

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
ADALET MESLEK
YÜKSEKOKULU
DERGİSİ**

**SELÇUK UNIVERSITY
VOCATIONAL SCHOOL
OF JUSTICE REVIEW**

Cilt (Volume): 3

Sayı (Number): 2

Yıl (Year): 2020

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ ADALET MESLEK
YÜKSEKOKULU DERGİSİ**
**SELCUK UNIVERSITY VOCATIONAL SCHOOL OF
JUSTICE REVIEW**

Cilt (Volume): 3 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2020

E-ISSN: 2667-6559

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Adına

Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Müdür)

Editörler (Editors):

Dr. Öğr. Sevgi DURSUN ATEŞ

Öğr. Gör. Halil DURSUN

Öğr. Gör. Betül ÇATAL

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YIĞIT (Dil Editörü)

Arş. Gör. Cemil TÜRK

Yayın Kurulu (Editorial Board):

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER (Selçuk Üni.)

Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üni.)

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (Namık Kemal Üni.)

Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Hacı Bayram Veli Üni.)

Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU (Selçuk Üni.)

Prof. Dr. Zekeriyya ARİ (Uludağ Üni.)

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üni.)

Prof. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üni.)

Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üni.)

Doç. Dr. Ayşe ARAT (Akdeniz Üni.)

Doç. Dr. Alper UYUMAZ (Selçuk Üni.)

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üni.)

Doç. Dr. İkbâl Sibel SAFİ (Dokuz Eylül Üni.)

Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN (Selçuk Üni.)

Dr. Öğr. Üyesi Cemil GÜNER (Selçuk Üni.)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN (Selçuk Üni.)

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT (Selçuk Üni.)

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üni.)

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board):

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Gazi Üni.)

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (Uludağ Üni.)

Prof. Dr. Murat ATALI (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (Yeditepe Üni.)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Yıldırım Beyazıt Üni.)

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üni.)

Prof. Dr. Faruk BİLİR (KVKK)

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (Erzincan Üni.)

Prof. Dr. Mustafa AVCI (Ankara Sosyal Bilimler Üni.)

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU (Necmettin Erbakan Üni.)

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlardaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Her makale, iThenticate programında tarandıktan sonra değerlendirmeye alınmaktadır. Normal şartlar altında makalenin editörlerce ön incelemesi bir hafta; hakem değerlendirme süreci ise dört hafta olarak planlanmaktadır. Ancak hakemlerin iş yüklerinin ağırlığı sebebiyle ve üçüncü hakem değerlendirmesi gerektiğinde bu süreç uzayabilmektedir. Makale gönderen yazarlar, derginin öngördüğü ve izlediği bu süreci kabul etmiş sayılırlar.

KISALTMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜAMYOD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergi Editörlüğü, Alaaddin Keykubat Kampüsü
42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : http://www.selcuk.edu.tr/adalet_myo/tr

<http://dergipark.gov.tr/suamyod>

E-posta : adaletdergi@selcuk.edu.tr

YAYIN ŞARTLARI VE YAYIN POLİTİKASI

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, çift-kör hakem sürecini kullanmakta olan bir dergidir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek makalelerde aşağıdaki hususlar dikkate alınacaktır.

Makalenin Şekline İlişkin Genel Esaslar

1. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla birlikte "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, "ORCID" numarası alıp buna kişisel bilgileri (Ad-Soyad), Akademik ve Meslekî Unvan, E-Posta) ile birlikte* işareti kullanarak dipnotta yer vermemelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (KeyWords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda Kaynaklar yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları:Times New Roman karakteri ile 11,5punto tek satıralığı, ilk satırı özel 1,25 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, 10,5punto, Teksatır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 3 nkboşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE, Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Makalenin Ön İnceleme Aşamaları

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suamyod>) sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "iThenticate" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı en fazla %30 olabilir. İntihal/benzerlik oranı %30'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir ve yayın sürecinden çıkarılır.

3. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eserler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşamaları

1. Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

2. Hakemlik seçiminde, akademik unvana sahip kişilerin yayımları için eşit ya da üst derecede akademik unvana sahip kimseler hakemlik yapabilmektedirler.

3. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre bir ay olup, bu süre zorunlu hâllerde bir ay daha uzatılabilmektedir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

Makale Düzeltme Aşaması

1. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre bir aydır.

2. Eser sahibinin bir ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Telif Hakkına İlişkin Bilgilendirme

1. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eser ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir.

2. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde makalenin gönderim tarihinden itibaren Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nun, her türlü formatta yayımlamak dâhil tüm yayın haklarına ve malî haklara sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU DERGİSİ
SELÇUK UNIVERSITY
VOCATIONAL SCHOOL OF JUSTICE REVIEW

Cilt: 3 • Sayı: 2 • Yıl: 2020
Volume: 3 • Number: 2 • Year: 2020

İÇİNDEKİLER
CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ
RESEARCH ARTICLES

Mecelle’de İspat Yükü	189
<i>Burden of Proof in Mecelle</i>	
Arş. Gör. Ensar KUM	
Kefalet Sigortası Sözleşmesi	223
<i>Surety Insurance Contract</i>	
Mehmet Soner ÖZOĞLU	
Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin İdari İşlemlerin Unsurları Açısından İncelenmesi	245
<i>A Review of Presidential Decrees in Terms of the Elements of Administrative Act</i>	
Abidin Kadir İNCE	
Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinden Kaynaklanan Muris Muvazaası	301
<i>Deceased Collusion That Arises From The Contract For Lifelong Support</i>	
Müge OĞUZ	

*Araştırma Makaleleri*_____

MECELLE'DE İSPAT YÜKÜ

Arş. Gör. Ensar KUM*

BURDEN OF PROOF IN MECELLE

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
E-Posta: ensarkum@trabzon.edu.tr
ORCID: 0000-0001-8806-3898

ÖZ

Mahkeme huzurunda görülen bir davanın adaletli bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi için en önemli unsurlardan biri ispattır. Hâkim, önüne gelen davada, taraflar arasında ileri sürülen iddiaların doğruluğuna sadece deliller vasıtasıyla karar verir. Ancak buradaki en önemli sorun, söz konusu ispatın davanın taraflarından hangisi tarafından yapılacağıdır. Bu noktada karşımıza ispat yükü kavramı çıkmaktadır. Mecelle, ispat yüküne birçok maddesinde yer vermiştir. Bu maddeler arasında ispat yükü ile ilgili iki ana ilke benimsenmiştir. Bunlardan ilki ispat yükünün, davadaki iddiaları ve vakıaları ileri süren ve hak iddiasında bulunan tarafa düşeceği. İkincisi ise ispat yükünün, mevcut duruma zıt iddialarda bulunan tarafın üzerine düşeceği.

Anahtar Kelimeler: Mecelle, yargılama hukuku, ispat, ispat yükü, delil

ABSTRACT

Evidence is one of the most important elements for a fair trial before a court. The judge decides the verity of the claims made between the two parties in the case only with the evidence that is brought before him. However, the most important problem here is that which of the parties in the case will be obliged to demonstrate the proof in question. At this point, we encounter the concept of 'burden of proof'. Mecelle has included the burden of proof in many of it's articles. Among these articles, two main principles regarding the burden of prof have been embraced. The first of these is that the burden of proof falls on the party that is propounding the claims and facts of the case, and is making a claim in the case. The second is that the burden of proof falls on the party that is making claims contrary to the current situation.

Keywords: Mecelle, jurisdiction law, proof, burden of proof, evidence

GİRİŞ

İnsanlar, doğumlarından itibaren bir arada yaşamaya ve diğer insanlar ile iletişim kurmaya ihtiyaç duyarlar. Ancak bu durum insanlar arasında bazen hukuki uyuşmazlıkların çıkmasına da sebep olabilmektedir. İnsanlar arasında oluşan hukuki ihtilafların çözüme kavuşturulabilmesi için mahkemeye başvurularak dava açılması gerekmektedir. Dava, bir kişinin diğer bir kişiden mahkeme huzurunda hakkını talep etmesidir¹.

Mahkemeye açılan davada davacı, söz konusu uyuşmazlık ile ilgili iddiaları ve vakıaları ileri sürmektedir. İleri sürülen bu iddiaların doğru olup olmadığı mahkemeyi yönetecek hâkim tarafından son derece önemlidir. Çünkü hâkim, önüne gelen iddiaların doğruluğu neticesinde davalının lehine veya aleyhine karar verecektir. Söz konusu iddiaların doğru olup olmadığını belirleyecek ise şüphesiz ki delillerdir. Hâkim deliller sayesinde iddiaların doğru olup olmadığını belirler ve bu kanaati neticesinde adaletli bir şekilde davayı karara bağlar².

Önüne gelen delillere bağlı olarak davayı karara bağlayacak olan hâkimin, karşısına çıkan bir diğer mesele de söz konusu delillerin mahkemeye kim tarafından getirileceğidir. İşte tam bu noktada ispat yükünün hangi tarafın üzerine düştüğü sorunu karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda da ispat yükünün taraflardan hangisinin üzerine düştüğünü, Mecelle'nin maddelerini inceleyerek belirlemeye çalışacağız.

I. İSPAT VE İSPAT YÜKÜ KAVRAMLARI

İnsanlar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, davaya konu olan olaylar neticesinde taraflar arasında bazı iddialar öne sürülür. Mahkeme tarafından yapılan yargılamanın temellerini bu iddialar ve savunmalar oluşturur. Yargılama hukukunun en önemli aşaması da taraflar tarafından öne sürülen bu iddiaların kim tarafından ispat edileceğidir. İşte tam bu noktada ispat ve ispat yükü kavramları meselenin daha iyi anlaşılabilmesi için öne çıkan iki kavramdır.

¹ Mecelle, md. 1613; Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, 2. B., Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, C. IV, s. 3009; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medenî Usul Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 77, 250; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim, Medeni Usul Hukuku, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 130; EKİNCİ, Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umûmi ve Husûsî Hükümler, 2. B., Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2016, s. 344.

² ATAR, Fahrettin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. B., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2017, s. 229.

A. İSPAT VE BEYYİNE KAVRAMLARI

Yargılama hukukunun temel meselelerinin başında ispat kavramı gelir. Bu kavramı incelerken Mecelle'nin temellerini oluşturan İslâm ve Osmanlı hukukunda dikkat edilmesi gereken bir diğer kavram da beyyine kavramıdır. Beyyine kavramı özellikle yargılama hukukunda bazen ispat ile birbirleri yerine de kullanılabilen iki kavramdır. Bu sebeple bu bölümde bahsi geçen iki kavramı inceleyeceğiz.

1. İspat Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan ispat kelimesi, “sağlam olmak, sebat etmek, yılmamak” anlamında kullanılan “se-be-te” fiilinden türemiştir³. İspat, sözlük anlamı itibarıyla “belirleme, iddiasını ispat etme, teyit, şahadet, tasdik, doğruluk, asla uygunluk” anlamlarında kullanılan bir kelimedir⁴. Terim anlamı itibarıyla yargılama hukukunda kullanılan ispat kelimesi ise, uyumsuzluk konusu olaylar hakkında mahkemeyi ikna edecek delillerin ortaya konulmasını ifade etmektedir⁵.

Aslı itibarıyla hukuki manada ispat, mahkeme huzurunda hâkim önüne gelen bir olayda, bu olaya karşı öne sürülen ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan iddiaların gerçekliği ve doğruluğu noktasında kesin bir bilgi veya güçlü bir zan oluşturacak biçimde mahkemeye delil getirmektir⁶. Ayrıca başka bir açıdan ispat, tarafların mahkemeye konu olan olay hakkında ortaya attığı ve kendisine bazı hukuki sonuçlar bağlanan iddiaların, hukukun meşru olarak kabul ettiği ispat vasıtaları ile mahkeme önünde delillendirilmesidir⁷.

³ MUTÇALI, Serdar, Arapça-Türkçe Sözlük, 1. B., Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995, s. 94.

⁴ MUTÇALI, s. 95; ÖZÖN, Mustafa Nihat, Küçük Osmanlıca Türkçe Sözlük, 4. B., İnkılap Kitabevi, İstanbul 1988, s. 367.

⁵ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 380; ATALI/ ERMENEK, s. 243; BAĞDATLI, Selahaddin, Hukuk Sözlüğü, 1. B., Derin Yayınları, İstanbul 2012, s. 339.

⁶ BARDAKOĞLU, Ali, “İsbat”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, İstanbul 2000, s. 492, <https://islamansiklopedisi.org.tr/isbat--mahkeme>, E.T. 05.08.2020; GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 450.

⁷ ERDOĞAN, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 4. B., Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 204; GÖRGÜN, L. Şanal, Medenî Usûl Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 438.

İspatın temel amacı ise, esasen davadan önce gerçekleşen uyuşmazlığa konu olan olayların doğru olduğu noktasında mahkeme huzurunda hâkimi ikna edebilmektir. Bu sayede tarafların ispat faaliyeti sonucunda hâkim, kendi bilgisi dışında gerçekleşen bir olay hakkında yargılama sırasında bir kanaate sahip olacaktır⁸.

İspat, kendisine hukuk düzenin tanıdığı bir hakkın ya da olayın bağlandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden anlaşılacağı üzere hukuki sonuç doğurmayan durumların ispatı söz konusu değildir. Burada bahsi geçen hukuki bir hakkın ya da olayın bağlandığı durumlardan kastedilen ise bir kimsenin özgürce kullanabileceği her türlü hakkı ve hukuki olayıdır. Ayrıca ispatın hukuki manada meşru kabul edilebilmesi için ispatlanmak istenen olayla alakalı delillerin hukuken belirlenmiş usullere uygun olarak bulunup hâkime sunulması gerekmektedir⁹.

İspat, konu itibarıyla ise mahkeme önüne getirilmiş ve iki taraf içinde anlaşmazlığa sebep olmuş çekişmeli vakıalar için vardır. Günümüz Türk hukukuna benzer bir şekilde ikrar edilmiş vakıalar, hukuk kuralları, çekişmesiz vakıalar ve herkesçe bilinen olaylar ve olgular ispatın konusu değildir. Bu meseleler için ayrıca ispat faaliyetinde bulunmaya gerek yoktur¹⁰.

İspatın gerçek manada hükme esas kabul edilebilmesi için kanunun belirlediği usul içerisinde ve mahkeme önünde yapılması gerekir. Bu bilgiler ışığında mahkeme önünde veya yargılama süreci içerisinde yapılmayan ispat, hukuki manada bir ispat değeri taşımamaktadır¹¹. Bunun yanı sıra

⁸ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 312.

⁹ BARDAKOĞLU, İspat, s. 492; TENGGER, Feyza, “İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 13.

¹⁰ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 382; ATALI/ ERMENEK, s. 243; BARDAKOĞLU, İspat, s. 493.

¹¹ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3009. İspatın mahkeme önünde ve yargılama süreci içerisinde yapılmasına en önemli misallerden biri Mecelle'nin 1687. maddesidir. Bu madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Meclis-i muhâkemenin hâricinde olan şehâdet muteber değildir.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere ispat vasıtalarından biri olan şahitlik ancak yargılama sürecinde ve mahkemede yapıldığı müddetçe muteber kabul edilir. Bunun aksine yargılama süreci dışında yapılan şahitlik hâkim için bağlayıcı değildir. (Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3009.)

ispatın hukuka uygun yollarla elde edilmiş delillerle yapılması da önemlidir¹².

2. Beyyine Kavramı

Arapça kökenli olan beyyine kelimesi, “uzaklaşmak, ortaya çıkmak, görünmek, açığa çıkmak” anlamlarına gelen “be-ye-ne” köklerinden oluşan “bâne” fiilinden türemiştir¹³. Beyyine, sözlük anlamı itibarıyla “apaçık, karşı konulmaz delil, delil olarak kullanılan belge, kanıt, burhan” anlamlarında kullanılan bir kelimedir¹⁴. Beyyine kelimesinin çoğulu beyyinâttır¹⁵.

Beyyine terim anlamı itibarıyla, İslâm ve Osmanlı yargılama hukukunda kesinlik oluşturan belli başlı ispat araçlarına verilen genel bir addır. Başka bir açıdan beyyine, “bir hakkın veya kendisine hukukî sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan özel kati delil” anlamına gelmektedir¹⁶. Bu yönüyle beyyine, genel itibarıyla fakihler arasında şahitlik, yazılı delil ve kesin karine şeklinde üç kısma ayrılarak incelenmiştir¹⁷. Hatta beyyine, “kat’i delil” oluşundan dolayı hem klasik fıkıh kitaplarında¹⁸ hem de Mecelle’de -en kati delillerden biri olduğu için-

¹² İslam hukukuna göre genel itibarıyla bir iddia hukuka uygun yollarla elde edilmiş deliller ile ispatlanmalıdır. Eğer ispat, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerle yapılmışsa bu durumda direk olarak elde edilen delil yok sayılmaz. Delilin elde ediliş durumuna göre hâkim tarafından hükme esas alınıp alınmayacağı değerlendirilir. Bu konu hakkında geniş malumat için Bkz. AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, 1. B., Eren Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 83 vd.; ÇETİNKAYA, Esra, “İslam Hukuku’nda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri”, İçinde Genç Hukukçular Hukuk Okumaları& Birikimler 4, Ed. Muharrem Balcı, İstanbul 2013, s. 195 vd.

¹³ MUTÇALI, s. 82

¹⁴ KESKİOĞLU, Osman, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, 1. B., Müftüoğlu Yayınları, Ankara 1969, s. 279; MUTÇALI, s. 82; ÖZÖN, s. 86.

¹⁵ ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 340.

¹⁶ BAĞDATLI, s. 95.

¹⁷ BARDAKOĞLU, Ali, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 6, İstanbul 1992, s. 97, <https://islamansiklopedisi.org.tr/beyyine>, E.T. 06.08.2020.

¹⁸ BİLMEN, Ömer Nasuhi, Fıkıh İlmi& İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, 1. B., Nizamiye Akademi Yayınları, İstanbul 2016, s. 45. Klasik fıkıh kitaplarında fakihler tarafından beyyinenin bazı yerlerde şahitlik yerine kullanılması asıl itibarıyla beyyinenin doğrudan şahitlik olduğunu göstermez. Bu şekilde bir kullanım şahitliğin ilk dönemlerden itibaren sıkça kullanılan bir ispat aracı

şahitlik yerine de yer yer kullanılmıştır¹⁹. Beyyinenin bu kadar dar kullanımının aksine “*hakkı ortaya çıkaran ve açıklayan her şey için kullanılan ortak bir isim*” şeklinde de kullanıldığını görmekteyiz. Bu kullanım daha önce zikrettiğimiz ispat kelimesi ile de aynı manaya gelecek şekilde geniş bir anlam içermektedir²⁰. Tüm bunların yanı sıra fakihlerin çoğunluğu beyyineyi kuvvetli delil manasında kullanmışlardır²¹.

Beyyine Mecelle’nin 1676. maddesinde de şu şekilde tarif edilmiştir: “*Beyyine, hüccet-i kaviyye demektir*”²². Burada hüccet ve kaviyye kelimeleri Mecelle’deki tarifi anlamamız için ön plana çıkmaktadır. Hüccet sözlük anlamı itibarıyla delil ile eş anlamda kullanılan bir kelimedir. Hüccet ister kesin olsun isterse kesin olmasın delil manasında kullanılır²³. Hüccetin terim anlamı ise “*bir davanın sıhhatine delâlet eden şey*” demektir²⁴. Kaviyye ise anlam itibarıyla “*kuvvetli, güçlü, sağlam*” anlamında kullanılmaktadır²⁵. Bu bilgiler ışığında hüccet-i kaviyye kuvvetli delil manasında kullanılır. Daha

olduğundan bunun öne çıkarılması olarak değerlendirilebilir. Nitekim klasik fıkıh kitaplarının içeriklerinde de fakihler beyyineyi sadece şahitlik için kullanmamışlar aksine hem şahitlik hem de diğer kati delilleri de beyyine başlığı altında incelemişlerdir. (BARDAKOĞLU, Beyyine, s. 98.)

¹⁹ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2968; Türzkâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi, 1. B., Kasbar Matbaası, İstanbul 1894, s. 1050. Beyyinenin diğer bir isminin şahitlik olarak kullanılması Mecelle’nin 1676. ve 1684. maddelerinde geçmektedir. Bahsi geçen maddelerde beyyinenin ve şahitliğin aynı anlamda kullanılması iki teriminde içinde bulundurduğu “hüccet-i kaviyye” manasından gelmektedir. Hüccet-i kaviyye anlam itibarıyla kuvvetli delil manasında kullanılmaktadır. Bu sebeple bazı yerlerde beyyinenin şahitlik yerine kullanıldığı görülmektedir. (Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2968; Türzkâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, s. 1050.)

²⁰ TENER, s. 15.

²¹ ATAR, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, s. 229.

²² Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2968.

²³ BİLMEN, Fıkıh İlimi& İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, s. 95.

²⁴ Hacı Reşid Paşa, Ruhü’l-Mecelle, 1. B., Dârü’l-Hilafeti’l-Âliyye, İstanbul 1908, C. VIII, s. 5; OĞUZ, Mustafa/ AKGÜNDÜZ, Ahmet, “Hüccet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 18, İstanbul 1998, s. 446, <https://islamansiklopedisi.org.tr/huccet--mahkeme>, E.T. 06.08.2020.

²⁵ ÖZÖN, s. 401.

önce de zikrettiğimiz üzere fakihlerin çoğunluğuna göre beyineye verilen kuvvetli delil anlamı, Mecelle'de de aynı şekilde kabul edilmiştir²⁶.

B. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI

Yargılama sürecinde davanın karara bağlanmasını sağlayan en önemli unsurlardan biri ispattır. Hâkimin, önüne gelen davada adalete uygun bir karar verebilmesi için ispat faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Ancak hâkimin davaya konu olan vakıanın gerçek olup olmadığını, kendiliğinden araştırması ve delillendirmesi mümkün değildir. İşte tam bu noktada karşımıza davaya konu olan vakıanın kim tarafından ispat edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır²⁷. İspat yükü kavramı da bu sorunun çözümü için ortaya çıkmıştır.

1. Genel Olarak

İspat yükü kavramıyla, bir yargılama sırasında taraflarca öne sürülen iddiaların, davacı veya davalı taraftan hangisinin ispatlaması gerektiği sorunu incelenir²⁸. Bir başka açıdan ispat yükü, mahkeme huzurundaki bir davada ortaya koyulan maddi olguların taraflardan hangisi tarafından ispatlaması gerektiğinin belirlenmesidir²⁹.

İspat yükünün temel amacı, muhakeme sırasında oluşan ispatsızlık ya da belirsizlik halinin sona erdirilmesine hangi tarafın katlanacağını ortaya koymaktır. Buradaki bir diğer amaç da hâkimin önüne gelen davada ortaya konulan olayın veya tarafların ileri sürdüğü vakıaların varlığı ya da yokluğu noktasında düştüğü ikilemden kurtulmasına yardımcı olmaktır. Ayrıca ispat yükü, hâkimi, bahsi geçen ikilem durumundan kurtulup hangi taraf lehine veya aleyhine karar vermesine yardımcı olma amacı da taşır³⁰.

İspat yükü, aslı itibarıyla bir yükümlülükten (mükellefiyetten) ziyade yüküdür (kulfettir). Bu ayrım ispat yükü için çok önemli bir yeri haizdir. İspat yükünün bir yükümlülük olmamasının sebebi, kendisine ispat yükü düşen

²⁶ İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 529.

²⁷ PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, C. II, s. 1693.

²⁸ BAĞDATLI, s. 339.

²⁹ POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 570.

³⁰ PEKCANITEZ/ ÖZEKES/ AKKAN/ TAŞ KORKMAZ, C. II, s. 1693; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 1. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 777.

tarafın iddiaları ispatlayamaması sonucunda, karşı tarafın veya mahkemenin kendisini iddiaları mutlaka ispatlamaya zorlayamamasıdır³¹. İspat yükü bir yükümlülükten ziyade yük olduğu için eğer kendisine ispat yükü düşen taraf iddiaları ispatlayamazsa bu durumda davaya konu olan vakıalar ispatlanmamış sayılır. Mesela davacı taraf, üzerine düşen ispat yükünü yerine getiremezse dava ispat edilmemiş kabul edilir ve bu nedenle dava hâkim tarafından reddedilir. Ayrıca ispat yükü yükümlülük olmadığı için davacı iddiaları ispatlamaya zorlanmaz³².

İspat yükünün taraflardan hangisinin üzerinde olduğunu belirlemek, yargılama sırasında doğurduğu sonuçlar açısından büyük bir öneme sahiptir. İspat yükü kendisine düşen taraf davaya konu olan iddiaları ispat edecek nitelikte deliller öne sürer ve hâkimde bu delillerin davaya konu olan iddiaları ispatlayacağına inanırsa dava ispatlanmış sayılır. Bu durumda davayı ispat eden taraf lehine hüküm kurulur. Aksi takdirde, ispat yükü kendisine düşen taraf davaya konu olan iddiaları ispat edecek nitelikte deliller öne süremez veya öne sürdüğü delillerle iddiaları ispatladığını hâkime inandıramazsa davayı ispat edememiş sayılır. Böyle bir durumda hâkim, davayı ispatlayamayan taraf aleyhine olacak şekilde hüküm kurar³³.

2. Genel Olarak Mecelle’de İspat Yüğü

İspat yükü, Mecelle’nin birçok maddesinde yer almaktadır. İleriki bölümlerde daha detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz bu maddelerin özünü oluşturan özellikle iki madde Mecelle’nin külli kaidelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddelerden ilki Mecelle’nin 76. maddesidir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Beyyine müdde’i için ve yemin münkir üzerinedir*”³⁴. Yani, ispat davada iddiada bulunan ve yemin ise davadaki iddiaları reddeden taraf üzerindedir³⁵. İslâm ve Osmanlı yargılama hukukunun ispat

³¹ KURU, Baki, İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. B., Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 320.

³² ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 383.

³³ KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. B., Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 484.

³⁴ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle Ta’dilleri ve Gereçleriyle Birlikte), 1. B., Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2017, s. 61; Ali Haydar Efendi, C. I, s. 153.

³⁵ İLHAN, s. 55.

mesesiyle ilgili temellerini oluşturan bu madde aslı itibarıyla aynı lafızlarla rivayet edilen bir hadisten alınmıştır³⁶.

Mecelle'nin 76. maddesi uyarınca bir kimse başka bir kimsede bir miktar borcu olduğunu iddia etse, bu durumda iddiasını usulüne uygun bir ispat vasıtası ile delillendirmelidir. Aksi takdirde maddenin mefhum-u muhalifinden de anlaşılacağı üzere kendisine iddia yöneltilen kişi borçlu olmadığını ispat etme yükü altında bırakılamaz. Ancak alacaklı olduğunu iddia eden kimse bu durumda alacaklı olduğunu ispat etmelidir. Çünkü davaya konu olan alacak iddiası, alacaklı tarafından öne sürülmüştür³⁷. Hukuk davalarında bu durum tam olarak uygulanırken ceza davalarında önemli farklar bulunmaktadır.³⁸

İspat yükü ile ilgili Mecelle'de bulunan temel maddelerden ikincisi Mecelle'nin 77. maddesidir. Söz konusu madde şu şekildedir: "*Beyyine*

³⁶ Buhâri, Rehin, 6; Tirmizi, Ahkâm, 12; İbn Mace, Ahkâm, 7; YILDIRIM, Celal, Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı İbâdât-Muamelat-Feraiz, 5. B., Uysal Kitabevi, Konya 2002, C. IV, s. 447.

³⁷ ŞİMSİRGİL, Ahmet/ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. B., KTB Yayınları, İstanbul 2009, s. 143.

³⁸ Hukuk davalarında Mecelle'nin 76. maddesi tam anlamıyla uygulanmaktadır. Yani mahkemeye açılan bir hukuk davasında beyyine iddiada bulunan tarafın üzerine düşmektedir. İddiada bulunan taraf söz konusu iddiayı ispatlamalıdır. Ancak İslam ceza yargılamasına göre iddiada bulunan taraf, mutlak manada ispat yükü altında değildir. Burada özellikle, Allah haklarıyla ilgili suçlarda ispatın doğrudan iddiada bulunana yüklenmesi büyük sıkıntılara sebep olacağı için dava ile ilgili delil toplama yükümlülüğü yargılamaya yardımcı olan müdde-i umumiye de verilmiştir. Kul haklarıyla ilgili suçlarda ise ispatın sadece iddiada bulunana değil müdde-i umumiyeye de düştüğünü savunan alimler vardır. (ATAR, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, s. 232; BEROJE, Sahip, Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, 1. B., Fecr Yayınevi, İstanbul 2007, s. 79 vd.) Günümüz ceza yargılamasında ise davacı ve davalı tarafın herhangi bir ispat külfeti bulunmamaktadır. Dava ile ilgili delillerin toplanması cumhuriyet savcının görevidir. Zira 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*" Buna göre cumhuriyet savcısı sanığın lehine ve aleyhine olan delilleri toplaması gerekmektedir. (ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. B. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 201 vd.; YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 502 vd.)

*hilâf-ı zahiri isbât için ve yemin aslı ibkâ içindir*³⁹". Yani delil, halihazırda görünen durumun aksini ispatlamak için getirilir; yemin ise o anki asıl durumun devam etmesi için yapılır⁴⁰. Kuşkusuz her bir iddia aslında mevcut duruma karşı bir tezdır. Öne sürülen iddia ispatlanırsa mevcut durum değişecek ve öne sürülen bu iddia doğrultusunda yeni bir hâl ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, mevcut durumun değişip iddia edilen durumun, mevcut durumun yerini alması için iddianın ispat edilmesi şarttır⁴¹. İşte tam da bu yüzden mahkeme huzurunda mevcut durumla çelişen iddiaları ve vakıaları öne süren taraf ispat yükü altına girmektedir⁴².

Mecelle'nin 77. maddesine bir misal vermek gerekirse: Herhangi bir mal satın alan bir kimse satıcıyla yaptıkları sözleşmenin ikrah altında gerçekleştiğini iddia etse ve bunun aksine satıcı ise sözleşmenin rızaya dayalı olarak gerçekleştiğini iddia etse; bu durumda satıcının sözüne itibar edilir. Çünkü sözleşmelerde asıl olan rızadır. Yani sözleşmeler normalde iki tarafın karşılıklı rızasıyla kurulur. Bunun aksine olan iddialar ise asıla muhalif iddialardır. Olayımızda da asıla muhalif olarak sözleşmenin ikrah altında kurulduğunu iddia eden taraf alıcı olduğu için Mecelle'nin 77. maddesine göre alıcı bu iddiasını ispat etmelidir. Aksi takdirde kendisinin iddiası dinlenmez ve sözleşmenin asıla uygun olarak rıza ile yapıldığı kabul edilir⁴³.

³⁹ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 155.

⁴⁰ ŞİMSİRGİL/ EKİNCİ, s. 144; ZEYDÂN, Abdülkerim, El-Veciz İslâm Hukukundaki Fikhî Kaidelerin Şerhi, I. B., Çev. Elvin Baghirova, Asalet Yayınları, İstanbul 2020, s. 192.

⁴¹ ÇELİK, Mustafa, Kavaid-i Fikhiyye Şerhi, I. B., Misak Yayınları, Ankara 2002, s. 342. Beynine, mahkeme huzurunda öne sürülen iddialar ile ortaya çıkan ihtilafı ispat için yapılır. Çünkü bilinen duruma zıt olarak öne sürülen iddialar ispata ve açıklanmaya mecburdur. Ancak görünen ve bilinen bir duruma uygun olan şey asıldır ve bu aslı devam ettirmek için yemin yeterlidir. Bu duruma müfti Kadıhanda şöyle bir fetva vermiştir: "*Bir kimse ki, başkasının fülünü inkâr ederse, yemin etmek üzere söz inkâr edenidir. Zira o inkâr eden asıl olan şeye bağlanmıştır. Ama kendi fülünü iddia eden kimsenin sözü ancak hüccet ve açıklama ile makbul olur.*" Yani kendi iddiasının doğru olduğunu öne süren taraf bunu ispatlamalı ve açıklamalıdır. (ÇELİK, s. 342.)

⁴² BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kâmusu, I. B., Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970, C. I, s. 280; İLHAN, s. 55.

⁴³ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi, I. B., Hikmetevi Yayınevi, İstanbul 2020, s. 196. Bu maddeyle ilgili başka bir misal vermek gerekirse: mahkeme huzurunda bir kadın kocasının kendini boşadığını iddia etse; bu durumun aksine kocası da kadını boşamadığını söylese bu

İspat yükü ile ilgili bu düzenlemelerin istisnası da mevcuttur. Mesela emanet ilişkisi üzerine kurulmuş bir sözleşmede bu madde uygulanmaz. Kendisine bir mal emanet edilmiş kimse, bu mal kendisinden geri istenildiği vakit, söz konusu malı geri teslim ettiğini veya malın kendi kusuru olmadan zayı olduğunu iddia etse, bu durumda emanet alan kişinin sözüne itibar edilir. Emanetçiye mal emanet eden kimse ise emanetçinin iddiasının aksini iddia ederse, bu durumda iddiasını ispat etmelidir. Aslında iade veya zayıllık iddiası asıla muhalif olan bir iddia olduğu için emanetçi iddiasını ispat etmeliydi. Ancak sözleşmenin direk güvene dayalı olarak kurulması böyle bir hükmü zorunlu kılmıştır.⁴⁴

3. Genel Olarak Günümüz Türk Hukukunda İspat Yükü

Günümüz Türk hukukunda ispat yükü temelde iki madde etrafında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesidir. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Bu madde uyarınca davacı veya davalı taraftan her biri mahkeme huzurunda ileri sürdüğü her türlü vakıayı ve iddiayı ispatlamalıdır⁴⁵. Bu madde aslı itibarıyla Mecelle'nin 76. maddesi ile benzerlik göstermektedir. Çünkü her iki maddede de tarafların mahkeme huzurunda öne sürdükleri iddiaları ispatlamaları gerekmektedir⁴⁶. Aksi takdirde taraflar ispat yükünü yerine getirememiş sayılıp dava, hâkim tarafından tarafların aleyhlerine sonuçlanacaktır⁴⁷.

Günümüz Türk hukukunda ispat yükü ile ilgili temelde düzenlenmiş ikinci madde ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinin birinci fıkrasıdır. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”* Bu madde uyarınca hâkim, önüne gelen davada bir belirsizlik ile karşı karşıya kaldığında ispat

durumda kocanın sözüne itibar edilir ve kadından iddiasına delil getirmesi istenir. Çünkü evlilik asıl, boşanma ise daha sonra ortaya çıkan bir durumdur. Bu yüzden evlilik durumunun aksini iddia eden tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. (ŞİMŞİRGİL/ EKİNCİ, s. 144.)

⁴⁴ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 156; YILDIRIM, Mustafa, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, 5. B., Tibyan Yayıncılık, İzmir 2019, s. 167.

⁴⁵ KARSLI, s. 484.

⁴⁶ GÜR, A. Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 3. B., Sebül Yayinevi, İstanbul 1993, s. 150.

⁴⁷ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 383.

yükünün hangi tarafa düşeceğini belirlerken davada öne sürülen vakıaların ve iddiaların hangi taraf lehine hak çıkaracağını tespit eder ve bu tespiti neticesinde ispat yükünün hangi tarafa düşeceğini belirler⁴⁸. Ancak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da kanunda ispat yükü ile ilgili özel bir düzenlemenin bulunmaması gerektiğidir. Böyle bir düzenleme varsa bu durumda düzenlenilen madde ispat yükü için direk uygulanır⁴⁹.

II. İSPAT YÜKÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI

Mahkeme huzuruna getirilen uyuşmazlıklarda dava, tarafların öne sürdükleri iddialar ile başlar ve bu iddiaların çözümlenmesi ile sona erer. Bu yüzden bu iddiaların ispatlanması hem davanın çözümlenmesi hem de hâkim tarafından dava sonucunda verilen hükmün adalete uygun olması için son derece önemlidir. Bunun aksine doğru ve sağlıklı bir şekilde yapılamamış olan ispat faaliyeti dava sonucunda ortaya çıkan hükmü olumsuz etkileyecek ve hatta adaletle çelişen hükümlerin ortaya çıkmasına da sebep olabilecektir. Bu yüzden ispat faaliyetinin kim tarafından yerine getirilmesi gerektiğini belirlemek büyük bir öneme sahiptir. İşte ispat yükünün kim tarafından yerine getirileceğini belirlemede bazı hukuki dayanaklara sahip olmak gerekir. Bu hukuki dayanaklarda Mecelle'nin kökenini oluşturan, İslâm ve Osmanlı hukukunun asli kaynaklarından olan Kur'an-ı Kerim ve sünnettir.

A. KUR'AN-I KERİM

İspat yükünün hukuki delillerini incelemede en önemli kaynak, İslâm ve Osmanlı hukukunun da temel kaynağı olan Kur'an'dır. Kur'an'da yargılama sürecinde kimin ispat yükü altında olacağı açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte belli başlı ayetlerden ispat yükü ile ilgili sonuçlar elde edilebilmektedir.

Kur'an'da ispat hukuku ile alakalı en uzun ayet müdâyene ayeti olarak da bilinen Bakara suresinin 282. ayetidir⁵⁰. Bu ayet bir borç ilişkisinde ispat ile alakalı yapılması gerekenleri anlatmaktadır. Ayette taraflar arasında yapılan sözleşmelerde borç ve alacakların gerektiğinde ispat edilebilmeleri için şahit, rehin ve yazı gibi ispat vasıtaları ile belgelendirilmeleri ve teminat

⁴⁸ TANRIVER, s. 780.

⁴⁹ İspat yükü ile ilgili istisna teşkil eden düzenlemeler için Bkz. TANRIVER, s. 781 vd.; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 375 vd.; KARSLI, s. 488 vd.; KURU, s. 322 vd.; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s. 577 vd.

⁵⁰ Bakara suresinin 282. ayetinin meali için Bkz. KANDEMİR, Mehmet Yaşar/ ZAVALSIZ, Halit/ ŞİMŞEK, Ümit, Âyet ve Hadislerle Açıklamalı Kur'an-ı Kerim Meâlî, 4. B., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2014, C. I, s. 158.

altına alınmaları söylenmiştir. Hem alacaklı tarafın hem de borçlu olan tarafın aralarındaki borç ilişkisini ve sözleşmeyi eksiksiz bir şekilde yazmaları gerektiği ifade edilmiştir. Ayet taraflar arasında oluşan borç ilişkisinde, borcun adil olan bir kâtip yardımıyla iki erkek veya bir erkek iki kadın şahit önünde yazı yoluyla tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca ayet, ileride taraflar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel bir anlaşmazlık durumunda yukarıda bahsi geçen bu usulün, “Allah katında daha doğru, borcu ispat etmek için daha sağlam, şüpheye düşmemeniz için daha uygun⁵¹” olduğunu bizlere bildirmektedir⁵².

Müdâyene ayetinin yanı sıra yetim mallarının, yetime teslimi konusunda: “...Yetimlere mallarını teslim ederken onlar adına şahit bulundurun. Hesap görücü olarak Allah kâfidir.” denilerek bu ayette de hukuki bir işlemde bulunurken ispata önem verilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur⁵³. Ayrıca kişinin normal yaşamında veya yolculuk esnasında, ölüm sıkıntısı ile karşılaşması halinde şayet geride bıraktığı mallarını vasiyet etmek isterse şahit tutması gerektiğini anlatan bir ayet de vardır⁵⁴. İspat ile ilgili diğer bir ayette eşler arasında boşanma durumunda “Boşanan kadınlar iddetlerinin sonuna varınca, onları güzelce tutun, yahut onlardan güzelce ayrılın. İçinizden iki âdil kimseyi şahit tutun. Şahitliği Allah için dosdoğru yapın...” denilerek şahit bulundurmanın önemi vurgulanmıştır⁵⁵.

Hukuk uyuşmazlıkları ile ilgili ispatın ehemmiyetini anlatan bu ayetleri incelediğimizde şu sonuca varıyoruz ki: Kur’an borç ile ilgili uyuşmazlıklarda ve medeni ilişkilerde insanlardan ispat araçlarını önceden hazır bulundurmalarını istemiştir. Kur’an’ın bu şekilde ispat araçlarının uyuşmazlık çıkmadan önce taraflarda bulunmasını istemesi, ileride bir anlaşmazlık durumu olursa, davacının davasında ispat yükü altında

⁵¹ KANDEMİR, Mehmet Yaşar/ ZAVALSIZ, Halit/ ŞİMŞEK, Ümit, C. I, s. 158.

⁵² KAHRAMAN, Abdullah, “Müdâyene Ayetinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 4, Y. 2000, s. 195, http://isamveri.org/pdfdrg/D01956/2000_4/2000_4_KAHRAMANA.pdf, E.T. 19.09.2020.

⁵³ Nisa suresi, 6. ayet.

⁵⁴ Mâide suresi, 106. ayet: “Ey iman edenler! Birinize ölüm gelip çattığında, vasiyet ederken, içinizden iki adil kişiyi; şayet ölüm derdi sizi yolculuk sırasında yakalarsa sizden olmayanlardan iki kişiyi vasiyetinize şahit tutun...” (KANDEMİR, Mehmet Yaşar/ ZAVALSIZ, Halit/ ŞİMŞEK, Ümit, C. I, s. 406.

⁵⁵ Talak suresi, 2. ayet. ALTUNTAŞ, Halil/ ŞAHİN, Muzaffer, Kur’an-ı Kerim Meâli, 12. B., Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2011, s. 629.

olacağına en açık delillerden biridir. Ayrıca hukuk davalarıyla ilgili olarak Allah'ın yazı veya şahitle taraflar arasında oluşan ilişkileri belgelendirme isteği Kur'an'ın hukuki davalarda ispat yükünü öngördüğüne delildir⁵⁶.

B. SÜNNET

İspat yükünün hukuki delillerini incelemede en önemli ikinci kaynak, İslâm ve Osmanlı hukukunun temel kaynaklarından biri olan sünnettir. Sünnette yargılama sürecinde kimin ispat yükü altında olduğu Kur'an'a nazaran daha açık bir şekilde ifade edilmektedir.

Sünnette ispat yükü ile ilgili olarak en başta gelen hadis Hz. Peygamber'den rivayet edilen şu sözdür: *“Beyyine davacı üzerine, yemin de davalı üzerine düşer⁵⁷.”* Daha önce bahsi geçen ve Mecelle'nin 76. maddesi olan *“Beyyine müdde'î için ve yemin münkir üzerinedir.”* hükmü de Hz. Peygamber'in bu hadisten esinlenerek hazırlanmıştır⁵⁸. Bu hadisten çıkarılacak en önemli sonuç ispat yükünün davacı üzerine olduğudur⁵⁹. Mahkeme huzurunda iddialarda bulunan davacı bu iddialarını ispat etmelidir. Eğer ispat edemezse hadisin devamında zikredildiği üzere davalıya yemin etmesi teklif edilir⁶⁰.

İspatın önemi ve ispat yükü ile ilgili bir diğer hadis de Hz. Peygamber'den rivayet edilen şu sözdür: *“Eğer insanlara sırf iddialarıyla (delil olmadan) talep ettikleri verilseydi, insanlar başkalarının kan ve mallarını istemeye kalkarlardı. Ancak iddia sahibine beyyine gerekmektedir. İddiayı inkâr edene de yemin gerekmektedir⁶¹.”* Hadisten de anlaşılacağı üzere ispat insanlar arasında ortaya çıkan ve mahkemeye taşınan uyuşmazlıklarda son derece önemli bir yeri haizdir. Çünkü mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıklarda taraflardan iddialarını ispatlamasını istemeseydi insanlar birbirlerinin *“kan ve mallarını”* talep etmeye başarlardı. Hz. Peygamber hadisin devamında ise iddia sahibinin öne

⁵⁶ BEROJE, s. 72, 73.

⁵⁷ Buhâri, Rehin, 6; Tirmizi, Ahkâm, 12; İbn Mace, Ahkâm, 7.

⁵⁸ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 153.

⁵⁹ Davacı bu hadise göre sadece dava açarak iddia ettiği hakkı alamaz. Çünkü davacının iddiası doğru veya yalan olma ihtimali taşımaktadır. Olasılıklı olan böyle bir durum da davaya delil olamaz. Bu yüzden davacı sadece iddialarına delil getirerek davaya konu olan hakkı elde edebilir. (SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, Mebsût, 1. B., Ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008, C. XVII, s. 268.)

⁶⁰ ÇELİK, s. 338.

⁶¹ Buhari, Rükûn, 6; Müslim, Akdiye, 2; Ebu Davud, Akdiye, 3; Tirmizi, Ahkâm, 13.

sürdüğü iddiaları ispatlaması gerektiğini vurgulamaktadır. İddiayı inkâr eden tarafın da yemin etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶².

İspat yükü ile ilgili bir diğer hadis de şu şekildedir: “Eş’as b. Kays adlı bir sahabe, kendisiyle bir Yahudi arasında, münazaalı bir arazinin olduğunu ve Yahudi’nin hakkını inkâr ettiğini söyledi. Yahudi’yi Hz. Peygamber’e götürdüğünde Hz. Peygamber ona “Beyyinen var mı?” dedi. Eş’as b. Kays’da beyyinesinin olmadığını ifade edince; Hz. Peygamber, Yahudi’ye “Yemin et” dedi. Bunun üzerine Eş’as b. Kays “Ya Rasûlullâh o zaman yemin eder ve benim malımı alıp götürür” dediyse de Hz. Peygamber ona “Senin bundan başka yapabileceğin bir şey yoktur.” şeklinde cevap vermiştir⁶³.” Bu hadis ve diğer hadisler neticesinde ispat yükünün mahkeme huzurunda iddiayı öne süren tarafa ait olduğu açıktır. Yani bu hadislere göre bir kimsede hakkı olduğunu iddia eden kişinin, o hakkına sahip olabilmesi için ya bir delil getirmesi ya da davalının yapacağı yemine rıza göstermesi gerekir⁶⁴.

III. MECELLE’DE İDDİALAR KARŞISINDA TARAFLARIN DURUMU

Yargılama hukukunda mahkeme önüne gelen davalarda taraflar birbirleri aleyhine birçok iddiada bulunabilir. Bu iddiaların bir kısmı doğru iken bir kısmı da yanlıştır. Burada önemli olan kendi aleyhine iddiada bulunulan kimselerin kanunlar tarafından korunmasıdır. İspat ve ispat yükü kavramlarının da değeri zaten tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü insanlar ispat yükü altına girmeden birbirleri aleyhine iddialarda bulunsalar ve bu iddiaları da kabul görse bu durumda toplumda kaos ortamı baş göstermeye başlayacaktır. Yargılama hukuku tam bu noktada olaya müdahale eder ve iddialar karşısında savunmasız kalan kimseleri kendilerine karşı yöneltilen iddialardan korur. Mecelle’nin de tarafların iddiaları karşısında savunmasız kalan bu kimseleri koruyucu hükümleri mevcuttur.

A. TARAF KAVRAMI

Mecelle’nin mahkeme huzurunda, iddialar karşısındaki tarafların durumuna ilişkin aldığı önlemlere geçmeden önce taraflara bakış açısına değinmekte fayda vardır. Mecelle, 1613. maddesinde dava ve davaya konu olan tarafların durumundan şu şekilde bahseder: “*Da’vâ, bir kimse diğer kimesneden huzûr-ı hâkimde hakkını talep etmektedir. Ol kimseye müdde’î ve*

⁶² CANAN, İbrahim, Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Akçağ Yayınları, İstanbul 1995, C. XIII, s. 456.

⁶³ Buhari, Ahkam, 19; Müslim, Eyman, 220.

⁶⁴ BEROJE, s. 78, 79.

ol kimesneye müdde'â aleyh denilir⁶⁵.” Yani, dava bir kimsenin diğer bir kimseden hâkimin huzurunda hakkını talep etmesidir. O kimseye davacı (müddei) ve diğer kimseye de davalı (müdde'â aleyh) denilir⁶⁶.

Mahkeme huzurunda açılan davada iki taraf bulunup bunlar davacı ve davalı taraflardır⁶⁷. Tarafları bu şekilde ayırmak, hangi tarafın hak sahibi hangi tarafın ise borç altına gireceğini belirleme açısından önem arz eder. İslâm ve Osmanlı hukukunda da bu ayırım birçok farklı yönden incelenmiştir. Bir ayrıma göre davacı, husumetini terk ettiğinde hakkını talep etmeye zorlanamayan kimsedir. Davalı ise husumeti terk ettiğinde kendisine yöneltilen hakka daha sonra zorlanabilen kimsedir⁶⁸. Yani davacı, mahkeme huzurunda açtığı davayı bıraktığında davaya devam etmeye zorlanamazken davalı ise zorlanabilir.

