ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan zararın bir nebze giderilerek ölenin yakınlarının veya bedensel bütünlüğü ihlal edilenin manevi tatmine erişmeleri toplum düzeninin devamı açısından hayati olarak görülmüştür. Bu bağlamda ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat talep edebilmenin şartları, manevi tazminatın belirlenmesi ve manevi tazminata hükmedilmesini engelleyen durumlar karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılarak çalışmada incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Yaşama Hakkı, Ölüm ve Beden Bütünlüğünün İhlali, Manevi Tazminat

Abstract

Compensation as a general expression corresponds to the corporal payments having an aim to implement the actual state before the wrongful act by recovering the loss that is resulted by an unlawful act. However it is not possible to return the previous condition of one whose personal rights are violated by an unlawful act. But the legislator creates the solatium (damages for mental anguish) to be able to fulfil the spiritual tranquillity of the harmed person for the nonpecuniary damages which cannot be recovered monetarily. In case of violation of the personal statutory rights, by recovering the resulted loss to some extent, fulfilling the spiritual

[*] Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı.

satisfaction of the relatives of the deceased and of the one whose body integrity is violated is considered crucial for the continuation of the social order. In this work the conditions of a compensation claim in case of death and violation of body integrity, the determination of the solatium and the situations which prevent the judgement of the solatium are analyzed by utilizing the comparative law.

Keywords: Right to Life, Death and Violation of Body Integrity, Compensation

GİRİŞ

Kişilik hakkı, kişilerin, kişiliğini oluşturan tüm değer ve varlıkların üzerindeki şahsa bağlı, mutlak haklardır. Bu bağlamda yaşama hakkı, en önemli kişilik hakkıdır. Zira diğer tüm kişilik hakları, temeldeki yaşama hakkının üzerine inşa olurlar. Yine beden bütünlüğü hakkı, en temel kişilik haklarındandır. Hukuk düzeninin, bu denli büyük önemi haiz olan bu hakların ihlali halinde yaptırım öngörmemesi beklenemez. Kanun koyucu, yaşam ve beden bütünlüğü haklarının ihlali hallerinde Ceza Kanunu'nda cezai yaptırımlar düzenlemiştir. Bu ihlallerin, çalışmamızın da konusu olan hukukî yaptırımı ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde "Manevi tazminat" başlığı altında düzenlenmiştir.

Bir hakkın ihlâl edilip edilmediğini saptayabilmek için öncelikle o hakların kavramsal olarak irdelenmesi, o hakların tam olarak neyi karşıladığını belirlemek gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle yaşama hakkı ve beden bütünlüğü hakkı genel hatları ile incelenektir. Sonrasında ise bu hakların ihlâlinin bir yaptırımı olan manevi tazminat kavramı ve karşılaştırmalı hukuktaki ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminat ana hatları ile belirtilecektir.

Çalışmada ölüm halinde ve beden bütünlüğünün ihlali halinde gündeme gelecek olan manevi tazminat olgusu ayrı başlıklar halinde incelenmeye çalışılmıştır. Yine maddi bir değer biçilemeyecek olan yaşama ve beden bütünlüğü hakkının ihlalinin karşılığı olan manevi tazminatın maddi bir bedel olarak nasıl belirleneceği hususu açıklanacaktır.

Son olarak da, hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali hallerinde manevi tazminata hükmedilmesini engelleyebilecek olan hususlar, manevi tazminatın yöneldiği amaçlar ile karşılaştırılacak ve konunun çeşitli sorunsalları Yargıtay kararlarından da faydalanılarak irdelenmeye ve çözümlenmeye çalışılacaktır.

1. Genel Olarak Yaşama Hakkı ve Beden Bütünlüğü Hakkı

Yaşama hakkı, bütün kişilik haklarının temelinde bulunan ve üzerinde hiç kimsenin tasarruf etme hakkının bulunmadığı bir kişilik hakkıdır[1]. Yaşama hakkı, bir

[1] Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, İstanbul 2013, s. 112; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2009, s. 136.

insanın yaşayabilmesi için gerekli olan sağlık ve bütünlük içinde doğması, sonrasında gelişim olanaklarına sahip olarak varlığının sürdürülebilmesi, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün doğal sınırlamalar dışında, toplum yararına dahi olsa noksana uğratılmaması ve yok edilmemesidir[2].

Yaşama hakkı, T.C. Anayasası'nın 12. maddesinde de belirtildiği üzere, kişinin *kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez* bir haktır. Yine Anayasa'nın 15/2 hükmü uyarınca, *"…savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz…"*[3] Hiç kimse ne kendisinin ne de bir başkasının hayatına son verme hakkına sahip değildir[4]. Hukuk düzeni, bir kimsenin kendi kişiliğini oluşturan unsurlar üzerinde; yaşaması, ilerlemesi ve gelişmesi, imkanlarını ortadan kaldıracak, maddi veya manevi bütünlüğünü tehlikeye sokacak şekilde sınırlanmasını engeller. Akipek/Akıntürk, buna kişiliğin içe karşı korunması demektedir[5]. Bu yönde gösterilen rıza da hangi gerekçe ile olursa olsun hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olmayacaktır[6]. Buna mukabil rızanın varlığı Türk Borçlar Kanunu m. 52 ve Türk Ceza Kanunu m. 62 uyarınca tazminatın ve cezanın indirilmesinde takdiri bir neden olarak kabul edilebilir[7].

2. Manevi Tazminat Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlük'ünde manevi tazminat, "manevi zarar karşılığı ödenen para" olarak tanımlanmaktadır[8]. Teknik anlamda ise manevi tazminat; kişilik hakkının tecavüze uğraması halinde, meydana gelen bu haksızlık karşısında

---

2 Yaşama hakkı tanımları için bkz. Cengiz Topel Çiftçioğlu, **Yaşama Hakkı**, TBB Dergisi, S. 103, Ankara 2012, s. 139; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara 2015, s. 101; Helvacı Gerçek Kişiler s. 112.

3 AİHS m. 2'ye göre, *"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.*
2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:
a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması" http://www.echr.coe.int/ Documents/Convention_TUR.pdf (erişim: 24.04.2016).

4 Yaşama hakkı üzerinde tasarruf edilememe durumunun detayları için bkz. Helvacı **Gerçek Kişiler**, s. 112.

5 Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, **Başlangıç Hükümleri Kişilik Hukuku**, İstanbul 2007, s. 356.

6 Helvacı Gerçek Kişiler s. 112.

7 Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul 2001, s. 51; Helvacı Gerçek Kişiler s. 112-113.

8 Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005, s. 1926.

mağdurun ruhsal veya bedensel bütünlüğüne yapılan tecavüz neticesinde oluşan acı ve ızdırabın unutturulması, yaşama sevinç ve arzusunun tekrar kazandırılması, bozulan ruhsal dengenin yeniden tesisi için getirilmiş olan bir denkleştirme vasıtası olarak tanımlanmaktadır[9]. Bu bağlamda manevi tazminat, bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, *"…ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmeksizin, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de , gerçek manasında bir tazminat, mağdurda veya zarar uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevlit etmelidir…"*[10] Manevi tazminat kavramının her ne kadar Ceza Hukuku'muzda tam bir karşılığı bulunmasa da, manevi tazminatın çok yönlü işlevi, bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olmasını sağlamıştır. Bahsi geçen bu karara göre, *"Manevi tazminat esas itibariyle özel hukuka ilişkin bir konu olup amacı, fiziki veya ruhsal acıların, üzüntülerin, ihlal sonucu oluşan yaşama sevincindeki azalmanın bir miktar para veya başka bir yolla giderilmesidir. Manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi, zarar görende meydana gelen, parayla ölçülemeyen, fiziksel ve duygusal olumsuzluklar içindir. Bu nedenle Borçlar Yasasının 47. maddesinde ölüm veya bedensel zarara uğrama hallerinde, 49. maddesinde ise kişilik haklarının hukuka aykırı bir şekilde ihlalinde manevi tazminat istenebileceği hükme bağlanmıştır."*[11] Görüldüğü üzere manevi tazminat, maddi bir zararın giderilmesini amaçlayan klasik anlamda bir tazminat değildir. Yine hukuk sistemimize yabancı olan ve/fakat kanaatimizce hukukumuzda da uygulanması gereken özel hukuk yaptırımı, cezai müeyyidesi de değildir. Hal böyle olunca, hukukumuzdaki manevi tazminatı kavramsal olarak algılamak ve tanımlamak zorlaşmaktadır. Ayrıca manevi tazminatın yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi yalnızca zarara uğrayan kişiyi tatmin amacının kabulü halinde, para ile ölçülemeyen manevi zararların maddi meblağlar ile tatmin edildiği ve ahlaki açıdan da tartışma konusu olabilecek bir durum ortaya çıkacaktır. Yukarıdaki Yargıtay uygulamalarından farklı olan, 2004 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına göre, *"Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerin telafi etmesi*

---

9 Şeref Ertaş, **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarın Tespiti**, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 65; Ayrıca bkz. Erlüle s. 67 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Kişilik Haklarını Koruyan Mânevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (Mk. 24, Bk. 49)**, İstanbul 1990, s. 142 vd.

10 YİBGK E. 1966/7 K. 1966/7 T. 22.06.1966 (www.kazanci.com)(erişim: 26. 04.2016).

11 YCGK E. 2000/6-249 K. 2000/258 T. 19.12.2000 (www.kazanci.com)(erişim: 26.04.2016).

olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir."[12] Tümüne katıldığımız bu karardaki görüşlerin, mahkemelerimizce uygulandığını söylemek çok da kolay değildir.

Manevi tazminatı gerektiren fiil sonucunda ortaya çıkacak olan manevi tazminat istemi, istemin karşı tarafınca kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe de mirasçıya geçmez[13].

Hukukumuzda manevi tazminatın söz konusu olabilmesi için meydana gelen manevi zararın önemli nitelikte olması gerekmektedir. Nitekim çalışmamızın konusu ile de ilgili olan bir Yargıtay kararına göre, *"…manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. demek ki, cismani zarara uğruyan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırap) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır. Ölüm vukubulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar."*[14] Burada tam bir kesinlikle manevi zararın ödenecek bir miktar para ile giderilmesi hem mümkün olmayacak hem de ahlakî bazı sorunsalları da beraberinde getirecektir. Ancak kişisel değerleri ihlal edilen kişinin, uğramış olduğu manevi zararın parasal karşılığının tam olarak tazmin edilemeyeceği gerekçesiyle tazminin tümden reddi, zarar gören kişinin manevi tazminat kurumunun koruyucu düzenlemesinden eksik

---

12 YHGK E. 2004/13-291 K. 2004/370 T. 23.06.2004 (www.kazanci.com)(erişim:26.04.2016). Yeni tarihli bir Yargıtay kararına göre; *"…hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna dair zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez ve yine 22.6.1966 gün 1966/7-7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir…"* Y21HD E. 2015/21544 K. 2016/9355 T. 07.06.2016 (www.kazanci.com)(erişim:05.09.2016)

13 Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2014, s. 1140.

14 YİBGK E. 1966/7 K. 1966/7 T. 22.06.1966 (www.kazanci.com)(erişim:26.04.2016).

de olsa yararlandırılmaması yerine hiç yararlandırılmamasına yol açacaktır[15]. Kanaatimizce, manevi tazminat kurumu ve kavramı, günümüz hukukunun tam olarak cevaplayamadığı durumlardan birinin geçici ve eğreti çözümüdür. Manevi zararların tam olarak giderilemeyeceği ön kabulü ile, manevi zararları en aza indirmek için manevi tazminat kurumuna tazminat miktarlarının caydırıcı ve mağdurun zenginleşmesini dahi sağlayacak seviyeye getirilmesi yine geçici fakat daha amaca uygun bir çözüm olarak savunulabilir.

3. Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Ve Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat

Karşılaştırmalı hukukta manevi tazminat, (*Nonpecuniary damages, Schmerzensgeld*) kıta Avrupasından, Anglo-sakson hukukuna kadar hemen her yerde karşımıza çıkmaktadır. Kıta Avrupası hukukuna bakıldığında manevi tazminatın, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin acı ve ızdırabını bir miktar azaltabilmek amacı ile hakkı ihlal eden kişiye ödetilen para olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Burada mağdurun zenginleşmesi amaçlanmamaktadır. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin hukuklarını uyumlaştırma çabalarından biri olan Avrupa Tazminat Hukuku Kuralları'nın ("*Principles of European Tort Law*") 3. bölümündeki 10:301. maddesine göre, *"Hukuken korunan hakların ihlal edilmesi manevi tazminatı gerektirebilir. Bu durum özellikle, mağdurun kişisel varlığına, onuruna, özgürlüğüne veya diğer kişilik haklarına saldırı olduğunda söz konusu olur. Ayrıca mağdur ile yakın ilişkisi olan bir kişi de yakınının ölümü veya çok ciddi bedensel saldırıya uğraması sebepleri ile manevi tazminat talep edebilir."*[16] Bu düzenleme, aşağıda inceleyeceğimiz Türk hukukundaki düzenleme ile örtüşmektedir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, manevi tazminat belirlenirken saldırının ağırlığı, süresi ve sonuçları dikkate alınmalıdır. Ölüm halinde manevi tazminat ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen Keenan v. Birleşik Krallık davasında[17] Mark Keenan, İngiliz polisi tarafından gözaltına alınmıştır. Gözaltında kötü muameleye maruz bırakılan tutuklu için, intihar riski olduğunun bilinmesine rağmen herhangi bir önlem alınmamış, bilakis insanlık dışı muameleye devam edilmiştir. Nihayetinde Mark Keenan'ın gözaltında intihar etmiş ve Keenan'ın annesi İngiliz devleti aleyhine manevi tazminat davası açmıştır. AİHM, İngiltere'nin maktulün annesine bir miktar manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir[18]. Bununla birlikte AİHM, araba çarpması sonucu ölen 12 yaşındaki Zavoloka'nın

---

15 Erlüle s. 84.

16 http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf (erişim: 26.04.2016).

17 http://swarb.co.uk/keenan-v-the-united-kingdom-echr-3-apr-2001/ (erişim:27.04.2016).

18 Rianka Rijnhout/Jessy M. Emaus, **Damages in Wrongful Death Cases in the Light of European Human Rights Law: Towards a Rights-Based Approach to the Law of Damages**, Utrecht Law Review, S. 10, Utrecht 2014, s. 95-96.

annesinin araba şoförünün kendisine cenaze masraflarına ilaveten manevi tazminat ödemesi talebiyle Litvanya devleti aleyhine açtığı davayı[19] reddetmiştir. Zira Litvanya yasalarında ölüm halinde manevi tazminata da hükmedileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır ve AİHM, Keenan v. Birleşik Krallık davasında devlet aleyhine hükmettiği manevi tazminata, gerçek kişiler aleyhine hükmedemeyeceğini belirtmiştir[20].

Anglo-sakson hukukuna bakıldığında ise, manevi tazminata caydırıcılık, özel hukuk cezası gibi işlevler de yüklendiğinden dolayı tazminat olarak yüksek meblağların kararlaştırılması neticesinde genellikle mağdurun veya mağdur yakınının zenginleştiği görülmektedir. Kıta Avrupası hukukunda ölenin "yakını" sıfatına sahip olan herkes manevi tazminat talebinde bulunabiliyorken[21], Anglosakson hukukuna dahil olan İngiltere'de ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunma hakkı olan kişiler sınırlı sayıda belirtilmiştir. 1976 yılında çıkartılan Ölümcül Kazalar Yasası'nın ("Fatal Accidents Act") 1A(2) hükmüne göre; ölenin eşi, eğer ölen reşit olmayan bir kimse ise ve ölen kişinin nesebi sahih ise ebeveyni, küçüğün nesebi sahih değilse annesi ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunabilir. Yine aynı maddeye göre, ebeveyn lehine hükmolunan manevi tazminat, eşit olarak bölünerek anne ve babaya ayrı ayrı ödenecektir[22].

4. Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi

Haksız fiil neticesinde bir ölüm meydana gelirse, ölen kişinin yakınları TBK m. 53'te tahdidi olarak sayılmayan şu zararları talep edebilmektedir: *1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.* Görüldüğü üzere hükümde manevi zararların giderilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 56'da ayrı bir maddede düzenlenen hükmün 2. fıkrasına göre, *"Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."* Hükümde öne çıkan husus, manevi tazminatı kimlerin, hangi şartlar altında isteyebileceğidir. Burada "ölenin yakınları" ifadesinin incelenmesi gerekir.

---

19 https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1643577&Site=COE&direct=true (erişim: 27.04.2016).

20 Rijnhout/Emaus s. 96-97.

21 Janno Lahe/Irene Kull, **Compensation of non-pecuniary damage to persons close to the deceased or to the aggrieved person**, International Comparative Jurisprudence (2016), s. 2-3, (http://dx.doi.org/ 10.1016/j.icj.2016.03.001i). (erişim: 27.04.2016).

22 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/section/1A (erişim: 26.04.2016).

4.1. Ölenin "Yakını" Kavramı

TBK m. 56'nın gerekçesine bakıldığında, 818 sayılı BK'da ölüm halinde, "ölünün ailesi" yararına olmak üzere manevi tazminata karar verildiği halde, yeni düzenlemede "ölenin yakınları" yararına olmak üzere manevi tazminata karar verileceği, hükmün kapsamının genişletildiği belirtilmektedir. Hal böyle olunca, ölenin "yakınları"nın, ölenin "ailesi"ni de içine alarak daha geniş bir kavramı ifade ettiği anlaşılmaktadır. Ancak BK döneminde de gerek öğretide gerekse yargı kararlarında "aile" kavramının, ölümden büyük üzüntü ve elem duyan yakınlar olduğu kabul edilmekteydi[23]. Belirtmek gerekir ki, ölenin yakınından maksat miras veya nafaka yakınlığı da değildir. Ölen kişi ile güçlü duygusal bağı olan fakat herhangi bir ailevî veya hukukî ilişkisi olmayan bir kişi de pekala ölenin yakını olması hasebiyle bu madde kapsamında manevi tazminat talep edebilir. Buna mukabil, ölenin akrabası olmakla birlikte, ilişkisi azalmış kişilerin manevi bir zarara uğradıkları kabul edilemeyeceğinden dolayı lehlerinde manevi tazminata hükmedilmemelidir[24].

Yargıtay'a göre, *"…bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır, bu yüzden manevi tazminata hükmetmek için murisle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır…"*[25] Görüldüğü üzere manevi tazminat talep edebilme hususunda aile hukuku bağlamında yakınlığın bir önemi bulunmamaktadır[26]. Ölen kişinin yakınının yaşının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayırt etme gücüne sahip olan ve ölümün acısını derinden hissedecek bir yaşta olan çocuk da manevi tazminat talebinde bulunabilir[27].

Ölenin "yakınları" kavramı için karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, kıta Avrupasında bu kavramın hukukumuzdakine benzer şekilde kullanıldığı görülmektedir. Hususen, Alman hukukunda ölenin "yakınları" kavramının Aile Hukuku anlamında aile üyeleri şeklinde anlaşılmaması gerektiği, fiilen var olan ilişkinin "yakın"ların belirlenmesinde etkili olduğu hem öğretide hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir. Nitekim Avusturya, İsviçre ve Avrupa Birliği[28] Hukuklarında da bu düşünce hâkimdir[29].

---

23 Ergun Orhunöz, Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevî Tazminat (B.K. Madde-47), Ankara 1999, s. 26. Ayrıca bkz. 15HD E. 1975/23-3 K. 1975/3366 T. 02.07.1975 (www.kazanci.com) (erişim:22.04.2016).

24 Y21HD E. 2006/152 K. 2006/1979 T. 06.03.2006 (www.hukukturk.com)(erişim:28.04.2016).

25 Y11HD E. 2003/3260 K. 2003/9976 T. 27.10.2003 (www.kazanci.com)(erişim: 22.04.2016).

26 Yargıtay bir başka kararında yakınlık ölçütünü şu şekilde belirlemiştir: *"Manevi tazminat isteminin temel koşulu, ölen kişiyle davacı arasındaki ilişkinin manevi acı ve elem duymasına yeterli ölçüde bulunmasıdır."* Y21HD E. 2012/7522 2012/6145 K. 16.04.2012 T. (www.kazanci.com) (erişim: 22.04.2016).

27 Y4HD E. 1998/5648 K. 1998/8925 T. 16.11.1998 (www.kazanci.com)(erişim:22.04.2016).

28 Bkz. Çalışmanın 3. Bölümü

29 Bkz. Erlüle s. 249 vd.

4.2. Ölüm Halinde Manevi Tazminat İsteyebilme Şartları

TBK m. 49'a göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, verdiği bu zararı gidermekle yükümlüdür. Kanunun haksız fiilleri düzenlediği ikinci ayırımının 56. maddesinde, haksız fiiller neticesinde ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlalinin gerçekleşmesi durumundaki manevi tazminat talebi düzenlenmiştir. Buna göre, *"…Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."* Yani haksız fiile maruz kalan kişi, bu fiil neticesinde ölürse, ölenin yakınları haksız fiili gerçekleştiren kişiden bir miktar para olarak manevi tazminat talep edebileceklerdir. Ölüme sebebiyet veren haksız fiil, hareketsiz kalma neticesinde de olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ölenin yakının manevi tazminat talebi, destekten yoksun kalma tazminatı olarak nitelendirilemeyecektir. Zira destekten yoksun kalma tazminatı ancak maddi bir zararın sonucunda talep edilebilir[30].

TBK m. 56'nın uygulanabilmesi için, mağdura (maktule) yöneltilen hukuka aykırı davranış ile mağdurun yakınlarının manevi zararları arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu halde, ölenin yakınlarının uğradığı zarar, yansıma zararı değil, doğrudan doğruya manevi olmaktadır[31].

Daha önce de belirttiğimiz üzere yaşama hakkı en temel, en önemli kişilik hakkıdır. Kişinin yaşamı üzerinde sahip olduğu bu hak, mutlak ve vazgeçilmez bir niteliktedir[32]. Yaşama hakkı, T.C. Anayasası'nın 12. maddesinde de belirtildiği üzere, kişinin *kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez* bir haktır. Yine Anayasa'nın 15/2 hükmü uyarınca, *"…savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz…"* Görüldüğü üzere hukukumuzda hayat hakkı dokunulamaz ve üzerinde tasarruf edilemez bir haktır. Yaşama hakkının bu tasarruf edilemezlik özelliği hem kişinin bizzat kendisi için hem de diğer kişiler için geçerlidir. Hal böyle olunca, mevcut tıbbî verilere ve imkanlara göre iyileşmesi mümkün olmayan ve bu hastalıktan dolayı şiddetli acılar çeken bir hastanın hayatının aktif veya pasif bir hareket ile sona erdirilmesi demek olan ötanazinin hukuken kabulü mümkün olmayacak ve hekim tarafından gerçekleştirilen ötanazi işlemi kanaatimizce hastanın kişilik hakla-

---

30 Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı**, İstanbul 2012, s. 153.

31 Çakırca s. 157. "...eğer bir kimsenin cismani zarara mağruz kalması sonucunda onun çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (BK m. 47) koruma amacı içinde bulunduklarının kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, **yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.**" (YHGK E. 1995/11-122 K. 1995/430 T. 26.04.1995 (www.kazanci.com) (erişim:30.04.2016)

32 Helvacı Koruyucu Davalar s. 46; Erlüle s. 102.

rından yaşama hakkının ihlali olacaktır. Bundan dolayı, kanaatimizce ölenin yakınları ötanaziyi gerçekleştiren hekimden manevi tazminat talebinde bulunabilecektir[33].

5. Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat

TBK m. 56'ya göre, *"Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir./ Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."* Yürürlükten kaldırılan BK'nın 47. maddesine göre ise, *"Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namiyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir."* İki hüküm birlikte incelendiğinde, TBK'da sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına manevi tazminat ödenebileceği düzenlemesinin getirildiği görülmektedir. Nitekim TBK m. 56'nın gerekçesinde, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak bu ilave düzenlemenin getirildiği belirtilmektedir. Bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat hususunun anlaşılabilmesi için öncelikle bedensel bütünlüğün ihlali kavramının yeterince anlaşılması gerekmektedir.

5.1. Bedensel Bütünlüğün İhlali Kavramı

Bedensel bütünlük, bir gerçek kişinin bedeni, bedenini oluşturan organlar ve ruhsal yapısından oluşmaktadır. Bu bağlamda, kişinin fiziki ve/ya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı her türlü müdahale bedensel bütünlüğün ihlalini teşkil edecektir[34]. Yine başka bir tanımla kişinin doğuştan sahip olduğu doğal ve organik bütünlüğü bozan maddi veya psikolojik hukuka uygunluk sebebi bulunmayan her müdahale bedensel bütünlüğün ihlalidir[35]. Bu tanımdan hareketle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin bulunduğu durumlardaki müdahale bedensel bütünlüğün ihlali kabul edilmeyecek ve manevi tazminatı gerektirmeyecektir.

Bedensel bütünlüğün ihlali durumunda, zarar gören kişinin beden bütünlüğü mekanik veya psişik bir müdahale sonucunda bozulmaktadır. Bu bağlamda bir kişiye tokat atılması, bir kocanın eşine fiziki şiddet uygulaması[36] veya duruma göre dokunmak durumlarında zarar görenin bedensel bütünlüğü mekanik bir müdahale

---

33 Ötanazi ve kişilik hakkı ilişkisi için bkz. Erlüle s. 102-103.

34 Erlüle s. 126; Akipek/Akıntürk s. 360.

35 Erlüle s. 129.

36 *"…Fiziki şiddet eylemi, davalı-davacı (kadın)'ın bedensel bütünlüğüne ve kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olup manevi tazminatı gerektirir…"* Y2HD E. 2012/21929 K. 2013/8085 T. 25.03.2013 (www.kazanci.com)(erişim:24.04.2016).

ile bozulmaktadır. Buna mukabil, bedensel bütünlüğün psişik bir müdahale ile ihlal edilmesi de mümkündür. Şöyle ki, korkutulan hamile bir kadının çocuğunu düşürmesi[37] gibi bir durumda bedensel bütünlük, psişik bir müdahale sonucunda ihlal edilmiş olmaktadır[38]. Psişik müdahale sonucunda ihlal durumu, bir sonraki başlıkta incelenecek olan ruhsal bütünlüğün ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde maddi veya manevi olmak üzere iki tür zarar ortaya çıkabilir. İhlal neticesinde oluşabilecek olan maddi zararlar TBK m. 54'te tahdidi olmamak şartı ile şu şekilde sayılmıştır: *1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.* Hukuka aykırı olarak bir başkasının bedensel bütünlüğünü ihlal ederek onu maddi zarara uğratan kişinin özellikle tazmin etmesi gereken zararlar bunlardır. Bedensel bütünlüğün ihlali halinde gerçekleşebilecek olan manevi zararlar ise, zarar görenin manevi acı ve üzüntü duymasını, yaşam zevklerinin azalmasını oluşturan zararlardır[39]. Kişinin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi neticesinde bu zararlardan biri gerçekleşip diğeri gerçekleşmeyeceği gibi, ikisinin de gerçekleşebileceği durumlar söz konusu olabilir.

5.2. Ruhsal Bütünlüğün İhlali Kavramı

Ruhsal bütünlüğün ihlalini, bedensel bütünlüğün ihlali ile aynı konu ve başlık altında mütalaa etmek gerekir. Fakat çalışmanın düzeni açısından ruhsal bütünlüğün ihlali kavramını "Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat" başlığı altında incelemeyi uygun gördük.

Bedensel bütünlüğün ihlali, zarar görenin cismani varlığında herhangi bir maddi zarar meydana gelmeden kişinin manevi, ruhsal dünyasında meydana gelebilir. Ruhsal bütünlüğünün ihlali neticesinde kişinin irade, zeka, duygu, karar alma gibi

---

37 *Bedensel bütünlüğün ihlali üst başlığı altında ve bir sonraki bölümde incelenen ruhsal bütünlüğün ihlaline tipik bir örnek olarak bkz. "Vücut bütünlüğü deyince, ruhsal bütünlük de bu kavramın içinde mütalaa edilmek gerekir. Sekiz aylık hamile bir bayanın evinde tüp patlaması, evin cam, ahşap ve diğer aksamlarının harap olması, eşyaların yanması is ve kirlenme nedeniyle hem şok ve panik yaşaması hem de bu zarar giderilinceye kadar bakıma ihtiyaç duyduğu bu dönemde evinde rahatça dinlenemeyip, başkalarının yanında kalarak huzursuz olması; yine ceza dosyasından anlaşıldığı üzere hastaneye gitmesi ve düşük tehlikesi yaşaması, onun ruhsal bütünlüğünün ihlalidir. Manevi tazminatın amacı kişinin bozulan manevi dengesinin telafisi olduğuna göre, davacının bu bozulan ruh bütünlüğünün sağlanması, duyduğu acı, korku ve elemin giderilmesi için uygun bir miktar manevi tazminata hükmetmek gerekir."* Y4HD E. 2003/2365 K. 2003/7310 T. 29.05.2003 (www.kazanci.com) (erişim: 29.04.2016).

38 Ayşenur Şahin, **Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini**, GÜHFD C. XV, S. 2, Ankara 2011, s. 127.

39 Manevi zarar kavramına ilişkin detaylı bilgiler için bkz. O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 2015, s. 148 vd.; Erlüle s. 37 vd.; Çakırca s. 25 vd.

yeteneklerinde değişiklikler ortaya çıkmaktadır[40]. Korkutulan bir kişinin konuşma kabiliyetini kaybetmesi, patlama neticesinde kişinin sağır olması, hafıza kaybına uğraması gibi durumlar, ruhsal bütünlüğün ihlaline örnek olarak gösterilebilir. Yargıtay bir kararında düğün fotoğraflarının ayıplı olması nedeni ile ruhsal bütünlüğün ihlali arasında illiyet bağı kurmuştur. Bu ilginç karara göre, *"Medeni Yasa'nın 24. maddesi hükmü gereğince resimler ve kamera çekimleri kişinin, kişilik hakları kapsamında olup; hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse Medeni Kanunun 25. maddesi hükmü gereğince de manevi tazminat istemi hakkına sahip bulunmaktadır. Kural olarak sözleşmeye aykırılık, kişilik haklarına saldırı teşkil etmez ise de; kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu nitelikte ve ağırlıkta olan sözleşmeye aykırılık, hukuka aykırı haksız eylem oluşturduğundan manevi tazminat sorumluluğunu gerektirir. Somut olayda da davacının görüntülerini belgeleyen ve ileride kendileri için büyük bir hatıra olan resimlerin ve çekimlerin bozuk olmasının davacıda yaratacağı üzüntünün derecesi ortada olup; yaşam boyunca hatırlanıp üzülmesine neden olacağı kuşkusuzdur. O halde, yasal koşulları oluştuğu halde, mahkemece, uygun manevi tazminat takdiri yerine yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir."*[41] Görüldüğü üzere bir kişinin fiziksel bütünlüğüne hiç dokunmadan da ruhsal bütünlüğü ve böylece bedensel bütünlüğü ihlal edilmiş olabilir[42].

5.3. Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat İsteyebilme Şartları

TBK m. 56'da düzenlenen bedensel bütünlüğün ihlali halinde manevi tazminat isteminin ön şartı, pek tabiidir ki bedensel bütünlüğün ihlal edilmiş olmasıdır. 5.1. ve 5.2. numaralı bölümlerde incelediğimiz üzere bedensel bütünlüğün ihlali, kişinin fiziki bütünlüğüne karşı olabileceği gibi ruhsal bütünlüğüne karşı da olabilir. Bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde manevi bir zararın ortaya çıkması da manevi tazminat isteyebilmek için gerekli olan ikinci şarttır. Yani hukuka aykırı hareket neticesinde kişide maddi olmayan ruhsal veya moral zararların ortaya çıkması gerekmektedir. Daha sonra, ön şart olarak saydığımız bedensel bütünlüğünü ihlal eden fiil ile manevi zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nihayet son şart olarak bedensel bütünlüğü ihlal eden fiilde kusur veya bir kusursuz

---

40 Erlüle s. 131.

41 Y15HD E. 2006/6847 K. 2007/7171 13.11.2007 T. (www.kazanci.com)(erişim: 29.04.2016).

42 *"Davaya konu olan olayda; sel suları içinde mahsur kalıp ölüm tehlikesi atlattığı anlaşılan davacının bedensel zararı olmasa bile meydana gelen olayın davacının ruh sağlığını bozduğunun kabulü gerekir. Bunun için rapora veya başkaca bir belgeye de gerek yoktur. Olay sebebiyle mahkemece uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddedilmiş olması doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."* Y4HD E. 2012/8081 K. 2012/11497 T. 02.07.2012 (www.kazanci.com)(erişim: 29.04.2016).

sorumluluk hali bulunmalıdır[43]. Kusur, zarara sebebiyet verenin sorumlu olabilmesi için hukuk düzenince belirlenen model davranıştan sapan davranıştır. Yine kusuru, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlamaktadır[44]. Kusursuz sorumluluk halleri de TBK m. 65 ve devamında ayrı ayrı belirtilmiştir.

5.4. Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi

Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda yalnızca zarar gören, manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talep etmesini Kanun öngörmemiştir. Ne var ki, TBK m. 56/II hükmüne göre, *"Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."* Görüldüğü üzere, bedensel bütünlüğün ihlali neticesinde ağır bedensel zarar meydana gelmişse zarar görenin yakınları zarar verenden manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Zira bu durumda bir kişinin ağır bedensel zarara uğraması sonucunda üçüncü kişinin de büyük acı ve elem nedeni ile manevi zarara uğradığı kabul edilmektedir. Hukukumuzda kural olarak kabul edilmeyen, yansıma yoluyla uğranılan zararların tazmin edilmesine burada cevaz verilmiştir. Böylece ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakını, bu durumdaki yansıma zararının tazmini talep edebilecektir.

İsviçre Hukukunda, ağır bedensel zarar halinde yakınların manevi tazminat taleplerini düzenleyen özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin son kararlarında, haksız fiilin ağır olması halinde bunun sonucu olarak zarar görenin eşinin, çocuklarının ve ebeveyninin de manevi tazminata hak kazanılacağı belirtilmektedir[45].

Üçüncü kişinin uğradığı manevi zarar, kendi bedensel bütünlüğünü ihlal edecek seviyede olup olmamasına göre şok zararları ve duygu zararları olmak üzere ikiye ayrılır.

Şok zararları, bir kazaya şahit olmaları ya da kazadan haberdar olmaları nedeniyle üçüncü kişilerin psikolojilerinin hastalık seviyesinde bozulmasına sebebiyet veren zararlardır[46]. Yani başka bir deyişle, asıl zarar görenin yakınları, müdahale neticesinde tıbben kanıtlanabilir bir hastalığa düçar olmalı ve böylece ruhsal bütünlüğü ihlal edilmiş olmalıdır.

Duygu zararları, bir yakını ölen veya ağır şekilde yaralanan kişinin bu olaya bağlı olarak hissettiği acı, keder, üzüntü, endişe, çaresizlik, şaşkınlık, tükenmişlik gibi

---

43 Antalya s. 185; Erlüle s. 125 vd.; Şahin s. 146.

44 Antalya s. 21.

45 BGE 125 III 312 E. 2a; Antalya s. 189.

46 Erlüle s. 273; Ayrıca bkz. aynı sayfadaki 145 nolu dn.

duyguların oluşmasına sebebiyet veren manevi zararlardır[47]. Duygu zararına uğrayan kişi, yakınının ağır bir şekilde yaralanması sonucunda iç dünyasında derin bir sarsıntı yaşar, ancak şok zararlarında olduğu gibi kişinin psikolojisi, hastalık seviyesinde bozulmaz[48]. Başka bir deyişle, duygu zararına uğrayan kişi, tedavi edilmesi gereken bir durumda değildir. Hem önemli duygu zararları hem de şok zararları manevi tazminatı gerektirmektedir. Ancak duygu zararı seviyesine ulaşmayan huzursuzluk, iç sıkıntısı, bıkkınlık, isteksizlik gibi hislerin neticesinde manevi tazminat gerekmez[49].

6. Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminatın Belirlenmesi

TBK m. 56'ya göre, "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, *olayın özelliklerini göz önünde tutarak*, zarar görene *uygun bir miktar paranın* manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. / Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak *uygun bir miktar paranın ödenmesine* karar verilebilir." Ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminatın belirlenmesi hususunda Kanunda ayrıca bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki, yukarıdaki maddenin vurguladığımız kısımları ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminatın belirlenmesinde yol gösterici olmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminata hükmedilmesi hâkimin takdir yetkisi altındadır. Hâkimin bu takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı TMK m. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre, *"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."* Böylece burada hâkim, manevi tazminata hükmedip hükmetmeyeceğine karar verirken hukuku ve hakkaniyeti kıstas almak zorundadır. Hususen TBK m. 56 kapsamında hâkim, takdir yetkisini kullanacaksa, olayın özelliklerini de göz önünde bulundurmak durumundadır.

Belirlenecek olan bu manevi tazminat mutlaka para olmak zorundadır. Madde metninde yer alan "..bir miktar paranın ödenmesine.." ifadesi para haricindeki bir tazmin biçimini engellemektedir. Manevi tazminat olarak hükmedilecek olan paranın miktarının belirlenmesinde hâkim TMK m. 4'te öngörülen hakkaniyete uygun bir bedel takdir etmek zorundadır[50].

Hakimin manevi tazminata hükmetmesi ve onun miktarını belirlemesi her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Bir trafik kazası sonucu ölen kişinin çocuklarının

---

47 Erlüle s. 284.

48 Erlüle s. 285.

49 Erlüle s. 272.

50 Antalya s. 196.

karşı taraftan manevi tazminat taleplerine Yargıtay[51]; *"21/9/1999 günü orta refüİde iken davalıların sürücüsü ve işleteni olduğu aracın önüne sırtüstü düşmesi ve aracın çarpması sonucu ölmüştür. Ceset 30/9/1999 tarihine kadar morgda kalmıştır. Mahkeme olayın bu gelişimini dikkate alarak davacı çocuklarla ölen babaları arasında aile ve sevgi bağlarının kopuk olduğu, fiili bir bağ bulunmadığı tek başına kan bağının manevi tazminat için yeterli görülmediği gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Davalı ceza mahkemesinde davacıların babalarının ölümüne sebebiyet vermek suçundan kusurlu bulunup mahkum olduğuna ve davacıların ölenin çocukları olduğu sabit olduğuna göre davacıların babalarının ölümünden önce ilgilenmemiş olmaları ve mahkemenin red için gösterdiği sebepler ancak manevi tazminatın miktarını etkiler ve indirim sebebi olabilir."* diyerek tazminata ve tazminatın miktarına dair somut olayın özelliklerini dikkate alarak bazı belirlemelerde bulunmuştur. Yine Yargıtay başka bir kararında, tazminat davasının geç açılmasını miktarın belirlenmesinde bir unsur olarak kullanmıştır: *"..manevi tazminata ilişkin davanın geç açılmasından ötürü, yargıçta keder ve acının derinliği ve yorgunluğu konusunda kuşku uyanmış ise, manevi tazminat miktarının daha az olarak belirlenmesinde bir engel yoktur. Giderek takdir hakkının bu yolda kullanılmasının gerekliliği dahi söylenebilir…"*[52]

Öğretimizde ve uygulamamızda kabul edilen, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminatı belirleyen başlıca olgular şunlardır: manevi zararın ağırlığı, zarar verenin kusurunun derecesi (Kanunda öngörülen kusursuz sorumluluk halleri de söz konusu olabilir.), zarar görenin kusuru, zarar görenin yaşı, zarar görenin ekonomik durumu, zarar görenin sosyal konumu, zarar verenin ekonomik durumu, bedensel bütünlüğün ihlali durumlarında; zarar görenin meslek hayatının olumsuz şekilde etkilenmesi, zarar görenin üçüncü kişilerin bakım ve yardımına muhtaç hale gelmesi, zarar görenin rızası[53]. Yargıtay da 2014 tarihli bir kararında[54] manevi tazminatı belirleme kıstaslarını önceki içtihadlarından da faydalanarak şu şekilde sıralamıştır: *"Gerek mülga 818 Sayılı B.K.nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 Sayılı T.B.K'nun 56. maddesi hükmüne göre Hakim: ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir Hakimin manevi zarar adı ile ölenin yakınlarına verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna dair zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen*

---

51 Y4HD E. 2004/13535 K. 2005/9727 T. 22.09.2005 (www.kazanci.com)(erişim:30.04.2016)

52 Y10HD E. 1693 K. 3839 T. 17.06.1975 (Orhunöz s. 87).

53 Erlüle s. 355 vd; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku Sözleşme Dışı Sorumluluk**, C. 1, Ankara 2002, s. 301 vd.

54 Y21HD E. 2013/20409 K. 2014/2600 T. 18.02.2014 (www.kazanci.com)(erişim: 30.04.2016)

tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.6.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın[55] *gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir. Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri gözönünde tutması, bunun yanında olayın işverenin sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır."* Hâkim tüm bu Yargıtay kararlarını ve hakkaniyet duygularını da göz önünde bulundurarak ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminatın miktarını belirleyecektir.

Kanaatimizce hâkim, çalışmamızın konusundaki durumlarda manevi tazminatın miktarını tayin ederken, zarar vereni –hukuk sistemimize tam olarak uygun olmasa da- cezalandırıcı ve caydırıcı meblağlara hükmetmelidir. Aksi takdirde manevi tazminat ne zarar görende tatmin duygusu oluşturacak ne de zarar verende verdiği zararı tazmin etme hissi oluşturacaktır. Hatta çok zengin bir kişi, çok düşük tutarlı bir manevi tazminata mahkum edilirse ve bu miktarın az ya da sembolik olması zarar gören tarafından talep edilmediyse, hükmedilen bu tazminat zarar verende pişmanlık değil, bilakis daha çok istihza duygusu oluşturabilecektir[56].

7. Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminata Hükmedilmesini Engelleyen Durumlar

Her ölüme sebebiyet veren veya bedensel bütünlüğü ihlal eden, manevi tazmina-

---

55 *"Özel hal ve şartlar, her olaya göre değişir. Esasen maksat, yukarıda da açıklandığı gibi, olaysa has hal ve şartlar, yani olayın özellikleridir. Bu özelliklerin başında, manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. demek ki, cismani zarara uğruyan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırap) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır. Ölüm vukubulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar. Bundan başka olayın oluş şekli, nazara alınır. Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz. Nihayet ilgilerin yani failin, olaydan başka sorumlu varsa onun, mesela istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai vekilerinin, tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lazımdır."* Yine bu karara göre, kusursuz sorumluluk halinde ve olayda kusur bulunmadığında; *"…kusurun dışında kalan amilleri, alelıtlak kusurun mevcudiyeti halinde ise kusur da dahil bütün faktörleri takdirine mesnet yapması gerekir."* YİBGK E. 1966/7 K. 1966/7 T. 22.06.1966 (www.kazanci.com)(erişim: 26. 04.2016).

56 Hüseyin Hatemi, **Kişilik Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992, s. 109 (nakleden Erlüle s. 382).

tı gerektirmez. Zira bu duruma sebiyet veren her hareket hukuka aykırı olmayabilir. Hukuka aykırılık unsuru, TBK m. 49'da belirtilen haksız fiilin unsurları arasında yer almaktadır. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı haklarını zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlardır. Başka bir deyişle, hukuka aykırılık bir davranışın hukuk kuralına objektif aykırılığıdır[57]. Ancak Kanunkoyucu, TBK m. 63'te bazı durumlarda hukuk kuralına uymamanın herhangi bir yaptırımı olmadığını düzenlemiştir. Bu hükme göre, *"Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. / Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliğI taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz."* Böylece somut olayda; kanunun verdiği yetki, rızanın geçerli olduğu durumlarda zarar görenin rızası, zarar görenin üstün özel yararı, haklı savunma durumlarında bir kişiyi öldüren (Ölüm için verilmiş her türlü rıza geçersizdir.) veya bedensel bütünlüğünü ihlal eden kişi manevi tazminat ödemekle yükümlü olmayacaktır. Zira bu kişinin gerçekleştirdiği fiil, kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı bir fiil teşkil etmeyecektir.

Bedensel bütünlüğün ihlalinde hukuka aykırılığı ve manevi tazminatı engelleyen durumlardan en sık karşılaşılanı tıbbî müdahalelerdir. Şöyle ki, hemen hemen her tıbbî müdahale, kişilerin bedensel bütünlüğünü ihlâl eder. Ancak, hastanın rızası ve üstün özel yararı sebebiyle hekimin müdahaleleri hukuka aykırı sayılmaz ve hekimin hastaya manevi tazminat ödemesine hükmedilemez. Buna mukabil hastanın müdahale ile ilgili olarak tam olarak aydınlatılmadığı durumlarda hastaya yapılacak müdahaleler, hastanın bedensel bütünlüğünün ihlâli teşkil edecek ve hekimin sorumluluğunu doğuracaktır[58]. Yine bu hususta önem arz eden meselelerin başlıcalarından ikisi ötanazi[59] ve gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj) durumudur. Ötanazi konusundaki görüşümüzü 4.2. nolu kısımda belirtmiştik. Ana rahminde bulunan ceninin tıbbî müdahale ile alınarak -yani cenini öldürerek- gebeliğin ortadan kaldırılması demek olan kürtaj[60], 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'a göre, gebeliğin onuncu haftasına kadar ananın talebi ve evliliğin söz konusu olduğu durumda babanın onayı ile uygulanabilmektedir. Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin rızanın da aydınlatılmış olması gerekmektedir. Ne var ki, kanaatimizce onuncu haftaya kadar dahi olsa kürtajın hukuka aykırı kabul edilmemesi hatalıdır. Zira ana karnındaki cenin, anadan bağımsız bir canlı olup, yalnızca bir süreliğine yaşamsal faaliyetlerini

---

57 Antalya s. 42-43.

58 Erlüle s. 188.

59 Ötanazi kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Muhammed Sulu, Ötanazi Üzerine, MÜHF-HAD, C. 22 S. 1, İstanbul 2016, s. 554 vd.

60 Bkz. Erlüle s. 197 ve aynı sayfadaki 73 nolu dn.

sürdürebilmek için anaya muhtaçtır. Kürtajı savunan kişilerin, kadının kendisi (?) hakkında karar verme, kendi bedenini kontrol etme (?) hakkı olduğunu ve bu hakların ceninin yaşama hakkından daha üstün olduğunu savunmaktadırlar. Oysa ki, ana karnındaki cenin, anadan ayrı bir canlı olup ananın bedensel bütünlüğü içinde kabul edilemez, ananın bedeninin bütünleyici parçası da değildir. Bu bağlamda ananın seçim hakkının olduğunu iddia etmek, ananın bir canlıyı öldürüp öldürmeme hakkının var olduğunu kabul etmektir.

SONUÇ

Yaşama hakkı ve beden bütünlüğü hakkı, en temel kişilik haklarındandır. Kanun koyucu, yaşam ve beden bütünlüğü haklarının ihlali hallerinde Ceza Kanunu'nda cezai yaptırımlar düzenlemiştir. Manevi tazminat ise bu ihlallerin hukukî yaptırımını teşkil etmektedir. Manevi tazminat; kişilik hakkının tecavüze uğraması halinde, meydana gelen bu haksızlık karşısında mağdurun ruhsal veya bedensel bütünlüğüne yapılan tecavüz neticesinde oluşan acı ve ızdırabın unutturulması, yaşama sevinç ve arzusunun tekrar kazandırılması, bozulan ruhsal dengenin yeniden tesisi için getirilmiş olan bir denkleştirme vasıtasıdır.

Kıta Avrupası hukukuna bakıldığında manevi tazminatın, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin acı ve ızdırabını bir miktar azaltabilmek amacı ile hakkı ihlal eden kişiye ödetilen paradır. Anglo-sakson hukukunda ise, manevi tazminata caydırıcılık, özel hukuk cezası gibi işlevler de yüklendiğinden dolayı tazminat olarak yüksek meblağların kararlaştırılması neticesinde genellikle mağdurun veya mağdur yakınının zenginleştiği bir kurumdur.

TBK m. 56 bir kimsenin ölümü ve beden bütünlüğünün ihlal edilmesi neticesinde hükmedilecek olan manevi tazminatı düzenlemektedir. İlgili hükümde, hâkimin, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene, ayrıca ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Manevi tazminata hükmedileceği durumlarda, hâkim olayın özelliklerini ve tüm ilgili hususları değerlendirerek bir miktar belirleyecektir. Somut olayda, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden varsa, manevi tazminata da hükmedilemeyecektir. Ne var ki, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlallerinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler, gelecekte herkesin kınayacağını düşündüğümüz kürtaj ve ötanazi gibi büyük hak ihlallerine meşruluk sağlama adına kullanılmamalıdır.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Kapalı
m.	: madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
no	: numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
v.	: versus (İng.)
vd.	: ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut; **Başlangıç Hükümleri Kişilik Hukuku**, İstanbul 2007.

Antalya, O. Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 2015.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel; **Yaşama Hakkı**, TBB Dergisi, S. 103, Ankara 2012.

Erlüle, Fulya; **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara 2015.

Ertaş, Şeref; **Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarın Tespiti**, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990.

Hatemi, Hüseyin; **Kişilik Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.

Helvacı, Serap; **Gerçek Kişiler**, İstanbul 2013. (Gerçek Kişiler)

Helvacı, Serap; **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul 2001. (Koruyucu Davalar)

Kılıçoğlu, Mustafa; **Sorumluluk Hukuku Sözleşme Dışı Sorumluluk**, C. 1, Ankara 2002.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Kişilik Haklarını Koruyan Mânevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (Mk. 24, Bk. 49)**, İstanbul 1990.

Lahe, Janno / Kull, Irene; **Compensation of non-pecuniary damage to persons close to the deceased or to the aggrieved person**, International Comparative Jurisprudence (2016), s. 2-3, (http://dx.doi.org/ 10.1016/j.icj.2016.03.001i). (erişim: 27.04.2016).

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe; **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2009.

Orhunöz, Ergun; Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevî Tazminat (B.K. Madde-47), Ankara 1999.

Rijnhout, Rianka / Emaus, Jessy M.; **Damages in Wrongful Death Cases in the Light of European Human Rights Law: Towards a Rights-Based Approach to the Law of Damages**, Utrecht Law Review, S. 10, Utrecht 2014.

Sulu, Muhammed; Ötanazi Üzerine, MÜHF-HAD, C. 22 S. 1, İstanbul 2016.

Şahin, Ayşenur; **Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini**, GÜHFD C. XV, S. 2, Ankara 2011.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Ankara 2005.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 2014.

İNTERNET SİTELERİ

http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf (erişim: 26.04.2016).

http://swarb.co.uk/keenan-v-the-united-kingdom-echr-3-apr-2001/ (erişim:27.04.2016).

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/section/1A (erişim: 26.04.2016).

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1643577&Site=COE&direct=true(erişim: 27.04.2016).

www.hukukturk.com (erişim:28.04.2016).

www.kazanci.com

TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN 439. MADDESİ VE İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERİN İHBAR TAZMİNATI SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

(Art. 439 of the Turkish Code of Obligations and Its Effect on Termination Compensation Liability of the Employees Covered by the Labor Act)

Yrd. Doç. Dr. Doruk UTKU*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu m. 439 hizmet akdini haksız ve bildirim süresine uymadan fesheden işçilere uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Maddede öngörülen temel yaptırım işçinin aylık ücretinin dörtte birine denk gelen bir götürü tazminat olup; işverenin bu miktarın üzerinde tazminat isteyebilmesi zararını genel kurallara uygun şekilde ispatlaması külfetine bağlanmıştır. İşverenin zararının olmadığının veya işçinin aylığının dörtte birinden az olduğunun anlaşılması halinde tazminat olarak hükmedilecek miktarın indirilebileceğini belirten ikinci fıkra, kanaatimizce, maddede öngörülen götürü tazminata "nispi götürü tazminat" niteliği kazandırmaktadır. Cezai tazminattan farklı olarak, götürü tazminata hükmetmek için en azından herhangi boyutta bir zararın varlığı gerektiğinden; işverenin hiçbir zararının olmadığının açıkça anlaşılması halinde tazminata hükmedilmemeli ve aksi yöndeki cezai şart anlaşması da geçersiz sayılmalıdır. Maddenin son fıkrasında öngörülen otuz günlük hak düşürücü süre, sadece, tazminatı götürü tazminat olarak talep etme hakkına ilişkin olup; işverenin zararını ispatlamak şartıyla ileri sürebileceği tazminat taleplerinin genel zamanaşımı süresine tabi tutulmasını ve bu tazminat taleplerinin otuz günlük süre geçtikten sonra da, Türk Borçlar Kanunu m. 407/II'ye uyulduğu müddetçe takas yoluyla ileri sürülmesini engellemez. Hâkim görüş TBK m. 439'un sadece, İş Kanununa tabi olmayan hizmet akitlerine ve İş Kanununa tabi belirli süreli hizmet akitlerine tatbik edileceği yönündedir. Bizim fikrimize göre, işe başlamama veya işi haksız/bildirimsiz bırakma şeklindeki davranışı İş Kanununa tabi olmayan işçinin TBK m. 439'a göre ödeyeceği götürü tazminatın İş Kanunu m. 17 hükümlerine tabi olan işçinin ödeyeceği ihbar tazminatından önemli ölçüde az olması, İş Kanunu

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi

m. 17/IV'te bir örtülü boşluğa yol açmaktadır. Bu boşluğun TBK m. 439'un İş Kanununa tabi belirsiz süreli hizmet akitlerine de kıyasen uygulanmasıyla giderilmesi gerekir.

Anahtar kelimeler: Hizmet akdi, haksız fesih, usulsüz fesih, ihbar tazminatı, götürü tazminat, örtülü boşluk

Abstract

Art. 439 of Turkish Code of Obligations regulates the sanction that is to be applied to employees, who terminate employment contract without good cause and without complying the notice period. The main sanction foreseen in the Article is a lump sum damages award equal to a quarter of the monthly wage of the relevant employee. The possibility for an employer to claim compensation more than that amount is made dependent on fulfilling burden of proof for damages by general rules. In my opinion, the second clause of the Article stating that if it is understood that the employer suffered no damage or damages amount less than a quarter of the monthly wage of the employee, the compensation award then may be reduced, makes the compensation foreseen in the Article a 'rebuttable lump sum'. Since awarding lump sum compensation, unlike punitive damages, requires at least existence of a loss at any scale, if it is clearly understood that employer suffered no damage, then no compensation shall be awarded and any contrary penal damage clause in contract shall be considered invalid. The thirty days lapse of time period foreseen in the last clause of the Article is related only to the claims of lump sum compensation, and does not prevent the application of the general limitation period rules for the compensation claims based on evidences of factual damages as well as making set-off claims after expiry of the thirty days period provided that Art. 407/II of Turkish Code of Obligations is complied with. According to the prevailing opinion, provisions of Art. 439 of Turkish Code of Obligations shall apply only to the employment contracts that fall outside the scope of the Labor Act and to the fixed term employment contracts even if they are governed by the provisions of the Labor Act. In my opinion, much lesser amount of the lump sum compensation that shall be paid by an employee whose failure to take up his post or leaving it without good cause/notice is not subject to the provisions of the Labor Act than amount of the compensation that shall be paid by an employee whose such acts are subject to Art. 17 of the Labor Act, causes an implied lacuna in Art. 17/IV of the Labor Act. This implied lacuna should be redressed by applying Article 439 of Turkish Code of Obligations by analogy even to the open-ended employment contracts, which are subject to the provisions of the Labor Act.

Keywords: Employment contract, termination without good cause, termination without notice, termination compensation, lump sum indemnity, implied lacuna

GİRİŞ

6098 sayılı TBK m. 393 – 447 hükümleri genel hizmet akdini oldukça detaylı şekilde ve 818 sayılı eBK m. 313 – 352 hükümlerinin aksine çok da liberal sayılamayacak, menfaat dengesini daha ziyade işçiden yana kuracak bir tarzda tanzim etmiştir.

Büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunundan tercüme yoluyla hazırlanan bu düzenlemeler, Türk İş Hukukunun (4857 sayılı İş Kanununun) kuralları ve prensipleri ile uyumlu olmadıkları, bir genel kanun için fazla ayrıntılı ve iş kanunları ile bağlantısı iyi kurgulanmamış hükümler içerdikleri, Türk İş Hukukuna göre geri kalmış durumda olan İsviçre Hukukundan fazla etkilenildiği yönünde eleştirilere uğramıştır[1].

Yapılan eleştirilerden önemli bir kısmı da belirsiz süreli hizmet akitlerinin olağan (haklı sebebe dayanmayan) feshinde feshi ihbar sürelerini düzenleyen TBK m. 432 ve işçinin ödemekle yükümlü tutulabileceği ihbar tazminatına ilişkin TBK m. 439 hükümlerine yöneliktir. Doktrinde bu hükümlerin 4857 sayılı İş Kanununa ve bu kanun çerçevesinde tesis edilmiş yerleşik Yargıtay içtihatlarına aykırı yönlerine dikkat çekilmekte, bilhassa da uygulamada yaratacakları belirsizlik vurgulanmaktadır[2].

Muhtemel tartışmaları ve belirsizlikleri önlemek için akla gelebilecek ilk yol TBK ile İş Kanunu arasındaki "genel kanun – özel kanun" ilişkisine dayanmaktır. Böylece, genel kanun olan TBK'nın hizmet akdine ilişkin yeni hükümlerinin ancak özel kanun niteliğindeki 4857 sayılı İş Kanununda aynı konunun hiç düzenlenmemiş olması halinde uygulanabileceği; İş Kanununda aynı konuya ilişkin bir düzenleme bulunması durumunda ise, ilgili TBK hükmünün İş Kanunu kapsamına

---

1 Sedef **KOÇ**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, 585-604, s. 585; Ömer **EKMEKÇİ**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil, Mart 2009, Yıl 4, Sayı 13, 19-28, s. 22-23; Şeyda **AKTEKİN**, "Çalışma Mevzuatında Türk Borçlar Hukuku Devri", İşveren Gazetesi, Yıl 48, Sayı 855, Şubat 2011, s. 12; Polat **SOYER**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin 'Bazı' Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer-25 Mayıs 2012, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 4-51, s. 51; Nuri **ÇELİK**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri", Sicil, Mart 2012, Yıl 7, Sayı 25, 5-9, s. 6 vd.; A. Can **TUNCAY**, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2012, Sayı 2, Cilt 26, 4-17, s. 4; Gülsevil **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri (20-21 Eylül 2011, İstanbul), Ankara 2012, 124-166, s. 126; Erdem **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Çalışma Mevzuatı Seminer Notları (26-30 Eylül 2012, Antalya), İstanbul 2012, 112-160, s. 113 vd.; Kübra **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya), İstanbul 2014, 78-110, s.109; Nuri **ÇELİK/**Nurşen **CANİKLİOĞLU/**Talat **CANBOLAT**, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015, s. 109.

2 Polat **SOYER**, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin 'Yeni' Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 12-21, s. 16; Başak **GÜNEŞ/**Faruk Barış **MUTLAY**, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/3, Sayı 30, 231-288, s. 276; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 102 ve 107; **ÇELİK**, s. 7; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 120 vd..

giren hizmet akitleri için tatbik edilemeyeceği sonucuna ulaşılır. Ne var ki, TBK hükümlerinin hizmet akitlerini 818 sayılı eBK'nın aksine çok detaylı şekilde ve üstelik liberal bir anlayışla değil, işçi menfaatlerini üstün tutacak tarzda, yani adeta yeni bir iş kanunu gibi düzenliyor olması söz konusu sonuca bu kadar basit bir mantıkla varılmasını güçleştirmektedir.

Çalışmamızda önce TBK m. 439 düzenlemesi ve bu düzenlemeye yönelik eleştiriler incelenecek; sonra da, TBK m. 439'un İş Kanunu kapsamındaki hizmet akdini haklı nedene dayanmadan (haksız) ve ihbar süresine uymadan (usulsüz) fesheden işçinin sorumluluğuna etkisi hakkında inceleme ve değerlendirme yapılacaktır.

I. TBK m. 439 Hakkında İnceleme

A. Götürü Tazminat Düzenlemesi ve Uygulanma Alanı

6098 sayılı TBK'nın "(i)*şçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması*" başlıklı 439'uncu maddesinin ilk fıkrası: "*İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin*[3] *dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır*" şeklinde olup; aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları da: "*İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir*" ve "(t)*azminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer*" hükümlerini içermektedir. Mehazı İsviçre OR Art. 337d olan bu düzenlemenin, işçinin aylık ücretinin %25'ini aşan tazminat miktarı açısından herhangi bir "götürü tazminat" öngörmüş olmadığı; böyle bir tazminat talep eden işverenin iş-

---

[3] Mustafa Alper **GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 536'da hükümdeki "*…aylık ücretin…*" ifadesinin "net ücret" olarak anlaşılacağı İsviçre doktrinine atıfla belirtilmiştir. Oysa mehaz OR Art. 337d'nin tatbikine ilişkin bazı kararlarda net ücretin esas alınması İsviçre doktrininde hiç benimsenmemiş; işverenin usulsüz fesihte ödeyeceği tazminat brüt ücretten hesaplanırken (Türk Hukukunda İş Kanunu m. 17/VII), işçinin ödeyeceği tazminatta net ücretin dikkate alınmasının hatalı olduğu belirtilmiş; yabancı işçi ücretinden stopaj kesildiği hallerde bile işçinin ödeyeceği fesih tazminatının net ücretten hesaplanmasının yanlış olacağı vurgulanmıştır. Bkz. Manfred **REHBINDER/**Jean-Fritz **STÖCKLI**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Auflage, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2014, Art. 337d No.3. Ayrıca: Christiane **BRUNNER/**Jean-Michel **BÜHLER/**Jean Bernard **WAEBER/**Christian **BRUCHEZ**, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005, Art. 337d No.2; Ullin **STREIFF/**Adrian **von KAENEL/** Roger **RUDOLPH**, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art.337d No. 4; Adrian **STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, Hrsg. Jörg Schmid, Zürich 2013, Art. 337d No. 10. Buradaki "net" ücretten (*Nettolohn*) kasıt hem stopajsız hem de "çıplak" (giydirilmemiş) ücrettir.

çinin işe başlamaması veya işi aniden bırakması sebebiyle doğan zararını[4] ispat külfeti altında olduğu çok açıktır. İşçinin aylık ücretinin %25'ine denk gelen tazminat talebi içinse (tıpkı İş Kanunu m. 17/IV'te olduğu gibi) bir "götürü tazminat" (*Pauschalentschädigung*) hükmünün söz konusu olduğu gerek Türk doktrininde[5] ve gerekse OR Art. 337d açısından İsviçre doktrininde[6] kabul edilmektedir. Fakat işveren zararının olmadığının ya da işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olduğunun anlaşılması halinde tazminat miktarını indirme hususunda hâkime takdir yetkisi veren TBK m. 439/II hükmünün, TBK m. 439/I'in götürü tazminat hükmü olma niteliğini önemli ölçüde zedelediğine ve bu hükmü aksi ispatlanabilir bir "zarar miktarı karinesi" ("nispi götürü tazminat"[7]) düzenlemesi haline çevirdiğine de dikkat edilmelidir[8].

---

4 İşverenin işi bırakan işçinin yerine yeni işçi almak için yaptığı masraf, işçinin işi aniden bırakmasından doğan zarar değildir. Zira işçi işi aniden bırakmayıp, usulüne uygun fesih bildiriminde bulunarak işten ayrılsaydı bile, işveren söz konusu masrafa yine katlanmak zorunda kalacaktı. Aynı yönde Ender **GÜLVER**, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, 999-1029, s. 1026.

5 Bkz. E. Tuncay **SENYEN KAPLAN**, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 213-229, s. 227; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 145; Yeliz **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 366; Nurşen **CANİKLİOĞLU**, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 10. Yılında İş Kanunu Semineri (15 Kasım 2013), İstanbul 2014, 74-120, s. 114; **GÜMÜŞ**, s. 536; Hamdi **MOLLAMAHMUTOĞLU/**Muhittin **ASTARLI/**Ulaş **BAYSAL**, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 881; Sabahattin **YÜREKLİ**, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 288; Sarper **SÜZEK**, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 745.

6 **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 4; Frank **EMMEL**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger, Zürich 2012, Art. 337d No. 2; **STAEHELIN**, Art.337d No. 9; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 337d No. 2; Wolfgang **PORTMANN**, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 2015, Art. 337d No. 2. Fakat ayrıca bkz. aşağıda dn. 8.

7 "Nispi götürü tazminat", davalıya, davacı zararının götürü tazminat olarak talep edilen miktardan daha düşük olduğunu ispatlayarak tazminatın tamamını ödemekten kurtulma olanağını veren götürü tazminat hükümlerini ifade eder. Geniş bilgi için bkz. Tuba **BİRİNCİ UZUN**, Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 112 vd.. Nispi götürü tazminat hükümleri, doğrudan tazminata ilişkin olmaktan ziyade, zarar miktarının ispatına ilişkin düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Aynı fikirde Mehmet **ERDEM**, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, 97-124, s. 109; K. Berk **KAPANCI**, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 655-683, s. 670. Aksi fikirde **BİRİNCİ UZUN**, s. 114.

8 Karş. **GÜMÜŞ**, s. 537. F. Burcu **SAVAŞ**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s. 230-231: "(tazminat) …*maktu olarak belirlenmeyip, işverenin hiç zarara uğramaması ya da zararının daha az miktarda olması durumlarında hükmedilecek tazminat miktarında indirim yapma yetkisi hâkime tanınmıştır."* Yazar bu ifadeyle aslında, TBK m. 439'daki tazminatın "nispi götürü tazminat olma" özelliğini belirtmektedir. TBK m. 439/II hükmünün

439/I'deki düzenlemeyi gerçek anlamda maktu tazminat olmaktan uzaklaştırdığını vurgulayan tüm ifadelerle kastedilmek istenen husus da esasen budur: Örn. **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 145; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 366; Aziz Can **TUNCAY/**Fatma Burcu **SAVAŞ**, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 1175-1196, s.1192; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 744. İsviçre doktrininde OR Art. 377d/II açısından, işveren zararına yol açacak (ikame emek pahalılığı, kazançta düşme gibi) sebeplerin, ilk fıkradaki götürü tazminat hükmüne rağmen, yine de işverence "genel hatlarıyla" ortaya konulması veya hâkim tarafından anlaşılabilmesi gerektiği; işveren zararının düşüklüğü halinde hâkimin tazminatı işçinin aylık ücretinin dörtte birinden daha az takdir etmek zorunda olduğu gibi, zararın hiç olmadığı durumlarda da tazminat hakkını tümden yok saymak mecburiyetinde bulunduğu; aksi halde, düzenlemeye hükümde öngörülen "ispat külfetinin ters çevrilmesi" (*Beweistlastumkehr*) fikri ile uyumsuz bir cezai tazminat niteliği atfedilmiş olacağı savunulmaktadır: **STAEHELİN**, Art. 337d No. 9; **EMMEL**, Art. 337d No. 2. Türk Hukuku açısından da benzer görüş belirtenler bulunmaktadır: Örn. **GÜLVER**, s. 1026-1027; **GÜMÜŞ**, s.537; **YÜREKLİ**, s. 289-290. Buna karşılık, bir başka görüş, işveren zararının olmadığını veya işçinin aylığının dörtte birinden az olduğunu ispat külfetinin tamamen işçinin üzerinde bulunduğunu; işverenin zararın varlığını inanılır kılmasının bile gerekmediğini; üstelik işverenin zarar görmediğinin ispatı halinde dahi hâkimin sadece tazminat miktarını indirmekle yetinebileceğini; hükmün hâkime bu yönde bir takdir yetkisi tanıdığını; maddedeki götürü tazminatın bu açıdan cezai karakter de taşıdığını ileri sürmektedir: **STREIFF/von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 337d No.5; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 337d No.3; zararının olmadığı veya az olduğu iddiasına karşı işverenin somut nedenlerle itiraz etmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte, zararı inanılır kılmak gibi bir külfetinin bulunmadığını belirterek **PORTMANN**, Art. 337d No. 3. Türk Hukukunda da, işverenin zararını ispatlamasının gerekmediğini ve işveren zararının aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispat yükünün işçinin üzerinde olduğunu özellikle vurgulayan yazarlar bulunmaktadır: Örn. Pınar **ALTINOK ORMANCI**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 256; **SENYEN KAPLAN**, s. 227-228; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 145; **SAVAŞ**, s. 230 dn. 1270. Biz ilk görüşe taraftarız. TBK m. 439 I. ve II. fıkraların birlikte değerlendirilmesi, bu düzenlemede cezai tazminat öngörülmediğini; sadece, aksi her tür delille ispatlanabilecek bir "zarar miktarı karinesi" (nispi götürü tazminat) bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumda, hâkimin somut olayın koşullarından işverenin karineye dayanamayacağını (karinenin aksinin varit olduğunu) kendiliğinden anlayabildiği hallerde artık işçiden herhangi bir ispatı yerine getirmesini beklemek anlamsız olacaktır. Öte yandan, tazminatın sadece miktarına ilişkin bir düzenleme olan "götürü tazminat", cezai şart gibi zarardan tamamen bağımsız değildir; hâkim fikre göre, götürü tazminat isteyebilmek için zarara uğramış olmak gerekir, götürü tazminat hükmü hiç zararın oluşmadığı hallerde bile tazminat talep edebilmek için yeterli değildir. Bkz. Hasan Seçkin **OZANOĞLU**, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1999, Cilt III, Sayı 1-2, 60-117, s. 86; Köksal **KOCAAĞA**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 50; Veli **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s. 68; Vedat **BUZ**, "Genel Olarak Cezai Şart", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1), Seminer-28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 9-18, s. 10; **BİRİNCİ UZUN**, s. 148-149. Karş. **KAPANCI**, s. 660-661. Cezai şartı götürü tazminat niteliğinde gördükleri için aksi fikirde Kenan **TUNÇOMAĞ**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 861; Cevdet İlhan **GÜNAY**, Cezai Şart, Ankara 2002, s. 37-38. Şu halde, işverenin hiç zararının olmadığının anlaşılması halinde TBK m. 439/I'deki götürü tazminatı yine de isteyebileceğini savunma olanağı yoktur. Keza işverenin zararı engellemek veya azaltmak için alması gereken önlemleri zamanında almadığı anlaşılırsa, bu sefer de, TBK m. 52/I hükmünün TBK m. 114/II atfı gereğince kıyasen uygulanmasıyla aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Karş. **GÜLVER**, s. 1026.

Düzenleme işçinin hem haksız feshini hem de olağan feshi bildirim süresine uymadan yapması halini ele almaktadır; ilk fıkrada bahsi geçen "aniden" işi bırakma, işçinin feshi ihbar süresine uymadığı halleri (usulsüz feshi) işaret etmektedir[9]. Belirli ve belirsiz süreli hizmet akitleri arasında ayrım yapmayan TBK m. 439'un hem belirli hem de belirsiz süreli hizmet akitlerin feshini düzenlediği kabul edilmelidir[10]. Götürü tazminat işçinin kıdemi ile ilgili olmadığından (hatta işçi işe hiç başlamamış olsa bile ödenmesi gerektiğinden), iş ilişkisinin bir aydan kısa sürdüğü hallerde de tam aylık ücrettin dörtte biri olarak hesaplanır[11]. TBK m. 439 emredici nitelikte olduğundan[12]; işçinin akdi haksız/usulsüz feshetmesi halinde aylık ücretinin dörtte birinden daha fazla götürü tazminat ödeyeceği yönünde anlaşma yapabilmek olanaklı olmadığı gibi, işverenin zararının aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispat hakkından feragat veya bu hakkın kısıtlanması anlamına gelecek anlaşmalar yapmak da mümkün görülemez. Bu tür anlaşmalar kesin hükümsüz olur (TBK m. 27/I). Buna karşılık düzenlemenin "mutlak" (iki taraflı) emredici nitelik taşıdığı görüşüne[13] biz katılmıyoruz[14]. TBK m. 439'un gözettiği menfaat dengesi açısından,

---

9 Karş. Ömer **EKMEKÇİ**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", Mercek, Temmuz 2015, Yıl 10, Sayı 39, 157-176, s. 174; **GÜLVER**, s. 1025; **YÜREKLİ**, s. 287. Ayrıca bkz. Zeynep **ŞİŞLİ/**Dilek **DULAY YANGIN**¸ "Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin 'İhbar Tazminatı' Sorumluluğu", Hacettepe Hukuku Fakültesi Dergisi, Aralık 2014, Cilt 4, Sayı 2, 77-92, s. 88-89. Fakat işçi işverenle yaptığı bir ikale anlaşması nedeniyle bildirimde bulunmadan işi bırakmışsa, bu anlaşmanın geçersizliği sonradan anlaşılsa bile, artık TBK m. 439 hükümlerinin kapsamına giren bir durumun mevcudiyetinden söz edilemez. Bkz. **GÜLVER**, s. 1027.

10 **SOYER**, "6098 Sayılı Türk Borçlar…", s. 36; **GÜLVER**, s.1025; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 144-145; **CANİKLİOĞLU**, s. 114; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, s. 881; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 107; **YÜREKLİ**, s. 286. Buna karşılık deneme süreli hizmet akitlerinin deneme süresi içindeki feshinde tazminat ödenmez (TBK m. 433/I). Süreksiz iş akitleri (İş Kanunu m. 10) ile kısmi süreli iş akitlerinin (İş Kanunu m. 9/II, 14/I ve TBK m. 393/II) ise TBK m. 439'un kapsamına girdiği kanaatindeyiz.

11 İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından aynı yönde **STAEHELIN**, Art. 337d No. 10; **REHBINDER/ STÖCKLI**, Art. 337d No. 3. Fakat ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde işçinin işi bıraktığı andan itibaren işverenin ödemekten kurtularak tasarruf ettiği ücretin dikkate alınabileceği (**GÜLVER**, s. 1026) ve böylece işverenin zararının götürü tazminattan daha az olduğuna karar verilebileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

12 **SENYEN KAPLAN**, s. 226; **TUNCAY/SAVAŞ**, s. 1192; **GÜMÜŞ**, s. 535.

13 **SENYEN KAPLAN**, s. 226; **TUNCAY/SAVAŞ**, s. 1192; **GÜMÜŞ**, s. 535; Kübra **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1), Seminer -28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 21-44, s. 32. Bu görüş İsviçre Hukukuna dayanmaktadır. Oysa İsviçre'de söz konusu görüşün benimsenme sebebi OR Art. 337d'yi iki taraflı (mutlak) emredici düzenlemeler arasında açıkça sayan ve fakat TBK'ya alınmayan OR Art. 361'in yarattığı yasal zorunluluktur. Karş. **STREIFF/von KAENEL/ RUDOLPH**, Art. 337d No. 10. İsviçre'de OR Art. 361'in kabul edilmesine ilişkin, "İsviçre şartlarına özgü" süreç hakkında bilgi için bkz. Kübra **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, s. 99.

14 Aynı yönde **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 130-131.

"mutlak emredici" nitelikte sayılmasını gerektirecek, yani "nispi emrediciliğin" ötesine geçerek yasal düzenlemeden işçi lehine ayrılan anlaşmalar yapılmasına dahi engel teşkil edecek bir sebep göremiyoruz[15]. Özellikle de TMK m. 439/II zararın götürü tazminat miktarından az olduğunun anlaşılması halinde hâkimin tazminatta indirim yapabilmesini (ve hiçbir zarar olmadığının anlaşılması durumunda da kanaatimizce tazminat hakkını yok sayabilmesini[16]) öngörmüş iken; işverenin, işçinin işi aniden bırakmasının işletme için zarara yol açmayacağını veya götürü tazminat miktarından daha az zarara yol açacağını baştan kabul etmesi anlamına gelen böyle bir anlaşmanın yapılamayacağını iddia etmek bize tutarlı gözükmemektedir.

B. TBK m. 439 Düzenlemesinin Emrediciliği ve Cezai Şart Anlaşmalarına Etkisi

TBK m. 439 düzenlemesinin emrediciliğinin işçi aleyhine tatbik edilebilecek cezai şart (yeni deyişle "ceza koşulu") üzerindeki etkisini de dikkate almak gerekir. İsviçre Hukukunda mehaz OR Art. 337d'nin emrediciliğinin, aksi yöndeki cezai şart anlaşmalarının bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle yapılmasını önleyeceği kabul edilmektedir[17]. Türk Hukukunda ise TBK m. 439 hükümlerinin emrediciliğinin haksız fesih halinde işçi aleyhine uygulanacak cezai şartları engellememesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür[18]. Bu fikrin dayanağı, hizmet sözleşmelerine cezai şart konulmasına ilişkin TBK m. 420/I'in: "*...sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" şeklindeki hükmüdür. TBK m. 420/I hükmünde cezai şartın geçerliliği için aranan yegâne koşulun tek taraflı (sadece işçi aleyhine) düzenlenmemekten ibaret bulunduğuna ve bu koşulu karşılayan cezai şart anlaşmalarının geçerli sayıldığına dikkat çeken bu görüş; TBK m. 420/I hükmünün TBK m. 439'a göre özel hüküm olduğu gerekçesiyle, cezai şartın TBK m. 420/I'e göre geçerli sayıldığı (hükümde öngörülen "tek taraflı olmama" koşulunu karşıladığı) hallerde artık TBK m. 439'un bu geçerliliğe engel oluşturamayacağını savunmaktadır[19].

---

15 Erdem **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, 95-120, s. 107: "*…işverenin menfaatini korumak amacıyla mutlak emredici hükümler getirilmesi kanımızca kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Öncelikle, iş ilişkilerinde güçlü olan tarafın işveren olduğu ve bunun sonucunda en azından bireysel iş sözleşmesi düzeyinde işverenin istemediği bir koşulu kabul etmeye zorlanmasının pek gerçekçi olmadığını kabul etmek gerekir. Kollektif düzeyde dahi, işçi sendikasının işveren sendikasının işverenden daha güçlü bir konumda olduğu söylenemez. Dolayısıyla, konum olarak güçlü taraf olan işverenin bir de yasakoyucu tarafından ayrıca kollanabileceğinin kolay bir şekilde kabul edilmemesi gerekir.*" **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukukunun Emredici…, s. 100: "*…salt işverenin sözleşme ilişkisi içindeki ekonomik menfaatlerini korumayı amaçlayan normlar, ilke olarak bireysel sözleşme serbestisi ve toplu sözleşme özerkliğiyle bağdaşmaz.*"

16 Bkz. yukarıda dn. 8.

17 **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art 337d No. 10; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 337d No. 6; **STAEHELIN**, Art. 337d No. 17; **PORTMANN**, Art. 337d No. 5.

18 **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 34; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 132.

19 **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 33-34.

Kanaatimizce bu düşünce, TBK m. 420/I'in zorlama bir yorumunu teşkil etmektedir. Her şeyden önce, TBK m. 420/I ve 439 aynı konuyu düzenlemedikleri için, aralarında "genel hüküm – özel hüküm" ilişkisi kurmak olanaklı değildir. TBK m. 420/I'in "…*sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" şeklindeki lafzından yola çıkarak, cezai şart anlaşmalarının geçerliliği için başka hiçbir koşulun (bilhassa da emredici kanun hükümlerine uygun olmanın) aranmayacağını iddia etmek de bize mümkün gözükmemektedir. Zira TBK m. 420/I'in amacı[20] bu hükümden diğer tüm emredici hukuk kurallarını bertaraf edecek genişlikte bir "zıt anlam" çıkarmaya müsait değildir. Aksi halde aynı mantıktan yola çıkılarak, işçiyi koruyucu tüm emredici kuralların cezai şart düzenlemeleriyle dolanılması yolu açılmış olur: Örneğin, TBK m. 420/I'in TBK m. 398/I ilk cümleye göre özel hüküm olduğu ve cezai şartta iki taraflı olmaktan başka geçerlilik koşulu aramadığı gerekçesiyle, zorunluluk olmadan yapılan fazla çalışma teklifini kabul etmeyen işçiye tatbiki mümkün (hem işçinin fazla çalışma teklifini reddetmesi ve hem de işverenin fazla çalışma ücretini zamanında ödememesi için öngörülmüş) bir cezai şartın da kararlaştırılabileceği neticesine de ulaşılabilir.

Bize göre, TBK m. 439'un aksi yöndeki cezai şart hükümlerinin geçersizliğine yol açacağı kabul edilmelidir[21]. Fakat hükmün emredeciliğinin sınırlarının doğru belirlenmesi ve hangi cezai şart anlaşmalarının bu sınırlar içinde kaldığının tespiti

---

[20] TBK m. 420/I esasen, Türk İş Hukuku uygulamasında zaten uzun süredir benimsenmiş olan bir prensibin kanun hükmü haline getirilmesinden ibarettir. Bkz. **KOÇ**, s.594; Erdem **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Cezai Şart", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Yıl: 2005, 403-416, s. 410; **EKMEKÇİ**, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine…", s. 28; **GÜNEŞ/MUTLUAY**, s. 261; Arzu **ARSLAN ERTÜRK**, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editör: Tankut CENTEL, İstanbul 2014, 49-113, s. 108; **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 28; Gaye Burcu **YILDIZ**, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, s. 169. Karş. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 884-885; Cevdet **YAVUZ**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2014, s. 947-948. Tek taraflı (sadece işçi aleyhine) olan cezai şartların geçersizliği prensibi Yargıtay uygulamasında TBK'nın yürürlüğünden önce de zaten uzun süredir benimsenmiş durumdadır. Geniş bilgi ve emsal kararlar için bkz. Kadir **ARICI**, "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-1997, Cilt: 1, Sayı: 1, 31-45, s. 41-42; Polat **SOYER**, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380, s. 364 vd.; **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 409 vd.; **KARAGÖZ**, s. 83 vd.

[21] Doktrinde, TBK m. 439'un yürürlüğe girmesinden çok önce, onun mehazı olan İsviçre OR Art. 337d hakkında kullanılan şu ifadeler de bu düzenlemenin cezai şart anlaşmalarıyla doğrudan ilgisini açıkça ortaya koymaktadır: Gülsevil **ALPAGUT**, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 198: "…*mevzuatımızda sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumunda, işverenin zararının giderilmesine yönelik İBK m. 337d paralelinde özel bir hükmün bulunmaması tek taraflı cezai şart kararlaştırılmasının haklılığını gösterdiği gibi*…". Şu hale göre, OR Art. 337d'den tercüme edilen ve artık mevzuatımızda olan TBK m. 439'un da sözleşmenin işçi tarafından haksız feshinde uygulanacak cezai şart anlaşmaları yapılmasını gereksiz ve geçersiz hale getirdiği söylenebilecektir.

önem taşımaktadır. TBK m. 439 sadece haksız ve usulsüz fesih beyanlarını konu alan bir düzenleme olup, iki amaç taşımaktadır: (1) Normalde hizmet akdini sonlandırma etkisi gösteremeyecek ve beyanda bulunanın sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112 vd.) sebebiyle sorumluluğuna yol açacak haksız fesih beyanlarına, muhatabın zararını tazmin yükümlülüğü karşılığında akdi sonlandırma etkisi tanınmak, yani bu haksız fesih beyanları için özel bir "etkinlik rejimi" öngörmek[22]; (2) belirsiz süreli hizmet akdini usulsüz fesih beyanıyla (ihbar sürelerine uymadan) sonlandıran işçi hakkında tatbik edilecek ve haklı (olağanüstü) veya usulüne uygun olağan fesih halinde mevcut olmayan hukuki yaptırımları düzenlenmek. O halde TBK m. 439'un emrediciliğinin sınırlarının da bu iki amaca uygun olarak çizilmesi ve bu sınırlar dışında kalan cezai şartların TBK m. 439'dan etkilenmeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. TBK m. 439'a aykırı düşen cezai şart anlaşmaları sadece belirli süreli hizmet akitlerinin haksız feshi ile belirsiz süreli hizmet akitlerinin usulsüz (bildirim süresine uymadan) feshi halleri için öngörülen cezai şartlardan ibaret olup[23]; buna karşılık, belirsiz süreli akitlerinin belirli bir dönem boyunca olağan feshini engellemek (asgari süreli hizmet akdini korumak)[24] ya da işçinin işi en yoğun olduğu dönemde terk etmesini önlemek

---

22 **ALTINOK ORMANCI**, s. 224; Gaye **BAYCIK**, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 340-341 ve 372 vd.; **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukukunun Emredici…, s. 344-345.

23 Belirsiz süreli hizmet akitlerinde işçinin haksız ve usulsüz feshi için cezai şart öngörülmesinin zaten mümkün olmadığı yönündeki görüşler için bkz. A. Murat **DEMİRCİOĞLU**, "İş Hukukunda Cezai Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan I, Ed. Talat Canbolat, İstanbul 2010, 159-171, s.163; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, s. 885.

24 Bkz. **KARAGÖZ**, s. 148-149. Belirsiz süreli hizmet akitlerinde bu hallerde bile işçi aleyhine uygulanabilecek bir cezai şartın öngörülemeyeceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, s. 885. Asgari süreli hizmet akdi, belirsiz süreli hizmet akdinde tarafların iş ilişkisinin devamı için asgari bir süre öngörmeleri halinde ortaya çıkar. Bu süre, belirli süreli hizmet akdinden farklı olarak, asgari süreli sözleşmenin bitiş tarihini göstermez. Tarafların amacı sadece, kararlaştırılan süre içerisinde olağan (süreli) fesih hakkının kullanılmasını engellemektir. Bkz. **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 21 vd.; Gülsevil **ALPAGUT**, "İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart", Sicil, Aralık 2007, Yıl 2, Sayı 8, 13-21, s. 14-15; Ünal **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 223-224; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL**, s. 422; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 276. Anılan yazarlarca da savunulan hakim görüşe göre, asgari süreli iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi değildir ve belirli süreli iş sözleşmelerinin hukuki rejimine tabi tutulamaz. Aynı yönde Yargıtay 9. HD. 01.02.2005, E.2004/7476 K.2005/2741; Yargıtay 9. HD. 18.06.2007, E.2006/32752 K.2007/19457 (her iki karar: www.kazanci.com, 01.11.2015). Aksi fikirde Devrim **ULUCAN**, "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri", Yeni İş Yasası, Seminer (25-29 Haziran 2003, Çeşme), İstanbul 2003, 35-65, s. 51-52. Asgari süreli akitlerde olağan fesih hakkının bertaraf edildiği ve asgari süre içinde sözleşmenin ancak haklı nedenle feshedilebilecek olup, olağan feshin hiç hukuki sonuç doğurmayacağı, diğer deyişle bu sözleşmelere de asgari süre boyunca belirli süreli akitlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönündeki görüş ise (örn. M. Kemal **OĞUZMAN**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 13; **ALPAGUT**, Belirli Süreli Hizmet…, s. 13; **ALPAGUT**, "İşçinin Ediminin Güvence…", s. 15-16; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 27) TBK m. 439'un benimsediği "etkinlik rejimi" karşısında, işçinin feshi açısından artık savunulamaz kanaatindeyiz.

maksadıyla öngörülen, yani usulüne uygun olağan fesih halinde dahi tatbik edilebilecek olan cezai şartların TBK m. 439'un emrediciliğinin sınırları içine girmeyeceği sonucuna varılabilir[25].

