

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XX SAYI: 3 – 4 ARALIK 2016

KAMU HUKUKU ♦KILIÇOĞLU, 1982 Anayasası'nın Bir İmkânsız: "Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar" İlkesi ♦GİŞİ, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzów Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk ♦URAL, Hukuki Pozitivizmin Ayrılabilirlik Tezine Genel Bir Bakış.

ÖZEL HUKUK ♦BAYGIN/ÇAKIR, Sağ Kalan Eş Açısından Mirasta Denkleştirme ♦AĞCA, Uluslararası Finansal Kiralamaya Dair UNIDROIT Konvansiyonu Kapsamında Uluslararası Finansal Kiralama Sözleşmesi ♦BULUT, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu.

ERZİNCAN – 2016

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XX SAYI: 3-4 YIL: 2016

**ARALIK – 2016
ERZİNCAN**

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAIL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

<p>Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Fakülteyi bağlamaz.</p>
--

Basım Yeri: Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Mart - 2018

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
 Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
 Prof. Dr. Ayhan DÖNER
 Prof. Dr. Şafak NARBAY
 Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 (e-mail: cembaygin@yahoo.de)
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof.Dr. Şafak NARBAY, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Fatih AYDEMİR, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Arş.Gör. Dr. Ayşenur ŞAHİN CANER, Yrd.Doç.Dr. Tuğba ÇİFTÇİ, Yrd.Doç.Dr. Mehmet Akif ETGÜ, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Şengül AL KILIÇ, Yrd.Doç.Dr. İsmail KÖKÜSARI, Yrd. Doç.Dr. Ahmet NAR, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Mehmet SAYDAM, Yrd.Doç. Dr. Melih SÖNMEZ, Yrd.Doç.Dr. Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör.Dr. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör.Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör.Dr. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör.Dr. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Feyza EROL, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Muhammet KOCAKGÖL, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÖKSÜZ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU

1982 Anayasası'nın Bir İmkânsızlığı: "Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar" İlkesi 1-14

Dr. Selçuk GİŞİ

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzów Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk..... 15-43

Arş. Gör. Tuba Dilsat URAL

Hukuki Pozitivizmin Ayrılabilirlik Tezine Genel Bir Bakış..... 45-61

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Cem BAYGIN/Arş. Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR

Sağ Kalan Eş Açısından Mirasta Denkleştirme 65-89

Arş. Gör. Elif AĞCA

Uluslararası Finansal Kiralamaya Dair UNIDROIT Konvansiyonu Kapsamında Uluslararası Finansal Kiralama Sözleşmesi91-123

Arş. Gör. Meltem BULUT

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu 125-148

CONTENTS

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU

An Imposible of the 1982 Turkish Constitution: “Fair Representation and Stability in Government” Principle 1–14

Dr. Selçuk GİŞİ

The Chorzów Factory Decision of The Permanent Court of International Justice and International Responsibility 15–43

Research Asst. Tuba Dilşat URAL

A General Overview upon the Seperability Thesis of Legal Positivism..... 45–61

PRIVATE LAW

Prof. Dr. Cem BAYGIN/ Research Asst. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR

The Hotchpot in Inheritance in terms of Surviving Spouse 65–89

Research Asst. Elif AĞCA

International Financial Leasing Agreement under the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing 91–123

Research Asst. Meltem BULUT

The Legal Status of the Acquired Property Subjected to Common Ownership of the Spouses125–148

Kamu Hukuku

1982 ANAYASASI'NIN BİR İMKÂNSIZI: “TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTİKRAR” İLKESİ

*Yrd. Doç. Dr. M. Sinan KILIÇOĞLU**

Özet

1982 Anayasası'nın m.67/5. bendinde, “*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.*” şeklinde düzenlemeye yer verilmek suretiyle ülkemizin 1982 Anayasa'sından önce yaşadığı istikrarsız hükümetler dönemine son vermeye çalışılmıştır. Bu düzenleme ile hem “temsilde adaletin” hem de “yönetimde istikrarın” birlikte ihtiyaç olduğu benimsenmiş ve bu amaca seçim kanunları ile ulaşılabilmesine inanılmıştır. Bu yüzden bu iki amacın Seçim Kanunu'nda birlikte gerçekleştirilmesi yolu seçilmiştir. Makalemizde bu iki zıt ilkenin birlikte gerçekleşmesinin ne kadar imkânsız olduğu kaleme alınmaya çalışılmıştır. Konu, bununla bırakılmayıp bunun uygulamada doğurduğu sorunlar ve bu konuda ileri sürülen çözümlere ilişkin değerlendirmeler de ele alınmıştır. Sonuçta bu sorunların çözümünün, “rasyonelleştirilmiş parlamentarizm” yöntemleri ile giderilebileceği kanaatine varılmıştır.

Anahtar Sözcükler

Temsil, temsilde adalet, yönetimde istikrar, parlamento, rasyonelleştirilmiş parlamentarizm.

Abstract

This study starts by an overview discussing the definition, purpose, significance and legal basis of the principle of "fair representation and stability in government". In this section, the importance of "fair representation" from the aspect of democracy and the significance of

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

"stability in government" with regard to execution have been mentioned and both have been emphasized. After giving general information, handling of these principles in election law and in the high court decisions have been examined and thus the relationship between theory and practice have been tried to be established. Of course, it has also been tried to address the problems caused by aforementioned principles. It is certain that implementing combination of these two principles will be in favor of the principle of "stability in government" and to detriment of "fair representation". It has been stated that this would merely undermine the principle of "fair representation" and therefore wreck democracy.

There is not only the identification of the issue but are also some suggestions towards the solution in this article. Namely; it has been mentioned that it is based on the fundamental idea ensuring fair representation by means of elections and providing stability in government by giving up to parliamentary maturity, not instrumentalizing the elections for it, and this is the only way which makes a point. In order to carry this into effect, the parliament should be forced in constitutional level. In this context, it has been put forward that the measures should be enacted that they force parliament to establish a government and to compromise within itself.

Key Words

Representation, fair representation, stability in government, parliament.

GİRİŞ

“Temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkesi, 1982 Anayasası’nın 65. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen **“Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.”** hükmüyle karşılanmaya çalışılmıştır. Anayasamızda yer alan bu yaklaşımın tarihi seyrine baktığımızda; konunun teorik temelleri ülkemizde 1960’lara kadar girmektedir. 1961 Anayasası’nın hazırlık aşamasında “Ankara Ön Tasarısı” olarak bilinen, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün 1960 yılında hazırladığı “Gereçli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkında Görüş”te: yapılacak seçim sisteminin istikrar ve adaleti uzlaştıracak bir

sistem olması gerektiği fikri ortaya atılmıştır¹. Bu düşüncenin yasalaşması da ilk olarak Temsilciler Meclisi tarafından hazırlanan 25.05.1961 tarih ve 306 sayılı “Milletvekili Seçimi Kanunu” ile olmuştur. Söz konusu Kanun’un 32. maddesinin her ne kadar ilk müzakeresinde yer almasa da ikinci müzakeresinde verilen önerge² ile bu anlayışa yer verilip, ilk defa seçim barajı kabul edilmiş ve “Barajlı D’hont Sistemi” hayata geçirilmiştir. Bu sistemi dünyada uygulayan ilk ve tek ülke de Türkiye olmuştur³. 306 sayılı Seçim Kanun’un müzakeresi esnasında Komisyon sözcüsünün ileri sürdüğü gerekçe, söz konusu ilavenin iki temel prensibe dayandığı yolundadır: “*Bunlardan birincisi, temsili nispi basamağını teşkil ve adaletli sistemi temin etmek, diğeri ise, istikrarı sağlayacak bir çoğunluk sağlama imkânını vermektir*⁴.” Bu gerekçeden de anladığımız gibi getirilen “Barajlı D’hont Sistemi”nin dayanağı “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” prensibidir. Böylece bu prensip artık teoride kalmayıp yasalaşmıştır. Ancak bu henüz anayasal düzeyde olmayıp, yasal düzeydedir. Bu yasal düzeydeki düzenlemeler bazı dönemlerde kaldırılmış, bazı dönemlerde tekrar konulmuş ve nihayet anayasal düzeyde ilk olarak 23.7.1995 tarih 4121 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasamızda yer almıştır.

Bu şekilde tarihi seyir izleyen “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” prensipleri ayrı ayrı düşünüldüğünde isabetli oldukları kadar birlikte gerçekleştirilmeleri de bir o kadar imkânsızdır. Dolayısıyla burada yönetimde istikrarı sağlamak için “temsilde adalet” ilkesi “yönetimde istikrar” ilkesine feda edilmiştir. Bu imkânsızı gerçekleştirmeye çalışan Anayasamızın bu düzenlemesini ayrıntılı değerlendirmek gerekmektedir. Bu nedenle önce ayrı ayrı bu ilkelerin amacının ne olduğu, bu ilkelerin gerek demokratik düzen açısından gerekse yürütme açısından değerlendirilmesi ve bu ilkelerin hukuki dayanağının tespiti gereklidir.

1 Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi hakkında Görüşü, A.Ü.S.B.F. Yayını, Ankara, 1960, s.89.

2 T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.5, s.377.

3 Coşkun KIRCA, **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 01.03.1968 tarih, C.27, s.182.

4 T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C.5, s.386,387.

I- TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTIKRAR İLKELERİNİN TANIMI, AMACI, HUKUKİ DAYANAĞI VE ÖNEMİ

A- Tanımı ve Amacı

Burada “temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerinin tanımı derken bu ilkeleri oluşturan kelimelerin anlamları üzerinde ayrı ayrı durmayıp bunlarla kastedilen şeyin ne olduğunu ele almaya çalışacağız.

“Temsilde adalet” ilkesinin tanımına ilişkin olarak, “memleketimizdeki çeşitli grupların kuvvetleri nispetinde adil olarak temsilinin sağlanması⁵”, “seçmenlerin eğilimlerinin parlamentoya mümkünse tam değilse de az çok orantılı olarak yansıtılması⁶”, “partiler arasındaki oy dağılımının Parlamentodaki sandalye dağılımına denk olması⁷”, ayrıca Anayasa Mahkememizin de 18.11.1995 tarih ve E.1995/54 - K.1995/59 sayılı kararında: “... *oyla orantılı temsilci sayısı*...” şeklinde ki ifadesi ile⁸ bir birini teyit eden, farklı tanımlamalar bulunmaktadır. Görüldüğü gibi bu tanımlardan şu sonuç çıkmaktadır: “Temsilde adalet”, toplumdaki görüşlerin olabildiğince aynı oranda parlamentoya yansıtılmasıdır.

“Yönetimde istikrar” ilkesi ise, içerdiği “istikrar” kelimesi ile “düzen” ve “süreklilik” ifade eder. Yani yönetimin aynı karar ve biçimde sürdürülmesi şeklinde anlaşılır. Bu ilkeleri ülkemizde ilk ortaya koyan, Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü ise “Parlamentolarda devamlı bir politikanın yürütülmesini mümkün kılacak çoğunlukların teşekkülüne imkân sağlamak” şeklinde ele alınması gerektiğini ifade etmiştir⁹. Bu ortaya konan tanımlara baktığımızda, parlamentoda kurulacak hükümetlerin devamlı bir politikanın yürütülebilmesine imkân sağlayacak nitelikte olması gerektiği vurgulanmıştır.

5 Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkında Görüşü, s.88.

6 Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Bursa, 2011, CI, s.736.

7 Seyfeddin GÜRSEL, “**Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasanın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi**”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1999, C.16, s.48.

8 Resmi Gazete, 21.11.1995, Sayı:22470.

9 Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi hakkında Görüşü, s.88.

Tanımlarını bu şekilde ortaya koymaya çalıştığımız ilkelere baktığımızda, bunların her birinin ayrı ayrı amaçları olsa da burada hedef, bu amaçları uzlaştırarak “yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyların yasama organına yansıtılmasıdır.” Böylece hem hükümetin kısa sürede ve kolayca kurulması hem de kurulan hükümetin mümkün olduğunca uzun ömürlü olması sağlanmış olacaktır. İşte bu, güçlü bir yürütmedir. Bu güçlü yürütmenin tesisi için de parlamentoda çok çeşitli siyasi eğilimlerin temsiline fırsat verilse de iktidarın olabildiğince tek bir siyasi eğilime ait olmasını temin etmek gerekmektedir. Bu amaca ulaşmak için ilerleyen başlıklarda açıklayacağımız gibi “yönetimde istikrar” ilkesinden değil “temsilde adalet” ilkesinden taviz verilmektedir. Bu taviz, verildiği takdirde artık adaletten bahsedilemez. Çünkü adalet hiç bir zaman taviz kabul etmeyen bir kavramdır. Böylece “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkesinin, kanaatimizce asıl amacı temsilde adaletten taviz vererek yönetimde istikrarı sağlamaktır. Peki bu ilke hukuki gücünü nereden almaktadır?

B- Hukuki Dayanağı

“Temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerinin hukuki dayanağını, 23.7.1995 tarihinden itibaren Anayasamızdan almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu ile Anayasamızın 67. maddesine “*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.*” şeklinde yeni bir fıkra ilave edilmiştir. Böylece artık bu ilke, dayanağını Anayasamızın m.67/5. fıkrasından almaya başlamıştır. Bunun dışında mevzuatımızda herhangi bir yerde bu ilkelere rastlanılmamaktadır.

Bu ilkelere dayanarak hem “Milletvekili Seçimi Kanunu”nun 33. maddesi hem de 2972 sayılı “Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Kanunu”nun 2. maddesinde “seçim barajı” kabul edilerek bu ilkeye uygulanabilirlik kazandırılmıştır.

Anayasada yer alan bu dayanak “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı”nı düzenleyen 67. maddede bulunmaktadır. “İstikrarlı yönetim” ihtiyacının bu madde de ele alınması otomatik olarak yönetimde istikrarın seçimler yolu ile sağlanması sonucunu doğurur. Bu da seçimlere müdahaleyi gerektirir. İşte, bugün sorun olan seçim barajları da bunun doğal sonucudur. Bu nedenle “istikrarlı yönetim” arayışına ilişkin dayanağın Anayasa'nın 67. maddesinde bulunması yanlıştır.

Anayasada dayanağını bulan bu ilke çok genel ve her hangi bir sınırlama içermediğinden ilkenin uygulanması sorunlara neden olmuştur. Çünkü burada yer alan ilkenin uygulaması, kanunlara yani parlamentoya, iktidara bırakılmakta ve bu konuda parlamentoya her hangi bir sınır da getirilmemektedir. Oysa “seçme hakkı”, hatta “seçilme hakkı” gibi önemli siyasi hakların bir anlamda parlamentonun inisiyatifine bırakılması demokratik devlet açısından düşündürücüdür. Çünkü kanaatimizce diğer haklar her ne kadar kanunla sınırlandırılabilse de seçme ve seçilme hakkı sadece Anayasayla sınırlandırılabilmelidir. Bu ilkenin bu şekilde geniş takdir yetkisine fırsat verir şekilde düzenlenmesi, bu fıkradan öncelikle siyasi yararı olan iktidarın bu ilkeleri geniş yorumlayarak bir seçim istismarına yol açmasına neden olmuştur. Öncelikle bu ilkeyi hayata geçirebilmek için tek yolun baraj sistemi olduğu kabul edilmiş, sonra da hem “Milletvekili Seçimi Kanunu’na” hem de hiç gerekmediği halde 2972 sayılı “Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Kanunu”na bu baraj ilave edilmiştir. Böylece parlamentoda çoğunluğu elde bulunduran iktidara rakiplerini seçimde eleme fırsatı verilmiştir.

C- “Temsilde Adalet” ve “Yönetimde İstikrar” İlkelerinin Önemi

“Temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerinin her ikisi de çok önemli ilkelerdir. Ancak bunların önemi, aynı açıdan değil, farklı açılardandır. Bunlardan, “temsilde adalet” demokrasi açısından; “yönetimde istikrar” ise yürütme açısından çok büyük öneme sahiptir. Bu nedenle biz de bu ilkelerin önemini ayrı ayrı ele almaya çalışacağız.

1- “Temsilde Adalet” İlkesinin Önemi

Temsil deyince demokrasi, demokrasi deyince, klasik anlamı ile “halkın yönetimi” akla gelir¹⁰. Halkın yönetiminin en ideal şekli, doğrudan demokrasidir. Ancak büyüyen toplumlarda doğrudan demokrasi imkânsız olduğu için yegâne çözüm temsili demokrasi olmuştur¹¹. Zaten “temsilde adalet” ilkesinde ifade edilen “temsili” kelimesi de doğal olarak temsili demokrasiye işaret etmektedir. Temsili demokrasinin en önemli müessesesi parlamento yani yasama organıdır.

¹⁰ GÖZLER, C.I, s.634.

¹¹ Yavuz ATAR, **Türk Anayasa Hukuku**, 5.Baskı, s.64; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa, 2013, s.333.

Yukarıda da belirtildiği gibi temsili demokraside hedef, oluşturulan parlamento ile toplumun bir minyatürünü ortaya koymaktır. Bu nedenle de partilerin aldığı oy ile milletvekili sayısı arasında bir orantının bulunmasıdır¹². Bunun için de seçim sistemlerinin bu noktayı dikkate alması gerekmektedir. Aldığı oya oranla daha fazla temsilci çıkarılmasını sağlayan seçim sistemlerinin, Anayasanın istediği “temsilde adalet” ilkesine ters düşeceği, Anayasa Mahkemesinin 18.11.1995 tarih E.1995/54, K.1995/59 sayılı kararında da ele alınmıştır¹³. Görüldüğü gibi bu ilkeden maksat, bire bir olmasa da azami ölçüde toplumsal kanaatlerin aynı oranda mecliste temsilini sağlamaktır. Ancak burada bir noktanın altını çizmek gerekmektedir: Burada “alınan oyla orantılı temsil” yaklaşımı, sadece barajı aşan partiler açısından değil, seçime katılan tüm partiler açısından değerlendirilmelidir. Aksi halde, barajı aşmayan partilere verilen oylar dikkate alınmamış olur. Bu da “demokratik devlet” anlayışla bağdaşmaz. Bu yanlışlığa düşülmeden “orantılı temsil” amacına yaklaşıldıkça demokratik devletten bahsedilebilir. Seçimden beklenen, yukarıda da belirttiğimiz gibi halkın iradesini olabildiğince aynıyla parlamentoya yansıtmasıdır. Bu durumda ideal anlamda demokratik devlet anlayışından bahsedilebilir. Böylece ideal demokrasiyi ifade eden “normatif demokrasi teorisi”nin belirttiği, “halkın bütününün arzularının dikkate alınması¹⁴” fikrine de yaklaşılmış olur.

“Temsilde adalet” ilkesine dayanmayan seçimlerin, doğuracağı bir başka sorun da seçmen iradesinin etkilenmesidir. Seçmenin, oyunun boşa gideceği endişesinden hareketle farklı doğrultuda oy vermesi, gerçek iradesinin sandığa, dolayısıyla parlamentoya yansımalarını da engellemiş olacaktır.

Ayrıca “temsilde adalet”, demokratik toplum yapısı açısından da önemlidir. Çünkü demokratik toplumdan bahsedebilmek için aranan

12 Nihat BULUT, “Temsilde Adalet – Yönetimde İstikrar İklemi Bağlamında 12 Haziran 2011 Seçimleri”, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4 (2010), s.3.

13 Necmi YÜZBAŞIOĞLU, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri Ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İ.Ü.H.F. Dergisi, 1995-1996, C.55, s.137.

14 GÖZLER, C.I, s.634.

şartlardan birisi de muhalefetin varlığıdır¹⁵. Muhalefetin varlığı için birden çok partinin bulunması gerekmektedir. Çok partili siyasal hayat mevcut olmalıdır¹⁶. Anayasamızın 68/2. maddesi de “*Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.*” demek suretiyle çok partililiğe işaret edilmiştir. Çok partililik sayesinde tüm muhalefet, parlamentoda yerini alabilecek parlamentonun demokratik imkânlarını kullanabilecektir. Aksi halde muhalefetin parlamento dışında oluşması söz konusu olacaktır ki bu, muhalefette yeterince demokratik işlevini yerine getiremeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak muhalefet sokağa taşmak zorunda kalacak, çeşitli toplumsal sorunlara neden olacaktır.

2- “Yönetimde İstikrar” İlkesinin Önemi

“Yönetimde istikrar” ilkesine ilişkin olarak Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü, şöyle bir ifade kullanmıştır: “Parlamentolarda devamlı bir politikanın yürütülmesini mümkün kılacak çoğunlukların teşekkülüne imkân sağlamak.” Bu yaklaşım “yönetimde istikrar” ilkesinin yürütme organına doğrudan işaret ettiğini açıkça göstermektedir. Çünkü parlamenter sistemde “genel siyasetin belirlenmesi ve yürütülmesi” görevi yürütmeye aittir. Aksi halde parlamentonun yasama sıfatıyla bir politika yürütmesi söz konusu değildir.

O halde yürütme organının izleyeceği politikanın istikrarı ne anlama gelmelidir? Bu soruya da aynı Enstitü, izlenecek politikanın devamlılığına vurgu yaparak cevap vermiştir. Bu da gerçekten önemlidir. Çünkü yönetimdeki istikrarsızlık beraberinde belirsizlik getirecek, bu da güveni sarsacaktır. Bu durum kendisini hem idari işleyiş (bürokraside), hem ekonomide, hem de iç ve dış güvenlikte hissettirecektir. Bunlardan idari işleyişteki etkisi, bürokraside tedirginliklere, risk almada tereddütlere, hatta hiyerarşik itaatsizliklere yol açarak kendisini gösterecek, yönetimdeki eşgüdümü bozacak ülkedeki yönetimi sekteye uğratacaktır. Yönetimdeki istikrarsızlığın ekonomiye etkisi ise öncelikle yatırımlarda hissedilecek; beraberinde istihdamı etkileyecek hatta tüketimi dahi etkiler hale gelecektir. Bundan ekonomi ciddi zarar görecektir. Çünkü belirsizlik söz konusudur. Yönetimde istikrarsızlığın

¹⁵ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, Ankara, 1993, 4. Bası, s.20; GÖZLER, C.1, s.636.

¹⁶ ATAR, s.68; Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2010, 11. Baskı, s.88.

iç ve dış güvenlik açısından önemine gelince; bilindiği gibi istikrarsızlık, yönetimler için bir zayıflıktır. Yönetimlerin zayıf düşmesi ülkeyi iç ve dış güvenlik açısından tehdit altında bırakılacaktır. Bu durumlar, ülkede otorite boşluğuna ve rejim tehlikelerine de yol açabilecektir. Geçmişte bunun örneklerine ülkemiz şahit olmuştur. Bu bakımdan “yönetimde istikrar” ilkesinin yürütme açısından önemi görmezden gelinemez. Ancak şunu unutmamak gerekir ki bu anlamda yönetimde istikrarı sadece tek parti iktidarlarının sağlayacağı da doğru bir iddia değildir. Çünkü bu iktidarların da zamanla istikrarlı olsa da kötüye kullanılabilmesi, diktatörlüğü çağrıştıracak uygulamalara başvuracağı, böylece toplumsal huzursuzluklara neden olacağı açıktır. Bu durumda böyle iktidarların “yönetim istikrarsızlığı”na neden olmasa da “siyasi istikrarsızlığa” neden olabileceği unutulmamalıdır.

Kanaatimiz:

Görüldüğü gibi hem “temsilde adalet” hem de “yönetimde istikrar” ilkelerinin önemi görmezden gelinemez. Yani her ikisi de aynı derecede önemlidir. Ancak sayısal anlamda istikrarlı yönetimler ya antidemokratik ya da demokratik yollarla oluşturulur. Antidemokratik yollarla oluşturulan istikrarlı yönetimler konumuzun dışında kaldığı için burada demokratik yolla oluşturulan istikrarlı yönetimlere değinmemiz gerekmektedir. Bu yolla oluşturulan yönetimlerde istikrar ya gerçektir veya sanaldır. Yani bu istikrarın baraj gibi bazı seçim oyunları ile sadece parlamentoda bir şekilde karşılığı var ise bu, sanal istikrardır. Çünkü burada seçmen iradesi yönlendirilmiştir. Burada “hükümet istikrarı”ndan bahsedilebilir fakat “siyasi istikrar”dan bahsedilemez. Buna karşılık söz konusu istikrarın hem parlamentoda ve hem de onun kaynağı olan millette karşılığı var ise işte gerçek istikrar budur. Çünkü desteğini halkın yönlendirilmemiş gerçek iradesinden almaktadır. Aksi halde toplumda karşılığı olmayan istikrar zamanla toplumsal tepkilere, parlamento dışında muhalefet oluşmasına, bu da istikrarsızlığa neden olur. İşte bu sebeple ne “temsilde adalet” ne de “yönetimde istikrar” ödün verilecek iki önemli ilkedir. O halde bu iki ilkeyi de aynı derecede önemseyerek hayata geçirecek olan seçim kanunlarımızdır. Bu nedenle öncelikle seçim kanunlarımızda bu ilkelerin ele alınışını incelemek gerekmektedir.

II- SEÇİM KANUNLARINDA TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTIKRAR İLKELERİNİN BAĞDAŞTIRILMASI SORUNU

Ülkemizde seçim kanunlarımıza baktığımızda üç çeşit seçimi düzenledikleri görülmektedir. Bunlar: Cumhurbaşkanlığı seçimleri, milletvekili seçimleri ve mahalli idare seçimleridir. Bu seçimlerden Cumhurbaşkanlığı seçimlerini 6271 sayılı “Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu”, milletvekili seçimlerini 2839 sayılı “Milletvekili Seçimi Kanunu”, mahalli idare seçimlerini ise 2972 sayılı “Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyeti Seçimi Hakkında Kanun” düzenlemektedir.

Cumhurbaşkanlığı seçiminde, hem istikrarlı yönetim beklentisi olmadığı ve hem de çoğunluk sistemi uygulandığı için “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Milletvekilliği seçimlerine baktığımızda, aşağıda açıklanacağı gibi hem adaletli temsile, hem de istikrarlı yönetim ihtiyacı karşılanacağından “Barajlı D’hont Sisteminin” uygulandığını görmekteyiz. Mahalli idare seçimlerinde ise muhtar ve belediye başkanlığı için çoğunluk sistemi, il genel meclisi, belediye meclisi için Barajlı D’hont Sistemi uygulanmaktadır. Bu düzenlemelere bakıldığında seçimin amacı, yönetici seçimi ise - cumhurbaşkanlığı, belediye başkanlığı, muhtarlık seçiminde olduğu gibi- burada doğrudan çoğunluk sistemi uygulanıp, istikrar esas alınmıştır. Buna karşılık istikrarlı yönetimlere fırsat vermek için milletvekili, il genel meclisi ve belediye meclisi seçimlerinde Barajlı D’hont Sistemi kabul edilmiştir. Böylece meclislerde parçalı yapılara fırsat verilmeyerek istikrar sağlanmaya çalışılmıştır. Fakat Anayasa’da yer alan “temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesi”nin asıl muhatabı milletvekili seçimleridir. Milletvekili Seçim Kanunu bir yandan parlamentoyu oluştururken diğer yandan da yürütmenin oluşumuna yardımcı olmaktadır. İşte bu sebeple söz konusu ilke açısından önemi daha fazladır. Bu Seçim Kanunu’nda “temsilde adaleti” gerçekleştirebilmek için “nispi temsil seçim sistemi”ni, “yönetimde istikrar”ı gerçekleştirmek için de “seçim barajı” usulü benimsenmiştir. Sonuçta Barajlı D’hont Sistemi ortaya çıkmıştır.

Bu sistemin ortaya çıkmasının nedeni de bugüne kadarki uygulamalarda parlamentonun hükümeti kurma görevini yeterli olgunlukta ifa edememesi ve farklı siyasi düşüncelerin hükümet kurma konusunda uzlaşmamasıdır. Bu durum ister istemez parlamentoda hükümet kurulumunu kolaylaştırmak ve daha az sayıda partinin

parlamentoya girmesini sağlamak için seçimlere müdahale ihtiyacını doğurmuştur. Böylece “yönetimde istikrar” gerekçesi ile milletvekili seçimlerine, yukarıda da belirttiğimiz gibi “Milletvekili Seçimi Kanunu”nun 33. maddesi ile milletvekili genel seçimlerinde %10 ülke barajı, ara seçimlerde ise ara seçim yapılan yerlerin toplamında %10 yerel baraj getirilmiştir. Yani D’hont Sistemi ile “temsilde adalet” sağlanmaya çalışılırken, baraj sistemi ile de “yönetimde istikrar” sağlanmaya çalışılmıştır. Bu baraj önceleri hem ülke hem de bölge barajı şeklinde iki tane iken daha sonra sadece ülke barajına indirgenmiştir. Dolayısıyla barajların sadece ülke barajına indirilmesi, oranlarının aşağı çekilmesi “temsilde adalet” ilkesine verilen zararı ortadan kaldırmamıştır. Buna bir de parlamento çoğunluğunu elinde tutan iktidarların bu oranlarla kendi çıkarları doğrultusunda oynadığını ilave ettiğimizde meselenin vehâmeti daha net ortaya çıkmıştır. Görüldüğü gibi bu iki ilkenin birlikte Milletvekili Seçimi Kanunumuzda birleşmesi imkânsızdır. Buna rağmen bu “imkânsızlık” seçim kanunumuzda yerini almıştır.

Bu barajla yapılmak istenen, parlamentoya daha az sayıda partinin hatta mümkünse iki partinin girmesini sağlayabilmektir. Bu konu Anayasa Mahkemesi’nin 01.03.1984 tarih ve E.1984/1, K.1984/2 sayılı kararında da ifade edilmiştir¹⁷. Böylece parlamentoya girebilen partilerin aldıkları oya oranla daha fazla milletvekili çıkarabilme şansları doğacak, hatta bu partilerden birisinin tek başına iktidar olabilmesi bile sağlanabilecektir. Aslında istenen ve beklenen de budur. Çünkü Anayasa gereği sağlanmak istenen istikrar ancak böyle mümkündür. Aksi halde barajı aşan partilerden birisinin tek başına iktidara gelememesi durumunda barajı aşan partiler arasında bir koalisyon söz konusu olacaktır ki Anayasanın istediği bu değildir. Çünkü koalisyon hükümetlerinin dağılma ihtimali daha yüksektir. Bu da bir yönetim istikrarsızlığıdır. Ancak seçim barajlarının da bu konuda yeterli tedbir olduğu söylenemez. Bunun en iyi örneği 07 Haziran 2015 seçimleri ve sonuçlarıdır. Yani seçim barajına ve bu barajın sonucu parlamentoya az parti girmesine rağmen yine seçimden koalisyon hükümeti çıkmıştır. Bu da “yönetimde istikrar” a giden yolun bu olamayacağını göstermektedir.

Bir yandan baraj sistemi, koalisyon hükümetlerini önleyemezken, diğer yandan da parlamentoya giremeyen partilerin oylarını hükümsüz

17 YÜZBAŞIOĞLU, s.126.

hale getirmektedir. Böylece yukarıda da belirttiğimiz gibi söz konusu partiler parlamento dışında kaldıkları için muhalefet partilerinin parlamentoda sahip olduğu muhalefet araçlarını (gensoru, güvenoyu, v.s) kullanamayacak, adeta bir derneğe dönüşecek, bundan da demokratik toplum yapısında çok büyük önem arz eden muhalefetin rolü ciddi zararlar görecektir. Bu siyasi istikrarsızlığa da neden olacaktır. Yani hükümet mecliste çoğunluğu sağladığı halde seçmen sayısı itibariyle çoğunlukta olmadığından bu durumda “hükümet istikrarı” olduğu halde “siyasi istikrarın” varlığından söz edilemeyecektir. Bu bir sanal istikrardır. Hatta bu siyasi istikrar, iktidar gücü ile temine kalkıldığında daha büyük sorunlara da neden olacaktır.

Bu durum parti faaliyetlerini bu şekilde etkilerken, yine yukarıda da belirttiğimiz gibi söz konusu partilerin seçmenlerinin iradelerine de dolaylı olarak müdahale ederek seçmenin başka partilere istemeyerek oy vermesi sonucunu doğuracaktır ki bu da “serbest oy” ilkesine zarar verecektir. Bu hususa Anayasa Mahkemesi’nin 06.05.1968 tarih, E.1968/15 - K.1968/13 sayılı kararında “... bu durum seçmeni bir nevi baskı altına alıp, tereddüt içine düşürmekte böylece “serbest oy ilkesine” zarar vermektedir.” şeklindeki ifade ile de değinilmiştir¹⁸. Bu da “seçim” ve “demokrasi”nin amacına aykırıdır.

Kanaatimizce milletvekili seçiminin amacı parlamentoyu oluşturmak olmalıdır. Yoksa yürütmeyi belirlemek olmamalıdır. Parlamenter sistem gereği yürütmeyi belirleme yetkisi de millet adına oluşturulan parlamentoya ait olmalıdır. Lijphart’da, parlamenter sistemin ikinci kanadı olan hükümetin seçimle değil yasama organı marifetiyle saptanacağını belirtmiştir¹⁹. Bu sebeple “yönetimde istikrar” ilkesinin muhatabı millet, dolayısıyla bunu sağlamanın yolu da milletvekili seçimleri olmamalıdır. Çünkü istikrarlı yönetimi belirleyecek ve bu yönetimi ayakta tutarak istikrarı sağlayacak olan parlamentodur. Parlamento bu istikrarı, hem hükümeti kurarken hem de hükümet üzerinde ki denetim de dahil olmak üzere yetkilerini kullanırken dikkate almalıdır.

¹⁸ YÜZBAŞIOĞLU, s.117.

¹⁹ Mehmet Merdan HEKİMOĞLU **Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye**, Ankara, 2009, s.133.

SONUÇ

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız gibi “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkelerinin birlikte uygulanması ve her iki açıdan da ideal sonuç elde edilmesi imkânsızdır. Bu ilkelerin birlikte uygulanmaya çalışılmasında kaybeden “adil temsil” müessesesidir. Yani “yönetimde istikrar”ın sağlanması için “temsilde adalet”ten vazgeçmek gerekmektedir. Demek ki istikrarlı yönetim oluşturmak için seçim barajları oluşturarak seçimlere müdahale, yönetimleri sandıkta belirleme yöntemi demokratik açıdan tasvip edilemez. Ancak ülkenin de istikrarlı yönetimlere ihtiyacı olduğu bir gerçektir. O halde çözüm nedir?

Parlenter sistemde hükümet sandıkta kurulmayıp, parlamentoda kurulur. Ülkemizde de parlenter sistem uygulandığına göre sandığa böyle bir görev yüklenmesi doğru değildir. Sandıkta sadece temsilciler belirlenir. Millet adına hükümeti onlar kurarlar. Bu güne kadarki yanlış uygulamalar, istismarlar bu prensibi ortadan kaldırmamalıdır. Yanlış nerede ise o yanlış oradan düzeltilmelidir. Bir yerdeki yanlışın giderilmesi için diğer dengeler alt üst edilmemelidir. Aksi halde bu tür çözümler başka sorunlara yol açar. Burada sorun seçimde ve seçimlerde değil. Seçimler görevini ifa etmekte, temsilcilerin seçimine aracılık etmektedir. **O halde sorun parlamentodaki demokratik olgunluktur.** Parlamento demokratik olgunluk göstererek bir hükümet kuramıyorsa, kurulan hükümetler devamlılık gösteremiyorsa bunun yolu seçmenin iradesini manipüle ederek bir hükümet kurdurmaya çalışmak olmamalıdır. Demokrasi uzlaşma rejimidir. Dolayısıyla burada koalisyonların kurulması da mümkün olabilmelidir. Böylece Anayasada parlamentoyu hükümet kurmaya, uzlaşmaya zorlayacak formüllerin aranması daha doğru olacaktır. Yani çözüm “rasyonelleştirilmiş parlamentarizm” de olmalıdır. Buna 1982 Anayasamız bir örnektir. 1982 Anayasası 12 Eylül 1980 öncesinde yaşanan “istikrarsız hükümetler” sorununu çözmek için 116. madde ile “...kırkbeş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulmadığı veya kurulduğu halde güvenoyu alamadığı takdirde Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir.” şeklinde bir çözüm getirmiştir. Ancak bu çözüm, parlamento üyelerini hükümet kurma yönünde yeterince tazyik edici olamamıştır. O halde parlamentoda hükümet oluşturma gibi asli görevini çeşitli mülahazalarla ihmal eden milletvekillerini bu asli görevlerini yapmaya zorlamak, aksi halde eylemlerine bir de yaptırım uygulamak en doğru çözüm olacaktır. Bu durumda olması gereken, içerisinden bir hükümet çıkarma uzlaşısını

gösteremeyen parlamento üyelerinin müteakip dönemde tekrar aday olamayacaklarını anayasal seviyede düzenlemektir. Böylece parlamento üyelerinin daha uzlaşmacı davranmak, parti liderlerinin baskısına direnmek gibi demokratik tavır sergilemelerine destek verilecektir. Bu şekilde hükümet kurulumunu kolaylaştıran maddelerin yanında, kurulmuş olan hükümetlerin de devamlılığını sağlamak için sonuçta hem istikrarlı yönetimlerin oluşmasına hem de milletvekillerinin özgürce iradelerini ortaya koyabilmelerine imkân sağlanmış olacaktır.

ULUSLARARASI SÜREKLİ ADALET DİVANİ'NİN CHORZÓW FABRİKASI KARARI VE ULUSLARARASI SORUMLULUK

*Dr. Selçuk GİŞİ**

ÖZET

Devletlerin sorumluluğu, uluslararası yükümlülüklerin bir devlet tarafından ihlali durumunda ortaya çıkar. İhlal edilen yükümlülüğü uygun şekilde gidermek bir devletler hukuku prensibidir. Yapılan bu çalışma ile Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın 13 Eylül 1928 tarihli Chorzów Fabrikası kararında, devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluğu, temel ilkeler çerçevesinde incelenmiştir. Almanya ile Polonya arasındaki uyuşmazlığa ilişkin Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın söz konusu kararında, üzerinde durulan hususlar üç konu etrafında ele alınmıştır. Sırasıyla uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğu, bir taahhüdün yerine getirilmemesinin onarma yükümlülüğü doğurması ile devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı onarım yükümlülüğü ve çeşitleridir. Özü itibariyle kararda, bir taahhüde ve uluslararası hukuka aykırı bir eylemden dolayı devletin sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğü konusu, uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde davacı ile davalının iddia ve savunmaları doğrultusunda olaylar değerlendirilmiş ve uluslararası yükümlülüklerin ihlalinin uluslararası hukukta sorumluluğa neden olduğu incelenmiştir.

THE CHORZÓW FACTORY DECISION OF THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE AND INTERNATIONAL RESPONSIBILITY

ABSTRACT

States' responsibilities arise when a state violates international obligations. It is a principle of international law to remedy the breach of

* Başbakanlık Uzmanı.

obligation appropriately. In this study, the responsibilities of states for their acts against international law is analyzed in the framework of fundamental principles in Permanent Court of International Justice's judgement on Factory at Chorzów case dated 13th of September 1928. In the judgement of the Permanent Court of International Justice on the dispute between Germany and Poland, the points of interest are evaluated around three issues. These issues are, respectively, the responsibility of the state for its acts against the international law, liability to remedy in the failure of fulfilling a commitment, and states' obligations to remedy their acts against international law and types of these obligations. In the judgement, briefly, the issue of the state's responsibility for its act against international law or its responsibility for a commitment and its obligation to indemnify those types of actions, the fact of the case was evaluated in accordance with plaintiff's claims and defendant's defenses in the context of general principles of international law and the violation of the international obligations' causing the responsibility in international law was analyzed.

I. GİRİŞ

Devletler arasındaki çekişmeli davalara bakmak ve tavsiye görüşü vermek üzere oluşturulan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, özellikle 1922 ila 1940 yılları arasında, devletler arası problemlerle ilgili uluslararası hukuka ilişkin önemli kararlar vermiş ve görüşler bildirmiştir. Verdiği kararlarla Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, belirtilen yıllar arasında devletler arası uyuşmazlıkların çözümünde en önemli rolü üstlenmiş ve uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmuştur.

Bilindiği üzere devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemi, o devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir. Bu genel bir ilkedir. Uluslararası hukuk uyarınca bir devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi için, bir uluslararası haksız fiil işlenmesi, bu haksız fiilin devlete atfedilebilir nitelikte olması, işlenen bu eylemden zarar doğması ve eylem ile zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekir¹.

¹ Sedat Avcı, **Organlarının Haksız Fiilleri Dolayısıyla Devletin Milletlerarası Mesuliyetinin Şartları**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972, s.63; Elif Uzun, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, Beta, 2007, s. 29-36.

Uluslararası hukuk kurallarının veya taahhütlerin ihlâlinin, ihlâli gerçekleştiren devlet nezdinde onarım yükümlülüğü doğurması, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın 1928 tarihli Chorzów Fabrikası kararında belirtilmiştir. Bu bakımdan karar, uluslararası hukuk ve literatür açısından oldukça önemlidir ve öncü niteliğe sahiptir. Nitekim devletlerin uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin uluslararası alanda gerçekleştirilen kodifikasyon çalışmalarında devletlerin sorumluluğuna ve doğan zararların onarım yöntemlerinin belirlenmesi hakkında, mezkur kararın sonuçları göz önünde bulundurulmaktadır. Kararda uluslararası haksız fiillerden doğan zararların giderilmesinin bir uluslararası hukuk ihlâlinin vazgeçilmez sonucu olduğu ve doğan zararın en uygun yöntem ile giderilmesi gerektiği vurgulanmıştır².

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın esasa ilişkin mezkur nihai kararı incelendiğinde, hüküm ve kararda sırasıyla uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğunun bulunduğu, bir taahhüdün yerine getirilmemesinin onarım yükümlülüğü doğurduğu ve ayrıca devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin onarım yükümlülüğünü gerektirdiği gerekçelerine ve sonucuna yer verilmiştir.

Bu kapsamda çalışma ile, Divanın uluslararası sorumluluk hukukunu konu edinen mezkur kararı, özellikle bir taahhüdün yerine getirilmemesi ve uluslararası hukuka aykırı bir eylemden dolayı devletin sorumluluğu konusu ile doğan zararlara ilişkin onarım yöntemleri, davacı ve davalı devletlerin iddiaları ve savunmaları uluslararası hukukun genel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilecek, kararın önemi vurgulanacak ve uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu konusu incelenecektir.

II. KARARA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'na Başvuru Tarihi: 8 Şubat 1927

B. Karar Tarihi: 26 Temmuz 1927 (Yetki), 13 Eylül 1928 (Esas)³, 25 Mayıs 1929 (özel oturum).

² Ceren Zeynep Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 127, Y: 2016, s. 359.

³ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

C. Davanın Tarafları: Almanya / Polonya

D. Davanın Konusu: Almanya'nın izniyle Yukarı Silezya'da faaliyet gösteren bir Alman şirketinin sahip olduğu bir fabrikaya yeni Polonya Hükümetinin el koyması, bunun 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümlerine aykırılığı ve taahhüdün ihlali ile hukuka aykırı eylemden eylemi gerçekleştiren veya taahhüdü ihlal eden devletin sorumlu olması.

