

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XV SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2011

**KAMU HUKUKU** ♦ YERLİKAYA, Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun İle İlişkisi ♦ ÜSTÜN, Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi ♦ ARSLAN, Türk Anayasa Hukuku'nda "Anayasa" Terimi ve "Anayasa Hukuku" Kavramı.

**ÖZEL HUKUK** ♦ ÇABRİ, Kamulaştırmazsız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması ♦ ÇINAR, Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi ♦ GENÇTÜRK, Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme ♦ MAKAS, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi – İşyeri Uygulaması ♦ ÖZDEMİR, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu ♦ RÜZGARESEN/ ERDEM, Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri ♦ SARISÖZEN, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu ♦ AĞSAKAL, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Sigorta Yükümlülüğü.

**ÇEVİRİLER** ♦ AKİL, Alman Yardımcı Adalet Memuru Yasası.

ERZİNCAN – 2011







**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XV SAYI: 1-2 YIL: 2011

**HAZİRAN – 2011  
ERZİNCAN**

IV

**SAHİBİ**

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

**SORUMLU MÜDÜR**

Yılmaz ÖZKER

**DİZGİ VE MİZANPAJ**

Arş. Gör. Ahmet NAR

<b><u>İLETİŞİM ADRESİ:</u></b> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<b><u>TLF</u></b> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <b><u>FAKS</u></b> : +90 446 225 17 45 <b><u>E-MAİL</u></b> : <a href="mailto:erchukuk@erzincan.edu.tr">erchukuk@erzincan.edu.tr</a> <b><u>WEB</u></b> : <a href="http://www.erzincan.edu.tr/hukuk">www.erzincan.edu.tr/hukuk</a>
--	--

**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.**

**Basım Yeri:** ERMAT OFSET, Vali R. Yazıcıoğlu Cd., No:57 / ERZİNCAN

**Basım Tarihi:** Nisan - 2012

## 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.

**DANIŞMA KURULU**

---

**Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Nihat BULUT**

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

**Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN**

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Celal GÖLE**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ**

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi  
İdare 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  
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Doç. Dr. Ayhan DÖNER  
Doç. Dr. Şafak NARBAY  
Arş. Gör. 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, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Yrd.Doç.Dr. Alparslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN, Yrd.Doç.Dr. Murat ERDEM, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Yrd.Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Cumhuri RÜZGARESEN, Yrd.Doç.Dr. Hikmet TÜLEN, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Yrd.Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Mustafa ARSLAN, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Özgür AYDIN, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş.Gör. Özge BÖLÜKBAŞI, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. Ömer GEDİK, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Aybüke KARACA, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş.Gör. Mücahit KELEK, Arş. Gör. Sevdâ KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş.Gör. Tuba OKUMUŞ, Arş.Gör. Hatice Duygu ÖZER, Arş. Gör. Safiye ÖZKESEMEN, Arş.Gör. Beyza ÖZTURANLI, Arş.Gör. Ercan SARICAOĞLU, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Uğur YAĞCI, Arş. Gör. Rabiye YAMAN, Arş.Gör. Serdar YILDIRIM.

## TEŞEKKÜR

**Dergimizin C. XIV, S. 3–4, Aralık – 2010 ve C. XV, S. 1–2, Haziran – 2011 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz\* ...**

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK, Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Ali Cem BUDAK, Prof. Dr. Nusret İlker ÇOLAK, Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, Prof. Dr. Mehmet DEMİR, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. Nihat EDİZDOĞAN, Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU, Prof. Dr. Mahmut KOCA, Prof. Dr. Murat ŞEN, Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN, Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGE, Doç. Dr. Ayhan DÖNER, Doç. Dr. Şafak NARBAY, Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA, Yrd. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN.

---

\* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

#### **Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA**

Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun İle İlişkisi ..... 1–24

#### **Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi ..... 25–57

#### **Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN**

Türk Anayasa Hukuku'nda “Anayasa” Terimi ve “Anayasa Hukuku” Kavramı ..... 59–74

### ÖZEL HUKUK

#### **Yrd. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ**

Kamulaştırmazsız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması ..... 77–104

#### **Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇINAR**

Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi ..... 105–117

#### **Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK**

Çek Kanununda Düzenlenen Yeni Sisteme Göre İleri Tarihli Çekler Üzerine Bir Değerlendirme ..... 119–159

#### **Yrd. Doç. Dr. Recep MAKAS**

Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi – İşyeri Uygulaması ..... 161–175

#### **Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu ..... 177–229

#### **Yrd. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN/ Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM**

Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri ..... 231–254

X

**Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu ..... 255–271

**Arş. Gör. Dr. İbrahim AĞSAKAL**

Finansal Kiralama Sözleşmesinde Sigorta Yükümlülüğü ..... 273–284

## **ÇEVİRİLER**

**Dr. Cenk AKİL**

Alman Yardımcı Adalet Memuru Yasası ..... 287–309

## CONTENTS

### PUBLIC LAW

**Assoc. Prof. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA**

Tax Audit Authorization Term and its Relationship with the Law No. 3568 in Turkish Tax Law ..... 1–24

**Asst. Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

Determination Authority of The Ministry of Finance on Tax Misdemeanors ..... 25–57

**Research Asst. Kahan Onur ARSLAN**

The “Constitution” Term and The “Constitutional Law” Concept in Turkish Constitutional Law.. ..... 59–74

### PRIVATE LAW

**Asst. Prof. Dr. Sezer ÇABRİ**

Defining of Indirect Expropriation is made with the Decision on 15 December 2010 of the Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court ..... 77–104

**Asst. Prof. Dr. Ömer ÇINAR**

The Compromise Charge and The Dissolution of Icareteyn and Mukataa Endowments ..... 105–117

**Asst. Prof. Dr. Muharrem GENÇTÜRK**

A Review on the Postdate Cheques According to The New Sistem Regulated by Cheque Act ..... 119–159

**Asst. Prof. Dr. Recep MAKAS**

Effect of The Collective Agreement to Afterwards – Workplace Applications ..... 161–175

**Asst. Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

The Legal Responsibility of the Dentists ..... 177–229

## XII

**Asst. Prof. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN/ Asst. Prof. Dr. Murat ERDEM**

Heritage's Dissolution Causes According to Bankruptcy Provisions .. 231–254

**Asst. Prof. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

The Yields of Mediation Law Draft Refers to Legal Disputes, The Performability Certificate and The Matter of whether Mediation Breaches The Monopoly Right of Lawyer or Not ..... 255–271

**Research Asst. Dr. İbrahim AĞSAKAL**

The Insurance Obligation in Financial Leasing Contract ..... 273–284

## **TRANSLATIONS**

**Dr. Cenk AKİL**

German Act of Law Officers ..... 287–309

**Kamu Hukuku**

---





# TÜRK VERGİ HUKUKUNDA VERGİ İNCELEMESİ YETKİSİ KAVRAMI VE 3568 SAYILI KANUN İLE İLİŞKİSİ

*Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA\**

## GİRİŞ

Vergi Hukukunun temel ve daimi sorunlarından birisi de vergi denetimidir. Vergi denetiminin en önemli enstrümanı ise vergi incelemesidir. Vergi denetimi bilhassa beyana bağlı gelirlerin üzerinde etkindir ki bu da başlıca olarak gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisine tekabül etmektedir. Beyana bağlı gelirlerin vergilendirilmesinde esas olan unsur mükellefin beyanıdır<sup>1</sup>. Mükellefin gelir beyanı “ilk bakışta doğruluk karinesi”ne sahiptir. Bu karine adi karine olup aksinin çürütülmesi vergi denetim elemanlarınca yani vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcılarınca<sup>2</sup> mümkün kılınabilmektedir. Yani vergi dairelerince ya da vergi müfettişlerince duyulan bir kuşku, bir ihbar ya da sezgi veya buna dair bir bilginin bir şekilde ıtıla hasıl edilmesi halinde ve Vergi Denetim Kurulunun usulüne uygun izniyle ilk bakışta doğruluk karinesi tetkik edilmeye yani doğrulanmaya ya da yanlışlanmaya açık hale gelecektir. Mükelleflerin verdikleri beyannamelerin ilk bakışta doğruluk karinesini koruyup koruyamayacağı hususu vergi müfettişlerinin vergi incelemesi yapma ve belki gerekiyorsa arama yapma yoluyla mümkün olacaktır. Mükelleflerin verdiği muhtelif beyannameler arasında temel olarak kendilerini de bağlayan ve hukuki ve cezai sorumluluk doğuran belgelerdir. Mükellefin verdiği beyannamenin ilk bakışta doğruluk karinesini koruyup hukuki varlığını ileriye doğru devam ettirmesi halinde mükellef beyanda bulunduğu gelir üzerinden vergisini ödeyecek ve “kıst dönem + 5 yıl” yani tarh zamanaşımı geçtikten sonra da kesinlik kazanmış

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Vergi incelemesi sadece beynamede gösterilen veya gösterilmesi gereken unsurların tetkikine değil aynı zamanda işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına da teşmildir. (VUK, m.134/II).

2 Bundan sonraki anlatımlarda “vergi müfettişliği” sıfatı vergi müfettiş yardımcılığı sıfatını da kapsar nitelikte kullanılacaktır.

olacaktır. Yani bu “kıst dönem + 5 yıl” süresi dolduktan sonra mükellefin verdiği beyanname –artık geriye dönük incelemeye tabi tutulamayacağından- ilk bakışta doğruluk karinesine sahip hukuki bir kesinliğe kavuşmuş olacaktır. Bunun sonucunda da mükellef ilgili döneme ait vergi borcundan ebediyen ibra edilmiş olacaktır. Diğer taraftan beyan ettiği gelirden ya da verdiği beyanname “kıst dönem + 5 yıl” içerisinde vergi müfettişlerince denetim yapılması mümkün olduğundan bu süre içerisinde ilk bakışta doğruluk karinesi naif bir durumdadır. Aksinin ispat edilmesi halinde mükellef verdiği beyandan dolayı hukuki ve cezai yaptırımlara maruz kalabilecektir.

Dolayısıyla mükellefin verdiği beyanname ile ilk bakışta doğruluk karinesini tümleyen unsurlar “kıst dönem + 5 yıl” ile bu dönem içerisinde bu karineyi çürütebilecek vergi incelemesinden meydana gelmektedir<sup>3</sup>.

Vergi incelemesi yapabilmekte vergi hukuku bağlamında görev ve yetki meselesi olup, ilgili bir Kanun tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla vergi mükellefiyeti gerçek ve tüzel kişiler üstünde vergiyi doğuran olaya bağlı olarak Kanunla kurulduğu gibi vergi incelemesi görevi ve yetkisi de bu görev ve yetkiyi kullanacak kişiler üzerinde Kanunla kurulmaktadır. Vergi inceleme görevi ve yetkisi memurluk statüsü altında Maliye Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatında vergi müfettişliği ve vergi müfettiş yardımcılığı gibi kadrolu belirli memurlara verilirken bunun dışında bu görev ve yetki “kamu görevlisi<sup>4</sup>” sıfatıyla yeminli mali müşavirlere de verilmektedir.

Maliye Bakanlığının kadrosunda bulunan vergi müfettişliği ile YMM’ler arasında görev ve yetki bakımından bir aynılık olmakla beraber “vergi inceleme yetkisi” kavramında biraz ayrışmalar arz etmektedir. Bu ayrışmayı şiddetlendiren unsur ise daha çok YMM’lerin tasdik etme yetkisi olarak gösterilebilir. Şöyle ki vergi müfettişlerinin yaptığı denetleme mükellefe karşı negatif bir niteliğe sahipken, mükellefin beyanının ilk bakışta doğruluk karinesini kaybetme ihtimalini ortaya koymaktadır. Yani mükellef verdiği beyanamenin doğruluğunu kestirmek için bağlı bulunduğu vergi dairesinden vergi incelemesi talebinde bulunmamaktadır. Bu durumda vergi mükellefinin

---

3 “Bir inceleme üzerine re’sen takdir yoluyla vergi tarh edildikten sonra, daha kapsamlı bir inceleme yapılarak tarhiyatın ikmalinde yasaya aykırılık yoktur.” Danıştay 4. Dairesi Kararı, T.04.03.1976, 353/593, Danıştay Dergisi, Sayı:124/125, s.194-195.

4 Anayasa Mahkemesine göre de sahip oldukları tasdik yetkisinden dolayı YMM’ler kamu görevlisi sayılmaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, T.19.03.1987, E.1986/5, K.1987/7, Resmi Gazete Tarih:12.11.1987, Sayı:19632, s.20 ve devamı.

verdiği beyannamenin vergi müfettişlerince tetkik edilmesi mükellefin beyanını şüphe altına sokmaktadır. Dolayısıyla vergi müfettişleri veya vergi müfettiş yardımcılarının yaptığı vergi denetimi mükellef açısından negatif bir niteliğe sahiptir. Oysa YMM'lerin yaptığı inceleme ve tasdiklerde, mükellefin YMM'ye götürdüğü bir mali durum ve bir beyan vardır. Bu da YMM'lerin yaptığı inceleme ve tasdiklerin mükellef açısından pozitif olduğunu gösterir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki YMM'ler mükelleflerin beyan ettiklerinin tasdik etme gibi bir zorunlulukları yoktur. Zira mükellefler ile YMM'ler arasında ortaya çıkacak olan vergi ziyayı ve cezaları bağlamında müşterek ve müteselsil sorumluluk vardır. Ancak yine de bu bağlantıya rağmen mükellefler gibi YMM'lerin yaptıkları tasdiklerin de ilk bakışta doğruluk karnesi halkası içinde olduğunu ifade etmemiz mümkün görülmektedir. Bu hukuki bağ ve unsurda aslında YMM'leri Maliye Bakanlığı kadrosunda bulunan bir vergi müfettişi dengi olmasından çıkarmaktadır.