C. Hak Düşürücü Süre ve İşverenin Takas Hakkı

TBK m. 439 hakkında önem taşıyan bir başka husus da, son fıkrada öngörülen otuz günlük hak düşürücü süredir[26]. İsviçre Hukukunda OR Art. 337d/III açısından yapılan değerlendirmelerde bu otuz günlük hak düşürücü sürenin sadece, işçinin aylık ücretinin dörtte biri üzerinden götürü surette hesaplanacağı ilk fıkrada öngörülen tazminat talebi açısından geçerli olduğu; işverenin müspet zararı ayrıca ispatlaması şartının arandığı fazladan tazminat talebinin ise on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi bulunduğu kabul edilmektedir[27]. Türk Hukukunda da TBK m. 439/III açısından doktrinde hâlihazırda hâkim olan kanaat[28] aynı yöndedir. TBK

---

25 Tek taraflı (sadece işçi aleyhine) düzenlenebileceği Yargıtay'ca kabul edilen (örn. Yargıtay 9. HD. 13.6.2008, E.2007/19368 K.2008/15558, www.kazanci.com, 01.11.2015) "eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları" ise TMK m. 439'un emrediciliğine ilişkin değerlendirmelerin tamamen dışında olup; esasen, TMK m.439/I son cümlenin: "*İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır*" hükmünün kapsamına girmektedir. Zira işveren, işçinin erken feshi neticesinde, eğitim masraflarını karşılamak suretiyle işçisine kazandırdığı özel kalifikasyondan işletmesinde yararlanma imkânından mahrum kalmakta ve bu sebeple uğradığı zararı da anılan kayda dayanarak istemektedir. Böyle bir talebin kabul edilebilmesi için eğitimin "zorunlu" olması, işverenin masrafı gerçekten karşıladığını ispatlaması, işçiden istenen geri ödemenin verilen eğitimle, işverence karşılanan masrafla ve çalışılmayan süreyle orantılı olması gerekir. Eğitim giderlerinin hangi koşullarla geri istenebileceği hakkında geniş bilgi ve emsal Yargıtay kararları için bkz. **SOYER**, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından…", s. 370-371; Erdem **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum, 2005/1, Sayı 4, 143-156, s. 148 vd.; **KARAGÖZ**, s. 218 vd.; Erdem **ÖZDEMİR**, "Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi", Sicil, Haziran 2009, Yıl 4, Sayı 14, 150-158, s. 152 vd.; **DEMİRCİOĞLU**, s. 165 vd.; **YILDIZ**, s. 170 vd. Eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları somut olayda belirli miktarda ortaya çıkan bir zararı karşılama amacı güden kayıtlar olarak, zarardan bağımsız tipik cezai şart kaydı niteliğinde görülemezler. Bu nedenle kanaatimizce, TBK m. 420/I ve 439/I hükümlerinin emrediciliği, eğitim giderlerini geri ödeme kayıtları hakkında 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu döneminde gelişen uygulamanın devam etmesine bir engel teşkil etmemektedir. TBK m. 420/I, en fazla, miktarı geri ödenmesi gereken eğitim giderlerini aşan ve sadece işçi aleyhine kararlaştırılmış olan cezai şartların tatbik edilmesini engeller. Aynı yönde **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 41.

26 Bu sürenin hak dürücü nitelikte olduğu hem hükmün lafzından rahatlıkla anlaşılmaktadır hem de madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.

27 **BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art. 337d No. 6; **EMMEL**, Art. 337d No. 2; **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 8; **STAEHELİN**, Art. 337d No. 15; **PORTMANN**, Art. 337d No. 4.

28 **GÜLVER**, s. 1027; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 146; **YÜREKLİ**, s. 295; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 368; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 130; **GÜMÜŞ**, s. 537; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 108; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 745. Buna karşılık, doktrinde, otuz günlük sürenin ek tazminat talepleri için geçerli olup,

m. 439'un tatbik edilebilmesi için işçinin işi kesin surette bırakmış olması gerektiği vurgulanmaktadır[29]. Şu halde, "nispi götürü tazminat[30] talebi" için geçerli olan otuz günlük hak düşürücü süre de işçinin işi kesin olarak bıraktığı günden itibaren işlemeye başlayacaktır[31]. İşçinin işi kesin surette bırakıp bırakmadığı somut olayın bütün şartları gözetilerek, dürüstlük kuralı uyarınca saptanmalıdır; işçinin sadece bir iki gün işe gelmemiş olması onun işi bıraktığının kabulü için tek başına yeterli olmaz[32]. İşve-

---

götürü tazminat talebinin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu fikri (**SENYEN KAPLAN**, s. 228) ile otuz günlük sürenin tüm tazminat talepleri için geçerli olacağı görüşü (**TUNCAY/SAVAŞ**, s.1193) de savunulmuştur. Fikir ayrılıklarına yol açan durumu TBK m. 439/III'ün başarılı olmayan çevirisine bağlayanlar olmuştur: **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 108; **GÜLVER**, s.1027. Bu eleştirinin haklı olduğu kanaatinde değiliz. Zira mehaz OR Art. 337d/III'ün lafzında da otuz günlük sürenin sadece götürü ("nispi götürü") tazminat talebi için geçerli olacağı yönünde açıklık yoktur. İsviçre Hukukunda bu sonuca doktrindeki tartışmalarla ve yargı kararlarıyla ulaşılmıştır. Bkz. **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 8; **REHBINDER/STÖCKLI**, Art. 377d No.4. Yani farklı görüşlere yol açan sebep herhangi bir "başarısız çeviri" değildir. Aynı yönde **SOYER**, "6098 Sayılı Türk Borçlar…", s. 36 dn. 146. Fakat hükmü İsviçre Hukukunda yaşanmış tartışmayı Türk Hukukuna da taşıyacak şekilde birebir tercüme etmek yerine, daha açık bir lafızla yeniden kaleme almak elbette daha isabetli olurdu.

29 **GÜLVER**, s. 1025; **GÜMÜŞ**, s. 536.

30 Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

31 Madde gerekçesinde bu husus: "*…bu süre işçinin işe başlaması gereken gün ya da işi bıraktığı gün işlemeye başlayacaktır*" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **YAVUZ**, s. 961. İşçinin fesih bildirimini işi fiilen terk etmeden önce yaptığı ortaya çıkarsa, otuz günlük sürenin bu defa işin fiilen terki gününden değil, fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir. İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından aynı yönde **STAEHELIN**, Art. 337d No. 12. Zira TBK m. 439'un haksız ve usulsüz feshi düzenlediği, TBK m. 439/I'deki "*…işi bıraktığı…*" ibaresinin de aslında bu feshi kastettiği dikkate alınırsa; henüz daha işi fiilen terk etmemiş olmasına rağmen işi bıraktığını bildiren işçinin de aslında bu bildirim tarihinde akdi usulsüz feshettiği, yani TBK m. 439/I'deki deyişle "*…işi bıraktığı…*" ve dolayısıyla sürenin de bu bildirim tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kendiliğinden anlaşılır; meğer ki, işçinin bildiriminde fesih beyanının sonraki (fakat olağan fesihte yine de feshi bildirim süresine uymayan) bir tarihe yönelik olduğu, yani işin "daha sonra bırakılacağı" belirtilmiş olsun. Bu yorum, hukuki durumun her iki tarafın menfaatleri yönünden mümkün olan en hızlı şekilde açıklığa kavuşması bakımından da önem taşımaktadır. Bkz. **STAEHELIN**, Art. 337d No. 12.

32 **SENYEN KAPLAN**, s. 227; **GÜMÜŞ**, s. 536. Türk yargı uygulamasında işçinin işi terk ettiği genellikle, tanıklarca imzalı tutanağa ek olarak ilgili tanıkların ifadeleriyle ispatlanmaktadır. Delillerin hüküm tesis etmeye yeterli olmadığı hallerde "işçinin korunması" ve "işçi lehine yorum" ilkeleri gözetilerek "hayatın olağan akışına" ve "işçinin kıdemine" dayalı fiili karinelere de başvurulmakta; belirli kıdeme ulaşmış ve belirli hakları kazanmış yüksek ücretli bir işçinin, işçilerin işe olan taleplerinin sürekli arttığı bir ortamda işini sebepsiz ve aniden terk etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı düşüncesine dayanılabilmektedir. Tam tersine, işçinin işi terk ettikten sonra hemen başka bir işyerinde çalışmaya başlaması, işçinin ilk işi haklı neden olmadan terk ettiğini ispatlayan bir vakıa olarak görülebilmektedir. Ortaya konulan delillerin birbirleriyle tutarlı olup olmadıkları da önem taşıyan bir hususdur. El yazılı istifa dilekçesinin tarihinin kaşeyle basılmış olması, farklı tarihli birden fazla istifa dilekçesinin ortaya çıkması, işe başlayacak işçilerden tarihsiz istifa dilekçeleri alındığının anlaşılması gibi hususlar delillerin tutarlılığını zedeler nitelikte bulunmaktadır. Geniş bilgi ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Halil **YILMAZ**, "İşçinin İş Sözleşmesini İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, 1231-1254, s. 1246 vd..

renin bu konuda haklı bir şüphesi varsa işçiyi işe başlaması için uyarması ve işe başlanmasını açık bir başlama tarihi de belirterek ondan istemesi en doğrusu olacaktır[33]. Böyle şüpheli durumlarda, güven prensibi uyarınca algısı dikkate alınması gereken taraf işveren tarafı olduğu için, onun işçiye bahsi geçen şekilde bir ihtarda bulunmuş olması halinde otuz günlük sürenin de artık bu ihtarda işe başlanacak tarih olarak belirtilen ve işçinin yine de işe başlamadığı tarihten itibaren hesaplanacağını kabul etmek gerekir. Bu düşüncenin kabulü uygulamada da daha fazla kesinlik sağlayacaktır.

TBK m. 439/III'te işverenin tazminat hakkının, takas yoluyla sona ermemişse dava veya takip yoluyla kullanılacağı belirtilmiştir. İsviçre doktrininde OR Art. 337d/III açısından, bu takas hakkının otuz günlük hak düşürücü süreye tabi bulunmadığı ve işçinin açtığı davaya karşı def'i olarak da her zaman ileri sürülebileceği belirtilmekte[34]; ayrıca, takasın yapılabilme imkânının OR Art. 120 vd. (TBK m. 139 vd.) ile OR Art. 323b/II (TBK m. 407/II) hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmekte[35]; fakat OR Art. 337d/I'de öngörülen zarar işçinin işverene kasten verdiği zarar olarak mütalaa edildiğinden, OR Art. 323b/II hükmünün işverenin takas hakkını kullanmasına engel olmayacağı vurgulanmaktadır[36]. Türk doktrininde ise, TBK m. 439/III'te yer alan takas düzenlemesi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür: YÜREKLİ'ye göre, hükümdeki "…*hakkı takas yoluyla sona ermemişse…*" şeklindeki ifade tazminat alacağı için dava veya takip yoluna gitmeden önce takas yoluna başvurulması mecburiyetine işaret etmekte; bu nedenle, işverenin takas yoluna gitmeden doğrudan dava veya takip yoluna başvuramayacağı, aksine anlaşmaların da geçersiz olacağı neticesine varılmaktadır[37]. Yine aynı yazar, TBK m. 144 bent (3) hükmüne dayanarak, işverenin tazminat alacağının işçiye olan ücret borcu ile işçi rıza göstermediği müddetçe takas edilmeyeceğini savunmaktadır[38]. Buna karşılık bir başka görüş[39], işverenin tazminat alacağının işçiye olan ücret borcu ile takas edilmesinin TBK m. 407/II'nin: "*İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir*" hükmünde öngö-

---

33 Aynı yönde **SENYEN KAPLAN**, s. 227; **GÜLVER**, s. 1026.

34 Örn. **STAEHELIN**, Art. 337d No. 14. İşverenin otuz günlük süre geçtikten sonra takas yoluna gidebilmek için işçiye önceden bir ön uyarıda bulunması gerektiği fikri (**BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ**, Art. 337d No.4) ise, bu düşüncenin yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 9; **STAEHELIN**, Art. 337d No. 14.

35 **STAEHELIN**, Art. 337d No.14.

36 **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No. 9.

37 **YÜREKLİ**, s. 290. Keza **SENYEN KAPLAN**, s. 228'de yer alan: "*Eğer zararın tazmini işçinin ödenmemiş ücreti ile takas edilerek sağlanamıyorsa, işveren dava ve takip yoluyla zararın tazmini isteyebilir"* şeklindeki ifadelerden, bu yazarın da aynı fikirde olduğu anlaşılmaktadır.

38 **YÜREKLİ**, s. 291.

39 **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 145-146; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 745.

rülen şartlarla mümkün olabileceğini[40] vurgulamakta; hükümdeki "*…yargı kararıyla sabit…"* ifadesine dikkat çekerek, otuz gün içinde böyle bir kararı almanın olanaklı olmadığını belirtmekte; bu nedenle, işverenin tazminat alacağını işçiye olan ücret borcu ile takas etmesinin daima işçinin rızasıyla mümkün olabileceği neticesine ulaşmaktadır. Böylece, bu görüşü savunanların, otuz günlük süreyi takas beyanı için de uyulması gereken bir süre olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır[41]. İsviçre doktrinine atfen savunulan başka bir görüşe göre ise, takas hakkının kullanılması 30 günlük süreye bağlı olmayıp, işveren işçiye karşı TBK m. 439'a dayalı olan tazminat alacağını kendi ücret ödeme borcu ile (zaman açısından) sınırlamasız olarak takas edebilir; hatta TBK m. 139/III'ün kıyasen uygulanmasıyla, işçi alacağının ilk otuz gün içinde muaccel olması şartı da aranmaz[42]. Buna göre, işverenin TBK m. 439/I hükmündeki tazminat alacağını işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz gün içinde dava veya takip yoluyla ileri sürmemesinin yaptırımı "hakkın düşmesi" değil, TBK m. 439/III hükmündeki "*…tazminat isteme hakkının…*" ve mehaz OR Art. 337d/III'teki "talebin düşmesi" ("*…ist der Anspruch verwirkt")* ifadelerinin belirttiği üzere, sadece "talep yetkisinin" düşmesidir[43]. Aksi halde, otuz günün sonunda alacak hakkı düşünce artık ortada alacak mevcut olmayacağından takas işleminin de yapılamayacağı fikrinden yola çıkan bu görüş, böylece, TBK m. 439/III'ün otuz günlük süre dolunca bir "eksik borca" varlık verdiğini ve hatta eksik borçların takası prensip olarak mümkün değilken TBK m. 439/III hükmünün, aynen TBK m. 139/III gibi, bu prensibe bir istisna oluşturduğu savunmaktadır[44].

TBK m. 439/III hükmünde düzenlenen otuz günlük hak düşürücü sürenin takas beyanı konusunda uygulanmayacağı ve işverenin tazminat alacağını takas yoluyla ileri sürme imkânının otuz günlük süreyle bağlı olmadığı fikrine biz de katılıyoruz. İşveren, işçinin haksız/usulsüz feshinden kaynaklan zararını karşılayan tazminat alacağını, ücret borcuna karşı takas yoluyla, otuz günlük süreyle bağlı olmaksızın her zaman, zarar TBK m. 407/II uyarınca yargı kararıyla sabit olduğu anda[45] ileri sürebilmelidir. Bu tazminat alacağının işçinin açtığı alacak davasına karşı takas def'i yoluyla ileri sürülebilmesi de daima mümkündür. Dava sonunda verilecek kararda,

---

40 Aynı fikirde **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, s. 367 dn. 1287.

41 Ayrıca Eda **KARAÇÖP/**Efe **YAMAKOĞLU**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı: 38, Yıl: 2013, 83-148, s. 136: "*Hak düşürücü süre işverenin takas yolu ile tazminat hakkını sona erdirmesi halinde söz konusu olacaktır."*

42 **GÜMÜŞ**, s. 538.

43 **GÜMÜŞ**, s. 537-538.

44 **GÜMÜŞ**, s. 538.

45 TBK m. 407 işçinin sadece ücret niteliğindeki alacaklarını koruduğu ve II. fıkrada da takas hakkının sadece ücret alacağına karşı kullanılması düzenlendiği için; işçinin işverenden başkaca bir alacağı varsa, işveren, bu alacağa karşı artık TBK m. 407/II ile bağlı olmaksızın takas hakkını kullanabilir. Karş. **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 146.

mahkeme, hem işverenin zarardan kaynaklanan tazminat alacağını tespit edecek (zarar TBK m. 407/II hükmünde belirtildiği gibi yargı kararıyla sabit hale gelmiş olacak) hem de takas def'i savunmasını değerlendirecektir. Bu nedenle, TBK m. 407/II hükmünün ve otuz günlük sürede yargı kararı alınmasındaki fiili imkânsızlığın, işverenin tazminat alacağını işçiye olan ücret borcu ile takas edebilmesini imkânsız hale getirdiği ve/veya bunun ancak işçinin rıza göstermesiyle mümkün olabileceği yönündeki düşünceleri paylaşmadığımız gibi; işverenin tazminat davası açmadan önce mutlaka takas yoluna başvurması gibi bir zorunluluk olduğunu da düşünmüyor, TBK m. 439/III hükmünün lafzından da böyle bir mecburiyetin bulunduğuna dair bir netice çıkartamıyoruz.

Öte yandan, takas hakkının hak düşürücü süreye tabi olmadığı neticesine varabilmek için TBK m. 439/III hükmündeki otuz günlük hak düşürücü sürenin alacak hakkının kendisini değil, sadece talep yetkisini düşürdüğü gibi bir fikri benimsemeyi de doğru görmüyoruz. Bu fikir kabul edildiğinde, zamanaşımı ile hak düşürücü süre arasında ne fark kaldığı ve TBK m. 439/III'teki sürenin kanun koyucu tarafından hak düşürücü süre olarak düzenlemesinin ne anlam ifade edeceği soruları cevapsız kalmaktadır. Kanaatimizce, TBK m. 439/III son yarı cümledeki "*…tazminat isteme hakkı düşer*" ifadesini, tazminatı "nispi götürü tazminat" olarak isteme hakkının düşeceği, yani işverenin TBK m. 493/I-II'deki "zarar miktarı karinesinden yararlanma hakkını kaybedeceği" şeklinde anlamlandırmak gerekir. Şu hale göre, işveren tazminat alacağını otuz günlük süre geçtikten sonra da takas yoluyla ileri sürebilecek; fakat bunun için (zararın yargı kararıyla sabit hale geleceği davada) tazminat hakkını doğuran zararı bu defa tam olarak ispat mecburiyetinde kalacaktır. Bu düşünce, otuz günlük hak düşürücü sürenin işçinin aylık ücretinin sadece dörtte birine denk gelen götürü tazminat istemi için arandığı ve işverenin olağan şekilde ispatlamak zorunda olduğu ek zararı için tazminat talebinin genel zamanaşımı süresine tabi bulunduğu fikri ile de uyumludur. Zira tazminat alacağının (veya bu alacağı talep yetkisinin) işçinin aylık ücretinin dörtte birlik kısmına denk gelen miktarınca düştüğünü ve artık zararın ispatlanması halinde bile talep edilemeyeceğini; buna karşılık, geri kalan zarar miktarına karşılık gelen tazminat alacağının davada olağan ispat yoluyla istenebileceğini düşünmek tutarlı olmaz. O halde, işverenin tazminat alacağını aslında otuz günlük süre geçtikten sonra dahi tam olarak isteyebileceğini ve zararın yargı kararıyla sabit olması durumunda takas yoluyla da ileri sürebileceğini, fakat bu durumda TBK m. 439/I'deki götürü tazminat düzenlemesinden yararlanamayacağını ve zararını tümüyle ispatlamak zorunda kalacağını kabul etmek lazımdır[46].

---

[46] İsviçre Hukukunda OR Art. 337d açısından **STREIFF/von KAENEL/RUDOLPH**, Art. 337d No.8: *İşveren tazminatı ücretin dörtte birinin üzerine çıkacak şekilde veya 30 gün geçtikten sonra talep ederse, miktarın tamamı için ispat külfetiyle karşı karşıya kalır*. Aynı yönde **EMMEL**, Art. 337d No. 2.

D. TBK m. 439 Düzenlemesine Yönelik Eleştiriler ve Görüşlerimiz

Doktrinde TBK m. 439/III'teki otuz günlük hak düşürücü sürenin anlamsız olduğunu ileri sürenler[47] bulunduğu gibi; TBK m. 439'un hizmet akdinin işverence haksız feshi halinde ödenecek tazminatı düzenleyen TBK m. 438'e paralel olmamasını, yani feshi gerçekleştiren tarafa göre farklı tazminat düzenlenmeleri öngörülmesini kanunun sistematiğine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirenler[48] de vardır.

Biz TBK m. 439/III hükmündeki otuz günlük hak düşürücü sürenin rasyonel olmadığı kanaatine katılmıyoruz; bu hüküm özellikle Türkiye açısından gayet isabetli bulunmaktadır. Zira ülkemizde işinden "istifa eden" işçilerin genellikle bildirim sürelerine uymadıkları ve işverenlerin de buna rağmen ihbar tazminatı isteğiyle dava açmadıkları bilinen bir gerçektir[49]. Elbette bu durum her işvereni yasada tanınmış tazminat hakkından vazgeçemeye zorlamak için bir gerekçe olamaz; fakat istifa eden işçinin de böyle bir ortamda kendisinden tazminat talep edilip edilmeyeceğinden bir an önce emin olmak hususunda bir hukuki kesinlik ihtiyacı doğar. İşverenin götürü tazminat talebi için otuz günlük hak düşürücü süre öngören TBK m. 439/III hükmü, istifa eden işçiye bu hukuki kesinliği en kısa sürede sağlamak açısından çok isabetli bir düzenlemedir. İşçinin akdi feshi tarihinden itibaren işleyecek otuz günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin %25'ine denk gelen "nispi götürü tazminat"[50] için geçerli kabul edilip, işverenin ek tazminat talepleri için on yıllık genel zamanaşımı süresinin (TBK m. 146) uygulanması da bu kabul ile çelişki yaratmaz. İşverenin ek tazminat talep edebilmesinin zararı ispat şartına bağlı tutulduğu ve somut zararın otuz gün gibi kısa bir sürede ortaya çıkarak ispatlanabilir hale gelmesinin daima mümkün olamayacağı dikkate alındığında; zararı ispat şartına bağlı ek tazminat taleplerinin bu kadar kısa bir hak düşürücü süreye tabi tutulmasının (işçinin hukuki kesinliğe duyduğu ihtiyaç yönünden gerekli olsa da) menfaatler dengesi açısından doğru görülemeyeceği kendiliğinden anlaşılır[51].

Öte yandan, TBK m. 439'un TBK m. 438/I'e paralel düzenleme içermemesine, yani işçinin ödeyeceği tazminatın hesabında TBK m. 438/I hükmünde olduğu gibi feshi ihbar sürelerini esas alan bir yaklaşımın benimsememesine yönelik eleştirileri

---

47 **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 125.

48 **SOYER**, "Hizmet Sözleşmesinin Sona…", s. 16; **GÜNEŞ/MUTLUAY**, s. 276; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun …", s. 102 ve 107; **SAVAŞ**, s. 230; **YÜREKLİ**, s. 210. TBK m. 439/I hükmündeki tazminat hesaplamasında (TBK m. 438/I'in aksine) ihbar sürelerinin esas almamış olmasına yönelik eleştiriyi de (**ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 125) bu kapsamda görmek gerekir.

49 Münir **EKONOMİ**, "Türk İş Hukuku'nda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik, Seminer (27-31 Ekim 1993), İzmir 1994, 55-79, s. 66.

50 Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

51 Karş. **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 146; İsviçre Hukukunda da OR Art. 337d/III açısından **STAEHELIN**, Art. 337d No. 15.

de haklı bulmuyoruz. Zira TBK öncesi dönemde de doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere: "*…işçinin iş akdini feshetmesi ile işveren eğer aynı iş için yeni işçi bulma güçlüğü içine düşerse bir zarara uğrayabilir. Ancak bu zarar genellikle ücretinden başka bir geliri olmayan işçinin işini yitirmesi sonucu içine düşebileceği ekonomik güçlük ile kıyaslanamaz*"[52]. Bu tespit, işverenin hizmet akdini fesih hakkının sınırlandırılmasının gerekçesi olduğu gibi ve hatta ondan bile öncelikli olarak, haksız/usulsüz fesih halinde tarafların hak kazanacakları tazminatın farklı esaslara göre belirlenmesinin de gerekçesini oluşturur[53]. Karşı tarafın akdi feshetmesinin zarara yol açma ihtimali ve bunun kişinin ekonomik varlığı üzerindeki "yıkıcılığın derecesi" taraflar için farklı ise; tazminatın da farklı esaslara göre belirlenmesini (hele de "götürü tazminattan" bahsediliyorsa) garip karşılamamak lazımdır.

II. TBK m. 439 Düzenlemesinin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin İhbar Tazminatı Sorumluluğuna Etkisi

A. TBK İle İş Kanunu Hükümleri Arasındaki İlişki

"Genel" veya "özel" sıfatı kanun hükmüne standart olarak yapıştırılacak değişmez bir etiketi değil; kanun hükümleri arasındaki bir karşılaştırmayı ifade eder[54]. Zira bir kanun hükmü, ancak "bir başka kanun hükmüne göre" genel veya özel olarak nitelendirilebilir. Kanun hükümleri arasındaki bu ilişki "üst küme – alt küme" ilişkisine benzer. Bu karşılaştırmada dikkate alınan ölçüt kanun hükümlerinin düzenledikleri menfaatler ya da vakıalar grubunun genişliğidir. Buna göre, tatbik alanı çakışan iki kanun hükmünden birisi daha geniş bir menfaatler veya vakıalar kümesini düzenliyor; diğeri ise, bu (üst) küme içinde yer alan daha sınırlı bir menfaatler veya vakıalar grubuna yönelik bulunuyor ise bu iki kanun hükmü arasında "genel – özel" ilişkisi bulunduğundan bahsedilebilir[55].

Bilindiği gibi, "genel kanun – özel kanun" ilişkisi kanun hükümlerinin çatışması ve yürürlükleri açısından önem taşıyan bir husustur. Aynı konuyu düzenleyen ve biri eski tarihli olan, diğeri ise yeni yürürlüğe giren iki kanunun her ikisi de "genel" veya

---

52 Sarper **SÜZEK**, "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", Kamu-İş, Yıl 2002, Cilt 6, Sayı 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, 73-94, s. 74. Aynı yönde **ÖZDEMİR**, "İş Hukukunda Mutlak Emredici…" s. 114; **ŞİŞLİ/DULAY YANGIN**, s. 84-85. Benzer olarak Devrim **ULUCAN**, "Alman Hukukunda Feshe Karşı Koruma Esasları ve Bu Konuda Yapılan Son Değişiklikler", Kamu-İş, Yıl 1997, Cilt 4, Sayı 2, 231-249, s. 232: "*…taraflar sözleşmeyi mutlaka anlaşarak değil, tek taraflı fesih yoluyla sona erdirme olanağına sahip olmalıdırlar. Ancak hizmet akdi işçi bakımından herhangi bir sözleşme değildir. İşçinin ve ailesinin varlıklarını sürdürmelerinin de bir güvencesidir.*"

53 Karş. **TUNCAY/SAVAŞ**, s. 1193-1194.

54 M. Kemal **OĞUZMAN/**Nami **BARLAS**, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul 2015, para. 275.

55 Karş. Ejder **YILMAZ**, "Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)", Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 22-31, s. 23-24.

her ikisi de "özel" nitelikte ise, sonra yürürlüğe girenin öncekini zımnen yürürlükten kaldırdığı tartışmasızdır. Buna karşılık eski kanun genel, yeni yürürlüğe giren kanun özel nitelikte ise; genel kanun yürürlükten kalkmış olmamakla birlikte, özel kanun hükümleriyle düzenlenen alanda bu hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağı, genel kanunun bu alan açısından artık en fazla özel kanunu tamamlayıcı bir rol icra edebileceği kabul edilir[56]. Bu anlamda, genel kanunun özel kanundaki "boşlukları" doldurduğundan bahsedilebilirse de[57]; buradaki "boşluk" tabiri teknik anlamda "kanun boşluğunu" ifade etmeyip, sadece, kanun koyucunun belirli bir husus için özel kanunda düzenleme getirmekten kaçınarak, o konuyu ilgili genel kanuna tabi tuttuğu halleri ifade eder. Yani bu durumda da olaya uygulanacak bir yazılı hukuk kuralı mevcuttur ve "kanun boşluğu" bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir[58].

En sorunlu ihtimal ise, önceki tarihli kanunun özel, sonra yürürlüğe giren kanunun genel nitelikte olmasıdır. Bu durumda somut olaya uygulanacak hükmü belirlerken "özel" olmanın mı, "yeni" olmanın mı esas alınması gerektiğine karar vermek için kanun koyucunun iradesinin saptanması, genel kanunu özel kanun hükümlerini bertaraf etmek amacıyla vazedip etmediğinin tespiti lazımdır[59]. Pek çok hizmet akdi ilişkisine uygulanmayacağı 4. maddesinde açıkça belirtilen eski tarihli (ve özel kanun nitelikli) İş Kanunu ile tüm hizmet akitlerine uygulanabilir özellikte kurallar getiren yeni (ve genel kanun nitelikli) TBK m. 393 – 447 hükümleri de bu tür bir ilişki içerisindedir. İşte bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu ve sonradan yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK arasındaki ilişkiye dair ilk görüş kanun koyucunun TBK'yı yürürlüğe koyarken güttüğü amaca, yani TBK'nın genel gerekçesine dayanmaktadır[60].

TBK Genel Gerekçesinde[61]: "*Altıncı Bölüm 'Hizmet Sözleşmeleri' başlığı altında üç ayrımdan oluşmaktadır. Hizmet Sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır"* ifadeleri yer almaktadır. Söz konusu ifadeler kanun koyucunun genel nitelikli TBK hükümleriyle özel nitelikli mevcut İş Kanunu hükümlerini bertaraf etmeyi amaçlamadığını açıkça gösterdiği-

---

56 **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 278.

57 Örn. **TUNCAY**, s. 16; **CANİKLİOĞLU**, s. 77; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 61; O. Gökhan **ANTALYA/**Murat **TOPUZ**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s. 309; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 81; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 240-241 ve 255.

58 Bu açıdan, İş Kanununda belirli bir konuyu düzenleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı her hali, özellikle de birebir aynı konuyu düzenleyen bir TBK hükmünün mevcudiyetine rağmen, "kanun boşluğu" ibaresiyle belirten ifadeleri (örn. **ARSLAN ERTÜRK**, s. 57-58; **GÜMÜŞ**, s. 388) biz doğru bulmuyoruz. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 79.

59 **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 279; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 310.

60 **YILMAZ**, s. 29; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 116; **ALPAGUT** "Türk Borçlar Kanununun…", s. 128.

61 http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf (03.11.2015)

ne göre, 4857 sayılı mevcut İş Kanunu hükümlerinin TBK hükümleriyle zımnen yürürlükten kaldırılmış olduğunu kabul edebilmek olanaklı değildir. Anılan görüş, bu tespitten yola çıkarak TBK hükümlerinin ancak İş Kanununda düzenlenmeyen konularda uygulama alanı bulabileceği fikrini savunmaktadır[62].

Diğer bir görüş ise, İş Kanununda işçi ve işverenin karşılıklı borçları hakkında tatbik edilmesi gereken bir kurala yer verilmediği takdirde, bu "düzenleme boşluğunun" TBK'nin genel hükümlerinin iş hukukunun niteliğine uyduğu ölçüde uygulanmasıyla giderileceğini; bu uygulamanın pozitif dayanağının da TMK m. 5 olduğunu vurgulamaktadır[63]. Bu fikre göre, hem TBK hem de İş Kanununda aynı konuyu düzenleyen hükümler bulunması halinde (İş Kanunu kapsamına giren işçiler için) İş Kanunu hükümlerine göre sonuca ulaşılması kural olmakla beraber, genel kanundaki düzenlemenin özel kanundakine nazaran daha uygun ve adil sonuç vermesi halinde bu düzenlemenin öncelikle tatbik edilmesi de düşünülebilir[64]. Böylece bu ikinci görüş, TBK'nın genel hizmet akdine ilişkin hükümlerinin İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanma olanağının, sadece İş Kanununda düzenlenmemiş konularla sınırlı olmadığını savunmaktadır. TBK'da işçiler için yeni (eBK'da yer almayan) bir hak öngörülmesi halinde, bu hakkın İş Kanununda tam bir karşılığının bulunup bulunmadığı araştırılmalı; söz konusu hakkın İş Kanunu kapsamına giren işçilere İş Kanunu uyarınca tanınan haklarla tamamen karşılanamadığının ve İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de böyle bir hukuki koruma ihtiyacı bulunduğunun saptanması durumunda. artık İş Kanununda TBK'nın genel nitelikli hizmet akdi hükümleriyle doldurulacak bir boşluğun var olduğu kabul edilerek, sonuca bu şekilde ulaşılmalıdır[65].

Bu ikinci fikre yönelik eleştiriler olarak, Türk İş Hukukuna göre geri kalmış durumdaki İsviçre Hukuku düzenlemelerinden tercüme edilen TBK hükümlerini adeta varlığı gereken isabetli ve çağdaş düzenlemelermiş gibi ele alıp, TBK ile İş Kanunu arasında farklılık bulunan her durumda İş Kanununda boşluktan söz etmenin doğru olmayacağı[66]; bireysel iş hukukunu düzenleyen ayrı bir iş kanununun olmadığı İsviçre Hukukundan alınan kuralların ancak genel kanun - özel kanun ilişkisi yaratılmaksızın, kendi içlerinde tutarlı bir bütün oluşturdukları ve doğrudan TBK kapsamındaki işçiler için öngörülen bu düzenlemelerin İş Kanununa tabi işçiler için de ilave haklar getirdiğinden bahisle İş Kanununa tabi işçiler için yeni "kurallar de-

---

62 **YILMAZ**, s. 30-31; **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 128-129; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 117; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 62.

63 **CANİKLİOĞLU**, s. 76.

64 **TUNCAY**, s. 16-17; **CANİKLİOĞLU**, s. 81. Ayrıca bkz. **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 255.

65 **CANİKLİOĞLU**, s. 82. Karş. **KARAÇÖP/YAMAKOĞLU**, s. 143; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 256-257.

66 **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 117-118 ve 149 vd..

meti" oluşturulamayacağı[67]; TBK hükümlerinin İş Kanununa tabi işçilere ilave olarak uygulanmasının İş Kanunun işçi – işveren arasında kurduğu denge açısından da benimsenemeyeceği[68] belirtilmektedir.

Farklı görüşleri değerlendirmeye geçmeden önce "boşluk" kavramı üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. "Kanun boşluğu" kavramı için doktrinde verilen bazı tanımlar şu şekildedir: "*Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığından söz edilir*"[69]; "*…kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir hususa ilişkin kanunda düz veya zıt anlamıyla ya da yorum yoluyla uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması halinde kanun boşluğu vardır*"[70], "*…yasada kural bulunmaması ya da bulunduğu halde bu kuralın çeşitli nedenlerle olayda somut olduğu gibi uygulanamaması…* (kanun boşluğudur)"[71]; "(k)*anun boşluğu, herhangi bir eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenmesine yarayacak bir hükmün kanundan yorum yoluyla dahi çıkarılamadığı durum demektir*"[72].

Yapılan tanımları esas alarak kanun boşluğunun ne olduğunu açıklamadan önce, "ne olmadığına" değinmek; tartışmanın doğru zeminde sürdürülmesini sağlayacaktır. İlk olarak, tanımlardan hiçbirinde "çağdışı" düzenlemelerden yahut tam tersine "çağdaş" veya "ileri" hükümlerden bahsedilmediğine dikkat etmek gerekir. Somut olaya doğrudan uygulanabilecek bir kanun hükmünün çağdaş olmadığı gerekçesiyle boşluk bulunduğunun iddia edilmesi ve onun yerine daha çağdaş olduğu ileri sürülen başka hükmün böylece uygulanması zaten olanaklı değildir[73]. Yani "boşluk"

---

67 **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 128-129; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 150.

68 **ALPAGUT**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 128; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 147-148.

69 **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 321.

70 Mustafa **DURAL/**Suat **SARI**, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, para. 847.

71 Aydın **ZEVKLİLER/**M. Beşir **ACARBEY/**K. Emre **GÖKYAYLA**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 107.

72 Jale G. **AKİPEK/**Turgut **AKINTÜRK/**Derya **ATEŞ**, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015, s. 126.

73 Bir kanun hükmünün çağdaş olmadığı ve ilerici/isabetli sonuçlar doğurmadığı eleştirisi ancak *de lege ferenda* düşünce olarak ileri sürülebilir. Pozitif hukuk kurallarını bu gerekçeyle uygulamama isteğini gerçek kanun boşluğu doldurma faaliyetinden ayırt etmek için "gerçek olmayan kanun boşluğu" tabiri kullanılır. Gerçek olmayan kanun boşluğunu doldurmaya, yani çağdaş veya yeterli olmadığı iddia edilen hükmün yerine daha ilerici veya yeterli olduğu düşünülen bir hükmü uygulamaya çalışmak (velev ki bu son hüküm genel kanunda yer alıyor olsa bile) yasaktır ve kanun koyucunun yasama yetkisine tecavüz olarak algılanır. Zira çağdaş olmayan bir kanun hükmünü değiştirmek ve yerine daha çağdaş bir düzenleme getirmek yargının değil, kanun koyucunun görevidir. Yargı organlarının yapabilecekleri sadece, mevcut kanun hükmünü (lafzı ve ruhuyla bağlı kalmak, yani "serbest yoruma" başvurmamak kaydıyla) mümkün olan en çağdaş veya yeterli sonucu temin edecek tarzda yorumlamaktan ya da en azından rasyonel olmayan hükmün etkisini

meselesinin hangi kanun hükümlerinin daha çağdaş veya daha geri kalmış oldukları tartışması ile hiçbir bağlantısı yoktur.

İkinci olarak, kanun boşluğu tanımlarında "genel" veya "özel" hükümden değil, sadece kanun hükmünden söz edildiğine de dikkat çekilmelidir. Somut olaya düz veya zıt anlamıyla doğrudan uygulanabilir bir hükmün yazılı hukuk kuralları arasında (ister özel kanunda ister genel kanunda) bulunduğu anlaşılırsa artık kanun boşluğundan bahsedilemez. İşte bu nedenle, özel kanununda düzenlenmemiş bir konuda, o konuyu kapsadığı tespit edilen genel kanun hükmünün "**doğrudan tatbik edilmesi**" kanun boşluğu doldurmak değildir. Genel kanun hükmünün özel kanunda düzenlenmemiş bir hususta doğrudan uygulanmasını ve özel kanunda öngörülen hukuki rejimin bu şekilde tamamlamasını (bütünlenmesini) ifade etmek üzere kullanılan "boşluk doldurma" tabirinin, teknik anlamda "kanun boşluğu doldurma faaliyeti" ile karıştırılmaması gerektiğini yukarıda vurgulamıştık. Keza TMK m. 5'in: "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri*[74]*, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır"* hükmünün de, genel kanundaki kuralın zaten kendi kapsamına giren ve özel kanunda düzenlenmemiş bir vakıaya doğrudan uygulanması ile bir ilgisi yoktur. Zira TMK m. 5, TMK ile TBK (ve TTK[75]) hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine "doğrudan" değil, sadece "kıyasen" uygulanmasını düzenler[76]. Bir

---

sınırlı tutmak için dar yorumlar yapmaktan ibarettir. Daha geniş açıklama için bkz. Çiğdem **KIRCA**, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 1, 91-119, s.113; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 241 ve 344; **DURAL/SARI**, para. 868; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254-256 ve 287. Bu halde ilgili normun dürüstlük kuralı uyarınca da düzeltilebileceği yönünde ayrıca bkz. Seyfullah **EDİS**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s.128-129; **KIRCA**, s. 113. "Gerçek olmayan boşluk" kavramı hakkında ayrıca bkz. aşağıda dn. 83 ve 91.

74 Burada geçen "*…Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümleri…*" ifadesinin TBK'nın sadece "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmındaki kuralları değil, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen diğer kanun hükümlerine nazaran genel nitelik taşıyan "Özel Borç İlişkileri" başlıklı ikinci kısmındaki kuralları da kapsadığı hususunda bkz. **EDİS**, s. 248; Osman Berat **GÜRZUMAR**, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, 105-161, s. 113 ve 120-121; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 78; Bilge **ÖZTAN**, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 40.Baskı, Ankara 2015, s.196. Aksi fikirde **CANİKLİOĞLU**, s. 76-77; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 57.

75 TMK m. 5'te TTK'nın değil, TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinden söz edilmekle birlikte; TTK m. 1/I'in: "*Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*" hükmü dikkate alındığında; genel nitelikli TTK hükümlerinin de TMK m. 5 uyarınca kıyasen tatbikinin mümkün olduğu sonucuna varılır. Bkz. **GÜRZUMAR**, s. 127-128. Karş. **EDİS**, s. 252.

76 **GÜRZUMAR**, s. 142 ve 152-153; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 217; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 80. Karş. **EDİS**, s. 254-255, 257. TMK m. 5'in, "genel nitelikli hükümleri kıyasen uygulama" düzenlemesini bir hukuk boşluğu doldurma (hâkimin TMK m. 1/II uyarınca hukuk yaratması) yöntemi olarak mı belirttiği, yoksa kanun boşluğunun ortaya çıkmasını engelleyici bir yol olarak mı öngördüğü tartışmalıdır. Geniş bilgi için bkz. **GÜRZUMAR**, s. 156-157. İkinci görüşün ka-

kanun hükmünün, ister genel ister özel kanunda yer alsın, kapsamına giren hukuki olaya doğrudan tatbik edilmesi zaten o hükmün yürürlüğe konmasının ve TMK m. 1/I'in doğal sonucudur; bunun TMK m. 5'te yeniden belirtildiğini düşünmek anlamsız olur[77]. TMK m. 5'teki *"…uygun düştüğü ölçüde…"* ifadesi de, bu maddenin TMK ve TBK kurallarının özel hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanmasını düzenlediği düşüncesini desteklemektedir[78]. Bir kanun hükmü, kapsamına doğrudan giren ve zaten doğrudan düzenlemeyi amaçladığı hukuki ilişkilere "uygun düştüğü ölçüde" değil, tam olarak uygulanır. TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, İş Kanununda düzenlenmeyen konularda "doğrudan" tatbikinde de aynı durum söz konusudur[79].

Şu halde, TBK ve İş Kanunu ilişkisinde tartışılan sorunların TBK veya İş Kanunu hükümlerinin bir bütün olarak çağdaşlığı ya da geri kalmışlığına veya TBK'nın

---

bulü halinde, bu hükmün yazılı hukukta kanun boşluğu oluşmasını engellemek için yapılmış bir "genel atıf" olduğu; dolayısıyla da, TMK ve TBK'nın genel nitelikli kurallarının sadece doğrudan değil, kıyasen tatbik edilebileceği hallerde bile TMK m. I/II'nin uygulanamayacağı, yani örf ve adet hukuku kuralı araştırılamayacağı yahut hâkimin kural yaratma yoluna gidemeyeceği sonucuna varılacaktır. Bu görüş günümüzde yaygınlık kazanmaktadır: Örn. **GÜRZUMAR**, s. 156; Rona **SEROZAN,** Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2015, I §5 No.32a; **OĞUZMAN/BARLAS**, para 212; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 81-82. Öte yandan, TMK m. 1/I'in: "*Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*" hükmünün yazılı hukuk kurallarının hem doğrudan hem de kıyasen tatbiki ihtimallerini mi kapsadığı, yoksa sadece (düz veya zıt anlamla) doğrudan uygulanmaları halini mi düzenlediği de genel olarak tartışmalıdır. TMK m. 1/I'in kanun hükümlerinin sadece doğrudan tatbikini kastettiği kabul edilirse, bir kuralın (hüküm içi boşlukları doldurma ve yorum haricinde) kıyasen uygulanmasının hâkimin TMK m. 1/II uyarınca kural yaratması niteliğinde olduğu sonucuna varılacak; aksi halde ise, genel veya özel nitelikli herhangi bir kanun hükmünün uyuşmazlığa kıyasen tatbikinin dahi TMK m. 1/I'e göre "kanunun uygulanması" olduğu ve kıyas mümkün olduğu sürece TMK m. 1/II'ye başvurulmasını gerektiren bir kanun boşluğundan bahsedilemeyeceği, dolayısıyla da bu durumda hâkimin örf ve adet hukuk kuralı araştıramayacağı gibi, hukuk boşluğu doldurmak amacıyla yeni kural da yaratamayacağı neticesine ulaşılacaktır: Örn. ilk fikri savunan **SEROZAN**, I §5 No.32a; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 269-270; ikinci görüşü benimseyen **GÜRZUMAR**, s. 158 ve Mehmet **AYAN/**Nurşen **AYAN**, Medeni Hukuka Giriş, 11. Baskı, Konya 2015, s. 67. Bu tartışma hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **GÜRZUMAR**, s. 133-134.

77 **GÜRZUMAR**, s. 142.

78 **GÜRZUMAR**, s. 141.

79 TBK kurallarının İş Kanununa tabi ilişkilere tatbikinde "kıyasen uygulama" veya "uyarlama" zorunluluğu bulunduğu belirtilmekte ve yasal dayanak olarak da TMK m. 5 gösterilmektedir. Örn. **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 38; **CANİKLİOĞLU**, s. 77; **ARSLAN ERTÜRK**, s. 57; **GÜMÜŞ**, s. 388. Oysa bu düşünce ancak, TBK'nın tüm sözleşme ilişkilerine uygulanabilir nitelikte olan bazı "genel hükümlerinin" (TBK m. 1-206) ve aslında bir başka akdi düzenleyen, fakat hizmet akdine de kıyasen uygulanması düşünülen kurallarının hizmet akitlerine tatbiki halinde doğru kabul edilebilecek bir görüştür. TBK'nın "doğrudan" ve "sadece" hizmet akitlerine ilişkin olan kurallarının, kuralın tatbikini engelleyecek bir özel hükmün İş Kanununda hiç bulunmadığı hallerde hizmet akdine uygulanması ise "kıyasen uygulama" olarak adlandırılamaz; "doğrudan doğruya" hizmet akitlerini düzenlemeyi amaçlayan bir kuralın, kapsamına "doğrudan" giren (daha özel nitelikli kurala da konu edilmemiş) bir vakıaya "uygun düştüğü ölçüde" uygulanacağından bahsetmek de anlamsızdır.

İş Kanununda düzenlenmeyen konularda doğrudan uygulanacak olan hizmet akdi hakkındaki maddelerine ilişkin olmadığı kabul edilmelidir. Tartışılan hususlar, İş Kanununun ve (sonradan yürürlüğe giren) TBK'nın aynı konuda farklı düzenlemeler getirdiği hallerdir[80].

Bilindiği gibi, kanun boşluklarına dair yapılan çeşitli ayrımlar içinde en yaygın olanı "açık boşluk – örtülü boşluk" ayrımıdır: Açık boşluk kanundan somut olaya uygulanması gereken bir hükmün ne lafız itibariyle ne de yorumla çıkartılamaması halini ifade eder[81]. Örtülü boşluk ise kanundaki hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, yani hükmün mevcut haliyle uygulanmasının kanunun amacına[82] aykırı sonuçlar doğuracağı veya "eşdeğerde" (genel - özel hüküm ilişkisi içinde bulunmadığı) bir başka kanun hükmü yahut dürüstlük kuralı ile çatışma yaratacağı hallerde söz konusu olur[83].

Kanun boşluklarına ilişkin bir başka ayrım "ihmal boşluğu – fiili boşluk" ayrımıdır[84]: İhmal boşluğu kanun yapılırken özen gösterilmemesi sebebiyle ortaya çıkan ve kanunda baştan beri var olan boşluğu; fiili boşluk ise kanunun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen değişimlerden kaynaklanan boşluğu ifade eder. Gerek açık boşluk ve gerekse örtülü boşluk ihmal boşluğu veya fiili boşluk olarak ortaya çıkabilir[85].

Türk Hukukunda İş Kanununun Borçlar Kanundan ayrıca vazedilme amacı herkesçe malumdur: İşçilerin menfaati için (işçi ile işvereni hukuki ilişkinin sosyal ve ekonomik açıdan eşit durumdaki tarafları olarak gördüğü kabul edilen Borçlar Kanununa nazaran) daha yüksek seviyede bir koruma sağlamak; işçi ve işveren arasındaki

---

80 Aynı yönde **CANİKLİOĞLU**, s. 78.

81 Bkz. **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA**, s.110; Hüseyin **HATEMİ**, Medeni Hukuk'a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013, §7 No.56; Serap **HELVACI/**Fulya **ERLÜLE**, Medeni Hukuk, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 17; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 339; **DURAL/SARI**, para. 864; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 252. Açık boşluklara "gerçek boşluk" da denilmektedir: Örn. **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 127; **ÖZTAN**, s. 48.

82 "Amaç" ifadesiyle kastedilen hükmün amacı değil, bir bütün olarak kanunun amacıdır. Bkz. **KIRCA**, s.115.

83 Bkz. **EDİS**, s. 134; Aytekin **ATAAY**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980, .s 239-240; **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA**, s. 110; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 340; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254; **DURAL/SARI**, para. 866. Örtülü boşluklar doktrinde bazen "gerçek olmayan boşlukların" (doldurulması gereken) alt-türü gibi ele alınmaktadır: Örn. **EDİS**, s. 134; **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 341; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254-255. Oysa "gerçek boşluk" doldurulması gereken kanun boşluğu manasında anlaşılırsa, örtülü boşlukların da gerçek boşluk olarak nitelendirilmesi lazımdır. Aynı yönde **KIRCA**, s. 114; **HATEMİ**, §7 No.66; **DURAL/SARI**, para. 869; İsviçre Hukuku için ayrıca bkz. aşağıda dn. 91.

84 İhmal boşlukları ile fiili boşluklar kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bırakmadığı "bilinçsiz" boşluklardır. Bkz. **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254; **OĞUZMAN/BARLAS**, para.335.

85 **KIRCA**, s.101.

menfaat dengesini işçiden yana olan bir noktada dengelemek[86]. Şu halde, İş Kanunun işçi menfaatlerine Borçlar Kanununun genel nitelikli hizmet sözleşmesi hükümlerine nazaran daha yüksek seviyede bir hukuki koruma sağlama temel amacını taşıdığı; kanun koyucunun bu iki kanun arasında sadece "genel kanun – özel kanun ilişkisi" değil, aynı zamanda işçi menfaatlerinin hukuken korunması bakımından bir "seviye ilişkisi" de öngördüğü belirtilmelidir. Üstelik TBK Genel Gerekçesinde İş Kanunu kapsamı dışındaki işçilere yönelik olarak: "*Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır*"[87] ifadesinin yer alması kanun koyucunun TBK ile İş Kanunu arasındaki, işçi menfaatlerinin korunma seviyesine ilişkin farklılığı halen muhafaza etmeye çalıştığını; amacının İş Kanununa tabi olmayan işçilere de İş Kanunu seviyesine "yaklaşacak" bir koruma sağlamak olduğunu; İş Kanununa tabi işçiyi halen menfaati daha yüksek seviyede korunan işçi olarak gördüğünü ortaya koymaktadır[88].

Bu duruma göre, İş Kanunu kapsamındaki bir işçinin İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiye nazaran, sırf İş Kanunu hükümlerine tabi bulunduğu için hukuken daha dezavantajlı pozisyona düşmesi İş Kanunun amacı açısından kabul edilemez bir sonuç teşkil edecektir. Daha açık söyleyişle, uyuşmazlığa İş Kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi İş Kanununa tabi işçinin menfaati açısından, anılan Kanunun kapsamı dışında kalan ve benzer uyuşmazlıkta taraf olabilecek bir işçiye nazaran objektif olarak daha elverişsiz bir durum yaratacaksa; o hükmün uygulanmasının İş Kanununun amacı ile çeliştiğini ve örtülü boşluk oluştuğunu kabul etmek gerekir[89]. Kanun boşluğunun kanunun vazedilmesinden sonra ("fiili boşluk" tarzında) ortaya çıkma sebeplerine doktrinde genellikle teknolojik ya da toplumsal gelişmeler örnek gösterilmekle[90] birlikte; bu misalde, mevzuat değişikliklerinin dahi kanunda fiili boşluk oluşmasına yol açabileceği görülmektedir. Esasen Borçlar Kanunu gibi bir ana kodda önemli değişikliklere gidilmesinin "toplumsal gelişme" olarak düşünülmesi de mümkündür[91]

---

86 Geniş açıklama için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 35 vd.; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 16 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 21 vd.. Kanun koyucunun bu amacı 8.6.1936 tarihli ve 3008 sayılı (ilk) İş Kanunu Gerekçesinde şu şekilde belirtilmektedir: "*Bu kanunun vazından maksad Türkiye amelesi ve işçilerinin hayat ve haklarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak say ile sermaye arasında ahenk tesisine yarayacak hükümler vazı olduğundan…*" [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c012/ tbmm05012073ss0194.pdf (03.11.2015)]

87 Yukarıda dn. 61.

88 Karş. **KOÇ**, s. 585; **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 117.

89 Karş. **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 255.

90 Örn. **OĞUZMAN/BARLAS**, para. 335; **DURAL/SARI**, para. 868.

91 Yazılı hukuk kuralının toplumda zamanla ortaya çıkan değişim karşısında yetersiz hale gelmesi ve olduğu gibi uygulanmasının bu nedenle sakıncalı sonuç doğurması ("kanunun eksikliği") duru-

Genel hizmet sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinin örtülü boşluğu gidermek maksadıyla İş Kanununa tabi işçilere de "aynen" uygulanması, İş Kanunun işçi ve işveren arasında kurduğu dengeyi bozma tehlikesi yaratabilir[92]. Bu nedenle, ilgili TBK hükümlerinin İş Kanununa tabi işçilere kıyasen tatbikinde[93] ilgili İş Kanunu hükmünün varlığını yine koruyacak, fakat gerekirse bu hükmün "amaca uygun sınırlanması" (teleolojik redüksiyonu)[94] veya genişletilmesi sonucunu doğuracak bir yol

---

munda, hükmü somut olaya uygularken dürüstlük kuralına göre hareket etmenin de bir boşluk doldurma olduğu savunulmaktadır: Bkz. **ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA**, s.111-112. Buna karşılık, yazılı hukuk kuralının zamanla ortaya çıkan değişim karşısında yetersiz kalmasının kanun boşluğu sayılamayacağı gerekçesiyle, bu durumda en fazla dürüstlük kuralına dayanarak "eksikliğin yumuşatılabileceğini" belirten yazarlar da vardır: Örn. **EDİS**, s. 134; **AYAN/AYAN**, s. 70. Hemen belirtelim ki, bizim burada değerlendirdiğimiz husus "kanunun eksikliği", yani İş Kanunun "yetersiz" hale gelmesi değil; Borçlar Kanunundaki değişim sonucunda İş Kanununda "gerçek" boşluk niteliğinde görülmesi gereken bir "örtülü boşluk" oluşması, yani İş Kanununun bazı hükümlerin Kanunun amacı ile çatışır duruma gelmesidir. Aslında "kanunun eksikliği" ile "örtülü boşluğun" birbirine karıştırılması "gerçek olmayan boşluk" kavramının muğlak ve yanıltıcı olup, hem "örtülü boşluğu" hem de "kanunun eksikliğini" ifade etmek üzere ikili manada kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Karş. **SEROZAN**, I §5 No.39: Örn. **ATAAY**, s. 238; Ergun **ÖZSUNAY**, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s. 202. Türk doktrininde bu anlayışı terk eden yazarlar olduğunu yukarıda (dn. 83) vurgulamıştık. İsviçre'de de "gerçek olmayan boşluk" (*unechte Lücke*) kavramının çok anlamlılığı ve yanlış anlaşılması nedeniyle yeni doktrinde kullanılmadığına dair bkz. Susan **EMMENGER/**Axel **TSCHENTSCHER**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art.1-9 ZGB, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2012, Art. 1 No. 358. Oysa bu kavram İsviçre doktrininde de aynen Türk doktrininde olduğu gibi söz konusu ikili anlamda kullanılmakta idi: Örn. Peter TUOR**/**Bernhard SCHNYDER**/**Jörg SCHMID**/** Alexandra **JUNGO**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015, §5 No.31-32.

92 Karş. yukarıda dn. 68.

93 Biz bu kıyasen uygulamanın TMK m. 5 kapsamında görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Fakat bu görüş, söz konusu uygulamanın bir hukuk boşluğu doldurma faaliyeti niteliğinde olup olmadığı hususunda tartışmaya da yol açacaktır. Karş. yukarıda dn. 76.

94 Amacını aşacak kadar geniş kapsamlı düzenlemeye sahip ve gerekli istisnaları içermeyen bir kuralın uygulama alanının düzenlenme amacının öngördüğü sınırlara indirgenmesi anlamına gelen "teleolojik redüksiyon" Alman Hukukunun etkisi altındaki bazı yazarlarca (**KIRCA**, s. 96 vd.; **SEROZAN**, I §5 No.40a) savunulan bir örtülü boşluk giderme yöntemidir. Bu görüş, örtülü boşlukların tamamını kuralın aşırı genişliğinden, yani amaca uygun tatbik edilebilmesi için gerekli istisnayı/istisnaları içermemesinden kaynaklanan boşluk olarak tanımlamakta; böylece, açık boşlukların kıyas, örtülü boşlukların ise teleolojik redüksiyon yoluyla giderileceği şeklinde bir ayrıma ulaşarak; teleolojik redüksiyonun kıyastan ve daraltıcı yorumdan farklı bir kavram olduğu düşüncesini savunmaktadır. Türk doktrininde genel olarak benimsendiğini söyleyemeyeceğimiz "teleolojik redüksiyon" fikri İsviçre Hukukunda oldukça yaygın şekilde savunulan bir görüş haline gelmiştir: Örn. **EMMENGER/ TSCHENTSCHER**, Art. 1 No. 395; Heinrich **HONSELL**, in: Basler Kommentar, Zivilgesetbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014, Art. 1 No.16; TUOR**/** SCHNYDER**/**SCHMID**/** **JUNGO**, §5 No.33: özellikle BGE 121 III 219. İsviçre Hukukunda kıyas ile teleolojik redüksiyon arasında fark olduğunu savunan fikre göre: "Açık boşluklar" (*offene Lücken*) olarak da anılan "düzenleme boşluklarını" (*Regelungslücken*) doldurmak için kıyas; hükümde olması gereken istisnaların yokluğunu, yani "örtülü boşluklar" (*verdeckte Lücken*) olarak da anılan "istisna boşlukla-

izlenmesi de olanaklı görülmelidir.

Elbette bu kıyasen uygulamanın işçi ile işveren menfaatleri arasında İş Kanunu hükümleri uyarınca kurulan dengeyi aşırı derecede bozacak veya işçinin bu defa İş Kanunu hükümleri uyarınca sahip olduğu hukuki korumayı ortadan kaldıracak (İş Kanunu uyarınca sağlanan korumayı TBK uyarınca sağlanan koruma ile eşitleyecek) bir tarzda yapılmaması için dikkatli olmak gerekir. Bunun için de, doğal olarak, tartışma yaratan her bir düzenleme için ayrı ayrı değerlendirme yapılması zorunludur[95]. Ne var ki, bu zorunluluk söz konusu değerlendirmeleri yaparken hiçbir ortak ölçütü dikkate almamak anlamına da gelmemelidir. Söz konusu ortak ölçüt, yukarıda belirtildiği üzere, şu şekilde ifade edilebilir: İş Kanunu hükümlerinin tatbik edilmesi bu Kanuna tabi bir işçiyi, İş Kanunu kapsamı dışında kalan bir işçiye nazaran hiçbir zaman hukuken daha dezavantajlı konuma düşürmemelidir.

B. TBK m. 439 İle İş Kanunu m. 17/IV Arasındaki İlişki

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/I-II belirsiz süreli iş sözleşmelerinin olağan feshin-

---

rını" (*Ausnahmelücken*) gidermek içinse teleolojik redüksiyon yöntemi kullanılmalıdır. Böylece, "düzenleme boşluğu ile istisna boşluğu" ve keza "kıyas ile teleolojik yorum" birbirleriyle "aynadaki akis gibi" ters bir ilişki içinde görülmelidir. Hatta eksik düzenleme içeren (amacına göre olması gerekenden daha dar kapsamlı olan) bir normun kıyas yoluyla genişletilmesine, anılan bu zıtlığı daha da vurgulayacak şekilde "teleolojik genişleme" (*teleologische Extension*) adı verilmektedir. Daha geniş bilgi için bkz. **EMMENGER/TSCHENTSCHER**, Art. 1 No.351-352, 384 ve 392 vd.; **HONSELL**, Art. 1 No.17. Ne var ki, kulağa çok hoş gelmekle birlikte, söz konusu formülasyonların teleolojik redüksiyonun genişletici (özellikle de *contra legem* genişletici) yorumdan ve kıyastan (ya da tamamen yeni bir kural yaratarak boşluk doldurmaktan) farkını işlevsel bir şekilde ortaya koyamadıkları, yani "teleolojik redüksiyon" ile bunlar arasındaki sınırın ne olduğunu ve böyle ayrı bir kavrama neden ihtiyaç bulunduğunu tartışmalara son verecek netlikte açıklayamadıkları anlaşılmaktadır. Bkz. ve karş. Heinz **HAUSHEER**/Manuel **JAUN**, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003, Art. 1 No. 266; **HONSELL**, Art. 1 No.16. İsviçre'de teleolojik redüksiyonu savunan görüşün, bu faaliyeti, "dar anlamda" teleolojik redüksiyon olduğunu ifade ettikleri "amaca uygun tahdit" (*teleologische Restriktion*) ve "indirgeyici kıyas" (*reduzierende Gesetzesanalogie*) gibi çeşitlere ayırarak; "indirgeyici kıyas" niteliğindeki teleolojik redüksiyonun aslında bir istisnanın örtülü boşluk içeren kanun hükmüne kıyas yoluyla uygulanmasından ibaret olduğunu belirtmeleri de (**EMMENGER/TSCHENTSCHER**, Art. 1 No.392 ve 403) kanaatimizce bu saptamayı doğrulayan bir husustur. "Teleolojik redüksiyon" kavramını bütün yönleriyle incelemek elbette bu makalenin konusu dışındadır. Fakat çalışmamızla ilgili olarak şu hususu belirtelim: Bu çalışmada "teleolojik redüksiyon" kavramı, örtülü boşluk doldurma yöntemini değil; örtülü boşluk doldurma faaliyetinin sonucunu belirtmek için kullanılmıştır. Diğer deyişle, tıpkı "daraltıcı yorum" ve "genişletici yorum" kavramlarının yorumun yöntemini değil, sonucunu ifade ettikleri gibi; "teleolojik genişleme" ve "teleolojik sınırlama" kavramları da örtülü boşluğu doldurmanın yöntemini değil, sonucunu ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Buna göre, örtülü boşluğun bir başka kanun hükmünden kıyasla ya da tamamen yeni kural yaratmak suretiyle doldurulması neticesinde ortaya çıkan yeni hüküm örtülü boşluk içeren kanun hükmünden daha geniş kapsamlı ise "teleolojik genişleme"den, daha dar kapsamlı ise "teleolojik sınırlama"dan bahsetmek mümkün olacaktır.

95 **CANİKLİOĞLU**, s. 78. Karş. **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 109.

de feshi ihbar sürelerini altı aydan az çalışmış olan işçiler için iki hafta, bir buçuk yıla kadar çalışmış işçiler için dört hafta, üç yıla kadar çalışmış olan işçiler için altı hafta, üç yıldan fazla süredir çalışmış bulunan işçiler içinse sekiz hafta olarak belirlemiş; m. 17/IV ise, süresinde bildirim şartına uymayan taraf için, uymadığı bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat (ihbar tazminatı) sorumluluğu öngörmüştür. Günümüzde bu hükmün "götürü tazminat" düzenlemesi niteliğinde olduğu ve tazminat talebinin 10 yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m. 146) tabi bulunduğu hem doktrinde hem de Yargıtay içtihatlarında kabul edilmektedir[96].

TBK m. 439/I hükmünün işçinin tazminat sorumluluğu açısından, (belirsiz süreli iş akitleri için) İş Kanunu m. 17/IV hükmünde düzenlenmiş olan "ihbar tazminatına" karşılık geldiği çok açıktır[97]. O halde, TBK m. 439 ve İş Kanunu m. 17/IV hükümlerinin aynı konuyu düzenledikleri ve çatışan hükümler olduğu söylenebilir. Bu çatışmanın çözümü hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler üçe ayrılmaktadır:

İlk görüşe[98] göre: TBK m. 439 düzenlemesi İş Kanununa tabi işçilere, ister belirli süreli isterse belirsiz süreli iş akdiyle çalışıyor olsunlar, hiçbir şekilde uygulanamaz. Zira İş Kanunu 17/IV hükmü iş akdinin usulsüz feshinde uygulanacak ihbar tazminatı yaptırımını özel olarak düzenlemiştir. Keza belirli süreli iş akitlerinin işçi tarafından haksız feshi halinde ödenecek tazminattan da sadece İş Kanunu m. 23'de bahsedilmiş olmakla; işverenin, işçi tarafından haksız fesih durumunda yaptırım olarak (TBK m. 439/I'deki) haksız fesih tazminatına değil, ancak zararının genel hükümlere göre tazminini istemeye hak kazanabileceği anlaşılmaktadır. Şu hale göre, İş Kanununda, genel hüküm olarak TBK m. 439'a gitmeyi gerektirecek bir boşluktan bahsedilemez.

İkinci ve hâlihazırda hâkim durumda olan görüşe[99] göre ise: TBK m. 439, İş

---

96 Bkz. **OĞUZMAN**, s.276; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 922; **NARMANLIOĞLU**, s. 389; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 555; Yargıtay 9. HD. 12.04.2010, E.2008/24533 K.2010/10223; Yargıtay 9. HD. 09.06.2011, E.2009/12787 K.2011/17301; Yargıtay 7. HD. 12.12.2013, E.2013/14969 K.2013/22047; Yargıtay 9. HD. 29.01.2014, E.2011/52614 K.2014/ 2342; Yargıtay 9. HD. 10.02.2014, E.2011/54410 K.2014/3699; Yargıtay 7 HD. 26.02.2014, E.2013/22242 K.2014/4666; Yargıtay 9. HD. 3.3.2014, E.2013/11540 K.2014/6681 (belirtilen tüm kararlar için: www.kazanci.com, 03.11.2015). Karş. **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 322, 323-324. Eski Yargıtay içtihatlarında ve doktrinde savunulan "işsizlik tazminatı", "medeni ceza", "çift karakterli özel tazminat" gibi farklı görüşler hakkında bilgi için ayrıca bkz. Nüket **SARACEL**, "İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt II, Sayı: 1-2, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, 1999, 51-62, s. 54 vd.; Yusuf **DEMİR**, Türk İş Hukuku'nda İhbar Tazminatı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 62 vd.; **NARMANLIOĞLU**, s. 388-389.

97 Aynı yönde **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 129; **YÜREKLİ**, s. 210-211. Karş. **ÇELİK**, s. 7; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 921; **ŞİŞLİ/DULAY YANGIN**, s. 88-89; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 744.

98 **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 882. Karş. **BAYCIK**, s. 380-381.

99 **GÜLVER**, s.1025; **SOYER**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda…", s. 36-37; **ALPAGUT**,

Kanunu kapsamındaki belirsiz süreli iş akitlerinin haksız/usulsüz feshi halinde tatbik edilmez. Değişik söyleyişle, TBK m. 439, İş Kanunu kapsamı dışında kalan (sadece TBK'ya tabi) belirli ve belirsiz süreli iş akitleri ile İş Kanunu kapsamındaki belirli süreli iş akitlerinin işçi tarafından feshinde tatbik edilecektir. Zira İş Kanununda belirli süreli iş akitlerinin haksız feshinde uygulanacak özel bir hüküm bulunmadığından, bu halde de TBK m. 439 uygulanmalıdır. Buna karşılık, belirsiz süreli iş akitlerinin haksız ve usulsüz feshinde uygulanacak yaptırım İş Kanunu m. 17/IV'teki özel hükümde öngörüldüğünden, TBK m. 439'un bunlar hakkında tatbiki olanaklı değildir.

Üçüncü görüş[100]: TBK m. 439 sınırlamasının işçi lehine olmakla, iş hukuku kurallarının işçi lehine nispi emrediciliği gereği, İş Kanunu kapsamındaki tüm iş akitlerine uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu fikre göre, işveren İş Kanunu m. 17/IV hükmündeki ihbar tazminatını belirsiz süreli iş akdini haklı sebep olmadan ve ihbar öneline uymadan fesheden işçiden ancak aylık ücretinin dörtte biriyle sınırlı olarak isteyebilecektir.

İlk iki görüşü savunanların "boşluk" kavramını sadece açık boşlukları ifade edecek şekilde ele aldıkları ve örtülü boşluk ihtimalini değerlendirmedikleri anlaşılmaktadır. Oysa hâkim fikri savunanlardan DOĞAN YENİSEY'in: "*İş kanunlarına tabi işçiler açısından belirli süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde ödenen bu tazminat miktarı belirsiz süreli sözleşmelerin haksız feshi halinde ödenen ihbar tazminatı miktarıyla karşılaştırıldığında oldukça düşük kalmaktadır. İşçinin kıdemine göre belirlenecek asgari ihbar tazminatı iki haftalık ücret tutarında iken belirli süreli bir sözleşmede işçinin ücretinin dörtte biri tutarında tazminat ödemek zorunda bırakılması tazminat dengesi açısından düşündürücüdür*"[101] şeklindeki ifadeleri bu açıdan oldukça dikkat çekicidir. Zira yazarı "düşündüren" durum, tam da bizim yukarıda açıkladığımız "örtülü boşluk" halidir.

İş Kanununa tabi bir işçinin, sırf kendi usulsüz feshine İş Kanunu hükümleri

---

"Türk Borçlar Kanununun…", s.144-145; **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s.107-108; **YÜREKLİ**, s. 286; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 744; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s. 415. Karş. **ÖZDEMİR**, "Yeni Borçlar Kanununun…", s. 153.

100 **ŞİŞLİ/DULAY YANGIN**, s. 89.

101 **DOĞAN YENİSEY**, "Türk Borçlar Kanununun…", s. 108. Ayrıca **DOĞAN YENİSEY**, "İş Hukukunda Cezai Şart", s. 33: "*Belirli süreli sözleşmede sözleşme taraflarının sözleşmeyi bir süre devam ettirme yolundaki açık taahhüdüne aykırı bir davranışı belirsiz süreli sözleşmede ihbar sürelerine uymamaya oranla daha ağır bir sözleşmeye aykırılık halidir. Buna rağmen Borçlar Kanunu 439. maddesi ile her iki hukuka aykırı davranış, aynı yaptırıma, işçi aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminata tabi kılmıştır. Bu durumun yarattığı dengesizlik iş kanunlarına tabi işçiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Belirsiz süreli sözleşmeyi ihbar sürelerine uymaksızın sona erdiren İş Kanununa tabi bir işçi en kısa ihbar süresi iki hafta olduğundan en az aylık ücretinin yarısı en fazla 8 haftalık, iki aylık ücret tutarında tazminat öderken, belirli süreli sözleşmeyi haklı bir neden bulunmaksızın sona erdirdiğinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü kılınacaktır... Ancak belirsiz süreli sözleşmedeki ihbar tazminatı miktarları karşısında kanımızca daha ağır olarak nitelendirilebilecek bir hukuka aykırı davranışın yaptırımı daha hafif olarak belirlenmiştir."*

tatbik edildiği için, hizmet akdini haksız/usulsüz feshi TBK hükümlerine tabi olan bir işçiden daha ağır bir tazminat yükümü altına girecek olması, kanaatimizce İş Kanunu m. 17/IV açısından örtülü boşluk halini ifade etmektedir. Zira bu ihtimalde İş Kanunu m. 17/IV'ün tatbik edilmesi İş Kanununun işçiyi (salt TBK'ya tabi işçiden daha fazla) koruma amacına aykırı bir sonucun meydana gelmesine neden olmaktadır. Öte yandan, bu örtülü boşluk halini dikkate alarak İş Kanunu m. 17/IV hükmünü işçinin usulsüz feshi bakımından tamamen devre dışı bırakmak ve onun yerine TBK m. 439'u tam olarak uygulamak da olanaklı gözükmemektedir. Zira böyle bir yola gidilmesi halinde, bu defa da İş Kanunu m. 17/IV'ün işçiyi koruyan ve 2 ilâ 8 haftalık ücrete denk gelen tazminat üst sınırı ortadan kalkmakta; belirsiz süreli hizmet akdini haksız ve usulsüz fesheden işveren gerek TBK m. 438/I ve gerekse İş Kanunu m. 17/IV uyarınca sadece uymadığı ihbar süresine karşılık gelen ücrete mukabil bir tazminat ödemekle yükümlü olurken, aynı durumdaki işçi işverenin zararını ispatlaması halinde üst sınırını önceden öngöremeyeceği bir tazminat sorumluluğu altına girebilmektedir[102].

Bu durum karşısında, kanaatimizce, İş Kanunu m. 17/IV hükmünü tamamen bertaraf etmeden, TBK m. 439/I'in İş Kanununa tabi belirsiz süreli akitlere kıyasen uygulanması yoluyla "amaca uygun sınırlandırmak" ve bu suretle örtülü boşluğu gidermek mümkündür. Bunun için, TBK m. 439 düzenlemesinin, İş Kanunu m. 17/IV'teki ihbar tazminatının "götürü tazminat" niteliğine işçiler açısından bir istisna getirecek şekilde uygulanması gerekmektedir. Böylece, işçinin İş Kanunu m. 17/IV uyarınca ödemekle sorumlu olabileceği (2 ilâ 8 haftalık ücrete karşılık gelen) ihbar tazminatı ancak TBK m. 439/I'de belirtilen "aylık ücretin dörtte birine" kadar "götürü tazminat" olarak kabul edilecek; işverenin bunun üzerinde kalan ve toplamdaki üst sınırı 2 ilâ 8 hafta olan kıdem tazminatı miktarını talep edebilmesi ise (TBK m. 439/I son cümlede arandığı gibi) zararı ispat külfetine bağlı tutulacaktır.

Söz konusu düşüncenin benimsenmesi durumunda, işe başlamama veya işi terk şeklindeki davranışı TBK hükümlerine tabi olan işçiler ile aynı davranışları İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan işçiler arasında ortaya çıkacak fark şu şekilde ifade edilebilir: Hizmet akdini haksız/usulsüz feshetmesi TBK m. 439'a tabi olan bir işçi bu davranışı nedeniyle ve işverenin otuz gün içinde dava veya takip yoluna başvurması halinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödemek zorunda kalacak; işverenin bunun üzerindeki zararını ispatlaması halinde ise ödemek zorunda kalacağı tazminat bir üst sınıra tabi olmaksızın artabilecektir. Keza hizmet akdini usulsüz feshi İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan bir işçi de yine işverenin otuz gün içinde dava veya

---

102 TBK m. 438/III'teki istisnai düzenlemenin bu eşitsizliği kısmen gidereceğini söylemek mümkündür. Ancak hâkimin TBK m. 438/III uyarınca işçi lehine hükmedilebileceği ek tazminatın dahi bu hükümde "en fazla 6 aylık ücret" üst sınırına tabi tutulduğu ve böylece işveren için yine az çok bir öngörülebilirlik sağlandığı da dikkate alınmalıdır. TBK m. 439/I son cümle hükmünde ise, işçi için, bu kadar bile öngörülebilirlik yoktur.

takip yoluna başvurması halinde aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödeyecek, fakat işverenin bu miktarın üzerindeki zararını ispatlaması halinde bile onun ödeyeceği tazminat toplamda feshi ihbar süresine karşılık gelen (2-8 haftalık) ücret miktarını aşamayacaktır. Ayrıca, TBK m. 439/I'de düzenlenen bu götürü tazminat miktarının yukarıda[103] ifade ettiğimiz gibi "nispi götürü tazminat" olarak anlaşılması ve işveren zararının bu miktarda olmadığını TBK m. 439/II uyarınca ispatlama imkânının işçiye her iki durumda da tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

TBK m. 439/I-II hükümleri haksız olarak işe başlamayan veya işi aniden bırakan işçiler aleyhine uygulanacak bir nispi götürü tazminat düzenlemesi teşkil etmektedir. Türk Hukukunda nispi emredici nitelikte görülmesi gerektiğini düşündüğümüz bu düzenleme uyarınca, hizmet akdini haksız olarak ve olağan fesih hakkının bulunduğu hallerde feshi ihbar süresine uymadan sona erdiren bir işçi, işverene aylık ücretinin dörtte biri tutarında götürü tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. İşçinin bu tazminatı ödeme yükümünden kurtulması, işveren zararının ya hiç olmadığını ya da aylık ücretin dörtte birinden az olduğunu ispatlayabilmesine bağlıdır. İşverenin götürü tazminat miktarından daha fazla bir miktarda tazminat isteyebilmesi ise zararını genel kurallara göre ispatlaması şartına bağlı tutulmuştur.

TBK m. 439'un nispi emrediciliği aksi yönde ve işçi aleyhine uygulanabilecek cezai şart veya götürü tazminat anlaşmaları yapılmasını engeller. Fakat kanaatimizce, tarafların asgari süreli hizmet akdini feshetmelerini belirli bir süre boyunca engellemeye veya hizmet akdinin senenin belirli dönemlerinde feshini önlemeye yönelik olan, yani usulüne uygun olağan fesih halinde bile tatbik edilebilecek bulunan cezai şart anlaşmaları ile eğitim giderlerini geri ödeme kaydı niteliğindeki anlaşmalar TBK m. 439'un emrediciliğinin kapsamı dışında kalmaktadır.

TBK m. 439/III'te dava veya takip yoluyla götürü tazminat talebinde bulunabilmek için otuz günlük hak düşürücü süre öngörülmüştür. Bu hak düşürücü sürenin işçinin işi kesin olarak bıraktığının (iş akdini feshettiğinin) anlaşıldığı günden itibaren hesaplanması gerekir. Ayrıca, söz konusu hak düşürücü süre sadece götürü tazminat talepleri için geçerli olup; işverenin zararını ispatlamak suretiyle, yani götürü tazminat hükmüne dayanmadan ileri süreceği tüm tazminat talepleri genel zamanaşımı süresine tabidir.

TBK m. 439/I'de işçiler için, İş Kanunu m. 17/IV hükmünde düzenlenen ihbar tazminatına nazaran daha düşük bir götürü tazminat yükümlülüğü öngörülmüş olması, kanaatimizce, İş Kanunu m. 17/IV açısından bir örtülü boşluk halinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu örtülü boşluk TBK m. 439/I'in kıyasen uygulanması

---

[103] Bkz. yukarıda dn. 7 ve 8.

ve böylece İş Kanunu m. 17/IV hükmünün amaca (İş Kanununun işçiyi koruma amacına) uygun sınırlandırılması yoluyla giderilebilir. Bu durumda TBK m. 439/I, ödeyeceği ihbar tazminatı İş Kanunu m. 17/IV'e tabi olan bir işçiden götürü tazminat olarak talep edilebilecek miktarın üst sınırını çizecek; İş Kanunu m. 17/IV ise, işverenin işçiden zararını ispatlasa bile isteyebileceği tüm tazminat miktarının üst sınırını belirleyecektir.

KAYNAKÇA[**]

AKİPEK, Jale G. **/ AKINTÜRK**, Turgut **/ ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015.

ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998.

ALPAGUT, Gülsevil, "İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart", Sicil, Aralık 2007, Yıl 2, Sayı 8, 13-21.

ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri (20-21 Eylül 2011, İstanbul), Ankara 2012, 124-166.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.

ANTALYA, O. Gökhan **/ TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2015.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editör: Tankut CENTEL, İstanbul 2014, 49-113.

ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası, İstanbul 1980.

AYAN, Mehmet **/ AYAN**, Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 11. Baskı, Konya 2015.

BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

BİRİNCİ UZUN, Tuba, Götürü Tazminat, Ankara 2015.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.

BRUNNER, Christiane / **BÜHLER**, Jean-Michel **/ WAEBER**, Jean Bernard **/ BRUCHEZ**, Christian, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005.

CANİKLİOĞLU, Nurşen, "Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", 10. Yılında İş Kanunu Semineri (15 Kasım 2013), İstanbul 2014, 74-120.

ÇELİK, Nuri **/ CANİKLİOĞLU**, Nurşen **/ CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015, s. 109.

[**] Sadece bir kereden fazla atıfta bulunulan kaynaklara kaynakçada yer verilmiştir.

ÇELİK, Nuri, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri", Sicil, Mart 2012, Yıl 7, Sayı 25, 5-9.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat, "İş Hukukunda Cezai Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan I, Ed. Talat Canbolat, İstanbul 2010, 159-171.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1), Seminer -28 Mayıs 2011, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 21-44.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "Türk Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya), İstanbul 2014, 78-110.

DURAL, Mustafa **/ SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015.

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

EKMEKÇİ, Ömer, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil, Mart 2009, Yıl 4, Sayı 13, 19-28.

EMMEL, Frank, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger, Zürich 2012.

EMMENGER, Susan **/ TSCHENTSCHER**, Axel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art.1-9 ZGB, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2012.

GÜLVER, Ender, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 31, Yıl: 2011, 999-1029.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, 3. Bası, İstanbul 2013.

GÜNEŞ, Başak **/ MUTLAY**, Faruk Barış, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/3, Sayı 30, 231-288.

GÜRZUMAR, Osman Berat, "Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, 105-161.

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, 7. Bası, İstanbul 2013.

HELVACI, Serap **/ ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, 3. Bası, İstanbul 2014.

HONSELL, Heinrich, in: Basler Kommentar, Zivilgesetbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, Basel 2014.

KAPANCI, K. Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 655-683.

KARAÇÖP, Eda **/ YAMAKOĞLU**, Efe, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı: 38, Yıl: 2013, 83-148

KARAGÖZ, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.

KIRCA, Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 1, 91-119.

KOÇ, Sedef, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Yıl 3, Sayı 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, 585-604.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi **/ ASTARLI**, Muhittin **/ BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal **/ BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Cezai Şart", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Yıl: 2005, 403-416.

ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, 95-120.

ÖZDEMİR, Erdem, "Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Çalışma Mevzuatı Seminer Notları (26-30 Eylül 2012, Antalya), İstanbul 2012, 112-160.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 40.Baskı, Ankara 2015.

PORTMANN, Wolfgang, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel 2015.

REHBINDER, Manfred **/ STÖCKLI**, Jean-Fritz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Auflage, Hrsg. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Bern 2014.

SAVAŞ, F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.

SENYEN KAPLAN¸ E. Tuncay, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 213-229

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2015.

SOYER, Polat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin 'Bazı' Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer-25 Mayıs 2012, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, İstanbul 2012, 4-51.

SOYER, Polat, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380.

SOYER, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin 'Yeni' Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 12-21.

STAEHELIN, Adrian, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V/2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Auflage, Hrsg. Jörg Schmid, Zürich 2013.

STREIFF, Ulin / von KAENEL, Adrian / RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.

ŞİŞLİ, Zeynep **/ DULAY YANGIN**¸ Dilek, "Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin 'İhbar Tazminatı' Sorumluluğu", Hacettepe Hukuku Fakültesi Dergisi, Aralık 2014, Cilt 4, Sayı 2, 77-92.

TUNCAY, A. Can, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", Çimento İşveren Dergisi, Mart 2012, Sayı 2, Cilt 26, 4-17.

TUNCAY, Aziz Can **/ SAVAŞ**, Fatma Burcu, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, 1175-1196.

TUOR, Peter **/ SCHNYDER**, Bernhard **/ SCHMID**, Jörg **/ JUNGO**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, İstanbul 2014.

YILDIZ, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.

YILMAZ, Ejder, "Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)", Sicil, Haziran 2011, Yıl 6, Sayı 22, 22-31

YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Ankara 2014.

ZEVKLİLER, Aydın **/ ACARBEY**, M. Beşir **/ GÖKYAYLA**, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

İNTERNET ORTAMINDA KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

(Protection Of Consumer In Distance Contracts Formed Via Internet)

Yrd. Doç. Dr. Özge UZUN KAZMACI*

ÖZET

Tüketiciler, sanal ortamda sunulan bilgiler ışığında, internet üzerinden çeşitli sözleşmeler yapmaktadırlar. Bu sözleşmelerin büyük çoğunluğu, mesafeli sözleşme niteliğindedir ve 6502 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikler kapsamında tüketiciyi koruyucu düzenlemelere tabidir. Bu düzenlemelerin en önemlileri; tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma (geri alma) hakkıdır. Makalenin amacı; başta bu düzenlemeler olmak üzere, mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin, internet üzerinden kurulan sözleşmeler esas alınarak incelenmesidir.

Anahtar kelimeler: Mesafeli Sözleşmeler, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması, İnternet Üzerinden Yapılan Sözleşmeler, Tüketici Hukuku

Abstract

Consumers make various contracts via the internet in the light of the information presented in a virtual environment. Many of these contracts are called distance contracts and are subject to provisions to protect consumers in Law No. 6502 and relevant the Secondary Legislation. The most important of these provisions are informing of consumers and the right of withdrawal for distance contracts. The aim of this article is to examine especially those provisions and the others concerning distance contracts based on the contracts formed via the internet.

Keywords: Distance Contracts, Distance Contracts for Financial Services, Protection of Consumer, Contracts Formed via Internet, Consumer Law.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İnternetin gittikçe artan kullanımına paralel olarak, alışveriş hayatı da sanal ortamda yoğunlaşmaya başlamıştır. Özellikle büyük şehirlerde yaşayan insanlar, iş ve trafik yoğunluğu nedeniyle alışverişlerini evlerinde ya da işyerlerinde internet üzerinden yapmayı tercih etmektedirler.

İnternet ortamında alışveriş yapan tüketiciler, farkında olarak ya da olmayarak bir mesafeli sözleşmeyi kabul edip hukukun mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerine tabi olmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle internet ortamında kurulan sözleşmelerin elektronik sözleşmeler ve mesafeli sözleşmeler kavramları ile ilişkisi, sözleşmelerin internet ortamında kurulması ve özellikle bu şekilde kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler incelenecektir.

I. İnternet Ortamında Kurulan Sözleşmeler

A. Genel Olarak

Elektronik iletişim araçları aracılığıyla kurulan sözleşmeler içerisinde uygulaması en fazla olan internet ortamında kurulan sözleşmelerdir. Bu nedenledir ki elektronik sözleşme kavramı ile internet ortamında kurulan sözleşme kavramının kimi zaman eş anlamda kullanıldığı görülür. Oysa, elektronik sözleşme ve elektronik ticaret[1] kavramları[2], internetten önce de var olan kavramlardır[3]. Telefon, faks, televizyon, bilgisayar gibi elektronik iletişim araçları aracılığıyla kurulan sözleşmeler, elektronik sözleşmeler olarak adlandırılır[4]. Bir sözleşmenin elektronik sözleşme olarak adlandırılması için internet üzerinden yapılması zorunlu değildir. Ancak günümüzde elektronik sözleşmelerin büyük çoğunluğu internet üzerinden yapılmaktadır.

---

1 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde elektronik ticaret, fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet olarak tanımlanmıştır. Elektronik ticaret kavramı hakkında bkz. **İnal**, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 14 vd.

2 Elektronik sözleşme kavramı ile elektronik ticaret kavramının da bazen birbirinin yerine kullanıldığı görülür. Oysa bu iki kavram da birbirinden farklıdır. Elektronik ticaret, elektronik ortamda gerçekleştirilen tüm ticari işlemleri ifade eden daha genel ve kapsamlı bir kavram iken; elektronik sözleşmeler bu işlemelerden sadece sözleşme niteliğinde olanları ifade eden daha dar bir kavramdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altınışık**, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003, s. 25 vd.; **Sözer**, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002, s. 21 vd., 89 vd.

3 **Sarıakçalı**, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Ankara 2008, s. 21 vd.