E. Olay⁴

Birinci Dünya Savaşı ardından daha önce Almanya sınırları içerisinde olan Yukarı Silezya, Polonya'ya dahil olur. Bu değişiklikten önce Almanya'nın izniyle Yukarı Silezya'da faaliyet gösteren bir Alman şirketinin (Oberschlesische Stickstoffwerke) sahip olduğu Chorzów'daki bir nitrat fabrikasına ve fabrikanın taşınır mallarına, patent ve lisans gibi haklarına Polonya Hükümeti el koymuştur. Bu arada 1 Temmuz 1922 tarihinde Polonya Huta Krolewska Yerel Mahkemesi Oberschlesische Stickstoffwerke şirketinin fabrikanın sahibi olması durumunun geçersiz olduğuna ve bu durumun iptal edildiğine, ayrıca söz konusu mülkiyetin Versay Anlaşması'nın 256. maddesi⁵ ve Polonya iç hukukuna dayanarak Polonya Hazinesi adına kaydedilmesine karar vermiştir. 3 Temmuz 1922'de Polonya Bakanlık Kararı ile Chorzów Fabrikası konusunda tam yetkilendirilen M. Ignacy Moscicki, Bakanlık kararına uygun olarak fabrikaya sahip olmuş ve fabrikanın yönetimini devralmıştır. Alman Hükümeti bu durumun Polonya Hükümeti tarafından ret edilmediğini davada belirtmiştir.

Ayrıca, Oberschlesische Stickstoffwerke şirketi 15 Kasım 1922'de, Paris'te oluşturulan Alman-Leh karma hakem mahkemesinden önce,

4 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 18-25, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

5 Söz konusu maddede; Alman İmparatorluğu veya Alman Devletlerine ait Almanya bölgesinde bulunan ve müttefik güçlerine devredilen tüm mal ve mülklerin Polonya'nın da içinde olduğu müttefik güçlerine geçeceği ve bunların değeri Tazminat Komisyonunca belirleneceği, belirlenen tutarın bölgeyi elinde tutan devlet tarafından Alman hükümeti adına tazminat olarak verilmek üzere Tazminat Komisyonuna ödenmesi hüküm altına alınmıştır. Bknz. <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust00002-0043.pdf>, s. 161, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

Polonya Hükümetinin fabrikayı eski hale getirmesine yönelik dava açmıştır. Bu dava Haziran 1928'de geri çekilmiştir.

Yine taraflar arasındaki görüşmeler esnasında, 14 Ocak 1927 tarihinde Alman Hükümeti artık aynen eski hale getirmenin mümkün olamayacağı sonucuna varmış ve ilke olarak tazminat ödemesinden oluşan onarımın yapılması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak bu konu hakkında taraflar arasında görüşmeler sonucunda bir uzlaşmaya varılamamıştır.

Almanya, Yukarı Silezya hakkındaki Almanya ve Polonya arasında akdedilen 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne dayanarak, bu el koyma eyleminin hukuka aykırı olduğu ve bu eylem sonucunda onarım yükümünün gerektiği iddiasında bulunmuştur. Divan, dava sonunda, el koymanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiş ve bu nedenle Polonya'yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

F. Tarafların İddiaları ve Cevapları

Alman Hükümeti, Oberschlesische Stickstoffwerke ve Bayerische Stickstoffwerke (Alman) şirketlerinin Chorzów'daki nitrat fabrikasının Polonya Hükümeti tarafından el konulmasının 1922 tarihli Almanya ve Polonya arasında akdedilen Cenevre Sözleşmesi'nin 6. ve devamı maddelerine⁶ aykırılık oluşturduğu ve ortaya çıkan zararın giderilmesine ilişkin olarak 8 Şubat 1927 tarihinde Divan'a başvurmuştur.

Alman Hükümetinin bu davası açıldığı zaman Polonya Hükümeti 14 Nisan 1927 tarihinde "Esasa girilmeksizin Divan'ın uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmadığı" ilk itirazında bulunmuştur. Divan 26 Temmuz 1927 tarihli 8 nolu yargılamasında Polonya Hükümeti tarafından ileri sürülen bu ilk itirazı reddetmiş ve 8 Şubat 1927 tarihinde uyuşmazlıkla ilgili esastan yargılama hakkını saklı tutmuştur. Daha sonra mahkemece esas hakkında "karşı dava", "cevap" ve "cevaba cevap" hususlarının

⁶ Sözleşmenin 6. maddesinde; Polonya'nın, Yukarı Silezya'da maden yatağı ve kırsal mülkler de dahil olmak üzere büyük sanayi kategorisindeki teşebbüsleri/işletmeleri, mezkur sözleşmenin 7 ila 23 üncü maddelerine uygun olarak kamulaştırabileceği, mezkur maddelerde belirtilenler haricinde, Almanlar tarafından idare edilen şirketlerin veya Alman kişilerin Yukarı Silezya'daki mülkleri, hak ve çıkarları tasfiye edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bknz. http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf, s.21, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

dosyaya geçirilmesine karar verilmiştir. Bunlar da Eylül 1927 ile Mayıs 1928 tarihine kadar sırasıyla mahkemeye sunulmuştur.

Genel itibariyle Alman Hükümeti;

1) Polonya Hükümetinin 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 6. ve devamı maddelerine aykırı olarak Oberschlesische Stickstoffwerke ve Bayerische Stickstoffwerke şirketlerine (Alman Şirketleri) el koyma eyleminin hukuka aykırı olduğu ve bu eylem sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesi gerektiği,

2) Polonya Hükümeti tarafından Oberschlesische Stickstoffwerke şirketine (Alman Şirketi) 59.400.000 Reichsmark (davanın ilerleyen aşamalarında bu rakamın yükseltilmesi talep edilmiştir), Bayerische Stickstoffwerke şirketine (Alman Şirketi) 16.775.200 Reichsmark (davanın ilerleyen aşamalarında bu rakamın yükseltilmesi talep edilmiştir) tazminat ödenmesi,

3) Söz konusu tazminatın ödenme şekli, süresi ve faizi gibi hususlarda,

iddialarda bulunmuştur.

Diğer taraftan, genel itibariyle, Polonya Hükümeti Oberschlesische Stickstoffwerke şirketi (Alman Şirketi) ile ilgili olarak;

a) Alman Hükümetinin iddialarının reddedilmesi gerektiğini,

b) Alternatif olarak tazminat talebinin geçici olarak askıya alınmasını,

c) Bir diğer alternatif olarak, Divan bir miktar tazminata hükmetmesi durumunda bu tazminatın ancak Polonya Hükümetince ileri sürülen belirli şartların gerçekleşmesinden sonra ödenmesi,

d) Her koşulda, Alman Hükümeti, Polonya Hükümetine Oberschlesische Stickstoffwerke şirketinin hisselerinin tamamını devretmesi,

Polonya Hükümeti Bayerische Stickstoffwerke şirketi (Alman Şirketi) ile ilgili olarak;

a) Alman Hükümetinin 1.000.000 Reichsmark aşan geçmişe yönelik tazminat talebinin reddedilmesi,

b) 1 Ocak 1928'den 31 Mart 1941'e kadar yıllık 250.000 Reichsmark kira bedeline hükmedilmesi,

c) Bu tazminatlar ancak Polonya Hükümetince ileri sürülen belirli şartların gerçekleşmesinden sonra ödenmesi,

gerektiğini ileri sürmüştür.

Sonuç olarak tarafların iddiaları göz önünde alındığında, başvuruda, Divan'dan;

1) Polonya Hükümetinin Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olarak Oberschlesische Stickstoffwerke ve Bayerische Stickstoffwerke şirketlerine (Alman Şirketlerine) gerçekleştirdiği eylemler sonucunda bu şirketlerin uğradığı zararların onarılması amacıyla, Polonya Hükümetinin zararları giderme yükümlülüğü altında olduğuna hükmedilmesi,

2) Alman Şirketlerinin her birinin maruz kaldığı zararlarının ayrı ayrı ödenmesine hükmedilmesi,

3) Hükmedilecek tazminatın ödenme yönteminin kararlaştırılması, talep edilmiştir.

G. Hüküm⁷

Yukarıdaki açıklamalar ve gerekçeler sonucunda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı;

1) Oberschlesische Stickstoffwerke ve Bayerische Stickstoffwerke (Alman Şirketleri) şirketlerine Polonya Hükümeti tarafından uygulanan ve Cenevre Sözleşmesi'nin 6. ve devam eden maddelerine aykırılık teşkil ettiğine ve bu eylemler nedeniyle söz konusu şirketlerin uğradığı zararların Polonya Hükümeti tarafından onarılmasına hükmetmiş,

2) 12 Kasım 1927 tarihli Katowice Yerel Mahkemesi tarafından verilen hükme veya Versay Antlaşması'nın 256. maddesine dayanarak Oberschlesische Stickstoffwerke şirketinin uğradığı zararın tamamı veya bir kısmının tazmin edilmemesi ile ilgili olarak Polonya'nın talebini reddetmiş,

3) Alman Hükümetinin Polonya Hükümetine Oberschlesische Stickstoffwerke şirketinin tüm hisselerinin devredilmesini oluşturan Polonya Hükümetinin talebi reddedilmiş,

4) Polonya Hükümeti tarafından sunulan Oberschlesische Stickstoffwerke şirketiyle ilgili tazminat isteğinin geçici olarak askıya alınmasına ilişkin alternatif talep reddedilmiş,

⁷ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 63-65, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

5) Polonya Hükümeti tarafından Almanya Hükümetine ödenecek tazminatın bir defada yekten ödenmesine hükmedilmiştir.

Ayrıca, Alman Hükümeti ile Polonya Hükümeti yukarıda ve davada sonuçlanmayan uyuşmazlıklar hakkında da “Chorzów davası hakkında Almanya ve Polonya arasında uzlaşma sağlandığı”na ilişkin taraflar arasında nota değişimi gerçekleştiğinden dolayı Almanya Divan’da görülen davanın geri çekildiğini bildirmiş ve Divanda söz konusu uyuşmazlığın 25 Mayıs 1929 tarihinde sona erdirildiğine hükmetmiştir.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ULUSLARARASI SORUMLULUK

Divan, kararda, yargılama yetkisi ile ilgili olarak, “Divanın yargı yetkisinin tarafların rızasına bağlı” olduğunu belirtmiştir⁸. Ayrıca Divan Alman şirketleri adına Almanya Hükümetinin zararı talep etmeye, yani zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişinin vatandaşı olduğu devletin zararı talep yetkisinin olduğu sonucuna varmıştır⁹.

Divan, söz konusu uyuşmazlığın, 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne Polonya’nın aykırı eylemlerinin sorumluluk doğurduğu, doğan zararın onarılması ve bu onarımın gerçekleşmesinde ödemenin miktarı ve metodunun belirlenmesi hakkında olduğunu belirtmiştir¹⁰. Divan, incelemelerini ve değerlendirmelerini hukuki iddialar ve savlar üzerinden yapmıştır. Divan yargılamasında, davacı devletin iddiaları ile davalı devletin savunmalarından yola çıkarak uluslararası hukuka aykırı eylem gerçekleştiren devletin bu eylemi onarım yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varmıştır.

⁸ Mehmet Emin Çağırın, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin Yayınları, 2005, s. 113, dipnot: 244. Divan’ın yargı yetkisinin tanınması Statünün 36§2’sinde; “İşbu Statüye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu aşağıda gösterilmiş olan hukuki mahiyette uyuşmazlıkların hepsine ilişkin olarak Divanın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bilirler: (a) bir uluslararası anlaşmanın yorumlanması, (b) uluslararası hukuka ilişkin her konu, (c) saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği, (d) uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği tazminatın niteliği ya da kapsamı.” hükmüne yer vermiştir.

⁹ İlyas Doğan, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 312.

¹⁰ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-internationaljustice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 18, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

Son tahlilde Divan'ın söz konusu kararı, hem karar açısından hem de uluslararası hukuk açısından, ahde vefa ilkesi ve uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı devletin sorumluluğu çerçevesinde aşağıda incelenecektir.

A. Ahde Vefa İlkesi

Bilindiği üzere, yöntemine uygun bir biçimde yapılmış bir andlaşmayı bağitlanan devletler, bu andlaşmayı iyi niyetle uygulamak yükümü altındadırlar¹¹. Uluslararası hukuk bakımından ahde vefa ilkesi, öğretilerde ve içtihatlarda tartışmasız şekilde benimsenmiştir. Bu ilke uluslararası hukukun genel bir ilkesidir.

Diğer tafardan 1969 Viyana Sözleşmesiyle ahde vefa ilkesi, yazılı hukuk metinlerinde de yer almıştır. 1969 Viyana Sözleşmesinin 26. maddesinde, ahde vefa ilkesi başlığı altında, “Yürürlükte olan her andlaşma tarafları bağlar ve taraflarca iyi niyetle uygulanması gerekir” hükmü ile bu ilke açıkça ifade edilmiştir¹². Yine aynı Sözleşmenin 27. maddesinde de, iç hukuk ve andlaşmalara saygı başlığı altında “Taraflardan biri, iç hukukun hükümlerini, bir andlaşmayı uygulamamak özrü olarak öne süremez” hükmü yer almaktadır¹³.

Chorzów davasında da Divan, Almanya ile Polonya Hükümeti arasında aktedilen 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olarak, Polonya Hükümetinin Oberschlesische Stickstoffwerke ve Bayerische Stickstoffwerke şirketlerine (Alman Şirketlerine) el koymasını, yani uluslararası sözleşmeye aykırı davranılmasının ya da sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesinin, bu sözleşmede yazılı olmasına

11 Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt:2, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 206, Ankara 1975, s. 126; V.D. Degan, **Sources of International Law**, Martins Nijoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1997, s. 5394.

12 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 2, s. 126.

13 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 2, s. 126-127. Ancak 1969 Viyana Sözleşmesinin 46. maddesine göre; “bir devletin, bir andlaşmayla bağlanma isteği, iç hukukun andlaşma yapma yetkisiyle ilgili bir kuralına aykırı olarak açıklanmışsa, bu aykırılığın açıkça belli olması ve iç hukukun temel önemde kuralına ilişkin olması durumunda bağlanma rızasını sakatlar” hükmü yer almaktadır.

lüzum bulunmaksızın sözleşmeyi ihlal eden devletin sorumluluğunu gerektirdiğini kabul etmiştir¹⁴.

B. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu

Sorumluluk, bir hakkın kaçınılmaz doğal sonucudur. Uluslararası sorumluluk ise, uluslararası hukuk sùjeliğinin bir gereği ve sonucudur¹⁵. Diğer bir ifadeyle devletin uluslararası hukuka aykırı her eylemi uluslararası sorumluluğa yol açar¹⁶. Uluslararası hukukun haklar tanıdığı ve ödevler yüklediği sùjelerinin, uluslararası hukuk düzeninin kurallarına aykırı şekilde, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde zararın giderilmesi amacını ifade eden bu hukuki müessese, uluslararası sorumluluk şeklinde ifade edilir¹⁷.

Devletlerin sorumluluğu; uluslararası hukuk sistemi, devletlerin bağımsızlığı öğretisi ve devletlerin eşitliği ilkesinden kaynaklanan uluslararası hukukun temel ilkelerindedir¹⁸. Bu ilke, uluslararası yükümlülüğün ihlalinin, onarıma yol açacağı sonucunu içerir. Devletlerin sorumluluğu, uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlali durumunda ortaya çıkar¹⁹. Bu yükümlülük, bir andlaşma yükümlülüğu veya teamüli uluslararası hukuktan kaynaklanabilir. İhlalin, ihlali gerçekteşiren devlete atfedilebilir nitelikte olması gerekir²⁰.

14 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 2, s.127; Degan, **Sources of International Law**, s. 55.

15 Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2006, s. 235.

16 Enver Bozkurt, "Sınıraşan Akarsuların Kirliliği ve Sorumluluk," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 8, S: 1-2, Y: 2000, s. 174-175.

17 Seha L Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 237, Ankara 1968, s. 625; Edip F. Çelik, "Milletlerarası Mes'uliyet," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXI, S: 1-4, 1957, s. 66-67; Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü, Yasin Poyraz, **Devletler Hukuku**, 4. Baskı, Asil Yayınları, 2004, s. 258.

18 Malcom N. Shaw, **International Law**, Second Edition, Grotious Publications Limited, Cambridge 1986, s. 406.

19 Ian Brownlie, **Principle of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press, Oxford 1973, s. 418-419; Martin Dixon and Robert McCorquodale, **Cases and Materials on International Law**, Blackstone Press Limited, 1991, s. 400; Georg Schwarzenberger, **International Law**, Volume 1, Third Edition, Steven&Sons Limited, 1957, s. 563.

20 Dixon and McCorquodale, **Cases and Materials on International Law**, s. 400.

Devletlerin sorumluluğunun uygulanması genel olarak, o devletin zarara uğrayan milletinin adına devlet tarafından üstlenilmesi şeklinde gerçekleştirilir²¹.

Öte yandan sınırlı egemenlik anlayışının bir sonucu olarak devletler, akdettikleri andlaşmaların ihlali halinde sorumluluğun doğacağını kabul ederler²² ve bu ilkenin doğal sonucu olarak ihlali gerçekleştiren devletin tazminat ödenmesi zorunluluğu doğar. Bu prensip tartışmasız olarak 18 Ekim 1907'de IV. La Haye Sözleşmesinin 3. maddesiyle teyit edilmiştir²³. Öte yandan Divan'ın bu hususu destekleyen söz konusu kararında, “*bir taahhüt ihlal edildiği zaman, bunu uygun şekilde onarmak bir devletler hukuku prensibidir; dolayısıyla onarım, bir sözleşmenin uygulanmasından, bu sözleşmede yazılı olmasına lüzum bulunmaksızın bir tamamlayıcı (şarttır)*”²⁴ değerlendirmelerine ve “*bir taahhüdün yerine getirilmemesinin onarma yükümlülüğü doğurması, uluslararası hukukun, hatta genel hukuk düşüncesinin bir ilkesidir*”²⁵ ifadelerine yer vererek, devletlerin uluslararası sorumluluğunun temelleri belirlenmiş ve sorumluluğun uluslararası hukukun doğasında bulunduğunu belirtmiştir.

Divan yapılan yargılamalardan ve tarafların iddialarını değerlendirdikten sonra, Cenevre Sözleşmesi'ne dayanarak, iki Alman şirketine Polonya Hükümetinin eylemleri sonucunda uluslararası sorumluluk gerektiren bir eylem gerçekleştirdiği ve oluşan zararın onarılması gerektirdiği sonucuna ulaşmıştır²⁶.

Polonya Hükümetinin iddiasına göre, Oberschlesische şirketi el konulma sonucu herhangi bir hasara uğramamıştır, çünkü fabrikanın

21 Dixon and McCorquodale, **Cases and Materials on International Law**, s. 400.

22 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 259.

23 Avcı, **Devletin Milletlerarası Mesuliyetinin Şartları**, s. 25.

24 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 1, s.626; Brownlie, **Principle of Public International Law**, s. 420.

25 Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 5-6; Mehmet Emin Çağran, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi,” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: I, S: 1, Yıl: 2006, s. 4.

26 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 38-39, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

yasal sahibi değildir. Çünkü 12 Kasım 1927 tarihinde Katowice Mahkemesince mülkiyet hakkının geçersizliğine karar verilmiş ve böylelikle zarara uğramamıştır. Bu noktada Divan, Chorzów Fabrikasının Oberschlesische şirketinden Almanlara devir işleminin geçerliliği sorusunun dikkate alınması gerektiğini gözlemlemiştir. Bu noktada Divan her ne kadar iç hukukun fabrikanın sahipliği konusunda farklı bir karar verse de Chorzów Fabrikasının Cenevre Sözleşmesinin 6. ve ilgili hükümleri uyarınca, Oberschlesische şirketine ait olduğunu belirtmiştir²⁷. Eğer Divan, fabrikanın Oberschlesische şirketine ait olmadığını kabul ederse, iç hukuk yargılamasının ve sonucunun, dolaylı olarak uluslararası mahkemelerin yargılamalarını hükümsüz kılma sonucunu doğurur; ki bu durumun imkansız olduğu kararda belirtilmiştir²⁸.

1. Sorumluluğun Şartları

Uluslararası sorumluluğun şartları; uluslararası hukuka aykırı bir eylemin işlenmiş olması ve bu haksız eylemin devlete yüklenebilmesi, işlenen bu eylemden zarar doğması ve eylem ile zarar arasında illiyet bağı bulunması şeklinde belirlenmektedir²⁹.

a. Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Fiil

Uluslararası öğretisi ve uygulama, uluslararası sorumluluğun doğmasının ilk koşulu olarak bir uluslararası yükümlülüğün çiğnenmesi olgusunu aramaktadır³⁰. Uluslararası toplum düzenine ters düşen, bu düzenin kurallarıyla çatışan her davranış uluslararası hukuka aykırı bir fiil olarak adlandırılabilir³¹. Başka bir deyimle, uluslararası ahlaka ya da uluslararası görgü kurallarına aykırı bir davranış sorumluluk

27 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 31-32, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

28 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 33, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

29 Avcı, **Devletin Milletlerarası Mesuliyetinin Şartları**, s.63; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 29-36.

30 Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 151.

31 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 261.

gerektirmez³². Genel olarak, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması, yapılmaması gereken bir şeyin de yapılmasını ifade eder. Ayrıca, bir fiilin milli hukuka aykırı olması, tek başına onun uluslararası hukuk bakımından sorumluluk gerektirmesi için yeterli olmaz³³. Benzer şekilde fiilin milli hukuk bakımından hukuka uygun olması onun uluslararası hukuk bakımından uygun olduğu sonucunu doğurmaz. Ayrıca sorumluluk için mutlaka hukuki bir yükümlülüğün ihlali gerekir³⁴. Uluslararası yargı organları sorumluluk doğuran yükümlülük ihlalden bahsederken kullandıkları ifadelerle, devletin sorumluluğunu belli bir tür ilişkiye bağlamayarak kapsayıcı anlayışı istikrarlı bir biçimde sürdürmüştür³⁵. Nitekim Divan söz konusu bu kararında da “bir taahhüdün ihlali (breach of engagement)” ifadesini kullanmıştır.

Devletlerin, uluslararası hukuku her ihlali, uluslararası sahada bir hukuka aykırı fiil oluşturur³⁶. Uluslararası hukuk kuralını ihlal eden devletler hukuku süjesinin sorumlu tutulması, sözleşmeler çerçevesinde oluşturulan uygulama yanında, uluslararası teamül hukukunun da bir gereğidir³⁷. Uluslararası hukuka aykırı bir fiil, bir şeyin yapılması anlamında olumlu veya yapmaktan kaçınma gibi olumsuz bir fiil olabilir: Örneğin Korfu Boğazı olayında, Arnavutluk aynı zamanda kendi karasuları olan uluslararası boğazda başkaları tarafından yerleştirilmiş mayınların varlığından, geçiş yapan öteki devletleri haberdar etmediği için sorumlu sayılmıştır³⁸.

Yukarıda da ifade edildiği gibi uluslararası hukukta sorumluluk, ancak devletin uluslararası alandaki yükümlülüklerinin ihlalden doğar. Bu bağlamda uluslararası sorumluluk subjektif değil, objektif esaslara dayandığından subjektif kusur, devlet uygulamalarında ve uluslararası

32 Seha L. Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1977, s. 164.

33 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 261.

34 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 261; Çağırın, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı,” s. 6.

35 Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 42-43.

36 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt:1, s. 626.

37 Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, s. 236; Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 261.

38 Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, s. 236.

yargı organı kararlarında aranan bir unsur değildir³⁹. Diğer bir ifadeyle devletin uluslararası sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, devletin, uluslararası hukuka göre yapmama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi veya bir yapma yükümlülüğünü ihmal (omission) etmiş olması gerekir⁴⁰.

Divan söz konusu kararda da, iki Alman şirketine yönelik Polonya Hükümetinin davranışının, açıkça ve münhasıran Cenevre Sözleşmesi'nin 6. ve devamı maddelerine aykırılık oluşturduğu ve dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı bir fiil işlendiği sonucuna varmıştır⁴¹. Yani Divan, davada öne sürülen bütün olayları gözeterik, Almanlar tarafından yönetilen söz konusu şirketlere karşı Polonya Hükümetinin eylemlerinin, açıkça Cenevre sözleşmesinin 6. ve devamı maddelerine uyumlu olmadığına karar vermiştir. Divan Polonya'nın ileri sürdüğü Oberschlesische şirketinin zarara uğramadığı iddiasını, söz konusu şirketin Alman kişiler tarafından yönetilmesi ve şirketin malvarlığının Polonya Hükümetinin eylemleri sonucunda zarara uğraması nedeniyle, yani hukuka aykırı eylem işlendiği gerekçesiyle yerinde bulmamıştır⁴². Öte yandan Divan, Polonya'nın Versay Anlaşmasının 256. maddesi uyarınca Oberschlesische şirketinin haklarının sona erdiğine ilişkin iddiasını kabul edilebilir görmemiştir.

Somut uyuşmazlıkta Polonya Hükümetinin Alman şirketlerinin sahip olduğu fabrikalara el koyması sonucunda hukuka aykırı eylem gerçekleştirdiği sonucuna varılmıştır. Konu açısından uluslararası hukukta kamulaştırma ve el koyma konularının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. BİLGE; uluslararası hukukta kamulaştırma, devletleştirme ve el koyma durumunu aynı başlık altında incelemiş ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

39 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 269; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 32.

40 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt:1, s. 629; Çelik, "Milletlerarası Mes'uliyet", s. 67.

41 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 26-28, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

42 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 40, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

“Araştırmalarımın nazaran, yabancı mülkiyete el konulmasına veya devletleştirilmesine mutlak olarak mani olan bir kaide Devletler Hukukunda mevcut değildir. Bir ülkede mevcut içtimai ve iktisadi şartlar şu veya bu işletmenin devletleştirilmesini icap ettiriyorsa, bu işletmenin yerli veya yabancıya ait olması alınacak tedbirlerin hukuki mahiyeti hakkında bir tesir icra etmez. Yalnız bu mevzuda istimlak, devletleştirme ile müsadere arasında bir tefrik yapmak lazımdır. ... İstimlak veya devletleştirmenin her devletin münhasır salahiyetlerine veya milli yetki sahasında girdiği doktrinde hemen hemen ittifakla kabul edilmektedir. Ancak devletleştirme (ya da kamulaştırma) bir tazminat vermeden ya da tam değeri karşılamayan bir meblağ mukabilinde yapılmışsa bu halde bir müsadere tedbiri vasfını almaktadır. Bu ise devletler hukukuna aykırı bir tedbir teşkil etmektedir. Zira devletleştirmenin (ya da kamulaştırma) tam bir tazminat verilmeden yapılmış olması hukuken bir haksız iktisap mahiyetindedir. Haksız iktisap ise hukukun umumi prensiplerine aykırıdır ve bu bakımdan devletler hukukuna yapılmış bir ihlal teşkil eder. Böylece müsadere veya tazminat verilmeyen yapılan devletleştirme (ya da kamulaştırma) milletlerarası bir haksız fiil teşkil edince, bundan zarar gören ferdin veya şirketin tebaası bulunduğu devletin bu hususta diplomatik himayede bulunabileceğini kabul etmek icap eder.”⁴³

Kamulaştırma aslında her devletin yetkileri içinde olan işlemdir, ancak bu yola başvurulurken devletin uluslararası hukuka uygun davranması yani kamu yararı amacıyla ayrımcılık yapmadan tam, haklı ve zamanında ödenen bir tazminat vermesi gerekir⁴⁴. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı 1926 tarihli Polonya Yukarı Silezya’da Bazı Alman Çıkarları Davasında; yabancılarının mallarının millileştirilmesini öngören bir yasa, uygun bir bedel öngörmediği takdirde, yapılan el koyma veya kamulaştırmanın devletin sorumluluğuna yol açacağına, ayrıca bu konuda uyruklarla yabancılar arasında ayırım yapılamayacağına karar vermiştir⁴⁵. Divanın mezkur incelenen kararında ise, Polonya Hükümetinin eyleminin kamulaştırma olmadığı -ki fabrikanın kamulaştırılmayacağı Cenevre Sözleşmesi’nin 7. maddesinde

43 Suat Bilge, *Tebanın Yabancı Memlekette Diplomatik Himayesi*, Ankara 1953, s. 41-42; nakleden Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Cilt:1, s. 641.

44 Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, s. 167-168; Shaw, *International Law*, s. 432-435.

45 Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 237.

belirtilmiştir-, bir el koyma olduğu ve ayrıca kamulaştırmanın ancak uygun tazminat verilerek mümkün olabileceği belirtilmiştir⁴⁶. Divan Polonya Hükümetinin eylemini sadece haksız bulmamış aynı zamanda Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesine de aykırı bulmuştur. Divan kararda, hukuka aykırı kamulaştırmanın, kamulaştırılan malın sahibinin maruz kaldığı zararın tamamının onarma yükümlülüğü doğurduğuna hükmetmiştir⁴⁷.

HARRIS, uluslararası hukukta kamulaştırmanın yapılabilmesi için şu şartların bulunması gerektiğini belirtmiştir: (1) kamu yararı bulunmalıdır, (2) ayrımcılık gözetilmemelidir, (3) sözleşmeye aykırı olarak kamulaştırma yapılmamalıdır (Divan bu kararda da belirttiği gibi aksine bir davranışın hukuka aykırı olduğu, sorumluluğu ve onarımı gerektirdiğini belirtmiştir), (4) kamulaştırma sonucunda yeterli, zararı karşılayan ve gecikmeksizin tazminat ödenmelidir⁴⁸.

b. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Yüklenebilmesi

Devletin uluslararası sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, uluslararası hukuka göre haksız eylem sayılan davranışın ya da ihmalin devlete yüklenebilmesi gerekir⁴⁹. Bu bağlamda devleti oluşturan ve devlet adına davranan organların, devletin otoritesi altındaki kişi ve kurumların haksız eylemleri devlete yüklenebilir⁵⁰. Somut uyuşmazlıkta da Divan, Alman şirketlerinin mülkiyet hakkına Polonya yerel mahkemesi ve Polonya Bakanlık kararı ile hazine adına kaydedildikten sonra başka bir kişiye devredilmesi nedeniyle, Polonya'nın hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiği sonucuna varmıştır.

c. Zarar ve illiyet bağı

Uluslararası sorumluluğun doğması için bir diğer şart da zararın varlığıdır. Yani hukuka aykırı bir fiil ile zararın gerçekleşmesi gerekir.

46 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 46, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

47 D.J. Harris, **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, London 2004, s. 590.

48 Harris, **Cases and Materials on International Law**, s. 592-601.

49 Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, s. 165.

50 Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, s. 237-239.

Uluslararası hukuk bakımından zarar, devletler hukuku sùjelerinin haklarının kapsadığı alanda meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir⁵¹. Uluslararası sorumluluğun doğması için meydana gelen zarar, devletler hukuku sùjelerinin maruz kaldıkları zararlar olabileceği gibi; devletler için vatandaşlarının, şirketlerinin, uluslararası örgütler için görevlilerinin uğradıkları zararlar da olabilir⁵². Uluslararası hukukta tazminat ödenmesi kabul edilen zararlar, maddi ve manevi zararlar olarak iki ana grupta toplanabilir⁵³. Maddi zarar uğranılan fiili kayıp ile yoksun kalınan kâr ifade ederken, manevi zarar duyulan manevi acıları, psikolojik denge bozukluklarını, kötü muamele ve uzun süre gözaltı gibi olaylar sonucu duyulan acıları ifade eder⁵⁴. Doktrinde uluslararası haksız fiilden doğan manevi zarar, örneklendirme suretiyle veya zararın hangi onarım yöntemine başvurularak giderilebileceği hususu dikkate alınarak açıklanmaktadır⁵⁵. Devletin egemen kişiliğine ilişkin hakların ihlal edilmesi, şeref ve haysiyetine, diplomatik dokunulmazlıklarına ve ülkesel bütünlüğü gibi değerlerine halel getirilmesi durumunda uluslararası hukukta manevi zarardan söz edilmektedir⁵⁶. Ancak zararın maddi ya da manevi oluşu sorumluluk açısından önem taşımaz⁵⁷. Zarar sadece maruz kalınan kayıpları değil gelecekte beklenen kârları da

-
- 51 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 264. Ancak uluslararası sorumluluk hukuku, özellikle sorumlulukta aranan zarar şartı konusunda bir dönüşüm yaşamaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2001 yılında kabul ederek Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna sunduğu Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde, "devletin tüm uluslararası haksız fiilleri, sorumluluğunu doğurur" düzenlemesine yer verilmiş ve böylelikle hukuka aykırı fiil gerçekleştiren devletin sorumluluğunda zararın meydana gelmiş olma şartı aranmamıştır. Bknz. Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar", s. 341-342.
- 52 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 266; Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," s. 342.
- 53 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 185; Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 290.
- 54 Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 290. Uluslararası hukukta yoksun kalınan kâr konusu tartışmalıdır. Gerçekleşmesi kuşkuolu olan ve zarar ile uzak bağı bulunan kazanç beklentilerinde genel olarak tazminat ödenmesi reddedilmektedir.
- 55 Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar", s. 344.
- 56 Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar", s. 346, 349.
- 57 Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 316; Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, s. 240.

içerir, ancak tazminatla direk ve öngörülebilir zararlar karşılanabilir⁵⁸. Öte yandan devletin zarara bizzat maruz kalması ile vatandaşının zarara uğraması arasında sorumluluk açısından bir fark yoktur⁵⁹. Divan söz konusu uyuşmazlıkta, Alman şirketlerine el koyma sonucunda, kârın kaybı ve çalışmaya ara verme nedeniyle uğranılan zararın belirlenmesinin tazminata esas teşkil edeceği sonucuna varmıştır. Zararın saptanması hususunda ise kabul edilen temel kural, verilen zararın tamamen onarılmasına olanak verecek bir biçimde gerçekleşmiş olmasıdır⁶⁰.

Divan görülmekte olan uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, Polonya Hükümeti tarafından Almanya Hükümetine ödenecek tazminat hakkında karar verilmeden önce, başvuran tarafın önerileri sonucunda ve statüye uygun olarak soruşturma komisyonu kurulmasını kararlaştırmıştır⁶¹. Divan'a göre bu komisyon temel olarak aşağıdaki konuları araştıracaktır:

- 3 Temmuz 1922'de Chorzów'da kurulan nitrat fabrikasının arazi, bina, ekipmanlar, stoklar ve atıklar dahil değeri Reichsmark olarak ne kadardır?

- Fabrika söz konusu şirketlerin elinde olmuş olsaydı karları ve kayıpları konusunda ne gibi mali sonuçlar doğacaktı?

- Fabrika söz konusu şirketlerin elinde olmuş olsaydı arazi, bina, ekipmanlar, stoklar ve atıklar gibi unsurlarda dahil bu günkü yargılama aşamasında değeri ne olurdu?

Divan, değerlendirmeler ve komisyondan gelen raporlar sonucunda zararın varlığını somut olarak delillendirerek karar vermiştir.

Öte yandan gerçekleşen zararlar, sorumluluğun bağlandığı olay ya da haksız eylem arasında, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, bir sebep sonuç ilişkisi, illiyet bağı bulunmalıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonunun, 2001 tarihli "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğu" hakkındaki nihai taslağın 4. maddesinde de bir devletin eylemi ile doğan zarar arasında illiyet bağının

⁵⁸ Shaw, **International Law**, s. 435.

⁵⁹ Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 316.

⁶⁰ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 186.

⁶¹ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 50-51, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

bulunması, zararın bu davranış ya da kaçınmanın sonucu olacağına öngörülebilmesi bir şart olarak düzenlenmiştir. Ancak doğrudan uğranılan, uluslararası hukuka aykırı fiilin zorunlu sonucu olan zararların giderilmesi gerekir ve devlet sadece kendi eyleminden (organ ve ajanlarının eylemi) sorumludur⁶².

2. Uluslararası Sorumluluğun Hukuki Sonuçları

Devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemleri sonucunda meydana gelen zararları onarması gerekir; ki bu gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemin doğal bir sonucudur. Divan, onarım yükümlülüğünü, somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki akdedilen Cenevre Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmesinin doğal sonucu olarak kabul ettiği için, kendini karar vermeye yetkili ve yeterli görmüştür⁶³.

Divan, Alman şirketlerinin uğradığı zararın onarımı konusunda; (1) onarma yükümlülüğünün varlığı, (2) tazminatın miktarının hesaplanmasında temel alınan zararın varlığı, (3) bu zararın derecesi (kapsamı) sorularının temel alınacağını belirlemiştir. Divan, birinci soru ile ilgili olarak, her hangi bir taahhüdün ihlalinin onarma yükümlülüğü doğurmasının, uluslararası hukukun genel ilkesi olduğunu belirlemiştir. Divan'ın belirlediği bu ilke doktrinde, uluslararası hukukun kaynağını teşkil eden hukukun genel ilkeleri arasında değerlendirilmektedir. Divan kararda, onarımın taraflar arasında kabul edilen bir sözleşmenin uygulanmamasının vazgeçilmez tamamlayıcı şartı olduğunu kabul etmiştir⁶⁴. Divan söz konusu kararında bu ilkeleri kabul ederek devletlerin sorumluluğunun genel ilkelerini belirlemiştir⁶⁵. Uluslararası pozitif hukukun bir ögesi olarak onarım yükümlülüğünün tesisinin ilke olarak kabulü hakkında, davanın çeşitli aşamalarında taraflarca karşı çıkmamıştır. Divan, kararda onarım yükümlülüğünün ilke olarak kabulü uluslararası taahhüdün ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği göz

⁶² Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, s. 240.

⁶³ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 26-27, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁶⁴ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 29, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁶⁵ Dixon and McCorquodale, **Cases and Materials on International Law**, s. 401.

önüne alınarak anlaşılacağı ve bu hususun kesin hükmü oluşturacağı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁶⁶. Taraflar arasında akdedilen Cenevre Sözleşmesi'nin 6. ve devamı maddeleri ile iki Alman şirketi açısından Polonya'nın hukuka aykırı el koyma eylemini gerçekleştirdiği, Divan yargılamalarında (yargılama no 7) açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Divan davada bu ilkenin uygulanmasını kabul etmiştir.

İkinci soru ile ilgili olarak; tazminatın miktarının hesaplanmasında temel alınan zararın varlığı konusunda taraflar arasında ortak bir zemine ulaşılamamıştır. Bu konu hakkında Divan, Polonya Hükümetinin eylemi sonucunda maruz kalınan zararın var olup olmadığı ve miktarı konusunda doğrusunu ortaya çıkarmanın, uyuşmazlık hakkında kesin karar verilebilmesi için zorunluluk oluşturduğunu ifade etmiştir. Divan, ilk itirazların dışında, mezkur davanın temelini tazminatın ödenme şekli ve miktarı olduğunu belirlemiştir⁶⁷. Bu bağlamda Divan öncelikle sadece Bayerisch şirketinin değil aynı zamanda Oberschlesische şirketi ile ilgili meydana gelen onarımın karşılanıp karşılanamayacağını incelemiştir.

a. Onarım Yükümlülüğü

Devletler hukuka aykırı eylem gerçekleştirdiği zaman, bu hukuka aykırı eylemin meydana getirdiği bütün zararların o devlet tarafından uygun bir biçimde onarılması gerektiği, bu durumun sözleşmede ifade edilmesine gerek bulunmadığı (*çünkü sözleşmenin ayrılmaz parçasıdır*) hususu, uluslararası hukukun tartışılmaz kurallarından birini oluşturmaktadır ve bu durumu Divan incelediğimiz söz konusu kararında da belirtmiştir⁶⁸.

Divan kararında, devletlerin herhangi bir haksız fiili ya da faaliyeti nedeniyle meydana gelen zararın, o devlete zararı giderme yükümlülüğü yüklediğine hükmetmiştir. Divan, uluslararası yükümlülüğü ihlal eden

⁶⁶ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 29, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁶⁷ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 29-30, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁶⁸ Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 1, s. 650; Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 182; Schwarzenberger, **International Law**, s. 653-656; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 97.

bir devletin, uluslararası sorumluluk çerçevesinde zararı gidermek zorunda olduğunu kabul etmektedir⁶⁹. Bu zorunluluk Divan tarafından uluslararası hukuk ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Hukuka aykırı eylem sonucunda devletler verdikleri bütün zararları, uygun bir şekilde giderme yükümlülüğü altındadır.

b. Onarım Yöntemleri

Uluslararası hukukta meydana gelen zarar, onarılması amacıyla, zararın niteliğine göre üç değişik yönetime başvurulur. Haksız eylemin sonuçlarının onarımı, meydana gelen zararın niteliğine göre olur; manevi bir zarar söz konusu ise onarım özür dileme veya uygun diğer bir yöntemle, maddi bir zarar söz konusu ise “eski duruma getirme” ya da buna olanak yoksa “tazminat” biçiminde gerçekleştirilir⁷⁰. Divan, onarıma ilişkin, söz konusu kararında geniş bir belirlemede bulunmuş ve şu ifadelerle yer vermiştir:

“Gayrimeşru eylemin şu anki anlaşılışı içerisindeki temel ilke -ki bu ilke uluslararası uygulama ve özellikle de hakem mahkemeleri kararıyla oluşturulmuştur-, onarımın, mümkün olduğunca, gayrimeşru eylemin tüm sonuçlarını yok etmesi ve mümkün olduğunca, söz konusu eylem gerçekleştirilmeseydi durum nasıl olacak idi ise, o durumu yeniden kurmaktır. Eski hale getirme ya da bu mümkün değilse, eski hale getirmenin tutacağı değere karşı gelen miktarda ödeme; eğer ihtiyaç varsa, eski hale getirme ya da bunun yerine yapılacak ödeme ile karşılanmayan zararlar için bir bedel ödenmesi, uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle verilecek tazminat miktarının belirlenmesine hizmet edecek ilkelere.”⁷¹

Böylelikle Divan kararında, uluslararası sorumluluk doğuran fiilin meydana getirdiği zararların onarılmasında “eski duruma getirme” ve “tazminat” yöntemlerini açıkça belirtmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta maddi zarar söz konusu olması nedeniyle, manevi onarım yönteminden söz edilmemiştir.

⁶⁹ Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 287.

⁷⁰ Meray, **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, s. 169; Çağırın, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı,” s. 19.

⁷¹ Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 97; Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, s. 361.

Diğer taraftan Uluslararası Hukuk Komisyonunun, “Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemleri Nedeniyle Devletin Sorumluluğu” başlıklı 2001 tasarısında da hukuka aykırılığın giderilmesinin “eski duruma getirme” veya “tazminat” yoluyla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiş, ancak maddi tazminatla giderilemeyecek bir durum var ise sorumluluğu söz konusu devlet hatasını açıkça kabul ederek, özür dileyerek gönül alma şeklinde de (manevi onarım) giderilebileceği belirtilmiştir⁷².