Bu meselelerin gerektiği gibi aydınlatılabilmesi için “vergi inceleme yetkisi” kavramının hem vergi müfettişliği açısından ve hem de YMM'lik açısından irdelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada da vergi inceleme yetkisi bir kavram olarak ortaya konulup sonra da durumun vergi müfettişleri ve YMM'ler açısından somutlaştırılmasına gidilecektir.

## **I. VERGİ DENETİM MEVZUATINDAKİ DEĞİŞMELER**

Vergi İncelemesi Yetkisi kavramını irdelemeden önce vergi denetim mevzuatında meydana gelen gelişmeleri ana hatlarıyla izah etmek gerekmektedir.

Bilindiği gibi Türk Vergi Hukukunda vergi denetimi temel olarak Vergi Usul Kanununda ve 3568 sayılı Kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun “Yedinci Kısım”ı Yoklama ve İnceleme adı altında vergi denetimini düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre VUK'nun denetim araçlarını; “Yoklama” (VUK, m.127, m.128, m.129, m.130, m.131, m.132, m.133), “İnceleme” (VUK, m.134, m.135, m.136, m.137, m.138, m.139, m.140, m.141), “Arama” (VUK, m.142, m.143, m.144, m.145, m.146, m.147), “Bilgi Verme” (VUK, m.148, m.149, m.150, m.151), “İstihbarat Arşivi” (VUK, m.152) olarak sayabiliriz. Bunun dışında 3568 sayılı Serbest

Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu da vergi denetim mevzuatının önemli bir cephesini oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

Türk Vergi Hukukunda vergi denetiminin yapısı ve hukuki statüsü önemli değişikliklere uğramış bulunmaktadır. Şöyle ki VUK’nu ile aşağıdaki değişiklikler meydana gelmiştir.

646 sayılı “**Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname**”<sup>6</sup> (KHK/646) ile 10 Temmuz 2011 günü itibariyle önemli yapısal değişikliklere uğramıştır. Bu yapısal değişikliğin en önemli kısmı vergi denetimi yapmaya yetkili olanların adları ve hukuki statülerinin değiştirilip “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı” çatısı altında birleştirilmesidir<sup>7</sup>. Yani daha önce ayrı ad ve sıfatlarla dağınık bir şekilde bulunan vergi denetimi şimdi tek bir isim ve sıfatla tek bir çatı altında birleşmiş bulunmaktadır ki bunun da adı “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı” ve “Vergi Müfettişliği”dir. Dolayısıyla KHK/646 ile VUK’nun vergi inceleme yetkisini düzenleyen 135. maddesi de değişime uğramıştır.

Bu gelişmeyi müteakiben 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 29’uncu maddesine dayanılarak hazırlanan ve 31 Ekim 2011 günü Resmi Gazetede yayımlanan “**Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği**”<sup>8</sup> ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının görev, yetki ve sorumluluklarına, Grup Başkanlıklarının görev alanlarına, Vergi Müfettişlerinin görev, yetki ve sorumluluklarına, mesleğe alınmalarına, yetiştirilmelerine, yeterliklerine, yükselmelerine ve Grup Başkan-

---

5 3568 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre bu Kanun’un amacı, işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmî mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmaktır.

6 Karar Sayısı: KHK/646, Resmi Gazete, Tarih:10 Temmuz 2011 Pazar, Sayı:27990.

7 Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı doğrudan Maliye Bakanına bağlanmış bulunmaktadır (KHK/646, m.1/d).

8 Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, Resmi Gazete, Tarih:31 Ekim 2011, Sayı: 28101.

lıklarında görevlendirilmelerine ilişkin usul ve esaslarına dair düzenleme getirilmiştir<sup>9</sup>.

Yine aynı tarihte yani 31 Ekim 2011 günlü Resmi Gazete’de Vergi Usul Kanununun 140’ıncı maddesi ile 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 20’nci maddesine istinaden hazırlanıp yayımlanan “**Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik**<sup>10</sup>” ile vergi incelemelerinde uyulacak usul ve esaslar getirilmiş bulunmaktadır.

Bunun dışında 3568 sayılı Kanun’da 2008 yılında 5786 sayılı Kanunla önemli değişiklikler getirilmişti. Bu değişikliklerin en başında 3568 sayılı Kanun’un adı değişmiş, hem Kanunun adından hem de içeriğinden “serbest muhasebecilik” kavramı çıkarılmıştı. Bunun dışında staj süreleri, stajdan sayılan haller ve süreleri ve birde SMMM ve YMM sınav koşulları düzenlenmiş bulunmaktaydı. 3568 sayılı Kanun ile ilgili önemli bir gelişme ise 2011 yılının Aralık ayında yaşandı. O da Anayasa mahkemesine 3568 sayılı Kanunda değişiklik getiren 5786 sayılı Kanunun bazı maddelerine karşı 2008 yılında açılan iptal davasına dair verilen karardır<sup>11</sup>. Anayasa Mahkemesi verdiği bu Karar ile 3568 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (d) bendinde yer alan “... milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ...” ibaresini ve Maliye Bakanlığının son defa YMM’lik başvuru kriterini tutturmuş kendi meslek mensuplarına yaptığı sınavı iptal etmiştir. Bunun dışında iptal davasına konu olan hususlar ise iptal edilmemiştir.

## II. VERGİ İNCELEMESİ

Vergi Usul Kanunu’nun 134. maddesi vergi incelemesini tarif etmektedir. Bu tarife göre vergi incelemesi, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğu-

---

<sup>9</sup> Bkz. Hakan Uzeltürk, “**Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı**”, 12.07.2011, ([http://www.muhasibetr.com/ulusalbasin/haber\\_oku.php?haber\\_id=7639](http://www.muhasibetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haber_id=7639)), İnternette Erişim Tarihi: 02.01.2012.

<sup>10</sup> Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, Tarih:31 Ekim 2011 Pazartesi, T:28101.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, T.18.05.2011, E.2008/80, K.2011/81, Resmi Gazete, Tarih:15 Aralık 2011, Sayı:28143.

nu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır<sup>12</sup>. Vergi incelemesi işlemi, beyanların ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla mükellefin defter kayıtları, belgeleri ve envanteri üzerinde derinlemesine yapılan bir araştırmadır<sup>13</sup>. VUK'nun 134.maddesinin ikinci fıkrasına bakıldığında “İncelemeye yetkili olanlar tarafından lüzum görüldüğü takdirde inceleme, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına ve beyannamelerde gösterilmesi gereken unsurların tetkikine de teşmil edilebilir.” denilmektedir. Vergi incelemesinin amacı maddi vergi hukuku anlamında ödenmesi gereken vergilerin eksiksiz ödenmesini sağlamak; şekli vergi hukuku anlamında da vergi güvenliğini tehlikeye düşürmemek adına defter, belge ve kayıt düzenini kanuni intizam içinde tutmaktır. Dolayısıyla bir vergi incelemesi yapıldığında incelemeyi yapan vergi müfettişleri vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetini esas almak durumundadırlar. Bunu yapabilmeleri içinde hem iktisadi kıymetlerin dahil olduğu bir stok sayımı yapmaları gerekmekte hem de defter, belge ve kayıt düzenini incelemeleri gerekmektedir. Nitekim Danıştay da verdiği bir karar da bu durumu; “*Defter ve belgelerin çalınması durumunda yetkili inceleme elamanlarınca, ‘vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin esas olduğu...’* ilkesi dikkate alınarak değerlendirme yapılmadan yapılan tarhiyat isabetsizdir<sup>14</sup>” şeklinde ifade etmiştir. Yine Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu; gerçeği yansıtmadığı saptanan çalıntı faturalara dayanılarak yapılan tarhiyatın kaldırılmasının yasaya uygun olduğuna hükmetmiştir<sup>15</sup>.

“Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”inin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin i) fıkrasına göre de vergi incelemesi; inceleme yapmaya yetkili olanlar tarafından, ödenmesi gereken vergi-

12 **Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi**, Gelir İdaresi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı Yayın No:50, Kasım 2007, s.8, [http://www.gib.gov.tr/fileadmin/beyanname\\_rehberi/tum\\_yonleriyle\\_vergi\\_incelemesi.pdf](http://www.gib.gov.tr/fileadmin/beyanname_rehberi/tum_yonleriyle_vergi_incelemesi.pdf), İnternette Erişim Tarihi: 30.12.2011, (Ücretsizdir bu rehber elektronik ortamda [www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr) internet sayfasından ulaşabilirsiniz).

13 Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 169; Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, 20. Bası, Ankara, 2011, s. 100; Ateş Oktar, **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, 2011, s. 206.

14 Danıştay 7.Dairesi Kararı, T.31.05.1994, E.1993/1276, K.1994/2934, KBYİB.

15 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.09.02.1996, E.1994/363, K.1996/57, KBYİB.

lerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan faaliyeti ifade etmektedir<sup>16</sup>. Bu Yönetmelik vergi incelemesinde yeni bir ayırım getirmiş bulunmaktadır. Bu ayırma göre sınırlı inceleme ve tam inceleme halleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin 3.maddesin ğ) fıkrasına göre sınırlı inceleme; Tam inceleme dışında kalan vergi incelemesini ifade etmektedir. Yine bu Yönetmeliğin 3.maddesinin h) bendine göre tam inceleme; Bir mükellef hakkında, bir veya birden fazla vergi türü itibarıyla bir veya daha fazla vergilendirme dönemine ilişkin her türlü iş ve işlemlerinin bütün matrah unsurlarını içerecek şekilde, yapılan vergi incelemesini ifade etmektedir.

### III. VERGİ İNCELEMESİ YETKİSİ

Vergi incelemesinin tarifini ve amacını verdikten sonra asıl üzerinde duracağımız “vergi inceleme yetkisi” kavramına geçebiliriz.

Vergi İnceleme Yetkisi, kavramsal içerik olarak ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan faaliyeti havi belirli kişilere atfedilmiş mahsus bir yetkidir. Bu yetkinin mahsus olmasını gerektiren unsur ise vergi inceleme yetkisinin dayandığı öz veya içeriktir. Bu içeriğe bakıldığında en başta ödenmesi gereken vergilerden bahsedilmektedir. Ödenmesi gereken vergi, bir gerçek ya da tüzel kişice bir takvim yılı içinde elde edilen kazanç ve iradların safi tutarına dayanmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu’nun 2. maddesi gelirin unsurlarını; zirai kazançlar, ticari kazançlar, ücretler, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iradlar olarak saymaktadır. Yine Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrası da kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşacağını hüküm altına almıştır. Diğer taraftan harcama vergilerinde de ödenmesi gereken verginin matrahını tüketime harcanan gelir oluşturmaktadır. Servet vergilerinde de keza ödenmesi gereken verginin dayanağını servet oluşturmaktadır. Dolayısıyla ödenmesi gereken verginin alınabilmesi söz konusu verginin dayandığı gelir, harcama ve servet gibi kaynakların ilgili mükellef nezdinde gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Umumiyetle ödenmesi gereken vergilerin tahsil edilmesinde mükellefin yaptığı beyan esas olarak kabul edilmekle beraber mükellefin yaptığı gelir beyanında muhtelif gelir unsurla-

---

<sup>16</sup> Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Maliye Bakanlığından: Resmi Gazete: Tarih:31 Ekim 2011 Pazartesi, Sayı:28101.

rından elde ettiği gelirini tam olarak beyan edip etmediği ve kanunen kabul edilmeyen giderlerin gelire ilave edilip edilmediği hep bir soru olarak varlığını korumaktadır. İşte bu yüzden mükellefin yaptığı gelir beyanları ilk etapta doğru olarak kabul edilse de vergi otoritesi gerek duyduğunda tetkik edebilme gibi bir yetkiye sahip olmalıdır. Zira bundaki kamu yararı, kamu adına ödenmesi gereken vergiyi tahsil etmektir. Ödenmesi gereken verginin ödenip ödenmediğini belirlemek için de bazı hukuki araçlara ihtiyaç vardır ki bunlardan en önemlisi de vergi incelemesidir. Vergi İncelemesi VUK'nun 134. maddesinde "İnceleme" başlığı altında düzenlenmiştir. Vergi İncelemesinin dayandığı ayaklar VUK'nun 134. maddesince araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olarak gösterilmektedir. Araştırmak, tespit etmek ve sağlamak ibarelerine bakıldığında hepsi etken bir eylemi ifade etmektedir. Bu etken eylemin nesnesini de yani edilgen objesini de mükellef oluşturmaktadır. Dolayısıyla burada mükellefin mamelekine yönlendirilmiş bir eylem ve işlem vardır. Anayasal güvence altında olan mükelleflerin haklarına hâle gelmemesi için sözkonusu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak eylem ve işlemlerinin yasal bir çerçevede bir usuli yapıya ve bir yetki ve göreve bağlanması gerekmektedir<sup>17</sup>. Bu bağlamda incelemenin dayandığı "araştırmak" eylem ve işlemine baktığımızda; araştırmak eylemi ve işlemi mükellefin nezdinde, işyerinde, hanesinde ve ilgili yerlerinde arama, sayım yapma, inceleme yapma bunların defter belge ve kayıtlarını doğruluk ölçüğüyle gözden geçirme gibi temel elementleri bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim burada ki amaç ödenmesi gereken vergiyi ortaya çıkarmaktır. İşte bu da incelemenin ikinci ayağı olan tespit etmek kavramına denk düşmektedir. Yani incelemenin amacı araştırmanın sonucunda ödenmesi gereken bir vergi varsa onu tespit etmektir. Bu tespit işlemi de bir anlamda VUK'nun 30. maddesinde bahsedilen re'sen tarhiyat gibi kabul edebiliriz<sup>18</sup>. Ödenmesi gereken vergile-

<sup>17</sup> VUK, m.134 ve devamı; Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği; Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

<sup>18</sup> VUK'nun 30. maddesinin birinci paragrafının son cümlesine baktığımızda "*...veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır. İnceleme raporunda bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkı re'sen takdir olunmuş sayılır.*" denilmektedir. Yine aynı şekilde VUK'nun Re'sen Tarhiyatı düzenleyen 30. maddesinin 8. fıkrasına göre; "Bu Kanunun mükerrer 227'nci maddesi uyarınca 3568 sayılı Kanun'a göre yetki almış meslek mensuplarına imzalatırma mecburiyeti getirilen beyanname ve ekleri imzalatılmıyorsa veya tasdik kapsamına alınan konularda yeminli mali müşavir tasdik raporu zamanında ibraz edilmezse"



rin doğruluğu araştırıldı, tespit edildi ve sırada ise sağlanması bulunmaktadır. Ödenmesi gereken verginin sağlanması ise yapılan vergi incelemesi sonucunda yazılan vergi inceleme tutanağına istinaden hazırlanan vergi inceleme raporuna göre ilgili komisyonca tarhedilen verginin tahsil edilmesi aşamasına sokulmasıdır<sup>19</sup>. Bilindiği üzere vergi inceleme tutanaklarının ve raporlarının doğrudan icrailik etkisi bulunmamaktadır<sup>20</sup>. Vergi inceleme tutanakları ve raporlarının icrai bir etkisi olabilmesi ve verginin ödenmesinin sağlanması için vergi inceleme tutanağına ve raporuna dayanılarak tarhedilen verginin tarh edilip mükellefe tebliğ edilmesi gerekmektedir. Burada “ödenmesi gereken verginin sağlanması” ölçüğünü gerçekleştiren şey vergi müfettişlerince hazırlanan vergi inceleme tutanağının ve raporunun bir idari işlem olan vergi tarh işlemine yol açmasıdır. Yani vergi tarh işleminin sebep unsurunu vergi incelemesi neticesinde ortaya çıkarılan ödenmesi gereken vergi oluşturmaktadır.