Davacı ve davalı ayrımının bir diğer ölçüsü de tarafların iddiaları ve inkârları üzerinden değerlendirilir. Genel olarak, iddia kastında bulunan taraf davacı olurken, inkâr kastında bulunarak savunma yapan taraf ise davalı olmaktadır. Buna göre mesela, bir kimse başka bir kimsede hakkı olduğunu iddia etse ve hakkı olduğunu iddia ettiği kişi de bu hakkı inkâr etse bu durumda başkasında hakkı olduğunu iddia eden taraf davacı iken, kendi aleyhinde hak iddiasında bulunulan ve bu iddiayı inkâr eden taraf ise davalıdır⁶⁹. Ancak davacı ve davalı sıfatları her iki taraf için de dava süresince sabit olmaz. Davacı mahkemede hak iddiasında bulunan, davalı ise kendisi aleyhinde iddiada bulunulan taraf olduğu için yeni iddialar ve karşı iddialar olduğu sürece davacı ve davalı sıfatları yer değiştirebilir⁷⁰.

Davacı ve davalı ile ilgili bir diğer ayırmada mevcut durumun taraflar tarafından kabulü ve inkârına dayanır. Davacı, mevcut durumun aksini öne süren taraftır. Davalı ise mevcut duruma tutunan taraftır. Buna göre mesela,

⁶⁵ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2813.

⁶⁶ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 4. B., Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2016, s. 383; Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, s. 993.

⁶⁷ ATALI/ERMENEK, s. 130.

⁶⁸ ATAR, Fahrettin, “Mürâfaa”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, İstanbul 1994, s. 39, <https://islamansiklopedisi.org.tr/dava--fikih>, E.T. 14.08.2020; Hacı Reşid Paşa, C. VII, s. 173.

⁶⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 250; BAĞDATLI, s. 150; YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 167.

⁷⁰ YAVUZ, Cevdet, “Dâva”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006, s. 12, <https://islamansiklopedisi.org.tr/murafaa>, E.T. 14.08.2020

bir kimse bir başkasında malı olduğunu iddia etse ve söz konusu malı elinde bulunduran taraf bu iddiayı reddetse bu durumda malı elinde bulundurmeyen taraf mevcut durumun aksini iddia ettiği için davacı olarak kabul edilirken malı elinde bulunduran taraf mevcut durumu savunduğu için davalı olarak kabul edilir⁷¹.

B. İDDİALAR KARŞISINDA TARAFLARIN DURUMU

Yargılama hukukunda Mecelle'nin esas aldığı düstur; aleyhine delil olmadığı müddetçe şüphe ile bir kimsenin hakkına dokunulamayacağı ve borç altına sokulamayacağıdır. Bu düstur Mecelle'nin tamamına hâkim olmuş bir şekilde karşımıza birçok maddede çıkmaktadır.

İspatlanmadığı müddetçe şüphe ile bir kimsenin hakkına dokunulamayacağı özellikle Mecelle'nin 4. maddesinde şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “Şek ile yakîn zail olmaz⁷².” Yani, şüphe hâli kesin bilgiyi ortadan kaldırmaz⁷³. Ayrıca Mecelle'nin 5. maddesinde de bir önceki maddeye benzer bir tutum sergilenecek şu şekilde bir kural koyulmuştur: “Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalmazı asldır⁷⁴.” Yani, bir şeyin bulunduğu hal üzerine devam ettiği kabul edilir⁷⁵. İnsanların birbirlerine karşı yönelttikleri iddialar ortaya bazı şüpheleri çıkartsa da bu şüphe durumu insanların mevcut durumunu etkileyemez. Mesela bir kimsenin borçlu olduğu kesinleşmeden, üzerine yöneltilen iddialar sebebiyle oluşan şüpheden dolayı borçlu kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü kişinin üzerinde bulunduğu hâl borçlu olduğu ispatlanmadığı için borçsuzluk hâlidir. Kişiyeye yöneltilen bu iddiaların mutlak surette ispat edilmesi şarttır. Ancak bu ispat neticesinde şüphe durumu ortadan kalkıp iddiaların yöneltildiği kişi borçlu kabul edilebilir⁷⁶.

⁷¹ YAVUZ, s. 12; YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 168.

⁷² Ali Haydar Efendi, C. I, s. 49.

⁷³ İLHAN, s. 47.

⁷⁴ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 51.

⁷⁵ ÖZTÜRK, Osman, Mecelle'nin Küllî Kâideleri İlk 100 Madde, 1. B., Rağbet Yayınları, İstanbul 2019, s. 20.

⁷⁶ YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 39. Bu durumun aksinin yaşanması da elbette mümkündür. Mesela bir kimsenin ikrarıyla veya mahkeme huzurunda ispat edilmek suretiyle borçlu olduğu kesinleşirse bu durumda şüphe hâli ortadan kalkmakta ve kişi için borçluluk hâli asıl kabul edilmektedir. Söz konusu borçluya alacaklı borcunu ödemesi için bildirimde bulursa ve borçlu olan kişi de borcu ödediğini veya alacaklının kendisini ibra ettiğini öne sürerek borcu ödemekten kaçınsa bu durumda yaşanan vakiyatı ispatlaması gereken taraf borçludur. Çünkü Mecelle'nin 4. ve 5. maddeleri gereği alacaklının alacağı daha önceden ispat

Söz konusu maddeler ile ilgili önemli olan bir diğer husus da daha önce zikrettiğimiz Mecelle’nin 76. maddesindeki “*Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir.*” ifadesinin bu maddeler ile olan ilişkisidir. Mecelle’nin 4. ve 5. maddelerinde, kendisine yöneltilen iddialardan dolayı oluşan şüpheyle hakkı etkilenmeyen ve borç altında olduğu kabul edilmeyen kişiler, mahkeme huzurunda kendilerine yöneltilen iddiaları inkâr ettiği için Mecelle’nin 76. maddesine binaen sadece yemin ederek üzerlerinde oluşan şüpheyi ortadan kaldıracılabilmektedirler. Bunun aksine iddiada bulunan tarafın ise ispat yükü altına girerek iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. Bu suretle Mecelle, kendi aleyhine iddiada bulunulan kimseleri, oluşturduğu kurallar sayesinde korumaktadır⁷⁷.

Mecelle’de kişilerin masumluluğu ve borçsuzluğunun asıl olmasıyla ilgili iki önemli madde yer almaktadır. Bunlardan ilki Mecelle’nin 8. maddesi olan şu maddedir: “*Berâet-i zimmet asıldır*⁷⁸.” Yani, kişinin borçlu olmaması asıldır⁷⁹. İkincisi ise Mecelle’nin 9. maddesi olan şu maddedir: “*Sıfat-ı ârizada asl olan ademdir*⁸⁰.” Yani, sonradan ortaya çıkan sıfatlarda esas olan o sıfatın yokluğudur⁸¹. İnsanlar doğduklarında her türlü sorumluluktan ve borçtan uzaktırlar. İnsanların bu borçsuzluk ve sorumsuzluk hallerinin ortadan kalkıp borç ve sorumluluk altına girmeleri, doğumlarından sonra oluşan ve sonradan ortaya çıkan sıfatlarıdır. Sonradan ortaya çıkan bu durumlarda da ispat edilmedikleri sürece yoklukları asıldır⁸². Mesela bir kimse, mahkeme huzurunda diğer bir kimseden alacağı olduğunu iddia ederse bu durumda iddiada bulunan taraf bu alacağını ispat etmediği müddetçe kendisine iddia yöneltilen taraf borçlu sayılmaz. Çünkü kişiler için borçsuzluk asıldır ve kişiler aleyhine sonradan çıkan borçluluk gibi sıfatlar ispatlanmadığı müddetçe yok kabul edilir. Başka bir açıdan bir kimse başkası hakkında, o kişinin kendisini gasp ettiğini, malını telef ettiğini veya

edildiği için borçlunun asıl hâli artık değişmiştir. Bu durumda alacaklının alacağının olmadığı ispat edilmediği müddetçe borçlunun borçluluk durumu asıl kabul edilir. (ŞİMŞİRGİL/ EKİNCİ, s. 94; YILDIRIM, Mecelle’nin Küllî Kâideleri, s. 39.)

⁷⁷ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 153 vd.; Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, s. 193 vd.

⁷⁸ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 56.

⁷⁹ İLHAN, s. 47.

⁸⁰ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 58.

⁸¹ ÖZTÜRK, s. 22.

⁸² ZEYDÂN, Abdülkerim, İslâm Hukukuna Giriş, 1. B., Çev. Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2017, s. 136.

kendisiyle bir akit imzaladığını iddia etse ve karşı taraf da bu iddiaları reddetse bu durumda iddiada bulunan taraf iddiasını ispat etmediği sürece karşı taraf borçlu veya sorumluluk altında kabul edilemez. Çünkü iddia edilen sıfatlar için asıl durum yokluktur⁸³.

Aksine delil olmadığı müddetçe insanların haklarına dokunulamayacağına veya sorumluluk altında bırakılamayacaklarına ilişkin maddelerden bir diğeri de Mecelle'nin 10. maddesidir. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir zemânda sabit olan şeyin, hilâfına delil olmadıkça, bekasıyla hükmolunur*⁸⁴.” Yani, sabit olan bir şeyin durumu, aksine bir delil olmadığı müddetçe olduğu gibi devam eder⁸⁵. Bir başka açıdan, bir şeyin, geçmişte gerçekleştiği kesin olarak biliniyorsa, bunun aksini iddia edenler iddialarını delillendirmedikçe o şeyin durumu eskisi gibi devam eder. Bunun yanı sıra, bir şeyin, şu andaki durumu biliniyorsa aksine bir delil olmadığı müddetçe geçmişteki hâlinin de şimdiyle aynı olduğu kabul edilir⁸⁶. Mesela bir arazinin mülkiyetine geçmişten beri sahip olduğu bilinen kimseye, arazi üzerinde başka bir kişinin hak iddiasında bulunması durumunda eğer hak iddiasında bulunan kişinin delili yoksa geçmişteki durumun devam ettiğine hükmedilir⁸⁷.

Mecelle'nin ilgili maddelerinde de görüldüğü üzere iddialar karşısında taraflar, belli başlı kurallar ile korunmaktadır. Bu durumun ispat yükü ile ilişkisi daha önce de bahsettiğimiz üzere, iddialar karşısındaki davalı tarafın ispat yükü altına girmeden sadece yemin ile kendini savunabilme hakkıdır. Bunun aksine iddiada bulunan tarafın ise, ispat yükü üzerine düşmekte ve iddiasını ispatlayamazsa da davalı herhangi bir borç ya da sorumluluk altına girmemektedir⁸⁸.

IV. MECELLE'DE YARGILAMANIN AŞAMALARINA GÖRE İSPAT YÜKÜ

İslâm ve Osmanlı hukukunda yargılamanın aşamaları ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş ve bu doğrultuda mahkeme huzurunda yargılama

⁸³ YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 44-47.

⁸⁴ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 61.

⁸⁵ İLHAN, s. 47.

⁸⁶ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, s. 59.

⁸⁷ Ahmed Ziya Efendi, İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliye Şerhi), 1. B., Ed. Ali Osman Koçkuzu, Esra Yayınları, İstanbul 1996, s. 50; ŞİMŞİRGİL/EKİNCİ, s. 97.

⁸⁸ Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, s. 56.

gerçekleştirilmiştir. Mecelle'de de yargılamanın aşamaları birçok maddede detaylı bir şekilde bulunmaktadır⁸⁹.

Dava, davacı tarafın hâkime yazılı veya sözlü başvurusu ile başlar⁹⁰. Mecelle'ye göre hâkim, taraflar arasında gerçekleşecek yargılamayı açık bir şekilde yürütür. Ancak hâkim hükmünü açıklamadan önce dava için nasıl bir karar vereceğini açıklamaz⁹¹. Taraflar yargılanmak üzere hâkimin önüne geldiklerinde; hâkim, Ebu Yusuf'a göre hangi tarafın davacı olduğunu sorduktan sonra, davacıya davasını anlattırır. Davacının öne sürdüğü iddialar ve anlattığı olaylar kâğıt üzerine kaydedilir. Eğer dava davacı tarafından hâkim huzuruna çıkmadan önce yazılı olarak kayıt altına alınmışsa bu durumda kayda alınanlar davacıya tasdik ettirilir⁹².

Hâkim, davacının iddialarının ve anlattığı vakıaların tam olarak ortaya koyulmasını sağladıktan sonra davacının davasını incelemeye başlar. Burada üç ihtimal karşımıza çıkmaktadır. İlk ihtimal; davacının açtığı dava, bir davayı açmak için gerekli olan şartları taşımadığı için fasit bir dava olup tashihi de mümkün değildir⁹³. Bu durumda davalının isticvabına lüzum da yoktur. Çünkü ortada mahkeme tarafından görülecek bir dava da yoktur. Bu yüzden hâkim, davacıya davasının fasit olduğunu ve dinlenilemeyeceğini belirtir ve davacıyı mahkemedен meneder. İkinci ihtimal, davacının açtığı dava, bir davayı açmak için gerekli olan şartları taşımadığı için fasit bir dava olup ancak tashihi mümkündür. Bu durumda hâkim, davacıya davasını tashih etmesini ve eksiklikleri gidermesini ister. Davacı davası üzerindeki eksiklikleri gidermeden davalının isticvabı söz konusu değildir. Davacı davasını tashih ederse davanın görülmesine devam edilir. Üçüncü ihtimal ise davacının açtığı davanın, bir davayı açmak için gerekli olan şartları taşıdığı

⁸⁹ Mecelle'deki yargılamanın aşamalarına ait maddeler 1815. ve 1828. maddeler arasında yer almaktadır. (Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3284 vd.)

⁹⁰ CİN, Halil/ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 1. B., Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017, s. 379.

⁹¹ Mecelle, md. 1815; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3284.

⁹² Mecelle, md. 1816; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3284, 3285; Türzkâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi İlhan, s. 1157.

⁹³ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3285, 3286. Mahkeme huzurunda açılacak davanın sıhhat şartlarını haiz olması zorunludur. Bu şartlardan birinin yokluğunda dava fasit (batıl) kabul edilir. Mahkeme huzurunda açılacak davanın sıhhat şartları için Bkz.ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, 1. B., Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, Risale Yayınevi, İstanbul 1994, C. VIII, s. 262 vd.

için sahih olmasıdır. Bu durumda yargılama sorunsuz bir şekilde yapılır⁹⁴. Dava hâkimin, davalıya kendisine yöneltilen iddialar için ne diyeceğine sormasıyla birlikte mahkeme huzurunda başlar⁹⁵.

Mecelle'ye göre yargılamanın başlamasıyla birlikte ispat yükünün üç durumda karşımıza çıktığını görmekteyiz. Ana eksen olarak davalının davadaki tutumuna göre bu durumlar önümüze çıkmaktadır. Bunlardan ilki davalının kendisine yöneltilen iddialar için ikrarda bulunması durumudur. İkincisi davalının iddiaları inkârı halinde davacıdan beyyine istenmesi durumudur. Üçüncüsü ise davalıya yemin teklif edilmesi durumudur⁹⁶. Bu durumların ispat yükü üzerindeki etkisini inceleyeceğiz.

A. DAVALININ İKRARDA BULUNMASI DURUMU

Mecelle'ye göre sahih bir şekilde açılan davada hâkim, davacının öne sürdüğü iddiaları ve vakıaları davalıya yöneltir. Hâkim davalıya söz konusu iddialar ve vakıalar için ne söyleyeceğini sorar. Bunun üzerine davalı, davacının öne sürdüğü iddiaları ikrar edebilir⁹⁷. Bu durumda hâkim davalıyı ikrarı ile bağlı tutar⁹⁸.

Davalının kendisi aleyhine yöneltilen iddiaları ikrar etmesi durumu, ispat yükü açısından çok önemli bir yeri haizdir. Zira davalının muteber bir şekilde yapılmış ikrarı⁹⁹ neticesinde davacının ispat yükü altına girmesine gerek yoktur. Yani davalının ikrarı neticesinde hâkim ayrıca davacının davayı ispatlamasını istemez. Çünkü ikrarın davalı tarafından açık ve seçik

⁹⁴ Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, s. 1157.

⁹⁵ Mecelle, md. 1816; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3285, 3286.

⁹⁶ CİN/ AKGÜNDÜZ, s. 380.

⁹⁷ Mecelle, md. 1572; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2722. İkrar, sözlük anlamı itibarıyla “*ispat etmek, sabit kılmak, durdurmak, itiraf etmek, haber vermek*” anlamlarına gelen Arapça kökenli bir kelimedir. İkrarın terim anlamı ise, bir kimsenin kendisinde bulunan ve başkasına ait olan bir hakkı haber vermesidir. Mesela bir kimsenin başka bir kişiye borcu olduğunu itiraf etmesi bir ikrardır. (ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s. 396 vd.; BİLMEN, Fıkıh İlmi& İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, s. 109; KOCA, Ferhat, “İkrar”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, İstanbul 2000, s. 38, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrar--fikih>, E.T. 13.08.2020.)

⁹⁸ Mecelle, md. 1817; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3287.

⁹⁹ İkrarın şartları ve ikrar ile ilgili geniş malumat için Bkz. Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2721 vd.; ZUHAYLİ, C. VIII, s. 348.

yapılması durumunda hâkimin ikrara dayanarak hüküm vermesi fakihlerin çoğunluğu tarafından vacip olarak kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Davalının ikrarda bulunması neticesinde hâkimin, ikrara dayanarak hüküm vermesi ile ilgili bir diğer maddede Mecelle’nin 79. maddesidir. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kişi ikrarıyla muahze olunur*¹⁰¹.” Yani, kişi ikrarından dolayı sorumlu tutulur¹⁰². Hukuken sahih ve anlaşılır bir şekilde yapılan ikrar, hâkim tarafından tekzip edilmediği müddetçe, ikrar eden kişinin aleyhine delil teşkil eder¹⁰³. Çünkü ikrar aslı itibarıyla sahibi için bağlayıcı bir delildir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere normalde iddia sahibi olan davacı, mahkeme huzurunda iddiası için ispat yükü altına girmektedir¹⁰⁴. Ancak davalının ikrarda bulunması durumunda yapılan ikrar, hâkim tarafından tekzip olunmadığı müddetçe davaya hüküm olarak kabul edileceği için davalıdan ayrıca bir delil istenmez¹⁰⁵.

İkrarın ispat yükü üzerine olan etkisi ile ilgili bir diğer madde de Mecelle’nin 78. maddesidir. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsıradır*¹⁰⁶.” Yani, beyyine kendisiyle ilgisi olanların tümünü, ikrar ise sadece ikrar edeni bağlar¹⁰⁷. Beyyine bir ispat vasıtası olması itibarıyla objektif ve geneldir. Ancak hâkimin onayıyla muteber bir delil olma değerine ulaşır¹⁰⁸. Hâkimin ise genel bir velayet yetkisi olması sebebiyle verdiği karara dayanan beyyinenin

¹⁰⁰ ZUHAYLİ, C. VIII, s. 277.

¹⁰¹ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 160.

¹⁰² İLHAN, s. 55.

¹⁰³ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2756. Mecelle’nin 1587. maddesine göre kişi ikrarından dolayı sorumlu tutulur ve sadece hâkimin, ikrarı gerçek dışı bulmasından dolayı tekzip etmesiyle birlikte ikrar geçersiz kabul edilir. (Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2756.)

¹⁰⁴ ATAR, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, s. 232.

¹⁰⁵ ŞİMŞİRGİL/ EKİNCİ, s. 146; YILDIRIM, Mecelle’nin Küllî Kâideleri, s. 170.

¹⁰⁶ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 156.

¹⁰⁷ İLHAN, s. 55. Beyyine için kullanılan müteaddiye kelimesi sözlükte “sirayet eden, tecavüz eden” manasında kullanılmaktadır. Bu yüzden beyyine usulüne uygun bir şekilde yapıp hâkim tarafından da kabul edildiği için ilgili olanların tümünü etkiler. İkrar için kullanılan kâsıra kelimesi ise sözlükte “başkasına tecavüz etmeyen, sınırlı” manasında kullanılmaktadır. Bu yüzden ikrar usulüne uygun bir şekilde yapıp hâkim tarafından da tekzip edilmediği müddetçe sadece ikrarı yapan kişiyi bağlar. (ÇELİK, s. 344, 345)

¹⁰⁸ ŞİMŞİRGİL/ EKİNCİ, s. 145.

sadece davaya konu olan kişilere değil beyyineden etkilenen dava dışındaki kişilere de etkisi söz konusudur. Bunun aksine ikrar, sadece kendisini yapan kişi hakkında delil olur ve başkalarına sirayet etmez. Çünkü usulüne uygun bir şekilde yapılmış ikrar, ayrıyeten hâkimin tekzibi olmadığı müddetçe, mahkeme kararına bağlı olmadan delil vasfı taşır. İkrarda bulunan kişinin velayeti de sadece kendi üzerine olduğu için, karara dayandırılan ikrarda sadece ikrarda bulunan kişiyi etkiler¹⁰⁹.

Beyyinenin ilgili herkesi, ikrarın ise sadece ikrarda bulunanı bağlayacağıyla ilgili maddeye bir misal vermek gerekirse: Bir kimse, miras malından alacağı olduğunu iddia edip bunu da miras mallarına varis olanlardan birine açacağı davada öne sürerse ve bu iddiasını da beyyine ile ispat ederse bu durumda hüküm diğer varislere de sirayet eder. Miras malında hakkı olan diğer varisler davacıdan kendileri için de iddiasını ispatlamasını isteyemezler. Davacı mahkemeye getirdiği ve hâkimin onayından geçen beyyineye dayanarak diğer mirasçılardan da alacağını alır. Böylece diğer varislere karşı davacının ispat yükü ortadan kalkmış olur. Ancak davacının iddiaları beyyineye değil de davayı açtığı varisin ikrarına dayansaydı bu durumda davacının alacağı sadece ikrarda bulunan varisin terekeden alacağı paydan tahsil edilirdi. Davacı, diğer varislere açacağı davada iddialarına delil olarak önceden elde ettiği ikrarı getiremezdi. Bu yüzden de davacının ispat yükü diğer varisler için hâlâ devam etmektedir¹¹⁰.

B. DAVALININ İNKÂRDA BULUNMASI DURUMU

Mecelle'ye göre mahkeme huzurunda açılan bir davada davacı hâkim tarafından dinlenir ve iddialar belirlendikten sonra davalıya iddialar karşısındaki fikri sorulur. Bu durumda davalı kendisine yöneltilen iddiaları ikrar ederse daha önce de zikrettiğimiz üzere hâkim bu ikrarıyla davalıyı bağlı tutar ve buna uygun olarak davayı karara bağlar. Ancak davalı kendisine yöneltilen iddiaları ikrar etmeyip doğrudan inkâr ederse bu durumda karşımıza davalının inkârına bağlı olarak iki farklı durum çıkmaktadır. Bunlardan ilki davalının kendisine yöneltilen iddiaları

¹⁰⁹ Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, s. 198, 199; YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 168.

¹¹⁰ Mecelle, md. 1642; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2889 vd.; Hacı Reşid Paşa, C. VII, s. 201 vd.; YILDIRIM, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, s. 168; Türközâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, s. 1017 vd.

tamamen reddetmesi durumudur¹¹¹. İkincisi ise davalının kendisine yöneltilen iddiaları karşı iddia yönelterek reddetmesi durumudur¹¹².

1. Davalının İddiaları Tamamen Reddetmesi Durumu

Davalı, mahkeme huzurunda kendisi yöneltilen iddiaları tamamen reddederse bu durumda hâkim davacıdan iddialarını ispat edecek deliller ister¹¹³. Davalının kendisine yöneltilen iddiaları doğrudan inkâr etmeyip de hâkim tarafından kendisine fikri sorulunca evet veya hayır gibi bir ifade kullanmadan susmakta ısrar etmesi de davayı tamamen inkâr olarak kabul edilir. Bunun yanı sıra davalı hâkim tarafından kendisine fikri sorulunca ikrar da etmem inkâr da etmem diyerek karşılık verirse bu durumda da davalı kendisine yöneltilen iddiaları tamamen inkâr etmiştir. Her iki durumda da davayı ispat yükü iddiaları öne süren davacının üzerine bırakılmıştır¹¹⁴.

Mecelle’ye göre ispat yükü üzerine düşen davacının davasını ispat vasıtaları ile ispatlaması gerekmektedir. Davacı davasını genel olarak Mecelle’de geçtiği üzere üç ispat vasıtası ile ispatlayabilir. Bunlardan ilki olan şahitlik, esas itibarıyla bir kimsenin diğer bir kimsede olan hakkını mahkeme huzurunda, tarafların önünde şahitlik ederim diyerek bildirmesidir¹¹⁵. Şahitlik yapılırken Mecelle’nin belirlemiş olduğu şahitlerde aranan şartlara, nisap miktarına ve şekil şartlarına dikkat edilmesi gerekmektedir¹¹⁶. Şahitliğin yanı sıra davacının, üzerine düşen ispat yükünü

¹¹¹ Mecelle, md. 1817; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3287; MAVSİLİ, Abdullah b. Muhammed, el-İhtiyar li-Ta’lil’i-Muhtâr-Delilleriyle Hanefî Fıkhı, 1. B., Çev. Mehmet Keskin, Ravza Yayınları, İstanbul 2019, C. II, s. 163.

¹¹² Mecelle, md. 1823; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3315.

¹¹³ Mecelle, md. 1817; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3287; MERGİNANİ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir, Hanefiler İçin İslam Fıkhı& El-Hidaye Tercümesi, 1. B., Çev. Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul 2018, C. III, s. 277.

¹¹⁴ Mecelle, md. 1822; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3314, 3315; YAMAN, Ahmet/ÇALIŞ, Halit, İslam Hukuku, 1. B., Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara 2018, s. 125.

¹¹⁵ Mecelle, md. 1684; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2988; APAYDIN, H. Yunus, “Şahit”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul 2010, s. 278, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sahit>, E.T. 13.08.2020.

¹¹⁶ Şahitlik ve şahitliğin şartları hakkında geniş malumat için Bkz. Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2978vd.; ZUHAYLİ, C. VIII, s. 301 vd.

yerine getirebilmek için yazılı delil de getirebilme hakkı vardır¹¹⁷. Bunun yanı sıra davacı davasını ispatlayabilmek için kesin karine de getirebilir¹¹⁸.

Davacı üzerine düşen ispat yükünü yerine getirirse hâkim davayı davacı lehine sona erdirir. Ancak davacı üzerine düşen ispat yükünü yerine getiremediği durumda ise daha önce bahsettiğimiz üzere ispat yükü bir sorumluluk olmadığı için davayı ispata zorlanamaz¹¹⁹. Bu yüzden davalıya yemin teklif edilmesi gündeme gelir¹²⁰.

2. Davalının İddiaları Karşı İddia Yönelterek Reddetmesi Durumu

Davalı, mahkeme huzurunda kendisine yöneltilen iddiaları tamamen reddetmek yerine karşı iddia yönelterek de reddedebilir. Bu durumda davalı için yapılacak işlem daha önce anlattığımız davacı için yapılacak işlem ile aynıdır. Çünkü böyle bir durumda davacı ve davalı sıfatları yer değiştirmektedir¹²¹.

Davalının kendisine yöneltilen iddiaları karşı iddia öne sürerek reddetmesi durumunda ilk olarak hâkim, davacıya davalının iddiaları hakkında ne söyleyeceğini sorar. Burada davacı karşı iddiayı ikrar ederse ikrarından sorumlu tutulur ve hâkim, davayı davacının ikrarı doğrultusunda karara bağlar¹²². Ancak davacı karşı iddiaları inkâr ederse bu durumda hakîm davalıdan beyyine talep eder. Görüldüğü üzere davalının karşı iddiaları sonucunda davacı ve davalı taraf yer değiştirdiği için ispat yükü artık davalının üzerine kalmıştır. Davalının karşı iddiasını mahkeme huzurunda ispat vasıtalarını kullanarak ispat etmesi gerekmektedir. Şayet ispat yükü üzerine kalan davalı karşı iddiasını ispat edemezse bu durumda davalı için geriye sadece davacıya yemin teklif etme durumu kalmıştır. Davacı yemin etmekten kaçınırsa davalı karşı iddiasını ispatlamış sayılır ve dava hâkim tarafından buna göre sonuçlandırılır. Ancak davacı yemin ederse

¹¹⁷ Yazılı delil ve yazılı delilin şartları hakkında geniş malumat için Bkz. Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3128 vd.

¹¹⁸ Kesin karine ve kesin karinenin şartları hakkında geniş malumat için Bkz. Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3133 vd.; ZUHAYLÎ, C. VIII, s. 378 vd.

¹¹⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 383.

¹²⁰ Mecelle, md. 1818; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3305 vd.; MEYDÂNÎ, Abdülganî b. Tâlib, Muhtasar-ı Kudûrî Şerhi Lübâb Tercümesi, 1. B., Ed. Hüseyin Okur, Muallim Neşriyat, İstanbul 2017, s. 448.

¹²¹ Mecelle, md. 1823; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3315; YAMAN/ ÇALIŞ, s. 125.

¹²² Mecelle, md. 79; Kuyucaklızâde Mehmet Atif Bey, s. 202, 203.

bu durumda davalının öne sürdüğü karşı iddialar sona erer ve asıl davaya geri dönülür¹²³.

Davalının bu durumuna bir misal vermek gerekirse: Davacı, davalıya “Bu senin elindeki at benimdir.” diyerek mahkeme huzurunda dava açtığında; hâkim davayı dinledikten sonra iddiayı davalıya yöneltir. Davalı, davacının iddialarına yönelik olarak “Ben bu atı davacıyla anlaşarak ve ücretinin tamamını da ödeyerek on altına almıştım.” derse bu durumda davalı karşı iddiada bulunmuş kabul edilir. Davacı kendisine yöneltilen karşı iddiayı ikrar edecek olursa söz konusu at bu ikrar neticesinde hâkim tarafından davalıya verilir. Ancak davacı karşı iddiayı inkâr edecek olursa bu sefer davalıdan iddiasına delil getirmesi istenir. Hâkim davalının iddiasına ispat için getireceği delili kabul ederse davayı delil doğrultusunda sona erdirir. Ancak davalı iddiasını ispatlayamazsa bu durumda davacıya yemin teklif edilir. Davacı yemini yapmazsa bu durumda söz konusu at, hâkim tarafından davalıya verilir. Ancak davacı yemini yaparsa bu durumda asıl davaya geri dönülür¹²⁴.

C. DAVALIYA YEMİN TEKLİF EDİLMESİ DURUMU

Mecelle'ye göre, mahkeme huzurunda davacı tarafından açılan davada, daha önce de bahsettiğimiz üzere davalı kendisine yöneltilen iddiaları inkâr ederse ve davacıda bunun akabinde üzerine düşen ispat yükünü yerine getiremezse bu durumda hâkim davacının talebi üzerine davalıya yemin teklif eder¹²⁵. Davalıya yemin teklif edilmesi meselesi doğrultusunda ispat yükünün durumunu inceleyeceğiz. Burada önemli olan bir diğer husus, davalının yemin etmesi durumuyla ilgili bahsedeceğimiz hükümlerin tamamı, daha önce bahsettiğimiz davalının karşı iddiasını ispatlayamaması sonucunda davacının yemin etmesiyle ilgili duruma aynı şekilde uygulanır.

Davalının yeminine geçmeden önce şunu belirtmek gerekir ki davacı davalıya yemin teklifini sadece üzerine düşen ispat yükünden aciz kaldığı zaman yapabilir. Aksi halde ispat yükünü yerine getirebileceği delilleri olduğunu bildirmesine rağmen davalıya yemin teklif edilmesini talep ederse bu durumda hâkim davacının bu talebini reddeder. Mesela davacı, şahitlerinin mahkemede hazır olduğunu bildirmesine rağmen davalının yemininden sonra ikame edeceğini söylese bu durumda hâkim, davacının

¹²³ Mecelle, md. 1632; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2864 vd.

¹²⁴ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3316.

¹²⁵ Mecelle, md. 1818; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3305; MERGİNANİ, C. III, s. 278.

davaliya yönelttiği yemin teklifini kabul etmez ve davacıdan delilini sunmasını ister. Buna benzer bir şekilde davacı, delilinin mahkemeye uzak bir yerde hazır olduğunu ancak davalı yemin ederse delilini getireceğini söylesse bu durumda da hâkim davacının söz konusu teklifini kabul etmez ve davacıdan delilini getirmesini ister. Ancak davacı, delilinin olduğunu ancak ikameden aciz olduğunu bildirirse bu durumda davalıdan yemin talep edilmesini isteyebilir¹²⁶.

Davalı, davacının talebi üzerine Mecelle'deki şartlara uygun olarak¹²⁷ davacının iddialarının doğru olmadığı üzerine yemin ederse ya da davacı davaliya yemin teklif edilmesi üzerine bir talepte bulunmazsa hâkim davacının davasını reddeder. Bu durumda dava davalı lehine sona erdirilir¹²⁸. Mecelle'ye göre davacı davayı ispatlayacak yeni bir delil ile gelmediği müddetçe davacı ile davalı arasındaki dava artık sona ermiştir. Ancak davacı yeni bir delil ile gelirse bu durumda davacı ile davalı arasında yeniden muhakeme yapılabilir¹²⁹.

Davalı, davacının iddialarının doğru olmadığı üzerine yeminden kaçınırsa burada nükûl oluşur. Nükûl, davalının kendisine yöneltilen yemini yapmamasıdır¹³⁰. Davalı nükûlde bulunursa hâkim bu nükûle uygun olarak davacı lehine davayı sona erdirir. Burada ispat yükü açısından çok önemli bir durum oluşmaktadır. Çünkü davacı, üzerine düşen ispat yükünü yerine getirememesine rağmen dava kendi lehine sona erdirilmiştir. Görüldüğü üzere davacı açısından nükûlün ispat yükü üzerindeki etkisi çok büyüktür. Ayrıca davalı nükûlden sonra yeniden yemin etmek istese de Mecelle'ye göre artık bu yemini dikkate alınmaz¹³¹.

SONUÇ

Mahkeme huzurunda görülen ve taraflar arasında ortaya çıkmış bir uyuşmazlığın hâkim tarafından karara bağlanabilmesi için taraflarca öne sürülen iddiaların ispat edilmesi gereklidir. Hem günümüz Türk hukukunda hem de Mecelle'de söz konusu ispatın hangi tarafın üzerine düşeceği

¹²⁶ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2852 vd. Davacının delilini ikameden aciz olmasına, davacının mahkemeye getireceği şahitin gaip olması durumu misal olarak verilebilir. (Mecelle, md. 1631; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 2852 vd., 3307.)

¹²⁷ Yemin ve yeminin şartları hakkında geniş malumat için Bkz. Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3138 vd.; ZUHAYLİ, C. VIII, s. 329 vd.

¹²⁸ Mecelle, md. 1819; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3307; MAVSİLİ, C. II, s. 164.

¹²⁹ Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3308.

¹³⁰ BİLMEN, Fıkıh İlmî & İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, s. 164.

¹³¹ Mecelle, md. 1820; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 3311, 3312.

yargılama açısından detaylı bir şekilde incelenmiş ve birçok maddede ortaya koyulmuştur.

İspat yükünün taraflardan hangisi üzerine düşeceği ile ilgili hem günümüz Türk hukukunda hem de Mecelle'deki ortak görüş; ispat yükünün, davaya konu olan iddiaları ileri süren tarafın üzerine düşeceğidir. Bu kanaate göre ilk başta ispat yükünün davacı tarafın üzerine düşeceği görülmektedir. Nitekim mahkeme huzurunda ileri sürdüğü iddialar sebebiyle davanın görülmesine sebep olan taraf davacıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki, davacı ve davalı sıfatları muhakeme sırasında tarafların yeni iddialar öne sürmesi veya karşı iddialarda bulunması sebebiyle değişkenlik gösterebilir. Bu yüzden ispat yükü için önemli olan davada iddiaları ileri süren taraftır.

İspat yükünün davaya konu olan iddiaları öne süren tarafın üzerinde kalması bir yönüyle kendisine iddialar yöneltilen tarafın bu iddialara karşı korunmasına da yardımcı olmaktadır. Zira her iddia sahibi iddiasını ispat etmeden karşı taraftan hak alsaydı insanlar büyük bir kaosun içinde olurdu. Bu durumun aksine iddiada bulunan tarafın ispat yükü altına girmesi hem bireysel hem de toplumsal olarak büyük bir yarar sağlamaktadır.

İspat yükü için önemli olan bir diğer durum da Mecelle'nin belirlemiş olduğu yargılama aşamalarıdır. Mahkemede hâkim ilk olarak davacı taraftan ileri sürülen iddialara karşılık davalının ne söyleyeceğini sorar. Davalı eğer kendisine karşı ileri sürülen iddiaları ikrar ederse bu durumda dava hâkim tarafından davacı lehine sonlandırılır. Burada davacı her ne kadar davaya konu olan iddiaları öne sürmüş olsa da davalının ikrarı sebebiyle ispat yükü üzerinden kalkmıştır. Yani ileri sürdüğü iddiaları ispatlamasına gerek yoktur. Ancak davalı iddiaları ikrar etmek yerine inkârda bulunursa bu durumda hâkim davacıdan iddialarını ispat etmesini ister. Davacı bu durumda ispat yükü üzerine düştüğü için hukuken belirlenmiş olan ispat vasıtaları ile iddiasını ispatlamalıdır. Eğer davacı iddiasını ispat ederse ispat yükünü yerine getirmiş sayılır ve hüküm hâkim tarafından davacı lehine kurulur. Ancak davacı iddialarını ispatlayamaz ise hâkimden davalının yemin etmesini talep eder. Davalı yeminde bulunursa hüküm, davalı lehine kurulur. Fakat davalı yeminden kaçınırsa bu durumda hüküm, davacı lehine kurulur.

KAYNAKLAR

Ahmed Ziya Efendi, İslâm Hukukunun Genel İlkeleri (Kavâid-i Külliye Şerhi), 1. B., Ed. Ali Osman Koçkuzu, Esra Yayınları, İstanbul 1996.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adlîye (Mecelle Ta'dilleri ve Gereğçeleriyle Birlikte), 1. B., Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2017.

AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, 1. B., Eren Yayıncılık, İstanbul 2004.

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, 2. B., Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017.

ALTUNTAŞ, Halil/ **ŞAHİN**, Muzaffer, Kur'an-ı Kerim Meâli, 12. B., Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2011.

ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.

APAYDIN, H. Yunus, "Şahit", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 38, İstanbul 2010, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sahit>, E.T. 13.08.2020.

ARSLAN, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, Medenî Usul Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

ATALI, Murat/ **ERMENEK**, İbrahim, Medeni Usul Hukuku, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ATAR, Fahrettin, "Mürâfaa", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 9, İstanbul 1994, <https://islamansiklopedisi.org.tr/dava--fikih>, E.T. 14.08.2020.

ATAR, Fahrettin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. B., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2017.

BAĞDATLI, Selahaddin, Hukuk Sözlüğü, 1. B., Derin Yayınları, İstanbul 2012.

BARDAKOĞLU, Ali, "Beyyine", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 6, İstanbul 1992, <https://islamansiklopedisi.org.tr/beyyine>, E.T. 06.08.2020.

BARDAKOĞLU, Ali, "İsbat", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, İstanbul 2000, <https://islamansiklopedisi.org.tr/isbat--mahkeme>, E.T. 05.08.2020.

BEROJE, Sahip, Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku, 1. B., Fecr Yayınevi, İstanbul 2007.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Fıkıh İlmi& İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, 1. B., Nizamiye Akademi Yayınları, İstanbul 2016.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, 1. B., Bilmen Yayınevi, İstanbul 1970.

CANAN, İbrahim, Hadis Ansiklopedisi Kütüb-i Sitte, Akçağ Yayınları, İstanbul 1995.

CİN, Halil/ **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 1. B., Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2017.

ÇELİK, Mustafa, Kavaid-i Fıkhiyye Şerhi, 1. B., Misak Yayınları, Ankara 2002.

ÇETİNKAYA, Esra, “İslam Hukuku’nda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri”, İçinde Genç Hukukçular Hukuk Okumaları& Birikimler 4, Ed. Muharrem Balcı, İstanbul 2013.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umûmi ve Husûsî Hükümler, 2. B., Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2016.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 4. B., Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2016.

ERDOĞAN, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 4. B., Ensar Neşriyat, İstanbul 2013.

GÖRGÜN, L. Şanal, Medenî Usûl Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

GÖRGÜN, Şanal/ **BÖRÜ**, Levent/ **TORAMAN**, Barış/ **KODAKOĞLU**, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

GÜR, A. Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, 3. B., Sebil Yayınevi, İstanbul 1993.

Hacı Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, 1. B., Dârü'l-Hilafeti'l-Aliyye, İstanbul 1908.

İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

KAHRAMAN, Abdullah, “Müdâyene Ayetinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 4, Y. 2000, http://isamveri.org/pdf/drg/D01956/2000_4/2000_4_KAHRAMANA.pdf, E.T. 19.09.2020.

KANDEMİR, Mehmet Yaşar/ **ZAVALSIZ**, Halit/ **ŞİMŞEK**, Ümit, Âyet ve Hadislerle Açıklamalı Kur'ân-ı Kerîm Meâlî, 4. B., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 2014.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. B., Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.

KESKİOĞLU, Osman, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, 1. B., Müftüoğlu Yayınları, Ankara 1969.

KOCA, Ferhat, "İkrar", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 22, İstanbul 2000, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrar--fikih>, E.T. 13.08.2020.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 1. B., Legal Yayınevi, İstanbul 2016.

Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi, 1. B., Hikmetevi Yayınevi, İstanbul 2020.

MAVSİLİ, Abdullah b. Muhammed, el-İhtiyar li-Ta'lili'l-Muhtâr-Delilleriyle Hanefî Fıkhı, 1. B., Çev. Mehmet Keskin, Ravza Yayınları, İstanbul 2019.

MERGİNANİ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir, Hanefiler İçin İslam Fıkhı& El-Hidaye Tercümesi, 1. B., Çev. Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul 2018.

MEYDÂNÎ, Abdülganî b. Tâlib, Muhtasar-ı Kudûrî Şerhi Lübâb Tercümesi, 1. B., Ed. Hüseyin Okur, Muallim Neşriyat, İstanbul 2017.

MUTÇALI, Serdar, Arapça-Türkçe Sözlük, 1. B., Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995.

OĞUZ, Mustafa/ **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, "Hüccet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 18, İstanbul 1998, <https://islamansiklopedisi.org.tr/huccet--mahkeme>, E.T. 06.08.2020.

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. B. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ÖZÖN, Mustafa Nihat, Küçük Osmanlıca Türkçe Sözlük, 4. B., İnkılap Kitabevi, İstanbul 1988.

ÖZTÜRK, Osman, Mecelle'nin Küllî Kâideleri İlk 100 Madde, 1. B., Rağbet Yayınları, İstanbul 2019.

PEKCANITEZ, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ, Hakan/ **ÖZEKES**, Muhammet/ **AKKAN**, Mine/ **TAŞ KORKMAZ**, Hülya, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

POSTACIOĞLU, İlhan E./ **ALTAY**, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, Mabsût, 1. B., Ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008.

ŞİMŞİRGİL, Ahmet/ **EKİNCİ**, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. B., KTB Yayınları, İstanbul 2009.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 1. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

TENGER, Feyza, “İslâm Hukukunda Hâkimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.

Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye Şerhi, 1. B., Kasbar Matbaası, İstanbul 1894.

YAMAN, Ahmet/ **ÇALIŞ**, Halit, İslam Hukuku, 1. B., Bilimsel Araştırma Yayınları, Ankara 2018.

YAVUZ, Cevdet, “Dâva”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 32, İstanbul 2006, <https://islamansiklopedisi.org.tr/murafaa>, E.T. 14.08.2020.

YENİSEY, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

YILDIRIM, Celal, Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı İbâdât-Muamelat-Feraiz, 5. B., Uysal Kitabevi, Konya 2002.

YILDIRIM, Mustafa, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, 5. B., Tibyan Yayıncılık, İzmir 2019.

ZEYDÂN, Abdulkerim, El-Veciz İslâm Hukukundaki Fıkhî Kaidelerin Şerhi, 1. B., Çev. Elvın Baghirova, Asalet Yayınları, İstanbul 2020.

ZEYDÂN, Abdulkerim, İslâm Hukukuna Giriş, 1. B., Çev. Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2017.

ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, 1. B., Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, Risale Yayınevi, İstanbul 1994.

KEFALET SİGORTASI SÖZLEŞMESİ*

Mehmet Soner ÖZOĞLU**

SURETY INSURANCE CONTRACT

* Bu makale ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Sorumluluk Sigortaları Dersi kapsamında hazırlanmıştır.

** ASBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

E-Posta: msozoglu@gmail.com

ORCID: 0000-0002-0920-4902

ÖZ

Özellikle ABD’de uzun yıllardır kullanılan ve finansal piyasalarda önemli yere sahip olan kefalet sigortası, Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan “Kefalet Sigortası Genel Şartları”nın 1 Şubat 2014’te yürürlüğe girmesiyle hukuk sistemimize dâhil edilmiştir. Banka teminat mektuplarına alternatif olması öngörülen ve borç ilişkilerinden doğan yükümlülüğü alacaklıya karşı teminat alan kefalet sigortasının, bankacılık sektöründeki kredi limitleri üzerindeki yükü hafifletecek, birçok sektördeki garanti ve teminat ihtiyacını karşılayabilecek bir teminat türü olması hedeflenmiştir. 05 Aralık 2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yapılan değişiklikle bu sigorta kapsamında düzenlenen kefalet senetlerinin teminat olarak sunulmasının önü açılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kefalet sigortası, kefalet sözleşmesi, teminat sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, garanti sözleşmesi

ABSTRACT

As a term, the ‘surety bond’ has a longer worldwide history, specifically in the USA, in comparison with Turkish experience. Considering, the function within the financial markets, it has been adapted into our legal system with the entry into force of “The General Terms of Surety Insurance” published by Under Secretariat of Treasury on February 1, 2014. In addition to its envisaged functions, such as to be an alternative to bank letters of guarantee and to assure the liability arising from debt relations against creditor; it has also been intended to make ‘surety bonds’ a type of guarantee which could lower the burden on credit limits in the banking system and meet the guarantee and collateral needs in many sectors. With the amendment made in the Public Procurement Law No. 4734 on December 05, 2017, surety bonds became available to function as intended.

Keywords: surety bond, suretyship agreement, contract of assurance, contract of insurance, contract of guarantee

GİRİŞ

Küresel ölçekte on yıllardır kullanılmakta olmasına rağmen, sistemimiz açısından görece yeni bir ticari enstrüman olan kefalet sigortaları, işlevleri itibariyle ticari pratiğimizin daha aşına olduğu banka teminat mektupları ile ciddi benzerlikler göstermektedir. Bu itibarla, kefalet sigortalarının, bilhassa kredi limitlerini korumak yahut başka yatırım alanları için muhafaza etmek isteyecek ticari aktörler için banka teminat mektupları karşısında önemli bir proje finansman seçeneği olduğunu söylemek mümkündür.

Bu alternatif yapısı itibariyle, kefalet sigortalarının, finans sektörü üzerindeki kredi yükünü de azaltıcı işlev göreceği şüphesizdir. Özellikle ciddi yatırım maliyeti gerektiren kamu ihalelerinin önemli oranda kamu bankalarından finanse edilmesi ve bu suretle dolaylı yoldan kamu maliyesinin uğrayacağı ek külfetin, kefalet sigortası sözleşmeleri ile özel sigorta şirketlerine kaydırılması imkân dâhilindedir.

Banka teminat mektuplarına olan benzerliğinden neşet eden alternatif yapısına mukabil, gerek teminat konusu asıl hukuki ilişki ile aslilik/ferilik ilişkisi ve bu ilişki nedeniyle sigortacının defi/itiraz imkânları, gerekse de salt bir nakdi teminatın ötesinde, bilhassa performans sigortalarında görüleceği üzere, yeni bir yüklenici tedarik etme gibi borçlar doğurması itibariyle, zaman içerisinde bilinirliğinin de artmasıyla kefalet sigortalarının banka teminat mektuplarından önemli ölçüde rol çalabileceğini öngörmek zor değildir.

I. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Tanımı, Tarafları ve Unsurları

A. Tanımı

Türk hukukunda nispeten yeni bir kurum olan kefalet sigortası sözleşmesinin doğrudan bir tanımı mevzuatta bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK)'nda yer alan sigorta sözleşmesinin genel tanımından ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Kefalet Sigortası Genel Şartları'nın² "Sigortanın Konusu"

¹ R.G.T. 14.02.2011 S. 27846.

² Bundan böyle "Genel Şartlar" olarak anılacaktır. Genel Şartlar'ın tam metni için bkz. <https://www.tsb.org.tr/kefalet-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=1110>

başlıklı m. A.1 hükmünden yola çıkarak kefalet sigortası sözleşmesinin tanımını yapmak mümkündür.