(1) Eski Duruma Getirme

Divan uyuşmazlık hakkındaki kararında; “*hukuka aykırı eylem kavramı içerisinde yer alan ve uluslararası hukuk uygulamalarında ve özellikle hakem içtihatlarından çıkarılacak temel ilke şudur: Onarım, hukuka aykırı eylemin zararlı bütün sonuçlarını, mümkün olan ölçüde ortadan kaldırmalı ve bu fiil işlenmemiş olsaydı, gerçek anlamda mevcut olan durumu yeniden tesis etmelidir.*”⁷³ ifadelerine yer vererek onarım yöntemlerinden eski duruma getirmenin kapsamı ve şeklini belirlemiştir⁷⁴.

Eski duruma getirme ile kastedilen hukuka aykırı eylem işlenmemiş olsaydı ne durumda bulunacaksa o durumun yeniden tesisidir. Bu şekliyle eski duruma getirme, uluslararası hukuka aykırı eylemin tüm etkilerini ortadan kaldırma amacına da uygunluk göstermelidir⁷⁵. Ancak eski duruma getirmenin mümkün olmaması durumunda, zararın tazmini gerekir. Divan bu sonucun özellikle Cenevre Sözleşmesi ile ilgili olarak da uygulanacağını belirtmiştir. Bu koşulda fabrikaya el konulması –ki kamulaştırma Cenevre Sözleşmesi ile yasaklanmıştır- eski hale geri getirme yükümlülüğünü içerir. Eğer bu mümkün olmazsa eski hale getirmeyi mümkün kılacak –*karşılığı olacak*- tazminatın ödenmesi gerekir.

⁷² Doğan, **Devletler Hukuku**, s. 323; Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, s. 360.

⁷³ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 47, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁷⁴ Brownlie, **Principle of Public International Law**, s. 445; Bozkurt, “Sınırtaşan Akarsuların Kirliliği ve Sorumluluk”, s. 185.

⁷⁵ Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 101.

Eski duruma getirme iki şekilde yapılabilir; maddi veya hukuki açıdan eski duruma getirme⁷⁶. Maddi açıdan eski duruma getirme el konulan bir malın, örneğin işgal edilmiş olan toprağın asıl sahibi devlete bırakılması, yıkılan bir binanın yeniden yapılması, hasar gören binanın onarılması gibi maddi olarak eski duruma getirilmesi mümkün olan zararlar için söz konusu olur. Hukuki açıdan eski duruma getirme ise zarara neden olan hukuki işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi şeklinde olabilir⁷⁷.

(2) Tazminat Ödeme

Divan uyuşmazlık hakkındaki kararında; *“hukuka aykırı eylem kavramı içerisinde yer alan ve uluslararası hukuk uygulamalarında ve özellikle hakem içtihatlarından çıkarılacak temel ilke şudur: Onarım, hukuka aykırı eylemin zararlı bütün sonuçlarını, mümkün olan ölçüde ortadan kaldırmalıdır). ... Eğer maddi olarak eski duruma getirme mümkün ise bu yapılacak, değilse, eski duruma getirmeyi sağlayacak uygun bir değer uluslararası hukuka aykırı eylemin hasarı tazminat olarak belirlenerek ödenecektir.”*⁷⁸ ifadelerine yer vererek onarım yöntemlerinden eski duruma getirmenin mümkün olmaması halinde tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁷⁹. Divan uluslararası hukukun genel ilkesi olarak onarım yükümlülüğünün, el koymanın sonucunda uğranılan kaybın tazminini gerektirdiği görüşüne varmıştır⁸⁰. Diğer bir ifade ile, Chorzów Fabrikasının eski hale getirilmesi mümkün olmadığından aynen iadenin uygun bir bedel olarak ödenmesi gerekir. Maddi olarak eski duruma getirme mümkün değilse, uygun bir değer tazminat olarak ödeneceği hükmünü Divan aşağıdaki ifadelerle de ayrıca belirtmiştir:

76 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 184; Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 101.

77 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 184.

78 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 47, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

79 Brownlie, **Principle of Public International Law**, s. 445; Bozkurt, “Sınırşan Akarsuların Kirliliği ve Sorumluluk”, s. 185-186.

80 http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 48, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

“Eski hale getirme yada bu mümkün değilse, eski hale getirmenin sahip olduğu değere karşılık gelen bir miktarın ödenmesi; eğer gerekiyorsa, eski hale getirmeyle ya da onun yerine yapılan ödemeye karşılanamayan kayıpların ödenmesi ilkeleri, uluslararası hukuka aykırı bir eylemden doğan tazminat miktarının belirlenmesine hizmet eden ilkelerdir.”⁸¹

Zarara uğramış bir devletin, bu zarara neden olan uluslararası hukuka aykırı eylemin sahibi devletten tazminat alma hakkı, uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi onarım, eski duruma getirmeye imkan tanımıyorsa, zararın karşılığı olarak tazminat ödenir.

Diğer taraftan tazminatın hesaplanmasında genel prensip, hukuka aykırı eylemin bütün neticelerini ortadan kaldırmaktır: genel olarak tazminat zarardan ne az olmalı, ne de fazla olmalıdır⁸². Uygulamada yalnız maruz kalınan kaybın (damnum emergens) değil, aynı zamanda mahrum kalınan, umulan karın (lucrum cessans) da tazmini gerektiği belirtilmiştir⁸³. Tazminatın hesaplanmasında, meydana gelen zarar kadar eylemin ortaya çıkardığı zararın ya da hukuki sonucun oluşmasına katkıda bulunan diğer tarafın kusuru da dikkate alınmak durumundadır⁸⁴. Tazminatta eşyanın değeri hesaplanırken güncel ticari değerlerin saptanması yoluna gidilmekte ve ayrıca uluslararası mahkeme kararları arasında faizi ödemeyi tamamen reddeden, kabul eden ya da sadece sözleşmelere dayalı borçlar için faiz ödemeyi kabul eden kararlar bulunmaktadır⁸⁵.

Sonuç olarak Divan incelediğimiz söz konusu kararda, zarar, ihlal ve bir onarım yöntemi olarak zararın tazmini konusunda özetle şu değerlendirmelerde ve tespitlerde bulunmuştur: Hukuka aykırı bir eylemin onarımı, haksızlığa uğrayan devletin vatandaşlarının uluslararası hukuka aykırı eylemin sonucunda katlandığı hasarlarla ilgili olarak, tazminatı gerektirmesi bir uluslararası hukuk ilkesidir. Bu onarımın en olağan şeklidir ve bu şekil Almanya Hükümeti tarafından incelenen mezkur

81 Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s. 103.

82 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt:1, s. 650-651.

83 Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 1, s. 651.

84 Uzun, **Devletin Sorumluluğu**, s.103.

85 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 187.

davada seçilmiş ve bunun kabul edilebilirliği tartışma konusu yapılmamıştır. Bir devletin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemden dolayı diğer bir devletin maruz kaldığı hasarları onarması, zarara uğrayan kişiler tarafından alınan tedbir olarak hesaplanan tazminat şeklini alması nedeniyle niteliğini değiştirmez. Onarımı belirleyen hukuk kuralları devletler arasında yürürlükte olan uluslararası hukuk kurallarıdır ve haksız bir eylem gerçekleştiren devlet ile zarara uğrayan birey arasındaki ilişkileri etkileyen hukuk değildir. Zarara neden olan hakların ihlalinde kişinin hak ve menfaatleri, daima, devlete ait olan haklardan farklı bir safhadadır -ki bu haklar aynı haksız eylem tarafından ihlal edilebilir-. Kişilerin uğradığı zarar asla bir devletin uğradığı zararlarla aynı nitelikte değildir; zarar ancak devlet tarafından yapılacak onarımın uygun ölçülerle hesaplanması ile karşılanabilir⁸⁶.

(3) Manevi Onarım

Uluslararası hukuka aykırı eylemden kaynaklanan zarar, eski duruma getirme ya da tazmin yoluyla karşılanamadığı hallerde, uluslararası sorumluluk doğuran bir eylem devletin milli onuruna, bayrağına ya da diplomasi temsilcilerine verilen manevi zarara yol açıyorsa, bunun devletler uygulamasında manevi onarımı gerekmektedir⁸⁷. Doğan manevi zararların onarımı özür dileme, uluslararası haksız fiili gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması, haksız fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence verilmesi ya da zarar gören devletin bayrağını selamlama gibi usullerle giderilmektedir⁸⁸. Bu giderme usulü de zararın onarım yöntemlerinden manevi onarımı ifade etmektedir.

Diğer taraftan bir uluslararası haksız fiil sonucu doğan manevi zararların nakdi onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceği konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁸⁹. Genel itibarıyla devletlerin vatandaşları aracılığı ile uğradıkları yani dolaylı manevi zararlarının nakdi yöntemler ile giderilebileceği konusunda tartışma bulunmamakta iken uğranılan doğrudan manevi zararların nakdi

⁸⁶ http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, s. 27-28, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁸⁷ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 187; Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 291; Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, s. 362.

⁸⁸ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, s. 187; Bozkurt ve diğerleri, **Devletler Hukuku**, s. 291; Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar,” s. 363-364.

⁸⁹ Pirim, “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar,” s. 343.

onarım ile giderilip giderilemeyeceği konusu tartışmalıdır⁹⁰. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı 2010 tarihli Diallo kararında, haddinden fazla süre tutuklu bulundurulma ve hukuka uygun olmayan biçimde ülkeden sınır dışı edilme sonucunda oluşan uluslararası haksız fiil neticesinde ilgili devlet nezdinde doğan dolaylı manevi zararın, nakdi onarımla giderilmesine hükmetmiştir⁹¹. Uluslararası Adalet Divanı Diallo kararında, mezkur haksız davranışların önemli psikolojik acı ve itibar kaybına neden olduğunu belirtmiş ve Diallo'nun uğradığı manevi zararlar ile ilgili olarak maddi tazminata karar vermiştir⁹².

SONUÇ

Devletlerin, gerçekleştirdikleri uluslararası hukuka aykırı eylemleri sonucunda meydana gelen zararları onarması gerekir; ki bu uluslararası hukukun temel ilkelerindedir. Yukarıda incelenen kararda Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Yukarı Silezya'da faaliyet gösteren Alman şirketlerinin sahip olduğu Chorzów Fabrikasına Polonya Hükümeti tarafından 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne aykırı olarak el konulmasının uluslararası hukuka aykırı eylem teşkil ettiğini ve bu hukuka aykırı eylemden eylemi gerçekleştiren Polonya Devleti'nin sorumlu olduğunu belirlemiştir. Ayrıca Divan, uluslararası hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren devletin, doğan zararı onarma yükümü altına gireceğini, bu yükümlüğün de uluslararası hukukun hatta hukukun genel bir ilkesi ve uluslararası hukuk ihlâlinin vazgeçilmez sonucu olduğuna karar vermiştir.

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı kararında, uluslararası sorumluluk doğuran hukuka aykırı fiilin meydana getirdiği maddi zararların onarılmasında onarımın şekli ve yöntemi olarak "eski duruma getirme" ve "tazminat" yöntemlerini belirlemiştir. Kararda onarımın, hukuka aykırı eylemin zararlı bütün sonuçlarını mümkün olan ölçüde ortadan kaldırması ve bu haksız fiil işlenmemiş olsaydı gerçek anlamda mevcut olan durumu yeniden tesis etmesi gerektirdiği belirtilerek onarım yöntemlerinden eski duruma getirmenin kapsamı belirlenmiştir. Divan kararında, ayrıca, maddi olarak eski duruma getirme mümkün değilse, uygun bir değer tazminat olarak ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

⁹⁰ Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," s. 364-365, 368-369.

⁹¹ Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," s. 352-353.

⁹² <http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf>, s. 334-335, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

Divan, mezkur kararında, uluslararası hukuk kurallarının veya taahhütlerin ihlâlinin, ihlâli gerçekleştiren devlet nezdinde onarım yükümlülüğü doğurduğuna hükmetmesi, uluslararası hukuk ve literatür açısından oldukça önemlidir. İncelenen karar ile, devletlerce bir taahhüdün ihlalinin veya yerine getirilmemesinin ya da devletlerin uluslararası hukuka aykırı haksız eylemlerinin uluslararası sorumluluğu gerektirdiğine hükmedilerek devletlerin uluslararası sorumluluğunun temelleri belirlenmiş ve sorumluluğun uluslararası hukukun doğasında bulunduğu vurgulanmıştır. Divan, devletlerin hukuka aykırı eylem gerçekleştirdiği zaman, bu hukuka aykırı eylemin meydana getirdiği bütün zararların o devlet tarafından uygun bir biçimde onarılması gerekliliğinin ve bu durumun taraflar arasında sözleşmede ifade edilmesine gerek bulunmadığının tartışma konusu yapılamayacağını da belirtmiştir.

Ayrıca Divan'ın incelenen kararında ulaştığı yukarıda belirtilen sonuçlar, devletlerin uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin uluslararası alanda gerçekleştirilen kodifikasyon çalışmalarında devletlerin sorumluluğunun ve doğan zararların onarım yöntemlerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır. İnceleme konusu karar bu açıdan da oldukça önemlidir. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde, Chorzów Fabrikası kararında kabul edilen uluslararası sorumluluğa ve doğan zararların onarım yöntemlerine ilişkin anlayışı benimsediği görülmektedir. Örneğin söz konusu Metnin 31. maddesi, bir uluslararası haksız fiil işleyen devletin onarım yükümlülüğü altında bulunduğu hükme bağlamakta, 35. maddesinde ise bir uluslararası haksız fiil gerçekleştiren devletin eski hale iade yükümlülüğü altında olduğu, eski hale iadenin ise haksız fiilin işlenmesinden önce var olan durumun yeniden tesis edilmesini ifade ettiği belirtilmektedir⁹³.

Sonuç olarak uluslararası hukuka aykırı eylemin zararlı bütün sonuçları, mümkün olan ölçüde eylemi gerçekleştiren devletçe ortadan kaldırılmalı, bu haksız eylem işlenmemiş olsaydı gerçek anlamda mevcut olan durum yeniden tesis edilmeli, maddi olarak eski duruma getirme mümkün değilse de uygun bir değer tazminat olarak ödenmelidir.

93 Pirim, "Uluslararası Hukukta Manevi Zarar," s. 360-361.

KAYNAKÇA

AVCI Sedat, **Organlarının Haksız Fiilleri Dolayısıyla Devletin Milletlerarası Mesuliyetinin Şartları**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972.

BİLGE, Suat, **Tebanın Yabancı Memlekette Diplomatik Himayesi**, Ankara 1953.

BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, M. Akif, POYRAZ, Yasin, **Devletler Hukuku**, 4. Baskı, Asil Yayınları, 2004.

ENVER Bozkurt, “Sınırşan Akarsuların Kirliliği ve Sorumluluk,” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 8, S: 1-2, Y: 2000,

BROWNLİE, Ian, **Principle of Public International Law**, Second Edition, Clarendon Press, Oxford 1973.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin Yayınları, 2005.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi,” **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: I, S: 1, Yıl: 2006.

ÇELİK, Edip F., “Milletlerarası Mes’uliyet”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XXI, S:1-4, 1957.

DEGAN, V.D., **Sources of International Law**, Martins Nijoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1997.

DIXON, Martin and McCORQUODALE, Robert, **Cases and Materials on International Law**, Blackstone Press Limited, 1991.

DOĞAN, İlyas, **Devletler Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

HARRIS, D.J., **Cases and Materials on International Law**, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, London 2004.

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 237, Ankara 1968.

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Cilt: 2, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 206, Ankara 1975.

MERAY, Seha L., **Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1977.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, III. Kitap, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.

CEREN Zeynep Pirim “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 127, Y: 2016,

SCHWARZENBERGER, Georg, **International Law**, Volume 1, Third Edition, Steven&Sons Limited, 1957.

SHAW, Malcom N., **International Law**, Second Edition, Grotious Publications Limited, Cambridge 1986.

SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2006.

UZUN, Elif, **Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu**, (Doktora Tezi), Beta, 2007.

(Erişim)http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf.

(Erişim)<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf>.

(Erişim)http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf.

(Erişim)<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>.

HUKUKİ POZİTİVİZMİN AYRILABİLİRLİK TEZİNE GENEL BİR BAKIŞ

*Arş. Gör. Tuba Dilşat URAL**

I. GİRİŞ

Hukuk felsefesinde birçok hukukçu tarafından tartışılmış konuların başında, hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezi gelir. Bu tez, hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ olmadığını ifade eder. Ayrılabilirlik tezinin anlamı, çeşitli pozitivistler tarafından farklı şekillerde ortaya konmuştur. Klasik hukuki pozitivistler olarak adlandırılan Jeremy Bentham ve John Austin'e göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu hiçbir bağ yoktur. Olan hukuk ile olması gereken hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Bu görüş geleneksel pozitivist anlayışı yansıtmaktadır. Hart gibi bazı pozitivistler ise ayrılabilirlik tezinin hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ olmadığı anlamının yanında, iki kavram arasında olumsal bir bağ olabileceği ihtimalini de kabul etmektedir. Kapsayıcı pozitivistler tarafından savunulan bu görüş, daha ılımlı bir hukuki pozitivistizmin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu çalışma ile hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezinin, genel hatları itibarıyla değerlendirilmesi hedeflenmiştir. Bu çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde hukuki pozitivistizmin, ikinci bölümde ayrılabilirlik tezinin anlamına ilişkin olarak genel değerlendirmelerde bulunulmuştur. Üçüncü bölümde ise farklı düşünürlerin ayrılabilirlik teziyle ilgili görüşlerine yer verilmiştir.

II. GENEL OLARAK HUKUKİ POZİTİVİZM KAVRAMI

19. ve 20. yüzyıldaki toplumsal olaylar ve bu olayların paralelinde meydana gelen düşünsel değişimler, toplumsal temelli felsefi akımların gelişiminde öncü olmuştur¹. Fransız İhtilali'ne kadarki dönemde, akıl

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivistizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, Y. 1978, s. 17. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2930.pdf>). (Erişim Tarihi: 01.03.2017).

yolu ile kavranabilen ve daha çok soyut kavramlara yönelen doğal hukuk anlayışından, 19. yüzyıl itibariyle, ‘olan hukuku’ (is) inceleme kapsamına alan hukuki pozitivismeye doğru bir eğilim ortaya çıkmaya başlamıştır².

Hukuki pozitivismeye göre felsefi sorunlar ve hukuki sorunlar birbirinden ayrı tutulmalıdır³. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iki hususun birbirinden ayrı tutulması gerektiğini savunan pozitivistler, adalet, etik, hak gibi kavramların varlığını inkâr etmezler. Hukuki pozitivismeye yön veren önemli isimlerden biri olan Hans Kelsen’in saf hukuk teorisinde de hukuk kavramı olarak, adil olup olmaması yönünde bir değerlendirilme yapılmaksızın ve “doğru hukuk nasıl olmalı” sorusuna yanıt verilmeksizin, mevcut ve ulaşılabilir hukuk inceleme konusu yapılmaktadır⁴.

Hukuki pozitivism, hukukun kaynak ve esaslarının, hukuki geçerlilik açısından insanın ve eşyanın tabiatında var olduğunu reddederek, söz konusu kaynak ve esasların insanlar tarafından konulmuş olduğunu ve içeriğini insanların dilediği biçimde oluşturduğu anlayışını ileri sürmektedir⁵. Hukuki pozitivism, doğal hukuktaki hukuki geçerlilik açısından kuralların birtakım zorunlu ahlaki unsurları içermesi gerektiği anlayışını reddetmektedir. Bu akım, hukuk kavramını ve bu kavramın uzantılarını, kanun uygulayıcıları ve vatandaşlar tarafından müşterek olarak anlaşılabilir tarzda merkezileştirerek açıklamaya çalışır⁶. Hukuki pozitivismeye göre hukuk, doğal hukuktaki gibi doğal bir olgu değil, insan yapımı bir olgudur⁷. İnsan yapımı fenomenen kasıt ise, hukukun doğal bir şey olmadığı, o ülkedeki geçerlilik esaslarına uygun bir biçimde insanlar tarafından oluşturulduğu inancıdır.

2 Keyman, s. 20.

3 Niyazi Öktem, “Hukuki Pozitivism Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977, s. 277. (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/article/viewFile>). (Erişim Tarihi: 01.03.2017).

4 Vecdi Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul 1978, s. 40.

5 Roger Bonnard, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Çev. Mehmet Ali Aybar, 15. Kitap, İstanbul 2006, s. 26.

6 Kenneth Einar Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çev. Saim Üye, 1. Bs., Ankara 2010, s. 7.

7 Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, 1. Bs., İstanbul 2011, s. 79.

Öktem ve Türkbağ, hukuki pozitivizmin bazı ilkelerini açık bir şekilde ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu kapsamda hukuki pozitivizmin önemli bir ilkesi, bağımsız bir hukuk biliminin kurulabilmesi için “olan hukukun”, olması gereken hukuktan ayrılması gerektiğidir. Başka bir ilkesi ise, etkinliği ve yaptırım gücü olmayan kuralların, hukukun konusunu oluşturmadığıdır. Yine bu ilkeyle bağlantılı olarak pozitif hukuk fiilen uygulanan hukuk olup, devletin iradesiyle açıklanabilir. Ayrıca pozitif hukukta aksiyolojik hususlardan öte, mantıksal değerlere önem verilmektedir⁸.

Çalışmamızın asıl teması olan, hukuki pozitivizmde ayrılabilirlik tezine geçmeden önce, hukuki pozitivizmde önemli bir tez olan sosyal olgu tezine de değinmek gerekir. Sosyal olgu tezine göre bir toplumdaki kurallar sistemi, sosyal bir olgu olarak açıklanabilir⁹. Sosyal olgu tezinin taşıdığı bir başka anlam ise, bir toplumdaki nihai hukuksal geçerliliğin nasıl sağlanacağı noktasındadır¹⁰. Bu tez pozitivistler tarafından farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Klasik pozitivistlerden Austin’e göre hukukun sosyal olgusunun, egemen gücün buyruklarından oluşması gerekir¹¹. Kapsayıcı pozitivistlerinden olan H. L. A. Hart’a göre ise, hukukun sosyal olgusu, tanıma kuralı denilen ilkeye dayanmaktadır¹².

III. AYRILABİLİRLİK TEZİ

A) Genel Olarak

Hukuk felsefesinde birçok tartışmaya konu olan ayrılabilirlik tezi, en genel anlamıyla, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığını ifade etmektedir¹³. Bu teze göre; bir hukuk kuralının, o ülkedeki hukuk

⁸ Niyazi Öktem/Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Bs., İstanbul 2014, s. 432-434.

⁹ Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 147. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1096/1675.pdf?show>). (Erişim Tarihi: 07.03.2017).

¹⁰ Sururi Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 11. Kitap, İstanbul 2005, s. 68.

¹¹ Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 69.

¹² Uygur, s. 147.

¹³ Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 64, Aynı yönde bkz. Himma, s. 13,.

sistemi içerisinde geçerli olup olmaması, bahsi geçen kuralın, asgari ahlaki kriterleri içerip içermemesi ile bağlantılı değildir. Ayrılabilirlik tezine göre bir kuralın geçerliliği için, söz konusu kuralın, sosyal kaynak ya da soybağı olarak ifade edilen teze göre sosyal kaynağıyla ilişkisinin kurulmasına bağlıdır¹⁴. Yani, bir hukuk kuralının geçerli olması, ancak ilgili ülkenin, kural koyma ve tanıma noktasındaki birtakım biçimsel özellikleri tamamlamasıyla birlikte mümkün hale gelir.

B) Kapsayıcı Pozitivistler ile Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma

Yukarıda belirtildiği üzere pozitivistler ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir bağ kabul etmezler. Ancak hukuk ile ahlak arasında bağ olabilme ihtimali üzerinde belirginleşen bir tartışma vardır. Bu noktada pozitivistler kapsayıcı ve dışlayıcı olarak ikiye bölünmektedirler. Bahsi geçen ayrılıkçı düşünceye neden olan hususları anlayabilmek için bağdaşım tezini açıklamamız gerekmektedir. Bağdaşım tezine göre bir normun geçerliliği, içeriksel olarak ahlaki birtakım hususları barındırmasına bağlanabilir¹⁵.

Bağdaşım tezinin, bir normun geçerliliğinin, o normun ahlaki içeriğine bağlı olması koşulunu ifade eden yeterlilik ve zorunluluk şeklinde iki bileşeni vardır¹⁶. Yeterlilik bileşenine göre bir normun geçerli olabilmesi için ahlaki olması yeterlidir. Buna göre yeterlilik bileşeni, resmen onaylanmamış bir normun ahlaki içeriği itibarıyla hukuken geçerli olabilmesine imkan tanır¹⁷. Zorunluluk bileşenine göre resmi olarak onaylanmış ve yürürlüğe girmiş bir normun hukuken geçerli olabilmesi için içeriğinin ahlak bağlamında birtakım ilkelerle uyumlu olması gerekir¹⁸. Bu kapsamda zorunluluk bileşeni, resmi görevlilerce yürürlüğe konmuş hukuk kurallarına ahlaki nitelikte sınırlama getiren bileşen olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bağdaşım tezi, ahlak temelli

14 Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 65.

15 Himma, s. 31.

16 Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Y. 2004, s. 6.

17 Himma, s. 31, Ayrıca bkz. Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk” s. 7.

18 Himma, s. 162, Ayrıca bkz. “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 7.

hukuk sistemlerinin birtakım pozitivistlerce açıklanabilmesini sağlaması açısından önem arz etmektedir.

Yukarıda anlatıldığı gibi bağdaşım tezinin her iki bileşeni de ahlakla ilgili olması bağlamında pozitivistler arasında tartışmaya neden olmaktadır. Kapsayıcı pozitivistler olarak adlandırılan H.L.A. Hart, Jules Coleman, W.J. Waluchow, Matthew Kramer gibi yazarlar hukuki geçerlilik için birtakım ahlaki kriterlerin olabileceğini savunmaktadırlar¹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, kapsayıcı pozitivistlerin ahlaki kriterlerin varlığını savunuyor olması, onların hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın varlığını kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. İki kavram arasında muhtemel bağ olabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

Dışlayıcı pozitivistlerden Joseph Raz, Scott Shapiro ve Andrei Marmor gibi yazarlar ise tanıma normuna ahlaki kriterlerin konulmasına karşı gelerek sadece kaynağa ya da soybağı tezine göre belirlenmesi gerektiğini düşünmektedirler²⁰. Bu durumda dışlayıcı pozitivistlerin, ayrılabilirlik tezinin katı savunucuları olduğu söylenebilir.

IV. DÜŞÜNÜRLERİN AYRILABİLİRLİK TEZİ İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

A) Hans Kelsen

1881-1973 yılları arasında yaşamış olan ve Yeni Kantçı olarak adlandırılan düşünür, hukukun bilimselliğine ilişkin olarak, hukuk ile ilgili kullanılan metotların bilime yakışmadığından bahisle yeni hukuk biliminin kurulması maksadıyla çalışmalar yapmıştır. Kelsen, hukuku metajüridik (hukuk ötesi) öğelerden arındırarak, hukukun saf bir karakteri olduğunu ileri sürmüştür²¹. Hukukun diğer alanlardan ayrıştırılıp, ayrı bir bilim dalı olarak incelenmesi gerektiğini savunmuştur²². Saf hukuk teorisi adı verilen sistemi, bu mülazahazalarla kurmuştur. Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuk bilimi, politikanın, ahlakın ve diğer bilim dallarının yansımalarına kapalı olmalıdır.

19 Himma s. 9.

20 Himma, s. 9.

21 Aral, s. 1 vd.

22 Yasemin Işıkaç, *Hukuk Felsefesi*, 3. Bs., Şubat 2010, s. 286.

Hukukun inceleme alanına “olması gereken” (ought) kavramı değil, “olan” (is) kavramı girmektedir. Bu kapsamda Kelsen, adalet, vicdan, hakkaniyet gibi önemli ahlaki terimleri bir yana bırakıp, mevcut hukuk ne ise onu incelemiştir. Ayrıca Kelsen’e göre bütün hukuk sistemlerinde görülen ortak kurum ve kavramlar incelenmeye değerdir.

Kelsen’e göre adaletin göreceli olduğu ve adil olanın kesin olarak saptanmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla adaleti tespit etmenin beyhude bir çaba olduğu söylenebilir. Düşünür makalesinde belirttiği üzere,

“Eğer düşünce tarihi bir şey ispatlamışsa, bu da rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını ki bu insan davranışı standardı, tek adil standart ve karşıt standardın da adil olabileceğini dışlayan bir standart olarak anlaşılır- kurmaya yönelik çabaların boşuna olduğudur. Eğer geçmişin entelektüel deneyiminden öğrenebileceğimiz bir şey varsa, o da sadece göreceli değerlerin insan aklınca ulaşılabilir olduğudur, yani bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme, karşıt değerlendirmenin mümkün olduğunu dışlama iddiasıyla yapılamaz. Mutlak adalet, irrasyonel bir idealdir ya da aynı anlama gelen, bir yanılısamadır; insanlığın ebedi yanılısaması. Rasyonel kavrayış perspektifinden insanların sadece çıkarları ve bu nedenle çıkar çatışmaları vardır. Bu çatışmaların çözümü ya bir çıkarı diğeri pahasına tatmin etmekle ya da çatışan çıkarlar arasında bir uzlaşmayla sağlanır. Sadece biri ya da diğerrinin adil çözüm olduğunu kanıtlamak mümkün değildir. Bazı koşullar altında biri, diğer koşullar altında öteki adil olabilir. Eğer toplumsal barışın nihai amaç olduğu düşünülürse ve sadece o zaman, uzlaşmaya dayalı çözüm adil olabilir, fakat barışın adaleti, sadece görece, yani mutlak olmayan bir adalettir.”²³

Bu durumda Kelsen açısından hukuk; objektif bir niteliğe karşılık gelirken, adalet kavramı sübjektif bir değer yargısı olarak nitelendirilebilir.

Kelsen’ in sisteminde her norm kendisinden önceki üst norma bağlı olarak meydana gelmiştir. Eğer bir normun üstündeki norm geçerli ise, onun altı olan norm da geçerliliğini koruyacaktır. Bu şekilde oluşan normlar hiyerarşisinin üstünde temel norm adını verdiği varsayımsal bir

²³ Hans Kelsen, “What is Justice?”, Çev. Ali Acar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. Temmuz-Ağustos 2013, s. 451-452. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1301>). (E. T. 22.03.2017).

norm bulunmaktadır. Dolayısıyla Kelsen'in teorisinde hukuki geçerlilik adalet gibi soyut kavramlara bağlı olmayıp, alt normun üst norma uygunluğunu ifade etmektedir. Bir normun geçerliliği aşağıdaki şartların varlığıyla paralellik arz etmektedir²⁴:

1. *Normun içerisinde bulunduğu hukuk sisteminin geçerli olması,*
2. *Normun düzenlenmesine neden olan ve hukuk sistemi açısından geçerli bir durumun varlığı,*
3. *Normun, mevcut hukuk sisteminde başka bir norm tarafından kaldırılmaması.*

Kelsen' e göre bir normun geçerli olup olmamasına, ilgili ülkenin anayasasına bakarak karar verilebilecektir²⁵. Eğer anayasaya göre geçerliyse, bu anayasaya uygun olarak çıkartılmış kanunlar da geçerli olacaktır²⁶. Belirtilen şekilde şekli şartlara uygun olan norm, *global etkililik* ve *minimum etkililik* şartlarını da sağlamalıdır²⁷. Global etkililikten kasıt, ilgili normun, dahil olduğu hukuk sisteminin etkili olmasıdır. Bireyler mevcut hukuk düzenine itaat ediyorsa, o hukuk sisteminin global etkililiğinden söz edilebilir. Minimum etkililikten kasıt ise, anayasal düzene uygun olarak ihdas edilen normun en azından bir süre uygulanmış ve norma itaat edilmiş olmasıdır. Bir norm uzun bir müddet etkili nitelikte olmazsa artık geçerliliğinden de bahsedilemeyecektir²⁸.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Kelsen'in yaptığı değerlendirmeler, ayrılabilirlik tezi açısından değerlendirilecek olursak, hukuku normlara indirgeyen Kelsen'in, hukuk sistemini ahlakla ilişkilendirerek açıklamasının imkansız olduğunu ifade edebiliriz. Pozitivizmin temelinde olan ahlak-hukuk ayrımı Kelsen' in sisteminde sert bir şekilde ortaya konmuştur. Hukuk için önemli olan husus, bir normun geçerli ve etkili olup olmamasıdır²⁹. Geçerli ve etkili bir hukuk kuralının ahlaki olmadığından yürürlükten kaldırılması, Kelsen'in normativizme dayanan pozitif hukuk anlayışına uygun değildir. Hukuk

²⁴ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Bs., Ankara 2015, s. 316.

²⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, 1. Bs., İstanbul 2016, s. 77.

²⁶ Kelsen, s. 77.

²⁷ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998, s. 102.

²⁸ Gözler, s. 86.

²⁹ Öktem/ Türkbağ, s. 451.

kuralları ve ahlak kuralları birbirinden bağımsızdır. Hukuk kuralının içeriğinin ahlaki olması ya da olmaması hukuk biliminin konusunu oluşturmaz. Kelsen' e göre hukuk, ahlak dahil, metafiziğin her türlü dalından farklılaştırılıp saf bir biçimde ortaya konmalıdır.

B) Jeremy Bentham

İngiliz Faydacı Okulu' nun önemli temsilcilerinden biri olan J. Bentham aynı zamanda İngiliz analitik pozitivizminin de önde gelen isimlerinden birisidir. Bentham' ın yaklaşımı analitik pozitivizmin içerisinde iradeci pozitivist olarak da adlandırılır³⁰. Bentham doğal hukukun karşısında yer almaktadır³¹.

J. Bentham'ın hukuk teorisi, faydacı ahlak anlayışı ve hukuki pozitivizm kavramları birlikte değerlendirerek açıklanabilir. Bentham, hazzı bir ahlak anlayışını savunmuştur. Ona göre haz veren herşey iyidir ve hazlar arasında hiyerarşik bir üstünlük söz konusu değildir. Bir eylemin ahlaki değeri ise hazzın verdiği ölçüyle doğru orantılıdır ve hiçbir haz bir diğerinden nitelik olarak üstün değildir³². İnsanın mutluluğuna ve çıkarlarına aykırı ahlaki görevlerin varlığı savunulamaz³³. Ahlak felsefesinde iyi ya da kötü kavramları, bireyin duyduğu haz ya da acıyla değerlendirilebilir³⁴. Birey bir şeyden haz duyuyorsa iyidir, buna karşılık bir şeyden acı duyuyorsa bu kötüdür. Haz, bireyin hareketinin ahlaki niteliğini saptamada kullanılan yegâne araçtır. Jeremy Bentham'ın sisteminde bireylerin temel amaçları mutlu olmaktır ve bunun için haz duymaları ve acıdan imtina etmeleri gerekir. Bir toplumun ahlak ve hukuk düzeni bireylerin mutluluğunu sağlamalıdır³⁵. Yukarıda belirtildiği gibi haz veren şeyin bireyi mutlu etmesi hukuk düzeni için yeterlidir.

30 Sururi Aktaş, Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 260-262, Ayrıca bkz. Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University, Press 2009, s. 30-32, Leslie Green, *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy. (<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>). (E. T. 26.04.2017).

31 Işıktaç, s. 224.

32 Güriz, s. 241.

33 Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara 1963, s. 37.

34 Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara 2009, s. 231.

35 Adil İzveren, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1988, s. 53-54.

Jeremy Bentham' a göre “Özel ahlâkın amacı mutluluktur ve yasamanın da bundan başka amacı olamaz. Özel ahlâk her üyesinin, yani söz konusu olabilecek herhangi bir toplumun her üyesinin mutluluğu ve eylemleri ile ilgilenir ve yasamanın da bundan başkasıyla ilgilenmesi söz konusu olamaz. Şu ana kadar, öyleyse, özel hukuk ve yasama sanatı el ele gitmektedir. Göz önünde bulundurdıkları veya bulundurmamak zorunda oldukları amaç aynı doğaya sahiptir.”³⁶ Hukuk, toplumsal mutluluk ve düzeni sağlamaya yönelik bir araçtır³⁷. Bireylere hukuk düzeni tarafından sağlanan haklar, mutluluklarını sağlamaya yönelik olup, hukuk tarafından düzenlenmeyen alanlarda bireylerin hareket alanı, bir başka bireyin acısı ile sınırlandırılmıştır. Ancak yukarıda anlatmaya çalıştığımız gibi, Bentham'ın faydacı ahlak anlayışını savunmasına rağmen onun iradeci hukuk teorisi açısından yürürlüğe konulan kuralın iyi ya da kötü olması bir başka deyişle yararlı ya da zararlı olması kuralın geçerliliğine etki etmez.

Bentham'ın hukuk tanımına göre³⁸ “Hukuk, hükümler güç tarafından vazedilen veya benimsenen ve hükümler gücün egemenliği altındaki insanların davranışlarını düzenleyen kurallar bütünüdür.” Tanımdan anlaşılacağı üzere Bentham, hukuku egemen güce dayandırarak, hukuk tanımında adalet ve ahlak gibi kavramlara yer vermemiştir. Egemen güç, kuralların ihlali halinde yaptırım hakkına sahip mutlak iktidardır. Hukukun güvenliği ilkesi son derece önemli olup, söz konusu ilke ancak kaynağı belli olan egemen güç tarafından, yazılı hukuk kurallarının öngörüldüğü ve var olduğu bir sistemde sağlanabilir³⁹. Egemen gücün hukuksal sınırları yoktur ve egemen güç toplumun mutluluğunun gerektirdiği her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir⁴⁰. Ayrıca bireyler sosyal sözleşmede kabul edildiği şekilde doğuştan bazı temel hak ve özgürlüklere sahip değildir. Ona göre

36 Jeremy Bentham, “Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (Introduction to Principles of Ethics and Legislation)”, Çev: Aysel Doğan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, Y. 2008, s. 389. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16544.pdf>). (E. T. 24.03.2017).

37 Uslu, s. 231.

38 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 247.

39 Aysen Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 1. Bs., İstanbul 2013, s. 96.

40 Işıқтаç, s. 225.

doğal haklar, “*hukukun çocukluk hastalığı, ayağı yere basmayan saçmalıklar*” niteliğindedir⁴¹.

Yukarıda verilen bilgileri ayrılabilirlik tezi bağlamında özetlemek gerekirse, Bentham’ın hukuk teorisi, iradeci hukuki pozitivist çerçevede değerlendirilir. Hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması denildiğinde ilk akla gelen isimlerin başında Jeremy Bentham gelmektedir. Bentham, doğal hukuku sert bir biçimde eleştirerek, hukuk sisteminde ahlak kavramına yer vermemiştir. Asıl amaç hazza dayalı toplum mutluluğunu ve düzenini sağlamaktır⁴². Egemen güç, kanunları koyar ve yaptırım gücüyle uymayanları cezalandırır. Ona göre kanunların geçerliliğinin ahlakilik kriteriyle bağlantısı olmayıp, ahlak ve hukuk kavramları birbirinden ayrı olarak düşünülmelidir.

C) Joseph Raz

Joseph Raz, pratik akla dayanan bir hukuk sistemi anlayışını savunan, analitik felsefeye önemli katkılarda bulunan hukukçulardandır. Ayrıca Raz, dışlayıcı pozitivistler arasında değerlendirilmektedir. Raz’ın hukuk sistemi ahlaki değerlerden uzak ve normatif nitelikte olup, ayrılabilirlik tezi açısından dışlayıcı pozitivist olması yönüyle büyük önem arz etmektedir.

Raz’da hukuk sistemleri, otorite kavramları üzerine inşa edilmiştir. Raz’ a göre otorite, meşru ve fiili otorite; fiili otorite de pratik ve teorik otorite şeklinde sınıflandırılır⁴³. Raz için önemli olan, pratik otoritenin, hukuksal geçerlilik açısından diğer tüm nedenlerden üstün bir karakterde olmasıdır. Otorite, bireyleri bir araya getiren unsur olup normatif karakterdedir⁴⁴. Raz, otorite kavramını açıklarken üç tezden faydalanmaktadır; bağımlılık tezi, normal haklılaştırma tezi, üstünlük tezi⁴⁵.

41 Uslu, s. 230.

42 Ülker Yükselbaba, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick*, İstanbul 2016, s. 35.

43 Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 2.

44 Halit Uyanık, *Joseph Raz’ da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Y. 2007, s. 135 vd. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>). (E. T. 14.04.2017).

45 Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, s. 3.

1. Bağımlılık tezi: Bütün emirler, emirlerin muhatabı olan bireyleri ilgilendiren nedenlere dayanmalıdır. Bu nedenler 'bağımlı nedenler' olarak da nitelendirilir⁴⁶.

2. Normal haklılaştırma tezi: Bir bireyin başkaları üzerinde otorite sahibi olup olmadığını tespit etmenin normal yolu, muhatabın dikkate aldığı yargıların kendi yargıları olmayıp, otoritenin yargısı olması ve bunun neticesinde haklı nedenlerin gerektirdiği şekilde davranma ihtimalinin daha yüksek olmasıdır⁴⁷.

3. Üstünlük tezi: Bireyin bir davranışı gerçekleştirmesini, bütün sebeplerin ötesinde yalnızca otoritenin varlığıyla açıklamaktadır. Otorite buyrukları haricinde diğer tüm sebepleri dışlamaktadır. Bu tezde birey, kendi davranışlarının değerlendirmesini yapmaktan imtina edip, tam anlamıyla otoritenin emirleriyle sınırlı kalmaktadır⁴⁸.

Hukuk ile ahlak ilişkisine yönelik olan tartışmalarda üç farklı tez ileri sürülmüştür⁴⁹; kaynak temelli tez, dahil edicilik tezi, tutarlılık tezi. Dahil edici tez yukarıda da ifade edildiği üzere Hart tarafından ileri sürülen hukuk ile ahlak arasında olumsal bir bağlantının olduğu tezidir. Tutarlılık tezi Ronald Dworkin tarafından savunulan tez olarak değerlendirilmiştir. Bu teze göre hukuk ile ahlak arasında yakın bir bağ olup; hukuki gerekçelendirme, ahlak ile birlikte yapılmaktadır⁵⁰. Son olarak kaynak temelli tez ise Joseph Raz tarafından ileri sürülen tezdir. Raz, hukuk ile ahlak kavramlarını açıklarken otorite temelli bir sistem savunmaktadır⁵¹. Bu kapsamda Raz'ın kaynak temelli tezi, hukuk sisteminin varlığını sübjektif değerlendirmelerden uzak olarak, yalnızca kuralın kaynağı itibarıyla açıklamaktadır. Raz, Hart'ın dahil edicilik tezi ve Dworkin'in tutarlılık tezini eleştirmiştir.

Raz'ın kaynak temelli tezi, hukuk kurallarının sosyal kaynağıyla ilgilenmektedir. Ahlaki yargılar, otoritenin koyduğu kaynak temelli

46 Uyanık, s. 160.

47 Uyanık, s. 161-164; Ayrıca bkz. Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 3.

48 Himma, s. 126; Ayrıca bkz. Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 3.

49 Uyanık, s. 140 vd.

50 Uyanık s. 141.

51 Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 1.

kurallardan farklıdır. Raz, hukuksal geçerlilik açısından biçimsel şartlara bağlı kalarak diğer unsurları reddetmiştir. Hukuk ile ahlak arasında sert bir çizgi çizmesi itibarıyla hukuk ile ahlakın birbirinden bağımsız olduğunun üzerinde durmuştur⁵². Raz'a göre hukuk otorite temellidir. Dolayısıyla kurallar ahlak kavramı ile değil otorite kavramıyla açıklanabilir⁵³.