Vergi incelemesi yapan vergi müfettişlerinin yaptıkları denetim bir doğruluk denetimidir. Nitekim VUK'nun 134. maddesi de vergi incelemesini; ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olarak görmektedir. Dolayısıyla doğruluk denetimi, tarh zamanaşımı süresi içerisinde mükellefin geriye ve ileriye dönük işlemlerinin tümünü kapsayan komplike bir işlem sürecidir. Doğruluk denetiminde vergi müfettişinin amacı olduğundan daha fazla vergi sağlamak değildir. Doğruluk denetiminin amacı tamı tamına ödenmesi gereken vergiyi bulmaktır. Bu açıdan doğruluk denetimi yapılırken mükellefin stoğu, ticari işlemleri, defter, belge ve kayıt düzeni hülasa tüm mameleki denetlenir. Bu denetimde sadece görünüşte hukuka uygun olması yetmemektedir aynı zamanda vergilendirmede ekonomik yaklaşım ilkesi içerisinde bir denetim yapılarak muvazaalı bir

---

<sup>19</sup> Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m.16, m.17, m.18, m.19, m.20.

<sup>20</sup> “Yükümlünün inceleme dönemine ait ve izleyen yıla devreden zarar tutarlarının azaltılması sonucunu doğuran vergi inceleme raporunun gereklerinin yerine getirilmesi yolunda tesis edilen işlem, yükümlünün haklarını sınırlaması, daha sonraki dönemde vergilendirilmesini doğrudan etkilemesi ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşıması nedeniyle idari davaya konu oluşturur.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.18.10.2006, E.2006/109, K.2006/290, KBYİB.

işlemin ya da bir peçeleme işleminin var olup olmadığına da bakılır<sup>21</sup>. Doğruluk denetimi vergi müfettişine bu anlamda geniş bir yetki tanımaktadır. Ancak bu yetkinin sınırını “vergi inceleme usulü” ve ödenmesi gereken vergi oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Ayrıca vergi incelemesi yapılırken mükellefin vergi incelemesine icabet etmesi ve olanak tanınması da VUK’nun getirdiği usuli bir mecburiyettir<sup>23</sup>. Bunun dışında vergi incelemesi yaparken konusunu VUK, m.359 kapsamında suç oluşturan unsurlara rastlanıldığında ise bu durumu bir yazı Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmesi gerekmektedir (VUK, m.367).

Yukarıda şu ana dek bahsedegeldiğimiz açıklamalarda vergi incelemesinin araştırmak, tespit etmek ve sağlamak aşamalarının (ki bunların toplamına vergi inceleme yetkisi diyebiliriz) anayasal duyarlılıkları olan ciddi birer idari eylem ve işlem olduğunu dolayısıyla bir usul içerisinde<sup>24</sup> görev ve yetkinin düzenlenip kanunen belirlenen kişilere bırakılması gerekmektedir. Nitekim VUK’nun 135. maddesi<sup>25</sup> de vergi inceleme yetkisini vergi müfet-

21 “Anonim şirkete aynı sermaye olarak konulan ancak tapudan devri yapılmayan gayrimenkulün satışında emsal bedelin esas alınması gerekir.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.07.06.2002, E.2002/20, K.2002/267, KBYİB.

22 “Yeterli kanıt bulunmadan faturanın gerçeği yansıtmadığı gerekçesi ile tarhiyata gidilmesi hukuka uygun olmadığı hakkında.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.20.06.1997, E.1996/86, K.1997/339, KBYİB; “Defter ve belgelerin çalınması durumunda yetkili inceleme elamanlarınca, “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin esas olduğu” ilkesi dikkate alınarak değerlendirme yapılmadan yapılan tarhiyat isabetsizdir.”, Danıştay 7. Dairesi Kararı, T.31.05.1994, E.1993/1276, K.1994/2934, KBYİB.

23 “İnceleme elemanına ibraz edilmeyip mahkemeye sunulan defter ve belgeler üzerinde davalı vergi idaresince inceleme yapılmasına imkan sağlanıp sonucu alındıktan sonra uyuşmazlığın karara bağlanması gerekirken mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu karar verilmesinde hukuka uyarlık yoktur.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.16.05.2003, E.2002/559, K.2003/287, KBYİB.

24 “Yükümlü şirketin mal sattığı firmanın el defterleri üzerinde tek taraflı olarak yapılan ve usulüne uygun olmayan incelemeye dayalı tarhiyat yasal olmadığı hakkında.”, Danıştay 11. Dairesi Kararı, T.21.05.1996, E.1996/1117, K.1996/2080, KBYİB.

25 VUK’nun m.135’in KHK/646 ile değişmeden önceki haline göre vergi incelemesine yetkili kişiler şöyle sıralanmıştı: Vergi İncelemesi; hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcısı veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Maliye Müfettişleri, Maliye Müfettiş Gelirler Kontrolörleri ve “Stajyer Gelirler Kontrolörleri, Gelirler Genel Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar” her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisine haizdir.

tişleri, vergi, müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru<sup>26</sup>, vergi dairesi müdürleri ve Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlardır<sup>27</sup> diyerek tanzim etmiştir.

VUK'nun 135. maddesi bu adı sayılan mahsus kişilere vergi inceleme görev ve yetkisini tevdi etmiş bulunmaktadır. Bu anlamda vergi inceleme görevi mahsus bir görevdir. Bu mahsus görevi üstlenen vergi inceleme elemanları mesleki anlamda belirli sınavlardan süzülerek gelen, mesleki anlamda en üst eğitimi alan belirli bir dönem stajyer ya da yardımcı olarak çalışan ve nihayetinde bir mesleki başarı sınavına tabi tutulup geçen kişilerden müteşekkildir. Dolayısıyla vergi incelemesini yapacak olan vergi müfettişleri ve yardımcısı mesleki anlamda çok sofistike bir mesleki eğitim almaktadırlar. Vergi müfettişlerinin bu kadar ciddi mesleki eğitim almaları yapılacak iş ile de çok bağlantılıdır. Zira sonuç yapacakları vergi incelemelerinde mükelleflerin haklarına, menfaatlerine ve mameleklerine dokunacaklardır. Böyle bir yetkiyi sağlıklı olarak kullanabilmeleri için mesleki anlamda çok donanımlı olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla bir vergi müfettişinin iktisat, işletme, maliye, muhasebe, vergi hukuku bilgisi ile donanımlı olmasının yanı sıra detaylı bir hukuk bilgisi ile de mücehhez olması gerekmektedir.

#### **IV. VERGİ İNCELEMESİ YETKİSİNİN ELDE EDİLMESİ SÜRECİ**

Yukarıda vergi inceleme yetkisinin kavramsal içeriğinin verilmesine çalışıldı. Şimdi ise vergi inceleme yetkisini elde edilme sürecine değinilecektir.

Vergi inceleme yetkisinin elde edilme sürecinde sadece vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcısı üzerinde durulacaktır. Zira vergi denetiminin önemli yükünü vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcısı taşımaktadır. Bilindiği gibi KHK/646, vergi denetim sisteminde ve mevzuatında bir devrim yaratmıştır. KHK/646 ile getirilen düzenlemelerden önce vergi denetim sistemi teşkilat yapısı olarak merkeze bağlı olan maliye müfettişleri, hesap uzmanları, gelirler kontrolörleri ve bunların yardımcısı; taşra teşkila-

---

<sup>26</sup> Defterdar.

<sup>27</sup> VUK Taslağı **İncelemeye Yetkililer** m.102- (1) Vergi inceleme, Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş yardımcısı tarafından yapılır. (2) Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar ve vergi dairesi müdürleri ile en büyük mal memuru da vergi inceleme yetkisine sahiptir.

tında ise vergi dairesi başkanlığına ya da defterdarlığa bağlı vergi denetmenleri oluşturmaktaydı.

KHK/646 ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı kuruldu<sup>28</sup>. KHK/646 ile 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname önemli değişikliklere uğradı. KHK/646 ile KHK/178'in 20. maddesinin adı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı olarak değiştirilmiş ve teşkilat düzeni şöyle belirlenmiştir<sup>29</sup>:

- Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı
- Doğrudan Maliye Bakanına bağlı olan Vergi Denetim Kurulu Başkanı
- Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları
- Grup Başkanları
- Vergi Müfettişleri (Vergi Müfettişleri; Vergi Baş Müfettişi, Vergi Müfettişi ve Vergi Müfettiş yardımcısından oluşmaktadır.)

KHK/646 ile değişen KHK/178'in değişen 20. maddesine göre; Vergi Denetim Kuruluna verilen görevlerin yerine getirilmesinde, uzmanlaşma ve işbölümünün sağlanması amacıyla uygun görülen yerlerde Maliye Bakanının onayı ile doğrudan Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına bağlı olmak üzere aşağıdaki grup başkanlıklarının kurulabilmesi mümkün bulunmaktadır. Bunlar:

---

28 Vergi Denetim Kurulunun Görev ve Yetkileri: a) Vergi Usul Kanunu ve diğer gelir kanunları kapsamında vergi incelemeleri yapmak. b) Her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak suretiyle oluşturulacak Risk Analiz Sistemi üzerinden mükelleflerin faaliyetlerini gruplar ve sektörler itibarıyla analiz etmek, mukayeseler yapmak ve bu suretle risk alanlarını tespit etmek. c) Vergi yükümlülüklerine ilişkin ihbar ve şikayetleri değerlendirmek. ç) Vergi incelemelerinde Gelir İdaresi Başkanlığı ile gerekli eşgüdümü ve işbirliğini sağlamak. d) İnceleme ve denetim sonuçlarını izlemek, değerlendirmek ve istatistikler oluşturmak. e) Vergi inceleme ve denetimleri ile raporlamaya ilişkin standart, ilke, yöntem ve teknikleri geliştirmek, inceleme ve denetim rehberleri hazırlamak, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların uyacakları etik kuralları belirlemek. f) Vergi Müfettişlerinin mesleki yeterlik ve yetkinliklerinin sağlanması ve artırılması için gerekli çalışmalarını yapmak, bu amaca katkı sağlamak üzere kalite güvence sistemini geliştirerek uygulamak. g) Performans değerlendirme sistemi oluşturmak ve Vergi Müfettişlerinin performansını bu sisteme göre değerlendirmek. ğ) Vergi kaçırma ve vergiden kaçınma alanındaki gelişmeler ile bunların ortaya çıkarılması ve önlenmesine yönelik yöntemler konusunda araştırmalar yapmak. h) Vergi mevzuatı ile ilgili görüş ve önerilerde bulunmak. ı) Bakan tarafından verilen teftiş, inceleme, denetim ve soruşturmaları yapmak. i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

29 Ayrıca **Bkz.** Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, m.3.

- a) Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı<sup>30</sup>.
- b) Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı.
- c) Organize Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele Grup Başkanlığı.
- ç) Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması ve Yurtdışı Kazançlar Grup Başkanlığı<sup>31</sup>.

KHK/646 ile değişen KHK/178'in Ek Madde 29. maddesinin çerçevesinde Vergi Müfettişi olabilme ve vergi inceleme yetkisini elde edebilme süreci şöyle ifade edilebilir<sup>32</sup>:

Vergi Müfettiş Yardımcılığına atananlardan giriş sınavındaki başarı sırasına göre en başarılı yüzde yirmisi alınıp üç aylık ayrı bir eğitime tabi tutulmaktadır. Bu eğitim sonucunda yapılacak yazılı ve sözlü sınavda başarı sırasına göre en başarılı yüzde yirmibeşi<sup>33</sup>; “Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı”, “Organize Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele Grup Başkanlığı” ve “Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması ve Yurtdışı Kazançlar Grup Başkanlığı”nda görevlendirilmektedir.

Giriş sınavında ilk yüzde yirmiye, eğitim sonucunda yapılacak sınavda ise ilk yüzde yirmibeşe giremeyenler ise “Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığında görevlendirilmektedirler.