4 "Elektronik sözleşme" kavramı yerine "sözleşmelerin elektronik vasıtalarla kurulması" ifadesinin daha doğru olduğu yönünde bkz. **İnal**, s. 93.

İnternet ortamında kurulan sözleşme -ve daha geniş anlamda elektronik sözleşme-, satış, kira eser gibi bir sözleşme tipi değildir; tipik ya da atipik sözleşmelerin kuruluş yöntemlerinden biridir ve günümüzde başta satış sözleşmeleri olmakla üzere, birçok sözleşme bu yöntemle kurulmaktadır. Bu nedenle internet ortamında kurulan sözleşmelerin, ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlenmesine ihtiyaç yoktur. Zira internet üzerinden kurulan bir satış sözleşmesi de, esas olarak satış sözleşmesine ilişkin hukuki düzenlemelere tabidir. Ancak, bazı hükümlerin uygulanmasında, klasik yöntemlerle kurulan satış sözleşmelerinden farklı yorumlar yapılması gerekebilmektedir. Diğer taraftan teknolojik gelişmelerden ve internet kullanımından doğan bazı hukuki problemler açısından ayrı düzenlemelere (elektronik imza gibi) ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır.

B. Mesafeli Sözleşme Kavramı ile İlişkisi

İnternet ortamında kurulan sözleşmelerin bazen mesafeli sözleşmeler[5] ile eş anlamda kullanıldığı ya da mesafeli sözleşmelerin bir türü olarak adlandırıldığı görülür. Oysa internet ortamında kurulan sözleşme ve hatta daha geniş anlamda elektronik sözleşme kavramları ile mesafeli sözleşme kavramları birbirinden farklı kavramlardır.

Mesafeli sözleşme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın[6], mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır (48/(1))[7]. Bu tanım çerçevesinde bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olabilmesi için; taraflardan birinin

---

5 Mesafeli sözleşme kavramı, Borçlar Hukukunda kullanılan mesafeli satış kavramından farklıdır. Mesafeli satış, satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderildiği satış sözleşmeleri için kullanılan bir kavramdır. Sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların birarada olup olmamasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla mesafeli sözleşme, sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin bir kavram iken, mesafeli satış, ifa aşamasına ilişkindir. Ayrıca mesafeli sözleşme, mesafeli satıştan farklı olarak, Tüketici Hukukuna özgü bir kavramdır; TKHK'da sayılan unsurları taşıyan sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilir. Mesafeli sözleşme, çoğunlukla satış sözleşmelerini içermekle birlikte, diğer sözleşme türleri de bu yöntemle kurulabildiğinden, konu açısından da mesafeli satıştan ayrılır. Bkz. **İnal**, s. 169-170; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s.105.

6 4077 sayılı Kanun'da yer alan tarafların karşı karşıya gelmemesi ifadesi yerine 6502 sayılı Kanun'da "eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın" (fiziksel olarak "karşı karşıya gelmeksizin") ifadesinin kullanılması, mesafeli sözleşmenin hazırlar arasında kurulamayacağı şeklinde bir yanılgıya neden olmaması açısından daha isabetli olmuştur.

7 4077 sayılı Kanun'da, ifa zamanının mesafeli sözleşmenin bir unsuru olarak düzenlendiği, 6502 sayılı Kanun'da ise isabetli olarak ifa zamanına yer verilmediği görülmektedir (48/(1)).

tüketici[8], diğer tarafın satıcı[9] veya sağlayıcı[10] olması, tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmemesi, sözleşmenin müzakare aşaması dahil uzaktan iletişim aracı kullanılarak kurulması ve mal veya hizmetin uzaktan pazarlanmasına ilişkin bir sistemin varlığı gerekir.

Uzaktan iletişim araçları, 2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde[11]; mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam olarak tanımlanmıştır (4/(1), h).

4077 sayılı Kanun'da eksikliği eleştirilen[12] "uzaktan pazarlamaya yönelik sistem" , 6502 sayılı Kanun'da mesafeli sözleşmeye bir unsur olarak eklenmiştir (48/(1)). Bu kanuna dayanılarak çıkarılan 2014 tarihli Yönetmelik'te uzaktan pazarlamaya ilişkin sistemle ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Oysa mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için bunun belirlenmesi önemlidir. Bir görüşe göre, satıcı veya sağlayıcının katalog, broşür veya e-posta gibi araçları kullanarak ürünlerinin ya da hizmetlerinin reklamını yapması ve uzaktan iletişim araçlarıyla sipariş

---

8 Tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder (TKHK 3/k). Oysa 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nde tüketici kavramının sadece gerçek kişileri kapsadığı görülmektedir (2/1). Yönerge'de tüketici olarak sadece gerçek kişilerin kastedilip, tüzel kişilerin kapsam dışı bırakılmasının tüketici hakları açısından olumsuz olduğu yönünde bkz. **Deniz**, Bahar Yeşim, "Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırılmalı Değerlendirilmesi", TAAD, Yıl 4, Sayı 1-2, Ocak 2013, s. 251. Diğer taraftan tüzel kişilerin tüketici sıfatının istisnai olması gerektiği, kamu tüzel kişilerinin bu sıfata sahip olmaması, dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin ise ancak ideal amaçlarla hareket ettikleri ölçüde tüketici sıfatına sahip olabilecekleri, ticari şirketlerin ise hiçbir zaman tüketici sıfatı taşıyamayacağı yönünde bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 17-18.

9 Satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK 3/i).

10 Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK 3/ı).

11 27.11.2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete.

12 **Sarıakçalı**, s. 143-144; **Yıldırım**, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 69. 97/7/AT sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge'de yer alan mesafeli sözleşme tanımında, uzaktan pazarlamaya ilişkin sistem bir unsur olarak yer aldığından, 4077 sayılı Kanun'daki boşluğun, Yönerge hükmü ile doldurulması gerektiği kabul ediliyordu (**Bozbel**, Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler -97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma-", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 790). Diğer taraftan böyle bir unsurun aranmadığı önceki hükmün, tüketicinin lehine daha katı bir koruma sağladığı ve kanun koyucunun tüketicinin lehine olarak Yönerge'den farklı bir düzenleme getirilebileceği de savunuluyordu (**Erten**, Alev, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak), Ankara 2009, s. 176).

kabul ettiğini belirtmesi halinde[13]; diğer bir görüşe göre, ortalama bir tüketici gözüyle bakıldığında, satıcı veya sağlayıcının yaptığı reklamlardan ya da gönderdiği kataloglardan düzenli bir uzaktan pazarlama sistemine sahip olduğu izleniminin çıkarılması haklı görülebiliyorsa bu unsurun gerçekleştiği kabul edilmektedir[14]. Satıcının uzaktan pazarlamaya ilişkin organizasyonu bizzat kendisinin yönetmesi gerekmez. Örneğin internetteki bir açık arttırma sitesinde mallarını satan satıcının bu site üzerinden yaptığı sözleşmeler de mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilebilir[15]. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, satıcı ve sağlayıcının uzaktan pazarlama sistemi yanında işyerinden mal ve hizmet sunumu yapıyor olması bir fark yaratmaz; iki yöntem bir arada kullanılabilir. Ancak bir uzaktan pazarlama sistemi oluşturulmadan istisnai şekilde uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı sözleşmeler, mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmez.

Kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere; bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olabilmesi için, sadece sözleşmenin kuruluş anında değil; kuruluş anına kadar olan hazırlık aşamasında da uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerekir. Ancak burada kuruluş anına kadar geçen aşamadan ne aşılması gerektiği tartışmaya açıktır. Kanundaki bu ifadeyi, madde gerekçesinden de yola çıkarak, müzakere ve pazarlık aşaması ile sınırlı tutmak, tüketicinin lehine bir yorumdur[16]. Aksi halde, aynı zamanda internet üzerinden de satış yapan bir mağazada bir telefon beğenerek, sadece telefonun özellikleri hakkında bilgi edinen tüketicinin sonradan o mağazanın internet sitesinden aynı model telefonu satın alması, mesafeli sözleşme kapsamında değerlendirilemez ve bu şekilde geniş bir yorum, tüketicinin aleyhine sonuç doğuracağı gibi, ispat açısından da güçlük yaratır.

Kanunda öngörülen söz konusu koşulları taşıyan sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilir. Bu koşullardan biri eksik olduğunda mesafeli sözleşmeden söz edilemez. Müzakere aşamasını yüz yüze gerçekleştirdikten sonra ayrılan ve internet üzerinden sözleşmeyi kuran taraflar arasında ya da malların uzaktan pazarlanmasına ilişkin bir sistem olmaksızın satıcının bir defaya mahsus internetten satış yapması durumunda koşulların tümü gerçekleşmediği için mesafeli bir sözleşme yoktur; ama internet ortamında kurulan bir elektronik sözleşme söz konusudur.

---

13 **Bozbel**, s. 789.

14 **İnal**, 78; **Yıldırım**, s. 68.

15 **Steennot**, Reinhard, "The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract", Computer Law & Security Review 29 (2013), s. 107.

16 Aynı yönde bkz. **Aydoğdu**, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 286-287; Ayrıca bkz. 2011/83/AB sayılı Yönergenin giriş bölümü, 20. paragraf. 4077 sayılı TKHK dönemindeki görüşler ve karşılaştırma için bkz**. Bozbel**, s. 785, dn. 12; **Erten**, s. 171 vd.; **Gezder,** Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 53-54; **İnal**, s. 77; **Yıldırım**, s. 65.

Dolayısıyla internet ortamında kurulan her sözleşme, mesafeli sözleşme değildir; ancak taraflarından biri tüketici ise ve TKHK 48/(1)'de düzenlenen diğer koşulları taşıyorsa bir mesafeli sözleşme söz konusu olur. Gerçi uygulamada mesafeli sözleşmelerin büyük çoğunluğu da internet aracılığı ile yapılmaktadır.

C. Sözleşmenin Kurulması

İnternet ortamında sözleşmelerin kurulması ve hüküm ifade etmesi, diğer sözleşmeler gibi TBK 1 vd. hükümlerine tabidir.

İnternet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler, hazır olmayanlar arasında kurulabileceği gibi hazırlar arasında da kurulabilir. Zira mesafeli sözleşmelerdeki "mesafe" kavramı, tarafların yüz yüze, aynı ortamda olmadıkları anlamına gelse de; öneri ve kabulün hazırlar arasında olması, tarafların mutlaka yüz yüze aynı ortamda olmalarını gerektirmemektedir. Tarafların birbirlerinin beyanlarını anında öğrenebilecekleri bir ortamda bulunmaları halinde de sözleşme hazırlar arasında kurulmaktadır. TBK 4/II hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, telefonla kurulan sözleşmeler ve yine tarafların bilgisayar başında aynı anda -online- bir şekilde karşılıklı irade beyanlarını sundukları sözleşmeler de hazırlar arasında kurulan mesafeli sözleşmeler olarak kabul edilir.

İnternet ortamında kurulan sözleşmeler, çoğunlukla web sitesi üzerinden yapılan irade beyanları ile kurulmaktadır[17]. Bu sözleşmelerin hazırlar arasında olup olmadığı konusu ise tartışmalıdır. Hakim görüş, isabetli olarak, web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin, hazır olmayanlar arasında olduğu yönündedir[18]. Zira bu durumda tarafların aynı anda karşılıklı online olduğundan söz edemeyiz. E-posta yoluyla kurulan sözleşmelerde de kural olarak taraflar karşılıklı olarak online olmadıkları için, irade beyanları hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır[19].

---

17 Web sitelerinde karşımıza çıkan otomatik bilgisayar açıklamaları, irade beyanı hükmünde sayılır. Zira bu açıklamalarda bulunması için bilgisayar önceden programlanmakta ve dolayısıyla bunların temeli bir insan iradesine dayanmaktadır. Bilgisayarın kendine ait bir iradesi olamayacağına göre, otomatik olarak gerçekleştirilen bu açıklamalar bilgisayar kullanıcısının iradesi kabul edilir (**İnal**, s. 99 vd.). Buna karşılık bu açıklamaların elektronik temsil olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Altınışık**, s. 40.

18 **Altınışık**, s. 53; **Demir**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 223-224; **Gezder**, s. 114; **İnal**, s. 115; **Kırca**, Çiğdem, "İnternette Sözleşme Kurulması", BATİDER, C. XX, S. 4, Yıl 2000, s. 108; **Sarıakçalı**, s. 43-44; **Sözer**, s. 109-111; **Şeker**, Muzaffer, "6098 Sayılı Borçlar Kanuna Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, "10. Yıl'a Armağan", Yıl:11, Sayı:22, Güz 2012/2, s. 139-140; **Yıldırım**, s. 124. Aksi yönde bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 490-491; **Uyumaz**, Alper, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 922.

19 **Demir**, s. 225; **Gezder**, s. 114; **İnal**, s. 108; **Kırca**, s. 107-108; **Säcker**, Franz Jürgen, Münchener

Web sitesinde malların bedel gösterilerek satışa sunulmasının öneri mi öneriye davet mi olduğu konusunda da farklı görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir[20]. Bizim de katıldığımız görüşe göre; internet sitelerindeki mal sunumlarına ilişkin olarak genel bir kural koymaktansa internet sitesinin işleyişi, ne şekilde sipariş verildiği gibi somut olayın özellikleri dikkate alınarak güven prensibi çerçevesinde karar vermek daha isabetlidir[21]. Bununla birlikte uygulamada internet sitelerinde malların bedelleri gösterilerek sergilenmesi, daha çok öneri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Zira sipariş sırasında tüketici, genellikle, mesafeli sözleşmeye ilişkin kabul kutusunu tıklayarak sözleşmeyi tamamlamaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken, internet sitesinde malların sergilenmesi, eBK 7/II kapsamında değerlendirildiğinde, aksi anlaşılmadıkça, öneriye davet olarak yorumlanabiliyordu[22]. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tarife ve fiyat listesi gönderilmesi, fiyatı gösterilerek mal sergilenmesi gibi, aksi açıkça anlaşılmadıkça öneri olarak sayılmıştır (8/II).

Sözleşmenin kurulduğu ve hükümlerini doğurduğu an, hazırlar arasında, kabul beyanında bulunulduğu andır; hazır olmayanlar arasında ise sözleşme, kabul beyanının öneride bulunana vardığı an kurulur (TBK 5); beyanın gönderildiği andan itibaren de hüküm ifade eder (TBK 11). İnternet üzerinden hazırlar arasında kurulan sözleşmelerde, kabul beyanında bulunulduğu anda beyan karşı tarafa ulaşır ve bu andan itibaren sözleşme kurulmuş ve hüküm ifade etmeye başlamış olur. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerde, kabul beyanı, muhatabın bağlı olduğu sunucuda veya e-posta kutusunda onun ulaşabileceği şekilde kaydedildiği anda varmış sayılır[23];

Kommentar zum BGB, Band I, 7. Auflage, München 2015, Rn. 204; **Sağlam**, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s. 123-125; **Sarıakçalı**, s. 42-43; **Şeker**, s. 136-137; **Yıldırım**, s. 62. İki tarafın da online oldukları, birbirlerinin bilgisayar başında bulunduklarını bildikleri durumda, kişiler hızlı bir iletişim yani birbirlerine derhal soru sorma ve cevap verme imkanına sahip olduklarından, e-posta yoluyla ileri sürülen beyanların hazırlar arasında gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **İnal**, s. 109, dn. 65. Ayrıca benzer şekilde bkz. **Akipek Öcal**, Şebnem, Özel Hukuk ve İnternet, http://www.inet-tr.org.tr/inetconf5/tammetin7hukuk.html (20.07.2015); **Altınışık**, s. 50; **Demir**, s. 225; **Yıldırım**, s. 124, dn. 295. Uluslararası hukukta, e-posta yoluyla kurulan sözleşmeleri klasik posta yoluyla kurulan sözleşmelerle aynı hükümlere tabi tutan görüşler olduğu gibi, bu sözleşmelerde telefon gibi anında iletişimin söz konusu olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Bu konuda bkz. **Rogers,** Kevin, "Contract Conclusion On The Web: Untangling The Weakest Link", Law Of Contract, Recent Legal Developments, Editor: Micheal Jeferson, The Law Teacher, 36.2 (2002), s. 223-226.

20 Kural olarak öneriye davet olduğu, ancak internetten indirilen (download edilen) ürünler açısından öneri olduğu yönünde bkz. **Kırca**, s. 103; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2013, s. 54-55; kural olarak öneri olduğu yönünde bkz. **Sağlam**, s. 118-120; **Sözer**, s. 96. Ayrıca bu konuda bkz. **Altınışık**, s. 41 vd.; **Erten**, s. 105 vd., 183 vd.

21 **İnal**, s. 131; **Sarıakçalı**, s. 51; **Yıldırım**, s. 118.

22 **Altınışık**, s. 43; **Kırca**, s. 103.

23 E-posta adresinin kullanımına ilişkin açık veya örtülü bir izin olmadan, irade beyanı e-posta ile gönderilmişse bu beyanın ancak öğrenme anında varmış sayılacağı yönünde bkz. **İnal**, 111-112. E- posta yoluyla kurulan sözleşmelerde varma anına ilişkin olarak getirilen farklı yorumlar için

beyanın bilgisayara yüklenmiş olması gerekmez[24]. Kabul beyanının gönderildiği an ise gönder tuşuna basılarak beyanın bilgisayardan çıktığı andır. Bu andan itibaren beyan, gönderenin kontrolünden çıkmıştır[25].

Web sitesi aracılığı ile kurulan sözleşmeler, genellikle, tüketiciye tartışma imkanı vermeyen, önceden diğer tarafça hazırlanmış genel işlem koşullarını içeren standart sözleşmeler[26] [27] şeklindedir. Dolayısıyla tüketicinin sözleşmenin içeriğine herhangi bir müdahalesi de söz konusu olmamaktadır.

D. Sözleşmeye Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi

Geçerli bir şekilde kurulan sözleşmenin ifası aşamasında bir uyuşmazlık çıktığında, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde, uyuşmazlık, öncelikle tarafların kararlaştırdıkları (ya da taraflardan birinin tek başına belirleyip diğer tarafın kabul etmek durumunda kaldığı) sözleşme hükümlerine göre çözüme kavuşturulur. Ancak bu sözleşme hükümlerinden emredici kurallara aykırı ya da haksız şart[28] niteliğinde olanlar geçersiz sayılacaktır.

Sözleşme hükümlerinde bir cevap bulunamadığında ise ilgili kanun hükümleri devreye girer[29]. İnternet ortamında kurulan sözleşme, tipik bir sözleşme ise, bu sözleş-

---

bkz. **Altınışık**, s. 52; **Bozbel**, s. 793-794; **Kırca**, s. 111-112; **Sağlam**, s. 136. Bu yorumlara yönelik eleştiriler için bkz. **Sarıakçalı**, s. 58.

24 **Altınışık**, s. 51-52; **İnal**, s. 117, 134; **Kırca**, s. 110; **Sarıakçalı**, s. 56; **Sözer**, s. 102.

25 **İnal**, s. 107; **Sarıakçalı**, s. 56; **Sözer**, s. 102.

26 İnternet sitesi üzerinden kurulan sözleşmeler açısından standart sözleşme kavramı yerine iltihaki sözleşme kavramının tercih edilmesi ve iltihaki sözleşmelerin standart sözleşmelerden farklı olarak ancak onları düzenlemiş olan en üst seviyedeki yetkili tarafından değiştirilebilmesi yönünde bkz. **Sözer**, s. 111-116. Standart sözleşme ve iltihaki sözleşme kavramları için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, s. 229-230; **Oğuzman/ Öz**, s. 26-27; **Atamer**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 7; **Havutçu**, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 14.

27 İnternet üzerinden kurulan standart sözleşmelerde, tüketicinin sözleşme koşullarına ulaşabilirliği konusundaki zorluklar açısından bkz. **McClafferty**, Aonghus, "Effective Protection for the E-Consumer in light of the Consumer Rights Directive?", Hibernian Law Journal, Volume 11 (2012), s. 90.

28 Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri, haksız şart olarak adlandırılır (TKHK 5/(1)). Haksız şart niteliğindeki sözleşme hükümleri, kesin hükümsüzdür; diğer hükümler geçerliliğini korur. Sözleşmeyi düzenleyen taraf, geçersiz olan hükümler olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TKHK 5/(2)).

29 Uluslararası mesafeli sözleşmeler açısından, MÖHUK 26 hükmü gereğince, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, hükümde belirtilen koşullar çerçevesinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

meye ilişkin yasal düzenlemeler uygulama alanı bulur; atipik bir sözleşme ise atipik sözleşmelerin tamamlanmasına ilişkin yöntemlere başvurulur ve somut olaya göre TBK'nın genel veya özel hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen uygulanması söz konusu olabilir.

Ancak, sözleşme taraflarından biri tüketici olduğunda; tüm tüketici işlemlerinde olduğu gibi özel kanun niteliğindeki TKHK hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla ister tipik olsun ister atipik, internet ortamında kurulan sözleşmelere, kanunda sayılan diğer unsurları da taşıyorsa, öncelikli olarak TKHK'nın mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümleri ve bunlara dayanılarak çıkarılan ilgili yönetmelik hükümleri uygulanır. Ancak bu düzenlemelerde ve TKHK'nın ilgili diğer düzenlemelerinde hüküm olmayan konularda, TBK ve diğer ilgili kanun hükümleri uygulama alanı bulur.

II. Tüketicinin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

A. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz üzere, internet ortamında kurulan bir sözleşmenin tarafları; tüketici ve satıcı/sağlayıcı ise ve uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem çerçevesinde sözleşme yapılıyorsa, tüketici, TKHK'da düzenlenen mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler çerçevesinde korunmaktadır. Ancak uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem kurmaksızın satıcı veya sağlayıcının internet ortamında bir defaya mahsus yaptığı sözleşme, bu hükümler kapsamında korunmayacaktır. Diğer taraftan sözleşme, mesafeli sözleşme kapsamında olmasa dahi, tüketici işlemi niteliğini taşıdığı sürece TKHK'nın ilgili diğer hükümlerine tabi olacağı açıktır. Biz çalışmamızda, internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunmasını esas aldığımızdan, TKHK'nın mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümleri çerçevesinde inceleme yapacağız.

6502 sayılı TKHK'da 4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler ayrı bir madde de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye dayanılarak 31.1.2015 tarihli Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkarılmıştır. Her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetler, finansal hizmetler kapsamındadır. İnternet bankacılığının yaygınlaşmasıyla birlikte, internetin en çok kullanıldığı alanlardan biridir bankacılık hizmetleri. Bu nedenle genel olarak mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler incelendikten sonra, finansal hizmetlere ilişkin getirilen farklı düzenlemelere de kısaca değinmeyi uygun gördük.

6502 sayılı TKHK'da mesafeli sözleşmeler ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümler ve bunlara dayanılarak çıkarılan yönetmelikler, sözleşmeye aracılık eden uzaktan iletişim araçlarının tümünü esas almakla birlikte, birçok hükümde öncelikle ve özellikle internet ortamında kurulan sözleşmelerin dik-

kate alındığı görülmektedir. Biz de konu başlığımıza paralel şekilde daha çok bu hükümleri dikkate alarak değerlendirmede bulunmaya çalıştık.

23.10.2014 tarihinde kabul edilen 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da elektronik ticarete ilişkin düzenlemelerin yanısıra; elektronik sözleşmelere ilişkin bilgi verme yükümlülükleri, ticari iletişim, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumlulukları, kişisel verilerin korunması ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu kanundaki ilgili hükümler, tüketici işlemi olsun olmasın genel olarak elektronik ortamda yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır. Bu Kanun kapsamında tüketiciler açısından getirilen önemli bir düzenleme, satıcı ve sağlayıcıların reklam ve sözleşme kurma amacıyla tüketicilere gönderecekleri mesaj, e-posta gibi iletilerin, tüketicinin iznine bağlanmasıdır[30].

B. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler

1. Genel Olarak

4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, mesafeli sözleşmelere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Sadece 1995 tarihli Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama ve Esaslarına Dair Tebliğ'in 2-d maddesinde mesafeli satışların da kapıdan satış olarak değerlendirilebileceği düzenlenmişti. 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinde, mesafeli sözleşmelere ve bu sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler getirilmiş ve bu hükümlerin uygulama ve esasları da 13.6.2003 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelik, 6.3.2011 tarihinde çıkarılan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik ile kaldırılmıştır.

7.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış ve bu kanunun 48. maddesinde bazı değişiklikler ile mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerin uygulama ve esaslarını gösteren Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği de 27.11.2014 tarihinde çıkarılmıştır.

4077 sayılı TKHK'da mesafeli sözleşmelere ilişkin yapılan değişikliklerde ve çıkarılan yönetmeliklerde esas alınan 20.5.1997 tarihli 97/7/AT sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge, 25.10.2011 tarihli 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi ile 13.6.2014 tarihi itibariyle yürürlükten kaldırıl-

---

30 Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak ya da her türlü elektronik iletişim aracı ile alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi halinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz (6/(1)). İletinin içeriği, alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır (7/(1)). Alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin iletileri almayı reddedebilir (8/(1)).

mıştır. 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi ve 2002/65/AT sayılı Tüketici Finansal Hizmetlerinin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin Yönerge, 6502 sayılı TKHK ile iç hukuka aktarılmaya çalışılmıştır.

6502 sayılı Kanun 48/(6) hükmü uyarınca mesafeli sözleşmeler kapsamının dışında tutulacak sözleşmelerin belirlenmesi, ilgili Yönetmelik hükümlerine bırakılmıştır. 4077 sayılı Kanun'da, böyle bir açık atıf olmamakla birlikte, kapsam dışı sözleşmeler, yine ilgili Yönetmelik hükümlerinde düzenlenmişti ve bu hususun Kanun yerine Yönetmelik ile düzenlenmesi öğretide eleştiriliyordu[31]. Mevcut düzenleme karşısında bu eleştiriler güncelliğini korumaktadır. Ayrıca 6502 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde, eski düzenlemelerden farklı olarak kapsam dışı sözleşmelerin 2011/83/AB sayılı Yönerge 3/3 hükmüne paralel olarak genişletildiği görülmektedir[32].

4077 sayılı Kanun'da mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemede kapıdan satış sözleşmelerine yapılan atıf ve ayrıca 2003 tarihli Yönetmelik 7 hükmünde mesafeli sözleşmenin yazılı yapılması gerektiğine ilişkin düzenleme dolayısıyla mesafeli sözleşmelerin de yazılı şekil şartına tabi olup olmayacağı tartışılıyordu[33]. Bu düzenlemeler kalktığından artık mesafeli sözleşmeler için böyle bir tartışma da söz konusu değildir. Kaldı ki mesafeli sözleşme, bir sözleşme türü değil, sözleşme kurma yöntemi olduğundan, şekle tabi olması da işin doğasına aykırıdır[34].

Mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin aldatılma riski, klasik sözleşme yöntemlerine göre daha fazladır. Zira, müşteri, genellikle sadece sanal ortamda gördüğü bir malı, çok düşünmeden bedelini önceden göndererek satın almakta ve satın aldığı maldan başka veya ayıplı bir malın gönderilmesi halinde, malın iadesi ve bedelin geri alınması konusunda güçlükler yaşayabilmektedir[35]. Bu nedenle mesafeli sözleşmeler kapsamında tüketiciyi koruyucu hükümler getirilmiştir. Bunların başında, tüketici-

---

31 **İnal**, s. 173; **Yıldırım**, s. 144.

32 6502 sayılı TKHK'da ayrı bir maddede düzenlenen ve ayrı bir yönetmeliği olan finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler; otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar; halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı; bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler; taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı; konut kiralama; paket turlar; devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satışı veya değişimi; yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi; yolcu taşıma hizmetleri; malların montaj, bakım ve onarımı, bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler kapsam dışı bırakılmıştır.

33 Şekle tabi olduğu yönünde bkz. **Aslan**, s. 421; **Sarıakçalı**, s. 151. Aksi yönde bkz. **Erten**, s. 202 vd.; **İnal**, s. 176 vd.

34 **Erten**, s. 202; **İnal**, s. 177 vd.; **Yıldırım**, s. 138.

35 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 104-105.

nin bilgilendirilmesine ve cayma hakkına ilişkin hükümler gelmektedir[36]. Bu düzenlemeler aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecek ve diğer düzenlemelere de kısaca yer verilecektir.

2. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Tüketici, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak yaptığı sözleşmelerde, karşı taraf ile bir araya gelmediği ve özellikle mal tedarikine ilişkin sözleşmelerde, söz konusu malı yakından inceleme fırsatına sahip olmadığı için, satıcı veya sağlayıcıya, sözleşme konusuna ve ödeyeceği bedele ilişkin bilgiler başta olmak üzere sözleşme içeriği, sözleşme kurulmadan önce kendisine yeterince sunulmuş olmalıdır ki sözleşme yapma konusunda sağlıklı bir karar verebilsin. Bu doğrultuda tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin gerek Avrupa Birliği Hukukunda çıkarılan yönergelerde gerekse bu yönergelerin iç hukuka aktarılması ile Türk Hukuk Mevzuatında ayrıntılı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

TKHK 48/(2) gereğince, tüketici, siparişi onaylandığı takdirde, mesafeli sözleşmeyi kabul etmeden önce[37], ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda ve yönetmelikte belirtilen diğer hususlarda açık ve anlaşılır şekilde satıcı ve sağlayıcı tarafından bilgilendirilir[38].

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin ön bilgilendirme başlıklı 5. maddesinde, satıcı ve sağlayıcının tüketiciye bilgi vermesi gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde sıralanmıştır. Bu hususlar genel olarak, sözleşme konusu mal ve hizmetlere, satıcı veya

---

36 "Mesafeli sözleşmeler de, aynı işyeri dışında yapılan sözleşmeler gibi tüketici açısından bazı riskler içermektedir. İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların, mağaza gibi olağan sözleşme kurma mekanları dışında fiziksel olarak karşılaşmasıyken mesafeli sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların hiç karşılaşmamasıdır. Evinden telefon, internet, mektup gibi vasıtalarla sözleşmeyi kuran tüketici, satıcı veya sağlayıcının yüzünü dahi görmemektedir. Nitekim bu tür sözleşmelerde sorun genelde çok düşünülmeden, sözleşmeye ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, piyasada sunulan aynı türden mal veya hizmete ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan, mal hiç görülmeden satım sözleşmesi akdediliyor olmasıdır. Dolayısıyla bu hallerde de bilgi eksikliğinin giderilmesi için .... tüketicinin sözleşme ve edim hakkında aydınlatılması ve kendisine bir cayma hakkının verilmesi uygun gözükmektedir." (TKHK 48 hükmünün gerekçesinden).

37 Bilgilendirmenin müzakare yani değerlendirme-karar verme sürecinin başlamasıyla birlikte yerine getirilmesi gerektiği yönünde bkz. **İnal**, s. 179-180.

38 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanun'da elektronik ortamdan mal ya da hizmet sağlayan tarafın bilgilendirilmesine ilişkin hükümler de (3, 4) mesafeli sözleşmeler açısından uygulama bulur. Bu hükümlerde sayılan birçok hususun tüketici açısından emredici olduğu düzenlenmiştir. Ancak, bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin son fıkralarında (3/(5), 4/(4)) bu düzenlemelerin çoğunun münhasıran elektronik posta veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilerek, internet ortamında kurulan sözleşmelerin bir kısmı kapsam dışı bırakılmıştır.

sağlayıcının kimliklerine ve iletişim adreslerine, tüketici tarafından yapılacak ödemelere ve uyuşmazlık halinde başvurulacak makamlara ilişkindir[39]. Cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bilgiler de bu hususlar arasında sayılmıştır. Bu bilgilendirmenin yapılmadığı hallerde, tüketici cayma hakkı için öngörülen süre ile bağlı değildir (TKHK 48/(4)). Ancak diğer hususlarda bilgilendirmenin eksik olması halinde bir özel hukuk yaptırımı bulunmamaktadır[40]. Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde TKHK 77/(1)'de, iki yüz Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür.

Bununla birlikte Yönetmelik 8 hükmünde, ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülükler adı altında, sipariş onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği konusunda tüketicinin açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirme zorunluluğu ve buna uyulmaması halinde tüketicinin siparişi ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir[41].

b. Ön Bilgilendirme Yöntemi ve Ek Bilgilendirme Yükümlülüğü

Yönetmelik 6 hükmünde tüketicinin nasıl bilgilendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık,

---

39 Bu hususlar: Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri; satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası; tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi; satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi; mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibariyle önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi; sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanamadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet; ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri, cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri; cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi; satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar; varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri; satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi; tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi şeklinde sıralanmıştır.

40 TKHK 4/(1)'deki genel düzenlemeye göre; sözleşmede bulunması gereken koşullarda eksiklik olması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik, sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir. Bu hükmün bilgilendirme yükümlülüğündeki eksikleri de kapsayıp kapsamadığı tartışmaya açıktır. Bkz. **Gümüş**, s. 33-35.

41 Aynı maddenin ikinci fıkrasında, telefonla yapılan sözleşmelerde, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcının kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklaması gerektiği düzenlenmiştir.

sade ve okunabilir bir şekilde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır (6/(1)). Aslında temel ilkeler adı altında, tüketicinin bilgilendirme yöntemi aynı şekilde Kanun kapsamındaki tüm sözleşmeler için düzenlenmiştir (TKHK 4/(1)). Dolayısıyla bu hüküm tekrardan ibarettir.

İnternet ortamında kurulan sözleşmeler açısından bilgilendirme yöntemi olarak kalıcı veri saklayıcısı ile ne kastedildiği önem taşır. Kalıcı veri saklayıcısı; tüketicinin gönderdiği veya tüketiciye gönderilen bilginin, amacına uygun olarak makul bir süre incelenmesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortam olarak tanımlanmaktadır (Yönetmelik 4/(1), c). E-posta yoluyla kurulan sözleşmelerde, tüketici gönderilen bilgiye, e-posta kutusundan her zaman ulaşabilir. İnternet sitesi üzerinden bilgisayarına yükleyebildiği bilgilere de aynı şekilde her zaman ulaşma imkanı vardır[42]. Ancak yükleme imkanı verilmeyen bilgiler açısından bilgilendirme yükümlülüğü gerçekleşmemiş sayılacaktır.

Yönetmelik 6/(2) gereğince, sözleşmenin internet yolu ile kurulması halinde, 5. maddede sayılan bazı hususların, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden hemen önce açık bir şekilde tekrar gösterilmesi gerekir. Bu hususlar; mal ve hizmetin temel nitelikleri, toplam fiyatı, ek masraflar ve cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bilgilerdir. Ayrıca, herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirtmek gerekir[43].

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün amacı, tüketiciye sözleşme konusu mal ve hizmete ilişkin olarak bir kez daha düşünme imkanı vermektir. Bununla birlikte internet üzerinden alışveriş yapan tüketicilerin büyük çoğunluğu, önlerine gelen onay kutularını ilgili açıklamaları okumadan işaretlemektedirler[44]. Bu nedenle, 2014 ta-

---

42 Bilgilendirmenin e-posta yoluyla yapılmayıp, internet sitesi üzerinden tüketiciye yükleme imkanı verilmesi halinde sürekli bir veri taşıyıcısından söz edilemeyeceği, gerekli bilgilerin satıcı veya sağlayıcı tarafından herzaman değiştirilme ihtimali olduğu, satıcı veya sağlayıcının bilgileri tüketicinin kendi bilgisayarına yüklediğini ispat etmekle yükümlü olduğu, sadece bilgileri yükleme imkanının verilmesinin yeterli olmadığı yönünde bkz. **Bozbel**, 797.

43 Sesli iletişim yoluyla veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı, 5. maddede sayılan mal ve hizmetin temel nitelikleri, toplam fiyatı, ek masraflar ve cayma hakkının kullanılmasına ilişkin hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5. maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır. Bu şekilde kurulan ve anında ifa edilen hizmet satışlarına ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin, sipariş vermeden hemen önce söz konusu ortamda, yukarıda sayılan hususlarda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi yeterlidir (Yönetmelik 6/(3), (4)).

44 **Sarıakçalı**, s. 148.

rihli Yönetmelik hükümlerinde, internet ortamında kurulan sözleşmelere ilişkin ek bilgilendirme yükümlülüğü getirilerek bazı hususların sözleşme kurulmadan önce tekrar tüketiciye gösterilmesine ilişkin düzenleme tüketicinin korunması amacı açısından isabetli olmuştur.

c. Ön Bilgilendirmenin Teyidi

Yönetmelik 7 hükmüne göre; satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır[45]. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır.

4077 sayılı Kanun'da (9/A/II) ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 2011 tarihli Yönetmelik 6 hükmünde; benzer şekilde, tüketicinin ön bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşmenin akdedilemeyeceği ve elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işleminin, yine elektronik ortamda yapılacağı düzenlenmişti[46]. Son düzenlemede, öncekinden farklı olarak, teyidin nasıl yapılacağı konusunda daha genel bir ifade ile "uzaktan iletişim aracına uygun teyit işlemini" yeterli saymak daha isabetli olmuştur. Ancak söz konusu düzenlemedeki teyit işleminin yapılmaması halinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağına ilişkin hüküm, hatalı bir şekilde yerini korumaktadır. Zira önceki düzenleme döneminde de haklı olarak eleştirildiği[47] üzere, sözleşmenin kurulmaması -yokluk- şeklinde bir yaptırım, hem temel hukuk ilkelerine aykırı hem de tüketicinin aleyhine olacaktır. Bu düzenleme karşısında satıcı veya sağlayıcı teyit işleminin yerine getirilmemesine dayanarak, sözleşmenin yok hükmünde olduğunu ileri sürüp edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle hükmün lafzen değil amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerekir[48]. Bu nedenle teyit yükümlülüğüne aykırılık halinde bir geçersizlik yaptırımı söz konusu olacaksa, bu, Yönetmelik 8 hükmünde yer alan bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık halinde öngörüldüğü gibi, tüketicinin siparişi ile bağlı olmaması (tek taraflı bağlamazlık) şeklinde olabilir.

---

45 İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde teyit yazısının web sitesi üzerinde bulunması ve bu yazıya ilişkin kutunun tüketici tarafından işaretlenmesi ile tüketicinin teyidi sağlanmış olur. Ancak ispat açısından e-posta yoluyla teyit almak daha yerinde olur (**Bozbel**, s. 798).

46 İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, bilgilendirmenin tüketiciye e-posta gönderilerek yapılmasının amaçlandığı ve elektronik teyit işleminin de bilgilerin e-posta adresine gönderildiğinin teyit edilmesi olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Sarıakçalı**, s. 148-149.

47 **Aslan**, s. 419; **Erten**, s. 197 vd.; **İnal**, s. 135, 180 vd.

48 **İnal**, s. 180.

3. Cayma (Geri Alma) Hakkı

a. Hukuki Niteliği

Mesafeli sözleşmelerde, tüketiciye, gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır (TKHK 48/(4)). Cayma hakkı, tek taraflı bir irade bayanı ile sözleşme ilişkisini sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir haktır.

Aslında burada teknik anlamda bir cayma hakkı değil geri alma hakkı söz konusudur[49]. Zira cayma hakkı, tasarruf işlemine de etki eden bozucu yenilik doğuran bir haktır. Geri alma hakkı ise dönme hakkı gibi borçlandırıcı işlemi geriye etkili olarak sona erdirir. Dönme hakkı, sözleşmenin her iki tarafına da eşit olarak tanınırken ve genellikle öncesinde bir ihtar, ihbar veya süre tanıma gibi koşullara bağlanırken, geri alma hakkı, genellikle taraflardan özel koruma ihtiyacı olana koşulsuz tanınan bir haktır[50]. Dolayısıyla TKHK'da tüketiciye cayma hakkı adı altında tanınan, teknik anlamda geri alma hakkıdır[51]. Ancak Kanun, Yönetmelik ve uygulamada cayma hakkı olarak adlandırıldığından karışıklığa neden olmamak için biz de bu şekilde kullanmayı uygun gördük.

Tüketiciye, mesafeli sözleşmelerde, herhangi bir neden göstermeden ve tazminat borcu yüklemeden kolayca sözleşmeyi sona erdirme hakkının tanınmasının başlıca nedenleri; tüketicinin yakından inceleme fırsatı bulmadığı[52] ürünlerin sözleşme konusu olması, özellikle internet üzerinden yapılan sözleşmelerde tüketicinin genellikle fazla düşünmeden hareket etmesi[53] ve sözleşme koşullarına çoğunlukla tüketicinin müdahale imkanının bulunmaması sayılabilir. Cayma hakkı, tüketicinin korunması amacının en fazla öne çıktığı düzenlemelerden biridir[54].

b. Süresi ve Kullanılması

Tüketici, mesafeli sözleşmelerde, cayma hakkını on dört gün içinde kullanabilir

---

49 **İnal**, s. 185-186.

50 **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 123 vd.

51 Bununla birlikte, **Erten**, 4077 sayılı TKHK döneminde yazdığı eserde, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı yerine dönme hakkını kullanmış ve ayni etkili dönme teorisinin benimsenmesini uygun görmüştür. Bkz. **Erten**, s. 205 vd.

52 Tüketicinin ürünleri daha önce bizzat görüp incelemiş olması, daha sonra aynı ürünleri mesafeli sözleşme konusu yapmasına engel değildir. Bkz. I/B.

53 Bkz. dn. 36; 2011/83/AB sayılı Yönergenin giriş bölümü, 20. paragraf; **Schulte-Nölke**, Hans, Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 2014, BGB § 312g, Rn. 1.

54 Cayma hakkının kullanılması açısından tüketici kavramının geniş yorumlanması; özellikle küçük ve orta ölçekli girişimcilerin doğrudan olmamak koşulu ile meslekleri ile dolaylı ilgisi olan satış sözleşmelerinde, örneğin bir kuaförün satın alacağı saç kurutma makinelerine ilişkin değil de müşterilerinin oturacağı kanepeye ilişkin sözleşmede, cayma hakkının kullanılması gerektiği yönünde bkz. **Steennot**, s. 117.

(TKHK 48/(4)), Yönetmelik 9/(19)). 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 2011 tarihli Yönetmelik 7/(1) hükmünde cayma hakkına ilişkin süre yedi gün olarak öngörülmüştü. Sürenin, 2011/83/AB sayılı Yönerge'nin 9/(1) hükmüne paralel şekilde tüketici lehine uzatılması isabetli olmuştur.

On dört günlük süre, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde, malın teslim alındığı gün[55], hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulduğu gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulduğu an ile malın teslimi arasında da cayma hakkını kullanabilir (Yönetmelik 9/(2)).

Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, on dört günlük süre ile bağlı değildir. Cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bu hakkını kullanabilir. Ancak bu bir yıllık süre içerisinde gerektiği şekilde bilgilendirme yapılması halinde, bu tarihten itibaren on dört günlük süre işlemeye başlar. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini, satıcı veya sağlayıcı ispat etmekle yükümlüdür (TKHK 48/(4), Yönetmelik 10).

Cayma hakkını içeren beyanın süresi içinde satıcı veya sağlayıcıya, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmesi yeterlidir. Tüketici, beyanda bulunurken Yönetmelik ekinde yer alan formu kullanabilir. İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, tüketiciye, cayma hakkını yöneltebilmesi için web sayfasında bir seçenek verilebilir. İnternet sitesi üzerinden tüketicilere cayma hakkını kullanma imkanı sunulması halinde, satıcı veya sağlayıcı, tüketicilerin iletmiş olduğu cayma beyanlarının kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhal iletmek zorundadır (Yönetmelik 11/(1), (2))[56].

c. Sonuçları

Tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, satıcı veya sağlayıcı, teslim masrafları da dahil olmak üzere tüketiciden tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür (Yönetmelik 12/(1))[57]. Eski düzenlemeden farklı olarak, kıymetli evrakların iadesinden söz edilmemiştir.

---

55 Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, son malın teslim alındığı gün; birden fazla parçadan oluşan mallarda, son parçanın teslim alındığı gün; belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, ilk malın teslim alındığı gün esas alınır (Yönetmelik 9/(3)). Malın tüketiciye ya da tüketici tarafından belirlenen kişiye teslim edilmiş olması gerekir. Taşıyıcıya yapılan teslim, tüketiciye teslim sayılmaz (Yönetmelik 9/(4)).

56 Sesli iletişim araçları ile yapılan mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcı, Yönetmelik ekindeki formu en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye göndermek zorundadır. Bu sözleşmelerde de yukarıda sayılan diğer yöntemlerle cayma hakkının kullanılması mümkündür. Cayma hakkının kullanıldığına ilişkin ispat yükü tüketiciye aittir (Yönetmelik 11/(3), (4)).

57 Satıcı veya sağlayıcı, tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır (Yönetmelik 12/(2)).

Satıcı, malı kendisinin geri alacağını bildirmedikçe, tüketici cayma hakkını kullandığı andan itibaren on gün içinde malı satıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır (Yönetmelik 13/(1)). Tüketici malın geri gönderilmesine ilişkin masraflardan ilke olarak sorumlu değildir (Yönetmelik 12/(3))[58] [59].

Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın olağan kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir (TKHK 48/(4), Yönetmelik 13/(2))[60] [61].

Kural olarak, cayma hakkının kullanılması durumunda yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erer ve tüketici, herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödemekle yükümlü değildir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığını yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye derhal bildirmelidir (Yönetmelik 14). 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 2011 tarihli Yönetmelik'te, benzer düzenleme mesafeli sözleşmelerle bağlantılı kredi sözleşmeleri için öngörülmüştü (7/(5)). 6502 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 2014 tarihli Yönetmelik ise diğer bağlantılı sözleşmeleri de kapsayacak şekilde yan sözleşme ifadesini kullanarak, düzenlemenin uygulama alanını genişletmiştir. Ancak, bağlı krediler ve cayma halinde bağlı kredi sözleşmesinin sona ermesi, TKHK 30 hükmünde özel olarak düzenlendiği için, mesafeli sözleşmeler kapsamındaki bu hüküm, diğer yan sözleşmeler açısından uygulama alanı bulacaktır.

---

58 "Cayma hakkının kullanımında, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında, satıcının iade için belirttiği taşıyıcı aracılığıyla malın geri gönderilmesi halinde, tüketici iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulamaz. Satıcının ön bilgilendirmede iade için herhangi bir taşıyıcıyı belirtmediği durumda ise, tüketiciden iade masrafına ilişkin herhangi bir bedel talep edilemez. İade için ön bilgilendirmede belirtilen taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesinin olmaması durumunda satıcı, ilave hiçbir masraf talep etmeksizin iade edilmek istenen malın tüketiciden alınmasını sağlamakla yükümlüdür." (Yönetmelik 12/(3)).

59 Bununla birlikte, küçük işletmeleri korumak amacıyla belli bir miktarın altında kalan sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması halinde, malı geri gönderme masraflarının alıcıya ait olmasını öngören bir düzenlemenin uygun olacağı yönünde bkz. **Bozbel**, s. 799.

60 Maldaki olağandışı değişiklikler ve bozulmalardan tüketicinin sorumlu olacağı açıktır. Bu durumda satıcının malı geri almaktan kaçınma hakkı olmadığı, ancak malda meydana gelen değer farkının tüketiciye yükleneceği yönünde bkz. **Aslan**, s. 496, 476-477. Hor kullanma söz konusu ise tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı yönünde bkz. **Aydoğdu**, s. 290. Tüketicinin kendi fiili sonucunda geri verme borcunun imkansızlaşması halinde cayma hakkının kullanılamayacağı, tüketicinin fiili dışında nedenlerle imkansızlık söz konusu ise cayma hakkının kullanılabileceği yönünde bkz. **Aslan**, s. 477.

61 Cayma hakkının kullanılması halinde tüketicinin yükümlülüklerinin, Yönetmelik'te mal satışına ilişkin sözleşmeler esas alınarak düzenlendiği, 2011/83/AB sayılı Yönerge'den farklı olarak, hizmet sözleşmelerinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Oysa hizmet sözleşmelerinde cayma söz konusu olduğunda, ifa edilen hizmetin iadesi söz konusu olamayacağı için tüketici cayma hakkını kullanana kadar aldığı hizmetin bedelini ödemelidir (Yönerge 14/(3)). Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde bu husus, iligili Yönetmelik 11 hükmünde düzenlenmiştir. Bkz. II/C.

Yan sözleşme, 2014 tarihli Yönetmelik'te, bir mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşme olarak tanımlanmıştır (4/(1)).

d. İstisnaları

Yönetmelik 15 hükmünde cayma hakkının kullanılamayacağı sözleşmeler sayılmıştır. Ancak taraflar bu sözleşmelerde de cayma hakkının kullanabileceğini kararlaştırılabilirler.

Yönetmelik'te kapsam dışı bırakılan sözleşmelerden biri; elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin yaygın şekilde kullanıldığı bu alanda cayma hakkının sınırlandırılması, "anında ifa edilen" ifadesi karşısında, ifa tamamlandıktan sonra cayma hakkının kullanılamayacağı, ancak henüz ifa edilmediği ya da ifanın tamamlanmadığı aşamada cayma hakkının kullanılabileceği şeklinde yorumlanmıştır[62]. Tüketici, satın aldığı ürünü bilgisayarına indirdikten (download işlemi tamamlandıktan) sonra, cayma hakkının kullanılamaması – özellikle tüketicinin bunları kopyalama imkanı düşünüldüğünde- yerinde bir düzenleme olarak görülmektedir[63]. Diğer taraftan henüz satın alınan ürün indirilmeden ya da indirme (download) işlemi tamamlanmadan bu hakkın kullanılabilmesi gerektiği savunulmaktadır. Aynı şekilde internet üzerinden verilen danışmanlık gibi hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerde, hizmetin internet üzerinden anında ifa edildiği sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

Cayma hakkının kural olarak kullanılamayacağı diğer sözleşmeler; fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere; tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara[64]; çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek mallara; tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ve koruyucu unsurları açılmış maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine; tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara; abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine; belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek

---

62 **Sarıakçalı**, s. 158. "Anında ifa" koşulunun belirsiz olduğu yönünde bkz. **Erten**, s. 182.

63 **Gezder**, s. 223.

64 Tüketicinin istek ve ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan ürün iade edildiğinde, ürünün başkasına satılması zorluk arz ediyorsa veya değeri düşüyorsa cayma hakkının kullanılamayacağı; aksi halde cayma hakkının kullanılabileceği yönünde bkz. **Bozbel**, s. 801.

tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine; cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler olarak belirlenmiştir (Yönetmelik 15).

Cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, ifa edilen mal ve hizmetlere ilişkin nitelik eksikliklerinde ayıp hükümlerinin uygulanabileceği unutulmamalıdır[65]. Elektronik ortamda tüketiciye sunulan malın ya da hizmetin ayıpsız olduğunu ispat yükünün satıcı veya sağlayıcıya ait olması (Yönetmelik 20/(3)) da tüketicinin korunması açısından önemlidir.

4. Diğer Düzenlemeler

TKHK 48/(3) gereğince, satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren vaat edilen süre içinde edimini yerine getirmelidir. Öngörülen süre içinde satıcı veya sağlayıcı, edimini yerine getirmezse tüketici sözleşmeyi feshedebilir (veya sözleşmeden dönebilir[66])[67].

Sözleşmenin ifasına ilişkin olarak, TKHK 48/(3)'de, satıcıya, ifa için azami otuz günlük süre tanınmıştır; ancak 4077 sayılı Kanun'da bu süreyi, on gün uzatma imkanı varken[68], 6502 sayılı Kanun'da bu imkan kaldırılmıştır (48/(3)). Satıcının tek taraflı olarak süreyi uzatabilme hakkının kaldırılması, tüketici lehine olmuştur. Ayrıca; 4077 sayılı Kanun'da ifaya ilişkin öngörülen azami süre bakımından mal ve hizmet ayrımına gidilmemişken; 6502 sayılı Kanun'da bu süre mal satışlarına ilişkin düzenlenmiştir. Kanundaki bu ifadeden, hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde sağlayıcının ifası için azami bir sürenin öngörülmediği sonucuna varılmaktadır[69].

2014 tarihli Yönetmelik 17 hükmünde "zarardan sorumluluk" başlığı altında, mesafeli sözleşmelerde hasarın geçişi düzenlenmiştir. Madde başlığının hasarın geçişi şeklinde olması daha yerinde olurdu. TBK 208/I'deki hasarın geçişine ilişkin düzenlemeye paralel şekilde, mesafeli sözleşmelerde de hasarın geçişinde teslim anı[70] esas

---

65 **Sarıakçalı**, s. 158-159.

66 Ani edimli sözleşmeler açısından kural olarak sözleşmeden dönme söz konusu olacağından, fesih ifadesini somut olaya göre sözleşmeden dönme olarak yorumlamak gerekir.

67 Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır (Yönetmelik 16/(3)). Sözleşmenin ifası imkansızlaşmışsa satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi gerekir. Malın stokta bulunmaması durumu, ifa imkansızlığı olarak kabul edilmez (Yönetmelik 16/(4)).

68 Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Erten**, s. 215.

69 **Özel**, s. 218.

70 TBK 208/I'de "teslim" yerine "zilyedliğin devri" tercih edilerek daha geniş bir kavram kullanılmıştır. TKHK'da "teslim" kavramının kullanılması tüketicinin lehinedir.

alınmıştır. Buna göre; satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur. Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir (Yönetmelik 17). Diğer taraftan satıcının belirlediği taşıcıya teslim ile hasar tüketiciye geçmeyecek, satıcıda kalmaya devam edecektir.

Yönetmelik 18 hükmünde, kurulmuş olan sözleşmeye ilişkin olarak tüketicilerin iletişime geçebilmesi için satıcı veya sağlayıcı tarafından bir telefon hattı tahsis edilmesi durumunda, bu hat ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının olağan ücret tarifesinden daha yüksek bir tarife seçemeyeceği öngörülmüştür[71].

Yönetmelik 19 hükmü ile de tüketici özellikle internet ortamında dikkat etmeden kabul edeceği ek ödeme taleplerine karşı korunmuştur. Buna göre; sözleşmede kararlaştırılan bedel dışında ek bedel talep edilebilmesi için, tüketicinin açık onayının ayrıca alınması gerekir. Açık ve ayrıca onay alınmadan, kendiliğinden seçili seçenek olarak sunulmuş ek bedel ödeme yükümlülüklerinden dolayı tüketicinin ödemede bulunması halinde, satıcı ve sağlayıcı bu ödemelerin iadesini derhal yapmak zorundadır.

4077 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 6502 sayılı Kanun'da satıcı ve sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin kayıtların tutulmasına ilişkin sorumluluğu düzenlenmiştir. TKHK 48/(5) hükmüne göre; satıcı ve sağlayıcı adına sözleşme kurulmasına aracılık edenler, satıcı ve sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenmesi halinde bu bilgileri ilgililere vermekle yükümlüdür. 2014 tarihli Yönetmelik 20 hükmünde, TKHK 48/(5) hükmünün uygulaması olarak, satıcı veya sağlayıcı yanında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler için Yönetmelik kapsamında yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl saklama yükümlülüğü getirilmiştir. TKHK ve Yönetmelik hükümlerinde sorumluluğu düzenlenen kişiler, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmetlerinin uzaktan iletişim araçları ile tüketicilere ulaşmasına aracılık eden ve aynı zamanda satıcı ve sağlayıcı adına tüketiciden mal ve hizmetlerin bedelini tahsil eden kişilerdir. Bu nedenle, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, bedel tahsil etmeyip sadece satıcı ve sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmesine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğinde olan internet sitelerinin kayıt tutma yükümlülükleri yoktur; ancak satıcı ve sağlayıcı ile aralarındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde sorumlulukları söz konusudur.

---

71 Aslında böyle bir düzenlemenin mesafeli sözleşmeler kapsamına dahil olmayan diğer tüketici sözleşmeleri için de söz konusu olması isabetli olurdu. Zira kuruluşunda uzaktan iletişim aracı kullanılsın kullanılmasın yapılan her sözleşmede, tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı iletişime geçme yollarının başında telefon gelmektedir. Ancak uygulamada bazı şirketlerin müşterileri ile iletişime tahsis ettikleri telefon hatları için olağanın üstünde tarife seçtikleri görülmektedir.

C. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

İnternet bankacılığının yaygınlaşmasına paralel olarak, tüketicilerin internet üzerinden yaptıkları sözleşmelerin başında, finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler gelmektedir. Yaygın kullanımları ve tüketicinin –özellikle kredi işlemleri gibi- riskli sonuçlar içerebilen işlemler karşısında korunması ihtiyacı açısından finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, önceki kanundan farklı olarak, 6502 sayılı TKHK'da ayrı bir hükümle (49) düzenlenmesi yerinde olmuştur. Bu hükümde ve buna dayanılarak çıkarılan Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde[72], yukarıda değinilen hükümlere paralel birçok düzenleme yer almaktadır. Tekrardan kaçınmak adına benzer hükümlerden ziyade finansal hizmetlere özgü getirilen düzenlemeleri kısaca incelemeye çalışacağız.

Öncelikle finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı; her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetler olarak belirlenmiştir (TKHK 497(1))[73] [74].

2002/65/AT sayılı Tüketici Finansal Hizmetlerinin Uzaktan Pazarlanmasına İlişkin Yönerge'ye (1/(2)) paralel şekilde, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde, bir sözleşme çerçevesinde art arda gerçekleştirilen finansal işlemler söz konusu olduğunda, Yönetmelik hükümlerinin münferit işlemlere değil, bu işlemlere esas teşkil eden başlangıçtaki sözleşmeye uygulanacağı düzenlenmiştir (2/(2))[75].

Mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de, ön bilgilendirme yükümlülüğü[76] ve cayma (geri alma) hakkı esas olarak

---

72 Bundan sonra kısaca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

73 Finansal hizmetler tanımında, kredi yerine tüketici kredisi ifadesinin yer alması, tüketici tanımıyla bağdaşmayan yatırım kelimesinin de çıkarılması gerektiği yönünde bkz. **Aslan**, s. 499.

74 Mesafeli olarak kurulan tüketici kredisi sözleşmelerine, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilendirmeye, sözleşmenin şekli ile zorunlu içeriğine ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 5, 6/(1), 7/(1) ve 14 hükümleri uygulanmaz. Ayrıca konut finansmanı sözleşmeleri de Yönetmelik kapsamında değildir (Yönetmelik 2/(4), (5)).

75 Taraflar arasında hizmet tedarikine ilişkin ilk sözleşmenin olmadığı ancak ardışık işlemlerin veya zaman içinde aynı nitelikteki farklı işlemlerin gerçekleştiği durumlarda ise ön bilgilendirmeye ilişkin Yönetmelik 5 hükmü sadece ilk işleme uygulanır. Bir yıldan daha uzun süre aynı türden işlemlerin gerçekleştirilmemesi halinde ise sonraki ilk işlem, bunu takip edecek yeni işlemlerin ilki sayılır ve söz konusu hüküm ilk işleme uygulanır (Yönetmelik 2/(3)).

76 Sağlayıcının, tüketiciyi, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak şu hususlarda bilgilendirmesi gerekir:

a) Sağlayıcının ve varsa temsilcisinin esas faaliyet konusu, MERSİS numarası, açık adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, b) Finansal hizmetin tüketiciye sağlanmasında sağlayıcı ile tüketici arasında bir aracı varsa bu aracının adı, unvanı, açık adresi ve hangi nitelikle işlem yapabilme yetkisine sahip olduğu, c) Finansal hizmetin temel

Kanun'da ve ayrıntıları ile Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

TKHK 49/(2)'de, ön bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerekliliği ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde sağlayıcının kimliğinin her görüşmenin başında belirtilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Hükmün gerekçesinde ifade edildiği üzere, bu şekilde tüketiciye isterse görüşmeyi sonlandırma imkanı verilmiştir.

Ayrıca sözleşmenin kuruluşuna ilişkin olarak, tüketicinin kabul beyanının kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edileceği 49/(2)'de ve bu andan itibaren sözleşmenin kurulmuş sayılacağı madde gerekçesinde öngörülmüştür.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler de diğer mesafeli sözleşmeler gibi herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Daha önce de belirttiğimiz üzere mesafeli sözleşmelerin şekle tabi tutulması işin niteliği ile de bağdaşmamaktadır[77]. Bununla birlikte, Kanun'da sözleşme koşullarının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye iletilmesi zorunluluğu öngörülmüştür (TKHK 49/(3), Yönetmelik 7/(1) , (2)). Ancak hükmün gerekçesinde[78] de vurgulandığı üzere,

---

nitelikleri, ç) Finansal hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla fiyatı önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa ifaya ilişkin masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceğine ilişkin bilgiler, d) Doğası gereği ya da gerçekleştirilecek işlemlere bağlı olarak özel bazı riskler taşıyan veya fiyatları sağlayıcının kontrolü dışında finansal piyasadaki dalgalanmalara göre değişen veya geçmiş verileri gelecekte oluşacak değerler için bir gösterge oluşturmayan finansal araçların finansal hizmetlerde kullanılması halinde, bu araçlara ilişkin bilgiler, e) Varsa tüketici tarafından ödenmesi gereken diğer vergi ve ücretlere ilişkin bilgiler, f) Sunulan bilgilerin belirli bir süre geçerli olması halinde, bu süreye ilişkin bilgiler, g) Ödeme ve ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler, ğ) Uzaktan iletişim aracının kullanılmasına ilişkin bazı ek masrafların tüketici tarafından karşılanacak olması halinde, bu masraflara ilişkin bilgiler, h) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü, varsa tüketicinin 11 inci maddeye göre ödemekle yükümlü olacağı meblağın hesaplanma yöntemi, ı) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, i) 13 üncü madde uyarınca cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda; tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgiler, j) Sürekli veya düzenli aralıklarla tekrarlanan bir finansal hizmet ediminin söz konusu olması halinde, sözleşmenin asgari süresi, k) Tarafların, haklı sebeplerin varlığı halinde, sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceklerine ilişkin sözleşme şartları ve bu durumda varsa ödenmesi gereken cezai şartlar hakkında bilgiler (Yönetmelik 5). Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları aracılığıyla veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, yukarıda (c), (ç), (h) ve (i) bentlerinde yer alan bilgilerin bu ortamda verilmesi yeterlidir. Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinin bu araç veya ortamlar yoluyla mesafeli olarak kurulması halinde, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilerin tamamının, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur (Yönetmelik 6/(2)).

77 Bkz. II/B.

78 "Burada sözleşmenin geçerliliğine dair yazılı bir şekil şartı söz konusu değildir. Önem taşıyan nokta sadece, tüketicinin edinememiş olduğu bilgileri yazılı olarak edinmesidir. Ancak, internet

bu bir şekil şartı değildir. Zaten internet üzerinden kurulan sözleşmeler için yazılı bir belge yerine kalıcı verici saklayıcısı aracılığı ile sözleşme koşullarının iletilmesi yeterlidir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece cayma hakkına ilişkin süre başlamayacaktır (Yönetmelik 8/(2).

TKHK 49/(4) hükmünde, tüketiciye, dilediği takdirde, bankacılık, sigortacılık gibi hassas bilgilerin yer aldığı finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, sözleşmenin kağıt üzerinde yazılı bir örneğini, ücret ödemeksizin talep etme imkanı da tanınmıştır. Aynı fıkrada tüketiciye tanınan bir diğer olanak da, finansal hizmetin niteliği ile bağdaşması halinde, sözleşmede kullanılan uzaktan iletişim aracını değiştirebilmesidir (TKHK 49/4, Yönetmelik 7/(3)). Hükmün gerekçesinde de örnek olarak verildiği gibi, telefon bankacılığı hizmeti almaya başlayan bir tüketici daha sonra internet bankacılığını tercih edebilir.

Diğer mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de tüketicinin cayma hakkı için on dört günlük süre öngörülmüştür. Ancak 49/(5)'de, sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin diğer düzenlemelerdeki tüketici lehine hükümler saklı tutulmuştur.

On dört günlük sürenin başlangıcı, diğer mesafeli sözleşmelerden farklı olarak, sözleşmenin bütün şartlarının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarih olarak öngörülmüştür (Yönetmelik 8/(2)).

Cayma hakkının kullanılmasından sonra sağlayıcı ve tüketicinin yükümlülükleri açısından mesafeli sözleşmelerdekine benzer bir düzenleme söz konusudur. Ancak tüketicinin ve sağlayıcının ödeme ve iade yükümlülüğüne ilişkin süre, farklı olarak, 30 gün öngörülmüştür (Yönetmelik 10/(1), 11/(1)). İfa konusu bir hizmet olduğundan, cayma hakkı kullanılmadan önce ifa edilen hizmetin iadesi söz konusu olamayacağına göre, hizmet bedelinin ve varsa yapılan masrafların tüketici tarafından ödenmesi yükümlülüğü vardır[79]. Ödenmesi gereken bedel, sözleşmede öngörülen hizmetin toplam bedeli ile karşılaştırıldığında, hizmetin ifa edilen payına

---

aracılığıyla yapılan işlemlerde yazılı bir belge yerine, ilgili bilgilerin tüketicinin her an ulaşabileceği şekilde kalıcı bir saklayıcıya yüklenmesi de yeterli sayılmaktadır. Örneğin tüketicinin bilgisayarına, bir diskete veya cep telefonuna yüklenmesi de mümkündür. Önemli olan, tüketicinin bu bilgilere istediği an daha ileriki bir tarihte yeniden ulaşabilmesidir. Bu yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kuran irade beyanını yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması halinde, sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilmelidir."

79 Sağlayıcı, 5/(1) hükmünün h bendinde yer alan cayma halinde tüketicinin ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemi hakkında tüketiciyi bilgilendirdiğini ispatlayamadığı takdirde, bu hüküm gereğince ödeme isteyemez (Yönetmelik 11/(2)). 2002/65/AT sayılı Yönerge'de sadece bedelin hesaplanma yöntemine ilişkin değil, cayma hakkının süresi, kullanımı, sonuçları gibi daha geniş bir bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık halinde, sağlayıcının ödeme talebinde bulunamayacağı öngörülmüştür (7/(3)).

düşen miktarını aşamaz ve cezai şart olarak yorumlanamaz. 30 gün içinde ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen tüketicinin caymadığı kabul edilir (Yönetmelik 11/(1)). Cayma halinde sağlayıcıya düşen yükümlülük ise aldığı hizmet bedelini, 11/(1) gereği tüketicinin ödemesi gerekenler hariç iade etmektir. Sağlayıcı, geri ödemeleri, tüketicinin kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır (Yönetmelik 10/(1), (2)). 2002/65/AT sayılı Yönerge'de, cayma hakkı süresi içinde tüketiciden açık onay alınmadan ifaya başlanamayacağı (7/(1)); onay almadan ifaya başlanması ve sonra tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde ise sağlayıcının ifa ettiği hizmetin bedelini, tüketiciden talep edemeyeceği (7/(3)) öngörülmüştür. Bu düzenleme, Yönetmelik hükümleri arasında yer almamaktadır.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de cayma hakkının kullanılamayacağı sözleşmeler Yönetmelik'te sayılmıştır[80].

TKHK 49/(6)'da tüketiciye, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeyi, istediği uzaktan iletişim aracı ile sona erdirme imkanı tanınmıştır. Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, sözleşmenin sona erdirilmesi aşamasında tüketicileri belirli bir uzaktan iletişim aracını kullanmaya zorlamanın önüne geçilmesi amaçlanmıştır ki özellikle bankacılık uygulamasında buna sık rastlanmaktadır. Buna paralel bir şekilde tüketici hangi yöntemle sözleşme kurmuş ise sözleşmeyi sona erdirmek için bundan daha ağır bir yönteme zorlanamayacağı öngörülmüştür. Aslında maddenin ilk cümlesi, ikincisini de kapsadığından, ikinci cümle tekrar niteliğinde olmuştur.

2002/65/AT sayılı Yönerge 10 hükmünde, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde yer almayan, uzaktan iletişim araçlarına ilişkin kısıtlamalar söz konusudur. Buna göre; sağlayıcı tarafından uzaktan iletişim aracı olarak faks ya da otomatik ses kaydının kullanılması halinde tüketicinin önceden onayının alınması zorunludur. Bireysel iletişimi sağlayan diğer uzaktan iletişim araçlarının kullanılabilmesi için de tüketicinin açık bir itirazının bulunmaması gerekir.

---

80 Cayma hakkının istisnaları Yönetmelik 13 hükmünde şu şekilde sayılmıştır: a) Döviz işlemleri, para piyasası araçları, devredilebilir menkul kıymetler, yatırım ortaklığı payları, finansal varlıklara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar, vadeli faiz oranı anlaşmaları, faiz, döviz ve hisse senedi swapları, opsiyon işlemleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar gibi bedeli finansal piyasadaki dalgalanmalara bağlı olarak sağlayıcının kontrolü dışında değişen ve bu değişimin cayma hakkı süresi içinde gerçekleşebildiği finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler, b) Diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler saklı kalmak kaydıyla, geçerlilik süresi bir aydan az olan seyahat, bagaj sigortası poliçeleri veya benzeri kısa süreli sigorta poliçelerine ilişkin sözleşmeler, c) Tüketicinin cayma hakkını kullanmasından önce, onun açık onayı üzerine taraflarca tamamen ifa edilmiş olan sözleşmeler.

SONUÇ

İnternet ortamında kurulan sözleşmelerin büyük çoğunluğu, TKHK 48'de düzenlenen mesafeli sözleşmeler kapsamındadır. Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birinin tüketici diğer tarafın satıcı veya sağlayıcı olması, tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmemesi, sözleşmenin müzakare aşaması dahil uzaktan iletişim aracı kullanılarak kurulması ve mal veya hizmetin uzaktan pazarlanmasına ilişkin bir sistemin olması gerekir.

Mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler içerisinde tüketici açısından önem arz edenlerin başında, ön bilgilendirme yükümlülüğü ile cayma (geri alma) hakkı gelir. İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, ön bilgilendirme, kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmaktadır. Ön bilgilendirilme yükümlülüğü kapsamında tüketiciye verilmesi gereken bilgilerden, mal ve hizmetin temel nitelikleri, toplam fiyatı, ek masraflar ve cayma hakkının kullanılmasına ilişkin olanlar, internet ortamında kurulan sözleşmelerde, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden hemen önce tekrar gösterilmelidir. İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde bu şekilde ek bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi tüketicinin korunması açısından isabetli olmuştur.

Mesafeli sözleşmelerde, tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Önceki düzenlemeden daha uzun bir sürenin öngörülmesi tüketici lehine olmuştur. On dört günlük süre, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde, malın teslim alındığı gün, hizmet ifasına ilişkin düzenlemelerde ise sözleşmenin kurulduğu gün başlar. İnternet ortamında kurulan sözleşmelerde, tüketiciye, cayma hakkını iletebilmesi için web sayfasında bir seçenek sunulabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketicilere cayma hakkını kullanma imkanı sunulması halinde, satıcı veya sağlayıcı, tüketicilerin iletmiş olduğu cayma beyanlarının kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhal iletmek zorundadır.

İnternet bankacılığının yaygınlaşmasına paralel olarak, tüketicilerin internet üzerinden yaptıkları sözleşmelerin başında, finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler gelmektedir. Yaygın kullanımları ve tüketicinin –özellikle kredi işlemleri gibi- riskli sonuçlar içerebilen işlemler karşısında korunması ihtiyacı açısından finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, önceki kanundan farklı olarak 6502 sayılı TKHK'da ayrı bir hükümle düzenlenmesi isabetli olmuştur.

KAYNAKÇA

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Özel Hukuk ve İnternet, http://www.inet tr.org.tr/ inetconf5/ tammetin7hukuk.html (20.07.2015).

ALTINIŞIK, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2003.

ASLAN, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre, Tüketici Hukuku, Bursa 2014.

AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

BOZBEL, Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler -97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma-", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s.783-804.

DEMİR, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004.

DENİZ, Bahar Yeşim, "Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırılmalı Değerlendirilmesi", TAAD, Yıl 4, Sayı 1-2, Ocak 2013, s. 239-254.

ERTEN, Alev, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak), Ankara 2009.

GEZDER, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014.

İNAL, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005.

KIRCA, Çiğdem, "İnternette Sözleşme Kurulması", BATİDER, C. XX, S. 4, Yıl 2000, s. 99-117.

McCLAFFERTY, Aonghus, "Effective Protection for the E-Consumer in light of the Consumer Rights Directive?", Hibernian Law Journal, Volume 11 (2012), s. 85-120.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2013.

ROGERS, Kevin, "Contract Conclusion On The Web: Untangling The Weakest Link", Law Of Contract, Recent Legal Developments, Editor: Micheal Jeferson, The Law Teacher, 36.2 (2002), s. 220-249.

SÄCKER, Franz Jürgen, Münchener Kommentar zum BGB, Band I, 7. Auflage, München 2015.

SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.

SARIAKÇALI, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Ankara 2008.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 2014.

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

SÖZER, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002.

STEENNOT, Reinhard, "The right of withdrawal under the Consumer Rights Directive as a tool to protect consumers concluding a distance contract", Computer Law & Security Review 29 (2013), s. 115-119.

ŞEKER, Muzaffer, "6098 Sayılı Borçlar Kanuna Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, "10. Yıl'a Armağan", Yıl:11, Sayı:22, Güz 2012/2, s. 127-155.

UYUMAZ, Alper, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 907-930.

YILDIRIM Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.

1982 ANAYASASININ BİREYSEL İŞ HUKUKU DÜZENLEMELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİSİ

(Suggestion of Changing Individual Labour Law Regulations in 1982 Constitution)

Prof. Dr. H. Fehim ÜÇIŞIK*

ÖZET

İnsanların içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulmasının en yüksek amaç olarak ilan edildiği ve insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin önsözünde belirtilmektedir. Bu bildirgede, insanların fakirlikten kurtulmalarını önleme amaçlı olarak İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Ülkemizde yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının ilgili maddelerinde insan haklarına saygılı hukuk devleti vurgusu yapılmış ve devletin ekonomik olarak zayıf kişileri, özellikle işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirlileri ve yoksul kimseleri koruma altına alacağı belirtilmiştir.

Bu yazıda, Bildirgenin Bireysel İş Hukukuna ilişkin olarak nasıl bir düzen öngördüğü hakkında bilgi verilecek ve 1982 Anayasasının ilgili hükümleri bu açıdan değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1982 Anayasası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, işveren, işçi

Abstract

In Universal Declaration of Human Rights, which is accepted on 10.12.1948, it is stated that, people will have speech and religious liberty and human rights will protected by law regime.

On the date of 06.04.1969, the Declaration issued with the cabinet decre, it is decided that decleration can be instruct and interprete at schools, other educational institutions and can be place in radio and TV programmes.

This Declaration includes some regulations about Labour and Social Security Law for protecting people from poverty.

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Turkey is defined as a state which is respectful to Human Rights and social law state in 1982 Constitution. In the justification of this regulation, it is indicated that, government protect people which are having small income such as employee and servants.

There are variety of regulations about Labour and Social Security Law in 1982 Constitution too.

This paper will inform regulations about the individual labor law in Declaration and will evaluate the 1982 Constitution from this perspective.

Keywords: Universal Declaration of Human Rights, 1982 Constitution, Labour and Social Security Law, employer, employee.

GİRİŞ

Türkiye'nin de temsil edildiği Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 10.12.1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin önsözünde, dehşetten ve yoksulluktan kurtulmuş insanların, içinde söz ve inanma hürriyetlerine sahip olacakları bir dünyanın kurulmasının en yüksek amaç olarak ilan edildiği ve insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olduğu belirtilmektedir.

06.04.1969 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile anılan Bildirgenin Resmi Gazete ile yayınlanması ve yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim kurumlarında okutulması, yorumlanması ve bu Bildirge hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması kararlaştırılmıştır.

Anılan Bildirgede insanların yoksulluktan kurtulması amacına yönelik olarak İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

1982 Anayasası da Türkiye Cumhuriyetini insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamaktadır (m.2). Bu düzenlemenin gerekçesinde, her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın Devletinin iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirlileri ve yoksul kimseleri himaye edeceği belirtilmektedir.

1982 Anayasasında da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlikle ilgili çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu yazımızda Bildirgenin Bireysel İş Hukukuna ilişkin olarak nasıl bir düzen öngördüğü belirtilmeye ve 1982 Anayasasının ilgili hükümleri bu açıdan değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Bireysel İş Hukukuna İlişkin Düzenlemeleri

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre, her şahsın eğitime hakkı vardır. Teknik ve mesleki öğretimden herkes istifade edebilmelidir. Yükseköğretim liyakatlerine göre herkese tam eşitlikte açık olmalıdır (m.26/I).

Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, âdil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır (m.23/I). Herkesin, hiç bir fark gözetilmeksizin, eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hakkı vardır (m.23/II). Çalışan her kimsenin, kendisine ve ailesine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış sağlayan ve gerekirse her türlü sosyal koruma vasıtalarıyla da tamamlanan âdil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır (m.23/III).

Her şahsın dinlenmeye, eğlenmeye, bilhassa çalışma süresinin makul surette sınırlandırılmasına ve belirli devrelerde ücretli tatillere hakkı vardır (m.24).

Her şahsın, cemiyetin bir üyesi olmak itibariyle, sosyal güvenliğe hakkı vardır; haysiyeti için ve şahsiyetinin serbestçe gelişmesi için zaruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların millî gayret ve milletlerarası işbirliği yoluyla ve her Devletin teşkilâtı ve kaynaklarıyla mütenasip olarak gerçekleştirilmesine hakkı vardır (m.22).

Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır (m.25/I).

Herkesin, işbu Bildirgede öngörülen hak ve hürriyetlerin tam tatbikini sağlayacak bir sosyal ve milletlerarası nizama hakkı vardır (m.28).

II- 1982 Anayasasının Bireysel İş Hukukuna İlişkin Düzenlemeleri

1982 Anayasasına göre, kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz (m.42/I). Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar (m.42/VII).

Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (m.48).

Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı

desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam sağlamak için gerekli tedbirleri alır (m.49).

Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir (m.50).

Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur (m.55).

Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar (m.60).

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir (m.65).

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (m.90/V).

III- Değerlendirme

Bizce, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin belirtilen düzenlemelerinden şu sonuçlar çıkmaktadır:

1- Herkes teknik ve mesleki eğitim görebilecek, yükseköğretim herkese liyakate göre tam eşitlikte açık olacak, böylece her şahıs bir meslek edinebilecektir.

2- Herkes çalışabilecek, işini serbestçe seçebilecek ve işsizlikten korunacaktır.

3- Herkesin adil ve elverişli çalışma şartlarına hakkı olacak ve eşit çalışma karşılığında eşit ücret ilkesine göre ücret verilecektir.

4- Her şahsın yiyecek, giyim, mesken ve tıbbi bakım dahil olmak üzere sağlığını ve refahını temin edecek uygun hayat seviyesine hakkı vardır; çalışanlar aileleriyle birlikte geçinebilecekleri adil bir ücret alacaklar, böylece, kural olarak, her aileden bir kişinin çalışması halinde belirtilen hayat seviyesi sağlanabilecektir.

5- Her şahsın, dinlenmeye, eğlenmeye hakkı vardır; çalışma süreleri makul şekilde sınırlandırılacak, belirli devrelerde ücretli tatil yapılacaktır.

6- Geçim imkânlarından yoksun kalan herkese sosyal yardım sağlanacaktır.

1982 Anayasasının belirtilen düzenlemelerinden çıkan sonuçlar da şunlardır:

1- Hiç kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz; maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilere burslar ve diğer gerekli yardımlar yapılır.

2- Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Herkes dilediği alanda çalışabilir. Devlet işsizleri korumak, işsizliği önlemeye elverişli bir ortam sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

3- Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alır.

4- Devlet çalışanların hayat seviyelerinin yükselmesi için gerekli tedbirleri alır; asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.

5- Dinlenmek çalışanların hakkıdır; ücretli tatil ve izin hakları kanunla düzenlenir.

6- Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır.

Görüldüğü üzere, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi herkesin teknik ve mesleki eğitim almasını ve yükseköğretimde liyakate göre tam eşitlik öngörmekte, 1982 Anayasası maddi imkânlardan yoksunlukta yardım için başarı şartı aramakta, uygulamada yükseköğretimde Devlet üniversitelerinin ikinci öğretim programları ve vakıf üniversitelerinin eğitim ücretleri için ödünç şeklinde dahi bir sosyal yardım yapılmamaktadır. Oysa 1961 yılında çıkarılan 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanununun genel gerekçesi şöyledir: "… parasızlıktan ve yurtsuzluktan dolayı yükseköğrenimden mahrum kalıp sönüp giden binlerce cevher, bu kanunun bahşettiği sosyal şartlar altında yetişme imkanı bulacak… ve gençlik fakir, zengin eşit şartlar altında ilim ve irfan alanında yarış imkanını bulacaktır… para faizsiz kredi olarak verilecektir… Bu müessesenin gayesi ticaret değildir; bu bakımdan öğrenciye verilecek kredinin gerek tediyesinde ve gerekse tahsilinde azami kolaylık sağlanmalıdır. Fakat krediye tahsis edilen paranın yıllarca devam eden döner bir sermaye olması ve verilen borcun mutlaka yerine gelmesi için bazı kayıtlar bulunmalı, ayrıca kredi alacak öğrencide yeterlik olup olmadığı tespit edilerek her türlü kötü kullanmanın önüne geçilmelidir"[1].

Bizce, yükseköğrenimin liyakata göre herkese açık olması için eğitim sosyal yardımları Devlet üniversitelerinin ikinci eğitim ücretlerini ve vakıf üniversitelerinin eğitim ücretlerini de kapsamalıdır. Sağlık sosyal yardımları, vatandaşların Devlet hastanelerinin yanısıra, Devlet üniversiteleri ve vakıf üniversitelerinin hastaneleri ile özel

---

[1] T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.6, 1961, 02.08.1961 tarihli 95. Birleşim Tutanağına bağlı Temsilciler Meclisi 73 sayılı Basmayazı, s.2-4; Üçışık, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Çocuklar İle Gençlere Aylık Bağlanması, s.63; Üçışık, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.104.

hastanelerden yararlanılmasına imkân tanıdığı gibi, eğitim sosyal yardımlarıyla da ülkemizdeki her yükseköğretim kurumunda öğrenim görülebilmelidir[2].

Anılan Bildirge herkesin çalışma ve işsizlikten korunma hakkı olduğunu belirtmekte, 1982 Anayasası ise çalışmayı hem hak hem ödev saymakta, işsizleri korumak için Devletin tedbir almasını öngörmektedir.

Bildirge herkesin adil çalışma şartlarına ve eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hakkı olduğunu kabul etmekte, 1982 Anayasası Devleti çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli ücret elde etmeleri için tedbir almakla yükümlü kılmaktadır.

Bildirge, çalışanların, aileleriyle birlikte yiyecek, giyim, mesken ve tıbbi bakım dahil olmak üzere sağlığını ve refahını temin edecek adil bir ücret almasını kabul etmekte, 1982 Anayasası ise Bildirgeden farklı olarak aileden ve ücretin düzeyine ilişkin bir ölçütten sözetmeksizin asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumunun da gözönünde tutulmasını öngörmektedir. 1982 Anayasasının asgari ücrete ilişkin bu düzenleme tarzı dolayısıyla, İş Kanunu da aileden ve belirli bir ölçütten sözetmemekte, Asgari Ücret Tespit Yönetmeliği de aile fertleri ve geçim ihtiyacının içeriği veya ölçütü konusunda açık bir düzenleme içermemekte, uygulamada asgari ücret, köyler için de, kalkınmada öncelikli yöreler için de ve büyük şehirler için de aynı miktar olarak belirlenmektedir.

Bu uygulama asgari ücret kavramıyla bağdaşmamakta ve kalkınmada öncelikli yöreler için defalarca yenilenen teşvik tedbirlerinin beklenen sonucu vermesini engellemektedir[3]. Bize göre asgari ücretin bölgesel olarak belirlenmesi yatırımcıları kalkınmada öncelikli yörelere yönlendirerek dengeli kalkınma açısından yararlı olacaktır[4].

Asgarin ücretin tespitinde işçinin ailesinin gözardı edilmesi sosyal güvenlik düzenlemeleriyle de bağdaşmamaktadır. Gerçekten, bir işçinin sadece kendi harcamaları ile sınırlı olarak ortaya konan asgari ücretten, işçinin eşine, çocuklarına ve ana ve babasına da yardım yapılmak üzere, genel sağlık sigortasına ve ölüm sigortasına prim kesilmektedir. İşçinin ölümü halinde bu yakınlarına işçinin desteğinden yoksun

---

2 Üçışık, "Yükseköğretimde Sosyal Eğitim Güvencesi", Bizim Gazete, 15.08.2009; Üçışık, "Yükseköğretimde Boş Kalan Kontenjanlar", Bizim Gazete, 24.10.2009; Üçışık, "Yükseköğretime Girişte Liyakate Göre Eşitlik ", Bizim Gazete, 05.12.2009; Üçışık, "Yükseköğretime Girişte Fırsat Eşitliği", Bizim Gazete, 23.10.2010; Üçışık, "Yükseköğretimde Sosyal Güvenceyle İlgili Plan Hedefleri", Bizim Gazete, 25.12.2010; Üçışık, Yükseköğretimde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.10, s.28-29, s.43; Üçışık, Eğitim Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.82; Üçışık, Vakıf Üniversiteleri Hukuku, s.104 ve s.136; Üçışık, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.106.

3 Üçışık, "Asgari Ücretin Yöresel Olması", Belediye Gazetesi, 17.10.2009; Üçışık, Ekonomi Hukuku ve Çözüm Önerileri", s.112-113.

4 Üçışık, "Yatırımların Beldelere Dengeli Dağılımı", Belediye Gazetesi, 29.01.2010; Üçışık, Asgari Ücret Sorunları ve Yansımaları", s.80.

kaldıkları gerekçesiyle aylık bağlanmaktadır. Sigortalı işçinin ailesine baktığı, sosyal güvenlik hukukunda olduğu gibi, asgari ücret belirlenirken de kabul edilmelidir[5].

Bildirge, en düşük ücretin dahi aile geçindirecek düzeyde olmasını öngörmekle, sosyal yardıma ihtiyacı olacak kişi sayısını olabildiğince azaltan ve ister çalışan, ister işsiz, her şahsın yiyecek, giyim, mesken ve tıbbi bakımı dahil olmak üzere sağlığını ve refahını temin edecek uygun hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul ederek işsizlere yeterli düzeyde sosyal yardım yapılmasını sağlayan bir toplumsal düzen farz ve kabul etmekte, 1982 Anayasası ise kişilere böyle belirli haklar tanımak ve bu hakların içeriğini ya da ölçütünü belirlemek yerine Devletin tedbirler almasını öngörmekle yetinmiş görünmektedir.

Bize göre, 1982 Anayasasının çalışma hayatıyla ilgili bu düzenlemeleri yerine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden alıntılar yapılmalı veya bu düzenlemeler Bildirgeyle uyumlu hale dönüştürülmelidir.

KAYNAKÇA

T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.6, 1961, 02.08.1961 tarihli 95. Birleşim Tutanağına bağlı Temsilciler Meclisi 73 sayılı Basmayazı, s.2-4

Üçışık, Fehim, Asgari Ücret Sorunları ve Yansımaları, İstanbul 2013.

Üçışık, Fehim, Asgari Ücret Tespitinde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

Üçışık, Fehim, "Asgari Ücretin Yöresel Olması", Belediye Gazetesi, 17.10.2009

Üçışık, Fehim, "Asgari Ücrette Aile Payı", Bizim Gazete, 02.12.1999

Üçışık, Fehim, Ekonomi Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2013.