Bütün sigorta türlerini kapsayacak şekilde sigorta sözleşmesi tanımı, TTK'nın sigorta hukukuna dair genel hükümlerin düzenlendiği altıncı kitap birinci kısımda yer alan, 1401. maddesinde yapılmıştır. Buna göre sigorta sözleşmesi; *“sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi halinde 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”*. Genel Şartlar'ın A.1 hükmünde; *“bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, borçlunun poliçede tanımlanan borç yükümlülüğünü yerine getirememesi rizikosuna karşı, bu genel şartlarda ve poliçe özel şartlarında belirtilen hüküm ve şartlar çerçevesinde borçluya kefil olarak poliçede belirtilen lehtara teminat sağlar”* ifadeleriyle kefalet sigortası sözleşmesinde sigorta konusu belirlenmiştir. Anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde kefalet sigortası sözleşmesi; sigortacının bir prim karşılığında, borçlunun poliçede tanımlanan borcunu yerine getirememesi rizikosuna karşı poliçede yer alan lehtara teminat sağlamayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir³.

B. Tarafları

Üç taraflı bir hukuki ilişki niteliğindeki kefalet sigortasında taraflar, sigortacı, sigorta ettiren veya borçlu ve lehtar olarak ortaya çıkmaktadır⁴.

Sigortacı: Her şeyden önce, tüm sigorta türlerinde olduğu gibi kefalet sigortasında da prim karşılığında rizikoya karşı teminat veren tarafın yani sigortacının⁵ bulunması gerekmektedir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁶ (SK) m. 3'te Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması zorunluluğu getirilmiş, bu

³ GÖZÜŞİRİN, Melike (2014), Kefalet Sigortası (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 33.

⁴ KÜÇÜK, Damla (2018), “Sigorta Şirketleri ‘Kefalet Sigortası’ Yapabilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 144, 2018, s. 119.

⁵ TDK'ya göre sigortacı; belirli bir prim karşılığında, sigortalıya veya bir tazminattan yararlanacağı belirtilmiş olan kimseye, zarara uğraması durumunda belirli bir para veya gelir ödemeyi üstlenen kimse olarak tanımlanmıştır. (TDK Güncel Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr).

⁶ R.G. T. 14.06.2007, S. 26552.

şirketlere ve kurucularına dair bir takım özel şartlar belirlenmiştir. Ayrıca, SK m. 5/1 hükmünde sigorta şirketlerinin faaliyete geçebilmeleri için faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Hazine ve Maliye Bakanlığından⁷ ruhsat almaları gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kefalet sigortası akdedecek sigortacının Kanun'da aranan nitelikleri haiz bir sigorta şirketi olması ve faaliyet göstermek istediği sigorta branşında ruhsatının bulunması gerekmektedir.

Sigorta şirketleri faaliyet gösterecekleri sigorta branşları Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanmış olan 2007/1 No.lu Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ ile belirlenmiştir. Anılan Tebliğdeki sigorta branşları Avrupa Birliği'nin 24 Temmuz 1973 tarih ve 73/239/EEC sayılı Direktifinin⁸, sigorta branşlarına göre risk sınıflandırmasını gösteren ekinde yer alan sigorta türleri ile büyük ölçüde uyumlu olarak belirlendiği görülmektedir⁹. Ancak Tebliğin ilk metninde Direktiften farklı olarak, o yıllarda ülkemizde hukuki alt yapısı ve uygulaması bulunmaması sebebiyle kefalet sigortasına yer verilmemiş, bunun yerine bugün kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerinden emniyeti suiistimal sigorta branşı olarak benimsenmiştir. Kefalet Sigortası Genel Şartları'nın yürürlüğe girmesinin ardından, yayımlanan ve 2007/1 No.lu Tebliğde değişiklik yapan Tebliğ¹⁰ ile emniyeti suiistimal branşı AB Direktifiyle de uyumlu olacak şekilde doğrudan ve dolaylı kefalet alt başlıklarıyla kefalet sigortası branşı olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla kefalet sigortası branşında faaliyet

⁷ Her ne kadar SK'da ruhsat veren makam olarak Hazine Müsteşarlığı gösteriliyorsa da; 09.07.2018 tarih ve 30473 (3. Mükerrer) sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 703 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" ile Başbakanlık merkez teşkilatı kapatıldığından (m. 218) sigorta şirketlerinin, faaliyet ruhsatı başvurularını bünyesinde Sigortacılık Genel Müdürlüğü kurulan Hazine ve Maliye Bakanlığına yapmaları gerekmektedir. Ruhsat başvurusu ve gerekli belgeler hakkında bkz. <https://www.hmb.gov.tr/hizmet-envanteri-ve-standardi> (Erişim T. 04.12.2020).

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31973L0239&from=EN>

⁹ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 70.

¹⁰ Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2007/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG. T. 01.10.2014, S. 29136.

göstermek isteyen şirketlerin, doğrudan ve/veya dolaylı kefalet sigortası ruhsatına sahip olmaları gerekmektedir.

Sigorta Ettiren (Borçlu): Sigorta sözleşmelerinde, sigortacı ile sigorta sözleşmesini yapan taraf sigorta ettiren ve sigorta primi ödeme yükümlülüğü altına giren kişidir¹¹. Kanun koyucu sigorta ettiren için özel bir ehliyet şartı öngörmediğinden fiil ehliyetine sahip olan herkes sigorta sözleşmesi yapabilmektedir¹². Genel Şartlar'da, sigorta ettiren kavramıyla birlikte "borçlu" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Bu durum kefalet sigortasının üç taraflı bir hukuki ilişki niteliği arz etmesinin bir sonucudur. Kefalet sigortasında, sigortacı ile sigorta ettiren arasında yapılan sigorta sözleşmesinin konusu, sigorta ettirenin bir üçüncü kişiye yani lehtara karşı olan yükümlülüğü olduğundan sigorta ettiren borçlu olarak da ifade edilmektedir. Söz konusu yükümlülük, aşağıda değineceğimiz kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre, mevcut ya da ileride doğacak bir borç yükümlülüğü olabilir.

Bu safhada sigorta ettiren ve sigortalı kavramları arasındaki ilişkiye de değinmekte fayda vardır. Genellikle sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olmakla birlikte, bazı durumlarda farklı kişileri ifade edebilmektedir. Özellikle başkası hesabına sigortalarda ortaya çıkan böyle durumlarda sigortalı, şey üzerindeki menfaati sigortayla güvence altına alınan ve tazminat talep hakkına sahip olan kimse iken, sigortacıya karşı sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülükleri getirecek olan taraf sigorta ettirendir¹³. Kefalet sigortası bakımından konuyu değerlendirecek olursak, her ne kadar sigorta ettirene pratik faydalar sağlasa da, burada esasen lehtarın sigorta ettiren ile arasında kurulmuş veya kurulacak bir hukuki ilişkiden doğan hakkı ya da menfaati güvence altına alınmaktadır.

¹¹ BOZER Ali, (2009), Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009 s. 32,33; KANER İnci Deniz, (2016), Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 23; KAYIHAN Şaban/BAĞCI Ömer, (2017), Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017, s. 134; ÖZDAMAR Mehmet, (2009), Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s. 77.

¹² BOZER (2009), s. 33; KAYIHAN/BAĞCI (2017), s. 134.

¹³ BOZER, ev sahibinin evini içindeki eşyalar ile birlikte sigortalı olmuş olması ve aynı evdeki, hizmetçiye ait eşyaların da sigorta kapsamına dâhil olması örneğini vermiş ve burada hizmetçinin de sigortalı olduğunu, ev sahibinin ise sigorta ettiren ve kendi eşyaları bakımından da sigortalı olduğunu ifade etmiştir. [BOZER (2009), s. 33]

Dolayısıyla kefalet sigortasında lehtarın kural olarak sigortalı olduğu kabul edilmelidir. Ancak, Genel Şartlar'da “sigortalı” teriminin kullanıldığı hükümlere bakıldığında durumun biraz daha karmaşık olduğu görülmektedir. Zira Genel Şartlar'ın C.4 ve C.5 maddelerinde sigortalı; açık bir biçimde sigorta ettirenden farklı bir kişiyi (lehtarı) ifade ederken; B.3/1-a, C.3 ve C.6 maddelerinde sigorta ettirene yani borçluya karşılık gelmektedir. Ayrıca, “Teminat Türleri ve Tanımlar” başlıklı A.2 maddesinde de kamu ihaleleri teminatı ve kamu alacakları teminatına ilişkin hükümlerde de sigortalının borçlu yani sigorta ettiren olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu iki teminat türü istisnai hal olarak kabul edilebilir olsa da, Genel Şartlar'daki bu terim farklılığının düzenleyici kurumun özensizliğinden kaynaklandığı, kanaatindeyiz. Dolayısıyla, “sigortalı” tabiriyle sigorta ettirenin kastedildiği hükümlerde de doğrudan bu kavramın kullanılmasının daha anlaşılabilir ve yerinde bir tercih olabileceğini düşünmekteyiz.

Lehtar: Sigortacının, kefalet sigortası sözleşmesinden kaynaklanan teminatı sağladığı taraftır. Lehtar, sigorta ettirenle arasında bir borç ilişkisi kurulmuş veya kurulacak olması şartıyla; bir gerçek kişi olabileceği gibi, Genel Şartlar uyarınca kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi de olabilmektedir.

C. Unsurları

Kefalet sigortası sözleşmesinin tanımını yaptıktan sonra bu sözleşmenin kurulması için gereken zorunlu unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Borç Yükümlülüğü (Sigorta Menfaati)

Sigorta sözleşmesinin bir diğer unsuru da sigorta menfaatidir. TTK m. 1401 uyarınca sigorta menfaatinin para ile ölçülebilen bir değer olması gerekmektedir. Kefalet sigortasında teminat altına alınan sigorta menfaati; lehtarın sigorta ettiren ile arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak hakkıdır. Diğer bir ifadeyle buradaki sigorta menfaati, sigorta ettirenin böyle bir ilişkiden doğan borcudur. Zira Genel Şartlar m. A.1'e göre sigortacı borçlunun poliçede tanımlanan “*borç yükümlülüğünü*” yerine getirememesi rizikosuna karşı teminat sağlamaktadır.

Kefalet sigortasında teminat altına alınan borç yükümlülüğü, Genel Şartlar'da sayılan teminat türlerine göre mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklanabileceği gibi ileride kurulması planlanan bir hukuki ilişkiden

doğacak da olabilir. Sigorta menfaatinin yokluğunu düzenleyen ve sistematik açıdan sigorta hukukunun genel hükümlerinde yer alması sebebiyle tüm sigorta türlerine uygulanan TTK m. 1408’de sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında sigortalanan menfaatinin mevcut olmaması halinde sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir¹⁴. Kefalet sigortasında menfaatin beklenen menfaat niteliğinde olması anılan TTK hükmü ile çelişkili gibi görünse de, kanımızca Genel Şartlar’da lehtarın ve teminat altına alınan borç yükümlülüğünün poliçede yer alacağının düzenlenmiş olması ve niteliği gereği kefalet sigortasının lehtar ile sigorta ettiren arasında kurulması planlanan sözleşmenin kurulması için aranan bir şart niteliğinde olması –ihaleye katılım teminatı gibi- bu çelişkiyi ortadan kaldırmaktadır.

2. Riziko (Tehlike)

Sigorta hukukunda tehlike olarak da anılan ve sigorta sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan riziko kısaca, gelecekte gerçekleşme olasılığı bulunan ve kişinin para ile ölçülebilen menfaatlerinde zarara neden olabilecek her türlü olay veya durum şeklinde ifade edilebilir. Kefalet sigortasında riziko, genel olarak sigorta ettirenin lehtarla arasında bulunan ilişkiden kaynaklanan borcunu hiç veya gereği gibi ifa edememesidir. Bununla birlikte kefalet sigortası kapsamında yer alan teminat türlerine göre riziko da farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin kamu alacakları teminatında riziko, bu tür alacakların ödenmemesi şeklindeyken, ihaleye katılım teminatında, ihaleye katılanın ihaleyi kazandıktan sonra sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesinin yanında ihaleye hiç katılmamış olması da riziko olarak değerlendirilmiştir.

3. Sigorta Bedeli

Rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacı tarafından ödenmesi gereken ve sigorta poliçesinde belirtilen azami miktara sigorta bedeli adı

¹⁴ Anılan hüküm; menfaatin sadece zarar sigortalarında bulunmasına rağmen tüm sigorta sözleşmelerini kapsayacak şekilde genel hükümler arasında düzenlenmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir. Bkz. SOPACI ÖZTUNA, Betül (2018), “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, Ed. ÜNAN Samim/YAZICIOĞLU Emine, İstanbul 2018, s. 109; ÜNAN Samim, (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku - Cilt I: Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 83,84.

verilmektedir.¹⁵ Genel Şartlar’da, “sigorta bedeli” ifadesi yer almamakla birlikte, B.4 maddesinde sigortacının sigorta döneminde ödeyeceği azami tazminat tutarının poliçede belirtilen azami tazminat tutarı ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Sigorta bedeli, sigorta poliçesinde gösterilen ve sigorta değerini geçmemek şartıyla sigortalıya ödenecek olan azami meblağı ifade ettiğinden, Genel Şartlar’ın B.4 maddesinde ifade bulan “*azami tazminat tutarı*” sigorta bedeli olarak anlaşılmalıdır.

4. Sigorta Primi

Sigorta ettiren tarafından sağladığı güvencenin karşılığı olarak sigortacıya ödenen ücrete prim adı verilmektedir.¹⁶ Diğer sigorta türlerinde olduğu gibi kefalet sigortasında da sigorta ettiren, sigortacıya prim ödemek zorundadır. Genel Şartlar’ın m. C.1 hükmü sigorta priminin ödenmesi ve sigortacının sorumluluğunun başlamasını konu almaktadır. Buna göre sigorta primi kefalet tutarı göz önünde bulundurularak ve kefaletin hesaba dâhil edildiği tarihten hesaptan silinmesine kadar olan süre için hesaplanır.

II. Kefalet Sigortası Sözleşmesi ile Teminat Altına Alınabilecek Riskler

Genel Şartlar’ın A.2 maddesinde kefalet sigortası kapsamında sigorta şirketi tarafından verilebilecek teminatlar, on başlık halinde tanımlanmış ve teminat türlerinin bunlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, kefalet sigortası ruhsatına sahip olan sigorta şirketleri, TBK m. 27’deki sınırlara tabi olmak şartıyla, burada düzenlenenlere benzer teminat ürünlerini bu sigorta kapsamında sunabileceklerdir¹⁷.

Avans Ödeme Teminatı (Advance Payment Bond): Bir ihale, proje ya da mal ve hizmet ticareti kapsamında avans ödeme alan tarafın, lehtara karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve avansın geri ödenmemesi riskine karşı teminat sağlar.

¹⁵ BOZER (2009), s. 37; ÇEKER Mustafa, (2020), Sigorta Hukuku, 21. Baskı, Adana 2020, s. 66; ÖZDAMAR (2009), s. 73.

¹⁶ AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet (2019), Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 143.

¹⁷ Kefalet sigortası kapsamındaki teminat türleri hakkınsa kapsamlı bilgi için bkz. GÖZÜŞİRİN (2014), s. 43 vd. Ayrıca bkz. KÜÇÜK, (2018), s. 119; SOMUNCUOĞLU, Ünal (2018), “Türk Hukukunda Kefalet Sigortası”, Terazi Hukuk Dergisi Cilt 13, Sayı 137, 2018, s. 89.

İmalat/Bakım/Onarım Teminatı: İnşaat, mühendislik ya da makine üretimi gibi iş performansının iş sonrasında değerlendirildiği hallerde, iş teslimini takiben belli bir süre sonra işçilik kusuru sonucu ortaya çıkan zararlara karşı teminat sağlar.

Emniyeti Suiüstimal Teminatı: Kefalet senedinde ismi belirtilen çalışanların, hile, dolandırıcılık, zimmete para geçirme gibi eylemleri nedeniyle, işverenin zarar görmesine karşı teminat sağlar.

Gümrük ve Mahkeme Teminatı: Vergi daireleri, gümrük idareleri ve mahkemelerin lehtar olarak yer aldığı, bir dava açılabilmesi, gümrükten malın çekilebilmesi veya gümrükleme işleminden doğan hata nedeniyle doğabilecek kamu alacağının karşılanması için sigorta ettirenden talep edilen kefalet teminatı türüdür.

İhaleye Katılım Teminatı (Geçici Teminat): Sigorta ettirenin ihalenin tamamlanması öncesinde ihaleden ayrılması, ihaleyi kazanması halinde sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi, ihale kapsamında sunması gereken teminatları sunamaması riskine karşı teminat sağlar.

Ödeme Teminatı: Tüm taşeronlara ve işçilere yapılacak ödemelerin yapılmamasına karşı teminat sağlar.

Performans Teminatı: Proje sahibinin yükümlülüklerini sözleşmede belirtilen şartlara uygun şekilde yerine getirmemesi riskine karşı teminat sağlar. Sigorta ettirenin yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda sigortacı yeni bir yüklenici ile anlaşıp işin tamamlanmasını da sağlayabilir.

Sözleşme Teminatı: Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri gerektiği şekilde yerine getirmemesine karşı teminat sağlar.

Kamu İhaleleri Teminatı: Sigortalının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ilgili diğer mevzuata tabi ihalelerde teminatın gelir kaydedilmesine neden olabilecek risklerine karşı kayıtsız-şartsız, kesin, asli, sigortalının yükümlülüğünden bağımsız ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat türüdür. Bu teminat ekli klozlar dâhilinde verilir.

Kamu Alacakları Teminatı: Sigortalının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna istinaden kamu alacağını ödenmemesi riskine karşı kayıtsız-şartsız, kesin, asli, sigortalının yükümlülüğünden bağımsız, süresiz, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat türüdür.

III. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Şekli ve Hukuki Niteliği

A. Şekli

Sigorta sözleşmelerinin tabi olduğu şekil şartına dair ne TTK’da ne de SK ve mevzuatta bir hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁸ TBK m. 12/1 uyarınca, sigorta sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekil şartına tabi olmayıp yazılı veya sözlü olarak sigorta sözleşmesi kurulabilmektedir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde ispat şart olarak yazılı şekil benimsenmektedir¹⁹. Bununla birlikte Genel Şartlar’ın C.2 maddesinde sigorta sözleşmesinde yapılan değişikliklerin, düzenlenecek bir poliçe zeylinde belirtilmedikçe veya sigortacı tarafından yazılı olarak başka şekilde teyit edilmedikçe yürürlüğe girmeyeceği belirtilmiş ve “Tebliğ ve İhbarlar” başlıklı C.3 maddesinde de sigorta sözleşmesine ilişkin tüm irade beyanlarının ve bildirimlerin yazılı yapılacağı düzenlenmiştir.

SK m. 11’de Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevasının sigorta genel şartlarına uygun olarak düzenleneceği, TTK m. 1425’te de sigorta poliçelerinin sigorta genel şartlarını da içermek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak; önceden, tek taraflı olarak ve benzer sigorta sözleşmelerine uygulanacak şekilde düzenlenen sigorta genel şartlarının TBK m. 20 anlamında genel işlem koşulu niteliğinde olduğundan²⁰, her ne kadar idare tarafından düzenlenmiş veya onaylanmış olsa da TBK m. 12/1’in, kanunda şekil şartı öngörülme hallerde şekil serbestisinin bulunduğu dair açık hükmü karşısında, Genel Şartlar’da öngörülen şekil şartının geçerlilik şekli olduğu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla Genel Şartlar’ın söz konusu hükmünde belirtilen yazılı şeklin, geçerlilik şartı olamayacağını, ancak diğer sigorta türlerinde olduğu gibi ispat şartı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. Hukuki Niteliği

Kefalet sigortası sözleşmesi, her ne kadar bir sigorta türü olarak adlandırılmış olsa da hukuki niteliği bakımından öğretilerde tartışmalıdır. Bir

¹⁸ R.G T. 04.02.2011 S. 27836.

¹⁹ ATALAY, Merve (2019), "Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesi" KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 76.

²⁰ KARA, Etem (2020), "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2020, s. 153, 165.

görüŖe göre; kefalet sigortası kapsamında sağlanan teminatlar banka teminat mektupları ile birebir aynı olduğundan, TBK m. 18 uyarınca bir sözleşmenin türünü ve içeriğinin belirlenmesinde, kullanılan kelimelerden ziyade tarafların gerçek ve ortak iradesinin alınması gerekmektedir. Kefalet sigortasında da tarafların sigorta ya da kefaletten ziyade TBK m. 128’ anlamında üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde bir anlaşma yapma iradesinde olduklarından; kefalet sigortası teminat sözleşmesi, lehtara verilen kefalet mektupları da teminat mektubu niteliđindedir²¹. Diğer bir görüŖ, kefalet sigortasının; ABD gibi ölkelerde uzun yıllardır kullanılan “surety bond”ların ölkemize uyarlanmış hali olmasına rağmen, bilindik bir kavram üzerinden kamuoyuna tanıtmak üzere banka teminat mektuplarının muadili olarak sunulmuştur. Fakat orijinal terimler olan “suretyship agreement” ve “surety bond” kavramlarının Türk hukukundaki muadilinin kefalet sözleşmesi ve kefalet senedi olması gerekirken, Genel Şartlar’da kendine özgü bir sözleşmenin düzenlendiğini de kabul etmektedir²². Bu iki görüŖe de katılmayan üçüncü bir görüŖe göre ise kefalet sigortası sözleşmesi, sigorta sözleşmesi olarak kabul edilse dahi hiçbir genel sigorta türü ile tam olarak örtüşmediği gibi kefalet veya garanti sözleşmeleri kapsamına da girmeyen, yapısı kendisine özgü (*sui generis*) bir kişisel teminat sözleşmesidir²³.

- ²¹ SOMUNCUOĞLU, üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde olduğunu savunduğu kefalet sigortası sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması halinde dahi, bu sözleşmede öngörölen ürünlerin kefalet olarak tanımlanamayacağını, bu nedenle tazminatı ödeyen sigortacının sigorta ettirene rücu etmesinin mümkün olmadığını ve Genel Şartlar’da yer alan rücu hakkındaki hükmün de, TBK m. 128’e aykırı olduğu gerekçesiyle TBK m. 27 uyarınca hükümsüz olduğunu da ifade etmektedir. [SOMUNCUOĞLU (2018), s. 89, 90]
- ²² KÜÇÜK’e göre, Genel Şartlar’a göre yapılacak sözleşme; bir sigorta sözleşmesi niteliğinde olmayacağından ve SK m. 3 uyarınca sigorta şirketlerinin sigortacılık ve bununla doğrudan bağlantılı işler dışında başka bir işle iştigal etmesi yasaklandığında, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması sebebiyle TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzdür. [KÜÇÜK (2018), s. 123].
- ²³ GÖZÜŞİRİN, kefalet sigortasının; zarar sigortasına benzediğini ancak, zarar sigortalarındaki halefiyet ilkesi kapsamında sigorta ettirenin üçüncü kişi olarak değerlendirilemeyeceğini bu nedenle de sigorta sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini savunmakta, kefalet ve garanti sözleşmelerinden faklı olarak da kefalet sigortasında sigortacının para borcundan başka edimler de üstlenebileceğinden bu sözleşme türlerinden ayrıldığını ifade etmektedir. [GÖZÜŞİRİN (2014), s. 63-69].

Kefalet sigortası sözleşmesinin niteliği ile ilgili öğretide ortaya çıkan farklı görüşlerle ilgili yapılan açıklamalar ve yayımlanan Genel Şartlar vesilesiyle tesis edilmek istenen sistem dikkate alındığında, kefalet sigortası adını taşıyan sözleşmelerin evvela tipik sigorta sözleşmelerinden olmadığı kabulüne katılmaktayız. Zira kefalet sigortası (surety bond), rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkması beklenen zararı karşılamak için değil, rizikonun gerçekleşmesini önlemek için tasarlanmıştır ve bu sigorta kapsamında sigorta şirketi, borçlunun temerrüdü halinde borcu yerine getirmeyi veya kefalet senetlerini ödemeyi üstlenmektedir²⁴. Daha açık bir ifadeyle sigorta şirketi asıl borçlunun borcuna teminat vermektedir.

Özellikle sigortacı ile alacaklı arasındaki ilişki dikkate alındığında bu ilişkinin fer'i nitelik taşıması ve bu yönüyle kefalet sözleşmesine benzemesi, ayrıca Genel Şartlar'da sigortacının borçluya kefil olacağına açıkça ifade edilmesi sebebiyle, mehzaz hukukta kabul edilen hukuki niteliğe de uygun olarak kefalet sözleşmesi karakteri taşımasının yanında, borçlunun temerrüdü halinde lehtara doğrudan sigortacıya başvuru hakkı verilmiş olması, sigortacının da ilk talep üzerine teminat kapsamında ödeme yapma yükümlülüğünün bulunması sebebiyle de garanti sözleşmesine benzemesi sebebiyle; *sui generis* bir teminat sözleşme olduğu görüşüne katılıyoruz.

IV. Kefalet Sigortası Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri

A. Sigortacının Yükümlülükleri

Genel Şartlar'ın A.1 maddesine göre sigortacının kefalet sigortasından doğan asli yükümlülüğü, borçlunun poliçede tanımlanan borcunu yerine getirememesi rizikosuna karşı teminat sağlamaktır. Anılan maddede sigortacının bu teminatı kefil olarak sağlayacağı ifade edildikten sonra, bu sigorta kapsamında “kefalet” kavramının borçlunun borçlarına kefil olunmasını veya bu borçlarla ilgili sair taahhütler altına girilmesini ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Kanımızca burada ifade edilmek istenen; teminatın salt TBK'da düzenlenen kefaletin yanı sıra, performans teminatında sigorta ettiren proje sahibinin yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde sigortacının yeni bir yükleniciyle anlaşarak işin tamamlanmasını sağlaması veya kefaletin aksine sigortalının

²⁴ WAMBACH Achim/ENGEL Andreas R (2011), “Surety Bonds with Fair and Unfair Pricing”, The Geneva Risk and Insurance Review, Cilt 36, Sayı 1, 2011, s. 43.

yükümlülüğünden bağımsız bir teminat niteliğinde olması öngörülen kamu alacakları teminatı gibi bu sigorta kapsamındaki teminat türlerine özgü birtakım taahhütler olmalıdır.

Sigortacı, borçluya doğrudan kefalet yoluyla kendisi kefil olabileceği gibi, dolaylı kefalet yoluyla banka, kredi garanti kuruluşları veya diğer finans kuruluşlarının borçlunun yükümlülüğü için lehtara karşı kefil olmalarına bağlı olarak da teminat sağlayabilir (Genel Şartlar m. A.1-2). Sigortacı sigorta ettirene karşı kefalet teminatı taahhüdünü yerine getirmek üzere kefalet senedi düzenleyerek lehtara vermekle yükümlüdür.

Kefalet sigortası kapsamında sigortacının diğer bir yükümlülüğü de, bu sigorta sözleşmesi çerçevesinde üstlendiği yükümlülük uyarınca ilgili lehtar veya lehtarlara ödeme yapar. Teminat verme yükümlülüğü bahsinde sadece “lehtar” ifadesi yer alırken, teminat yükümlülüğü gereğince yapılacak ödemeyle ilgili olarak neden “lehtar veya lehtarlar” şeklinde muhatap belirlendiğinin bir izahı bulunmamaktadır.

Genel Şartlar’da düzenlenen özel yükümlülüklerin yanı sıra sigortacı TTK m. 1421 vd. maddelerde düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü (m. 1423), sigorta poliçesi verme yükümlülüğü (m.1424) ve giderleri ödeme borcunu (m. 1426) da yerine getirmekle yükümlüdür.

B. Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Kefalet sigortası sözleşmesi bir sigorta türü olarak öngörüldüğünden sigorta ettirenin asli yükümlülüğü, sigortacıya ücret yani sigorta primi ödemektir. Sigorta primi, kefalet tutarı göz önünde bulundurularak, kefaletin hesaba dâhil edildiği tarihten hesaptan silinmesine kadar olan süre için hesaplanır ve prim ödeme koşulları poliçede belirlenir (Genel Şartlar m. C.1). Genel hükümler uyarınca aksine bir anlaşma yoksa sigorta primi peşin ödenir (TTK m. 1430/1). Sigorta primi ödemelerinin nakden yapılması zorunlu olmakla birlikte, ancak ilk taksitin nakden ödenmesi şartıyla sonraki primler için kambiyo senedi verilebilir (TTK m. 1430/2).

Sigortacının prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (Genel Şartlar m. C.1/3). Oysa sigorta sözleşmesi olarak tasarlanan ve böyle adlandırılan bu hukuki ilişkiye TTK hükümlerinin uygulanacağını belirtmesine ihtiyaç yoktur. Zira TTK hükümleri sigortacılık faaliyetlerinin tümüne uygulanacak olan genel hükümlerdir. Ancak kanaatimizce sigorta ettirenin prim ödeme borcunda

temerrüde düşmesi halinde sigorta sözleşmesinin sona ereceğini düzenleyen TTK m. 1434 hükmü, kefalet sigortası sözleşmesinin arz ettiği üçlü ilişki ile birlikte değerlendirildiğinde, alacağı teminat altına alınan lehtar bakımından pek de adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir²⁵.

Genel Şartlar'da, sigorta ettirene, sözleşmenin safhalarına göre gruplandırılmış başkaca yükümlülükler de yüklenmiştir. Madde B.1'de sigortacının kefil olması sigorta ettiren tarafından birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanmıştır. Buna göre, (a) kefalet senedinin düzenlenmesinden önce sigorta ettiren; en son yıla ait hesap özeti ile varsa bağımsız denetim raporunu derhal sigortacıya sunmakla ve sigortacının talebi üzerine, konuya ilişkin gerekli açıklamaları yapmakla, yıllık hesap özetleri öngörülen tarihte tamamlanmazsa bunları sunma yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, talep üzerine bir ön bilanço ile gelir tablosu sunmakla, (b) nakdi veya gayrinakdi kredi ilişkilerini sigortacıya bildirmekle, (c) sigortacıya bildirmeksizin üçüncü şahıslara aktifleri üzerinde teminat vermemekle ve (ç) -sigortacı tarafından- teminat verilmesi kararını etkileyebilecek önemli ölçüdeki değişiklikleri sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.

Sigorta ettiren, kefalet senedinin düzenlenmesinden sonra m. B.1'de sayılan yükümlülüklerle ek olarak; iletişimde veya talimatların yerine getirilmesinde gecikme yaşanması yahut ihmal olması nedeniyle zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu hallerde sigortacıyı bilgilendirmekle yükümlüdür (Genel Şartlar m. B.2/2-a). Rizikonun gerçekleşmesinden sonra ise sigorta ettiren, borcunu sigortalı değilmişçesine ifa etmek için gerekeni yapmakla yükümlüdür (m. B.3/1-a).

Genel Şartlar'ın B.7 maddesinde sigorta ettirene, sigortacının talebi üzerine ek güvence verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre sigortacının talep etmesi halinde sigorta ettiren; sigorta sözleşmesinin sona ermesinden sonra, düzenlemiş olduğu kefalet senedi ile ilgili sigortacıyı sorumlu tutmamakla ve kefaletin hesaptan kayıtsız şartsız silinmesine kadar nakit güvence veya sigortacı tarafından kabul edilecek başka bir güvence sunmakla, A.5 maddesinde sayılan –kanaatimizce sigortacı tarafından sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin- haller söz konusu ise, sigorta sözleşmesi sona erdirilmese dahi nakit güvence veya uygun görülecek başka

²⁵ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 67.

bir güvence sunmakla ve güvence talebinin alındığı tarihten, güvencenin fiilen sunulduğu veya mevcut bütün kefaletlerin tasfiye edildiği tarihe kadar dönem içinde ilave prim ödemekle yükümlüdür. Söz konusu ek güvence yükümlülüğünün tam ve geçerli bir şekilde yerine getirilmemesi halinde sigortacı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir (m. A.5/2-c).

V. Kefalet Sigortası Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler

Kefalet sigortasına uygulanacak hükümlerin tespitinde, ortaya çıkan üçlü ilişkinin tarafları arasındaki hukuki ilişkilerin ayrı ayrı belirlenmesi hayati önem arz etmektedir. Sigorta ettiren ile lehtar ya da alacaklı taraf arasındaki hukuki ilişki Genel Şartlar'da sayılan teminat türlerine göre çok çeşitli olabileceği gibi bunlarla sınırlı da değildir. Şahsi teminata konu olabilecek tür hukuki ilişkiden doğan borç yükümlülüğü kefalet sigortası ile teminat altına alınabileceğinden, lehtar ile sigorta ettiren arasındaki ilişkiye uygulanacak hükümlerin bu hukuki ilişkinin niteliğine göre tespit edilmesi gerekmektedir.

Sigortacı ile asıl borçlu arasındaki ilişkinin bir tarafı tüzel kişi tacir olan sigorta şirketi olduğundan ve sigortacılık da TTK'da düzenlenen ticari iş olduğundan; TTK m. 19'da düzenlenen ticari iş karinesi gereğince, bir taraf için ticari iş niteliğinde olan kefalet sigortası sözleşmesi, Kanunda aksine hüküm bulunmadığından diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır. Dolayısıyla bu ilişkiye uygulanacak olan hükümlerin ve uygulama sırasının tespiti TTK m. 1'e göre yapılmalıdır.

Sigortacı ile alacaklı arasındaki ilişkiye gelince, öncelikle TTK m. 19 hükmündeki ticari iş karinesinin burada da uygulanacağını belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 1/2 uyarınca yukarıda hukuki nitelik bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar gereğince *suigeneris* bir teminat ilişkisi olarak nitelendirdiğimizden sigortalı ve alacaklı arasındaki ilişkiye sırasıyla kanunlarda yer alan emredici hükümler, Genel Şartlar'ın bir çerçeve sözleşme niteliğinde olduğundan bahisle burada ve taraflar arasında yapılacak her bir kefalet sigortası sözleşmesinde yer alan hükümler, tamamlayıcı ve yorumlayıcı ticari hükümler, ticari örf adet ve son olarak da genel hükümler uygulanacaktır.

VI. Kefalet Sigortası Sözleşmesinde Halefiyet ve Rücu

Genel Şartlar'ın B.5 ve B.6'ncı maddelerinde, rizikonun gerçekleşmesi halinde tazminatı ödeyen sigortacının lehtara halef olacağı ve borçluya rücu edebileceği düzenlenmiştir. Halefiyet hükmü gereğince

sigortacı, kararlaştırılan sigorta bedeli üzerinden değil, ödediği tazminat tutarınca lehtarın haklarına halef olmaktadır. Ancak taraflar arasındaki ilişki sigorta ilişkisi olmadığı gibi kefalet olarak da nitelendirilmediğinden, sigortacının ne TTK m. 1472 kapsamında sigorta sözleşmesi bağlamında, ne de TBK m. 596 kapsamında kefalet sözleşmesi hükümlerine göre bir halefiyet hakkı mevcuttur²⁶. Sigortacıya tanınan rücu hakkı kapsamında, sigorta ettirene; sigortacının ödediği tazminat tutarını tamamen veya kısmen geri almak için yararlanabileceği diğer talep imkânlarından bağımsız olarak düzenlemiş olduğu kefalet senedi ile ilgili ödediği tutarı, masraflar ve kanuni temerrüt faizinden yüksek olmamak kaydıyla sigortacı ve sigorta ettirenin yapacakları sözleşmede anlaşacakları temerrüt faizi ile birlikte sigortacıya ödeyeceği kabul edilmiştir. Ancak sözleşmenin hukuki niteliği, halefiyet gibi rücu hakkını da doğuracak bir özellik arz etmemektedir. Bununla birlikte sigortacının, TBK m. 127/2 kapsamında, alacaklıya halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde alacaklıya halef olması mümkündür.

VII. Kefalet Sigortası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Zamanaşımı

A. Sona Ermesi

Kefalet sigortası sözleşmesi, temel borç ilişkisi esas alınarak bu ilişkiden doğan borcu teminat altına almak üzere kurulduğundan yani fer'i nitelik arz ettiğinden, asıl borcu sona erdiren nedenler kefalet sigortası sözleşmesinden doğan borcu da sona erdirir²⁷. Ancak bu aşamada borcun sona ermesi ile borç ilişkisinin sona ermesi ayırımına değinmek gerekmektedir. Kefalet sigortası sözleşmesine esas teşkil eden asıl borç borçlunun borcunu planlanandan veya taksitle ödeneceği kararlaştırılan primin ödemeleri tamamlanmadan ifa etmesi durumunda sigortacının teminat yükümlülüğü ortadan kalksa da sigorta ettiren prim ödemeye devam edecektir. Böyle bir durumda asıl borç ilişkisi sona erse de kefalet sigorta sözleşmesinin de sona ermesi için sigorta ettirenin asıl borçla birlikte sigortacıya karşı olan borcunu da ifa etmiş olması gerekmektedir.

Genel Şartlar'da, sigorta ettirene, herhangi bir koşul aranmaksızın sigorta sözleşmesini derhal hüküm doğuracak şekilde sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Ancak sigorta sözleşmesini sona erdirmesi halinde sigorta

²⁶ SOMUNCUOĞLU (2018), s. 91; KÜÇÜK (2018), s. 123.

²⁷ GÖZÜŞİRİN (2014), s. 81.

ettiren yürürlükte olan kefalet senetlerini sigortacıya iade edeceği güne kadar tahakkuk edecek olan primi ve poliçede belirtilen her türlü ilave masrafı sigortacıya ödemekle yükümlüdür (m. A.5/1)

Sigortacının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bakımından ise Genel Şartlar'da ikili bir düzenleme söz konusudur. Bunlardan ilkinde göre, sigortacı devam eden sigorta sözleşmesini ancak lehtara karşı yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla ve bir ay önceden yazılı ihbarda bulunmak suretiyle -haklı sebep bulunmaksızın- sona erdirebilir. Sigortacıya sözleşmeyi sona erdirmeye bakımından tanınan diğer bir hak ise haklı sebeplerin varlığına bağlı tutulmuştur. Buna göre; sigorta ettireni sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya sigortacıya yanlış beyanda bulunması, mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi ve sigortacı tarafından talep edilen ek güvenciyi sunamaması veya güvencenin hükümsüz veya değersiz hale gelmesi ya da yetersiz kalması hallerinde sigortacı, lehtara karşı yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, derhal hüküm doğuracak şekilde sigorta sözleşmesini sona erdirebilir.

Sigorta ettirenin sözleşmeyi sona erdirmesi ve sigortacı bakımından sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik haklı sebeplerin oluşması hallerinin dışında kalan diğer tüm hallerde sigorta sözleşmesi, kararlaştırılan sürenin bitiminde sona erer (Genel Şartlar m. A.5/2).

B. Zamaşımı

Kefalet sigortası sözleşmesi kapsamındaki tazminat alacağı için özel bir zamaşımı süresi öngörülmemiştir. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesiyle muaccel olan tazminat alacağı TBK m. 146'da öngörülen 10 yıllık genel zamaşımı süresine tabidir²⁸.

SONUÇ

Türk hukukunda nispeten yeni bir kavram olan kefalet sigortasıyla sigortacı borçlunun poliçede tanımlanan yükümlülüğünü yerine getirememesi rizikosuna karşı, poliçede belirtilen lehtara teminat sağladığı *sui generis* bir kişisel teminat sözleşmesidir. Her ne kadar bu teminat türünün adında “kefalet” ve “sigorta” kavramları kullanılmış olsa da, Genel

²⁸ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. GÖZÜŞİRİN s. 85 vd.

Şartlar'da düzenlenmek istenen sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği itibariyle bu iki sözleşme türü ile de birebir uyuşmadığı görülmektedir.

Hukuki niteliği bir kenara bırakılırsa, kefalet sigortasının, banka teminat mektuplarıyla hemen hemen aynı ihtiyaçları karşıladığı söylenebilir. Kefalet sigortasının, maliyetinin daha düşük olması, teminat sağlanmadan önce yapılan sigorta risk analizi ve performans değerlendirmeleri, rizikonun gerçekleşmesi halinde ise tazminatın hesaplanarak ödenmesi ve sigortacının teminat bedelini ödemenin yanı sıra borcun ifasını da yapabilmesi gibi, hem piyasa hem de başta lehtar olmak üzere taraflar için, banka teminatlarına göre daha avantajlı bir uygulama olduğunu ortaya koymaktadır.

Esasında, kefalet sigortası olarak adlandırılan bu düzenlemeyle özellikle gelişmiş sigortacılık sistemine sahip ABD gibi ülkelerde, sigorta şirketleri tarafından da sunulan ve yaygın olarak kullanılan “surety bond” düzenlemesinin ülkemize aktarılması amaçlanmıştır. Ancak piyasanın kredi ve teminat talebini karşılamak üzere, büyük beklentilerle ortaya konulan bu finansal araç, -maalesef- düzenleyici otoritenin dikkatsiz, özensiz ve kanun yapma tekniğinden uzak tutumu nedeniyle uygulamada birçok sorunu beraberinde getirecek gibi gözükmektedir. Bu sorunların önlenmesi için her şeyden önce ve en hızlı yol olarak Kefalet Sigortası Genel Şartları'nda iyileştirme yapılmalı, ardından da yasal zemine kavuşturularak tarafların hak ve yükümlülükleri açıkça belirlenmelidir.

KAYNAKLAR

ATALAY, Merve (2019), "Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesi" KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet (2019), Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara 2019.

BOZER Ali, (2009), Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009.

ÇEKER Mustafa, (2020), Sigorta Hukuku, 21. Baskı, Adana 2020.

GÖZÜŞİRİN, Melike (2014), Kefalet Sigortası (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

KANER İnci Deniz, (2016), Sigorta Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2016.

KARA, Etem (2020), "Sigorta Genel Şartlarının Hukuki Niteliği", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2020, ss. 153-174.

KAYIHAN Şaban/BAĞCI Ömer, (2017), Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017.

KÜÇÜK, Damla (2018), "Sigorta Şirketleri 'Kefalet Sigortası' Yapabilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 144, 2018, ss. 118-124.

ÖZDAMAR Mehmet, (2009), Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009.

SOMUNCUOĞLU, Ünal (2018), "Türk Hukukunda Kefalet Sigortası", Terazi Hukuk Dergisi Cilt 13, Sayı 137, 2018, ss. 89-94.

SOPACI ÖZTUNA, Betül (2018), "Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi", Sigorta Hukuku Sempozyumları, Ed. ÜNAN Samim/ YAZICIOĞLU Emine, İstanbul 2018.

ÜNAN Samin, (2016), Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku - Cilt I: Genel Hükümler, İstanbul 2016.

WAMBACH Achim/ENGEL Andreas R (2011), "Surety Bonds with Fair and Unfair Pricing", The Geneva Risk and Insurance Review, Cilt 36, Sayı 1, 2011, ss. 36-50.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31973L0239&from=EN> (Erişim T. 02.12.2020).

<https://www.hmb.gov.tr/hizmet-envanteri-ve-standardi> (Erişim T. 04.12.2020).

www.sozluk.gov.tr (Erişim T. 02.12.2020).

<https://www.tsb.org.tr/kefalet-sigortasi-genel-sartlari.aspx?pageID=1110> (Erişim T. 02.12.2020).

**CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN
İDARİ İŞLEMLERİN UNSURLARI AÇISINDAN
İNCELENMESİ**

Abidin Kadir İNCE*

**A REVIEW OF PRESIDENTIAL DECREES
IN TERMS OF THE ELEMENTS OF ADMINISTRATIVE
ACT**

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi
E-Posta: abidinkadirince@gmail.com
ORCID: 0000-0002-7673-3222

ÖZ

1982 Anayasasının ilk halinde çok kısıtlı bir alanda düzenleme yapma yetkisine sahip olan cumhurbaşkanlığı kararnameleri, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte kapsamını oldukça genişletmiş ve kural olarak yürütme yetkisine ilişkin her konuda çıkarılabilecek hale gelmiştir. Eski hükümet sistemimizde kanun hükmünde kararnamelerin, olağan ve olağanüstü dönemlerde çıkarılan iki türü bulunmaktaydı. Yeni sistemde kanun hükmünde kararnamelerin bir nevi halefi olan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de olağan ve olağanüstü dönemlerde çıkarılan iki türü bulunmaktadır. Biz ise makalemizde sadece olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnamelerini idari işlemlerin unsurları açısından inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin unsurları, asli düzenleme yetkisi, münhasır düzenleme yetkisi, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi

ABSTRACT

In the first draft of the 1982 Constitution, Presidential Decrees had the authority to regulate in a very restricted field. However, Presidential Government System widened its legal scope and by law it made possible Presidential Decrees to be subject of anything related to executive authority. In the former government system, there were two kinds of decree law, one applied in ordinary period and other in emergency state. In the new system, there are two types of presidential decrees issued in ordinary period and in emergency state. We will only examine the ordinary period presidential decrees in terms of elements of administrative act.

Keywords: Presidential decrees in ordinary period, elements of presidential decrees, primary regulatory authority, exclusive regulatory authority, presidential government system

GİRİŞ

9 Kasım 1982’de yürürlüğe giren 1982 Anayasası, yürürlükte bulunduğu süreç içerisinde 19 kez değişikliğe uğramıştır. Son anayasa değişikliğini içeren 21 Ocak 2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ise 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilmiştir. Anayasa değişikliği kanununun kabulü ile birlikte; 1982 Anayasası, tarihindeki en kapsamlı değişikliği geçirmiş bulunmaktadır¹. Hiç şüphesiz, bu değişikliklerin en önemlisi, hükümet sisteminde meydana gelen değişimdir.

Kesintilere maruz kalmakla birlikte, cumhuriyet tarihimiz boyunca uygulanmakta olan² ve yumuşak kuvvetler ayrılığı esasına dayanan parlamenter hükümet sistemi³, son anayasa değişikliğiyle birlikte yerini sert

¹ 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten bu yana geçirmiş olduğu 19 değişikliğin metinleri, gerekçeleri, komisyon raporları vs. hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1982.aspx> (Erişim Tarihi: 07.05.2020).

² 1921 Anayasası, kuvvetler ayrılığına değil; kuvvetler birliği esasına dayanan meclis hükümeti sistemini benimsemişti. Bu sistemde bakanlar kurulu, meclisten ayrı bir organ olmayıp; meclisin içinden çıkan ve meclisin denetimi altına çalışan bir organdı. 1924 Anayasası ise karma bir hükümet sistemi benimsemekle birlikte bu sistemde parlamenter rejim ruhunun ağır bastığı söylenebilir. 1961 ve 1982 anayasaları ise tartışmasız olarak parlamenter hükümet sistemi benimsemişlerdir. Sonuç olarak denilebilir ki: cumhuriyet tarihimiz boyunca, parlamenter hükümet sistemini benimsemeyen tek anayasa, 1921 Anayasasıdır. 1921 ve 1924 anayasalarının kabul etmiş oldukları hükümet sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2019, s. 225-329; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2019, s. 65-98; ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2018, s. 42-46.

³ Kuvvetler birliği ilkesi, bünyesinde barındırmış olduğu anti-demokratik nitelikler sebebiyle modern demokratik devletler tarafından kabul görmemektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ise insanı temel değer olarak kabul eden liberal demokrat devletler tarafından hem temel hak ve özgürlüklere sağlam bir koruma sunması hem de çoğulculuğun ve hoşgörünün yaşanmasına elverişli bir zemin hazırlaması sebebiyle kabul görmektedir. Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan hükümet sistemleri de kendi arasında birçok türe ayrılmaktadır. Bu türlerin belirlenmesinde esas alınan kıstas, yasama ve yürütme arasındaki ilişkidir. Yargı ise her şartta yasama ve yürütmeden bağımsızdır. Yumuşak kuvvetler ayrılığı esasına dayanan parlamenter sistemi, (1) yürütmenin, yasamanın içinden çıktığı ve (2) onun güvenine dayanarak görevini icra edebildiği sistem olarak tanımlayabiliriz. Yürütmenin, yasamanın güvenine dayanması, yasamanın yürütme organını istediği zaman görevden alabilmesini ifade etmektedir. Sert kuvvetler ayrılığı esasına dayanan başkanlık sistemlerinde ise bu nitelikler tam tersi şekilde işlemektedir. Bir başka deyişle, başkanlık sistemlerinde, (1) başkan, yasama organının içinden çıkmaz, halk tarafından seçilir;

kuvvetler ayrılığı esasına dayanan “cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine⁴” bırakmış bulunmaktadır. Hükümet sistemi gibi önemli bir değişikliğin, yürütme organının sadece yapısında ve oluşumunda değil; yürütmenin her yönünde kapsamlı değişimler meydana getirmesi kaçınılmazdır.

1982 Anayasası'nın son anayasa değişikliğine kadar uygulanan halinde, yürütme yetkisi ve görevi, cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu tarafından yerine getirilmekteydi. Değişiklik sonrası ise yürütme yetkisi ve görevi, tek başına cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmektedir. Bu konuda cumhurbaşkanına, kendisi tarafından atanan cumhurbaşkanı yardımcısı/yardımcıları⁵ ve bakanlar⁶ yardımcı olmaktadır⁷. Bakanlar

(2) başkan, yasamanın güvenine dayanmaz yani yasama organının, başkanı görevden alma yetkisi yoktur. Bu özellikler, parlamenter rejimin ve başkanlık sistemin iki asli özelliğidir. Bu niteliklere ek olarak her sistemin kendine özgü birçok ikincil (tali) özelliği de bulunmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan hükümet sistemleri hakkında detaylı bilgi için bakınız: LİJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, Ankara, 1997, s. 62-80; GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Bursa, 2011, 569-633; ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2018, s.341-434; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017, s. 140-157.