KHK/646 ile değişen KHK/178'in Ek Madde 29. maddesinin çerçevesinde Vergi Müfettiş Yardımcılığı Vergi Müfettiş Yardımcıları, fiilen üç yıl çalışmak ve yardımcılık döneminde performans değerlendirmesine göre başarılı olmak şartıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Yeterlik sınavında her bir grup başkanlığı itibarıyla yer alacak sınav konuları ile ortak sınav konuları ve sınava ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenmektedir.

---

30 Bu fıkrada belirtilen grup başkanlıkları, uygun görülen yerlerde ihtiyaca göre birden fazla sayıda kurulabilir. Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, m.8/2. (Bu grup başkanlığı, eski teşkilat yapısında vergi denetmenliğine tekabül etmektedir).

31 (B), (C) ve (Ç) Grup Başkanlıklarında görev yapan Vergi Müfettişlerinin görevlendirilecekleri Grup Başkanlıkları, Bakan tarafından belirlenir. Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, m.8/3.

32 Ayrıca **Bkz.** Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, m.10, m.11, m.12, m.13, m.14, m.15, m.16, m.17, m.18, m.19, m.20, m.21, m.22, m.23, m.24, m.25, m.26, m.27.

33 % 20'nin % 25'i.

Yapılacak yeterlik sınavında başarılı sayılabilmek için giriş sınavında alınan puanın yüzde otuzu ile yeterlik sınavında alınan puanın yüzde yetmişinin toplamının yüz puan üzerinden en az altmışbeş puan olması şarttır.

Yeterlik sınavında başarılı olanlar Vergi Müfettişi olarak atanırlar. Vergi Müfettişi olarak atananlardan yeterlik sınavındaki başarı sırasına göre en başarılı yüzde beşi, KHK/646 ile değişen KHK/178'in 20'nci maddesinin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görevlendirilir. Yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayanlar ile yeterlik sınavında başarılı olamayanlar ise Bakanlıkta derecelerine uygun memur kadrolarına atanırlar.

Performans değerlendirme sistemi, Vergi Müfettişlerinin mesleki yeterlik ve yetkinliklerinin objektif, nesnel ve mukayeseli bir şekilde değerlendirilmesi için görev yaptıkları süre içindeki sınavlarda elde ettikleri başarı derecesi, grup başkanlarının Vergi Müfettişlerinin iş performansına ilişkin değerlendirmeleri, düzenledikleri vergi inceleme raporları hakkında rapor değerlendirme komisyonları tarafından yapılan değerlendirmeler, düzenledikleri diğer inceleme, araştırma, görüş, denetim ve soruşturma raporları hakkında yapılan değerlendirmeler, lisansüstü eğitim düzeyleri ve benzeri kriterler esas alınarak oluşturulur. Vergi Müfettişlerinin performans değerlendirmesi takvim yılı itibarıyla yapılır<sup>34</sup>.

#### **Vergi Müfettiş Yardımcılarına Vergi İnceleme Yetkisinin Verilmesi:**

Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliğinin 29. maddesine göre:

1) Vergi Müfettiş Yardımcıları, mesleğe girişlerinden itibaren fiilen 18 ay çalıştıktan sonra, Başkanlıkça tespit edilen bir tarihte yetki sınavına tabi tutulurlar. 18 aylık sürenin hesabında özel ve temel eğitimde geçen süreler de dikkate alınmaktadır. Yıllık izin ve süt izinleri hariç, 20 günden fazla olmamak üzere izinli gün sayıları ile raporlu gün sayıları fiilen çalışılan sürenin hesabında dikkate alınmamaktadır.

---

<sup>34</sup> KHK/646 ile değişen KHK/178'in 29'nci maddesinin son fıkrası: Başkanlığın görev, yetki ve sorumlulukları, grup başkanlıklarının görev alanları, performans değerlendirme sisteminin oluşturulması ve yönetimi ile Vergi Müfettişlerinin görev, yetki ve sorumlulukları, mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yeterlikleri, yükselmeleri, grup başkanlıklarında görevlendirilmeleri ve yer değiştirme usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

2) Yetki sınavı<sup>35</sup>, Vergi Müfettiş Yardımcılarının görev ve yetki alanlarına giren yürürlükteki mevzuat ve bunun uygulamasına ilişkin mesleğin gerektirdiği niteliklerin kazanılıp kazanılmadığını, performans değerlendirmesi kapsamında, ölçen bir sınavdır. Sınav sonucunda yeterli görülenlere re'sen inceleme, teftiş ve soruşturma yetkisi verilmektedir.

3) Yetki sınavı, Başkanlıkça belirlenen esaslar çerçevesinde ve yazılı olarak yapılır. Yetki sınavında başarılı olmak için, sınav oturumlarının her birinden 100 tam puan üzerinden en az 50 puan alınması ve bütün sınav oturumlarından alınacak puanların ortalamasının 65'den aşağı olmaması şarttır.

4) Yetki sınavında başarılı olamayanlar, en az üç ay süresince bir Vergi Müfettişinin refakatinde çalıştıktan sonra, Başkanlıkça belirlenen bir tarihte yeniden yetki sınavına girerler. Bu sınavda da başarılı olamayan veya özürsüz olarak sınava girmeyen Vergi Müfettiş Yardımcıları, performans değerlendirmesine göre başarısız sayılır. Yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayan bu kişiler, Bakanlık teşkilatında derecelerine uygun memur kadrolarına atanırlar.

5) Yetkili Vergi Müfettiş Yardımcıları, Başkanlıkça gerekli görülen hallerde diğer yetkili Vergi Müfettiş Yardımcıları veya Vergi Müfettişleriyle birlikte görevlendirilebilir.

## **V. YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLİK GÖREVİ VE SORUMLULUK**

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu ile YMM'lere işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmî mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunma yetkisi verilmiştir (3568 sayılı Kanun, m.1).

---

<sup>35</sup> Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, **Vergi Müfettiş Yardımcılarının yeterlik sınavı, Madde 30** – (1) Vergi Müfettiş Yardımcıları, fiilen üç yıl çalışmak ve yardımcılık döneminde performans değerlendirmesine göre başarılı olmak şartıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Yıllık izin ve süt izinleri hariç, 20 günden fazla olmamak üzere izinli gün sayıları ile raporlu gün sayıları fiilen çalışılan sürenin hesabında dikkate alınmaz. (2) Yeterlik sınavı ile Vergi Müfettiş Yardımcılarının görev ve yetki alanlarına giren yürürlükteki mevzuat ve bu mevzuatın uygulamasını; inceleme, teftiş ve soruşturma yöntemleri hakkındaki bilgilerini; mesleğin gerektirdiği diğer bilgi ve nitelikleri kazanıp kazanmadıkları ölçülür. (3) Başkanlıkça belirlenen esaslar çerçevesinde yapılan yeterlik sınavı, yazılı ve sözlü olmak üzere iki bölümden oluşur.

YMM'lerin görevlerini veya meslek konularını şöyle sıralayabiliriz:

1. Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, malî mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.

2. Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, malî tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.

3. 3568 sayılı Kanunun "Tasdik ve Tasdikten Doğan Sorumluluk" başlıklı 12. maddesine istinaden çıkarılan Yönetmelik<sup>36</sup> çerçevesinde tasdik işlerini yapmak.

3568 sayılı Kanun'un 12. maddesi YMM'lerin sorumluluklarını tayin etmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan VUK'nun Mükerrer 227. maddesi de YMM'lerin sorumluluklarını 3568 sayılı Kanun ile paralellik arzedecek şekilde tayin etmiş durumdadır.

VUK'nun Mükerrer 227. maddesi ile Maliye Bakanlığı tarafından YMM'lere tasdik raporu düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu tasdik raporu düzenleme yetkisi ile beraber YMM'lere tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyana bağlı olarak salınacak vergi, ceza ve gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacakları hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Yine aynı şekilde 3568 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile de YMM'lere tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyana bağlı olarak salınacak vergi, ceza ve gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulacakları hükme bağlanmış bulunmaktadır.

3568 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre Yeminli Malî Müşavirler gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile mu-

---

<sup>36</sup> Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik Edecekleri Belgeler, Tasdik Konuları, Tasdike İlişkin Usul ve Esaslar ile İlgili Olarak 02.01.1990 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik.



hasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik ederler. Yeminli Malî Müşavirlerin tasdik edecekleri belgeler, tasdik konuları ile tasdike ilişkin usul ve esaslar; gerçek ve tüzelkişilerin mükellefiyet şekilleri, iş kolları ve ciroları, döviz kazandırıcı işlemleri, ithalat ve ihracatları, yatırımın miktarları ve neveleri ile belgelerin ibraz edileceği merciler “Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik Edecekleri Belgeler, Tasdik Konuları, Tasdike İlişkin Usul ve Esaslar ile İlgili Olarak Yönetmelik”e göre düzenlenmektedir. İlgili Kanunları gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen tasdik edilmiş malî tablolar, kamu idaresinin yetkili memurlarınca, tasdik kapsamı ölçüsünde incelenmiş bir belge olarak kabul edilmektedir. Ancak, çeşitli kanunlarla kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasına ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklı bulunmaktadır. Yani YMM’lerin yaptıkları tasdik nihai bir özellik arzetmemektedir. Gerektiğinde inceleme ve teftişe açık hale gelebilmektedir.

YMM’ler yaptıkları tasdik doğruluğundan sorumludurlar. Yaptıkları tasdik doğru olmaması halinde, tasdik kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyaa uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan ve ferî alacaklardan mükellefle birlikte müştereken ve müsteselsilen sorumlu olmaktadır<sup>37</sup>. Yeminli malî müşavirler yaptıkları tasdik kapsamını da düzenleyecekleri raporda açıkça belirtmeleri gerekmektedir.

## **VI. VERGİ İNCELEME YETKİSİ VE YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLİK**

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir olabilmenin rejimini düzenlemiş bulunmaktadır. Her ikisi de 3568 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılan genel şartlara tabidir. Bunun dışında 3568 sayılı Kanun’un 5.maddesi serbest muhasebeci mali müşavir olmanın özel şartlarını saymışken 3568 sayılı Kanun’un 9. maddesi de yeminli mali müşavir olmanın özel şartlarını saymıştır. Yine serbest muhasebeci mali müşavirlik ile yeminli müşavirlik te staj ve staj süresinden sayılan hizmetler bakımından 3568 sayılı Kanun’un 6. maddesine tabi bulunmaktadır.

---

<sup>37</sup> “Yeminli mali müşavirin müsteselsil sorumluluğu nedeniyle takibi için vergi yükümlüsü hakkında yapılan tarhiyatın kesinleşmesine gerek olmadığı, yeminli mali müşavirler tasdik sözleşmesi yaptıkları yükümlüler dışındaki kişi ve kuruluşlar nezdinde karşıt inceleme yetkisine sahip değildirler.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.20.06.1997, E.1995/444, K.1997/307, KBYİB.

Yeminli Mali Müşavirliğe ulaşabilmenin iki ana yolu vardır. Bunlardan ilki piyasadan serbest muhasebeci mali müşavirlik yolundan gelmektedir ki en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik geçmişine sahip olması gerekmektedir. Bundan sonra da yeminli mali müşavirlik sınavını vermiş olmak ve yeminli mali müşavirlik ruhsatını almış olması gerekmektedir.

Yeminli mali müşavirliğe ulaşabilmenin ikinci ana yolu ise kamu kurum ve kuruluşları yolundan gelmektedir. Ancak biz burada konumuz gereği vergi incelemesi yetkisini almış kamu görevlileri açısından durumu irdeleyeceğiz.

3568 sayılı Kanun'un yeminli mali müşavir olabilmenin özel şartlarını düzenleyen 9. maddesinin<sup>38</sup> ikinci fıkrasına göre; kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri, serbest muhasebeci malî müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilmektedir. Bugünkü mevzuata göre vergi inceleme yetkisi sadece vergi müfettişlerine ve vergi müfettiş yardımcılara, ilin en büyük mal memuruna ve vergi dairesi müdürlerine münhasır bulunmaktadır. Dolayısıyla vergi inceleme yetkisini kazanıp ta 3568 sayılı Kanunun istediği belirli bir süre elinde bulunduran yukarıda adı geçen memurlar doğrudan 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavir olarak çalışmış gibi kabul edilmekte ve böylece YMM sınavına alınabilmektedirler. 3568 sayılı Kanun burada bir kamu kurum veya kuruluşunda görev yapan vergi ince-

<sup>38</sup> 3568 sayılı Kanun, m.9- Yeminli malî müşavir olabilmek için: a) En az 10 yıl serbest muhasebeci malî müşavirlik yapmış olmak, b) Yeminli malî müşavirlik sınavını vermiş olmak, c) Yeminli malî müşavir ruhsatını almış olmak, Şartları aranır. Şu kadar ki, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen (**Değişik ibare: 5786 - 10.7.2008 / m.5**) "hizmet süreleri ve bunların bilanço esasında defter tutan özel kuruluşların muhasebe birimlerinde birinci derece imza yetkisini haiz, muhasebenin fiilen sevk ve idare edilmesinden veya mali denetiminden sorumlu olarak geçen hizmet süreleri, yeminli mali müşavirlik ve serbest muhasebeci mali müşavirlik şirketlerinde geçen hizmet süreleri; serbest muhasebeci mali müşavirlerden bir işyerine bağlı olarak çalışanların bu işyerlerinde geçen hizmet süreleri ile" hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış olanların bu hizmetlerinde geçen süreleri serbest muhasebeci malî müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilir. (**Ek cümle: 5786 - 10.7.2008 / m.5**) Ancak, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan yeterlilik sınavında başarılı olamayanların, sınav tarihinden sonra vergi inceleme yetkisini haiz olmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri dikkate alınmaz. (**Değişik son fıkrası: 5786 - 10.7.2008 / m.5**) Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar, yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilirler. Ancak, bunların yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için birinci fıkranın (a) bendindeki süreyi tamamlamaları şarttır.

lemesi yetkisini haiz bir memurla serbest piyasada serbest muhasebeci mali müşavirlik yapan bir meslek mensubunu eşdeğerde kabul etmektedir<sup>39</sup>. Somut olarak söylemek gerekirse 3568 sayılı Kanun “vergi inceleme yetkisi”ni YMM’lik sınavına müracaatın bir ön koşulu olarak görmektedir. Bunun ötesinde “vergi inceleme yetkisi”nin ne denli önemli ve etkin bir yetki olduğu hususuyla ilgilenmemektedir<sup>40</sup>.