D) H. L. A. Hart

1907-1992 tarihleri arasında yaşamış olan Hart, hukuk felsefesine önemli katkılarda bulunmuş bir hukuk profesörüdür. Hart, genel tartışmalarını hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönlendirmesi dolayısıyla, ayrılabilirlik tezi açısından önem arz etmektedir. Hart, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ayrımında ılımlı pozitivistler arasında değerlendirilmektedir⁵⁴.

Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye yönelik olarak Hukuk, Özgürlük ve Ahlak adlı kitabında dört soru sorarak, bu sorulara verdiği yanıtlarla değerlendirmelerini yapmıştır. Değerlendirilen sorular şu şekildedir⁵⁵:

1. *Hukukun gelişiminin ahlak kurallarıyla bağlantısı var mıdır?*
2. *Hukukun tanımını yaparken, ahlaka ilişkin hususlara değinilmesi gerekir mi? (Başka bir anlatımla, hukuk ile ahlak kavramlarının içeriklerinin hak, yükümlülük, ödev kapsamında sıklıkla örtüşmesi tesadüf müdür?)*
3. *Bir hukuk kuralının geçerli olmasının kabulü durumu, o kuralın ahlaki ölçütlere ya da ilkelere göre eleştirilmesine engel midir?*
4. *Belli bir davranışın ortak kanaat neticesinde ahlaka aykırı olması durumunda, bu davranışın hukuken yaptırma tabi tutulması meşrulaştırılabilir mi? (Tek başına ahlaksızlık olma durumu, hukuki yaptırma tabi tutulabilir mi?)*⁵⁶

52 Uslu, s. 249.

53 Uslu, s. 250.

54 Himma, s. 13.

55 H. L. A. Hart, *Hukuk, Özgürlük, Ahlak*, Çev. Erol Öz, 3. Bs., Ankara 2014, s. 13 vd.

56 Hart, s. 15.

Hart'a göre hukuk ile ahlak kavramlarının sınırlarının çizilmesi gerekir⁵⁷. Ancak katı pozitivistler gibi hukuk ile ahlak arasında sert bir ayırım koymamaktadır. Hart, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olmamakla birlikte hukuk kurallarının birtakım asgari içeriklere sahip olmasının hukuk sisteminin varlığı için önemli olduğunu söyler. Belirmek gerekir ki, Hart'ın doğal hukukun asgari içeriğinin ölçüsünü oluşturan ilkeleri savunması, onun hukuki pozitivist kimliğine bir zarar vermez. Hart'a göre insanlar yaşama amacına yönelik varlıklar olup, insan yaşamını doğrudan etkileyen hukuk ve ahlakın da bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. Bu kapsamda hukuk ile ahlakın ortak bir içeriğe sahip olması kaçınılmaz hale gelir⁵⁸. İnsanlara yönelik olan ortak içerik, hukuk ve ahlakın ortak ölçütüdür. Dolayısıyla Hart'a göre hukuk ile ahlak arasında yakın bir ilişki olduğu söylenebilir. Ancak Hart, hukukun zorunlu olarak ahlaka dayanması gerektiğini savunmaz.

Hart'ın hukuk teorisinde birincil ve ikincil kurallar vardır⁵⁹. İlkel topluluklarda var olan birincil kurallar, bireylerin toplum halinde yaşamasını sağlayacak ödev ve yükümlülüklerle ilişkindir. Daha gelişmiş, modern toplumlarda ise birincil kuralların yanında ikincil kuralların varlığı da gözlemlenmektedir. İkincil kurallar, birincil kuralların yapılışını ve içeriğini belirleyici niteliktedir⁶⁰. Resmi yetkililere hitap eden ikincil kurallar; tanıma, değiştirme ve muhakeme normlarından oluşmaktadır⁶¹. Konumuz açısından önem arz eden ikincil norm tanıma normudur. Tanıma normu; hukuk kurallarının sosyal bir olgu olmasıyla ilişkili olmasının yanı sıra, bir hukuk sisteminde nelerin hukuk kuralı olup nelerin olmayacağını tespitini ifade eder⁶². Yani kuralların geçerlilik kriterlerini belirler. Hart'ın hukuk sistemine göre tanıma normunda, hukuk kuralının geçerliliğini sağlayabilmek için ahlaki

57 Işıқтаç, s. 344.

58 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, İstanbul 2005, s. 63.

59 Işıқтаç, s. 350.

60 Sedat Yazıcı, *Felsefeye Giriş*, 6. Bs., İstanbul 2016, s. 301.

61 Işıқтаç, s. 351.

62 Uygur, s. 148.

kriterlere başvurulabilir⁶³. Ancak buradaki ahlaki kriterlere başvuru zorunlu değil, ihtiyaridir. Şayet zorunlu olduğunu ileri sürseydi, hukuksal pozitivismden ayırık düştüğü söylenebilirdi. Tanıma normuna uygun olan kurallar, hukuk sistemi içinde geçerli olurlar.

Yukarıdaki açıklamalar itibariyle, Hart'ın, ayrılabilirlik tezi bağlamında kapsayıcı pozitivistler içerisinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Hart, pozitivist çerçevede her ne kadar hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ olduğunu kabul etmese de, iki kavram arasında olumsal (rastlantısal) bir bağlantı olduğunu ileri sürmektedir. Kuralların iyi ya da kötü olması geçerliliğe herhangi bir etkide bulunmaz⁶⁴.

V. SONUÇ

Hukuk felsefesinde hukuki pozitivism ve doğal hukuk ekseninde belirginleşen tartışmalar geçmişten bugüne varlığını muhafaza etmektedir. Hukuki pozitivism, sunduğu tezler itibariyle doğal hukukun temel dayanaklarına karşı gelmektedir. Genel kabul gören şekliyle hukuki pozitivism, sosyal olgu ve ayrılabilirlik tezi ile açıklanmaktadır. Sosyal olgu tezine göre hukuk sosyal bir fenomen olup, hukuksal geçerlilik sosyal olgular ile açıklanmaktadır. Sosyal olgu tezi, Austin ve Bentham gibi geleneksel pozitivistlerde egemen gücün buyrukları olarak tezahür etmektedir. Hukuk sistemleri bu çerçevede yalnızca egemen gücün buyruklarından ibaret olarak düşünülmektedir. Kapsayıcı pozitivistler açısından ise sosyal olgu tezi, daha farklı bir şekilde tezahür etmektedir. Örneğin Hart açısından sosyal olgu, tanıma normunun kabulüdür. Hart'ın sisteminde ikincil kurallar içerisinde değerlendirilen tanıma normu, bir kuralın ilgili hukuk sisteminde geçerli olup olmayacağına ilişkin temel kriterleri belirleyen normdur.

Ayrılabilirlik tezi ise en genel anlamıyla hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğu görüşünü reddetmektedir. Bir hukuk kuralının geçerliliği, kuralın uygulandığı hukuk sistemindeki birtakım biçimsel özellikleri taşıması ile ilgilidir. Bu bağlamda, ayrılabilirlik tezine göre ahlaki kriterler değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Çünkü hukuk başka, ahlak başka bir kavramdır.

Diğer tezlerde de olduğu gibi bu çalışmanın konusunu oluşturan ayrılabilirlik tezinde de görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu kapsamda Hans

⁶³ Aktaş, “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, s. 66.

⁶⁴ Işıқтаç, s. 350.

Kelsen, hukukun saflaştırılmasından bahisle saf hukuk teorisini savunmuştur. Saf hukuk teorisinden kasıt, hukuk kurallarının ahlak ve bunun gibi her türlü metafizik kavramdan arındırılmasıdır. Hukuk kuralları, normlar hiyerarşisi içerisinde, her kuralın kendisinden önceki kuralın varlığına bağlı olarak oluşmaktadır. Normlar hiyerarşisinin tepesinde ise hukuki pozitivizmin mantığıyla bağdaşmayan varsayımsal bir norm mevcuttur. Başka bir düşünür olan Jeremy Bentham açısından, hukuk ile ahlak kavramları arasında zorunlu bir bağ yoktur. Egemen gücün buyrukları ve yaptırım gücünün varlığı, hukuk sistemini açıklamak için yeterlidir. Ahlak, dikkate alınması gereken bir husus değildir. Başka bir düşünür olan Hart açısından ise hukuk kuralları için ahlaki kriterlere başvuru zorunlu nitelikte değildir, ihtiyari niteliktedir. Son olarak Joseph Raz açısından hukuksal geçerlilik, kuralların kaynağı ile ilgilidir. Ahlak, hukuk kuralları belirlenirken dikkate alınması gereken bir husus değildir.

Belirtmek gerekir ki, hukuk ile ahlak kavramları farklı kavramlardır; ancak farklı kavramlar olmaları birbirleriyle etkileşim halinde olmayacakları anlamına gelmemektedir. Hukuk ile ahlak kavramlarının birbirlerinden etkilendiklerini savunmak, pozitivizmin varlığına halel getirmez. Pozitivizmin gerektirdiği hukuksal geçerlilik koşullarını sağlayan kuralların ahlaki olması, toplumu bir arada tutan kurallar sisteminin uzun ömürlü olacağına karine teşkil eder.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi; “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Y. 2004.

AKTAŞ, Sururi; “Hukuksal Geçerlilik Sorunu”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 11. Kitap, İstanbul 2005.

AKTAŞ, Sururi; “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, Y. 2000.

AKTAŞ, Sururi; *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, 1. Bs., İstanbul 2011.

ARAL, Vecdi; *Kelsen’ in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul 1978.

BENTHAM, Jeremy; “Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (Introduction to Principles of Ethics and Legislation)”, Çev. Aysel Doğan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 4, Y. 2008.

BONNARD, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk” , *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Çev. Mehmet Ali Aybar, 15. Kitap, İstanbul 2006.

FURTUN, Ayşen; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 1. Bs., İstanbul 2013.

GÖZLER, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998.

GREEN, Leslie; *Legal Positivism*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

GÜRİZ, Adnan; *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara 1963.

GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, 11. Bs., Ankara 2015.

HART, H. L. A.; *Hukuk, Özgürlük, Ahlak*, Çev. Erol Öz, 3. Bs., Ankara 2014.

HİMMA, Kenneth Einar; *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, Çev. Saim Üye, 1. Bs., Ankara 2010.

IŞIKTAÇ, Yasemin; *Hukuk Felsefesi*, 3. Bs., Şubat 2010.

İZVEREN, Adil; *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1988.

KELSEN, Hans; “What is Justice?”, Çev. Ali Acar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. Temmuz-Ağustos 2013.

KELSEN, Hans; *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, 1. Bs., İstanbul 2016.

KEYMAN, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, Y. 1978.

ÖKTEM, Niyazi; “Hukuki Pozitivizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 43, S. 1-4, Y. 1977.

ÖKTEM, Niyazi / Türkbağ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Bs., İstanbul 2014.

RATNAPALA, Suri; *Jurisprudence*, Cambridge University, Press 2009.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, İstanbul 2005.

USLU, Cennet; *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara 2009.

UYANIK, Halit; *Joseph Raz’ da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Y. 2007.

UYGUR, Gülriz; “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003.

YAZICI, Sedat; *Felsefeye Giriş*, 6. Bs., İstanbul 2016.

YÜKSELBABA, Ülker, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick*, İstanbul 2016.

Özel Hukuk

SAĞ KALAN EŞ AÇISINDAN MİRASTA DENKLEŞTİRME*

*Prof. Dr. Cem BAYGIN***

*Arş. Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR****

I. GİRİŞ

Mirasbırakan, henüz hayattayken yasal mirasçılarında birine veya birkaçına karşılıksız kazandırmalarda bulunmuş olabilir. Bu şekilde mirasbırakanın sağlığında malvarlığından çıkmış olan bazı sağlararası karşılıksız kazandırmalar, mirasın paylaşılmasında hesaba katılmadığı takdirde, yasal mirasçılar arasında denkliğin ve eşitliğin korunması esasına aykırı sonuçlarla karşılaşılır. Zira böyle bir durumda, mirasbırakandan bir sağlararası karşılıksız kazandırma edinmiş olan yasal mirasçı, bu kazandırmayı muhafaza etmekle birlikte, mirasbırakanın terekesinden kendi miras payına düşen miktarı da diğer yasal mirasçılarla arasında bir fark bulunmaksızın elde edebilir. Şüphesiz ki bu sonuç, mirasbırakandan bir sağlararası karşılıksız kazandırma edinen mirasçıya, diğer yasal mirasçılara nazaran avantaj sağlar¹. Hakkaniyete aykırı böyle bir sonucu önleme amacı taşıyan mirasta denkleştirme (iade²), mirasbırakanın hayattayken yasal mirasçılarında birine ya da bazılarında miras paylarına mahsuben malvarlığından yapmış

* Bu makale, 25.7.2017 tarih ve 30134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Erzincan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin 51. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen yazarlar (danışman öğretim üyesi ve doktora öğrencisi) tarafından, “sağ kalan eşin mirasçılığı” başlığını taşıyan doktora tezi çalışmaları kapsamında hazırlanmıştır.

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

*** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

1 **Gamze Turan Başara**, *Miras Hukukunda Denkleştirme*, 1. bs., Ankara 2013, s. 1.

2 743 sayılı eski Medeni Kanun’un ilgili hükümlerinde (eMK. m. 603-610) mirasta “denkleştirme” yerine, mirasta “iade” kavramı kullanılmıştır.

olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmalarının, mirasın paylaşılması aşamasında dikkate alınmasına imkân tanır³. Denkleştirmeye tâbi sağlararası karşılıksız kazandırmalar olarak ifade edilen bu kazandırmaların, terekeye geri dönmesi ve mirasın paylaşılmasında hesaba katılması (TMK. m. 669) böylelikle mümkün olmuş ve yasal mirasçılar⁴ arasında hakkaniyete uygun bir eşitlik sağlanmaya çalıřılmıştır⁵. Bir tür hesaplaşma ve miras paylarının denkleştirilmesi

-
- 3 **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, *Mirasta İade Meşhumu ve Mirasin İadeye Tabi Kazandırmaları*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1960, s. 125; **O. Gökhan Antalya**, *Miras Hukuku*, 3. bs., İstanbul 2015, s. 451.
- 4 Türk-İsviçre hukukunda denkleştirme yükümlülüğü, yasal mirasçılar için öngörölmüşken (TMK. m. 669/f.1 – ZGB. Art. 626/Abs. 1); Alman hukukunda yalnızca mirasbırakanın altsoyu için denkleştirme yükümlülüğünden söz edilmektedir (BGB § 2050 vd.). Bu yönde, bkz. **Dietmar Weidlich**, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7*, 74. Auflage, München 2015, s. 2332-2333; **Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker**, *Erbrecht*, 26. Auflage, München 2014, s. 310-311; **Reinhard Zimmermann**, *Intestate Succession in Germany*, Kenneth G C Reid/Marius J De Waal/Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law Intestate Succession (181-223)*, 1. ed., New York 2015, s. 206; **Zahit İmre/Hasan Erman**, *Miras Hukuku*, 11. bs., İstanbul 2015, s. 517. BGB § 2050/Abs. 1 hükmüne göre, yalnızca altsoy için söz konusu olabilen mirasta denkleştirmenin konusu, tesis masrafı (*Ausstattung*) olarak ifade edilen çeyiz ya da altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanmasına veya genişletmesine yönelik olan (kuruluş sermayesi) karşılıksız kazandırmalardır (BGB § 1624/Abs. 1). BGB § 2050/Abs. 2 hükmünde ise, olağan düzeyin açılması kaydıyla; altsoya gelir olması için yapılan yardımlar ve meslek kazanması için yapılan zorunlu öğrenim masraflarının denkleştirmeye tâbi olacağı ifade edilmiştir. BGB § 2050/Abs. 3 hükmünde, yukarıdaki iki fıkrada sayılanlar dışında altsoya yapılan karşılıksız kazandırmaların, ancak mirasbırakanın iradesiyle (iradi) denkleştirmeye tâbi olabileceği düzenlenmiştir. Aynı yönde, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *İade*, s. 28.
- 5 **Fikret Eren**, “Mirasta İade”, *AD*, Y. 54, S. 3-4, Mart-Nisan 1963, s. 340; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras Hukuku*, 3. bs., İstanbul 1987, s. 438; **Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş**, *Miras Hukuku*, 9. bs., Ankara 2015, s. 563-564; **Rona Serozan/Baki İlkey Engin**, *Miras Hukuku*, 4. bs., Ankara 2014, s. 641-642; **Bilge Öztan**, *Miras Hukuku*, 6. bs., Ankara 2014, s. 506; **K. Nuri Turanboy**, *Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara 2010, s. 29; **Mehmet Ayan**, *Miras Hukuku*, 8. bs., Konya 2015, s. 316; **Ali İhsan Özüğür**, *Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*, 5. bs., Ankara 2015, s. 397; **Tülay Aydın Ünver**, “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları”, *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, İstanbul 2011, s. 112; **Necati Şükrü Bayramoğlu**, *Türk Miras Hukukunda Denkleştirme*, (Danışman: Prof. Dr. Hasan Ayrancı), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 9; **Erhan Günay**, *Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, 1. bs., Ankara

niteliği taşıyan bu imkânın, yasal mirasçılığın bir yardımcısı ve tamamlayıcısı⁶ olduğu söylenebilir⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 669 hükmüne göre; “*yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler (f.1). Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir*⁸ (f.2).” Mirasbırakanın yasal mirasçısı olan sağ kalan eşin denkleştirme yükümlüsü ve alacaklısı olması konusunda, eşin hangi zümreye dâhil kan hısımlarıyla⁹ birlikte mirasçı olduğu, kritik bir önem taşır. Şöyle ki, sağ kalan eşin, mirasbırakanın ikinci veya üçüncü zümre mirasçıları ile birlikte mirasçılığı halinde, onun denkleştirme yükümlüsü ve alacaklısı olması bakımından kayda değer bir nokta yoktur. Hâlbuki birinci zümreyle yani mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olan sağ kalan eşin denkleştirmedeki durumu öğretide tartışmalıdır. Zira Türk-İsviçre kanun koyucusu, altsoy için kanuni bir denkleştirme yükümlülüğü öngörmüşken (TMK. m. 669/f.2 - ZGB. Art. 626/Abs. 2), sağ kalan eş bu kapsamda zikretmemiştir. Dolayısıyla altsoyun kanuni denkleştirme

2015, s. 64; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 125; **İmre/Erman**, s. 512; **Antalya**, s. 451; **Turan Başara**, s. 5. “*Mirasta denkleştirme mirasçılarının mirasın sağlığında muristen karşılıksız olarak aldığı mal ve kıymetlerin geri alınarak miras taksiminde tereke içerisinde yer almasıdır.*” Bkz. Yarg. 14. HD. 9.3.2016 T., E. 2015/10596, K. 2016/3015, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

6 Denkleştirmeye ilişkin TMK. hükümleri, emredici hukuk kuralı niteliğinde değil, tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliğindedir. Zira mirasbırakanın iradesiyle sağlararası karşılıksız bir kazandırma (iradi) denkleştirmeye tâbi olabileceği gibi (TMK. m. 669/f.1), denkleştirmeye tâbi olması gereken bir kazandırma da mirasbırakanın aksi yöndeki irade beyanıyla (kanuni) denkleştirmeden muaf tutulabilir (TMK. m. 669/f.2). Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 4.

7 **İmre/Erman**, s. 516.

8 Bkz. Yarg. 14. HD. 20.3.2017 T., E. 2015/17895, K. 2017/2125, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 10.10.2017).

9 Sağ kalan eş, kan hısımları dışında, mirasbırakanın evlâtlığı veya onun altsoyu ile birlikte de (TMK. m. 500) mirasçı olabilir. Dolayısıyla, evlâtlık veya altsoyu da mirasbırakanın yasal mirasçısı olarak mirasta denkleştirmenin tarafı olabilir. Bkz. **Mustafa Dural/Turgut Öz**, *Miras Hukuku*, 8. bs., İstanbul 2015, s. 325.

yükümlülüğünün sadece birbirine karşı mı yoksa altoyla birlikte mirasçı olan sağ kalan eşe karşı da mı geçerli olacağı duraksama yaratmaktadır. Bu sebeple, konunun özellikle sağ kalan eşin altoya karşı denkleştirme alacaklısı olması yönünden ele alınıp değerlendirilmesi gerekir.

II. MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN KONUSU

A. Denkleştirmeye Tâbi Sağlararası Karşılıksız Kazandırmalar

Türk Medeni Kanunu'nun m. 669/f.1 hükmü uyarınca; “*yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler.*” Dolayısıyla, denkleştirmeye tâbi bir kazandırmadan söz edebilmek için; (1) yasal mirasçı, mirasbırakandan bir kazandırma elde etmiş olmalı, (2) söz konusu kazandırma karşılıksız olmalı, (3) bu karşılıksız kazandırma mirasbırakanın sağlığında¹⁰ yapılmış olmalı, (4) karşılıksız kazandırma mirasbırakanın malvarlığından çıkmalı ve (5) bu kazandırma, yasal mirasçının miras payına mahsuben yapılmalıdır¹¹. TMK. m. 669/f.1 hükmü bağlamında yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmaların denkleştirmeye tâbi olabilmesi için, kazandırmanın yasal miras payına mahsuben yapıldığı mirasbırakan tarafından beyan edilmiş olmalıdır. Mirasbırakanın irade beyanına ihtiyaç duyulan türde (iradi) denkleştirme (TMK. m. 669/f.1), yukarıda sıralanan koşulların bir arada bulunması, özellikle kazandırmanın yasal mirasçının miras payına mahsuben gerçekleşmesi kaydıyla, TMK. m. 669/f.2 hükmünden farklı olarak¹²,

10 “*Bir mirasçıya yapılan kazandırmanın iadeye (denkleştirmeye) tâbi olabilmesi için, sağlar arasında temlik niteliğini taşıması zorunludur.*” Bkz. Yarg. 2. HD. 27.9.1979 T., E. 1979/4593, K. 1979/6666, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

11 Bu yönde, bkz. **Cem Baygın**, “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, *EÜHFD*, C. XII, S. 3-4, Y. 2008, s. 151; **Ömer Uğur Gençcan**, *Miras Hukuku*, 3. bs., Ankara 2016, s. 1389; **Eren**, s. 353 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 139 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 464 vd.; **Aydın Ünver**, s. 132 vd.; **İmre/Erman**, s. 524 vd.; **Turanboy**, s. 34-36; **Turan Başara**, s. 45-46; **Özğür**, s. 402-403; **Günay**, s. 72 vd.; **Bayramoğlu**, s. 32 vd.

12 Türk Medeni Kanunu'nun m. 669/f.2 hükmüne göre; sağlığında mirasbırakan tarafından altoya yapılan kazandırmanın (kanuni) denkleştirmeye tâbi olması, bu kazandırmanın çeyiz, kuruluş sermayesi, bir malvarlığı devri, borçtan kurtarma ya da benzerleri niteliğinde olmasına bağlıdır. Anılan niteliklerde (TMK. m. 669/f.2) olmayan bir sağlararası karşılıksız kazandırma, mirasbırakanın, kazandırmanın

her türlü sağlararası karşılıksız kazandırma için söz konusu olabilir¹³.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 669/f.2 hükmüne göre ise, "mirasbırananın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbıranan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir." Anılan hükümde; mirasbırananın herhangi bir karşılık almaksızın "altsoyu" lehine yapmış olduğu çeyiz¹⁴, kuruluş sermayesi¹⁵, malvarlığı devri¹⁶, borçtan kurtarma¹⁷ ve diğer benzeri kazandırmalarının, aksi mirasbıranan tarafından açıkça belirtilmiş

denkleştirilmesi yönündeki irade beyanına ihtiyaç duyulan TMK. m. 669/f.1 hükmüne (iradi denkleştirmeye) tâbidir. "Fürua (altsoya) yapılan tarla bağışı eMK. m. 603/f.2 (TMK. m. 669/f.2) kapsamında değildir. Davacı ispat yükü altında olup eMK. m. 603/f.1 (TMK. m. 669/f.1) kapsamında iade (denkleştirme) istenebilir." Bkz. Yarg. HGK. 21.10.1992 T., E. 1992/2-536, K. 1992/620, **Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017). Aynı yönde, bkz. Yarg. HGK. 21.9.2005 T., E. 2005/2-457, K. 2005/512, **Özğür**, s. 444; Bkz. Yarg. 2. HD. 14.4.2004 T., E. 3759, K. 4725, **Gençcan**, s. 1396.

¹³ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 571.

¹⁴ Çeyiz, mirasbırananın evlenmekte olan veya evlenmiş bulunan altsoyuna bir ev kurmasına yardım etmek üzere (evliliğin ortak konutunu edinmesi ve döşemesi için) yaptığı kazandırmaları ifade eder. Bkz. **M. Kemal Oğuzman**, *Miras Hukuku*, 6. bs., İstanbul 1995, s. 329; **Dural/Öz**, s. 334-335; **Turan Başara**, s. 97; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras*, s. 470; **Aydın Ünver**, s. 116. TMK. m. 675/f.2 hükmü uyarınca; "altsoy hisuslarının evlenmelerinde, alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderleri hakkında denkleştirmeye tâbi tutmama arzusunun bulunduğu asıldır." Bu itibarla, TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında kanuni denkleştirmeye tâbi olan altsoy lehine yapılan çeyizden kasıt, alışılmış ölçüleri aşan çeyiz giderleridir. Bkz. **Dural/Öz**, s. 336.

¹⁵ Kuruluş sermayesi, ekonomik bağımsızlığın kazanılmasını veya devam ettirilmesini sağlamak amacıyla altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalar olarak nitelendirilebilir. Bkz. **Turan Başara**, s. 100; **Dural/Öz**, s. 333; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras*, s. 469; **Oğuzman**, s. 329; **Aydın Ünver**, s. 118-119.

¹⁶ Malvarlığı devri, mirasbırananın malvarlığının tamamını ya da bir bölümünü veya önemli münferit malvarlığı unsurlarını altsoyuna karşılıksız olarak devretmesini ifade eder. Bkz. **Aydın Ünver**, s. 121.

¹⁷ Altsoyun borçtan kurtarılması; mirasbırananın, altsoyun kendisine olan borcunu ibra etmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, altsoyun bir üçüncü kişiye olan borcunun ödenmesi biçiminde de söz konusu olabilir. Bkz. **Turan Başara**, s. 105; **Dural/Öz**, s. 337. 743 sayılı eMK. m. 603/f.2 hükmünde "borçtan ibra"nın kanuni denkleştirmeye tâbi olduğu madde metninde ifade edilmişti.

olmadıkça, (kanuni) denkleştirmeye tâbi olacağı kabul edilmiştir¹⁸. Öğretideki bir görüşe göre; olağan hediye dışındaki altsoya yapılan tüm karşılıksız kazandırmalar, TMK. m. 669/f.2 hükmünde yer alan “*diğer benzeri kazandırmalar*” ifadesi kapsamında (kanuni) denkleştirmeye tâbi olur¹⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüş uyarınca ise; diğer benzeri kazandırmalar ifadesinin kapsamında, sadece altsoyun ekonomik bağımsızlığını kazanmasını, devam ettirmesini veya genişletmesini, onun hayatta yerleşmesini sağlayan karşılıksız kazandırmalar girer²⁰. Dolayısıyla, katıldığımız görüşte belirtilen amacın dışında kalan kazandırmalar, altsoya yapılmış bile olsalar, TMK. m. 669/f.2 hükmünde düzenlenen (kanuni) denkleştirme kapsamına girmezler. Bunlar hakkında, TMK. m. 669/f.1 hükmünde öngörülen genel kural uygulanır ve denkleştirmeye tâbi olmaları için, mirasbırakanın denkleştirmeyi emretmiş, yani kazandırmanın yasal miras payına mahsuben yapıldığını beyan etmiş olması aranır. Örneğin, mirasbırakanın gezip eğlenmesi için oğluna bağışladığı otomobil ya da kotra, onun ekonomik bağımsızlığını kazanmasını, devam ettirmesini veya genişletmesini, onun hayatta yerleşmesini sağlayan bir karşılıksız kazandırma niteliğinde

18 **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, “Mirasta İade (=Denkleştirme) İle İlgili Meseleler”, *Medeni Kanun’un 50. Yılı*, Ankara 1977, s. 121-122; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Miras Hukuku*, 5. bs., Ankara 2013, s. 455; **Aydın Ünver**, s. 113 vd.; **Dural/Öz**, s. 333 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 569-570; **Öztan**, s. 511; **Antalya**, s. 456-457; **Baygın**, s. 152; **Turanboy**, s. 39; **Özüğür**, s. 400; **Günay**, s. 82; **Bayramoğlu**, s. 71 vd. Bkz. Yarg. 14. HD. 9.3.2016 T., E. 2015/10596, K. 2016/3015, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017). Karşılıksız kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmaksızın yapıldığını ispat yükü, davalı altsoya aittir. Bkz. Yarg. 2. HD. 17.4.2012 T., E. 2011/2492, K. 2012/9889, **Özüğür**, s. 434; Yarg. 2. HD. 6.7.2010 T., E. 2009/9435, K. 2010/13492, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Yarg. 2. HD. 8.6.2010 T., E. 2010/3084, K. 2010/11268, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Yarg. 2. HD. 22.12.2009 T., E. 2008/16921, K. 2009/22192, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Yarg. 2. HD. 13.7.2009 T., E. 2008/8122, K. 2009/13858, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Yarg. HGK. 21.10.1992 T., E. 1992/2-536, K. 1992/620, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

19 **Jean Nicolas Druet**, *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern 2002, s. 89; **Paul Eitel**, *Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3*, Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang, I. Einführung, (Hrsg. Heinz Hausheer), Bern 2004, Art. 626 Nr. 82 vd.; **Hüseyin Hatemi**, *Miras Hukuku*, 5. bs., İstanbul 2014, s. 51-52; **Turanboy**, s. 74-75; **Aydın Ünver**, s. 131.

20 **Kocayusufpaşaoğlu**, Denkleştirme, s. 122-123; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 175; **Oğuzman**, s. 329-330; **Dural/Öz**, s. 338-339; **Baygın**, s. 154-155; **Turan Başara**, s. 96.

olmadığından, TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında (kanuni) denkleştirmeye tâbi bir kazandırma olarak değerlendirilmez. Bununla birlikte, söz konusu otomobil ya da kotranın, altsoyun yasal miras payına mahsuben bağışlanması durumunda, TMK. m. 669/f.1 hükmü çerçevesinde (iradi) denkleştirmeden pekâlâ bahsedilebilir²¹.

Mirasta denkleştirmeye ilişkin TMK. m. 669 hükmünün açık lafzına ve öğretide yapılan ayırma göre, anılan maddenin birinci fıkrası kapsamında denkleştirmenin mevcut olması durumunda “*iradi denkleştirme*” yükümlülüğü, hükmün ikinci fıkrası çerçevesinde denkleştirme halinde ise “*kanuni denkleştirme*” yükümlülüğü söz konusu olmaktadır²².

B. Kanunen Denkleştirmeden Muaf Tutulan Sağlararası Karşılıksız Kazandırmalar

Kanunen denkleştirmeye tâbi tutulan sağlararası karşılıksız kazandırmalar olduğu gibi (TMK. m. 669/f.2), kanunen denkleştirmeden muaf tutulan sağlararası karşılıksız kazandırmalar da mevcuttur. (1) Mirasbırakanın çocukları için yaptığı ve alışılmış ölçüler içinde kalan eğitim ve öğrenim giderleri (TMK. m. 674/f.1); (2) olağan hediyeler ile evlenme sırasında yapılan geleneğe uygun giderler (TMK. m. 675/f.1); (3) altsoy lehine alışılmış ölçüler içinde yapılan çeyiz giderleri (TMK. m. 675/f.2); (4) mirasçının, mirasbırakanın bu yöndeki iradesini ispatlaması koşuluyla²³, lehine yapılan bir sağlararası karşılıksız kazandırmanın

²¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 472. Bu yönde, bkz. **Oğuzman**, s. 330; **Baygın**, s. 155; **Turan Başara**, s. 176. Aynı yönde, bkz. Yarg. HGK. 21.10.1992 T., E. 1992/2-536, K. 1992/620, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017); Yarg. HGK. 21.9.2005 T., E. 2005/2-457, K. 2005/512, **Özüğür**, s. 444; Yarg. 2. HD. 14.4.2004 T., E. 3759, K. 4725, **Gençcan**, s. 1396.

²² **Roland Fankhauser**, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Erbrecht Art. 457-640 ZGB (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo), 2. Auflage, 2012, Art. 626 Nr. 2; **Peter Breitschmid/Paul Eitel/Roland Fankhauser/Thomas Geiser/Alexandra Rumo-Jungo**, *Erbrecht*, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, s. 161; **Manuel Liatowitsch/Louise Lutz Sciamanna**, *Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auflage, 2011, Art. 626 Nr. 7-8; **Eitel**, Art. 626 Nr. 5; **Antalya**, s. 453; **Aydın Ünver**, s. 114, 114 dn. 6; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 567-568; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 444.

²³ Aksi halde, mirasçının yasal miras payının belirlenmesi; yasal miras payını aşan kazandırma yapılmış ise aşan kısmın denkleştirmeye tabi tutulması gerekir. Bkz.

yasal miras payını aşan kısmı (TMK. m. 672), kanunen denkleştirmeden muaf sayılmıştır²⁴.

III. SAĞ KALAN EŞİN MİRASTA DENKLEŞTİRMENİN TARAFI OLMASI

A. Sağ Kalan Eşin Denkleştirme Yükümlüsü Olması

Mirasbırakandan bir sağlararası karşılıksız kazandırma edinmiş olan sağ kalan eş, bu kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olacağıının mirasbırakan tarafından öngörülmesi, yani kazandırmanın, onun yasal miras payına mahsuben yapılması durumunda diğer yasal mirasçılara karşı iradi denkleştirme yükümlülüğü altında bulunur²⁵ (TMK. m. 669/f.1). Denkleştirme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için sağ kalan eş, yasal miras payına mahsuben mirasbırakandan herhangi bir sağlararası karşılıksız kazandırma edinmiş olmanın yanı sıra, tereke üzerinde yasal mirasçı sıfatına da sahip olmalıdır²⁶. O halde mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk, mirastan feragat ya da mirasın reddi sebebiyle yasal mirasçılık sıfatı bulunmayan eş, denkleştirme yükümlüsü olamaz²⁷.

Yarg. 2. HD. 25.4.2011 T., E. 2010/4629, K. 2011/6951, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 10.10.2017).

- 24 **Turan Başara**, s. 128 vd.; **Dural/Öz**, s. 339 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 570-571; **Antalya**, s. 457-458; **Özğür**, s. 405-407.
- 25 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 446-447; **Antalya**, s. 453. Bu yönde, ayrıca bkz. Yarg. 2. HD. 14.4.2004 T., E. 3759, K. 4725, **Gençcan**, s. 1400.
- 26 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 443-444; **Turanboy**, s. 36; **Gençcan**, s. 1392; **Turan Başara**, s. 170 vd; Yarg. 2. HD. 17.12.2009 T., E. 14753, K. 21912, **Günay**, s. 72; Yarg. 1. HD. 8.7.2011 T., E. 2011/3353, K. 2011/8055, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017). Bilindiği üzere 3678 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 23.11.1990 tarihinden önce gerçekleşen miras intikallerinde, eMK. m. 444/f.1 hükmü uyarınca, birinci zümre (altsoy) ile birlikte mirasçı olması durumunda sağ kalan eşe mülkiyet yerine kanuni intifa hakkını tercih etme olanağı tanınmıştı. Sağ kalan eşin seçim hakkını kanuni intifa hakkından yana kullanması durumunda, teknik anlamda yasal mirasçı sıfatını haiz olmayacağı kabul edildiğinden, sağ kalan eşin denkleştirme kapsamına girmeyeceği, diğer ifadeyle denkleştirmenin tarafı olamayacağı ifade edilmekteydi. Bkz. **Hasan Erman**, *Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı*, 1. bs., İstanbul 1986, s. 125-126; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 442; **Eren**, s. 350.
- 27 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 441; **Dural/Öz**, s. 322; **Antalya**, s. 452; **Özcan**, s. 509; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 565.

Yasal mirasçılık sıfatını kaybeden eşin, mirasbırakandan denkleştirmeye tâbi bir sağlararası karşılıksız kazandırma edinmiş olması durumunda, TMK. m. 670 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Anılan hükme göre; “*mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğü, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer.*” Ne var ki, eşin yasal mirasçılık sıfatını kaybetmesinden yararlanan ve denkleştirme yükümlüsü haline gelen mirasçılar, aynı zamanda denkleştirme alacaklısı konumunda bulunuyorlarsa, bu halde artık TMK. m. 670 hükmü uygulama alanı bulmaz²⁸. Söz gelimi, mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olan eşin mirasçılık sıfatını yitirmesi ve onun denkleştirme yükümlülüğünün bu durumdan yararlanan mirasbırakanın altsoyuna geçmesi ihtimalinde, denkleştirme yükümlüsü ile denkleştirme alacaklısı sıfatı altsoyda birleşeceğinden, TMK. m. 670 hükmünün uygulanmasına imkân kalmaz.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 669/f.2 hükmü uyarınca, “*mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir.*” Buna göre, anılan türdeki karşılıksız bir kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olmayacağını, mirasbırakan tarafından belirtilmemiş olması durumunda, “*altsoya*” yapılan bu kazandırmanın kanuni denkleştirmeye tâbi olacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle, “*altsoy*” lehine olan söz konusu karşılıksız kazandırmaların; yasal miras payına mahsuben yapıldığının ve dolayısıyla denkleştirmeye tâbi olacağını mirasbırakan tarafından belirtilmesi aranmaksızın, kanuni denkleştirmeye tâbi karşılıksız kazandırmalar olarak kabul edilecekleri sonucuna ulaşmak mümkündür²⁹.

Mirasbırakanın altsoy mirasçıları dışındaki yasal mirasçıları bakımından, altsoy için öngörüldüğü gibi bir kanuni denkleştirme yükümlülüğü (TMK. m. 669/f.2) söz konusu değildir. Sağ kalan eşin, altsoy dışındaki yasal mirasçılardan olduğu düşünüldüğünde, onun bakımından da TMK. m. 669/f.2 hükmünde düzenlendiği gibi bir kanuni

28 Turan Başara, s. 189; Dural/Öz, s. 327.

29 Dural/Öz, s. 323-324; Erman, s. 125.

denkleştirme yükümlülüğü mevcut olmayıp³⁰; sağ kalan eşin denkleştirme yükümlüsü olması, ancak yapılan karşılıksız kazandırmanın denkleştirmeye tâbi olacağına mirasbırakan tarafından beyan edilmiş³¹ olmasına³², TMK. m. 669/f.1 hükmündeki ifadesiyle, karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben edinilmesine bağlıdır³³. Bu noktada, mirasbırakanın denkleştirmeye yönelik irade beyanı herhangi bir şekil şartına da tâbi tutulmamıştır³⁴.

30 Aksi yöndeki görüş için, bkz. III, B, 3, a.

31 Öğretide bir görüş, denkleştirme yükümlülüğünün doğması için, yalnızca mirasbırakanın irade beyanında bulunmasını yeterli görmeyip, karşılıksız kazandırmada bulunulan tarafın da (örneğin sağ kalan eşin) mirasbırakanın denkleştirme iradesini kabul etmiş olmasını, diğer ifadeyle yapılan karşılıksız kazandırmanın onun yasal miras payına mahsuben gerçekleşeceğini bilmesini aramaktadır. Bkz. **Peter Weimar**, “Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung”, *Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg 1995, s. 837, 849. Gerçekten de, alelade bir bağışlama olduğu düşünülerek mirasbırakandan edinilen sağlararası karşılıksız kazandırmanın, yasal miras payına mahsuben verildiğinin bilinmesi halinde, bu karşılıksız kazandırmanın reddedilmesi ihtimal dâhilindedir.

32 Bu durumda “iradi denkleştirmeden” söz edilir. “Mirasbırakan tarafından sağlığında eşine yaptığı kazandırma, açıkça iadeye tâbi olduğu belirtilmedikçe kural olarak iadeye tâbi tutulamaz.” Bkz. Yarg. 2. HD. 18.7.2011 T., E. 2011/9794, K. 2011/12587, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Aynı yönde, bkz. Yarg. 2. HD. 9.4.2009 T., E. 2009/625, K. 2009/6776, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

33 **Fankhauser**, Art. 626 Nr. 5; **Dural/Öz**, s. 323; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 446; **Baygın**, s. 152; **Turan Başara**, s. 180; **Erman**, s. 125; **Turanboy**, s. 41; **Özğür**, s. 401, 403; **Günay**, s. 82-83, 86; **Bayramoğlu**, s. 61. “*Altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalarda, miras payına mahsup edilmek üzere hareket edilmediği yönünde bir karine vardır. Bu karinenin aksinin davacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir.*” Bkz. Yarg. 14. HD. 9.3.2016 T., E. 2015/10596, K. 2016/3015, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017). Aynı yönde, bkz. Yarg. HGK. 8.10.2003 T., E. 2003/2-583, K. 2003/565, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**; Yarg. HGK. 21.10.1992 T., E. 1992/2-536, K. 1992/620, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

34 **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 455; **Dural/Öz**, s. 329; **Antalya**, s. 459. Bkz. Yarg. 2. HD. 21.2.2013 T., E. 2013/2285, K. 2013/4457, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 10.10.2017). Şu kadar ki, mirasbırakanın altsoyuna yapmış olduğu TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamındaki sağlararası karşılıksız kazandırmalarının denkleştirme dışı kalması için, mirasbırakanın bu yöndeki iradesini açıkça belirtmiş olması gerekir. Bkz. **Antalya**, s. 459.

B. Sağ Kalan Eşin Denkleştirme Alacaklısı Olması

1. Genel Olarak

Denkleştirme yükümlüsü olabilmek için yasal mirasçı³⁵ sıfatına sahip bulunmak gerektiği gibi, denkleştirme alacaklısı da kural olarak³⁶ ancak bir yasal mirasçı olabilir³⁷. Bu sonucu, “*yasal mirasçıların birbirlerine karşı*” denkleştirmeyeyle yükümlü olacaklarını ifade eden TMK. m. 669/f.1 hükmünden çıkarmak mümkündür. O halde, mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk, ya da mirastan feragat nedeniyle yasal mirasçılık sıfatını kazanamamış olan veya mirasın reddi sebebiyle mirasbırakanın ölümü anında kazanmış olduğu yasal mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kaybeden sağ kalan eş, denkleştirme talebinde bulunamayacaktır³⁸.

Denkleştirme, mirasın paylaşılmasına ilişkin bir kurum olduğundan, denkleştirme talebinde bulunmak isteyen eşin, mirasbırakanın ölümü anında yasal mirasçı sıfatını haiz bulunması gerekir³⁹. Bu bakımdan, mirasbırakanın ölümünden önce evlilik birliği sona ermiş bulunuyorsa eşin yasal mirasçılığı söz konusu olmayacağı gibi, denkleştirme istemi de gündeme gelmez.