⁴ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin niteliğine dair öğretilerde birçok tartışma mevcuttur. Bizce, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi tam manasıyla bir başkanlık sistemi değildir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi bakımından başkanlık sistemine; meclisin, kendi seçimlerini de yenilemesi kaydı ile cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileyebilme yetkisine sahip olması bakımından ise parlamenter sisteme benzemektedir. Kısacası, cumhurbaşkanı halk tarafından seçiliyor olsa da bir nevi yasamanın güvenine dayanmaktadır ve bu özellikleri neticesinde bizce karma bir hükümet sistemidir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile başkanlık sistemi arasındaki farklar için bakınız: ÇOLAK, Çağrı D., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Strategic Public Management Journal, Cilt: 3, 2017, s. 54-55; daha detaylı bir analiz için bakınız: GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf> (Erişim Tarihi: 07.05.2020).

⁵ Anayasa, cumhurbaşkanı tarafından birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atanmasına imkân vermektedir ancak mevcut durumda bir tane cumhurbaşkanı yardımcısı (Fuat Oktay) bulunmaktadır.

⁶ Anayasa değişikliği öncesindeki hükümet sistemindeki bakanlar kurulu üyeleri için de “bakan” kelimesi kullanıyor olsa da cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi sonucu bakanların hukuki statülerinde büyük değişimler meydana gelmiştir. İki hükümet sisteminde de ilgili kişilerin “bakan” olarak adlandırılmaları hukuki nitelikleri konusunda yanlış bir izlenim bırakmaktadır.

kurulunun kaldırılması sonucu⁸, kurulun düzenleyici işlemleri olan, olağan dönem kanun hükmünde kararname, tüzükler ve cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun çıkardığı olağanüstü dönem kanun hükmünde kararname de kaldırılmış bulunmaktadır⁹. Cumhurbaşkanı ise düzenleyici işlem yapma yetkisini, anayasa tarafından kendisine tanınmış olan, cumhurbaşkanlığı kararname (CBK)¹⁰, cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri ve bu düzenleyici işlemler dışında kalan adsız düzenleyici işlemler yoluyla kullanabilmektedir.

CBK'ler son anayasa değişikliğiyle birlikte hukuk hayatımıza girmiş bir yenilik olmamakla birlikte; hukuki niteliğinde kapsamlı değişimlere uğramıştır. Bakanlar kurulunun düzenleyici işlemlerinin kaldırılması neticesinde, yeni hükümet sisteminin gerekleri doğrultusunda cumhurbaşkanının düzenleyici işlem yapabilmesi için CBK'lerin kapsamı genişletilmiş ve yeni bir hukuki statüye kavuşturulmuştur. CBK'lerin yeni bir hukuki statüye kavuşmaları ile birlikte getirdiği en büyük yenilik, yürütmenin düzenleyici işlem yapabilme yetkisinin türev niteliğinden çıkarılıp asli niteliğe dönüşmüş olmasıdır¹¹.

CBK'lerin hukuki niteliğine kısaca değinmek gerekirse; CBK'ler işlemi yapan organ bakımından bir yürütme işlemidir. İşlemin içeriği bakımından ise bir konuda düzenleme yapması yani kural koyması sebebiyle yasama işlemidir. Kısacası, CBK'ler organik kıstas açısından bir yürütme işlemi; fonksiyonel açıdan ise bir yasama işlemidir. CBK'lerin yargısal

⁷ ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 25-26.

⁸ Anayasa değişikliği sonrasında da bakanların bir araya gelmesi mümkünse de bu kurul hukuki manada bir bakanlar kurulu değildir. Yeni sistemde, bakanların bir araya gelmesinin hukuki bir sonucu yoktur.

⁹ AZAKLI, Murat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 75. Anayasanın geçici 21. maddesi F fıkrası hükmü gereğince, yürürlükte bulunan başbakanlık ve bakanlar kurulu düzenleyici işlemlerinin yürürlükten kaldırılmadıkları sürece geçerliliği devam etmektedir.

¹⁰ Cumhurbaşkanlığı kararname metinde kısaca "CBK" olarak anılacaktır.

¹¹ SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi", Kamu Hukukçuları Platformu, İstanbul, 18-19 Ekim 2019, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (Erişim Tarihi:10.12.2020).

denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak olması da fonksiyonel açıdan yasama işlemi olduğunun bir diğer göstergesidir¹².

Hukuki işlemler, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamalarıdır¹³. Bir hukuki işlem türü olan idari işlemler ise idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır¹⁴. İdarenin yaptığı her işlem idari işlem olmamakla birlikte konumuz açısından önemli olan husus idari işlemlerin hükümet tasarruflarından ayrılmasıdır¹⁵. Hükümet tasarrufları idari makamlar tarafından yapılan ve yargısal denetime tabi olmayan işlemler olarak tanımlanmaktadır (örneğin cumhurbaşkanı tarafından bakan atanması ya da Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılması)¹⁶. İdari işlemlerin yargısal denetimi ise mümkündür. CBK'ler ise her ne kadar cumhurbaşkanı tarafından çıkarılıyor olsa da hükümet tasarrufu niteliğinde olmayan bir idari işlemdir.

Yargı sisteminin adli ve idari yargı olarak ikiye ayrıldığı idari rejim sisteminin uygulandığı Kara Avrupası hukuk sisteminde, idari işlemlere ilişkin uyumsuzluklar kural olarak idari yargıda görülür¹⁷. Bu sistemde idari işlemlerin iptali için açılan davalara ise iptal davaları denilmektedir. İdare tarafından yapılan işlemin bireysel veya düzenleyici bir işlem olmasının iptal davasına konu olabilmesi açısından bir önemi yoktur. Yani idare tarafından tesis edilmiş olan hem bireysel işlemler hem de düzenleyici işlemler iptal davasına konu olabilirler. İdari yargının temel kanunlarından biri olan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, idari yargıda açılacak dava türlerini tanımladığı 2. maddesinde iptal davalarının "*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı oldukları*" iddiası ile açılacaklarını düzenlemiştir¹⁸.

¹² CBK'ler ile kanunlarda bir değişim yapılamasa da yürütme yetkisine ilişkin konularda asli düzenleme yetkisine sahip olmasından ötürü fonksiyonel bakımdan yasama işlemi olarak kabul edilmesi gerekmektedir, EREN, s. 30, 54, 65; SEZER, Abdullah, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 371; AÇIL, Murat, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, s. 737.

¹³ GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2016, s. 416.

¹⁴ GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2019, s. 235.

¹⁵ İdari işlem kavramı hakkında detaylı bilgi için bakınız: GÖZLER – KAPLAN, s. 234-256.

¹⁶ GÖZLER - KAPLAN, s. 243-244.

¹⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2017, s. 39-40.

¹⁸ KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, 2019, s. 214.

Anayasa koyucu tarafından eğer CBK'lerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine verilmiş olmasaydı CBK'lere ilişkin olarak çıkacak uyuşmazlıklar idari yargı tarafından karara bağlanırdı¹⁹. CBK'lerin düzenleyici birer idari işlem olmaları sebebiyle İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde sayılan yetki, şekil, sebep, konu ve maksat (amaç) unsurları yönünden hukuka uygun olmaları gereklidir.

CBK'leri idari işlemlerin unsurları açısından incelediğimiz bu makalede, incelememizi İdari Yargılama Usulu Kanununun belirttiği olduğu unsurlar açısından ele aldık. İlk bölümde CBK'lerin son anayasa değişikliği kanunu öncesindeki halini kısaca inceledikten sonra izleyen bölümlerde güncel haliyle CBK'leri yetki, sebep, amaç, konu ve şekil unsurları açısından analiz ettik.

I. 6771 SAYILI SON ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNU ÖNCESİNDEKİ HALİYLE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE KISA BİR BAKIŞ

CBK'ler 1982 Anayasasının ilk halinde düzenlenmiş olup; bu yönüyle 1982 Anayasası tarafından getirilmiş olan bir ilkti. Cumhurbaşkanı tarafından karşı imza kuralı²⁰ uygulanmaksızın çıkartılmaktaydı ve bu sebeple cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden biri olduğu için herhangi bir yargısal denetime tabi değildi. CBK'ler hukuki dayanağını anayasadan almakta olup, asli bir yetkiydi. Bu, şu anlama gelmekteydi ki: olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinde bakanlar kurulunun TBMM tarafından çıkarılan bir yetki kanuna dayanması gerekmektedir; cumhurbaşkanının CBK çıkartmak için herhangi bir yetki kanuna dayanması gerekmemekteydi. CBK'ler konu bakımından ise oldukça sınırlı bir yetkiydi. CBK ile sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu,

¹⁹ GÖZLER - KAPLAN, s. 395.

²⁰ Son anayasa değişikliği öncesindeki hükümet sistemimiz olan parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu olmak üzere iki kanattan oluşmaktaydı. Devlet başkanı olan cumhurbaşkanının siyasi ve hukuki açıdan yaptığı işlemler dolayısıyla sorumluluğu bulunmamaktaydı. Bu nedenle cumhurbaşkanının yaptığı işlemler, işlemi ilgilendiren bakan ya da başbakan tarafından imzalanmakta ve imzası bulunan bakan ya da başbakanın ilgili işlemde sorumlu olduğu kabul edilmekteydi. Karşı imza kuralı olarak ifade edilen bu sistem yeni hükümet sistemine geçilmesiyle kaldırılmıştır, TUNÇ, Hasan – BİLİR, Faruk – YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2015, s. 211-222.

teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri düzenlenebilmekteydi²¹.

1982 Anayasası, yürütmeyi sadece bir görev olarak nitelendirmemiş; önceki anayasalardan farklı olarak, yürütmeyi hem görev hem de yetki olarak nitelendirmiştir. Yürütmenin aynı zamanda “yetki” olarak nitelendirilmesinin anlamı, yürütme tarafından da düzenleyici işlem yapılabileceği yani kural koyulabileceği manasına gelmektedir²². Nitekim 1982 Anayasası yürütmeye, hukuki dayanağını anayasadan alan, CBK ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisi tanımıştır.

Yürütmenin kanuniliği ilkesi gereğince, yürütme organı, yaptığı işlemlerde kanunlara dayanmak ve kanunlara aykırı işlem yapmamak mecburiyetindedir. Bir başka deyişle yürütme organı, kanunun kendisine tanımamış olduğu bir yetkiyi kullanamaz ve yaptığı işlemlerde kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde faaliyette bulunabilir²³. Bu yönüyle, CBK’ler ve olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, 1982 Anayasası’nın yürütmenin kanuniliği ilkesine tanımış olduğu iki istisnayı²⁴.

Nitekim uygulamada da Cumhurbaşkanlığı Genel Sekterliğine ilişkin konular, hem CBK ile hem de Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu²⁵ ile düzenlenmiş olmakla birlikte, kanunun ilk maddesinde CBK’nin yetki alanına giren Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri dışında kalan konuların kanunda düzenlendiği vurgulanmıştır²⁶.

Kısacası son anayasa değişikliği öncesindeki haliyle CBK’ler oldukça sınırlı bir alanda düzenleme yapma yetkisine sahip, hukuki dayanağını doğrudan anayasadan alan ve yetki kanununa dayanmasının gerekmemesi sebebiyle yürütmenin kanuniliği ilkesine istisna teşkil eden asli niteliği haiz düzenleyici bir idari işlemdi. CBK’lerin çıkarılması doğrudan doğruya cumhurbaşkanının yetkisindeydi ve karşı imza kuralı da uygulanmıyordu.

²¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 869-871; EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 9-10; TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s. 333-334.

²² TANÖR, Bülent, İki Anayasa, İstanbul, 2019, s. 104-105.

²³ GÖZLER – KAPLAN, s. 71-73.

²⁴ GÖZLER, Kemal, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, Bursa, 2019, s. 21-22.

²⁵ 17.08.1983 tarihli ve 2879 sayılı kanun.

²⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 871.

Karşı imza kuralı uygulanmayıp doğrudan cumhurbaşkanı tarafından çıkarılması ve anayasanın önceki halinde cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi kapsamı dışında bırakılması sebebiyle CBK'lerin yargısal denetimi de yapılamıyordu.

Böylelikle CBK'lerin son anayasa değişikliği öncesindeki halini kısaca inceledikten sonra ilerleyen bölümlerde ele alınan hususların CBK'lerin güncel haline ilişkin olduğunu hatırlatmak isteriz²⁷.

II. YETKİ UNSURU AÇISINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Yetki unsuru, bir idari makamın bir işlemi yapabilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır. Yetki unsuru, kişi, yer, zaman ve konu bakımından olmak üzere dört farklı unsurdan oluşmaktadır²⁸.

A. KİŞİ BAKIMINDAN YETKİ UNSURU

Kişi bakımından yetki unsuru, idari işlemleri yapmaya yetkili kişi veya kişilerin kimler olduğunu ifade etmektedir²⁹. CBK çıkarmaya yetkili makam ise 1982 Anayasası'nın 104. maddesinin 17'nci fıkrasının 1. cümlesinde şöyle ifade edilmiştir:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.”

CBK çıkarmaya yetkili makam cumhurbaşkanlığı makamıdır. Cumhurbaşkanlığı makamı da tek kişilik bir makam olduğu için CBK çıkarma yetkisinin doğrudan doğruya cumhurbaşkanına ait olduğunu söyleyebiliriz³⁰. Örneğin, son anayasa değişikliği öncesinde hukuk sistemimizde var olan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri, cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılmaktaydı. Bu kanun hükmünde kararnamelerde hem cumhurbaşkanının hem de bakanların imzası bulunması gerekmekteydi. Bu yönüyle, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri, kolektif bir işlemdi. Mevcut durumda ise CBK çıkarma yetkisinin doğrudan doğruya cumhurbaşkanına ait olması sebebiyle bu düzenleyici işlemin tek bir kişinin

²⁷ CBK'lerin son anayasa değişikliği öncesindeki hali hakkında detaylı bilgi için bakınız: TAŞDÖĞEN, Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, 2016, s. 937-966.

²⁸ GÖZLER – KAPLAN, s. 274.

²⁹ GÖZLER – KAPLAN, s. 289.

³⁰ EREN, s. 58, 68.

iradesiyle çıkarılabilmesi bakımından basit bir idari işlem olduğu söylenebilir.

CBK çıkarma yetkisine sahip makama herhangi bir istisna tanıyan bir anayasa maddesi olmadığı için CBK'lerin kural olarak cumhurbaşkanı tarafından çıkarılması gerekmektedir³¹. Anayasanın 106. maddesinin 2'nci fıkrasında cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde yeni cumhurbaşkanı seçilene kadar cumhurbaşkanı yardımcısının cumhurbaşkanlığına vekalet edeceği ve cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanacağı; aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise cumhurbaşkanının hastalık ve yurtdışına çıkması gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması halinde cumhurbaşkanına vekalet eden cumhurbaşkanı yardımcısının cumhurbaşkanına ait olan yetkileri kullanacağı ifade edilmiştir. CBK çıkarabilmesi de cumhurbaşkanına ait yetkilerden biridir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla cumhurbaşkanlığı makamına vekalet eden cumhurbaşkanı yardımcılarının CBK çıkarmasını yasaklayan bir anayasa hükmü bulunmamaktadır. Açıklamış olduğumuz nedenlerle cumhurbaşkanlığına vekalet eden cumhurbaşkanı yardımcısının vekalet süresi ile sınırlı ve istinai olarak CBK çıkarabileceğini söyleyebiliriz.

Anayasada CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda düzenleme yetkisinin CBK hükmüyle bir başka makama devredilmesi ise mümkün değildir. Bu şekilde yapılacak olan bir düzenleme ilgili anayasa hükmünün normlar hiyerarşisinde kendisinin altında olan bir hukuki normla değiştirilmesi manasına gelecektir ki bunun anayasanın 11. maddesinde yer alan ve anayasanın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenleyen hüküm karşısında hukuki bir geçerliliğinin olmayacağı açıktır³². Anayasada CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda, düzenleme yetkisi konusunda bir makamın yetkili kılınması ancak CBK ile ilgili konuya ilişkin temel esaslar belirlendikten ve genel çerçeve çizildikten sonra mümkündür. Genel esaslar kapsamında kalan ayrıntıların idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle yapılabilmesi mümkündür. Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir³³.

1982 Anayasası'nın ilk haliyle, yürütmenin kanuniliği ilkesine getirilmiş bir istisna olan CBK'ler, son anayasa değişikliğinden sonra da bu özelliğini korumaktadır. CBK'ler kanuna dayanması gereken türev bir yetki

³¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 921; ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.275.

³² GÜLGEÇ, Yahya Berkol, Normlar Hiyerarşisi, İstanbul, 2016, s. 23-25.

³³ Anayasa Mahkemesinin 12.06.2020 tarih ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı kararı.

değil; hukuki dayanağını doğrudan doğruya anayasadan alan asli bir yetkidir³⁴.

Bu birçok anlama gelmekle birlikte öncelikle, cumhurbaşkanının CBK çıkarabilmesi için herhangi bir bakanın imzasının bulunması gerekmemektedir. Bir başka deyişle CBK'ler karşı imza kuralına tabi değildir³⁵.

Yürütmenin kanuniliği ilkesine getirilmiş bir istisna olmasının bir diğer yönü, CBK'lerin çıkarılmasında herhangi bir başka makamın onayı, teklifi ya da izninin aranmamasıdır. CBK'lerin çıkarılması, doğrudan doğruya cumhurbaşkanının takdirindedir³⁶. Cumhurbaşkanının, CBK çıkarabilmesi için TBMM'den çıkan bir yetki kanuna dayanması gerekmemektedir. Başta da söylediğimiz üzere CBK'ler, hukuki dayanağını doğrudan doğruya anayasadan alan, asli düzenleyici bir işlemdir³⁷.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de CBK'lere ilişkin olarak verdiği kararlarda, CBK'lerin en belirgin özelliğinin -yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak- asli düzenleyici bir işlem olması olduğunu ifade etmiştir. Cumhurbaşkanının, CBK'leri kanuna dayanmadan ve TBMM onayı aranmaksızın çıkaracağını altı çizilmiştir³⁸.

³⁴ EREN, s.26; İBA, Şeref – SÖYLER, Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:36, Sayı: 1, 2019, s. 203-205; ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 212.

³⁵ Yürütmenin tek organdan oluştuğu cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin doğası gereği karşı imza kuralının uygulanabilmesi zaten mümkün de değildir.

³⁶ İlerde değindiğimiz CBK'lerin mahfuz alanını oluşturan dört konuda, madde metninin emir ihtiva eden içeriği nedeniyle, cumhurbaşkanı, mahfuz alana giren konularda CBK çıkarmak zorundadır. Anayasa, CBK'lerin mahfuz alanına giren konularda, cumhurbaşkanına takdir yetkisi tanımamıştır. Nitekim bu husus, anayasanın geçici 21. maddesinin B fıkrasında da vurgulanmıştır: “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanlığı tarafından düzenlenir.” YENİAY, Lokman – YENİAY, Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s.113; AÇIL, s. 731.

³⁷ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 921; EREN, s.26.

³⁸ Anayasa Mahkemesinin CBK'lere ilişkin olarak verdiği kararların 3. paragrafından 13. paragrafına kadar olan kısımları aynıdır. Bu kısımda CBK'lerin hukuki niteliği kısaca incelenmektedir.

Sonuç olarak: CBK'ler cumhurbaşkanı tarafından hiçbir makamdan onay, izin ya da teklif vs. alınmaksızın çıkarılan, yürütmenin kanuniliği ilkesine getirilmiş bir istisna olarak hukuki dayanağını doğrudan doğruya anayasadan alan, asli ve düzenleyici bir hukuki işlemdir³⁹.

B. YER BAKIMINDAN YETKİ UNSURU

Yer bakımından yetki unsuru, idari işlemi yapmaya yetkili makamın aldığı kararın etki doğuracağı coğrafi alanı ifade etmektedir. Örneğin, Ankara valisinin idari işlem yapmaya yetkili olduğu alan Ankara ili sınırlarıyken; Çankaya kaymakamının idari işlem yapmaya yetkili olduğu alan Çankaya ilçesi sınırları ile sınırlanmıştır⁴⁰.

Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisinin ise yer bakımından herhangi bir sınırı bulunmamaktadır. CBK'ler Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilindeki her yerde uygulanma gücüne sahip idari işlemlerdir.

C. ZAMAN BAKIMINDAN YETKİ UNSURU

Zaman bakımından yetki unsuru, idari işlem yapmaya yetkili makamın hangi zaman dilimi içerisinde idari işlem yapmaya yetkili olduğunu ifade etmektedir. Kural olarak bir kişinin idari işlem yapabilme yetkisi görevine başlamasıyla başlar ve görevinin bitmesiyle sona erer⁴¹.

Cumhurbaşkanı da görevde olduğu süre boyunca CBK çıkarabilmektedir. Cumhurbaşkanın göreve başlaması ise seçilmesi ile değil anayasanın 103. maddesi 1'inci fıkrası "*Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde... and içer*" hükmü gereğince TBMM önünde and içmesiyle başlamaktadır. Bu nedenle seçildiği halde TBMM önünde halen and içmemiş bir cumhurbaşkanı CBK çıkaramayacaktır⁴². Diğer yandan cumhurbaşkanlığı sıfatı sona ermiş bir kişinin de CBK çıkarabilmesi mümkün değildir. Cumhurbaşkanlığı sıfatı henüz başlamamış ya da sona ermiş kişiler tarafından çıkarılan CBK'ler hukuka aykırı hale gelecektir. İdare hukuku öğretisinde bu hukuka aykırılık hali "yetki gaspı" olarak ifade edilmektedir⁴³.

Anayasada cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisine zaman bakımından kural olarak herhangi bir süre sınırı konulmuş olmamakla birlikte anayasanın geçici 21. maddesinin B fıkrası 2. cümlesinde

³⁹ AÇIL, s. 730.

⁴⁰ GÖZLER – KAPLAN, s. 290-291.

⁴¹ GÖZLER – KAPLAN, s. 291.

⁴² GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 799-805.

⁴³ GÖZLER – KAPLAN, s. 264-269.

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanlığı tarafından düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Uygulamada cumhurbaşkanı tarafından gerekli düzenlemeler hükmün gerekleri doğrultusunda belirtilen süre içerisinde düzenlenmiştir ancak cumhurbaşkanı gerekli düzenlemeleri belirtilen süreden sonra yapmış olsaydı dahi ilgili CBK’lerin geçerli olacağı kanısındayız. Maddede belirtilen süre, kişiler açısından güvence teşkil etmediği için belirtilen süreden sonra çıkarılacak bir CBK de hukuken geçerliliğini koruyacaktır.

D. KONU BAKIMINDAN YETKİ UNSURU

CBK’lere dair öğretilerde en yoğun tartışmaların yaşandığı alanlardan biri, CBK’ler ile hangi hususlarda düzenleme yapılabileceğini ifade eden, CBK’lerin konu bakımından yetki unsurudur. CBK’lerin ve kanunların mahfuz alanı olup olmadığı, CBK’ler ile hangi konularda düzenleme yapılabileceği, CBK’ler ile bireysel işlem yapılıp yapılamayacağı ve CBK’ler ile kanunlar arasındaki konu bakımından ilişkinin ne olduğu hususu bu alanda tartışılmakta olan başlıca sorunlardır. Konuya geçmeden önce CBK’lere dair genel hüküm olan⁴⁴ anayasanın 104. maddesinin 17’nci fıkrasını görmekte yarar olduğunu düşünüyoruz:

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Bu fıkraya göre hem CBK’ler hem de kanunlar ile düzenlenebilecek konular ve CBK ile düzenlenmesi yasaklanmış konular bulunmaktadır. Genel hüküm olan bu maddeye, anayasa tarafından tanınmış olan bazı istisnalar da göz önüne alındığında bir alan daha tanımlarsak, sadece CBK’ler ile düzenlenebilecek konular olduğunu da söyleyebiliriz⁴⁵.

⁴⁴ EREN, s. 13.

⁴⁵ EREN, s. 46; YENİAY, s. 122.

Uygulamada Anayasa Mahkemesi CBK'lere dair önüne gelen uyuşmazlıklarda ilk olarak ilgili CBK'yi konu bakımından yetki unsuru açısından denetlemekte; ikinci aşamada ise konu bakımından yetkili bulduğu CBK'yi içerik bakımından denetlemektedir.

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Düzenlenmesi Yasak Konular (Yasak Alan)

CBK'ler ile bazı konularda düzenleme yapılmasının yasaklandığı, madde metninden tartışmaya mahal vermeyecek derecede anlaşılmaktadır.

a. Yürütme Yetkisi Dışındaki Konular

104. maddenin ilk cümlesi hükmü gereğince, CBK'ler ile yapılan düzenlemelerin yürütme yetkisine ilişkin olması gerekmektedir. CBK'lere konu bakımından genel bir yetki tanıyan bu hüküm aynı zamanda CBK'lerin çıkarılması hususunda ilk yasağı da tanımlamaktadır. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda CBK çıkarılmayacaktır ancak madde metninde yer alan “yürütme yetkisi” kavramı açık ve net bir kavram değildir.

Yürütme kavramı, farklı ölçütlere göre farklı şekilde tanımlanmaktadır. Madde metninde, farklı ölçütlerle farklı şekilde tanımlanabilecek belirsiz bir kavramın kullanılmış olması ileride birçok sorun çıkarmaya müsaittir. Bu ibareye dayanarak cumhurbaşkanı birçok konuda CBK çıkarabileceği gibi; ilgili CBK'lerin iptalini isteyenler de yine bu kavramı dayanak olarak gösterebilir. Bu şekilde belirsiz bir kavramın kullanılması, çıkan her CBK'nin yürütme yetkisine ilişkin olup olmadığı tartışmasını çıkarabilir⁴⁶.

Bu konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, milletlerarası bir antlaşmaya veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak cumhurbaşkanınca yapılacak teknik veya idari nitelikteki antlaşmaların; iktisadi veya ticari nitelikte olmaması, özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin haklarını ilgilendirmemesi ve Türk kanunlarına değişiklik getirmemesi şartlarıyla Resmi Gazetede yayınlanmayabileceği ve bu antlaşmaların onaylanmasına ilişkin cumhurbaşkanı kararlarının da Resmi Gazetede yayınlanmayabileceği hükümlerini içeren CBK maddesinin iptali talep edilmiştir. Mahkeme, yasama organının antlaşmalara dair yetkisinin antlaşmaların onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibaret olduğu ve bu nedenle ilgili CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin bir konuda düzenleme yapmış olduğu;

⁴⁶ YENİAY, s. 126-128; ATAR, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, s. 247; AÇIL, s. 743.

anayasanın milletlerarası antlaşmalarla ilgili genel düzenlemeyi içeren 90. maddesinde milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmaların TBMM tarafından uygun bulunmasına gerek olmadığı ifade edildikten sonra bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmaların yayımlanmadan yürürlüğe konulamayacağı hüküm altına alındığı ve fıkranın karşıt anlamından milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan teknik veya idari antlaşmaların ekonomik ve ticari nitelikte olmaması veya özel kişilerin haklarını ilgilendirmemesi durumunda yayımlanmadan yürürlüğe girebileceği sonucuna varıldığı gerekçeleriyle ilgili CBK hükmünün hukuka uygun olduğuna oybirliği ile karar vermiştir⁴⁷.

Aynı davada iptali talep edilen başka bir hüküm ise onaylanmanın veya katılmanın TBMM tarafından uygun bulunması gereken antlaşmaların cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye gönderileceğini içeren CBK hükmüdür. Milletlerarası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasının bir yasama işlemi konusu olduğu, bu nedenle onaylanmanın uygun bulunmasına ilişkin konuların CBK ile düzenlenemeyeceği; anayasa uyarınca kanun teklif etme yetkisinin milletvekillerine ait olduğu, bu itibarla cumhurbaşkanının kanun teklifinde bulunmasının ya da böyle bir teklifi harekete geçirmek için TBMM'ye bildirimde bulunmasının mümkün olmadığı gerekçeleri, ilgili hükmün iptal talebinde yer almıştır. Mahkeme ise vermiş olduğu kararda yasamanın antlaşmalara dair yetkisinin antlaşmaların onaylanmasını bir kanunla uygun bulmaktan ibaret olduğunu ifade etmiş ve milletlerarası antlaşmaların onaylanması ve yayınlanması yetkisinin anayasanın 104. maddesi tarafından cumhurbaşkanına verilmiş olması sebebiyle ilgili düzenlemeyi yürütme yetkisi alanına ilişkin bir düzenleme olarak görmüştür. Hükmün içeriğine dair yapılan denetimde ise onaylanmanın veya katılmanın TBMM tarafından uygun bulunması gereken antlaşmaların cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye gönderilmesi hükmünün cumhurbaşkanına kanun teklif etme yetkisi vermediği, hükmün cumhurbaşkanına verdiği yetkinin ilgili antlaşmayı TBMM'ye sunmaktan ibaret olduğu ifade edilmiş ve iptal talebi oybirliğiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, tespit edebildiğimiz kadarıyla yürütme yetkisinin ne olduğuna ilişkin bir tanım ya da yürütme yetkisinin belirlenmesinde kullanılacak bir kıstas bulunmadığı

⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2020 tarih ve E. 2018/126, K. 2020/32 sayılı kararı.

görülmektedir. Mahkeme, neyin yürütme yetkisine ilişkin olduğuna önüne gelen uyuşmazlıklar üzerinden karar vermektedir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki bilindiği üzere devlet; yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç fonksiyondan meydana gelmektedir. CBK'ler ile yapılan düzenlemeler yürütme yetkisine ilişkin olmalıdır. Yasamanın ya da yargının yetki alanına ilişkin konularda CBK'ler ile düzenleme yapmak mümkün değildir. CBK'ler ile yasama ya da yargının yetki alanına giren bir konuda düzenleme yapılmış olması yasama ya da yargının yetki alanına müdahale teşkil edecektir. Bu nedenle bu hukuka aykırılık, fonksiyon gaspı olarak adlandırılmaktadır⁴⁸.

b. Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde Yer Alan Temel Haklar, Kişi Hakları ve Ödevleriyle Dördüncü Bölümde Yer Alan Siyasi Haklar ve Ödevler

Anayasanın 104. maddesi 17'nci fıkrasında, CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilen diğer bir husus, *“Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler”* konusudur.

Anayasanın ikinci kısmında “Temel Haklar ve Ödevler” düzenlenmektedir. İkinci kısım dört bölümden oluşmaktadır. 1. bölüm, temel hak ve hürriyetlerin hepsini kapsayan, özgürlüklerin nasıl sınırlanabileceği, hakkın kötüye kullanım yasağı gibi hususları içeren “Genel Hükümler”den oluşmaktadır. 2. bölümde ise negatif statü hakları da denilen, ilgili hakların kullanılabilmesi için devletin bir faaliyette bulunması gerekmeyen; tam aksine insanları, devletin müdahalelerinden koruyan, kişi dokunulmazlığı, zorla çalıştırma yasağı ve özel hayatın gizliliği gibi hakları içeren “Kişi Hakları ve Ödevleri” bulunmaktadır. 3. bölümdeki hakların gerçekleşmesi için ise devletin çeşitli faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. Bu yönüyle bu haklara pozitif statü hakları da denilmektedir. Ailenin korunması ve çocuk hakları, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi gibi hususların düzenlendiği bu bölümün adı “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”dir. Son olarak ise seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi hakların düzenlendiği ve aktif statü hakları da denilen 4. bölüm, anayasa koyucu tarafından “Siyasi Haklar ve Ödevler” olarak isimlendirilmiştir. Negatif statü, pozitif statü ve aktif statü hakları sınıflandırması ile anayasanın hakları tasnif şeklinin birebir uyduğu

⁴⁸ GÖZLER – KAPLAN, s. 293-294.

söylenemese de iki sınıflandırma türünün genel olarak uyduğu söylenebilir⁴⁹.

Görüldüğü üzere CBK'ler ile tüm temel hak ve hürriyetler ile alakalı genel hükümler içeren 1. bölüm; kişileri, devletten koruyan hakları içeren 2. bölüm ve kişilerin devlet yönetimine katılımını düzenleyen 4. bölüm ile ilgili haklarda herhangi bir düzenleme yapılamamaktadır⁵⁰.

CBK'ler ile düzenlenebilecek tek husus, ilgili hakların gerçekleşmesi için devletin faaliyette bulunma yükümlülüğünün bulunduğu sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen 3. bölümdür ancak bu bölümdeki tüm hakların da CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu bölümdeki bazı haklarla ilgili düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği anayasa tarafından açıkça öngörülmüştür⁵¹.

Örneğin: anayasanın 42. maddesinin 2'nci fıkrasında “*Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir*” hükmü, 50. maddenin 4'üncü fıkrasında “*Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir*” hükmü bulunmaktadır. Kanunla düzenlenmesi öngörülen sosyal ve ekonomik haklar, saymış olduğumuz bu iki örnekten ibaret değildir. İlgili bölümde, bunun birçok örneği daha bulunmaktadır. 104. maddeden her ne kadar CBK'ler ile sosyal ve ekonomik hakların tümüne dair düzenleme yapılabileceği çıkarımı yapılabilse de; ilgili hakların metinlerinde yer alan “*kanunla düzenlenir*” özel hükmü karşısında bu mümkün değildir. 104. maddede yer alan “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz*” hükmü gereğince, kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, CBK çıkarılamaz.

Bu konuda değinilmesi gereken başka bir husus ise bir hakkın sınırlanması ve düzenlenmesi kavramları arasındaki farktır. Bir hakkın sınırlanması, ilgili hakkın kullanım alanında, hukuki bir müdahale ile daralma meydana gelmesi demektir. Örneğin, kapalı mekânlarda sigara içilmesinin yasaklanması, bir hakkın sınırlanmasıdır. Kişi her yerde sigara içebilecek iken artık bazı alanlarda sigara içemeyecek olması sebebiyle ilgili hakkın kullanım alanında bir daralma meydana gelmiştir. Düzenleme kavramı ise sınırlama kavramını da kapsayan üst bir kavramdır. Bir hakkın

⁴⁹ Temel hak ve hürriyetlere dair çeşitli sınıflandırmalar için bakınız: GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Bursa, 2018, s. 152-164.

⁵⁰ EREN, s. 36; YENİAY, s. 123.

⁵¹ EREN, s. 39; ATAR, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, s. 248.

düzenlenmesi hakkın kullanımını güçlendirebileceği, nasıl kullanılabilceğini gösterebileceği gibi hakkın kullanım alanını da daraltabilir. Bu açıdan diyebiliriz ki: bir hakkın sınırlanması her zaman o hakkın düzenlenmesi manasına gelmekteyken, bir hakkın düzenlenmesi ise her zaman o hakkın sınırlandığı manasına gelmez. Anayasanın 13. maddesi hükmü gereğince bir hakkın sınırlanmasının şartlarından biri de sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Kanunla düzenlenmesi gereken hususlarda CBK'ler ile düzenleme yapılamayacağını belirten 104. madde hükmü uyarınca, CBK'ler ile anayasanın 2. kısmının 3. bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler hususunda sınırlama yapılamayacağını söyleyebiliriz⁵².

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bu konudaki bir uyuşmazlıkta CBK ile cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Mahkeme, Yüksek İstişare Kurulunun üyelerini ancak kurul halinde çalıştıkları, tek başlarına bir hizmet yapmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arizi olarak katıldıkları, görevlerinin ifası sırasında devletin emredici gücünü kullanmadıkları, kurulda yer alacak üyeler için kadro ve pozisyon belirlenmediği, bu üyeler ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki bulunmadığı ve kurul üyelerinin kurul üyeliği dışında başka meslek ve uğraşlarına devam edebilmeleri gerekçeleri ile kurul üyelerini memur ve diğer kamu görevlileri olarak görmemiş ve anayasanın 128. maddesi 2'nci fıkrası "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" hükmü kapsamında görmeyerek CBK'yi konu bakımından yetki unsuru açısından yetkili bulmuş ve içerik bakımından yaptığı denetimde ise kurul üyelerine yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesini oyçokluğuyla hukuka uygun bulmuştur⁵³.

Karara muhalif kalan üyelerden bir kısmı mülkiyet hakkının ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsadığının daha önceki kararlarında Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmiş olduğunu⁵⁴ ve bu nedenle kurul üyelerine yapılacak ödemelerin

⁵² ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s. 279; GÖZLER, İnsan Hakları Hukuku, s. 209-210.

⁵³ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/78, K. 2020/6 sayılı kararı.

⁵⁴ Karşioy yazısı gerekçesinde verilen örnek bir karar: Anayasa Mahkemesinin 01.07.2015 tarih ve E. 2015/39, K. 2015/62 sayılı kararı.

mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğunu; kurul üyelerine yapılacak ödemelerin belirlenmesinin mülkiyet hakkına ilişkin olarak düzenleme yapıldığı manasına geleceğini ve yapılacak ödemeleri belirleme yetkisinin ödemeleri azaltma yetkisini de kapsadığı için bunun mülkiyet hakkının sınırlanması manasına gelebileceğini ifade etmişler ve mülkiyet hakkının kişi hakları ve ödevleri kapsamında bulunan bir hak olması sebebiyle CBK'ler ile düzenlenemeyeceğinden ilgili CBK hükmünün hukuka aykırı olduğunu ifade etmişlerdir.

Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesinin birçok yönden hukuka aykırı olduğunu düşünmekle beraber bu muhalif gerekçelerin de doğru olduğu kanaatindeyiz. Kurul üyelerine yapılacak ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu için bu alanda CBK'ler ile düzenleme yapılamaz. İlgili düzenlemenin hukuka aykırı olmasının bir diğer yönü ise münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda düzenleme yapmış olmasıdır ki bir sonraki bölümde de bu husus incelenmiştir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; CBK'ler ile temel hak ve hürriyetlerin genel hükümlerinde, kişi hakları ve ödevlerinde, siyasi haklar ve ödevlerde hiçbir şekilde düzenleme yapılamaz. Yalnızca sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkin olarak düzenleme yapılabilir. Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenebilirse de bu haklarla alakalı olarak bir sınırlama yapılamaz. Ayrıca, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kapsamında bulunan hakların, kanunla düzenleneceği öngörülen hususlarında, CBK ile düzenleme yapılamaz.

c. Anayasada Münhasıran Kanunla Düzenleneceği Öngörülen Konular

Anayasanın hiçbir hükmünde bir konunun münhasıran kanunla düzenleneceği ibaresine rastlamamaktayız⁵⁵. Öğretide, münhasır kanun alanının olup olmadığı tartışma konusuysa da biz anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü hususların, münhasıran kanun alanı olduğu kanısındayız. Örneğin, anayasanın 123. maddesine göre idarenin kanunla düzenlenmesi; 128. maddesine göre ise memurların ve diğer kamu görevlilerinin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu örnekler dışında anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü onlarca konu bulunmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ ARDIÇOĞLU, s. 38.

⁵⁶ Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların ilgili maddelerine dair bir tablo için bakınız: ÜLGEN ADADAĞ, Özen, "Kanun -

Anayasa Mahkemesi de CBK'lere ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda “anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konular” ibaresinden anlaşılması gereken hususun, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları gereğince anayasanın kanunla düzenlemesini öngördüğü hususlar olduğunu ifade etmiştir⁵⁷. Halihazırda anayasanın 7. maddesi gereğince TBMM zaten istediği her konuda düzenleme yapabilecekken ilgili anayasa maddelerinde bir konunun kanunla düzenleneceğinin belirtilmesini münhasıran kanunla düzenlenebileceği şeklinde anlamak en makul olanıdır⁵⁸. Bu nedenle bir konunun madde metninde “ancak kanunla düzenlenir”, “sadece kanunla düzenlenir”, “yalnızca kanunla düzenlenir” gibi ibarelere gerek olmaksızın; “kanunla düzenlenir” gibi bir ibare bulunması, o konunun münhasıran kanunla düzenlenebileceğinin kabulü için yeterlidir.

Anayasanın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konulara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir davada, 8 sayılı Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6. maddesi 1'inci fıkrasında yer alan “*Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür*” hükmünün iptali talep edilmiştir. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini yerine getirecek mercinin herhangi bir kanunla düzenlenmemiş olması; sekreteryaya hizmetlerini yerine getirecek mercinin belirlenmesinin yürütme yetkisine ilişkin bir konu olması ve sekreteryaya hizmetlerini yerine getirecek mercinin belirlenmesinin herhangi bir idari yapı kurmaması ya da görev ve yetkisini düzenlememesi nedeniyle anayasanın 123. maddesi 1'inci fıkrasında yer alan “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” hükmü kapsamında görülmemesi sebebiyle CBK'de yer alan ilgili hükmün anayasaya aykırı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesinin oyçokluğuyla vermiş olduğu bu kararın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Karara muhalif kalan dört mahkeme üyesinin de belirtmiş olduğu üzere Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorular”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 265.

⁵⁷ CBK'lere ilişkin olarak verilmiş bulunan Anayasa Mahkemesi kararlarının hepsinin 11. paragrafında bu husus ifade edilmektedir.

⁵⁸ SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar – İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 2020/151, s. 10.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin 22.01.2020 tarih ve E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı kararı.

hizmetlerini görecektir mercisi her ne kadar kanunla düzenlenmemiş ve bu mercinin belirlenmesi yürütme yetkisine ilişkin bir konu olsa da aynı zamanda idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin bir konudur. Anayasanın 123. maddesine göre ise idarenin hem bir organ hem de bir fonksiyon olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. İdarenin kanuniliğini ifade eden 123. maddenin 1'inci fıkrası başka bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar... İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir”⁶⁰. Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini görecektir mercinin belirlenmesi ise belirlenen merciyeye bir görev yüklemek manasına geleceği açıktır. Bu nedenle Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini yerine getirecek mercinin belirlenmesi, anayasanın 123. maddesi 1'inci fıkrası gereğince kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Anayasanın 104. maddesinin 17'nci fıkrasının 3. cümlesi “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü gereğince, kanunla düzenlenmesi öngörülen bir hususta CBK çıkarılamaz. Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek mercinin belirlenmesi 123. maddede kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara dahildir ve bu nedenle bu konuda çıkarılmış olan bir CBK maddesinin iptal edilmesi gereklidir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bu konudaki başka bir uyuşmazlıkta ise CBK ile cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemelerin cumhurbaşkanı tarafından belirleneceği hükmü oyçokluğuyla hukuka uygun bulunmuştur⁶¹. Mahkeme kurul üyelerinin memur ve diğer kamu görevlileri kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve bu nedenle anayasanın 128. maddesi 2'nci fıkrası “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü ile münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan biri olmadığına karar vermiştir. Karara muhalif kalan üyelerden bir kısmı ise ilgili düzenlemeyi 128. madde kapsamında değerlendirmiş ve çoğunluğun kararına katılmamıştır.

Bu konuda biz ise çoğunluğun görüşüne katılmaktayız. Anayasanın 128. maddesine göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin görmekte

⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin 06.06.2013 tarih ve E. 2013/47, K. 2013/72 sayılı kararı.

⁶¹ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/78, K. 2020/6 sayılı kararı.

olduğu hizmetler kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdir. Asli ve sürekli görevlerin belirlenmesindeki kıstas ise ilgili hizmetin kadroya bağlanmış olmasıdır⁶². Kararın gerekçesinde de belirtildiği üzere Yüksek İstişare Kurulu üyeleri için herhangi bir kadro ya da pozisyon belirlenmemiştir. Bu nedenle kurul üyelerinin kamu görevlisi olmadığı ve haklarında 128. madde hükümlerinin uygulanmasının gerekmediği kanaatindeyiz. Kurul üyelerinin kamu görevlisi olmadığı hakkında kararda sayılan diğer gerekçelere ise katılmamaktayız. Ancak bir önceki bölümde de belirtmiş olduğumuz üzere bu düzenleme mülkiyet hakkı kapsamındaki bir hususu düzenlemesi sebebiyle bizce hukuka aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir.

Aynı kararda incelenen bir başka husus ise ilgili CBK'nin aynı maddesinde yer alan Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin cumhurbaşkanınca belirleneceği hükmünün hukuka uygunluğu sorunudur. Mahkeme, ilgili düzenlemeyi, CBK'lerin konu bakımından yetki alanında görmüş ve içerik bakımından yaptığı denetimde ise herhangi bir sayı belirtilmeden üyelerin cumhurbaşkanınca belirleneceğinin hüküm altına alınmasının kurulun danışma işlevi gözetildiğinde üye sayısının zamana ve duruma göre değişiklik gösterebileceği ve bu durumun kişilerin kuralın kendileri için doğuracağı sonuçları öngörememelerine sebebiyet vermediği ve idare bakımından da kuralı belirsiz, anlaşılmaz kılmadığı gerekçeleriyle oyçokluğuyla hukuka uygun bulmuştur.

Biz ise Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karara katılmamaktayız. Öncelikle, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilke gereğince hukuk kuralları hem kişiler hem de idare yönünden yeterli netlikte anlaşılabilir ve nesnel olmalıdır⁶³. İlgili düzenlemenin söz konusu ilke gereğince yeteri kadar net ve nesnel şartlara sahip olmaması sebebiyle hem kişiler hem de idare açısından yeterli öngörülebilirlik ve belirliliğe sahip olmadığı ve bu nedenle hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Diğer yandan bu hususta tartışılması gereken en önemli sorun CBK ile Yüksek İstişare Kurulunun kurulması ve diğer birçok CBK'ler ile cumhurbaşkanlığı teşkilatına dair birçok düzenlemenin yapılmasıdır. Anayasanın 123. maddesinde "*İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" hükmü halen durmaktadır. Bu hükme göre teşkilat ve fonksiyon olarak idarenin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu konu

⁶² ULUSOY, Ali D., Yeni İdare Hukuku, Ankara, 2019, s. 573.

⁶³ GÖZLER – KAPLAN, s. 67-68.

münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardan olduğu için CBK'ler ile düzenlenmeyecek konuların oluşturduğu yasak alana dahildir. Anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular dışında kalan konularda idarenin teşkilatına veya fonksiyonuna dair CBK'ler ile düzenleme yapılabilmesi mümkün değildir. Anayasada CBK'lere cumhurbaşkanlığı teşkilatına dair genel düzenleme yetkisi veren bir hüküm de bulunmamaktadır. Saymış olduğumuz nedenlerle CBK'ler ile düzenleneceği istisnai olarak belirtilen konular dışında kalan ve idarenin teşkilatına ve fonksiyonuna dair olan hususların CBK'ler ile düzenlenmesi hukuka aykırıdır. Şu ana kadar çıkarılmış olan ve cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyen tüm CBK'lerin (anayasada öngörülen istisnai konular haricinde) fonksiyon gaspı nedeniyle hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Bir başka Anayasa Mahkemesi kararında⁶⁴ ise Sağlık Bakanlığının teşkilatına ilişkin CBK hükmüne, yurt dışı teşkilatının da Sağlık Bakanlığının teşkilatına dahil olduğu ve Bakanlığın yurtdışı teşkilatı kurmaya yetkili olduğu hükümlerinin bir başka CBK ile eklenmesinin hukuka uygunluğu denetlenmiştir. Mahkeme ilgili düzenlemeyi, anayasanın 106. maddesinin 11'inci fıkrası "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" hükmü kapsamında görerek oyçokluğuyla hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme, anayasa maddesinde geçen "teşkilat yapısı" kavramının yurtdışı teşkilatı kavramını da içerdiğini ifade etmiştir.