Vergi inceleme yetkisi kavramı ışığında vergi müfettişliği ve YMM’liği değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi “vergi inceleme yetkisi”nin YMM’lik sınavına bir başvuru koşulu mesabesine indirilmesi söz konusu bu yetkinin gücüne aykırılık arzeden hususlar bulunmaktadır. Bilindiği gibi vergi incelemesine YMM’lerin de tabi tutulmaları bağlı buldukları Kanunları uyarınca da mümkün bulunmaktadır. Hem VUK’nun mükerrer 227. maddesi hem de 3568 sayılı Kanun’un 12. maddesi yaptıkları tasdikten müşetereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu hükme bağlamışlardır<sup>41</sup>. Nitekim 3568 sayılı Kanun’un 12. maddesinin 3. paragrafına göre

---

39 Bu her ikisi arasında sağlanan eşdeğerliliğin ne kadar isabetli ve adil olduğu tartışılır. Ancak 3568 sayılı Kanun YMM’lik hakkının daha önce vergi inceleme yetkisini elinde bulunduran memurların önceden kazanılmış olma hakkını ıskat etmiştir. Bilindiği gibi kaldırılmadan önce maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve gelirler kontrolörleri staj süresi dahil sekizinci yılını ikmal ettikten sonra YMM’lik hakkını hiçbir sınava tabi olmaksızın doğrudan elde etmekteydiler. Diğer taraftan vergi denetmenleri ise bugün olduğu gibi YMM’lik sınavına tabi tutulmaktaydılar. 3568 sayılı Kanun’un bu anlamda bir eşitlik getirmiş olduğunu söyleyebiliriz.

40 Oysa ki vergi denetiminin belkemiği olan geçmişte maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve gelirler kontrolörlerinin sekizinci yılını ikmal ettikten sonra doğrudan serbest piyasaya YMM olarak iştirak etmeleri, vergi denetim kuvvetinin had safhada zayıflamasına sebep olmaktadır. Diğer taraftan Maliye Bakanlığının yüksek icra gücü, mesleki konum ve nüfuzundan bilgi, görgü ve çevre sahibi olan vergi inceleme yetkisine haiz memurlar daha sonra YMM olarak serbest piyasaya dühul ettiklerinde önemli derecede avantaj elde etmekteydiler. Bunun ortaya çıkardığı olumsuz tablo ve karşıt lobiler neticesinde vergi müfettişleri de YMM’lik sınavına tabi olmuşlardır. Belki bu sorun vergi müfettişlerinin mesleklerinde 20. yıldan sonra YMM’liğe sınavsız geçiş hakkı verilseydi hem vergi denetim gücü kuvvet kaybetmezdi hem de vergi inceleme yetkisini elinde bulunduran vergi müfettişlerinin mesleki onurları incinme yolağına sokulmazdı.

41 Mesul oldukları sorumluluk sözleşme yaptıkları mükellefler ile bağlantılı olarak yaptıkları tasdik kapsamında sınırlı bir sorumluluktur. Nitekim Danıştay’a göre de böyledir (Danıştay 11.Dairesi Kararı, T.17.11.1999, E.1998/852, K.1999/4287, KBYİB); “Yasal defter ve kayıtlar arasında bulunması zorunlu olmayan ve yeminli mali müşavirlere ibraz edilmeyen belgelere dayanılarak saptanan matrah farkından dolayı, yeminli mali müşavirin müşterek ve müteselsil olarak sorumlu tutulamaz.”, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, T.21.03.2008, E.2007/319, K.2008/212, KBYİB).

Kanunları gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen tasdik edilmiş malî tablolar, kamu idaresinin yetkili memurlarınca, tasdik kapsamı ölçüsünde incelenmiş bir belge olarak kabul edilir. Ancak, çeşitli kanunlarla kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasına ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklıdır. Buna göre birer kamu görevlisi sayılan YMM'lerin de yaptıkları tasdiklerin vergi incelemesine açık olmaları yargı yolu saklı kalmak kaydıyla da olsa onları edilgen bir konumda bırakmaktadır.

Soyut ve kavramsal düzlemde vergi incelemesini yapmaya yetkili olan vergi müfettişlerinin gerek risk analizinden gerek bir ihbardan veya herhangi bir sebep olmaksızın haklarında inceleme yaptıkları YMM'ler bir kuşku altına girmekte ve ilk bakışta doğruluk karinesini kaybetmektedirler. Her ikisi de kamu adına denetim yapmalarına rağmen YMM'lerin yaptıkları denetimin vergi müfettişlerinin denetiminin altında olması her ikisi arasında hukuki statü bakımından eşitsizlik yaratmaktadır. Gerçi burada kamu görevlisi olarak kabul edilen YMM'lerin birincil çalışma saikinin kazanç elde etme olduğunu söyleyebiliriz. Vergi müfettişleri bir bordro çerçevesinde maaşa tabi olarak kamu hizmeti üretirken YMM'ler ise mükellefle yaptığı sözleşme çerçevesinde şahsi bir kazanç elde etmektedir. Kanaatimce bir sözleşme çerçevesinde elde edilen şahsi kazanç olgusu YMM'lerin hukuki statüsünü vergi müfettişlerinin yaptığı denetim neticesinde edilgen bir konuma sokmaktadır. Diğer taraftan vergi müfettişlerinin yaptıkları denetim sonucunda VUK'nun 359. madde kapsamında rastladığı suçları da doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına bildirme görev ve yetkisini de hesaba katarsak YMM'lerin edilgenlik konumunu artırmaktadır.

Konuya bir de vergi müfettişlerinin sahip oldukları görev ve yetkileri<sup>42</sup> kapsamında değinmek gerekli olabilir.

---

<sup>42</sup> Diğer taraftan vergi müfettişlerinin sorumluluklarına bakıldığında meslek etiği ile ilgili sorumluluklar olduğunu söyleyebiliriz. Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği,

Vergi Müfettişlerinin sorumlulukları

MADDE 41 – (1) Vergi Müfettişleri, görevlerini yerine getirirken aşağıdaki temel kural-ları göz önünde bulundururlar.

a) Yetkili makamlar tarafından verilen iş ve görevleri süresinde ve eksiksiz olarak ta-mamlarlar.

b) Mesleğin gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak davranışlarda buluna-mazlar.

Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliğinin (VDKY) 38. maddesinin 1. fıkrası vergi müfettişlerinin görev ve yetkilerini düzenlemiş bulunmaktadır. Vergi müfettişlerinin re'sen vergi incelemesi, teftiş, denetim ve soruşturma yapma yetkileri bulunmamaktadır. Vergi müfettişlerinin bu görev ve yetkileri icra edebilmeleri ancak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca veya Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca uygun görülen hallerde grup başkanlığınca usulüne uygun görevlendirme yapmalarına bağlıdır (VDKY, m.38/2). Buna göre vergi müfettişlerinin görev ve yetkileri şöyledir: Vergi Usul Kanunu ve diğer gelir kanunları kapsamında vergi incelemeleri yapmak; Maliye Bakanlığı ve Maliye Bakanlığına bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarında, Maliye Bakanı tarafından Vergi Denetim Kuruluna verilen inceleme, teftiş, denetim ve soruşturmaları yapmak; 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun, karar ve tebliğlere göre inceleme yapmak; 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili Mevzuat kapsamında incelemeler yapmak; 492 sayılı Harçlar Kanununa göre harçları tahsile yetkili memurların hesaplarını teftiş etmek, teftiş ettikleri birim personeli hakkında görüş bildirmek; Mali mevzuat ve bu mevzuatın uygulanmasına ilişkin görüş ve önerilerini Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına bildirmek; Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca görevlendirilmeleri halinde iktisat, maliye, işletmecilik ve mali denetim gibi konularda araştırma ve etütler yapmak; Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca görevlendirilmeleri halinde Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcılarının mesleki alanda yetkinliklerini artırıcı konferans, kurs, seminer gibi çalışmalara katılmak; refakatlere verilecek Vergi Müfettiş Yardımcılarının meslekte yetişmesini sağlamak; liyakat, temsil, çalışma azmi ve başarıları hakkındaki değerlendirmeler-

---

c) Refakatine verilen Vergi Müfettiş Yardımcılarının en iyi şekilde yetişmesine özel bir önem verirler ve bu amaçla refakat boyunca Vergi Müfettiş Yardımcılarının meslek ve hizmet gereklerine uygun şekilde yetişmelerini gözetirler.

ç) Teftiş edilen birimin faaliyetlerini aksatmayacak şekilde teftiş yaparlar.

d) Meslektaşlarına, diğer kamu görevlilerine ve ilgili diğer şahıslara karşı nazik, ölçülü ve saygılı davranırlar.

e) İnceleme, teftiş ve soruşturma görevli buldukları sırada, bu işlerle ilgili bulunanlara konuk olamazlar, doğrudan veya dolaylı olarak soruşturma ile ilgili olanların hizmet ve ikramlarını kabul edemezler, bunlarla alışveriş yapamazlar, borç alıp veremezler.

f) Başkanlıkça izin verilmedikçe; Başkanlık adına panel, sempozyum ve komisyonlara, kurs ve seminerlere katılamazlar, yayın yapamazlar, beyanda bulunamazlar, mesai saatleri içerisinde lisansüstü eğitim ve doktora yapamazlar, bu amaçla verilen kurslara katılamazlar.

rini Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına intikal ettirmek; Vergi Denetim Kurulu Başkanı tarafından verilen benzeri görevleri yapmak; Maliye Bakanı tarafından Vergi Denetim Kuruluna verilen her türlü görevi yapmak olarak söylenebilir.

Burada vergi müfettişlerine tevdi edilen bu kadar görev ve yetkiye bakıldığında vergi müfettişlerinin mali sistemin kalbinde yer aldıklarını düşünebiliriz. Sanki vergi müfettişi tabiri caizse bir “mali savcı” gibi geniş bir görev ve yetki ağı ile donatılmış bulunmaktadır. Buradaki fark vergi müfettişinin vergi incelemesi yapabilmesi için Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının veya grup başkanlığının usulüne uygun görevlendirme yapması gerekmektedir. Vergi müfettişleri vergi denetimin haricinde başkaca mali denetimler de yapabilme imkânına sahiptir. YMM’lerin denetim ve tasdik yetkilerine baktığımızda ise bunların vergi odaklı olduğunu görmekteyiz.

### SONUÇ

Vergi Denetim Hukukunda önemli yeri olan “vergi inceleme yetkisi” yukarıda da bahsedildiği gibi mahsus kamu görevlilerine münhasır kılınmıştır.

Bu kamu görevlilerinden ilki vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi dairesi müdürleri ve ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar vergi inceleme yetkisine sahip bulunmaktadırlar.

Bu kamu görevlilerinden ikincisini ise Yeminli Mali Müşavirler oluşturmaktadır. YMM’ler VUK’nun mükerrer 227. madde ve 3568 sayılı Kanun’un verdiği yetkiye dayanarak gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik etmektir (3568 sayılı Kanun, m.12/1). Dolayısıyla YMM’lerin yaptıkları denetim bir “uygunluk denetimi”dir.

3568 sayılı Kanun YMM olmanın koşullarını düzenlemiş bulunmaktadır. YMM olmanın özel koşullarına baktığımızda SMMM’ler için asgari 10 yıl SMM’lik yapmış olmak, YMM’lik sınavını vermiş olmak ve YMM’lik ruhsatını almış olmak gerekmektedir.

Diğer taraftan vergi müfettişlerinin YMM olabilmesi için vergi inceleme yetkisini almış olmak ve staj süresinden sayılmak üzere en az 10 yıl çalışmış

olmak şartı aranmaktadır. Buraya bakıldığında sınavla vergi müfettiş yardımcılığına alınan kişi bu konumda 18 ay çalıştıktan sonra vergi inceleme yetkisini alma sınavına girmekte ve bu sınavda başarılı olduktan sonra 10 yıllık staj süresi başlamaktadır. Ancak vergi inceleme yetkisinin tam manasıyla alınmış olduğunun kabul edilebilmesi için vergi müfettiş yardımcısının üçüncü yılının sonunda yeterlik sınavından da geçmesi gerekmektedir. Yeterlik sınavında başarılı olduktan sonra vergi müfettiş yardımcısı vergi müfettişi olabilmektedir. Bu noktadan sonra vergi inceleme yetkisi vergi müfettişi nezdinde kemale ermiş durumdadır. Şimdi YMM'lik için süre hesabına bakarsak; YMM'lik sınavına başvurabilmek için KHK/646 ve Vergi Denetim Yönetmeliği açıkça söylemese de önce vergi müfettişi olmak lazım gelmektedir. Vergi müfettişi de vergi inceleme yetkisini mesleki stajyerlik dönemini vergi müfettiş yardımcılığı sıfatıyla yaşadığından, bu dönemin 18. ayını doldurduktan sonra sınavla almaktadır. Geriye kalan diğer 18 aylık süreyi de hesaba katarsak bir vergi müfettişinin YMM'lik sınavına başvurabilmesi için "1.5 yıl Vergi Müfettiş Yardımcılığı + 8.5 yıl Vergi Müfettişliği" yapmış olması gerekmektedir.