35 TMK. m. 670 hükmüne göre; mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlülüğünün, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçeceği göz önünde bulundurulmalıdır.

36 Öğretide azınlıkta kalan bir görüş, yasal mirasçılardan başka atanmış mirasçıların da denkleştirme alacaklısı olabileceklerini savunmaktadır. Bkz. **Druey**, s. 86.

37 **Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo**, s. 162; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 81-82; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 450; **İmre/Erman**, s. 516; **Oğuzman**, s. 327; **Dural/Öz**, s. 327; **Ayan**, s. 318; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 565; **Antalya**, s. 454; **Öztan**, s. 508; **Kılıçoğlu**, s. 455; **Turan Başara**, s. 194; **Bayramoğlu**, s. 51-52, 69; **Günay**, s. 65. Karşılıksız kazandırma, mirasçı olmayan bir kişiye yapılmışsa, denkleştirme söz konusu olmaz. Ancak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü miktarını aşması ve saklı payların ihlâl edilmesi kaydıyla bu kazandırma tenkise konu edilebilir. Bkz. **Özüğür**, s. 404; **Günay**, s. 66.

38 **Oğuzman**, s. 328; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 80; **Dural/Öz**, s. 327; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 565; **Ayan**, s. 318; **İmre/Erman**, s. 523; **Antalya**, s. 454-455; **Özüğür**, s. 402; **Günay**, s. 73; **Bayramoğlu**, s. 69-70.

39 **Fankhauser**, Art. 626 Nr. 3; **Dural/Öz**, s. 327; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 80; **Turan Başara**, s. 194-195; **Bayramoğlu**, s. 51, 69.

2. Sağ Kalan Eşin İkinci ve Üçüncü Zümre Mirasçılarına Karşı Denkleştirme Alacaklısı Olması

Sağ kalan eşin, altsoy dışındaki yasal mirasçılarla, diğer ifadeyle mirasbırakanın ikinci ya da üçüncü zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olması durumunda, herhangi bir şüpheye yer olmaksızın (iradi) denkleştirme talebinde bulunabileceği açıktır. Zira gerek sağ kalan eş, gerekse mirasbırakanın ikinci ya da üçüncü zümre mirasçıları, TMK. m. 669/f.1 hükmü kapsamında mirasbırakanın iradesine dayalı olarak, yani sağlararası karşılıksız bir kazandırmanın yasal miras paylarına mahsuben yapıldığının mirasbırakan tarafından beyan edilmesiyle denkleştirme yükümlülüğü altında bulunurlar⁴⁰. Sağ kalan eş için kanuni bir denkleştirme yükümlülüğü (TMK. m. 669/f.2) söz konusu olmadığı gibi, ikinci ve üçüncü zümre mirasçıları için de böyle bir (kanuni) denkleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

3. Sağ Kalan Eşin Birinci Zümre (Altsoy) Mirasçılarına Karşı Denkleştirme Alacaklısı Olması

a) Öğretideki Görüşler

Sağ kalan eşin, birinci zümre (altsoy) mirasçıları ile birlikte mirasçı olması halinde, altsoyun TMK. m. 669/f.2 hükmünde anılan sağlararası karşılıksız kazandırmalar bakımından kanuni denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olurken, sağ kalan eş için böyle bir (kanuni) denkleştirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. İşte bu durum, altsoyun sağ kalan eşe karşı TMK. m. 669/f.2 hükmü uyarınca kanuni denkleştirme yükümlülüğünün olacağı, buna karşın sağ kalan eşin altsoya karşı kanuni bir denkleştirme yükümlülüğünün bulunmayacağı vargısını beraberinde getirmiştir. Öğretide, bu sonucun yasal mirasçılar arasındaki eşitliğe ve hakkaniyete aykırı olacağını savunan bir görüşe göre⁴¹, denkleştirme

⁴⁰ Turan Başara, s. 195-196; İmre/Erman, s. 521; Erman, s. 126.

⁴¹ Virgile Rossel/Fritz Henri Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, Tome II, Lausanne/Geneve 1922, s. 264 (Erman, s. 127'den naklen); Samim Gönensay/Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku*, İstanbul 1956, s. 328 dn. 1. ÖZUĞUR'a göre, sağ kalan eş de kanuni mirasçı olup, mirasbırakandan sağlararası karşılıksız bir kazandırma elde etmişse, mirasbırakan tarafından aksi öngörülmedikçe edindiği karşılıksız kazandırmayı, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle yükümlü olacaktır. Bkz. Özüğür, s. 414. Fikrimizce, sağ kalan eşi de kanuni denkleştirme yükümlülüğü kapsamına alan söz konusu görüşlerin kabulü mümkün

kurumunun amacına uygun şekilde yorum yapılmalı ve şayet sağ kalan eş, kanuni denkleştirme yükümlülüğünün ifasını talep edebiliyorsa, kendisi de altsoya karşı kanuni denkleştirme yükümlülüğü (TMK. m. 669/f.2) altında kabul edilmelidir. Ne var ki anılan görüş, sağ kalan eş TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamına almak suretiyle Kanun metnine tamamen aykırı bir sonuca ulaştığından öğretide tatminkâr bir karşılık bulmamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun m. 669/f.1 hükmünde yer alan “birbirlerine karşı” ifadesinden hareket eden ikinci görüş, denkleştirme yükümlülüğünün yalnızca karşılıklı olarak⁴² söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Buna göre sağ kalan eş, mirasbırakandan TMK. m. 669/f.2 hükmünde sayılan türde karşılıksız bir kazandırma edinmiş olsaydı, bu kazandırma için altsoya karşı kanuni denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olmayacağından, kendisinin (sağ kalan eşin) de, mirasbırakandan aynı türde bir kazandırma (TMK. m. 669/f.2) edinmiş olan altsoya karşı kanuni denkleştirme alacağı bulunmamalıdır. Dolayısıyla sağ kalan eş, altsoya karşı kanuni denkleştirme yükümlülüğü altında bulunmadığı gibi, karşılıklılık gereğince kanuni denkleştirme alacaklısı da değildir⁴³. Zira kanun koyucu TMK. m. 669/f.2 hükmünde

değildir. Zira TMK. m. 669/f.2 hükmü uyarınca kanuni denkleştirme yükümlülüğü altında bulunan altsoy olup, sağ kalan eş için kanuni denkleştirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Sağ kalan eş, TMK. m. 669/f.1 hükmü kapsamında olup, onun denkleştirmeye yükümlü olması, mirasbırakanın bu yönde bir irade beyanının bulunuyor olmasına bağlıdır.

42 Buna (ikinci görüşe) göre, denkleştirme yükümlülüğünün karşılıklı olması gerektiğinden kasıt şudur: Bir mirasçı, mirasbırakandan aynı nitelikte bir kazandırma elde etmiş olsaydı, diğerine karşı denkleştirme ile yükümlü olacak idiyse, ondan, mirasbırakanın vermiş olduğu kazandırmanın denkleştirilmesini talep edebilecektir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 119.

43 **Eitel**, 10. Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten, Art. 626 Nr. 147, 149; **Eren**, s. 347-348; **Kocayusufpaşaoğlu**, İade, s. 121; **Serozan/Engin**, s. 643; **Antalya**, s. 455; **Özguşur**, s. 401; **Günay**, s. 70; **Esat Şener**, *İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta Tenkis İade İstihkak*, 1. bs., Ankara 1995, s. 120. Sağ kalan eşin, TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında altsoya karşı kanuni denkleştirme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, altsoya karşı kanuni denkleştirme talebinde de bulunamayacağını savunan **SUNĞURBEY/GİRİTLİOĞLU**'na göre, sağ kalan eşin kanuni denkleştirme alacaklısı olması bakımından Kanun'da boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk da, denkleştirmede eşitlik ve karşılıklılık ilkelerine uygun bir şekilde doldurulmalıdır. Bkz. **İsmet Sungurbey/Necla Giridlioğlu**, “Türk Hukuku'nda Vasiyetnamenin Yorumu Atif ve Yasal Mirasçılarının İade Yükümlülüğü”, *Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul 1998, s. 97.

kanuni denkleştirmeyi düzenlerken sadece altsoyu zikretmiş, böylece sağ kalan eşin kanuni denkleştirme rejimi dışında kaldığını ve onun durumunun TMK. m. 669/f.1 hükmündeki iradi denkleştirme rejimi dâhilinde sonuca bağlanması gerektiğini belli etmiştir⁴⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına⁴⁵ konu olan üçüncü bir görüş, kanuni denkleştirme yükümlülüğü altında bulunmayan sağ kalan eşin, altsoya karşı TMK. m. 669/f.2 hükmünde sayılan karşılıksız kazandırmalar için kanuni denkleştirme talebinde bulunabileceğini ifade etmektedir⁴⁶. Zira sağ kalan eşe daha elverişli bir durum sağlamak isteyen kanun koyucu, altsoyun kanuni denkleştirme yükümlülüğünü düzenlediği halde, sağ kalan eşi bilinçli olarak TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamına almamıştır⁴⁷.

b) Yargıtay'ın Görüşü

Öğretide sıkça zikredilen bir Yargıtay kararında, denkleştirme yükümlülüğünün yalnızca karşılıklı olarak söz konusu olabileceğini savunan (ikinci) görüşü benimser yönde ifadelere yer verilmiştir. Buna göre; eMK. m. 603/f.2 (TMK. m. 669/f.2) hükmü sadece altsoy arasındaki ilişki ve davalarda söz konusu olup, eMK. m. 603/f.1 (TMK. m. 669/f.1) hükmü ise aralarında altsoy bulunmayan mirasçıları kapsamına almaktadır. Eski Medeni Kanun'un m. 603 (TMK. m. 669) hükmünün birinci ve ikinci fıkralarında denkleştirme yükümlülüğü bakımından konulan iki ayrı kuralın doğal sonucu olarak kanun koyucu, eşle altsoyu birbirine karşı alacaklı ve borçlu yapmak istememiştir. Amaç, birbirine böylesine yakın bağlarla bağlı kişileri bir karşılıksız kazandırma yüzünden karşı karşıya getirmemek, kırgınlıklara yol açmamaktır. Şayet saklı payı zedeleme söz konusu olursa zaten tenkis davası açmak hakkı saklıdır. Yani, altsoy ile eş birbirine karşı

44 Kocayusufpaşaoğlu, İade, s. 122.

45 BGE 77 II 228.

46 Christoph Wildisen, *Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2. Auflage, Freiburg 1999, s. 193-194; Druey, s. 85-86; Dural/Öz, s. 328; İmre/Erman, s. 521; Erman, s. 127; Oğuzman, s. 328 dn. 310; Bayramoğlu, s. 64.

47 İmre/Erman, s. 521; Erman, s. 127.

denkleştirme alacaklısı olmadığı gibi, denkleştirme yükümlüsü de değildir⁴⁸.

c) Konuya İlişkin Görüşümüz

Kanaatimizce yukarıda belirtilen görüşlerden, TMK. m. 669 hükmünün lafzına en uygun olanı üçüncü görüştür. TMK. m. 669/f.1 hükmünde yer alan “birbirlerine karşı” ifadesinden yola çıkarak denkleştirmenin muhakkak karşılıklı olması gerektiği sonucuna varmak yanıtıcı olacaktır. Zira bu ifadeyle, yasal miras payına mahsuben bir kazandırma edinmiş olan tüm yasal mirasçıların, diğer yasal mirasçılara karşı TMK. m. 669/f.1 hükmü çerçevesinde iradi denkleştirmeyle yükümlü oldukları belirtilmek istenmiş, altsoyun yalnızca altsoya karşı kanuni denkleştirmeyle yükümlü olacağı (TMK. m. 669/f.2) kastedilmemiştir. Kanun koyucu, pekâlâ bazı hallerde bir kısım mirasçı ya da mirasçılara, diğerlerine nazaran daha elverişli bir durum sağlayabilir. Sağ kalan eşin, TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında altsoya karşı kanuni denkleştirme talebinde bulunabilmesine karşın, altsoyun sağ kalan eşe karşı denkleştirme talebinde bulunabilmesi için mirasbırakanın bu yöndeki irade beyanına ihtiyaç duyulmasını, sağ kalan eşe tanınan bir ayrıcalık olarak değerlendirmek gerekir. Kanun tarafından böyle bir ayrıcalığın düzenlenmiş olduğunun kabulü, karşılaştırmalı hukukta sağ kalan eşin menfaatlerini genişleten çağdaş eğilimlere de uygun düşer.

Sağ kalan eşin, TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında altsoya karşı kanuni denkleştirme alacaklısı olmasına ilişkin yukarıda zikredilen tartışmalardan bağımsız bir biçimde, altsoy lehine yapılan TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamındaki çeyiz, kuruluş sermayesi, bir malvarlığı devri, borçtan kurtarma niteliğindeki sağlararası karşılıksız kazandırmalar ile ekonomik bağımsızlığın kazanılmasını, devam ettirilmesini veya genişletilmesini, hayatta yerleşilmesini sağlayan diğer benzeri sağlararası karşılıksız kazandırmalar, mirasbırakanın iradesiyle denkleştirmeye tâbi tutulabilir ve böylelikle sağ kalan eşin (iradi olarak) altsoya karşı denkleştirme alacaklısı olması sağlanabilir⁴⁹. Yine, TMK. m. 669/f.2’de belirtilen nitelikleri taşımayan ancak altsoya yasal miras

⁴⁸ Bkz. Yarg. 2. HD. 3.4.1980 T., E. 1980/1214, K. 1980/2923, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 1.2.2017). Aynı yönde, bkz. **Günay**, s. 70.

⁴⁹ Aynı yönde, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 452.

payına mahsuben yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmaların da iradi denkleştirme rejimi (TMK. m. 669/f.1) çerçevesinde sağ kalan eş tarafından terekeye iadesinin istenebileceğini ifade etmek mümkündür⁵⁰. Kaldı ki, bu ihtimalde sağ kalan eşin de altsoya karşı iradi denkleştirme yükümlülüğü bulunduğundan, tarafların denkleştirme yükümlülüğü karşılıklıdır (TMK. m. 669/f.1).

d) Öğretideki Görüşlerin Pratik Sonuçları

Altsoyla birlikte mirasçı olan sağ kalan eşin, TMK. m. 669/f.2 hükmüne dayanarak kanuni denkleştirme alacaklısı olmasına rağmen, altsoya karşı kanuni denkleştirme yükümlülüğü altında bulunmaması, tarafların terekeden elde edeceği menfaati belirlemede oldukça önemli bir rol oynar. Söz gelimi, mirasbırakan (M) öldüğünde, hayatta olan yakınları eşi (E) ile iki çocuğu (Ç₁) ve (Ç₂) olsun. Mirasbırakanın sağlığında oğlu (Ç₁) ve eşi (E) lehine TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamına giren; örneğin, kuruluş sermayesi olarak 20.000'er TL karşılıksız kazandırmada bulunduğunu ve terekenin 80.000 TL olduğunu kabul edelim. Sağ kalan eş, altsoydan kanuni denkleştirme yükümlülüğünün ifasını talep edebiliyorsa, kendisinin de TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında kanuni denkleştirmeyle yükümlü olması gerektiğini ifade eden ilk görüş kabul edilirse, verilen örnekte gerek sağ kalan eş (E) lehine olan 20.000 TL kuruluş sermayesi, gerekse (Ç₁) lehine olan 20.000 TL kuruluş sermayesi terekeye dâhil edilecek ve 80.000 TL + 20.000 TL + 20.000 TL olmak üzere 120.000 TL üzerinden sağ kalan eş (E), toplamda yalnızca yasal miras payı olan (120.000 TL x 1/4) 30.000 TL'ye kavuşacaktır. Altsoy ise geriye kalan 90.000 TL'yi eşit olarak paylaşacaktır.

Denkleştirme yükümlülüğünün ancak karşılıklı olarak söz konusu olabileceğini ve dolayısıyla sağ kalan eşin, altsoya karşı kanuni denkleştirme alacaklısı olamayacağını savunan ikinci görüş kabul edilirse, aynı örnekte sağ kalan eş (E) denkleştirme alacaklısı olamayacağından, 80.000 TL tutarındaki terekeden yasal miras payı olan (80.000 TL x 1/4) 20.000 TL'yi ve mirasbırakandan kuruluş sermayesi olarak sağlığında elde ettiği 20.000 TL karşılıksız kazandırmayı muhafaza ederek, toplamda 40.000 TL edinecektir. Altsoy arasında kanuni denkleştirmenin önünde bir engel bulunmadığından, sağ kalan eş

⁵⁰ Bu yönde, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 472; **Gençcan**, s. 1396.

(E)'nin yasal miras payı olan 20.000 TL terekeden çıkarıldıktan sonra (80.000 TL – 20.000 TL) geriye kalan 60.000 TL'ye, 20.000 TL tutarındaki (Ç₁) lehine kuruluş sermayesi eklenerek, 80.000 TL (Ç₁) ve (Ç₂) arasında eşit olarak paylaşılacaktır.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş kabul edildiği takdirde ise, altsoya yapılan karşılıksız kazandırma kanuni denkleştirmeye tâbi olacak ve (80.000 TL + 20.000 TL) 100.000 TL üzerinden sağ kalan eş (E), 1/4 oranındaki yasal miras payı olan 25.000 TL'yi elde edecektir. Bununla birlikte, sağ kalan eş (E)'ye verilen 20.000 TL tutarındaki kuruluş sermayesi kanuni denkleştirmeye tâbi olmadığından terekeye iade edilmeyecek ve (E) 20.000 TL'yi de muhafaza ederek, toplamda (20.000 TL kuruluş sermayesi + 25.000 TL yasal miras payı) 45.000 TL'ye sahip olabilecektir. Terekeden geriye kalan (100.000 TL – 25.000 TL (E)'nin yasal miras payı) 75.000 TL ise (Ç₁) ve (Ç₂) arasında eşit olarak paylaşılacaktır⁵¹.

Mirasta denkleştirme ile tenkis ilişkisi açısından yukarıda yer verilen tartışmalara ilişkin pratik bir hususa değinmek gerekir. Sağ kalan eş aynı zamanda saklı paylı bir mirasçıdır ve onun altsoyla birlikte mirasçılığında söz konusu olan 1/4 oranındaki yasal miras payının tamamı onun saklı payını teşkil eder (TMK. m. 506/f.1, b.4). Sağ kalan eşin, altsoya karşı kanuni denkleştirme alacaklısı olmadığı kabulü varsayımında, altsoya yapılan bu kazandırmanın TMK. m. 565/f.1, b.1 hükmü kapsamında tenkise tâbi olacağı şüphesizdir. Saklı paylar ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü miktarını hesaplayabilmek için tenkise tâbi bu kazandırmanın net terekeye eklenmesi (yukarıda verilen örnekte 80.000 TL + 20.000 TL) ve bu şekilde ortaya çıkan tenkise esas tereke (100.000 TL) üzerinden sağ kalan eşin, altsoya karşı kanuni denkleştirme alacaklısı olsaydı elde edeceği tutarı (80.000 TL + 20.000 TL altsoya verilen kuruluş sermayesi = 100.000 TL x 1/4 = 25.000 TL sağ kalan eşin yasal miras payı, bkz. üçüncü görüş), tenkis hükümlerinden yararlanarak (80.000 TL + 20.000 TL altsoya verilen tenkise tâbi kuruluş

⁵¹ Verilen örnek ve farklı görüşler esas alınarak varılan sonuçlar için, bkz. **Turan Başara**, s. 201. Söz konusu örneklerde, sağ kalan eş lehine yapılan kazandırmanın tenkise esas terekenin hesaplanmasında eklenecek değerler arasında bulunmadığı varsayılmıştır.

sermayesi = 100.000 TL x 1/4 = 25.000 TL sağ kalan eşin saklı payı) terekeden elde etmesi yine mümkündür⁵².

e) Evlilik İlişkinin Kurulduğu Tarihin Denkleştirmeye Etkisi

Sağ kalan eşin, evlilik birliği kurulmadan önce, mirasbırakanın önceki evliliğinden ya da evlilik dışı ilişkisinden doğan altsoyuna yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmalar için, kazandırma lehtarını altsoya karşı denkleştirme isteminde bulunup bulunamayacağı kayda değer bir meseledir. Öğretide savunulan fikre göre, böyle bir durumda mirasbırakan ile sağ kalan eş arasındaki evlilik tarihi dikkate alınmalı ve bu tarihten önce altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalar için, sağ kalan eşin denkleştirme talebinde bulunamayacağı kabul edilmelidir⁵³.

Kanaatimizce, nasıl ki sağ kalan eş ile mirasbırakan arasındaki evlilik birliği devam ederken altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalar için sağ kalan eşin denkleştirme talebinde bulunabileceği yadrganmıyorsa, evlilik birliği kurulmadan önce altsoy lehine gerçekleşen karşılıksız kazandırmalar için de sağ kalan eşin denkleştirme talebinde bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Zira denkleştirme alacaklısı olabilmek için yasal mirasçı olmak gerektiği göz önünde bulundurulursa, esas olanın, mirasbırakanın ölümü anında evlilik birliğinin mevcudiyeti ve sağ kalan eşin buna bağlı olarak yasal mirasçılık sıfatını taşıması olduğu anlaşılacaktır. Yine bu yorumun, TMK. m. 669 hükmünün lafzına daha uygun düşeceğini ifade etmek de mümkündür. Aksi halde, yalnızca sağ kalan eşin altsoya karşı denkleştirme alacaklısı olabilmesi bakımından mirasbırakan ile arasındaki evlilik birliğinin kurulduğu tarih değil; altsoyun birbirine karşı denkleştirme alacaklısı olması açısından bir altsoya yapılan karşılıksız kazandırma tarihi ile diğer altsoyun doğum tarihleri değerlendirme konusu yapılabilecektir.

C. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yaptığı Karşılıksız Kazandırmalar ile Mirasta Denkleştirme İlişkisi

Türk Medeni Kanunu'nun m. 229/f.1, b.1 hükmü uyarınca, “*eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin*

⁵² Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 452-453; Turan Başara, s. 201-202.

⁵³ Eitel, Art. 626 Nr. 153; Turan Başara, s. 200.

rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar”, artık değer hesabında edinilmiş mallara eklenecek değerler arasında bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, eklenecek bir değer olarak kabul edilen TMK. m. 229/f.1, b.1 hükmü kapsamındaki bir karşılıksız kazandırmanın, aynı zamanda mirasın paylaşılması aşamasında denkleştirme yükümlülüğü doğuran TMK. m. 669 vd. hükümlerine tâbi bir sağlararası karşılıksız kazandırma olması mümkündür. Böyle bir halde, öncelikle eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi gündeme geleceğinden, mirasbırakanın TMK. m. 229/f.1, b.1 hükmü kapsamında yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırma, edinilmiş mallara eklenir ve aksi kararlaştırılmamışsa sağ kalan eş, hesaplanan artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olur. Bu işlem tamamlandıktan sonra, anılan karşılıksız kazandırmanın net terekeye eklenmesi suretiyle elde edilen paylaşmaya esas terekenin tasfiyesi ile sağ kalan eş ve diğer mirasçılar, yasal miras paylarını ayrıca elde ederler.

Örneğın, mirasbırakan (M) öldüğünde hayatta olan yakınları eşi (E) ile oğulları (Ç₁) ve (Ç₂) olsun. (M) öldüğünde, edinilmiş malların toplam değeri 70.000 TL olup, ölümünden altı ay önce (M), eşi (E)’nin rızası bulunmaksızın oğlu (Ç₂)’ye 10.000 TL kuruluş sermayesi vermiştir. Bu durumda (Ç₂)’ye yapılan TMK. m. 229/f.1, b.1 hükmü kapsamındaki karşılıksız kazandırma, öncelikle eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi bağlamında edinilmiş mallar arasına eklenir (70.000 TL + 10.000 TL) ve aksi kararlaştırılmamışsa artık değerın yarısı olan (80.000 TL x 1/2) 40.000 TL üzerinde sağ kalan eş (E)’nin mal rejiminin tasfiyesinden doğan katılma alacağı söz konusu olur. (E)’nin katılma alacağının (40.000 TL), mirasbırakanın terekesinden çıkarılması suretiyle de (70.000 TL – 40.000 TL) net tereke 30.000 TL olarak hesaplanır. (Ç₂)’ye verilen 10.000 TL tutarındaki kuruluş sermayesi, TMK. m. 669/f.2 hükmü uyarınca aynı zamanda mirasta denkleştirmeye tâbi sağlararası karşılıksız bir kazandırma niteliğinde olduğundan, bu kazandırma net terekeye eklenir (30.000 TL + 10.000 TL) ve 40.000 TL olarak bulunan paylaşmaya esas tereke üzerinden sağ kalan eş (E) yasal miras payı olan (40.000 TL x 1/4) 10.000 TL’yi ayrıca elde eder. Terekeden geriye kalan 30.000 TL ise altsoy (Ç₁) ve (Ç₂) arasında 15.000’er TL olmak üzere eşit olarak paylaşılır⁵⁴. Sonuç olarak sağ kalan eş (E), verilen örnekte 40.000

⁵⁴ Aynı yöndeki açıklamalar ve örnek için, bkz. **Turan Başara**, s. 214-216.

TL katılma alacağı ve 10.000 TL yasal miras payı olmak üzere toplamda 50.000 TL elde edebilir.

IV. MİRASTA DENKLEŞTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFASI

Denkleştirmeyi talep hakkı, denkleştirme yükümlülüğünün karşılığıdır. Bu halde, mirasbırakanın sağlararası karşılıksız bir kazandırması nedeniyle denkleştirme alacaklısı olan sağ kalan eş, denkleştirmenin ifasını talep hakkına sahiptir. Aynı şekilde, kazandırma kendisi lehine gerçekleşmişse, bu defa denkleştirme yükümlülüğü altındadır⁵⁵. Denkleştirme kurumu, mirasın paylaşılmasına ilişkin bir hak tanıdığından, denkleştirme talebinin en geç mirasın paylaşılmasının sonuna kadar ileri sürülmesi gerekir⁵⁶.

Denkleştirme yükümlüsünün kendiliğinden ifada bulunması durumunda sorun yoktur. Bununla birlikte, denkleştirme yükümlüsünün ifadan kaçınması veya taraflar arasında denkleştirme yükümlülüğünün mevcudiyeti ya da miktarı konusunda uyuşmazlık bulunması gibi hallerde dava yoluna başvurulması gerekir. Denkleştirmeye ilişkin TMK. m. 669 ilâ m. 675 hükümleri arasında denkleştirme davasından söz edilmemiştir⁵⁷. Ne var ki, denkleştirme yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı ve mevcutsa miktarını belirlemeye yönelik olarak bir “*tespit davası*”⁵⁸, denkleştirme yükümlüsünü ifaya zorlamak içinse bir tür paylaşırma davası şeklinde “*eda davası*” açılabileceği kabul edilmektedir⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu’nun m. 671/f.1 hükmü uyarınca, “*geri vermekle yükümlü olan mirasçı, dilerse aldığı aynen geri verir; dilerse payından fazla olsa bile değerini miras payına mahsup ettirir.*” Bu cümleden olarak, denkleştirme konusu kazandırmanın paradan başka bir

⁵⁵ İmre/Erman, s. 528; Turan Başara, s. 212; İnan/Ertas/Albaş, s. 565.

⁵⁶ Turan Başara, s. 212; Öztan, s. 516; Bayramoğlu, s. 116-117.

⁵⁷ Dural/Öz, s. 343; Bayramoğlu, s. 115.

⁵⁸ Eitel, Vorbem., Art. 626 Nr. 33; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 484; Dural/Öz, s. 343; Öztan, s. 517; Antalya, s. 459; Oğuzman, s. 328 dn. 307; Bayramoğlu, s. 115; Turan Başara, s. 217.

⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 484; Dural/Öz, s. 343; Turan Başara, s. 218; Öztan, s. 516; Bayramoğlu, s. 115.

şey, taşınır ya da taşınmaz olması halinde, denkleştirme yükümlüsü⁶⁰ mirasçıya ifa için bir seçimlik hak tanınmıştır. Buna göre, denkleştirme yükümlüsü, “*aynen denkleştirme*” olarak adlandırılan, kazandırma konusunun miras ortaklığına aynen iadesini tercih edebileceği gibi; kazandırma konusunu kendisinde muhafaza edip miras ortaklığına iade etmeyerek, “*mahsuben denkleştirme*” olarak ifade edilen kazandırma konusunun değerinin miras payına mahsup edilmesi suretiyle denkleştirmenin gerçekleşmesini sağlayabilir⁶¹. Ancak, TMK. m. 671/f.2 hükmü uyarınca mirasbırakan, denkleştirmenin aynen yahut mahsuben gerçekleştirilmesini öngörmüş olabilir. Bu takdirde mirasçılar, kural olarak mirasbırakanın belirlemiş olduğu denkleştirme şekline uymakla yükümlü olsalar da, tüm mirasçıların oybirliği ile mirasbırakanın öngördüğü denkleştirme usulünün terk edilmesi de mümkündür⁶². Denkleştirme, kazandırmanın denkleştirme anındaki değerine göre yapılır. Yarar ve zarar ile gelir ve giderler hakkında mirasçılar arasında sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır⁶³ (TMK. m. 673).

V. SONUÇ

Yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler (TMK. m. 669/f.1). Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça, denkleştirmeye tâbidir (TMK. m. 669/f.2). Buna göre, sağ kalan eşin denkleştirme

⁶⁰ Seçimlik hakkın, denkleştirme yükümlüsü davalıya ait olduğuna ilişkin olarak, bkz. Yarg. 2. HD. 17.12.2009 T., E. 2009/14753, K. 2009/21912, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

⁶¹ **Eitel**, Art. 628 Nr. 4; **Fankhauser**, Art. 628 Nr. 1; **Liatowitsch/Lutz Sciamanna**, Art. 628 Nr. 1; **Breitschmid/Eitel/Fankhauser/Geiser/Rumo-Jungo**, s. 159; **Ayan**, s. 320; **Turan Başara**, s. 221; **Dural/Öz**, s. 344; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 572; **İmre/Erman**, s. 531; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 482; **Antalya**, s. 459; **Özğür**, s. 411; **Günay**, s. 118; **Bayramoğlu**, s. 126 vd.

⁶² **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras, s. 483; **İmre/Erman**, s. 531; **Turan Başara**, s. 223; **Bayramoğlu**, s. 129.

⁶³ **Dural/Öz**, s. 344; **Bayramoğlu**, s. 136, 138. Bkz. Yarg. 2. HD. 9.10.2007 T., E. 2006/18009, K. 2007/13692, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (E. T. 2.2.2017).

yükümlüsü olması, elde ettiği karşılıksız kazandırmanın miras payına mahsuben yapıldığının mirasbırakan tarafından beyan edilmiş olmasına bağlıdır. Zira sağ kalan eş için kanuni denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olmayıp, onun açısından yalnızca iradi denkleştirme yükümlülüğü öngörülmüştür.

Sağ kalan eşin, ikinci ya da üçüncü zümre mirasçıları ile birlikte mirasçı olması halinde, TMK. m. 669/f.1 hükmü kapsamında iradi denkleştirme alacaklısı olabileceği tereddütsüz kabul edilmektedir. Zira gerek sağ kalan eş, gerekse ikinci ve üçüncü zümre mirasçıları için kanuni bir denkleştirme yükümlülüğü öngörülmediğinden, tarafların denkleştirme yükümlülüğü karşılıklı olarak mirasbırakanın iradesine bağlanmıştır. Buna karşın mirasbırakanın altsoyu, TMK. m. 669/f.2 hükmünde anılan sağlararası karşılıksız kazandırmalar bakımından kanuni denkleştirme yükümlülüğü altındadır. Sağ kalan eşin ise, altsoya karşı böyle bir (kanuni) denkleştirme yükümlülüğü mevcut değildir. Savunduğumuz görüşe göre, sağ kalan eşe daha elverişli bir durum sağlamak isteyen kanun koyucunun, altsoyu kanuni denkleştirme yükümlüsü olarak öngörüp, sağ kalan eşin TMK. m. 669/f.2 hükmü kapsamında kanuni denkleştirmeye yükümlü tutmaması bilinçli bir tercihin sonucudur. Dolayısıyla altsoyun sağ kalan eşe karşı denkleştirme alacaklısı olabilmesi için mirasbırakanın bu yönde bir irade beyanına ihtiyaç duyulmasına rağmen, sağ kalan eş, altsoya karşı TMK. m. 669/f.2 hükmünde anılan karşılıksız kazandırmalar bakımından kanuni denkleştirme alacaklısı olabilmelidir.

Sağ kalan eşin, mirasbırakanın altsoyuna karşı kanuni denkleştirme talebinde bulunabilmesi, altsoy lehine karşılıksız kazandırmanın yapıldığı tarihte mirasbırakanla arasında evlilik birliğinin mevcut olması koşuluna bağlı değildir. Denkleştirme talebinde bulunabilmek için yasal mirasçı olmak gerektiğine göre, esas olan mirasbırakanın öldüğü tarihte eş ile mirasbırakan arasında bir evlilik ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan;** *Miras Hukuku*, 3. bs., İstanbul 2015.
- AYAN, Mehmet;** *Miras Hukuku*, 8. bs., Konya 2015.
- AYDIN ÜNVER, Tülay;** “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları”, *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, İstanbul 2011, s. 111-146.
- BAYGIN, Cem;** “Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması”, *EÜHFD*, C. XII, S. 3-4, Y. 2008, s. 137-179.
- BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü;** *Türk Miras Hukukunda Denkleştirme*, (Danışman: Prof. Dr. Hasan Ayrancı), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- BREITSCHMID, Peter/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/RUMO-JUNGO, Alexandra;** *Erbrecht*, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich;** *Erbrecht*, 26. Auflage, München 2014.
- DRUEY, Jean Nicolas;** *Grundriss des Erbrechts*, 5. Auflage, Bern 2002.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut;** *Miras Hukuku*, 8. bs., İstanbul 2015.
- EITEL, Paul;** *Berner Kommentar Band/Nr. III/2/3*, Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Der Erbgang (Hrsg. Heinz Hausheer), Bern 2004.
- EREN, Fikret;** “Mirasta İade”, *AD*, Y. 54, S. 3-4, Mart-Nisan 1963, s. 340-358.
- ERMAN, Hasan;** *Sağ Kalan Eşin Miras Hakkı*, 1. bs., İstanbul 1986.
- FANKHAUSER, Roland;** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Erbrecht Art. 457-640 ZGB (Hrsg. Peter Breitschmid/Alexandra Rumojungo), 2. Auflage, 2012.
- GENÇCAN, Ömer Uğur;** *Miras Hukuku*, 3. bs., Ankara 2016.
- GÖNENSAY, Samim/BİRSEN, Kemaleddin;** *Miras Hukuku*, İstanbul 1956.

GÜNAY, Erhan; *Mirasta Denkleştirme (İade) Davası ile Miras Sebebiyle İstihkak Davası*, 1. bs., Ankara 2015.

HATEMİ, Hüseyin; *Miras Hukuku*, 5. bs., İstanbul 2014.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan; *Miras Hukuku*, 11. bs., İstanbul 2015.

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan; *Miras Hukuku*, 9. bs., Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; *Miras Hukuku*, 5. bs., Ankara 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Miras Hukuku*, 3. bs., İstanbul 1987 (Miras).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; “Mirasta İade (=Denkleştirme) İle İlgili Meseleler”, *Medeni Kanun’un 50. Yılı*, Ankara 1977, s. 117-138 (Denkleştirme).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1960 (İade).

LIATOWITSCH, Manuel/LUTZ SCIAMANNA, Louise; *Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf), 2. Auflage, 2011.

OĞUZMAN, M. Kemal; *Miras Hukuku*, 6. bs., İstanbul 1995.

ÖZTAN, Bilge; *Miras Hukuku*, 6. bs., Ankara 2014.

ÖZUĞUR, Ali İhsan; *Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*, 5. bs., Ankara 2015.

ROSSEL, Virgile/MENTHA, Fritz Henri; *Manuel du droit civil suisse*, Tome II, Lausanne/Geneve 1922.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay; *Miras Hukuku*, 4. bs., Ankara 2014.

SUNGURBEY, İsmet/GİRİTLİOĞLU, Necla; “Türk Hukukunda Vasiyetnamenin Yorumu Atif ve Yasal Mirasçıların İade Yükümlülüğü”, *Bülent Davran’a Armağan*, İstanbul 1998, s. 89-101.

ŞENER, Esat; *İlmi Açıklama ve Kazai İçtihatlarla Mirasta Tenkis İade İstihkak*, 1. bs., Ankara 1995.

TURAN BAŞARA, Gamze; *Miras Hukukunda Denkleştirme*, 1. bs., Ankara 2013.

TURANBOY, K. Nuri; *Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri*, Ankara 2010.

WEIDLICH, Dietmar; *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7*, 74. Auflage, München 2015.

WEIMAR, Peter; "Zehn Thesen zur erbrechtlichen Ausgleichung", *Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg 1995, s. 833-857.

WILDISEN, Christoph; *Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten*, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 2. Auflage, Freiburg 1999.

ZIMMERMANN, Reinhard; *Intestate Succession in Germany*, Kenneth G C Reid/Marius J De Waal/Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law Intestate Succession (181-223)*, 1. ed., New York 2015.

ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMAYA DAİR UNIDROIT KONVANSİYONU KAPSAMINDA ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

Arş. Gör. Elif AĞCA*

GİRİŞ

Finansal kiralama yolu ile işletmelerin ihtiyaç duydukları malları temin etmeleri uluslararası ticaret hukuku alanında önemli bir faaliyet haline gelmiştir¹.

En genel tanımı ile finansal kiralama veya diğer adı ile leasing sözleşmesi², “işletmelerce ihtiyaç duyulan yatırım mallarının kredili olarak ithal edilmesi yerine finansman sağlamak amacı ile kiralanmasıdır”.

Uluslararası mevzuatta uluslararası finansal kiralama, ilk kez UNIDROIT³ tarafından hazırlanan 1988 tarihli Finansal Kiralama

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

1 Levy, D. A.; Financial Leasing Under The UNIDROIT Convention and The Uniform Commercial Code : A Comparative Analysis, *Indiana International & Comparative Law Review (Ind. Int'l & Com. L. Rev.)*, Vol. 5, 1994 – 1995, s. 269.

2 Finansal kiralama sözleşmesi, günümüzde pek çok devlette İngilizce karşılığı olan leasing kavramı ile kullanılmaktadır (Tekinalp, Ü., Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1985, s. 1 (Topuz, M., 6361 sayılı Finansal Kiralama , Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2013, s. 5'den naklen)). Bunun yanı sıra, bazı devletlerde finansal kiralama sözleşmesini ifade etmek üzere farklı kavramlar türetilmiştir (Detaylı açıklamalar için bkz. Özsunay, E., Leasing İşlemleri: Kara Avrupası'ndaki Finansal Leasing Modellerine Kısa Bir Bakış, İTO Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1986, s. 7 (Topuz, s. 5'den naklen)).

3 1926 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından kurulan ve merkezi Roma'da olan, özel hukukun pek çok dalında diğer devletlerin iç hukuklarına rehber olacak nitelikte hukuki metinler oluşturmak sureti ile uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma çabasında olan uluslararası bir örgüttür (UNIDROIT hakkında detaylı bilgiler için bkz. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, ET. 01.10.2017).

Konvansiyonu ile düzenlenmiştir. Bir finansal kiralama sözleşmesinin UNIDROIT Konvansiyonu bağlamında uluslararası bir finansal kiralama sözleşmesi olarak addedilebilmesi için leasing alan (kiracı) ve leasing veren (kiraya veren) tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekmektedir. Ulusal finansal kiralama sözleşmelerinin geçmiş milattan öncelere dayandırılrsa da, uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri açısından en çok 1970li yılların başlarına kadar geriye gidilebilmektedir. 1970’lerde ortaya çıkan uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinin mevzuat bağlamında düzenlenmesi ihtiyacı üzerine, 1988 yılında UNIDROIT tarafından çıkarılan Ottawa Konvansiyonu ile bu sözleşmeler uluslararası yeknesak bir düzene kavuşturulmuştur. Ardından gelişen ekonomiler ve mevcut Konvansiyonun arz ettiği eksiklikler dolayısı ile yeni bir model kanun oluşturulmuştur.

Uluslararası finansal kiralama sözleşmelerine 1988 tarihli UNIDROIT Konvansiyonu çerçevesinde değinilecek olan bu çalışma iki ana bölüme ayrılmıştır.

İlk bölümde uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinin tanımı, tarihçesi ve uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinin yeknesaklaştırılma çabası üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci ve aynı zamanda son bölümünde, uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, şekli, hükümleri, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk ve nihai olarak sona ermesi üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA KAVRAMI, TARİHÇESİ ve DUYULAN İHTİYAÇ

A. KAVRAM

En genel tanımı ile finansal kiralama veya diğer adı ile leasing sözleşmesi, “işletmelerce ihtiyaç duyulan yatırım mallarının kredili

olarak ithal edilmesi yerine finansman sağlamak amacı ile kiralanmasıdır”⁴.

Finansal kiralama sözleşmelerinin bir türü olarak uluslararası finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin hükümler, uluslararası mevzuata ilk kez UNIDROIT tarafından hazırlanan 1988 tarihli Finansal Kiralama Konvansiyonu ile oluşturulmuştur. Bu Konvansiyonun uygulama alanı sadece uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri ile sınırlı tutulmuştur.

Bir finansal kiralama sözleşmesinin UNIDROIT Konvansiyonu bağlamında uluslararası bir finansal kiralama sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan uluslararasılık niteliği Konvansiyonun 3’üncü maddesinde ifade edilmiştir⁵. Anılan hüküm uyarınca, leasing alan ve leasing veren tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması⁶ leasing sözleşmesine uluslararası nitelik kazandıracaktır.

B. TARİHÇE

En basit haliyle kira sözleşmesi temeline indirgenmiş olan finansal kiralama sözleşmesinin tarihçesi bazı yazarlarca⁷ MÖ. 350’lerde Aristoteles tarafından ifade edildiği rivayet edilen “*zenginliğin mülkiyet*

4 Şanlı, C. / Ekşi, N.; Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006, s. 132; Ekşi, N., Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2015, 376.

5 Convention art. 3

“1. - This Convention applies when the lessor and the lessee have their places of business in different States and:

(a) those States and the State in which the supplier has its place of business are Contracting States; or

(b) both the supply agreement and the leasing agreement are governed by the law of a Contracting State”.

Konvansiyon m. 3/ f. I

1. – İşbu Sözleşme, kiralayan ve kiracının işyerlerinin farklı Devletlerde olması ve:

(a) bu Devletlerin ve tedarikçinin işyerinin bulunduğu Devletin Akit Devletler olması durumunda; veya

(b) hem tedarik anlaşmasının hem de kiralama sözleşmesinin bir Akit Devletin kanununa tabi olması durumunda geçerli olacaktır.