Mahkemenin vermiş olduğu bu kararın yanlış olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle, "teşkilat yapısı" kavramı eğer ki yurtdışı teşkilatlarının kuruluşunu içeriyorsa doğal olarak merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşunu da içermesi gerekir. Oysaki madde metninde bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşunun CBK'ler ile düzenleneceği teşkilat yapısı kavramından ayrı olarak açıkça yer almaktadır. Söz konusu maddenin CBK'lerin genel düzenleme yetkisi kapsamında bulunmayıp istisnai düzenleme yetkisi kapsamında bulunması; istisnai olan bu hükümde hangi hususların CBK'ler ile düzenleneceği tek tek sayılmış olması ve üstelik merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşu da özel olarak belirtilmişken madde metninde yurtdışı teşkilatlarına dair bir ibarenin bulunmaması; hukukun yorum ilkelerinin gereği olarak istisnai hükümlerin dar yorumlanmasının gerekmesi ve bunun bir sonucu olarak bir hususun bir yetki kapsamına girip girmediği hususunda tereddüt yaşandığı vakit yetki

⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 12.06.2020 tarih ve E.2019/105, K.2020/30 sayılı kararı.

aleyhinde yorum yapılmasının gerekmesi nedenleriyle söz konusu CBK hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başka bir davada ise “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*” hükmünü içeren CBK maddesinin iptali talep edilmiştir⁶⁵. Mahkeme ise ilgili düzenlemeyi yürütme yetkisine ilişkin bir konu olarak görmüş; kadro ihdasının teşkilat yapısı kavramıyla ilgili olduğunu belirtmiş; hükmün Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerini içermediğini ifade ederek, ilgili düzenlemeyi anayasada CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara ilişkin olarak değerlendirmiş ve oyçokluğuyla ilgili hükmü hukuka uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına bizce katılmak mümkün değildir. Karara muhalif kalan birçok üyenin de belirttiği üzere ilk olarak, ilgili hüküm, yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerini de kapsamak üzere neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngörmektedir. İkinci olarak, ilgili hükmün anayasada CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de uygulanabilmesi mümkün değildir. İlgili düzenlemelerden sadece Devlet Denetleme Kuruluna ilişkin maddede üyelerin görev süresinin ve özlük işlerinin CBK ile düzenlenebileceğine izin veren bir hüküm bulunmaktadır. Diğer maddelerde CBK’lere böyle bir yetki tanınmamıştır. Anayasa koyucunun, kamu personellerine ilişkin olarak düzenleme yapılabileceği vakit bunu özel olarak belirtmesi karşısında, diğer ilgili maddelerde yer alan “teşkilat yapısı” kavramını, içerisine kamu personellerini alacak şekilde yorumlamak istisnaları genişletmek manasına geleceğinden; idareye anayasanın tanımadığı bir yetkiyi tanımak olacaktır ki böyle bir yorumun kabulü mümkün değildir. Üçüncü olarak ise Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında da kadro ihdasını, kanunla düzenlenmesi gerekli bir husus olarak görmüştür⁶⁶. Anayasanın 128. maddesi 2’nci fıkrası gereğince kadro ihdası da kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardan biridir ve bu nedenle ilgili hususta CBK ile düzenleme yapılamaz. Saymış olduğumuz tüm nedenlerden ötürü (Devlet Denetleme Kurulu dışında) CBK ile kadro ihdas edilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan, ilgili hüküm münhasıran kanunla

⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2020 tarih ve E. 2018/119, K. 2020/25 sayılı kararı.

⁶⁶ Muhalif kalan üyelerin gerekçelerinde yer alan bazı kararlar: Anayasa Mahkemesinin 14.02.2018 tarih ve E. 2016/47, K. 2018/10 sayılı kararı; 14.11.2013 tarih ve E. 2013/24, K. 2013/133 sayılı kararı; 22.03.2007 tarih ve E. 2005/139, K. 2007/33 sayılı kararı.

düzenlenmesi gereken bir alanda düzenlenme yapmıştır ve bu nedenle hukuka aykırıdır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki: anayasada “kanunla düzenlenir” gibi ibarelere yer verilerek, münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konularda CBK çıkarılamaz⁶⁷. Her ne kadar, 104. madde “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir” diyerek CBK’lere genel bir yetki tanımış olsa da; yürütme yetkisine ilişkin bir konu olsa bile kanunla düzenleneceği öngörülen hususlarda CBK çıkarılması mümkün değildir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konu yasamanın yetki alanına girmektedir. Yürütmenin bir işlemi olan CBK ile kanunla düzenlenmesi öngörülen bir hususta düzenleme yapılması ise yasamanın yetki alanına müdahale teşkil edecektir. Bu nedenle, kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda CBK çıkarılması fonksiyon gaspı nedeniyle hukuka aykırı hale gelecektir.

d. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular

Anayasa koyucunun, “kanunda düzenlenen konular” demek yerine “kanunda açıkça düzenlenen konular” demesinin sebebi yoruma açık bir husustur. Kanunun bir konuyu açıkça düzenlemesi ne demektir? Kanun ne yaparsa bir konuyu açıkça düzenlemiş olur? “Açıkça düzenlemek” gibi bir ibare, belirsiz bir ibaredir. Kanun metinlerinde yoruma açık ve belirsiz kavramların kullanılması ileride birçok uyumsuzluk çıkarmaya sebebiyet verebilecek bir durumdur.

CBK’lere ilişkin olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında bir konunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiğinden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama yer almamaktadır. İlgili kararlarda, kanunlarda açıkça düzenlenen konulara ilişkin olarak CBK’lerin denetlenmesinde ilk aşamada kanunla düzenleme yapılan konunun CBK ile aynı konuyu düzenleyip düzenlemediğinin tespit edilmesi gerektiği -ki bunun belirlenmesinde CBK olmasaydı ilgili kanuni düzenleme söz konusu konuya uygulanabilecek miydi kistas alınmaktadır-; ikinci aşamada ise söz konusu hususun kanunda açıkça düzenlenmiş olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla ilgili kararlarda, bir konunun kanunda açıkça düzenlendiğinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir kritere yer verilmediği görülmüştür.

⁶⁷ EREN, s. 37; YENİAY, s. 124; ATAR, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi” s. 248; YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, s. 26.

Bu konuyla ilgili olan bir kararda⁶⁸ karşıoy yazısı gerekçesinde bir Anayasa Mahkemesi üyesi kanunda açıkça düzenlenme ibaresine şu şekilde açıklık getirmiştir: “Bir konunun kanunda açıkça düzenlenmesi, konuyla ilgili tüm hususların hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanunda yer alması gerektiği anlamına gelmektedir”. Bizce bu yorum da pek açık değildir. Öncelikle konuyla ilgili tüm hususların “hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde” kanunda yer alması hususunda kıstas ne olacaktır? Bir metni anlamak bir yorum faaliyetidir ve yorum faaliyeti yorum yapan kişinin kişiliğine oldukça bağlıdır. Örneğin bir hususun kanunda açıkça düzenlenip düzenlenmediği hususunda tartışma yaşandığı zaman ilgili konunun kanunda açıkça düzenlenmediği mi kabul edilecektir? Yoksa kişinin kendisinin tereddütsüz bir şekilde metni anlaması ilgili konunun kanunda açıkça düzenlendiğini beyan etmesi için yeterli midir? Bir başka husus ise “konuyla ilgili tüm hususların” kanunda yer alması gerektiğine dair kıstasın ne olacağıdır. Kanunda düzenlenen konunun bir kısmına ilişkin uzlaşma varsa ve uzlaşılan konuya ilişkin CBK ile bir düzenleme yapılmış ise bu durumda kanunda düzenlenen konuyla ilgili tüm hususların hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilmesi sebebiyle CBK’nin iptal edilmemesi mi gerekmektedir? Yoksa CBK ile düzenlenen konunun tamamının mı kanununda açıkça yer alması gerekmektedir? Kısaca “tüm konular” ibaresi CBK ile konunun düzenlenmiş kısmının tümü müdür yoksa genel olarak ilgili konunun tümü müdür?

Bizce bir konunun kanunda düzenlenmesi ile kanunda açıkça düzenlenmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Kanunda düzenlenen her konu açıkça kanunla düzenlenmiş olmaktadır⁶⁹. Bu nedenle kanunla düzenlenmiş bir konuda CBK’ler ile herhangi bir düzenleme yapılması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Kanunda açıkça düzenlenen bir konu aynı zamanda anayasa tarafında kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan biri ise ilgili konunun CBK’ler ile düzenlenmesi aynı zamanda fonksiyon gaspı niteliği de taşıyacaktır.

CBK’ler ile kanunda düzenlenen bir konuda düzenleme yapılamamasının zorunlu sonuçlarından biri de CBK’ler ile kanunlarda değişiklik yapılamaması ve kanunların ilga edilememesidir⁷⁰. CBK’ler ile kanunla düzenlenen herhangi bir konuda değişiklik yapılması ya da ilgili

⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin 22.01.2020 tarih ve E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı kararı.

⁶⁹ YILMAZ, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/1, 2020, s. 251.

⁷⁰ ÜLGEN ADADAĞ, s. 268.

hükümün iptal edilmesi yasama fonksiyonunun yetki alanına giren bir konuya müdahale teşkil etmesi sebebiyle fonksiyon gaspı niteliği taşıyacak ve hukuka aykırı olacaktır.

Nitekim bu hususta verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında⁷¹ iptali istenilen CBK'nin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekleme yapmak suretiyle kanunda değişiklik yaptığı tespit edilmiştir. Anayasanın 87. maddesinde kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkilerinin TBMM'ye verilmesi sebebiyle ilgili CBK'nin yasamanın yetki alanına giren bir konuda düzenleme yapmış olması, 104. maddenin 17'nci fıkrası 1. cümlesinde yer alan “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” hükmüne aykırı bulunmuş ve oy birliğiyle iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başka bir davada⁷² ise Türkiye'nin tanıtımı için yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında bakanın onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilmesi; yapılacak önödeme için teminat alınıp alınmayacağına bakan onayında belirtilmesi ve önödemeye ilişkin usul ve esasların bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi hususları CBK ile öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise ön ödemeye ilişkin kuralların 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “Ön Ödeme” başlıklı 35. maddesinde belirlendiği için ilgili CBK'nin kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yaptığını belirtmiş ve ilgili hükümlerin iptaline oyçokluğuyla hükmetmiştir. İlgili kanun maddesinde her ne kadar “... cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır” denilse de; Mahkeme, anayasa tarafından kanunlarda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı belirtildiği için kanun koyucunun CBK'lere böyle bir yetki tanıyamayacağını ifade etmiş ve ilgili kanun hükmünü bu konuda dikkate almamıştır. Sekiz üye ise ilgili kanun maddesinin CBK'lerin haklarını saklı tuttuğu için kanunun öngörmüş olduğu kuralların CBK ile aynı konuyu düzenlemiş olduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmiş ve karara katılmamışlardır.

Biz ise Mahkemenin görüşüne katılıyor ve kanunla CBK'lere herhangi bir konuda düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği kanaatini paylaşıyoruz. CBK'ler her ne kadar asli bir yetki olsa da genel bir yetki değildir. Bir başka deyişle CBK'lerin düzenleme yapabileceği alanlar anayasada sınırlı sayıda

⁷¹ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2020 tarih ve E. 2018/155, K. 2020/27 sayılı kararı.

⁷² Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

ifade edildiği için istisnai düzenleme yapma yetkisine sahiptir; genel düzenleme yetkisine sahip değildir. Anayasa koyucu tarafından belirlenen düzenleme yapma yetkisinin ise kanun koyucu tarafından istisna tanınarak - veya herhangi başka bir yolla- genişletilmesi veya daraltılması suretiyle değiştirilmesi söz konusu değildir. Bu şekilde bir değişiklik, normlar hiyerarşisine aykırıdır çünkü normlar hiyerarşisinde her norm geçerliliğini bir üst normdan alır ve bu nedenle bir üst norma uygun olmak zorundadır. Anayasada yer alan bir hükmün kanun yoluyla değiştirilmesinde üst norma aykırılık aşikardır. Anayasa koyucunun koymuş olduğu bir kuralı, kanun koyucu değiştiremez⁷³.

Aynı kararda⁷⁴ incelenen başka bir husus ise CBK ile öngörülen, aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği; koordinatör başhekime bağlı olarak her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği; hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetlerinin koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütüleceği kurallarının iptali talebidir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Sağlık Bakanlığının taşra teşkilatında yer alan hastanelerin aynı yerleşke içerisinde birden fazla olması durumunda hizmet birimlerinin nasıl örgütleneceğine ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirmiş ve anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulardan biri olan 106. maddenin 11'inci fıkrası "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*" hükmü kapsamında görmüştür. İlgili düzenleme, anayasa tarafından kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan biri olan 128. madde 2'nci fıkrası "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" hükmü açısından da değerlendirilmiş ve koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarının CBK ile düzenlenmemesi sebebiyle CBK'yi oybirliğiyle hukuka uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu kararın gerekçelerine iştirak ediyor ve kararın doğru olduğunu düşünüyoruz.

Bakanlar kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararname müessesesi her ne kadar son anayasa değişikliğiyle birlikte kaldırılmış olsa

⁷³ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 183.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

da anayasanın geçici 21. maddesi F fıkrası gereğince yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararname kaldırılmadıkları müddetçe geçerliliğini korumaktadır. Anayasa Mahkemesi, önceki dönemlerde kanun hükmünde kararname ile anayasa tarafından kanunla düzenleneceği öngörülen konularda düzenleme yapılabileceğini kabul etmekteydi⁷⁵. Kanunlarda değişiklik yapabilen ve kanunları kaldırabilen kanun hükmünde kararname işleminin hukuki açıdan kanun gücünde ve hükmünde olduğu aşikardır. Bu nedenle kanun hükmünde kararnamelerle bir konuda düzenleme yapılmışsa ilgili konuyla alakalı olarak CBK'ler ile düzenleme yapılması mümkün değildir. Bir başka deyişle CBK'ler ile kanun hükmünde kararnameler değiştirilemez ve ilga edilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁷⁶ kanun hükmünde kararnameler ile düzenleme yapılmış bir konuda CBK'ler ile düzenleme yapılamayacağını ifade etmiştir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki CBK'ler ile kanunlarla ve kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenen bir konuda düzenleme yapılamaz. CBK'ler ile kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelerde düzenlenen herhangi bir konuda ekleme ya da çıkarma yapmak suretiyle değişiklik yapılması ya da kanunlarda yer alan hükümlerin ilga edilmesi de mümkün değildir. Kanun koyucunun CBK'lere yeni bir yetki alanı tanınması da anayasanın üstünlüğü ilkesi ve normlar hiyerarşisi gereğince mümkün değildir.

e. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Bireysel İşlem Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu

CBK'ler ile bireysel işlem yapılıp yapılamayacağı hususu öğretilerde tartışılmaktadır. Anayasada, CBK'ler ile bireysel işlem yapılmasını öngören bir madde olmamakla birlikte; bireysel işlem yapılmasını yasaklayan bir madde de bulunmamaktadır.

Bizce, CBK'ler ile bireysel işlem yapılamaz⁷⁷. İlk olarak, anayasada, CBK'ler ile alakalı maddelerin tamamında, CBK'ler ile hangi konularda "düzenleme" yapılıp yapılamayacağını ve bu düzenlemelere ilişkin diğer kuralları belirleyen hükümler bulunmaktadır. Düzenleme ise bir konuda kural koyma işlemidir. Bu açıdan, CBK'ler ile sadece düzenleyici işlemlerin yapılması, anayasadaki ilgili hükümlerinin lafzına ve ruhuna daha uygun düşmektedir.

⁷⁵ Örnek bir karar: Anayasa Mahkemesinin 22.11.2012 tarih ve E. 2011/149, K. 2012/187 sayılı kararı.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/78, K. 2020/6 sayılı kararı.

⁷⁷ Aynı doğrultuda bir görüş ve gerekçeleri için bakınız: İBA, s. 200-203.

Çeşitli yorum ilkeleri de bu yargımızı desteklemektedir. “Anayasal organların yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları ise istisnadır” ilkesi gereğince hiçbir anayasal organ, anayasanın kendisine tanımamış olduğu bir yetkiyi kullanamaz. Bir başka deyişle, hiçbir anayasal organ kendisine hukuk düzeni tarafından açıkça tanınmamış bir yetkiyi kullanamaz. İlgili konuda yetkisiz olduğu kabul edilir⁷⁸. Nitekim bu ilkenin pozitif hukukta dayanağı da bulunmaktadır. Anayasanın 6. maddesinin 3’üncü fıkrasının 2. cümlesinde “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” denilmektedir. Cumhurbaşkanlığı da anayasal organlardan biridir ve anayasa ile cumhurbaşkanına, CBK’ler ile bireysel işlem yapabileceğine dair bir yetki tanınmamıştır.

Anayasal organların yetkisiz olması asıldır ilkesi ile bağlantılı bir diğer ilke ise idarenin kanuniliği ilkesidir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince idare, kendisine hukuk düzeni tarafından tanınmamış bir yetkiyi kullanamaz. Anayasada ise cumhurbaşkanına, CBK’ler ile bireysel işlem yapabileceğine dair yetki tanıyan bir madde yoktur.

Bir diğer ilke “yetki dar, hürriyet geniş yorumlanır” ilkesidir. Bu ilke gereğince herhangi bir makamın bir hususta yetkili olup olmadığı tartışmalı ise yetki dar yorumlanmalı ve böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu sonucuna varılmalıdır çünkü liberal demokratik devletlerde hürriyet asıl, yetki ise istisnadır⁷⁹.

CBK’ler ile bireysel işlem yapılabilmesi, CBK’lerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması sebebiyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz sonuçlara da sebebiyet verebilecektir⁸⁰. Şöyle ki: CBK’lerin yargısal denetimi, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır ve mahkeme, CBK’lerin hukuka uygunluğunu kendiliğinden (re’sen) denetleyememektedir. CBK’lerin hukuka uygunluğunun denetiminin yapılabilmesi için Anayasa Mahkemesine iptal davası açabilme hakkı, anayasanın 150. maddesi tarafından, cumhurbaşkanına, TBMM’de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve TBMM’nin üye tamsayısının (600 milletvekili) en az beşte biri tutarındaki üyelerine (en az 120 milletvekili) tanınmıştır. Anayasanın 2. maddesine göre ise Türkiye

⁷⁸ GÖZLER, Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012, s. 46

⁷⁹ GÖZLER, “Yorum İlkeleri”, s.50-51.

⁸⁰ CBK’ler ile bireysel işlem yapılması halinde CBK’lerin yargısal denetiminin nasıl yapılacağına dair doktrindeki diğer görüşler ve eleştirileri için bakınız: İBA, s. 213- 216.

Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de kişilerin hak arama hürriyetine sahip olmasıdır. Nitekim anayasamız da 36. maddesi ile hak arama hürriyetini tanımakla ve 125. maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” diyerek, kişilerin yargısal yollara başvuru haklarına anayasal bir statü kazandırmıştır. Bu hükümler karşısında, CBK ile bireysel işlem yapıldığı vakit, kendisiyle alakalı işlem yapılan kişi, anayasanın 150. maddesi hükmü gereğince, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmaya yetkili kişiler arasında olmadığından ilgili CBK aleyhine yargısal yollara başvuramayacaktır. Kişinin, kendisiyle alakalı bir işlem aleyhinde yargısal yollara başvuramaması ise hukuk devleti ilkesi ile kesinlikle bağdaşmaz bir durumdur⁸¹.

Nitekim uygulamada da CBK’ler ile bireysel işlem yapılmayıp, sadece düzenleyici işlem yapılmaktadır⁸².

Anayasa maddeleri arasında hiyerarşi bulunmadığından böyle bir yorumun yapılamayacağı itirazına karşın ise şunu söyleyebiliriz ki, hangi işlemlere karşı yargısal denetim yapılamayacağı anayasa tarafından açıkça düzenlenmiştir. “Hürriyet geniş, yetki dar yorumlanır” ilkesi gereğince ilgili kişinin hak arama hürriyetini yok eden böylesine bir yorum yapılmaması gerekir. Eğer CBK’ler ile bireysel işlem yapılabilmesi ve bu işlemler aleyhine kişilerin yargısal yollara başvuramaması isteniyorsa bunların anayasada açıkça tanınması gerekir. Böyle bir değişiklik yapılması halinde ise bizce bu değişiklik de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz bir nitelikte olacaktır.

Sonuç olarak, CBK’ler ile alakalı maddelerin bütününden, yorum ilkelerinden ve hukuk devleti ilkesinden hareketle, CBK’ler ile bireysel işlem yapılamayacağını söyleyebiliriz⁸³. Mevcut durumda ise CBK’ler ile bireysel işlem yapılması durumunda, yapılan işlemin adının CBK olduğuna (şekli kritere) bakılmaksızın; CBK’nin içeriği (maddi kriter) esas alınarak, ilgili işlem aleyhine idari yargıda dava açılabilir.

f. Bütçe Kanunu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İlişisine Dair Bir Hüküm

Anayasanın 161. maddesinin 7’nci fıkrasında “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir.

⁸¹ AÇIL, s. 741.

⁸² İBA, s. 208-209.

⁸³ Aksi görüş için bakınız: YENİAY, s. 134-136.

Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz” hükmü bulunmaktadır. Bu fıkra hükmü gereğince, CBK’ler ile bütçe kabul edilmesinin ve bütçede değişiklik yapılmasının yasaklandığını söyleyebiliriz ancak bu fıkranın asıl muhatabı yasama organımız olan TBMM’dir. TBMM, yasamanın asliliği ilkesi uyarınca anayasada düzenlenmemiş olan bir konuda da düzenleme yapma yetkisine sahip olmakla beraber, anayasaya aykırı kanun çıkarmamak ile yükümlüdür⁸⁴.

Madde metni, sanki TBMM başka konularda CBK’lere düzenleme yetkisi tanıyabiliyorken sadece bütçeye dair bu yasağın konulmuş olduğu gibi bir izlenim ya da fikir doğurabilse de bunun hukuken geçerli olmadığı kanaatindeyiz. CBK’ler ve Bütçe Kanunu ilişkisine dair konulmuş olan bu yasak bizce konunun öneminden ötürü yapılan bir vurgudan ibarettir. Normlar hiyerarşisi gereğince anayasayla sınırları çizilmiş bir idari yetkinin kanun yoluyla değiştirilmesi mümkün değildir⁸⁵. Bu nedenle, kanunlarla CBK’lere hiçbir konuda düzenleme yetkisi tanınamayacağı kanaatindeyiz.

2. SADECE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ İLE DÜZENLENEBİLECEK KONULAR (MAHFUZ ALAN)

Sadece CBK’ler ile düzenlenebilecek konuların, bir başka deyişle, CBK’lere ait mahfuz (saklı) bir alanın olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kimi yazarlar CBK’lere ait bir mahfuz alanın olmadığını savunurken⁸⁶, kimi yazarlar ise CBK’lerin mahfuz alanı olduğu iddia edilen konularda, CBK’lerin sadece ilk düzenleme yetkisine sahip olduğunu, ilgili alanın CBK ile düzenlenmesinden önce o konuda kanun çıkarılmaması da CBK çıkarıldıktan sonra o alanla alakalı kanunla da düzenleme yapılabileceğini savunmaktadır⁸⁷.

Bizim katıldığımız görüş ise anayasada sadece CBK’ler ile düzenlenebilecek konuların bulunduğu yönündedir⁸⁸. Öncelikle, CBK’lerin mahfuz alanını oluşturduğunu iddia ettiğimiz konularla ilgili anayasa maddelerinde “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” ibaresi yer

⁸⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 629, 925.

⁸⁵ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 183.

⁸⁶ Bu doğrultuda bir görüş için bakınız: YILDIRIM, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:36, Sayı: 1, 2019, s. 304-310.

⁸⁷ Örnek bir görüş için: SEZER, s. 377.

⁸⁸ ATAR, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, s. 247.

almaktadır. Madde metninde ilgili konuların CBK'ler ile düzenlenebileceğinden değil düzenleneceğinden bahsetmektedir. İlgili konularda, kanunla düzenleme yapılabilecek olsa madde metninde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilir” ibaresi yer alması gerekirdi. Nitekim kural olarak yürütmeye ilişkin konularda kanun da çıkarılabileceği için 104. maddenin 17'nci fıkrasının ilk cümlesinde, yürütme yetkisine ilişkin konularda, CBK'lerin çıkarılacağından değil çıkarılabileceğinden bahsedilmektedir. Anayasanın geçici 21. maddesinin B fıkrasında da bu yorumumuzu destekler biçimde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanlığı tarafından düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Madde metni de CBK'ler ile düzenlenebilecek değil CBK'ler ile düzenlenecek değişikliklerden bahsetmektedir. Eğer CBK'ler mahfuz alana sahip değilse geçici madde ile cumhurbaşkanından, hangi konularda altı ay içerisinde CBK çıkarması beklenmektedir?

Bir diğer husus ise tali kurucu iktidar, bir konunun CBK'lere ek olarak kanunla da düzenlenebileceğini ifade etmek istediğinde bunu anayasanın 123. maddesi 3'üncü fıkrası “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” hükmünde olduğu gibi ayrıyeten belirtebilmektedir. Tali kurucu iktidar, CBK'lerin mahfuz alanını oluşturduğunu düşündüğümüz dört konunun kanunlarla da düzenlenebilmesini istese bunun, madde metnine bir yansıması olması gerekirdi⁸⁹.

Son olarak, amaçsal (gai) yorum ilkesinden hareketle şunları söyleyebiliriz ki: son anayasa değişikliği ile tali kurucu iktidarın ana amacının, hükümet sistemi değişikliği yapmak olduğu görülmektedir. Bu amaç doğrultusunda, kapsamlı bir anayasa değişikliği yapılmıştır çünkü yürütmenin yapısını değiştirmek, uyumlu bir devlet yapılanması için beraberinde birçok yeniliği de içermek durumundadır. Yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan bir sistemden sert kuvvetler ayrılığına dayanan bir sisteme geçmek isteyen tali kurucu iktidarın iradesi doğrultusunda bu husus yorumlandığında bizce, yasama ve yürütmenin mahfuz düzenleme alanlarına sahip olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. Bu kabulün bir sonucu olarak CBK'lerin de mahfuz alana sahip olması gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁹ AZAKLI, s. 77; YENİAY, s. 113.

⁹⁰ EREN, s. 10, 46.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara bakıldığında ise üyelerin çoğunluğunun bu kanaatte olmadığı görölmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda⁹¹ iptali istenilen hükmü, anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen bakanlık teşkilatına ilişkin bir düzenleme olarak görmüşken bile ilgili konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün olup olmadığı denetlemiştir. Ayrıca aynı kararda 104. maddenin 17'nci fıkrasında CBK'ler için öngörülen sınırlamaların, anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak öngörülen konular için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu için CBK'lerin mahfuz bir alana sahip olmadığını ve anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da kanunlarla düzenleme yapılabileceğini söyleyebiliriz. Mahkemenin bu görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Sonuç olarak, ilgili maddelerin metinlerinden ve tali kurucu iktidarın iradesinden hareketle, CBK'lerin mahfuz bir alana sahip olduğu, bu konularda sadece CBK'ler ile düzenleme yapılabileceği ve kanunlarla bu alanda herhangi bir düzenleme yapılamayacağı kanaatindeyiz⁹².

a. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmalarına İlişkin Usul ve Esaslar

Anayasanın 104. maddesinin 9'uncu fıkrasında "(Cumhurbaşkanı) Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler" denilmektedir. Madde metninde de görüldüğü üzere üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK'ler ile düzenlenmesi gerekmektedir. "Atanmalara ilişkin usul ve esaslar" ibaresinden anlaşılması gereken husus, üst düzey kamu yöneticilerinin nasıl ve hangi şartlarla atanacağına ilişkin hususlardır.

Uygulamada da üst kademe kamu yöneticilerinin nasıl atanacağına dair hükümler, 3 sayılı Üst Kademe Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının ise anayasanın 128. maddesi 2'nci fıkrası hükmü gereğince kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda

⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

⁹² Anayasada özel olarak düzenlenmiş CBK'ler yönelik bazı sorunlar için bakınız: ÜLGEN ADADAĞ, s. 269-275.

CBK çıkarılamayacağı için CBK'ler ile üst kademe kamu yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarına dair herhangi bir düzenleme yapılamaz.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları dışında kalan; memur ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri, anayasanın 128. maddesi 1'inci fıkrası hükmü gereğince kanunla düzenlenir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bu konuda da CBK'ler ile herhangi bir düzenleme yapılamaz. Bu hususta CBK'ler ile düzenlenebilecek tek konu üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslardır.

b. Bakanlıkların Kurulması, Kaldırılması, Görevleri ve Yetkileri, Teşkilat Yapısı ile Merkez ve Taşra Teşkilatlarının Kurulması

Anayasanın 123. maddesi 1'inci fıkrasında “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” hükmü yer almaktadır. Bakanlıklar da idare teşkilatının bir parçasıdır. İdari teşkilatın bir parçası olmaları sebebiyle bakanlıkların kuruluş ve görevlerine ilişkin hususların da normalde kanunla düzenlenmesi gerekirdi ancak anayasanın 106. maddesi 11'inci fıkrası ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. 106. maddede yer alan hükme göre “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*” hususlarına ilişkin düzenlemelerin CBK'ler ile yapılması gerekmektedir. 106. maddede bakanlıklara ilişkin olarak sayılan hususlar CBK'lerin mahfuz alanlarından birini oluşturmaktadır. Sayılı konulara ilişkin olarak kanunlarla herhangi bir düzenleme yapılamaz. Bu konulara ilişkin düzenlemeler ancak CBK'ler ile yapılabilir.

Bakanlıklara ilişkin olarak madde metninde sayılan hususlar dışında kalan konulardaki düzenlemelerin ise 123. madde hükmü gereğince kanunla yapılması gerekmektedir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bu hususlarda CBK'ler ile herhangi bir düzenleme yapılamaz.

Bu konuya ilişkin olarak anayasada bulunan bir başka hüküm ise mahalli idarelere ilişkin hükümler içeren 126. maddedir. Anayasanın “Mahalli İdareler” başlıklı, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkileri düzenleyen 126. maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkralarının ilgili kısımları şöyledir:

“Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde ... kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.

Mahallî idarelerin ... merkezî idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir.”

Görüldüğü üzere merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkilerin ve idari vesayet kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça madde metninde yazmaktadır. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir husus ise 104. maddenin 17'nci fıkrası hükmü gereğince CBK ile düzenlenemez⁹³. İdarenin kanunla düzenleneceğini belirten ve bu konuya ilişkin olarak genel hüküm ihtiva eden anayasanın 123. maddesi olmasa bile; merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkilerin ve idari vesayet kanunla düzenleneceğini belirten ve idarenin kanunla düzenlenmesine ilişkin özel hüküm olan 126. madde sebebiyle merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki ilişkilerin ve idari vesayet kanunla düzenlenmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki: anayasanın 106. maddesi 11'inci fıkrasında bakanlıklara ilişkin olarak sayılan hususlar, CBK'lerin mahfuz alanlarından biridir ve sadece CBK'ler ile düzenlenebilir. Kanunlarla, bu alanlarda herhangi bir düzenleme yapılamaz. Bakanlıklara ilişkin olarak madde metninde sayılmayan konularda ise yürütme yetkisine ilişkin olması kaydıyla her konuda CBK çıkarılabileceğinden hareketle bu konuların hem CBK'ler hem de kanunlarla düzenlenebileceği fikri akla gelebilse de bu fikir, anayasanın 123. maddesi hükmü karşısında yanlış bir fikirdir. Anayasanın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve bunların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Yani hem organik anlamda hem de fonksiyonel anlamda idarenin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle bakanlıklara ilişkin olarak madde metninde sınırlı sayıda sayılan hususlar dışında kalan bir konunun CBK'ler ile düzenlenmesi mümkün değildir.

c. Devlet Denetleme Kurulunun İşleyişi, Üyelerinin Görev Süresi ve Diğer Özlük İşleri

Anayasanın 108. maddesinin 4'üncü ve son fıkrası şöyledir: *“Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir”*.

Bu fıkrada da Devlet Denetleme Kuruluna dair hangi hususların CBK'ler ile düzenleneceği tek tek sayılmıştır. Bu hususlar dışında kalan konularda (örneğin Devlet Denetleme Kurulu'nun teşkilatına dair bir düzenleme) ancak kanunlarla yapılabilir. Tek tek sayılan bu konular dışında

⁹³ YASİN, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 328. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile idari vesayet yetkisinin tanınabileceğine dair bir görüş için bakınız: OCAK, Kasım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 187-189.

kalan hususlarda düzenleme yapmaya ilişkin olarak bakanlıklara dair yaptığımız açıklama, burada da geçerliliğini korumaktadır.

d. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilatı ve Görevleri

Anayasanın 118. maddesi 6'ncı fıkrasına göre “*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*”.

Millî Güvenlik Kurulu ile alakalı hangi konuların CBK'ler ile düzenleneceği madde metninde sayılmıştır. Bu hususlar dışında kalan konularda ancak kanunlarla düzenleme yapılabilir. Tek tek sayılan bu konular dışında kalan hususlarda düzenleme yapmaya ilişkin olarak bakanlıklara dair yaptığımız açıklama, burada da geçerliliğini korumaktadır.

e. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Mahfuz Alanı ve Anayasanın 104. Maddesi 17'nci Fıkrası Arasındaki İlişki

CBK'lerin mahfuz alanı ve anayasanın 104. maddesinin 17'nci fıkrası arasında bazı sorunlar mevcuttur. 104. maddenin 17'nci fıkrasının kanunlar ve CBK'ler arasındaki ilişkiyi düzenleyen 5. ve 6. cümlelerinde şu hükümler yer almaktadır: “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*”.

Görüldüğü üzere CBK'ler ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanmasına veya TBMM tarafından CBK'ler ile düzenlenmiş konulardan birine dair sonradan bir kanun çıkarılması halinde kanun hükmünün uygulanacağına anayasa tarafından hiçbir istisna tanınmamıştır. CBK'lerin mahfuz alanını oluşturduğunu düşündüğümüz ilgili konuların madde metinlerinde de bu hususla alakalı herhangi bir düzenleme ve dolayısıyla istisna mevcut değildir.

Bu sorun karşısında, örneğin, CBK'lerin mahfuz alanlarından biri olan bakanlık teşkilatının, CBK'ler ile düzenlendikten sonra aynı konuda TBMM kanun çıkarırsa nasıl bir yol izleneceği tartışmaya açıktır.

Böyle bir durumda CBK'lerin mahfuz alanını kabul etmeyen görüş açısından bir sıkıntı bulunmamaktadır. Anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda kanunlarla da düzenleme yapılabileceğini ifade eden bu görüş açısından CBK ile düzenlenen bir konuyu düzenleyen bir kanun bulunması ya da daha sonra kanun çıkarılması

durumunda kanun hükümlerinin uygulanacağı aşıkardır. Nitekim anlaşıldığı kadarıyla Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu da bu görüştedir⁹⁴.

CBK'lerin mahfuz alanı olduğunu kabul eden görüş açısından yapılabilecek ilk yorum olarak; ilgili konu CBK'lerin mahfuz alanını oluştursa da madde metinlerinden hareketle, bu konuda CBK'lerin lehinde hiçbir istisna tanınmadığı için kanunun, CBK'leri hükümsüz bırakabileceği söylenebilir⁹⁵. İlgili kanun daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilse bile kanun tarafından hükümsüz bırakılan CBK tekrar kendiliğinden yürürlüğe giremez⁹⁶. Hükümsüz bırakılan CBK'nin tekrar çıkartılması gerekmektedir çünkü ilga eden kanunu ilga etmenin, ilga edilen kanuna tekrar can vermeyeceği hukukun yorum ilkelerinden biridir. Bu yorum ilkesi her ne kadar kanunun kanunu ilga etmesinden bahsetse de çıkarım yoluyla kanun ve CBK arasındaki ilişkiye de uygulanabilir.

Verdiğimiz örnek olayda mahfuz alanı kabul eden görüş açısından izlenebilecek ikinci yol ise mahfuz alanın doğasından hareketle bir yorum yapmaktır. Anayasa metninden hareketle yani lafzi yorumla her ne kadar aynı konuda kanun çıkarılması durumunda CBK'lerin hükümsüz kalacağına bir istisna tanıyamıyor olsak da mahfuz alan kavramının doğası bu istisnayı tanımamızı gerektirmektedir. Mahfuz alana ilişkin bir konuda çıkarılan CBK'nin aynı konuda çıkarılan bir kanunla hükümsüz bırakılabileceğini kabul etmek, düzenleyici bir işleme mahfuz alan tanımının mantığıyla bağdaşmamaktadır. Düzenleyici bir işleme mahfuz alan tanınması, başka bir düzenleyici işlemle aynı konuda düzenleme yapılmasını önlemeye yönelikken; mahfuz alana sahip düzenleyici işlemin, başka bir düzenleyici işlemle hükümsüz bırakılabilmesi birbiriyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca, mevcut hükümet sistemiyle bu durum kötüye kullanıma da açıktır. Kanunlara, istisnasız olarak tüm olağan dönem CBK'lerini hükümsüz bırakabilme imkânı tanımak, ileride TBMM çoğunluğu ile cumhurbaşkanının farklı partilerden olması durumunda çıkarılan her CBK'nin meclis tarafından hükümsüz bırakılması sonucunu doğurabilir. Bu durumda yürütme organı iş yapamaz duruma düşebilir. Biz, mahfuz alana dair bir konuda çıkarılan CBK'lerin kanunlar tarafından hükümsüz bırakılamayacağı kanaatindeyiz. Madde metinleri bu yoruma pek imkân

⁹⁴ Örnek bir karar için bakınız: Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

⁹⁵ Bu doğrultuda bir görüş için bakınız: ATAR, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", s. 257.

⁹⁶ EREN, s. 63.

tanıyor olmasa da mahfuz alan kurumunun mantığı ve kurulmak istenen hükümet sisteminin doğasına bu yorumun daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Diğer yandan; 104. maddenin 17'nci fıkrasında yer alan diğer sınırlamaların da mahfuz alana ilişkin olarak çıkarılan CBK'ler açısından geçerli olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Örneğin mahfuz alana ilişkin olan bir konuda kanun çıkarılması durumunda aynı konuya ilişkin olarak CBK çıkarılabilecek midir?

Anayasa Mahkemesi kararlarında bu konuya ilişkin olarak üyeler arasında bir konsensus olmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım, Mahkemenin bir kararının⁹⁷ karşıoy yazısında 104. maddenin 17'nci fıkrasında belirtilen sınırlamaların, anayasanın hiçbir maddesinde bu sınırlamalara istisna tanınmadığı için anayasada ayrıca CBK'ler ile düzenleneceği belirtilen konular için de geçerli olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında⁹⁸ ise üyelerin çoğunluğu, 104. maddede CBK'ler için öngörülen sınırlamaların, anayasada özel olarak CBK'ler ile düzenleneceği belirtilen konular için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi üyeleri Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menteş ise bu konuya ilişkin olarak farklı bir yaklaşım sergilemişlerdir. Üyelere göre, çıkarılan bir CBK anayasada CBK'ler ile düzenleneceği ayrıca belirtilen konulardan ise bu durumda ilgili düzenlemenin bu kapsamda bir konuyu içerdiğini belirledikten sonra ilgili hususta kanunla düzenleme yapıp yapılmadığını araştırmaya gerek yoktur. Üyelere göre, ilgili konuda kanunla düzenleme yapıp yapılmadığının araştırılması gereken CBK türü yalnızca 104. maddenin 17'nci fıkrası 1. cümlesi kapsamında genel yetkiyle çıkarılan CBK'lerdir.

CBK'lere ait mahfuz bir alanın varlığını kabul etmemiz sebebiyle biz ikinci görüşe katılmaktayız. Yani, anayasada CBK'ler ile düzenleneceği ayrıca belirtilen hususlarda yalnızca CBK'ler ile düzenleme yapılabilir. Bu konulara ilişkin olarak kanun çıkarılmış olması CBK çıkarılmasına mani değildir. CBK'lerin mahfuz alanına ilişkin olarak çıkarılan bir kanun, yürütmenin mahfuz düzenleme alanına müdahale teşkil edeceğinden, fonksiyon gaspı niteliği taşıması nedeniyle hukuka aykırıdır. Böyle bir kanunun iptal edilmesi yerinde olacaktır.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin 22.01.2020 tarih ve E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı kararı.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

Bir diğer sorun ise anayasanın 104. maddesi 17'nci fıkrası 3. cümlesinde yer alan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" hükmü ile mahfuz alana dair çıkarılan CBK'ler arasındaki ilişkidir. Anayasada CBK'ler ile düzenleneceği ayrıca belirtilen ve bizim CBK'lerin mahfuz alanını oluşturduğunu düşündüğümüz konuların hepsi anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardandır. Örneğin bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konularının CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilmeseydi; bu konular anayasanın 123. maddesinin 1'inci fıkrası "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" hükmü kapsamında değerlendirilip münhasır kanun alanı içerisinde kalacaktı. Bu nedenle, bir konunun anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilmiş olsa bile ilgili konu aynı zamanda CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulardan ise bu konuda CBK'ler ile düzenleme yapılabilecektir. Kısaca, CBK'lerin mahfuz alanına dair yapılan bir düzenleme karşısında anayasanın 104. maddesi 17'nci fıkrası 3. cümlesinde yer alan "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*" hükmü geçerli değildir. Aksi yorumun kabulü mümkün değildir çünkü bu durumda CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda, CBK'ler ile düzenleme yapılamaması gibi abes bir durum ortaya çıkacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Sağlık Bakanlığının teşkilatına ilişkin bir konuda CBK ile yapılan düzenlemeyi, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmüş bir konu olsa da ilgili düzenlemenin CBK'ler ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konulardan biri olduğu için hukuka aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'ler bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin izin verdiği hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir*"⁹⁹.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin 23.01. 2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

Son olarak değinilmesi gereken konu ise mahfuz alana ilişkin bir CBK karşısında, temel hak ve hürriyetlere ilişkin CBK ile düzenleme yapılamayacağı hükmünün geçerli olup olmayacağıdır. Anayasada CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen hususlarda, 104. maddede CBK'ler için öngörülen sınırlamaların geçerli olmayacağı kanaatindeyse de; ilgili maddede yer alan, temel hak ve hürriyetlerin kural olarak CBK ile düzenlenemeyeceğini belirten sınırlamanın, öneminden ötürü mahfuz alanda çıkarılan CBK'ler için de geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi insan hakları hukukunda "kanunilik ilkesi" olarak isimlendirilmektedir¹⁰⁰. Modern liberal demokratik hukuk devletlerinin varlık sebebi bireylerdir. Bireylerin hak ve hürriyetlerinin olağanüstü dönemler haricinde asli olarak idare tarafından sınırlandırılabilmesi kabul edilemez. Bu nedenle mahfuz alana ilişkin olarak çıkarılan bir CBK ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak (sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler istisna olmak üzere)düzenleme yapılamayacağı görüşündeyiz.

3. HEM CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ HEM DE KANUNLAR TARAFINDAN DÜZENLENEBİLECEK KONULAR (YARIŞAN ALAN)

a. Genel Olarak Yarışan Alan

CBK'lerin, yürütme yetkisine ilişkin olmaları kaydıyla her konuda çıkarılabilmeleri genel kuraldır. CBK'ler ile yürütme yetkisine ilişkin bir konuda düzenleme yapılamaması (yasak alan) ya da ilgili konuda sadece CBK'ler ile düzenleme yapılabilmesi (mahfuz alan) ise istisnadır. Kısaca, CBK'ler ile düzenlenmesi yasak konular ve sadece CBK'ler ile düzenlenebilecek konular dışında kalan her hususta, yürütme yetkisine ilişkin olması kaydıyla hem CBK'ler hem de kanunlar ile düzenleme yapılabilecektir.

Bir konunun hem CBK hem de kanunla düzenlenebilecek olması çeşitli sorunlara sebebiyet verebilir. Bu sorunlardan hiç şüphesiz en önemlisi aynı konuda hem CBK hem de kanunla düzenleme yapılmış olması durumunda hangi düzenlemenin dikkate alınacağı problemidir. Anayasa koyucu da bu sorunu öngörmüş ve CBK ile kanunlar arasında çatışma olması durumunda nasıl çözüm öngördüğünü 104. maddenin 17'nci fıkrasının 5. ve 6. cümlelerinde belirtmiştir. Buna göre:

¹⁰⁰ GÖZLER, İnsan Hakları Hukuku, s. 224.

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

İlk cümlede, mevcut halde kanunla düzenlenen bir hususun sonraki tarihli bir CBK ile düzenlenmesi durumunda çatışmanın nasıl çözüleceği düzenlenmiştir. Aslında 104. madde kanunda düzenlenen bir hususta CBK çıkarılmasını yasaklamaktadır ancak anayasa koyucu, bu kurala uyulmaması durumunda çıkacak olan hüküm çatışması sorununu yine de çözüme kavuşturmuştur. Buna göre, aynı konu hem önceki tarihli bir kanun hem de sonraki tarihli bir CBK ile düzenlenirse, ilgili konuya dair uyuşmazlıklarda kanun hükmü uygulanacaktır.

İkinci cümledeki hüküm ise CBK ile düzenlenen bir hususa dair sonradan kanun çıkarılması durumunda oluşacak hüküm çatışmasını çözmeye yöneliktir. Buna göre aynı konuda önceki tarihli bir CBK ile sonraki tarihli kanun hükmü çatışırsa kanun hükmü dikkate alınacak ve CBK'nin ilgili maddesi veya maddeleri hükümsüz kalacaktır. Bu hususta şunu belirtmek isteriz ki: önceki tarihli CBK ile sonraki tarihli kanun hükümlerinin çatışması durumunda CBK'nin tamamı değil sadece çatışan hükümleri ihtiva eden maddeleri hükümsüz hale gelecektir¹⁰¹. Ayrıca ilgili CBK'nin maddeleri, kendi yayım tarihinden itibaren değil, aynı konuyu düzenleyen kanunun yayım tarihinden itibaren hükümsüz hale gelecektir¹⁰². Aradaki süreçte CBK hükümleri gereğince yapılan işlemler hukuka uygunluğunu koruyacaktır.

Kendiliğinden hükümsüz kalan bu CBK'lerin kimler tarafından uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışma konusudur. Kamu görevlilerinin bir hükmü hukuka aykırı görmeleri halinde kendiliğinden bir üst kademe yer alan soyut kuralı uygulama yetkileri yoktur. Örneğin kamu görevlilerinin ilgili konuyu düzenleyen yönetmelik hükmü varsa kanundan önce yönetmelik hükümlerini uygulamaları zorunludur. Bu konuda kamu görevlilerine tanınmış tek yetki hukuka aykırı gördükleri emirleri amirlerine bildirmekten ibarettir¹⁰³. Bu nedenle kanunlar tarafından hükümsüz bırakılan

¹⁰¹ EREN, s. 63; ATAR, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, s. 246; ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s. 278.

¹⁰² ÜLGEN ADADAĞ, s. 267.

¹⁰³ AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2017, s. 49-50.

bir CBK'nin hükümsüz kaldığı tespit edilinceye kadar kamu görevlileri tarafından uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Hakimler ise önlerine gelen bir uyuşmazlıkta hukuka aykırı gördükleri bir normu ihmal edip daha soyut olan bir normu uygulayabilme yetkisine sahiptir.¹⁰⁴ Bu nedenle hakimler hükümsüz kalan bir CBK'yi uygulamayıp doğrudan doğruya kanun hükmünü uygulayabilirler.

Sonuç olarak diyebiliriz ki: CBK'ler ile düzenlenmesi yasaklanmış olan ve sadece CBK'ler ile düzenlenmesi öngörülen konular dışında kalan her husus, hem CBK'ler hem de kanunlarla düzenlenebilir. Hem CBK'ler hem de kanunlarla düzenlenebilecek bu konularda, CBK ve kanunun farklı hükümler içermesi halinde çatışma, kural olarak kanun lehine sonuçlanır yani ilgili konuda çıkacak bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlık kanun hükümlerine göre çözülecek; CBK hükümleri ise dikkate alınmayacaktır. Bir önceki bölümde de belirtmiş olduğumuz üzere mahfuz alana dair çıkarılan CBK'lerde ise durum farklıdır. Bu CBK'lerin kanunlarla hükümsüz bırakılmayacağı kanaatindeyiz.

b. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Kurulan Kamu Tüzel Kişiliğiyle Alakalı Bir Hususta Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle veya Kanunla Düzenleme Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu

Anayasanın 123. maddesi 3'üncü fıkrasında "*Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*" hükmü yer almaktadır. Buna göre bir kamu tüzel kişiliğinin hem kanunla hem de CBK ile kurulması mümkündür ancak bu durumda çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğine kanunla müdahale edilip edilemeyeceği tartışma konusudur. Örneğin CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliği kanunla kaldırılabilir mi?

Öncelikle kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin hem CBK'lere hem de kanunlara tanınmış olması dolayısıyla bu alanın CBK'lerin mahfuz alanlarından biri olmadığını ifade etmeliyiz. Yasamanın genelliği ilkesi gereği yasamanın istediği konuda düzenleme yapabilmesi¹⁰⁵ ve madde metninde bu ilkeye bir istisna tanınmamış olması sebebiyle biz CBK ile

¹⁰⁴ Kanunlar bu konuda bir istisnadır. Hakim anayasaya aykırı gördüğü kanunu ihmal edip doğrudan anayasayı uygulayamaz. Kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesinin, AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 50.

¹⁰⁵ ATAR, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", s. 256-257.

kurulan bir kamu tüzel kişisinin, kanunla kaldırılılabileceği ve tüzel kişilikle alakalı olarak her türlü düzenlemenin yapılabileceği kanaatindeyiz¹⁰⁶.

Bu yorum, örneğin TBMM ve cumhurbaşkanının farklı ekonomik politikalar uygulamak istemesi durumunda, CBK'ler ile ekonomik amaçlarla kurulan kamu tüzel kişilerinin kanunlarla kaldırılması sonucunu doğurabilecektir ancak madde metni farklı bir yoruma imkân vermemektedir. İhtiyaçların yetki doğurmayacağı ilkesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Tali kurucu iktidarın niyeti farklı ise bu durumda yapacağı bir anayasa değişikliğiyle, madde metnine istediği şekli verebilir.