Vergi inceleme yetkisi YMM'lik sınavına başvuruda sadece bir ön koşul olarak kabul edilmektedir. Vergi inceleme yetkisini elinde bulunduran vergi müfettişlerinin 10 yıllık süre hesabını da temin etmeleri gerekmektedir. Vergi inceleme yetkisi elde edilmeden geçirilen mesleki süre 10 yıllık staj süresinden sayılmamaktadır. Dolayısıyla vergi inceleme yetkisinin akabinde yeterlik da almak gerekmektedir ki bu da zaten vergi müfettişliğine tekabül etmektedir.

Vergi müfettişlerinin YMM olabilmeleri için TURMOB tarafından yapılan YMM'lik sınavına tabi olmaları vergi müfettişlerinin sahip oldukları vergi inceleme yetkisi ile bir çelişki arzettiği göze görünmektedir. Esasında vergi incelemesi yetkisine sahip bir vergi müfettişinin YMM'leri de denetleme yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla vergi müfettişinin denetleyebildiği YMM olmada sınava tabi olması sistemin bir cilvesi olarak kabul edilebilir. Kanımca vergi müfettişliği ile YMM'lik arasında var olan astlık ilişkisi vergi müfettişlerine bir sınavla değil de yine eskiden olduğu gibi uzun bir hizmet süresinden sonra örneğin 20 yıldan sonra verilebilirdi. Nitekim 20 yılını ikmal etmiş olan vergi müfettişlerine kendileri isterlerse turneye çıkabilme seçeneğinin tanınmış olmasında olduğu gibi. Böyle bir düzenleme vergi inceleme yetkisine haiz bir vergi müfettişinin astında olan bir sınava girmesi

gerekmeyecek ve hem de maliyenin denetim gücünün zayıflamasını engelleyecektir.



# MALİYE BAKANLIĞININ VERGİ KABAHATLERİNİ BELİRLEME YETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN\**

## ÖZET

*Vergi hukukunda, vergi idaresine birçok konuda yetki tanınmaktadır. Bu durum aslında vergi hukukunun teknik bir dal olmasından ve idareye uzmanlık gerektiren konularda yetki tanınması zaruretinden kaynaklanmaktadır.*

*Vergi idaresine tanınan yetkilerden bir kısmı da vergi kabahatlerine ilişkindir. Bu bağlamda Vergi Usul Kanununda Maliye Bakanlığına vergi kabahati teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanıyan hükümler bulunmaktadır. Çalışmada, Maliye Bakanlığına vergi kabahatleri üzerinde yetki tanınıp tanınamayacağı konusu ele alınacaktır.*

**ANAHTAR KELİMELEER:** *Vergi kabahati, vergi idaresi, idarî yetki, Maliye Bakanlığı.*

## DETERMINATION AUTHORITY OF THE MINISTRY OF FINANCE ON TAX MISDEMEANORS

### ABSTRACT

*Tax administration is recognized authority on many issues in tax law. This situation stems from the fact that tax law is a technical law branch and necessity of recognition of authority to tax admistration on issues that require expertise.*

*Some of these administrative authorities vested in the Ministry of Finance is related to tax misdemeanors. In this context there are provisions about the authority to determine which acts make up tax misdemeanors at Tax Procedural Law. In this study, whether the authority is recognized or not to the Ministry of Finance about tax misdemeanors will be examined.*

**KEYWORDS:** *Tax misdemeanors, tax administration, administrative authority, the Ministry of Finance.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

Vergi ceza hukuku, vergi hukukunun bir alt dalı olarak, mükelleflerin kendilerine yüklenen yükümlülüklerle uymamaları durumunda muhatap kalacakları yaptırımları düzenlemektedir<sup>1</sup>. Mükelleflerin vergi kanunlarına aykırı hareketlerinin yaptırıma bağlanmasındaki temel amaç, vergi kanunlarının gereklerinin zamanında ve kurallara uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanmasıdır<sup>2</sup>.

Vergi Usul Kanununun (VUK) Dördüncü Kitabında Ceza Hükümleri düzenlenmiştir. Bu kitaptaki ilk madde olan 331. maddede “*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalarla cezalandırılırlar*” hükmü yer almaktadır.

VUK’un 331. maddesinde vergi kanunlarına aykırı hareketlerin tabi olacakları yaptırımlar esas alınmak suretiyle, bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre vergi kanunlarına aykırı hareketler, bağlandıkları yaptırıma göre, vergi kabahatleri (idarî yaptırıma tâbi vergi suçları<sup>3</sup>) ve vergi suçları (cezaî yaptırıma tâbi vergi suçları) olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulabilirler<sup>4</sup>. Vergi kabahatleri<sup>5</sup>, vergi ziyayı ve usûlsüzlükten oluşmaktadır<sup>6</sup>. Ka-

1 BİLİCİ, s. 37; ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 209.

2 ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 209; SABAN, *Vergi*, s. 215.

3 Mali yaptırım gerektiren vergi suçları kavramı için bkz. AKKAYA, s. 30; Mali nitelik suçlar kavramı için bkz. ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 211; CANDAN, *Vergi*, s. 85; İdari nitelikli vergi suç ve cezaları kavramı için bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 116; ASLAN M., s. 21-22; ASLAN Y., s. 180.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, *Yargılama Usulü*, s. 7 vd., 14, 37; YALTI, s. 98; KARAKOÇ, s. 450 vd.; Vergi suçları, vergi kanunlarına aykırı hareket edilmesi sonucu ortaya çıkan ve devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlar olarak tanımlanabilir. MUTLUER, s. 39; İdari vergi suçları ve kamusal vergi suçları ayırımı için bkz. CANDAN, *Damıstay*, s. 56; ASLAN M., s. 21.

5 Kabahatler Kanununa göre kabahat, kanunun idarî bir yaptırım öngördüğü haksızlık olarak nitelendirilmiştir. KbhK madde 2: “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır*”. Bu bağlamda Kabahatler Kanunu öncesi dönemde vergi suçlarını bu şekilde tabi oldukları yaptırıma göre sınıflandırmak doğru bir yaklaşımdır. Kabahatler Kanunu sonrasında da her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca vergi suçları bu şekilde tasniflendirilmeye devam edilse de, idarî yaptırıma tabi vergi suçları, artık **idarî yaptırıma tabi vergisel haksızlık** niteliğine sahiptir. Bu tip hukuka aykırılıklar için artık Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunundaki düzenlemelere uygun olarak, **vergi kabahatleri** denilmesi uygun olacaktır.

çakçılık, vergi mahremiyetinin ihlâli ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları ise (cezaî yaptırım gerektiren) vergi suçları arasında yer almaktadır<sup>7</sup>.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu yeni ceza kanunuyla cürüm-kabahat<sup>8</sup> ayrımı terk edilmiştir. Suçlar TCK'da düzenlenirken, ceza kanunu kapsamı dışına çıkarılan kabahatler ise 5326 sayılı Kabahatler Kanununda (KbhK) düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu, kabahatler konusunda temel kanun niteliğindedir<sup>9</sup>.

İnceleme konumuz itibariyle, vergi kabahatleri ve bunların yaptırımları üzerinde durulacaktır.

Yeni Kabahatler Kanunu çerçevesinde vergi ziyayı ve usulsüzlükler artık kabahat olarak kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Doktrinde Kabahatler Kanununun vergi kabahatleri için de geçerli genel bir kanun olduğu vurgulanmaktadır<sup>11</sup>. An-

---

Nitekim doktrinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: Kabahatler Kanunu “öncelikle terminolojide değişiklik yapmıştır. Bundan böyle “vergi ziyayı suçu ve usulsüzlük suçu” değil, “vergi ziyayı kabahati ve usulsüzlük kabahati” terimlerini kullanmak gerekir”. Bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 78; 5728 sayılı Kanunla, “hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak suçlar ve cezalar” başlığı, “suçlar ve cezaları” şeklinde değiştirilmiştir. “Bu değişiklik yeterli değildir, kabahat teriminin açık bir şekilde VUK’a girmesi şarttır”. BAŞARAN YAVAŞLAR, *Vergi suç ve Kabahatleri*, s. 2849; “Vergi konusundaki kabahatler için “vergi kabahati” kavramının kullanılması daha uygun düşmektedir”. TAŞDELEN, s. 15; SAĞLAM, s. 147.

- 6 Buradaki amaç, vergi mükellefinin vergi kanunlarına uyması durumunda katlanacağı maddî külfet ile kanunlara uymadığı takdirde uğrayacağı yaptırımı karşılaştırarak kanunlara uymayı tercih etmesini sağlamak ve bu suretle vergi alacağını teminat altına almaktır. ERMAN, s. 2; YAĞMURLU, s. 292; İdarî yaptırımı tâbi tutulan vergi suçları için ya sabit bir para cezası öngörülmüştür ya da devlet hazinesinin uğradığı zarara göre değişen oranlı para cezası düzenlenmiştir. KOCAHANOĞLU, s. 161; KARAKOÇ, s. 451.
- 7 Bunlar aynı zamanda kamu düzenini bozucu nitelikte olduğundan, kanun koyucu cezaî yaptırımı başvurmuştur. Bkz. KOCAHANOĞLU, s. 161; MUTLUER, s. 40; ERMAN, s. 2; Bu tür suçlar için hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilmektedir. Bkz. ÜSTÜN, *Cezaî Yaptırım*, s. 306 vd.
- 8 Kabahatler, suçlara oranla toplum düzenini daha hafif ihlal eden fiillerdir. Hukuka aykırı ağır fiillerin Devlet tarafından cezalandırma yoluna gidilmesi halinde, söz konusu fiil suç olarak vasıflandırılmaktadır. Bkz. ŞENYÜZ, s. 5, 6.
- 9 Bkz. ŞENYÜZ, s. 6.
- 10 BAŞARAN YAVAŞLAR, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 74.
- 11 Kabahatler Kanununun gerekçesi “kanun koyucunun bu Kanun’u, idari nitelikli vergi yaptırımlarına da uygulanacak genel bir kanun olarak getirmiş olduğunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklamaktadır”. BAŞARAN YAVAŞLAR, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 74; BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 137.

cak vergi hukukunun teknik bir hukuk dalı olması nedeniyle vergi kabahatlerinin de bir takım kendine has özelliklerinin bulunduğu da göz ardı edilmemesi gerekir<sup>12</sup>. Bu bakımdan Kabahatler Kanununun vergi kabahatleri hakkında uygulanmasında, vergi hukukunun özellikleri de dikkate alınarak düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır<sup>13</sup>.

Kabahatler Kanunu madde 2'ye göre, “kanunun karşılığında **idari yaptırım** uygulanmasını öngördüğü haksızlık”a kabahat denilmektedir<sup>14</sup>. Buna göre vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatleri karşılığında uygulanacak olan yaptırım idarî yaptırımdır.

İdarî yaptırımlar genel olarak, idarî düzenin korunması veya bozulduğu takdirde yeniden kurulması amacıyla idarenin başvurduğu yaptırımlar olarak

12 Vergi kabahatlerinin aslında vergi suçu olduğu doktrinde belirtilmektedir: “*Kabahatler Kanunu’nda kabahat sayılmasına karşın, Anayasanın 38’inci maddesinde tanımlanan anlamda suç olduğunu düşündüğüm vergi suçu...*”. Bkz. CANDAN, *Danıştay*, s. 71.

13 Böyle bir durumun Kabahatler Kanununun genel bir kanun olma niteliğini zedeleyeceği ve bu kanunun özüne aykırılık oluşturacağı düşünülebilir. Ancak vergi hukukunun teknik özelliklerinin de dikkate alınması bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu bakımdan Kabahatler Kanununun genel niteliği ile vergi hukukunun teknik niteliği arasında bir denge kurulması ve vergi kabahatleri ile ilgili özel düzenleme yapılması gerekmektedir.

Nitekim doktrinde şu şekilde bir görüş bulunmaktadır: “*Vergi hukukunun, kamu hukukunun özel bir alanını oluşturması nedeniyle, Vergi Usul Kanunu kapsamındaki vergi cezalarının Kabahatler Kanununda belirlenen mevcut usul ve esaslar çerçevesinde tarh, tahakkuk ve tahsil edilmesinin ... uygulamada yaratacağı karmaşa dikkate alındığında, Kabahatler Kanununa eklenen ve vergi yargısına ilişkin hükümlerin saklı olduğu yönündeki düzenlemeye benzer bir düzenleme ile, vergi cezalarının tamamen Kanun kapsamından çıkartılması veya sisteme işlerlik kazandırılması için, Kanunda özel bir bölüm içerisinde Vergi Usul Kanunundaki ceza hükümlerine paralel ilave düzenlemeler yapılması gerektiğini düşünüyoruz*”. SAĞLAM, s. 153.

14 Ayrıca Kanunun amaç ve kapsamının düzenlendiği 1. maddesinde de, kabahatler karşılığında uygulanan yaptırımların idarî yaptırım olduğu belirtilmektedir: “Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;

a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,  
b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları,  
c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,  
d) İdarî yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu,  
e) İdarî yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır”.

ifade edilebilir<sup>15</sup>. Diğer bir deyişle, idarî yaptırımlar, uygulanması idarî otoritelere bırakılan kanunlardan kaynaklanan yaptırımlardır<sup>16</sup>. Vergi ödevinin yerine getirilmemesi halinde kamu adına meydana gelen zararın karşılanması amacıyla hizmet eden yaptırım, nakdî yaptırım olarak da adlandırılmaktadır. Ancak, idarî bir makam tarafından karar verildiği için, niteliği itibariyle bir idarî yaptırımdır<sup>17</sup>.