Üçışık, Fehim, Eğitim Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2012.

Üçışık, Fehim, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2015.

Üçışık, Fehim, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Çocuklar İle Gençlere Aylık Bağlanması

Üçışık, Fehim, Vakıf Üniversiteleri Hukuku, İstanbul 2014.

Üçışık, Fehim, "Yatırımların Beldelere Dengeli Dağılımı", Belediye Gazetesi, 29.01.2010

Üçışık, Fehim, "Yükseköğretimde Boş Kalan Kontenjanlar", Bizim Gazete, 24.10.2009

Üçışık, Fehim, Yükseköğretimde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

Üçışık, Fehim, "Yükseköğretimde Sosyal Eğitim Güvencesi", Bizim Gazete, 15.08.2009

Üçışık, Fehim, "Yükseköğretimde Sosyal Güvenceyle İlgili Plan Hedefleri", Bizim Gazete, 25.12.2010

Üçışık, Fehim, "Yükseköğretime Girişte Fırsat Eşitliği", Bizim Gazete, 23.10.2010

Üçışık, Fehim, "Yükseköğretime Girişte Liyakate Göre Eşitlik ", Bizim Gazete, 05.12.2009

---

[5] Üçışık, "Asgari Ücrette Aile Payı", Bizim Gazete, 02.12.1999; Üçışık Asgari Ücret Tespitinde Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.50-51.

BAŞKASI LEHİNE SİGORTA ve BU SİGORTADA SİGORTALININ ve SİGORTA ETTİRENİN TALEP VE DAVA HAKKI

(Insurance For Benefit of Third Person and Insured and Insurant's Right to Claim and Bring an Action Under This Insurance)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN *

ÖZET

TK 1454'te düzenlenen başkası lehine sigorta, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini kendi adına başkası için yapması halinde söz konusu olur. Hükmün "Başkası lehine sigorta" şeklinde ifade edilen kenar başlığı sigorta hukuku terminolojisine uygun ve isabetlidir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK 129) niteliği taşıyan başkası lehine sigorta; sigorta ettiren, sigortacı ve sigortalı arasında üç köşeli bir ilişki kurar. Sigorta ettiren ile sigortacı sigorta sözleşmesinin tarafları olarak karşılıklı birtakım hak ve borçlara sahiptir. Lehtar (sigortalı) ise menfaati sigorta ettirilen kişi olup sözleşmenin tarafı konumunda değildir.

Başkası lehine sigortada sigortacıya karşı talep ve dava haklarının kime ait olduğu meselesine ilişkin olarak ETK sisteminde gerek sigortalının ve gerekse sigorta ettirenin talep ve dava hakları bakımından diğerinin muvafakati ya da poliçeyi elinde bulundurma şartı öngörülmüştür. TK'da ise başkası hesabına sigortada sigortalının sigorta tazminatının talep ve dava edilmesi bakımından, aksine bir sözleşme olmadıkça sigortalı hak sahibidir; ETK'da olduğu gibi sigortalının talep ve dava hakkı için başkaca şartlar aranılmamıştır [TK 1454/(1), cüm. 3].

Sigorta ettirenin talep ve dava hakkı ile ilgili olarak ise TK'da bir açıklık yoktur. Burada TK 1454/(1) atfı ile TBK 129 hükmü işlerlik kazanmalıdır. Buna göre sigorta ettiren sigortacıya karşı sözleşmenin tarafı olarak her zaman dava açabilir; meğer ki sigortalı tek başına yetkili kılınmış olsun. Sigortalının talep ve dava hakkının sözleşme ile kaldırılması halinde sigorta ettirenin doğrudan talep ve dava hakkı olacaktır. Bu olasılıkta sigorta ettiren edimi kendisi için talep edecek ve ödenecek paraları almaya yetkili olacaktır.

Anahtar kelimeler: Başkası lehine sigorta, sigorta ettiren, lehtar, sigortalı, dava ve talep hakkı, üçüncü kişi yararına sözleşme.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Başkanı.

Abstract

Pursuant to provision 1454 in TK, insurance for benefit of third person occurs when insurant form a contract for himself but makes it for someone else. The heading of the provision, namely, insurance for benefit of third person is suitable for insurance law terminology.

This contract has the characteristics of contract for the benefit of third person; there are three trigonal relation; insurant, insurer and insured. Insured and insurer have reciprocatively rights and obligations under this contract. Insured is not a party of a contract, he affords benefit from this contract.

Under insurance for benefit of third person in ETK, insured and insurant must have each other's consent or must hold the policy for bringing an action against the insurer.

Under TK, insured has a right to claim and bring an action for insurance indemnity unless otherwise agreed into the contract; there are no other conditions for right to claim and right of action.

There is no provision for insurant's right to claim and right of action in TK. In this sense, TBK provision 129 might be applicable. Accordingly, insurant has a right to bring an action against insurer, unless insured has solitary right to bring an action. Insured is going to claim and bring an action directly when insured's right to claim and right of action taken from the contract. In this possibility, insurant will claim the performance for himself and will be entitled to receive the money.

Keywords: Insurance of benefit for third person, insurant, beneficiary, insured, right to claim, right of action, contract for benefit of third person.

Bu makalede başkası lehine sigortada sigortalının ve sigorta ettirenin talep ve dava hakkı inceleme konusu yapılmıştır.

-I-

1. Başkası lehine sigorta, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini kendi adına başkası için (üçüncü kişi yararına) yapması halinde söz konusu olur [TK 1454/(1), cüm. 1][1]. Bir başka anlatımla burada sigorta ettiren üçüncü bir kişinin menfaatini sigorta ettirmektedir (yabancı menfaat sigortası).

Hemen işaret edelim: TK'da bir de Kanun uyarınca başkası/başkaları lehine sigorta kabul edilen bir hal söz konusudur. Şöyle ki: Bir malın veya o mala ilişkin hakkın yalnız bir kısmında menfaat sahibi olan kişi, kendisine ait kısımdan fazlasını da sigorta ettirmişse, sigortanın bu fazlaya ilişkin kısmı, sigorta ettirenle aynı menfaate sahip olanlar lehine yapılmış sayılır [TK 1455/(1)][2]

---

1 *Baumann/Sandkühler*, Das neue Versicherungsvertragsgesetz, Mit allen Anderungen ab 1.1.2008,Haufe, Freiburg.Berlin.München 2008, s. 67

2 Ayrıntılı bilgi: *Atamer*, Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş, BATİDER, Mart 2011, C. XXVII, S. 1, s. 51/52.

2. Başkası lehine sigorta TK 1454'de düzenlenmiştir.

Burada TK 1454'ün Gerekçesine anlamı etkileyen ifade aksaklıklarını düzelterek aynen yer vermek istiyoruz[3].

"Sigorta sözleşmesi, iki taraflı bir işlemdir. Ancak, taraflar yaptıkları sözleşme ile borcun alacaklıya değil de üçüncü kişiye ifasını kararlaştırabilir. Bu durumda başkası lehine sigortadan bahsedilir. Borçlar Kanununun (EBK) 111 ve 112 nci maddelerinde (TBK 129/130) düzenlenen üçüncü şahıs lehine sözleşmenin (üçüncü kişi yararına sözleşme) bir uygulaması niteliğindeki başkası hesabına sigortada sigortadan doğan haklar sigortalıya aittir. Ancak Borçlar Kanununun istisna gördüğü tam üçüncü şahıs lehine sözleşmeler 6762 sayılı Kanunda hayat sigortaları için açıkça kural hâle getirilmişken diğer sigortalar için böyle bu yönde belirleyici bir hükme yer verilmiştir. Sadece denizcilik rizikolarına karşı sigortada, 6762 sayılı Kanunun 1445 inci maddesinin ikinci fıkrasında sigorta poliçesinin sigortalının elinde olması kaydıyla sigortalının sözleşmeden doğan hakları üzerinde tasarrufta bulunabileceği ve bu hakları mahkemede iddia edebileceği hükme bağlanmıştır. Bu noktada, poliçenin sigortalıya verilip verilmemesine göre sözleşmenin tam veya eksik üçüncü şahıs [yararına] olduğu tayin edilmektedir. Taslağın bu maddesi ile, sigortalar arasında herhangi ayrım yapılmaksızın, [başkası lehine] sigorta sözleşmesinin, kural olarak tam üçüncü şahıs lehine sözleşme [olduğu] düzenlenmiştir. Diğer taraftan, (eski) Borçlar Kanununun 11 inci [111 inci] (TBK 129) maddesine göre tam üçüncü şahıs lehine sözleşme, taraf iradelerine ya da örf adete uygun düştüğü taktirde mümkün olmaktadır. Sigorta sözleşmesinin teminat sağlama, kişiyi uğradığı tehlikenin zararlarından koruma amaçları göz önünde bulundurulduğunda, taraf iradelerinin de tam üçüncü şahıs lehine sözleşme yönünde olduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan 6762 sayılı Kanunun 1270 inci maddesinin son fıkrası da (TK 1406/2) Tasarıda korunmuştur."

3. Kısaca terminoloji meselesine değinmek ister isek:

TK 1454'ün kenar başlığı "Başkası lehine sigorta"dır. Bu hükmün kaynağı niteliğindeki ETK 1342'de kenar başlık "Menfaatin sahibi/1. Kendi, başkası ve kimin olacaksa onun hesabına sigorta"dır. *Alman, İsviçre* ve *Avusturya hukuklarında* [Sigorta Sözleşmesi Kanunlarında (Versicherungsgesetz, VVG)] "Versicherung für fremde Rechnung" (yabancı hesabına sigorta) deyimi kullanılmaktadır [Alm.VVG §§43 vd.; İsv.VVG Art. 16/17; Avust.VVG §§74 vd.].

Türk hukukunda ETK'da kullanılmış ve literatürde halen kullanılagelmekte olan başkası hesabına sigorta deyiminde yabancı hukuk çevrelerindeki terminolojinin etkili olduğu gözlenmektedir.

---

[3] Köşeli parantez içindeki düzeltmeler Prof. *Kendigelen*'e aittir (bkz. Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, XII Levha, İstanbul, Mart 2015, TK 1454, s. 1378).

TK 1454'ün kenarbaşlığı ile ilgili olarak Prof. *Kender "TTK. m. 1454'de, Türk Hukuk Dili'nde yerleşmiş adı 'Başkası Hesabına Sigorta', 'Başkası Lehine Sigorta' başlığı altında düzenlenmiştir. 'Lehtar' ifadesi daha çok hayat sigortalarında kullanılmaktadır. Başkası Hesabına Sigorta'da sigorta edilen menfaatin sahibine 'sigortalı' denmektedir…"* ifadesine yer vermekte ve TK 1454'ün kenar başlığını eleştirmektedir[4]. Prof. *Ünan* da bu görüşü paylaşmaktadır[5].

Gerekçeden de anlaşıldığı üzere başkası hesabına/lehine sigorta tam üçüncü şahıs lehine/yararına sözleşme olarak gözlendiğinden TK Tasarısının (Tasarı Taslağının) hazırlandığı sırada yürürlükte olan EBK 111'in kenarbaşlığı dikkate alınarak ve bu hükümle uyum sağlamak bakımından "başkası lehine sigorta" denilmiştir. Bir kişi lehine işlem (sözleşme) yapıldığı zaman o kişi (lehine işlem/sözleşme yapılan) *lehtar* olur. Ancak TK 1454 metninde, Sigorta Hukuku terminolojisine bağlı kalınarak ve hayat sigortalarındaki lehtar dikkate alınarak lehine sigorta sözleşmesi yapılan kişi sigortalı olarak ifade edilmiştir [TK 1454/(1), cüm. 2,3].

En önemlisi: Başkası hesabına sigorta deyimi kavramın temelinde dolaylı temsilin mevcudiyetine işaret eden bir düşünceye yol açabilir. Başkası lehine/("hesabına") sigortayı dolaylı temsilden soyutlamak için başkası lehine sigorta denilmiştir[6]. Nitekim İsviçre Hukukunda da başkası hesabına sigortada (Versicherung für fremde Rechnung), *hesabına (für Rechnung)* sözcüğü, burada, prim borçlusunun sigorta ettiren olduğu, yoksa primin üçüncü kişi tarafından ödenecek olmadığı, sadece üçüncü kişiye ait objelerin (Objekte) sigorta ettirilmiş bulunduğu gerekçesi ile yanıltıcı (irreführend) bulunmakta ve eleştirilmektedir[7]. Bizim de ifade etmek istediğimiz tamamen budur.

(Yeni) TK'da başkası lehine sigorta hükmünün hayat sigortaları bakımından da geçerli olduğu ayrıca gözden kaçırılmamalıdır. Bu itibara "sigortalı" terimi, yukarıda da açıklandığı gibi, muhafaza edilmiştir; esasen muhafaza edilmesi zorunluğu vardır.

4. ETK'da başkası lehine sigorta (başkası hesabına sigorta), Kanunun Sigorta Hukuku'na tahsis edilen Beşinci Kitabı'nın Üçüncü Faslının (Can Sigortası) Birinci Kısmında (Hayat Sigortası) yer alan md. 1321 ve İkinci Kısmında (Kazaya Karşı

---

4 *Kender,* Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi Sigorta Sözleşmesi, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümleri İşlenmiştir, Güncelleştirilmiş On Dördüncü Baskı, XII Levha, İstanbul, Kasım 2014, s. 221.

5 *Ünan*, Türk Ticaret Kanunu Taslağının "Sigorta Hukuku" Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler, Sigorta Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Özel Sayı: 1, Türk Ticaret Kanunu Taslağı, SHTD, Sigorta Hukuku Türk Derneği, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., İstanbul 2005, s. 151.

6 TK'dan sonra yürürlüğe girmiş bulunan TBK 129 karşısında kenar başlığın "başkası yararına sigorta" olması uyum bakımından daha isabetli olur.

7 *Schaer*, Modernes Versicherungsrecht, Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Stämpli Verlag AG Bern, 2007, §15 Rz. 39, s. 439).

Sigorta) bulunan md. 1334 hükümleri ile Dördüncü Faslın (Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigorta) Birinci ve Altıncı Kısmlarında (Umumi Hükümler-Zararın Ödenmesi) yer alan md. 1342, 1442, 1445 vd. hükümlerinde düzenlenmişti.

Sigorta hukuku literatüründe kara sigortaları kısmında (zarar sigortalarında) başkası lehine/hesabına sigortanın düzenlenmediği, ancak uygulamada buna ihtiyaç duyulduğu ve yapılmakta olduğu ileri sürülüyordu[8]. İleri sürülen bu görüş/eleştiri tam olmasa da belli bir ölçüde doğruluk payı taşıyordu. Tam olmasa da dememizin sebebi ETK'da da bazı zarar sigortalarında başkası hesabına/lehine sigortaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı anlaşılmaktaydı. Bu bazen bir atıf bazen de doğrudan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta düzenlemesinde ETK 1311'de uygulanacak hükümler bağlamında (bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde) denizcilik rizikolarına karşı sigortalara ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüş; böylece ETK 1342 ve ETK 1445 vd. hükümlerine atıf/yollama yapılmıştır. Can Sigortalarının bir alt türü olarak düzenlenen kazaya karşı sigorta hükümlerinde de başka lehine sigorta caiz görülmüştür (ETK 1334/II) ve bu sigorta kapsamında mütalâa edilmiş olan hastalık sigortası tedavi masraflarının karşılanması bakımından (ETK 1337) bir tür mal/zarar-tazminat sigortasıdır[9].

TK'da ise başkası lehine sigorta Sigorta Hukuku'na ilişkin olan Altıncı Kitabın İkinci Kısmının (Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler) Birinci Bölümü'nde Zarar Sigortalarını, İkinci Bölümünde de Can Sigortalarını düzenlemiş ve zarar sigortaları düzenlemesinde başkası lehine sigortayı kavram olarak ele almış ve düzenlemeye tabi tutmuş (md. 1454); zarar sigortaları bağlamında düzenlediği sorumluluk sigortaları bakımından da TK 1454'e atıf yapmıştır [TK 1485/(1)]. Can Sigortaları Bölümünde de; hayat sigortasının, kaza sigortasının, hastalık ve sağlık sigortasının başkası lehine yapılabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır [TK 1487/(1), 1490/(1), 1509/(1), 1511/(1), 1515/(1), 1519/(2)].

Alman Hukukunda başkası lehine sigorta, (eski) Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun Zarar Sigortaları Bölümünde yer alan §§74-80 vd. hükümlerinde düzenlenmişti. (Yeni) Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda ise §§ 43-48 hükümleri içinde yer almaktadır. Eski ve yeni düzenlemelerdeki hükümlerin içerik itibariyle örtüştüğü, ancak yeni sistematik karşısında tüm sigorta türlerini (dallarını) kapsar hale geldiği ifade edilmektedir[10]. İsviçre Hukukunda da genel hükümler (Allgemeine Bastimmungen) bağlamında düzenleme yapılmıştır (VVG Art. 16/17). Avusturya Hukukundaki düzenleme zarar sigortaları kapsamındadır (VVG §§ 74-80).

---

8 *Kender*, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, s. 220.

9 *Doğanay*, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Üçüncü Cilt-Madde 816-1475, 4. Bası, Beta, Haziran 2004, Md. 1334 (s. 3531); ayrıca bkz. TK 1519/(2).

10 *Baumann/Sandkühler*, s. 67.

5. Başkası lehine sigorta hukuki nitelik itibariyle TBK 129'da düzenleme konusu yapılan üçüncü kişi yararına sözleşmedir[11]. Türk Hukukunda Prof. *Kender* bu hususu açıkça belirtmektedir[12], [13]. *Akyol*, özel kanun hükmü gereğince bazı sigorta sözleşmelerini üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında ele almakta, bu bakımdan üçüncü kişinin (sigortacıya karşı) talep hakkına sahip olup olmadığına göre irdeleme yapmaktadır[14].

6. Başkası lehine sigorta, üç köşeli bir kurgu ortaya koymaktadır: Sigorta ettiren, sigortacı, sigortalı (yararına sigorta sözleşmesi yapılan kişi, lehtar).

Sigorta sözleşmesinin tarafları sigorta ettiren ve sigortacıdır; ancak sigorta sözleşmesi bir üçüncü kişi yararına (sigortalı, lehtar) yapılmıştır.

Bu üç köşeli ilişkide 1º Sigorta ettiren - sigortacı, 2º sigorta ettiren - sigortalı, 3ºsigortalı - sigortacı ilişkileri ile karşılaşılmaktadır.

a. Sigorta ettiren - sigortacı

Sigorta ettiren -sigortacı ilişkisinde sigorta sözleşmesinin tarafları yer almaktadır.

Gerçekten, üçüncü kişi yararına sigorta sözleşmesinin tarafları sigorta ettiren ile sigortacıdır; sözleşme sigorta ettiren ile sigortacı arasında kurulmuştur.

aa. Sigorta ettiren sözleşmenin tarafı olduğu için sigortacının rizikoyu taşıma (TK 1421), aydınlatma [TK 1423/(1)] ve sigorta poliçesini verme [TK 1424/(1)] yükümlülükleri sigorta ettirene karşıdır.

ab. Sigorta ettiren de (sigortacıya karşı) sözleşmeden doğan tüm borçları ve yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür. Primleri o öder [TK 1401/(1), 1430/(1)], sözleşmenin yapılmasında, teklifin yapılması ile kabulü arasında, sözleşme süresi içinde ve riziko gerçekleştiğinde beyan yükümlülüğü ona aittir [TK 1435/(1), 1443/(1), 1444/(2), 1446/(1)][15].

ac. Sigorta ettiren sigorta sözleşmesinde değişiklik yapabilir.

---

11 Kavram hakkında: *Akyol*, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

12 *Kender*, Türkiyede Hususi Sigorta Hukuku, s. 220/221. -Şu var ki *Kender*'in s. 121, dpn. 124'de üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından EBK 111'e atıf yapması, bu atfın yapıldığı tarihte (2014) TBK'nın yürürlüğe girmiş bulunduğu dikkate alınacak olursa eleştiri konusu yapılabilir.

13 Alman Hukukunda *Wandt*, Versicherungsrecht, II, Rn. 686, s. 248'de, biraz farklı bir anlatım biçimi ile, sigorta sözleşmesinin de her sözleşme gibi bir üçüncü kişi yararına yapılabileceğini, bu halde sigorta ettirenin [taahhüdün muhatabı (Versicherungsnehmer) BGB §§ 331 vd.] değil, bir üçüncü kişinin ["üçüncü kişi" (Dritter), BGB §§ 328 vd.] sözleşmenin karşı tarafından ["taahhütte bulunan" (Versprechender), BGB §§ 332 vd.] edimin ifasını talep edebileceğini belirtmektedir.

14 *Akyol,* s. 40 vd.

15 Bkz. *Bozer*, s. 55/56

ETK 1330'da sigorta ettiren kimsenin sigortadan faydalanan kimseyi mukavele yapılırken veya sonradan tayin edebileceği, kezalik sigorta ettirenin bu kimseyi tayin ettikten sonra değiştirebileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme TK 1454 ve 1499/(5) düzenlemeleri bakımından da aynen geçerlidir.

ad. Sigorta sözleşmesinin feshedilmesi ve sigorta sözleşmesinden cayma (fesih/cayma) hakları da sigorta ettiren tarafından kullanılır [TK 1413/(1)][16].

b. Sigorta ettiren -sigortalı

Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini sigortalı (lehtar) lehine/yararına yaptırdığını biliyoruz.

ba. Yukarıda açıklandığı gibi, sigorta ettiren başkası lehine sigortada, üçüncü bir kişinin menfaatini sigorta ettirmektedir [TK 1454/(1); ayrıca bkz. TK 1485/(1), 1490/(1), 1493/(1), 1509/(1), 1511/(1), 1515/(1)]. Ancak bu sigortada yararına sözleşme yapılan kimsenin başlangıçta belirtilmesi zorunlu değildir [TK 1454/(1), 1493/(2), (3), (5)]. Bu kişi daha sonra da belirtilebilir, belli istisnalar dışında değiştirilebilir [TK 1493/(2), (5), (4)].

Sigorta sözleşmesinde sigortanın kimin menfaati için yaptırıldığı açık da bırakılabilir. "Kimin olacaksa onun lehine" (Versicherung für Rechnung "wen es angeht") yapılan böyle bir sigortanın, üçüncü kişi lehine yaptırıldığı anlaşılırsa sigorta ettirenin kendi adına fakat üçüncü kişi lehine hareket ettiği kabul edilir [TK 1454/(3), (2)].

bb. Başkası lehine sigortada sözleşme sigorta ettiren ile sigortacı arasında kurulduğu için lehine sözleşme yapılan (sigortalı) taraf konumunda değildir. Bu itibarla onun kabul beyanı (izin veya icazeti) gerekmez.

Mal sigortaları ve sorumluluk sigortaları bakımından bu konuda sorun yoktur [TK 1454/(1); 1485/(1)]. Ancak can sigortalarında hayat sigortaları bakımından başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehtarın menfaatinin bulunması şarttır. Ayrıca, ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin mutad cenaze giderlerini aşması halinde sigortalının veya varsa kanuni temsilcisinin yazılı izni gerekir. Sigortalı onbeş yaşından büyükse kanuni temsilcinin dışında ayrıca onun da izni alınır. İzin olmadan yapılan sözleşme, icazet verilmediği takdirde geçersizdir [TK 1490/(2)].

bc. Yukarıda yapılan bu saptama teorik olarak lehine/yararına sözleşme yapılan kişinin sözleşmeye izin ve/veya icazet verebileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Öte yandan üçüncü kişinin kendi yararına yapılan sözleşmedeki edimi reddetme hakkına sahip olduğu da hiç kuşkusuzdur. Bu konu üçüncü kişi yararına sözleşmede yararla-

---

16 Sigortacı da sigorta sözleşmesinin feshini sigorta ettirene karşı kullanır (*Bozer*, s. 56).

nanın sözleşmedeki edimi reddetme hakkı ile ilgilidir ve buna cevaz olduğu açık ve kesindir.

Edimin reddi halinde sorun alacaklının (burada sigorta ettirenin) yeni bir yararlanan seçmesinin mümkün olup olmadığıdır ve bu sorunun sözleşmenin içerik ve niteliği ile ilgili bulunduğu görüşü vardır[17].

Hayat sigortalarında lehtar değiştirilebilir; yeni lehtar atanması mümkündür (TK 1493).

c. Sigortalı - Sigortacı

Lehine sigorta sözleşmesi yapılan sigortalı (üçüncü kişi) ile sigortacı arasındaki ilişkiye gelince:

ca. Başkası lehine sigortada lehine sözleşme yapılan üçüncü kişinin (sigortalı) sözleşmenin tarafı olmadığını bir kez daha belirtelim.

cb. Sigortalı sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, Kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır [TK 1412/(1)].

Türk Hukukunda genel nitelikte bir hükümle düzenlenen bu husus Alman ve Avusturya Hukuklarında başkası lehine sigorta ile ilgili olarak ele alınmış ve düzenleme konusu yapılmıştır [Alm.VVG § 47/(1); Avust.VVG § 78].

-II-
Başkası Lehine Sigortada Talep ve Dava Hakları

Başkası lehine sigortada sigortacının karşısında 1º sözleşmenin tarafı olarak sigorta ettiren, 2º sözleşmenin lehine yapıldığı kişi olarak sigortalı yer almaktadır.

Sorun sigortacıya karşı talep ve dava haklarının kime ait olduğudur.

Bu bakımdan karşımıza TK 1454/(1) hükmü çıkmaktadır. Ancak bu hüküm ile öngörülen düzenlemeyi incelemeden önce sorunu ETK ve yabancı hukuk düzenlemeleri bakımından ele almak istiyoruz. TK 1454'e daha sonra döneceğiz.

1. ETK'da sigortalının hakları ETK 1445/II'de, sigorta ettirenin hakları da ETK 1446/II'de düzenlenmiştir[18].

---

17 *Akyol*, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 105.

18 ETK 1445/1446 denizcilik sigortaları ile ilgilidir. Ancak bu hükümlerin ETK 1264 atfı ile kara sigortalarında da uygulanacağı içtihadı vardı [11. HD. 10.6.1987-2074/3500; *Moroğlu/Kendigelen*, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü ile Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Baskı, XII Levha, İstanbul 2010, s. 1077].

ETK 1145/II'ye göre sigortalı sigorta ettirenin muvafakati olmaksızın ancak poliçe elinde bulunduğu takdirde hakları üzerinde tasarruf edebileceği gibi bu hakları mahkemede iddia edebilir.

ETK 1446/II'ye göre de sigorta ettiren sigortalının muvafakati olmaksızın, ödenecek paraları almaya ve sigortalının haklarını devretmeye ancak poliçe elinde bulunduğu takdirde salahiyetlidir.

Önemle vurgulayalım: ETK'da gerek hayat sigortasında ve gerekse kazaya karşı sigortada başkası hesabına sigortada ETK 1321/I, 1334/II ve 1334/III'de atıf yapılan ETK 1321 vd. (1329/I) ve EBK 112 (şimdi: TBK 130/*değişik*) hükümlerinde düzenleme farklıdır.

Gerçekten, hayat sigortasında ETK 1329/I'e göre üçüncü bir şahsın lehine yapılan hayat sigorta mukavelesinden doğan hak ve menfaatleri sigortacıdan talep ve tahsil salahiyeti doğrudan doğruya o kimseye aittir. Kazaya karşı sigortada da yine ETK 1329/I'e yollama yapılmış; ancak EBK 112 hükmü saklı tutulmuştur (ETK 1334/IV). EBK 122'de ise başkasını istihdam eden bir kimsenin çalıştırdığı işçiye karşı hukuki mesuliyetlerini temin için sigorta yaptırmış ve işçi de *sigorta ücretinin yarısının ödemesine katılmış* ise; sigortadan doğan hakların münhasıran işçiye ait olduğu hüküm altına alınmış bulunuyordu.

EBK 112 yerine kaim olan TBK 130'da ise başkasını çalıştıran kişinin, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan hakların doğrudan doğruya çalışana ait olacağı öngörülmüş (fk. 1), bu şekilde işçinin sigorta ücretinin yarısına katılmış olması şartı kaldırılmış, ayrıca diğer hukuki sorumluluk sigortalarına ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir (fk. 3).

Görülüyor ki ETK sisteminde gerek sigortalının ve gerekse sigorta ettirenin talep ve dava hakları bakımından diğerinin muvafakati ya da poliçeyi elinde bulundurma şartı öngörülmüştür.

Hemen ifade edelim: TK, Sigorta Kitabının İkinci Kısmının (Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler) Zarar Sigortalarını düzenleyen Birinci Bölümü'nde Mal Sigortalarına ilişkin hükümler kümesinde yer verdiği TK 1454/(1), cüm. 2'de sigorta sözleşmesinden doğan hakların sigortalıya ait olduğunu belirttikten sonra (üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK 129), cüm. 3'de "(s)igortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir" denmektedir. Hal böyle olunca başkası lehine yapılan sigortada sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya ait olmakla birlikte; sigortalının sigortacıdan sigorta tazminatının ödenmesini isteyebilmesi ve onu dava edebilmesi ancak aksine sözleşme olmaması halinde caiz görülmüştür.

Şu hale nazaran sigorta ettirenin başkası lehine sigortada sözleşme ile sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilmesi ve onu dava edebilmesi mümkün olabilecektir [TK 1454/(1), cüm. 2].

TK 1454/(1), cüm. 3'de [ayrıca: TK 1485/(1)] ETK'da denizcilik rizikolarına karşı sigorta ile ilgili olarak öngörülmüş bulunan ve ETK 1311 atfı ile karada ve iç sularda taşıma rizikolarına karşı sigorta bakımından da geçerli olan ETK 1446/II, III hükümlerinde ele alınan bir konu tüm zarar sigortaları (mal ve sorumluluk sigortaları) ile ilgili olmak üzere genel nitelikte bir hükümle çözüme bağlanmıştır.

Buna göre sigortalı aksine sözleşme yoksa sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir. Şu hale nazaran aksine sözleşme yaparak sigorta ettirene bu hakkı tanımak imkanı vardır[19]. Buradan anlaşılıyor ki, başkası lehine sigortada, sigorta ettiren, sigorta sözleşmesine dayanarak sigortacıdan sigorta tazminatının ödenmesini istemek ve onu dava etmek hakkına sahip olmak istiyorsa bunu sözleşmede mahfuz tutmak (aksine sözleşme) zorundadır.

2. Alman ve Avusturya Hukuklarında sigortalının hakları Alm.VVG § 44 ve Avust.VVG § 75'de düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre başkası lehine sigortada sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir [Alm.VVG §§ 44/(1), cüm. 1; Avust.VVG § 75/(1), cüm. 1][20]. Ancak sigortalının sigorta ettirenin muvafakatini almadan hakları (seine Rechte) üzerinde tasarruf etmesi ve bu hakları ileri sürmesi sigorta poliçesini elinde bulundurması halinde mümkündür [Alm.VVG § 44/(2); Avust.VVG § 75/(2)].

Yine Alman ve Avusturya Hukuklarında sigorta ettirenin hakları Alm.VVG § 45 ve Avust.VVG § 76'da düzenlenmiştir. Bu bakımdan İsviçre Hukukunda da İsv. VVG Art. 17/2 hükmü vardır. Alm.VVG 45/(1) ve Avust.VVG § 76/(1)'de sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan hakları üzerinde kendi namına tasarruf edebileceği belirtilmiş; ancak sigorta poliçesi düzenlenmiş olduğu takdirde sigorta ettirenin sigortalının muvafakati olmaksızın sigortacının ifasını (edimini) kabule ve sigortalının haklarını devretmeye sadece sigorta poliçesinin elinde olduğu hallerde yetkili bulunduğu hüküm altına alınmıştır [Alm.VVG § 45/(2); Avust.VVG § 76/(2)]. Ayrıca sigortacı ancak sigorta ettirenin sigortalının sigortaya muvafakat ettiğini kendisine ispat etmesi halinde ona ödemede (ifada) bulunmak zorunluluğu altındadır [Alm.VVG § 45/(3); Avust.VVG § 76/(3)].

ETK 1445 ve 1446 ile Alm.VVG §§ 45, 46 ve Avust.VVG §§ 75, 76 tamamen örtüşen hükümlerdir. İsviçre Hukukunda da sigorta ettirenin sigortalının muvafakati

---

19 *Ülgen*, Yeni Kurallara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (TBK-TTK-HMK), Seçkin Hukuk (Editör: Umut Yeniocak), Ankara, Ekim 2014, s. 74.

20 Fakat sigorta poliçesinin verilmesini sadece sigorta ettiren isteyebilir [Alm.VVG § 44/(1), cüm. 2; Avust.VVG § 75/(1), cüm. 2; karş. TK 1424/(1), cüm. 1].

olmadan sigortacıya karşı tazminat talebinde bulunabilmesi sigortalının sigorta ettireni hiçbir çekince ileri sürmeksizin (vorbehaltlos) sigorta sözleşmesinin yapılması konusunda yetkilendirilmiş ya da sigorta ettirene yasal bir sigorta yükümlülüğünü yüklenmiş olduğu hallerde mümkündür (İsv.VVG Art. 17/2).

Görülüyor ki Alman ve Avusturya Hukuklarında sigorta tazminatının talep ve dava edilebilmesi bakımından sigortalının ya da sigorta ettirenin talepte bulunmasına göre sigorta ettirenin ya da sigortalının muvafakati ya da sigorta poliçesini elde bulundurması gerekmektedir. İsviçre Hukukunda da sigorta ettirenin tazminat talep ve dava hakkı bakımından ya sigortalının muvafakati ya da sigortalının sigorta ettireni hiçbir çekince ileri sürmeksizin sigorta sözleşmesinin yapılması konusunda yetkilendirilmiş ya da sigorta ettirene yasal bir sigorta yükümlülüğü yüklenmiş olması şarttır.

3. Yukarıda zikrettiğimiz TK 1454/(1) hükmü mes'eleyi sadece sigortalı bakımından ele almaktadır. Gerçekten, anılan hükme göre: "(s)igorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir" [TK 1454/(1), cüm. 2,3].

Görülüyor ki, TK'da başkası hesabına sigortada sigortalının sigorta tazminatının talep ve dava edilmesi bakımından sigortalı hak sahibidir.

Prof. *Kender* TK 1454/(1)'de üçüncü cümleye gerek olmadığı görüşündedir[21]. Yazara göre TK 1454/(1), cüm. 2'de yer alan haklar ona aittir ifadesinin anlamı budur.

Bu düşünce tarzına katılmak imkanı yoktur. ETK 1445/I, c. 1'de aynen "(b) aşkası hesabına yapılan sigortada sigorta mukavelesinden doğan haklar sigortalıya aittir" denildikten sonra ETK 1445/II'de sigortalının sigorta ettirenin muvafakati olmaksızın, ancak poliçe elinde bulunduğu takdirde hakları üzerinde tasarruf edebileceği ve bu hakları mahkemede iddia edebileceği açıklaması yapılmıştır. Bu şekilde talep ve dava haklarının şartları (muvafakat ya da poliçenin elde bulundurulması) Alm.VVG § 44/ (3), cüm. 1 ve Avust.VVG § 75/(1), cüm. 1'de "(b)aşkası lehine sigortada sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir" [(b)ei der versicherung für fremde Rechnung stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag dem Versichenden zu] ifadesinden sonra talep ve dava haklarının şartına/şartlarına (muvafakat ya da poliçenin elde bulundurulması) yer verilmiştir.

TK 1454/(1), cüm. 3'de sigortalının tazminat talep edebilmesi *sözleşmede aksine hüküm bulunmaması* kayıt ve koşuluna bağlı tutulmuştur. Hakların sigortalıya ait olması bir şey, hakların ileri sürülmesi bakımından bazı şartların (ETK ve Alm.VVG/ Avus.VVG'de muvafakat-poliçenin elde bulundurulması, TK'da sözleşmede aksine hüküm olmaması) bulunması diğer bir şeydir.

---

21 *Kender*. Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, s. 221.

TK'da sigortalının talep ve dava hakkı için (sigorta ettirenin muvafakati/poliçenin elinde bulundurulması) aranılmamıştır. Sigortalı her zaman tazminat isteminde/talebinde bulunabilecektir; yeter ki aksine sözleşme olmasın[22]. Bu şekilde basit ve yalın bir düzenleme öngörülmüştür.

Sigorta ettirenin talep ve dava hakkı ile ilgili olarak TK'da, ETK'da ve Alman, Avusturya ve İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunlarında olduğu gibi bir açıklık yoktur.

Genellikle, öğretide, başkası lehine sigorta incelenirken sadece bu sigortada sigorta sözleşmesinden doğan bütün borçların sözleşmeyi (sigortacı ile yapan) taraf olarak sigorta ettirene, buna karşı sözleşmeden doğan hakların sigortalıya ait olduğu belirtilmekte ve üçüncü kişi lehine sözleşme bağlamında sigorta ettirenin hakları, özellikle sigorta ettirenin sigortacıdan tazminat isteme ve onu dava etme hakkı üzerinde durulmamaktadır.

Nitekim, Prof. *Bozer* sigorta ettirenin sözleşmeden doğan bütün vecibeleri (borçları) yerine getirmekle yükümlü olduğunu, primleri onun ödeyeceğini, sözleşmeyi yaparken gereken bilgileri sigortacıya onun vereceğini, keza rizikonun gerçekleşme ihtimalinin arttığını onun haber vereceğini, buna karşılık sigorta ettirenin sigorta tazminatını isteyemeyeceğini; ancak sigortalının vekili olarak isteyebileceğini, sigortalının sözleşme ile ilgisinin kendi menfaatinin sigorta edilmiş olmasından ibaret bulunduğunu ve sigorta tazminatını kendisinin (sigortalının) talep edebileceğini dile getirmektedir, o kadar..[23]

Kanaatimizce burada TK 1454/(1) atfı ile TBK 129 hükmü işlerlik kazanacaktır. TBK 129 bakımından sigorta ettiren sigortacıya karşı sözleşmenin tarafı olarak her zaman dava açabilir; meğer ki, yararına sigorta sözleşmesi yapılan üçüncü kişi (sigortalı) tek başına yetkili kılınmış olsun[24].

Sigortalının talep ve dava hakkının aksine sözleşme ile kaldırılması halinde sigorta ettirenin doğrudan talep ve dava hakkı olacaktır. Bu olasılıkta sigorta ettiren edimi kendisi için talep edecek ve ödenecek paraları almaya yetkili olacaktır.

Son olarak can sigortalarındaki özel hükümlerin saklı olduğunu kaydedelim [TK 1493/(7); 1510/(2) ve 1519/(1) atıfları ile TK 1493/(7)].

---

22 *Ülgen*, s. 74; ayrıca bkz. *Atamer*, BATİDER, Mart 2011, C. XXVII, S. 1, s. 50.

23 *Bozer*, Sigorta Hukuku, s. 56.

24 Bkz. *Akyol,* Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 206.

TAŞINMAZA BAĞLI İRTİFAKIN KURULMASI

(Constitution of The Easement Connected To The Immovable)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL*

ÖZET

Medeni Kanunda, kendisine bir "ayırım" açılan taşınmaza bağlı irtifakların gerek kurulması gerek sona ermesi ayrı ve ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş değildir. Her iki konuda da taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere genel olarak yapılmış bir atıfla yetinilmiştir (MK. m.780/II) . Bununla birlikte, irtifak haklarına özgü bazı münferit düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescili şart kılan MK.m.780/I'i, zamanaşımı ile iktisabını öngören MK.m.780/III'ü, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliğini resmî şekle tabi kılan MK.m.781'i, malik lehine irtifak hakkını düzenleyen MK.m.782'i, irtifak hakkının sona ermesine yol açan terkini ve taşınmazın yok olmasını düzenleyen MK.m.783'ü, yararlanan ve yüklü taşınmazların aynı kişiye ait olması halinde, irtifak hakkının sona ermeyeceğini hükme bağlayan MK.m.784'ü ve nihayet yüklü taşınmaz malikine mahkemeye başvurma ve bu suretle irtifak hakkını sona erdirme yetkisi veren MK.m.785'i zikretmek gerekir.

Anahtar kelimeler: Geçiş hakkı, irtifak hakkının kurulması, irtifak hakkının sona erdirilmesi, taşınmaza bağlı irtifak hakkı, taşınmaz.

Abstract

The Civil Code itself does not include seperate and detailed provisions about constitution and termination of right of way. Therefore, reference is made to the general provisions in Civil Code. However, there are also some individual provisions about right of passage. These are; registration of right of passage (MK/780/I), prescription of right of passage (MK/780/III), official form for validity of right of passage (MK/781), right of passage for the benefit of the owner (MK/782), cancellation of right of passage and destruction of real property (MK/783), in case of beneficiary and encumbered real property's owners are same, the right of passage shall not be terminated (MK/784) and the right of encumbered owner's litigate and terminate the right of passage. (TMK/785)

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni ve Borçlar Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Keywords: Right of passage, constitution of servitude, termination of right of passage, easement connected to the immovable, immovable.

I. Genel Olarak (**,***)

Medeni Kanunda, kendisine bir "ayırım" açılan taşınmaza bağlı irtifakların[1] gerek kurulması gerek sona ermesi ayrı ve ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş değildir. Her iki konuda da taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere genel olarak yapılmış bir atıfla yetinilmiştir (MK. m.780/II)[2]. Bununla birlikte, irtifak haklarına özgü bazı münferit düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda irtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescili şart kılan MK.m.780/I'i, zamanaşımı ile iktisabını öngören MK.m.780/III'ü, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliğini resmî şekle tabi kılan MK.m.781'i, malik lehine irtifak hakkını düzenleyen MK.m.782'i, irtifak hakkının sona ermesine yol açan terkini ve taşınmazın yok olmasını düzenleyen MK.m.783'ü, yararlanan ve yüklü taşınmazların aynı kişiye ait

---

** Yararlanılan eserler : PIOTET, Paul: Les Droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé Suisse, Tome V, 3, Fribourg 1978; GÜRSOY, K.T./ EREN, F./ CANSEL, E.: Türk Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 1984; STEINAUER, Paul-Henri: Les droits Droits réels, Tome II, troisièm édition, Bern 2002(Stainauer, II).;EREN,F.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015; AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3.Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara 1974(Akipek, III); ESMER, G.: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1984; LIVER, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV/2a/1, 3.éd. Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten, Zürich 1980; WIELAND, C.: Les droits reel dans le code çivil suisse (Trauit par Henry, BOVAY et M. QUILIOUARD) I, II, Paris (5e) 1913; LEEMANN, H.: Sachenrecht, Das Eigentum II, Arbteilung, Berm 1925; HOMBERGER, A./MARTI, H.: FJS, N.564,7;OSERTAG, F:: Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, Berner Kommentar Bd. IV/3, 2. Auf. Zurich 1914;REY, H.: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Auf. Bern 2000; KILIÇ H.: Gayrimenkul Davaları, Teori- Açıklamalar- Kararlar, C.II, 2. Baskı, Ankara 2001; REİSOĞLU, Safa:La prescription extreordinaire et le transfort des immeubles non immatricules en droit suisse et endroit turc, Lausanne 1956 (la Prescription); SUNGURBEY,İ.: Türk Hukukuna göre İktisabi Müruru Zaman, İstanbul 1956(İktisabi); OKTAY, S.: Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990; ATAY,E. E.: İdare Hukuku; 4. Bası, Ankara 2014; CANSEL, E.: Tapu siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964; ÜNAL, M.: Orman Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010 (Orman);ÜNAL, M./ BAŞPINAR, V.: Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015; KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S.: Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983;DESCHENAUX, H.: Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, Volume V., T.II,2, Fribourg 1983; OĞUZMAN, M.K./ SELİÇİ, Ö./ OKTAY- ÖZDEMİR, S.: Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2014; BETAN, S.: Ayni Haklar, MK.'nun 618-674. Maddelerinin şerhi, C.II. MK. 703-767, Ankara 1976; TUOR/SCNYDER/ SCHMID: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11.Aufl., Zürich 1985. UNAL M.: Taşınmaza Bağlı İrtifak Kavramı ve Muhtevası, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C.2, Ankara 2015, sh. 1743-1754 (Taşınmaza Bağlı İrtifak); SCHİLLER, M.: Die unrichtigkeit des Grundbuches, 1928.

*** Yararlanılan eserler yazarlarının soyadı ile anılmıştır. Önünde işaret olmayan rakamlar sayfa numaralarını göstermektedir.

1 Bkz. Taşınmaza bağlı irtifak kavramı için ÜNAL (Taşınmaza Bağlı İrtifak) 1743 vd.

2 STEİNAUER, II, N.2221, 2224.

olması halinde, irtifak hakkının sona ermeyeceğini hükme bağlayan MK.m.784'ü ve nihayet yüklü taşınmaz malikine mahkemeye başvurma ve bu suretle irtifak hakkını sona erdirme yetkisi veren MK.m.785'i zikretmek gerekir.

II. Taşınmaza Bağlı İrtifak Hakkının Kurulması

Bilindiği üzere taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bir yandan tescille ve tescilsiz; diğer yandan aslen ve devren olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırımlara uyarak taşınmaza bağlı irtifakların kurulmasını öncelikle tescille ve tescilsiz kazanma olarak iki başlık altında ele alıp incelemek gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki "kazanma" (iktisap) sözcüğü taşınmaza bağlı irtifaklar yönünden aynı zamanda bu irtifak türünün kurulmasını da ifade etmektedir. Zira sözkonusu irtifaklar kuruldukları anda yararlanan taşınmaz malikleri tarafından kazanılmaktadır. Böylece taşınmaza bağlı irtifakların kurulmaları ile kazanılmaları aynı anda gerçekleşmektedir. Ayrıca taşınmaza bağlı irtifakların devren kazanılmaları da sözkonusu olmaz. Daha açık ifadesiyle bu tür irtifaklar, taşınmaza bağlı oldukları için başlı başına ayrı bir devir işlemi konusu oluşturmazlar; onların devirleri ancak bağlı bulundukları yararlanan taşınmazların devri ile mümkün olur. Böyle bir devir işlemi sonucu yararlanan taşınmazın maliki kim ise, irtifak hakkının sahibi de o'dur. Bu yüzden aslen ve devren ayırımına gidilmemiştir. Bu durum dikkate alınarak taşınmaza bağlı irtifakların kurulması "tescille" ve "tescilsiz" olmak üzere iki alt başlık altında ele alınmıştır.

A. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Tescille Kurulması

Medeni Kanun'da taşınmaza bağlı irtifakın kurulması kural olarak tapu kütüğüne yapılacak tescile tabi tutulmuştur (MK.m.780/I). Burada mutlak tescil ilkesi benimsenmiştir. Tapu kütüğüne yapılan tescil kurucu etkiye sahiptir; o yüzden taşınmaza bağlı irtifak ancak bu nitelikte bir tescille kurulabilir. Aksine bir ifade ile tapu kütüğüne böyle bir tescil yapılmadıkça taşınmaza bağlı irtifak kurulamaz[3].

Taşınmaza bağlı irtifakların tescil ile kurulmasında üç ayrı durum sözkonusudur. Bunlardan ilki taşınmaza bağlı irtifakların hukukî işlemle kurulması; ikincisi, malik lehine kurulması; üçüncüsü, iyiniyetli üçüncü kişi tarafından kazanılmasıdır[4].

1. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Üçüncü Kişi ile Yapılan Hukukî İşlem Sonucu Kurulması

Taşınmaza bağlı irtifakların kurulması, taşınmaz mülkiyetinin tescille edinilmesine ilişkin hükümlere tabi tutulmuştur (MK.m.780/II, 705/I, 706/I). Bu hükümler

---

3 STEİNAUER, II, N.2222.

4 STEİNAUER, II, N.2222.

uyarınca sözkonusu türden bir irtifak hakkının kurulabilmesi için önce bir iktisap sebebinin bulunması, sonra da bu sebebe dayanan bir tescil talebinde bulunulması ve tescil işleminin yerine getirilmesi gerekir.

a. İktisap Sebebi (Le titire d'acquisition)

İktisap sebebinden maksat, içinde müstakbel yüklü taşınmaz maliki tarafından taşınmazı üzerinde müstakbel yararlanan taşınmaz maliki lehine taşınmaza bağlı bir irtifak kurma taahhüdünün bulunduğu hukukî işlemdir[5]. Bu anlamdaki hukukî işlem ya bir sözleşmedir ya da belirli mal vasiyeti içeren ölüme bağlı bir tasarruftur. Hemen belirtmek gerekir ki, mirasçı nasbı tarzındaki ölüme bağlı tasarrufun bu tür irtifakın kurulmasında iktisap sebebi oluşturması sözkonusu değildir. Belirli mal vasiyeti bir vasiyet konusu olabileceği gibi, bir miras sözleşmesi konusu da olabilir. Sağlar arası bir işlem olan sözleşmeler ile ölüme bağlı bir işlem olan miras sözleşmesi iki taraflı; vasiyet ise tek taraflı bir hukukî işlemdir. İster iki taraflı, ister tek taraflı olsun sözkonusu sözleşmelerin yapılması veya mirasın açılmasıyla birlikte irtifak kurulmuş olmaz. Zira anılan işlemler, hak sahibine sadece işlem konusu taşınmaz üzerinde lehine irtifakın kurulmasını talep etme yetkisini veren, taşınmaz malikini de bunu yerine getirmekle yükümlü kılan borçlandırıcı işlemlerdir. İrtifak bu hukukî işlemlerden biri ile onu kurma taahhüdü altına girmiş bulunan taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunması üzerine tapu kütüğüne yapılacak tescille kurulmuş olur[6].

İrtifak hakkı kurma taahhüdünde bulunan taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olanların iznini almak zorunda değildir. Zira onların sıra düzeni içinde sahip oldukları öncelik derecesi haklarının korunması için yeterlidir[7]. Ancak taşınmazın cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde hakkının terkini riskine karşı tedbir almak isterse, bunun için irtifak hakkı sahibinin sırada kendinden önce gelen rehin hakkı sahiplerinin iznini alması gerekir[8]. Aksi takdirde bu riski üstlenmiş olur.

İrtifak kurma taahhüdü ayrı ve bağımsız bir sözleşme konusu yapılabileceği gibi, başka bir amaçla yapılmış sözleşmede yer alan buna ilişkin bir hüküm ile de yapılabilir. Meselâ, sıkça görüldüğü üzere, aynı malike ait iki taşınmazdan birine ilişkin satım sözleşmesinde taraflar aynı zamanda o taşınmaza bağlı diğeri üzerinde bir irtifakın kurulmasını da kararlaştırılabilirler. Böyle bir durumda satıcı, çoğunlukla kendisinde kalan taşınmazı üzerinde sattığı taşınmaza bağlı bir irtifak kurmayı taahhüt eder. Bu suretle taşınmaz, kendisine bağlı irtifakla birlikte satım konusu yapılmış olur (aditis servitutibus). Buna karşılık, satıcı önce satım konusu yapacağı taşınmazı üzerinde

5 PİOTET, 41.

6 STEİNAUER, II, N.2224.

7 PİOTET, 41; STEİNAUER, II, N.2226 b.

8 STEİNAUER, II, N.2226 b.

kendinde kalacak taşınmazına bağlı bir irtifak kurar, sonra da onu satabilir. Bu takdirde de taşınmaz irtifakla yüklü olarak satılmış olur (deductis servitutibus)[9].

Pratik hayatta taşınmaza bağlı irtifak kurma taahhüdü çoğunlukla sözleşme ile; nadiren de olsa, belirli mal vasiyeti tarzındaki ölüme bağlı tasarruf ile yapılmaktadır. Hangisi ile yapılırsa yapılsın, irtifak kurma taahhüdüne ilişkin hukukî işlemin, kurulmak istenen irtifakın bütün unsurlarını içermesi gerekir. Bu unsurların başında müstakbel yüklü taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde irtifak kurma taahhüdü gelmektedir. Ayrıca kurulacak irtifakın niteliği ve içeriği, yüklü ve yararlanan taşınmazın ada parsel numaraları, taraf iradeleriyle verilen yetkilere aleniyet kazandırılması, yüklü taşınmaz malikinin üstlendiği olumlu bir yan edim yükümü varsa, bunun mahiyeti ve şeklinin de sözkonusu hukukî işlemde yer alması gerekir. Eğer somut olayda bir zorunlu irtifakın kurulması sözkonusu ise bu husus da hukukî işlemde belirtilmelidir[10]. Keza irtifak, yüklü taşınmazın belli bir kısmı üzerinde kullanılacaksa, o kısmın da plan ve benzeri belgelerle hukukî işlemde açıklığa kavuşturulması zorunludur. Sözkonusu hukukî işlemlerde bulunması gereken unsurlara yeterli şekil ve açıklıkta yer verilmemişse tapu sicil müdürü, bu konuda kendisine yöneltilmiş olan tescil talebini reddetmelidir[11].

İrtifakın kurulması veya uygulanması için ödenmesi gereken bir bedel varsa, bu bedelin hukukî işlemde gösterilmesi zorunlu değildir[12]. Bununla birlikte müstakbel irtifak hakkı sahibi bir bedel ödeme taahhüdünde bulunmuşsa hukukî işlem bu taahhüde dayanılarak satım sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü böyle bir durumda belli bir bedel karşılığında mülkiyet hakkının devri taahhüt edilmediğinden TBK.m.207'de tanımı yapılan satım sözleşmesi sözkonusu olmaz; dolayısıyla burada ancak kendine özgü yapısı olan (sui generis) isimsiz bir sözleşme bahis konusu olur. Bununla birlikte satım sözleşmesindeki tekeffüle ilişkin hükümler (TBK.m.219 vd.) burada, doğrudan doğruya olmasa bile, dolayısıyla, yani kıyas yoluyla uygulanabilir. Eğer irtifak kurma taahhüdü, bir karşı edim, özellikle bir bedel olmaksızın yapılmışsa, o takdirde bu taahhüt bir bağış sözü (hibe vaadi) (TBK.m.288/II) olarak kabul edilmeli ve bağış sözüne ilişkin hükümler (TBK.m.288 vd.) kıyasen uygulanmalıdır[13].

Hukukî işlemin tabi olduğu geçerlilik şekline gelince, bu konuda irtifak kurma taahhüdü içeren işlemin ölüme bağlı veya sağlar arası olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Eğer irtifak kurma taahhüdü ölüme bağlı bir tasarruf konusu yapılmış-

---

9 STEİNAUER, II, N.2225; ATF 122 III 150-158=JdT 1997 I 665-672.

10 STEİNAUER, II, N.2226; PİOTET, 42.

11 PİOTET, 42; STEİNAUER, II, N.2226, dn.64; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 59.

12 STEİNAUER, II, N.2226 a; aksi görüşte PİOTET, 42.

13 PİOTET, 41 vd, 45 vd.; STEİNAUER, II, N.2226 c; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58 vd.

sa, uygulanması gereken geçerlilik şekli, bu tür tasarrufların tabi olduğu kendilerine özgü geçerlilik şeklidir (MK.m.531 vd.)[14]. Meselâ içinde irtifak kurma taahhüdü bulunan ölüme bağlı tasarruf bir vasiyetname ise ya resmî (MK.m.532 vd.) ya el yazısı ile (MK.m.538) ya da sözlü (MK.m.539 vd.); bir miras sözleşmesi ise resmî vasiyetname şeklinde (MK.m.545 vd.) yapılması gerekir. Buna karşılık irtifak kurma taahhüdü, sağlar arası bir işlem konusu yapılmışsa, o takdirde bu işlemin geçerliliği resmî şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır (MK.m.781)[15]. Sağlar arası bu tür işlemlere "irtifak sözleşmeleri" (le contrat de servitude) denilmektedir[16]. Bu anlamdaki irtifak sözleşmelerine resmiyet vermeye tapu sicil müdür veya memurları yetkilidir (Tapu K.m.26/I). Yetkili tapu sicil müdürü veya memuru irtifak kurma taahhüdü veya vaadine ilişkin resmî senedi, kısaca irtifak sözleşmesini taraflarla birlikte hazırlayıp imza altına alır (Tapu K. m.26/III). Bu suretle düzenlenen resmî senet eğer irtifak kurma vaadi içeriyorsa, o takdirde yetkili tapu sicil müdür veya memurunun bunu tapu siciline re'sen şerh ettirmesi gerekir (Tapu K.m.26/IV). Görülüyor ki, yetkili tapu sicil müdür veya memurları irtifak sözleşmesini re'sen düzenlemekle görevli ve yükümlüdürler. Aksi takdirde, yani onama biçiminde düzenlenmiş bu tür resmi senetler taşınmaza bağlı irtifakın kurulması bakımından geçersizdir; dolayısıyla böyle bir senede dayanılarak tapu kütüğünde yapılmış irtifak tescili de yolsuzdur.

İrtifak sözleşmelerinin tabi olduğu geçerlilik şekli konusunda Türk Hukuku ile İsviçre Hukuku arasında bir farklılaşma oluşmuştur. Zira İsviçre Hukuku'nda irtifak sözleşmelerinin geçerliliği için yazılı şekil yeterli görülmektedir (İMK.m.732)[17] . Yazılı şekil şartı, zorunlu irtifaklar için de aynen geçerlidir[18]. Ancak taraflar isterlerse, geçerliliği yazılı şekle tabi kılınmış bu tür sözleşmeleri, kanunun öngördüğünden daha sıkı bir şekle, meselâ özellikle resmî bir şekle tabi tutabilirler[19]. Buna karşılık, taşınmaz üzerinde sürekli ve bağımsız üst hakkı (İMK.m.779 a), rehin ve taşınmaz yükü (İMK.m.783/III) kurma taahhüdü, taşınmaz üzerinde intifa ve oturma hakkı tanıma taahhüdü (İMK.m.746/II ve 776/III), ivazsız bir iritfak kurma vaadi (İBK.m.243/II), keza mülkiyet hakkının kanundan doğan takyitlerinin değiştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin sözleşmeler (İMK.m.680/II) resmî şekle tabi tutulmuştur[20]. İsviçre Hukukunda irtifak sözleşmelerinin geçerlilik şekli konusundaki bu farklı düzenleme ve tutumlar, pratik hayatta çıkaracağı zorluklar dolayısıyla isabetli bulunmamaktadır[21]. Her iki ülkede yapılan düzenlemelerden İsviçre kanun koyucu-

14 STEİNAUER, II, N.2227 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 59.

15 Ayrıca bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58.

16 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58; PİOTET, 41 vd.

17 Ayrıca bkz. PİOTET, 43; STEİNAUER, II, N.2228 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 58 dn.1.

18 PİOTET, 43 vd.; STEİNAUER, II, N.2229 a.

19 PİOTET, 44.

20 PİOTET, 43 vd.; STEİNAUER, II, N.2230 vd.

21 STEİNAUER, II, N.2232.

sunun irtifakların kurulmasını kolaylaştırmak[22], Türk kanun koyucusunun iş güvenliğini sağlamak istediği anlaşılmaktadır.

b. İktisap İşlemi (L'operation d'acquisition).

İktisap sebebi bir borçlandırıcı işlemdir. Bu işlemle müstakbel yüklü taşınmaz maliki, müstakbel yararlanan taşınmaz malikine karşı kendi taşınmazı üzerinde irtifak kurma borcu altına girer. Onun için borçlandırıcı nitelikte olan böyle geçerli bir iktisap sebebinin varlığı tek başına irtifakın kurulması sonucunu doğurmaz ve bu suretle irtifakın müstakbel yararlanan taşınmaz maliki tarafından iktisap edilmesine yol açmaz. Bunun için ayrıca borçlu müstakbel yüklü taşınmaz malikince tescil talebinde bulunulması ve tapu idaresince bu talebe dayanan bir tescilin de yerine getirilmesi gerekir[23]. Tescil talebinde bulunulması ve tescilin yerine getirilmesi ile birlikte taşınmaza bağlı irtifak kurulmuş ve aynı anda da yararlanan taşınmaz malikince iktisap edilmiş olur. O yüzden burada çift kurucu unsuru olan[24] bir tasarruf işlemi söz konusudur[25]. Kurucu unsurlardan ilki tescil talebi, ikincisi tapu kütüğüne işlenecek olan tescildir. Bu iki unsurdan birisinin söz konusu olmadığı durumlarda geçerli bir hukukî sebep bulunsa bile, taşınmaza bağlı irtifak kurulmuş, dolayısıyla onun iktisabı da gerçekleşmiş olmaz. Söz gelimi, tescil talebinde bulunulduğu halde henüz tapu kütüğüne bununla ilgili bir tescil yapılmamışsa, irtifak kurulmaz. Bunun aksine, hiçbir tescil talebi bulunmadığı halde, her nasılsa tapu kütüğüne irtifaka ilişkin bir tescil yapılmışsa, bununla gene irtifak kurulmuş olmaz. Zira böyle bir tescil gerçek hak durumunu göstermeyen "yolsuz (geçersiz) bir tescil" oluşturur. Aynı şekilde, tescil talebi ve tescilden oluşan tasarruf işlemi, sebebe bağlı (illî) olduğundan irtifakın kurulması taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlemdeki (hukukî sebepteki) sakatlıklar, tapu kütüğüne işlenen tescilin yolsuz olması sonucunu doğurur (MK.m.1025)[26]. Yolsuz tescil taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasına ve lehine kayıt yapılan yararlanan taşınmaz maliki tarafından iktisabına sebep olmaz. Bununla birlikte sözkonusu yolsuz tescil MK.m.1023 uyarınca yararlanan taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişilerce irtifakın iktisap edilmesine imkân verir. Buna karşılık, yüklü taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişi bakımından aynı sonuç sözkonusu olmaz; yolsuz tescil bu niteliğini korur ve onun terkini her zaman istenebilir[27]. Yeter ki, daha önce üzerinde irtifaka ilişkin tescil kaydı bulunan yararlanan taşınmaz üçüncü bir kişi tarafından iktisap edilmiş olmasın.

---

22 STEİNAUER, II, N.229.

23 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61.

24 EREN, 121 vd.

25 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 821.

26 Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 821.

27 Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 824 vd.

aa. Tescil Talebi

Tescil talebi, irtifak kurma borcu altına giren yüklü taşınmaz maliki veya onun yetkili temsilcisi tarafından tapu idaresine hitaben yazılı olarak yapılmalıdır (MK.m.1013, TST.m.18/IV, VI). Keza tescil talebinde bizzat bulunan veya temsil olunan kimse, üzerinde irtifak kurulması istenen taşınmazın tapu kütüğü sayfasında malik olarak kayıtlı olmalıdır (TST.m.19/I)[28]. Ayrıca tescil talebinde bulunan kimse fiil ehliyetini haiz (TST.m.19/I) ve tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Her şeyden önce fiil ehliyetini haiz olan yüklü taşınmaz maliki, iflas, haciz veya benzeri bir sebep yoksa, tasarruf yetkisine sahiptir; bu yüzden o bizzat tescil talebinde bulunabilir. Malikten başka onun yetkili temsilcisi de tasarruf yetkisine sahip olabilir. Temsilcinin bu yetkisi kanundan veya rızadan doğabilir. Meselâ veli, vasi, icra veya vasiyeti yerine getirme görevlisi veya terekeyi resmen tasfiye ile memur edilen kimsenin (MK.m.342/III, 444, 445/II, 462/I.b.1, 550 vd., 632 vd.); kanun ile verilen temsil yetkisi; buna karşılık vekil ise rıza ile verilen temsil yetkisi (TST.m.18/IV) uyarınca tasarruf yetkisine sahiptir; onlar da bu yetkilerine dayanarak tescil talebinde bulunabilirler. Rızaî temsilde bu yetki özel olarak belirtilmelidir (TBK.m.504/III)[29].

Tescil talebi yazılı olarak yapılmalı (MK.m.1013, TST.m.16/I) ve ayrıca hiçbir kayıt ve şarta bağlı kılınmamalıdır (TST.m.16/II)[30]. Uygulamada borçlandırıcı işlem için düzenlenen resmî senette çoğunlukla tescil talebine de yer verilmektedir[31]. Bu yer verme de tescil talebinin yazılı yapılma şartının yerine getirilmesi için yeterlidir. Böyle bir durumda artık ayrı bir tescil talebinde bulunmaya gerek yoktur. Ayrı bir tescil talebinde bulunmaya gerek göstermeyen KMK.m.13'ün hükmünü burada uygulamaya imkân yoktur. Zira anılan hüküm bir binanın bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasıyla ilgilidir. Burada ise, sözkonusu olan kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulması değil, aksine hâlen mevcut olan bir kat mülkiyeti konusu bağımsız bölüm üzerinde taşınmaza bağlı bir irtifakın kurulmasıdır. Meselâ üst katta oturan bir malikin alt katta oturan malik lehine günün belli saatlerinde gürültü yapmama yükümlülüğünü üstlendiği bir irtifakta durum böyledir. Böyle bir durumda irtifakın kurulabilmesi için gürültü yapmama yükümlülüğünü üstlenmiş olan üst kat malikinin ayrıca yazılı tescil talebinde bulunmasına ihtiyaç vardır.

bb. Tescil

Yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde yapılan tescil talebi önce yevmiye def-

---

28 STEİNAUER, II, N.2233.

29 ÜNAL/BAŞPINAR, 344 vd.

30 STEİNAUER,I, N.721, 721/b; DESCHENAUX, 232; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 200, N. 848.

31 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 200, N.847.

terine kaydedilir (TST.m.23/II, a), sonra da ilgili taşınmazın tapu kütüğü sayfasına aynı tarih ve yevmiye numarasıyla tescil edilir (TST.m.27).

Taşınmaza bağlı irtifakda iki ayrı taşınmaz olduğuna göre, tescil, bunlardan hangisinin tapu kütüğü sayfasına yapılacaktır? 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilmeden önce bu konuyla ilgili kanunda bir boşluk var idi. Bu boşluk, konuyu düzenleyen ve taşınmaza bağlı irtifak hakkının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilini öngören İMK.m.968'ın hükmünün önceki Medeni Kanun'a zuhulen (unutkanlık eseri olarak) alınmamış olmasından doğmuştur. Ayrıca konuya ilişkin İTST.m.35 eksik tercüme edilerek TSN.m.36 oluşturulmuştur. Sözkonusu madde metninden ilk bakışta taşınmaza bağlı irtifak haklarının yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği anlamı çıkmaktadır. Oysa gerek önceki Medeni Kanun'a alınmayan İMK.m.968'de, gerek eksik tercüme edilen İTST.m.35'de taşınmaza bağlı irtifak haklarının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği öngörülmektedir. İşte bu durum karşısında Türk doktrininde iki görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüş eksik tercüme edilerek oluşturulan TSN.m.36'nın ilgili hükmünü yok sayarak taşınmaza bağlı irtifak hakkının yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmek suretiyle kurulmasının sağlanmasını, bu hakkın kurulduğunu bildirmek üzere de yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki beyanlar hanesine kaydının yapılmasını ileri sürmüştür[32]. Buna karşı olan diğer bir görüş ise, tercüme eksikliğine rağmen TSN.m.36 uygun yorumlanarak İsviçre'de olduğu gibi, bizde de taşınmaza bağlı irtifakın her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi gerektiğini savunmuştur[33]. Bu son görüş doktrinde baskın görünmektedir[34]. Baskın görüş yerinde ve isabetlidir. Zira 2 Ekim 1930 tarihli Tapu Sicil Nizamnamesi'nin konuya ilişkin 36.maddesinin ilk fıkrasından, eksik tercüme ve ifade zaafına rağmen, ilk ve ikinci cümlesi birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde taşınmaza bağlı irtifak hakkının her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim uygulamanın bu yönde olduğu da anlaşılmaktadır[35].

Bugün artık sözkonusu görüş ayrılıklarına gerek kalmamıştır. Zira bir taraftan İsviçre Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin 968.maddesi olduğu gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na alınmış ve bu madde ile taşınmaza bağlı irtifakın her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edileceği hükme bağlanmış (MK.m.1018), diğer taraftan bu tescilin nasıl yapılacağı önce 07.06.1994 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (öTST.m.30/III), sonra da 22.07.2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü'nde (TST.m.30/

---

32 BERTAN, II, N.16.

33 CANSEL, 92; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 61, dn 5c; AKİPEK II, 59; Y 8 HD. 13.12.1978,8297/10409 (YKD. 1979, sy.4, sh.513).

34 Geniş bilgi için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 823 vd.

35 ESMER, 722 vd.

III) açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu son düzenlemeye göre taşınmaza bağlı irtifak hakları (h) harfi ile yararlanan; (m) harfi ile yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasının irtifak haklarına ayrılmış özel sütununa tescil edilir. Bu tescilde (h) harfi hakkı, (m) harfi mükellefiyeti (yükümlülüğü) ifade eder. Ayrıca yararlanan taşınmazın ilgili sütununda yüklü taşınmazın kütük sayfası; yüklü taşınmazın ilgili sütununda yararlanan taşınmazın kütük sayfası gösterilir. Böylece iki kütük sayfası arasında gerekli irtibat sağlanmış, hak sahibi ve yükümlü kimse belirlenmiş olur. Keza her iki tescilde de irtifakın niteliği belirtilir. Bu durumda yararlanan taşınmazın hali hazır maliki hak sahibi olduğundan onun adını tescilde belirtmeye gerek olmadığı gibi, evvelce uygulandığı gibi[36] ilgili taşınmazların ada ve parsel numaralarını yazmaya da gerek yoktur.

Sözkonusu tescil, her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacağına ve tescil de bir aynî hakkın doğumuna yol açan bir tapu sicili işlemi olduğuna göre, acaba bu tescillerden hangisi irtifakın kurulmasına ve iktisabına sebep olmaktadır? Başka bir ifade ile hangi taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescil kurucu etkiye sahiptir? Konu İsviçre doktrininde tartışılmıştır. Türk Hukuku bakımından da geçerli olan bu tartışmaları üç görüş etrafında toplamak mümkündür.

Eski bir görüş[37] Medeni Kanun'un açık hükmü (MK.m.1018, İMK.m.968) uyarınca tescilin yararlanan ve yüklü taşınmazların tapu kütüğü sayfalarına yapılması gerektiğini, ancak bu iki tescil işleminin tamamlanmasından sonra irtifak hakkının doğacağını, bu taşınmazlardan yalnız birinin tapu kütüğü sayfasına yapılan tescilin irtifakın doğumuna yol açmayacağını ileri sürmektedir[38]. İkinci bir görüş taşınmaza bağlı irtifak hakkının doğumunu ancak yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescille mümkün görmektedir. Bu görüşe göre irtifak hakkı yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmemiş olsa bile, irtifak tescili bulunan yararlanan taşınmazın iyiniyetle iktisabı irtifak hakkının kazanılması için yeterlidir[39]. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğündeki tescil devam ettiği sürece, iyiniyetli üçüncü kişi, üzerindeki irtifak hakkına ilişkin tescil terkin edilmiş yüklü taşınmazı irtifakla yüklü olarak devralmış olur. Zira yararlanan taşınmaza bağlı sözkonusu irtifak hakkı bu taşınmazın sicilinde mevcudiyetini korumaktadır. Üçüncü bir görüş ise taşınmaza bağlı irtifakın kurulması için yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescili yeterli bulmaktadır. Bu görüşün taraftarları yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilin yapılıp yapılmamasının irtifak hakkının doğumunu etkilemiyeceğini, bu tescilin ancak kamuya açıklığı ve iki irtifakın kayıtlı bulundukları sayfalar arasındaki

---

36 ESMER, 722 vd.

37 DESCHENAUX, 91 dn.26.

38 WİELAND, II, Art.968; LEEMANN, Art.731, N.20; HOMBERGER/MARTİ, FJS, N.564, 7; OSTERTAG, Art.968, N.1, Ayrıca bkz. DESCHENAUX, 91 dn.26; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 821 vd., PİOTET, 48 dn.33.

39 SCHİLLER, 24 (GÜRSOY/EREN/CANSEL 823'den naklen).

bağlantıyı sağlayacağını, bunun bir düzen kuralı olarak (comme une prescription d'ord) görülmesi gerektiğini ileri sürmektedirler[40].

Bu konuda Federal Mahkeme kararsız görünmektedir[41].

Bu doktriner tartışmalar pratik sonuçları olmayan tartışmalar değildir; aksine önemli pratik sonuçları vardır. Bu cümleden olarak, meselâ ilk görüş esas alındığında, tescil her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılmadıkça irtifak hakkı kurulmuş olmayacaktır. O takdirde bu taşınmazlardan sadece birinin tapu kütüğü sayfasına yapılan tescil irtifakın kurulması sonucu doğurmayacak ve bu sebeple yolsuz tescil sayılacaktır. Bu durumda çeşitli ihtimallerin[42] akla gelmesi sözkonusudur. Meselâ irtifak tescili yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılması, buna karşılık yüklü taşınmazın tapu kütüğüne yapılmaması ilk görüşe göre, yararlanan taşınmazı iyiniyetle devralan kimse, bununla yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı elde etmiş olur. Buna karşılık, sayfasında irtifak tescili olmayan yüklü taşınmazı iyiniyetle devralan kimse, söz konusu taşınmazı irtifaktan ari olarak devralmış olmaz, aksine o taşınmazı irtifakla yüklü olarak devralmış olur. Bu durum onun iyiniyetinin korunmadığı anlamına gelir.

Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki tescili esas alan ikinci görüş yönünden de aynı sonuçlara varmak gerekir. Üçüncü görüş yönünden ise, yukarıda zikredilen ihtimalde yararlanan taşınmaz üzerinde mevcut yolsuz tescil tek başına yüklü taşınmaz üzerinde iyiniyetle irtifakın kazanılmasına yol açmaz. Bu imkânı ancak yüklü taşınmaz üzerindeki yolsuz irtifak tescili, yararlanan taşınmazı iyiniyetle devralan üçüncü kişilere sağlar. Zira taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasında esas olan yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescildir[43]. Baskın olan bu son görüşe biz de katılıyoruz. Zira yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan irtifak tescilinin esas alınması şahsi irtifaklarla bu konuda paralelliği sağlar ve tescili, teknik ve dar anlamına[44] uygun hale getirir. Öte yandan yararlanan taşınmaz üzerindeki irtifak tesciline, irtifakla sözkonusu taşınmaz arasındaki bağı sağlaması ve bu bağa aleniyet kazandırma fonksiyonu anlamı yüklenmesi, bu anlamla sınırlı tutulması, çıkma ihtimali olan uyuşmazlıklara engel olur. Doğrusu bu anlama sahip bir tapu sicili işlemi niteliği itibariyle tescil değildir. Onun için bu kaydın yararlanan taşınmazın irtifaklar

---

40 LİVER, Art.731, N.55 vd., TUOR/SCHNYDER/SCHMİD, 780; PİOTET, 67 vd.; STEİNAUER, II, N.2234. ATF 95 II 605-614=JdT 1971 I 255; ATF 97 II 37-42=JdT 1972 I 331-336. Bkz. DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 48 dn.33.

41 ATF 95 II 605-614=JdT 1971 I 255; ATF 97 II 37-42=JdT 1972 I 331-336. Bkz. DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 48, dn.33.

42 Bu ihtimaller için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 822 vd.

43 STEİNAUER, II, N.2234 vd.; DESCHENDAUX, 91, dn.26; PİOTET, 47 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 790 vd., N.2794.

44 Bkz. ÜNAL/ BAŞPINAR, 286 vd.

sütununa değil de, beyanlar hanesine yapılması gerekir. Umarız ileride bu yönde gerekli yasal değişiklik ve düzenlemeler yapılır.

2. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Malik Lehine Kurulması

Bilindiği üzere Türk-İsviçre hukuk sistemi, iki taşınmaza malik olan bir kimsenin, bunlardan biri üzerinde diğerine bağlı irtifak hakkı kurmasına imkân vermektedir (MK.m.782). Genellikle bu, malikin taşınmazlardan birini satmadan veya onun üzerinde ipotek kurmadan önce diğerine bağlı irtifak hakkı kurması halinde sözkonusu olur[45]. Bu suretle kurulan irtifaka malik lehine taşınmaza bağlı irtifak denir.

Malik lehine taşınmaza bağlı irtifakın kurulması da bir tescille iktisap halidir. Zira bu halde de irtifak hakkının kurulup iktisap edilebilmesi için malik tarafından yazılı bir tescil talebinde bulunulması ve bunun tapu sicil müdürlüğünce her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi gerekir. Yapılan tescille birlikte irtifak hakkı da kurulmuş olur. Talep ve tescil şartı gerçekleşmeden malik lehine taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulmaz ve iktisap konusu olmaz.

Taşınmaza bağlı irtifakın bu suretle kurulmasının hukukî işlemle kurulmasından yegane farkı ayrı bir iktisap sebebinin bulunmaması ve bununla ilgili ayrı bir senet tanzimine ihtiyaç olmamasıdır. Burada iktisap sebebi her iki taşınmazın maliki olan kimsenin iradesinde mündemiçtir. Bu irade malikin tapu idaresine yönelttiği tescil talebiyle açığa vurulmuş olur. Sözkonusu iradenin açığa vurulması tek taraflı bir hukukî işlem (une juridique unilateral) oluşturur. Bu işlem, her iki taşınmazın maliki olan kimse tarafından tapu müdürlüğüne yazılı olarak yapılan taleple gerçekleşir [46]. Böyle bir talebe muhatap olan tapu idaresince yapılacak olan husus, bir irtifak sözleşmenin de bulunması gereken unsurların tescil talebinde olup olmadığını araştırmak[47]; sözkonusu …var ise, malik lehine irtifakın tescilini yapmak, yok ise talebi reddetmektir.

3. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Yararlanan Taşınmazın İyiniyetli Üçüncü Kişi Tarafından İktisabı Sonucu Kurulması

Gerek yüklü taşınmazın, gerek yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfalarına yapılan tescil, ehliyetsizlik, yetkisizlik, şekil eksikliği, hukuka veya ahlaka aykırılık, imkânsızlık gibi sebeplerle yolsuz (geçersiz) olabilir. Yolsuz olan böyle bir tescil ile taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulmuş olmaz. Bununla birlikte hukukumuzda yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak bir aynî hak edinebilme imkânı üçüncü kişilere tanınmış-

45 STEİNAUER, II, N.2235; PİOTET, 49. vd.

46 PİOTET, 50.

47 STEİNAUER, II, N.2236.

tır. Bu imkânı tanıyan MK.m.1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü bir kişi gerçekte geçerli olmayan yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki tescilin geçerliliğine güvenerek yararlanan taşınmazı devralacak olursa, bununla sözkonusu tescil geçerlilik kazanır ve taşınmaza bağlı irtifak hakkı kurulur ve aynı anda da üçüncü kişi tarafından iktisap edilmiş olur. Buradaki iyiniyet sübjektif iyiniyettir. Bu iyiniyet yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki taşınmaza bağlı irtifaka ilişkin tescilin yolsuzluğunu bilip bilmemek veya bilebilecek durumda olup olmamakla ilgilidir. Daha açık ifadesiyle, yararlanan taşınmazı, hali hazır sahibinden devralan üçüncü kişi, yüklü taşınmazın tapı kütüğü sayfasındaki irtifaka ilişkin tescilin yolsuzluğunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, iyiniyetli; biliyorsa veya bilebilecek durumda ise kötü niyetlidir. İşte burada aranan sübjektif iyiniyet, bu anlamda bir iyiniyettir. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaka ilişkin yolsuz tescile iyiniyetle dayanma aynı sonucu sağlamaya, yani o tescilde yüklü taşınmaz olarak görünen taşınmaz üzerinde bu suretle irtifak hakkının kurulmasına ve iktisabına imkân vermez. Zira irtifakın kurulmasına ve iktisabına yol açan tescil, yukarda açıklandığı üzere, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescildir. Yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılan tescilin kurucu etkisi yoktur, sadece o iki taşınmaz arasındaki bağın varlığını ve açığa vurulmasını sağlar. Böyle bir durumda yararlanan taşınmazı devralan üçüncü kişi, uğradığı zararlar için devletin (MK.m.1007) ve devredenin (BK.m.112 vd.) sorumluluğu cihetine gidebilir. Bunun gibi yüklü taşınmaza, üzerindeki irtifaka ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan iyiniyetli üçüncü bir kişi devralacak olursa, o bununla sözkonusu irtifakın kurulmasına ve yararlanan taşınmaz malikince iktisabına sebep olmaz. Zira aksi durum, kendi aleyhine olan bir yükümlülüğün yüklü taşınmaz malikince iyiniyetle edinilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum MK.m.1023'de öngörülmüş ve korunmuş değildir. Yüklü taşınmazı bu suretle devralan yeni malik, yararlanan taşınmazı iyiniyetle üçüncü bir kişi devralana kadar, tapu kütüğündeki yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebilir. İyiniyetli üçüncü kişi tarafından yararlanan taşınmazın iktisabı sonucu yolsuz tescil edilen taşınmaza bağlı irtifak iktisap edilmişse, o takdirde yüklü taşınmaz maliki devletin sorumluluğu (MK.m.1007) cihetine gidebilir[48].

Açıklandığı şekilde taşınmaza bağlı irtifakın kurulması da bir tescille iktisap hali oluşturmaktadır. Zira yolsuz da olsa, taşınmaza bağlı irtifakın kurulabilmesi ve iktisap edilebilmesi için mutlaka daha önce yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına işlenmiş bir tescilin bulunması gerekir. Aksi takdirde, bu suretle bir iritfakın kurulması ve iktisabı sözkonusu olmaz. Unutulmamalıdır ki, böyle bir sonucun doğması için irtifak hakkını bu suretle iktisap edenin üçüncü kişi olması, üçüncü kişinin iyiniyetli bulunması ve onun yararlanan taşınmazı geçerli bir şekilde devralması, iyiniyetinin yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki (yolsuz) tescile dayanması gerekir.

---

48 STEİNAUER, II, N.2237, 2239.

B. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Tescilsiz Kurulması

MK.m.780/II'de taşınmaz mülkiyetine yapılan yollama dolayısıyla bu maddenin 3.fıkrasında ve MK.m.705/II'de zikredilen hallerde taşınmaza bağlı irtifak hakkı tescilsiz olarak iktisap edilmiş olur. Böyle hallerde henüz tapu kütüğüne irtifakla ilgili bir tescil yapılmadan irtifak hakkı doğmuş ve hak sahibince iktisap edilmiş olmaktadır; daha sonra yapılacak olan tescil kurucu değil, açıklayıcı bir niteliğe sahiptir. Sözkonusu maddelerde (MK.m.780/II ve III, 705/II) sayılan taşınmaza bağlı irtifakın tescilsiz iktisabına yol açan haller, zamanışımı, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ve kanunda öngörülen diğer hallerdir.

1. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Zamanaşımı ile İktisabı

MK.m.780/II ve III ile yapılan yollamadan taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımıyla iktisabına ilişkin hükümlerin (MK.m.712-714) taşınmaza bağlı irtifaklara kıyas yoluyla[49] uygulanabileceği anlamı çıkmaktadır. Zira maddenin üçüncü fıkrasında "irtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması, ancak mülkiyeti bu yolla elde edilebilecek taşınmazda mümkündür" denilmektedir. Bu metnin muhtevası uzun zaman tartışılmıştır. Bazı yazarlar bu metinden maliki olmayan sahipsiz taşınmazlarda zamanaşımıyla taşınmaza bağlı irtifakın iktisap edilebileceği sonucunu çıkarmışlardır. Böyle bir sonuç maliki bulunan sahipli taşınmazlar üzerinde taşınmaza bağlı irtifakın olağan zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Oysa kanunun anlamı böyle değildir; aksine kanun, taşınmaza bağlı olanlar da dahil, bütün irtifakların iktisabını, mülkiyetin bu yolla iktisabına ilişkin şartlara bağlamıştır. Bu bakımdan MK.m.780/III özel bir muhtevaya sahip değildir[50].

Taşınmaza bağlı irtifaklar, taşınmazlar gibi iki şekilde zamanaşımıyla iktisap edilirler. İki şekilden maksat olağan ve olağanüstü zamanaşımıyla iktisaptır[51]. MK.m.712'deki şartların gerçekleşmesi halinde olağan zamanaşımı (sicil zamanaşımı) ile; MK.m.713'deki şartların gerçekleşmesi halinde olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaza bağlı irtifak iktisap edilmiş olur[52]

a. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Olağan Zamanaşımıyla İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifakın olağan zamanaşımıyla iktisabı, taşınmazın bu yolla iktisabıyla aynı şartlara tabidir. Buna göre bir taşınmaza bağlı irtifakın bu suretle iktisabı aşağıdaki şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

---

49 STEİNAUER, II, N.2239, 2242.

50 STEİNAUER, II, N.2239; LİVER, Art.731, N.116 vd.; REY, Art.731, N.147 vd.

51 STEİNAUER, II, N.2240.

52 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62; Y 8 HD. 04.12.1980, 11065/1140 (YKD. 1981,sy.2,sh.183).

aa. Her şeyden önce, ilerde üzerinde olağan zamanaşımıyla irtifak hakkı iktisap edilecek olan yüklü taşınmazın tapu kütüğünde kayıtlı olması gerekir[53]. Henüz tapu kütüğüne kaydedilmemiş olan bir taşınmaz üzerinde bu tür irtifakın olağan zamanaşımıyla iktisabı sözkonusu olmaz. Zira irtifakın kurulmasına ve iktisabına neden olan tescil, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yapılacak olan irtifak tescilidir. Bu tescilin yapılabilmesi için öncelikle yüklü taşınmazın tapu kütüğünde kayıtlı olması gerekir. Taşınmaza bağlı irtifakın kurulması ve iktisabı kamu emlakı üzerinde de söz konusu olabilir[54]. Ancak bunun için öncelikle sözkonusu kamu emlakının tapu kütüğüne kaydı gerekir. Aksi takdirde, irtifakın olağan zamanaşımıyla iktisabından söz edilemez.

bb. Taşınmaza bağlı irtifak yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa tescil edilmiş olmalıdır. Bu tescilin yolsuz (geçersiz) bir tescil olması gerekir. Tescilin yolsuzluğuna çoğunlukla TBK.m.27'de sayılan sebeplerle sakatlanmış bir iktisap sebebi yol açar. Bu cümleden olarak şekil eksikliği, ehliyetsizlik, yetkisizlik, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık gibi herhangi bir sebeple sakatlanmış iktisap sebebine binaen yüklü taşınmazın irtifaklar sütununa yapılmış olan tescil yolsuzdur. Bununla birlikte, tescil talebi olmadan veya yanlışlıkla yapılan tescil de yolsuzdur. Meselâ tescil talebi olmadan tapu kütüğüne yapılan irtifak tescili yolsuz olduğu gibi, (A) yüklü taşınmazının tapu kütüğü sayfasına yapılacak yerde, yanlışlıkla (B) taşınmazının tapu kütüğü sayfasına yapılan irtifak tescili de yolsuzdur. Bütün bu hallerde, yararlanan taşınmaza bağlı olarak yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilen irtifak hakkı şeklen (görünürde) var, maddeten (aynî olarak) yoktur[55].

cc. Yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yolsuz olarak tescil edilmiş irtifaka, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olmalıdır[56]. İrtifaka zilyetlik, irtifak hakkının fiilen kullanılmasından ibarettir (MK.m.973/II) [57]. Bu tür bir zilyetlik, yüklü taşınmaz üzerinde aktif bir davranışta bulunmaya imkânı veren olumlu irtifaklarda mümkündür. Meselâ yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına yolsuz tescil edilmiş bir geçit irtifakına, her gün oradan gelip geçen yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyettir. Onun bu zilyetliği bir eşya zilyetliğidir bir başka ifade ile fiilen (eylemli) bir zilyetliktir. Bu konuda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, irtifak hakkı sahibine yüklü taşınmaz üzerinde aktif bir davranışta bulunmasını gerektirmeyen olumsuz irtifaklarda böyle bir zilyetliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda bir tereddüt sözkonusu olabilir. Bu konuda da tereddüde

---

53 STEİNAUER, II, N.2241 b.

54 STEİNAUER, II, N.2241 b.

55 GÜRSOY/EREN/CANSEL, 628 vd.; STEİNAUER, II, N.2241 c.

56 GÜRSOY/EREN/CANSEL, 829; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.; STEİNAUER, II, N.2241 d.

57 STEİNAUER, II, N.2241 d.

gerek yoktur. Zira olumsuz irtifaklarda bu tür bir zilyetliğin gerçekleşmesi için yüklü taşınmaz malikinin tapu kütüğüne yolsuz tescil edilmiş irtifak hakkına uygun davranması ve bu sebeple kanundan doğan hak ve yetkilerini kullanmaktan kaçınması yeterlidir. Bunun gibi, yüklü taşınmaz maliki yolsuz tescil edilmiş olumsuz irtifaka aykırı davrandığı zaman tapuda irtifak hakkı sahibi görünen iyiniyetli kimse tarafından irtifaka uygun davranması istenmiş, bu konuda dava veya icra yoluna başvurulmuşsa, sözkonusu anlamda bir zilyetlik gene gerçekleşmiş sayılır[58]. Meselâ, arka taraftaki yolsuz tescil edilmiş taşınmaz maliki lehine tapuda manzara irtifakı ile yüklü taşınmaz maliki, arka tarafta bulunan yararlanan taşınmazın manzarasını kapatacak inşaat yapmaktan veya perdelemekten kaçınmışsa yahut yaptığı böyle bir inşaat ve perdeleme üzerine yararlanan taşınmaz malikinin itirazına veya davasına maruz kalmışsa, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibi sıfatı ile zilyetliği bu suretle gerçekleşmiş olur. Onun bu tür zilyetliği bir hak zilyetliği oluşturur.

dd. Yararlanan taşınmaz malikinin bu zilyetliği iyiniyetli ve irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olmalı, 10 yıl davasız ve aralıksız sürmelidir. Buradaki iyiniyetten maksat sübjektif iyiniyettir. Daha açık ifadesi ile yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki taşınmazına bağlı irtifaka ilişkin tescilin yolsuz olduğunu bilmemesi yahut bilebilecek durumda olmamasıdır. Aksi takdirde iyiniyet sözkonusu olmaz.