6 Levy, s. 274.

7 Altop, A.; Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 3, dn. 2’de belirtilen yazarlar.

hakkından ziyade bu hakkın kullanımından kaynaklandığı”⁸ şeklindeki sözlerine dayandırılmıştır. Hatta bazı yazarlarca daha da geri bir tarihe gidilerek, finansal kiralama benzeri işlemlerin milattan binlerce yıl öncesinde Mezopotamya’da Sümerler tarafından kullanıldığı ifade edilmiştir⁹.

Finansal kiralama sözleşmelerinin bir türü olarak tarif edilen uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri, finansal kiralama sözleşmeleri kadar derin bir geçmişe sahip olmayıp uluslararası doktrinde 1970’lerde zikredilmeye başlanmıştır.

UNIDROIT tarafından 1976’da uluslararası finansal kiralamanın mevzuatlaştırılmasına dair bir girişim yapılmaya dek, Uzak Doğu ile Güney Amerika’da küçük çapta uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri görülmüştür¹⁰. Uygulamada işletmelerin finansal kiralama yolu ile daha kolay ve daha uygun koşullarda işletmede ihtiyaç duyulan taşınır veya taşınmaz malları temin etmede yüksek ivmeli bir başarı sağlamaları, tüm dünya da özellikle 1930’larda başta Amerika olmak kaydıyla daha pek çok ülkede yaşanan ekonomik buhranın izlerini silmeye yardımcı ve işletmeleri ihtiyaç duydukları malları ekonomik külfet altına girmeden elde etme açısından cazip görülerek, UNIDROIT tarafından yeknesak bir uluslararası finansal kiralama sistemi oluşturmaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır¹¹.

C. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMAYA DUYULAN İHTİYAÇ VE YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI

UNIDROIT tarafından 1985 yılında yayınlanan rapora göre, 1984 yılında Amerikan Finansal Kiralaya Verenler Birliği (American Association of Equipment Lessors: AAEL) tarafından düzenlenen gayriresmi raporlarda, 1983 yılında Amerika dışına çok sayıda finansal

⁸ Altop, s. 3.

⁹ Altop, s. 3, dn. 3.

¹⁰ Halstead, S.; International Financial Leasing (Leasing), *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 13, 1987, s. 269; günümüz finansal kiralama sözleşmelerinin kaynağı kabul edilen lease, “... Amerika’da uzun süreli kiralamaları için kullanılmıştır” (Topuz, s. 9).

¹¹ Halstead, Leasing, s. 269 – 270.

kiralama işlemine aracılık edildiğinin ortaya çıkarılmasının¹² ardından, Leaseurope'ın Kopenhag'da düzenlediği “*Uygulamada Finansal Kiralama*” isimli toplantıda önerilen kurallar, uluslararası finansal kiralamanın temelini oluşturmaktadır^{13, 14}.

Finansal kiralama, olumlu yönleri dolayısıyla yaygın biçimde tercih edilmeye başlanmıştır. Çeşitli ülkelerin vergi sistemlerinin bu yaygınlaşmayı sekteye uğratabilecek ölçüde ağırlaşmasına rağmen, yine de gemi, uçak gibi büyük araçların temininde uluslararası finansal kiralamanın en etkili ve kolay yöntem olduğu konusunda yakalanan uzlaşma sayesinde, finansal kiralama sistemi yaygınlaşmaya devam etmiştir¹⁵.

Sonraları sağladığı vergi muafiyeti avantajları ile finansal kiralama hem ulusal hem de uluslararası düzeyde büyük bir ivme kazanmaya devam etmiştir. Ancak, vergi muafiyet kolaylıklarına rağmen, bu sefer de kiraya veren ve kiracı açısından ayrı ayrı vergi tahakkuk ettirilmesi neticesinde çifte vergilendirmenin yol açtığı zarar finansal kiralamanın dezavantajı olarak, finansal kiralama açısından ciddi bir risk teşkil etmiştir.

Tüm olumsuzluklara rağmen, uluslararası finansal kiralamanın yine de gelişmeye devam etmesinde vergi kolaylıklarının yarattığı elverişliliğe ilaveten, finans kaynakları ile finansal kiralanan mallara ihtiyaç duyan tarafların bu sisteme başvurularında farklı etkenlerin de varlığını inkâr etmek mümkün görünmemektedir¹⁶. Kiraya veren açısından, kullandırma gayesi olan diğer sözleşmelere nazaran finansal kiralama sözleşmesi daha esnek bir yapıya sahiptir. Ayrıca rehin veya

12 Halstead, Leasing, s. 269.

13 Cumming, R.; Regal Regulation of International Financial Leasing : The 1988 Ottawa Convention, *Arizona Journal of International and Comparative Law (Ariz.J.Int'l & Comp.L.)*, Vol.: 7, 1989 – 1990, s. 43.

14 Leaseurope (Avrupa Leasing Birliği)'a göre, “*Leasing, belirli bir süre için kiralayan (leasing veren) ve kiracı (leasing alan) arasında imzalanan ve üreticiden kiracı tarafından seçilip, kiralayan tarafından satın alınan bir malın mülkiyetini kiralayanda, kullanımını ise kiracıda bırakan bir sözleşmedir. Malın kullanımı, belirli bir kira ödemesi karşılığında kiracıya bırakılmıştır.* (Topuz, s. 12'den naklen)”.

15 Cumming, s. 44.

16 Levy, s. 268, dn. 6.

diğer teminat sözleşmeleri ile mukayese edildiğinde, finansal kiralama sözleşmesinde, kiraya verenin mülkiyet hakkı veya eşya üzerindeki diğer haklarının daha kapsamlı korunabilmesi de diğer bir fark olarak göze çarpmaktadır. Uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri, kiracı açısından ise, işyerinde ihtiyaç duyduğu ulaşılabildiği maddi olarak güç olan teçhizata finansal kiraya veren vasıtasıyla kolaylıkla ulaşılabildiği ve dış ticaretin bünyesinden kaynaklanan, kiracının tek başına katlanmasının mümkün olmadığı veya pek külfetli olduğu hallerde, bu zorlukların finansal kiralama sözleşmesindeki kiraya verenler gibi bu işin uzmanları tarafından kolaylıkla aşılmasının sağladığı avantaj nedeniyle tercih edilmektedir¹⁷.

28 Mayıs 1988'de Ottawa'da bir araya gelen UNIDROIT üyesi elli beş ülkenin¹⁸ temsilcileri, Uluslararası Finansal Kiralamaya Dair UNIDROIT Konvansiyonunun nihai tasarısını görüşüp kabul etmişlerdir. Bu Konvansiyon, 1974'te UNIDROIT tarafından başlatılan ve finansal kiralamanın uluslararası boyutta bir varlık kazanmasını sağlayan çalışmanın ürünü olarak tanımlanmıştır¹⁹.

Konvansiyonu hazırlayan grubun temel amacı, duyulan ihtiyacı karşılayacak nitelikte uluslararası finansal kiralamanın çerçevesini oluşturan bir uluslararası metin hazırlamaktır. Böyle bir metin iki ana ihtiyacın ürünüdür. Bunlar, uluslararası finansal kiralama işlemlerinin ticari hayatta artan bir hacme kavuşması ve Konvansiyonun dibace bölümünde açıkça belirtilmiş olan yeknesak bir finansal kiralama kuraları bütününe duyulan ihtiyaçtır.

Uluslararası çapta kabul görmüş olan bir hukuki metinde finansal kiralama işlemlerinin düzenlenmesi faaliyet çapı büyük olan bir hukuki

¹⁷ Cumming, s. 45.

¹⁸ Ottawa Diplomatik Konferansına katılan elli beş devlet; Algeria, Angola, Antigua&Barbuda, Avusturalya, Avusturya, Belçika, Brezilya, Bulgaristan, Brundi, Kamerun, Kanada, Şili, Çin, Kolombiya, Çekoslovakya, Küba, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Mısır, El Salvador, Finlandiya, Fransa, Almanya, Gana, Macaristan, Hindistan, Gine, İrlanda, İtalya, Japonya, Kore, Lübnan, Meksika, Morokko, Hollanda, Nijerya, Norveç, Filipin, Senegal, Portekiz, İspanya, Sudan, İsviçre, Tayland, Türkiye, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Birleşik Krallık, Tanzanya, Amerika Birleşik Devletleri, Venezuela, Yunanistan, Zaire.

¹⁹ Cumming, s. 40.

ilişkide hukuki güvenlik, öngörülebilirliği sağlaması açısından da tatmin edici görülmektedir²⁰.

Gelişen uluslararası ticari hayata ayak uydurmak bakımından çağın gerisinde kaldığına inanılan 1988 tarihli Konvansiyonun yanında UNIDROIT tarafından bir model kanun yapma çalışmalarına girilmiş, bu çalışmalar neticesinde 13 Kasım 2008 tarihinde Roma’da bir model kanun (UNIDROIT Model Law on Leasing²¹) kabul edilmiştir.

II. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMAYA DAİR UNIDROIT KONVANSİYONU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. KONVANSİYON’UN UYGULAMA ALANI

Konvansiyonun 3’üncü maddesinde uygulama alanı, sadece leasing alan ve leasing veren tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunduğu uluslararası finansal kiralama işlemleri ile sınırlı tutulmuştur.

Konvansiyon m. 1/ f. II’ye göre, “*kiracı malı belirlen ve esasen kiraya verenin becerisine ve takdirine dayanmaksızın tedarikçiyi seçer*”, böylelikle satıcı ve finansal kiralamaya konu edilecek mallar, finansal kiralama işleminde kiracı sıfatını haiz olan tarafça seçilecektir. Sonraki aşamada ise, aynı fıkrada yer alan “... *mal tedarikçinin bilgisi dahilinde kiraya veren ve kiracı arasında yapılmış veya yapılacak olan bir kiralama sözleşmesi kapsamında kiraya veren tarafından alınır*” hükmüne binaen kiracı tarafından seçimi yapılan mallar kiracının talebi üzerine kiraya veren tarafından satın alınacaktır (Konvansiyon m.1/ f. II, b). Kiraya veren hukuki anlamda malik sıfatına kavuşmasına rağmen, finansal kiralama sözleşmesine konu edilen malların bakımı ve

20 Cumming, s. 41. Ayrıca, Leasing Hakkında Unidroit Model Kanunu Taslağı’nın genel açıklamalar bölümünde, 1988 tarihli Sözleşmenin, “... *teçhizat[lar]ın uluslararası finansal kiralanaşına ilişkin bazı yasal engelleri ortadan kaldırdığı, taraflar arasında adil bir menfaat dengesi kurduğu belirtilerek söz konusu [Sözleşmeye] dayanarak ilk finansal kiralama kanunlarını hazırlayan ülkeler için sıklıkla başvuru olan önemli bir kaynak teşkil ettiği ortaya konulmuştur. Bu [Sözleşmenin] leasing sektörüne ilişkin kapsayıcı bir model kanunun geliştirilmesi konusunda yararlı bir başlangıç noktası olduğu belirtilmiştir*” (Topuz, s. 37).

21 UNIDROIT Finansal Kiralamaya Dair Model Kanun’un tam metni için bkz. <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm> (ET. 19.02.2010)

korunmasından doğan her türlü sorumluluk, tamamen kiracıya ait olacaktır²².

Uluslararası finansal kiralama işlemini karakterize eden birtakım özellikler, Konvansiyonun uygulama alanını hükme bağlayan Konvansiyonun birinci maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, kiraya veren, finansal kiralamaya konu malları leasing alana kiralamak üzere satın almaktadır, buna göre, finansal kiraya veren satıcının kendisi ise kurulmuş olan finansal kiralama sözleşmesi Konvansiyon kapsamı dışında kalacaktır. Yine aynı şekilde, Konvansiyonun “... esasen kiracının şahsi, aile veya ev amaçları için kullanılacak olanlar hariç tüm malla ilgili finansal kiralama işlemleri için geçerli olacağına” ilişkin Konvansiyon m.1/ f. IV’e göre leasinge konu edilen mallar, kiracının ticari faaliyetlerinde kullanılmak üzere kiraya veren tarafından devredilmektedir, eğer mallar kiracının kendisinin veya ailesinin ticari gayeye hizmet etmeyen herhangi bir ihtiyacına binaen kiralanmışsa, söz konusu finansal kiralama sözleşmesi de Konvansiyon kapsamına dahil edilmeyecektir.

B. KONVANSİYON’UN AMAÇLARI

Konvansiyonun dibace bölümünde ifade edilen uluslararası finansal kiralamaya yönelik bazı yasal engelleri kaldırılması ve sözleşmenin tarafları arasında adil bir menfaatler dengesi sağlanmasına ilişkin ilkeler, aynı zamanda Konvansiyonun amaçlarını da oluşturmaktadır. Bu ilkeler, ilk bakışta birbirleri ile bağlantılı görünmeseler de, aslında Konvansiyon bir bütün olarak ele alındığında birbirileri ile adeta bir yapbozun parçaları gibi iç içe geçmişlerdir²³.

Teorik açıdan, Konvansiyon tarafından düzenlenen sözleşmelerin a priori olarak hukuken kavramsallaştırılmasından imtina eden bu ilkeler, sözleşmenin tarafları arasındaki hak ve borçlar ile sözleşmeye ilişkin hususların adil bir menfaat dengesi içerisinde hakkaniyet ve ticari hayatın gerektirdiği surette serbestçe belirlenmesine yol açmaktadır. Konvansiyonun bu amacının dibace kısmında açıkça belirtilmesi,

²² Rosen, H.; Finance Leases: Is There Method in The Madness?, International Financial Law Review, 1990, s. 16; Levy, s. 272.

²³ Halstead, S.; International Equipment Leasing: The UNIDROIT Draft Convention (Draft Convention), *Columbia Journal of Transnational Law (Col. J. Transnat'l L.)*, Vol. 22, 1983 – 1984, s. 337 vd.

CUMMING' e göre finansal kiralama ilişkilerinin uygulamadaki ihtiyaçlarının bir yansıması olarak görülmektedir²⁴. Mevcut finansal kiralama sözleşmelerinde taraflar arasındaki haklara ve borçlar açısından esaslı surette değişiklik yapabilecek nitelikte emredici hükümlere yer verilmesi önerileri Konvansiyonun uygulamayı yansıtmaması halinde uluslararası finansal kiralama şirketlerinin hiçbir önemi kalmayacağı itirazı ile karşılaşacaktır²⁵. Nihai olarak Konvansiyon, bu yöndeki tekliflere uymayarak finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin katı düzenlemeler getirmemiştir. Bu bağlamda, emredici kurallar düzeninin oluşturulması taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin sağlanması düşüncesine nazaran sınırlandırılmıştır. Bunun sonucu olarak da, Konvansiyon, kiracının satıcının edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmediği hallerde kiraya verene karşı bazı usuli tedbirlere başvurmasına ilişkin münferit hükümleri içerirken, kiraya verenin maldaki ayıptan dolayı sorumluluğunun bertaraf edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm hükmü içermeyecektir. Bu husus, Konvansiyon ile kiracıya bahşedilen birtakım haklardan kaynaklanmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMAYA DAİR UNIDROIT KONVANSİYONU KAPSAMINDA ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

I. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

A. SÖZLEŞMEYE DAİR GENEL BİLGİLER

1. Sözleşmenin Tanımı

Konvansiyon doktrine paralel biçimde, uluslararası finansal kiralama sözleşmesini tanımlamaksızın, doğrudan bu sözleşmenin unsurlarını saymakla yetinmiştir. Sözleşmenin unsurları Konvansiyonun birinci maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, *“kiracı malı belirler ve esasen kiraya verenin becerisine ve takdirine dayanmaksızın tedarikçiyi seçer (Konvansiyon m. 1/f. II, a); kiraya veren diğer tarafın (kiracı) beyanları üzerine bir üçüncü tarafla (tedarikçi) bir anlaşma (tedarik*

²⁴ Cumming s. 52.

²⁵ Cumming, s. 52.

anlaşması) yapar ve buna göre kiraya veren kiracının menfaatleri doğrultusunda onayladığı şartlarla tesis, sermaye malı veya sair mal (mal) alır (Konvansiyon m. 1/f. I, a); kiracı ile bir sözleşme yapar (kiralama sözleşmesi) ve buna göre kiracıya kira bedellerini (bilhassa malın maliyetinin tamamının veya büyük bir kısmının amortismanı dikkate alınarak hesaplanacak kira bedelleri (Konvansiyon m. 1/f. II, c)) ödemek kaydıyla malı kullanma hakkı verir (Konvansiyon m. 1/f. I, b); mal tedarikçisinin bilgisi dahilinde kiraya veren ve kiracı arasında yapılmış veya yapılacak olan bir kiralama sözleşmesi kapsamında kiraya veren tarafından... (Konvansiyon m. 1/f. II, b)” alınacaktır.

Konvansiyonun saymış olduğu bu unsurlar dâhilinde, bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin işleyişi şu şekilde cereyan etmektedir. ALTOP’a göre “satıcı (yapımcı), yabancı ülkelerdeki işletmelere devretmek istediği²⁶ malın leasing yoluyla finansmanını yerli bir leasing şirketinden talep etmekte ve bu şirkette yabancı ülkedeki leasing alanın kredi değerliliğini, malın leaseinge yatınlığını ve dış ülkelerdeki siyasal ve ekonomik durumu etraflıca araştırdıktan sonra olumlu sonuca varırsa, yabancı leasing alan ile leasing sözleşmesini kurarak, satıcıdan alacağı malı ona devretmek borcu altına girmektedir”²⁷.

2. Sözleşmenin Tarafları

Konvansiyonda finansal kiralama sözleşmesinin unsurlarına değinen 1’inci madde ele alındığında, bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin kiracı, kiraya veren ve satıcının taraflarını oluşturduğu üçlü bir ilişkiyi barındırdığı görülmektedir. Buna göre, bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin tarafları *kiracı, kiraya veren ve satıcıdır*²⁸.

²⁶ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, finansal kiralama şirketi ile bağlantı kuracak tarafın mutlak surette mallarını sınır ötesi kuruluşlara devretmek isteyen satıcı olması gerekmektedir. Bizim de katıldığımız EKŞİ/ŞANLI tarafından ileri sürülen görüşe göre, böyle bir sınırlamadan mutlak surette bahsetmek isabetli olmayacağı gibi, kiracı niteliğini kazanacak leasing alan taraf da kendi ülkesinde bulunan bir finansal kiralama şirketine başvurarak ondan yabancı ülkede bulunan bir malı tedarik etmesini talep edebilecektir (Ekşi/ Şanlı, s. 133; aynı yönde bkz. Ekşi, s. 378).

²⁷ Altop, s. 76; benzer tarifler için bkz. Kocağa, K; Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, 1991, 56 – 57; Halstead, Draft Convention, s. 341.

²⁸ Levy, s. 1, dn. 4.

Bu bağlamda, bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesi anılan taraflar arasında gerçekleşen biri *satış* diğeri *finansal kiralama sözleşmesi* olmak üzere *iki ayrı sözleşmeyi* de kapsamaktadır²⁹. Bu sözleşmelerden satım sözleşmesi daha sonra finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil edecek olan malın teminine yöneliktir. Dolayısıyla, buradaki satış sözleşmesinin tarafları satıcı ve kiraya verendir. Bu satış sözleşmesini müteakip, kiraya veren tarafından temin edilen malın finansal kiralanamasına dair kiraya veren ve kiracı arasında bir finansal kiralama sözleşmesi akdedilecektir³⁰. Bu ana sözleşmelerin yanı sıra, kiracının dilerse bir alt kira sözleşmesine taraf olması yani kiraladığı malı üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün olabilecektir. Konvansiyonun zımnen kabul ettiği alt finansal kiralama sözleşmesi, Konvansiyonun “*Aynı mal için bir veya daha fazla alt kiralama işlemi söz konusu ise işbu Sözleşme bir finansal kiralama işlemi olan ve sair suretle birinci kiraya verenin (önceki maddenin 1. fıkrasında açıklandığı gibi) malı aldığı kişinin tedarikçi olması durumunda ve malın bu şekilde alınmasını düzenleyen sözleşmenin tedarik sözleşmesi olması durumundaki gibi işbu Sözleşmeye tabi olan her işlem için geçerli olaca[ğım]...*” hükmüne bağlayan 2’nci maddesinden çıkarılmaktadır.

a. Satıcı

Konvansiyon kiraya verenin, kiracının niteliklerini belirlediği malı satıcı olarak adlandırılan üçüncü bir kişiden temin edeceğini belirtmiş ancak bu kişinin niteliklerini belirtmemiştir.

Konvansiyonun açıklayıcı raporu ulaşılabilir durumda olmadığı için, Konvansiyon kapsamında satıcının kim ve ne gibi özelliklere sahip olduğu hususunda bir belirsizlik söz konusudur. Ne var ki, mevcut Konvansiyona ikame olmak üzere tasarlanan model kanunda satıcı, finansal kiralama sözleşmesine konu edilecek malın temin edildiği kişi olarak ifade edilmiştir (UNIDROIT Finansal Kiralama Hakkında Model Kanun m. 2). Konvansiyon ve Model Kanunda satıcının niteliklerine ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığı için, nitelikleri bazında bir kişinin satıcı olmasını engelleyecek herhangi bir ifadeye de rastlanılmamaktadır. Dolayısı ile elinde finansal kiralamaya konu

²⁹ Boss, A. H.; Lease Chattel Paper: Unitary Treatment of A Special Kind of Commercial Speciality, *Duke Law Journal (Duke L.J.)*, Vol. 69, 1983, s. 83.

³⁰ Halstead, Draft Convention, s. 346.

edilebilecek bir malı bulunan herkes, satıcı sıfatı ile finansal kiralama ilişkisi içerisinde yer alabilecektir³¹.

b. Kiraya veren

Konvansiyonda, satıcı da olduğu gibi, kiraya veren hakkında da açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Ancak, UNIDROIT Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 2008’de yapılan toplantıda kabul edilen Model Kanunu’nun tanımlar başlıklı 2’nci maddesinde kiraya verenin tanımı yapılmıştır. Model Kanuna göre kiraya veren, kira (lease)³² ilişkisi kapsamında bir kişiye³³ bir malı kullanma ve malın mülkiyetini edinme hakkı veren kişidir.

Konvansiyonda kiraya veren tarafın niteliklerine ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak, böyle bir düzenleme yapılmış olsaydı dahi, Türkiye’de Konvansiyon hükümlerine tabi olması kararlaştırılan herhangi bir finansal kiralama sözleşmesi bakımından, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu³⁴ uyarınca, **kiraya veren**, “anonim şirket şeklinde kurulması ve kurucu ortak sayısının beşten az olmaması, pay senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması, ticaret unvanında “Finansal Kiralama Şirketi”, “Faktoring Şirketi” veya “Finansman Şirketi” ibarelerinden birinin bulunması, kurucularının bu Kanunda belirtilen şartları haiz olması, yönetim kurulu üyelerinin bu Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek mesleki tecrübeyi haiz olması, nakden ve

31 Kocaağa, s. 79.

32 Model Kanun uyarınca lease (kira), bir malın belirli bir süre ile kullanımı ve mülkiyetinin edinilmesi hakkını veren bir hukuki işlemdir (m. 2). Aynı Kanuna göre finansal kiralama (financial lease) ise bazı hallerde mülkiyeti devralma hakkı tanıyan bazı hallerde mülkiyeti devralma hakkının bazen tanındığı bazen tanınmadığı, kiracının finansal kiralamaya konu malı seçip tedarikçiyi belirlediği; kiralayanın ise bu malı tedarik edip, tedarikçiyi sözleşme hakkında bilgilendirdiği; kira bedeli veya diğer gelirlerin hesabında kiralayanın finansal kiralamaya konu malının amortismanının duruma göre dikkate alındığı veya alınmadığı bir kira sözleşmesidir (m. 2). (Kimi zaman birbirinin yerine kullanılsa da, aslında lease ve leasing kavramlarının farklı içerikte olduğuna dair açıklamalar için bkz. Topuz, s. 9 – 10.)

33 Model Kanun bakımından bu Kanun da geçen kişi (*person*) terimi, hukuki bağlamda özel veya kamu niteliğindeki tüzel kişiler ile gerçek kişileri ifade etmektedir (m. 2).

34 RG. , T. 13.12.2012, S. 28496.

her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş sermayesinin en az yirmi milyon Türk Lirası olması, ana sözleşmesinin bu Kanun hükümlerine uygun olması, Kurumun etkin denetimini engellemeyecek şeffaf ve açık bir ortaklık yapısına sahip olması, öngörülen faaliyet konularına ait iş planlarını, kuruluşun mali yapısı ile ilgili projeksiyonlarını, ilk üç yıl için bütçe planını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını ibraz etmesi” koşuluyla **bir katılım bankası, kalkınma ve yatırım bankası veya finansal kiralama şirketi olmalıdır** (6361 sayılı Kanun m.5/f. D).

Türkiye’de kiraya veren sıfatıyla faaliyet gösterecek finansal kiralama şirketlerinin niteliğine ilişkin bu hüküm, Türk milletlerarası hukuku bakımından bir doğrudan uygulanan kuraldır. Dolayısıyla, her ne kadar 6361 sayılı Kanun, milletlerarası nitelikli finansal kiralama sözleşmelerini düzenleme alanı dışında bıraksa da, 5’inci maddede yer alan anonim şirket şeklinde kurulma ve sermayeye ilişkin koşul, nitelikleri itibariyle doğrudan uygulanan kurallar oldukları için, milletlerarası nitelikli finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacaklardır³⁵.

c. Kiracı

Konvansiyon finansal kiralama sözleşmesinin diğer taraflarında olduğu gibi kiracı hakkında da açıklayıcı bir tanıma yer vermemiştir. Model Kanun’da finansal kiralamaya tabi malı kullanan ve üzerinde zilyetlik hakkı bulunan kişi olarak; 6361 sayılı Kanun’da “*finansal kiralamayı kabul eden*” kişi olarak tanımlanan kiracı, doktrine göre, finansal kiralama konusunun bir teçhizat olmasından dolayı, ister gerçek ister tüzel kişi olsun, mutlaka iktisadi bir işletmenin sahibi veya bizzat o işletmenin kendisi olmalıdır³⁶.

Finansal kiralamaya konu edilen mala üretim amaçlı başvurulduğu açık olmasına rağmen, kiracının bir ticari işletme mi yoksa herhangi bir iktisadi faaliyete özgülenmiş işletme mi olması hususu doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Nihai olarak KÖTELİ ve KOCAAĞA tarafından belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, finansal kiralama konu mal sadece yatırım ve üretim amacına özgü olduğu için, kullanıldığı işletmenin mutlak surette ticari iş ile iştigal eden bir gerçek veya tüzel

³⁵ Şanlı/Ekşi, s. 139; Ekşi, s. 384.

³⁶ Kocaağa, s. 90.

kişi olmasına gerek görülmemekte, herhangi bir iktisadi amacın bu işletme tarafından faaliyet konusu olması yeterlidir³⁷.

3. Sözleşmenin Unsurları

a. Finansal Kiralama Konusu Mal

Konvansiyonun 1'inci maddesinde finansal kiralama sözleşmesine konu edilebilecek malların nelerden ibaret olduğu belirtilmiştir. “... kiraya veren kiracının menfaatleri doğrultusunda onayladığı şartlarla tesis, sermaye malı veya sair mal alır” şeklindeki Konvansiyon hükmüne binaen tesis, sermaye malı ve sair mal bir uluslararası finansal kiralamaya konu edilebilecektir (Konvansiyon m.1/f. I, a).

Bu bağlamda, örnek olması kabilinden, uluslararası finansal kiralamaya konu mallar personel lojmanları, bunların tefrişinde kullanılan mallar, arsa, arazi, yedek parça temini, esas proje kapsamına dâhil olmayan tesisat, makine ve araçlar, her türlü makine (yol ve inşaat makineleri, tekstil makineleri, tarım alet ve makineleri, vs...), kara, deniz ve hava araçları, tıbbi cihazlar, petrol sondaj ve çıkarma malları, bilgi işlem üniteleri, santraller, fabrikalar, park ve depolama alanları olarak sayılmaktadır³⁸.

Konvansiyon, “İşbu kiraya veren kiracının menfaatleri doğrultusunda onayladığı şartlarla tesis, sermaye malı veya sair mal (ekipman) alır”(Konvansiyon m. 1/f. IV) demek sureti ile özellikle şahsi ve ailevi ihtiyaçların giderilmesi için temin edilen mallar ile sadece ferdi kullanım ve tüketim için alınan malları uluslararası finansal kiralama sözleşmesi kapsamına dahil etmemiştir³⁹.

Bunun yanı sıra, Konvansiyon, finansal kira sözleşmesine konu edilecek malların yeni olmasını aramamış olup, “Aynı mal için bir veya daha fazla alt kiralama işlemi söz konusu ise” (Konvansiyon m. 2/f. I) demek sureti ile, alt finansal kiralama sözleşmesi yolu ile kiralanan malın kiracı tarafından üçüncü bir kişiye kiralınmasına da izin vermektedir.

³⁷ Köteli, M.A; Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, İstanbul 1991, s. 60– 61; Kocaağa, s. 90 – 91.

³⁸ Boss, s. 86; Kocaağa, s. 67; Halstead, Draft Convention, s. 344.

³⁹ Halstead, Draft Convention, s. 344.

Finansal kiralama konusu mal, satıcıdan ancak satım sözleşmesi yolu ile temin edilebilmektedir. Finansal kiralama sözleşmelerinde mevcut olan üçlü taraf sistemine göre, yatırım malına ihtiyaç duyan yatırımcı, öncelikli olarak malın temini için doğrudan satıcı ile temasa geçerek malın nev'i ve bedeli üzerinde araştırma yapar. Bu aşamada malın temini konusunda anlaşmaya zemin hazırlar. Ardından, malın temini için kendi seçeceği bir finansal kiralama şirketinin sözleşme ilişkisine dahilini ister. Bu aşamanın ardından, kendisine başvuran kiracının mali durumu hakkında olumlu kanaat edinen finansal kiralama şirketi, aynı zamanda temin edilecek malın kiracının borçlarını yerine getirmemesi halinde nakde dönüştürülebilirliğini de inceleyerek bu hususta da olumlu kanaat edinirse, bu durumda satıcıdan malı temin eder ve finansal kiralama yolu ile o malı kiracıya devreder. Bu süreçte üzerinde durulmadan geçilemeyecek olan bir husus da, kiracının hem malı hem de satıcıyı dilediği gibi seçebilme serbetisidir. Kiracı tarafından seçilen bu mal, kiracının işletmesi açısından gerekli olan en avantajlı maldır⁴⁰.

Finansal kiralamaya konu edilen malın mülkiyeti kiraya verende olmakla birlikte, kiraya veren “... kiracı ile bir sözleşme yapar (kiralama sözleşmesi) ve buna göre kiracıya kira bedellerini ödemek kaydıyla malı kullanma hakkı verir (Konvansiyon m. 1/f. I, b)” yani mal sadece finansal kiralama sözleşmesi süresince kullanılmak üzere kiracıya devredilmektedir.

b. Finansal Kiralama Bedeli

Konvansiyon hükümleri çerçevesinde finansal kiralama sözleşmesinin unsurlarından biri de, finansal kiralamaya konu malın zilyetliğinin amortisman giderleri de dikkate alınmak sureti ile belirlenecek kira bedeli karşılığında devredileceğidir (Konvansiyon m. 1/f. I, b; m. 1/f. II, c).

Kira bedellerinin ne şekilde ödeneceği konusunda Konvansiyonda açık hüküm yer almamakla birlikte, uygulamada, genellikle kiracının lehinde olarak kiracının istekleri doğrultusunda ödeme dönemlerinin belirlendiği görülmektedir.

Aynı şekilde, kira bedelinin asgari ve azami hadlerine ilişkin bir hükme Konvansiyonda yer verilmemiş olduğundan, tarafların serbest olarak kira bedeli üzerinde anlaşmaları esas alındığı kabul

40 Kocağa, s. 70.

edilmektedir⁴¹. Benzer biçimde Konvansiyon, ifanın yapılacağı para birimi üzerinde de taraflara serbesti tanımıştır.

Konvansiyondaki boşluğun aksine, yeni 6361 sayılı Kanuna göre, “*Finansal kiralama bedeli ve ödeme dönemleri taraflarca belirlenir*”. Kira bedeli, taraflarca yabancı bir para üzerinden belirlenmişse, bu takdirde Türk Borçlar Kanunu⁴² m. 99’a göre ödenecektir. Böylece, “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir*” (f. II). “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir*” (f. III).

c. Tarafların Anlaşması

Taraflar yani kiracı ve kiraya veren, aralarında kurulan finansal kiralama sözleşmesinin iç hukuktaki gibi belirli bir süre feshedilemeyeceği koşulu dışında *finansal kiralama konusu malın zilyetliğinin kiracıya bırakılacağı ve bunun karşılığında da kiracının kiraya verene birlikte kararlaştıracakları bir kira bedelini ödeyeceği* konularında anlaşmış olmaları gerekmektedir.

Bu anlaşma unsuru, taraflar arasında kurulan finansal kiralama sözleşmesine *sinallagmatik (iki taraflı) akit* olma özelliği kazandırmaktadır.

4. Sözleşmenin Şekli

Bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin hangi şekle tabi olarak kurulacağı hususu Konvansiyonda hükme bağlanmamıştır. Ancak, Konvansiyonun 6’ncı maddesi, “*İşbu Sözleşmenin yorumlanmasında, dibacede belirtilen amacı, uluslararası niteliği ve uygulanmasında yeknesaklığı destekleme ve uluslararası ticarete iyi niyet kuralının yerine getirilmesi gerekliliği[nin] dikkate alınması*” gerektiğini (Konvansiyon m. 6/ f.I)” ve “*İşbu Sözleşmenin düzenlediği ve*

⁴¹ Kocağa, s. 73.

⁴² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

Sözleşmede açıkça çözüme kavuşturulmayan sorunlar dayalı olduğu genel ilkelere uygun olarak veya bu ilkeler yoksa özel uluslararası kanun hükümlerine binaen uygulanabilir olan kanuna uygun olarak çözümleneceğini (Konvansiyon m. 6/f. II) düzenlemiştir.

Türk uluslararası özel hukukunda, yabancılık unsuru⁴³ barındıran özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde hangi hukukun uygulanacağını tespiti, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a⁴⁴ göre yapılacaktır⁴⁵.

MÖHUK m.1 gereği, MÖHUK'un yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde uygulanacak şekli belirleyen 7'nci maddesine göre, hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hükümlerinin belirttiği şekle uygun olarak yapılacaktır⁴⁶. Bu bağlamda, bir finansal kiralama sözleşmesinin Türkiye'de yapılması veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun Türk hukuku olduğu hallerde uluslararası finansal kiralama sözleşmesi Türk hukukuna göre kurulacaktır. Türk hukukunda uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na göre kurulmaktadır.

43 Yabancılık unsuru ile bir ilişkinin yargılama yapacak ülke hukukundan başka bir hukuk sistemi veya sistemleri olan bağlantısı ifade edilmektedir. Buna göre, işlemin taraflarından birinin yabancı ülke vatandaşı olması, vatansız ya da mülteci olması, yabancı ülkede ikametgâhının olması, ihtilaf konusu "şeyin" yabancı ülkede bulunması, ihtilaf konusu işlemin yabancı ülkede yapılması, icra edilmesi, işlemde kaynaklanan bir ihtilafın varlığı halinde tarafların yabancı bir hukuku ihtilafı halle yetkilendirmiş olması, ihtilaf konusu haksız fiilin yabancı ülkede gerçekleşmiş olması hallerinde yabancılık unsurunun varlığından söz edilecektir (Tekinalp, G.; Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama Kuralları, İstanbul 2006, s. 16; Çelikel/Erdem, s. 8 – 9).

44 RG., T. 27.11.2007, S. 26728.

45 MÖHUK m.1-Kapsam

"1. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

2. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır".

46 Genel olarak yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğançün, T.; Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 57 vd.

Bundan başka, Türkiye’de yabancı bir hukukun uluslararası finansal kiralama sözleşmesini idare edecek hukuk olarak belirlendiği halde, bu hukuk mutlak olarak uygulanmayacaktır. Türkiye’de Finansal Kiralama Kanunu’nun bazı hükümleri, uluslararası niteliği haiz finansal kiralama sözleşmelerinde, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk bir yabancı hukuk olsa dahi uygulanacaktır. 6361 sayılı Kanunun finansal kiralama sözleşmelerinin şekline ilişkin 22’inci madde, kiraya veren sıfatını haiz şirketlerin anonim şirket şeklinde kurulacağına ve anonim şirketin kuruluş şartlarına ilişkin 5’inci madde, kiraya veren şirketlerin ödenmiş sermayesine ilişkin 5’inci maddenin 1’inci fıkrasının e bendi ile teşvik ve vergi konularına ilişkin 35- 37’inci maddeler doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir⁴⁷.

Bu hükümler çerçevesinde, uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin taraflarca adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (6361 sayılı Kanun m. 22/f. I) Mülga Finansal Kiralama Kanunu çerçevesinde, sözleşmenin şekli bakımından finansal kiralama konusu malın taşınır veya taşınmaz olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktayken⁴⁸; yeni Kanun çerçevesinde artık taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine, kendine münhasır sicili bulunan taşınır mallara ilişkin sözleşmeler ise bu malların kayıtlı olduğu sicile tescil ve şerh olunmakla birlikte kiraya veren tarafından ayrıca Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği’ne bildirilir. Eğer finansal kiralamaya konu taşınır mal, kendine münhasır sicili bulunmayan bir mal ise, bu durumda, finansal kiralama sözleşmesi Birlik tarafından tutulan özel sicile tescil olunacaktır. Bu tesciller TMK m. 764 kapsamında *kurucu tescil* niteliğindedir⁴⁹.

Tescil ve şerh işlemleri ile, kuvvetlendirilmiş bir şahsi hak doğduğundan⁵⁰; tescil ve şerhten sonra üçüncü kişilerin finansal kiralanan eşya üzerinde kazanacakları aynı hakları, kiraya verene karşı ileri sürülemeyecektir (6361 sayılı Kanun m. 22/f. VI)

47 Ekşi, s. 384 Mülga Finansal Kiralama Kanundaki doğrudan uygulanan kurallar hakkında bilgi için bkz. Ekşi/Şanlı, s. 139).

48 Yavuz, C./ Özen, B./Acar, F.; Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012, s. 366 – 367; Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2016, s. 463.

49 Yavuz/Özen/Acar, s. 366.

50 Eren, s. 468.

5. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Yukarıda belirtilen bilgiler bir arada değerlendirildiğinde, uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri, kiraya verene bir malın zilyedliğini her türlü fayda sağlaması amacıyla kiracıya devretmeyi yüklenirken, kiracı da bu kullanma ve yararlanma hakları karşılığında kiraya verene bir kira bedeli ödemeyi yüklenmektedir. Sözleşmenin her iki tarafının yüklendikleri edimler birinin tam karşılığı olup, iki edim birbiriyle değiştirildikleri için, bu yönüyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir; yine edimler birinin karşılığını oluşturduğu yani karşılıklı olarak ifa edildiği için ivazlı bir sözleşmedir; tarafların gerek sözleşmenin kurulması gerek sözleşmeye konu eşyanın teslimi, karşılığında ödenecek kira bedeli, edimlerin belirlenen sürede karşılıklı olarak değiştirilmesi hususlarında irade beyan etmiş olmaları dolayısıyla rızai bir sözleşmedir; kiraya veren ayrıca sözleşme süresi boyunca aslında mülkiyet hakkı dolayısıyla eşya üzerinde sahip olduğu tüm kullanma ve yararlanma haklarını kiracıya devrettiği için sürekli bir sözleşmedir⁵¹.

Bu hukuki niteliklerinin yanı sıra uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri, kira bedelleri toplamının malın satış bedelini tamamen aşan miktara ulaşması ile malın bakım ve onarım masraflarının kiracıya ait olması dolayısı ile *mülkiyeti devir sözleşmelerine*; gerek taraf borçlarının birbirinden farklı olması ile sözleşmenin vekâlet sözleşmesine benzer hükümlere sahip olması dolayısı ile *sui generis sözleşmelere*; tarafların kira sözleşmesinin kuruluş aşamasında malın mülkiyetinin ileri bir tarihte alıcıya geçip geçmeyeceği hususunun kararlaştırılmasına göre, eğer ileride mülkiyetin geçmesi kararlaştırılmışsa kendine özgü nitelikleri olan bir tür *taksitle satım sözleşmesine*, eğer böyle bir husus kararlaştırılmamışsa burada kendine özgü nitelikleri olan bir *kullandırma sözleşmesine* benzetilmektedir⁵².

Türk hukukunda bu niteliklere ilaveten, 6361 sayılı Kanun ile getirilen “... Sözleşmede açıkça belirtilmek kaydıyla sözleşme konusu mal henüz imal edilmemiş veya kiracıya teslim edilmemiş olsa dahi, sözleşme tarihinden başlamak üzere kira bedelleri tahsil edilebilir. Sözleşmede aksi belirtilmediği takdirde, sözleşme konusu malın sözleşme tarihinden itibaren iki yıl içinde kiracıya teslim edilmesi zorunludur”

⁵¹ Eren, s. 459 – 461.

⁵² Kocağa, s. 106 – 107; Halstead, Draft Convention, s. 342.

şeklindeki hükme göre henüz imal edilmemiş ya da kiracıya teslim edilmemiş kira konusu malın kira bedelinin, henüz mal teslim edilmemiş olmasına rağmen ödenmeye başlanmasıdır. Doktrine⁵³ göre, bu yönüyle finansal kiralama sözleşmesi *ön ödemeli taksitle satış sözleşmesine*⁵⁴ benzemektedir.

6. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti

Uluslararası finansal kiralamaya dair UNIDROIT Konvansiyonu, uluslararası finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacak hukuka dair açık ya da zımnî bir hüküm içermemektedir.

Türk hukuku bakımından, mülga Finansal Kiralama Kanunu'nun m8/f. III ile m.10/f. II'de yer verilen hükümleri dolayısıyla, uluslararası finansal kiralama iç hukukta da düzenlenmişti, ancak, 6361 sayılı Kanun'da bu Kanunun uluslararası finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacağı yönünde açık bir hüküm yer almamaktadır. Böyle bir hükme yer verilmemiş olması, 6361 sayılı Kanunun uluslararası finansal kiralama sözleşmelerine uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, bu Kanunun uygulanması MÖHUK m.24'te düzenlenen irade muhtariyeti ilkesi gereği, taraflarca, aralarındaki uluslararası finansal kiralama sözleşmesine Türk hukukunun (*dolayısıyla 6361 sayılı Kanunun*) uygulanmasının kararlaştırılmasına bırakılmıştır.

Finansal kiralama sözleşmelerine uluslararası nitelik kazandırılması, bu tür finansal kiralama sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitine ilişkin sorunları da beraberinde getirmektedir. Türkiye UNIDROIT Konvansiyonuna taraf değildir, ancak bu durum, finansal kiralama ilişkisinin taraflarına, aralarındaki sözleşmeye bu Konvansiyonun hükümlerini koyarak, buradaki kuralları sözleşmenin bir parçası haline getirmelerine de engel değildir⁵⁵.