İdarî yaptırımlar, idare tarafından idarî usûllere göre kararlaştırılıp ve uygulanan idarî işlemlerdir<sup>18</sup>. İdarece re'sen uygulanmaktadır<sup>19</sup>. İdarî işlemin yargı tarafından denetlenmesi, yaptırımın uygulanmasından hatta infazından sonra söz konusu olabilmektedir<sup>20</sup>. İdarenin uyguladığı ve idarî ceza olarak da adlandırılan bu yaptırımlar aslında niteliği itibariyle ceza olmayıp, göreve aykırı hareket eden kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir uyarı mahiyetine sahiptir<sup>21</sup>. İdarî yaptırımlar için uzlaşma mümkündür<sup>22</sup>. Zaten uzlaşma müessesesiyle idarenin dolaylı da olsa yaptırımdan vazgeçme yetkisinin olması, söz konusu yaptırımların idarî yaptırım niteliğinde olduğunu göstermektedir<sup>23</sup>.

Suçlarla kabahatler arasında temel nitelik farklılıkları bulunmaktadır<sup>24</sup>. Bu farklılıklardan inceleme konusu itibariyle kanunîlik unsuru/ilkesi ele

---

15 OĞURLU, *İdari yaptırım*, s. 145; İdarî yaptırım, idarenin görevlerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla idareye tanınan subjektif bir hak olarak da tanımlanabilir. Bkz. ZANOBINI, *İdari Ceza*, s. 314; ZANOBINI, *Müeyyide*, s. 25; ASLAN Y., s. 177.

16 ZANOBINI, *Müeyyide*, s. 27.

17 ÖZGENÇ, s. 328-329; Ayrıca bkz. KARTAL, s. 122.

18 ÖZAY, s. 36; OĞURLU, *İdari Yaptırım*, s. 160; Ayrıca bkz. BAYKARA, *Ceza*, s. 27 vd.; ERDEM, *Ceza Normları*, s. 92-93.

19 Bkz. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 48; ZANOBINI, *Müeyyide*, s. 26; YAĞMURLU, s. 292; İdarî yaptırımlar, idarî işlemin bütün niteliklerine sahip olduğundan bunlar üzerinde doğal olarak idarî denetim söz konusu olmaktadır. Bkz. GÖLCÜKLÜ, *Kanun Yolları*, s. 192.

20 GÖLCÜKLÜ, *İdari Ceza Hukuku*, s. 137; OĞURLU, *İdari Yaptırım*, s. 164.

21 İÇEL – DONAY, s. 32.

22 Oysa cezaî yaptırımlarda pazarlık söz konusu değildir. SOYASLAN, s. 144.

23 ÖNCEL – KUMRULU – ÇAĞAN, s. 171.

24 Aralarındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s. 48-51; ŞENYÜZ, s. 8-13.

alınacaktır<sup>25</sup>. Kanunilik ilkesi, belirli normların ancak kanunlarla düzenlenebileceği anlamını taşır<sup>26</sup>. Kanunilik ilkesinin kapsamı bakımından suçlar ve kabahatler arasında farklılık bulunmaktadır. Kabahatlerde kanunilik ilkesinin kapsamını incelenecektir.

Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” hükmü yer almaktadır. Üçüncü fıkrada ise, “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” hükmü bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 7. maddesinde de suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmektedir: “(1)Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmâl ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir”<sup>27</sup>. Bu madde, suçun sadece kanunla getirilebileceğini ve cezanın da kanunla getirilebileceğini; suç ve cezada belirliliği ifade eder<sup>28</sup>.

Kanunilik ilkesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda<sup>29</sup> da düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 2/1. maddesine göre, “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*”.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve yine hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemiş bir ceza ile veya kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz.

---

25 Bkz. TAŞDELEN, s. 45.

26 OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 58.

27 <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs.htm>

28 Bkz. YALTI, s. 155.

29 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG. 12.10.2004, S. 25611.

Bu hükümlere göre, suç sayılan fiilin mutlaka kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu suçun karşılığını teşkil eden cezanın da mutlaka kanunda hükme bağlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla suç ve cezalar üzerinde (vergi hukuku bakımından ise cezaî yaptırım gerektiren vergi suçları ve cezaları açısından) yasama organının münhasır düzenleme yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Kabahatlerde kanunîlik ilkesi ve bu kapsamda idarenin kabahatler ve yaptırımları konusunda yetkiye sahip olup olmadığı, Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde de ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

## II. İDAREYE VERGİ KABAHATLERİ KONUSUNDA YETKİ TANINMASI

Eski Türk Ceza Kanununda idarenin suç ve ceza koyması konusunda bir hüküm bulunmamasına rağmen, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda bu konuda bir hükme yer verilmiştir. Kanunun 2/2. maddesinde “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*” hükmü yer almaktadır. Bu maddeyle idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır<sup>30</sup>. Kanunda getirilen hüküm, idarenin düzenleyici işlemleriyle ‘ceza hukuku anlamında suç ve ceza’ koyamayacağına yöneliktir<sup>31</sup>.

Kabahatlerde kanunîlik ilkesi, Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir: “*(1) Hanga fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*

*(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir*”.

Kabahatler Kanunu, bütün kabahatler için geçerli genel bir kanun niteliğindedir<sup>32</sup>. Gerek TCK’nın 2/2. maddesinde ve gerekse KbhK’nın 4. madde-

<sup>30</sup> GÜNEY – ÖZDEMİR – BALO, s. 66.

<sup>31</sup> ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 155; ŞENYÜZ, s. 12.

<sup>32</sup> HAKERİ, s. 48; “*Kanun koyucunun amacı, KabhK’nun idari nitelikli tüm yaptırımlara ve bu arada vergi yaptırımlarına da uygulanması yönündedir*”. BAŞARAN YAĞAŞLAR, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 75; VUK’un vergi suçlarını düzenleyen maddeleri kural olarak, özel ceza kanunu niteliği taşımaktadır. D.11.d., 07.05.1998 gün ve E. 1997/1280, K. 1998/1644, CANDAN, *Danıştay*, s. 57.

sinde düzenlenen kanunilik ilkesine ilişkin hükümler bir arada değerlendirildiğinde, kanunilik ilkesinin ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalardaki kadar katı olmadığı anlaşılmaktadır. Kanunilik ilkesi, kabahat fiillerini oluşturmak bakımından yumuşatılmıştır<sup>33</sup>. Bir görüşe göre bu yumuşatılma, aslında kanuniliğin olmadığını göstermektedir<sup>34</sup>. Ancak kabahatlerdeki kanuniliğin bu şekilde özel bir görünüm arz ettiğini söylemek mümkündür. Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu doğrudan kanunla tanımlanabilir. Aslında kabahat teşkil eden fiillerin kanun koyucu tarafından belirlenmesi, olması gereken ideal durumdur<sup>35</sup>. Fakat kanunla, kabahat teşkil eden fiilleri oluşturma bakımından idareye yetki tanınabilmektedir<sup>36</sup>. Bu şekilde idareye tanınan yetki ise, ancak ve ancak kanunun çizdiği sınırlar dahilinde kullanılabilir<sup>37</sup>.

İdareye kabahat teşkil eden fiili belirleme konusunda tanınan “esneklik”<sup>38</sup> kabahat karşılığı olan yaptırımlar konusunda tanınmamıştır<sup>39</sup>. Nitekim

33 “Kanunilik ilkesinin suçlar için mutlak olmasına rağmen kabahatler için mutlak olmadığı anlaşılmaktadır”. Bkz. ŞENYÜZ, s. 12; TAŞDELEN, s. 45, 46; “İdare Hukukunda bu ilkenin ister katı, isterse gevşek bir şekilde uygulandığını kabul edelim, sonuçta yasallık ilkesinin idari yaptırımlar alanında geçerli bir ilke olduğu açıktır”. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 58.

34 “Kabahat oluşturan fiillerin, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün temelinde idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilmesine imkan tanınarak, “kabahatte kanunilik” kabul edilmemiştir”. BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 137.

35 Kabahat teşkil eden fiilin bütün unsurlarının kanunda yer almasının “**olması gereken**” durum olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. AKKAYA, s. 32; Bu görüşle paralel yöndeki diğer bir görüşe göre ise, “Belirlemenin idari bir mercie bırakılması, **aslında bir istisna olmakla beraber, idari yaptırımlar alanında sıkça başvurulmuş bir yoldur**”. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 62.

36 CANDAN, *Vergi*, s. 15;

37 Karş. “Ancak bu şekildeki serbest ve esnek davranma yetkisi kabahat yaratma açısından idareye açık çek vermek demek olarak yorumlanmamalıdır. İdare kanunda öngörülen sınırlar dışına çıkmamalıdır. Bu nedenle kanunla idareye verilen yetkinin sınırlarının açık ve net bir şekilde çizilmesine olan ihtiyaç açıktır. Aksi takdirde kabahatlerde kanunilik ilkesinin yerini kabahatlerde idariliğe bırakma tehlikesi her zaman var olacaktır”. ŞENYÜZ, s. 12.

38 ŞENYÜZ, s. 12; Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 48; “Düzenleyici işlemin türü ve şekli konusunda belirsizlik içeren ve Anayasaya uygunluğu tartışma götürür nitelikte olan bu düzenlemenin, Fransız Ceza Kanunundan ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmak kaydıyla, yasallık ilkesi koşulunun, yasanın altında yer alan



KBHK m. 4'te bu husus açıkça vurgulanmış ve yaptırım belirlemenin yasa-  
ma organının münhasır yetkisi içinde olduğu hükme bağlanmıştır.

Kabahat teşkil eden fiilleri belirleme konusunda idareye yetki tanınabil-  
mektedir. Vergi hukuku bakımından “idare”nin ortaya konması gerekir. Bu-  
rada idare kavramı organik (uzvî) anlamda kullanılmaktadır<sup>40</sup>. Genel idare  
içinde vergiye ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahip olan, vergiye ilişkin  
hak ve ödevleri belirleyen ve yerine getiren organların dar anlamda vergi  
idaresini oluşturduğu söylenebilir. Buna göre Maliye Bakanlığı ve taşra teş-  
kilâtı dar anlamda vergi idaresini oluşturur. Dar anlamda vergi idaresiyle  
beraber Bakanlar Kurulu ise geniş anlamda vergi idaresini oluşturmaktadı-  
r<sup>41</sup>. Maliye Bakanlığına kanunlarla, vergi hukuku alanında genel düzenleyici  
işlemler yapma yetkisi tanınmaktadır. Maliye Bakanlığı kendisine tanı-  
nan bu düzenleme yetkisine dayanarak yönetmelik, genel tebliğ, genelge,  
sirküler gibi genel-düzenleyici işlemler yapmaktadır.

Çalışma kapsamında Maliye Bakanlığına vergi kabahatleri hakkında tanı-  
nılan yetkiler ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır. Bunun yanı sıra  
Bakanlar Kuruluna tanınan yetkilere ise sadece ilgili yerlerde kısaca değini-  
lecektir.

İdarenin vergi kabahatleri üzerinde etkili olması, kabahat teşkil eden fiil  
ve yaptırım olmak üzere iki başlıkta ele alınmalıdır:

#### **A. KABAHAHAT TEŞKİL EDEN FİİLDE YETKİ TANINMASI**

Kabahatler Kanununun 4/1. maddesi doğrultusunda idarenin kabahat  
teşkil eden fiil üzerinde etkisi bulunabilmektedir. Buna göre kabahat teşkil  
eden fiil bütün ayrıntıları ile kanunda belirlenebileceği gibi, kanunda bir  
çerçeve çizilmek suretiyle idareye çerçeve hükmün içeriğini doldurması  
konusunda yetki tanınabilmektedir. Bu bakımdan idarenin kabahat teşkil  
eden fiili belirleme konusunda yetkiye sahip olduğu söylenebilir.

Vergi Usul Kanunu incelendiğinde de, kabahat teşkil eden fiillerin belir-  
lenmesi hususunda idareye yetki veren hükümlere rastlanabilmektedir. Bu-

---

*kaynaklarla da yerine getirilebileceği yolundaki içtihadından etkilenmiş görünmektedir”.*  
CANDAN, *Vergi*, s. 15; YALTI, s. 65.

39 ŞENYÜZ, s. 12; TAŞDELEN, s. 45.

40 İdarenin anlamları için bkz. ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 8 vd.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 11.

nun en belirgin örneğini, özel usûlsüzlük kabahatini oluşturan fiillerin tespitinde idareye yetki veren hüküm oluşturmaktadır. VUK'un mükerrer 355. maddesinde, VUK'un mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara da özel usûlsüzlük yaptırımı uygulanacağı hükme bağlanmıştır. VUK mükerrer madde 355/1: "*Bu Kanununun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile **mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan** .... hakkında özel usulsüzlük cezası kesilir*". Maddede VUK'un 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara hakkında özel usulsüzlük yaptırımı uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre Maliye Bakanlığına tanınan düzenleme yetkisi ile kabahat teşkil eden fiillerin belirlenebileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olmaktadır.

Yine, VUK'un 353/4. maddesinde de Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının tespiti hallerinde özel usûlsüzlük yaptırımı uygulanacağı düzenlenmiştir: "*Günlük kasa defteri, günlük perakende satış ve hâsılat defteri ile **Maliye Bakanlığınca tutulma ve günü gününe kayıt edilme mecburiyeti getirilen defterlerin**; işyerinde bulundurulmaması, bu defterlere yazılması gereken işlemlerin günü gününe deftere kayıt edilmemesi veya yoklama ve incelemeye yetkili olanlara istendiğinde ibraz edilmemesi ... halinde ..... özel usulsüzlük cezası kesilir*".

VUK'un mükerrer 257. maddesinde ise Maliye Bakanlığınca yetki veren hüküm bulunmaktadır: "**Maliye Bakanlığı**;

1. *Mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıtturmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya,*

2. *Mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etmeleri zorunluluğunu getirmeye ve bu zorunluluğun kapsamını ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemeye,*

3. Tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgelerin mikro film, mikro fiş veya elektronik bilgi ve kayıt araçlarıyla yapılması veya bu kayıt ortamlarında saklanması hususunda izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bu şekilde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığında veya muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye, bu konuda uygulama usul ve esaslarını belirlemeye,

4. Bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya, kanuni süresinden sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameleri mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda tebliğ etmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye,

5. Vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma zorunluluğu getirmeye ve kaldırmaya,

6. Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanılmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, halogram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, uygulamaya ait usul ve esasları belirlemeye **yetkilidir**”.