Öte yandan burada aranan zilyetlik malik sıfatıyla değil, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan zilyetliktir[59]. Bunun anlamı yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazı kullanır ve ondan yarar elde ederken irtifak hakkı sahibi olduğu bilincine sahip olması ve bu bilinçle hareket etmesidir. Aksi takdirde bu şart yerine gelmemiş olur. Meselâ malik sıfatı ve bilinci ile hareket eden veya irtifak hakkı sahibi olduğu bilincine sahip olmayan bir taşınmaz maliki irtifak hakkını bu yolla iktisap edemez.

Yararlanan taşınmaz malikinin iyiniyetli ve irtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan bu zilyetliğinin davasız ve aralıksız 10 yıl sürmesi gerekir. Buradaki davasızlık tan maksat yüklü taşınmaz maliki tarafından kendi taşınmazı üzerindeki irtifaka ilişkin yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının açılmamış olmasıdır (MK.m.2025). Aynı şekilde MK.m.683/II uyarınca yüklü taşınmaz maliki tarafından yararlanan taşınmaz maliki aleyhine açılan elatmanın önlenmesi davası da aynı etkiye sahiptir. Her iki dava da davasızlığı sona erdirir[60]. Buna karşılık yüklü taşınmaz malikinin veya herhangi bir üçüncü kişinin gerçek durumu yararlanan taşınmaz malikine ihtar veya ihbar etmesin davasızlığı ortadan kaldırmaz. Ancak böyle bir durumda iyiniyeti ortadan kalkar ve bu suretle zamanaşımıyla iktisabın şartlarından biri gerçekleşmemiş olur[61].

---

58 STEİNAUER, II, N.2241 d.; bkz. ayrıca KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.

59 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 62 vd.

60 STEİNAUER, II, N.2241 c.

61 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 422, N.1528.

"Aralıksız" sürme şartına gelince, bundan maksat yararlanan taşınmaz malikinin bu sıfatla sahip olduğu zilyetliğini 10 yıllık zamanaşımı süresince kaybetmemesi ve kesintiye uğramamasıdır. Yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazdan zaman zaman, belirli aralıklarla veya mevsimler itibariyle yararlanması veya yararlanamaması zilyetliğin kesintiye uğradığı anlamına gelmez. Aynı şekilde yüklü taşınmazdan yararlanmaya sel, su baskını, kar ve don gibi tabi olayların geçici engel olması da zilyetliğin kesintiye uğramasına yol açmaz (MK m.976). Buna karşılık, yüklü taşınmaz süreklilik arzeden su baskını altında kalmışsa, artık yararlanan taşınmaz malikinin zilyetliği de kesintiye uğramış demektir[62]. Yüklü taşınmazı yararlanan taşınmaz malikinin bizzat kullanması ve ondan yarar elde etmesi gibi, onun rızasıyla üçüncü kişilerce işlenen benzer failler de zilyetliğin devamını sağlar. Yüklü taşınmaz üzerindeki zilyetliğin elden çıkmış olması halinde, onun açılacak zilyetlik davasıyla (MK m.984) veya başvurulacak idari yolla (3091 sayılı K. m.4) geri alınma ihtimali varsa, bu takdirde zilyetlik kesintiye uğramış olmaz. Bu ihtimal ortadan kalktığı andan itibaren de zilyetlik kesintiye uğramış olur[63].

MK.m.714'de, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümlerine yollamada bulunulduğundan zilyetlik sürelerinin hesabı, kesintiye uğraması ve durması bu hükümlere (TBK.m.151, 153, 154) göre belirlenir. Meselâ zilyetliğin kesin kaybı halinde zaman aşımı kesilir; tekrar elde edilmesi halinde ise yeniden işlemeye başlar[64].

Zilyetlik irtifak hakkı sıfatıyla, iyiniyetli, davasız ve aralıksız 10 yıl sürmelidir. Bu sürenin tamamının hali hazır irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimsenin zilyetliğinde geçmiş olması şart değildir; o kimse, kendisinden önce aynı şartlarda geçen zilyetlik süresini kendi zilyetliğine (accessio posessionis) ekleyebilir. Meselâ, yararlanan taşınmazın önceki maliki 4 yıl süreyle irtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde zilyet olmuşsa söz konusu yararlanan taşınmazı devralan sonraki malik, kendi zilyetlik süresine bu 4 yıllık süreyi ekleyebilir. Ancak çoğu zaman taşınmaza bağlı irtifakın olağan zaman aşımıyla iktisabında buna ihtiyaç kalmaz. Zira sonraki yararlanan taşınmaz maliki iyiniyetliyse, tapuda yolsuz tescil edilmiş irtifak hakkını MK m.1023 uyarınca yararlanan taşınmazın mülkiyetini edindiği anda irtifak hakkını da iktisap etmiş olur. Buna karşılık, o kimse kötüniyetli ise söz konusu şartlardan biri olan "iyiniyetli olma" şartı somut olayda gerçekleşmediği için irtifak hakkının bu yolla iktisabı da gerçekleşmez (MK m.712)[65]. 10 yıllık süre, yolsuz tescil ile zilyetliğin birleştiği andan itibaren işlemeye başlar. Bunlardan sadece birinin gerçekleştiği anda zamanaşımı süresi işlemez. Meselâ yolsuz tescil daha önce yapılmış, buna karşılık henüz zilyetlik gerçekleşmemişse, zamanaşımı işlemeye başlamaz. Bu-

62 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 422 vd, N.1579.

63 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 422 vd, N.1579.

64 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 423, N.1579, 424, N.1583.

65 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 423, N.1581.

nun aksine olan durumda da sonuç aynıdır. Zamanaşımının işlemeye başlaması için hem zilyetliğin, hem de yolsuz tescilin gerçekleşmiş olması gerekir[66].

Şartların tamamlanmasıyla birlikte irtifak hakkı olağan zamanaşımıyla iktisap edilmiş olur, tapu kütüğündeki yolsuz tescil, yapıldığı andan itibaren sıhhat (geçerlilik) kazanır. Bu suretle iktisap aslen ve kanun uyarınca (ipso juro) gerçekleşmiş olur, artık bu durumda yeni bir tescil yapmaya gerek kalmaz[67].

a. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Olağanüstü Zamanaşımıyla İktisabı

MK.m.780/II ve III'de yapılan yollama dolayısıyla taşınmaza bağlı irtifakın olağanüstü zamanaşımıyla iktisabı da mümkün hale gelmiştir. Bunun için MK.m.713 ve 714'de öngörülen şartların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Gerçekleşmesi gereken şartlar taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla iktisabı için aranan şartların aynısıdır. Bunları taşınmaza, zilyetliğe ve usule ilişkin olmak üzere kendi içinde üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

aa) Taşınmaza ilişkin şart, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli bir taşınmazın bulunmasıdır. Bu tür taşınmazların başında henüz tapuya kayıtlı olmayan ve özel mülkiyete elverişli bulunan taşınmazlar gelir. Tapu sicilinin oluşturulması ve tutulması sırasında tapuya kaydı unutulan veya henüz tapuya kaydı yapılmamış bulunan taşınmazlar ile Kad. m.14'e göre suluda 40 dönüme, kuruda 100 dönüme kadar tapusuz topraklar[68] özel mülkiyete elverişli taşınmazlar arasında sayılmaktadır.

Keza devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da orman, mera, çayır, yaylak ve kışlık niteliğine sahip olmayan ve imar, ihyaya ile tarıma elverişli hale getirilebilen yerler, tapusuz köy boşluğu olan alanlar, iskân edilenlere özgülenen taşınmazlar bu suretle iktisap edilebilen tapusuz yerlerdendir[69]. Tapuda kayıtlı olan bazı taşınmazlar da olağanüstü zamanaşımıyla iktisap edilebilirler. Bu cümleden olmak üzere tapuda kaydı bulunup da, bu kayıttan malikinin kim olduğu anlaşılamayan veya 20 yıl önce gaipliğine karar verilmiş kimse adına halen tapuda kayıtlı olan taşınmazlar (MK.m.713/II), keza senetsiz tasarruflarla el değiştirmiş olan taşınmazlar ile Bulgarlardan kalan taşınmazlar, Hazine veya mahalli idareler adına kayıtlı kapanmış yollar, olağanüstü zamanaşımı ile iktisap edilebilen taşınmazlardandır[70]. İşte sayılan bu taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla başka bir taşınmaza bağlı irtifak hakkı da kurulabilmektedir.

---

66 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 424, N.1582.

67 STEİNAUER, II, N.2241 f.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKAY-ÖZDEMİR, 425, N.1584.

68 KILIÇ, II, 1723 vd.

69 KILIÇ, II, 1724, 1735.

70 KILIÇ, II, 1723.

Buna karşılık, hizmet, orta veya sahipsiz mal niteliğindeki kamu emlakı, kanunları uyarınca devlete kalan veya kamulaştırılan taşınmazlar, bataklıkların kurutulması sonucu elde edilen yerler, tuz yatakları, yerel idarelere kalan yol fazlalıkları ve benzeri yerler ise, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli değildirler. Dolayısıyla böyle taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla taşınmaza bağlı irtifak hakkı elde etmek imkânı bulunmamaktadır[71].

bb) Zilyetliğe ilişkin şart ise, olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli taşınmaz üzerinde, yararlanan taşınmaz malikinin irtifak hakkı sahibi sıfatıyla 20 yıl süresince davasız ve aralıksız zilyet olmasıdır. Burada yararlanan taşınmaz malikinin iyiniyeti aranmaz.

Olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olma konusunda olumlu irtifaklar bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Zira olumlu irtifaklar sahibine yüklü taşınmaz üzerinde fiilen (eylemli olarak) zilyet olma, o taşınmazı fiili hâkimiyeti altında bulundurma imkânı veren irtifaklardandır. Hatta sağladığı yarar veya kullanmadan istifade edebilmek için sahibinin yüklü taşınmazı bu sıfatla fiili hâkimiyetinde bulundurulması bir zorunluluktur. Meselâ, sahibine doğrudan doğruya bir yarar sağlayabilmek için yüklü taşınmaza zilyet olmayı zorunlu kılan intifa, üst hakkı, su (kaynak) hakkı, oturmak (sükna) hakkı, geçit hakkı gibi olumlu ve karma irtifaklarda durum böyledir[72]. Buna karşılık, sahibine, yüklü taşınmaza fiilen zilyet olmasını gerektirmeden, sadece yüklü taşınmaz malikinin kendisine kanunun tanıdığı yetkileri kullanmaktan kaçınması sayesinde yarar sağlayan olumsuz irtifaklarda konu tartışmalıdır. Olumsuz irtifaklarda esas itibariyle eşya zilyetliği değil, hak zilyetliği sözkonusu olur. Bu hususu da dikkate alan bir görüşe göre MK.m.973/II'de öngörülen hak zilyetliğinin gerçekleşmesi için bu suretle iktisap edilecek irtifak hakkının, yolsuz da olsa, tapuya tescil edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde olumsuz irtifakların tapu dışı bir iktisap yolu olan olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması mümkün olmaz. Buna karşı olan bir görüş ise, yüklü taşınmazın irtifakın özüne uygun fiili (eylemli) kullanımıyla oluşan sınırlı hâkimiyetin, tapuda herhangi bir tescile dayanmasa bile, hak zilyetliğine elverişli taşınmazlar üzerinde olağanüstü zamanaşımıyla irtifakın kazanılmasına imkân vereceğini ileri sürmüştür. Biz de bu ikinci görüşe üstünlük tanıyarak[73] olumsuz irtifakların olağanüstü zamanaşımı ile iktisap edilebileceğini benimsiyoruz. Zira belirtildiği gibi[74], MK.m.973/II'de hak zilyetliği için bir tescil şartı öngörülmüş değildir. Ayrıca olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli bir taşınmaz üzerinde, mesela manzarasını kapatan imalat ve inşaata irtifak hakkı sahibi sıfatıyla itiraz eden, engel olmaya çalışan, idari ve hukuki yollara başvuran bir kimse, bu davranışlarıyla hak zilyetliğine sahip çıkmış demektir. Böyle

---

71 KILIÇ, II, 1732 vd.

72 ÜNAL/BAŞPINAR, 118 vd.

73 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63.

74 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63.

davranan bir zilyedin, diğer şartlar gerçekleştiği takdirde, söz konusu yüklü taşınmaz üzerinde, manzara ihtiyacı içinde olan taşınmazına bağlı bir irtifakı olağanüstü zamanaşımıyla iktisabının önünde hiçbir hukuki engel kalmaz; o manzara irtifakını bu suretle iktisap etmiş olur.

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla olan zilyetliğin davasız ve aralıksız 20 yıl sürmelidir. Buradaki davasızlıktan maksat, yüklü taşınmaz maliki tarafından irtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimse aleyhine el atmanın önlenmesi davasının (MK.m.683/II) açılmamasıdır. İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyetlik bir fer'i zilyetlik[75] olup, aslî zilyetliğin haksız ele geçirilmesine yol açmayacağından istihkak davasının açılması sözkonusu olmaz. Keza yüklü taşınmaz tapu kütüğüne kayıtlı olmadığından yolsuz tescilin düzeltilmesi davası da açılamaz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, aleyhine açılan davalar dolayısıyla irtifak hakkı sıfatıyla zilyet olan kimsenin, bu zilyetliğinin haksızlığını öğrenmesi, böylece kötü niyetli hale gelmesi, olağan zamanaşımıyla iktisabın aksine, onun sözkonusu irtifakı olağanüstü zamanaşımı ile iktisabına engel olmaz. Çünkü olağanüstü zamanaşımıyla iktisapta iyiniyet şart değildir ve o yüzden aranmaz.

"Aralıksız" ifadesinden maksat ise, irtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde kurulmuş olan zilyetliğin sürekli bir kesintiye uğramadan 20 yıl boyunca devam etmesidir. Olağan zamanaşımı ile iktisapta olduğu gibi, burada da geçici kesintiler taşınmaza bağlı irtifakın iktisabına engel olmaz.

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla yüklü taşınmaz üzerinde kurulan zilyetliğin davasız ve aralıksız 20 yıl sürmesi gerekir. Bu süre işlemeye, sözkonusu zilyetliğin yüklü taşınmaz üzerinde kurulduğu anda başlar. Bunun için, olağan zamanaşımıyla iktisaptaki durumun aksine, burada ayrıca ve ilaveten zilyetliğin iyiniyetli olması aranmaz, böyle bir aramaya gerek yoktur. Zira zilyedin iyiniyetli olması bu tür iktisabın bir şartı değildir; 20 yıllık sürenin başlangıcı için yüklü taşınmaz üzerinde anılan türden zilyetilğin kurulmuş olması yeterlidir. 20 yıllık davasız ve aralıksız zamanaşımı süresinin yararlanan taşınmazın hali hazır malikinin zilyetliğinde geçmesi şart değildir. O, önceki yararlanan taşınmaz malikinin döneminde geçen aynı şartlar ve nitelikteki zilyetlik süresini kendi zilyetlik süresine ekleyebilir (MK m.996). Buna acessio possessionis denir. Olağan zamanaşımıyla iktisabın aksine, olağan üstü zamanaşımıyla iktisapta acessio posessionis çoğu zaman mümkündür[76].

İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla kurulmuş olan zilyetliğin üzerinden davasız ve aralıksız geçen 20 yıllık sürenin tamamlanmasıyla birlikte taşınmaza bağlı irtifak hakkı yararlanan taşınmazın hâlihazır maliki tarafından, henüz tapuda herhangi bir tescil işlemi yapılmadan önce iktisap edilmiş olur (MK m.713/V). Baskın görüş, bu iktisabın geriye etkili olacağı ve zamanaşımı süresinin başlangıç anından itibaren gerçek-

---

75 ÜNAL/BAŞPINAR, 103 vd.

76 Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 445, N.1642.

leşeceği yönündedir[77]. Böylece iktisap ettiği taşınmaza bağlı irtifak hakkını tapuda adına tescil ettirebilmek için yararlanan taşınmazın hâlihazır malikinin aşağıda açıklanan usulî işlemleri yerine getirmesi gerekir. Bu işlemler sonucu tapuda yapılacak olan tescil, kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. Zira böyle bir durumda iktisap tescilden önce gerçekleşmiştir[78].

cc) Usule ilişkin şarta gelince, bunlar MK.m.713/II ve müteakip fıkralarında öngörülmüştür. Buna göre, usule ilişkin işlemler, sırasıyla;

- İrtifak hakkı sahibi sıfatıyla zilyet olan kimsenin, hakkının tescili için mahkemeye başvurması,
- Bu başvuru üzerine mahkemenin "bulunduğu yerde uygun araç ve aralıklarla en az üç defa" ilan vermiş olması,
- Son ilandan itibaren üç aylık itiraz süresinin beklenmesi,
- Bu süre içinde yukarıda açıklanan taşınmaza ve zilyetliğe ilişkin şartların somut olayda gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden biri çıkarsa, davanın görülmesine devam edilmesi,
- Aksi takdirde, yani itiraz eden olmaz veya yapılan itiraz yerinde görülmezse taşınmaza bağlı irtifakın tesciline karar verilmesinden ibarettir.

Sırasıyla açıklanan bu usulî süreç içinde önce tescil davası, hazine ve ilgili kamu tüzel kişileri veya varsa, tapuda malik görünen ve hakkında gaiplik kararı verilen kişinin mirasçıları aleyhine açılır (MK.m.713/II). Eğer üç aylık bekleme süresi itirazsız geçmişse veya yapılan itiraz yerinde bulunmamışsa, bunlara ilaveten davacı da iddiasını ispat etmişse, davaya bakan hakim irtifakın tesciline karar verir. Açıklayıcı niteliğe sahip bu tescil, biraz yukarıda anlatıldığı üzere, hem yüklü taşınmazın, hem de yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılır (MK.m.1018, TST.m.30/III). Burada belirtmek gerekir ki, yüklü taşınmaz tapusuz ise, irtifaka ilişkin tescilden önce o taşınmazın tapu kütüğüne kaydı gerekir[79]. Buna karşılık, sözkonusu yüklü taşınmaz tapu kütüğünde kayıtlı ise, böyle bir işleme gerek kalmaz; doğrudan doğruya irtifak her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki ilgili sütununa tescil edilir.

---

77 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 454, N.1674,1675; REİSOĞLU, La prescription, 81; SUNGURBEY, İktisabî, 84; OKTAY, 134.

78 STEİNAUER, II, N.1583, 2242e; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 450, N.1664 vd.; ATF 76 I 183=JdT 1951 I 69.

79 ESMER, 724; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 830; YİBK. 11.2.1959, 14 E/13 K (ESMER, 721).

2. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Kamulaştırma Yolu İle İktisabı

Taşınmaza bağlı iritfak kamulaştırma yoluyla da tescilsiz olarak kurulabilir (MK.m.705/II). Kamulaştırma idareye tanınmış bir yetkidir. İdare bu yetkiyi kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanır. Kendisine kamu yararı amacıyla tanınmış olan bu yetkiye dayanarak İdare, özel mülk konusu taşınmazın tamamını kamulaştırabileceği gibi, o taşınmaz üzerinde kamulaştırma yoluyla bir irtifak hakkı da kurabilir. Yeter ki bu suretle kurulacak olan irtifak hakkı görülme istenen kamu ihtiyacını karşılasın. İdare, taşınmazın tamamının kamulaştırılmasını veya üzerinde irtifak kurulmasını kendi adına yapabileceği gibi kamu hizmeti gören özel kişiler adına da yapabilir[80].

Kamu hizmetinin görülmesi için özel mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde kurulacak irtifakın yeterli olduğu durumlarda daha çok bu yola başvurulur. Böyle durumlarda özel mülk konusu taşınmazın tamamının kamulaştırılması yerine, üzerinde irtifak hakkı kurulması bir yandan anayasal güvence altında olan mülkiyetin korunmasına, öte yandan kamu hizmetinin daha ekonomik şekilde sağlanmasına ve görülmesine hizmet eder. Zira kurulacak olan irtifakın kamu hizmetinin görülmesine yeterli olduğu durumlarda ilgili taşınmazın tamamının kamulaştırılmasında kamu yararı yoktur, dolayısıyla kamu yararı olamamasına rağmen böyle bir kamulaştırma da mülkiyet hakkının özüne haksız elatma oluşturur[81]. Üstelik bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurulması, tamamının kamulaştırılmasına oranla daima daha düşük bir bedelle gerçekleşir. Ayrıca bu sayede üzerinde irtifak kurulmuş olan yüklü taşınmaz maliki de mülkünün elverişli olan bölümünden eskiden olduğu gibi yararlanmaya ve onun üzerinde tasarrufta bulunmaya devam eder.

Türk Hukukunda kamulaştırma iki usulle yapılmaktadır (Kam.K. m.8, 10)[82]. Bunlardan biri, irtifakın taşınmaz üzerinde pazarlık yapılarak satın alma veya trampa etme yoluyla kurulması usulü; diğeri, irtifakın idarenin üstün kamu gücüne dayanarak aldığı tek taraflı kamulaştırma kararı ile kurulması usulüdür. İlk, usule kısaca pazarlık usulü ile kamulaştırma; ikinci usule, tek taraflı kararla kamulaştırma usulü demek pek yanlış olmaz. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki usulde de, idare uygulamaya geçmeden önce yapacağı bu tür işlemlere ilişkin bir kamulaştırma kararı almak zorundadır (Kam. K.m.7)[83]. Bu kararı aldıktan sonra idare öncelikle taşınmaza bağlı irtifak hakkının kurulmasını pazarlık usulüyle gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Zira Kam.K.m.7 ile bu usulün öncelikle uygulanması esası getirilmiştir[84].

---

80 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: ATAY, 783 vd., STEİNAUER, II, N.1585 vd, 2243 b vd.

81 ATAY, 795, 796 vd.

82 ATAY, 801 vd.

83 ATAY, 801.

84 ATAY, 801.

İdare pazarlık usulü ile kamulaştırmayı gerçekleştirebilmek için önce özel mülk konusu taşınmaz üzerinde kurulmak istenen irtifakın; kanunda öngörülen usullere uyarak tahmini bedelini kendi bünyesinde belirlemesi gerekir. Daha sonra duruma göre peşin veya taksitle ödemek veya idareye ait bir başka taşınmazla trampa etmek suretiyle taşınmaz üzerinde irtifak kurmak istediğini malike resmi taahhütlü bir yazı ile bildirmek zorundadır. Malik veya temsilcisi tarafından, sözkonusu yazının tebellüğ tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılacak başvuru üzerine pazarlık görüşmelerine geçilir. Bu görüşmeler sonucu bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve görüşmeye katılanlarca imza altına alınır. Tutanağın düzenlenme tarihinden itibaren en geç 45 gün içinde bedeli ödemeye hazır olduğunu bildiren bir yazı ile İdare tarafından malike veya temsilcisine duyurulur, belirlenen günde tapuda İdare adına ferağda bulunması istenir. Malik veya temsilcisi bu isteğe uyup tapuda İdare adına ferağda bulunduğu takdirde, irtifak hakkı yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasında irtifaklara ayrılmış özel sütuna tescil edilir. Böylece irtifak hakkı, hukuki işlemle olduğu gibi, pazarlık usulü uyarınca tapuda yapılan tescille kurulmuş olur. Bize göre sözkonusu tescil kurucu etkiye sahiptir. Aksine bir ifade ile pazarlık usulünce kurulan irtifak, irtifakın tescilsiz kurulduğu bir hali oluşturmaz. Bu usulle kurulan irtifak hakkı kamulaştırma yoluyla kurulmuş sayılır, yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davası açılamaz (Kam.K.m.8).

Pazarlık sürecinde taşınmaz maliki veya yetkili temsilcisi ile anlaşma sağlanamaması halinde İdare, sözkonusu taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kurulabilmesi için (tek taraflı) kamulaştırma usulüne başvurmak zorundadır. Bu usulde bedele, kamu yararına, idari tasarrufun iptaline ilişkin adli ve idari yargıda açılan davalarda uyuşmazlıklar giderildikten sonra davaya bakan yerel mahkeme kamulaştırma ve irtifakın tapuya tescili yönünde karar verirse, bu kararla birlikte irtifak hakkı tescilden önce kurulmuş ve aynı anda idarece kazanılmış olur. Taşınmaz maliki veya temsilcisi yerel mahkemenin verdiği tescil kararına Yargıtay nezdinde temyizen itiraz edemez; buna karşılık bedele itiraz edebilir (Kam.K.m.10). Böylece kararın tescile, dolayısıyla taşınmaz üzerinde kamulaştırma olayla irtifak kurulmasına ilişkin bölümü kesinleşmiş olur. İşte kararın sözkonusu bölümünün kesinleşmesiyle birlikte irtifak hakkının kurulması ve aynı anda idare tarafından kazanılması da, henüz tapuda bir tescil yapılmadan gerçekleşmiştir[85]. Bu durumda sonradan tapu kütüğüne yapılacak olan irtifaka ilişkin tescil kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. O yüzden irtifak hakkının tek taraflı kamulaştırma usulünce kurulması da bir tescilsiz kurulma ve iktisap halidir.

Yüklü taşınmaz üzerinde kurulan irtifakın taşınmaza bağlı olabilmesi için bir de yararlanan taşınmazın bulunması ve bu suretle kurulan irtifakın onun tapu kütüğü sayfasına tescili gerekir. İdarenin taşınmazları çoğunlukla kamu malı niteliği taşıdığına ve bunların tapu kütüğüne kaydı yapılmadığına göre acaba sözkonusu taşınmazla-

---

85 ATAY, 804.

rın yararlanan taşınmaz olmaları mümkün müdür? Bu konuda öncellikle bir ayırım yapmak gerekir. Bilindiği üzere[86] İdarenin taşınmazları önce özel mülk konusu ve kamu malı olmak üzere ikiye; sonra da kamu malı taşınmazlar kendi içinde hizmet malı, orta malı ve sahipsiz mallar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İdarenin özel mülk konusu taşınmazları ile hizmet malı taşınmazları tapu kütüğüne kaydedilirler. O yüzden bu tür taşınmazların yararlanan taşınmaz olmalarının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık orta malı ve sahipsiz mal niteliği taşıyan taşınmazlar, kural olarak tapuya tescil edilmezler. Bununla birlikte istisnaen de olsa bunlardan bazılarının tapuya tescil edildiği durumlar da vardır. Böyle durumlarda tapuda kaydı olan orta malı veya sahipsiz mal kategorisine giren taşınmazlar da yararlanan taşınmaz konumunda olabilirler. Buna karşılık, tapuda kaydı olmayan orta malı veya sahipsiz mal kategorisine giren taşınmazlara gelince; bunların da yararlanan taşınmaz olmaları mümkündür. Ancak, bunun için sözkonusu taşınmazların öncelikle tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydı gerekir. Mesela sahipsiz kamu malları kategorisine dahil ormanlık alanlarda inşaa edilmiş turistik bir otele ulaşabilmek için özel mülk konusu araziler üzerinden geçmek gerekiyorsa, bu araziler üzerinde otele bağlı bir geçit irtifakı kurma ihtiyacı var demektir. Böyle bir durumda önce otelin üzerinde kurulacağı yerin kadastro çalışmaları yapılıp tapuda ayrı bir sayfaya Hazine adına kaydının yapılması gerekir (Tur.Yön.m.5/II, 6/I). Tapuya yapılan bu kayıt sayesinde, sahipsiz mal niteliğindeki taşınmaza bağlı geçit irtifakının kurulması da imkan dahiline girmiş olur. Kamulaştırma sonucu kurulan geçit irtifakı hem yüklü taşınmazın hem de yararlanan taşınmaz konumunda bulunan ve üzerinde otel yapılmış olan taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilir; böylece sahipsiz kamu malı niteliğindeki taşınmaza bağlı bir geçit irtifakı kurulmuş olur. Durum orta malı niteliğinde olan taşınmazlar bakımından da aynıdır. Bunu anlayabilmek için örnekteki otel yerine bir orta malı olan kamuya açık parkı ikame etmek yeterlidir. Kamulaştırma yoluyla özel mülk konusu taşınmazlar üzerinde kurulan geçit irtifakı yararlanan taşınmaz durumunda olan parkın tapu kütüğü sayfasına tescil edilir, böylece parka bağlı bir taşınmaz irtifakı meydana gelmiş olur.

3. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Mahkeme Kararıyla İktisabı

İki taşınmaz maliki, aralarında resmi şekilde düzenlendikleri sözleşme ile biri kendi taşınmazı üzerinde diğerinin taşınmazına bağlı bir irtifak kurmayı taahhüt edebilir. Buna rağmen taşınmaza bağlı irtifak kurma taahhüdünde bulunan taraf, irtifakın kurulması için gerekli olan tescil talebinde bulunmaktan kaçınabilir. Böyle bir durum zorunlu irtifaklarda da ortaya çıkabilir[87]. Kanun uyarınca taşınmazı üzerinde zorunlu olarak geçit (MK.m.747), mecra (MK.m.744), su (kaynak MK.m.761) veya

86 ÜNAL, Orman, 74 vd.

87 STEINAUER, II, N.2243 e.

taşkın yapı (MK.m.725/III) irtifakı kurmakla yükümlü olan malik, kendisine bu konuda hak sahibi tarafından yöneltilmiş bulunan anlaşma ve tescil talebini kabul etmeyebilir. Her iki durumda da hak sahibi durumunda olanlar mahkemeye başvurarak taşınmazlarına bağlı irtifakın tanınmasını ve tapuya tescilini talep edebilirler. Mahkemenin talep doğrultusunda verdiği karar ile birlikte taşınmaza bağlı irtifak hakkı, henüz tapu kütüğünde bir tescil yapılmadan, kurulmuş ve davacı tarafından kazanılmış olur. Zira mahkeme kararıyla taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce edinilmesine ilişkin MK.m.705/II'nin hükmü taşınmaza bağlı irtifakın kazanılmasında da uygulanır (MK.m.780/II)[88]. Mahkemenin talep doğrultusunda verdiği karar yenilik doğuran[89] bir karardır. Ancak kararın kurucu etkisinin doğması için HMK. m367/II uyarınca kesinleşerek icra kabiliyetini kazanması gerekir. Daha sonra yüklü ve yararlanan taşınmazların tapu kütüğü sayfalarına yapılacak olan tescil artık kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir[90]. Bu nitelikte ki tescilin yapılması davalı tarafından talep edilebileceği gibi, dava lehine sonuçlanan hak sahibi davacı tarafından da talep edilebilir.

4. Taşınmaza Bağlı İrtifakın İhale Yoluyla İktisabı

Bu konuda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre haciz konusu veya iflas masasına dâhil olan taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu ihaleye katılan alıcı mülkiyeti kazanır. Bu durumda bir irtifakın kurulması sözkonusu olmaz[91]. Diğer bir görüşe göre ise bir taşınmazın cebri icra yoluyla ihalesi de bir taşınmaz irtifakının kurulmasına yol açabilir. Tapu sicili belgesinde görülen veya üçüncü kişi tarafından üretilmiş bir irtifak gerçekte yok hükmündedir. Bununla birlikte o, ihale konusu taşınmazın üzerindeki yükümlülüklere itiraz edilmemiş olması sonucu meydana gelebilir. Bazen cebri icra konusu taşınmazı takyit eden irtifaklar bu yolla hayat bulabilirler[92]. Bundan başka, taşınmazı paraya çevirmekle yükümlü icra memurunun yetkileri arasında bu taşınmazı takyit eden yeni bir irtifakın kurulmasını re'sen önleme yetkisi yoktur. Alınacak böyle bir işlem mutlak butlanla batıl olur ve ihale sırasında irtifakın doğumuna esas olamaz[93].

Biz bu görüşlerden ilkini yerinde ve isabetli buluyoruz.

---

88 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 63 vd.

89 KURU/ARSLAN/YILMAZ, 267.

90 KÖPRÜLÜ/KANETİ, 64.

91 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 792, N.2802.

92 STEINAUER, II, N.2243 d; ATF 97 III 89-99=JdT 1972 II 102-111.

93 STEINAUER, II, 2243 d.

5. Taşınmaza Bağlı İrtifakın İşgal Yoluyla İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifakın işgal yoluyla, tescilsiz olarak iktisabı mümkündür[94]. Ancak bunun için üzerinde bu yolla irtifak kurulacak olan taşınmazın tapuda kayıtlı olması, malikinin terk etmesi sonucu sahipsiz hale gelmesi, işgal ile mülk edinmeye elverişli bulunması gerekir (MK.m.707). Bu şartları haiz olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla taşınmaza bağlı irtifak kurulamaz. Mesela, tapuya kayıtlı olmayan (MK.m.707/II) taşınmazlar ile devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahipsiz yerler, keza tapulamaya tabi olmayan kamu malı niteliğindeki yerler üzerinde taşınmaza bağlı irtifak kurmak mümkün değildir[95].

İşgal, irtifak kurmak isteyen kimsenin bu yönde oluşan zilyetlik iradesinin sözkonusu taşınmaz üzerinde tesis etmesiyle gerçekleşmiş olur[96]. Yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir davranışta bulunmayı, dolayısıyla fiili hâkimiyet kurmayı gerektiren olumlu irtifaklarda işgal fiilinin işlenebileceği konusunda bir şüphe ve tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, sahibine yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir davranışta bulunmadan yararlanma imkânı veren olumsuz irtifaklar bakımından aynı şeyi söylemek kolay görünmemektedir. Doktrinde işgal yoluyla bu tür irtifakların iktisabını da mümkün görenler bulunmaktadır[97]. Bunlara göre olumsuz irtifaklarda zilyetlik yüklü taşınmazın aleyhe olan kullanımına itiraz ve yasaklamalardan ibarettir. Bununla birlikte, ortada tapuda kayıtlı olan sahipsiz bir taşınmaz olduğuna göre bu itiraz ve yasaklama kime yöneltilerek yapılacaktır? Bu noktada, iktisap iradesinin açığa vurulması, özellikle tescil talebinde bulunması zilyetliğin tesisi, dolayısıyla işgal olarak kabul edilmektedir[98].

Taşınmaza bağlı irtifakın işgal yoluyla iktisabı, açıklandığı üzere, teorik[99] olarak mümkündür. Ancak bunun pratikte gerçekleşme ihtimali yok denecek kadar azdır. Zira bu yolla üzerinde taşınmaza bağlı irtifak kurulabilecek taşınmazlar aynı zamanda aynı şekilde mülk edinilmeye de elverişlidirler. O yüzden sözkonusu sahipsiz taşınmaz üzerinde işgalde bulunan kimse çoğu zaman iş hayatına hâkim olan anlayış uyarınca irtifak kurmayı değil, onun mülkiyetini edinmeyi tercih edecektir.

6. Taşınmaza Bağlı İrtifakın Hukuki İşlemle Tescilsiz İktisabı

Taşınmaza bağlı irtifak hakkının henüz tapu kütüğünde bir tescil yapılmadan,

---

94 PİOTET, 48.

95 STEINAUER, II, N.2243a; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 405, N.1508 vd.; 791, N.2799.

96 STEINAUER, II, 2243a.

97 PİOTET, 48.

98 PİOTET, 48 vd.; STEINAUER, II, N.2243a; LİVER, 14, N.24.

99 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, 791, N.2799.

yapılan hukuki işlemle iktisap edildiği iki hal vardır. Her iki hal de mecra irtifakı ile ilgilidir. Bunlardan biri MK.m.727/III'de öngörülmüştür. Buna göre irtifak konusu mecra dışarıdan görülecek şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, irtifak hakkı mecranın yapılmasıyla birlikte kurulur. Böyle hallerde mecra irtifakının kurulmasına ilişkin sözleşmenin tapu sicil müdürlükleri huzurunda yapılmasına gerek yoktur; bunun için sözleşmenin noterce düzenlenmiş olması yeterlidir[100]. Diğeri de zorunlu mecraya ilişkin MK.m.744/III'de düzenlenmiştir. Sözkonusu düzenlemeye göre mecra konusu tesisler ister açıktan geçsin ister kapalı geçsin, yapımı sonrasında zorunlu mecra irtifakı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne tescil olunur. Bu düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla irtifak hakkı, tarafların irtifakın şekli ve tazminat konusunda anlaşması ile birlikte kurulmakta ve iktisap edilmektedir[101]. Bu durumda tapuya yapılacak tescil kurucu değil, açıklayıcı bir tescildir.

MK.m.705/II'de tescilsiz iktisap hallerinden olarak zikredilen miras yoluyla taşınmaza bağlı irtifakın kurulması ve iktisabı sözkonusu olmaz. Bununla birlikte terekeye dahil yararlanan taşınmaza bağlı bir irtifak varsa, o taşınmazla birlikte irtifak da mirasçılara küllî halefiyet yoluyla intikal edecektir. Ancak bu intikal, miras yoluyla irtifakın kurulması anlamına gelmez.

SONUÇ

Taşınmaza bağlı irtifak uygulanma imkânı yüksek olan bir irtifak türüdür. Bu irtifak türünde, yararlanan ve yüklü taşınmaz olmak üzere iki taşınmaz bulunmaktadır. Sözkonusu irtifak tapuya yapılacak tescille kurulabileceği gibi, tescilsiz olarak da kurulabilmektedir. Tescil ile kurulması halinde, kanun (MK.m.1018) bunun her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescilini öngörmektedir. Bu durum önemli sonuçları olan görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Sözkonusu görüş ayrılıklarını giderebilmek için irtifakların kurulması konusunda benimsenmiş olan esastan ayrılmamak gerekir. Bu esasa göre ister taşınmaza, ister şahsa bağlı olsun irtifaklar kaideten yüklü taşınmazın tapu sicili sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılan tescille kurulurlar. Burada da taşınmaza bağlı irtifakın kurulmasını yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki irtifaklar sütununa yapılacak tescile bağlamak gerekir. Buna karşılık yararlanan taşınmazın tapu kütüğüne yapılacak kayıt ile de aradaki bağlantının varlığını göstermek gerekir. Bunun için en uygun tapu sicili işlemi ise beyanlar hanesine yapılacak kayıttır. Nitekim kat mülkiyeti Kanununda (KMK.m.6/II) eklentilerin kaydında böyle bir yol izlenmiştir. Taşınmaza bağlı irtifakın tescil ve kaydında aynı yol izlendiği taktirde hem eklentilerin kaydıyla paralellik sağlanmış hem de görüş ayrılıklarının önüne geçilmiş olur.

---

100 STEINAUER, II, N.1667, 2243 f.

101 STEINAUER, II, N.1854 vd., 2243 f.

TÜRK HUKUKUNDA ÇEKE KONULABİLECEK KANUNDA ÖNGÖRÜLMEYEN BAZI İHTİYARİ KAYITLAR

(Some Optinal Clauses In Cheques Not Composed By Turkish Law)

Ar. Gör. Setenay YAĞMUR*

ÖZET

Sıkı şekil şartlarına bağlanmış bir kambiyo senedi olan çek, ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu tarafından düzenlenen şekil şartlarını içermeyen bir senet çek olarak hüküm ifade etmeyecektir (TTK m. 780). Söz konusu zorunlu unsurların yanı sıra kanun koyucu tarafından muhtelif şekillerde kullanılan, ancak çeke dâhil edilmesi ilgililerin arzusuna bırakılmış kayıtlar da bulunmaktadır. Ayrıca tarafların gereksinimlerini karşılamak amacıyla mahiyetine aykırı düşmeyen kayıtları da çeke eklemeleri mümkündür. Bu çalışma kapsamında kanun koyucu tarafından zikredilmemiş ancak çeke konulmasının önünde engel bulunmayan bazı kayıtlar incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Provizyon Kaydı, Teminat Kaydı, Yetki Kaydı, Tahkim Kaydı, İhbar Kaydı, Teyit veya Vize Kaydı.

Abstract

Cheque, which is a bill of exchange tied to strict form requirements, is used as a payment tool. A bond, which doesn't involve form requirements regulated in Turkish Commercial Code Article No. 780, shall not inure as a cheque. In addition to aforementioned compulsory elements, there are clauses that are left to the will of relevant parties to be included in the cheque. Also, some clauses, which don't contradict to its effect, can be included to cheque in order to meet requirements of parties. Certain clauses, which weren't mentioned by legislative but also don't have any obstacle in front in order to be included in the cheque, are examined within the scope of this study.

Keywords: Provision Clause, Assurance Clause, Authorization Clause, Arbitration Clause, Notice Clause, Confirmation or Visa Clause.

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Çek, TTK'nın kambiyo senetlerine ayrılan üçüncü kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Doktrinde *Poroy/ Tekinalp* çeki, kanun koyucu tarafından öngörülen sıkı şekil şartlarına uygun olarak keşide edilmiş, para ödeme amacına özgülenmiş yazılı ve soyut bir havale olarak tanımlamaktadır[1]. Bahse konu şekil şartları kanun koyucu tarafından sıralanmış (TTK m. 780) ve işbu şartları içermeyen bir senedin çek olarak hüküm ifade etmeyeceği[2] açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 781/1).

Buna göre bir senedin çek olarak kabul edilmesi için öncelikle senet metninde çek kelimesini ve eğer senet bir başka dilde yazılmışsa o dilde çek karşılığı olarak kullanılan kelimeyi ihtiva etmesi gerekmektedir (TTK m. 780/1-a). Bunun yanı sıra çekin kayıtsız şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havale (TTK m. 780/1-b), bir diğer ifade ile ödeme emri içermesi gerekmektedir[3]. Bahse konu ödeme emrinin, TBK'da düzenlenen havaleden (m. 555 vd.) farkı keşidecinin ödemeden sorumlu olması ve bu sorumluluktan kurtulamamasıdır[4]. İlaveten ödeyecek kişinin yani muhatabın ticaret unvanının da çekte bulunması şarttır (TTK m. 780/1-c). Ödeme ve düzenleme yeri ile düzenleme tarihinin de çekte belirtilmiş olması gerekmektedir (TTK m. 780/1-d,e). Son olarak çek, düzenleyenin imzasını da içermelidir (TTK m. 780/1-f)[5].

Bu noktada belirtilmelidir ki yukarıda sayılan unsurlardan ödeme yeri aslen ihtiyaridir. Zira ödeme yerine ilişkin olarak çekte açıklık bulunmadığı durumlarda muhatabın ticaret unvanının yanında gösterilen yer ödeme yeri sayılacaktır. Muhatabın ticaret unvanının yanında birden fazla yer gösterildiğinde çek ilk gösterilen yerde ödenecek, böyle bir kayıt yahut açıklık bulunmadığı hallerde ise muhatabın merkezinin bulunduğu yerde ödeme gerçekleşecektir (TTK m. 781/1). Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap, ancak bir banka olabileceği (TTK m. 782/1) ve bankalar yalnızca

---

1 **Poroy,** Reha/ **Tekinalp,** Ünal: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013, s. 291;Çekin menşeine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıska,** Adnan: Çek, İstanbul 1954, s. 5; **Öztan,** Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 1025; **Reisoğlu,** Seza: *"Son Yasal Değişiklikler Açısından Çek",* Türkiye Bankalar Birliği Yeni Çek Kanununun Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi Konferansı, Mart 2003, s. 1 vd, (**Erişim Adresi:** www.tbb.org.tr, **Erişim Tarihi:** 16.02.2016); **Kendigelen,** Abuzer: Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 5 vd.

2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008-12/416-416 sayılı kararında konuya ilişkin olarak *"… çek TTK düzenlemesine göre kıymetli evrak vasfında kambiyo senedi ve hukuki nitelikçe de bir havaledir. Bu havalenin yazılı şekilde yapılması, yasada aranılan şekil şartlarını ve kayıtsız şartsız bir ödeme yetkisini içermesi gerekir. Çekte sıkı sıkıya şekle bağlılık esası geçerlidir, zorunlu unsurlardan sadece birinin bile eksikliği çekin çek olma özelliğini ortadan kaldırır…"* şeklinde hüküm tesis etmiştir, (**Günay,** Erhan: Uygulamalı Çek Rehberi, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 19).

3 **Can,** Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 147.

4 **Öztan,** s. 1029.

5 Alman hukukunda çekin şekli ve düzenlenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Bülow,** Peter: Kommentar- Wechselgesetz Scheckgesetz, Münih 2013, Art. 1-13.

anonim ortaklık şeklinde faaliyet gösterebileceği (BankK m. 7/1-a) için ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş bir merkezlerinin bulunması gerekmektedir. O halde başka bir açıklık bulunmamasına karşın sadece muhatabın gösterilmiş olması çekin ödeme yerinin tespitini mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, ödeme yerinin senet metninde ayrıca düzenlenmesini zorunlu bir unsur olmaktan çıkarmıştır[6].

Düzenleme yeri belirtilmemiş çekler ise düzenleyenin adının yanında yazılan yerde düzenlenmiş sayılacaktır (TTK m. 781/3). Buradan hareketle çekte düzenleme yerinin alternatif bir zorunlu unsur olduğu belirtilebilir. Zira düzenleyenin adının yanında da herhangi bir yer yazılmamış ise çek geçersiz sayılacak ve adi havale hükmünde olacaktır[7].

Bu bağlamda çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı, çek hesap numarası, çek hesap sahibinin adı ve vergi kimlik numarası, çekin basıldığı tarih, çek hesabı sahibi gerçek kişi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, tüzel kişi ise varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi numarası, çek hesabı sahibi ile düzenleyenin farklı kişiler olması hâlinde, ayrıca düzenleyenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası çekin yardımcı unsurları olarak kabul görmektedir (ÇekK m. 2). Ancak TTK'da belirlenen unsurları taşıması kaydıyla ÇekK'da belirlenen hususlara aykırılık çekin geçerliliğini etkilemeyecektir[8] (ÇekK m. 2/9).

Çekin asgari mecburi unsurlarının yanı sıra çeke dâhil edilmesi tamamen ilgililerin ihtiyarına bırakılmış kayıtlar da bulunmaktadır. Söz konusu kayıtlardan bazıları kanun koyucu tarafından zikredilmiştir. Bu kayıtlar *"lehtar teyidine ilişkin"* kayıt (TTK m. 785/1-a), *"menfi emre"* kaydı (TTK m. 785/2, 788/2), *"hamiline"* kaydı (TTK m. 785/3), *"ikametgâh"* kaydı (TTK m. 787), *"aynen ödeme"* kaydı (TTK m. 802/3), *"çekin bir bankaya ödeneceği"* kaydı (TTK m. 804), *"hesaben ödeme"* kaydı

---

6 **Ülgen,** Hüseyin/ **Helvacı,** Mehmet/ **Kendigelen,** Abuzer/ **Kaya,** Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 239. Doktrinde muhatabın yalnızca banka olabileceği dolayısıyla *"merkez"* yerine *"merkez şube"* den bahsedilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Ayrıca çek defterinin her yaprağında *"çek hesabının bulunduğu şubenin adı"*nın yazılması zorunluluğu bulunduğu için (ÇekK m. 3/2) TTK m. 781/2'nin son cümlesinin *"ölü bir hüküm"* olduğu belirtilmektedir, (**Kendigelen,** Abuzer: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 578-579).

7 **Pulaşlı,** Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Bası, Ankara 2015, s. 283 vd. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen 26.06.2010 tarihli 2010/4259 E., 2010/16408 K. sayılı konuya ilişkin kararda *"Somut olayda alacaklı tarafından takibe konu edilen 20.11.2008 keşide tarihli ve 39.651,00- YTL bedelli çekte keşide yeri olarak gösterilen (ARD) herhangi bir idari birimi çağrıştırmamakla birlikte, TTK'nın 693 /son maddesi hükmüne uygun olarak çekin sağ alt köşesinde borçlu keşidecinin adresinin Ardeşen-Rize olarak yazılı olduğu görülmektedir. Bu durumda mahkemece borçlunun sair itirazlarının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken … çekte keşide yeri bulunmadığı nedeniyle yazılı şekilde takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir."* ifadeleri yer almaktadır, (**Erişim Adresi:** www.kazanci.com, **Erişim Tarihi:** 25.11.2014).

8 5941 Sayılı ÇekK çıkarılmadan önce, şekil şartlarını mevcudiyetine ilişkin tartışmalar için bkz. **Can,** s. 152 vd.

(TTK m. 805), *"protestodan muafiyet"* kaydı (TTK m. 818) ve *"aval"* kaydı (TTK m. 794) şeklinde sayılabilir.

Çeke konulan kayıtların bazıları ise TTK'da yer almamalarına karşın, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçların yansıması olarak caiz görülmektedirler. Söz konusu kayıtlar çekin mahiyeti ile bağdaşmayan hususlar ihtiva etmedikleri sürece senede dâhil edilebilirler. Zira ilgililerin çek dışındaki hukuki ilişkileri yönünden önem taşımaktadırlar[9].

Bu çalışmanın konusunu[10] oluşturan, çeke konulabilecek kanunda öngörülmeyen ihtiyari kayıtlar elbette ki uygulama eliyle çoğaltılabilecek mahiyettedir. Ancak çalışmada sıklıkla karşılaşılan *"provizyon", "teminat"*, *"yetki", "tahkim"*, *"ihbar", "teyit veya vize"* kayıtlarına Yargıtay kararları da dikkate alınarak yer verilecektir.

I. Provizyon Kaydı

Provizyon kaydı, keşideci ve muhatap arasındaki karşılık ilişkisi yönünden önem arz etmektedir. Konulan provizyon kaydına göre muhatabın çeki hangi hesaptan ödeyeceği tespit edilmekte, böylelikle kanun koyucunun olmasını istediği durumun ifadesi sağlanmaktadır[11]. Bir diğer anlatımla arzu edilen, düzenleyenin bankada mevcut hesabı üzerine çek keşide edilmesi olduğu için bu durumunun varlığını belirtir mahiyetteki provizyon kaydının çeke konulmasında bir mahzur bulunmamaktadır[12].

Bu hususta *Kalpsüz* de keşideci ve muhatap arasındaki karşılık ilişkisinin muhatap ve lehtar arasındaki havale ilişkisi dışında kalması sebebiyle provizyon kaydının geçerli sayılması gerektiğini vurgulamaktadır[13].

Uygulamada provizyon kaydını, daha ziyade *"nezdinizdeki hesabımdan ödeyiniz"* yahut *"… numaralı hesabımdan ödeyiniz"* ibareleri karşılamaktadır[14]. Ancak çek defterinin her yaprağında hesap numarasının bulunması gerekliliği (ÇekK m. 2/7-

---

9 **Öztan,** s. 1073.

10 Farklı hukuk sistemlerinde çeke konulması gündeme gelen hususlar bu çalışmanın dışında kalmakla birlikte, İsviçre doktrininde *Meier-Hayor/ Caspar v. der Crone*' un tarafların belirleyebileceği kayıtları (die Accidentalia) üç başlık altında değerlendirildiğini belirtmek isteriz. Söz konusu kayıtlar çek hukuku açısından anlam ifade eden, dikkate alınan kayıtlar; çek hukuku açısından anlam ifade etmeyen fakat çekin geçerliliğini etkilemeyen kayıtlar ve izin verilmeyen kayıtlar olarak tasnif edilmektedir (**Meier-Hayor,** Arthur/ **Caspar v. der Crone,** Hans: Wertpapierrecht, Bern 1985,§19 Rn. 38-52).

11 **Kendigelen,** s. 132; **Öztan,** s. 1074; **Coşgun,** Mahmut: Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015, s. 536 .

12 **Öztan,** s. 1074.

13 **Kalpsüz,** Turgut (**Erdem,** Faruk/**Çelebican,** Gürhân): İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Ankara 1975, s. 69.

14 **Öztan,** s. 1074, **Pulaşlı,** s. 145.

a) provizyon kaydının uygulama alanını neredeyse ortadan kaldırmaktadır[15]. Buna karşın keşidecinin muhatap nezdinde birden fazla hesabının bulunduğu durumlarda, üzerine çek keşide edilen hesaptan değil, bir başka hesaptan çekin ödenmesi hususundaki provizyon kaydı şüphesiz ki geçerlidir[16].

Provizyon kaydı muhatap bankanın çeki hangi hesaptan ödeyeceğini gösteren, dolayısıyla muhatap ve keşide arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir kayıttır. Buradan hareketle, ciranta yahut avalistlerin çek üzerine provizyon kaydı düşmeleri mümkün olmamaktadır. Zira aksi halin kabulü halinde üçüncü kişilerin keşideci ve muhatap arasındaki karşılık ilişkisine müdahalesi ve ödemenin hangi hesaptan gerçekleştirileceğine karar verebilmesi söz konusu olacaktır.

II. Teminat Kaydı

Uygulamada bir sözleşmenin karşı ediminin güvencesi olarak verilen teminat kaydı düşülmüş çeklerle karşılaşılmaktadır[17]. Her ne kadar çekin rehin cirosu ile verilmesi mümkün değilse de (TTK m. 818/1-d) belirli bir borcun ifasının teminatı olarak çek keşide edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır[18]. Buna karşın, teminat kaydının senedin geçerliliğine etkileri doktrinde tartışma konusudur.

A. Çek Açısından Zorunlu Bir Unsur: Kayıtsız Şartsız Belirli Bir Bedelin Ödenmesi İçin Havale

Çek, diğer kambiyo senetlerinde olduğu üzere, belirli bir bedelin kayıtsız şartsız ödeme vaadini içermelidir (TTK m. 780/1-b). Kanun koyucu *"belirli bir bedel"*

---

15 **Bozer,** Ali/ **Göle,** Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015, s. 199; Her ne kadar muhatap tarafından çek yaprağı üzerine hesap sahibinin hesap numarasının yazılması zorunlu olsa da bu hususun hiç yazılmaması yahut yanlış yazılması senedin çek niteliğini etkilemeyecektir (ÇekK. m. 2/9). Ancak söz konusu eksiklik yahut yanlış yazılmalardan muhatap bankanın keşideci ve hamile karşı genel hükümler kapsamında sorumluluğu söz konusu olacaktır, (**Bozer/ Göle,** s. 217 vd.).

16 **Kendigelen,** Çek, s. 132.

17 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 148; Doktrinde *Odman Boztosun,* bir senede teminat kaydının konulmasının o senedin *"teminat senedi"* olarak adlandırılmasına sebebiyet vermeyeceğini belirtmektedir. Bu açıdan biz de yazara katılmaktayız. Keza teminatın ifade edilmesinin değil; kambiyo ilişkisini temel ilişkiye bağlamasının, kambiyo ilişki dahilinde bir şart olarak ileri sürülmesinin kıymetli evrak hukuku açısından uygun olmadığını düşünmekteyiz. *Odman Boztosun*'a göre senedin verilme amacına bağlı olarak teminat senedi şeklinde adlandırılması, kambiyo senetlerinin temel özelliklerinden soyutluğa aykırılık teşkil edecektir. Taraflar arasında teminat ilişkisine dair bir başka belge bulunduğu durumlarda ise bahse konu belgeler *"teminat sözleşmesi"* yahut *"teminat mektubu"* şeklinde isimlendirilmelidir, (**Odman Boztosun,** Ayşe: *"Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı",* Legal Hukuk Dergisi, Y. 2007, S. 53, s. 1487, dn. 1); Aksi yönde görüş için bkz. **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s.148.

18 **Öztan,** s. 1075; **Kendigelen,** s. 134.

ibaresini kullandığı için nakit söz konusu olmaktadır. Bedel açıkça ifade edilmeli, hesaplanarak bulunmamalı ve alternatifi olmamalıdır[19].

Bedel Türk Lirası olabileceği gibi açıkça belirtilmek kaydı ile yabancı bir para cinsinden de olabilir (TTK m. 802). Poliçede bedelin muhtelif şekillerde gösterilmesine ilişkin olarak öngörülen çözüm tarzı TTK m. 818/1-b'nin, m. 676'a yapmış olduğu atıf neticesinde çek için de geçerlidir. Buradan hareketle, bedel hem yazı hem de rakam ile gösterilmiş ve aralarında fark var ise yazı ile gösterilen bedel, her ikisi de yazı yahut rakam ile gösterilmişse az olan bedel dikkate alınacaktır. Ödenecek tutarı içermeyen çek *"açık çek"* olarak kabul edilir (TTK m. 818/1-c). Ancak bu hususta açık değil eksik, bir diğer anlatım ile geçersiz çek bulunduğunu iddia eden taraf iddiasını ispatlama külfeti altındadır[20].

Çek bünyesinde mevcut havalenin kayıtsız şartsız olması zorunludur. Bir başka ifade ile çekin ödenmesinin bir şarta bağlanması, örneğin herhangi bir karşı edimin ifasına tabi tutulması, senedin geçersizliğine sebebiyet verecektir[21].

Doktrinde *Odman Boztosun* mehaz metinde yalnızca *"unbedingt"* yani *"şartsız"* ibaresinin bulunduğunu, buna karşın TTK'da ayrıca *"kayıtsız"* sözcüğünün kullanılıyor olmasının, üzerinde teminat kaydı yer alan senedin geçerliliğine ilişkin yanlış bir değerlendirmeye sebebiyet verdiğini vurgulamaktadır. Yazar'a göre her ne kadar kambiyo senedinin bir başka borç ilişkisinin teminatı olduğu hususunun belirtilmesi kambiyo senedine konulan bir kayıt niteliğinde ise de söz konusu kaydın senette yazılan meblağın ödenmesini şarta bağlayıp bağlamadığı somut olay dâhilinde belirlenmelidir[22].

B. Teminat Kaydı Türleri

Doktrinde üç tip teminat kaydının olabileceği ileri sürülmektedir.Bu bağlamda söz konusu kayıtlar *"mücerret teminat kaydı", "asıl borç ilişkisini gösteren ancak senette belirli meblağın ödenmesini şarta bağlamayan kayıtlar"* ve *"asıl borç ilişkisini gösteren veya göstermeyen, ancak her halde senette belirli meblağın ödenmesini şarta bağlayan kayıtlar"* şeklinde sınıflandırılmaktadır[23].

---

19 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 131.

20 **Poroy/ Tekinalp,** s. 296.

21 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 237; Bu husus doktrinde *"Örneğin 'İşbu çekimin …..nolu faturanın istirdadı mukabilinde Bay Ali Korkmaz veya emrine 10.000 Türk Lirası ödeyiniz' şeklinde bir çek tanzim edilemez. Çünkü keşideci, çekin tediyesini faturanın istirdadı şartına bağlamış oluyor, fatura verilmezse ödemeyin demek istiyor. Çek şartlı olursa muhatap da sıkıntı çeker, çekin tedavül emniyeti bozulur."* şeklinde gerekçelendirilmektedir, (**Kocaimamoğlu,** Sururi: Ticari Senetler Tatbikatı ve Banka Muameleleri, Ankara 1959, s. 123).

22 **Odman Boztosun,** s. 1491-1492.

23 **Odman Boztosun,** s. 1492.

1. Mücerret Teminat Kaydı

Söz konusu kayıt ile senet üzerinde *"bedeli teminat içindir"* yahut *"teminattır"* gibi kavramlara yer verildiği durumlarda karşılaşılmaktadır. Doktrindeki ağırlıklı görüş mücerret teminat kaydının çekin geçerliliğine halel getirmeyeceği yönündedir[24]. Keza *Öztan,* çekin belirli bir borcun ifasının teminatı olarak, ancak işbu borç ile bağlantısı gösterilmeden verildiği durumlarda, çek ile belirli bir asıl borç münasebeti arasında bağ kurulmadığını, bunların yalnızca çek haricinde belirli bir anlaşmayı ifade eden hususlar olduğunu ifade etmektedir[25].

Kendigelen'e göre asıl borç ilişkisi ile bağlantı kurulmaması şartıyla çek üzerinde yalnızca teminat verildiğine ilişkin bir açıklamanın yer alıyor olması çekin geçerliliğine halel getirmeyecektir. Bu bağlamda söz konusu kayıt hiç yazılmamış sayılabileceği gibi sadece taraflar arasındaki iç ilişki kapsamında da sonuç doğurabilecektir[26].

Reisoğlu da uygulamada sıklıkla rastlanılan *"işbu çek teminat çekidir"* şeklindeki genel mahiyetteki ifadenin çekin neyin teminatı olduğunu göstermediği müddetçe çeki şarta bağlı, dolayısıyla da geçersiz kılmayacağını belirtmektedir. Yazar'a göre söz konusu ifade yalnızca keşideci ve lehtar arasındaki ilişkide ileri sürülebilecek şahsi bir def'i mahiyetini taşıyacak ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyecektir[27].

Eriş'e göre ise çek üzerinde yalnızca *"teminat"* sözcüğünün yazılı olması çekin neyin teminatı olduğunu açıkça göstermemesi sebebiyle söz konusu çek yasal unsurları ihtiva etmiş olacaktır[28].

Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 24.02.2010 tarihli E. 2010 19/67, K. 2010/99 sayılı kararında senette teminat kaydı ibaresinin bulunmasının neyin teminatı olduğu belirtilmediği için senedin mücerretlik vasfını ortadan kaldırmayacağı, bu sebeple de senedin geçerli sayılması gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir[29].

---

[24] Öyle ki *"Poliçede bazen karşılığın kaynağına işaret olunur… Karşılığın kökeninin yazılması poliçeyi illi hale getirmez."* (**Poroy/ Tekinalp,** s. 159); **Öztan,** s. 1075; **Odman Boztosun,** s. 1492; **Coşgun,** 536; Yargıtay HGK'nın 20.06.2001tarihli ve 12-496/534 sayılı kararında *"…Takip konusu senet arkasında 'işbu senet teminattır' biçimindeki açıklama neyin teminatı olduğu açıkça belirtilmediğinden, anılan senedin teminat senedi olduğunun kabulüne yeterli değildir…"* şeklinde hüküm tesis edilmiştir, (Bahse konu karar ve aynı yönde görüş için bkz. **Kendigelen,** Çek, s. 134 vd).

[25] **Öztan,** s. 1075; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.07.2006 tarihli E. 2006/13210, K. 2006/15840 sayılı kararında *"… Dayanak bononun (hangi ilişkinin) teminatı olduğu yazılı bir belge ile kanıtlanmadığı sürece senet metninde yer alan sözcükleri tek başına bononun kayıtsız ve şartsız belli bir bedelin ödenmesi vaadini içeren niteliğini etkilemeyeceği…"* ifadesine yer verilmiştir, (**Erişim Adresi:** www.emsal.yargıtay.gov.tr, **Erişim Tarihi:** 17.02.2016).

[26] **Kendigelen,** Çek, s. 134.

[27] **Reisoğlu,** Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 86.

[28] **Eriş,** Gönen: Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara 2004, s. 25.

[29] **Erişim Adresi:** www.kazanci.com, **Erişim Tarihi:** 26.11.2014; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin

Doktrinde, yerinde olarak, mücerret teminat kaydının çekin geçerliliğine halel getirmeyecek mahiyette olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Zira bu yolla çek ile belirli bir borç ilişkisi arasında bağlantı kurulmamakta, yalnızca çek haricindeki belirli bir anlaşmaya işaret edilmektedir.

2. Asıl Borç İlişkisini Gösteren Ancak Senette Belirli Bir Meblağın Ödenmesini Şarta Bağlamayan Kayıtlar

Uygulamada sıklıkla kullanılan işbu teminat kayıtları dâhilinde *"(X) tarihli sözleşmeye teminat olarak verilmiştir."* yahut *"(Y) vadeli kredi borcunun teminatıdır."* gibi ibareler ile karşılaşılmaktadır[30].

Doktrinde *Odman Boztosun* bu türdeki ifadelerin senette belirli bir meblağın ödenmesini şarta bağlamadığını dolayısıyla da kambiyo senedi vasfını kaybettirmeyen diğer kayıtlar gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu hususta Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.02.1992 tarihli E. 9616, K. 880 sayılı kararı da yazarı destekler mahiyettedir. Bonoya ilişkin söz konusu karar *"TTK hükümlerine göre bonolarda veriliş sebebi hakkında bir kayıt bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak taraflar aralarındaki hukuk ilişkinin niteliğine göre bu yolda bonoya kayıt koyabilirler (Malen, nakden, hizmet veya kira karşılığı veya teminat vs. gibi)…"* şeklindedir[31].

Keza konuya ilişkin bir başka kararda *"Takip dayanağı çek üzerinde 'iş bu çek teminattır' ibaresinden başka 'tarihli sözleşmenin teminatıdır' sözcüklerine de yer verilmiştir. Ciro ile çeki ele geçiren alacaklı sözleşmeyle bağlı ve onun teminatı olduğu ibaresini görerek çeki almıştır. Alacaklının sözleşmede taraf olmaması çekin teminat çeki niteliğini değiştirmez. Zira sözleşmeye çek üzerinde yazı ile açıkça atıf yapılmıştır…"* şeklinde hüküm tesis edilmiştir[32].

Doktrinde *Kendigelen, Odman Boztosun* tarafından ileri sürülen bu görüşü eleştirmekte ve *"teminat içindir"* şeklinde mücerret bir kayıt konulması yerine, işi bir

---

05.06.2003 tarihli 10492/13240 sayılı kararında da *"… Takip dayanağı senedin sol üst köşesinde karalandığı iddia ve beyan edilen (teminat senedi) ibaresi tek başına belgenin kambiyo senedi vasfını engellemeyecektir…"* şeklinde hüküm tesis edilmiştir, (**Kendigelen,** Çek, s. 135); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 26.11.1996 tarihli 14449/14829 sayılı bir diğer kararında ise *"…Takip dayanağı çek üzerinde yazılı olan 'teminat çekidir' ibaresi tek başına borçlu hakkında İİK 167 ve mütakip maddelerde yazılı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılmasını ve çekin kambiyo senedi vasfını etkilemez…"* ifadesine yer verilmiştir, (**Kaçak,** Nazif: Tüm Yönleri ile Bono, Poliçe, Çek, 4. Bası, Ankara 2008, s. 187).

30 **Odman Boztosun,** s. 1492.

31 **Odman Boztosun,** s. 1492.

32 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından 02.05.1995 tarihinde verilen 6472/6884 sayılı karardır, (**Kendigelen,** Çek, s. 136); Söz konusu karar, muhtemelen hakkaniyet düşüncesi ile verildiği ancak açık düzenlemenin bulunduğu hallerde hakkaniyet düşüncesiyle bile bu kurallardan ayrılanamayacağı, bu sebeple çekin geçersiz sayılması gerektiği için eleştirilmektedir, (**Öztan,** s. 1076).

adım daha ileri götürerek hangi hukuki ilişkinin teminatı olarak verildiğinin senet üzerinde gösterildiği durumlarda senet bedelinin ödenmesinin karşı edimin ifasına bağlandığını ifade etmektedir. Yazar, senedi bu hali ile kabul eden lehtarın da söz konusu iradeyi aynen benimsediğini dolayısıyla *"şartsız"* olma zorunluluğunun zedelendiği, bu sebeple de senedin geçerli olmadığını belirtmektedir[33].

Söz konusu görüş doğrultusunda her kambiyo senedinin arkasında bir temel ilişki olduğu ve senette, mücerret mahiyetteki bu temel ilişkiye yalnızca atıfta bulunulmasının geçersizliğe yol açmayacağı kabul edilmektedir. Buna karşın, senet metninde temel ilişkinin açıkça belirtilmesinin keşideci ve lehtarın mutabakatını ortaya koyduğu böylece senedin tedavül yeteneğinin zedelendiği ifade edilmektedir[34].

Reisoğlu da konuya ilişkin olarak aynı yönde görüş beyan etmekte keşideci ile lehtar arasındaki belirli bir hukuki ilişkinin teminatı olduğu kaydını taşıyan ilavelerin çeki şarta bağlı kıldığını ve çekin mücerret niteliğine aykırı olduğunu bu sebeple de çekin geçersizliğine sebebiyet vereceğini ifade etmektedir[35].

Fikrimizce senet metninde verilen teminatın neye ilişkin olduğuna dair düşülen kayıtlar belirli bir meblağın ödenmesini şarta bağlayacak şekilde olmadıkları sürece geçerli kabul edilmelidirler. Zira burada asıl amaçlanan husus, belirli bir miktar ödemenin yapılmasının temel ilişkinin gerçekleşmesi şartına bağlanması değil, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin işaret edilmesidir. O halde mücerret teminat kaydı düşülmesinden amaçsal olarak uzaklaşılmış olunmamaktadır. Ayrıca tıpkı sözleşme ilişkisinin mümkün olduğu müddetçe ayakta tutulmasında olduğu gibi, senedin geçerliliğinin sağlanmaya çalışması ve bu yolla sonraki hamillerin muhtelif sebeplerden hak kaybına uğramalarının önlenmesi de mümkün olabilecektir.

3. Asıl Borç İlişkisini Gösteren veya Göstermeyen, Ancak Her Halde Senette Belirli Meblağın Ödenmesini Şarta Bağlayan Kayıtlar

Senette belirli bir meblağın ödenmesini şarta bağlayan teminat kayıtlarının yer alması çekin kambiyo senedi olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecektir[36]. Bu

---

33 **Kendigelen,** Çek, s. 137.

34 **Kendigelen,** Çek, s. 137.

35 **Reisoğlu,** Çek, s. 88; Aynı gönde görüş için bkz. **Öztan,** s. 1076.

36 **Odman Boztosun,** s. 1492; Yargıtay 12 Hukuk Dairesi'nin 28.08.1987 tarihli E. 1986/12237, K. 1987/8654 sayılı kararında *"… TTK' nun 688. maddesinin ikinci bendi gereğince bono kayıtsız şartsız muayyen bir bedelin ödenmesi için havaleyi ihtiva etmelidir. Temyiz konusu olayda dayanılan bononun arkasında satılmış olan taşınmazın içindeki kiracının 1.6.1986 tarihine kadar tahliye edilmesi için verildiği, tahliye olunmadığı takdirde işlem göreceği, aksi takdirde işlem görmeyeceği yazılıdır. Bu açıklamalardan ödemenin kiracının taşınmazı tahliye etmesi koşuluna bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu tür bir şartı ihtiva eden ödeme vaadi, borç ikrarı, kambiyo senedi vasfına aykırıdır…"* şeklinde hüküm tesis edilmiştir, (**Erişim Adresi:** www.turkhukuksitesi.com, **Erişim Tarihi:** 18.02.2016); Yargıtay 12 Hukuk Dairesi'nin 20.10.2009 tarihli E. 2009/18436, K. 2009/19628

bağlamda senet metninde örneğin *"İşbu çek karşılığında on ton pirinci 05.05.2015 tarihine kadar teslim etmemem halinde (A)'ya yahut emrühalvalesine 5.000 TL ödeyeceğim"* ibaresinin yer alması ödemenin şarta bağlandığı anlamına gelmektedir.

Söz konusu örnekte her ne kadar verilen çekin teslim edilecek pirinçlerin teminatı olduğu senetten açıkça anlaşılıyorsa da bir başka anlatımla teminat çeki yaratılmak istenmişse de düşülen kayıtla birlikte pirinçlerin teslimi halinde ödeme yapılmaması gerektiği belirtilmiş olmaktadır. Dolaysıyla ödeme, ancak şartın gerçekleşmesiyle birlikte yapılacağı için kanun koyucunun aradığı *"kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödenmesi için havale"* unsuru (TTK m. 780) burada bulunmamaktadır ve zorunlu unsur eksiliği sebebiyle senet çek vasfını kaybetmektedir.

4. Teminat Kaydının Üçüncü Kişi Hamile Karşı İleri Sürülmesi

Şarta bağlanmış bir teminat kaydı senede kambiyo senedi vasfını kaybettireceği için söz konusu durumun kambiyo hukuku içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır[37].

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 02.05.1995 tarihli E. 1995/6472, K. 1995/6884 sayılı kararında, senet kapsamında mücerret bir teminat kaydının yahut asıl borç ilişkisinin göstermesine karşın senette belirli bir meblağın ödenmesini şarta bağlamayan bir kaydın mevcut olduğu durumlarda işbu kaydın hamile karşı ileri sürülebileceği yönünde hüküm tesis etmiştir. Bahse konu karar *"… Takip dayanağı …. Çekin üzerinde 'işbu çek teminattır' ibaresinden başka '31.12.1994 günlü sözleşme teminat çeki' sözcüklerine de yer verilmiştir. Ciro ile çeki eline geçiren alacaklı sözleşmeye bağlı ve onun teminatı olduğu ibaresini görerek çeki almıştır. Alacaklının sözleşmede taraf olmaması çekin teminat çeki niteliğini değiştirmez…"* şeklindedir[38].

Yargıtay'ın yukarıda ifade edilen yaklaşımı *Odman Boztosun* tarafından eleştirilmektedir. Yazar' a göre bu durumun benimsenmesi, üçüncü kişi hamilin çek üzerinde bulunan teminat ifadesini görmesiyle birlikte teminat ilişkisine kaynak olan sözleşme ile bağlı olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bir diğer ifade ile kambiyo

---

sayılı bir diğer kararında da *"… takip dayanağı bononun Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi Yapma Vaadi Sözleşmesi gereğince verildiği alacaklı vekilinin kabul beyanı ile sabit olduğuna göre senet TTK' nun 688/2. maddesinde öngörülen kayıtsız ve şartsız bir bedeli ödemek vaadini taşımadığından alacağın tahsili yargılamayı gerektirir…"* ifadesine yer verilmiştir, (**Erişim Adresi:** www.istanbulbarosu.org.tr, **Erişim Tarihi***:* 18.02.2016); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 03.06.2010 tarihli E. 2010/1493, K. 2010/13909 sayılı kararı ise *"TTK' nun 688/2.madde hükmüne göre diğer unsurların yanında bononun kayıtsız ve şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi taşıması gerekir. Somut olayda gözlendiği gibi alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlattığı takipte dayanak senedin ön yüzünde "Bu senet daire karşılığı verilmiştir" şerhini taşıdığı görülmüştür. Bu açıklama az yukarıda açıklanan 688/2.madde koşuluna aykırı düşmekte…"* yönündedir, (**Erişim Adresi:** emsal.yargitay.gov.tr,**Erişim Tarihi***:* 18.02.2016) .

37 **Odman Boztosun,** s. 1493.

38 **Eriş,** s. 56.

senetlerinde öngörülmüş olan def'i sistemine aykırılık yaratılmaktadır. Oysa üçüncü kişi hamile karşı ileri sürülebilecek mutlak def'iler kapsamında *"senedin teminat amacıyla verilmiş olduğu hususunun senede eklenmiş olması"* yer almamaktadır. Bunun yanı sıra söz konusu görüşün kabulü ile kambiyo senedinin tedavül yeteneği ortadan kaldırılmaktadır. İlaveten başka bir güvence vermek yerine tedavül kabiliyetini haiz bir kambiyo senedi düzenleyen kişinin bunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir[39].

Doktrinde *Reisoğlu* da bu yöndeki bir kaydın sadece keşideci ve lehtar arasındaki ilişkide ileri sürülebilecek şahsi bir def'i mahiyetinde olduğunu ve bu sebeple üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceğini belirtmektedir[40].

Bahse konu karara ilişkin olarak yukarıda açıklanan eleştirilere katılmakla birlikte, Yargıtay'ın yaklaşımının bir tür kambiyo senedi olan çekin mücerretliğine aykırılık teşkil ettiği ve üçüncü kişi hamili temel ilişkiye bağladığı için yerinde olmadığını ifade etmek isteriz.

Teminat kaydı üçüncü kişi hamile karşı ileri sürülemeyecek mahiyette olmasına karşın, senedin verilme nedenini gösteren bir vasıtadır. Buradan hareketle, kambiyo senedinin verilmesine temel olan hukuki ilişki ile ilgili def'iler keşideci tarafından lehtara karşı ileri sürülebilecektir. Bu noktada üzerinde durulmasında fayda vardır ki; mücerret teminat kaydının söz konusu olduğu durumlarda temel ilişki ve teminat kaydı arasındaki bağın yanı sıra bu ilişkinin hükümsüz olduğu yahut sona erdiği de keşideci tarafından ispat edilecektir. Buna karşın, teminat kaydı asıl borç ilişkisine işaret eder mahiyette ise söz konusu teminat ilişkisinin kaynağının ispatlanması kolaylaşacaktır[41]. Ancak her iki halde de borca yapılacak itirazların senetle ispatlanması gerekmektedir (İİK m. 169).

Kanun koyucu cironun kayıt ve şart içermesine ilişkin olarak, çekin ihtiva etmesi gereken unsurlara paralel bir düzenleme getirmiştir (TTK m. 780/1-b). Bu bağlamda ciro kayıtsız ve şartsız yapılmalıdır. Cironun belirli şartlara bağlı tutulması onu batıl kılmayacak ancak söz konusu şartların yazılmamış sayılmasına sebebiyet verecektir (TTK m. 682/1). Yukarıda detaylı olarak belirtildiği üzere bizim de katıldığımız görüş çek metnine keşideci tarafından düşülen kayıtlardan mücerret teminat kaydı ile asıl borç ilişkini göstermesine karşın senedi belirli bir meblağının ödenmesi şartına bağlamayan kayıtlar çekin geçersizliğine sebep olmayacak, buna karşın senedi belirli bir meblağın ödenmesine bağlayan kayıtlar çeki geçersiz kılacaktır. Dolayısıyla cirantanın da çeki ciro ederken teminat kaydı koymasının mümkün olduğunu kabul

---

39 **Odman Boztosun,** s. 1493-1495.

40 **Reisoğlu,** Çek, s. 86.

41 **Odman Boztosun,** s. 1495-1497; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından 02.07.1997 tarihinde verilen 4578/6924 sayılı kararda çekin bir ödeme aracı olduğu ve mevcut bir borcun tasfiyesi amacı ile verildiği kabul edilmiştir. Buna göre söz konusu karinenin aksine, çekin bir borcun teminatı mahiyetinde olduğu savunmasını getiren tarafın bu hususu ispat etmesi gerekmektedir, (**Eriş,** s. 65).

etmek gerekir. Keza şarta bağlamamak kaydıyla teminatın hangi borç ilişkisini işaret ettiği de ciroya eklenebilir. Buna karşın cironun herhangi bir şarta bağlandığı hallerde işbu şart yazılmamış sayılacaktır.

Ciranta tarafından konulan teminat kaydı, çeki ciro ettiği kişi ile arasındaki ilişkide senedin verilme nedenine işaret eder mahiyettedir. Dolayısıyla üçüncü kişi hamile karşı ileri sürülmesi mümkün değildir.

Kanun koyucu çekte yazılı bedelin ödenmesinin kısmen yahut tamamen aval ile teminat altına alınabileceğini düzenlemiştir (TTK m. 794/1). Bu kapsamda avalistin cirantaya rücu hakkı doğacağı için avalist tarafından teminat kaydı konulamayacağını görüşündeyiz.

III. Yetki Kaydı

Çek üzerine işbu çek sebebiyle doğacak olası ihtilaflarda belirli mahkemelerin yetkili olacağı konusunda kayıt konulması (*"Uyuşmazlık halinde Isparta Mahkemeleri yetkilidir"* gibi) mümkündür[42]. Ayrıca çekin tamamen yahut kısmen ödenmemesi durumunda, hamil tarafından İİK kapsamında kambiyo senetlerine mahsus yolla takip başlatması söz konusu olabilir. Bu durumda ise hangi icra dairesine başvurulacağı hususu çek üzerinde gösterilebilir[43].

Çalışmanın bu bölümünde usul hukuku bağlamında yetki sözleşmesine tüm yönleriyle yer verilmeyecek, konudan uzaklaşılmaması adına çek hukuku ile bağlantılı noktaların üzerinde durulacaktır.

A. Yetki Sözleşmesinin (Şartının) Tanımı ve Geçerlilik Şartları

Kural olarak medeni usul hukuku açısından kanuni düzenlemeler emredici mahiyettedir ve kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla medeni usul hukuku kapsamında sözleşme serbestîsinin ön planda olduğu söylenemez. Ancak tahkim sözleşmesi ile yargılamayı devlet mahkemeleri yerine hakeme götürebilme ve yetki sözleşmesi ile yetkili mahkemeyi tespit edebilme gibi sınırlı alanlarda taraflara tasarrufta bulunma olanağı tanınmıştır[44].

Yetki kurallarına ilişkin düzenlemelerde tarafların menfaatlerine büyük önem verilmiş olmasına karşın bazen ihtiyaçlara cevap verilememesi veya tarafların kendileri için daha uygun bir yer mahkemesinde dava açma isteği söz konusu olabilir. İşte bu hallerde taraflara yetki sözleşmesi yapabilme olanağı tanınmıştır[45].

---

42 **Öztan,** s. 1077; **Kalpsüz,** s. 69; **Coşgun,**s. 181.

43 **Öztan,** s. 1077.

44 **Belgin Güneş,** Derya: *"Yetki Sözleşmeleri",* İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S.5, Y. 2012, s. 197.

45 **Aşık,** İbrahim: "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi",* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, Y. 2011, s.15.

Yetki sözleşmeleri kapsamında 01.10.2011 tarihinde yürürlükten kalkan 1086 sayılı HUMK ile taraflara oldukça geniş sözleşme serbesti tanınmıştı. Bu bağlamda mahkemenin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olması durumu hariç tutulmak üzere yetki sözleşmesi yapılmasına imkân sağlanmaktaydı[46].

Kanun koyucu 6100 sayılı HMK kapsamında[47] yetki sözleşmesine ilişkin, HUMK'dan farklı olarak, sözleşmeye yalnızca tacir ve kamu tüzel kişilerinin taraf olabileceği ifade etmiştir. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yeki hallerinde, yetki sözleşmesi yapılması engellenmiştir (HMK m. 18/1). Söz konusu değişikliklerin yanı sıra yetki sözleşmesinin geçerliliği, HUMK döneminde olduğu üzere, yazılı olarak yapılmasına, uyuşmazlığa kaynak hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olmasına ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerinin gösterilmesi şartlarına bağlanmıştır (HMK m. 18/2).

Yetki sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi maddi hukuk sözleşmesine bir şart konulması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu duruma kısaca yetki şartı denilmektedir. Yetki şartı bir maddi hukuk sözleşmesinin şartı olmasına karşın esasen başlı başına bir yetki sözleşmesi teşkil etmekte ve mevcut maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız mahiyet taşımaktadır. Dolayısıyla yetki sözleşmesinin (şartının) geçersizlik halleri ile maddi hukuk sözleşmesinin hükümsüzlük şartları birbirinden bağımsızdır. Buradan hareketle maddi hukuk sözleşmesinin hükümsüzlüğünün yahut yokluğunun yetki sözleşmesi (şartı) üzerinde bir etkisi bulunmayacaktır[48]. O halde çekin üzerine yetkiye ilişkin kayıt düşülmesi çeki temel ilişkiye bağlamayacak, çekin mücerretliği hususunda bir kuşku yaratmayacaktır.

B. Yetki Sözleşmesinin (Şartının) Tarafları

Yetki sözleşmesinin yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabileceği HMK m. 17'de açık şekilde belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile HUMK m. 22 düzenlemesinin aksine yetki sözleşmesine herkesin taraf olması artık mümkün değildir. Zira tacirler ve kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde eşit konumda sayılabilmelerine karşın, diğer bir gerçek kişiye göre daha güçlü konumdadırlar. Buradan hareketle daha zayıf konumda olan kimsenin güçlü konumdaki tacir ve kamu tüzel kişisine karşı korunması gereksinimi bulunmaktadır[49].

---

46 Bahse konu düzenleme *"Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmayan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez."* şeklindedir (HUMK m. 22).

47 Bahse konu düzenleme *"Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşme ile yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşme ile belirlenen bu mahkemede açılır."* şeklindedir (HMK m. 17).

48 **Belgin Güneş,** s. 199.

49 Gerekçe HMK m. 17.

Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi tacirdir (TTK m. 12/1). Tacirlerin ticari faaliyetlerini çek keşide etmek suretiyle devam ettirmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ancak bu noktada tacir ve ticari iş kavramlarının ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari işlerdendir (TTK m.3). Ayrıca tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Fakat gerçek kişi tacir işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmediği yahut işin ticari sayılmasına durumun elvermediği hallerde borç, adi sayılacaktır. Çek müessesi TTK'da düzenlendiğine göre ticari bir iş söz konusu olmaktadır. O halde çek keşide edilmesi keşidecinin tacir sıfatından bağımsız olarak ticari bir iştir. Ancak bu durumda tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kişinin keşide ettiği çek üzerine yetki kaydı düşmesi hüküm ifade etmeyecektir. Zira kanun koyucu açıkça bu sıfatları haiz olmaktan bahsetmiştir (HMK m. 17). Aksi halin kabulü halinde kanun koyucunun sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı gerçekleşmeyecektir.

Bu bağlamda Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından verilen 06.05.2013 tarihli, 2013/8928 E., 2013/17250 K. sayılı konuya ilişkin kararda da*"… belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemeye bakıldığında, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir. Söz konusu düzenleme ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka husus da, yetki sözleşmesi yapılmasında, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması aranmıştır. Diğer bir anlatımla, maddedeki tacirden anlatılmak istenen, işin ticari nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticari iş olması gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkânı vermemektedir…"* ifadeleri yer almaktadır[50].