Taraflarca böyle bir belirlemenin yapılmadığı hallerde, hangi ülke hukukunun uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların halinde yetkili olacağı hususu hakkında Milletlerarası

⁵³ Erzurumluoğlu, E., *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara 2015, s. 130.

⁵⁴ Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi, "... alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedeln tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satışır" (TBK m. 264).

⁵⁵ Ekşi/Şanlı, s. 137; Ekşi, s. 382.

Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁵⁶ karar verecektir⁵⁷. Bu Kanunun 24'üncü maddesine göre,

“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir (MÖHUK m. 24/f. I).

Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler (MÖHUK m. 24/f. II).

Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir (MÖHUK m. 24/f. III).

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur (MÖHUK m. 24/f. IV)”.

Öncelikle, uluslararası nitelikli bir finansal kiralama sözleşmesine varsa taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde, finansal kiralama sözleşmesine, o sözleşme ile en sıkı irtibatlı ülke hukuku uygulanacaktır. Bu sıkı irtibatlı hukuk, karakteristik edim⁵⁸ borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sırada mutad

⁵⁶ RG, T. 27.11.2007, S. 26728.

⁵⁷ Kuntalp, E.; Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988, s. 39 – 40.

⁵⁸ İsviçre doktrini tarafından ortaya çıkarılan ve bu paralelde İsviçre mahkemeleri tarafından geliştirilen, karakteristik edim teorisi, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde başvurulacak bir yöntem olarak yine ilk kez İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır (İsviçre ve diğer ülkeler tarafından karakteristik edim teorisinin kabulü ve teoriye yönelik eleştiriler ve teori hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Sargın, F., “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD., C. 50, S. 2, 2001, ss.37 – 88). İsviçre doktrini, mahkeme kararları bağlamında karakteristik edim “akde ismini veren edim”, “aynı

meskenin⁵⁹ bulunduğu yer hukuku olarak kabul edilmektedir. Bu fıkranın ikinci cümlesinde ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan

tipine uyan sözleşmelerde daima bulunan, sözleşmenin genetik kodu olarak tarif edilmiştir (Güngör, G., “Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı”, Ankara 2007, s. 174, dn. 204 – 205’deki yazarlar). İsviçre doktrinden Vischer’e göre, karakteristik edim sözleşme tipine göre onun doğasına yani, sözleşme tipinin sosyal ve ekonomik hayatta haiz olduğu öneme göre belirlenecektir. Bu kriterden yola çıkılarak hem doktrin hem de kanunkoyucu tarafından benimsenen ve günümüzde hala uygulanan metod, her iki tarafın ediminin para olup olmasına göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Böylece, her iki tarafın ediminin para olduğu sözleşmelerde, riski ya da sorunluluğu en yüksek olan edim; taraflardan birinin para edimini diğerinin para dışında bir edimi yüklediği durumlarda, paranın karşılığında ifa edilen edim yani para olmayan edim; her iki tarafın para dışında bir edimi yüklediği durumlarda yine risk ya da sorumluluk esasına göre hareket edilmekte, en çok risk ya da sorumluluk üstlenilen edim karakteristik edim olarak değerlendirilmektedir (Detaylı bilgi için bkz. Güngör, s. 176). İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 117’inci maddesinde ortak sosyo ekonomik fonksiyona sahi bazı sözleşme tipleri açısından bir genelleme yapılarak karakteristik edim tespit edilmiştir. Buna göre, temlik, ferağ gibi devir borcu doğuran sözleşmelerde devredenin; kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde şey ya da hakkı kullandırmanın; vekâlet, hizmet ve diğer iş görme amacını güden sözleşmelerde hizmet edenin; saklama amacı güden vedia ve benzeri sözleşmelerde saklayanın; kefalet ve teminat gibi garanti borcu doğuran sözleşmelerde garanti verenin edimi, karakteristik edim olarak kategorize edilmiştir. Bunun yanı sıra, karma sözleşmelerde karakteristik edim, sözleşmeye asıl niteliğini veren, üstün görülen edime bağlanmıştır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden ayrı olarak, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de karakteristik edim kabul edilmiş ve borcu üstlenen tarafın edimine bağlanmıştır. 1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK ile Türk hukukunda da karakteristik edim teorisine ilk kez yer verilmiş; 5718 sayılı Kanunda da sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti bakımından karakteristik edim teorisi yine başvurulacak metod olarak yerini almıştır (Türk hukukunda 5718 sayılı Kanunun yapımı aşamasında karakteristik edim teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. Güngör, s. 239 – 252).

- 59 Şahsi statünün üçüncü ve son bağlanma noktası ise son zamanlarda artan kullanım alanına kavuşan mutad meskenlerdir. Uygulamada, uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk kuralları mutad mesken bağlama noktasını tarif edememektedir. Uluslararası Özel Hukuk’ta uluslarüstü bir yargılama mümkün olmadığından dolayı, her ülke kendi ölçütleri ile mutad mesken kavramını tanımlamaktadır. Mutad meskeni şahsın menfaatlerinin odağı olarak ele alan tanıma göre, mutad mesken, Uluslararası Özel Hukuk bakımından bir şahsi statü bağlama noktası olup, bir yerde yerleşmek niyetiyle veya böyle bir niyet aranmaksızın uzun bir zamandan beri oturmayı ifade eder (Collier, J. G., Conflict of Laws, Cambridge 1987, s. 59; North, P. M./Fawcett, J. J., Cheshire and North’s Private International Law, 1992, s. 169-170; Özkan, I.; Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 33 vd.; Nomer, E./Şanlı, C.; Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2008, s. 125-126; benzer nitelikteki tanımlar

sözleşmeler açısından öncelikle karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukukuna, bulunmadığı takdirde ise yerleşim yeri hukukuna, birden fazla iş yerinin bulunduğu hallerde ise bunlardan sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde bulunana yetki tanınmıştır. Sayılan hallere rağmen sözleşme ile herhangi bir irtibatından dolayı daha sıkı ilişkili bir hukuk mevcutsa, sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır.

Finansal kiralama sözleşmeleri, ticari ve mesleki faaliyetler dolayısı ile girilen bir sözleşme olduğu için doğrudan MÖHUK m. 24/ f. IV, c.2 uygulanacaktır. Bu durumda, finansal kiralama sözleşmesinde tarafların edimlerine bakmak gerekmektedir. Kiraya verenin esas borcu kiralanana malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlayabilecek ölçüde kiracıya devretmektir. Buna karşılık kiracının asli borcu finansal kira bedelini ödemek ve malı teslim anındaki hali ile korumaktır. İki tarafın borçları karşılaştırıldığında, sözleşmesel ilişkide en fazla risk ya da yük içeren edimin yani asli edimin kiraya verenin edimi olduğu açıktır. Bu durumda, kiraya verenin iş yeri hukuku uluslararası finansal kiralama sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların halinde yetkili olacaktır. Eğer, kiraya verenin birden fazla iş yeri mevcutsa, bunlardan hangisinin finansal kiralama sözleşmesi ile daha yakın ilişki içerisinde olduğunun tespiti zarureti doğacak, tespit edilen bu yer hukuku sözleşmeye uygulanacaktır.

Bu aşamalarla tespit edilen yetkili hukuk, Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilecektir. Eğer finansal kiralama sözleşmesini idare edecek hukuk yabancı hukuk ise, bu hukukun yetkisi mutlak değildir⁶⁰. Yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen iki durum vardır, bunlar lex foriye göre kamu düzeni kuralları diğer ise doğrudan uygulanabilir kurallardır⁶¹.

Kamu düzeni kuralları, “ ... bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü...” olarak tanımlanmıştır⁶².

için bakınız Çelikel, A./Erdem, B.; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2009, s. 188.

⁶⁰ Ekşi/Şanlı s. 138.

⁶¹ Ekşi/Şanlı, s. 138.

⁶² Çelikel / Erdem, s. 149; Nomer / Şanlı, s. 163 vd.

Türk uluslararası özel hukukunda kamu düzeni MÖHUK m. 5'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır”.

Kamu düzeni, olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkiye sahiptir. Kamu düzeninin olumlu etkisi, “... mahalli hukukun belirli bir hükmünün tercihen tatbikini temin eder”. Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise, “tatbiki gerekli yabancı hukuka göre elde edilen sonuçların yabancılığı sebebiyle ortaya çıkar ve ilgili yabancı hukuk normunun tatbikini önler”⁶³.

Türkiye’de finansal kiralama yapmak isteyen şirketlerin bu faaliyetlerinin yabancı sermaye mevzuatına tabi olduğu yukarıda belirtilmişti⁶⁴. Yabancı sermayenin Türkiye’de hangi koşullar ve oranlarda yatırım yapacağı, Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu, Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile bu Kanuna ilişkin 32 sayılı Karar ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu mevzuat kuralları, kamu düzenine ilişkin olmakta ve doğrudan uygulanabilir kurallar olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

B. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HUKUKİ DURUMLARI

1. Finansal Kiraya Veren (Lessor) Hak ve Borçları

Uluslararası finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin asli borcu, kiracı tarafından ihtiyaç duyulan ve nitelikleri belirlenen finansal kiralanacak malı satıcıdan temin edip, kiracıya zilyedliğini devretmektir.

Kiraya verenin bu sözleşmeden doğan hakları Konvansiyonun 7’inci maddesinden itibaren sayılmıştır. Konvansiyonun 7’nci maddesine göre, “Kiraya verenin maldaki aynı hakları kiracının iflas dairesine ve alacaklılarına (haciz veya icra almış olan alacaklılar dâhil) karşı geçerli olacaktır”. Esasen kiraya verenin kira konusu mallar üzerinde sahip olduğu aynı hakları kiracının alacaklılarına karşı da geçerli olacaktır.

⁶³ Nomer / Şanlı, s. 169.

⁶⁴ Bkz. yukarıda s. 10.

⁶⁵ Ekşi, s. 384.

Öyle ki, kiracı iflas etmiş olsa dahi, kiraya veren finansal kiralamaya dâhil mallar üzerinde sahip olduğu haklarını iflas alacaklılarına karşı da ileri sürebilecektir. Bu hak, Konvansiyon ile sabitlenmiştir⁶⁶.

Konvansiyon, ayrıca kiraya verenin sorumluluğunu dar bir alanla sınırlamıştır. Konvansiyonun “*İşbu Sözleşmede aksi öngörülmediği veya kiralama sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece, kiraya veren malla ilgili olarak kiracıya karşı bir yükümlülüğe sahip olmayacaktır; kiraya veren kiracının beceri ve takdirine dayandığı için ve kiraya verenin tedarikçinin veya malın özelliklerinin seçimine müdahale etmesinden dolayı zarara maruz kalması durumunda bu durum geçerli olmayaca[ğını]*” hükme bağlayan 8’inci maddesine göre, kiraya veren maldaki ayıplardan sorumlu olmayacaktır⁶⁷. Ancak, kiracının kiraya verenin satıcının seçimi ve malların belirlenmesi konusundaki bilgi ve tecrübesine dayanması halinde bu sebepten doğacak zararlar için kiracının kiraya verene başvurması imkân dâhilindedir.

Konvansiyon m. 14’e göre “*Kiraya veren maldaki veya kiralama sözleşmesi kapsamındaki haklarının tümünü veya birisini devredebilir veya sair suretle tasarruf edebilir. Böyle bir devir kiraya vereni kira sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden kurtarmayacak veya kiralama sözleşmesinin niteliğini veya işbu Sözleşmede öngörülen yasal işleyişini değiştirmeyecektir*”.

Kiraya verenin kural olarak maldaki ayıptan sorumlu olmamasının yanı sıra, kiralama konu malın üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı da kiraya verenin sorumlu tutulamayacağı⁶⁸ hususu Konvansiyon m.8/f. I, b’de “*Kiraya veren bu sıfatı ile malın yol açtığı ölüm, fiziksel veya maddi zarar nedeniyle üçüncü taraflara karşı yükümlü olmayacaktır*” hükmü ile açıkça belirtilmiştir. Konvansiyon bu bentte, kiraya verenin kira konusu malın üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunu bertaraf ederken sadece kiraya veren sıfatı ile sorumlu olamayacağını belirtmekte, kiraya verenin malın maliki olmaktan dolayı söz konusu zararlardan dolayı sorumlu tutulacağını zimnen ifade etmektedir.

⁶⁶ Levy, s. 276.

⁶⁷ Levy, s. 276.

⁶⁸ Levy, s. 277.

Kiraya veren, finansal kira sözleşmesi ile sözleşme süresince malın tüm kullanma haklarını devrettiği kiracının kusur veya ihmali ile üçüncü kişilerin daha üstün hak iddiasının doğmasına sebebiyet vermedikçe, kiracının zilyetlikten doğan haklarının, bu iddia ile engellenemeyeceğini temin etmekle yükümlü tutulmaktadır⁶⁹. Eğer, kiraya veren böyle bir üstün hak iddiasına ihmal veya kusuru ile sebep olmuşsa, bu takdirde sorumluluğun bertaraf edilmesine dair yapılacak herhangi bir anlaşma geçersiz addedilecektir⁷⁰. Bu hususlar Konvansiyonun 8'inci maddesinde

“İşbu Sözleşmede aksi öngörülmediği veya kiralama sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece, kiraya veren, malla ilgili olarak kiracıya karşı bir yükümlülüğe sahip olmayacaktır; kiraya veren kiracının beceri ve takdirine dayandığı için ve kiraya verenin tedarikçinin veya malın özelliklerinin seçimine müdahale etmesinden dolayı zarara maruz kalması durumunda bu durum geçerli olmayacaktır” (Konvansiyon m. 8/ f. I, a).

“Kiraya veren bu sıfatı ile malın yol açtığı ölüm, fiziksel veya maddi zarar nedeniyle üçüncü taraflara karşı yükümlü olmayacaktır” (Konvansiyon m.8/f. I, b).

“İşbu fıkranın yukarıdaki hükümleri kiraya verenin başka bir sıfatla, örneğin mal sahibi sıfatıyla, sahip olduğu bir yükümlülüğü için bağlayıcı olmayacaktır”(Konvansiyon m.8/f.I,c)

denilmek sureti ile açıkça hükme bağlanmıştır.

“Kiraya veren üstün bir mülkiyet veya hakka sahip olan veya üstün bir mülkiyet veya hakkı talep eden ve bu hak, mülkiyet veya talep kiracın bir eyleminden veya ihmalden kaynaklanmıyorsa bir mahkeme yetkisi dahilinde hareket eden bir kişi tarafından kiracının zilyetliğinin bozulmayacağını taahhüt eder” (Konvansiyon m.8/f. II).

“Üstün mülkiyet, hak veya talebin kiraya verenin kasıtlı ve ciddi bir ihmalkâr eyleminden kaynaklanması durumunda taraflar önceki fıkra hükümlerinden feragat edemez veya etkisini değiştiremezler” (Konvansiyon m. 8/f. III)”.

⁶⁹ Levy, s. 277.

⁷⁰ Halstead, Draft Convention, s. 348.

2. Kiracının (Lessee) Hak ve Borçları

Finansal kiralama sözleşmelerinde kiracının asli borcu, malın kira süresi boyunca uğrayacağı olağan yıpranma giderleri de dikkate alınmak sureti ile belirlenen kira bedelini ödemektir (Konvansiyon m 1). Kiracının temerrüdü halinde kiraya veren, Konvansiyonun 13'üncü maddesinde yer alan tedbirlere başvurabilecektir. Buna göre, *kiraya veren faizleri ile birlikte ödenmemiş kiralari ve uğramış olduğu zararları talep etme hakkını* kazanacaktır. Kiracının temerrüdü esaslı ise, kiraya veren müccel kira borçlarını talep edebileceği gibi sözleşmeyi tek taraflı da feshedebilecektir⁷¹. Ancak kiraya verenin bu haklarını kullanabilmesi için kiracıya uygun bir mehil vermesi gerekmektedir (Konvansiyon m. 13/f. V).

Konvansiyona göre, alt finansal kiralama sözleşmelerinin (*sub – leasing transactions*) yapılabilmesi mümkündür. Ancak, burada Konvansiyon m.14/f. II ile *“Kiracı malı kullanma hakkını veya kiralama sözleşmesi kapsamındaki sair haklarını ancak kiraya verenin muvafakati ile ve üçüncü taraf haklarına tabi olarak devredebilir”* şeklinde bir sınırlama getirilmiş, kiracının kiraya verenin izni olmaksızın alt finansal kiralama sözleşmesi yapamayacağı ve alt finansal kiralama sözleşmesi gibi başka herhangi bir ilişkiye dayanarak mal üzerindeki haklarını üçüncü bir kişiye devredemeyeceği hükme bağlanmıştır⁷². Alt finansal kiralama sözleşmesinin kurulması halinde, Konvansiyon m. 2 gereği, ilk finansal kiralama sözleşmesinin kiraya vereni, alt finansal kiralama sözleşmesi bakımından satıcı konumuna gelecektir.

Konvansiyona göre, *“Kiracı malın muntazam bakımını yapacak, uygun bir şekilde kullanacak ve normal aşınma ve yıpranmaya ve tarafların mutabakatı ile yapılacak tadilatlarla tabi olarak teslim edildiği halini korumaya çalışacaktır”*(Konvansiyon m. 9/f. I). Böylece, kiracı, kiraladığı malları özenle koruma borcu altına girmektedir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken bir husus, kira bedeli tespit edilirken, kira bedeli içerisine malın kira sözleşmesi süresince uğraması muhtemel yıpranma payının da eklenmesi dolayısıyla, kiracı, artık malda meydana gelen olağan yıpranma ve bozulmalardan sorumlu tutulamayacaktır⁷³. Ayrıca

71 Levy, s. 278.

72 Halstead, Draft Convention, s. 349 – 350.

73 Halstead, Draft Convention, s. 348.

Konvansiyon m.9/ f. II’de yer alan “*Kira sözleşmesi sona erdiğinde, kiracı malı satın alma veya ek bir süre için tekrar kiralama hakkını kullanmazsa, malı önceki fıkroda belirtilen bir halde kiraya verene iade edecektir*” hükmüne binaen finansal kiralama sözleşmesi sonunda kiracı malları satın alma veya bir sonraki kira dönemi için de elinde tutma haklarını kullanmazsa, kiraya verenin kira sözleşmesinin başlangıcında malı kendisine teslim ettiği haliyle, teslim etme yükümlülüğü altındadır.

3. Satıcının (Suppher) Hak ve Borçları

Satıcı, aralarındaki satım sözleşmesinden dolayı kiraya verene karşı üstlendiği yükümlülükleri, kiracı da sanki bu satım sözleşmesinin bir tarafıymış gibi, arada herhangi bir fark gözetmeksizin, ona karşı da yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, Konvansiyonun “*Kiracı sanki bu anlaşmanın bir tarafıymış gibi ve mal doğrudan kiracıya tedarik edilmiş gibi kabul edilerek tedarikçi tedarik anlaşması kapsamındaki sorumluluklarını kiracıya karşı da borçlu olacaktır*” şeklindeki 10’uncu maddesinden kaynaklanmaktadır. Ne var ki, bu maddenin ikinci fıkrasında, sözkonusu yükümlülüğü sınırlayıcı kurala yer verilmiştir. Bu sınırlama, satım sözleşmesinde kiracıyı kiraya verenle eşit statüye kavuşturan ilk fıkra hükmüne binaen kiracının tarafıymış gibi satım sözleşmesini sona erdirme hakkının bulunmadığını açıklamaktadır.

Finansal kiralamaya konu olan mallar, teslim edilmez veya geç teslim edilirse veyahut satım sözleşmesinde öngörülen şartlara aykırı olarak teslim edilirse, burada satıcıya karşı ileri sürülmek üzere kiracıya ve kiraya verene birtakım haklar tanınmıştır. Bu durumda, kiracı, satıcıya karşı, malları kabul etmeme veya finansal kiralama sözleşmesini feshetmek haklarına; kiraya veren ise, satım sözleşmesinde belirtilen nitelikte malların teslim edilmemesi nedeniyle satıcıya başvurma hakkına sahiptir.

C. ULUSLARARASI FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

a. Sözleşmenin İçeriğinde Öngörülen Sürenin Dolması Nedeniyle Kendiliğinden Sona Ermesi

Konvansiyonda finansal kiralama sözleşmelerinin belirli bir süreyle sınırlı olarak yapılacakları konusunda herhangi bir hüküm

bulunmamaktadır. Ancak finansal kiralama sözleşmelerinin unsurlarını hükme bağlayan m.1/f. I'e bakıldığında, kiraya verenin "... kiracı ile bir sözleşme yapı[cağı] (kiralama sözleşmesi) ve buna göre kiracıya kira bedellerini ödemek kaydıyla malı kullanma hakkı..." vereceği hükümde açıkça görülmektedir. Yine benzer biçimde Konvansiyon m. 1/ f. III'de, "kiracının ... ek bir süre daha kiralama opsiyonuna sahip olması..." ifadesine yer verilmiş, böylelikle "ek bir süre daha" ibaresi ile zımni olarak finansal kiralama sözleşmelerinin belirli bir süre ile akdedileceği benimsenmiş olmaktadır.

Kiraya verenin süresiz olarak bu malın kullanımını kiraya verene devretmesi genel hayat tecrübeleri ve kiralama işleminin iktisadi gayelerle yapılması gibi hususlar göz önüne alındığında beklenmeyen bir durumdur.

Eğer taraflarca, finansal kiralama sözleşmesi hakkında bir süre öngörülmüşse bu takdirde, bu sürenin sonunda sözleşme sona erecek, kiracı da malı kiraya verene iade ile yükümlü olacaktır.

b. Sözleşmenin Kiracıya İlişkin Sebepler Nedeniyle Kendiliğinden Sona Ermesi

Konvansiyonda bu konuda da açık ya da zımni bir ifadeye yer verilmemiş olmasına rağmen, kanaatimizce, Türk hukukunda olduğu gibi, kiracının iflası, kiracıya karşı yapılan icra takiplerinin semeresiz kalması, kiracının ölümü, fiil ehliyetini kaybetmesi gibi nedenler (6361 sayılı Kanun m. 30), kiracının uluslararası finansal kiralama sözleşmesini sona ermesi için haklı sebep teşkil edecektir⁷⁴.

c. Sözleşmenin Kiraya Verene İlişkin Sebepler Nedeniyle Kendiliğinden Sona Ermesi

Konvansiyon, uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin süresinin sona ermesi ve kiracıya ait sebeplerden dolayı sona ermesinde olduğu gibi, kiraya verene ilişkin sebeplerle sona ermesini de düzenlememiştir. Yine burada da, kanaatimizce Türk hukukunda yer alan sona erme sebepleri, kiraya verenin finansal kiralama sözleşmesini sona erdirmesi için haklı sebep teşkil edecektir. Dolayısıyla, Konvansiyona göre finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren sıfatını haiz olan kişinin mutlak surette bir şirket olmasının şart olduğundan bahisle, bu şirketin

⁷⁴ Yavuz/Özen/Acar, s. 269.

sona ermesi veya tüzel kişiliğinin sona ermesi gibi hallerde finansal kiralama sözleşmesi, kiraya verenden kaynaklanan sebeplerden dolayı sona erecektir.

2. Sözleşmenin Taraflardan Birinin Fesh Etmesi İle Sona Ermesi

Konvansiyon m.12/f. I'e göre, “*Mal teslim edilmezse veya geç teslim edilirse veya tedarik anlaşmasına uygun değilse, sanki kiracı malı kiraya verenden tedarik anlaşmasının şartlarıyla aynı şartlar kapsamında satın almayı kabul etmiş gibi düşünülerek: ... kiracı kiraya verene karşı ... kiralama sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir*”. Aynı şekilde, Konvansiyon m. 13'te yer alan diğer bir fesih sebebi ise şöyledir; “*Kiracının temerrüdü esaslı ise, ... kiraya veren kira sözleşmesi gereği ... kira sözleşmesini feshedebilir*”.

Görüldüğü gibi, Konvansiyonda iki önemli fesih hakkı finansal kiralama sözleşmesinin tarafları olan kiracıya ve kiraya verene birbirinden bağımsız olarak tanınmıştır.

“*Kiracının kiralama sözleşmesini feshetme hakkını kullanması halinde, kiracı maldan sağladığı bir kazançla ilişkin makul bir tutar düşüldükten sonra peşin ödediği kira bedellerini ve sair tutarları geri alma hakkına sahip olacaktır*”(Konvansiyon m. 12/f. IV).

Kiraya veren tarafından fesih hakkının kullanılması halinde, kiraya veren malların zilyetliğini yeniden kazanacaktır ve buna bağlı olarak kiraya veren sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararlarını tazmin ettirebilir; eğer kiracının feshe sebep temerrüdü esaslı ise, burada Konvansiyon kiraya verene ya kira sözleşmesini fesih ya da müccel borçları talep yetkisinden sadece birini seçme hakkı tanıdığından, kiraya veren fesihle birlikte müccel kira borçlarını talep edemeyecektir.

SONUÇ

En genel tanımı ile finansal kiralama veya diğer adı ile leasing sözleşmesi, “işletmelerce ihtiyaç duyulan yatırım mallarının kredili olarak ithal edilmesi yerine finansman sağlamak amacı ile kiralınmasıdır”.

Finansal kiralama sözleşmesinin bir türü olarak uluslararası finansal kiralama sözleşmeleri ise, kiracının malı belirleyerek kiraya verenin becerisine ve takdirine dayanmaksızın tedarikçiyi seçtiği, belirlenen bu malın tedarikçinin bilgisi dâhilinde kiraya veren ve kiracı arasında

yapılmış veya yapılacak olan bir kiralama sözleşmesi kapsamında kiraya veren tarafından alınarak işletmesinde kullanılmak üzere zilyetliğin kiracıya devredildiği bir tür finansal kiralama sözleşmesidir.

Kanaatimizce, tek bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesi tanımı yapmaksızın, Konvansiyonun doğrudan ilk maddelerinde bir uluslararası finansal kiralama sözleşmesinin unsurlarını saymak ve süreci özetlemek sureti ile belirgin özellikleri sıralayarak uluslararası finansal kiralama sözleşmesi hakkında zihinlerde bir figür canlandırması sakıncalıdır.

İncelemelerimiz sırasında karşımıza çıkan tek aksaklık sadece bu değildir. İkinci olarak sorun niteliğinde gördüğümüz diğer bir husus, Konvansiyonun sadece tanım bakımından değil, şekil, uygulanacak hukuk, sözleşmenin esasına ilişkin süre vb. konulara ilişkin hükümlerin, yeterli kapsamda ele alınması bir yana, Konvansiyonda hiç düzenlenmemiş olmasıdır.

İlk bakışta, saydığımız eksikliklerin bazılarının dikkatsizlik sonucu gözden kaçırıldığı izlenimi edinilse de, Konvansiyonun 6'ncı maddesinde yer alan ve taraflara Konvansiyonda düzenlenmemiş alanlarda uluslararası özel hukukun genel prensiplerine uygun biçimde hareket etme önerisinde bulunan hüküm açısından durum gözden geçirildiğinde, bu maddenin taraflara ve uygulayıcılara geniş bir yorum ve takdir hakkı sunmasından dolayı, gün ışığı gibi aşikâr bir biçimde sözleşmenin kötüye kullanılması olanağı sağladığı söylenilmeden geçilemeyecek bir husus olarak göze çarpmaktadır.

Diğer bir eleştiri noktası ise, Konvansiyonun ana hedefi dibace kısmında “Malın uluslararası finansal kiralanmasına yönelik bazı yasal engelleri kaldırma ve işlemin farklı tarafları arasında adil bir menfaatler dengesi sağlama, uluslararası finansal kiralamayı daha fazla müracaat edilir hale getirme ihtiyacı, geleneksel kira sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinin finansal kiralama işleminin yarattığı üçlü ilişkiye uyarlanması gerektiği, bu sebeple öncelikle uluslararası finansal kiralamanın medeni hukuk ve ticaret hukuku veçhelerine ilişkin bazı yeknesak kuralların belirlenmesi” olarak resmedilmesine rağmen; Konvansiyonun uygulanması ve yürürlüğüne ilişkin hükümlerin, Konvansiyonda eksik olan hususlar hakkında dikkat çekici ölçüde Konvansiyonun ana hedefine yönelen hükümlere hacimce bir üstünlük taşımasıdır.

BİBLİYOGRAFYA

Altop, A.; Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

Boss, A. H.; Lease Chattel Paper: Unitary Treatment of A Special Kind of Commercial Speciality, *Duke Law Journal (Duke L.J.)*, Vol. 69, 1983, ss. 69 – 115.

Collier, J. G., Conflict of Laws, Cambridge 1987.

Cumming, R.; Regal Regulation of International Financial Leasing : The 1988 Ottawa Convention, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.: 7, 1989 – 1990, ss. 39 – 68.

Çelikel, A./Erdem, B.; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2009.

Doğangün, T.; Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Ekşi, N., Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2015.

Erzurumluoğlu, E., Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2015.

Güngör, G., Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007.

Halstead, S.; International Equipment Leasing: The UNIDROIT Draft Convention, *Columbia Journal of Transnational Law (Col. J. Transnat'l L.)*, Vol. 22, 1983 – 1984, ss. 333 – 358.

Halstead, S.; International Financial Leasing (Leasing), *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 13, 1987, ss. 269 – 271.

Kocaağa, R.; Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, 1991.

Köteli, M.A.; Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, İstanbul 1991.

Kuntalp, E.; Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988.

Levy, D. A.; Financial Leasing Under The UNIDROIT Convention and The Uniform Commercial Code : A Comparative Analysis, Indiana

International & Comparative Law Review (Ind. Int'l & Com. L. Rev.), Vol. 5, 1994 – 1995, ss. 269 – 302.

Nomer E./Şanlı, C.; Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2008.

North, P. M./Fawcett, J. J., Cheshire and North's Private International Law, 1992.

Özkan, I.; Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

Rosen, H.; Finance Leases: Is There Method in The Madness?, International Financial Law Review, 1990, ss. 16 – 19.

Sargın, F., *Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım*, AÜHFD., C. 50, S. 2, 2001, ss.37 – 95.

Şanlı, C. / Ekşi, N.; Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006.

Tekinalp, G.; Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama Kuralları, İstanbul 2006.

UNIDROIT Finansal Kiralamaya Dair Model Kanun'un tam metni için bkz <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2008leasing/main.htm> (ET. 19.02.2010)

Tekinalp, Ü., Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1985, s. 1 (Topuz, M., 6361 sayılı Finansal Kiralama , Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Çerçevesinde Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2013.

Özsunay, E., Leasing İşlemleri: Kara Avrupası'ndaki Finansal Leasing Modellerine Kısa Bir Bakış, İTO Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1986.

Yavuz, C./ Özen, B./Acar, F.; Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNE TABİ MALLARIN HUKUKİ DURUMU

*Arş. Gör. Meltem BULUT**

GİRİŞ

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile aile hukuku alanında köklü reformlar yapılarak, yeni hukuki müesseselere yer verilmiştir. İnceleme konumuz olan edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malların durumuna ilişkin hükümler de Türk Medeni Kanunu ile kabul edilen yeni hukuki müesseselerden biridir.

Evlilik birliğinde eşlerin ortak kazançlarıyla elde ettikleri belirli mallar bakımından paylı mülkiyet ilişkisinin doğması son derece doğaldır. Kanun koyucu, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların onların paylı mülkiyetine tâbi olacağını düzenleyerek söz konusu mallar bakımından paylı mülkiyet karinesi getirmiştir (TMK.m.222/f.2). Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi bu mallar üzerinde diğer eşin rızası olmaksızın tasarruflarda bulunulması aile huzurunu bozabilir. Aynı şekilde, eşler arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisinin mal rejiminin, özellikle de evlilik birliğinin sona ermesi hallerinde bir takım sıkıntılar ortaya çıkabilir. Bu olumsuzlukları öngören kanun koyucu, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar bakımından bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden TMK.m.223/f.2, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerinde tasarrufta bulunulabilmesi için diğer eşin rızasının aranmasını öngörmektedir. TMK.m.226/f.2 ise, tasfiye sırasında bazı şartlarla eşlere paylı mülkiyete tâbi mallara ilişkin yasal alım hakkı tanımaktadır.

Bu bakımdan çalışmamızda eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malların hukuki durumu, rejimin devamı ve rejimin tasfiyesi ayrımı dikkate alınarak ele alınmıştır.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ VE PAYLI MÜLKİYET İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK, eMK'dan farklı olarak mal ayrılığı rejimini değil, edinilmiş mallara katılma rejimini yasal mal rejimi olarak kabul etmiştir (TMK.m.202/f.1). Edinilmiş mallara katılma rejiminin kapsamına ilişkin TMK.m.218'e göre, "*Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar*". Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlıkları dikey bir ayrımla kadının malları ve kocanın malları olmak üzere ikiye ayrılır. Daha sonra ise kadının malları ve kocanın malları yatay bir ayrımlamayla malvarlığı kesimine uğrayarak "edinilmiş mallar" ile "kişisel mallar" olmak üzere ikiye ayrılır. Sonuç olarak edinilmiş mallara katılma rejimi "kadının edinilmiş malları ve kişisel malları" ile "kocanın edinilmiş malları ve kişisel malları" şeklinde dört farklı malvarlığı kesimi içerir¹. Bu ayrım yanında, edinilmiş mallara katılma rejiminin, eşlerden her birinin edinilmiş ve kişisel mallarına ek olarak eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malları da kapsadığı haklı olarak ileri sürülmektedir². Nitekim her üç mal türüne hangi malların gireceği TMK.m.219-220-222'de düzenlenmiştir.

B. Eşler Arasındaki Paylı Mülkiyet İlişkisi

1. Genel Olarak Paylı Mülkiyet Kavramı

Türk Medeni Kanunu m.688/f.1'e göre, "*paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir*". Söz konusu düzenlemeden paylı mülkiyet kavramı ve özelliklerini tam olarak tespit etmek mümkün olmamakla birlikte; paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının tasarruf edilmesi

¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku*, C. III, 12. bs., İstanbul 2016, s. 206,207; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008, s. 253.

² Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, C. II, 15. bs., İstanbul 2013, s. 155; Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan, *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, İstanbul 2015, s. 147.

mümkün paylara bölünerek birden fazla kişiye özgülenmesi olarak tanımlanabilir³.

Paylı mülkiyete tâbi mal üzerinde tek bir mülkiyet söz konusudur. Bu nedenle malvarlığının birden çok parçaya bölünerek, her bir parçanın ayrı bir mülkiyet konusu olması durumunda paylı mülkiyet değil, birbirinden ayrı birden çok mülkiyet söz konusu olur⁴. Paylı mülkiyet konusu mal üzerinde tek bir mülkiyet söz konusu olmasına rağmen, bu mülkiyet tek kişiye değil, birden çok kişiye aittir. Eşya üzerindeki tek mülkiyet hakkının birden çok kişiye ait olması “*paylı mülkiyet birliğini*” oluşturmaktadır⁵.

³ Zeynep **Özcan**, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Ankara 2013, s. 37; Kumru **Kılıçoğlu Yılmaz**, “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri”, *TBBD.*, Y. 27, S. 114, Eylül-Ekim 2014, s. 83, 84; Mehmet **Ayan**, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 7. bs., Konya 2014, s. 35; Nuşin **Ayiter**, *Eşya Hukuku*, Ankara 1977, s. 89; Jale G. **Akıpek/Turgut Akıntürk**, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 389; Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 19. bs., İstanbul 2016, s. 303; bkz., Yarg. 1. HD., T. 31.3.2005, E. 2005/2669, K. 2005/3880 “...*Türk Medeni Kanunu'nun 688. ve devamı maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet hükümlerine göre, paylı mülkiyet üzere olan taşınmazda paydaşların taşınmazın tamamı bakımından her yerinde hak sahibi olmaları asıldır. Aralarında tüm paydaşları kapsar şekilde bir anlaşma olmadıkça, bir ya da birden fazla paydaşın taşınmazın belli ve muayyen yeri üzerinde hak sahibi olmalarına yasal olanak yoktur. Böyle bir tespit hükmü, açıklanan mülkiyet hükümlerine aykırılık teşkil eder...*” (YKD., C. 31, S. 12, 2005, s. 1856-1857); Yarg. 14. HD., T. 1.5.2007, E. 2007/1243, K. 2007/4792 “...*Türk Medeni Kanunu'nun 688 ve devamı maddeleri uyarınca paylı mülkiyetin konusu fiili olarak bölünmemiş eşya ve müşterek mülkiyet ise, aynı hukuki statüde bulunan birden çok kişinin belirli bir eşyaya aynı anda paylı olarak malik oldukları bir topluluk mülkiyeti şeklindedir. Paydaşların eşya üzerinde sahip buldukları hisse maddi olarak (fiilen) bölünmüş olmayan soyut bir hisse niteliğindedir. Başka bir anlatımla, fiziki bölünme değil, fikri bölünmenin söz konusu olduğu, dolayısıyla her paydaşın müşterek eşyanın her parçasında hakkının bulunduğu, ayrıca müşterek eşya ile ilgili bölünebilen yetkiler üzerinde her hissedarın payı oranında bağımsız hakkının bulunduğu, fakat bölünemeyen yetkilerde herkesin hakkının eşyanın tamamını kapsadığı açıktır...*” (YKD., C. 35, S. 11, 2009, s. 2103-2104).

⁴ Selahattin Sulhi **Tekinay**; *Türk Aile Hukuku*, 7. bs., İstanbul 1990, s. 566; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 304.

⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 304; Şeref **Ertaş**, *Eşya Hukuku*, 11. bs., İzmir 2014, s. 231; **Ayan**, s. 36; Lale **Sirmen**, *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014, s. 310; **Özcan**, s. 37.

2. Eşler Arasında Paylı Mülkiyet İlişkisinin Kurulması

Paylı mülkiyet ilişkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda paylı mülkiyet, bir hukuki işlemde doğabileceği gibi, kanundan veya mahkeme ya da yetkili bir makamın kararından da doğabilir⁶.

Hukuk düzeni tarafından paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasına herhangi bir sınırlama getirilmediği için, paylı mülkiyet daha çok taraf iradeleriyle ortaya çıkar. Örneğin, elbirliği ilişkisi mevcut olmaksızın, birden çok kişinin birlikte eşya satın almaları halinde paylı mülkiyet ilişkisi taraf iradelerinden doğar⁷. Aynı şekilde, eşler de birlikte bir eşya satın almak suretiyle paylı mülkiyet ilişkisi kurabilirler.

Paylı mülkiyet ilişkisinin tarafların iradesi söz konusu olmaksızın doğrudan doğruya bir kanun hükmü ile de ortaya çıktığı görülmektedir. İki taşınmazı ayıran sınır çizgisinde bulunan duvar, çit, parmaklık gibi sınır işaret ve yapılar (TMK.m.721) paylı mülkiyete tâbidir. Bu durumda “eşyaya bağlı mülkiyet” söz konusu olur. Müşterek kaynakları bir arada tutmak için kurulan tesisler (TMK.m.759), karışma veya birleşme sonucunda ortaya çıkan şeyler (TMK.m.776) üzerinde de kanundan doğan bir paylı mülkiyet ilişkisi söz konusu olur. Aynı şekilde, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar (TMK.m.222/f.2) da kanundan dolayı eşlerin paylı mülkiyetine tâbidir⁸. Bu durumda TMK.m.688/f.2 uyarınca başka türlü belirtilmediği için eşlerin payları eşit sayılacaktır. TMK.m.222/f.2 kapsamına kanımızca kural olarak (tapu kütüğünden hangi eşin malik olduğu anlaşılamayan durumlar hariç) taşınmaz mallar dahil edilemez. Çünkü taşınmaz malların mülkiyeti TMK.m.705/f.1 uyarınca malikin adının tapu kütüğüne tescili ile kazanılır. Dolayısıyla bir taşınmazın malikinin hangi eş olduğu tapu sicilindeki kayıttan anlaşılır.

Paylı mülkiyet ilişkisinin hâkim kararı veya yetkili bir makamın kararıyla kurulması da mümkündür. Örneğin hâkim, mirasçılardan

⁶ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 84.

⁷ Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 429; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 305-306; Sirmen, s. 311.

⁸ Ayan, s. 38; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 3. bs., Ankara 2014, s. 90; Özcan, s. 38, 39.

birinin istemi üzerine mevcut elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete çevirebilir (TMK.m.644). Belediyeler de alacakları bir takım kararlarla birden çok kişi arasında paylı mülkiyet ilişkisi (İK.m.16-17-18) kurabilirler⁹.

II. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNE TÂBİ MALLARIN REJİMİN DEVAMI SÜRECİNDEKİ DURUMU

A. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin kurulmasıyla birlikte eşler, emeklerinin karşılığı ile bir takım mallar edinirler. Bu mallara eşler tek başlarına malik olabilecekleri gibi söz konusu mallar eşlerin paylı mülkiyetine de tâbi olabilirler. Eşlerin paylı mülkiyetlerine tâbi mallar, eşlerin emekleriyle ve evlilik birliğinden doğan güven ilişkisine dayanılarak edinilir. TMK.m.688/f.3'de düzenlenen genel kural çerçevesinde, eşlerin kendi payları üzerinde tek başına tasarrufta bulunabileceğinin kabulü aile huzurunun bozulmasına sebep olabilir. Bu sıkıntıları öngören kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında paylı mülkiyete tâbi mallar bakımından TMK.m.223/f.2 ile özel bir düzenleme getirmiştir.

B. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Mallar Üzerindeki Tasarruf Hakkı

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.688/f.3'e göre, paylı mülkiyette "*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir*". Diğer bir ifade ile paydaşlardan her biri diğer paydaşların rızasına gerek olmaksızın kendi payı üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir¹⁰.

Bununla birlikte, kanun koyucu TMK.m.688/f.3'deki kurala bir istisna getirmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından düzenlenen TMK.m.223/f.2'e göre, "*Aksine anlaşma olmadıkça,*

⁹ Eren, s. 92,93; Ayan, s. 39; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 306; Özcan, s. 40.

¹⁰ Sirmen, s. 314; Özcan, s. 139; Tekinay, s. 566; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 429.

eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz”¹¹. Eşlerin genellikle ortak kazançlarıyla elde ettikleri paylı mülkiyet konusu malı diğer eşin rızası olmaksızın tasarrufta bulunması aile huzurunu bozabilir. Bu nedenle, eşlerin paylı mülkiyetine konu payı üzerindeki tasarrufları diğer eşin rızasına bağlayan bu düzenleme yerindedir¹². TMK.m.223/f.2 hükmü, eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kaldırmaz. Bu hüküm sadece söz konusu maldaki tasarrufların diğer eşin rızasıyla yapılabileceğini öngörür. Diğer bir deyişle, burada tasarruf yetkisi sınırlaması söz konusudur¹³.