Kanun ile kurulmuş ve düzenlenmiş bir kamu tüzel kişiliğinde CBK ile herhangi bir düzenleme yapılması ise kanunla düzenleme yapılmış bir konuda CBK çıkarılamayacağından ötürü mümkün değildir¹⁰⁷.

Bu konudaki bir başka tartışma ise CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinde CBK ile düzenleme yapılıp yapılamayacağı sorunudur. Madde metnine bakıldığında, metin sadece CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulacağından bahsetmekte olup; CBK ile kamu tüzel kişiliğine dair düzenleme yapılabileceğine ilişkin bir ibare yer almamaktadır. Örneğin teşkilat yapısının, personellerinin, merkezi idare ile arasındaki vesayet ilişkisinin, görev ve yetkilerinin düzenlenebileceğine ilişkin bir ibare yer almamaktadır. İdarenin kanunla düzenleneceğini öngören 123. madde; vesayet ilişkisinin kanunla düzenleneceğini öngören 127. madde; kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesini öngören 128. madde ve "istisnalar dar yorumlanır" yorum ilkesi karşısında CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliğinde CBK ile düzenleme yapılabileceğini kabul edebilmek, salt madde metinleri açısından bakıldığında oldukça zordur. Diğer yandan, kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin hususların CBK ile düzenlenebileceğini kabul etmemek de ilgili madde hükmünü oldukça işlevsiz hale getirecektir.

Anayasa Mahkemesi ise bu konuda vermiş olduğu bir kararda CBK ile kamu tüzel kişiliği kurabilme yetkisinin, kurulan kamu tüzel kişiliğine dair düzenleme yapabilme yetkisini de içerdiğini ifade etmiştir. Mahkeme, CBK ile kurulan kamu tüzel kişiliğinin görevleri, yetkileri ve yapısı gibi unsurlarda düzenleme yapılamayacağını kabul etmenin, CBK ile kamu tüzel

¹⁰⁶ YILDIRIM, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", s. 299; YASİN, s. 319-320.

¹⁰⁷ YILDIRIM, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s. 28.

kişiliği kurulmasını öngören madde hükmünü anlamsız ve işlevsiz kılabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁸.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kamu tüzel kişiliği kurulabilme yetkisi anayasa tarafından hem kanunlara hem de CBK'lere tanınmış bir yetkidir. CBK ile kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği üzerinde yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince kanunla her türlü düzenleme yapılabilir ancak kanunla kurulan bir kamu tüzel kişiliği üzerinde, kanunla düzenleme yapılmış bir hususta CBK ile düzenleme yapılamayacağından ötürü CBK ile düzenleme yapılamaz. CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliği üzerinde CBK ile düzenleme yapıp yapılamayacağı tartışmalı olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi düzenleme yapılabileceğini kabul etmektedir.

III. SEBEP UNSURU AÇISINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Sebeup unsuru, idareyi, idari işlem yapmaya iten maddi bir olay ya da hukuki bir durumdur¹⁰⁹. Bu bakımından CBK'lerin çıkarılabilmesi için anayasada belirtilen bir sebep bulunmamaktadır. Olağanüstü dönemlerde çıkarılan CBK'lerin sebep unsurunu olağanüstü hal şartları oluştururken; olağan dönem CBK'lerin sebep unsuru anayasada belirtilmemiştir. Anayasada her ne kadar olağan dönem CBK'leri için hukuki veya fiili bir sebep belirtilmemiş olsa da CBK'ler, bir sebebe dayanmalı; bu sebep mevcut ve kamu yararına yönelik olmalıdır¹¹⁰.

Olağan dönemlerde CBK çıkarmak, tamamen cumhurbaşkanının inisiyatifindedir. Nitekim anayasa da “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” diyerek CBK'lerin çıkarılmasının cumhurbaşkanının takdirinde olduğunu belirtmiştir. Cumhurbaşkanı, CBK çıkarma hususunda çok geniş bir takdir yetkisine sahip olsa da takdir yetkisinin sınırını kamu yararı oluşturmaktadır. Kamu yararından anlaşılması gereken husus ise oldukça belirsizdir. Kamu yararı kavramı duruma göre esneyebilen ve değişebilen bir kavramdır. Bu nedenle bu kavrama sınır çizilemek pek mümkün değilse de kamu yararı genelde çoğunluğun yararı olarak tezahür etmektedir¹¹¹.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.06.2020 tarih ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı kararı.

¹⁰⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 2016, s. 500.

¹¹⁰ GÖZLER – KAPLAN, s. 319-320.

¹¹¹ Kamu yararı hakkında daha detaylı için bakınız: AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 27-30.

Cumhurbaşkanına CBK çıkarma konusunda tanınmış olan bu inisiyatif ise sınırsız değildir. Danıştayın bir kararında¹¹² da ifade edildiği üzere “... *Yasal ya da diğer düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp Anayasal ilke ve kurallarla da sınırlı bulunmaktadır*”. Sebep unsuru kamu yararını içermeyen bir CBK hukuka aykırı olacaktır¹¹³.

IV. AMAÇ UNSURU AÇISINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Amaç unsurunu ise idarenin idari işlem yaparak ulaşmak istediği sonuç oluşturmaktadır. Bütün idari işlemlerin amaç unsurunu kamu yararı oluşturmakta olup; kamu yararı dışında bir amaçla yapılan idari işlemler hukuka aykırıdır ve iptal edilmeleri gerekir¹¹⁴.

CBK’ler de bu hususta bir istisna teşkil etmemektedir. CBK’lerin amaç unsurunu kamu yararı oluşturmaktadır. CBK’lerin kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılması (örneğin siyasi ya da kişisel saiklerle hareket edilmesi) CBK’leri amaç unsuru yönünden sakatlayacaktır. Bir idari işlemin bu şekilde amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık teşkil etmesi idare hukuku öğretisinde “yetki saptırması” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında ise CBK’lerin amaç unsuru ve kamu yararı kavramından anlaşılması gereken husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hukuk devleti ilkesi gereği CBK’ler kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa’ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kuralın kamu yararı amacı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliriyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa’ya aykırılık söz konusudur*”¹¹⁶.

Aynı kararın devamında ise cumhurbaşkanının, yapılan düzenlemede kamu yararı bulunup bulunmadığının tespiti konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ve Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan CBK’lerin

¹¹² Danıştay 8. Dairesinin 18.11.1975 tarih ve E. 1975/913, K. 1975/2879 sayılı kararı; aktaran: AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, Ankara, 2017, s. 227.

¹¹³ GÖZLER – KAPLAN, s. 317-320; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 921.

¹¹⁴ GÖZLER – KAPLAN, s. 336.

¹¹⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s. 516-519.

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı kararı.

anayasaya uygunluğu denetimi esnasında cumhurbaşkanının bu takdir yetkisini isabetli kullanıp kullanmadığının değil; sadece düzenlemenin belirli kişiler ya da grupların çıkarı gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığının inceleneceği ifade edilmiştir.

Bir başka Anayasa Mahkemesi kararında ise CBK çıkarılması konusunda amaç unsuru bakımından cumhurbaşkanına tanınan takdir yetkisinin kullanımında anayasal sınırlar içerisinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerinin göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁷.

Sonuç olarak diyebiliriz ki CBK'lerin amaç unsurunu kamu yararı oluşturmaktadır. Kamu yararının tespiti hususunda cumhurbaşkanı takdir yetkisine sahiptir. Kamu yararı amacı dışında bir hedef gözetilerek çıkarılan CBK'ler yetki saptırması niteliği taşıyacak ve hukuka aykırılık teşkil edecektir.

V. KONU UNSURU AÇISINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Bir idari işlemin konu unsurunu idari işlemin içeriği oluşturmaktadır¹¹⁸. Örneğin üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını düzenleyen bir CBK'nin konu unsurunu üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları oluşturmaktadır.

CBK'lerin konu unsuru açısından sakat hale gelmemesi için sahip olması gereken çeşitli nitelikler bulunmaktadır. İlk olarak CBK'ler tarafından düzenlenen konular fiilen ve hukuken gerçekleştirilebilir olmalıdır. Gerçekleştirilmesi imkansız bir konuda düzenlenen bir CBK konu unsuru açısından sakattır. İkinci olarak ise CBK'ler tarafından yapılan düzenlemeler hukuka uygun olmalıdır. İdari işlemlerin konu unsuru yönünden sakat hale gelmesi birçok farklı şekilde meydana gelebilmektedir. Örneğin kazanılmış hakları ihlal eden işlem tesis edilmesi, eşitlik ilkesine uyulmaması ya da geriye yürümezlik kuralının ihlal edilmesi hallerinde CBK'ler konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir¹¹⁹.

Konu unsuru açısından hukuka aykırı halen bir CBK'nin iptal edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 12.06.2020 tarih ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı kararı.

¹¹⁸ GÖZLER – KAPLAN, s. 322.

¹¹⁹ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s. 509-514.

VI. ŞEKİL UNSURU AÇISINDAN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Şekil, bir iradenin kendisiyle açıklandığı araçtır¹²⁰. İdari işlemlerde şekil serbestisi söz konusu değildir. Kural olarak, idari işlemlerin yazılı olarak yapılması gerekmektedir¹²¹. CBK'lerin şekli açısından geçerli olan kural ise diğer idari işlemlerde de kural olduğu üzere yazılı şekildir. CBK'lerin yazılıp, cumhurbaşkanı tarafından imza edilmeleri gerekmektedir. Ayrıca anayasanın 3. maddesi hükmü gereğince Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi dili Türkçe olduğu için CBK'lerin Türkçe olarak kaleme alınmış olması gereklidir.

Usul kavramı ise idari işlemin yapılması sürecinde izlenmesi gereken prosedürü ifade etmektedir¹²². Yetki unsurunda da belirttiğimiz üzere CBK'lerin çıkarılmasında doğrudan doğruya cumhurbaşkanı yetkilidir. CBK'lerin çıkarılmasında diğer makamlardan teklif, görüş, onay alınması gibi bir usul izlenmesi gerekmemektedir. CBK'lerin çıkarılması, tamamen cumhurbaşkanının iradesine bağlıdır. CBK'lerin yürürlüğe girmesi için izlenmesi gereken usul, cumhurbaşkanı tarafından imzalanması ve Resmî Gazetede yayınlanmasından ibarettir. Anayasanın 104. maddesinin 19'uncu fıkrası "*Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer*" hükmü gereğince CBK'lerin yürürlüğü girebilmesi için Resmî Gazetede yayınlanmaları şarttır¹²³. Resmî Gazetede yayınlanmayan bir CBK'nin hukuk dünyasında meydana getireceği bir sonuç yoktur.

Fıkra metninde de belirtildiği üzere, CBK'ler için herhangi bir yürürlük tarihi öngörülmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girmektedirler. CBK'ler için yayım tarihinden farklı bir yürürlük tarihinin öngörülmesi mümkündür ancak bu tarih, madde metninde de açıkça yazdığı üzere yayım tarihinden sonraki bir tarih olabilir. Yayım tarihinden önce bir yürürlük tarihi belirlenmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle CBK'lerin geriye yürümesi yasaktır.

SONUÇ

Olağan dönem CBK'ler hakkında ulaştığımız ana sonuçları maddeler halinde özetleyecek olursak:

¹²⁰ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s. 488.

¹²¹ GÖZLER – KAPLAN, s. 300.

¹²² GÖZLER – KAPLAN, s. 305.

¹²³ İBA, s. 217; ATAR, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", s. 249.

- CBK, cumhurbaşkanı tarafından hiçbir makamdan onay, izin ya da teklif vs. alınmaksızın çıkarılan, yürütmenin kanuniliği ilkesine getirilmiş bir istisna olarak hukuki dayanağını doğrudan doğruya anayasadan alan, asli ve düzenleyici bir hukuki işlemdir.
- Cumhurbaşkanının CBK çıkarma yetkisinin yer bakımından herhangi bir sınırı bulunmamaktadır. CBK'ler Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilindeki her yerde uygulanma gücüne sahip idari işlemlerdir.
- Cumhurbaşkanı görevinde olduğu müddetçe her zaman CBK çıkarma yetkisine sahiptir.
- Yürütme yetkisi dışında kalan konularda CBK çıkarılamaz.
- Temel haklar ve ödevleri düzenleyen anayasanın ikinci kısmının, tüm temel hak ve hürriyetler ile alakalı genel hükümler içeren 1. bölümünde; kişileri, devletten koruyan hakları içeren 2. bölümünde ve kişilerin devlet yönetimine katılımını düzenleyen 4. bölümünde yer alan haklarla ilgili olarak CBK'ler ile herhangi bir düzenleme yapılamaz. Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin oluşturduğu 3. bölümde yer alan haklar ise CBK'ler ile düzenlenebilir ancak bu hakların sınırlandırılması mahiyetinde düzenlemeler yapılamaz. Kısaca, CBK'ler ile hiçbir temel hak ve hürriyet sınırlanamaz; sadece sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenebilir diyebiliriz.
- Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen konular, münhasıran kanun alanını oluşturmaktadır. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuda, CBK ile düzenleme yapılamaz.
- CBK'ler ile kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelerde düzenlenen herhangi bir konuda düzenleme yapılması; ekleme ya da çıkarma yapmak suretiyle değişiklik yapılması ya da ilgili işlemlerde yer alan hükümlerin ilga edilmesi mümkün değildir.
- CBK'ler ile bireysel işlem yapılamaz. CBK'ler düzenleyici birer işlemdir.
- Harcanabilecek tutarın CBK'ler ile aşılabileceğine dair bütçe kanuna hüküm konulamaz.
- Anayasada CBK'ler ile düzenleneceği özel belirtilen dört konu CBK'lerin mahfuz alanını oluşturmaktadır. CBK'lerin mahfuz alanını oluşturan bu konularda kanunlarla düzenleme yapılamaz.
- Üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esasları dışında kalan; memur ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları,

görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri, anayasanın 128. maddesi 1'inci fıkrası hükmü gereğince kanunla düzenlenir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bu konularda CBK'ler ile herhangi bir düzenleme yapılamaz. Bu hususta CBK'ler ile düzenlenebilecek tek konu üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslardır.

- Anayasanın 106. maddesi 11'inci fıkrasında bakanlıklara ilişkin olarak sayılan hususlar, CBK'lerin mahfuz alanlarından biridir ve sadece CBK'ler ile düzenlenebilir. Kanunlarla, bu alanlarda herhangi bir düzenleme yapılamaz. Bakanlıklara ilişkin olarak maddede sayılan konular dışında hususlarda ancak kanunla düzenleme yapılabilir.
- Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri; Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri ancak CBK'ler ile düzenlenebilir. Bu konulara ilişkin olarak kanunlarla düzenleme yapılamaz.
- Mahfuz alana ilişkin olarak çıkarılan bir CBK, kanunlar tarafından hükümsüz bırakılamaz.
- Anayasada CBK'ler ile düzenleneceği ayrıca belirtilen hususlarda yalnızca CBK'ler ile düzenleme yapılabilir. Bu konulara ilişkin olarak kanun çıkarılmış olması CBK çıkarılmasına mani değildir. Mahfuz alana ilişkin olarak çıkarılan bir kanun, yürütmenin mahfuz düzenleme alanına müdahale teşkil edeceğinden fonksiyon gaspı niteliği taşıması nedeniyle hukuka aykırıdır.
- Anayasanın 104. maddesi 17'nci fıkrası 3. cümlesinde yer alan *“Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”* hükmü, mahfuz alana dair çıkarılan CBK'ler için geçerli değildir.
- Bireylerin hak ve hürriyetlerinin olağanüstü dönemler haricinde asli olarak idare tarafından sınırlandırılabilmesi kabul edilemez. Bu nedenle mahfuz alana ilişkin olarak çıkarılan bir CBK ile de temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak (sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler istisna olmak üzere) düzenleme yapılamaz.
- Hem CBK'ler hem de kanunlarla düzenlenebilecek konularda, CBK ve kanunun farklı hükümler içermesi halinde çatışma, kural olarak kanun lehine sonuçlanır yani ilgili konuda çıkacak bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlık kanun hükümlerine göre çözülecek; CBK hükümleri ise

dikkate alınmayacaktır. Mahfuz alana dair çıkarılan CBK'lerde bu kural uygulanmaz.

- Kamu tüzel kişiliği kurulabilme yetkisi anayasa tarafından hem kanunlara hem de CBK'lere tanınmış bir yetkidir. CBK ile kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği üzerinde yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince kanunla her türlü düzenleme yapılabilir ancak kanunla kurulan bir kamu tüzel kişiliği üzerinde, kanunla düzenleme yapılmış bir hususta CBK ile düzenleme yapılamayacağından ötürü CBK ile düzenleme yapılamaz. CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişiliği üzerinde CBK ile düzenleme yapıp yapılamayacağı tartışmalı olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi düzenleme yapılabileceğini kabul etmektedir.
- Cumhurbaşkanı, CBK çıkarma hususunda çok geniş bir takdir yetkisine sahip olsa da takdir yetkisinin sınırını kamu yararı oluşturmaktadır. Sebep unsuru kamu yararı içermeyen bir CBK hukuka aykırıdır.
- CBK'lerin amaç unsurunu kamu yararı oluşturmaktadır. Kamu yararı amacı dışında bir hedef gözetilerek çıkarılan CBK'ler yetki saptırması niteliği taşıyacak ve hukuka aykırılık teşkil edecektir.
- Konu unsuru açısından hukuka aykırı halen bir CBK'nin iptal edilmesi gerekmektedir.
- CBK'lerin şekli açısından geçerli olan kural ise diğer idari işlemlerde de kural olduğu üzere yazılı şekildir. CBK'lerin yazılıp, cumhurbaşkanı tarafından imza edilmeleri gerekmektedir.
- CBK'lerin yürürlüğe girmesi için izlenmesi gereken usul, cumhurbaşkanı tarafından imzalanması ve Resmî Gazetede yayınlanmasından ibarettir.

Son olarak şunları söyleyebiliriz ki CBK'ler ile alakalı maddeler, birçok farklı yoruma imkân verecek şekilde düzenlenmiştir. Sert kuvvetler ayrılığına dayanan bir sistemde, yasama ve yürütme organlarının hangi konularda düzenleme yapabileceğinin ve son sözü söyleyebileceğinin kesin çizgilerle ayrılması gerekmektedir. Oysaki mevcut durum bundan çok uzaktır. Anayasa değişikliğinin ilgili maddeleri, “kanun hükmünde kararname” ve “tüzük” yazan yerlere “cumhurbaşkanlığı kararnamesi”; “başbakan” ve “bakanlar kurulu” yazan yerlere ise “cumhurbaşkanı” yazılmasından ibaret izlenimi vermektedir. CBK'ler ile düzenlenebilecek konularla bağlantılı maddelerde, hiçbir değişiklik yapılmamış olması uyumsuz neticeler doğurmaktadır. Eski sistemden kalan diğer birçok

maddede hiçbir değişiklik yapılmaması, tali kurucu iktidarın tutarlı ve bütüncül olmayan bir şekilde anayasa değişikliği yaptığı yorumunu haklı çıkarır vaziyettedir.

İlgili konularda neyin nasıl gerçekleşeceğine, Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla yön verecektir ancak anayasa değişiklikleri arasındaki uyumsuzluğu yorum yoluyla gidermeye çalışmak yargının görevi değildir. TBMM çoğunluğu ile cumhurbaşkanının aynı partiden olduğu zamanlarda pek problem yaratmayacak olan bu sorun, TBMM ve cumhurbaşkanı arasındaki bu uyumun bozulduğu an, gün yüzüne çıkacaktır. CBK'lere ilişkin verdiği kararlarla, Anayasa Mahkemesinin birçok siyasi eleştiriye maruz kalması mümkündür. Özellikle, TBMM çoğunluğu ve cumhurbaşkanının farklı partilerden olduğu bir kompozisyonda Anayasa Mahkemesinin taraf tutmakla suçlanması pek muhtemeldir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin şu ana kadar vermiş olduğu kararlara ve kararların alınma çoğunluğuna bakıldığında, üye kompozisyonu değiştikçe Anayasa Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu kararların da değişmesi kuvvetle muhtemeldir. İlgili konuların hukuk metinlerinde hiçbir değişiklik yokken üye kompozisyonunun değişmesi nedeniyle ilgili kararların da değişmesi hukuka olan güveni ve hukuki istikrarı oldukça sarsacaktır.

Yapılması gereken şey, tali kurucu iktidarın, yeni bir anayasa değişikliğiyle, anayasanın CBK'ler ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili tüm maddelerinde açık, tutarlı ve bütüncül değişiklikler yaparak uyumu sağlamasıdır.

KAYNAKLAR

AÇIL, Murat, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, s. 725-756.

AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2017.

AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2017.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2018.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 19-51.

ASLAN, Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenlenebileceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s.139-161.

ATAR, Yavuz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 241-259.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2018.

AZAKLI, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 73-103.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2017.

ÇOLAK, Çağrı D., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Strategic Public Management Journal, Cilt: 3, 2017, s. 51-65.

EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihatları Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 1-72.

GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 21. Baskı, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf> (Erişim Tarihi: 07.05.2020).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 13. Baskı, Bursa, 2016.

GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2018.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, Türkiye’nin Yönetim Yapısı, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol, Normlar Hiyerarşisi, On İki Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/1982.aspx> (Erişim Tarihi: 07.05.2020).

İBA, Şeref – SÖYLER, Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:36, Sayı: 1, 2019, s. 195-223.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017.

KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, 5. Baskı, Bursa, 2019.

LİJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler, Yetkin Yayınevi, (Baskı Sayısı Belirtilmemiş), Ankara, 1997.

OCAK, Kasım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 163-193.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar – İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 2020/151, s. 1-27.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem, “Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi”, Kamu

Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2020).

SEZER, Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s. 353-412.

TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2001.

TANÖR, Bülent, İki Anayasa, On İki Levha Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul, 2019.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 32. Baskı, İstanbul, 2019.

TAŞDÖĞEN, Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 3, 2016, s. 937-966.

TUNÇ, Hasan – BİLİR, Faruk – YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2015.

ULUSOY, Ali D., Yeni İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ÜLGEN ADADAĞ, Özen, “Kanun - Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorular”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 261-277.

YASİN, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 315-333.

YENİAY, Lokman – YENİAY, Gülden, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 36, Sayı:1, 2019, s. 105-138.

YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, s. 13-28.

YILDIRIM, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:36, Sayı: 1, 2019, s. 293-314.

YILMAZ, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/1, 2020, s. 225-263.

**ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDEN
KAYNAKLANAN MURİS MUVAZAASI**

Müge OĞUZ*

**DECEASED COLLUSION THAT ARISES FROM THE
CONTRACT FOR LIFELONG SUPPORT**

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi
E-Posta: av.mugeoguz@gmail.com
ORCID: 0000-0001-8618-8339

ÖZ

Son dönemlerde muvazaa davalarının en yaygın türlerinden biri olan muris muvazaası mirasbırakanın bazı mirasçılardan mal kaçırma kastı nedeniyle artış göstermektedir. Mirasbırakan bu sebeple gerçek iradesi bağışlama olduğu halde yapmış olduğu işlemi satış ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak göstermekte ve malvarlığı değerlerini devretmektedir. Böyle durumlarda mirasçılardan ne gibi haklarının olduğu ve kimlerin hangi davaları açabileceği önem kazanmaktadır. Bu çalışma kapsamında da mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayalı olarak yapmış olduğu muris muvazaası incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, muvazaa, muris muvazaası

ABSTRACT

Deceased collusion that is recently one of the most common types of collusions cases increases due to legator intents to deprive some heirs from inheritance. While legator has a donation will, it shows as a transaction of sales or the contract for lifelong support and so legator assigns his/her possessions. In such circumstances it is important that what rights the heirs have and which cases can be opened. In this study decease collusion that arises from the contract for lifelong support is examined.

Keywords: Code of Obligations numbered 6098, Turkish Civil Code numbered 4721, lifetime maintenance contract, collusion, deceased collusion

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde olduğu gibi Türk Hukuk Sisteminde de sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Sözleşmenin yapılması için burada önemli olan tarafların irade beyanlarının birbiri ile uyuşmasıdır. Ancak öyle durumlar vardır ki tarafların irade açıklamaları uyuşmadığı halde üçüncü kişileri aldatmak amacı ile çeşitli sözleşmeler yapılabilir. İşte bu tür durumlarda meydana gelen işlemler muvazaalı kabul edilmektedir. Muvazaanın önemli türlerinden biri olan ve uygulamada çoğunlukla karşımıza çıkan türlerinden biri de muris muvazaasıdır. Muris muvazaasında mirasbırakan mirasçılarını aldatma kastı ile hareket etmekte ve gerçek iradesi bağışlama olduğu halde satış ya da ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yaparak mallarını yasal mirasçılara ya da üçüncü kişilere devretmektedir. Bu çalışmada da mirasbırakanın muvazaalı işlemlerinden biri olan ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde muris muvazaası konusu açıklanmıştır. Öncelikle muvazaa, muris muvazaası kavramları ve ölüncüye kadar bakma sözleşmesi unsurları ile birlikte açıklanmıştır. Daha sonra ise ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde meydana gelen muris muvazaasında mirasbırakanın muvazaalı işlem yapma amacı, bu muvazaanın görünüm şekilleri ve hüküm ve sonuçları açıklanmıştır. Son olarak da ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde yapılan muris muvazaası sonucunda gidilebilecek yargılama yollarının neler olduğu ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

I. MUVAZAA VE MURİS MUVAZAASI KAVRAMLARI

A. MUVAZAA

1. Tanımı ve Unsurları

Muvazaa Arapça kökenli bir sözcük olup danişık, danişıklık anlamlarına gelmektedir¹. Muvazaa kavramı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin temeli olan Roma Hukuku'nda yer alan bir kavramdır².

Teknik muvazaanın tanımı daha farklı yapılmaktadır.³ Muvazaa Türk hukukunda 6098 sayılı TBK m.19'da düzenlenmişse de söz konusu kanunda

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 05.04.2020); Reisoğlu, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s.104-105; Antalya, O.Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 2015, s. 279; Uysal, Güneş Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2020, s. 19.

² Atamulu, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 22; Oğuz, Arzu, Muvazaa Kuramının Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 453.

muvazaanın tanımı yapılmamıştır. TBK m.19'a göre bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere değil gerçek ve ortak iradelerine bakılacak ve bu iradeleri esas alınacaktır. Söz konusu madde ile muvazaanın tanımı değil hüküm ve sonuçları dolaylı olarak açıklanmıştır⁴.

Doktrinde muvazaa kavramına ilişkin tanımlar yapılmış olup bu tanımların hepsi birbirine yakın olan ve genelde muvazaanın unsurlarından bahseden tanımlardır⁵. Muvazaa üçüncü kişileri aldatmak amacıyla tarafların açık iradeleri ile gerçek ve ortak iradeleri arasında bilerek ve isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk⁶ olarak tanımlanabileceği gibi tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek iradelerine uygun olmayan ve hukukî sonuç doğurmasını istemedikleri bir görünüş yaratmak için anlaşmaları⁷ olarak da tanımlanabilir.

Muvazaaya ilişkin yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere muvazaanın üç unsuru bulunmaktadır⁸. Muvazaa için öncelikle tarafların anlaşması gerekmekte olup ilk unsur muvazaa anlaşmasıdır. Aynı zamanda bu anlaşmanın aldatma kastı ile yapılmış olması gerekmektedir. Bu sebeple ikinci unsur aldatma kastıdır. Üçüncü unsur ise tarafların gerçek iradelerine uygun olmayan görünürdeki işlemdir. Bir de sadece nispi muvazaa da söz konusu olan gizli işlem bulunmakta olup nispi muvazaa başlığı altında ayrıca açıklanacaktır. Bu başlık altında sadece tanımları yer verilecektir.

İlk unsur olan muvazaa anlaşması muvazaalı işlemin kurucu unsuru olup bu anlaşma ile taraflar görünürdeki muameleyi istemedikleri ve

³ Çavuşoğlu, Erhan, Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyeti Devir Amacı Güden İşlemlerde Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 2.

⁴ Atamulu, s. 24.

⁵ Kaya, Seyit, Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2019, s. 55.

⁶ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.349; Antalya, s.279; Sönmez, Ayfer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009, s. 72.

⁷ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 130; Atamulu, s. 23; Kılıçoğlu Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 178; Reisoğlu, s. 104-105; Aca, Zeynep, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Asıl İşveren ve Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2011, s. 38; Erkalan Coşkunsu, Sümeyye, Ticari İşletme Devrinin Muvazaa Sebebiyle İptali, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 158, Ekim 2019, s. 1942.

⁸ Eren, s. 350.

görünürdeki muamelenin kısmen ya da tamamen hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar⁹. Bu sözleşmeyi taraflar kendileri yapabileceği gibi vekilleri aracılığı ile de yapabileceklerdir¹⁰. Diğer taraftan yapılacak olan bu anlaşma için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse de ispat kolaylığı için yazılı yapılmasında yarar vardır¹¹. Görünürdeki işlem kanunen bir şekil şartına tâbi kılınmış olsa bile muvazaa anlaşmasının da o şekle uygun yapılması gerekmeyecektir¹². İkinci unsur aldatma kastı olup muvazaada irade ve beyan arasında meydana getirilen uyumsuzluğun amacı başka bir görünüş yaratarak üçüncü Kişileri aldatmaktır¹³. TBK m.19’da da bu durum “..gerçek amaçlarını gizlemek..” ifadesi ile belirtilmiştir. Bu kastın bulunup bulunmadığı her somut olayda incelenerek tespit edilecektir¹⁴. Muvazaanın üçüncü unsuru ise görünürdeki işlem olup tarafların üçüncü kişileri aldatma kastı ile sözleşme ve işlemi yapmak istemedikleri gerçek irade ve amaçlarını gizleyerek yaptıkları işleme görünürdeki işlem denir¹⁵. Gerçek iradelere aykırı olan bu görünürdeki işlem, salt hukuki sonuç doğması istenmeyen bir işlemden ibaret olabileceği gibi, tarafların gerçek iradelerini saklamak amacıyla kullandığı perde işlem olarak da yaratılmış olabilecektir¹⁶. Yani görünürdeki işlem hem mutlak muvazaada hem de nispi muvazaada olmak zorundadır. Sadece hukuki sonuç doğuran işlem olması durumunda mutlak muvazaa, tarafların gerçek iradelerini saklayan perde işlem görevi görmesi durumunda ise nispi muvazaa söz konusu olacaktır. Muvazaanın çeşitleri başlığı altında bu durum daha ayrıntılı açıklanacaktır.

⁹ Eren, s. 351; Antalya, s. 280; Arslantürk, Merve, Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 7; Sönmez, s.74; Kaya, s. 56.

¹⁰ Eren, s. 351; Arslantürk, s. 8; Kaya, s. 56.

¹¹ Eren, s. 351; Akcan, Gözde, Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019, İstanbul, s.5; Sönmez, s. 74-75; Kaya, s. 57; Arslantürk, s. 8; Günay Meryem, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 48.

¹² Akcan, s. 5.

¹³ Antalya, s. 281; Sönmez, s. 75.

¹⁴ Kaya, s. 57.

¹⁵ Eren, s. 350-351; Antalya, s.280; Akcan, s. 5; Kaya, s. 55; Sönmez, s. 74.

¹⁶ Akkök, Semih, Türk Hukukunda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 10.

2. Çeşitleri

a. Mutlak Muvazaa

Tarafların aralarında hukuki sonuç meydana getirecek bir işlem yapma iradeleri olmadığı halde üçüncü kişileri aldatmak kastıyla yapmış oldukları anlaşmadır¹⁷. Dolayısıyla mutlak muvazaada üç unsur bulunmaktadır. Bunlar muvazaa anlaşması, aldatma kastı ve muvazaa anlaşmasına uygun olarak yapılan görünürdeki işlemdir. Örneğin alacaklısından mal kaçırmak amacıyla bir kişinin başka bir kişiyle satış sözleşmesi yapması durumunda taraflar hukuki sonuç meydana getirecek bir işlem yapma iradeleri olmadığı halde üçüncü kişiyi aldatma kastı ile işlem yapmaktadır. Kişi yalnızca alacaklılarına karşı satış yapma görüntüsü yaratmak için bir satış sözleşmesi yapmakta ve taraflar gerçekte bu sözleşmenin iki tarafı da bağlamayacağı, hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar¹⁸.

b. Nispi Muvazaa

Bazen taraflar bir başka işlemi gizlemek için muvazaalı bir sözleşme yaparlar¹⁹. Tarafların aralarında yaptıkları hukuki işlemi üçüncü kişileri aldatmak kastı ile kendi iradelerine uymayan başka işlem altına gizlemelerine de nispi muvazaa denilmektedir²⁰. Nispi muvazaada mutlak muvazaadan farklı olarak bir de gizlenen işlem bulunmaktadır. Mutlak muvazaa da sadece bir sözleşme varken nispi muvazaada daima iki tane sözleşme bulunmaktadır²¹. Dolayısıyla nispi muvazaada mutlak muvazaadan farklı olarak dört unsur bulunmaktadır. Bunlar muvazaa anlaşması, aldatma kastı, görünürdeki işlem ve gizli tutulan işlemdir.

Taraflar nispi muvazaalı işlemi üçüncü şahısların kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını kullanmalarını engellemek için ya da yaptıkları işlem sonucu oluşabilecek toplumsal tepki veya baskıdan çekindikleri için

¹⁷ Eren, s. 353; Kılıçoğlu, s. 180; Reisoğlu, s. 105; Cura, Aykut, Muris Muvazaası, Bursa Barosu Dergisi, Yıl 41, S. 97, Ağustos 2016, s. 148; Balaban Evirgen, Manolya, Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Miras Birakanın Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 10.

¹⁸ Sun, Nuran, Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019, s. 20.

¹⁹ Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler 13. Baskı, Ağustos 2013, İstanbul, s. 74; Oğuzman/Öz, s. 131; Eren, s. 353; Kılıçoğlu, s. 180; Reisoğlu, s. 105.

²⁰ Eren, s. 353; Kılıçoğlu, s.180; Reisoğlu, s. 105; Cura, s. 148.

²¹ Cura, s. 148.

yapmış olabilir²². Örneğin birinin evlilik dışı ilişki yaşadığı kişiye bağışlamak istediği bir evi çevresinden tepki almamak için tapuda hiçbir sonuç doğurmasını istemediği muvazaalı satış sözleşmesi ile devretmesi olayında nispi muvazaa mevcuttur²³. Burada görünürdeki işlem satış sözleşmesi olup asıl yapılmak istenen gizli işlem ise bağışlamadır.

Nispi muvazaanın üç farklı görünüm şekli vardır. İlk görünüm şekli sözleşmenin niteliğinde muvazaa olup bu muvazaada taraflar sözleşmenin niteliği konusundaki iradelerini gizleyerek gizli işlem ile görünürdeki işlemin niteliğini değiştirmektedirler²⁴. Bu muvazaanın en çok görünen şekli muris muvazaası olup mirasbırakan mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla, gerçekte bağışladığı taşınmazını satış²⁵ veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak göstererek görünüşteki işlemin niteliğini değiştirmektedir²⁶. Bu çalışmanın konusu da mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde yaptığı muris muvazaası olup nispi muvazaanın görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır. İkinci görünüm şekli sözleşmenin şartlarında muvazaadır. Bunda ise gizli işlem ile görünürdeki işlem aynı tip sözleşmedir. Ancak taraflar sözleşme şartlarında değişiklik yaparak gizli sözleşmeyi akdederler ve asıl iradeleri ile bu sözleşmenin şartlarını oluştururlar²⁷. Sözleşme koşullarında muvazaa genelde bedelde muvazaa olarak kendisini göstermekte olup taşınmaz satış sözleşmesinde daha düşük tapu harcı yatırmak için bedelin gerçekte olduğundan daha düşük gösterilmesi ya da paylı mülkiyete konu taşınmazda paydaşların önalım hakkını kullanmalarını engellemek için bedelin daha yüksek gösterilmesi örnek verilebilir²⁸. Örneklerde görüldüğü gibi burada görünürdeki işlem ile gizli işlem aynı tiptedir. Ancak sözleşmenin şartlarından biri olan satış bedeli daha yüksek ya da düşük gösterilerek muvazaa yapılmıştır. Üçüncü ve son görünüm şekli ise sözleşmenin tarafında(şahısta) muvazaadır. Bu muvazaa da taraflar muvazaa anlaşması

²² Eviz, Esra, Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 19.

²³ İnci, Onur, Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 19; Dural, Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 262.

²⁴ Eren, s. 354; Eviz, s. 20.

²⁵ Akkök, s. 18.

²⁶ Eviz, s. 20-21.

²⁷ Eren, s. 354; Atamulu, s. 58.

²⁸ Atamulu, s. 58.

ile görünürdeki işlem ile gizli işlemin taraflarının farklı olacağı konusunda anlaşılır²⁹. Şahısta muvazaada iki ayrı işlem bulunmakta olup taraflardan biri her iki işlemde de aynı kalmakta, diğeri ise farklılık göstermektedir³⁰. Burada görünürdeki işlemin tarafı sözleşmeden doğan hak ve borçların muhatabı olmayıp hak ve borçlar gizli işlemdeki taraf üzerine doğmaktadır³¹. Örneğin, alacaklılarının ev eşyalarını haczetmesi tehlikesi nedeniyle kiracı olarak taşınmazı kullanacak olan kişinin, kira sözleşmesini kendi adına değil de bir arkadaşı adına yaptırması; ancak taşınmazdan kiracı olarak fiilen kendisinin yararlanması halinde bir şahısta muvazaa söz konusu olmaktadır³².

B. MURİS MUVAZASI

1. Tanımı

Uygulamada muvazaa konusunda en çok karşılaşılan işlemler murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla gerçekte bağlı olan sözleşmeyi tapuda satış olarak ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde gösterdiği işlemlerdir. Muris muvazaasında taraflar sözleşmenin niteliği konusundaki iradelerini gizleyerek gizli işlem ile görünürdeki işlemin niteliğini değiştirmekte, nispi muvazaanın görünüm şekillerinden olan sözleşmenin niteliğinde muvazaa meydana gelmektedir³³. Dolayısıyla muris muvazaası da bir nitelikli muvazaa kapsamına girmektedir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de uygulamada ve öğretilerde "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaanın, niteliği itibarıyla nispi muvazaa türü olduğunu ve bu muvazaada mirasbırakanın gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istediğini ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye

²⁹ Eren, s. 355; Antalya, s. 284; N. Yavuz, Doğrudan Doğruya Temsil/Nam-ı Müstear/Dolayısıyla Temsil/İnançlı İşlem/Tarafta Muvazaa/Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi/İspat Rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması, (Yargıtay Uygulaması), Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1-2, 2001, s. 89; Eren, s. 371.

³⁰ G. Erdönmez, Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları, Bankacılar Dergisi, S. 59, 2006, s. 85.

³¹ Atamulu, s. 60.

³² Akkök, s. 23.

³³ İncedal Denizhan, Sıddıka, Miras Hukukunda Muvazaalı İşlemler ve Tabi Olduğu Hükümler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 19; Akkök, s. 18; Eviz, s. 20-21.

kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devrettiğini belirtmektedir.

Muris muvazaası mirasbırakan ile lehine tasarrufta bulunulan kişinin, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yaptıkları anlaşmaya dayanan muvazaa³⁴ şeklinde tanımlanabilir.

2. Türk Hukukundaki Yeri

TBK. m. 19'da genel olarak muvazaa düzenlenmiş olup muris muvazaası ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de başka bir kanunumuzda düzenlenmiştir. Muris muvazaasına ilişkin uygulama ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 tarihli ½ sayılı kararı ile şekillenmiştir. Bu kararın getirilme sebebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararı arasındaki içtihat aykırılığıdır³⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında; mirasbırakanın, mirasçıdan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak yaptığı işlemlerin iptalini dava etme hakkı saklı pay sahibi olsun ya da olmasın tüm mirasçılara tanınmış, tenkis ve mirasta iade hükümlerinin ise aslında geçerli tasarruflar için uygulanabileceği belirtilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında ise; muvazaaya ilişkin böyle bir dava hakkı tanınmamış, sadece saklı pay hakkı sahiplerinin 743 sayılı Medeni Kanunu'nun m. 507/4 hükmü uyarınca tenkis davası açabilecekleri ve mirasbırakanın bu davranışının MK m. 603/2 hükmü uyarınca o taşınmazları iade etmekten ayrık tuttuğu anlamına geldiği kabul edilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 tarihli ½ sayılı kararına göre bir kimsenin mirasçılarını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, tapu sicilinde kayıtlı taşınmazını, gerçekte bağışlamak istediği halde satış olarak göstererek başkasına devretmesi durumunda, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar, görünürdeki satış sözleşmesinin BK m.18. (TBK m. 19)' e dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşuluna uymadığını ileri sürerek dava açabileceklerdir.

Her ne kadar anılan kararda mirasbırakanın aslında bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, mirasçıdan mal kaçırmak amacı ile tapuda satış olarak gösterdiği taşınmazlarına ilişkin olsa da mirasbırakanın görünüşte

³⁴ Arslantürk, s. 32.

³⁵ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 22.12.1964 tarih, 6411 Esas - 6298 Karar sayılı kararı ve 01.10.1973 tarih, 528 Esas, 5437 Karar sayılı kararı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.05.1960 tarih, 2/24 Esas – 24 Karar sayılı ve 21.02.1968 tarih, 2/1510 Esas – 90 Karar sayılı kararları. (Arslantürk, s. 33).

satış yerine ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile temlik ettiği tapulu taşınmazlarına da uygulanmaktadır³⁶. Öte yandan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıkça belirtildiği üzere bu karar mirasbırakanın tapulu taşınmazlarının temliklerinde yaptığı muvazaalı işlemlerde uygulama alanı bulmaktadır. Taşınır mallar ile tapusuz taşınmazların temlikinde ise burada yapılan gizli bağışlama sözleşmesi şekle bağlı olmayıp geçerli olduğu için bu içtihadı birleştirme kararının uygulama yeri yoktur³⁷.

3. Unsurları

a. Görünürdeki İşlem

Yukarıda da belirtildiği gibi muris muvazaası nispi muvazaanın görünüm şekillerinden biridir. Dolayısıyla muris muvazaasının dört tane unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki görünürdeki işlemdir. Görünürdeki işlem mirasbırakanın mirasçısından mal kaçırmak, onları aldatarak karşı taraf ile anlaşıp gerçek iradesine uygun düşmeyen ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak şekilde yapmış olduğu işlemidir³⁸. Türk Borçlar Kanununda bir sözleşmenin hukuka uygun gerçekleşmesi için her iki tarafın da irade beyanlarının birbiriyle örtüşmesi gerekmekte olup görünürdeki işlem de taraf iradeleri gerçeği yansıtmadığı ve örtüşmediği için bu işlem geçersiz olmaktadır³⁹. Görünürdeki işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğunu taraflar ya da hukuki yararı olan üçüncü kişiler ileri sürülebilecektir⁴⁰.

Muris muvazaası ile amaç mirasçılardan mal kaçırmak olduğu için mirasçıların mal kaçırdığı yönünde açacakları davaları ve itirazları engellemek için görünürdeki işlem şekle uygun olarak yapılmaktadır⁴¹. Dolayısıyla tapulu taşınmazların devrinde tapuda resmi şekil yerine

³⁶ Arslantürk, s. 33-34.

³⁷ Y. 1. HD. T. 23.01.2019, E. 2019/104, K. 419 "...bilindiği üzere, tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır mal niteliğindedir ve zilyetlikten ibaret olan hakkın devri suretiyle yapılan elden bağışlama sözleşmeleri hiçbir biçim koşuluna bağlı değildir. Bu nedenle de gizlenerek yapılan bağışlama niteliğindeki tasarruf geçerlidir. Mirasbırakan tarafından tapusuz taşınmazların zilyetliğinin devri suretiyle gerçekleştirirken geçerli işlemlere karşı 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmamaktadır." (Arslantürk, s. 34, dpn. 68).

³⁸ Cura, s. 151.

³⁹ İncedal Denizhan, s. 22.

⁴⁰ İncedal Denizhan, s. 22.

⁴¹ Akcan, s. 10.

getirilerek, taşınmaz mallar ve taşınırlar içinse herhangi bir şekil şartı olmadan görünürdeki işlemler yapılmaktadır⁴². Uygulamada muris muvazaasında görünürdeki işlem olarak genelde satış ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılmaktadır.

b. Muvazaa Anlaşması

Muris muvazaasının ikinci unsuru ise aldatma kastı olup tarafların beyanları ile iradeleri arasında isteyerek meydana getirmiş oldukları uyumsuzluğun açıklandığı⁴³, görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren anlaşmadır⁴⁴. Muvazaa anlaşması herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁵. Görünürdeki işlem kanunen şekle tabi olsa dahi bu durum muvazaa anlaşmasını da şekle tabi kılmayacak olup muvazaa anlaşması yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilebilecektir⁴⁶.

Muvazaa anlaşması tarafların bizzat kendileri tarafından ya da vekilleri aracılığıyla yapılabilecek olup bu anlaşmanın görünürdeki işlemden önce ya da en geç onunla birlikte yapılması gerekmektedir⁴⁷.

Muvazaa anlaşması ile görünürdeki işlemin hiç hüküm ifade etmeyeceği ya da bazı şartlarının değiştirileceği yönünde anlaşma yapılabilecektir. Örneğin yapılan muvazaa anlaşması ile görünürdeki satış sözleşmesinin hiç hüküm ifade etmeyeceği asıl sözleşmenin bağışlama olacağı kararlaştırılabileceği gibi görünürdeki satış sözleşmesinin geçerli olacağı ancak bedelin daha az olacağı da kararlaştırılabilecektir⁴⁸. İlk durumda nitelikli muvazaa söz konusu olacağından görünürdeki işlem geçersiz olacakken ikinci durumda tarafların satış sözleşmesi konusunda iradeleri uyuştugu için ortada bir kısmi muvazaa söz konusu olacak olup görünürdeki satış sözleşmesi geçerli olacaktır⁴⁹.

c. Gizli İşlem

Gizli işlem mirasbırakan ile sözleşmenin karşı tarafının kendi aralarında hüküm doğurmasını istedikleri ve görünürdeki işlemin arkasına

⁴² Akcan, s. 10-11.

⁴³ Cura, s. 151.

⁴⁴ Arslantürk, s. 45.

⁴⁵ Akcan, s. 11; İncedal Denizhan, s. 23.

⁴⁶ İncedal Denizhan, s. 23.

⁴⁷ Arslantürk, s. 46.

⁴⁸ Akcan, s. 11.

⁴⁹ Akcan, s. 11.

sakladıkları işlemidir⁵⁰. Görünürdeki işlemden farklı olarak burada tarafların iradeleri birbirine uygundur.

Türk Borçlar Kanunu gereği sözleşmelerin geçerliliği için tarafların gerçek iradeleri esas alınmaktadır. Dolayısıyla gizli işlemde tarafların gerçek iradeleri uyduğu için işlemin geçerli olacağı sonucuna varılabilecekse de burada ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira sözleşmenin geçerli olabilmesi için aynı zamanda o sözleşmenin şekil şartlarına da uygun olarak yapılması gerekmektedir⁵¹. Sonuç olarak tapuya kayıtlı taşınmazlara ilişkin muris muvazaasında görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için muvazaası sebebiyle; gizli işlem ise yasada aranan şekil şartına uygun yapılmadığından geçersiz olacaktır.

d. Aldatma Kastı

Muris muvazaasının son unsuru ise aldatma kastı olup mirasbırakan mirasçılarını aldatma kastı ile bu işlemleri yapmaktadır. Muris muvazaasının mutlak muvazaası ve diğer nispi muvazaalardan farkı ise burada aldatılmak istenen üçüncü kişinin mirasçı olması zorunluluğudur⁵².

Muris muvazaasının tespiti için mirasbırakanın iradesinin dolayısıyla aldatma kastının ispatı gerekmektedir. Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kararlarından birinde gerçek iradenin tespitinde ülke ve bölgenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan seyri, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve geçerli bir nedeninin olup olmadığı, davalı tarafın alım gücünün bulunup bulunmadığı, satış bedeli ile sözleşme günündeki gerçek değer arasındaki fark, taraflarla muris arasındaki insani ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk bulunduğunu belirtmiştir⁵³. Mirasbırakan bir mirasçısı lehine muvazaalı olarak malvarlığı devrettiğinde aldatma kastı sadece o andaki mirasçılara yönelik olmayacak gelecekteki tüm mirasçılarını kapsayacaktır ve muvazaalı sözleşme yapıldıktan sonra mirasçı sıfatını kazananlarda muvazaaya karşı dava açabilecektir⁵⁴. Yani işlem yapıldığında mirasçısı olmasa da mirasbırakanın

⁵⁰ Arslantürk, s. 46.

⁵¹ Uyar Hatipoğlu, Zeynep, Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini, DÜHFD, C. 22, S. 36, 2017, s. 112.

⁵² Cura, s. 151; Akcan, s. 13.