Kanun koyucu gerçek kişi tacirleri düzenlerken üç faklı kavrama yer vermiştir. İşbu kavramlardan ilki *"tacir"* (TTK m. 12/1), ikincisi ise *"tacir sayılanlar"*dır (TTK m. 12/2). Söz konusu düzenleme uyarınca *"Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır"*. Son olarak *"tacir gibi sorumlu olanlar"* kişiler bulunmaktadır. Bu bağlamda *"Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur."* düzenlemesini getirmiştir (TTK m. 12/3). Tacir gibi sorumlu olan kişiler tacir olmanın nimetlerinden faydalanamazlar. Buna karşın tacirin tâbi olduğu külfetlere tâbi olacaklardır. Dolayısıyla bu kişiler esasen tacir sıfatını haiz olamamakta, zira bu sıfattan kaynaklı nimetlere erişememekte, ancak külfetlere katlanmak durumda kalmaktadırlar[51]. Bu-

---

50 **Erişim Adresi:** www.ictihatlar.net, **Erişim Tarihi:** 13.05.2015.

51 **Poroy,** Reha/ **Yasaman,** Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 130; Tacir gibi sorum-

radan hareketle tacir gibi sorumlu olan kişi örneğin TTK m. 20'ye dayanarak ücret isteyemeyecektir. Ancak iflasının istenmesi mümkün olacaktır[52].

Esasen tacir sayılanlar ve tacirler arasında bir fark yoktur. Zira bunlar hem tacir olmanın nimetlerinden faydalanır hem de bu sıfattan kaynaklı külfetlere katlanırlar[53]. Dolayısıyla bu kişilerin çek üzerine yetki kaydı düşmesi, bir diğer ifade ile yetki sözleşmesi yapmaları mümkündür. Buna karşın tacir gibi sorumlu olan kişiler yalnızca tacir olmaktan kaynaklı külfetlere katlanabilecekleri ve bu sıfatın getirdiği nimetlerden faydalanamayacakları için tacir sıfatını haiz olmamaktadırlar. O halde lâfzî bir yorum yapılarak HMK m. 17'de aranılan yalnızca tacir ve kamu tüzel kişisi olanların yetki sözleşmesi akdedebileceğine ilişkin şartın gerçekleşmediği bu sebeple de tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi yapamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Fakat bu durumda da tacir gibi sorumlu olanların katlanmaları gereken külfet hafifletilmiş ve kanun koyucunun hükmü getiriliş amacından uzaklaşılmış olunabilir.

Fikrimizce, yetki sözleşmesinin bir tarafının tacir gibi sorumlu olması durumda bu kişi esasen tacir olmadığı için sözleşmenin geçerli olmadığının kabulü, yetki sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan tacir yahut kamu tüzel kişisi açısından başka bir yerdeki mahkemeye gitme gerekliliği yaratabileceği için külfete sebebiyet verebilecektir. Oysa kanun koyucunun HMK m. 17 düzenlemesini getirme amacı sözleşmenin zayıf tarafını koruma gereksinimidir. Burada ise taraflar arasındaki gücün eşit konumda olduğu söylenebilir. Keza bir taraf ya tacir olduğu için basiretli şekilde davranma yükümlülüğü altındadır ya da kamu tüzel kişisi olduğundan kamunun gücünü elinde bulundurması sebebiyle sorumluluğu doğmaktadır; sözleşmenin tacir gibi sorumlu olan tarafı ise kendisini olduğundan farklı göstermesi sebebiyle kanun koyucu eliyle tacir sıfatından kaynaklı külfetlerin altına sokulmaktadır. O halde tacir gibi sorumlu olan kişilerin yapmış oldukları yetki sözleşmeleri açısından sözleşmenin diğer tarafının da dikkate alınması gerektiğinden önceden kesin bir yargıya varılmamalı, somut olayın şartlarına bakılmalı ve bu kişiler her ne kadar tacir sıfatını haiz olmasalar da sorumluluktan kaçmaları önlenmelidir[54].

---

lu olanların esasen tacir sıfatını kazanamayacağına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. **Ülgen,** Hüseyin/ **Helvacı,** Mehmet/ **Kendigelen,** Abuzer/ **Kaya,** Arslan/ **Nomer Ertan,** Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015, s.260-261; **Karahan,** Sami: Ticari İşletme Hukuku, 27. Bası, Konya 2015, s. 93-94; **Ayhan,** Rıza/ **Özdamar,** Mehmet/ **Çağlar,** Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 206.

52 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan,** Ticari İşletme, s. 261.

53 **Poroy/ Yasaman,** s. 129.

54 Tacir sayılan kişilerin yetki sözleşmesine taraf olabilecekleri, buna karşın tacir gibi sorumlu olanların davalı ve davacı sıfatları dikkate alınarak yetki sözleşmesi yapabileceklerinin kabul edilebileceği yönündeki görüş için bkz. **Belgin Güneş,** s. 203.

C. Ciro Edilen Çek Üzerindeki Yetki Kaydı

Ciro, emre yazılı senetlerde, senedin içerdiği hakkı devretmeye yönelmiş yazılı bir irade beyanı olarak tanımlanmaktadır[55]. Söz konusu müessese TTK'da poliçe dolayısıyla düzenlenmiştir ve çeke ilişkin olarak poliçenin cirosuna atıf yapılmasıyla yetinilmiştir (TTK m. 818/1-d).

Ciro yoluyla senetten doğan tüm haklar devredilmektedir. Bu bağlamda ciro eden kendi sahip olduğu hakları değil, senetten doğan hakları devretmekte; buna karşın ciro edilen kişi de ciro edilenin sahip olduğu hakları değil, senetten doğan hakları iktisap etmektedir. Dolayısıyla temel ilişkiden kaynaklanan teminat, cezai şart, tazminat gibi hak ve talepler ciro edilene intikal etmeyecektir[56].

Çek üzerine düşülen HMK m. 17 vd. yer alan şartlara uygun yetki kaydı geçerli bir kayıt olması sebebiyle esasen cirantalar açısından da hüküm ve sonuç meydana getirmelidir. Ancak bu noktada cirantaların tacir yahut kamu tüzel kişisi olup olmadıkları dikkate alınmalıdır. O halde keşideci ve lehtarın tacir yahut kamu tüzel kişisi olduğu ve daha sonra senedi elinde bulunduran cirantaların da bu sıfatı taşıdığı hallerde yetki kaydı onlar açısından da geçerli olacaktır. Buna karşın senedi sonradan ele geçiren cirantaların tacir veya kamu tüzel kişisi olmadığı durumlarda yetki kaydının onlar açısından hüküm ve sonuç doğurması söz konusu değildir. Keşideci ve lehtarın tacir veya kamu tüzel kişisi olmadığı hallerde ise yetki kaydı tartışmasız şekilde baştan itibaren geçerli bir kayıt olmadığından sonraki cirantaların sıfatı da önem teşkil etmeyecektir[57].

Tacir ve kamu tüzel kişisi olmaları halinde avalist ve cirantalar tarafından yetki kaydı konulması da mümkündür. Söz konusu kayıt tacir ve kamu tüzel kişisi halefler açısından kaydı koyan avalist ve cirantalar ile ilişkilerinde bağlayıcı olacaktır. Buna karşın tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan halefler bakımından işbu kayıt kanun koyucunun aradığı şartlar gerçekleşmediği için geçerli mahiyette değildir.

D. Yetki Sözleşmesinin (Şartının) Yürürlüğü

Yetki sözleşmeleri açısından, daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, HMK ile iki temel değişiklik getirilmiştir: Sözleşmeye yalnızca tacir ve kamu tüzel kişilerinin taraf olabileceği ve taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe sözleşmedeki yetkili mahkemenin münhasır yetkili mahkeme olduğu[58]. Bu bağlamda örneğin HUMK döneminde bir gerçek kişi tarafından keşide edilen çek üzerinde yetki kaydı bulunması

---

55 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 153.

56 **Poroy/ Tekinalp,** s. 181; **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 155.

57 **Belgin Güneş,** s. 218.

58 **Belgin Güneş,** s. 218.

ve HMK yürürlüğe girdikten sonra uyuşmazlık yaşanması halinde yetki sözleşmesi geçerli olacak mıdır?

Doktrinde bir görüş HMK döneminde yapılan yetki sözleşmelerinin taraflarını tacir yahut kamu tüzel kişileri oluşturmasa da geçerliliklerini koruyacağı yönündedir. Keza özel hukukta kural, bir fiil yahut işlem hangi tarihte gerçekleşmişse o tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanmasıdır[59].

Buna karşın bir diğer görüş, *"Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır."* düzenlemesini işaret etmektedir (HMK m. 448). Söz konusu düzenleme ışığında HMK yürürlüğe girmeden yani 01.10.2011 tarihinden önce HUMK hükümleri kapsamında geçerli olarak akdedilmiş bir yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılması durumda o işlem tamamlanmış sayılacağı için açılan davada, davalı yetki sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyecektir. Ancak HUMK döneminde geçerli şekilde yapılan yetki sözleşmesine dayanılarak 01.10.2011 sonrasında yetki sözleşmesi ile tespit edilen mahkemede dava açılması mümkün olmayacaktır. Zira HMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu kişiler arasındaki yetki sözleşmesi geçersiz hale gelmiştir[60].

Bu hususta İpsala İcra Hukuk Mahkemesinin E. 2011/31,K. 2011/56 sayılı "*01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 17/1. maddesine göre bu tarihten itibaren sadece tacirler ve kamu kurumları arasında yetki sözleşmesi düzenlenebileceği, özel şahıslar arasında yetki sözleşmesi düzenlenmesinin mümkün bulunmadığı, takip tarihi itibari ile 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmiş bulunduğundan aynı kanunun 448/1 maddesi gereğince söz konusu takip hakkında yeni kanunun hükümlerinin uygulanması gerektiği, her ne kadar davaya konu bono önceki tarihte düzenlenmiş olsa da yeni kanuni düzenlemede tamamen ortadan kaldırılmış bulunan özel şahıslar arasındaki yetki sözleşmelerinin (daha önceden açılan dava ve takipler haricinde) artık uygulanmalarının mümkün olmadığı, 6100 sayılı HMK'nın geçici 2 maddesindeki düzenlemenin senetlerin geçerliliğine ilişkin olup, yetki sözleşmelerinin geçerliliğine dair bir hüküm içermediği, davaya konu senede yetkiye dair bir unsur eklenmesinin olayımızda bu maddenin uygulanmasını gerektirmeyeceği, bu kaydın sadece taraflar arasında kararlaştırılan yetki sözleşmesinden öteye bir anlamının bulunmadığı…"* hükmünü içeren kararı Yargıtay tarafından onanmıştır[61].

---

59 **Kuru,** Baki/ **Budak,** Ali Cem: *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler",* İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Y. 2011, s. 5-6.

60 **Aşık,** s. 44; **Belgin Güneş,** s. 218-219.

61 Bkz. Yargıtay 12 Hukuk Dairesi'nin E. 2012/840, K. 2012/21254,T. 19.06.2012 sayılı kararı (**Erişim Adresi:** www.kararara.com, **Erişim Tarihi:** 13.05.2015). Keza 12 Hukuk Dairesi'nin E. 2013/8928, K. 2013/17250, T. 06.05.2013 sayılı başka bir kararında da *"Somut olayda, takip dayanağı bonoda tanzim yerinin ve muteriz borçlunun adresinin S… olduğu, ödeme emrinin de bu adreste borçluya tebliğ edildiği görülmektedir. Takibe konu bonoda K… mahkemelerinin(icra dairelerinin) yetkili olduğunun yazılması yetki sözleşmesi niteliğinde olup, takip tarihi itibari ile*

IV. Tahkim Kaydı

A. Genel Olarak Tahkim Müessesesi

Hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olarak asıl olan mahkemelere başvurmaktır. Bu durum *"geleneksel yahut yargısal usul"* şeklinde ifade edilmektedir. Buna karşın günümüzde medeni yargıya alternatif bazı uyuşmazlık çözüm yolları gündeme gelmektedir. İşbu çözüm yolları kısaca ADR *("Alternative Dispute Resolution")* olarak isimlendirilmekte ve devlet mahkemelerindeki yargılamaya alternatif teşkil etmektedir. Bu kapsamda geleneksel dava yolunun yanı sıra seçimlik nitelikteki uzlaştırma, arabuluculuk, tarafsız ön değerlendirme gibi çözüm yolları gündeme gelmekte ve tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin gayreti söz konusu olmaktadır[62].

Tahkim *(arbitration)* ise *"Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması…"* şeklinde tanımlanmaktadır[63].

Söz konusu tanım ışığında hem tahkim[64] hem de ADR tarafsız üçüncü kişilerin uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamaları açısından benzerlik gösterseler de tahkimde hakem kararları kesin hüküm teşkil etmesine karşın, ADR'ye başvurmak ve sonuçlarına katlanmak iradi mahiyettedir. Bu bağlamda ADR yöntemlerine nazaran daha resmi olan tahkime genellikle bu yöntemlerin başarısız olmasında durumunda başvurulmaktadır[65].

B. Tahkim Sözleşmesinin (Şartının) Çekin Mücerretliğine Etkisi

Tahkim sözleşmesi *"… tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma…"*şeklinde tanımlanmaktadır[66] (HMK m. 412/1). Tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı yahut ayrı bir sözleşme olarak yapılabilecektir (HMK m. 412/3).

---

yürürlükte olan 6100 Sayılı HMK'nun 17. maddesi gereğince yetki sözleşmesi geçersizdir." ifadeleri yer almaktadır (**Erişim Adresi:** www.ictihatlar.net, **Erişim Tarihi**: 13.05.2015).

62 **Özbay,** İbrahim: *"Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri",* AÜEHFD, C. X, Y. 2006, S. 3-4, s. 459.

63 **Kuru,** Baki/ **Arslan,** Ramazan/ **Yılmaz,** Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 779.

64 Tahkim türlerine ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. **Ekşi,** Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 15 vd.

65 **Özbay,** s. 473-474.

66 Kanun koyucu tarafından tahkim anlaşmasına ilişkin yapılan bir diğer tanım *"… tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma…"* şeklindedir. Söz konusu anlaşma asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilecektir (MTK m. 4/1).

Taraflar arasında gerçekleştirilen bu tahkim sözleşmesine (yahut tahkim şartına) ilişkin olarak çeke kayıt konulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla *"İşbu çekle ilgili ihtilaflar tahkim yolu ile çözümlenecektir."* şeklindeki bir tahkim kaydı çeki geçersiz hale getirmeyecektir[67].

Uyuşmazlık halinde tahkim müessesesine başvurulacağı yönündeki bir kaydın çeke eklenmesi durumunda, kambiyo senedinin temel ilişkiye bağlandığı bir diğer ifade ile kambiyo senetlerinin temel özelliklerinden biri olan sebepten soyutluk (mücerret olma) özelliğine aykırılık bulunduğu akla gelebilir.

Bilindiği üzere kambiyo senedi kapsamında senet borçlusunun yükümlülüğü yahut senet alacaklısının hakkı, bir başka ifade ile senet ile borçlanılan edimin kapsam ve içeriği açısından yalnızca senet belirleyici olmaktadır[68]. Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulması mümkün değildir (HMK m. 412/4). Bu bağlamda tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden soyut olduğu ifade edilebilir. Aynı yöndeki Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.03.2010 tarihli E. 2008/59013, K. 2010/3203 sayılı kararında *"…Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları için de geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz…"* ifadeleri yer almıştır[69]. Dolayısıyla tahkime konu temel ilişkide bir sakatlık bulunduğu hallerde tahkim anlaşması bu durumdan etkilenmeyecektir. Tahkim anlaşması ve temel ilişki birbirinden soyut mahiyette olduğu için tahkim kaydı düşülen çekin de temel ilişkiye bağlanmasının mümkün olmayacağı görüşündeyiz.

Avalist ve cirantalar tarafından tahkim kaydı konulması mümkündür. Ancak keşideci tarafından düşülen tahkim kaydının aksine, avalist ve cirantalar tarafından konulan tahkim kaydı halefler ile kaydı koyan avalist ve cirantalar arasındaki ilişkilerde bağlayıcı olacaktır.

V. İhbar Kaydı

İhbar kaydı kapsamında muhatap ile düzenleyen, düzenleyenin ayrı bir ihbarı bulunmadığı sürece ödeme yapılmayacağı hususunda anlaşmaktadırlar[70]. Söz konu-

---

67 **Öztan,** s. 1077; **Kalpsüz,** s. 69; **Coşgun,** s.536.

68 **Ünal,** Mücahit (**Karahan,** Sami/ **Arı,** Zekeriyya/ **Bozgeyik,** Hayri/ **Saraç,** Tahir): Kıymetli Evrak Hukuku, Konya 2015, 3. Bası, s. 79.

69 **Ekşi,** s. 105.

70 **Pulaşlı,** s. 143.

su kayıt çoğunlukla *"vaki iş'ara göre … ödeyiniz"*,*"daha önce yapılacak ihbara göre … ödeyiniz"* yahut *"mektuba atfen ödeyiniz"* şeklinde konulmaktadır[71].

İsviçre Hukukunda benimsenmemiş olmasına karşın, Türk Hukukunda çeke düşülen ihbar kaydının geçerli olduğunu ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Bu bağlamda, muhatap bankanın çekin ibrazında keşideciyi henüz haberdar etmediğini hamile karşı ileri sürmesi mümkündür. Söz konusu görüşe göre oldukça nadir şekilde karşılaşılan ihbar kaydı düzenleyenin çıkarlarına hizmet eder mahiyettedir. Zira banka keşideciyi haberdar etmeden çeki ödememektedir. Bu yolla gerçekleştirilecek ödeme düzenleyenin kontrolü altında yapılacağından onun için güvence teşkil eder mahiyette olacaktır[72].

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise ihbar kaydı dar anlamda kambiyo ilişkisini ilgilendirmeyen, yalnızca keşideci ve muhatap arasındaki asıl borç ilişkisi ile alâkalı bir kayıttır ve kambiyo ilişkisi açısından anlamı bulunmamaktadır. Dolayısıyla muhatabın süresinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çek bedelini ödeme yükümlülüğünü etkilemesi söz konusu değildir. Bir diğer ifade ile çekin ödenmesinin muhatabın keşideciye yapacağı bir ihbara ve giderek onun muvafakat vermesi şartına bağlanması mümkün değildir[73]. Zira tahsil edilmek üzere bankaya ibraz edilen çekin karşılığı hesapta bulunmasına rağmen, hamile ödeme yapmayan veya bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı ödemeden kaçınan banka görevlisinin şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması mümkündür (ÇekK m. 7/5). Ayrıca çekin karşılığı hesapta bulunmasına rağmen, hamiline ödenmesinin geciktirilmesi halinde bankanın çek hamiline her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödemesi söz konusu olacaktır (ÇekK m. 3/7). Bahse konu hüküm kapsamında kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın hamile ödenmesini geciktiren bankanın da aynı oranda cezai sorumluluğu bulunduğu düzenlenmektedir. Buradan hareketle kanun koyucunun arzusunun çek hamilinin bekletilmemesi yönünde olduğu söylenebilir. O halde keşideci ve muhatap arasındaki ilişkiden kaynaklı bir kayıt sebebiyle hamile yapılacak ödemenin keşidecinin lehine ötelenmesi açıkça yerindelik teşkil etmeyecektir.

Yalnızca keşideci ve muhatap arasındaki asıl borç ilişkisiyle ilgili olan, dar anlamda kambiyo ilişkisiyle alakası bulunmayan ihbar kaydının, asıl borç ilişkisine yabancı avalist ve cirantalar tarafından düşülmesi mümkün olmayacaktır.

---

71 **Öztan,** s. 1075; **Poroy/ Tekinalp,** s.159.

72 **Pulaşlı,** s. 143-144.

73 **Öztan,** s. 1074 vd.; **Poroy/ Tekinalp,** s. 159; **Kendigelen,** Çek, s. 133; **Kalpsüz,** s. 68-69.

VI. Teyit veya Vize Kaydı

A. Teyide Duyulan Gereksinim

Çek elden ele nakit para gibi tedavül ediyor olmasına karşın çekin karşılığının bulunup bulunmadığı ancak ödeme sırasında anlaşılabilmektedir. Bu sebeple kendisine çek verilen kişinin bir tereddüde kapılması olasıdır. Zira çek para değil, ödeme emridir ve ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Düzenleyenin muhataba verdiği bu emir, karşılığı olması halinde gerçek anlamıyla yerine getirilecektir[74].

Çekin bir kredi değil, ödeme vasıtası olmasından hareketle çekte kabul caiz değildir ve çek üzerine yazılmış kabul şerhi yazılmamış sayılır (TTK m. 784). Bu eksikliğin giderilmesi, bir başka anlatım ile çekle ödeme yapılmasının arzulandığı durumlarda lehtara güven verilerek tereddütlerin ortadan kaldırması için uygulamada çekin banka tarafından teyit edildiği görülmektedir[75].

B. Türk Hukukunda Teyit Müessesesi

Teyit müessesesinin, TTK'da düzenleme alanı bulunmamaktadır. Bu sebeple Türk Hukukunda teyit bir çek kurumu olarak değil, ancak Borçlar Hukuku kapsamında taahhüt olarak yapılabilecektir. Banka tarafından çekin teyit edilmesi, ibrazında çekin ödeneceği anlamına gelebileceği gibi teyit tarihinde karşılığın bulunduğunu da ortaya koyabilir. Bu noktada önem arz eden, somut olayda teyit kaydının lafzıdır[76].

Uygulamada çekin teyidi, muhatap tarafından üzerine (ön ya da arka yüzüne) çekte yazılı karşılığın düzenleyenin tasarrufundan çıkartılarak çek hamilinin emrine tahsis edildiğini ifade eden *"teyit edilmiştir", "bloke edilmiştir"* yahut *"hamil emrine amadedir"* gibi bir kayıt düşülmesi ile gerçekleştirilmektedir. Şu halde muhatap dışındaki kişilerin çeke teyit kaydı düşmeleri mümkün değildir. Bu noktada söz konusu kaydın geçerlilik taşıması ayrıca muhatap bankayı temsile yetkili kişilerce imzalanmasına da bağlıdır[77]. İmza atan kişinin yetkisine ilişkin bir itirazın söz konusu oldu-

---

74 **Kocaimamoğlu,** s. 121.

75 **Öztan,** s. 1077; Teyidin kabulden farkı, kabul kapsamında, kabul edenin vadeden sonrada zamanaşımı süresi ile sınırlı olmak kaydı ile sorumluluğu devam ediyor olmasına karşın, teyit eden bankanın sorumluluğunun ibraz süresi ile sınırlı olmasıdır, (**Domaniç,** Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi IV, İstanbul 1990, s. 571).

76 **Poroy/Tekinalp,** s.317; **Oğuzoğlu,** Abdullah Çetin: Her Yönüyle Çek Sorunları, İstanbul 1984, s. 18.

77 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 294; **Şimşek,** Edip: Ticari Senetler, Ankara 1966, s. 390; Doktrinde bir görüş teyit şerhine tarih atılmasını şart görmemektedir, (**Öztan,** s. 1133). Buna karşın uygulamada teyidin yapıldığı tarihin de şerhe eklenmesinin bir geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir, (**Arslan,** Çetin/ **Kayançiçek,** Murat: 5491 Sayılı Çek Kanunu Şerhi, Ankara 2010, s. 150, dn. 447).

ğu hallerde, bu itiraz yalnızca bir güven kuruluşu olan bankanın iç ilişkisi dâhilinde değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla bu tür bir yetki itirazının iyiniyetli üçüncü kişileri etkilemesi söz konusu olmayacaktır[78].

C. Teyit Kaydından Kaynaklanan Sorumluluk

Bankanın çeki herhalde ödeyeceğini çek üzerinde yahut ayrı bir kâğıtta beyan etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak çekin bloke edilmesi hukuki bir yorumu gerektirir. Çekin teyit edilmesiyle hesaba konulan blokaj esasen hukuki olarak bir anlam taşımamaktadır. Zira Türk Hukukunda hesabın banka tarafından bloke edilmesi kurumu bulunmamaktadır. Dolayısıyla asıl olan blokajın üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği dahası bu kişilerin haciz ve tedbir kararlarını uygulamalarına da engel teşkil etmeyeceğidir[79].

Buna karşın çekin üzerine teyit kaydı konularak bedelin ayrı bir hesaba aktarılması ve bu yolla hamil lehine bloke edilmesi durumunda düzenleyen artık söz konusu miktar üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Dolayısıyla normal çeklerin aksine teyitli bir çekin karşılığı olmaması münasebetiyle bankanın ödeme yapmaktan kaçınması mümkün değildir[80]. Keza Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 17.01.1994 tarihli ve 9905/111 sayılı kararına göre, çekteki bloke şerhinin karşılığında, hesapta çek bedeli miktarınca para bulunmasa bile muhatabın düzenleyene açık kredi kullandırması mümkündür[81]. Fakat ibraz süresi sona erdikten sonra düzenleyenin teyitli çekten cayması, muhatabın ise ödemeden kaçınması mümkündür (TTK m. 799) ve bu durumda hamile karşı bir sorumluluğun doğması söz konusu olmayacaktır.

İbraz süresinin sona ermesi ve ödemeye engel teşkil edecek bir başka sebebin bulunması halleri dışında çekin karşılığının bulunmadığı gerekçesi ile ödemeden kaçınılması durumunda ise muhatabın hamile karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Söz konusu sorumluluğun mevcudiyeti için muhatabının teyide ilişkin beyanının hukuken geçerli olması gerekli ve yeterlidir. O halde bu beyana rağmen çek bedelinin bloke edilen bir hesaba aktarılmaması veya hamilin iyiniyetli olması kaydıyla aslında karşılığı olmayan bir çek için teyit kaydı düşülmesi hallerinde muhatabın sorumluluğu söz konusu olacaktır[82]. Bu doğrultuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş 10.11.1994 tarihli ve 4507/4666 sayılı kararda da *"…Çek hamili, bankanın yanlış işlemi sonucu, çek bedelinin keşidecinin hesabından çıkarılarak icra memurluğu*

---

78 **Şimşek,** s. 391.

79 **Poroy/Tekinalp,** s.317; **Öztan,** s. 1135; **Arslan/Kayançiçek,** s. 150.

80 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 294.

81 **Eriş,** s. 128.

82 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 294.

eliyle icra alacaklılarına intikal sonucu zarara uğramışsa banka sorumlu olur." şeklinde hüküm tesis edilmiştir[83].

Teyit kaydı muhatap tarafından yalnızca düzenleyenin talebi üzerine ve çek lehtara teslim edilmeden önce konulabilir. Zira çekin tesliminden sonra artık güvence altına alınması değil, ödenmesi söz konusu olacaktır. Buna karşın çekin düzenleme tarihinden önce ödenmek üzere ibraz edilmesi imkânı sınırlandırılmış olduğu için (ÇekK m. 3/8 ve gm. 3/5) tedavüle çıkarıldığı tarih ve fiili ödeme tarihi arasında bir teyit kaydı gerekli olabilecektir. Ancak bu olasılıkta bile teyit kaydı hamilin değil, düzenleyenin talebi üzerine çeke yazılabilecektir[84].

Muhatabın işbu sorumluluğu kambiyo taahhüdünden değil, çek üzerinde bulunan yazılı beyandan kaynaklandığı için genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple hamilin başvuru hakkına ilişkin olarak talepte bulunması (TTK m. 808 vd.) mümkün değildir[85].

SONUÇ

Çek, sıkı şekil şartlarına bağlanmış bir kambiyo senedidir ve ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Söz konusu şekil şartları kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir (TTK m. 780) ve bu şartları haiz olmayan bir senedin çek vasfında olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 781).

Asgari zorunlu unsurların yanı sıra yine kanun koyucu tarafından zikredilen, ancak çeke dâhil edilmesi ilgilerin arzusuna bırakılmış kayıtlar da söz konusu olmaktadır. Belirtilenlerin haricinde uygulamada karşılaşılan gereksinimleri karşılamak amacıyla çekin mahiyeti ile bağdaşmaları şartıyla tarafların çeke bazı farklı kayıtlar düşmeleri de mümkündür. Söz konusu kayıtlardan en sık karşılaşılanları; provizyon, teminat, yetki, tahkim, ihbar, teyit veya vize kayıtlarıdır.

Bu bağlamda provizyon kaydı ile çekin muhatap banka nezdinde ki hangi hesaptan ödeneceği belirlenmektedir. Buna karşın teminat kaydı düşülmesiyle birlikte çek bedelinin karşılığının bulunduğu güvence altına alınmakta ve bu yolla kabul müessesesinin olmadığı çekte hamilin üstlendiği riziko azaltılmaktadır. Ancak düşülecek teminat kaydı ile bedelin ödenmesine ilişkin bir şart koşulmuş olması durumunda çek zorunlu şekil şartlarına aykırılıktan kambiyo vasfını kaybedecektir.

---

83 **Öztan,** s. 1135, dn. 27; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 11.02.2008 tarihli E. 2006/14490, K. 2008/1440 sayılı aynı yöndeki karar için bkz. **Arslan/ Kayançiçek,** s. 151; Yargıtay 19 Hukuk Dairesi'nin 06.04.1994 tarihli ve 3348/3326 sayılı kararına göre, çekin arka yüzüne *'karşılığı bloke edilmiştir'* kaydını düşen bankanın çek hamiline karşı sorumluluğu bulunmaktadır (**Eriş,** s.129).

84 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 294-295.

85 **Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya,** s. 295.

Çek üzerine işbu çek sebebiyle doğacak olası ihtilaflarda belirli mahkemelerin yetkili olacağı konusunda yetki kaydı konulması da (*"Uyuşmazlık halinde Isparta Mahkemeleri yetkilidir"* gibi) HMK m. 17 vd. yer alan şartları taşıması durumunda mümkündür. Ayrıca uyuşmazlık halinde tahkim müessesesinin uygulanacağı hususunda çeke kayıt düşülmesi de olasıdır ve bu husus çekin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmamış bir diğer kayıt olan ihbar kaydı dâhilinde muhatap ile düzenleyen, düzenleyenin ayrı bir ihbarı bulunmadığı sürece ödeme yapılmayacağı hususunda anlaşmaktadırlar. Ancak düzenleyen ve muhatap arasındaki ilişkiden kaynaklı bu kayda dayanılarak hamile yapılacak ödemenin,düzenleyenin lehine ötelenmesinin yaptırımı bulunmaktadır.

Çekte kabul müessesesinin olmaması sebebiyle yaşanacak olası tereddütlerin önlenmesi için muhatap tarafından çekin teyit edilmesi de mümkündür. Bu durumda istisnalar saklı kalmak şartıyla ibraz edilen çekin ödenmemesi muhatabın sorumluluğuna sebep olacaktır.

KISALTMALAR

ADR	: Alternative Dispute Resolution
bkz.	: bakınız
BankK	: Bankacılık Kanunu
C.	: Cilt
ÇekK	: Çek Kanunu
dn.	: dipnot
f.	: fıkra
gm.	: geçici madde
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
m.	: madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

Akıska, Adnan, Çek, İstanbul 1954.

Arslan, Çetin/**Kayançiçek,** Murat, 5491 Sayılı Çek Kanunu Şerhi, Ankara 2010.

Aşık, İbrahim, "*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi",* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, Y. 2011, s.11-48.

Ayhan, Rıza/**Özdamar,** Mehmet/**Çağlar,** Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.

Belgin Güneş,Derya, *"Yetki Sözleşmeleri",* İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S.5, Y. 2012, s. 197-221.

Bülow, Peter, Kommentar- Wechselgesetz Scheckgesetz, Münih 2013.

Bozer, Ali/**Göle,** Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015.

Can, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.

Coşgun, Mahmut, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2015.

Domaniç, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi IV, İstanbul 1990.

Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.

Eriş, Gönen, Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara 2004.

Günay, Erha, Uygulamalı Çek Rehberi, 5. Baskı, Ankara 2015.

Kaçak, Nazif, Tüm Yönleri ile Bono, Poliçe,Çek, 4. Bası, Ankara 2008.

Kalpsüz, Turgut(**Erdem,** Faruk/**Çelebican,** Gürhân), İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Ankara 1975.

Karahan, Sami (Edit), Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Konya 2015.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 27. Bası, Konya 2015, (Karahan, Ticari işletme).

Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.

Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2007, (Kendigelen, Çek).

Kocaimamoğlu, Sururi, Ticari Senetler Tatbikatı ve Banka Muameleleri, Ankara 1959.

Kuru,Baki/**Arslan,**Ramazan/**Yılmaz,**Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

Kuru, Baki/**Budak,** Ali Cem, *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler",* İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Y. 2011, s. 3-43.

Meier-Hayor, Arthur/**Caspar v. der Crone,** Hans, Wertpapierrecht, Bern 1985.

OdmanBoztosun, Ayşe, *"Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı",* Legal Hukuk Dergisi, Y. 2007, S. 53, s. 1487-1499.

Oğuzoğlu, Abdullah Çetin, Her Yönüyle Çek Sorunları, İstanbul 1984.

Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997.

Özbay, İbrahim, *"Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri",* AÜEHFD, C. X, Y. 2006, S. 3-4, s. 459-475.

Poroy, Reha/**Tekinalp,** Ünal, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 21. Bası, İstanbul 2013.

Poroy, Reha/**Yasaman,** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Bası, Ankara 2015.

Reisoğlu, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011, (Reisoğlu, Çek).

Reisoğlu, Seza, *"Son Yasal Değişiklikler Açısından Çek",* Türkiye Bankalar Birliği, Yeni Çek Kanununun Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi Konferansı, Mart 2003, s. 1 vd, (**Erişim Adresi:**www.tbb.org.tr, **Erişim Tarihi:** 16.02.2016).

Şimşek, Edip, Ticari Senetler, Ankara 1966.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı,** Mehmet/**Kendigelen,** Abuzer/**Kaya,** Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı,** Mehmet/**Kendigelen,** Abuzer/**Kaya,** Arslan/**Nomer Ertan,** Füsun, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015, (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan, Ticari İşletme).

İFLASIN ERTELENMESİ KURUMU ÇERÇEVESİNDE İHTİYATİ TEDBİR KARARININ KAPSAMI, NİTELİĞİ ve ETKİLERİ

(The Extent, Qualification and Effects of Provisional Injunctions Within The Scope of Postponement of Bankruptcy)

Doç. Dr. Murat YAVAŞ*

ÖZET

Kendine özgü bir geçici hukuki koruma olan iflasın ertelenmesi yargılamasında hâkim İİK m.179/a hükmüne dayanarak ihtiyati tedbir kararı verebilir. Bu ihtiyati tedbir kararıyla iflasın ertelenmesi kararının etkisi bir anlamıyla geriye çekilmiş olur. Bu özelliği dolayısıyla bu ihtiyati tedbir ifa amaçlı bir tedbirdir. İİK m. 179/a hükmüne göre verilen ihtiyati tedbir kararında ispat ölçüsü yaklaşık ispatın üzerinde kabul edilmelidir. Ayrıca talep üzerine derhal tedbire karar verilmemeli, hızlı bir bilirkişi incelemesi yapılarak karar verilmelidir.

Anahtar kelimeler: İflasın ertelenmesi, geçici hukuki koruma, ifa amaçlı ihtiyati tedbir, yaklaşık ispat.

Abstract

On the basis of İİK m. 179/a the court has competence to decide on provisional injuctions. As a conclusion of this injunction the effect of postponement of bankruptcy is occured before the court sentence. Because of its characteristic these injuctions aim at the performance. The approximate proof standard has to be sought by the court as the standard of proof. The court should examine the conditions of postponement of bankruptcy with the help of expertise before to dedice on provisional injuctions.

Keywords: Postponement of bankruptcy, provisional judicial measures, provisional injuctions, injuctions aiming at performance, approximate proof standard.

I. Genel Olarak

Derdest bir davada hakkın (müddeabih) korunması, uzun süren yargılamanın

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

da etkisi dikkate alındığında büyük önemi haizdir. Zira, maddi hakka sahip olan ve uzun yargılamadan sonra bu hakkı tespit edilen kimsenin dava konusu ettiği maddi hakkının konusunu teşkil eden unsurun davanın devamı sırasında korunmamış olması çoğu zaman söz konusu davanın kazanılmasını da anlamsız hale getirecektir. Zira bu halde dava kazanılmış ancak müddeabih kaybedilmiş olacaktır. Böylesi bir durumda aslında bir ikilem ortaya çıkmış sayılabilir. Bir yandan dava kazanılıp, diğer yandan müddeabihe (ya da geniş anlamı ile o davanın ikame edilmesi ile elde edilmek istenen menfaate) erişilememiş olması, davanın kazanılması suretiyle (tespit edilen hak dolayısıyla) ulaşıldığı düşünülen maddi hakikatin, o davanın ikame edilmesi ile elde edilmek istenen menfaatten uzak kalınması sebebiyle sorgulanmasını gündeme getirebilecektir.

Medeni yargılamanın, maddi hakikatin esas olarak toplumsal barışı tesis etmek, tarafları tatmin eden bir sonuç yaratmak ve bireylerin sübjektif haklarının korunması gibi amaçları dikkate alındığında[1], salt bir davanın kazanılmış olmasının, o davanın ikame edilmesi ile elde edilmek istenen menfaatten uzak kalınması ihtimalinin ortaya çıktığı bir durumda (yani müddeabihin korunamadığı hallerde) maddi hakikatin tam olarak tesisine izin vermeyeceği açıktır. O halde burada amaç, medeni yargılamanın amacı[2] olan maddi hakikatin tesisinin davanın her aşamasında ve sağlıklı olarak ortaya çıkmasını sağlayabilmek olmalıdır.

Gaul'e göre, bir hukuk düzeninde yargılamanın amacı, hizmet ettiği hukuk ile sınırlıdır. Şayet hakimin kararını verirken bağlı olduğu kurallar, tarafların özel hukuktaki davranışlarını düzenlemeye yönelik ise yargılamanın amacını "Özel hukukun sübjektif hakların korunması yoluyla teminat altına alınması" olarak saptanabilir. Usul hukukunda amaç konusunun farklı yönlerden ele alınması mümkün olacağından konunun sınırlandırılması gereği açıktır. Zira, usul hukukunun amacını, adaleti sağlama, hukuki barışın tesisi ve bu suretle bireysel hukuki korunmasının temini biçiminde farklı kurum ve içerikle ele almak mümkün görünmektedir[3]. Ancak

---

1 Ayrıntı için bkz. **Deren-Yıldırım, Nevhis,** Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, s. 2; **Erişir, Evrim,** Geçici Hukuki Korunmanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 7; **Yılmaz, Ejder,** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara 2001, s.30.

2 **Üstündağ, Saim,** İhtiyati Tedbirler-Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981, s.8; **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım**, **Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s.3vd; **Yıldırım, M. Kamil,** Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 2001, s.140; **Yavaş, Murat,** Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999. s.2; **Yılmaz, Ejder,** Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013, s. 25 vd; **Arslan, Ramazan,** Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 3.

3 **Gaul, Hans-Friedhelm,** Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2011, s.80.

usul hukukunun amacını hangi yönden ele almış olursak olalım varacağımız noktanın bireysel hukuki korunmanın tesisi olacağı söylenebilir[4]. Nitekim doktrinde Deren-Yıldırım, usul hukukunun çeşitli amaçları bulunduğuna ancak en belli başlı amacının bireyin sübjektif haklarının korunması gereğine işaret etmiştir. Yazar, usul hukukunun maddi hukukun yerine getirilmesine hizmet ettiğine buna bağlı olarak objektif hukukun tesisi ile hukuk güvenliği ve hukuk barışının tesis edilmesinin de önemine işaret etmiştir. Bireylerin devlet mahkemeleri vasıtası ile hukuki korunma isteme haklarına adaleti sağlama talebi adı verilmektedir[5].

İşte geçici hukuki korunma tedbirleri içinde yer alan ihtiyati tedbirlerin de böyle bir fonksiyonu bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, ihtiyati tedbirlerin davanın kazanılmasını anlamlı hale getiren, davayı kazanan ve bu suretle elde etmek istediği menfaate verilen karar dolayısıyla ulaşmış ve böylece şeklen tatmin edilmiş olan tarafın maddi bakımından da tatmin edilmesini kolaylaştıran ve bu suretle bireyin (iflasın ertelenmesi talebi yönünden sermaye şirketi ya da kooperatifin) etkin bir biçimde hukuki korunmasının da sağlandığı bir yönü bulunmaktadır. Hukuki himaye ihtiyacının ivedi bir şekilde sağlanmasının gerekli olduğu hallerde tarafın, asıl yargılamanın devamı sırasında davayı kazanmak suretiyle elde etmeyi düşündüğü menfaatten uzaklaşmasına yol açabilecek her tür gelişme o davadan beklenen menfaatin de ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir. Bu özellik dikkate alındığında dahi davanın devamı sırasında alınacak bir ihtiyati tedbir kararının ne denli önemli bir amaca hizmet ettiği kendiliğinden anlaşılacaktır.

Yukarıda çalışma konumuz ile sınırlı olarak geçici hukuki korunma tedbirlerinden olan ihtiyati tedbir kararının, hukuki himaye ihtiyacının ivedi olarak ortaya çıktığı hallerde nasıl bir rol üstlendiğini ve maddi hakikate ulaşılma noktasında nasıl bir fonksiyona sahip olduğunu kısaca izah etmeye çalıştık. Söz konusu fonksiyonun iflasın ertelenmesi kurumu bakımından ayrıca ele alınmasında, -gerek iflasın ertelenmesi kurumunun uygulamasının yoğunluğu, gerekse farklı mahkemelerde farklı uygulamaların dikkat çekiyor olması karşısında- yarar görmekteyiz.

İflasın ertelenmesi kurumu 4949 sayılı Kanun değişikliklerinden önce hukukumuzda yalnızca Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktaydı. 4949 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte İcra ve İflas Kanunu'nun 179. maddesinin yeniden düzenlenmesi ve 179/a ve 179/b maddelerinin eklenmesi ser-

---

4 **Gaul,** a.g.m., s. 87.

5 **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 3. Ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım**, **Nevhis,** Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, Yargıtay Dergisi 1995, S.3, s. 224-243. Adaleti sağlama talebi hukuk devletinin esaslarından birini oluşturmaktadır (**Deren-Yıldırım,** Hukuki Himaye İhtiyacı, s.229; **Deren-Yıldırım, Nevhis,** Medeni Usul Hukukunun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 305).

maye şirketleri ve kooperatiflerde iflasın ertelenmesi kurumunun uygulama alanını artırmıştır[6].

Anılan hükümlerden 179. madde, 6728 sayılı Kanun ile başlığı ile birlikte değiştirilmiştir[7].

Şimdiden açıklamakta yarar bulunmaktadır ki, çalışmamıza konu olan ihtiyati tedbir, iflasın ertelenmesi yargılaması devam ederken talep sahibinin haklarının korunmasına hizmet eden bir kurum olarak ele alınmış olup, "erteleme tedbirleri" başlığı altında yapılan ve mahkeme tarafından verilen iflasın ertelenmesi kararının sonucunda mahkemenin alması gereken tedbirlere işaret eden İİK. m. 179/a'dan özünde bir farklılık göstermemektedir. Söz konusu hüküm yine 6728 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir[8]. 6728 sayılı Kanun ile 179/a maddesinin kenar başlığı "Ertele-

---

6 **Arzova, Burak/Yavaş, Murat/Küçük**, **Barış,** Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2015, s. 19; **Muşul**, **Timuçin,** İflasın Ertelenmesi, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 1vd.

7 RG 9.8.2016 T, S.29796 (Kabul Tarihi 15.7.2016). Anılan yeni düzenleme ile İİK m.179 "Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin malî durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini son bir yıldan uzun süre ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. -İyileştirme projesinde, yeni nakit kaynak konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynaklar ve önlemler ile erteleme süresince tüm işletme giderlerinin ve çalışma sermayesinin nasıl karşılanacağı gösterilir. -Mevcut borçların ödeme süre ve tutarlarını, alacaklıların adreslerini, faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre stoklar ile bunların bekleme sürelerini ve tutarlarını gösteren listeler, vergi dairesine sunulmuş en son bilanço ve gelir tablosu, şirket veya kooperatifin ticaret sicili tasdiknamesi ile iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren diğer bilgi ve belgelerin, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş ara bilançoyla birlikte mahkemeye sunulması zorunludur. -Üçüncü fıkrada belirtilen liste ve belgelerin iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte sunulmaması veya mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde tamamlanmaması hâlinde iflasın ertelenmesi talebi ispatlanamamış sayılır ve borca batık olduğunun anlaşılması hâlinde talep sahibi şirketin veya kooperatifin iflasına karar verilir. -Daha önce iflasın ertelenmesinden yararlanmış bir sermaye şirketi veya kooperatif, duruma göre uzatma dâhil erteleme süresinin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe iflasın ertelenmesi talebinde bulunamaz" şeklini almıştır.

8 6728 sayılı Kanunun 2. Maddesinin İİK m.179/a hükmünde yaptığı değişiklikten sonra anılan hüküm "Mahkeme, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulması üzerine, yönetim organının yerine geçmesi ya da yönetim organı kararlarını veya işlemlerinin bir kısmını veya tamamını onaylaması ve ayrıca envanter işlemlerini başlatarak kontrolü altında yürütmesi için, derhal, görevinin gerektirdiği mesleki ve teknik yeterliliğe sahip, yeterli sayıda kayyım atar. -İflasın ertelenmesi talebi, kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir ve 166 ncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirilir. Bu ilanda alacaklıların iflasın ertelenmesi talebinin ilanından itibaren iki haftalık kesin süre içinde itiraz ederek iflasın ertelenmesi şartlarının bulunmadığını ileri sürebilecekleri ve mahkemeden talebin reddini isteyebilecekleri belirtilir. -Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır; 179/b maddesinin ikinci

me Yargılaması" biçiminde değiştirilmiş olup, anılan maddenin 3. fıkrası "*Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır; 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir. Bu süre içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz*; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez" şeklindedir.

Anılan maddede düzenlenmiş olan tedbirler, erteleme ya da aşağıda izah olunacağı üzere ihtiyati tedbir kararının verilmesini de içeren bir kapsama sahiptir. İflasın ertelenmesine ilişkin yargılama devam ederken tedbir kararının verilmesinin mümkün olup olamayacağı dışında, bu tür bir tedbir kararının yeni İİK m. 179/a'da belirtilen koruma tedbirleri içinde mütalaa edilip edilemeyeceğinin araştırılması da çalışma konumunuzun içinde kalmaktadır.

İflasın ertelenmesi, borca batık halde bulunan bir işletmenin iflas tasfiyesi yoluyla sona ermesinin yerine tüzel kişiliğinin ayakta tutularak, bu işletmenin mali yapısının yeniden yapılandırılmasını ve mali durumunun düzeltilmesini sağlayan imkandır[9]. Buna benzer bir uygulamanın Fransız hukuk sisteminde geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

---

ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir. Bu süre içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. -İflasın ertelenmesi yargılaması sırasında tedbir talebinin reddi veya bu talebin kabulü hâlinde aynı mahkemeye yapılacak itiraz üzerine verilecek kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341 inci ve devamı maddeleri uyarınca istinaf yoluna başvurulabilir. -Kayyım, mahkemece uygun görülecek sürelerde, sermaye artırımı ödemelerinin gerçekliği ve bunların kullanım yerlerini de gösterecek şekilde şirket veya kooperatifin faaliyetleri hakkında rapor verir. -Mahkeme gerektiğinde kayyımın görevine son verebilir ve görevine son verilen ya da istifa eden kayyımın yerine yenisini seçer. Mahkemece atanan kayyımlar, özel sicilinde kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlığına bildirilir. Bir kişi aynı anda en fazla üç dosyada kayyım olarak atanabilir. Kayyımın sorumlulukları hakkında 227 nci maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümleri uygulanır. -Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir. -Şirket veya kooperatif, erteleme yargılaması sırasında ancak bir defaya mahsus olmak üzere revize iyileştirme projesi verebilir. -İflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır. -Mahkeme, projeyi ciddi ve inandırıcı bulur ve şirket veya kooperatifi iflasın ertelenmesine layık görürse iflasın ertelenmesine; şirket veya kooperatifin borca batık olmadığını tespit ederse erteleme talebi ile iflas davasının reddine; aksi takdirde şirketin veya kooperatifin iflasına karar verir" şeklini almıştır.

9 **Öztek, Selçuk,** İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s.20; Ayrıntılı tanım için bkz. Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 19; **Arzova/Yavaş/Küçük,** a.g.e., s. 32.

Fransız hukukunda, kanun koyucu 1985 yılında, şirketler bakımından tasfiye prosedürünün işletilmesinin verimli olmadığını tespit ederek bilinçli bir tercihle şirketin tasfiyesi yerine şirketin kurtarılmasını düzenlemiştir. Tabi bunun en önde gelen amaçlarından biri alacaklıların tatmin edilmesidir; fakat düzenlemenin tek amacı bu değildir. Düzenleme, alacaklıların tatmini kadar şirketin ıslahını da amaçlamaktadır. Alacağı teminat altına alınmamış alacaklılar ise bu mağdur kitlesinin en başında yer almaktadır. Ancak bu reform meselenin bir kısmını ele almış ve alacaklıların durumunda ciddi bir iyileşme görülmemiştir. 2005-845 sayılı 26 Temmuz 2005 tarihli "Şirket Kurtarma Kanunu" (La loi de sauvegarde des entreprises) alacaklıların şirket kurtarma prosedüründe olan katkılarına daha da değer verdiği gibi denetçilerin ve şirket kurtarma projesine onay verecek komitenin yetkilerini arttırmıştır[10].

Alacaklıların alacaklarını bildirmesi prosedürü Ticaret Kanunu'nun 622-24. maddesinde bulunmaktadır. Hükmün bulunduğu başlıksa "Şirketin Kurtarılmasına İlişkin Hükümler" dir. Alacaklıların alacağını bildirmesi prosedürü şirketin kurtulmasına ilişkin bütün prosedürlerde uygulanmaktadır. Alacaklıların bildirilmesi prosedürü ise her türlü alacak bakımından geçerli değildir. Bildirilecek alacaklar imtiyazlı olmayan alacaklardır (les créances non privilégiées).

Alacağın doğrulanması görevi kayyıma ya da tasfiyeciye düşmektedir. Alacağın doğrulanması, alacağın doğduğu hukuki ilişkinin doğrulanması ve alacağın miktarının doğrulanması hususlarını içermektedir. Bu doğrulama (tasdik=verification) Ticaret Kanunu'nun 624-1. maddesine göre yapılmaktadır. Buna göre doğrulamanın yapılabilmesi için mahkeme bir süre vermektedir. Bu sürede değişiklik yapılamayacağı gibi süre uzatılmaya da elverişli değildir. O halde mutlak olarak bu süreye uymak gerekecektir. Alacağın doğrulanması sırasında, alacak hakkında şüpheye düşen kayyım, alacaklıyı davet ederek alacak hakkında açıklama yapmasını talep edebilir[11].

Kıta Avrupası'ndaki değişiklikler çerçevesinde Almanya'da 1.1.1999 tarihinde yeni bir Aciz Kanunu yürürlüğe girmiştir. Alman Aciz Kanunu daha önce uygulanan İflas Kanunu'nu, Konkordato Kanunu'nu ve Külli Takip Kanunu'nu ortadan kaldırmış ve hukuk birliğini temin etmiştir. Alman Aciz Kanunu'na ilişkin reformun ağırlık noktalarından birisini birçok noktada iyileştirmenin teşvik edilmesi oluşturmaktadır[12]. Bu bakımdan aciz hukuku yeni bir başlangıç için iyileştirmeye yönelik yeni bir şans sunmaktadır[13]. Nitekim doktrinde ifade edilen husus aciz hukukunun, sadece bir piyasa temizleme aracı olarak hizmet görmediği, aksine alternatif olarak, piyasa devamlılığını yeniden tesis ettiği yönündedir. İlk durum olarak, yüzlerce yıldır

---

10 **Macoring-Venier, Francine,** Francine, Entreprises En Difficulté (Les Créanciers), Répertoire comercial, Editions Dalloz, 2013, s.5.

11 **Macoring-Venier,** a.g.e., s.28.

12 **Bork, Reinhard,** Enführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, 2014, s. 5 vd.

13 **Haarmeyer, Hans/ Frind, Frank,** Insolvenzrecht, 4. Auflage, Stuttgart, 2014, s 2.

uygulanan tasfiye, ikinci olarak ise reorganizasyon (iyileştirme) veya (eş anlamda kullanılan) yapılandırma gündeme gelir[14].

Türk hukukunda, iflasın ertelenmesi talebinde bulunmakla, esas olarak borca batık[15] durumda bulunan sermaye şirketi ya da kooperatif borca batık durumda olduğunu da bildirmektedir. Durum böyle olunca, aslında her iflasın ertelenmesi talebi içinde zımnen bir iflas talebi de bulunmaktadır. İflasın ise ağır sonuçları dikkate alındığında, bu talep (iflasın ertelenmesi) içinde ihtiyati tedbir kararının elde edilmesinin akla gelebilecek iki önemli sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

İflasın ertelenmesi yargılaması sırasında elde edilecek olan bir ihtiyati tedbir kararı öncelikle, muhtemel bir iflasın ertelenmesi kararının doğuracağı etkileri şimdiden ortaya çıkarması bakımından hayati değeri haizdir. Bu sayede borca batık olan işletmenin en başta alacaklıları karşısında takip baskısından kurtulması söz konusu olacaktır. Zira iflasın ertelenmesi kararın en cazip tarafı borçluya –bazı istisnalar bir kenara bırakıldığında- takip bağışıklığı sağlamasıdır. Ancak 6728 sayılı Kanunun 2. maddesinin İİK m.179/a'da yaptığı düzenleme çerçevesinde mahkemenin iflasın ertelenmesi talebi içinde tedbir mahiyetinde takiplerin durmasına kara verme konusunda bir takdir hakkı bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan maddede geçen *"… 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Ala-*

---

14 **Paulus, Christoph G.,** Insolvenzrecht, Verlag C.H Beck, München 2009, s.1. Aciz hukukunda borçlu malvarlığının paraya çevrilmesine ilişkin 3 yol mevcut olup bunlar; tasfiye (Liquidation), iyileştirme (Sanierung) ve devrederek iyileştirme (übertragende Sanierung)'dir (Bork, a.g.e., s. 3). Bu yolların, kanuna göre, birbirlerine bir öncelikleri söz konusu değildir ve alacaklıların en iyi şekilde tatmin edilmesinde hangi yolun seçilebileceği alacaklıların bir araya geldiği toplantıda (Berichtstermin) kararlaştırılır (**Foerste, Ulrich,** Insolvenzrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2014, s. 12). Bunların dışında, her üç değerlendirme yolundan birisinin kanuni yönergeler ve sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde sunulacak bir Aciz Planı temelinde (Alman Aciz Kanunu md. 217-269) yürütülmesi mümkündür **(Bork, s.4-5).** Bu plan ile birlikte külli takibin, taraflar nezdinde devletin cebri icra organlarının katılımı olmaksızın özel hukuka ilişkin bir anlaşma çerçevesinde gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir (**Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden,** Alman Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006, s. 649-660, s. 652). Planın sunulmasında yetkili olan kişiler aciz idaresi ve borçludur (Alman Aciz Kanunu md. 218/1). Alacaklılardan her birinin bu hususta inisiyatifleri söz konusu değildir. Ancak alacaklılar alacaklıların bir araya geldiği toplantıda (Berichtstermin) alacaklılar toplanması kararı ile iflas idaresini bu şekilde bir plan hazırlaması hususunda yetkilendirebilirler (Alman Aciz Kanunu m.218/2) (**Brei, Kathrin/ Bultmann, Britta,** Insolvenzrecht, Nomos, 1. Auflage , Baden-Baden 2008, s. 346**).**

15 Borca batıklık, sermaye şirketi ya da kooperatifin malvarlığının rayiç değerlere göre borçlarını (pasifini) karşılamaktan uzak olması halidir. Borca batıklık, aciz hali kavramından da farklı olup, aciz hali, borçlunun vadesi gelmiş borçlarını ödeme gücünden (imkanlarından) daimi olarak yoksunluğu ifade eder. Bu bağlamda istisnai de olsa her borca batık, aciz halde olmayabileceği gibi, her aciz halde olan da borca batık olmayabilecektir. Ancak genellikle bu iki durum aynı anda ortaya çıkmaktadır.

caklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir." şeklindeki ifadeden bu husus açık olarak anlaşılmaktadır. İşte bu noktada mahkemenin iflasın ertelenmesi talebi kapsamında derhal takiplerin de durmasını sağlayacak biçimde bir tedbir kararı vermesi biçiminde söz konusu takdir hakkını kullanmasının ne ölçüde isabetli olacağının tartışılması bu çalışmanın doğrudan mevzuunu teşkil etmektedir.

İkinci olarak ise tedbir kararı elde edilmekle, iflas gibi ağır hukuki sonuçları olan ve iflasın ertelenmesine göre şirketi ayakta tutmak gayesi bir kenara şirketin külli tasfiyeye tabi tutulmasına yol açan süreçten de sermaye şirketi ya da kooperatifin uzaklaşması söz konusu olmaktadır.

İflasın ertelenmesi[16] sonuç itibariyle ister bir çekişmesiz yargı olarak, ister bir dava ve isterse kendine özgü hukuki korunma tedbiri olarak kabul edilmiş olsun her durumda bir yargılamayı gerektirmektedir. Zira talepte bulunulduğu andan itibaren aşağıda tartışacağımız talepte bulunulma anı ile birlikte tedbir kararının verilmesinden farklı olarak iflasın ertelenmesi kararının talep üzerine derhal verilmesi mümkün değildir. Bu farkta en önemli etken iflasın ertelenmesi kararının iflasın ertelenmesi talebi yönünden nihai bir karar oluşturması noktasında kendini gösterir. Bunun sonucu olarak erteleme kararı alan işletme, geleceğini ve bu anlamda yatırımlarını daha iyi ve güvenli şartlar altında oluşturma imkanına sahip olurken, erteleme yargılaması devam ederken elde edeceği bir tedbir kararının işletmeye aynı güvence ve rahat ortamı sağlaması mümkün değildir. Zira sonuncu halde yargılamadaki gidişata göre tedbir kararının derhal kaldırılabilmesi ve işletmenin tekrar alacaklıların takibine maruz kalabilmesi ve ihtimale göre iflas tasfiyesi ile karşılaşabilmesi mümkün olabilecektir. Dolayısıyla tedbir kararının nihai bir karar olduğunu söylemek mümkün değildir.

Kuşkusuz iflasın ertelenmesi kararının elde edildiği durumlarda da bu kararın her zaman şirketi erteleme süresinin sonuna kadar kayıtsız şartsız koruduğu dü-

---

16 Kurumun hukuki niteliği çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından bu konuya ayrıntılı olarak girilmemiştir. İflasın ertelenmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıntı için bkz. **Arzova/ Yavaş/ Küçük**, a.g.e., s. 34 vd; **Erişir**, a.g.e., s. 318; **Muşul**, İflasın Ertelenmesi, s. 20. Ancak kanaatimizi ifade etmek adına belirtmek gerekir ki, iflasın ertelenmesi bir geçici hukuki koruma tedbiri olarak kabul edilmek gerekir. Bu noktada erteleme kararı ile iflasın etki ve sonuçlarından şimdilik ve geçici olarak uzaklaşılmış olunmaktadır. Gerçekten de, iflasın ertelenmesinin iflas hukukuna özgü geçici bir koruma tedbiri olduğunu savunan yazarlar, erteleme kararının geçici koruma özelliğinin yanı sıra, özellikle iflasın ertelenmesine karar verilirken iflas talebi bakımından bir karar verilmemesini, görüşlerine gerekçe olarak göstermektedirler (bkz. **Özekes, Muhammet,** İflasın Ertelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005, S. 33, s, 3256; Ayrıca bkz. **Erişir, a.g.e, s.320).** Bu görüşe göre, borca batıklık yargılaması neticesinde verilen nihai karar, iflasın ertelenmesinin kabulü ya da reddi şeklinde bir karar olmayıp, erteleme prosedürünün başarılı olup olmamasına göre, iflas talebinin reddi veya iflasın açılması kararı olmaktadır. Bu nedenle, iflasın ertelenmesi bağımsız bir karaktere sahip olmayıp, iflas yargılaması içinde bir prosedürü ifade etmektedir (Ayrıntı için bkz. **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e., s.40vd).

şüncesi doğru değildir. Zira erteleme süreci içinde şirket hakkında verilen erteleme kararının kaldırılmasını gerektiren bir durumla karşılaşılması halinde mahkemenin erteleme süresinin sonuna kadar beklemesi gerekli değildir. Söz konusu sürenin tamamlanmasından önce de erteleme kararının etki ve sonuçları mahkemece kaldırılabilir. Ancak yine de -uygulama da dikkate alındığında- tedbir kararı elde eden bir şirkete nazaran erteleme kararı elde etmiş olan bir şirketin erteleme süresinin sonuna kadar daha güvenli bir ortamda projeksiyonlarını gerçekleştirme imkanına sahip olduğu söylenebilir. Zira kurumun hassas yapısı da göz önünde bulundurulduğunda, genellikle tedbir kararı ile faaliyetlerine devam etmekte olan şirket daha fazla göz önündedir ve her an bu tedbir kararının kaldırılması psikolojisi ve baskısı ile hareket etmek durumunda kalmaktadır.

Yukarıda iflasın ertelenmesinin her durumda bir yargılamayı gerektirdiğinden söz etmiştik. Dolayısıyla iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmasından sonra bu kararın elde edilmesi kolaylıkla mümkün olamayacaktır. Zira iflasın ertelenmesi talebini[17], sermaye şirketi ya da kooperatif tek bir dilekçe ile ortaya koymaktadır.

---

[17] İflasın ertelenmesi şartlarını kısaca şu şekilde açıklayabiliriz: İlk olarak, ancak sermaye şirketi ya da kooperatif ya da alacaklı iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilir ve talepte bulunma anı itibariyle sermaye şirketi ya da kooperatifin borca batık olması gerekir. Ayrıca bu borca batıklığı gösteren bilançonun mahkemeye tevdi edilmesi gerekir. Anonim şirketin mali durumunun belirlenmesi bilanço yoluyla tespit edilecektir. Bu tespiti yaparken en doğru sonucu verecek olan bilanço ise tasfiye bilançosu ile ara bilanço olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki bilançoda da yıllık bilançodan farklı olarak aktiflerin satış değerleri esas alınarak bilanço oluşturulur. Erteleme kararı verilebilmesi için borca batık durumda bulunan bir şirketin mali durumunun iyileştirilmesi imkanının bulunması zorunlu olduğundan bu iyileşme imkanının bulunduğunun ve borca batıklığın ortadan kaldırılabileceğinin ispatlanması gerekir. Bunun ortaya konması noktasında dermeyan edilmesi gereken önemli bir belge de iyileştirme projesidir. Bu nedenle kanun koyucu da şirketin mali durumunun iyileştirilebilmesi imkanının bulunup bulunmadığının yasada özellikleri belirtilen bir iyileştirme projesi çerçevesinde belirlenmesi ve değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanun koyucu ayrıca iflasın ertelenmesinin talep edilebilmesi için sadece iyileştirme projesinin değil bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de bu projeyle birlikte mahkemeye sunulmasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Ayrıca İcra ve İflas Kanunu'nun 329/a maddesinde iflasın ertelenmesi ile fevkalade mühlet arasındaki ilişki düzenlenmiştir. İfade edilen maddenin birinci fıkrasına göre, fevkalade mühlet elde eden bir sermaye şirketi veya kooperatif, mühletin bitiminden itibaren bir yıl içerisinde iflasın ertelenmesine ilişkin hükümlerden yararlanamayacağı gibi; aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, iflasın ertelenmesi hükümlerinden yararlanan sermaye şirketi veya kooperatif, erteleme süresinin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe fevkalade mühlete ilişkin hükümlerden de yararlanamayacaktır. Yargıtay da iflasın ertelenmesine ilişkin verdiği kararlarda, sermaye şirketi veya kooperatifin fevkalade mühletten yararlanmamış olmasını aramaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında "*İflasın ertelenmesini isteyen kooperatif ve sermaye şirketlerinin borca batık durumda bulunması (bir diğer ifade ile varlıklarının rayiç değerlerinin borçlarını karşılayamaması), fevkalade mühletten yararlanmamış olması ve sunacakları iyileştirme projesi kapsamında mali durumlarının ıslahının imkan dahilinde görülmesi gerekir (İİK.m.179)"* ifadelerine yer vermiştir (kazancı/içtihat bilgi bankası). Ayrıca iflasın ertelenmesi imkanından yararlanabilmek ve mahkeme tarafından iflasın ertelenmesine ilişkin yargılamanın yapılabilmesi için talepte bulunan tarafından erteleme masrafları peşin olarak mahkeme veznesine depo edilmelidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 181. maddesi İİK. 160. maddeye atıf

Bunu yaparken, konkordatodan[18] farklı olarak alacaklılarla da meseleyi istişare etmiş de değildir. Kuşkusuz uygulamada yine bir dilekçe ile ve alacaklılarla tartışmadan konkordato talebinde bulunulmakta ise de en azından sürecin devamında alacaklıların gerçek anlamda kurumun içinde inisiyatif alması ve kuruma etki edebilmesi mümkün olabilmektedir. Aynı etkinin iflasın ertelenmesi için söz konusu olduğunu söyleyebilmek kanaatimizce mümkün değildir. Böyle olunca, hukuki dinlenilme hakkının[19] tesisi bakımından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmasından sonra iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuş işletmeden alacaklı olan ya da bu işletmenin talebinden hukuki durumu etkilenecek olan kimselerin yargılama sürecine dahil edilmeleri hayati önem taşımaktadır. Bu sayede iflasın ertelenmesi talebinde bulunan

---

yaparak borca batıklık bildiriminin alacaklı tarafından yapılması durumunda, birinci alacaklılar toplantısına kadar bütün masrafların peşin olarak yatırılması gerektiğini belirtmiştir. Borca batıklık bildiriminde bulunan ve iflasın açılması için talepte bulunan alacaklı masrafları yatırmazsa, alacaklıya masrafları yatırması için kesin süre verilmelidir. Son olarak belirtmek gerekir ki, derhal iflas kararına nazaran iflasın ertelenmesi kararı ile alacaklıların durumunun daha da kötüleşmemesi gerekir. Dolayısıyla iflasın ertelenmesi kararının tesisinde alacaklıların haklarının korunması gereği de önem taşımaktadır (**Öztek**, İflasın Ertelenmesi, s. 68vd)..

18 Konkordato şartlarını kısaca şu şekilde izah edebiliriz: Öncelikle iflasın ertelenmesinde olduğu gibi borçlu ya da alacaklı tarafından konkordato talebinde bulunulabilir. Ancak erteleme talebinden farklı olarak talep, icra mahkemesine yapılmak gerekir (İİK m.285/1). Konkordato teklifinde bulunabilmek için borçlunun mali durumunun ne derecede bozulduğunun bir önemi yoktur. Bu anlamda aciz halinde olan bir sermaye şirketi veya kooperatif konkordato teklifinde bulunabilir ve şartları varsa konkordato tasdik edilebilir. Buna karşılık, iflasın ertelenmesi talebinin kabul edilebilmesi her şeyden önce, sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık durumda olmasına bağlıdır. Borca batıklık ve aciz hali farklıdır. Borca batıklık malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesi halidir. Dorudan iflas halidir. Aciz hali ise muaccel borçların ifası gücünden daimi olarak yoksun bulunma halini ifade eder. Borca batık olan bir işletme aciz halde olmayabileceği gibi, aciz halde olan bir işletme borca batık da olmayabilir. Yine iflasın ertelenmesi talebinden farklı olarak konkordato talebinde bulunma imkanı sermaye şirketi ve kooperatif ile sınırlandırılmamıştır. Borçlu gerekçeli konkordato dilekçesi ile birlikte konkordato projesi vermelidir. Bu projeye ayrıntılı bilanço eklemelidir. İcra mahkemesi, konkordato teklifinin İİK'nun aradığı şartlara uygun olduğunu değerlendirirse borçluya en fazla üç aylık konkordato mühleti verir. Bu süre, konkordato ile iflasın ertelemesi kurumu arasındaki en temel farklılıklardan birini oluşturur. Zira iflasın ertelenmesi kurumunda azami yararlanılabilecek 2 yıl iken, konkordatoda bu süre iflasın ertelenmesi kurumu ile kıyaslanamayacak kadar kısadır. İflasın ertelenmesinde olduğu gibi, konkordatoda da mühletin elde edilmesi ile takip yasağı başlar. Ancak bu yasak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin yapılmasına ya da devamına engel değildir. Fakat bu halde de aynen iflasın ertelenmesinde olduğu gibi bu takipler nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez (İİK m. 289/2; karş. Yeni İİK m.179/b, f.2). Borçlunun teklif etmiş olduğu para ile malvarlığının orantılı olması, konkordatonun kaydedilen alacaklıların yarısı ve alacak tutarının 2/3 aşan çoğunluk tarafından imza edilmiş olması, teminat gösterme gereği konkordatonun tasdiki şartları arasında yer almaktadır (Ayrıntı için bkz ; **Muşul, Timuçin,** İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Bası, Ankara 2015, s.749vd; **Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis,** İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s.503 vd; **Kuru, Baki,** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s.1446 vd; **Tanrıver, Süha/Deynekli, Adnan,** Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996, s. 53vd.

19 Hukuki Dinlenilme hakkının niteliği, kapsamı ve etkileri hakkında ayrıntı için bkz. **Özekes**, **Muhammet,** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, İzmir 2003, s. 86vd.

işletmenin tek taraflı olarak sunmuş olduğu bilgilerin dışında başkaca malzemelerin de yargılamaya getirilebilmesi ve bu yolla dosyanın olgunlaşmasının sağlanabilmesi, erteleme kararının da maddi gerçekliğe uygun olarak verilebilmesi mümkün olabilecektir[20]. 6728 sayılı Kanun ile iflasın ertelenmesi talebine müracaatın daha sıkı şekil şartlarına tabi kılındığı, en azından bu şekil şartlarının artık bir pozitif dayanağa kavuşturulduğu da görülmektedir. Nitekim 6728 sayılı Kanunun 1. maddesi ile İİK m.179/2-3 hükmü "İyileştirme projesinde, yeni nakit kaynak konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynaklar ve önlemler ile erteleme süresince tüm işletme giderlerinin ve çalışma sermayesinin nasıl karşılanacağı gösterilir. -Mevcut borçların ödeme süre ve tutarlarını, alacaklıların adreslerini, faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre stoklar ile bunların bekleme sürelerini ve tutarlarını gösteren listeler, vergi dairesine sunulmuş en son bilanço ve gelir tablosu, şirket veya kooperatifin ticaret sicili tasdiknamesi ile iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren diğer bilgi ve belgelerin, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş ara bilançoyla birlikte mahkemeye sunulması zorunludur" şeklini almıştır. 6728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de iflasın ertelenmesine müracaat sırasında genellikle uyulan bu şekil şartlarının yasal bir metin ile desteklenmiş olması, müracaat edenin daha özenli davranmasını gerektirecek niteliktedir ve kanaatimizce kesinlikle isabetlidir. Hatta kanun koyucu anılan düzenlemeye uygun hareket edilmemesinin yaptırımını da açık olarak düzenlemiştir. Nitekim bu konuda 6728 sayılı Kanunun 1. maddesi ile İİK m.179/4 hükmü "Üçüncü fıkrada belirtilen liste ve belgelerin iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte sunulmaması veya mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde tamamlanmaması hâlinde iflasın ertelenmesi talebi ispatlanamamış sayılır ve borca batık olduğunun anlaşılması hâlinde talep sahibi şirketin veya kooperatifin iflasına karar verilir" şeklindedir.

---

[20] Bu bağlamda, iflasın ertelenmesi talebinin ilanının yapılmasını zorunlu görmek gerekir. Zira iflasın ertelenmesi talebi ile sadece bu yola müracaat eden işletmenin değil, onunla ticari ilişkileri bulunan ve bu süreçten hukuki menfaati olumlu ya da olumsuz etkilenecek olan işletmelerin de hakları söz konusu olmaktadır. Gerçekten de iflasın ertelenmesi talebinin piyasa içinde domino etkisi doğuracağı, bu anlamda, erteleme kararı alan işletmenin takip baskısından kurtulduğu için borçlarını ödemek konusunda daha isteksiz davranması sebebiyle mali durumu iyi olan işletmelere de zarar verebileceği açıktır. Kuşkusuz bu noktada ilan ile erteleme talebinde bulunan ticari işletmenin faaliyetlerinin devamı noktasında kredibilitesi zayıflayacak gibi görünse de üçüncü kişilerin bu ilanla süreçten haberdar olmalarının sağlanmasındaki yarar da göz ardı edilemez. Zira bu ilan sayesinde üçüncü kişi konumundaki işletmelerin dosyaya müdahil olmalarının sağlanması ve bu suretle iflasın ertelenmesi davasının daha da olgunlaşmasının sağlanması mümkün olabilecektir. Ayrıntı için bkz. **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e., s.137. Ayrıca bkz. **Üstündağ, Saim,** Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin 3. Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, 1980/47, s.20; **Atalay, Oğuz** Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s.127; Pekcanıtez, Hakan, Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s.57.

II. İflasın Ertelenmesi Sürecinde Tedbir Kararı Verilmesinin Hukuki Dayanağı ve Doğurduğu Sorunlar

Çalışma konumuz bakımından ilk olarak değerlendirilmesi gereken husus, iflasın ertelenmesi yargılamasının devamı sırasında erteleme talebi üzerine mahkemeye tanınan takdir hakkının, tedbir kararının sürecin hemen başında yani taleple birlikte verilmesi biçiminde kullanılmasının, başka bir ifadeyle derhal ihtiyati tedbir kararının verilmesinin ve tedbir kararı ile iflasın ertelenmesi kararının ortaya çıkmasından evvel erteleme kararının doğuracağı sonuçların şimdiden elde edilmesinin mümkün olup olamayacağı noktasında kendini göstermektedir. Bu sorun, 6728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra dahi kanaatimizce güncelliğini korumaya devam edecektir. Zira hakimin söz konusu takdir hakkını kullanırken kuruma (iflasın ertelenmesi) yaklaşımı ve diğer etkenler her bir mahkeme için farklı olabileceğinden, bazı mahkemelerin iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte derhal tedbir kararı verebilmesi, bazı mahkemelerce de bunun (tedbir kararının) sürecin belirli bir aşamasına kadar (herhalde en geç iflasın ertelenmesi kararından önce) geciktirebilmesi (örneğin bilirkişi raporunun verilmesi aşamasına kadar) mümkün olabilecektir. Bu mesele kanaatimizce 6728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki süreçte konuya ilişkin farklı uygulamaların gelişmiş olması hem de talep anında henüz iflasın ertelenmesi şartlarının teknik olarak araştırılmadığı bir dönemde talepte bulunan lehine olarak ciddi bir avantaj yaratabilecek olması sebebiyle incelenmeye değerdir. Soruna cevap bulabilmek için konuya ilişkin mevzuatın ve ihtiyati tedbir türlerinin bilinmesi ile iflasın ertelenmesi yargılamasının devamı sırasında verilip verilemeyeceği tartışılacak olan tedbir kararının bu tedbir türlerinden hangisine dahil olduğunun tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Konuya ilişkin olarak 6728 sayılı Kanunun ile değişik 179/a,f. 3 hükmü "*Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır; 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir" şeklindedir. Anılan hüküm çerçevesinde, erteleme talebiyle birlikte malvarlığın korunması için gerekli tedbirleri alabilecektir. Söz konusu hüküm esas olarak mahkemeye bu noktada bir takdir hakkı vermemektedir. Mahkemenin takdir hakkı, söz konusu erteleme talebi ile birlikte takiplerin durması etkisini sağlayabilecek olan tedbir kararının verilmesine ilişkindir*[21].

---

[21] "*Mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilmiş ise de tedbirler konusunda İİK'nun 179/a maddesine uygun hüküm kurulmamıştır. Mahkemece yasal bu yönün gözetilmemesi isabetsiz olup, kabul şekli itibariyle bozmayı gerektirmiştir"* (19.HD, 14.07.2005, 6151/7982 (**Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e., s. 108, dn. 516).

6728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki İİK m. 179/a hükmünde geçen "*… ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önemleri alır" şeklindeki ifadenin 6728 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren ve yukarıda belirtilen düzenleme ile paralel olduğu söylenebilir ve kanaatimizce incelemekte olduğumuz konu bakımından mahkemenin, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan işletme ile alacaklılar arasında kalmasına neden olabilecek son derece müphem bir yönü bulunmaktadır.*

Kanaatimizce, 6728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki İİK m. 179/a hükmü açık ve tartışmadan uzak olarak mahkemeye iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket lehine derhal tensip zaptı ile bir tedbir kararı verilmesini haklı kılacak nitelikte değildir. Ancak yeni İİK m.179/a, f.3 hükmü mahkemeye iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket lehine derhal tensip zaptı ile bir tedbir kararı verilmesini mümkün kılar niteliktedir ve hakime takdir hakkı sağlamaktadır. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi buradaki mesele bu takdir hakkının sağlıklı olarak nasıl ve ne yönde kullanılması gereğine ilişkindir.

Kanaatimizce bu kuruma hangi cepheden bakıldığı ile de yakından ilgili olarak anılan hükme (eski İİK m.179/a, f.1; yeni İİK m.179/a, f.3) bir değer verebilmek mümkündür. Örneğin, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket ile ticari ilişkileri olan ve bu ilişkiden alacaklı konumunda olan bir şirket bakımından anılan hüküm, iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan şirketin malvarlığını kaçırmasını engellemeye yönelik bir anlam ihtiva edebilir ve dolayısıyla mahkeme bu yorumdan hareketle ancak bunu önleyici biçimde koruma tedbirlerine hüküm kurabilir. Uygulamada bazı mahkemelerin, iflasın ertelenmesi talebi karşısında öncelikle kayyım atayıp, tedbir kararı ile takiplerin durmasının temin edilmesi konusunu bilirkişi raporunun tanzim edilmesinin sonuna bırakması şeklindeki uygulaması bu yaklaşıma isabet etmektedir.

Meseleye iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket cephesinden bakıldığında ise durum daha farklıdır. Bu halde şirket genellikle cebri icra baskısından kurtulmak ve kısa vadede rahat bir nefes alarak hareket edebilmek (projeksiyonlarını gerçekleştirmek) için bu yola müracaat etmektedir. Dolayısıyla malvarlığının korunması kavramı kaçınılmaz olarak alacaklıların haciz şeklinde ortaya çıkabilecek müdahalelerine de engel olmayı gerektirir. Zira bu engel tesis edilmezse alacaklı, şirketin bir malvarlığını muhafaza altına alabilir ve bu da malvarlığının korunması ile sağlanmak istenen amaca aykırı sonuçlar yaratabilir.

Doktrinde bir görüşe göre, iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte alınacak olan bu tedbirler geçici hukuki koruma tedbirleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu erteleme tedbirlerini medeni usul hukukunda düzenlenmiş bulunan ve geçici hukuki koruma türleri arasında yer alan ihtiyati tedbir olarak nitelendirmek mümkün değildir[22]. Bu tedbirler açısından mahkemenin re'sen karar verebilmesi, bu tedbirlerin sadece malvarlığının korunması amacına yönelik olmayıp aynı zamanda mali duru-

---

[22] **Ramazan, Seyfi,** Sermaye Şirketlerinde İflasın Ertelenmesi", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 232.

mun iyileştirilmesi amacına da yönelik olması ve tamamlayıcı merasimin söz konusu olmaması nedeniyle teknik anlamda geçici hukuki koruma veya ihtiyati tedbir olarak nitelendirmemelidir[23]. Ancak HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerinin bünyesi uygun düştükçe tatbik edilebilmesine engel bir hal de bulunmamaktadır[24]. Kanaatimizce İİK m.179/a, f.3 hükmünde geçen *"…Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır;" şeklindeki ifade çerçevesinde malvarlığının korunmasına yönelik her tür karar teknik anlamda (HMK m.389 vd) bir ihtiyati tedbir kararı olarak kabul edilmek gerekir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar, kayyım atanması ile alınacak diğer önlemlerin hukuki niteliğine ilişkin olarak iflasın ertelenmesi yargılamasında ihtiyati tedbirlere hüküm kurulabileceğini haklı olarak savunmaktadır*[25]. Bu bağlamda, iflasın ertelenmesi kurumunun niteliği ve amacı dikkate alınarak, iflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi sırasında mahkemenin ihtiyati tedbir yoluyla borçlunun malvarlığının korunmasına yönelik bütün tedbirleri alabileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır[26]. Aksi halin kabulü, erteleme kararı verilene kadar şirketin mallarının zayi olmasına ve iyileşmenin de imkansız bir hal almasına yol açabilecektir. Gerçekten de, Kanunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, iflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemenin yapacağı inceleme sonunda vereceği karara kadar geçecek olan süre zarfında, borçlu şirketin malvarlığında mali durumunun iyileşmesini engelleyecek bir değişiklik meydana gelmemesi için hem doktrinde[27] hem de uygulamada[28]

---

23 **Yılmaz**, Z. Sanem, Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyati Tedbirler), İzmir 2006, s.115.

24 **Erişir**, a.g.e.,s. 324.

25 **Özekes,** İflasın Ertelenmesi, s.3272; **Ermenek, İbrahim,** İflasın Ertelenmesi, Ankara 2010, s. 238 vd; **Karslı, Abdurrahim,** İflasın Ertelenmesinde, Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009, s.278vd.

26 **Ermenek,** a.g.e., s.237-238; **Atalay,** a.g.e., s.107-108; **Deliduman**, **Seyithan,** İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008, s.58-59. Yargıtay bir kararında açık olarak iflasın ertelenmesi talepleri yönünden tedbir kararı verileceğine vurgu yapmıştır. Anılan kararda Yargıtay "*Davacı vekili, müvekkili ile davalı İstanbul Y. A.Ş. arasında 6.8.2001 tarihli yayın izni sözleşmesi imzalandığını, sözleşme uyarınca yapılan ödemeler nedeniyle borçlu şirketin senetler verdiğini, senetleri diğer davalının avalist olarak imzaladığını, vadelerinde ödenmeyen senetlere dayanarak iflas yoluyla takibe geçildiğini, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek davalıların iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. - Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle iflasın ertelenmesi talebi üzerine Ticaret mahkemesince tedbir kararı verilmediğinden erteleme talebinin sonucu beklenmeyerek davaya devam edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir*" ifadelerine yer vermiştir (19. HD 31.3.2005 T, 2005/338 E, 2005/3430 K sayılı karar, Legal Bank/elektronik).

27 **Öztek,** İflasın Ertelenmesi, s.51; **Öztek, Selçuk,** İflasın Ertelenmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, s.407; **Pekcanıtez,** İflasın Ertelenmesi, İBD Yıl: 2005 Cilt 79, Sayı 2, s. 336-337; **Atalay,** a.g.e., s. 121-122; **Altay**, **Sümer,** İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.494, **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s. 141.

28 *"Diğer taraftan iflasın ertelenmesine ilişkin tedbirler kural olarak takip yasakları ile sınırlıdır; maddi hukuk alanını etkileyen ve infazı denetlenemeyen ihtiyati tedbir verilemez"* (23 HD 12.2.2015

kabul edildiği üzere erteleme talebiyle birlikte mahkemeden ihtiyati tedbir kararı verilmesi istenebilir.

İflasın ertelenmesi yargılamasında tedbir kararının verilmesinin talep edilebileceğinin, mahkemenin de İİK m.179/a, f.3 hükmünde geçen "*Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır;"* şeklindeki hüküm karşısında bu kararı almasında hukuki bir engelle karşılaşmayacağı gerçeği ve Yargıtay kararlarının da bu yönde olması karşısında tartışılması gereken nokta, ihtiyati tedbir kararının verilmesinin mümkün olup olamayacağından ziyade, böylesi bir ihtiyati tedbir kararının en erken iflasın ertelenmesine ilişkin bir yargılamada ne zaman verilebileceği hususunda yoğunlaşmaktadır.

Bu nokta çok önemlidir. Zira olması gerekenden önce alınan bir tedbir kararı, işletmeye, stoklarını ve geniş anlamda malvarlığını alacaklılarından kaçırması imkanını verebilecek ve işletmenin, alacaklıların takip yasağı duvarına çarpmalarını da fırsat bilerek kanunun öngördüğü bir hukuki çareyi (erteleme talebi ve bu talep içindeki tedbir mekanizması) diğer alacaklılara zarar vermek için kullanmasına zemin hazırlayabilecektir. Bunun sonucu olarak diğer işletmelerin de mali durumlarının bundan olumsuz etkileneceğinden şüphe duymamak gerekir. Ancak diğer taraftan, olması gerekenden daha sonra verilen bir tedbir kararı da iflasın ertelenmesi talebinde bulunan işletmeyi takip yasağının bulunmaması karşısında alacaklıların girişimlerine karşı savunmasız bırakacak ve bu suretle sonradan bir erteleme kararı alınmasını da anlamsız hale getirebilecektir. Zira bu sonuncu durumda olması gerekenden daha sonra verilen bir tedbir kararı sebebiyle, örneğin işletmenin üretimde kullandığı hayati derecede önemli bir makinesinin haciz işlemi sebebiyle muhafaza altına alınması mümkün olup, bu makinenin yokluğu nedeniyle de işletmenin projesini hayata geçirebilmesi imkansız hale gelebilecektir. Oysa tedbir kararı zamanında verilseydi, bu makine üretimde kullanılmaya devam edecek, üretim gelirlerin artmasına yol açacak ve projenin de inandırıcılığı bundan olumlu etkilenerek erteleme kararının alınabilmesi mümkün olabilecekti.

Görüldüğü üzere tedbir kararının iflasın ertelenmesi yargılamasının hangi safhasında verilmesi gerekeceği meselesi bu iki hassas uçlar (olması gerekenden daha sonra verilen

---

T, 2014/3654 E, 2015/791 K sayılı karar, Legal Bank/elektronik). **"***İflasın ertelenmesi kararı ile uygulanacak tedbirler İcra ve İflas Kanunu'nun 179/b maddesinde sayılmıştır. Karar ile sağlanacak koruma tedbirleri bir kısım takiplere ilişkin olup, yargılama aşamasında verilen ihtiyati tedbirlerin burada sayılanlardan daha fazla koruma sağlaması mümkün değildir*" (23 HD 19.12.2014 T, 2014/2940 E, 2014/8268 K sayılı karar, Legal Bank/elektronik). Ayrıca Yargıtay bir kararında "*İİK. 179/a maddesi 'iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır' hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm tedbir kararı verilmesini iflasın ertelenmesi kararı verilmesine bağlamış ise de; doktrinde ve uygulamada iflas erteleme talebi üzerine mahkemenin yargılamanın devamı sırasında HMK'nun 389 vd. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir yoluyla şirketin veya kooperatifin korunması için gerekli tedbirleri alabileceği büyük çoğunlukça kabul edilmektedir*" ifadelerine yer vermiştir (23 HD 16.3.2012 T, 2012/961 E, 2012/2067 K sayılı karar, Legal Bank/elektronik).

bir tedbir kararı işletmenin aleyhine, olması gerekenden önce alınan bir tedbir kararı da erteleme talebinde bulunan işletmeden alacaklı olan şirketler ya da kişiler aleyhine sonuç doğurabilecektir ve bu aleyhe sonuçların çoğu zaman telafisi de mümkün olamayacaktır) sebebiyle farklı uygulamalara da sebebiyet vermektedir. Bu sorun ciddi bazı tartışmaların da ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda örneğin, bazı mahkemeler, iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte derhal tensip zaptı ile tedbir kararı verirken, bazı mahkemeler, iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte kayyım ataması[29] yapmakta ve fakat tedbir kararı verilmesini ilk bilirkişi raporunun tanzim edilmesi sonrasında değerlendirmektedir.