2. Eşlerden Birinin Paylı Mülkiyete Tâbi Mal Üzerinde Tasarrufta Bulunabilmesinin Koşulları

a) Eşler Arasında Paylı Mülkiyet İlişkinin Bulunması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 bakımından paylı mülkiyetin konusunu her türlü mal oluşturabilir. Yani paylı mülkiyet konusu taşınmaz veya taşınır bir mal olabilir. Paylı mülkiyet konusu mal bir taşınmaz ise, söz konusu taşınmazın eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olması yeterli olup; pay oranlarının hiçbir önemi yoktur¹⁴.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 hükmü, paylı mülkiyet konusu bir malın varlığını yeterli görüp, eşlerin paydaş olmasına ilişkin bir zorunluluğa yer vermemiş gözükmektedir. Ancak Kanun hükmünün lafzından çıkan bu sonuç hükmün düzenlenme amacına uygun değildir. Kanun koyucunun, eşlerin bireysel mülkiyetine tâbi mallar bakımından

¹¹ Özcan, s. 139; Sirmen, dn. 113, s. 314; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, dn. 125, s. 307; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s. 63.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002, s. 23; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara 2015, s. 357; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 117,118; Sarı, s. 65.

¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213; Nami Barlas, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s. 138.

¹⁴ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 24; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanunu'muzun Aile - Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s. 57; S. Ayan, s. 120,121; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 358.

hukuki işlem özgürlüğünü kabul ettiği düşünüldüğünde, eşlerden birinin üçüncü bir kişi ile paydaş olduğu taşınmaz üzerinde gerçekleştireceği tasarruflar bakımından diğer eşin rızasını araması için hiçbir haklı sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle, TMK.m.223/f.2'nin uygulanabilmesi için paylı mülkiyet konusu mal üzerinde her iki eşin de paydaş olması gerekir. Söz konusu mal üzerinde sadece eşlerden biri pay sahibi ise, yapılacak tasarrufi işlemin geçerli olması, diğer eşin rızasına bağlı olmaz¹⁵. Örneğin, kocanın kardeşiyle paylı mülkiyetine tâbi bir taşınmaz üzerindeki payda tasarruflarında bulunulabilmesi için diğer eşin rızası aranmaz.

Bir mal üzerinde eşler dışında üçüncü kişilerin de paylarının bulunması durumunda TMK.m.223/f.2 uyarınca diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu da incelenmelidir. Bu konuya ilişkin bir görüşe göre, TMK.m.223/f.2 sadece eşlerin paydaş olduğu paylı mülkiyet ilişkilerine uygulanmalıdır. Bir mal üzerinde eşler dışında üçüncü kişiler de paydaş ise bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Çünkü bu hükmün amacı, eşler arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişilerin dahil olması sebebiyle eşler arasında doğabilecek huzursuzluk ve sorunları engellemektir. Bu nedenle paylı mülkiyet ilişkisinde eşler dışında üçüncü kişilerinde bulunması ihtimalinde zaten bu amacın bir önemi kalmamaktadır¹⁶. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, TMK.m.223/f.2'nin uygulanabilmesi için sadece eşlerin paydaş olması zorunlu değildir. Eşler dışında üçüncü kişilerin paydaş olması halinde de söz konusu tasarruf işlemleri bakımından diğer eşin rızası aranır. Ancak bu durumda diğer eşin rızası, sadece eşlerin yapacağı tasarruf işlemleri bakımından söz konusu olur. Yani eşler dışındaki paydaşlar paylı mülkiyete ilişkin genel kurallar çerçevesinde, kimsenin rızasına gerek olmaksızın kendi payları üzerinde tasarruflarda bulunabilirler¹⁷. Tüm bu gerekçeler yanında TMK.m.223/f.2'nin lafzı da

15 **Sarı**, s. 66; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 213; Zafer **Zeytin**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2005, s. 80,81; **S. Ayan**, s. 118,119; **Barlas**, s. 140,141. Aksi görüş için bkz. **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 24,25.

16 **Gümüş**, s. 280; **Sarı**, 65-66.

17 **S. Ayan**, s. 119; Kılıçoğlu'na göre ise, maddenin konuluş amacı ve gerekçesinden hareket edilirse sadece eşlerin paydaş olduğu mallar bakımından TMK.m.223/f.2'nin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Ancak hükmün lafzından böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Zira söz konusu hükümde eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerindeki tasarrufların diğer eşin rızası ile geçerli olabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 358,359.

bu sonucu gerektirmektedir. Söz konusu hükümde eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerindeki tasarrufların diğer eşin rızası ile geçerli olabileceği açıkça belirtilmiştir.

b) Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçerli Olması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 ile eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına getirilen sınırlama, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından söz konusudur¹⁸. Eşlerin aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile başka bir mal rejimi seçmeleri halinde, bu hüküm uygulanma alanı bulmaz¹⁹.

Kurşat'a göre, TMK.m.223/f.2'de edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin tasarruf yetkisine getirilen sınırlamaya ilişkin hüküm ile TMK.m.222/f.2'de eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olacağını düzenleyen hüküm birlikte değerlendirilmelidir. Yazara göre, her iki düzenlemenin de edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili hükümler arasında yer aldığı düşünüldüğünde, TMK.m.223/f.2'de eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine getirilen sınırlamanın sadece eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar bakımından söz konusu olacağını kabul etmek gerekir. Diğer bir deyiş ile eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilen mallar bakımından TMK.m.223/f.2'nin

¹⁸ Alman Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığına ilişkin hükümlerde eşin rızası, tüm malvarlığı üzerindeki tasarrufların ve ev eşyasına ilişkin tasarrufların düzenlendiği hükümlerde de aranmaktadır. Tüm malvarlığı üzerinde tasarruf başlığını taşıyan § BGB 1365/Abs.1'e göre, yasal mal rejimi olarak düzenlenen kazanç ortaklığı rejiminde eşlerden birinin kendi malvarlığının tamamı üzerindeki tasarrufu ancak diğer eşin rızası ile mümkündür. Diğer eşin rızası alınmadan borç altına girilmesi durumunda söz konusu borcun ifası ancak diğer eşin onayı ile yerine getirilebilir. Yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığını düzenleyen hükümler arasında yer alan ve ev eşyasına ilişkin tasarruf başlığını taşıyan BGB 1369'de de eşin rızası aranmaktadır. Bu hükme göre, eşlerden biri kendisine ait ev eşyası üzerinde ancak diğer eşin rızasıyla tasarrufta bulunabilir. Aile mahkemesi eşin rıza vermekten haksız olarak kaçınması, hastalığı veya yokluğu sebebiyle rızanın alınmasının mümkün olmadığı durumlarda eşin yerine işleme izin verebilir.

¹⁹ Şükran Şıpka, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, s. 164; S. Ayan, s. 121; Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. bs., 2004, s. 107; Sarı, s. 69.

uygulanması mümkün olmayıp, bu durumda söz konusu mallarla ilgili herhangi bir sınırlamadan söz edilemez²⁰. Kanımızca TMK.m.223/f.2, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilen veya edilemeyen mal ayrımı yapılmaksızın, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi tüm mallar bakımından uygulama alanı bulur.

c) Eşlerden Birinin Payı Üzerinde Tasarrufta Bulunması

Eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payı üzerindeki tasarruflarına getirilen sınırlama her türlü tasarruf işlemine uygulanır. Tasarruf işlemleri, tasarrufta bulunulan malvarlığındaki bir hakkı doğrudan doğruya etkileyerek, o hakkı bir başkasına devreden, sınırlayan, değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemler olarak tanımlanabilir²¹. Bu nedenle sadece paylı mülkiyette bulunan payın devrinde değil, sınırlı bir ayni hak ile sınırlandırılması durumunda da diğer eşin rızası aranır²².

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 sadece tasarruf yetkisine getirilen bir sınırlama olduğu için, eşler payları ile ilgili olarak yapacakları taahhüt işlemlerini diğer eşin rızasına gerek olmaksızın serbestçe gerçekleştirebilirler²³. TMK.m.223/f.2’de aranan diğer eşin rızası, sadece “iradi tasarruflar” bakımından söz konusu olup, bir eşin payının cebri icra veya kamulaştırma konusu olması durumunda uygulanmaz²⁴.

d) Diğer Eşin Rızasının Alınması

Diğer eşin rızasının işlemin kurulmasından önce veya işlem sırasında verilmesi şart değildir. Bu nedenle, diğer eşin işlemi sonradan onaylaması da mümkündür. İşlemin onaylanması ile işlem baştan itibaren geçerlilik kazanır²⁵. TMK.m.223/f.2’de aranan eşin rızası bakımından herhangi bir geçerlilik şekli aranmamıştır. Dolayısıyla eşin

²⁰ Zekeriya **Kurşat**, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul 2008, s. 87,88.

²¹ Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, *Medeni Hukuk*, 22. bs., İstanbul 2016, s. 184,185; O. Gökhan **Antalya**/Murat **Topuz**, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2016, s. 211.

²² **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 135; **Şıpka/Özdoğan**, s. 151; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 57; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **Sarı**, s. 67.

²³ **Kurşat**, s. 88; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 26.

²⁴ **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 135; **Şıpka/Özdoğan**, s. 151.

²⁵ **Barlas**, s. 139.

rızasını, sözlü veya yazılı vermesi mümkündür²⁶. Aynı şekilde, paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için diğer eş, rızasını açık olarak verilebileceği gibi, örtülü olarak da verebilir. Hatta söz konusu rızanın iradeyi ortaya koyan davranışlardan anlaşılması dahi yeterlidir²⁷.

e) Eşlerin Aksini Kararlaştırmamış Olması

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 ile eşlerin tasarruf yetkisine getirilen sınırlama, emredici nitelikte değildir. Çünkü bu hükme göre, eşler aralarında yapacakları sözleşme ile bu sınırlamayı kaldırabilirler. Diğer bir ifadeyle, eşler aralarında yapacakları sözleşme ile paylı malik oldukları taşınmazdaki payları üzerindeki tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın yapabileceklerini kararlaştırarak TMK.m.223/f.2'deki sınırlamayı aşabilirler²⁸.

Doktrinde bu sözleşmenin şekline ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Şıpka'ya göre, bu sözleşme mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir değişiklik niteliği taşıdığı için, TMK.m.205'de²⁹ belirtilen resmi şekle uygun olarak yapılmalıdır³⁰. Ayan'a göre, TMK.m.223/f.2 uyarınca yapılacak sözleşmenin şekli, TMK.m.227/f.3'ün³¹ kıyasen uygulanması sonucunda adi yazılı şekle tâbidir. Çünkü TMK.m.223/f.2'de, aynen TMK.m.227/f.3'deki gibi bir değişiklik söz konusudur³². Bizim de katıldığımız Kılıçoğlu'na göre ise, bu sözleşmenin şekline ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, mal rejimi

²⁶ Gümüş, s. 280; Sarı, s. 70.

²⁷ Barlas, s. 139.

²⁸ Gümüş, s. 280; Sarı, s. 74; S. Ayan, s. 120; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, C. II, 16. bs., İstanbul 2014, s. 160; Barlas, s. 140.

²⁹ TMK.m.205/f.1/c.1'e göre, "Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenlenme veya onaylama şeklinde yapılır".

³⁰ Şıpka, *Aile Konutu*, dn. 372, s. 108.

³¹ TMK.m.227/f.3'e göre, "Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler".

³² S. Ayan, s. 120.

sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmez. Dolayısıyla bu sözleşmenin geçerliliği bakımından yazılı geçerlilik şartı yoktur³³.

3. Eşin Rızası Alınmaksızın Gerçekleştirilen Tasarrufların Sonuçları

Eşin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen tasarruflar bakımından yetkisiz temsile (TBK.m.46) ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle eşlerden birinin, diğer eşin rızası olmaksızın paylı mülkiyetteki payı üzerinde tasarrufta bulunması halinde söz konusu işlem, bu eş bakımından bağlayıcı olmayıp; sadece diğer işlem tarafı olan üçüncü kişiyi bağlar. İşlem yapılmadan rızası alınmayan eş, kendisine verilen uygun süre içerisinde işlemi onaylarsa işlem, baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Verilen uygun süre içerisinde eşin işlemi onaylamaması durumunda ise işlem tarafı kişi de işlemle bağlı olmaktan kurtulur³⁴.

Eşlerden birinin paylı mülkiyet payına ilişkin yapacağı tasarrufi işleme diğer eşin rıza göstermemesi halinde, söz konusu işlem geçersiz olacaksa da dayandığı satış sözleşmesi geçerli olacağından izne yetkili olan eş, kanundan doğan yasal önalım hakkını (TMK.m.732) payı üzerinde tasarrufta bulunan eşe karşı kullanabilir³⁵. Kanımızca kanundan doğan bu yasal önalım hakkı, sadece paylı mülkiyet payına ilişkin tasarrufi işleme eşin rıza göstermemesi halinde değil rıza göstermesi halinde de gündeme gelir. TBK.m.732 uyarınca yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malın bir taşınmaz olması ve söz konusu tasarruf işleminin satış sözleşmesinden doğması gerekir³⁶.

Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mal bir taşınmaz ise diğer eşin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen tasarruflarda işlem tarafı kişinin iyiniyeti hiçbir şekilde korunmaz. Bu durumda rızası alınmayan eş, üçüncü kişiye karşı açacağı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası (TMK.m.1025/f.1) ile

³³ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 26.

³⁴ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 25; Şıpka, *Sorunlar*, s. 136.

³⁵ Gümüş, s. 281,282.

³⁶ TMK.m.732 uyarınca yasal önalım hakkının kullanılabilmesi, sadece bir eşin payını satması halinde mümkündür. Oysa TMK.m.223/f.2 gereğince diğer eşin rızası, bir eşin payı üzerindeki tüm tasarrufları bakımından aranmaktadır. Bkz. Şıpka/Özdoğan, s. 151.

yolsuz tescilin düzeltilmesini sağlayabilir. Ancak işlem tarafı söz konusu taşınmazın mülkiyetini TMK.m.712'de düzenlenen olağan zamanaşımı ile kazanabilir. Bu durumda rızası alınmayan eş, TMK.m.1025/f.1 uyarınca taşınmazın kendi adına tescilini sağlayamaz. Taşınmaz payına ilişkin işlem tarafı kişi adına tapu kütüğündeki yolsuz tescile güvenerek hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iktisabı ise TMK.m.1023 gereğince korunur³⁷. TMK.m.1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımını engellemek isteyen eş, TMK.m.1011/f.1 gereğince geçici tescil şerhi verilmesini talep edebilir.

Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi malın bir taşınır olması durumunda işlem tarafı kişinin iyiniyetinin TMK.m.988 kapsamında korunup korunmayacağına tespit edilmesi gerekir. Paylı mülkiyete tâbi taşınır eşyadaki payın iyiniyetle kazanılması TMK.m.988 kapsamına girmez. Çünkü eşinin rızası olmaksızın payında tasarrufta bulunan eş emin sıfatıyla zilyet değildir. Bunun aksi kabul edilse dahi söz konusu tasarrufun konusunu TMK.m.988'in kapsamına giren bir taşınır değil, taşınır eşyadaki pay oluşturmaktadır. Bununla birlikte paylı mülkiyete tâbi taşınır eşyayı zilyetliğinde bulunduran eş, diğer eş yönünden emin sıfatıyla zilyettir. Dolayısıyla taşınır eşyanın zilyetliğini elinde bulunduran eşin tasarruf işlemleri bakımından üçüncü kişilerin iyiniyeti TMK.m.988 kapsamında korunur³⁸.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde mahkemeye başvurma hakkına sahip olmasına (TMK.m.194/f.2) rağmen, TMK.m.223/f.2 bakımından böyle bir imkâna yer verilmemiştir. Bu nedenle paylı mülkiyete tâbi mal üzerinde tasarrufta bulunulmasına diğer eş haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınırsa, söz konusu işlem geçerli olarak yapılamaz. Eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınmasına ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmadığı için bir kanun boşluğundan³⁹ söz edilebilir. Böyle bir durumla karşılaşan hakim, bu olayı kapsayan bir örf ve adet hukuku kuralı da tespit edemezse, bir

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213,214; Sarı, s. 73,74; Gümüş, s. 281.

³⁸ Sarı, s. 72,73.

³⁹ Kanun boşluğu, hukuk tarafından düzenlenmesi gereken herhangi bir olaya, doğrudan veya dolaylı olarak uygulanabilecek bir kanun hükmünün bulunmamasıdır. Bkz. Antalya/Topuz, s. 250.

hukuk kuralı yaratması (TMK.m.1/f.2) gerekecektir⁴⁰. Payı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen eş, haklı sebeplerin varlığını ve paydaş eşin rıza vermektan kaçınmasının haklı bir sebebe dayanmadığını ispat ederse hakim, TMK.m.194/f.2'nin kıyasen⁴¹ uygulayarak bu işleme yönelik izin verebilir⁴². Ancak böyle bir durumda eşin rıza vermektan kaçınması, TMK.m.206/b.3 uyarınca "mal ayrılığı"na geçiş için haklı bir sebep teşkil edecektir⁴³.

4. Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tâbi Aile Konutundaki Pay Üzerinde Tasarrufta Bulunması

Eşlerin paylı mülkiyetine tâbi aile konutu üzerinde tasarrufta bulunulması ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Çünkü bu durumda, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi payları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine getirilen sınırlamaya ilişkin TMK.m.223/f.2 hükmünün mü yoksa aile konutu üzerindeki hakları sınırlayan işlemlerin yapılmasında diğer eşin rızasını arayan TMK.m.194/f.1 hükmünün mü uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekir.

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2 "aksine anlaşma olmadıkça" uygulanabilecek bir hüküm olduğu için, emredici nitelikte değildir. TMK.m.194/f.2 ise emredici bir hükümdür. Bu nedenle eşler bu hükümü ortadan kaldıran anlaşmalar yapamayacağı gibi, rızası aranan eşin bu haktan önceden feragat etmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olması halinde TMK.m.223/f.2'nin uygulanacağını kabul etmek, konuttan sürekli olarak yararlanma hakkını tam olarak korumaz. Bu nedenlerle, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi bir aile konutunun varlığı halinde TMK.m.194'ün uygulanacağını kabul etmek yerinde olur. Ancak paylı mülkiyete tâbi

40 Hakimın hukuk yaratması, kanun boşluğu ile karşılaşılan bir olaya, örf ve adet hukuku kuralının da uygulanamaması halinde söz konusu olur. Bkz. **Antalya/Topuz**, s. 265.

41 Belirli bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanunda düzenlenmeyen fakat korunan menfaatler bakımından benzer bir duruma uygulanmasına kıyas yoluyla hukuk yaratma denir. Bkz. **Antalya/Topuz**, s. 270.

42 **Gümüş**, s. 279; **Kılıçoğlu**, *Eşin Rızası*, s. 25; **S. Ayan**, s. 122.

43 **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 135; **Şıpka/Özdoğan**, s. 151.

aile konutu üzerinde yapılacak işlem TMK.m.194 kapsamına girmiyorsa, TMK.m.223/f.2 uygulama alanı bulur⁴⁴.

III. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNE TÂBİ MALLARIN REJİMİN TASFİYE SÜRECİNDEKİ DURUMU

A. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve bu tasfiye sonucunda belirlenen katılma alacağının ödenmesi TMK.m.226 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde, tasfiye ve katılma alacağının ödenmesinin doğrudan kapsamına girmemesine rağmen mal rejiminin tasfiyesi bakımından ortaya çıkabilecek hususlar ele alınmıştır. Bu hususlardan biri de eşler arasında paylı mülkiyete tâbi bir malın söz konusu olması durumudur⁴⁵.

B. Eşlerden Birinin Paylı Mülkiyete Tâbi Mallarda Yasal Alım Hakkı

1. Genel Olarak

Evlilik birliği içerisinde birlikte yaşayan eşler arasında belirli mallar bakımından paylı mülkiyet ilişkisinin doğması son derece doğaldır. Eşler arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisinin yürütülmesi, evlilik birliği devam ettiği sürece son derece kolay bir şekilde işleyecekse de mal rejiminin sona ermesinden sonra (özellikle de aynı zamanda evlilik birliğinin sona erdiği hallerde) o derece zor işleyecektir. Mal rejiminin sona erme sebebinin, evlilik birliğinin sona ermesi olduğu durumlarda genellikle paylı mülkiyet ilişkisini devam ettirmek mümkün olmamaktadır. Bunu dikkate alan kanun koyucu paylı mülkiyetin sona ermesi ve paylaşmaya ilişkin TMK.m.689 vd. yanında, mal rejiminin sona ermesi bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir⁴⁶. Söz konusu düzenlemenin yer aldığı TMK.m.226/f.2'e göre, "*Tasfiye*

⁴⁴ Şıpka, *Aile Konutu*, s. 108,109.

⁴⁵ Sarı, s. 264.

⁴⁶ Sarı, s. 288; TMK.m.732'de düzenlenen yasal önalım hakkı sadece taşınmazlar bakımından mümkün iken TMK.m.226/f.2'de eşlere tanın hak paylı mülkiyete tâbi tüm mallar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla bu hüküm kapsam bakımından daha geniştir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 357.

sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir". Bu hükümlerle beraber, eşlerden her birine "üstün bir yararı olduğunu ispat etmek" şartıyla yenilik doğuran hak niteliği taşıyan yasal alım hakkı tanınmıştır⁴⁷. Bu düzenleme gereğince üstün yararı olan eş, edinilmiş ya da kişisel mal olduğuna bakılmaksızın paylı mülkiyete tâbi mallar bakımından yasal alım hakkına sahiptir⁴⁸. Ayrıca söz konusu yasal alım hakkı, üstün yararı olan eşe sadece mülkiyet hakkını elde edebilme imkânı sağlamaktadır. Bunun dışında intifa veya diğer haklara kanunda yer verilmemiştir⁴⁹.

2. Eşlerden Birinin Paylı Mülkiyete Tâbi Mallarda Yasal Alım Hakkını Kullanabilmesinin Koşulları

a) Eşler Arasında Paylı Mülkiyet İlişkisinin Bulunması

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi halinde eşlerden birinin belirli bir malın kendisine verilmesini talep edebilmesinin ilk koşulu söz konusu malın paylı mülkiyete konu olmasıdır⁵⁰. Hükmün lafzı, paylı mülkiyetin varlığını öngörse de elbirliği mülkiyeti bakımından da söz

47 Bilge **Özcan**, *Aile Hukuku*, 6. bs., Ankara 2015, s. 525; **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 176; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 219, dn. 61; **Kılıçoğlu**, s. *Eşin Rızası*, s. 43; **Sarı**, s. 289; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 367; **Gümüş**, s. 313,314; Ali Haydar **Yağcıoğlu**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, İzmir 2007, s. 63; Ebru **Ceylan**, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002, s. 1033; **Akıntürk/Ateş/Karaman**, s. 177; Aksi görüşte olan Buz'a göre ise, TMK.m.226/f.2 ile eşlere tanın hak ne yasal alım hakkı ne de yenilik doğuran hak niteliği taşımaktadır. Bu hükümde eşlere sadece şahsi nitelik taşıyan bir talep hakkı tanınmıştır. Bkz. Vedat **Buz**, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s. 148.

48 **Şıpka**, *Sorunlar*, s. 176.

49 **Yağcıoğlu**, s. 64; Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, TMK.m.226/f.2'de geçen yasal alım hakkını geniş anlamda yorumlamak gerekir. Bu nedenle yasal alım hakkının sadece mülkiyet hakkı bakımından değil, intifa veya oturma hakkı bakımından da söz konusu olabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. *Eşin Rızası*, s. 41; **Akıntürk/Ateş/Karaman**, s. 178; **Buz**, s. 147.

50 Eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. II., A., 1., a.

konusu hükmün uygulanabileceği doktrinde ileri sürülmektedir⁵¹. Kanımızca elbirliği ile mülkiyette, belirli bir mal üzerindeki paya dayanan doğrudan bir hak sahipliği söz konusu olmadığı için TMK.m.226/f.2'nin kıyasen elbirliği ile mülkiyet ilişkisine uygulanması mümkün değildir⁵².

Türk Medeni Kanunu m.223/f.2'den farklı olarak kanımızca bir mal üzerinde eşler dışında üçüncü kişilerin de paylarının bulunması durumunda TMK.m.226/f.2 uygulama alanı bulmaz. Çünkü böyle bir ihtimalde, üçüncü kişiler de paydaş olduğu için diğer eşin payının bedelinin ödenmesi malın kendisine verilmesi için yeteli olmayacaktır.

b) Sona Eren Mal Rejiminin Tasfiyesinin Talep Edilmiş Olması

Eşlerden biri paylı mülkiyete konu bir malın bölünmeden kendisine verilmesini sadece tasfiye sırasında talep edebilir. Çünkü TMK.m.226/f.2'de açıkça "tasfiye sırasında" ifadesi kullanılmıştır⁵³. Tasfiye aşaması ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin belirli sebepler ile son bulması halinde söz konusu olur. Bu sebepler TMK.m.225'e göre, ölüm, başka bir mal rejiminin kabulü, evliliğin iptali, boşanma ve eşlerin mal ayrılığına geçilmesine karar vermeleridir. Ayrıca TMK.m.206 uyarınca mahkeme kararıyla mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi de mal rejimini sona erdirir. Eşlerin TMK.m.226/f.2'de öngörülen imkândan yararlanabilmeleri için mal rejiminin sayılan sebeplerden biriyle sona ermesi yeterli değildir. Çünkü mal rejiminin sona ermesiyle tasfiye kendiliğinden hâkim tarafından yapılmaz. Bu nedenle bu nedenle mal rejiminin sona ermesi halinde tasfiyeye yönelik davanın da açılması gerekir⁵⁴.

Mal rejiminin devamı sırasında, söz konusu hakkın kullanılması mümkün değildir. Aynı şekilde TMK.m.226/f.2'de öngörülen sınırlama dolayısıyla bu hak, tasfiyenin tamamlanmasından sonra da kullanılamaz⁵⁵. Ancak doktrinde, mal rejiminin devamı sırasında,

⁵¹ Yağcıoğlu, s. 65; Zeytin, s. 183.

⁵² Sarı, s. 290.

⁵³ Sarı, s. 290; Yağcıoğlu, s. 69.

⁵⁴ Yağcıoğlu, s. 69,70.

⁵⁵ Sarı, s. 290; Yağcıoğlu, s. 69,70.

TMK.m.698 vd. hükümlere göre paylaşma istenen hallerde de TMK.m.226/f.2'nin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁶.

c) Eşlerden Birinin Talepte Bulunması

Mal rejiminin sona ermesi halinde, paylı mülkiyete tâbi bir malın bölünmeden eşlerden birine verilebilmesi için eşlerin bu yönde talepte bulunmaları gerekir. Dolayısıyla dava yoluyla gerçekleşen tasfiye sırasında hâkim TMK.m.226/f.2'de aranan koşulların gerçekleştiğini tespit etse dahi, resen bu hususa ilişkin bir karar alamaz. Burada kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusu olduğu için bu hakkı sadece eşler kullanabilir. Bu nedenle söz konusu hakkın payın devri yoluyla üçüncü kişilere devredilmesi mümkün olmadığı gibi, mirasçılara geçmesi de mümkün değildir⁵⁷. Zeytin'e göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hak üçüncü kişilere devredilememesine rağmen, mirasçılar tarafından ileri sürülebilirdir. Ancak bu ihtimalde, mirasçıların hak sahibi eşin üstün yararının varlığını ispat etmesi gerekir. Bu durumda ölen eşin manevi menfaatleri dikkate alınmayacağı gibi, mirasçıların da üstün yararı dikkate alınmaz⁵⁸.

d) Talepte Bulunan Eşin Daha Üstün Bir Yararı Bulduğunu İspat Etmesi

Türk Medeni Kanunu m. 226/f.2'e göre, paylı mülkiyet konusu malın kendisine verilmesini talep eden eşin mal üzerinde daha üstün bir yarara sahip olduğunu ispat etmesi gerekir. Söz konusu daha üstün yarar, her somut olay dikkate alınarak değerlendirilecektir⁵⁹. Bu konuda eşler arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkarsa, üstün yararın olup olmadığını, tarafların menfaatlerini dikkate alarak hâkim belirleyecektir. Hâkim bu belirlemeyi yaparken, paylı mülkiyetin sona ermesine hangi eşin sebep olduğunu dikkate almaz⁶⁰. Talepte bulunan eşin pay oranının daha fazla

⁵⁶ Zeytin, s. 183; Gümüş ise, mal rejiminin devamı sırasında da bu hükmün uygulama alanı bulacağına ilişkin görüşünü TMK.m.185/f.3'den doğan yardım yükümlülüğüne dayandırmaktadır. Bkz. Gümüş, s. 317; Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yağcıoğlu, s. 70 vd.

⁵⁷ Sarı, s. 291; Yağcıoğlu, s. 76.

⁵⁸ Zeytin, s. 184.

⁵⁹ Kılıçoğlu, *Aile*, s. 367; Yağcıoğlu, s. 72; Kılıçoğlu, *Eşin Rizası*, s. 43.

⁶⁰ Yağcıoğlu, s. 72.

olması, pay bedelini ödeme gücüne sahip olması, mal ile ilgili icra ettiği meslek veya sanata sahip olması daha üstün yararın varlığını gösterir. Hatta sağlık nedenleri, manevi menfaatler dahi üstün bir yarar olarak kabul edilebilir⁶¹.

Eşlerin her ikisi de üstün yararının olduğunu ileri sürerek özgülemenin kendisine yapılmasını talep ederse, hâkim, her iki tarafın yararını değerlendirerek, hangisinin üstün yarara sahip olduğunu belirleyecek ve özgülemeyi ona yapacaktır⁶².

e) Diğer Eşin Payının Karşılığının Ödenmesi

Paylı mülkiyet konusu mal üzerinde daha üstün yarara sahip olduğunu ispatlayan eşin söz konusu mala tek başına malik olabilmesi için diğer eşin payının karşılığını ödemesi gerekir. Burada sözü geçen karşılık, malın piyasa değeri esas alınarak belirlenir. Hesaplanacak olan karşılığın, eşlerin paylarının toplamını aşması mümkün olabilir⁶³. Burada kanımızca yasal önalım hakkına ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Bu kapsamda talepte bulunan eş, payın kendisine geçirilmesine karar verilmeden önce payın değerini hakim tarafından belirtilen süre içinde ve belirtilen yere nakden yatırmalıdır (TMK.m.734/f.2).

Bir görüşe göre, hak sahibi eş, ödemeyi, mal rejiminin tasfiyesinden elde edeceği katılma alacağından vazgeçmek suretiyle takas yoluyla da yapabilir. Her ne kadar TMK.m.226/f.2'de ödeme ifadesi kullanılsa da, bu kavramın geniş anlamda anlaşılması gerekir. Hak sahibi eşin takas edeceği alacak miktarı, talep edilecek payın değerinden az olsa bile takas yapılabilmesi mümkündür. Bu durumda hak sahibi eş, eksik kalan kısmı malvarlığından yapacağı ödeme ile tamamlayabilir. Hak sahibi eş, payın karşılığı olan borcu için takas yolunu kullanacaksa, takas beyanında

⁶¹ Kılıçoğlu, *Eşin Rızası*, s. 43; Öztan, s. 525; Yağcıoğlu, s. 73; Zeytin, s. 184; Sarı, s. 291; Gümüş, s. 317,318.

⁶² Yağcıoğlu, s. 73.

⁶³ Zeytin, s. 185; Kılıçoğlu, *Aile*, s. 367; Yağcıoğlu, s. 74,75; Aksi görüşte olan Gümüş'e göre ise, TMK.m.226/f.2'de ödemedi bahsedilmesi sadece malın bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. Aynı zamanda diğer eşin uğrayacağı tüm zararların karşılanması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece fedakârlığın denkleştirilmesi çerçevesinde ödeme gerçekleştirilmiş olacaktır. Bkz. Gümüş, s. 318.

bulunmalıdır⁶⁴. Aksi görüşte olan Gümüş'e göre ise, pay bedelinin katılma alacağı ile takas edilmesi mümkün değildir. Çünkü Türk Hukuku bakımından katılma alacağının borçlu eş tarafından para veya ayın olarak ifa edilebilmesi imkânı karşısında, takasın yapılabilmesi için aranan edimlerin özdeşliği şartı sağlanmaz. Katılma alacağı bir değer alacağı olmasına rağmen pay bedeli, alacağı gibi para alacağı değildir⁶⁵.

3. Eşlerden Birinin Paylı Mülkiyete Tâbi Mallarda Yasal Alım Hakkını Kullanmasının Sonuçları

Türk Medeni Kanunu m.226/f.2'de öngörülen şartların gerçekleşmesi sonucunda hak sahibi eşin talebi, eşlerin veya bir eş ile diğer eşin mirasçılarının anlaşması yoluyla ya da hâkim kararıyla yerine getirilebilir. Söz konusu talebin kabul edilmesi halinde hak sahibi eş ile diğer eş arasında satış sözleşmesi kurulmuş olur⁶⁶. Hak sahibi eşin talebine uyularak devir konusunda anlaşma sağlanması halinde gerçekleştirilecek devirle taşınır, taşınmaz eşya veya diğer malvarlığı unsurları üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisi sona erecektir. Bu kapsamda taşınırın mülkiyeti devre ilişkin sözleşme ve zilyetliğin nakli ile gerçekleşirken; taşınmazların mülkiyeti resmi şekilde yapılacak devir sözleşmesi (TK.m.26-TMK.m.706) ve tescil ile gerçekleşir⁶⁷.

Hak sahibi eşin talebi karşısında taraflar anlaşamazsa, söz konusu devir hâkim kararıyla gerçekleşecektir. Hâkim, koşulların gerçekleşmiş olması halinde hak sahibi eşin talebi doğrultusunda karar verir. Bir görüşe göre, eşlerin anlaşamaması halinde hak sahibi eşin dava açması sonucu hâkim vereceği karar yenilik doğuran bir karardır⁶⁸. Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda hakimin kararıyla birlikte devir konusu bir taşınmaz ise TMK.m.705/f.2 anlamında tescilden önce

⁶⁴ Yağcıoğlu, s. 75.

⁶⁵ Gümüş, s. 318.

⁶⁶ Öztan, s. 525; Şıpka, *Sorunlar*, s. 178; Gümüş'e göre ise, bu durumda sarış sözleşmesi değil, satış benzeri sui generis nitelik taşıyan bir borç ilişkisini yapma borcu doğurur. Bkz. Gümüş, s. 315.

⁶⁷ Gümüş, s. 319; Aksi görüşte olan Yağcıoğlu'na göre ise, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesine ilişkin adi yazılı şekilde yapılan sözleşmede payın devri ve karşılığının ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu sözleşme payın iktisabının dayanacağı borç ilişkisi bakımından geçerli ve yeterlidir. Bkz. Yağcıoğlu, s. 83.

⁶⁸ Buz, s. 148.

taşınmaz mülkiyetinin kazanılması söz konusu olacaktır. Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, payın devredilerek paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesi açısından hâkimin vereceği kararın kesinleşmesi yeterli olmayıp, bu karara dayanarak tapu kütüğüne kurucu nitelik taşıyan tescilin yapılması gerekir⁶⁹.

Diğer eş, hak sahibi eşin yasal alım hakkını kullanmasından önce paylı mülkiyetteki payını üçüncü bir kişiye devretmişse, bu kişisel hakkın şerhi imkânı bulunmadığı için üçüncü kişiye karşı bu hak ileri sürülemez. Fakat hak sahibi eş, önceden veya sonradan feragat etmemişse, üçüncü kişiye karşı yasal önalım hakkına sahip olur. Söz konusu devrin, hak sahibi eşin yenilik doğuran hakkını kullanmasından sonra gerçekleştirilmesi ihtimalinde ise, diğer eşten tazminat talep edilebilir. Ayrıca bu hak dava yoluyla kullanılıyorsa, pay üzerinde TMK.m.1010/b.1 uyarınca tasarruf sınırlaması şerhi koydurabilir⁷⁰.

4. Aile Konutu ve Ev Eşyası Niteliğindeki Paylı Mülkiyet Konusu Mallarda Eşlerin Yasal Alım Hakkı

Paylı mülkiyette yasal alım hakkına ilişkin TMK.m.226/f.2'nin konu edindiği mallar, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi tüm malları kapsamaktadır. TMK.m.240'da düzenlenen yasal alım hakkının konusunu ise aile konutu ve ev eşyaları oluşturmaktadır.

Paylı mülkiyete tâbi malların konusunu aile konutu veya ev eşyalarının oluşturması halinde hem TMK.m.226/f.2 hem de TMK.m.240'a dayanılmasında herhangi bir engel yoktur. Burada mal rejiminin ölüm nedeniyle sona ermesi önem arz etmektedir. Bu ihtimalde her iki hükümde hak sahibinin mülkiyet hakkına ilişkin talebi bakımından aynı sonuçları doğuracaktır. Ancak TMK.m.240, ek olarak, aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı kurulmasına da imkân tanımaktadır. Aile konutu ve ev eşyasına ilişkin TMK.m.240 hükmünün lafzı dikkate alınırsa yasal alım hakkının kullanılabilmesi için talep konusu malvarlığı değerine ölen eşin tek başına malik olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Böyle bir sonuç, aile konutunun paylı mülkiyete tâbi olduğu hallerde TMK.m.226/f.2 yanında alternatif olarak TMK.m.240'a dayanmaya imkân vermeyecektir. Ancak ölen eşe ait olma

⁶⁹ Gümüş, s. 320; Yağcıoğlu, s. 84.

⁷⁰ Gümüş, s. 319.

ifadesi, pay sahibi olmayı da içine alacak şekilde geniş yorumlanırsa TMK.m.226/f.2 yanında alternatif olarak TMK.m.240 uygulanabilecektir. Bu yorum, eşlerin korunmasına hizmet ettiği ve hak sahibi eşin imkânlarını da kısıtlamadığı için daha yerindedir⁷¹.

SONUÇ

Eşler bir mala tek başlarına malik olabilecekleri gibi bu mallar, eşlerin paylı mülkiyetine de tâbi olabilirler. Eşlerin paylı mülkiyetlerine tâbi mallar, eşlerin emekleriyle ve evlilik birliğinden doğan güven ilişkisine dayanılarak edinilir. Bu özellik eşler arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisini, diğer kişiler arasındaki paylı mülkiyet ilişkisinden ayırmaktadır. Bu durumu öngören kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlerde, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi mallar bakımından bir takım düzenlemeler getirmiştir.

Eşlerin genel kurallar çerçevesinde, kendi payı bakımından tek başına tasarrufta bulunabileceğinin kabulü ailenin huzurunun bozulmasına sebep olabilir. Bu nedenle kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında paylı mülkiyete tâbi mallar bakımından TMK.m.223/f.2 ile özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. Emredici bir nitelik taşımayan bu hüküm, eşlerin paylı mülkiyetine konu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini kaldırmayıp; sadece eşlerin bu konudaki tasarruf yetkisini sınırlamaktadır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halinde mahkemeye başvurma hakkına sahip olmasına rağmen, TMK.m.223/f.2 bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle paylı mülkiyete tâbi taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulmasına diğer eş haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınırsa, söz konusu işlem yapılamaz. Ancak TMK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralı gereği, payı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen eş, haklı sebeplerin varlığını ve paydaş eşin rıza vermekten kaçınmasının haklı bir sebebe dayanmadığını ispat ederek TMK.m.194/f.2'nin kıyasen uygulanması sonucu hâkimden bu işleme yönelik izin alabilmelidir.

Eşler arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisinin yürütülmesi, evlilik birliği devam ettiği sürece son derece kolay bir şekilde

71 Yağcıoğlu, s. 82.

işleyecekse de mal rejiminin sona ermesinden sonra (özellikle de aynı zamanda evlilik birliğinin sona erdiği hallerde) o derece zor işleyecektir. Evlilik birliğinin sona ermesi sebebiyle mal rejiminin sona ermesi durumunda genellikle paylı mülkiyet ilişkisini devam ettirmek mümkün olmamaktadır. Bunu dikkate alan kanun koyucu paylı mülkiyetin sona ermesi ve paylaşmaya ilişkin TMK.m.689 vd. yanında, mal rejiminin sona ermesi bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hükme göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Bu hükümle beraber, eşlerden her birine üstün bir yararı olduğunu ispat etmek şartıyla yenilik doğuran hak niteliğindeki yasal alım hakkı tanınmıştır. Söz konusu talebin kabul edilmesi halinde hak sahibi eş ile diğer eş arasında satış sözleşmesi kurulmuş olur. Söz konusu anlaşma uyarınca gerçekleştirilecek devirle taşınır, taşınmaz eşya veya diğer malvarlığı unsurları üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisi sona erecektir. Hak sahibi eşin talebi karşısında taraflar anlaşamazsa, söz konusu devir hâkim kararıyla gerçekleşecektir. Hâkim, koşulların gerçekleşmiş olması halinde hak sahibi eşin talebi doğrultusunda karar verir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, payın devredilerek paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesi açısından hâkimin vereceği kararın kesinleşmesi yeterli olmayıp, bu karara dayanarak tapu kütüğüne kurucu nitelik taşıyan tescilin yapılması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya; *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, C. II, 16. bs., İstanbul 2014.
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut; *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009.
- ANTALYA**, O. Gökhan/**TOPUZ**, Murat; *Medeni Hukuk*, İstanbul 2016.
- AYAN**, Mehmet; *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, 7. bs., Konya 2014.
- AYAN**, Serkan; *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004.
- AYİTER**, Nuşin; *Eşya Hukuku*, Ankara 1977.
- BARLAS**, Nami; “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, (s. 115-143).
- BUZ**, Vedat; *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005.
- CEYLAN**, Ebru; "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002, (s. 1019-1053).
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, C. III, 12. bs., İstanbul 2016.
- EREN**, Fikret; *Mülkiyet Hukuku*, 3. bs., Ankara 2014.
- ERTAŞ**, Şeref; *Eşya Hukuku*, 11. bs., İzmir 2014.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008.
- GÜRSOY**, Kemal T./**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978.
- KILIÇOĞLU YILMAZ**, Kumru; “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri”, *TBB*., Y. 27, S. 114, Eylül-Ekim 2014.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Aile Hukuku*, Ankara 2015 (**Kılıçoğlu**, Aile).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003 (**Kılıçoğlu**, Yenilikler).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002 (**Kılıçoğlu**, Eşin Rızası).
- KURŞAT**, Zekeriya; *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi*, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, Kemal/**BARLAS**, Nami; *Medeni Hukuk*, 22. bs., İstanbul 2016.

OĞUZMAN, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; *Eşya Hukuku*, 19. bs., İstanbul 2016.

ÖZCAN, Zeynep; *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Ankara 2013.

ÖZTAN, Bilge; *Aile Hukuku*, 6. bs., Ankara 2015.

SARI, Suat; *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007.

SİRMEN, Lale; *Eşya Hukuku*, 2. bs., Ankara 2014.

ŞIPKA, Şükran/**ÖZDOĞAN**, Ayça; *Yargıtay Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, İstanbul 2015.

ŞIPKA, Şükran; *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. bs., İstanbul 2004 (**Şipka**, *Aile Konutu*).

ŞIPKA, Şükran; *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011 (**Şipka**, *Sorunlar*).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; *Türk Aile Hukuku*, 7. bs., İstanbul 1990.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar; *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, İzmir 2007.

ZEYTİN, Zafer; *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Ankara 2005