⁵³ Y.1.HD. T.09.06.2016, E.2016/16581, K.2016/7037 (Aktaran: İncedal Denizhan, s. 26-27).

⁵⁴ Akcan, s. 13.

öldüğü tarihte mirasçı olmaları muvazaalı işleme karşı hukuki yarar ve haklarının bulunmasından dolayı dava açmaları için yeterli görülmüştür⁵⁵.

Mirasbırakanın muvazaalı sözleşmeyi yaptığı tarihte malını kaçırmak istediği hiçbir mirasçısı yoksa, sonradan mirasçı olan kişinin mirasbırakanın mirasçıdan mal kaçırma amacı ile temlik yaptığı iddiası ile muvazaalı davası açıp açamayacağına ilişkin ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁶. Bir görüş sözleşme tarihinde aldatılacak ve kendisinden mal kaçırılacak hiçbir mirasçı yoksa, aldatma kastı bulunmadığından muvazaanın söz konusu olmayacağını ve sonradan mirasçı olan kişilerin muvazaaya dayanarak dava açamayacaklarını savunmaktadır⁵⁷. Diğer görüş ise mirasbırakanın hiçbir mirasçısı olmasa dahi son mirasçının Hazine olduğunu, mirasbırakanın sadece sözleşme tarihindeki mirasçılarından değil, daha sonra mirasçı olacak kişilerden de mal kaçırabileceğini ve mirasbırakanın esas amacının ölümünden sonra ortaya çıkabilecek bir hak talebini önlemek olduğunu bu sebeple de aldatma kastının daha sonra mirasçı olanları da kapsadığını ve bunlarında dava açabileceğini savunmaktadır⁵⁸. Öte yandan Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında temlik tarihinde kendisine taşınmaz devredilen kişilerin dışında mirasın başkaca mirasçısı bulunmaması durumunda kendisinden mal kaçırma istenen mirasçı bulunmadığından mirasbırakanın yaptığı temliklerin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı olmadığını belirterek ilk görüş doğrultusunda karar vermiştir⁵⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2012

⁵⁵ YHGK. T. 06.11.1996, E. 1996/1-596, K. 1996/737 (Aktaran: İncedal Denizhan, s. 25).

⁵⁶ Arslantürk, s. 42.

⁵⁷ Arslantürk, s. 43; Eviz, s. 81.

⁵⁸ Arslantürk, s. 43.

⁵⁹ Y.1.HD. T.23.06.2009, E. 2009/3801, K.2009/7310 "...Mirasbırakanın 7 nolu bağımsız bölümün çıplak mülkiyetini davalı Atilla'ya, 5 nolu bağımsız bölümü davalı Mevlüde'ye, 9 nolu bağımsız bölümü ise davalı Ali'ye 28.12.1989 tarihinde satış suretiyle devrettiği görülmektedir. İşlem tarihi itibarıyla mirasbırakan İsmail'in adı geçenler dışında başkaca bir mirasçısı bulunmamaktadır. Davacı Emine Mukadder ile temlik tarihinden sonra 06.06.1990 tarihinde evlenmiştir. Buna göre temlik tarihinde Emine'nin, İsmail'in mirasçısı olmadığı sabittir. Temlik tarihinde kendisine taşınmaz devredilen kişilerin dışında miras İsmail'in başkaca mirasçısı bulunmadığına, başka bir deyişle kendisinden mal kaçırma istenen mirasçı bulunmadığına, yaptığı temliklerin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu kabule olanak yoktur." Yargıtay Bilgi Bankası (YBB.) (Erişim: 30.04.2020).

tarihinde bu konu ile ilgili bir kararında mirasbırakanın temlik tarihi itibariyle davalı çocukları dışında başkaca mirasçısı bulunmadığı ve temlik işleminin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığının söylenemeyeceğine karar vermiştir⁶⁰.

C. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ

1. Tanımı ve Hukukî Niteliği

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi TBK m.611 vd. da düzenlenmiş olup m. 611'e göre ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısına ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını ya da malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmelerdir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere sözleşmenin tarafı olan bakım borçlusu, bakım alacaklısına ölünceye kadar bakma borcu altına girmekte, buna karşılık bakım alacaklısı da bakım borçlusuna bir malvarlığı edimini devretmeyi borçlanmakta olup karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶¹. Ancak öğretilerde bazı yazarlar ölünceye kadar bakma sözleşmesinin iki türü arasında ayırım yaparak borçlar hukukuna tabi olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu, miras hukukuna tâbi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ise tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığını görüşündedir⁶².

Aynı zaman da ölünceye kadar bakma sözleşmesi rızai bir sözleşme olup sözleşmenin kurulması ve hukuki sonuçlarını doğurması için bakım alacaklısı ve bakım borçlusunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları

⁶⁰ YHGK, T. 10.10.2012, E. 2012/1-492, K. 2012/696 "Mirasbırakanın ücret karşılığı bakıcısı olarak çalışan davacının daha sonra mirasbırakanla evlendiği ve evlilik tarihinden iki gün önce yapılan temlikin mal kaçırma amaçlı olduğu iddiasını mirasbırakanın temlik tarihi itibariyle davalı çocukları dışında başkaca mirasçısı bulunmadığı ve davacının o tarihte bakıcı olarak çalışması nedeniyle temlik işleminin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığının söylenemeyeceğine (Aktaran: Eviz, s. 81).

⁶¹ Velioğlu Ardiç, Pınar, Mirasbırakanın Sağlararası Muvazaalı İşlemleri, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2011, s. 59.

⁶² Erdem, Nafiz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler, Adana 1990, s. 614; Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 2002, s. 1266-1267 (Aktaran: Aksu Kayacan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 358. Bkz. s. 14-15.

yeterlidir⁶³. Ayrıca bu sözleşmeler irat sözleşmesi olup taraflardan biri diğerine bir iratta bulunmayı taahhüt etmektedir⁶⁴.

Kurulmuş olan bir sözleşme de asli edim borçlarından en az birisi sürekli edimi gerektirmesi durumunda bu sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul edilecektir⁶⁵. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de bakım borçlusunun edimi tek seferde bitmediği süreklilik arz ettiği için ölünceye kadar bakma sözleşmesi sürekli bir sözleşmedir⁶⁶.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi aynı zamanda talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir⁶⁷. Zira bakım alacaklısı her ne kadar bakım borçlusuna bir malvarlığı devrederek ya da onu mirasçı atayarak borcunu yerine getirebilse de bakım borçlusu için bakma ve gözetme borcunun süresi net değildir⁶⁸. Bakım alacaklısının yaşam süresi ve buna bağlı olarak da bakım borçlusunun yerine getireceği edimin kapsamı belirsiz olduğu için de bu sözleşme talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir⁶⁹.

2. Unsurları

a. Bakım Gözetme

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun borcu bakım alacaklısına hayatı boyunca bakmak olup bu sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir. Bakım borçlusu bu borcu kapsamında bakım alacaklısını yedirme, giydirme, içirme, barındırma, ilaçlarını sağlama gibi yükümlülüklerin altına girmektedir⁷⁰. Gerek borçlar hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde gerekse de miras hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun edimi her zaman bakıp gözetmek olup değişmemektedir⁷¹.

⁶³ Eviz, s. 108.

⁶⁴ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 53.

⁶⁵ Akkan Akol, Teslime, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2019, s. 20; Eviz, s. 108-109.

⁶⁶ Arslantürk, s. 66.

⁶⁷ Eviz, s. 108; Akkan, s. 20; Durak, Yasemin, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 272.

⁶⁸ Akkan, s. 20; Eviz, s. 108.

⁶⁹ Akkan, s. 20; Eviz, s. 108.

⁷⁰ Arslantürk, s. 67.

⁷¹ Dündar, s. 28.

b. Bir Malvarlığının ya da Başka Bir Değerin Devri

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun bakım gözetme borcu karşısında bakım alacaklısının borcu ise bir malvarlığının ya da malvarlığı değerinin devridir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin çeşitlerinde ayrıntılı olarak izah edileceği üzere bu sözleşme doktrindeki tasnife göre borçlar hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve miras hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak iki çeşittir. Borçlar hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı malvarlığının tamamı ya da bir kısmını devrederek bu borcunu yerine getirebilecektir⁷². Miras hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı olarak atayarak ya da vasiyet alacaklısı tayin ederek bu borcunu yerine getirmektedir⁷³.

Bakım alacaklısının karşı edimini ifa ederken bunu tek seferde yerine getirmesi gibi bir zorunluluk bulunmamakta olup taraflar bakım alacaklısı sözleşmeden doğan yükümlülüğünü kısım kısım yerine getireceği yönünde anlaşabileceklerdir⁷⁴. Ancak bunun, bakım ve gözetim edimleri karşısında ödenen periyodik taksitler halinde olmaması gerekmektedir⁷⁵.

c. Süreklilik

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusu bakım alacaklısına hayatı boyunca bakmakla yükümlüdür. Bu durum sözleşmenin unsuru olup tarafların bakım borçlusunun bu yükümlülüğünü ölüm dışında belli bir süre ile sınırlandırması durumunda ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir⁷⁶. Aynı zamanda bakım borçlusu bu süreçte bakım alacaklısının tüm ihtiyaçlarını karşılamayı ve hayatını devam ettirebilmesi için gerekli tüm hususları borçlanmış olmalıdır ki aksi durum da yine sözleşme ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁷. Örneğin sadece hastalık halinde gerekli ilaçların tedarikinin vaat edilmesi durumunda ölünceye kadar bakma sözleşmesinden

⁷² Arslantürk, s. 67.

⁷³ Şahin, Turan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2019, s. 31; Arslantürk, s. 67.

⁷⁴ Akkan Akol, s. 15.

⁷⁵ Akkan Akol, s. 15

⁷⁶ Korkmaz, Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 20-21; Dündar, s. 25.

⁷⁷ Eviz, s. 111.

söz edilemeyecektir⁷⁸. Aynı şekilde, bakım ve gözetim edimleri yerine aylık olarak belirli bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılması durumunda da bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinden bahsedilmeyecektir⁷⁹.

d. Tarafların Anlaşması

Her sözleşmede olduğu gibi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de olmazsa olmaz olan şart tarafların anlaşmasıdır. Zira bir sözleşmenin kurulması için öncelikle tarafların birbirine uygun irade açıklamaları gerekmektedir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için de tarafların sözleşmenin unsurları üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir.

3. Şekli

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin şekli TBK m.612 de düzenlenmiş olup ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Yani resmi şekle tabi olup miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir (TMK. m.545, m.532 vd.). Bu durumun istisnası ise aynı maddenin ikinci fıkrası ile düzenlenmiş olup sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterli olacaktır. Fakat TBK m.612 ikinci fıkrasında öngörülen istisna yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için geçerlidir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin ise bakım borçlusu devlet tarafından tanınmış bir bakım kurumu olsa bile miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmekte olup miras sözleşmeleri bakımından bu konuda bir istisna mevcut değildir⁸⁰.

TMK m.545 gereği de miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir. Resmi vasiyetnamenin geçerlilik şekli ise TMK. m.532 de düzenlenmiş olup resmi vasiyetname, iki tanığın katılımıyla resmi memur tarafından düzenlenecektir. Buradaki resmi memur, sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilecektir. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, resmi memur olarak sayılan, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş bir diğer görevli huzurunda, iki tanığın

⁷⁸ Korkmaz, s. 21.

⁷⁹ Akkan Akol, s. 17.

⁸⁰ Akkök, s. 89.

şahitliğinde ve tarafların arzularını aynı zamanda bildirmeleri ve metni imzalamaları sonucunda geçerli şekilde akdedilebilecektir.

4. Çeşitleri

a. Borçlar Hukukuna Bağlı Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi her ne kadar kanunda böyle bir ayrıma tabi tutulmasa da uygulama da bakım alacaklısının edimini yerine getirme şekline göre iki kısma ayrılmaktadır⁸¹. Bunlardan ilki borçlar hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Bu sözleşme bakım alacaklısının edimini sağlararası bir işlemle yerine getirdiği ölünceye kadar bakma sözleşmesidir⁸². Bu sözleşme ile bakım alacaklısı bakım borçlusuna almış olduğu bakım ve gözetim karşılığında bir malvarlığını ya da malvarlığı değerini devretmeyi üstlenmektedir.

Borçlar hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasında uyulacak olan şekil kuralı dışında tamamen borçlar hukuku hükümlerine tabi bir sözleşmedir⁸³. Sözleşmenin şekli ise TBK m.612 gereği miras sözleşmesi şeklinde olmak zorundadır.

b. Miras Hukukuna Bağlı Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin diğer bir türü ise miras hukukuna bağlı ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Bu sözleşme de bakım alacaklısı bakım borçlusuna almış olduğu bakım ve gözetim karşılığında ölüme bağlı tasarruf ile edimini yerine getirmeyi borçlanmakta⁸⁴ ve mirasbırakan tarafından mirasçı atanmaktadır⁸⁵. Doktrinde bazı yazarlar burada mirasçı atamak ifadesinin geniş yorumlanarak bakım borçlusunun vasiyet alacaklısı olarak tayini veya bakım alacaklısının onun lehine mirastan feragat etmesi durumlarında da miras hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi meydana geleceğini savunmaktadırlar⁸⁶.

Bu sözleşmenin de geçerlilik şartı TBK m.612 gereği resmi şekle tabi olup miras sözleşmesi şekline tabidir. Bu şekilde meydana getirilmiş olan sözleşmede miras hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁸⁷.

⁸¹ Dündar, Mustafa, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 30.

⁸² Dündar, s. 32.

⁸³ Dündar, s. 32.

⁸⁴ Şahin, s. 3.

⁸⁵ Dündar, s. 33.

⁸⁶ Şahin, s. 31.

⁸⁷ Dündar, s. 34.

Genellikle borçlar hukuku nitelikli bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile mirasbırakanın muvazaası söz konusu olmaksızın da, miras hukuku nitelikli bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de tarafların anlaşması üzerine, bakım alacaklısının ediminin tamamını ya da bir kısmını sağlığında yerine getirmesi durumunda mirasbırakan muvazaası söz konusu olabilecektir⁸⁸

II. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN MURİS MUVAZAASI

A. MİRASBIRAKANIN MUVAZAALI İŞLEM YAPMA AMACI VE SEBEPLERİ

1. Mirasbırakanın Muvazaalı İşlem Yapma Amacı ve Bu Amacın Tespiti

Mirasbırakan ölünceye kadar bakma sözleşmesini yaşlılığında yalnız kalmamak, kendine güvence sağlamak amacıyla yapmaktadır. Ancak bazen bu sözleşme bu amaçla değil de mirasçılardan mal kaçırmak amacı ile yapılmaktadır. İşte bu sözleşmenin ivazlı olarak gerçekten kendine güvence sağlamak amacı ile mi yoksa mirasçılardan mal kaçırmak için muvazaalı olarak mı yapıldığının tespiti için mirasbırakan iradesinin ne yönde olduğunun tespiti gerekmektedir. Zira mirasbırakan asıl iradesi bağışlama olmasına rağmen tapulu taşınmazını mirasçılardan mal kaçırmak amacı ile tapu memuru önünde iradesini ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak açıklarsa bu durumda bu devir muvazaalı olacaktır⁸⁹.

Mirasbırakanın asıl amacının bakım ve gözetme ihtiyacının karşılanması değil de mirasçılardan mal kaçırmak olduğunun tespitinde önemli ölçütler murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, elinde bulunan malvarlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mal varlığına oranı, taşınmazın değerinin bakım borcunu karşılamada makul düzeyde olup olmadığı gibi olgular olup her somut olayda bunların değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁸ Atamulu, s. 246; Özkaya, Eraslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 232 (Aktaran: Akkök, s. 89).

⁸⁹ Arslantürk, s. 69.

⁹⁰ Y. 1. HD, T. 18.10.2011, E. 2011/5463, K. 2011/10508 “..Mirasbırakanın, ölünceye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek

2. Mirasbırakanın Muvazaalı İşlem Yapma Sebepleri

Mirasbırakanın muvazaalı işlem yaparak mirasçılardan mal kaçırmasının çok farklı nedenleri olabilmektedir. Bu nedenlerden biri de yaşlı ve hasta olan mirasbırakanların yakınlarının düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Zira başkalarının bakım ve yardımlarına muhtaç olan mirasbırakan, zayıf döneminde yakınında bulunanların etkisi altında kalmakta ya da hastalık döneminde yanında olmayan mirasçılara duyduğu kızgınlık ile uzaktaki mirasçıları aleyhine muvazaalı işlemler yapabilmektedir⁹¹.

Mirasbırakanın muvazaalı işlem yapma nedenlerinden biri de toplumun bazı kesimlerinde erkek çocuklarına mal devri yapıldığında malın bölünmeyeceği düşüncesinin olması ya da ekonomik, dini, ailevi nedenlerle erkek çocuklarının kız çocuklarından üstün tutulmasıdır⁹². Erkek çocuklarına

bir sınırdan kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir..” (YBB.) (Erişim: 01.05.2020) ; Y.1.HD. T.29.11.2017 E.2017/4770 K.6888 “...Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alım gücünün olup olmadığı, ...ş bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile mirasbırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır...” (YBB.) (01.05.2020).

⁹¹ Y. 1. HD. T.25.02.2014 E. 2013/18016 K., 2014/4402 ; "...Somut olaya gelince, ekonomik durumu iyi olan mirasbırakanın akit tarih itibari ile böyle bir satıştan elde edilecek gelire ihtiyacının olmadığı, kendisine ücretli bakıcı tarafından bakıldığı, banka kayıtları ve tüm dosya kapsamı ile davalının alım gücünün bulunmadığı, taşınmazın gerçek değerinden düşük bir bedelle devredildiği, ödemenin belgelendirilemediği gibi bedelin terekede de bulunmadığı hususları hep birlikte değerlendirildiğinde satış işleminin, mirasbırakanın yaşlılık zamanlarında yanında olmayan davacı kızı ve torunlarından mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak yapıldığı sabittir." (Aktaran: Arslantürk, s. 52).

⁹² Arslantürk, s. 53; Akcan, s. 25; Y. 1. HD.T. 10.12.2018 E. 2016/1829 K., 2018/15367 “Davacılar, ortak mirasbırakanları ...’in maliki olduğu 235 ada 17 parsel sayılı taşınmazı önce ...’ya, ondan ...’a ondan da davalı oğlu ...’e temlik edildiğini, işlemin tek erkek çocuk olan davalı lehine muvazaalı ve mal kaçırma amacıyla yapıldığını ileri sürerek, davalı adına olan tapu kaydının iptali ile miras payları oranında adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir.Mahkemece, muvazaa olgusunun ispatlandığı gerekçesiyle tapu iptali ve tescil talebinin kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik

bu şekildeki düşüncelerle yapılan devirlerle de kız çocuğu olan mirasçılardan mal kaçırılmaktadır.

Birden fazla evlilik yapan mirasbırakan son evliliğinden olan eşine ya da ondan olan çocuklarını diğer mirasçılardan daha çok olanak sağlamak amacı ile de muvazaalı işlem yapabilmektedir⁹³. Yargıtay da çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarda son eşe ölümden kısa süre önce yapılan devir işlemlerini muvazaa belirtisi olarak görerek diğer şartların da varlığı halinde işlemin muvazaa nedeniyle geçersizliğine hükmetmiştir⁹⁴. Aynı zamanda mirasbırakan evlilik dışı ilişki yaşadığı kimselere de bu şekilde muvazaalı temlikler yapabilmektedir⁹⁵.

bulunmamasına göre; davalılar Yıldırım ve ...'nın yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA.." (YBB.) (Erişim: 02.05.2020).

⁹³ Akcan, s. 24.

⁹⁴ Y. 1. HD.T. 17.06.2014 E. 2013/10277 K., 2014/11895 ; "...Somut olaya gelince; davalı ile mirasbırakan Güla'nın 1997 yılında evlendikleri ancak uzun süredir gayriresmi ilişki yaşadıkları, 1976 doğumlu müşterek çocuklarının olduğu, mirasbırakanın temlik tarihi olan 1988 yılında yurtdışında yaşadığı ve mal satmaya ihtiyacının bulunmadığı, mirasbırakan ile davacıların annesinin 1975 yılında açılan boşanma davası sonucunda 1994 yılında boşandıkları, tanık Mehmet'in, mirasbırakanın taşınmazı bedelsiz olarak temlik ettiği yönündeki beyanı ve bedeller arasındaki fahiş fark olgusu yukarıda açıklanan ilkeler ile birlikte değerlendirildiğinde, mirasbırakanın davalıya yaptığı temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu sonucuna varılmaktadır.." (YBB.) (Erişim:02.05.2020) ; Y. 1.HD. T. 21.05.2002 E. 2002/4036 K.2002/6470 "... Murisin dava konusu taşınmazdaki ½ payını davalı son eşine satış göstermek suretiyle devrettiği, satış bedeli ile gerçek değer arasında fahiş fark bulunduğu, davalının alım gücünün bulunmadığı anlaşılmaktadır... Bu belirtilen olgular çerçevesinde murisin iradesinin mirasçılardan mal kaçırmak olduğu sabittir..." (Aktaran: Akcan, s. 24).

⁹⁵ Y. 1. HD. T.19.03.2018 E. 2015/8268 K.,2018/7847 ; "...Davalılar, mirasbırakan A.A.'nın 2290 ada 34 parsel sayılı taşınmazı ara malik kullanmak suretiyle gayrimişru ilişki yaşadığı davalı Sevim'e devrettiğini, temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı olduğunu ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile tescile, aksi takdirde tenkise karar verilmesini istemişlerdir...Mahkemece, bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda temlikin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir...özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalıların yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle.." (YBB.) (Erişim: 02.05.2020).

Mirasbırakan bazı hallerde de diğer mirasçılara kıyasen daha zayıf ve yardıma muhtaç durumda olan mirasçısını güçlendirmek diğerleri ile eşit duruma getirebilmek amacıyla muvazaalı devirler yapılabilmektedir⁹⁶.

Mirasbırakan bazen de sadece psikolojik nedenlerle evlatlar arasında bir veya daha fazlasını daha fazla sevme, hayatın akışı içerisinde oluşan küskünlükler nedeni ile kızdığı bir mirasçısını cezalandırmak ya da sevdiği bir mirasçısını ödüllendirmek için muvazaalı işlem yapabilmektedir⁹⁷. Bu tür durumlarda mirasbırakanın yapmış olduğu tasarruflar yasal mevzuata uygun olarak yapılmışsa mirasbırakanın sağlığında bir sorun çıkmasa da mirasbırakanın ölümünden sonra eğer yapılan tasarruf diğer mirasçılardan saklı paylarını ihlal ediyorsa diğer mirasçılar tarafından tenkis, bazen de koşulları varsa mirasta denkleştirme davası açılma imkânı bulunmaktadır⁹⁸. İşlemler muvazaalı olduğundaysa, bu işlemlerden zarar gören mirasçılar, muvazaalı nedeniyle geçersizliği için dava açabilmektedir⁹⁹.

B. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDE MURİS MUVAZAASININ GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

1. Bakım Borçlusunun Eş Olması

Mirasbırakanın yapmış olduğu muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmeleri farklı görünümde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan biri

⁹⁶ Akcan, s. 26; Arslantürk, s. 54.

⁹⁷ Y. 1. HD. T.04.11.2014 E. 2013/13957 K., 2014/16769 K “..eldeki davada tanık A.. E..'in; davacının yabancı biri ile evlenmesi sebebi ile mirasbırakanla arasının bozuk olduğunu, konuşmadıklarını, davacıya kızdığı için taşınmazını avukatı olan davalıya hibe ettiğini mirasbırakandan duyduğunu, yine tanık M.. T..'nun; murisle bir konuşmalarında kızının bir yabancı ile evli olması sebebi ile mallarını devlete bağışlayacağını, bir avukata da bağış yaptığını söylediğini, yine tanık O..S..'ün de; davacının müslüman olmayan biri ile evlenmesi ve huyunun da iyi olmaması sebebi ile mirasbırakanla dargın olduklarını, murisin bir konuşma sırasında 48 dönümlük yerini kızına kızarak bedelsiz olarak davalıya devrettiğini ifade ettiğini bildirdikleri...Belirtilen bu olgular yukarıda değinilen ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, mirasbırakanın davalıya yapmış olduğu çekişmeye konu temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı ile illetli olduğu kabul edilmelidir.Hâl böyle olunca, yargılama sırasında çekişme konusu 2870 ada 6 nolu imar parselinin, yoldan ihdas edilen taşınmazla tevhit edilerek 2870 ada 21 nolu parsel olduğu gözetilerek, yoldan ihdas edilen bölüm ayrı tutulmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru değildir..” (YBB.) (Erişim: 02.05.2020).

⁹⁸ Akcan, s. 27.

⁹⁹ Akcan, s. 27.

mirasbırakanın eşi ile muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmasıdır. Bu durumda bakım borçlusu mirasbırakanın eşi olup mirasbırakan eşi haricindeki diğer mirasçılarını aldatma kastını taşımaktadır.

Eşin bakım borçlusu olduğu muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde Yargıtay mirasbırakanın sözleşmenin düzenlendiği tarihte özel bakıma ihtiyacı olup olmadığına bakmaktadır¹⁰⁰. Eğer mirasbırakanın özel bir bakıma ihtiyacı yoksa bu durumda yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesini muvazaalı kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının nedeniyse TMK m.185 gereği evlilik birliği içinde eşlerin birbirine bakıp, gözetme, birbirlerine yardımda bulunma yükümlülüklerinin bulunmasından dolayıdır¹⁰¹.

YHGK bu durumu " Bakım sözleşmesinin geçerliliği için, bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç bulunması koşulunun aranması eşler arasında yapılan bakıp gözetme sözleşmeleri içindir. Bu da devam eden evlilik birliği içerisinde eşlerin yek değerlerini bakıp gözetmelerinin asli ve yasal yükümlülükleri bulunmaları gerektiği gerçeğinden kaynaklanmaktadır." şeklinde belirtmiştir¹⁰².

2. Bakım Borçlusunun Altsoy Olması

Mirasbırakan ölünceye kadar bakma sözleşmesini altsoyu olan çocuğu ile de yapabilmektedir. Bu durumda bakım borçlusu mirasbırakanın alt soyu olacaktır. Yargıtay bakım borçlusunun mirasbırakanın eşi olması durumunda mirasbırakanın özel bakıma muhtaç olmasını ararken bakım borçlusunun altsoy olması durumunda bu kıstası aramamaktadır¹⁰³. Dolayısıyla bakım borçlusu altsoy olduğu zaman tespit edilecek olan olgu mirasbırakanın yapmış olduğu ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile mal kaçırma amacı güdüp gütmeyeceği olup bunun için de mirasbırakanın yaşı, aile koşulları, genel sağlığı, kendisinde bulunan malvarlığı, temlik edilen malın tüm malvarlığına oranı gibi kriterlerin saptanması gerekmektedir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Kuybu Gebel, Zeynep, Yargıtay Kararları Işığında Mirasbırakan Muvazaasının İspatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2019, s. 84-85.

¹⁰¹ Sevgi, Emre, Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 110.

¹⁰² YHGK. T. 27.01.1988, E. 1987/1-371, K. 1988/51 (İnci, s. 64 dipnot 283).

¹⁰³ İnci, s. 64.

¹⁰⁴ Y.1.HD. T.12.06.2013 E.2013/9933 K.2013/9763 "...Bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle mirasbırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun

Yargıtay'ın bakım borçlusu altsoy olduğunda mirasbırakanın özel bakıma muhtaç olmasını aramaması yönündeki kararları doktrinde eleştirilmekte ve bu durumda da mirasbırakanın özel bakıma muhtaç olması şartının aranarak muvazaanın buna göre tespitinin gerektiğini savunmaktadırlar¹⁰⁵. Gerekçe olarak da her ne kadar altsoyun bakım görevi kanunda düzenlenmemişse de Türk toplum yapısı göz önüne alındığında altsoy olan çocuğunda üstsoya (mirasbırakana) bakıp gözetme borcu olduğu ve bunun örf ve adet olduğu bu sebeple de TMK m.1 gereği kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vereceğini göstermektedirler¹⁰⁶.

3. Bakım Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunun üçüncü kişi olmasında özel bir durum söz konusu olmayıp muvazaanın tespitine ilişkin genel kurallar geçerli olacaktır¹⁰⁷. Dolayısıyla bakım borçlusu eş olduğunda aranan özel bakıma muhtaç olması şartı burada da aranmayacağı için mirasbırakanın bakıma muhtaç olmaması durumu üçüncü kişi ile yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaalı sayılmasına neden olmayacaktır¹⁰⁸.

olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve göreneklere, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile mirasbırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Somut olaya gelince, mirasbırakanların tüm mal varlığına yakın bölümünü teşkil edecek nitelikteki eldeki davaya konu 13 adet taşınmazını davalılara ölünceye kadar bakım akdiyle temlik ettikleri kayden sabittir. Somut bu olgu, yukarıda değinilen ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde mirasbırakanlar Tahir ve Selimiye'nin ölünceye kadar bakma aktini daha az miktarda taşınmaz devrederek sağlama imkanı varken çok fazla sayıda taşınmazları temlik etmekteki gerçek iradelerinin aslında bakım sözleşmesi yapmak değil, diğer kız çocuğu olan mirasçıdan temlik yaptığı erkek çocuğuna ve gelinine mal kaçırmak amaçlı olduğu sonucuna varılmaktadır." (YBB.) (Erişim:02.05.2020).

¹⁰⁵ İnci, s.65; Akcan, s.42; Sevgi, s. 111-112.

¹⁰⁶ İnci, s. 65; Akcan, s. 42; Sevgi, s. 111-112.

¹⁰⁷ Akcan, s. 42.

¹⁰⁸ Akcan, s. 42.

C. HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Görünürdeki İşlem Bakımından

a. Genel Olarak

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muris muvazaası nispi butlan görünümünden biri olduğu için bu tür muvazaada görünürdeki işlem ve gizli işlem olmak üzere iki tür işlem vardır.

Muvazaalı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde görünürdeki işlem ölünceye kadar bakma sözleşmesi olup bu sözleşmede taraf iradeleri uyuşmadığı için işlem geçersiz olmaktadır. Zira tarafların asıl iradesi bağışlamayken mirasbırakan mirasçılardan mal kaçırmak amacı ile görünürde ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmaktadır. Dolayısıyla sözleşmelerin kurucu unsurlarından olan taraf iradelerinin uyuşması görünürdeki işlem bakımından söz konusu olmadığı için bu işlem geçersiz olmaktadır.

Görünürdeki işlemin geçersiz olması konusunda doktrinde görüş birliği varken bu geçersizliğin kaynağının ne olduğu konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak bunlardan hakim görüş ve Yargıtay'ın istikrar kazanan kararlarındaki görüş kesin hükümsüzlükten dolayı görünürdeki işlemin geçersiz olduğu yönündedir.

Kesin hükümsüzlük (butlan) kurucu unsurları mevcut olup kurulan bir sözleşmenin geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde olanların gerçekleşmemiş olması halidir¹⁰⁹. Doktrindeki hakim görüşe göre muvazaalı olan görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için kesin hükümsüzdür¹¹⁰. Kesin hükümsüzlüğün sonucu olarak da hükümsüzlük için ayrıca dava açmaya gerek olmayıp sözleşme kendiliğinden hükümsüz olmakta ve bu hükümsüzlük ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilmektedir¹¹¹. Kesin hükümsüzlüğü kimse ileri sürmese dahi hakim kendiliğinden göz önüne almak zorundadır¹¹². Sonradan sözleşmede sakat olan unsur düzeltilse ya da borç ifa edilse dahi sözleşme geçerli hale gelmeyecektir¹¹³.

¹⁰⁹ Oğuzman/Öz, s. 180.

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 132; Nomer, s. 73; Dural/Öz, s. 263; Akcan, s. 28; Arslantürk, s.16; Yavuz, Cansu, Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 26.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, s. 181.

¹¹² Oğuzman/Öz, s. 181.

¹¹³ Oğuzman/Öz, s. 181.

b. Görünürdeki İşlemin Geçerli Sayıldığı Durumlar

aa. Muvazaalı İşleme Dayanan Tescile Güvenerek Aynî Hak Kazanan İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Kazanımı

Görünürdeki işlem her ne kadar kesin hükümsüzlük ile geçersiz olsa da bazı durumlarda kesin hükümsüzlük ileri sürülemeyecek olup bu durumlardaki hak kazanımları geçerli kabul edilecektir. Bunlardan ilki muvazaalı işleme dayanan tescile güvenerek aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarıdır¹¹⁴.

Mirasbırakanın gerçek iradesi bağışlama olduğu halde görünürde ölünceye kadar bakma sözleşmesi düzenleyerek malvarlığının devri durumunda taşınmazlar açısından yasal mirasçı ya da üçüncü kişiler lehine yapılan tescil işlemi yolsuz tescil olacaktır. Bu durumda da tapuda gerçekleştirilmiş olan tescil, TMK'nın 1024/2 maddesi gereğince yolsuz bir tescil olsa da TMK'nın 1023 maddesi gereğince tapu kütüğünde bulunan tescile dayanarak iyi niyetle mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımları korunacak olup bu kişilere karşı muvazaa iddiasında bulunulamayacaktır¹¹⁵. Maddede açıkça belirtildiği üzere bu kazanımın korunması için 3. Kişinin iyi niyetli olması gerekmektedir. Burada bahsedilen iyiniyet TMK m.3 de belirtilen iyiniyet olup üçüncü kişi taşınmazın yolsuz olarak tescilini bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor olmalıdır. İyiniyetin olması gereken zamansa tapu sicilinde işlemin yapıldığı yani iyiniyetli 3. Kişiye tapuda tescilin yapıldığı andır¹¹⁶.

bb. Muvazaanın İleri Sürülmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması Durumu

Muvazaa nedeniyle butlanla hükümsüz olan görünürdeki sözleşme belli bir sürenin geçmesiyle, tarafların edimlerini ifa etmeleriyle ya da sonradan icazet verilmesiyle geçerli hale gelmeyecekse de kanun koyucu geçersizliğin kötü niyetle öne sürülmesini de engellemek amacı ile TMK m. 2'yi getirmiştir¹¹⁷. TMK m.2 gereği herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Dolayısıyla muris muvazaasında da her ne kadar görünürdeki sözleşme mutlak butlanla hükümsüz olsa da bu durumu kötü niyetle ileri süren kişinin muvazaa iddiası dinlenmeyecektir¹¹⁸. Burada hakkın kötüye kullanılıp

¹¹⁴ Eren, s. 360.

¹¹⁵ Akcan, s. 30.

¹¹⁶ Akcan, s. 30.

¹¹⁷ Akcan, s. 31.

¹¹⁸ Eren, s. 361.

kullanılmadığı her somut olaya göre o kişinin hakkın kullanılmasında geçerli ve haklı bir yararının varlığı, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkalarına vereceği zarar arasında aşırı oransızlığın olmaması, bir kimsenin kendi ahlâka aykırı davranışına dayanmaması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunmaması gibi ölçütler göz önünde bulundurularak tespit edilecektir¹¹⁹.

cc. TBK. m.19/II Gereği Muvazaanın İleri Sürülememesi Durumu

Muvazaalı işlem nedeni ile kesin hükümsüzlüğün ileri sürülemeyeceği son durum ise TBK m. 19/2 gereği borçlunun yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunmaması durumudur. Dolayısıyla mirasbırakandan muvazaalı bir işlemle edindiği malvarlığını bir başka kişiye devretmek üzere borçlanan kişi, kendisinin de içinde bulunduğu muvazaa nedeniyle oluşan geçersizliği 3.kişiye karşı ileri süremeyecektir¹²⁰. Her ne kadar madde de açıkça belirtilmemiş olsa da güvenerek alacağı kazanma ifadesinden anlaşılacağı üzere buradaki üçüncü kişinin de iyiniyetli olması gerekmektedir¹²¹.

2. Gizli İşlem Bakımından

a. Genel Olarak

Muris muvazaasına dayalı olarak yapılan ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde gizli işlem ise bağışlamadır. Görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradi beyanlarını içermemesi nedeniyle kural olarak geçersizken; gizli işlem tarafların birbirine uygun, gerçek iradelerine dayanmaktadır. Ancak sadece bu durum gizli işlemi geçerli hale getirmemektedir. Gizli işlemin geçerli olması için üç şart daha gerekmektedir olup bunlar gizli işlemin kanunda öngörülen şekle uygun olması, konusunun imkânsız olmaması ve hukuka veya ahlâka aykırı olmamasıdır¹²².

¹¹⁹ YHGK. T.20.10.2010 E.2010/404 K.2010/533 “...Diğer yandan, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken; o kişinin hakkın kullanılmasında geçerli ve haklı bir yararının varlığı, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkalarına vereceği zarar arasında aşırı oransızlığın olmaması, bir kimsenin kendi ahlâka aykırı davranışına dayanmaması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunmaması gibi ölçütler hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirler...” (YBB.) (Erişim:03.05.2020).

¹²⁰ Akcan, s. 32.

¹²¹ Akcan, s. 32.

¹²² Sun, s. 36 vd.

b. Gizli İşlemin Geçerlilik Şartları

aa. Kanunda Öngörülen Şekle Uygun Olması

TBK m.12 gereği kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir ve öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmamaktadır.

Gizli işlemin şekle uygun olarak yapılmasında ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira taşınır ve tapusuz taşınmazların devrinde şekil şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla tapusuz bir taşınmaz malın devri yolu ile yapılmış olan işlem görünürdeki işlem olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde yapılmışsa, gizlenen işlem olan bağışlama işlemi şekle tabi olmadığından geçerlilik kazanacaktır¹²³. Yargıtay verdiği kararlarda taşınır mal, alacak ve haklarda muvazaa iddiasının dinlenmeyeceğine zira taşınır mal, alacak ve hakların zilyetliğinin devrinde şekil şartı olmadığına karar vermektedir. Ancak YHGK kararlarında trafikte kayıtlı araçlar, yapıları itibarıyla taşınır mal da olsalar mülkiyetlerinin geçişi taşınır ve taşınmazlardan farklı olarak, özel ve kendine özgü bir düzenleme koşuluna bağlandığı için her ne kadar taşınır olsa da traktör gibi motorlu araçların devrinde resmi şekil arandığından gizli işlem olan bağışlama şekil şartına uyulmazsa işlemin geçersiz olacağını kabul edilmiştir¹²⁴.

Taşınmaz malların üzerindeki aynı hakların kazanımına ilişkin sözleşmelerde gizli işlemin geçerli olarak doğması için ise kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla tapulu taşınmaz aslında bağışlama ile devredildiği halde işlem tapuda ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde gösterilmişse, görünürde yapılan işlem tarafların asıl iradelerini yansıtmadığından geçerli sayılmayacak gizli işlem olan bağışlama işlemi de geçerlilik şekli olan resmi memurun huzurunda bağışlama iradesi açıklanmamış olduğundan geçerli olmayacaktır¹²⁵. Bu şekilde bakım alacaklısı adına yapılan tescil de yolsuz tescil olacaktır¹²⁶.

¹²³ Sun, s. 38; Şahin, s. 151.

¹²⁴ YHGK. T.03.12.2008 E.2008/1-711 K. 2008/725 “..trafikte kayıtlı araçlar, yapıları itibarıyla taşınır mal da olsalar mülkiyetlerinin geçişi taşınır ve taşınmazlardan farklı olarak, özel ve kendine özgü bir düzenleme koşuluna bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, alıcı ancak satış senesinde belirtilen hukuki neden gereğince aracın mülkiyetini kazanabilecektir. O nedenle satış ise satış, bağış ise bağış gereğince gerçekleştirilebilecektir. Eğer bu konuda yanlar arasında bir danışıklık varsa, gerçekten bağış satış gibi gösterilmişse, gerçek iradeleri resmi senette birleşmemiş olması nedeniyle mülkiyette geçmeyecektir. “ (YBB.) (Erişim:03.05.2020).

¹²⁵ Sun, s. 38.

¹²⁶ Şahin, s. 151.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da bir kimsenin mirasçılarını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmazını satış olarak yapması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin BK m. 18 (TBK m. 19)'e dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağışlama sözleşmesinin de şekil koşuluna uymadığını ileri sürebileceğini belirtmiştir¹²⁷. Söz konusu içtihadı birleştirme kararı mirasbırakanın görünüşte satış yerine ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile temlik ettiği tapulu taşınmazlarında da uygulama alanı bulmaktadır.¹²⁸

bb. Konusunun İmkânsız Olmaması ve Hukuka ve Ahlâka Aykırı Olmaması

Gizli işlemin geçerli olabilmesi için aynı zamanda konusunun imkânsız olamaması gerekmektedir. Bu hususta imkânsızlık olarak nitelenen şey hukuki veya fiili imkânsızlık şeklinde olabilmekte olup böyle bir durumda gizli işlem geçersiz olacaktır. Örneğin bölünemeyen bir arazinin bölünerek bağışlanması taahhüdünde bulunulması halinde şekil şartlarına uygun olarak bu işlem yapılırsa dahi imkânsızlıktan dolayı işlem geçersiz olacaktır¹²⁹.

Gizli işlemin imkânsız olmaması kapsamına işlemin ahlâka ve adaba aykırı olmaması da girmektedir¹³⁰. Ahlâk ve adaba aykırı nitelik taşıyan gizli işlemler, Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca geçersizdir.

Gizli işlemin geçerli olabilmesinin diğer bir şartı ise hukuka aykırı olmamasıdır. Hukuka aykırı olmamasından kasıt ise işlemin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmamasıdır¹³¹. Aksi durumda gizli işlem diğer geçerlilik şartlarına uysa dahi geçersiz sayılacaktır.

¹²⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu T.01.04.1974, ½ K.

¹²⁸ Arslantürk, s. 33-34.

¹²⁹ Sun, s. 37.

¹³⁰ Sun, s. 37.

¹³¹ Nomer, s. 58.

D. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLI MURİS MUVAZAASINDA AÇILABİLECEK DAVALAR

1. Muris Muvazaasına Dayalı Olarak Açılan Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası

a. Genel Olarak

Mirasbırakanın mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapması durumunda her ne kadar bu işlemin geçersiz olduğu kabul edilmekteyse de bu geçersizlik iptal davası ile tespit edilebilecektir¹³². Uygulama da mirasbırakanın mirasçılarının miras paylarını ihlâl etmek amacıyla genellikle tapulu taşınmaz mallarını tapuda satmış gibi ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi karşılığı olarak bakım alacaklısına devretmiş gösterdiği görülmektedir¹³³. Bu durumda mirasçılar tarafından açılan bu iptal davası tapu sicilinin düzeltilmesi davası olacaktır¹³⁴.

b. Taraflar

aa. Davacı

Muris muvazaasına dayalı olarak açılacak olan davalar saklı pay sahibi olsun veya olmasın, miras hakkı zarar gören her bir mirasçı tarafından açılabilir¹³⁵. Bu taraf olma sıfatı, mirasçılardan bizzat kendi haklarına dayanmakta olup, halefiyet esasına göre değildir¹³⁶. TMK m. 599'a gereği mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanmaktadır. Dolayısıyla mirasçılık sıfatı mirasbırakanın ölüm anına göre belirlenecektir. Söz konusu durum 01.04.1974 tarih ve 1974/1 E., 1974/2 K. İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da muris muvazaasına bağlı açılan tescil ve tapu iptal davalarında saklı pay sahibi olup olmaması önemli olmaksızın miras hakkı çığneden tüm mirasçılardan taraf olma hakkına sahip olacağı şeklinde belirtilmiştir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile yapılan muris muvazaasında da söz konusu İBK ve satış sözleşmesinde muris muvazaasına ilişkin ilkeler geçerli olacağı için davacı tarafın belirlenmesinde de bu düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

¹³² Akcan, s. 65.

¹³³ Akcan, s. 65.

¹³⁴ Akcan, s. 65.

¹³⁵ Arslantürk, s. 110.

¹³⁶ Sun, s. 78.

TMK m.582 gereği “Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.” Dolayısıyla cenin de sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren mirasçılık sıfatını kazanacaktır¹³⁷.

Sağ kalan eşin mirasçı olabilmesi için ise ölüm anında mirasbırakan ile evlilik ilişkisinin devam ediyor olması gerekmektedir¹³⁸. TMK m.181 gereği boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Ancak boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanacaktır. Dolayısıyla açılmış bir boşanma davası olsa dahi kural olarak eşler boşanma davası sonuçlanıp kararın kesinleşmesine kadar birbirlerinin mirasçısı olmaya devam edeceklerdir. Ancak TMK m. 181/2'de de değinildiği üzere, ölen davacı eşin mirasçıları, boşanma davasına devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispat ederlerse, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı ortadan kalkacaktır.

Muvazaalı işlemin yapılması sırasında mirasçı olmayıp sonradan mirasçılık sıfatı kazanan mirasçılarda dava açabilecektir¹³⁹. Ancak mirasbırakanın muvazaalı sözleşmeyi yaptığı tarihte hiçbir mirasçısı yoksa, sonradan mirasçı olan kişinin mirasbırakanın mirasçısından mal kaçırma amacı ile temlik yaptığı iddiası ile muvazaalı davası açıp açamayacağına ilişkin ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır¹⁴⁰. Bir görüş sözleşme tarihinde aldatılacak ve kendisinden mal kaçırılacak hiçbir mirasçı yoksa, aldatma kastı bulunmadığından muvazaanın söz konusu olmayacağını ve sonradan mirasçı olan kişilerin muvazaaya dayanarak dava açamayacaklarını savunmaktadır¹⁴¹. Diğer görüş ise mirasbırakanın hiçbir mirasçısı olmasa dahi son mirasçının Hazine olduğunu, mirasbırakanın sadece sözleşme tarihindeki mirasçılardan değil, daha sonra mirasçı olacak kişilerden de mal kaçırabileceğini ve mirasbırakanın esas amacının ölümünden sonra ortaya çıkabilecek bir hak talebini önlemek olduğunu bu sebeple de aldatma kastının daha sonra mirasçı olanları da kapsadığını ve bunlarında dava açabileceğini savunmaktadır¹⁴². Öte yandan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de

¹³⁷ Arslantürk, s. 110.

¹³⁸ Arslantürk, s. 110.

¹³⁹ Akcan, s. 13.

¹⁴⁰ Arslantürk, s. 42.

¹⁴¹ Arslantürk, s. 43; Eviz, s. 81.

¹⁴² Arslantürk, s. 43.

vermiş olduğu bir karar murisin başkaca mirasçısı bulunmadığına dolayısıyla kendisinden mal kaçırma istenen mirasçı bulunmadığına ve yapılan temliklerin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu kabule olanak olmadığına karar vererek ilk görüş doğrultusunda karar vermiştir¹⁴³ Benzer bir karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da verilmiştir¹⁴⁴.

Mirasbırakanın yaptığı muvazaalı işleme karşı dava açmamış olan mirasçının ölümü halinde ise onun mirasçılarının da dava açma hakları bulunmaktadır¹⁴⁵. Öte yandan mirasçılardan bazıları dava açmışsa dava açmamış olan mirasçı hukukumuzda dahili davacı diye bir müessese olmadığı için bu şekilde davaya dahil olamayacaktır¹⁴⁶.

¹⁴³ Y.1.HD. T.23.06.2009, E. 2009/3801, K.2009/7310 "Temlik tarihinde kendisine taşınmaz devredilen kişilerin dışında muris İsmail'in başkaca mirasçısı bulunmadığına, başka bir deyişle kendisinden mal kaçırma istenen mirasçı bulunmadığına, yaptığı temliklerin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu kabule olanak yoktur." (YBB.) (Erişim:03.05.2020).

¹⁴⁴ YHGK, T. 10.10.2012, E. 2012/1-492, K. 2012/696 "Mirasbırakanın ücret karşılığı bakıcısı olarak çalışan davacının daha sonra mirasbırakanla evlendiği ve evlilik tarihinden iki gün önce yapılan temlikin mal kaçırma amaçlı olduğu iddiasını mirasbırakanın temlik tarihi itibarıyla davalı çocukları dışında başkaca mirasçısı bulunmadığı ve davacının o tarihte bakıcı olarak çalışması nedeniyle temlik işleminin mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapıldığının söylenemeyeceğine" (Aktaran: Eviz, s. 81).

¹⁴⁵ Y.1.HD. T.06.04.2010, E.2010/1445, K.2010/3898 "Bir önceki mirasbırakanın (kök mirasbırakanın) yaptığı muvazaalı temlik hakkında mirasçılardan biri (ara mirasbırakan) dava açmasa bile, ölümü ile onun mirasçılarının dava açma hakları mevcuttur. Zira yukarıda da değinilen ilkeler gereğince icazetle veya belirli bir süre geçtiği halde dava açılmaması ile muvazaalı sözleşme geçerli hale gelmez. Kaldı ki Türk Medeni Kanunu'nun 528. maddesi uyarınca düzenlenmiş mirastan feragat dair bir belgenin varlığından da söz edilmemiştir. Dede H..... C..... sağlığında dava açmasa dahi dava hakkından vazgeçmiş sayılamayacağından, onun hakkı halefiyet kuralı ile mirasçısına geçer, mirasçıda miras hakkına engel olan kök mirasbırakan tarafından yapılan muvazaalı sözleşmenin geçersizliğini ve bu sözleşmeye dayanan tapunun iptalini isteyebilir." (YBB.) (Erişim:03.05.2020).