Bu uygulamalardan hangisinin doğru olduğunun anlaşılabilmesi ve bu bağlamda sağlıklı bir kanaatin ortaya konabilmesi bakımından iflasın ertelenmesi yargılamasında sırasında verilen tedbir kararının ifa amaçlı niteliğinin ve bunun da diğer tedbir türleri dikkate alındığında ne anlama geldiğinin kısaca değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Öncelikle iflasın ertelenmesi sırasında mahkemenin verebileceği tedbir kararının hukuki niteliği itibariyle HMK m.389 vd hükümleri dairesindeki bir tedbir kararı olacağından şüphe duymamak gerekir.

İhtiyati tedbirleri, teminat, düzenleme ve ifa (eda) amaçlı olarak üç grupta incelemek mümkündür[30].

Teminat amaçlı tedbirler, para alacağı dışındaki tüm alacakların müstakbel icrasını davadan önce veya dava sırasında güvence altına alma amacına hizmet etmektedir[31]. Başka bir tanıma göre, teminat amaçlı tedbirler denildiğinde, asıl davada verilecek olan hükmün daha sonra icra edilmesini garanti altına alacak tüm tedbirleri anlamak gerekir[32]. Teminat tedbirleri daha çok taşınır ve taşınmazlara yöneliktir.

Düzenleme amaçlı tedbirler doktrinde hakim görüş çerçevesinde bağımsız bir tedbir türüdür. Bu tür tedbirlerde özellikle sürekli edimlerin söz konusu olduğu hukuki ilişkilerde önemli zararların önüne geçilmesi saiki öne çıkmaktadır[33].

---

29 Doktrindeki bazı yazarlar tarafından savunulan görüş, iflasın ertelenmesine karar verildiğinde, kararı veren mahkemenin şirkete kayyım tayin etmesinin zorunlu olmadığı yönündedir. Dolayısıyla bu konuda bir takdir hakkından söz etmenin mümkün olduğuna vurgu yapılmaktadır (**Öztek**, İflasın Ertelenmesi, s. 132-133). Fakat mahkemenin bu konuda takdir hakkına sahip olmayıp İİK m.179/a (yeni İİK m.179/a, f.1) hükmü karşısında zorunlu olarak erteleme kararı ile birlikte kayyım tayin etmesi gereğini savunanlar da mevcuttur (**Muşul**, İflasın Ertelenmesi, s. 177). Bu noktada esas sorun kayyım tayininin en erken ne zaman yapılabileceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Yeni İİK m.179/a hükmünün açık ifadesi tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde kayyım tayininin erteleme talebi ile birlikte ortaya çıkması gereğinden söz etmektedir.

30 İhtiyati tedbir türleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 80vd.

31 **Erişir**, a.g.e., s.351.

32 **Deren-Yıldırım**, İhtiyati Tedbirler, s. 80.

33 Ayrıntı için bkz. **Erişir,** a.g.e., s.492.

Konumuz bakımından önem taşıyan ifa amaçlı tedbirler ise hukuki himaye ihtiyacı içinde olan kimsenin ancak mahkeme kararı ile ulaşılabilecek olan sonuca ya da sonuçlara şimdiden tesis edilecek olan bir tedbir kararı ile ulaşabilmesini ifade etmektedir[34]. İfa amaçlı tedbirler, tatmin amaçlı tedbirler olarak da ifade edilmektedir[35]. Alman hukukunda, ifa amaçlı tedbir türünden söz etmekle beraber bu tedbir türünün bağımsız bir karaktere sahip olduğunu reddeden ve fakat bu tedbir türünü düzenleme amaçlı tedbirler içinde mütalaa eden bir anlayışın da bulunduğu söylenebilir[36]. İfa amaçlı tedbirin kanunun güttüğü amaca aykırı olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır[37]. İfa amaçlı tedbir türünde en önemli nokta (ya da sorun) uyuşmazlığın esasının zamanından önce çözülmesi hususunda kendini göstermektedir[38]. Alman Hukukunda bazı yazarlar uyuşmazlığın esasının zamanından önce çözülmesi yasağını gerekçe yaparak ifa amaçlı tedbir türüne mesafeli yaklaşmaktadır[39]. Bununla birlikte bugün gelinen noktada Alman Hukukunda, ifa amaçlı tedbir türlerinin geçici hukuki korunmanın en önemli enstrümanı olduğu da ifade edilmektedir[40].

İsviçre Federal Usul Kanununda (m.262) esas olarak ifa amaçlı tedbirlerin bu

---

34 **Üstündağ,** İhtiyati Tedbirler, s. 35vd.

35 **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 83.

36 **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 83.

37 **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 83-84, özellikle dn.85. Aynı yönde, **Erişir,** a.g.e., s.377.

38 **Erişir,** a.g.e., s.376; **Arslan, Ramazan,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Ocak 2013, s.13. Yargıtay bir kararında "*Davacı, davalı bankadan konut finansmanı kredi sözleşmesi ile kredi kullandığını ancak borcun aşırı oranda yükselmesi nedeniyle ifa güçlüğü yaşadıklarının bu nedenle hakimin sözleşmeye müdahalesiyle ödemenin sözleşme tarihindeki kur üzerinden yapılması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini ve bu şekilde sözleşmenin uyarlanmasını talep etmiştir. Davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi hukuka aykırıdır"* ifadeleri ile ifa amaçlı tedbire sıcak bakmadığını ifade etmiştir (13 HD 21.3.2012 T, 2615 E, 7420 K sayılı karar, kazancı, içtihat bilgi bankası). Yargıtay başka bir kararında " *Kartal Çeliş Sanayii A.Ş. vekilinin temyizine gelince; mahkemece yargılama aşamasında davacı Perma Sharp A.Ş.nin talebi üzerine, 10.12.1985 gün ve 985/2211 D. işler sayısıyla bir ihtiyatı tedbir kararı verilmiştir. Olayda HUMK. 101 ve müteakip maddeleri hükümlerince bu nitelikte bir tedbir kararı verilmesi yersiz olduğu gibi, davanın esasını çözümlemeye yönelik şekilde böyle bir tedbir kararının ittihazı da doğru bulunmamaktadır*" ifadelerini ortaya koymuştur (11 HD 30.5.1989 T, 3097 E, 3291 K sayılı karar, kazancı, içtihat bilgi bankası). Buna karşılık Yargıtay başka bir kararında,"*… mahkemece, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda HMK'nun 391. Maddesine göre, ileride açılacak olan davada asıl istemin kabulü hükmünün çıkmasıyla sağlanacak durumu şimdiden oluşturacak nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararının reddine karar verilmiştir. Talep, ihtiyati tedbir istemine ilişkindir. HMK'nın 389. Maddesinde ihtiyati tedbir şartları düzenlenmektedir. …. Mahkemece açıklanan madde hükmü dikkate alınmaksızın gecikme sebebiyle bir sakınca veya ciddi bir zararın doğabileceği nazara alınarak ihtiyati tedbir verilmesi şartları oluştuğu halde yerinde olmayan yazılı gerekçeyle ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş…..bozulmasına karar vermek gerekmiştir"* ifadelerine yer vererek ifa amaçlı tedbir kararlarının tesis edilebileceğine işaret etmiştir.

39 **Deren-Yıldırım**, İhtiyati Tedbirler, s.84, dn.92'de anılan yazarlar.

40 **Erişir,** a.g.e., s.377, dn.87.

hukuk sisteminde de tanınmakta ve kabul görmekte olduğuna işaret eder niteliktedir. Zira anılan düzenleme hakimin olayın şartlarına göre telafisi güç zararların doğumunu engellemeye yönelik her tür kararı tedbirin konusu yapabileceğini vurgulamaktadır. Fakat bu düzenlemeye rağmen İsviçre Hukukunda da asıl dava sonucunun mümkün olduğunca öne çekilmemesi gereğine işaret eden yazarlar da bulunmaktadır[41].

İfa amaçlı tedbir kararlarında, bir yandan hukuki himaye ihtiyacı içinde olan tarafın korunmaya değer ve korunmaması halinde telafisi mümkün olmayan zararlara uğrayacak olan hukuki menfaati, diğer taraftan ise asıl yargılama yapılmadan ve maddi hakkın tespitinin gerçekleştirilmediği bir dönemde aleyhine tedbir kararı verilen kimsenin hukuk alanına ciddi ve etkili bir müdahale söz konusu olmaktadır. İfa amaçlı tedbirler yoluyla mahkeme kararı ile ulaşılabilecek neticeye lehine tedbir kararı verilen kimse daha öncesinde erişebilmektedir[42].

Türk doktrininde genellikle ifa amaçlı tedbirlere uyuşmazlığın esasının zamanından önce çözülmesi yasağı sebebiyle mesafeli bir yaklaşım ortaya konmaktadır[43]. Buna karşılık doktrinde ancak kanunlarda esası çözer tarzda tedbir kararı verilebileceği yazılı ise taraflardan birini ekonomik olarak yok olmasına zemin hazırlamamak kaydı ile ifa amaçlı tedbirlere hüküm kurulabileceği de ifade edilmektedir[44].

Kanaatimizce bireyin etkin hukuki korumasının temini yönünden ifa amaçlı tedbirlere müsaade edilmesi kaçınılmaz görünmektedir. Nitekim bazı yasal düzenlemelerde de açık olarak bu tür tedbirlerin varlığına işaret edilmektedir. Bu bağlamda, marka, patent ve endüstriyel tasarımların korunmasına yönelik olarak bu tür tedbir kararlarının mümkün olabileceği anlaşılmaktadır[45]. Kaldı ki HMK m.391 hükmü "*Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdii ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir"* şeklinde olup, anılan düzenlemede geçen "her türlü tedbir" ifadesi bu kanaatimizi de destekler niteliktedir. Kanun koyucu, "her türlü tedbir" ifadesini kullanırken kanaatimizce, asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerin bu kapsam içinde olmayacağını dile getirmiş de değildir. Aksine, maddenin lafzi yorumundan asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerin de HMK m.391 hükmü içinde mütalaa edilmesi gerektiği sonucuna varmak mümkün

---

41 Ayrıntı için bkz. **Erişir,** a.g.e., s.382-383 ve orada anılan yazarlar.

42 Ayrıntı için bkz. **Erişir,** a.g.e., s.377.

43 **Yılmaz,** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, s. 845**; Ercan, İbrahim,** Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 24 vd; **Karslı;** a.g.m., s. 278; **Umar**, **Bilge,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 1091;

44 **Yılmaz,** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, s. 859; **Kuru, Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul 2001, s.4314.

45 Ayrıntı için bkz. **Erişir**, a.g.e., s. 389; **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 85vd..

görünmektedir[46]. 6728 sayılı Kanun ile değişik İİK m.179/a, f.3 hükmü bu görüşü destekler nitelikte olup, hakime erteleme talebi ile birlikte derhal takipleri durdurucu nitelikte tedbir kararı verebilme imkanını ortaya koymaktadır.

İflasın ertelenmesine ilişkin yargılama devam ederken verilecek olan tedbir kararının etkisi yukarıda izah edilen tedbir türlerinden ifa amaçlı tedbir kapsamı içinde mütalaa edilmek gerekir. Zira böylesi bir tedbir kararı ile iflasın ertelenmesi kararı ile ulaşılabilecek sonuçlara erteleme talebinde bulunan işletme şimdiden ve geçici olarak sahip duruma gelmiş olmaktadır. Ancak bu ifadeden işletmenin sanki tedbir kararı ile sadece iflasın ertelenmesi kararının lehe ilişkin sonuçlarından istifade edebileceği gibi bir anlam da çıkarılmamalıdır. Bu noktada kastedilen, tedbir kararı ile sanki iflasın ertelenmesi kararı ortaya çıkmış gibi, bir erteleme kararı ile ortaya çıkabilecek lehe ve aleyhe olarak değerlendirilebilecek bütün sonuçların tedbir kararı alan işletme üzerinde meydana geleceğidir. Dolayısıyla bu noktada iflasın ertelenmesi kararının nasıl bir etki doğurduğuna kısaca temas etmek gerekir.

Şirketin iflasının ertelenmesine karar verilmesiyle birlikte, iflas durumundan farklı olarak, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi tam olarak sürmekle birlikte, erteleme kararı ile birlikte bu yetkinin kayyım denetimine tabi hale getirilmesi ve işlemlerin geçerliğinin kayyım denetimine bağlı kılınması (yeni İİK m.179/a, f.1'de belirtilen yönetim kayyımı atanması ihtimali hariç olmak üzere) söz konusu olacaktır. Dolayısıyla aynı etkinin tedbir kararı ile de ortaya çıkacağı açıktır. Nitekim yeni İİK m.179/a f.1'de mahkemenin, yönetim organının şirket malvarlığı üzerindeki yetkilerini tamamen veya kısmen elinden alıp kayyıma verebileceğini, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı olacağına da karar verebileceği hükme bağlanmıştır[47]

Belki de iflasın ertelenmesi kararının zikredilmesi gereken en önemli etkisi takiplerin durmasında kendisini göstermektedir. Birçok şirketin salt icra tehdidinden kurtulmak ve zaman kazanmak için iflasın ertelenmesi yoluna müracaat ettiği dikkate alındığında, erteleme kararının ya da bir tedbir kararının en önemli etkisi kendisini bu noktada gösterir. Takiplerin durması yeni İİK m. 179/b, f.1'de düzenlenmiştir. 6728 sayılı Kanun ile değişik anılan hüküm "*Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz kararları uygulanmaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez"* şeklindedir.

---

46 Bkz. **Üstündağ,** İhtiyati Tedbirler, s. 18vd; **Akyol Aslan, Leyla,** Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011, s. 43;**Deren–Yıldırım,** İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri, s. 307; **Ercan,** a.g.e., s. 34vd; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, s. 170.

47 **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e.,113.

Bu maddeye göre, iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte amme alacakları da dahil olmak üzere borçluya karşı yeni takip yapılamayacağı gibi, başlamış olan takipler de olduğu yerde durur[48]. Anılan hükmün erteleme kararı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla erteme kararı ile birlikte takiplerin durması kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur. Bu sonucun erteleme kararından önce doğabilmesi ise hakimin takdirindedir (yeni İİK m.179/a, f.3). Ancak gerek erteleme kararı ile birlikte doğrudan gerekse erteleme yargılamasının devamı sırasında verilen tedbir kararı ile ortaya çıkan sonuç, takiplerin durması ve yeni takiplerin yapılamamasıdır.

Yeni İİK m.179/a, f.1 hükmü çerçevesinde erteleme kararı ile birlikte derhal kayyım atanacağına göre bu etkinin tedbir kararı içinde mütalaa edilmesi yerinde olacaktır. O halde kanaatimizce bazı mahkemelerin, iflasın ertelenmesi talebi karşısında öncelikle kayyım atayıp, tedbir kararı ile takiplerin durmasının temin edilmesi konusunu bilirkişi raporunun tanzim edilmesinin sonuna bırakması şeklindeki uygulaması anılan maddenin amacına ve ruhuna uygun düşmemektedir. Kanaatimizce,

---

48 "*İİK.'nun 179/b maddesine göre erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur...*" *19.HD. 17.03.2005 T, 2004/11750 E, 2005/2789 K sayılı karar* (www.sinerjias.com.tr). İflasın ertelenmesinin en önemli etkilerinin başında takiplerin durması hali gelmektedir. Takiplerin durması yeni İİK m. 179/b'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte amme alacakları da dahil olmak üzere borçluya karşı yeni takip yapılamayacağı gibi, başlamış olan takipler de olduğu yerde durur. Doktrinde de kabul edildiği üzere iflasın ertelenmesi ile duracak ve yenisi yapılamayacak olan "takip" kavramından "icra takip işlemi" kavramının anlaşılması gerekmektedir (Ayrıntı için bkz. **Yavaş**, **Murat,** Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005, s. 56; **Muşul,** İcra İflas, s.63; **Yıldırım/Deren-Yıldırım,** a.g.e., s.24; **Postacıoğlu, İlhan E.,** İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 234; **Üstündağ, Saim,** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 32; **Kuru,** El Kitabı, s. 148). İflasın ertelenmesi talebi üzerine tensip zaptı ile hukuki nitelik itibariyle ifa amaçlı tedbir kararı verildiğinde, bunun etkisi takiplerin durması şeklinde karşımıza çıkacak ise de, söz konusu tedbir kararının üçüncü kişilerin maddi haklarına bir tesirde bulunmayacağının belirtilmesi gerekir. Doktrinde ve Yargıtay tarafından verilen bir çok kararda, mahkemenin vereceği muhafaza tedbirlerinin maddi hukuk alanında sonuçlar doğuracak şekilde olmasından kaçınması gerektiğine, hak ve def'ilerin kullanılmasının önlenmesi ya da iflası ertelenen şirketin senetlerinin protesto edilmemesi veya şirket alacaklılarının takas, mahsup ve hapis haklarını iflası ertelenen şirkete karşı kullanamayacakları yönünde muhafaza tedbirlerine karar verilmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmiştir. "*İflasın ertelenmesine karar verilmesi halinde uygulanacak tedbirler İcra ve İflâs Kanununun 179/b maddesinde belirtilmiştir. Anılan hükümde yer almayan... senetlerin protesto edilmesinin önlenmesine ilişkin tedbir kararı da usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir*." (19. H.D. 4.5.2006, E.2006/2288, K.2006/4946, **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s. 170, dn. 19'dan naklen). "*Mahkemece 3.12.2004 tarihli ek kararla iflâsın ertelenmesi talebinde bulunan şirket vekiline rehin veren ve kefil olanlar hakkında da tedbirini uygulanmasına karar verilmiştir; ... Tedbirlerin erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukukî durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır. Mahkemece bu yönler gözetilmeden tedbire hükmedilmesinde de isabet görülmemiştir" 19. HD 7.4.2005, 2005/2033 E. 2005/3760 K sayılı karar,* (www.sinerjias.com.tr). Aynı yönde bkz. **Öztek,** İhtiyati Tedbir, s. 404.

bu halde, bu tür uygulama içinde olan mahkemelerin yapması gereken, eğer iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte (bilirkişi raporu henüz alınmadan) kayyım atanacak ise tedbir kararı ile takiplerin de durmasının sağlanmasıdır. Aksi halde iflasın ertelenmesi talebinden hemen sonra kayyım atanacak ve fakat tedbir kararı ile takiplerin engellenmesi sağlanmayacak olur ise zaten cebri icra tehdidi altında olan işletmenin hareket kabiliyeti ve ticari refleksleri kayyım onayı zorunluluğunun devreye girmesi ile daha da alt seviyeye düşerken, alacaklıların takip baskısı karşısında çaresiz kalması suretiyle de çok kolay bir biçimde ekonomik gücünü kaybedebilmesi mümkün hale gelebilecektir.

Yukarıdan bu yana yapmış olduğumuz açıklamalar ile iflasın ertelenmesi prosedürü içinde de tedbir kararı verilebileceği, bu tedbirin HMK m.389 vd hükümlerinde gösterilen rejime tabi olacağı, söz konusu tedbirin, hukuki nitelik olarak ifa amaçlı tedbir niteliğini haiz olduğu, dolayısıyla iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olsaydı, hangi hukuki etkiler ortaya çıkacaktı ise bu etkilerin aynısının tedbir kararının verilmesi ile de meydana geleceği anlaşılmaktadır. O halde böylesi bir ihtiyati tedbir kararının iflasın ertelenmesine ilişkin bir yargılamada en erken ne zaman verilebileceği hususunun -farklı uygulamaların da bulunduğu dikkate alındığında- aydınlatılmasında yarar bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu soruya olan ve olması gereken hukuk bakımından yaklaşmak ve meseleye çözüm aramak daha doğru olacaktır.

Yeni İİK m.179/a, f.1 hükmünün tekrar zikredilmesinde yarar vardır. Anılan hüküm "*Mahkeme, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulması üzerine, yönetim organının yerine geçmesi ya da yönetim organı kararlarını veya işlemlerinin bir kısmını veya tamamını onaylaması ve ayrıca envanter işlemlerini başlatarak kontrolü altında yürütmesi için, derhal, görevinin gerektirdiği mesleki ve teknik yeterliliğe sahip, yeterli sayıda kayyım atar" şeklindedir. Bu hükmü yeni İİK m.179/a, f.3 hükmü ile birlikte değerlendirmek gerekir. Anılan hüküm dairesinde mahkemenin erteleme talebi ile birlikte hemen tedbir yolu ile takiplerin durmasına karar verebileceği, bu konuda bir takdir hakkına sahip olduğuna işaret edilmiştir. Dolayısıyla eski düzenlemeden farklı olarak mahkemenin erteleme talebi ile birlikte hemen tedbir yolu ile takiplerin durmasına karar verebilmesinin yasal olarak önü açılmış olmaktadır. Ancak kanaatimizce yeni İİK m.179/a,f.3 hükmünden hareketle mahkemenin takdir hakkını mutlaka erteleme talebi üzerine derhal tedbir kararı vermek biçiminde kullanması da şart değildir. Bu tedbir kararını erteleme kararından önce ve fakat erteleme yargılamasının belirli bir aşamasına kadar geciktirmesi de mümkündür.*

Her şeyden önce, erteleme -ya da çalışma konumuz bakımından ifa niteliğini haiz tedbir kararı ile- kararı ile kayyım atanmak zorunda olduğuna, kayyımın atanması ile şirketin işlemlerinde bir kontrol amaçlandığına, bu kontrol ile artık şirket yönetimi bir denetim altına girdiğine, bu denetimin de şirket faaliyetlerinin artık eskisi gibi süratli

olmaması ve şirket yöneticilerinin kendi istek ve ticari düşüncelerinin sınırsız olarak kararlarına yansıyamayacağı anlamına geldiğine göre, kayyım atanmasının şirketin -elini kolunu bağlamasa da- ticari reflekslerinin zayıflamasına sebep olacağının kabulü gerekir ve bu hal işletmenin lehine gibi görünmemektedir. Dolayısıyla bir yandan şirkete kayyım atanmış iken diğer yandan söz konusu işletmeyi takip baskısına açık halde bırakmaya devam etmek isabetli ve hakkaniyetli bir yol gibi görünmemektedir. Her nimetin bir külfeti var ve somut durum yönünden kayyım atanması bu sürecin külfeti ise icra takiplerinin de tedbir yoluyla durması sürecin nimeti gibi görünmektedir ve menfaatleri de dengelemektedir. Zira kayyım atandıktan sonra kayyımın atanmasına dair karar, yeni İİK m.179a, f.2'deki "*İflasın ertelenmesi talebi, kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir ve 166 ncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirilir"* şeklindeki hüküm karşısında ilan edileceğine göre[49], iflasın ertelenmesi talebi üzerine kayyım atanmış olan işletmenin borca batık olduğu ve her an iflasa sürüklenebileceği hususu, kendisi ile ticari ilişkileri bulunan diğer işletmeler ve/veya bankalar tarafından derhal öğrenilebilecektir. Bu halde, tedbir yolu ile takiplerin engellenmesi kararı da verilmiş ise, yani hakim yeni İİK m.179/a, f.3 hükmünden doğan takdir hakkını şirket lehine kullanmış ise söz konusu alacaklıların alacağını takip yolu ile elde etme girişimlerinin de önüne set çekilmiş olacaktır.

Yukarıda anlatılan hususun dışında meseleye İİK m.179/a, f.3 hükmünde geçen *"…Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır" (eski İİK m.179/a, f.1) şeklindeki hüküm çerçevesinden de yaklaşmak gerekir. Bu hükümden anlaşılması gereken, erteleme kararı alan işletmenin malvarlığının korunmasının sağlanmasına yönelik olarak da mahkemenin usul işlemleri yapabilmesinin mümkün olabileceğidir. Bu bağlamda, şirket malvarlığının korunması için şirket alacaklılarının girişebilecekleri takiplerin de etkisiz kılınması gerekeceği açıktır. Aksi halin kabulü, işletmenin malvarlığının cüzi icra yolu ile belirli bazı alacaklıları tarafından tasfiye edilmesi riskini ortaya çıkarabilecektir. Bu durum, esas olarak tedbir kararı ile takiplerden korunan alacaklının iyileştirme projesini daha kolay hayata geçirebileceği gerçeğine de zarar verecektir. Zira, takip yasağı özünde, işletmenin takip baskısı olmadan üretime devam ederek projesini hayata geçirmesini kolaylaştırır ve bu sayede elde edilecek değer ile de daha fazla alacaklının tatmin edilmesi mümkün hale gelebilir. Bunun sonucu olarak, iflasın ertelenmesinin şartlarından bir tanesi olan derhal iflas kararına nazaran iflasın ertelenmesi kararı ile alacaklıların durumunun daha da kötüleşmemesi gereğine ilişkin şartın işletme tarafından sağlanması daha kolay mümkün olabilecektir.*

---

49 23 HD 20.5.2014 T, 3784 E, 3888 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası.

İflasın ertelenmesi kararı verilebilmesinin en önemli şartı borca batıklık olduğuna[50] göre ve dolayısıyla ancak borca batık olan bir işletme bu kuruma müracaat edebileceğinden, işletme zaten bu kuruma müracaat ettiği anda deyim yerinde ise son nefeste bulunmaktadır. Tam da bu noktada derhal ona nefes alma imkanı verilmeyecek olur ise kendisine karşı gerçekleştirilecek takipler karşısında ileride verilmesi muhtemel bir iflasın ertelenmesi kararının da artık bir yararı kalmayabilecektir. Zira bu ihtimalde genellikle şirket iflas süreci ile karşı karşıya kalacaktır. Bu gerekçe ile de talep üzerine tensip kararı ile birlikte derhal tedbir kararının verilebilmesi uygun olabilecektir. Nitekim 6728 sayılı Kanun ile İİK'da iflasın ertelenmesi konusunda değişiklik yapılmadan önce uygulamada bazı mahkemeler talep ile birlikte tensip zaptında tedbir kararı vermekte, kayyım atamakta ve özellikle iflasın ertelenmesi kararının etkilerine ilişkin İİK hükümlerine bu tensip zaptında aynen yer vermekteydi.

Dikkat edilecek olur ise iflasın ertelenmesi talebi üzerine tedbir kararının verilmesine ilişkin anlayışın temelinde borca batık işletmenin ticari hayatın içinde varlığını sürdürmesindeki menfaat yatmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, bu kurum (iflasın ertelenmesi) mali durumu bozulmuş olan işletmeleri ne pahasına olursa olsun koruma ve kurtarma amacına dayanmamaktadır. Çünkü bir yandan kurtarılması önemli olan ve ülkeye katma değer sağlamaya devam etmesi önemsenen bir işletme olduğu gibi diğer taraftan bu işletme ile ticari ilişkileri olan başka işletmelerin de olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Aksi halin kabulü durumunda ve bu bağlamda, mali durumu bozulmuş olan işletmelerin ne pahasına olursa olsun korunması ve kurtarılması amacı öne çıkarılacak olur ise diğer ticari işletmeler göz ardı edilmiş olur ki, bu işletmelerin alacaklarını tahsil edememiş olmalarının kendi mali yapılarını da bozmaya başlayacağı ve bunun da piyasada zincirleme bir etki meydana getireceği açıktır. Dolayısıyla bir işletmenin kurtarılması pahasına diğer sağlıklı işletmelere zarar verilmesi de mümkün değildir. Bu çerçevede hassas bir dengenin gözetilmesi gerektiği açıktır. İşte bunun için iflasın ertelenmesi kararının verilebilmesi şartlarından bir tanesi de yukarıda ifade edildiği gibi derhal iflas kararına nazaran iflasın ertelenmesi kararı ile alacaklıların durumunun daha da kötüleşmemesi gereğidir. Bu sebeple mahkeme, nasıl ki iflasın ertelenmesi kararı verirken, diğer şartlarla beraber başka işletmelerin bundan zarar görmeyeceğine kanaat getirmesi gerekiyorsa aynı kanaatin tedbir kararı verilirken de hasıl olması gerektiği açıktır. Zira bu süreçte verilecek olan tedbir kararı ile yargılama sonunda verilmesi muhtemel iflasın ertelenmesi kararının

---

50 "*Dava, borca batıklık sebebiyle iflasın ertelenmesi istemine ilişkindir. Evvela, dava dilekçesi ekinde sunulan vekaletnamede iflas, iflas erteleme yetkisine rastlanmadığından; iflas ve iflas erteleme yetkisini içerir vekaletnamenin dosyaya ibrazının sağlanması, mahkemece şirket varlıklarının rayiç değerlerinin ve bu kapsamda borca batıklığın tesbiti, bu şartın yerine geldiğinin anlaşılması halinde de iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığının, somut verilere dayalı olarak, bilimsel şekilde değerlendirilmesi gerektiğinden*…" (23 HD 15.1.2013 T, 5244 E, 66 K sayılı karar, kazancı/içtihat bilgi bankası). İflasın ertelenmesi ile konkordato arasındaki farklılıklara genel bakış için bkz. yuk. dn. 17-18.

etki ve sonuçları arasında ve dolayısıyla üçüncü kişiler için ortaya çıkabilecek riskler bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ve özellikle diğer işletmelerin de korunmaya değer menfaatleri ile bu süreçte verilmesi muhtemel tedbir kararının hukuki nitelik itibariyle ifa amaçlı olması karşısında talep üzerine uygulamada bazı mahkemeler tarafından verilen tedbir kararının olması gereken hukuk yönünden eleştirilmesi kaçınılmaz görünmektedir.

Her şeyden önce iflasın ertelenmesine ilişkin sürecin hangi noktasında olursa olsun verilecek olan tedbir kararı, ifa amaçlıdır ve iflasın ertelenmesi kararının etki ve sonuçlarını içinde barındırır. Talep üzerine tensiple tedbir kararı verildiğinde başta takip yasağı olmak üzere birçok etki iflasın ertelenmesi kararı verilmiş gibi ortaya çıktığına göre, böylesi bir anlayışın özellikle geçici hukuki korunma tedbirlerine ilişkin hukuki rejim içinde eleştirilmesi kaçınılmazdır. Şöyle ki;

Düzenleme ve teminat amaçlı tedbir türlerinde bile tedbir talebinde bulunan kimsenin tedbiri haklı kılan nedeni gerçeğe yakın olarak ispat etmesi gerekmektedir[51]. Oysa ifa amaçlı tedbirler, düzenleme ve teminat amaçlı tedbirlere nazaran aleyhinde tedbir kararı alınan kimsenin hukuk alanına daha fazla müdahale edilmesine fırsat veren bir tedbir türüdür. Zira mahkemenin asıl yargılamanın sonunda verebileceği neticeye lehine tedbir kararı verilen kimse (şirket) şimdiden ulaşmış olmaktadır. Bu sebeple düzenleme ve teminat amaçlı tedbir türlerine nazaran ifa amaçlı tedbirlerde ispat ölçüsünün daha yüksek seviyede tutulması gerektiği açıktır[52]. Bununla birlikte, tedbir sebebini düzenleyen HMK m.390'da ispat ölçüsünden söz edilmiş değildir. Ancak bu gerçeğe rağmen iflasın ertelenmesi sürecinde talep üzerine verilen tedbir kararlarında, iflasın ertelenmesini talep eden işletme bu tedbire kavuşurken gereceğe yakın ispat bir kenara hiç bir ispat yükü altında kalmamaktadır. Adeta tek bir dilekçe ile iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceğine göre bu dilekçe onun tedbir kararı almasına yetmektedir. İflasın ertelenmesi talebinin özellikleri dikkate alındığında ihtiyati tedbir sebebinin, borca batıklık ve projenin inandırıcılığı noktasında yoğunlaştığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi iflasın ertelenmesi kararının elde edilebilmesi için bazı şartların bir arada olması gerekir. Bunların başında da işletmenin borca batıklığı ve sunduğu iyileştirme projesinin inandırıcı olması gelmektedir. Borca batık olmayan bir işletmenin bu kuruma müracaat etmesi mümkün olamayacağı gibi, borca batık olmayan bir işletmenin bu kuruma müracaatı halinde de talebinin reddi gerekecektir. Ayrıca, erteleme kararı verilebilmesi için borca batık durumda bulunan bir şirketin mali du-

---

51 **Erişir,** a.g.e., s.217. Ayrıca bkz. **M. Kamil Yıldırım,** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.35 vd.

52 **Deren-Yıldırım,** İhtiyati Tedbirler, s. 66.

rumunun iyileştirilmesi imkanının bulunması zorunlu olduğundan, bu iyileşme imkanının bulunduğunun ve borca batıklığın ortadan kaldırılabileceğinin ispatlanması gerekir. Bu nedenle şirketin mali durumunun iyileştirilebilmesi imkanının bulunup bulunmadığının yasada özellikleri belirtilen bir iyileştirme projesi çerçevesinde belirlenmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu ayrıca yeni İİK. m. 179/2, son cümlede iflasın ertelenmesinin talep edilebilmesi için sadece iyileştirme projesinin değil bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de bu projeyle birlikte mahkemeye sunulmasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir (eski İİK m.179/1)[53].

Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde borca batıklık ve sunulan projenin inandırıcılığı, iflasın ertelenmesi kararının tesisi bakımından olmazsa olmaz şartlardan olması karşısında hakimin yeni İİK m.179/a, f.3 kapsamında tensiple derhal tedbir kararı vermek biçiminde takdir hakkını kullanması isabetli olmayacaktır. Zira bu durum, düzenleme ve teminat amaçlı tedbir türlerine nazaran ifa amaçlı tedbirlerde ispat ölçüsünün daha yüksek seviyede tutulması gereği ile hiçbir şekilde uyumlu değildir. Aksine burada daha tehlikeli bir biçimde talep üzerine tensiple tedbir kararının verildiği hallerde mahkemeler, işletmenin borca batık ve iyileştirme projesinin inandırıcı olup olmadığı hakkında en ufak bir bilgiye sahip olmadıkları bir aşamada bu sonuca varmaktadırlar[54]. Bunun ise artık iflasın ertelenmesi kurumunun kötüye kullanılmaya başlandığı günümüzde, o işletmeden alacaklı olan ya da o işletme ile ticari ilişkileri bulunan diğer işletmeleri de bir bilinmeze sürükleyeceği değerlendirilmektedir.

İflasın ertelenmesi talebinde bulunulduğu an itibariyle şirketin mali açıdan zor durumda bulunduğu ve bu bağlamda borca batık olduğu kabul edilse bile[55] söz konusu şirket lehine verilecek olan tedbir kararının evleviyetle o şirketle ticari ilişkileri olan işletmeler yönünden ciddi sorunlar meydana getireceği açıktır. Her şeyden önce alacaklarını tahsil noktasında icra takibinde bulunma imkanından yoksun duruma girmiş olacaklardır. Mahkemenin vereceği tedbir kararının ifa amaçlı olduğu, ifa amaçlı tedbirlerin de mahkeme kararı ile ulaşılabilecek sonuca şimdiden geçici bir kararla ulaşılmasına imkan vermesi karşısında diğer tedbir türlerine nazaran ispat

---

53 **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s.120. Ayrıntı için bkz. **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e.,95 vd.

54 Oysa bir Yargıtay kararında açık olarak "*İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için, borca batıklık olgusunun öncelikle gerçekleşmiş olması gerekmektedir*" ifadelerine yer verilmiştir (23 HD 18.12.2014 T, 2014/7335 E, 2014/8260 K sayılı karar, (Legal Bank/elektronik). İflasın ertelenmesine ilişkin aranan bu şartın aynı etkileri havi ifa amaçlı tedbir yönünden de ihmal edilmemesi gerekir.

55 Uygulamada iflasın ertelenmesi talebinde bulunulurken talep sahibi şirket tarafından bazı muhasebe hileleri ile şirketin borca batık duruma getirildiği gerçeği de dikkate alındığında, talep üzerine tensip zaptı ile tedbir kararı verildiği hallerde bu hileler bilirkişi raporu ile henüz tespit edilmeden talep sahibi şirket üçüncü şahıslara karşı haksız bir üstünlük elde etmiş olacaktır.

ölçüsünün daha da yukarıda tutulması gerekirken ve özellikle şirketin borca batıklığı ve iyileştirme projesinin inandırıcılığı noktasında en ufak bir bilginin bulunmadığı ortamda talep üzerine tensip zaptı ile tedbir kararı verilmesinin isabetli olmayacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca iflasın ertelenmesi talebi üzerine tensip zaptı ile tedbir kararı verildiğinde uygulamada bilirkişilerin de artık raporun hızlandırılmasına ilişkin istekli davranmadıkları, bunun da tedbir kararının zaten mevcut olması karşısında raporun gecikmesinden şirketin zarar görmesi ihtimalinin kalmayışından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak kuşkusuz tedbir kararı alındıktan sonra tedbir kararı alan işletmenin amaca uygun olarak takip bağışıklığı içine girmiş olması sebebiyle rahat bir ortamda artık projesini hayata geçirmesi imkanına sahip olması, bu karar sebebiyle kendi ticari döngüleri risk altına girmiş olan diğer şirketleri huzursuz edecektir. Dolayısıyla bilirkişi raporunun verilmesi ne kadar gecikecek olur ise tedbir kararı alan işletmenin bu tedbir kararına layık olup olmadığı da bu süre boyunca anlaşılamayacaktır.

Kanaatimizce her ne şart altında olursa olsun ifa amaçlı tedbirler yönünden ispat ölçüsünün üst seviyede tutulması gereğinden fedakarlık yapılmamalıdır. Dolayısıyla iflasın ertelenmesi talebi üzerine derhal bir tensip zaptı ile tedbir kararı verilerek iflasın ertelenmesine paralel sonuçların ortaya çıkmasına yol açılması kesinlikle doğru görülmemek gerekir. Zira bu halde mahkeme, tedbir kararı verirken ispat ölçüsünün düzenleme ve teminat amaçlı tedbirlere nazaran daha da yukarı tutulması bir kenara, şirketin borca batık ve projesinin de inandırıcı olup olmadığı noktasında hiçbir bilgiye sahip bile değildir. Söz konusu tedbirin niteliği gereği, aleyhine etki ve sonuçlar doğurmuş olan üçüncü kişiler nezdinde yaratacağı tehlikenin boyutu (alacağın icra takibine konu edilemeyecek olması, tedbir kararı sebebiyle borçlarını ödemekten imtinaya ilişkin girişimlerin ortaya çıkabilecek olması, alacağın ana para ya da faizinde ciddi indirimlerin talep edilmesi, ödemelerin birkaç seneye yayılmasına ilişkin protokol teklifleri, malların kaçırılması ihtimali vs) dikkate alındığında, erteleme kararı verilebilmesi için aranması gereken bu şartların (borca batıklık, projenin inandırıcı olup olmadığı) evleviyetle aynı etkiyi doğuran tedbir kararının verilmesi sırasında da aranması gerekmektedir. Bu kanaatimizi kuvvetlendiren başka bir gerekçe de lehine tedbir kararı alan işletmenin uygulamada genellikle bu tedbir kararını alırken bir teminat dahi göstermeyişidir[56]. İlk anda zaten işletmenin borca batık olduğundan ba-

---

[56] İflasın ertelenmesi talebi ile mahkeme, borçlunun borcunu ödeme yönünde varsayılan iyi niyetini ve erteleme talebi ile birlikte sunulan proje ve diğer belgeleri de dikkate almak şartıyla, erteleme talebi hakkında bir karar verilinceye kadar mevcut durumunun korunması ve erteleme talep edilen şirketin borca batık durumda bulunması nedeniyle teminat da aranmadan ihtiyati tedbir kararı verebilir (Ayrıntı için bkz. **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e.,92 vd). Doktrinde, mahkemenin, erteleme talebinin kötü niyetle yapıldığını gösteren somut olguların var olduğunu tespit ettiği durumlarda erteleme isteyen taraftan kural olarak teminat alması gerektiğinden söz edilmekte ise de (**Ramazan**, a.g.e., s. 75.) uygulamada tedbir kararı alındıktan sonraki kötü niyetli davranışların tespit halinde sadece tedbirin ya da erteleme kararının kaldırılarak iflas kararı verilmekle

hisle şirketin teminat gösteremeyecek durumda olmasından söz edilebilirse de[57] söz konusu tedbir kararının yarattığı risklerin boyutları dikkate alındığında hiç olmazsa taleple birlikte tedbir kararı verilmemesi daha uygun olacaktır[58].

İflasın ertelenmesi talebi üzerine tensip zaptı hazırlanarak derhal tedbir kararı vermek yerine, derhal bilirkişi heyetinin oluşturularak çok hızlı bir biçimde teknik ve mali yönden incelemeler yapılmak suretiyle raporun hazırlanarak mahkemeye sunulması, bu rapor çerçevesinde şirketin borca batıklığı ve projesinin inandırıcılığı konusunda mahkemenin kanaat edinmesinin sağlanması ve bunun neticesinde tedbir kararı verilmesi ya da ihtimale göre iflas kararı tesis edilmesi isabetli olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, iflasın ertelenmesine ilişkin yargılama devam ederken talepte bulunan işletme aleyhinde başlayan takiplerin durmasına yönelik tedbir kararı verilebilecek ise de bunun en erken talepte bulunulması anında değil, şirketin borca batık ve iyileştirme projesinin inandırıcı olduğunu tespit eden bilirkişi raporunun mahkemeye sunulmasından sonra olması gerektiği değerlendirilmektedir. Aksi halde mevcut uygulama çerçevesinde talep üzerine derhal tensip zaptı ile tedbir kararı verildiğinde üçüncü kişilerin hakları tehlikeye atılmış olmaktadır.

III. İflasın Ertelenmesi Talebi Üzerine Verilen Tedbir Kararının İflasın Ertelenmesi Kararının Yasal Süresi Karşısında Doğurduğu Sorunlar

Eski İİK m.179/b, f.4 hükmü "*Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez"* şeklindeydi ve anılan hüküm sadece iflasın ertelenmesi kararını esas alarak erteleme süresinin ne kadar devam edeceğini, başka bir ifadeyle erteleme kararının doğurduğu sonuçların hangi zaman dilimine kadar etkide bulunabileceğini düzenlemekteydi.

Eski düzenleme çerçevesinde, mahkeme eski İİK m. 179/b, f.4 gereği erteleme süresini -dolayısıyla erteleme kararına bağlı etki ve sonuçların devamını- en fazla bir yıl olarak belirleyebilmekteydi. O halde mahkeme iflasın ertelenmesi talebini kabul ettiği takdirde bir yılı geçmemesi şartıyla mali durumun düzeltilebilmesi amacıyla

---

yetinildiği görülmektedir. Yargıtay konu ile ilgili olarak "*iflasın ertelenmesi davasında verilen ve davacı şirketlerin mal varlığının korunmasına dair bulunan ihtiyati tedbi***r***ler için teminat aranmasına dair bir yasal düzenleme bulunmaması karşısında…"* şeklindeki ifadesi ile iflasın ertelenmesi talebinde bulunan işletmeler yönünden tedbirin mahiyetini, etki ve sonuçlarını göz ardı etmiş görünmektedir. Bu anlayışın iflasın ertelenmesi kurumuna müracaatın hızını artırmakta olduğu ve konkordatoyu işlemez hale getiren bir eğilimin ortaya çıkmasına da zemin hazırladığı değerlendirilmektedir.

57 **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s. 142.

58 **Kuru**, İflasın Ertelenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir mi? , Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, s.303vd.

uygun bir erteleme süresine karar verebilmekteydi. Bu süre kanun gereği bir yıldan az olabilirken, bir yıldan fazla olamamaktaydı[59]. Sürenin uzatılması talebini şirket veya alacaklılardan biri yapabileceği gibi kayyım da vereceği raporla uzatma talebinde bulunabilmekteydi[60]. Kayyımın verdiği raporlara göre mahkeme uygun gördüğü sürelerle erteleme süresini birden fazla defa uzatabilmekteydi. Eski İİK m. 179/b, f.4'te belirtildiği üzere uzatma süreleri toplam dört yılı geçememekteydi[61]. Bu durumda erteleme kararıyla birlikte verilecek bir yıllık süreyle birlikte iflasın ertelenmesi en fazla beş yıllık süre için uygulanabilmekteydi.

İflasın ertelenmesi kararının etkisinin (bu arada takip yasağı etkisinin) eski düzenleme kapsamında 5 yıl devam edecek olması ya da etme ihtimalinin bulunması, sermaye şirketini ya da kooperatifi bu kuruma yöneltme konusunda adeta tahrik edici bir unsur olarak ve özellikle alacağı teminatsız olan tedarikçiler için ciddi bir risk olarak karşımıza çıkmaktaydı. Zira borca batık olan bir işletmenin önemli bir alacaklısına ya da alacaklılarına karşı 5 yıl süre ile takip yasağı bakımından korunması fikri, mali açıdan zor durumda bulunan işletmenin aklına hemen bu kurumun gelmesine yol açmaktaydı.

Yukarıda anılan olumsuzluklar karşısında 6728 sayılı Kanun ile değişik İİK m.179/b, f.4 hükmü ile kanun koyucu "*Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre mahkemece uygun görülmesi hâlinde bir yıl daha uzatılabilir"* şeklinde bir hüküm ihdas ederek toplamda bu kurumun süre yönünden etkisini 2 yıl ile sınırlamıştır. Bu düzenleme ile yukarıda anılan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmış ise de bu süre içinde (2 yıl) işletmenin, projesini hayata geçirme olasılığının ne ölçüde mümkün olabileceği ciddi anlamda bir soru işaretini de beraberinde getirmektedir.

İsviçre hukukunda iflasın ertelenmesi süresinin uzunluğu hakkındaki uygulama adeta yeni İİK m.179/b, f.4 hükmüne ilham vermiş görünmektedir. İsviçre hukukunda erteleme süreleri yönünden oldukça cimri davranıldığı görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu (m.725a) erteleme süresi ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapmış değildir. Bu yönden Türk hukukundan ayrılmaktadır. Ayrıca kanun (İsviçre düzenlemesinde) bu bağlamda maksimum bir limit de ön görmüş değildir. Erteleme süresi hakimin takdirine bırakılmıştır. Ancak hakim genellikle iyileştirme projesinin hayata geçirilmesine imkan verecek ölçüde bir süre erteleme kararı vermektedir. Peter/Peyrot, ilk erteleme süresi olarak genellikle 3 ila 6 aylık bir sürenin verildiğinden söz etmektedir. Hakim, iyileştirme projesinin şekli ve maddi eksikliklerinin giderilmesine yönelik olarak da 10 gün ila 2 ay arasında bir süre verebilmektedir. Bu süre tamamen projedeki eksikliklerin tamamlanmasına ilişkin bir süredir. Hakim genel-

---

59 **Arzova/Yavaş/Küçük**, a.g.e.,137vd; **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s. 195; **Öztek, İflasın Ertelenmesi, s. 126 vd.**

60 **Atalay, a.g.e., s. 125; Öztek,** İflasın Ertelenmesi, s. 129.

61 **Muşul,** İflasın Ertelenmesi, s. 195.

likle ilk vermiş olduğu 3 ila 6 aylık sürelere projenin hayata geçirilmesi ihtimalinin canlılığını dikkate alarak bir çok kez ilaveler yapabilmektedir[62].

Mali açıdan zor durumda bulunan işletmenin borçlarını ödeyebilmesi noktasında tek çare iflasın ertelenmesi değildir. Bu bağlamda konkordato kurumu da akla gelebilecek ise de, kurumun (konkordatonun) işletmeyi alacaklılarla anlaşmak zorunda bırakması ya da ilerleyen süreçte alacaklıların ve alacak miktarının kurumun başarısını derinden etkilemesi, koruma süresinin iflasın ertelenmesi kurumu ile kıyaslanmayacak kadar sınırlı ve konkordatonun tasdikinin ağır şartlara tabi olması gibi sebepler, mali açıdan zor duruma düşmüş olan işletmeyi hemen iflasın ertelenmesi talebinde bulunmaya yöneltmektedir.

Eski İİK uygulamasında İflasın ertelenmesi kurumunda kanun koyucu erteleme süresini ve dolayısıyla erteleme kararının etkilerinin devamını 1+4 yıllık süreye bağlamış olduğuna göre bu sürenin erteleme kararının verilmesinden itibaren başlayacağı söylenebilmekteydi. Ancak burada asıl mesele, erteleme kararının verilmesinden önce ifa amaçlı tedbir mahiyetinde bir karar verildiğinde durumun ne olacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Eski düzenlemede bu konuda herhangi bir açıklık mevcut değildi. Hatta Yargıtay uygulamasında da farklılıklar mevcuttu.

Gerçekten de Yargıtay bir kararında "*İcra ve İflas Kanunu'nun 179/b maddesinin dördüncü fıkrasına göre erteleme ve uzatma sürelerin toplamı beş yılı geçemez. Somut olayda ertelemenin sağladığı sonuçları doğuran ilk ihtiyati tedbir kararı 17.08.2006 günü verilmiş ve buna göre beş yıllık süre 17.08.2011 günü dolmuştur. Şu halde ertelemenin 08.12.2010 gününden itibaren bir yıl daha uzatılmasına ilişkin hüküm 27.09.2011 günlü dairemiz kararı ile onanmış ise de, esasen mahkemece bu sürenin dolduğu dikkate alınarak anılan yasal düzenleme gereğince işlem yapılması ve dairemizce de aynı gerekçe ile yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken kararın onanması doğru olmamış, müdahil vekilinin karar düzeltme işleminin kabulü ile Dairemizin 27.09.2011 gün ve 2011/679-624 E.K. sayılı kararın kaldırılmasına ve hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir*" ifadelerine yer vermiştir[63]. Bu kararında Yargıtay, 5 yıllık sürenin başlangıç anını tedbir kararının verilmesi olarak değerlendirmiştir.

Buna karşılık Yargıtay başka bir kararında aynı konuya ilişkin tamamen farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu kararda Yargıtay "*Dava iflasın ertelenmesi kararın uzatılması istemine ilişkindir. İcra ve İflas Kanunu'nun179/b maddesinin dördüncü fıkrasına göre erteleme ve uzatma süreleri toplam beş yılı geçmez. Somut olayda davacı şirket hakkındaki ilk iflasın ertelenmesi kararı 27.07.2006 tarihinde Kadıköy 4.Asliye Ticaret*

---

62 **Peter, Henry/Peyrot, Aude**, L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, s.61 vd, http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/lajournement-de-la-faillite.pdf, erişim tarihi 13.12.2015; Ayrıca bkz. **Chaudet, Florian,** Ajournement de la faillite de la societe anonyme, 2001, s. 356vd.

63 23 HD 24.05.2012 T, 2012/1750 E, 2012/3653 K sayılı karar (Legal Bank/elektronik).

Mahkemesi'nin 2006/244 esas, 2006/478 karar sayılı ilamı ile verilmiş ve buna göre beş yıllık süre dolmuştur. Mahkemece bu sürenin dolduğu dikkate alınarak, anılan yasal düzenleme gereğince talebin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulü ile iflasın ertelenmesinin 06.10.2011 tarihinden itibaren bir yıl süre ile uzatılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde karar vererek 5 yıllık sürenin başlangıç anını iflasın ertelenmesi kararı olarak ortaya koymuştur[64].

Yargıtay bu defa çok yeni bir kararında[65] 5 yıllık sürenin başlangıç anı olarak tedbir kararının esas alınması gereğini dolaylı olarak ifade etmiştir. Nitekim Yargıtay bu kararında "*Asliye Ticaret Mahkemesi'nin ilamı ile ilgili şeklen kesinleşme şerhi verilmişse de davanın tüm taraflarına tebligat yapılmadığından kararın henüz kesinleşmemiş olduğu gözetilerek, adı geçen ilamın kesinleşmesinin sağlanması için davacı vekiline süre verilerek, kesinleşmenin beklenmesinden sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde esasa ilişkin hüküm kurulması doğru olmamıştır. -Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davacı şirketin borca batık olup olmadığının belirlenmesi, iflasın ertelenmesine ilişkin olarak açılan ilk dava tarihinden bu yana yedi yıla yakın bir süre ihtiyati tedbirlerin devam ettiği, amaçlanan sonuca tedbir kararı ile ulaşılabileceği gözetilip, bu sürede borca batıklıktan kurtulamadığı usulünce tespit edilen şirketin talebinin samimi olup olmadığı ve şirketin mali durumundaki değişiklikler tartışılıp değerlendirilerek, iflasın ertelenmesi ve ihtiyati tedbir müesseselerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır"* ifadelerine yer vermiştir.

6728 Sayılı Kanun ile değişik Yeni İİK m.179/a, f.3 hükmü "*… 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir…"* ifadesini kullandığından ve özellikle maddede "*toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla"* açıklamasına yer verildiğinden eski düzenlemeye ilişkin bu tartışmanın önüne kesin olarak geçilmiş görünmektedir. Buna göre, yeni düzenleme dikkate alındığında, erteleme kararının verilmesinden önce ifa amaçlı tedbir mahiyetinde bir karar verildiğinde bu tedbir kararı ile geçen sürecin toplam iflasın ertelenmesi sürecinden sayılacağı açık olarak düzenlenmiş olmaktadır.

İlk anda, iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte tensip kararıyla derhal ifa amaçlı tedbir kararı verilebileceği ve bu tür tedbirlerin de erteleme kararının etki ve sonuçlarını üzerinde barındırdığı dikkate alındığında 2 yıllık sürenin erteleme kararından

---

64 23 HD 19.11.2012 T, 2012/3791 E, 2012/6782 K sayılı karar

65 23 HD 26.2.2015 T, 2014/5925 E, 2015/1205 K sayılı karar (Legal Bank/elektronik)

itibaren değil de tedbir kararının verilmesinden itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varmak daha isabetli gibi görünmekle birlikte bazı gerekçelerle bu yaklaşımın isabetli olmayacağının kabulü gerekmektedir.

Erteleme kararının etkilerinin devam edeceği 2 yıllık sürenin, erteleme kararından itibaren değil de tedbir kararının verilmesinden itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varmanın önemli bir olumsuz yönü psikolojik sebeplere dayanmaktadır. Daha önce iflas kavramını hiçbir şekilde düşünmemiş ve iflas kavramı ile şirketin yan yana anılmasının bile ticari faaliyetleri konusunda yaratabileceği sıkıntıları hissetmekte olan bir kimsenin, kendisini bir anda erteleme talebinde bulunan kişi konumunda görmesi öncelikle o kimsenin gerçek anlamda travma yaşamasına sebep olmaktadır. Zira daha önce şirketin geleceği ile ilgili tüm kararlar belirli kişi ya da kişiler ya da kurullardan serbestlik içinde alınabilmekte, ödemeler, mal tedarikleri yine bu süreçlerden geçilerek ve alışkanlıklar doğrultusunda yapılabilmektedir. Ancak iflasın ertelenmesi talebi çerçevesinde tedbir kararı verildiği anda, işin içine kayyımların girmesi, işlemlerin ve kararların artık mahkemenin atamış olduğu kişi ya da kişilerin denetimine tabi hale gelmesi, hem işin süratini azaltmakta hem de alışkanlıkların bir anda törpülenmesine yol açmaktadır. Ayrıca iflasın ertelenmesi süreci içinde bulunmak ve bu sürecin üçüncü kişiler tarafından bilinecek olması düşüncesi ve bu düşünce ile üçüncü kişilerin iflasın ertelenmesi talebinde bulunan işletmeye mesafeli yaklaşması endişesi söz konusu şirket için tam bir yıkım oluşturmaktadır. Bu psikolojik yıkımın atlatılması, yeni sürece alışılması da sanıldığı kadar hızlı ve kolay olmayabilecektir.

İflasın ertelenmesinin etki ve sonuçlarının 2 yıl gibi oldukça kısa bir süreyle tespit edilmiş olması zaten projenin hayata geçirilmesi imkanını radikal biçimde törpülemekteyken, bir de psikolojik travmanın atlatılması esnasında kullanılan ve tedbirle geçen sürenin de toplam süreden sayılması neredeyse bu kurumun tercih edilmesi seçeneğini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu yönüyle kanun koyucu işletmeyi adeta iflasın ertelenmesi imkanını kullanmaktan caydırmaya ve bu kurumu cazip bir hukuki çare olmaktan çıkarmaya çalışmış görünmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, 2 yıllık sürenin erteleme kararından itibaren değil de tedbir kararının verilmesinden itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varmak bu psikolojik travmanın yaşandığı dönem kadar iyileştirme projesinin hayata geçirilmesi noktasında şirketin odaklanma sorunu yaşaması anlamına gelecektir ve bu süre kayıp süre olarak anılmak gerekecektir.

SONUÇ

İflasın ertelenmesi talebinde bulunulduğu anda işletmenin derhal icra baskısından kurtulmak ve projesini hayata geçirebilmek noktasında erteleme kararı verilince-

ye kadar korunması gereği açıktır. Ancak bu yönde alınacak tedbir kararı ifa amaçlı olduğundan, dolayısıyla erteleme kararının etki ve sonuçlarının şimdiden doğmasına yol açacağından, düzenleme ve teminat amaçlı tedbirlere nazaran daha hassas ve dikkatli davranılması gerekir. Bu noktada uygulamadan farklı olarak talepte bulunulması ile birlikte tensip zaptı ile değil, borca batıklık ve projenin inandırıcılığını tespit etmiş olan bilirkişi raporunun mahkemeye sunulması üzerine tedbir kararının değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

İflasın ertelenmesi kararı verilinceye kadar olan dönem için işletmeyi icra baskısından da kurtaracak olan ifa amaçlı tedbir kararı verildiğinde 2 yıllık sürenin de tedbir kararından itibaren değil, erteleme kararının verilmesinden itibaren işlemeye başlayacağının kabulü isabetli olabilirdi. Ancak kanun koyucu tercihini farklı biçimde kullanmıştır.

KAYNAKÇA

Akyol Aslan, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011.

Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.

Altay, Sümer: İflasın Ertelenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 625-658.

Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977 (Yargılamanın Yenilenmesi).

Arslan, Ramazan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Ocak 2013, s.7-28 (Kısaltılmışı: Geçici Hukukî Korumalar).

Arzova, S. Burak/Yavaş, Murat/Küçük, Barış: Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2015.

Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007.

Bork, Reinhard: Enführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage, 2014.

Brei, Kathrin/ Bultmann, Britta: Insolvenzrecht, Nomos, 1. Auflage , Baden-Baden 2008

Chaudet, Florian : Ajournement de la faillite de la societe anonyme, Conditions, effets, competences et responsabilite (art. 725a CO) These, Lausanne, Helbing & Lichtenhahn Bäle - Geneve – Munich 2001.

Deliduman, **Seyithan:** İflasın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.

Deren- Yıldırım, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: İhtiyati Tedbirler).

Deren- Yıldırım, Nevhis: Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, Yargıtay Dergisi 1995, S.3, s. 224-243 (Kısaltılmışı: Hukuki Himaye İhtiyacı).

Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukukunun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 305-317, (Kısaltılmışı: İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri).

Ercan, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 24 vd;

Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korunmanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

Ermenek, İbrahim: İflasın Ertelenmesi, Ankara 2010.

Foerste, Ulrich: Insolvenzrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, 2014.

Gaul, Hans Friedhelm: Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2011, s.75-106.

Karslı, Abdurrahim: İflasın Ertelenmesinde, Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, Ankara 2009, s. 263-283).

Haarmeyer, Hans/ Frind, Frank: Insolvenzrecht, 4. Auflage, Stuttgart, 2014.

Kuru, Baki: İflasın Ertelenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir mi? , Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II., s. 303-317, Kısaltılmışı: İhtiyati Tedbir Kararı).

Kuru, Baki : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013 (Kısaltılmışı: El Kitabı).

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: Hukuk Muhakemeleri Usulü).

Macoring-Venier, Francine, Francine, Entreprises En Difficulté (Les Créanciers), Répertoire comercial, Editions Dalloz, 2013.

Muşul, Timuçin: İflasın Ertelenmesi, 2. Bası, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı: İflasın Ertelenmesi).

Muşul, Timuçin : İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Bası, Ankara 2015 (Kısaltılmışı: İcra İflas).

Özekes, Muhammet: İflasın Ertelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005, S. 33, s. 3249-3283, (Kısaltılmışı: İflasın Ertelenmesi).

Özekes, **Muhammet:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, İzmir 2003 (Kısaltılmışı: Hukuki Dinlenilme Hakkı).

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden: Alman Hukukunda Ödeme Güçlüğü İçindeki Şirketlerin Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006, s. 649-660.

Öztek, Selçuk: İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: İflasın Ertelenmesi).

Öztek, Selçuk: İflasın Ertelenmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, s. 406-414, (Kısaltılmışı: İhtiyati Tedbir).

Paulus, Christoph G. : Insolvenzrecht, Verlag C.H Beck, München 2009.

Pekcanıtez, Hakan: Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991 (Kısaltılmışı: Anonim Ortaklıklar).

Pekcanıtez, Hakan: İflasın Ertelenmesi, İBD Yıl: 2005 Cilt 79, Sayı 2, s. 323-358 (Kısaltılmışı: İflasın Ertelenmesi).

Peter, Henry/Peyrot, Aude: L'ajournement de la faillite (article 725a CO) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, http://www.psmlaw.ch/p/pdf/peter/lajournement-de-la-faillite.pdf, erişim tarihi 13.12.2015)

Postacıoğlu, İlhan E. : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Ramazan, Seyfi: Sermaye Şirketlerinde İflasın Ertelenmesi", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Tanrıver, Süha/Deynekli, Adnan : Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000 (Kısaltılmışı: Medeni Yargılama).

Üstündağ, Saim : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004 (Kısaltılmışı: İcra Hukuku).

Üstündağ, Saim: Türk Ticaret Kanunu'nun 324. Maddesinin 3. Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, 1980/47, s.17-20 (Kısaltılmışı: Düşünceler).

Üstündağ, Saim: İhtiyati Tedbirler-Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, İstanbul 1981 (Kısaltılmışı: İhtiyati Tedbirler).

Yavaş, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: Delil Tespiti).

Yavaş, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Alacakların Haczi).

Yıldırım, M. Kamil: Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: Senetle İspat).

M. Kamil Yıldırım: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Kısaltılmışı: Delillerin Değerlendirilmesi).

Yıldırım M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis : İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015

Yılmaz, Z. Sanem: Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyati Tedbirler), İzmir 2006.

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara 2001 (Kısaltılmışı: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri).

Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Bası, Ankara 2013 (Kısaltılmışı: Islah).

BORCUN NAKLİNİN BORCA İLİŞKİN BENZER ETKİLİ DİĞER HUKUKİ KURUMLAR KARŞISINDA TEORİK SINIRLARI

(The Theoretical Borders of The Debt Assumption Against Other Legal Remedies Having Similar Effects On The Debt)

Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA*

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 196 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan borcun nakli, alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan ve o ana kadar alacaklıya karşı borçlu olan kişinin ilgili borç ilişkisinden doğan belli bir borcunun üstlenen kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir. Bu çerçevede borcun nakli işlemi, o ana kadar borçtan sorumlu olan kişinin ilgili borçtan kurtulması ve borcu üstlenen kişinin alacaklıya karşı bu borçtan sorumlu olması sonucunu doğurur. Bu halde alacaklının borcun sona ermesine kadar aynı borçluyu takip edebilmesine ilişkin genel kuralın bir istisnası söz konusudur. Bu çalışmada, borcun nakli ile ortaya çıkan bu sonuca benzer etkiye sahip, başka bir ifadeyle alacaklının borcun ifası bakımından başlangıçtaki borçludan farklı bir kimseye başvurma yetkisine sahip olduğu bazı hukuki işlemlerle borcun nakli işlemi arasındaki farklar inceleme konusu edilmiştir. Çalışmada bu çerçevede borcun nakli işleminin, mirasın geçişinden, sübjektif yenilemeden, ifanın üstlenilmesi sözleşmeden, borca katılma sözleşmesinden, malvarlığının veya işletmenin devrinden ve sözleşmenin devrinden farkları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Borcun nakli, borcun dış üstlenilmesi, ifanın üstlenilmesi, borca katılma, malvarlığı veya işletmenin devri

Abstract

The debt assumption that is regulated in the Article 196 and following articles of 6098 Turkish Code of Obligations is a legal action resulting with the transfer of a certain debt that was caused by a debt relation of a debtor with the creditor to the person who undertakes the debt against the creditor. Within this framework, the transfer of the debt is the release of the debtor from the liabilities in relation

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

with the debt until that moment of the transfer and the person who undertakes the responsibility of the debt payment to the creditor as a result of this action. In that case, there is an exemption for the common rule specifying that the creditor can follow the same debtor until the discharge of the debt. In this study, the differences between the legal procedures where the creditor has the authority to ask someone else other than the debtor for the discharge of the debt having a similar effect with the debt assumption, and the debt assumption are examined. Within this framework, the debt assumption in the study is considered different than the transfer of estate, subjective renewal, undertaking the performance, debt participation contract, transfer of the asset or the business and the transfer of contract.

Keywords: Debt assumption, external debt undertaking, performance undertaking, participation to the debt, transfer of the asset or the business

GİRİŞ

Borcun nakli, Türk Borçlar Kanunu'nun[1] 196 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde temel olarak borcun naklinin kurulması ve bu çerçevede sözleşmenin kurulmasına yönelik öneriye ilişkin özellikler, borcun naklinin hükümleri ve nakil sözleşmesinin geçersizliği halinin sonuçları düzenleme altına alınmıştır. İlgili hükümlerde düzenlenmiş olan borcun nakli, öncelikle, iç üstlenme sözleşmesinden farklıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinde düzenlenen borcun iç üstlenmesi sözleşmesi, tümüyle borçlu ile üstlenen arasındaki iç ilişkiye ilişkindir ve rızası olmadıkça alacaklıyı bağlamaz. Bu çerçevede borcun iç üstlenilmesi gerçek bir üstlenme teşkil etmemekte ve bu bağlamda bu çalışmada geçen borcun nakli ile kastedilen kurumu oluşturmamaktadır.

Çalışmanın konusunu bu şekilde borç ilişkisinde belli bir borcun o ana kadarki borçludan bir diğer kimseye geçmesini oluşturan borcun nakli kurumunun, sonuçları itibariyle borcun nakline az veya çok benzeyen diğer bazı hukuki kurumlarla ve ilişkilerle arasındaki teorik sınır ve bu bağlamda farklı yönler oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmanın bağlamı gerektirmedikçe, karşılaştırma yapılırken ortak özellikler üzerinde durulmamıştır.

Çalışmanın konusunun, borcun naklinin borca ilişkin benzer etkili hukuki kurumlarla olan teorik sınırı olması nedeniyle, borcun nakli kurumunun bütün özelliklerine çalışmada yer verilmekten kaçınılmış, sadece benzer etkili kurumlara nazaran arz ettiği özelliklerin belirlenmesi amacıyla borcun nakline ilişkin açıklamalar kısa tutulmuştur. Bu bağlamda borcun nakline ilişkin olarak, oldukça genel bir şekilde borcun nakli kavramı üzerinde durulmuş ve yine kısaca bu kurumun hukuki niteliği ve konusu ele alınmıştır. Ancak bundan sonradır ki, borcun naklinin, benzer etkili hukuki kurum olarak nitelendirmiş olduğumuz diğer kurumlardan ve bu bağlamda

[1] 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011 t., S. 27836)

mirasın geçişinden, sübjektif yenilemeden, ifanın üstlenilmesinden, borca katılmadan, malvarlığı ve işletmenin devrinden ve sözleşmenin devrinden farkları makale ölçütlerinde incelenmiştir.

I. Genel Olarak Borcun Nakli Kavramı, Borcun Naklinin Hukuki Niteliği ve Şartları

A) Borcun Nakli Kavramı

Borcun nakli (borcun dış üstlenilmesi), doğrudan alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan[2] ve belli bir borç bakımından, borcun pasif süjesinin, başka bir ifadeyle borçlusunun değişmesi sonucu doğuran bir hukuki işlemdir.[3]

Borcun naklinde bu şekilde borcun objektif unsuru yani konusu değişmemekte ve fakat önceki borçlu borcundan kurtulmakta ve borç yeni borçluya geçmektedir.[4] Bu çerçevede borcun nakli işlemi, alacaklının, borcun sona ermesine kadar aynı borçluya başvurabilmesi kuralının bir istisnasını oluşturur.[5]

---

2 Borcun nakli sözleşmesinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 196. maddesinde borcun nakli sözleşmesinin borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeyle olacağı belirtildikten sonra iç üstlenme sözleşmesinin üstlenen veya üstlenenin izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesinin borcun nakli sözleşmesi bakımından önerinin yerini tutacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gereği, alacaklı bu öneriyi kabul ettiği takdirde yine kendisi ile borcu üstlenen kişi arasında bir borcun nakli işlemi kurulmuş olur.

3 **Kahraman**, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 87; **Tekinay**, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1993, s. 268, 272;**Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, §. 42, N. 1; **Kocaman**, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1989, s. 15; **Gauch**, Peter / **Schluep**, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auf., Band II, bearbeitet von Susan Emmmenegger, Schulthess, Zürich Basel Genf 2008, N. 3592, 3596. Bu halde borç ilişkisinin tarafının değişmesi değil, belli bir borcun borçlusunun değişmesi söz konusudur. Bu çerçevede borcun nakline rağmen sözleşmenin tarafları değişmez. Bkz. N. 3593. Ayrıca bkz. **Berger**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2008, N. 2299; **Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 1988, s. 583.

4 **Kahraman**, s. 88. Üstlenen kişinin borçlunun yerine geçtiği ifadesi için bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1247; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 833; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop**, s. 272.

5 **Spirig**, Eugen, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183, OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetsbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum 1. und 2. Abt. (Art. 1-529), Zürcher Kommentar Band V/1k, 4. Aufl., Hrsg: Gauch, Peter, Schulthess, 1994, Vorb. zu Art. 175-183, N. 27; **Reetz**, Peter / **Burri**, Christof, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Hrsg: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K., Schulthess Zürich Basel Genf 2012, Art. 175, N. 1.

Borcun nakli, alacağın devriyle karşılaştırıldığında, bu iki kurum bir diğerinin aynadaki yansıması gibi görünse de,[6] bu düşünce ilgili kurumların temelinde yatan menfaatlerin tümüyle farklı olması nedeniyle reddedilmelidir. Bunun nedeni, borçlu bakımından alacaklının kim olduğu hususu önem arz etmezken; borçlunun ödeme kabiliyetinin borcun ödenmesi bağlamındaki önemi dolayısıyla, borçlunun kim olduğunun alacaklı için önem arz etmesi[7] ve bunun sonucu olarak da, alacaklının değişmesinin borçluyu etkilememesine karşılık; borçlunun değişmesinin alacaklıyı etkilemesidir.[8] Esas itibariyle alacağın devrinde borçlunun rızası aranmazken; borcun naklinde alacaklının rızasının aranmasının temelinde yatan sebep de budur.[9]

Borcun nakli işleminden önce genellikle borçlu ile borcu üstlenecek olan taraf arasında bir borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi (borçtan kurtarma taahhüdü) yapılır. Bu sözleşmeyle üstlenen, borçluya, onu alacaklıya olan borcundan kurtarmayı taahhüt eder.[10] Ancak bu sözleşme alacaklının durumunda bir değişikliğe neden olmaz[11] ve sadece üstlenen ile borçlu arasında hüküm ve sonuç doğurur.[12]

B) Borcun Naklinin Hukuki Niteliği ve Konusu

1. Borcun Naklinin Hukuki Niteliği

Borcun naklinde, bir borç ilişkisindeki borcun konusu değişmeksizin borçlusu

---

6 Ancak elbette bu iki kurum arasında bir borç ilişkisinde borç değişmeksizin alacaklının (borcun aktif öznesinin, sübjektif aktif unsurunun) değişmesi sonucunu doğuran kurumun alacağın devri; yine borç değişmeksizin borçlunun (borcun pasif öznesinin, sübjektif pasif unsurunun) değişmesi sonucunu doğuran kurumun borcun nakli olması açısından bir bağlantı söz konusudur. Bkz. **Guhl**, Theo / **Koller**, Alfred / **Schnyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschlussdes Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2000, §. 35, N. 1; **Berger**, N. 2299.

7 **Gauch/Schluep/Emmmenegger**, N. 3557; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1.

8 **Gauch / Schluep / Emmmenegger**, N. 3557; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1.

9 **vonTuhr**, Andreas / **Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Schulthess, 1984, s. 380; **Berger**, N. 2300; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 1.

10 **Tschäni**, Rudolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg: Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 175, N. 6; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 3; **Berger**, N. 2301.

11 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3567.

12 **Berger**, N. 2301. İsviçre Federal Mahkemesinin, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin sadece üstlenen ile borçlu arasında hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin kararları için bkz. BGE 121 III 258; 118 V 229. (CHK-Reetz/Burri, Art. 175, N. 3'ten naklen.) Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3567. Yazarlar, bu bağlamda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin, taraflar arasındaki bir iç ilişki olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Yine Bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 175, N. 6. Yazar, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran bu hukuki işlemin, borcun nakli sözleşmesine kılavuzluk eden bir hukuki işlem teşkil ettiğini ifade etmektedir.

değişmekte; bu çerçevede borç alacaklı ve borçlu dışındaki bir üçüncü kişiye geçmektedir. Borç aynen varlığını koruyup, borçlu şahıs değiştiğinden burada bir cüz'i intikalin ve dolayısıyla cüz'i halefiyetin bulunduğunun kabulü gerekir.[13]

Öte yandan borcun nakli işleminin malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki niteliğinin de belirlenmesi gerekir. Öğretide[14] borcun nakli sözleşmesinin, alacaklının sahip olduğu alacak hakkında değişikliğe neden olması ve borcun naklinden önceki borçlunun borçtan kurtulmasına, söz konusu borcun bu kimsenin (borcun naklinden önceki borçlunun) malvarlığından çıkmasına neden olması sebebiyle, özellikle de borçtan kurtulan önceki borçlunun malvarlığına yaptığı etki bakımından tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan borcun nakli işleminin, borcu üstlenen (borcu nakil alan) şahsın malvarlığının pasif kısmının artması sonucunu doğuracağından aynı zamanda bir taahhüt işlemi etkisini de içermekte olduğu belirtilmektedir.[15] Bu açıdan borcun nakli işleminin tek bir işlem olarak çift etkili bir işlem olduğu söylenilebilir.[16] Öğretide,[17] borcun nakli işleminin kazandırıcı nitelikte bir hukuki işlem olduğu ileri sürülmüşse de bu görüş kendisine pek taraftar bulamamıştır.[18]

2. Konusu

Borcun nakline mevcut ve nakledilebilir borçlar konu edinilebilir. Bu bağlamda

---

13 **vonTuhr/Escher**, s. 590; **Becker**, BK OR, Vorb. Zu Art. 175-183, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 36; **Kahraman**, s. 90.

14 **Oğuzman**, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, C. 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2013, C. II, s. 593; **Eren**, s. 1247; **Kocaman**, s. 18;**Kahraman**, s. 95 vd;**vonTuhr/Escher**, s. 389; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 48; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3581; **Huguenin**, Claire, Obligationenrecht – Allgemeinerund Besonderer Teil, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2014, N. 1440; **Berger**, N. 2319; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009, N. 91.11; **Bucher**, OR AT, s. 583. Borcun nakli işleminin içinde yer alan bu tasarruf işlemi dolayısıyla alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması şarttır. Bkz. **Bucher**, OR AT, s. 583; **Huguenin**, N. 1440. Borcun bir malvarlığı değeri sayılmaması nedeniyle, borcun naklinin bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşler ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. Kahraman, s. 95-96. Yine borcun nakli sözleşmesinde bir tasarruf işlemi niteliği bulunmadığına ilişkin olarak bkz. **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 14.

15 **Oğuzman/**Öz, C. II, s. 593; **Kahraman**, 98-99; **Kocaman**, s. 18; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 5381; **Bucher**, OR AT, s. 583; **Spirig**, ZK OR, Art. 176, N. 6; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 6; **Huguenin**, 1440; **Berger**, N. 2319.

16 **Eren**, s. 1247; **Kahraman**, s. 98-99; **Bucher**, OR AT, s. 583; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3581; **Berger**, N. 2319; **vonTuhr/Escher**, s. 389.

17 **Oğuzman/**Öz, C. II, s. 593. Yazar, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesiyle, borcun borcu üstlenen kişiye geçmesi nedeniyle, önceki borçlunun malvarlığından ilgili borcun çıktığını, bu nedenle de bu işlemin borcun naklinden önceki borçlu bakımından kazandırıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

18 Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Kahraman**, s. 100-101.

öncelikle doğmuş ve mevcut olan bir borç söz konusu olmalıdır.[19] Ancak ileride doğması ihtimali bulunan borçlarda geciktirici şarta bağlı borç üstlenmesi olarak geçerli sayılır.[20] Ancak mevcut olmayan bir borcun mevcutmuşçasına borcun nakli sözleşmesine konu edilmesi durumunda, borcun nakli sözleşmesi, imkânsızlık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.[21] Bir borcun mevcut olmaması, hiç doğmamış olmasından veya borcun naklinden önce ortadan kalkmasından[22] ileri gelebilir.[23] Borcun mevcut olduğu durumlar bakımından, ilgili borcun çekişmeli olmasının, eksik borç niteliğinde olmasının,[24] seçimlik borç niteliğinde olmasının, şarta bağlı olmasının[25] müteselsil bir borç olmasının[26] bir önemi yoktur. Bu tür borçlar da, tıpkı diğer borçlar gibi

---

19 **Kahraman**, s. 103.

20 **Kahraman**, s. 103, dpn. 423.

21 **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 111; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 3; **Oğuzman/** Öz, C. II, s. 597; **Kahraman**, s. 103.

22 Örneğin irade sakatlığına veya aşırı yararlanmaya dayanılarak iptal edilmiş bir borç ilişkisinden yahut (sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin önceden izin vermesi veya katılımı olmaksızın yaptığı borç ilişkilerinde) yasal temsilcinin veya (yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde) temsil edilenin icazet vermeyi reddetmesinden sonra artık mevcut olmayan borcun naklinde bu şekilde bir durum söz konusudur.

23 **Kahraman**, s. 103.

24 **Eren**, s. 1248; **Kahraman**, s. 104-105; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569.

25 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569. Şarta bağlı borçların borcun nakline konu olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kahraman**, s. 104 ve yazar tarafından atıf yapılan eserler.

26 Müteselsil bir borcun üstlenilmesinde, üstlenen, borçlunun müteselsil borcunu diğer müteselsil borçlularla birlikte borçlu olmak üzere alacaklıya karşı üstlenmiş olur. Bu halde belli bir müteselsil borçlunun borcundan kurtulması ve onun yerine borcu üstlenen kişinin diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumlu olması söz konusu olur. Öte yandan müteselsil borç bakımından, bütün müteselsil borçluların borçlarının tek bir kimse tarafından üstlenilmesi de mümkün ve geçerlidir. Bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 141. Elbette bu halde, alacaklı müteselsil borçluluğun kendisine sağladığı avantajları yitirmiş olacaktır. Fakat nihayetinde bu avantajları yitirmek istemeyen alacaklı borcun nakline rıza göstermeme imkânına sahiptir. Bu durumun önemli bir örneği mirasın paylaşılmasında mirasçıların mirasbırakandan kalan ve müteselsil olarak sorumlu oldukları bir borçtan mirasçılardan birinin sorumlu olmasını kararlaştırmaları durumu oluşturur. Bu halde borcun nakli kurumu bakımından borcun iç üstlenilmesini karşılayan bu anlaşmanın, alacaklı bu anlaşmaya rıza göstermedikçe alacaklı için mirasçıların müteselsil borçluluğunu ortadan kaldıran bir etkisi yoktur. Alacaklı, borcun mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesine rıza gösterdiği takdirde ancak, diğer mirasçıların söz konusu borca ilişkin sorumlulukları sona erer ve artık üstlenen mirasçı tek başına borçlu olur. Borcun naklinin özel bir türü olan bu işlemin, Türk Borçlar Kanunu'nun 196 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan borcun nakli kurumuna nazaran arz ettiği önemli bir farklılık, mirasçılar arasındaki müteselsil borçluluktan kaynaklı olarak, borcun nakli neticesinde artık borçtan tek başına sorumlu olan mirasçının üstlenmeden önce de ilgili borçtan tek başına sorumlu olmasıdır.Başka bir ifadeyle borcun naklinin bu özel türü, müteselsil borçlulardan birinin tek başına borcu üstlenmesiyle o ana kadarki müteselsil borçluluğun tek başına borçluluğa dönüşmesine neden olur. Konuya ilişkin olarak Bkz. **Ozanemre Yayla**, Hatice Tolunay, Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2011, s. 344 vd. Keza bkz dpn. 1212 ve devamında atıf yapılan eserler. Önemle belirtilmelidir ki, şeklen benzemekle beraber mirasçıların müteselsil borçlu oldukları borcun alacaklının rızasıyla mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesinin borcun naklinden farklı olduğu, zira bu halde üstlenenin, borcun naklinden farklı olarak üstlenmeden önce de aynı borç bakımından müteselsil borçlulardan biri

borcun nakline konu edilebilirler.

Öte yandan borcun nakline konu teşkil eden bir borç nakledilebilir nitelikte olmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, alacaklının borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaatinin bulunduğu hallerde de, söz konusu borç "nakledilebilir" niteliktedir, yeter ki alacaklı borcun nakline rıza göstermiş olsun.[27] Bu halde daha ziyade borcun kendisinden veya kamu hukukundan[28] doğan bazı engeller gündeme gelebilir. Örneğin, ancak ve ancak borçlu tarafından ifası mümkün olan evlilik birliğinde eşin sadakat yükümlüğü bu tür bir borçtur.[29]

II. Borcun Naklinin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları

1. Mirasın Geçişinden Farkı

Mirasın geçişi, bir kimsenin ölümü veya hakkında ölüm karinesi işletilmesi veya gaipliğine karar verilmesi üzerine kişiye ait intikale elverişli hususların, ilgili kişinin mirasçısına veya mirasçılarına geçmesini ifade eder.[30] Bu halde mirasbırakanın terekesinde yer alan intikale elverişli aktiflerin yanı sıra, borçlar da mirasçı veya mirasçılara geçmektedir. Dikkat edilirse, mirasın intikalinin borcun nakline nazaran arz ettiği ilk farklı özellik, mirasın intikalinin borcun naklinden farklı olarak saf bir şekilde ta-

---

olarak sorumlu olduğu, bu nedenle de bu halde borcun naklinden ziyade borcun değişikliğe uğramasının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Tuor**, Peter /**Picenoni**, Vito, Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 637-640 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 1966, Art. 639, N. 6; **Wolf**, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, StämpfliVerlag, Bern 2004, s. 349; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987, s. 736.

27 **Eren**, s. 1248; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 13; **Kahraman**, s. 105-106; **vonTuhr/Esher**, s. 388; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569; **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 108; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 3; **Huguenin**, N. 1416.

28 Bu çerçevede örneğin adli para cezalarının (Bkz. 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 52, f. 4) ödenmemesi durumunda kişi hapis cezasına çarptırılacağından (Bkz. 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza İnfaz Kanunu m. 106, f. 3), adli para cezalarının da borcun nakline konu olmayacağı kabul edilmektedir. (**Kahraman**, s. 107'den naklen). Keza vergi borçlarında borcun naklinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. Kahraman, s. 107.

29 **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 112. Önemle belirtilmelidir ki, bundan Aile Hukuku temelli bütün borçlar bakımından bir devir kabiliyetinden yoksunluk sonucuna ulaşılamaz. Örneğin öğretide alacaklı kabul etmişse, nafaka borcunun devredilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Huguenin**, N. 1415; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 109.

30 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 519; Öztan, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 356 vd.;**Antalya**, Gökhan / **Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, 3. Bası, Legal Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 328-329; **Dural**, Mustafa / Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015, s. 247 vd.; İnan, Ali Naim / **Ertaş**, Şeref / **Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Bilge Yayınları, Ankara 2015, s. 452 vd.

raflar arasında yapılan bir hukuki işleme dayanmamasıdır.[31] Çünkü bu halde borcun geçmesi için hukuki olay teşkil eden ölüm olayının gerçekleşmesi veya ölüm karinesi nedeniyle gerçekleşmiş sayılması yahut mahkemenin kişinin gaip olduğuna ilişkin bir karar vermesi gerekmektedir. Oysa borcun naklinde, borç, tarafların, sözleşme serbestîsi çerçevesinde yaptıkları bir hukuki işlemle borcu üstlenene geçer. Öte yandan mirasın intikalinde, sadece belli bir borç değil, mirasbırakana ait tüm borçlar ve diğer intikale elverişli hususlar mirasçıya veya mirasçılara geçmektedir.[32]

2. Sübjektif Yenilemeden Farkı

Yenileme, kısaca tarafların yeni bir borç meydana getirerek eski borcu sona erdirmeleri olarak ifade edilmektedir.[33] Taraflar belli bir borçta veya genel olarak kabul edilen görüşe göre borç ilişkisinde yenilemeye gidebilirler.[34] Bu hallerden ilkinde borç ilişkisindeki belli bir borç yenileme neticesinde sona ererken; ikincisinde taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermektedir. Keza taraflar konuda veya sebepte yenilemeye gidebilecekleri gibi; tarafta yenilemeye de gidebilirler.[35] Bu kurumlardan ilki objektif yenileme olarak; ikincisi sübjektif yenileme olarak adlandırılır. Sübjektif yenilemede, borcun naklinden farklı olarak, alacaklı ile yeni borçlu arasında sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, önceki borçlunun borcu tüm yan haklarla birlikte sona ermektedir.[36]

Bu halde özellik arz eden durumu, müteselsil borçlulardan birinin borcunun üstlenilmesi[37] durumu oluşturur. Söz konusu durumda, müteselsil borçlulardan bi-

---

31 Gerçekten de mirasçılığın, mirasbırakanın ilgili kişiyle yaptığı bir miras sözleşmesi yoluyla bu kişiyi mirasçı olarak atadığı durumlarda dahi, miras sözleşmesinin kendisi, doğrudan terekenin belli bir kısmının borçlarla birlikte ilgili atanmış mirasçıya geçmesi sonucunu doğurmaz. Bu geçiş ancak ve ancak ölüm olayının kendisi veya ölüm karinesinin işletilmesi yahut mirasbırakanın gaipliğine karar verilmesiyle gerçekleşir.

32 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3545, 3561; **Spirig**, ZK OR, Vorb. 175-183, N. 217.

33 Kılıçoğlu, s. 859; **Oğuzman/**Öz, C. I, s. 549;**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 989; **Eren**, s. 1263; **Reisoğlu**, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 405.

34 **Oğuzman/**Öz, C. I, s. 549; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 990, ayrıca bkz. s. 991; **Reisoğlu**, s. 405. Aksi görüşte **Eren**, s. 1263.

35 **Oğuzman/**Öz, C. I, s. 550

36 **vonTuhr/Escher**, s. 381. Önemle belirtilmelidir ki, *vonTuhr/Escher*, sübjektif yenilemeye ilişkin açıklamalarında, örneğin A isimli bir kişinin B'den alacaklı olduğu bir durumda, bu sözleşmenin alacaklı A ile borçlu V arasında yenilenmesinde borcun nakline benzer bir durumun; buna karşılık alacaklı Z ile B arasında kurulan bir sözleşmeyle yenilenmesinde alacağın devrine benzer bir durumun bulunduğunu ifade etmektedir. Elbette yazarlar bu hususu ifade ettikten hemen sonra sübjektif yenilemenin her durumda borcun naklinden ve alacağın devrinden farklı olduğunu; çünkü yenilemede önceki borcun/alacağın sona erdiğini bu kısımda yaptığı açıklamalarda, borcun naklindeki açıklamalarıyla uyumlu olarak belirtmiş bulunmaktadırlar. Bkz. vonTuhr/Escher, s. 386. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3597; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 8; **Oğuzman/**Öz, C. I, s. 550-551.