¹⁴⁶ Y. 1. HD.T. 19.04.2018 E. 2015/9952 K., 2018/9384; "Somut olaya gelince; muris muvazaasına iddiasına dayalı eldeki davayı mirasbırakan Mustafa Kemal'in mirasçılarında Gülserin haricindeki diğer mirasçıları Münevver, Ummuhan ve Selma açmış olup; Gülserin tarafından usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığı sabittir. Diğer taraftan, mahkemece, davacılar vekilinin talebi üzerine adı geçen mirasçının davaya dahili davacı olarak kabulüne karar verilmiş ise de; Usul Hukukunda davaya dahil şeklinde bir müessese yer almayıp, bir kimseye dahili dava yolu ile taraf sıfatı verilemeyeceği açıktır." (YBB.) (Erişim:03.05.2020).

Açılmış olan tapu iptal tescil davası terekeye iade istemli açıldıysa bu durumda davaya tüm mirasçılardan iştirak etmesi gerekmektedir¹⁴⁷.

Mirası reddeden, mirastan feragat etmiş olan ya da mirastan çıkarılan mirasçılardan ise dava açma hakkı bulunmamaktadır¹⁴⁸.

bb. Davalı

Muris muvazaasına dayalı açılacak olan tapu iptal ve tescil davasında davalı ise muvazaalı işlemi yapan kişi, onun mirasçısı veya muvazaalı veya kötü niyetli olarak taşınmazı devralan kişidir¹⁴⁹. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yapılan muris muvazaasında da Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre muris muvazaasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak olup bağışlama sözleşmesindeki bakım borçlusuna karşı bu dava açılmalıdır. Ayrıca muvazaalı işlemi yapan ve mirasçılardan davalı olarak gösterilebileceği gibi taşınmaz malı muvazaalı bir işlemle veya kötü niyetli olarak devralan sonraki kişiler varsa onlarda açılan davada davalı taraf olarak gösterilebilecektir. Ayrıca bu dava kayıt malikine karşı açılacak olup tapuda kim o taşınmaza malik ise ona yöneltilecektir¹⁵⁰.

Davacı da olduğu gibi davalıda da dahili davalı yoluyla davaya dahil edilme mümkün değildir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Y. 1. HD. T. 19.04.2018 E. 2015/9727 K., 2018/9333; "Somut olayda, davacılar tapu kaydının iptali ile terekeye iade istemiş olup dosya içinde yer alan mirasbırakan H.Ç.'nin veraset ilamından, mirasbırakanın davacılar dışında başka mirasçılarının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, öncelikle davaya katılmayan mirasçılardan olurlarının alınması ya da miras şirketine 4721 sayılı TMK. nun 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi, böylelikle davanın görülebilirlik koşulunun yerine getirilmesi; ondan sonra taraf delillerinin toplanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁴⁸ Arslantürk, s. 113 vd.

¹⁴⁹ Y. 1. HD. T., 08.02.2017 E. 2014/19395 K., 2017/762; "..muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalar, mirasbırakanın muvazaalı sözleşme ile taşınmazı devrettiği kişi, onun mirasçısı ya da muvazaalı yahut kötü niyetli olarak taşınmazı devralan ikinci ve sonraki el durumunda bulunan kişiler aleyhine açılabilir." (YBB.) (Erişim: 04.05.2020).

¹⁵⁰ Arslantürk, s. 115.

¹⁵¹ Y. 1. HD. T. 15.03.2018, E. 2015/17619 K, 2018/7357; ".. Tapu iptal ve tescil davaları kayıt malikine karşı açılır. Oysa çekişme konusu 3395 ada 3 parsel yönünden dava tarihinden önce kayıt maliki olan Öztürk Erdağı'ya husumet yöneltilmemiş, yargılama sırasında kayıt maliki davaya dahil edilmiştir. Ne var ki,

c. Görevli ve Yetkili Mahkeme

6100 sayılı HMK m. 2 gereği “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Muris muvazaasına ilişkin açılan davalarda malvarlığı haklarına ilişkin olduğundan değer ve miktarına bakılmaksızın görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

Muris muvazaası dayalı olarak açılacak olan tapu iptal ve tescil davalarında yetkili mahkeme HMK m. 12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Söz konusu yetki kesin yetki olup hakim tarafından resen dikkate alınacaktır (HMK m.12).

Açılan dava birden fazla taşınmaza ilişkinse, HMK m. 12/3 gereği taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilecektir.

Eğer muris muvazaasından kaynaklı tenkis davası açılıp daha sonra bu dava ıslah ile muvazaa davasına dönüştürülürse taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi ile tenkis davasındaki yetkili mahkeme olan mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi (HMK m. 11/1-a) farklı yerlerde ise bu halde, mahkeme kesin yetki kuralını re'sen gözeterek ıslah ile dönüştürülen muvazaa davası hakkında yetkisizlik kararı vermelidir¹⁵². Muris muvazaası ve tenkis davaları terditli açılmış ise bu halde yetkili mahkeme HMK m. 12 çerçevesinde belirlenecektir¹⁵³. Ancak asli talep tenkis davası ise bu

Usul Hukukunda davaya dahil şeklinde bir müessese yer almayıp, bir kimseye dahili dava yolu ile taraf sıfatı verilemeyeceği açıktır..." (YBB.) (Erişim: 04.05.2020).

¹⁵² Arslantürk, s. 109.

¹⁵³ Y. 1. HD. T.18.09.2012, E., 2012/6930, K. 2012/9588; "22.05.1987 tarihli ve 1986/4 - 1987/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, muris muvazaası sebebiyle tapu iptali ve tescil davası ile birlikte tenkis davası açılabilir. Bu iki davanın hukuksal nitelikleri farklı olmakla birlikte beraber açılmaları durumunda öncelikle daha geniş kapsamlı olan muris muvazaası nedeniyle tapu iptali ve tescil isteminin çözümlenmesi ve yetki konusunda bu doğrultuda değerlendirilmesi gerekir Dava ve karar tarihlerinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK.'nun 12. maddesine göre, taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin davalara taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde bakılır. Yasada da açıkça belirtildiği üzere bu yetki kuralı kesin yetki kuralıdır. Muris muvazaası sebebiyle tapu iptali ve tescil davaları taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğine ilişkin davalardır, bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılıp, sonuçlandırılması gerekmektedir." (YBB.) (Erişim: 04.05.2020).

durumda yetkili mahkeme HMK m. 11 gereği mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

d. İspat

aa. Genel Olarak

HMK m.19 gereği ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlı hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Yine TMK m.6 gereği kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla iş bu davada da gerek TMK gerek HMK gereği taraflardan her biri iddia ettiği olguları ispatlamak zorundadır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi de bu durumu muvazaası iddiasına dayalı davalarda mirasbırakanın kastının açık bir şekilde saptanması gerektiğini ve bu kapsamda HMK 190. madde ve TMK 6. madde gereğince davacının iddiasını ispatla mükellef olduğunu belirtmiştir. Somut olaya gelince dinlenen davacı tanıkları soyut beyanlarda bulunmuşlar, dosyaya temlikin mal kaçırma amaçlı yapıldığı yönünde delil ibraz edilmemiştir. Hal böyle olunca, muvazaası iddiasının kanıtlanamadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” Şeklinde söz konusu durum ifade edilmiştir. Dolayısıyla muris muvazaasına dayalı ölünceye kadar bakma sözleşmesi sonucunda açılacak olan bu davada ispat yükü öncelikle davacı tarafta olup davacı muvazaayı kanıtlamakla yükümlüdür.

Mirasbırakanın amacının tespitinde ise Yargıtay mirasbırakanın yaşlılığı ve hastalığı nedeni ile bakım ihtiyacında olması, mirasbırakanın diğer çocuklarının ya da mirasçılarının kendisi ile ilgilenmediğini sadece ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaptığı mirasçısının kendisi ile ilgilendiği durumlarda sözleşmenin ivazlı olduğunu ve muvazaası olmadığını kabul etmektedir¹⁵⁴. Yine Yargıtay sözleşmenin uzun yıllar sürmesi ve bu sürede

¹⁵⁴ Y. 1. HD. 05.02.2019 T. 2015/17095 E., 2019/646 K.; "...Somut olaya gelince, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, mirasbırakan tarafından davalıya yapılan temlik işlemi muvazaalı değildir. Şöyle ki, dosya içeriğinden, mirasbırakanın hasta ve bakıma muhtaç olup, bakımının davalı tarafından yapıldığı, mirasbırakanın da sağlığında bakılmadığı iddiasına dayanarak dava açmadığı anlaşılmaktadır." (YBB.) (Erişim:04.05.2020) ; Y.1.HD. T.12.09.2017 E.2017/3298 K.2017/4203 “ Somut olaya gelince, murisin temlik tarihinde 70 yaşında olduğu, akciğer, prostat ve şeker hastalığının bulunduğu, tüm bakımının davalı tarafından yapıldığı, sık sık davalı oğlu tarafından tedavi için ...'ya götürüldüğü, diğer çocuklarının arada sırada ziyaretle yetindikleri, nitekim mirasbırakanın bu bakımdan çok memnun olduğu ve tanıklar huzurunda "...'in bana çok emeği geçti, bu emeğinin

mirasbırakanın sözleşmeye aykırılık nedeni ile bakım borçlusu aleyhine dava açmaması durumunda da sözleşmenin ivazlı olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁵.

karşılığında ona bir şeyler vermek istiyorum” şeklinde beyanda bulunduğu, mirasbırakan adına halen tapuda kayıtlı taşınmazlar olduğu, çekişmeli taşınmazların değeri, mirasbırakan adına kayıtlı olanlardan daha fazla ise de makul sınırın aşılmadığı, temlikte amacın mal kaçırmak olmayıp, gerçekten bakılmak olduğu, murisin ölünceye kadar bakım koşulu ile taşınmazı temlik ettikten sonra ölene kadar bakılmadığı iddiası ile bir dava açmadığı, dolayısı ile temlikin muvazaalı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Hâl böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması isabetsizdir...” (YBB.); Y. 1. HD, T. 10.11.2014, E. 2014/1030, K. 2014/17238 “... Somut olaya gelince, mirasbırakanın 1903 doğumlu olduğu, davalı oğlu tarafından bakıldığı, diğer çocukları ile ihtilafının olmadığı, dolayısıyla mal kaçırmaya nedeninin bulunmadığı, nitekim ölünceye kadar bakma akdi yapıldıktan 9 gün sonra da 28 parseldeki payını her üç çocuğuna da bağış suretiyle aktardığı sabit olup bu somut olgular yukarıdaki ilkelerle değerlendirildiğinde mirasbırakanın ölünceye kadar bakma akdinde mal kaçırmaya amacının olmadığı anlaşılmaktadır.” (YBB.) (Erişim:04.05.2020) ; Y. 1. HD, T. 1.11.2010, E. 2010/10263, K. 2010/11238 “... Somut olay, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda değerlendirildiğinde, ölünceye kadar bakma akdinin yapıldığı 25.07.2007 tarihinde 72 yaşında olduğu, uzun yıllar davalı ile birlikte oturduğu ve bakımının davalı tarafından yapıldığı, kalp hastası olan muris ile diğer çocuklarının ilgilenmedikleri anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin diğer mirasçılardan mal kaçırmaya amaçlı, dolayısı ile muvazaalı olmadığı gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.” (YBB.) (Erişim:04.05.2020); Y.1.HD, T. 8.4.2014, E. 2013/6615, K. 2014/7309 “...Tüm dosya kapsamı ve dinlenen davacı ve davalı tanıklarının beyanları değerlendirildiğinde, murisin hasta olduğu, davalı ile birlikte yaşadığı, bakıma muhtaç olup, temlikin de ölünceye kadar bakım amacıyla yapıldığı, davalının da bakım borcunu yerine getirdiği, mirasbırakanın temlikteki gerçek amacının mirasçıdan mal kaçırmak ve muvazaalı işlem yapmak olmadığı, ivaz karşılığı olduğu gözetilerek 69 ada 10 parsel sayılı taşınmaz hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir.” (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁵⁵ Y. 1. HD, T. 10.5.2012, E. 2012/2777, K.2012/5536 “... Somut olayda, temlik tarihinde murisin 60 yaşında olduğu, akdin yapıldığı 1974 yılından 1989 yılında ölene kadar bakılmadığı yönünde dava açmadığı, bu durumda davalının bakım borcunu yerine getirdiğinin kabulü zorunlu olup, somut olgulara göre temlikin mal kaçırmaya amaçlı ve muvazaalı olduğunu söyleyebilme olanağı yoktur.” (YBB.) (Erişim:04.05.2020) ; Y. 1. HD, T. 28.2.2013, E. 2013/1212, K. 2013/2977 “...Somut olaya gelince; mirasbırakanın 74 yaşında ölünceye kadar bakma akdini yaptığı, 6 yıl sonra öldüğü, sağlığında akde aykırılık nedeniyle, başka bir ifadeyle

Mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borcunun karşılığı olarak daha az taşınmazını devretme ihtimali varken çok fazla taşınmazını devretmesi durumunda Yargıtay'a göre irade bakım sözleşmesi yapmak değil mirasçılardan mal kaçırmaktır¹⁵⁶. Ancak tüm bunların yanında taşınmazın değerinin tespiti ve mal kaçırmaya amacının belirlenmesinde tek taşınmazı bulunan ya da taşınmazları arasında devre uygun bulunan taşınmazı diğer taşınmazlarından değerli olan kişilerin ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmalarının engellenmemesi zira aksi durumun sözleşme serbestisi ile bağdaşmayacağı da göz önünde bulundurulmak zorundadır¹⁵⁷.

Mirasbırakan öldükten sonra ise mirasçılardan bakım borçlusunun bakım borcunu yerine getirmediği bu nedenle işlemin muvazaalı olduğunu

bakılmadığı iddiasıyla dava açmadığı, öte yandan akit yapılırken mirasbırakanın özel bakıma muhtaç olması gerekmediği gibi, tanık beyanlarına göre de davalının esasen mirasbırakana ilgisini de eksik etmediği anlaşılmaktadır. O halde, anılan bu olgular yukarıda değinilen ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, mirasbırakanın davalı gelinine yapmış olduğu temlikin bakım karşılığı olduğu, mirastan mal kaçırmaya amaçlı ve muvazaalı olmadığı, başka bir ifadeyle işlemin gerçek iradeyi yansıttığı sonucuna varılmaktadır..." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁵⁶ Y. 1. HD, T. 12.6.2013, E. 2013/9933, K. 2013/9763 "... Somut olaya gelince, mirasbırakanların tüm mal varlığına yakın bölümünü teşkil edecek nitelikteki eldeki davaya konu 13 adet taşınmazını davalılara ölünceye kadar bakım akdiyle temlik ettikleri kayden sabittir. Somut bu olgu, yukarıda değinilen ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde mirasbırakanlar T. ve S.'nin ölünceye kadar bakma akdini daha az miktarda taşınmaz devrederek sağlama imkanı varken çok fazla sayıda taşınmazları temlik etmekteki gerçek iradelerinin aslında bakım sözleşmesi yapmak değil, diğer kız çocuğu olan mirasçıdan temlik yaptığı erkek çocuğuna ve gelinine mal kaçırmaya amaçlı olduğu sonucuna varılmaktadır." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁵⁷ YHGK, T. 3.7.2013, E. 2013/1-77, K. 2013/1007 "... Diğer taraftan; kural olarak, tüm mal varlığının veya buna yakınının temlikinde muvazaadan söz edilebilir ise de, bakım alacaklısının kendisiyle ilgilenilmesi, ihtiyaçlarının kısmen ya da tamamen karşılanmasının teminen verilebileceği taşınmazları gözetildiğinde, davaya konu, üzerinde iki katlı bina bulunan ve birlikte kullanılan taşınmazlar dışındaki taşınmazların hisseli ve düşük değerli olması gözetildiğinde, davaya konu taşınmazları devretmesindeki amacının; bakılmak değil, muvazaalı olduğu şeklindeki görüş, gerçekten tek taşınmazı olan veya taşınmazları arasında devre uygun bulunan taşınmazın diğer taşınmazlarından değerli olan kişilerin ölünceye kadar bakım akdi yapamayacakları sonucunu doğurur ki, bunun yasanın teminatı altındaki akit yapma serbestisi ile bağdaşabileceği söylenemez. Kaldı ki, somut olayda mirisin davacılarından mal kaçırmaya gerektiren bir olgunun ve sebebin varlığı da kanıtlanmış değildir." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

ileri sürmeleri mümkün olmayıp bakım borcunun yerine getirilmediği iddiası yalnızca mirasbırakan tarafından ileri sürülebilmektedir¹⁵⁸.

Yargıtay bazı durumların varlığının ise muris muvazaası teşkil etmeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Mesela mirasbırakanın bu sözleşmeyi eşi ve altsoyu gibi yakın akrabaları ile yapması mal kaçırma amacı olduğunu gösterir bir sebep değildir¹⁵⁹. Mirasbırakanın ölünceye kadar mirasçıları ile arasının iyi olması da Yargıtay'a göre ölünceye kadar bakma sözleşmesinin mal kaçırma amaçlı olmadığını göstermektedir¹⁶⁰.

Öte yandan ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayanarak infaz yapılmaması halinde tapulu taşınmaz halen mirasbırakan adına kayıtlı olduğu için, akdin geçersizliği istenmeden muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil davasının dinlenmesi mümkün olmadığına karar verilecektir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Y. 1. HD, T. 4.10.2010, E. 2010/7583, K. 2010/9731 "... Somut olaya gelince; ölünceye kadar bakma aktinin yapıldığı 16.12.1965 tarihinde mirasbırakanın 72 yaşında olduğu, uzun yıllar bakımının davalı tarafından yapıldığı ve 94 yaşında öldüğü, bu süre zarfında mirasbırakan tarafından bakılmadığı iddiası ile bir dava açılmadığı, kaldı ki bakılmadığı iddiası ile dava açma hakkının bakım alacaklısına ait olup, bu hakkın mirasçılara geçmeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, çekişmeli payın davalıya temlikinin makul sınırlar içinde kaldığının kabulü gerekmektedir." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁵⁹ YHGK, T. 19.3.2014, E. 2013/1-751, K. 2014/333 "...bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlik işlemin geçerliliği için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinimin sözleşmeden sonra doğması ya da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüş bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz..." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁶⁰ Y.1.HD. T.07.02.2019 E.2019/385 K.2019/779 "... Somut olaya gelince; mirasbırakanın davacı kızları ile arasında mal kaçırmasını gerektiren bir problemin bulunduğu ileri sürülmediği gibi tanık beyanlarından mirasbırakanın ölünceye kadar davacı kızları ile arasının iyi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, ölünceye kadar bakma aktinin diğer mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi doğru değildir." (YBB.) (Erişim:04.05.2020).

¹⁶¹ Y. 1. HD., 23.02.2010 T., 2009/12612 E., 2010/3260 K.; "...Mirasbırakanın Borçlar Kanunu'nun 511. ve takip eden maddelerinde öngörülen ölünceye kadar bakım akdiyle taşınmazı davalıya temlik ettiği ancak buna bağlı olarak infaz yapılarak bir sicil kaydının oluşmadığı halen taşınmaz kaydının mirasbırakan üzerinde olduğu kayden sabittir. Davada sözleşmenin iptali istenilmemiş, sanki oluşan bir sicil kaydı varmış gibi tapusunun iptali ile tescil talebinde bulunulmuştur. Öyle ise,

Ayrıca bakım alacaklı olan mirasbırakan tarafından sağlığında bakım borçlusuna karşı tapu iptal ve tescil davası açılmış ve reddedilerek kesinleşmiş ise artık mirasçılardan mal kaçırma amacı olmadığından, mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılardan muris muvazaasına dayanarak açtıkları dava da reddedilecektir¹⁶².

bb. Sözleşme Taraflarının Muvazaayı İspatı

Muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptal ve tesciline ilişkin davayı sözleşmenin tarafları açmışsa bu iddianın yazılı delille ispatı zorunludur¹⁶³. Yazılı delilden maksat yazılı şekilde düzenlenmiş olan bir delil olup yazılı belge olmaksızın tek başına tanık dinletilemeyecektir¹⁶⁴. Ancak yazılı delil ya da delil başlangıcı varsa bunlarla birlikte tanık dinletilebilecektir¹⁶⁵.

HMK m. 201 gereği "Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz". Dolayısıyla bir işlemin muvazaalı olarak yapıldığı eğer o işlem adi senede veya resmi (noter memuru veya tapu memuru huzurunda yapılmış) bir senede dayanıyorsa, ancak senetle ispat edilecektir. Ancak muvazaalı olan işlem resmi senetle yapılsa dahi kişiler muvazaa iddiasını adi senetle de ispat edebilecektir¹⁶⁶.

Taraflardan birinin ölmesi halinde mirasçılarını külli halef sıfatıyla hareket ediyorsa onlarda taraf sayılacak ve muvazaayı yazılı delil ile ispat edecektir¹⁶⁷.

sözleşme henüz sicile yansımadığına özellikle 1.4.1974 tarih ½ Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının somut olaya uygulama yeri bulunmadığına göre, tapu iptal ve tescil istemli davanın dinlenilmesine yasal olanak bulunmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken HUMK'nun 74.maddesi hükmü göz ardı edilerek istek dışına çıkılmak suretiyle ölünceye kadar bakım akdinin iptaline karar verilmiş olması isabetsizdir.." (Aktaran: Arslantürk, s. 73).

¹⁶² Arslantürk, s. 73.

¹⁶³ Arslantürk, s. 117.

¹⁶⁴ İnci, s. 89.

¹⁶⁵ Atamulu, s. 247.

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 22. Baskı, Ankara 2018, s. 118 (Aktaran, Sun, s. 81).

¹⁶⁷ Atamulu, s. 256.

cc. Üçüncü Kişilerin Muvazaayı İspatı

Muvazaa iddiasında bulunacak olan üçüncü kişiler mirasçılar, önalım hakkı sahipleri ve alacaklılardır¹⁶⁸. Mirasçılar, mirasbırakanın tapulu taşınmazını kendilerinden mal kaçırma amacıyla muvazaalı olarak intikal ettirdiğini iddia ederek dava açarlarsa bu halde, mirasbırakanın hakkına değil, doğrudan kendi haklarına dayanarak dava açmış sayılacaklar ve üçüncü kişi sayılacaklardır¹⁶⁹. Ancak mirasçılar mirasbırakanın kendilerinden mal kaçırdığına dayanarak değil de onların külli halefi olarak bu davayı açarlarsa o zaman üçüncü kişi sayılmazlar. Üçüncü kişiler işlemin yapılmasında yer almadıkları için kendilerinden yazılı delil istenilmeyecek olup muvazaayı her türlü delil ile ispat edebileceklerdir¹⁷⁰.

Saklı paylı mirasçılar dışındaki mirasçılarının ispatı ne şekilde yapacağı konusunda ise doktrinde tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar saklı paylı mirasçılar dışındaki mirasçılarının mirasbırakanın külli halefi olarak muvazaayı öne sürmeleri durumunda üçüncü kişi değil taraf olacaklarını ve iddialarını yazılı delil ile ispat etmeleri gerektiğini savunmaktadırlar¹⁷¹. Bazı yazarlara göre ise saklı paylı mirasçılar dışındaki diğer mirasçılarında muvazaa iddiasını her türlü delil ile ispat etmeleri mümkündür zira ortada muvazaalı işlem arzusu ile hareket eden kimse olmayıp hakkı zedelenen mirasçılar söz konusudur¹⁷².

e. Süre

Muris muvazaasına dayalı olarak açılacak olan iptal, tescil davalarında hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi söz konusu değildir¹⁷³. Bu tür

¹⁶⁸ Şahin, s. 154.

¹⁶⁹ Sun, s. 8.

¹⁷⁰ Şahin, s. 154.

¹⁷¹ Nomer, s. 74; Atamulu, s. 256;

¹⁷² Şahin, s. 155; Atamulu, s. 258-259.

¹⁷³ Y.1.HD.T.09.02.2010, E.2009/10655, K.2010/1248 “..Öte yandan, muris muvazaasına dayalı iptal, tescil davalarında herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, muvazaalı işlem hiçbir hüküm doğurmaz ve muvazaa nedeninin ortadan kalkması ya da bir zamanın geçmesi ile görünürdeki batıl işlem geçerli hale gelmez...” (YBB.) (Erişim:05.05.2020).

Y.1. HD.T.04.06.2018 E., 2015/11864 K., 2018/10988 ; “.. muris muvazaası iddiasına dayalı davaların, terekeye karşı yapılan haksız fiil niteliği taşıdığı ve yolsuz tescil niteliğinde olduğundan, herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabilmesi sapma göstermeyen yargısal içtihatlar ve aynı yöndeki öğretici görüşü ile benimsenmiştir..” (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

muvaazalı işlemler yapıldığı andan itibaren geçersiz olduğu için belirli bir sürenin geçmesi ya da tarafların onayı ile geçerli hale gelmeyecektir¹⁷⁴.

Kural olarak muvazaanın ileri sürülmesi herhangi bir süreye bağlı değil ise de muvaazalı işlem kadastro tespitinden önce yapılmış ve mirasbırakan da tespitin kesinleşmesinden önce ölmüş ve tespitin kesinleşmesinden sonra 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.12/3 uyarınca 10 yıllık hak düşürücü süre içinde dava açılmamışsa artık muvazaaya dayalı dava açılmayacaktır¹⁷⁵. Ancak, taşınmazın tespit tutanağı hiç düzenlenmemişse ya da muvaazalı işlem tespit tutanağının düzenlenmesinden sonra yapılmışsa, muvazaa davası herhangi bir süreye tabi olmayacaktır¹⁷⁶.

Bu davalarda dava hakkı muris ölünce doğacak olup muris hayattayken bu dava açılmayacaktır¹⁷⁷.

f. Hüküm

Muris muvazaası hukuksal nedeni ile açılan davada muvazaanın ispat edilmesi halinde, muvaazalı olarak devredilen taşınmazın tapu kaydının iptali ile mirasçılar adına tesciline karar verilecektir¹⁷⁸.

Bazı hallerde, davacının dava dilekçesinde sadece tapu kaydının iptalini talep etmekte tescil talep etmemektedir. Böyle bir durum da mahkeme talep dışına çıkıp tescile de karar veremeyecek olup mahkemece davacıya tescil davası açması için süre verilmeli, tescil davasının açılması halinde eldeki dava ile birleştirip sonucuna göre karar verilmelidir¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Arslantürk, s. 126.

¹⁷⁵ Arslantürk, s. 127.

¹⁷⁶ Arslantürk, s. 88.

¹⁷⁷ Y.1.HD. T.09.02.2010, E.2009/10655, K.2010/1248 “1.04.1974 gün 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında da vurgulandığı gibi muris muvazaasına dayalı davalar, mirasbırakanın ardılı olarak değil, miras hakkının çiğnenmesinden ötürü zarara uğrayan kişi olarak ve kendi miras hakkına dayalı olarak açılmaktadır. Bu tür davalarda, dava hakkı murisin ölümü ile doğmaktadır. Muris hayatta iken bu tür bir dava açılmasına yasal olanak yoktur..” (YBB.) (Erişim:05.05.2020).

¹⁷⁸ Arslantürk, s. 119

¹⁷⁹ Y. 1. HD. T.26.02.2018, E. 2015/7946, K., 2018/1141 ; “..açılan bir iptal davasında, ayrıca tescil isteğinde bulunulmamış olması iptal davasının reddi için başlı başına bir sebep teşkil etmez. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş, iptal isteminin tescili kapsamadığı gözetilerek davacıya, ayrıca tescil davası açması için imkan tanımak ve dava açılması halinde her iki dava birleştirilerek karara bağlanmaktan ibarettir. Değişik anlatımla sadece iptal davasının kabulüne ve tapunun iptaline karar verilmesi, tapulu bir taşınmazın sicil dışı (kayıtsız) kalması

Davacının sadece tescil isteminde bulunup iptal isteminde bulunmaması durumunda ise davacıya iptal davası açması için süre verilmesine gerek olmayıp tescil isteminin iptal istemini kapsadığı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Ancak bu dava ile genel olarak davacı payı oranında tapu iptali ve tescilini istemekte ya da dava konusunun terekeye iadesini istemektedir¹⁸¹. Ancak son durumda tüm mirasçılardan buna iştiraki ya da terekeye temsilci atanması gerekmektedir¹⁸². Buradaki taraf teşkilinden kasıt tüm mirasçıların davada yer alması demek olup bir kısım mirasçıların davalı olarak yer alması durumunda da iştirak sağlanmış olur¹⁸³.

Mirasçı, muris muvazaası davasında pay oranında tapu iptal ve tescil talep etmesine rağmen, mahkemece talep aşılarak dava konusu taşınmazın

sonucunu doğurur ki, böyle bir uygulama devletin bütün taşınmazların hukuki ve geometrik durumlarını belirleyerek sicile bağlama yolunda benimsediği-dolu pafta sistemi- genel ilke ile bağdaşmaz.." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

¹⁸⁰ Y. 1. HD. T.18.04.2018, E. 2016/8280, K., 2018/9213 ; ".. Ne var ki, davacı iptal değil, sadece tescil isteğinde bulunmuş ise Yargıtay'ın yerleşmiş ve kurallaşmış uygulamalarına göre, tescil isteği tapu sicilinde mevcut eski kaydın iptali isteğini de kapsadığı gözetilerek davacının ayrıca tapu kaydının iptalini de dava etmesine gerek yoktur..." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

¹⁸¹ Arslantürk, s. 122.

¹⁸² Y. 1. HD. T. 19.04.2018, E. 2015/9727, K., 2018/9333 ; ".. Somut olayda, davacılar tapu kaydının iptali ile terekeye iade istemiş olup dosya içinde yer alan mirasbırakan H.Ç.'nin veraset ilamından, mirasbırakanın davacılar dışında başka mirasçıların da bulunduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, öncelikle davaya katılmayan mirasçıların olurlarının alınması ya da miras şirketine 4721 sayılı TMK. nun 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi, böylelikle davanın görülebilirlik koşulunun yerine getirilmesi; ondan sonra taraf delillerinin toplanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

¹⁸³ Y. 1. HD. T. 07.06.2017, E., 2017/1917, K., 2017/3301 ; "..Somut olayda; davacının yargılama sırasında ölümü ile terekesinin elbirliği mülkiyetine tabi olduğu bu durumda, tereninin tüm mirasçılar tarafından temsil edilmesi, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine TMK.nun 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekmekte ise de; eldeki davada, davacının ölümü ile mirasçılarından eşi Halime'nin davaya katıldığı, diğer mirasçı Ali Mükerrerem Furtun'un davalı sıfatıyla davada yer aldığı, taraf olan mirasçıları dışında başkaca mirasçısının bulunmadığı, anılan mirasçıların davada yer aldığı, taraf teşkili sağlandığı gözetilerek işin esası bakımından bir karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir.." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

tapu kaydının tamamen iptali ile tüm mirasçılar adına tesciline şeklinde karar verilemeyecektir¹⁸⁴.

Ayrıca TMK m. 28 gereği şahsiyet ölümle son bulacağından davanın kabulüne karar verilmesi halinde, mirasbırakan adına değil, mirasbırakanın veraset ilamındaki davacıların miras payı oranında ya da terekeye iade istemi varsa tüm mirasçılarının miras payı oranında tescil hükmü kurulacaktır¹⁸⁵.

2. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN MURİS MUVAZAASININ TENKİS DAVASINA KONU OLMASI

a. Genel Olarak

Tenkis davası saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının korunması için öngörülmüş olan davadır. Bu dava ile amaç mirasbırakanın ölüme bağlı ya da sağlararası tasarrufu ile saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlal edilmesi sonucu saklı payların yeniden kazanılmasını sağlamaktır¹⁸⁶.

Muris muvazaası ile tenkis farklı kavramlardır. Mirasbırakanın ölüme bağlı ya da sağlar arası yaptığı bir işleminin tenkis davasına konu olabilmesi için bu işlem geçerli bir işlem olmalıdır¹⁸⁷. Muris muvazaasında ise tarafların görünürdeki işlemleri gerçek iradelerini yansıtmadığından geçersiz olacakken gizli işlem ise şekil şartına uyulmaması durumunda geçersiz olacaktır¹⁸⁸. Dolayısıyla mirasbırakanın mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmek amacıyla gerçekleştirdiği işlemlerinin muvazaa nedeniyle geçersiz

¹⁸⁴ Y.1. HD.T. 28.03.2013, E., 2012/16121, K., 2013/4440 ; "..Kabule göre de; dava dışı mirasçı Zayide tarafından açılmış dava bulunmadığı ve davacı tarafından tüm mirasçılar adına tescil talep edilmediği halde, istek aşılarak mirasçı Zayide'ye pay verilmek suretiyle iptal ve tescile karar verilmiş olması doğru olmadığı gibi.." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

¹⁸⁵ Y. 1. HD. T.05.06.2018 E. 2015/12220 K., 2018/11041 ; ".. 4721 sayılı TMK. nın 28. maddesi uyarınca ölümle hukuki şahsiyet son bulur. Diğer taraftan kamu düzenine ilişkin bulunan sicil tutma ilkesi gözetildiğinde hâkimin doğru sicil tutmakla yükümlü bulunacağı da tartışmasızdır. O halde mahkemece dosyada bulunan mirasbırakan Abdullah Ceran'a ait veraset ilamına göre davaya konu 1024 ada 221 parsel sayılı taşınmazdaki 2, 3, 4, 5 ve 6 nolu bağımsız bölümler yönünden davacı mirasçılar adına miras payları oranında tescil hükmü kurulması gerekirken ölü kişi adına tescil kararı verilmiş olması doğru değildir." (YBB.) (Erişim: 05.05.2020).

¹⁸⁶ Balaban Evirgen, s. 70.

¹⁸⁷ Akcan, s. 58.

¹⁸⁸ Akcan, s. 58.

olması durumunda artık tenkis davasına gerek kalmayacaktır¹⁸⁹. Yargıtay da bu konuda aynı görüşü savunmaktadır¹⁹⁰. Dolayısıyla tenkis davasının açılabilmesi mirasbırakan işleminin muvazaalı olduğunun ispatlanamaması ya da şekle tabi olmayan bir gizli işlem olması durumunda söz konusu olacaktır. Ancak her ne kadar gizli işlemin şekle tabi olmaması durumunda gizli işlem ile yapılan bağışlama sonucu saklı payı ihlal edilenler tenkis davası açabilecekse de diğer bir ihtimal olan işlemin muvazaalı olduğunun ispatlanamaması durumunda Yargıtay ölünceye kadar bakma sözleşmesi bu durumda geçerli kabul edileceği ve ivazlı sözleşmeler olduğu için tenkise tabi olmayacağına hükmetmektedir¹⁹¹. Öte yandan her ne kadar ivazlı bir sözleşme olan ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile devredilen malvarlığı için kural olarak tenkis davası açılmasa da ölünceye kadar bakma sözleşme ile devredilen malvarlığı değeri ile bakım borçlusunun edimi arasında büyük fark varsa ve bu durumda saklı paylar ihlal ediliyorsa tenkis davası açılabilecektir¹⁹².

TMK m.565 de tenkise tabi kazandırmalar sayılmış olup bunlardan biri de “Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar” dır. Önceden belirttiğimiz gibi mirasbırakan mirasçılarının saklı paylarını alamamaları amacıyla yaptığı bağışlamaları genellikle başka bir işlemin arkasına gizlemektedir. Muris muvazaası olarak adlandırılan bu durumda mirasbırakan dışarıya satış, ölünceye kadar bakma gibi karşılıklı bir sözleşme yapmış gibi göstermekte ancak gerçek iradesiyle bir bağışlama gerçekleştirmektedir¹⁹³. Bu durumda görünürdeki işlem

¹⁸⁹ Akcan, s. 58.

¹⁹⁰ Akcan, s. 58 (01.06.2009 tarihli kararında “1.4.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, davacının miras payı oranında tapunun iptali ile tescile karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile şeklen ve usulen geçerli işlemlerde gözetilmesi gereken tenkis hükümleri uyarınca karar verilmiş olması doğru değildir...” şeklinde karar vermiştir).

¹⁹¹ Y.1.HD. T.12.09.2017, E.2017/3231, K.2017/4205 “Dairece; ‘ Somut olaya gelince, davalının murisin oturduğu evin alt katında oturduğu, temlik tarihinden ölüm tarihine kadar muris tarafından bakım borcunun yerine getirilmediği iddiası ile bir dava açılmaması nedeniyle bakım borcunun yerine getirdiğinin kabulü gerektiği, öte yandan temlikin mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu iddiasının da kanıtlanmadığı açıktır. Öte yandan ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ivazlı sözleşmelerden olup tenkise tabi değildir. Hâl böyle olunca davanın reddine karar verilmesi gerekirken delillerin taktirinde yanlışlığa düşülerek kabulüne karar verilmiş olması isabetsizdir. ‘ (YBB.) (Erişim:05.05.2020).

¹⁹² Atamulu, s. 250.

¹⁹³ Akcan, s. 57.

mirasbırakanın gerçek iradesine uygun bir işlem olmadığından geçersiz olmakta gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi ise şekil şartına da uygunsuz geçerli olmaktadır. İşte mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla gizli işlem olarak gerçekleştirdiği bağışlamanın geçerli olması durumunda da bu işlem tenkise tabi olacaktır¹⁹⁴.

b. Taraflar

Muris muvazaasına dayalı iptal davasını mirasbırakan öldüğü anda mirasçı sıfatını taşıyan herkes açabileceken tenkis davasını sadece saklı paylı mirasçılar, alacaklıları ve iflas idaresi açabilecektir¹⁹⁵. Saklı paylı mirasçılardan kimler olduğu ve saklı pay oranları ise TMK m.506. da belirtilmiş olup altsoy için yasal miras payının yarısı, ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri, sağ kalan eş için, altsoy veya ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olması hâlinde yasal miras payının tamamı, diğer hâllerde yasal miras payının dörtte üçüdür. Davalı ise kendisine kazandırma yapılan bakım borçlusu veya bakım borçlusunun mirasçılardır¹⁹⁶.

c. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yapmış olduğu muvazaalı işlemi sonucu açılan tenkis davasında görevli mahkeme HMK m.2 gereği Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Muris muvazaasına ilişkin açılan davalarda malvarlığı haklarına ilişkin olduğundan değer ve miktarına bakılmaksızın görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

Mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yapmış olduğu muvazaalı işlemi sonucu açılan tenkis davasında yetkili mahkeme ise TMK m.576 gereği mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir. Buradaki yetki kesin yetki olup taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hakim de re`sen dikkate almak zorundadır.

d. İspat

Bu davada da gerek TMK m.6 gerek HMK m.19 gereği taraflardan her biri iddia ettiği olguları ispatlamak zorundadır. Dolayısıyla tenkise konu tasarrufun tenkise tabi olduğunu davacı ispatlayacaktır.

¹⁹⁴ Akcan, s. 57-58.

¹⁹⁵ Şahin, s. 162.

¹⁹⁶ Şahin, s. 162.

Davacı burada mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesini bağışlama amacı ile yaptığını ya da sözleşmenin saklı payları bertaraf etme kastı ile yaptığını ispat edecektir. Burada mirasbırakanın amacının ispatında iptal davasında bahsedilen Yargıtay emareleri aynen geçerlidir. Dolayısıyla saklı payları bertaraf etme kastının ispatında da ülke ve bölgenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan seyri, mirasbırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve geçerli bir nedeninin olup olmadığı, davalı tarafın alım gücünün bulunup bulunmadığı, satış bedeli ile sözleşme günündeki gerçek değer arasındaki fark, taraflarla muris arasındaki insani ilişki gibi olgulardan yararlanılacaktır. Yine mirasbırakanın malvarlığının tümünü ya da önemli bir kısmını devretmesi, erkek çocuğa öncelik verilen bir durumda erkek çocuğun yaşı ve satın alma gücü, ikinci kez evliliklerde eşin alım gücü gibi emareler dikkate alınacaktır¹⁹⁷.

e. Süre

Ayrıca muvazaaya dayalı iptal davasından farklı olarak tenkis davasında süre öngörülmüş olup TMK m. 571 gereği tenkis davası açma hakkı, mirasçılarının saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşecektir. Dolayısıyla madde de açıkça belli olduğu üzere bu süre hak düşürücü süredir.

Buradaki bir yıllık süre bakım alacaklısının mirasçılarının saklı paylarının zedelendiğini öğrendiği tarihten on yıl ise vasiyetnamelerde açılma tarihinden, diğer tasarruflarda mirasın açıldığı yani bakım alacaklısının öldüğü tarihten itibaren başlayacaktır¹⁹⁸. Bakım alacaklısının mirasçıları dava açma sebebini mirasbırakan yani bakım alacaklısı sağ iken öğrense de onun ölümünden önce bu davayı açamayacaktır¹⁹⁹.

f. Hüküm

Tenkis davası sonucunda verilen karar geçmişe etkili olup saklı paya tecavüz eden kısım mirasın açıldığı andan itibaren geçersiz olacaktır²⁰⁰. Verilen bu karardan sadece davanın tarafları etkilenmektedir²⁰¹.

¹⁹⁷ Şahin, s. 168.

¹⁹⁸ Şahin, s. 164.

¹⁹⁹ Şahin, s. 164-165.

²⁰⁰ Dural/Öz, s. 276.

²⁰¹ Şahin, s. 171.

Tenkis davası sonucunda iade yükümü altına giren davalı TMK m.566/1 gereği iyiniyetli ise, sadece mirasın geçmesi anında kazandırmadan elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür; iyiniyetli değilse, iyiniyetli olmayan zilyedin geri verme borcuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır.

Tenkis davası sonucunda verilen karar yenilik doğuran bir karardır²⁰². Ayrıca tartışmalı olmakla beraber Yargıtay'a göre ve bazı yazarlara göre tenkis davasındaki talep eda talebini de kapsamakta olup davaya konu tasarrufta yer alan taşınır ya da taşınmazın iadesine dönük tenkisle birlikte ya da ayrıca bir eda davası açılmasına gerek yoktur²⁰³.

TMK m.566/2 gereği miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma tenkise tâbi tutulan kişi, bu kazandırma için mirasbırakana verdiği karşılığın tenkis oranında geri verilmesini isteyebilecektir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi de ivazlı olduğu için şartların varlığı halinde bakım borçlusu lehine bu hüküm uygulanabilecektir²⁰⁴.

SONUÇ

Muris muvazaası muvazaa davalarının uygulamada en çok karşılaşılan türlerinden biridir. Bu çalışmamda incelemiş olduğum ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklı muris muvazaasında mirasbırakanın muvazaalı işlem yapmasında çok farklı sebepler olabilmekteyse de genelde görülenler erkek çocuklarının kız çocuklarına göre öncelikli tutulması ve onlara verilecek malın malvarlığından çıkmayacağı düşüncesi, mirasçılardan bazılarına karşı olan kırgınlık ya da bazılarına daha değer verilmesi, birden fazla evliliği varsa eşlerden birine daha fazla malvarlığı sağlamak istemesi, kendisine bakan yakınlarının baskısı gibi nedenlerdir. Kanun koyucu tarafından mirasbırakana bu şekilde bir işlem yapma özgürlüğü tanımadığı için de mirasbırakan asıl iradesini görünürde başka bir işlemin arkasına gizleyerek işlemler yapmaktadır. Muris muvazaası durumu için her ne kadar kanunda özel olarak yapılmış bir düzenleme bulunmasa da Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 tarihli ½ sayılı kararı ile bu durum ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu karar ölünceye kadar bakma sözleşmesinden kaynaklı muris muvazaasında da uygulama alanı bulacaktır. Ancak söz konusu karar tapulu taşınmazlar için uygulama alanı bulmakta olup tapusuz taşınmazlar ve taşınır mallar için durum farklıdır. Bu karar da

²⁰² Şahin, s. 171.

²⁰³ Y.2.HD. T.24.05.1983, E.1983/4525, K.1983/4669 (Aktaran: Şahin, s. 172).

²⁰⁴ Şahin, s. 171.

açıkça mirasçılarını aldatma kastının ispat edilmesi durumunda görünürdeki işlemin tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı için geçersiz olacağı belirtilmiştir. Gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi ise her ne kadar ölünceye kadar bakma sözleşmesi miras sözleşmesi şeklinde yapılmakta olup resmi şekil şartına tabiyse de burada öngörülen resmi şekil taşınmazların bağışlanmasında öngörülen şekil ile aynı olmadığı için şekil şartına aykırılıktan dolayı geçersiz olmaktadır. Bu geçersizliğin yani muris muvazaasının öne sürüleceği dava ise tapu iptal ve tescil davası olacaktır. Bu davayı saklı pay sahibi olsun ya da olmasın hakkı zedelenen tüm mirasçılar açabilecektir. Öte yandan yapılan işlem tapulu taşınmazların değil de tapusuz taşınmazların ya da taşınmazların bağışlanması ise o zaman İBK uygulama alanı bulmayacak olup kanunda bunların bağışlanması için herhangi bir şekil şartı öngörülmediği için gizli işlem geçerli olacaktır. Böyle bir durum da geçerli bir işlemde bahsedileceği için söz konusu durum tenkis davasına konu olabilecek ve saklı paylı mirasçılar bu şekilde haklarını yeniden kazanabilecektir. Ancak uygulamada mirasbırakanın genelde daha değerli olması nedeniyle taşınmaz mallarını muvazaalı işleme konu yapmakta olup bu durum da gizli işlemin geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yapılan muris muvazaasında önemli olan mirasbırakanın aldatma kastının ispatı olup bunun ispatlanması durumunda işlemin geçersizliği sağlanabilecek ve mirasçılarının hakları korunabilecektir. Ancak aldatma kastının ispatı ise zor olup bu konuda daha esnek davranılarak ispat konusunda belli olguların varlığı yeterli görülmelidir.

KAYNAKLAR

Aca, Zeynep: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Asıl İşveren ve Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2011.

Akcan, Gözde: Muris Muvazaası, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Akkan Akol, Teslime: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.

Akkök, Semih Türk Hukukunda Mirasbırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Aksu Kayacan:“Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2019, s. 353-395.

Antalya, O.Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul 2015.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.

Arslantürk, Merve: Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Atamulu, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.

Balaban Evirgen, Manolya: Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Mirasbırakanın Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Cura, Aykut: “Muris Muvazaası”, Bursa Barosu Dergisi, Yıl 41, S.97, Ağustos 2016.

Çavuşoğlu, Erhan: Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyeti Devir Amacı Güden İşlemlerde Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

Durak, Yasemin: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 265-299.

Dural, Mustafa/Öz Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2015.

Dündar, Mustafa: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

Erdem, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler, Adana 1990.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.

Erkalan Coşkunsu, Sümeyye: Ticari İşletme Devrinin Muvazaa Sebebiyle İptali, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 158, Ekim 2019, s.1938-1945.

Eviz, Esra: Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

Günay Meryem: Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Güray Erdönmez: Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları, Bankacılar Dergisi, S. 59, 2006, s. 84-105.

İncedal Denizhan, Sıddıka: Miras Hukukunda Muvazaalı İşlemler ve Tabi Olduğu Hükümler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

İnci, Onur: Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Kaya, Seyit: Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ekim 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2014.

Korkmaz, Tekin: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

Kuybu Gebel, Zeynep: Yargıtay Kararları Işığında Mirasbırakan Muvazaasının İspatı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2019.

Nihat Yavuz: Doğrudan Doğruya Temsil/Nam-ı Müstear/Dolayısıyla Temsil/İnançlı İşlem/Tarafta Muvazaa/Nam-ı Müstear ile Muvazaa İlişkisi/İspat Rejimi (ve) Kanuna Karşı Hile Kavramları ile Bunlara İlişkin Yargıtay Uygulaması, (Yargıtay Uygulaması), Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1-2, 2001, s. 63-100.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 13. Baskı, Ağustos 2013, İstanbul.

Oğuz, Arzu: Muvazaa Kuramı-nın Iustinianus'tan Günümüz Modern Kanunlaştırma Hareketlerine Kadar Gelişim Çizgisi, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s.453-481.

Oğuzman, M.Kemal/Öz, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11.Baskı, İstanbul 2013.

Reisoğlu, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.

Sevgi, Emre: Mirasbırakanın Muvazaalı İşlemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

Sönmez, Ayfer: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009.

Sun, Nuran: Muris Muvazaası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019.

Şahin, Turan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara 2019.

Uyar Hatipoğlu, Zeynep: Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Mirasbırakanın Asıl İradesinin Tayini, DÜHFD, C. 22, S.36, 2017, s.109-135.

Velioğlu Ardıç, Pınar: Mirasbırakanın Sağlararası Muvazaalı İşlemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2011.

Yavuz, Cansu: Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.