37 Müteselsil borçlulardan birinin borcunun üstlenilmesi konusuyla bağlantılı olarak mirasçıların

rinin müteselsil borcunun üstlenilmesinin hiçbir şekilde sübjektif yenileme yoluyla gerçekleştirilemeyeceği, çünkü bu halde diğer müteselsil borçluların borçlarının devam edeceği, bunun da yenileme kurumuyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.[38] Bu halde yapılan işlem İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[39] bir borcun nakli (borcun dış üstlenilmesi) sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.

3. İfanın Üstlenilmesinden Farkı

Bir kimsenin, borçluya, onun alacaklıya olan borcunu ödemeyi taahhüt etmesi halinde bir "ifanın üstlenilmesi" sözleşmesi söz konusu olur.[40] İfanın üstlenilmesinde, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinden farklı olarak, ifayı üstlenen kimse, doğrudan ve saf anlamıyla, borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmeyi üstlenmektedir. Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar[41] ifanın üstlenildiği bu sözleşmenin borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden (borçtan kurtarma taahhüdünden) daha dar kapsamlı bir sözleşme olduğunu kabul edilmektedirler. Buna göre, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde, borçluya karşı taahhütte bulunan kişi, borçlunun alacaklıya olan borcunu doğrudan ifa ederek yahut alacaklıyla bir borcun nakli sözleşmesi yaparak borçluya olan borcundan kurtulabilir.[42] Oysa ifanın üstlenilmesinde, borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmeyi yüklenen kişinin borçluya olan borcundan kurtulması, ancak ve ancak bu kimsenin alacaklıya ifada bulunmasıyla mümkün olur.[43]

İfanın üstlenilmesinde üçüncü kişiyle borçlu arasında yapılan bu sözleşmenin, ilgili sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak alacaklı yararına kurulmuş olmadıkça,[44] alacaklının durumuna veya borçlunun borcuna bir etkisi yoktur. Bu şekilde bir taahhütte bulunan kimse, ancak borçlunun borcunu ödediği takdirde, (üstlenene karşı alacaklı konumunda olan) borçlu borcundan kurtulmuş ve borç da sona

---

müteselsil olarak borçlu oldukları bir borcun paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birinin üzerinde bırakılması ve alacaklının bunu kabul etmesi halinde borcun nakline ilişkin özellikler için bkz. yukarıda dpn. 26.

38 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 8.

39 Bkz. 60 II 332.

40 **Kahraman**, s. 109; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 257.

41 **Becker**, Hermann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band VI/1, Hrsg: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag, Bern 1945, Art. 175, N. 5; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

42 **Eren**, s. 1245; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 5; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 270. Yazarlar, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifasının, üstlenen tarafından alacaklının borçluyu ibra etmesinin sağlanması yoluyla bile yerine getirilebileceğini ifade etmektedirler.

43 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16

44 İfanın üstlenilmesi sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak alacaklı lehine kurulduğu takdirde, alacaklı, borcun kendisine ifa edilmesini ifayı üstlenen kişiden talep etme hakkına sahip olur. **Bucher**, OR AT, s. 582.

ermiş olur.[45] Borcun naklinde ise, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte önceki borçlu, ilgili borçtan kurtulmakta ve fakat ilgili borç sona ermemekte, borcu üstlenen kişi bu borçtan sorumlu olmaktadır.[46]

4. Borca Katılmadan Farkı

Borca katılma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir* (f. 1). *Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*(f. 2)." Bu şekilde yürürlükten kalkmış bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve hâlihazırda İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bulunan borca katılma kurumu 6098 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Önemle belirtilmelidir ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamakla birlikte borca katılma kurumu İsviçre Hukuku bakımından kendisine uygulama ve öğretide öteden beri karşılık bulan bir kurumu oluşturmaktadır.[47]

Borca katılma, borca yabancı olan bir üçüncü kişinin alacaklıyla yaptığı bir sözleşme aracılığıyla, önceki borçlunun yanında, onunla birlikte müteselsil olarak borçlu olmasını ifade eder.[48] Önemle belirtilmelidir ki, borca katılma, katılan taraf ile borçlu arasında Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesinde düzenlenmiş olan tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde ve alacaklının yararına olarak kurulduğu takdirde de alacaklının talep hakkına sahip üçüncü kişi olarak, katılana başvurma hakkı vardır.[49] Ancak bu ikinci durumda, alacaklının bu üçüncü kişiye borçlunun borcu için başvurabilmesinin temelinde Türk Borçlar Kanunu anlamında bir borca katılma

---

45 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

46 **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 5; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

47 Alman ve İsviçre Hukuklarında borcun üstlenilmesi (*Schuldübernahme*), kümülatif (*kumulative*) ve privatif (*privative*) olmak üzere ikiye ayrılmakta; borcun nakline karşılık gelen privatif borç üstlenmede, önceki borçlu borçtan kurtulup, borç, tümüyle borcu üstlenene geçmekteyken; kümülatif borç üstlenmede, üstlenen alacaklıya karşı borçluyla birlikte borçlunun borcundan müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki borca katılmanın, kümülatif borç üstlenmeyle aynı anlama gelecek şekilde "*Schuldbeitritt*" kavramıyla ifade edildiği de görülmektedir. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3641.

48 **Oğuzman/**Öz, C. II, s. 608; **Kahraman**, s. 112; **Berger**, N. 2338; **Guhl/Koller**, §. 35, N. 19; **Schwenzer**, N. 91.33; **vonTuhr/Escher**, s. 383; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9; **Bucher**, OR AT, s. 586; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 281; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3641. Borca katılma hakkında ayrıca bkz. **TuranBaşara**, Gamze, "*Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 2, s. 419-447.

49 İsviçre Hukuku bakımında borca katılmanın, katılan ile borçlu arasında alacaklı lehine yapılacak bir tam üçüncü kişi lehine sözleşme ile kurulabileceğine ilişkin olarak bkz. CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3642; **Berger**, N. 2339.

sözleşmesi değil, tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmede, talep hakkına sahip üçüncü kişi olma durumu söz konusudur.[50]

Borcun nakli sözleşmesi ile borca katılma sözleşmesi arasındaki ilk farkı, borca katılmada katılanın tek başına borcu üstlenmeyip, söz konusu borç bakımından borçluyla birlikte alacaklıya karşı müteselsil borçlu haline gelmesi oluşturur.[51] Bu şekilde borca katılan, borcun naklinden farklı olarak borçlu yerine değil, onunla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olur.[52] Aynı zamanda bu farkın da bir sonucu olarak borca katılma, borcun naklinden farklı olarak her durumda alacaklının durumunu güçlendirici bir etkiye sahiptir.[53] Çünkü borca katılmada, alacaklı o zamana kadarki borçlunun yanı sıra, borca katılan kişiye de borçluyla birlikte müteselsil borçlu olmak üzere başvurma hakkına sahip olmaktadır. Bu durum, o zamana kadar alacaklı ile borçlu arasındaki belli bir borca ilişkin borç ilişkisinin, edim yükümlülüğü değişmeksizin genişlemesine neden olur.[54] Çünkü borca katılmada borcun objektif unsuru değişmeksizin kalırken, borcun sübjektif pasif unsurlarında (pasif öznelerinde) artış olmaktadır.

Öte yandan borcun naklinde, o zamana kadarki borçlu borçtan kurtulduğundan bir müteselsil borçluluk durumu söz konusu olmazken; borca katılmada borçlu ile katılanın alacaklıya karşı müteselsil olarak borçlu olmaları söz konusudur.[55] Bu halde müteselsil borçluluk Türk Hukuku bakımından doğrudan kanuna dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak da borcun naklinde uygulanmaları gündeme gelmeyen müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler (TBK m. 162 vd.) borca katılmada, özellikle

---

50 Kanaatimizce, bu konu bakımından Türk Hukuku'nun İsviçre Hukuku'ndan ayrıldığını kabul etmekte fayda vardır. Zira borca katılma kurumunun hâlihazırda kanunen düzenleme altına alınmadığı İsviçre Hukuku bakımından borca katılma sözleşmesinin nasıl kurulacağının düzenlendiği bir kanun hükmü İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almadığından, İsviçre Hukuk öğretisindeki yazarlarca savunulan borca katılma sözleşmesinin sözleşme serbestîsi çerçevesinde borçlu ile katılan arasında alacaklı lehine yapılacak bir tam üçüncü kişi lehine sözleşmeyle de "kurulabilmesi", Kanunumuzda yer alan açık düzenleme gereği hukukumuz bakımından kabul edilemez. Ancak elbette, Türk Borçlar Kanunu'nda da üçüncü kişi lehine sözleşme ve bu bağlamda tam üçüncü kişi lehine sözleşme kurumları tanınmış olduğundan, tarafların yapacakları bir sözleşmeyle borçluyla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olma iradesine sahip olan kişiye başvurma hakkını alacaklıya bu kurum aracılığıyla tanımaları mümkündür. Temel itibariyle borca katılmanın katılan ile borçlu arasında alacaklı lehine olarak tam üçüncü kişi lehine sözleşme şeklinde kurulabileceğini kabul etmiş gibi görünen *Kahraman* tarafından da ifade edildiği üzere, borca katılma sözleşmesi ile katılanla borçlu arasında alacaklı lehine olarak tam üçüncü kişi lehine sözleşme yapılması arasındaki fark, ikincisinde, alacaklının talepte bulunmasına kadar, borçlunun katılanı ibra edebilmesinde görülür. Bkz. **Kahraman**, s. 116-117.

51 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9; **vonTuhr/Escher**, s. 383; **Berger**, N. 2338.

52 **Berger**, N. 2338; **vonTuhr/Escher**, s. 383.

53 **Berger**, N. 2338; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3649.

54 **Bucher**, OR AT, s. 587.

55 **Schwenzer**, N. 91.38; **Berger**, N. 2338.

de müteselsil borcun alacaklı tarafından talep edilmesine, borçluların sorumluluğuna, borçluların ileri sürebilecekleri savunmalara, müteselsil borcun sona ermesine vb. borca katılma halinde de uygulama alanı bulacaktır.[56]

Bu halde önem arz eden bir konuyu, borçtan sorumlu olma iradesine sahip üçüncü kişi ile alacaklı arasında kurulan sözleşmenin borcun nakli sözleşmesi mi yoksa borca katılma sözleşmesi mi olduğunun müphem olduğu durumlar oluşturur. Sözleşmenin yorumuna ilişkin kurallar ve temel ilkeler saklı kalmak üzere, bu halde, alacaklının menfaatlerine daha uygun olacağı gerekçesiyle, bir borca katılma sözleşmesinin bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.[57] Bu halde yoruma ilişkin olarak da, yorum yapılırken, taraf iradelerinin anlamının tespitinin yanı sıra, hukuki işlemin yapılmasıyla güdülen ekonomik amacın dikkate alınması gerektiği, özellikle borçlunun borcundan sorumlu olma iradesine sahip olan kişiye, ayrıca borçluya rücu etme hakkının tanındığı durumlarda, bu sözleşmenin borcun nakli sözleşmesi olarak değil, borca katılma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir.[58]

Öğretide *Bucher*,[59] borçlunun borcundan sorumlu olma iradesine sahip olan kişinin borcun nakli sözleşmesi yapmak niyetiyle hareket ettiği, buna karşılık alacaklının bu kimsenin iradesinin borca katılma yönünde olduğunu düşünerek borca katılma sözleşmesine yönelik irade açıklamasında bulunduğu hallerde, sözleşmenin yokluğundan yahut kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceğini, çünkü bu halde ilgili kişiyle alacaklının irade beyanları arasında, ilgili kişinin bu borçtan sorumlu olması bağlamında bir ahenk, uyum bulunduğunu, bu nedenle de alacaklının borçlunun borcu bakımından bu kişiye de başvurmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Bu halde önem arz eden bir diğer meseleyi, borca katılmadan sonra, söz konusu alacağın devri halinde, alacağı devralan kişinin borca katılan kimseye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusu oluşturmaktadır. Konuya ilişkin olarak günümüzde öğretide ileri sürülen baskın görüşe göre,[60] alacağın devrinde, alacak, devralanın malvarlığında bir bütün olarak yer aldığından, devralan, tıpkı önceki alacaklı gibi, hem borca katılmadan evvel de borçlu olan kişiye hem de borca katılana başvur-

---

56 Mütesesil borca ilişkin hükümlerin borca katılma halinde de uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **Schwenzer**, N. 91.41.

57 **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 4; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3648; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 300; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşün kabul edildiği kararı için bkz. BGE 23 II 692 (CHK-Reetz/Burri, Art. 175, N. 9'dan naklen.) Aksi görüş için bkz. **vonTuhr/Escher**, s. 384, dpn. 35.

58 **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 4.

59 **Bucher**, OR AT, s. 584, dpn. 26. Aksi görüş için bkz. **vonTuhr/Escher**, s. 384, dpn. 35.

60 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 13.

ma hakkına sahiptir. Bir diğer görüş ise,[61] alacaklının borca katılan kişiye başvurma hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir.

5. Bir Malvarlığı veya İşletmenin Devredilmesinden Farkı

Malvarlığı veya işletmenin devredilmesi kurumu Türk Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenmiştir ve ilgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur* (f. 1). *Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar* (f. 2). *Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir* (f. 3). *Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz* (f. 4)." Görüldüğü üzere bu hüküm, ilgili hükmü karşılayan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine[62] nazaran bazı değişiklikler içermektedir. Dilde gerçekleştirilen ve 202. maddenin gerekçesinde belirtilen sadeleştirme bir tarafa bırakılırsa malvarlığının veya işletmenin devralındığının bildirimi veya duyurulması, gerek ticari işletmelerde gerek diğer işletmelerde daha ayrıntılı bir usule bağlanmış bulunmaktadır.[63] Bir diğer değişiklik de bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü yerine getirilmedikçe hükmün ikinci fıkrasında bahsi geçen sorumluluk bakımından (ki bu devredenin devralanla birlikte malvarlığının veya işletmenin borçlarından müteselsil sorumluluğudur) iki yıllık sürenin işlemeye başlamamasıdır. Ancak asıl esaslı değişiklik malvarlığı veya işletmenin devrinde, özellikle işletme devirleri bakımından devrin hükümleri bağlamında Türk

---

61 **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 2.

62 İlgili hüküm "*Bir mamelekin veya işletmenin devralınması*" kenar başlığı altında şu ifadeyi taşımaktaydı: "*Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar* (f. 1). *Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır* (f. 2)."

63 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin birinci fıkrasında "*bir mameleki veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar ve gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren*…' ifadesine yer verilmişken, mevcut düzenlemede (TBK m. 202), "*Bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret sicili gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak*…' ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, ticari işletmeler bakımından duyuru Ticaret Sicili Gazetesinde, diğer işletmeler bakımından Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yapılacak ilanla gerçekleştirilecektir.

Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin, III. fıkrası dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Bu fıkra hükmü şu ifadeyi taşımaktadır: "*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*" Dolayısıyla kanunkoyucu malvarlığı ve işletmenin devri konusu bakımından, devrin işletme devri olarak gerçekleştirilmesi halinde, hâlihazırda daha önceki düzenleme ile uyumlu bir şekilde pasiflerin, işletmenin (ve elbette malvarlığının) devriyle birlikte bir kül halinde geçeceği esasını aynen benimsedikten sonra, gerek daha önce yürürlükte bulunan hükümlerden gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeden köklü şekilde ayrılarak aktiflerin devralana geçmesi için, hakkın geçişine özgü tasarruf işlemlerinin yapılması gereğini kaldırmak suretiyle, bu hususların da sözleşmenin kurulma anında bir bütün olarak (kül halinde) devralana geçeceği düzenlemesine yer vermiştir.[64] Ancak konumuzu malvarlığı ve işletmenin devrinin, borcun nakliyle olan ilişkisi oluşturduğundan, bu çalışmada sadece malvarlığı ve işletme devirlerinde aktiflerin geçişi bakımından önem arz eden bir değişikliğin söz konusu olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

Bu çerçevede, malvarlığı ve işletmenin devri kurumuyla, borcun nakli arasındaki ilk fark da şu şekilde ortaya konulabilir: Borcun nakli, belli bir borcun, üstlenen kişiye geçmesini sağlarken; malvarlığı ve işletmenin devrinde, malvarlığına dâhil olan bütün borçlar, bir bütün halinde devralana geçer. Yine yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, borcun nakli, devredene ait ilgili borcun bağlı olduğu sözleşmeden doğan alacak haklarının borcu üstlenene geçmesi sonucunu doğurmazken; malvarlığı ve işletmenin devrinde devralana, borçların yanı sıra aralarında geçiş konusu borçlarla ilgisi olsun veya olmasın malvarlığındaki veya işletmenin sahip olduğu alacak hakları ve diğer geçişe elverişli hususlar da geçer. Bu halde önem arz eden bir diğer fark da borcun naklinde, alacaklının rızası aranırken; malvarlığı ve işletmenin devrinde, bu devre, malvarlığındaki veya işletmeye ait borçların alacaklılarının rıza göstermelerinin aranmamasıdır.[65] Bu farkla bağlantılı bir diğer husus, bu çerçevede, borcun naklinin bunu konu alan bir hukuki işlemle gerçekleşmesi; oysa malvarlığı

---

64 Malvarlığı ve işletme devirlerinde tasarruf işlemlerine ilişkin şekil sorunu ve bu bağlamda sözleşmenin kurulma anı hakkında bkz. **Topuz**, Murat, "*Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)*" 6012 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 19-80.

65 CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 4; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 2; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 25.

veya işletmenin devredilmesinde borçların geçişine ilişkin bir mutabakat aranmayıp, borçların devralana geçmesinin, malvarlığının veya işletmenin devredilmesinin kanundan doğan bir sonucu olmasıdır.[66] Öğretide *Hatemi/Gökyayla*,[67] malvarlığı veya işletmenin devri kurumu ile borcun nakli kurumu arasındaki bir diğer fark olarak, malvarlığı ve işletme devirlerinde devralanın, alacaklılara karşı, malvarlığının/işletmenin devri sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmelerinin mümkün olduğunu; oysa borcun naklinde üstlenen kişinin kendisi ile önceki borçlu arasındaki borcun iç üstlenmesi sözleşmesinin geçersizliğini alacaklıya karşı ileri sürmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

Borcun naklinin konusunu belli bir borç[68] oluşturur. Buna karşılık malvarlığı veya işletmenin devrinde, devralana geçen borçların bu şekilde belli olması aranmadığı gibi, devredenin veya devralanın bu borçlardan haberdar olmaları da aranmaz.[69]

Bu halde borcun nakli ile malvarlığı veya işletmenin devri kurumları arasındaki son derece önemi haiz bir farkı da, borcun naklinde sözleşmenin yapılmasıyla birlikte borçlu borcundan kurtulurken; malvarlığı veya işletmenin devrinde devreden önceki borçlunun, alacaklılara bildirimin yapıldığı veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla devrin duyurulduğu tarihten başlayarak iki yıl süreyle[70] devralanla birlikte alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumlu olmasıdır.[71] Malvarlığı veya işletmenin devrinde, devralanın ilgili borçtan tek başına sorumluluğu, bu iki yılın dolmasından sonra söz konusu olur.[72] Bu iki yılın dolmasından önce, alacaklıyla yapılan bir sözleşme yoluyla bertaraf edilmiş olmadıkça, devreden de devralanla birlikte müteselsil olarak sorumludur. Bu halde bu durum malvarlığı ve işletme devirlerinde, borçların devredenden devralana, alacaklının rızası olmaksızın geçmesi karşısında, alacaklının korunmasına hizmet ettiği gibi, genel olarak ticari menfaatlere de uygundur.[73] Ancak acaba bu halde, malvarlığı ve işletme devirleri bakımından,

---

66 **Kahraman**, s. 146.

67 **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 26.

68 Elbette, üstlenen kişinin borçlunun birden fazla borcunu üstlenmesi de mümkündür. Ancak bu halde tek bir borcun nakli sözleşmesiyle borçların üstlenene geçmesi için borçlunun aynı alacaklıya karşı birden fazla borcu üstlenmiş olması gerekir.

69 **Tschäni**, BSK OR, Art. 181, N. 8; **Becker**, BK OR, Art. 181, N. 24; **von Tuhr/Escher**, s. 398; **Spirig**, ZK OR, Art. 181, N. 111.

70 Bu süre İsviçre Borçlar Hukuku bakımından da daha evvel iki yıl olarak belirlenmişken, 3.10.2003 tarihli "*Bundesgesetzüber Fusion, Spaltung, Umwandlungund Vermögensübertragung* (Fusiongesetz, FusG)" isimli ve bu çalışmada kısaca İsviçre Birleşme Kanunu olarak anacağımız Kanun'un "müteselsil sorumluluk" (*solidarische Haftung*) kenar başlığını taşıyan 75. maddesinin birinci fıkrası uyarınca üç yıl olarak düzenlemiştir.

71 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3633.

72 **Guhl/Koller**, §. 35, N. 28; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3633; **Kahraman**, s. 148.

73 **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3633.

devredenin, müteselsil sorumluluğun başlangıcına ilişkin olarak kanunda belirtilen tarihte başlayan ve iki yıl boyunca devam eden müteselsil sorumluluğunun dayanağının kanundan doğan borca katılma olduğu[74] söylenilebilir mi? Çünkü bu halde, borcun kendisine geçtiği devralanla birlikte daha önce borçlu olan malvarlığı veya işletme iki yıl boyunca müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Kanaatimizce bu soru tartışılmaya değer bir sorudur.[75] Bu soru olumlu şekilde yanıtlandığı takdirde malvarlığı ve işletme devirlerinde, ilk iki yıllık sürede kanundan doğan borca katılma ve iki yılın sonunda borcun devralana tek başına sorumlu olacağı şekilde geçmesiyle sadece sonuçları itibariyle borcun nakline benzer[76] bir durum söz konusu olmaktadır.

6. Sözleşmenin Devrinden Farkı

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*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* (f. 1). *Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir* (f. 2). *Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır* (f. 3). *Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*"

Bu şekilde gerek yürürlükten kalkmış bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerekse hâlihazırda İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan[77] hukuki işlemle sözleş-

---

74 **Kahraman**, s. 148.

75 Zira TBK m. 201 dar yorumlandığı takdirde, borca katılmanın ancak ve ancak sözleşmeyle mümkün olduğu, sonucuna varılacaktır. Çünkü kanunkoyucu örneğin müteselsil borçluluğun doğuşunun düzenlendiği TBK m. 162 hükmünde açık bir şekilde sözleşmeden ve kanundan doğan müteselsil borçluluk kavramlarına yer vermiştir. Oysa borca katılmada kanunkoyucu, bu kurumu doğrudan bir sözleşme olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Bu halde eğer TBK m. 201 hükmü dar yorumlanacak olursa, malvarlığı ve işletme devirlerinde devredenin devralana karşı iki yıl süreyle devam eden borçluluğu, kanundan doğan müteselsil borçluluk olarak nitelendirilebilecek ancak bu halde borca katılmanın bulunduğu söylenemeyecektir. Fakat nihayetinde bu mesele bir yorum sorunu oluşturur.

76 Kanaatimizce iki yıllık sürenin sonunda bir borcun nakli işlemi olduğu söylenemez. Çünkü bu halde öncelikle borcun, devralanın tek başına sorumluluğuna geçişine ilişkin bir sözleşme yapılmamakta ve bu çerçevede alacaklının rızası da alınmamaktadır. Bu halde daha ziyade iki yıl boyunca devam eden müteselsil borçluluğun kanun gereği ortadan kalkmasıyla borcun naklinin sonuçlarıyla örtüşür şekilde kümülatif borçluluğun primatif (tek başına) borçluluğa dönüşmesi söz konusudur.

77 İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almadığı gibi, Alman Medeni Kanunu'nda da yer almayan bu kurum, İsviçre ve Alman Hukuk uygulamalarında söz konusudur ve öğreti tarafından sözleşme özgürlüğüne dayanılarak gerçekleştirilen (bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 228; **Berger**, N. 2342; **Bucher**, OR AT, s. 592; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 2) üç taraflı *suigeneris* (bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 229; **Berger**, N. 2343; **Bucher**, OR AT, s. 592) bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

menin devri kurumu, Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanmış bulunmaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yahut sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği izin ya da sonradan vereceği onay ile devreden ile devralan arasında yapılan ve sözleşmenin tarafı olma konumunun taraflardan birinden sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.[78] Bu şekilde, sözleşmenin devrinin nitelendirilmesine ilişkin tartışmalar, en azından Türk Hukuku bakımından son bulmuş gibi görünmekte ve bu şekilde sözleşmenin devrinin alacağın devri ve borcun nakli işlemlerinin bir araya gelmesinden oluşan bir işlem[79] olduğu görüşü geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır. Hükmün ifadesinde de belirtildiği üzere sözleşmenin devri sadece devreden tarafa ait alacakların ve borçların değil taraf olma sıfatının da devralana geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.[80]

Sözleşmenin devrinde, borcun naklinden farklı olarak, sözleşmenin taraflarından birine düşen borç değil, sözleşmenin taraflarından birine ait tüm hak ve borçlar ve taraf olma sıfatı devralana geçmektedir.[81] Bunun bir sonucu olarak borcun naklinde, önceki borçlunun şahsına ait yenilik doğuran hakların borcu üstlenene geçmeyeceği, buna karşılık sözleşmenin devrinde bu tür hakların da devralana geçeceği öğretide[82] ifade edilmiştir. Ancak sözleşmenin devrinde de devreden tarafın borçlarının devralana geçişi bakımından borcun nakli hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilen bir hususu oluşturmaktadır.[83]

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenmiş olan hukuki işlemle sözleşmenin devri kurumunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde sözleşmenin devrinin özel bazı görünümleri söz konusudur. Bu

---

78 Benzer tanımlar için bkz. **Kahraman**, s. 128; **Bucher**, OR AT, s. 592; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 229; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 7; **Berger**, N. 2341; **Huguenin**, N. 1467.

79 Bölünme teorisi (*Zerlegungstheorie*) olarak adlandırılan bu teori sadece Türk Hukuku bakımından değil, İsviçre ve Alman Hukukları bakımından da artık kabul görmeyen bir teoriyi oluşturmaktadır. Bu teoriye ilişkin bilgi için bkz. **Ayrancı**, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Kitabevi, Ankara 2013, s. 41 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 2; **Kahraman**, s. 139.

80 Birlik teorisi (*Einheitstheorie*) olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre, sözleşmenin devri, devreden tarafa ait tüm hak ve borçların ve taraf olma sıfatının devralana geçtiği bir sözleşmedir. Bu teoriye ilişkin bilgi için bkz. **Ayrancı**, s. 52 vd.;**Kahraman**, s. 139-140.

81 Bu farka ilişkin olarak bkz. **Berger**, N. 2341; **Kahraman**, 141; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 2. Sözleşmenin devrinin ilgili özelliği hakkında bkz. **Huguenin**, N. 1468; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 7; **Schwenzer**, N. 92.04; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3547; **Bucher**, OR AT, s. 592.

82 *Kahraman*, borçlunun örneğin sözleşmenin kurulması sırasında iradesinin sakatlanmış olması nedeniyle sahip olduğu iptal hakkının borcun naklinde borcu üstlenene geçmeyeceğini; buna karşılık sözleşmenin devrinde sözleşmeyi iptal hakkının devralana geçeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kahraman**, s. 141-142.

83 **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 235; **Kahraman**, s. 140.

hükümlerden ilki Türk Borçlar Kanunu'nun "Kira ilişkisinin devri" kenar başlığını taşıyan 323.[84] maddesidir. Yine bir diğer maddeyi de "Hizmet ilişkisinin devri, I. İşyerinin tamının veya bir bölümünün devri" kenar başlığını taşıyan 428.[85] madde oluşturmaktadır. Bu kurumlar sadece borcun nakline değil, sözleşmenin devrine nazaran dahi son derece özel ve önemli bir takım ayrık özellik ve sonuçlar içermekte ve bu şekilde kapsamlı ve ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadırlar. Bu halde sadece bu kurumların gerek borcun naklinden gerek sözleşmenin devrinden farklı olduklarını belirterek, özellikle devredenin devralana karşı belli bir süre boyunca, borcun naklinden farklı olarak ve fakat malvarlığının veya işletmenin devrine benzer şekilde belli bir süre boyunca[86] devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olduklarını[87] ifade etmekle yetineceğiz.

SONUÇ

Borcun nakli alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan ve belli bir borç bakımından borcun pasif süjesinin değişmesi, başka bir ifadeyle borcun borcu üstlenen kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.

---

84 İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "*Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz* (f. 1). *Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur* (f. 2). İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur (f. 3)."Önemle belirtilmelidir ki, kiracının tacir yahut kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu haller bakımından 323. madde (ve diğer bazı maddeler) 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile değiştirilen 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesi gereğince işyeri kiralamalarında 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacaktır. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanıp, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

85 İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f. 1). İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (f. 2). *Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır* (f. 3)." Bu hüküm, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. Maddesinin ilk üç fıkrasından birebir aktarılmış bir hükümdür. Bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 502. Bu halde durumun arz ettiği özelliklere ilişkin olarak Bkz. **Gümüş**, s. 502 vd.; **Alp**, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 9 (Özel Sayı), s. 189-209.

86 Bu süre işyeri kiralarında kira sözleşmesinin devrinde, kira süresi iki yıldan kısaysa süre bitinceye; eğer iki yıl veya daha uzunsa, iki yıl; hizmet ilişkisinin devrinde ise iki yıldır.

87 Bu halde sözleşmenin devrinde, malvarlığı ve işletmenin devrine ilişkin bu özelliğin bulunmasının sebebi, ilgili sözleşmelerin devamlı borç ilişkisi teşkil etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Borcun nakli, bir taraftan, borcun nakline kadar borçlu olan kişinin borcunun sona ermesine neden olduğu için tasarruf işlemi; diğer taraftan borcu üstlenen kişi bakımından yeni bir borç doğmasına neden olduğu için taahhüt işlemi etkisine sahip çift etkili bir hukuk işlemdir. Borcun nakline mevcut ve nakli mümkün olan borçlar konu olabilir. Borcun yapısı gereği devredilmesinin mümkün olmadığı durumlar ile tartışmalı olmakla birlikte kamu hukukundan doğan bazı engeller dışında her tür borç, borcun nakline konu olabilir.

Borcun nakli işlemi, mirasın geçişi, sübjektif yenileme, ifanın üstlenilmesi, borca katılma, bir malvarlığı veya işletmenin devri ve sözleşmenin devri gibi bir takım hukuki kurum ve işlemlerden farklıdır.

Borcun naklinin mirasın geçişine nazaran arz ettiği ilk farklı özellik, mirasın geçişinin temelinde bir hukuki olay (yahut bir hukuki karine ya da mahkeme kararı) bulunmasına karşılık borcun naklinde geçişin temelinde irade serbestisine dayanılarak yapılan bir hukuki işlemin bulunmasıdır. Keza külli halefiyet teşkil eden mirasın geçişi, sadece belli bir borcun değil terekede yer alan intikale elverişli bütün hususların mirasçılara geçmesi sonucunu doğurur.

Borcun nakli işlemi, sübjektif yenilemeden de farklıdır. Sübjektif yenileme, tarafta yenilemeyi ifade eder ve önceki borçlunun borcunun, yeni borçlunun borcu üzerinden yenilenmek suretiyle sona ermesini sağlar. Oysa borcun naklinde yeni bir borç meydana gelmemekte, borç borcu üstlenen kişiye geçmektedir.

Borcun nakli ifanın üstlenilmesinden de farklıdır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine (borçtan kurtarma taahhüdüne) nazaran daha kapsamlı bir sözleşmeyi oluşturan ifanın üstlenilmesinde, üstlenen, borcun nakli sözleşmesi yaparak değil, ancak ve ancak borçlunun borcunu alacaklıya ifa ederek borcundan kurtulabilir. Üçüncü bir kişinin bu şekilde borçluya karşı onun alacaklıya olan borcu bakımından ifayı üstlenmesi halinde, bu sözleşme tıpkı borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi gibi alacaklıya karşı herhangi bir etki yaratmaz. Başka bir ifadeyle borcun naklinde, üstlenen yeni borçlu haline gelirken, ifayı üstlenenin alacaklıya karşı borçlu sıfatı söz konusu olmaz.

Borcun nakli borca katılma işleminde de farklılık gösterir. Borca katılmada katılan, alacaklıya karşı borçluyla birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Bu şekilde borca katılma, katılmadan önce borçlu olan kişinin borçtan kurtulmasına neden olmaz. Bu şekilde borca katılma, borcun naklinden farklı olarak borcun konusu değişmeksizin, ifanın unsurları bağlamında borcun sübjektif pasif unsurunun çoğalmasına ve bu şekilde borcun genişlemesine neden olur. Elbette borcun naklinde müteselsil borçluluk söz konusu değilken, borca katılmada müteselsil borçluluğun söz konusu olması da bir diğer farktır.

Borca katılma kurumu malvarlığı ve işletmenin devrinden de farklıdır. Malvarlığı ve işletme devirlerinde tek bir borç değil, malvarlığına dâhil olan bütün borçlar

keza işletmenin bütün borçları, malvarlığı veya işletmeyi devralana geçer. Yine bu halde sadece borçlar değil, malvarlığı veya işletmeye ait olan alacaklar ve diğer malvarlığı değerleri de devralana geçmektedir. Üstelik bu halde borçların geçişi bakımından, borcun naklinden farklı olarak alacaklının rıza göstermesi de aranmayacaktır. Öte yandan borcun naklinde, borcun nakliyle birlikte önceki borçlu borcundan kurtulurken, malvarlığı veya işletmenin devredilmesinde, devreden, kanunda belirtilen tarihten itibaren iki yıl boyunca devralanla birlikte kanun gereği müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Ancak bu iki yıl dolduktan sonradır ki, borcun naklinin sonuçlarıyla benzer şekilde devralan, iki yıllık sürede devredenle birlikte müteselsil olarak sorumlu olduğu borçlardan tek başına borçlu olmaktadır.

Nihayet borcun nakli sözleşmenin devrinden de farklıdır. Sözleşmenin devri sadece alacağın devri ile borcun nakli işlemlerinin bir araya gelmesinden ibaret bir kurum olmayıp, sözleşmeyi devralana, devraldığı tarafa ait, ilgili sözleşmeyle ilgili bütün hak ve borçları, taraf olmaya bağlı hakları geçiren bir hukuki işlemdir. Bu şekilde borcun nakline nazaran, sözleşmenin devri oldukça geniş kapsamlıdır. Yine kanunda düzenlenmiş ve devamlı borç ilişkisi niteliğindeki kira sözleşmelerinin devri içinde iş yeri kiralarının devri ile hizmet ilişkisinin devrinde, borcun naklinden farklı olarak devreden devralanla birlikte sözleşmenin diğer tarafına karşı belli bir süre boyunca müteselsil olarak borçlu olmaktadır.

KAYNAKÇA

Alp, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 9 (Özel Sayı), s. 189-209.

Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek, Miras Hukuku, 3. Bası, Legal Kitapçılık, İstanbul 2015.

Ayrancı, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Kitabevi, Ankara 2013.

Becker, Hermann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band VI/1, Hrsg: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag, Bern 1945.

Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2008.

Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teilohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 1988.

Dural, Mustafa / Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Gauch, Peter / Schluep, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, bearbeitet von Susan Emmmenegger, Schulthess, Zürich Basel Genf 2008. (Gauch/Schluep/Emmenegger)

Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2000. (Guhl/Koller).

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, §. 42, N. 1.

Huguenin, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2014.

İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Bilge Yayınları, Ankara 2015.

Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.

Kocaman, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1989.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2013. (C. I veya C. II)

Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2011.

Öztan, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.

Reetz, Peter / Burri, Christof, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Hrsg: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K., Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf 2012.

Reisoğlu, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009.

Spirig, Eugen, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183, OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetsbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529), Zürcher Kommentar Band V/1k, 4. Aufl., Hrsg: Gauch, Peter, Schulthess, 1994.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1993.

Topuz, Murat, "*Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)*" 6012 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 19-80.

Tschäni, Rudolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg: Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basel 2007.

Tuor, Peter / Picenoni, Vito, Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 637-640 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 1966.

Turan Başara, Gamze, "*Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 2, s. 419-447.

von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Schulthess, 1984.

Wolf, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Stämpfli Verlag, Bern 2004.

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA GÖRE HASARIN İNTİKALİ

(Passing of Risk According to United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods)

Arş. Gör. Adem YELMEN*

ÖZET

Bu çalışmanın konusu *"Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Hasarın İntikali"*dir. Bu çalışmada öncelikle hasar ve hasarın intikali kavramları açıklanmıştır. Akabinde hasarın intikal (geçiş) anı ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda, Viyana Antlaşması'nda yer alan ayrım olan, malların taşınmasını ihtiva eden, taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin ve diğer hallerde söz konusu olan sözleşmeler bakımından ayrı ayrı açıklama yapılmıştır. Nihayet, hasarın intikalinin hüküm ve sonuçları izah edilerek çalışma tamamlanmıştır. İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatler ise, topluca "Sonuç" kısmında yer almaktadır.

Anahtar kelimeler: CISG, Viyana Antlaşması, Hasarın İntikali

Abstract

The subject of this study is "Passing of Risk According to United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods".In this study, firstly, the concept of risk and passing of risk was described. Afterwards, the moment of passing of risk was examined in detail. In this context, "the contract of sale involves carriage of the goods", "goods sold in transit" and "In cases not with in articles 67 and 68" was separately studied. Finally, terms and results of passing of risk was explained and thestudy was completed. During our investigation we have convictions are located in "Result" in a mass.

Keywords: CISG, Viyana Convention, Passing of Risk

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ademyelmen@gmail.com.

GİRİŞ

Türkiye'nin Viyana Antlaşması'na[1] katılımı, 2.4.2009 tarih ve 5870 sayılı Kanun'la uygun bulunmuş ve antlaşma metni Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[2].Viyana Antlaşması'nda hasarın intikali m. 66 ilâ 70'de düzenlenmiştir. Hasara ilişkin kurallar, malların kazara yok olmasında veya zarara uğramasında, buna tarafların hangisinin katlanacağını belirleyen hükümleri ihtiva etmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki, söz konusu hükümlerde yer alan kurallar taraflarca değiştirilebilir, onlardan farklı kararlaştırmalar yapılabilir. Gerçekten de, taraflara bu yetki, Viyana Antlaşması m. 6'da yer alan hüküm ile verilmiştir. Buna göre, *"Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, '12. madde*[3] *saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler".*Dolayısıyla taraflar, hasarın intikaline ilişkin bahsedilen hükümlerden farklı bir düzenleme kararlaştırabilirler. Meselâ, hasarın intikali, INCOTERMS kuralları ve seçilecek taşıma türü çerçevesinde farklı bir sisteme bağlanabilir. Bu husus, çalışmamız kapsamı dışındadır. Aşağıda yer alan açıklamalar, sadece Viyana Antlaşması m. 66 ilâ 70'de yer alan düzenlemelere hasredilmiştir. Bunun yanında, karşılaştırma olması bakımından yeri geldiğinde Türk Hukukundaki düzenlemelere de değinilmiştir.

I. Hasar ve Hasarın İntikali Kavramları

A. Hasar (Risk) Kavramı

Hasar kavramı, kelime olarak; *"bir hadise, iş veya fiil sırasında meydana gelen zarar, ziyan"*[4], *"tarafların iradesi dışında mala ârız olan zarar"*[5], *"bir malda kırılma, dökülme, bozulma gibi istek dışı sebeplerle ortaya çıkan zarar"*[6]anlamlarına gelmektedir. Viyana Antlaşması'nda ise, hasarın tanımı yapılmış değildir[7]. Bununla birlik-

---

1 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1980 yılında Viyana'da yapılan Birleşmiş Milletler Konferansı'nda görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Bu çalışmanın devam eden açıklamalarında da, söz konusu Antlaşma'yı ifade etmek üzere "Viyana Antlaşması" ifadesi tercih edilmiştir.

2 R.G., T. 7.4.2010, S. 27545.

3 Viyana Antlaşması m. 12:
"Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısmının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler."

4 Doğan, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, 11. Basım, İstanbul 1996, s. 466.

5 Özcan, Hüseyin; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 1975, s. 238.

6 Tdk., Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.533fbf5bcdbcb5.95749792, (E.T.: 27.3.2014).

7 Türk Borçlar Kanunu'nda da satım sözleşmesinde hasar ve yararın intikali düzenleyen m. 208 ile taşınır satışını düzenleyen m. 209 ilâ 236'da hasarın tanımı yapılmamıştır.

te, doktrinde hasarın çeşitli tanımları yapılmaktadır[8].Söz konusu tanımların ortak noktalarına bakıldığında ise, hasarın şu unsurları ihtiva ettiği görülür: a) sözleşme konusu malların, b) taraflardan birine yükletilemeyen sebeplerle c) yok olması veya zarara uğramasıdır.

"Sözleşme konusu mallar" ile ifade edilmek istenen, Viyana Antlaşması'nın uygulama alanı bulduğu sözleşmelere konu olan mallardır. "Taraflardan birine yükletilemeyen sebepler" ile kast edilen, meydana gelen yok olma ve zarar durumlarının, taraflardan birine izafe edilebilecek bir kusurdan kaynaklanmamasıdır. Tarafların sorumlu olmadığı sebepler, mücbir sebep (forcemejeure) ve umulmayan hâl (frustration) şeklinde olabilir[9]. Meselâ, hasarın deprem sonucunda meydana gelmesi veya genel grev sebebiyle taşınamayan malların kısmen ya da tamamen bozulması durumlarında, ilkinde mücbir sebep, diğerinde ise umulmayan hâl söz konusudur[10]. Aynı şekilde, üçüncü bir şahsın davranışı sebebiyle malın zarara uğraması veya çalınması hallerinde de hasar söz konusu olur[11].

"Yok olma veya zarara uğrama" ifadesi ile anlatılmak istenen ise, malın kaybol-

---

8 Çin Hakem Heyetinin bir kararına göre: *"Hasar, taşıma sırasındaki doğal ve tesadüfi kazalar sonucunda ortaya çıkan ziyan ve zararlardır"*.Bkz. China International Economic ve TradeArbitrationCommission (CIETAC), ArbitrationProceeding 1 Nisan 1997, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970401c1.html,(E.T.: 27.3.2014); Bridge, Michael; "CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi", Milletlerarası Satım Hukuku, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 194.Başka bir tanıma göre ise; hasar, *"Alıcının veya satıcının davranışlarından kaynaklanmayan bir sebeple malların yanlışlıkla veya kaza sonucu kaybı"*nı ifade etmektedir. Bkz. Bianca-Bonell/Nıcholas, Art. 66, Rn. 2.1; Staudıngers, Art. 66, Rn. 6.Yine başka bir tanıma göre; *"Hasar, satılan şeyin, taraflardan herhangi birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı telef olması veya değerinin azalmasıdır"*. Bkz. Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 73; Akçaal, Mehmet; Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, http://www.konyabarosu.org.tr/pdf.aspx?id=13&dergiid=10, (E.T.: 27.3.2014), s. 50. Yine başka bir tanımda hasar kavramı, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda ele alınmıştır. Buna göre; *"Geniş anlamı ile hasar, şeye ârız olan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı halleri ifade eder. Dar anlamda hasar ise, sadece borç ilişkileri açısından kullanılan ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen devrede edimin borçluya isnad olunamayan haller dolayısıyla (kusursuz olarak) imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden bir tehlikeyi anlatmak için kullanılır"*. Bkz. Akıntürk, Turgut; Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1986, s. 22-26; Altay, Sabah; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 6 vd.;Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 67-68; Özdemir, Hayrunnisa; Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet YAVUZA'a Armağan, İstanbul 2011, s. 362-363.

9 Schwarz, Andreas B.(Çev: Ayiter, Kudret);Satış Akdinde Hasarın İntikali, http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1947-04-01-04/AUHF-1947-04-01-04-Schwarz.pdf, (E.T.: 27.3.2014), s. 160; Aral/Ayrancı, s. 73.

10 Aral/Ayrancı, s. 73.

11 Erauw, Johan; CISG Articles 66-70: The Risk Of LossandPassingIt, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html, (E.T.: 27.3.2014), s. 2; Bununla birlikte, bahsedilen hallerde malın hasara uğraması, satıcının özen eksikliğinden kaynaklanmamalıdır. Aral/Ayrancı, s. 73.

ması, fizikî varlığının ortadan kalkması, değer kaybına uğraması, niteliğinde bozulmaların meydana gelmesi vb. hallerdir. Malın yok olmasına, hırsızın malı çalması, malın telef olması, bağımsız taşıyıcı tarafından malın değiştirilmesi veya alıcıdan başka bir kişiye teslim edilmesi halleri örnek gösterilebilir[12].

B. Hasarın İntikali (Passing Of Risk) Kavramı

Hasarın intikali, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi süresi arasında, satılan malın taraflara yükletilemeyen, onların sorumlu olmadığı bir sebeple yok olması veya zarara uğramasının sonuçlarından sorumlu olma meselesi ile ilgilidir[13],[14].

Hasarın intikalinde sorumluluğun daha iyi izah edilebilmesi için, doktrinde ifade edilen maddî edim hasarı ve bedel (semen) hasarı kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Maddî edim hasarı, sözleşme konusu malın hasara uğramış olmasına rağmen, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olup olmadığı meselesi ile ilgilidir[15]. Maddî edim hasarı satıcının üzerindeyken sözleşme konusu mal hasara uğramışsa, bundan satıcı sorumludur ve satıcının gereği gibi ifa yükümlülüğü devam eder. Aksine maddî edim hasarı alıcıya intikal etmişse, satıcının ifa yükümlülüğü sona ermiştir ve ortaya çıkacak hasardan alıcının sorumluluğu söz konusu olur. Bu takdirse ise, bedel (semen) hasarı gündeme gelir.

Bedel (semen) hasarı ise, sözleşme konusu malın hasara uğraması sebebiyle, satıcının gereği gibi ifa ile yükümlü olmamasına rağmen alıcının satım bedelini ödemek mecburiyetinde olmasıdır[16]. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bedel (semen) hasarının söz konusu olabilmesi için, satıcının gereği gibi ifa ile sorumlu olmaması yani maddî edim hasarının alıcıya geçmesi gerekmektedir.

Hasar satıcının üzerinde ise, bu kural olarak maddî edim hasarıdır. Aksine hasar

---

12 Staudingers, Art. 66, Rn. 6; Ferrari, Franco/Flechtner, Harry/Ronald, A. Brand; TheDraft UNCITRAL Digest and Beyond: cases, Analysis andUnresolvedIssues in The U.N. SalesConvention, MünchenandLondon 2004, s. 750;Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christina; International SalesLaw, Londonand New York 2007, s. 470.

13 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 2; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 469; Aral/Ayrancı, s. 74; Zeytin, Zafer; Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 222; Atamer, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 259;Özdemir, s. 363.

14 Hasarın intikalinin tarifi, Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, kararda; *"Satım akdinde nef'i ve hasarın intikali denilince, akdin doğumundan sonra fakat ifasından önceki devrede şeyde hasıl olan tabii ve hukuki semereler ile şeye arız olan ve onun bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı hallerin alıcıya hangi andan itibaren geçmiş olacağı amaçlanır."* ifadesi yer almaktadır. Bkz. 13. HD., T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587, (KBİBB).

15 Akıntürk, s. 27; Aral/Ayrancı, s. 74; Atamer, s. 259; Özdemir, s. 365.

16 Akıntürk, s. 278 Aral/Ayrancı, s. 75; Zeytin, s. 223; Atamer, s. 260;Özdemir, s. 365.

alıcının üzerinde ise, bu da kural olarak bedel (semen) hasarıdır. Aşağıdaki açıklamalarda aksi belirtilmedikçe, ifadeler bu anlamlardakullanılmıştır.

II. Hasarın İntikal (Geçiş) Anı

Viyana Antlaşması'nın m. 67 ilâ 69 maddeleri çerçevesinde, hasarın geçiş anını üç başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, hasarın geçiş anının tespitinin malların taşınmasını ihtiva eden satım sözleşmeleri bakımından ele alınmasıdır. İkincisi, bu meselenin taşıma sırasında satılan mallar bakımından değerlendirilmesidir. Nihayet son olarak, hasarın geçiş anı, ilgili düzenlemeler çerçevesinde bahsedilen iki halin dışında kalan durumlar açısından incelenmelidir. Her üç durum da, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

A. Malların Taşınmasını İhtiva Eden Satım Sözleşmeleri Bakımından

1. Genel Olarak

Uluslararası satımların çoğu, mallarının taşınmasını gerektirir[17]. Taşıma işlemi, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Çünkü her taşıma planlaması, tarafların ihtiyacına, malların çeşidine ve coğrafî özelliklere göre özel durumlar arz edebilmektedir[18]. Bunun yanında, taşıma, birden fazla aşamada da gerçekleştirilebilir. Bunun bir sonucu olarak, tüm bu sürecin, satıcı, alıcı veya bağımsız bir taşıyıcı tarafından tek elden ya da kademeli bir şekilde paylaşılarak yürütülmesi söz konusu olabilmektedir[19].

Malların taşınmasını ihtiva eden sözleşmelere ilişkin düzenleme, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer almaktadır. Söz konusu hükmün ifadesinde birtakım sıkıntılar bulunduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, maddede geçen "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa (ihtiva ediyorsa)" ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, uluslararası satım sözleşmelerinin neredeyse hepsi, malların taşınmasını, diğer bir ifadeyle bir yerden başka bir yere naklini gerektirir. Hâl böyle olunca, söz konusu ifadenin geniş yorumlanması, madde 69'un uygulama alanını ortadan kaldırır[20]. O hâlde, burada

---

17 Böylece, genellikle sözleşmelere üçüncü bir taraf dâhil olmaktadır.Bianca-Bonell/Nıcholas, Art. 67, Rn. 2.2;Bollée, TheTheory of Risks in the 1980 ViennaSale of GoodsConvention, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html, (E.T.: 27.03.2014),s. 3.

18 Uluslararası taşımacılıkta, malların konteynırlar ile taşınması çok yaygınlaşmıştır. Konteynır taşımacılığı ise, son on yılda çok tipli taşımanın gelişmesine yol açmıştır. Gerçekten de, taşıma işi, konteynır aracılığıyla tren, tır ve gemi gibi farklı taşıma vasıtalarının kombinasyonuyla yerine getirilebilmektedir. Bununla birlikte, taraflar, tek vasıtalı taşıma da kararlaştırabilir. Bollée, s. 3.

19 Bollée, s. 3.

20 Bollée, s. 4. Viyana Antlaşması'nın 69. maddesinde, hasarın intikali ile ilgili m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hallere ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hususlara ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

kast edilen, malların taşınmasının satıcı tarafından ayarlanacağını ihtiva eden sözleşmelerdir[21]. Dolayısıyla malların taşınmasının alıcının kendi imkânlarıyla gerçekleştirildiği durumlara m. 67/(1) uygulanmaz.

2. Temel Kural: Malların Bağımsız İlk Taşıyıcıya Teslimiyle Hasarın Alıcıya Geçmesi

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de, hasarın alıcıya geçmesi, iki farklı ihtimal göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmadığı hâllere ilişkindir. Gerçekten de, bu durum, bahsedilen maddenin ilk cümlesinde ifade edilmiştir. Buna göre, *"Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer"*.İkinci durum ise, malların alıcıya belirli bir yerde verilmesini gerektiren hâllerdir. Bu hususa da, söz konusu maddenin ikinci cümlesinde yer verilmiştir. Buna göre, *"Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez"*. Görüldüğü üzere, aslında her iki durumda da hasar, malların bağımsız taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmektedir[22],[23].

Malların taşınması, bizzat satıcı tarafından gerçekleştiriliyorsa, "taşıyıcı" sıfatının "bağımsız bir teşekkül"[24] teşkil edip etmemesine göre iki farklı durum gündeme gelir. "Taşıyıcı" bağımsız bir teşekkül ise, malların taşıyıcıya teslim edilmesiyle, hasar alıcıya geçer[25]. Burada dikkat edilecek olan, malların zilyetliğinin bağımsız taşıyıcıya

---

21 Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Bollée, s. 4; Zeytin, s. 225.

22 Türk Borçlar Kanunu'nda ise, satıcının malları belirli bir yerde verip vermemesine ilişkin bir ayrım yapılmamıştır. Gerçekten de, konunun düzenlendiği TBK. m. 208/III'e göre; *"Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer"*.Türk Hukukunda "ifa yerinden başka bir yere gönderme", mesafeli satımlar veya gönderme borcu olan satımlar kapsamında ele alınmaktadır. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 89; Atamer, s. 265 vd.;Özdemir, s. 375 vd; Zeytin, s. 224 vd; Akçaal, s. 51 vd.

23 Yargıtay'ın bir kararında, malların taşıyıcıya sağlam ve noksansız teslim edildiğini karine kabul ettiği bir husus yer almıştır. Gerçekten de, kararda; *"Fob satışta nefi ve hasar, malın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmiş sayılır. Taşıma senedine yüke yönelik hiçbir çekince dermeyan edilmemiş olması ve ürün için sağlık sertifikası verilmiş olması, malın taşıyıcıya sağlam ve noksansız olarak teslim edildiğini gösterir."* ifadeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere, taşıma senedine, yüke yönelik hiçbir çekince dermeyan edilmemesi ve ürün için sağlık sertifikası verilmiş olması, malın sağlam ve noksansız olarak taşıyıcıya verildiğine karine teşkil etmiştir. Bkz. 19. HD., T. 28.3.1997, E. 1996/10078, K. 1997/3268, (KBİBB).

24 Bağımsız bir teşekkül ile ifade edilmek istenen, satıcı bünyesinde yer almayan veya yer almasına rağmen ayrı bir tüzel kişiliği olan ya da sadece taşıma işi ile ilgilenen bir işletmenin söz konusu olduğu taşıyıcıdır.

25 Sevón, Lief; Passing Of Risk, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html, (E.T.: 27.3.2014), s. 6; VonHoffmann, Bernd; Passing Of Risk In International Sales Of Good, http://

fiilî olarak nakledilmesi hadisesidir[26]. Bununla birlikte, "bağımsız bir taşıyıcı" söz konusu değilse, yanimalların taşımasını bizzat satıcı gerçekleştiriyorsa,bu taşıma işlemi sürecinde hasar alıcıya geçmez. Diğer bir ifadeyle, taşıma işlemi, satıcının kendi personeli tarafından gerçekleştiriliyorsa, hasar alıcıya geçmesi söz konusu olmaz[27].

Malların "taşıma işleri komisyoncusu"na (freight-forwarder) teslim edilmesinin de, hasarın intikaline sebep olacağı ileri sürülmektedir[28]. Gerçekten de, buradaki kesin ölçüt, malların alıcıya gönderilmesi amacıyla bağımsız bir teşekküle teslim edilmesidir[29]. Şu halde, taşıma işleri komisyoncusu, bağımsız bir teşekkülün gereklerini yadsınamaz bir şekilde yerine getirmektedir[30]. Bu sebeple, malların alıcıya ulaştırılmasını sağlamak amacıyla taşıma işleri komisyoncusuna teslim edilmesi, hasarın alıcıya geçmesine sebebiyet verir.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'in ikinci cümlesinde, hasar, taşıma işlemi sırasında paylaştırılmaktadır. Gerçekten de, yukarıda da ifade edildiği üzere hükme göre, satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa, malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. O halde, malların belirli bir yerde taşıyıcıya teslim edilmesinin gerektiği durumlarda, taşıma işleminin söz konusu yerde teslim edilmesine kadarki bölümünde hasara satıcı katlanmaktadır. Böylece, hasar, taşıma işlemi sırasında satıcı ve alıcı arasında paylaştırılmakta ve mallar ancak belirlenen yerde bağımsız taşıyıcıya teslim edildiğinde alıcıya geçmektedir[31].

Malların teslimi (verilmesi), zilyetliğin fizikî bir hareketle nakledilmesini ifade

---

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html, (E.T.: 27.03.2014), s. 11; Bianca-Bonell/Nıcholas, Art. 67, Rn. 2.2; Romein, Annemieke; ThePassing Of Risk A ComparisonBetweenThePassinh Of Risk Under The CISG andGermanLaw, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html, (E.T.: 27.3.2014), s. 7; Schwenzer/Fountoulakis, s. 474; Bridge, s. 202; Bollée, s. 4; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 6; Yetiş-Şamlı, Kübra; Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali, İÜHFM., C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 326-327; Schlechtriem, Peter/Butler, Petra; UN Law on International Sales, Yhe UN Convention on The International Sale Of Godds, Berlin 2009, s. 168.

26 Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 11;Bridge, s. 202; Bollée, s. 4; Yetiş-Şamlı, s. 327.

27 Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 11;Romein, s. 7; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.2; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 6; Mineiro, Michael C.; CISG andThe Final Frontier: ContractingForThe International Sale Of GoodsThatOriginateFrom, AreDeliveredTo, Or Transit Throuh Outer Space andThePassage Of Risk Of Loss, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mineiro.html, (E.T.: 27.3.2014), s. 5.

28 Bollée, s. 5; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 7; Schlechtriem/Butler, s. 168; Zeytin, s. 225.

29 Bollée, s. 5; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 474; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 6; Schlechtriem/Butler, s. 168; Zeytin, s. 225.

30 Bollée, s. 5.

31 Bu gibi durumlarda, özellikle konteynır taşımacılığında hasarın tam olarak ne zaman meydana geldiği tespit edilemezse, bundan kimin sorumlu olacağını tayin etmek bir hayli zorluk teşkil edebilir. Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 3.1; Bollée, s. 6; Schlechtrıem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 5.

eder[32]. Diğer bir ifadeyle, burada, malların kontrolünün satıcıdan taşıyıcıya geçmesi kast edilmektedir[33],[34]. Görüldüğü üzere, Viyana Antlaşması'nda hasar yükü, zilyetlik ile irtibatlandırılmaktadır[35]. Gerçekten de, Viyana Anlaşması'nda hasarın intikali (geçişi) zamanı olarak zilyetliğin verilmesinin kast edildiği, bunun da malların taşıyıcıya veya alıcıya teslim edilmesi ya da alıcı tarafından devralınması olduğu görülmektedir[36].

3. Temel Kuralın İstisnaları

Malların bağımsız taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçeceği kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, malların ayırt edilmeden taşınması hâlleridir. Bunun yanında, malları temsil eden belgelerin alıkonması ve malların satım sözleşmesine uygun olarak bağımsız taşıyıcıya verilmemesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Viyana Antlaşması m. 67/(2)'ye göre, *"Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez"*.Buna göre, mallar üzerindeki ayırt edici işaretler sözleşmede açıkça belirtilmemişse, taşıma işlemi sırasında hasar alıcının üzerinde değildir[37],[38]. Diğer bir ifadeyle, mallar, bölünmeden veya birbirinden bağımsız bir varlık teşkil edecek nitelikte ayrılmadan taşımaya söz konusu oluyorsa, hasar alıcıya geçmez[39]. Bu gibi durumlara, genellikle, satıcının birden fazla sözleşmenin ifasını gerçekleştirmek amacıyla, malları bir bütün halinde bölünme-

---

32 VonHoffmann, s. 3-4; Bollée, s. 5; Zeytin, s. 226.

33 Bollée, s. 5; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 474; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 4.

34 Satıcının malları teslim yükümlüğüne ilişkin ayrıntılı düzenleme ise, Viyana Antlaşması m. 31 vd.'nda yer almaktadır.

35 Bollée, s. 3; Zeytin, s. 222.

36 Sevón, s. 6; VonHoffmann, s. 12; Bollée, s. 3; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 474.

37 Viyana Antlaşması m. 30 vd. yer alan hükümlerde (özellikle m. 31-34) de, konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buradaki düzenlemeler, satıcının malların teslimi ve belgelerin verilmesine yönelik yükümlülüklerini ihtiva etmektedir.

38 Ayırt edilme işlemi yapılmaması halinde hasarın alıcıya geçmeyeceği hususu Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, söz konusu karara göre; *"Hasarın alıcıya geçebilmesi için, satın alınanın ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Olayda satılanın ayırdedilerek davacı alıcıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre yarar ve hasarın henüz alıcıya geçtiğinden söz edilemez"*. Bkz. 13. HD., T. 15.2.1985, E. 1984/7828, K. 1985/1010, (KBİBB).

39 Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.7; Bollée, s. 6; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 13; Dimatteo, Larry A./Dhooge, Lucien J./Maruer, Virginia G./Pagnattaro, Marisa A.; International SalesLaw, A Critical Analysis Of CISG Jurisprudence, Cambridge 2005, s. 122.

den taşıma işlemine söz konusu yaptığı hâllerde rastlanır[40],[41]. Alıcılar arasında toplu sevkiyata ilişki bir anlaşma varsa, ayırt edici işaretlerin bildiriminin toplu sevkiyata ilişkin olması yeterlidir[42]. Ayırt edici işaretler sözleşmede belirtilmiş veya alıcılara bildirmişse ve bundan sonra hasar meydana gelmişse, bu durumda hasara alıcılar orantılı[43] bir şekilde katlanır[44].

Malları temsil eden belgelerin alıkonması ise, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'in son cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez"*.Dolayısıyla, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olmasına rağmen, mallar bağımsız taşıyıcıya teslim edilmişse, hasar alıcıya geçer.Bu kural, Viyana Antlaşması'nın, hasarı malların mülkiyetine veya sahipliğine bağlamadığından dolayı isabetli bir düzenlemedir[45].

Malların "satım sözleşmesine uygun olarak" bağımsız taşıyıcıya verilmemesi meselesi ise, Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer alan bir ifadeden çıkmaktadır. Gerçekten de, bahsedilen maddede, *"satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi"* ifadesi yer almaktadır. Bu itibarla, malların bağımsız taşıyıcıya verilmesi, satım sözleşmesine uygun bir biçimde gerçekleşmezse, hasar alıcıya geçmez. Bu kuralın uygulanabilmesi için, satım sözleşmesinde malların taşınmasına ilişkin hükümlerin bulunması gereklidir[46]. İşte malların bağımsız taşıyıcıya verilmesi de, burada yer alan hükümlere uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

---

40 Sevón, s. 8; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.7; Bollée, s. 6; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 13; Romein, s. 8.

41 Toplu sevkiyatın yapıldığı bir durumda, satıcı, mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri uygun bir vasıtayla alıcıya bildirmiş ama söz konusu bildirim alıcıya ulaşmamışsa Viyana Antlaşması m. 27 gereğince hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek gerekebilir. Nitekim Viyana Antlaşması m. 27'ye göre, *"Antlaşmanın bu Kısmında açıkça 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"*. Dolayısıyla, mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri ihtiva eden bir bildirimdeki gecikme veya hata ya da ulaşmama, satıcının bu bildirime dayanma hakkını bertaraf etmemektedir. Hâl böyle olunca, satıcının mallar üzerindeki ayırt edici işaretleri alıcıya bildirdiği varsayımı gündeme gelir. Bu durumda ise, artık hasarın alıcıya geçtiğinin kabulü gerekebilir.

42 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 15.

43 Somut olayın özelliklerine göre, malın kısmen mi tamamen mi yok olduğu, alıcıların mallarının birbirlerine karşı oranları göz önünde tutulmalıdır.

44 Sevón, s. 8; Romein, s. 7;Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 15.

45 Sevón, s. 7; Staudingers, Art. 67, Rn. 23; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 67, Rn. 2.6; Bollée, s. 7; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 12; Atamer, s. 266; Zeytin, s. 227.

46 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 67, Rn. 8;

B. Taşıma Halindeyken Satılan Mallar Bakımından

Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişi, Viyana Antlaşması m. 68'de düzenlenmiştir. Buna göre genel kural, taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğidir[47],[48]. Görüldüğü üzere, malların taşıyıcıya verilmesi anından sözleşmenin kurulması anına kadar hasara satıcı katlanmaktadır. Böylece taşıma sırasında hasar yükü, zaman bakımından paylaştırılmış olmaktadır.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesi, bahsedilen genel kurala bir istisna getirmiştir. Gerçekten de, hükme göre; *"Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir"*.Görüldüğü üzere, hasarın geçiş anı, sözleşmenin kurulmasından önceye, yani malların taşıyıcıya verilmesine kadar geriye gitmektedir. Böyle bir sonucun doğması ise, "koşulların haklı göstermesi" şartına bağlanmıştır.

"Koşulların haklı göstermesi" ile hangi hallerin kast edildiğine ilişkin Viyana Antlaşması'nda herhangi bir açıklama veya ifade yer almamaktadır. Doktrinde ise, "koşulların haklı göstermesi", genellikle sigorta (insurance) ile açıklanmaktadır[49]. Buna göre, taşıma işlemi için mallar sigorta(insurance) ettirilmişse ve sözleşmenin kurulmasıyla "sigorta poliçesi(insurancepolicy)" alıcıya devredilmişse haklı bir sebebin olduğu kabul edilmektedir[50]. Aynı şekilde, malların hasara uğradığını bilmeyen alıcının "geçmişe etkili (retroactively)" sigorta(insurance) yaptırması da, bu kapsamda haklı bir sebep olarak değerlendirilmektedir[51]. O halde, satım sözleşmesinin kurulmasıyla taşımaya ilişkin yapılmış olan sigorta poliçesi(insurancepolicy) alıcıya devredilirse veya iyiniyetli alıcı geçmişe etkili(retroactively) sigorta(insurance)yaparsa, hasar, malların taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçer.

Malların ne zaman hasara uğradığının kesin olarak tespit edilemediği durumların da, "koşulların haklı göstermesi" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ile-

---

47 Türk Borçlar Kanunu'nda ise, taşıma halinde olan malların satışı ile ilgili bir düzenleme söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda TBK. m. 208/I'de yer alan, "yarar ve hasarın zilyetliğin devriyle geçeceği" kuralının gündeme geleceğini söylemek mümkündür.

48 Bu husus, bir Çin Mahkemesi kararına da yansımıştır. Gerçekten de, karara göre; *"Taşıma halindeyken satılan mallarda hasar, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçer. Bu sebeple, hasar, sözleşmenin kuruluş tarihi olan 12.02.1996 tarihinde alıcıya geçmiştir. Hasar ise, doğal veya tesadüfi kazalar sonucu meydana gelen zarar veya yok olmayı ifade eder"*. Bkz. China 1 April 1997 CIETAC Arbitrationproceeding (Fishmealcase), http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970401c1.html.

49 Sevón, s. 9; VonHoffmann, s. 14; Staudingers, Art. 68, Rn. 11; Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 68, Rn. 2.2; Bollée, s. 9; Schwenzer/Fountoulakis, s. 482; Huber, Peter/Alastair, Mullis; The CISG, A New Textbook Of StudentsandPractitioners, München 2007, s. 315; Schlechtrıem/Schwenzer, Art. 68, Rn. 5; Atamer, s. 268;Romein, s. 10;Schlechtriem/Butler, s. 169;Bridge, s. 210.

50 Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 68, Rn. 2.2; VonHoffmann, s. 14; Bollée, s. 9.

51 Bollée, s. 9;Romein, s. 10;Schlechtriem/Schwenzer, Art. 68, Rn. 5.

ri sürülmektedir[52]. Böyle bir çözümün pratik bir avantajı olduğu dile getirilmiştir. Buna göre, söz konusu çözüm ile hasarın meydana gelme anına ilişkin ispat zorlukları engellenmiş olmaktadır[53]. Böylece taraflar arasında, bu sebeple ihtilafların doğmasının da önüne geçileceği ifade edilmektedir[54].Kanaatimizce, böyle bir çözüm isabetli değildir. Zira sırf hasarın meydana gelme anı tespit edilemiyor diye, hasarı, geçmişe etkili bir şekilde doğrudan ve bütün olarak alıcıya yüklemek adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Hasarın meydana gelme anının kesin olarak tespit edilemediği ve sigortanın da söz konusu olmadığı durumlarda, hasarın satıcı ve alıcı arasında orantılı olarak paylaştırılmasının tartışılması daha uygun olur.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde geçen *"taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya"* ifadesinde yer alan belgelerin, m. 67/(1)'de yer alan *"malları temsil eden belgeler"* ile karıştırılmaması gerekir. Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde ifade edilen belgeler, taşıma sözleşmesinin varlığını ispat eden belgelerdir[55]. Bu belgeler, özellikle çok tipli taşımaların söz konusu olduğu hallerde de önem arz etmektedir. Eğer bir taşıma işlemi birden fazla vasıta ve taşıyıcı ihtiva ediyorsa, malların taşıyıcılar arasında el değiştirmesi de, söz konusu belgeler ile gerçekleşmektedir[56].

Viyana Antlaşması m. 68'in üçüncü cümlesinde ise, ikinci cümlede ifade edilen istisnanın sınırı düzenlenmiştir. Buna göre; *"Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır"*. Görüldüğü üzere, burada satıcının kötüniyetli olması haline ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda, eğer satıcı kötüniyetli ise, yani satım sözleşmesinin kurulması sırasında malın hasara uğradığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, hasara kendisi katlanır. Dolayısıyla satım konusu mal hasarlı ise ve satıcı da iyiniyetli değilse, sözleşmenin kurulmasıyla dahi hasar alıcıya geçmez[57].

---

52 Heuzé**,** La venteinternationale de Marchandises, n. 368, (Bollée**,** s. 9'dan naklen).

53 Staudingers, Art. 68, Rn. 10; Bollée**,** s. 9; Zeytin, s. 229.

54 Bollée**,** s. 9.

55 Staudingers, Art. 68, Rn. 12; Bollée**,** s. 9; Schwenzer,/Fountoulakis, s. 482; Schlechtriem**/** Schwenzer, Art. 68, Rn. 6; Zeytin, s. 229;Schlechtriem**/**Butler**,** s. 170;Yetiş-Şamlı**,** s. 333.

56 Bollée**,** s. 9; Schlechtriem**/**Schwenzer, Art. 68, Rn. 6.

57 Burada dikkat edilmesi gereken, bu düzenleme, sözleşme kurulmadan önce mevcut olan hasara ve satıcının iyiniyetli olmaması haline ilişkindir. Kanaatimizce, satım sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelen ilave hasar için ise, ikili bir ayrım yapılması gerekir. Eğer ilave hasar, mevcut hasardan kaynaklanmışsa, bundan da satıcının sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Aksine ilave hasarın mevcut hasarla hiçbir bağlantısı söz konusu değilse, bu durumda artık ilave hasarın alıcının üzerinde olduğu kabul edilmelidir.

C. Diğer Durumlar Bakımından

Viyana Antlaşması m. 69'da, hasarın m. 67-68 kapsamına girmeyen durumlara ilişkin geçişi hakkında bir düzenleme yer almaktadır. Madde'nin ilk fıkrasına göre; *"Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer"*.Görüldüğü üzere, buradaki genel kural, alıcının malları teslim aldığı anda hasarın kendisine geçmesidir[58]. Bunun yanında, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının onları zamanında teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren de, hasar kendisine geçer[59],[60]. Bu hüküm, alıcının, malları satıcının işyerinde teslim almasının gerektiği durumlara yöneliktir[61],[62]. Aynı şekilde bu kural, malların özel bir yerde tesliminin gerekmediği durumlar bakımından da geçerlidir[63].

Viyana Antlaşması m. 69/(2) ise, malların, satıcının işyerinden farklı bir yerde teslim alınmasının öngörüldüğü hâllere ilişkindir. Bu gibi durumlarda hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda geçer.Malların satıcının işyerinden farklı bir yer-

---

58 Viyana Antlaşması m. 69'a göre hasarın geçmesi, alıcının malları teslim almasına bağlanmışken, TBK. m. 208/I'de ise hasar, zilyetliğin devri ile alıcıya geçer. Gerçekten de TBK. m. 208/I'e göre*; "Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir"*.818 Sayılı Borçlar Kanunu'na (eBK. m. 183/I)göre ise, yarar ve hasar, sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçmekteydi.

59 Malların zamanında teslim alınmaması halinde, satıcının, malların muhafazası için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Buna ilişkin düzenlemeler Viyana Antlaşması m. 85 vd.'ında yer almaktadır. Bu sebeple, alıcı, malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

60 Türk Borçlar Kanunu'nda da paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten de, TBK. m. 208/II'ye göre, *"Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer"*.

61 Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 69, Rn. 2.1; Bridge, s. 212; Bollée, s. 11;Huber/Alastair, s. 316;Ferrari/Flechtner/Ronald, s. 758;Erauw, s. 8;Schlechtriem/Schwenzer, Art. 69, Rn. 5; Yetiş-Şamlı, s. 338; Mineiro, s. 7.

62 Bu husus bir Alman Mahkemesi'nin kararına da yansımıştır. Gerçekten de, kararda; *"Satıcının işyerinden alınan mallarda hasar, malların alıcı tarafından teslim alınmasıyla alıcıya geçer."*ifadesi yer almaktadır. Bkz. Germany 29 October 2002 Appellate Court Schleswig-Holstein (Stallioncase), http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021029g1.html, (E.T.: 27.3.2014).

63 Bianca-Bonell/Nicholas, Art. 69, Rn. 2.1; Bollée, s. 11.

de teslim edilmesinin tipik örnekleri "ExShip"[64] ve "FOBBuyers City"[65] ihtiva eden sözleşmelerdir[66].

Viyana Antlaşması m. 69/(3)'de ise, malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buradaki özel durum, henüz ayırt edilmemiş mallar bakımından söz konusudur[67]. Buna göre, sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde, bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.

III. Hasarın İntikalinin Hüküm Ve Sonuçları

A. Malların Hasara Uğramasından Doğan Sorumluluk

1. Sorumluluğun Düzenlenişi

Malların hasara uğramasından doğan sorumluluğa ilişkin genel hüküm, Viyana Antlaşması m. 66'da yer almaktadır. Buna göre, *"Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın"*[68].Söz konusu düzenlemeden, çeşitli ihtimallere ilişkin hüküm çıkarmak mümkündür. Gerçekten de, bunlardan ilkine göre, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, mallar yok olsa veya zarara uğrasa dahi, alıcı semeni ödemekle yükümlüdür. Bunun mefhumu muhalifinden çıkan sonuç ise, hasarın alıcıya geçmesinden önce mallar yok olur veya zarara uğrarsa, alıcının o aşamada semeni ödeme yükümlülü-

---

64 Bu teslim şekli üzerinden anlaşılmış bir işlemde, DES ifadesinden sonra ilgili varış limanının da belirtilmiş olması gerekir. Satıcının sorumluluğu malları belirtilen varış limanına getirene kadardır. Varış limanı noktasına kadar malların navlun, sigorta vs. tüm masrafları ve riskleri satıcıya aittir. Gemi limana varış yaptıktan sonra, malzemelerin tahliyesi, ithalat gümrüklemesi ve geri kalan tüm işlemler alıcının sorumluluğu altındadır. Genellikle kömür, tahıl, toz kimyasallar gibi malzemelerin nakliyesinde kullanılan bu teslim şekli, ayrıca kendisine ait ya da kiralık gemisi olan satıcılar tarafındanda tercih edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuyucu, Aslıhan S.; INCOTERMS, İstanbul 2011.

65 FOB (Free On Board) terimi, satıcının malları belirlenen yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen gemide veya bu şekilde teslim edilen malları temin ederek teslim etmesi anlamına gelmektedir. Mallara ilişkin kayıp ve hasar mallar gemide bulunduğunda geçer ve o andan itibaren bütün masraflar alıcıya aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, H. Ercüment; Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 139 vd.

66 Schwenzer,/Fountoulakis, s. 486.

67 Bu hüküm, Viyana Antlaşması m. 67/(3)'de yer alan düzenleme ile de paralellik göstermektedir.

68 Hasarın intikali ile ilgili 66. madde, ULIS'in 96. maddesinden esinlenilerek düzenlenmiştir. Bununla birlikte, iki hüküm arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Gerçekten de, ULIS metninde yer alan "satıcının veya diğer bazı kişilerin eyleminden" ifadesi, Viyana Antlaşması'na "satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden" olarak geçmiştir. Görüldüğü üzere, ULIS'de yer alan "diğer bazı kişilerin" ifadesine Viyana Antlaşması'nda yer verilmemiştir. Diğer taraftan, Viyana Antlaşması'na da ULIS'te bulunmayan "satıcının eylemsizliği" eklenmiştir. Bkz. Bianca-Bonell/ Nicholas, Art. 66, Rn. 1.2; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 1.

ğü söz konusu değildir. Bu durumda ise, kural olarak, satıcının borcun gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğü devam eder[69].Bunların yanında, hasarın alıcıya geçmesinden sonra, malların yok olması veya zarara uğraması, satıcının bir "eyleminden veya eylemsizliğinden"[70] kaynaklanıyor olabilir[71]. Bu durumda ise, alıcının, semeni ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulması gündeme gelir. Zararın meydana gelmesinde satıcının kusuru bulunduğu takdirde, hasarın alıcıya geçmeyeceği Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, söz konusu kararda; *"Satıcı, hafif veya ağır, doğrudan veya dolaylı kusuru ile zararın meydana gelmesine neden olmuşsa hasar alıcıya geçmez. Eldeki davada bilirkişi, samanların nemli ve ıslak olarak torbalandığını tespit ettiğine göre bundan dolayı meydana gelen çürümeden satıcı sorumludur."* ifadeleri yer almaktadır[72].

Viyana Antlaşması m. 70'de yer alan düzenleme ise, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlâli halinde hasarın intikali ve alıcının hakları arasındaki ilişki ile alâkalıdır. Buna göre, satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlara halel vermez. Bu kapsamda alıcının hakları, sözleşmenin ortadan kaldırılması, ikame mal teslimi, bedelden indirim, mallardaki hasarın giderilmesi ve tazminat başlıkları altında incelenebilir[73]. Bu düzenlemenin altında yatan düşüncenin, "alıcının hasarın geçişinden önce sahip olduğu hakları, hasarın geçişiyle kaybetmeyeceği" olduğu ifade edilmektedir[74].

---

69 Zeytin, s. 223. Bununla birlikte, aynen ifa her zaman mümkün olmayabilir. Nitekim Viyana Antlaşması m. 28'e göre, *"Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür"*. Görüldüğü üzere, aynen ifasını söz konusu olabilmesi için, Viyana Antlaşması'nın uygulama alanı dışında kalan benzer satım sözleşmelerinde, alıcının kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedilebilecek olmalıdır. Konu ile ilgili ayrıca bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 66, Rn. 12.

70 Satıcının "eylem ve eylemsizliği"nden tam olarak nelerin kast edildiği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Gerçekten de, bir görüşe göre, malların, satıcının sadece sözleşmeye aykırı davranışlarından değil, diğer davranışları sonucunda da yok olması veya zarar görmesi söz konusu ise, alıcının ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar. Bkz. Staudingers, Art. 66, Rn. 13. Bununla birlikte, bu sonucun kabul edilmesinin, satıcının sorumluluğunu çok fazla genişleteceğini öner süren bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre ise, alıcının ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi, sadece satıcının göstermek mecburiyetinde olduğu özen yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâllerinde söz konusu olmalıdır. Zeytin, s. 224.

71 Viyana Antlaşması m. 80'de de, bu hükme paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *"Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz"*.

72 13. HD., T. 5.7.2004, E. 2004/1640, K. 2004/10820, (KBİBB).

73 Alıcının hakları meselesi, başlı başına kapsamlı bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek niteliktedir. Bu sebeple, bu çalışmada söz konusu hususlara ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Bunun yerine, okuyucuya yol göstermek amacıyla söz konusu hakların isimlerinin zikredilmesi ile yetinilmiştir.

74 Staudingers, Art. 70, Rn. 5.

Esaslı ihlâlin söz konusu olmadığı hallerde, hasar, genel kurala uygun bir şekilde alıcıya geçer[75]. Bu durumda, alıcının, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal teslimi isteme hakkı bulunmamaktadır[76]. Bununla birlikte, alıcı, hasarın mahiyetinde uygun düştüğü ölçüde diğer haklarına başvurabilir. Başka bir deyişle, sözleşmenin satıcı tarafından esaslı olmayan ihlâli halinde, alıcı, mallardaki hasarın giderilmesi, bedelden indirim ve tazminat talep etme haklarına sahiptir[77].

2. Sorumluluğun Sınırları

Viyana Antlaşması m. 66'da yer alan *"malların zayi olması veya zarar görmesi"*'ifadesinden, hasarın intikali ile ilgili sorumluluğun, "sözleşmenin kurulması ile ifası arasında malların yok olması veya zarar görmesi durumlarında" gündeme geleceğini söylemek mümkündür.

Viyana Antlaşması m. 66'da yer alan kural, malların fizikî kaybına yöneliktir[78]. Bu sebeple, mallarla doğrudan ilgili olmayan kayıplar söz konusu olduğunda, hasara ilişkin kurallar uygulanmaz[79]. Meselâ, malların haczedilmesi, ithalat ve ihracat yasakları kapsamında el koymalar, "hasar" kapsamında değerlendirilmemektedir[80].

B. Hasarın İntikalinde Sözleşmeye Uygun Olmayan Malların Verilmesi

Viyana Antlaşması m. 36/(1)'e göre, mallar, hasarın alıcıya geçtiği anda m. 35'de ifade edildiği şekilde sözleşmeye uygun olmalıdır. Bu kapsamda satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek mecburiyetindedir[81].Malların sözleşmeye uygun olmaması, hasarın alıcıya geçtiği andan itibaren belirgin hale gelmiş olsa dahi, satıcı bundan sorumludur.

Viyana Antlaşması m. 36/(2)'de de, malların sözleşmeye uygun olmamasına iliş-

---

75 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

76 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

77 Schlechtriem/Schwenzer, Art. 70, Rn. 6.

78 Bollée, s. 15.

79 Bollée, s. 15.

80 Bollée, s. 15; Yetiş-Şamlı, s. 321.

81 Viyana Antlaşması m. 36/(2)'de, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, malların sözleşmeye uygun olduğu hallere ilişkin emsaller verilmiştir. Buna göre, mallar, (a) aynı türdenmalların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle mutat bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler, sözleşmeye uygundur.

kin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, satıcı, hasarın alıcıya geçmesinden sonra belirli bir süre için garanti yükümlülüğü altına giriş olabilir. Buradaki garanti yükümlülüğü, malların belirli bir süre için, mutat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı ya da belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundadır. İşte satıcı, böyle bir garantinin ihlâli de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.

SONUÇ

Hasara ilişkin kurallar, malların kazara yok olmasında veya zarara uğramasında, buna tarafların hangisinin katlanacağını belirleyen hükümleri ihtiva etmektedir.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de yer alan, "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa (ihtiva ediyorsa)" ifadesinden anlaşılması gereken, malların taşınmasının satıcı tarafından ayarlanacağını ihtiva eden sözleşmelerdir. Dolayısıyla malların taşınmasının alıcının kendi imkânlarıyla gerçekleştirildiği durumlar bakımından m. 67/(1)'in uygulanması gündeme gelmez.

Viyana Antlaşması m. 67/(1)'de, hasarın intikali, malların belirli bir yerde teslim edilip edilmeyeceğine göre iki faklı ihtimalde düzenlenmiştir. Her iki durumda da hasar, malların bağımsız ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçer.

Viyana Anlaşması m. 67/(1)'de ifade edilen "taşıyıcı", bağımsız bir teşekkül teşkil etmelidir. Bununla birlikte, "bağımsız bir taşıyıcı" söz konusu değilse, diğer bir ifadeyle malların taşımasını bizzat satıcı gerçekleştiriyorsa, bu taşıma işlemi sürecinde hasar alıcıya geçmez.

Viyana Antlaşması m. 68'in ikinci cümlesinde yer alan "koşulların haklı göstermesi" ifadesinin, malların ne zaman hasara uğradığının kesin olarak tespit edilemediği durumlar bakımından da uygulanmasını öne süren görüşler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce, söz konusu görüş isabetli değildir. Zira sırf hasarın meydana gelme anı tespit edilemiyor diye, hasarı, geçmişse etkili bir şekilde doğrudan ve bütün olarak alıcıya yüklemek adalet ve hakkaniyet duygularını zedeler. Hasarın meydana gelme anının kesin olarak tespit edilemediği ve sigortanın da söz konusu olmadığı durumlarda, olsa olsa hasarın satıcı ve alıcı arasında orantılı olarak paylaştırılması tartışılabilir.

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra, mallar yok olsa veya zarara uğrasa dahi, alıcı semeni ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, hasarın alıcıya geçmesinden önce mallar yok olur veya zarara uğrarsa, alıcının o aşamada semeni ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu durumda ise, kural olarak, satıcının borcun gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğü devam eder.

KISALTMALAR

Art.	: Article
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
R.G.	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
ULIS.	: UniformLaw On International Sale Of Goods
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, http://www.konyabarosu.org.tr/pdf.aspx?id=13&dergiid=10, (E.T.: 27.3.2014).

AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1986.

ALTAY, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.

ATAMER, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

BIANCA-BONELL, Commentary on the International SalesLaw, Giuffrè: Milan (1987).

BOLLÉE, Sylvain, TheTheory of Risks in the 1980 ViennaSale of GoodsConvention, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html, (E.T.: 27.03.2014).

BRIDGE, Michael, CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi, Milletlerarası Satım Hukuku, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 19-219.

DIMATTEO, Larry A./DHOOGE, Lucien J./MARUER, Virginia G./PAGNATTARO, Marisa A. , International SalesLaw, A Critical Analysis Of CISG Jurisprudence, Cambridge 2005.

ERAUW, Johan, CISG Articles 66-70: The Risk Of LossandPassingIt, http://www.cisg.law.pa ce.edu/cisg/biblio/erauw.html, (E.T.: 27.3.2014).

ERDEM, H. Ercüment, Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008.

FERRARI, Franco/FLECHTNER, Harry/RONALD, A. Brand, TheDraft UNCITRAL Digest and Beyond: cases, Analysis andUnresolvedIssues in The U.N. Sales Convention, Münchenand London 2004.

HUBER, Peter/ALASTAIR, Mullis, The CISG, A New Textbook Of StudentsandPractitioners, München 2007.

KUYUCU, Aslıhan S., NCOTERMS, İstanbul 2011.

MINEIRO, Michael C., CISG and The Final Frontier: Contracting ForThe International Sale Of GoodsThat Originate From, AreDeliveredTo, Or Transit Throuh Outer Space andThePassage Of Risk Of Loss, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mineiro.html, (E.T.: 27.3.2014).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Prof. Dr. Cevdet YAVUZA'a Armağan, İstanbul 2011, s. 361-381.

ROMEIN, Annemieke, ThePassing Of Risk A ComparisonBetweenThePassinh Of Risk Under The CISG andGermanLaw, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html, (E.T.: 27.3.2014).

SCHWARZ, Andreas B. (Çev: AYİTER, Kudret), Satış Akdinde Hasarın İntikali, http://auhf.ankara.edu.tr/dergi ler/auhfd-arsiv/AUHF-1947-04-01-04/AUHF-1947-04-01-04-Schwarz.pdf, (E.T.: 27.3.2014).

SCHLECHTRIEM, Peter/BUTLER, Petra, UNLaw on International Sales, Yhe UN Convention on The International Sale Of Godds, Berlin 2009.

SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Godds (CISG), Third Edition, Oxford 2010.

SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOULAKIS, Christina, International Sales Law, Londonand New York 2007.

SEVÓN, Lief, Passing Of Risk, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html, (E.T.: 27.3.2014).

STAUDINGERS, Von J., Kommentar zum BürgerlichenGezetzbuch mit Einführungsgesetz un Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2002.

Von HOFFMANN, Bernd, Passing Of Risk In International Sales Of Good, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/ biblio/vonhoffmann.html, (E.T.: 27.03.2014).

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.

YETİŞ-ŞAMLI, Kübra, Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali, İÜHFM., C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 303-349.

ZEYTİN, Zafe, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.