Bu düzenlemelerde Maliye Bakanlığının getirmiş olduğu zorunluluklara uymama hali vergi kabahati teşkil eden fiil olarak belirlenmiştir. Bu hükümler incelendiğinde, Maliye Bakanlığına tanınan yetkinin, kanunun çerçevesini çizdiği fiilleri belirlemek olduğu anlaşılmaktadır<sup>42</sup>.

---

42 Karş. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 63; ÖZAY, s. 94.

İdareye kabahatlerde yetki tanınıp tanınmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, idareye bu şekilde yetki tanınması, kanunilik ilkesinin dolanılması anlamına gelmektedir<sup>43</sup>. Kanunda çerçeve çizilmeden yetki devredilmesi halinde Anayasanın yasakladığı anlamda yasama yetkisinin devri söz konusu olacaktır<sup>44</sup>.

Kanunilik ilkesinin vergi kabahatleri ve yaptırımlarının bütün unsurlarının yasama organı tarafından belirlenmesini emrettiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre kanunilik ilkesi, vergi kabahat ve yaptırımları alanında gayet sıkı bir uygulama alanı bulmaktadır. Kanunilik ilkesinin hem kabahat teşkil eden fiil hem de bu fiilin yaptırımı bakımından idareye yetki tanınmasına izin vermediği ileri sürülmektedir<sup>45</sup>.

Yukarıdaki görüşlere karşın, idarenin düzenleyici işlemlerle vergi kabahatlerini oluşturan fiilleri belirleyebileceği yönünde görüşler ağırlıktadır denilebilir. Bir görüşe göre kabahatleri belirleme konusunda idareye esneklik tanınmıştır<sup>46</sup>. Bir başka görüşte ise, idarenin ayrıntılara ve teknik konulara ilişkin düzenleme yapma yetkisinin, suç oluşturma yetkisi olarak değil, kanun ile soyut olarak düzenlenmiş alanların somutlaştırılmasını ifade ettiği belirtilmektedir<sup>47</sup>. Dolayısıyla suçta kanunilik ilkesi gereğince, idareye düzenleyici tasarruflarla suç oluşturma yetkisi tanınmaz, bu yetki sadece yasama organına aittir<sup>48</sup>. Ancak idarenin düzenleyici işlemlerle oluşturamayacağı suç, “teknik anlamda suç”tur. Bu nedenle bir idarî işlemle ancak kaba-

43 ÖZGENÇ – ŞAHİN, s. 15-16; İÇEL – DONAY, s. 110; TOSUN, s. 359; YARSUVAT, s. 552 vd.

44 “Kanunda takip edilecek siyasetin esas prensipleri belirtilmeden yürütme organına bu kadar geniş bir takdir yetkisi tanınması yürütme organını kanunun uygulanmasına taallük eden teferruatın tespitiyle görevlendirme değil, yasama sahasına giren bir yetkinin devredilmesidir”, YARSUVAT, s. 557, 558; Karş. “Bir kanun muayyen suçları ihdas etmek üzere yürütme organına yetki vermiş ise, tüzük bu halde kanunun emrettiği işleri belirtmiş olduğundan, suçun unsurlarını göstermekle beraber Anayasaya aykırı da olmuş bulunmaz”. DÖNMEZER, s. 244.

45 Bkz. Bu bakımdan VUK’un mükerrer 355. maddesinde kabahat oluşturan hareketi belirleme konusunda tanınan yetkiler kanunilik ilkesine aykırıdır. BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 125, 145.

46 ŞENYÜZ, s. 12; TAŞDELEN, s. 45.

47 OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 63.

48 İÇEL – DONAY, s. 112-113; İÇEL – AKINCI-SOKULLU – ÖZGENÇ – SÖZÜER – MAHMUTOĞLU – ÜNVER, s. 5 vd.; ÖZAY, *İdarî Yaptırım*, s. 76.

hat (idarî bir suç) oluşturulması mümkündür<sup>49</sup>. Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak tüzük ve yönetmeliklerin yanı sıra karar, emir, tebliğ, sirküler gibi işlemlerle kabahat teşkil eden fiil oluşturulabilir<sup>50</sup>. İdare ancak, kanundaki sınırlar içinde<sup>51</sup> kabahatlerle ilgili düzenleme yapabilecektir

VUK'un mükerrer 257. maddesinde verilen yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığınca getirilen zorunluluklara uymama hali, VUK'un 353. ve mükerrer 355. maddeleri kapsamında özel usûlsüzlük yaptırımını gerektirmektedir. İdareye kabahat teşkil eden fiilleri belirleme konusunda yetki tanıyan bu kanun hükümleri, çeşitli vesilelerle Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmeler sonucu, söz konusu hükümlerin anayasaya aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir. Ancak aşağıda da görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi bu kararlarını hep oy çokluğu ile almıştır. Bu bakımdan doktrindeki farklı görüşlerin Anayasa Mahkemesine de yansımış olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesine önüne getirilen itiraz başvurularının ilkinde, VUK'un mükerrer 257. maddesinin ilk fıkrasının<sup>52</sup> anayasaya aykırı olduğu

49 Çünkü idarî ihlaller, gerçek anlamda kamusal nitelikte suç olmadıklarından bunların düzenleyici işlemlerde yer alması mümkündür, Ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL – DONAY, s. 113, dn. 126; GÜNEŞ T., s. 106-107; Ayrıca bkz. ÇAKICI, s. 93; İdari Yaptırımlarla ilgili uluslararası düzenlemeler için bkz. SABAN, I, s. 146 vd.

50 SOYASLAN, s. 21; İdarenin işlemlerine aykırı hareketlerin cezalandırılmasının sebebi, bunların idarî işlemi değil, onun dayandığı kanunu ihlâl etmiş olmalarıdır. Bkz. TOSUN, s. 363; Karş.: DÖNMEZER, s. 244; “Suçların aksine cezaların münhasır kanun sahası olması gerekmektedir”. Bkz. GÜNEŞ T., s. 113.

51 “Yürütme organı, vergilendirme tekniğine ve ayrıntılara ilişkin konuları düzenlerken vergi yasalarının sınırları içinde kalmak zorundadır”. AyM., 14.5.1997 gün ve E. 1996/75, K. 1997/50, RG. 21.02.2000, S. 23971, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1344&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1344&content=)

52 4369 sayılı Kanundan önceki (Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunun yapıldığı tarihte) yürürlükte bulunan VUK. mükerrer madde 257/1: “Maliye ve Gümrük Bakanlığı, mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esasların tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi mecburiyetini kaldırmaya, vergi kayıp ve kaçışını önlemek amacıyla tutulmakta olan defter ve belgelere ilaveten tutulması veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva edeceği hususları belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bunlar için tasdik, muhafaza ve ibraz mecburiyeti koymaya ve kaldırmaya bedeli mukabilinde basıp dağıtmaya veya üçüncü şahıslara bastırıp dağıtırmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya ve makineli kasa kullanırmaya ve vergi ziyanın önlenmesi, vergi ödemeyi teşvik bakımından, vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullanırma ve asma mecburiyeti getirmeye ve kaldırmaya yetkilidir”.

ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, suç sayılan fiil ve cezası kanunda açıkça gösterildiği için Maliye Bakanlığına verilen yetkinin kararla suç konulması anlamına gelmeyeceğini belirtmiş ve vergi idarelerince verilen para cezalarının idarî yaptırım niteliğinde olmasının da göz önünde tutulduğunda ortada kanunsuz suç (kabahat) oluşturulması durumunun bulunmadığına karar vermiştir. Karara göre, “Suç sayılan eylem ve cezası yasada açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi kararla suç ortaya konulması anlamına gelemez”<sup>53</sup>. Ancak aynı karardaki bir karşı oy gerekçesinde, Maliye Bakanlığına bu şekilde yetki tanınmanın yasama yetkisinin devri anlamına geldiği belirtilmekte<sup>54</sup>, diğerinde ise söz konusu durumun suç ve cezada kanunîlik ilkesine aykırılık oluşturduğu vurgulanmaktadır<sup>55</sup>.

53 “*Ek belge düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmaması durumunda Vergi Usul Yasası’nda öngörülen usulsüzlük cezasının uygulanacağı bir gerçektir. ... Yasa’nın bu açık hükmü karşısında vergi yasalarının biçim ve yönetime ilişkin kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak cezanın yasayla saptanmış bulunduğu kuşkuya yer yoktur. ... Bu durumda incelenen kural, vergi kayıp ve kaçığı önlemek amacıyla Maliye ve Gümrük Bakanlığı’na yetki vermekle yasadışı suç oluşturma olanağı vermediğinden Anayasa’nın 38. maddesine de aykırı değildir. Ayrıca, vergi idarelerince verilen para cezalarının teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu, hattâ bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda kanunsuz suçtan söz edilemez*”. Bkz. AyM., 15.10.1991 gün ve E. 1990/29, K. 1991/37, RG. 05.02.1992, S. 21133, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=962&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=962&content=).

54 “*Vergi Usul Yasası, kurallaştırdığı konuların niteliği ve doğası gereği, itiraz başvurusunda da belirtildiği gibi buyurucu, kısıtlayıcı ve sıkıdüzencidir. Yönetimsel kararlarla Yasa’nın uygulama alanı içine alınan durumlara bu Yasa’nın öngördüğü yaptırımların uygulanması, Anayasa’nın 38. maddesine açıkça aykırıdır. Yüklümlüye sonuçta uygulanan yaptırımın ceza olduğu tartışmasızdır. Anayasa’nın 38. maddesindeki "ceza" kavramını, cezanın hukuksal yapısını daraltarak "para cezası, vergi cezası, yönetimsel ceza, yargı cezası" gibi ayrımlara gitmek doğru olmadığı gibi, Maliye ve Gümrük Bakanlığı’nın Genel Tebliği’ne aykırı davranan yüklümlüye uygulanan yaptırımın "doğrudan" değil "dolaylı" olduğunu söylemek de yeterli değildir. Ceza ancak yasa ile ya da yasanın belirlediği açıklıkla yasaya dayanılarak konulur. Yönetim suç ve ceza belirleyemez. İncelenen kural bu nedenle de Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır*”. Bkz. Aynı kararda Yekta Güngör ÖZDEN ve Yalçın ACARGÜN’ün karşı oy gerekçesi.

55 “*Vergi Usul Yasası’na aykırı hareket aynı yasada belirtildiği şekilde cezalandırılmaktadır. Bu yasada öngörülmemiş bazı konuların idari kararla kanun kapsamına alınması*

2011 yılında da Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, VUK'un mükerrer 355/1. maddesinin anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yoluyla getirilmiş davaya ilişkindir. Kararda yasama organının suç teşkil eden fiilleri ve yaptırımlarını belirleme bakımından yetkiye sahip olduğu ve söz konusu hükmün anayasaya aykırı olmadığı ifade edilmektedir: “*Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözetererek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir*”. Kararda idareye bu şekilde yetki tanınmasının, suçun idarî düzenlemelerle konulması anlamına gelmediği ve söz konusu idarî işlemin Resmi Gazetede yayımlanıyor olmasının mükelleflere güvence sağladığı vurgulanmaktadır: “*Maliye Bakanlığı'na yetki yasayla verilmiştir. Bu yetkiye dayanılarak, genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemeler Resmi Gazetede yayımlanmakta, mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiği duyurulmakta ve güvence sağlanmaktadır. Suç sayılan eylem ve cezası yasada gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesi, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmez*”<sup>56</sup>.

---

*Anayasa'nın 38. maddesinde açıklanan suç ve cezalara ilişkin kurallarla bağdaşmaz*”. Bkz. Aynı kararda Yekta Servet TÜZÜN ve Selçuk TÜZÜN'ün karşı oy gerekçesi.

56 “*Kamu giderlerinin karşılanması, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen vergi ödevinin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi, yasaların etkinliğinin sağlanması için vergi suç ve cezalarına yer verilmiştir. Vergi cezaları, mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen suçları işlemeleri durumunda uygulanması gereken yaptırımlardır. Vergi suç ve cezalarına ilişkin kurallar esas olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, vergi ödevinin gerekleri yanında ceza hukukunun ilkeleri de göz önünde bulundurulmuştur. 213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, bu Yasa'nın mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uyulmaması durumunda kesilecek olan özel usulsüzlük cezalarına yer verilmiştir. Kuralda, cezalar belirlenmiş, cezaya tabi tutulan eylemler ise mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterilmiştir. Mükerrer 257. maddede, Maliye Bakanlığı'nın hangi konularda düzenleme yapacağı belirlenmiştir... Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Mükerrer 355. maddede, belirli sürelerde beyanname verilmesi halinde cezaların indirimli uygulanması, bu süreler dışında beyanname verilmesi veya hiç beyanname verilmemesi hallerinde yasada belirtilen cezaların uygulanması ön-*

Karardaki mahkeme üyelerinden ikisi, idarenin kabahat teşkil eden fiilleri düzenleyici idarî işlemlerle belirlemesinin, kanunîlik ilkesinin içerdiği temel güvenceleri sağlayamayacağını belirterek karşı oy kullanmıştır<sup>57</sup>. Diğer karşı oylarda ise, söz konusu yetkinin kanunîlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>58</sup>.

Bu kararlar dışında, Anayasa Mahkemesinin başka kararlarında, yasama organının hangi fiillerin kabahat hangilerinin suç oluşturacağını belirlemede yetkisinin bulunduğu, ancak bu yetkinin anayasa çerçevesinde kullanılacağı ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Aksi halde yasama yetkisinin devri söz konusu olabile-

---

*görüldüğünden, eylemler ayrılarak bu eylemlere bağlı ceza getirildiğinden, eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemeyecektir".* AyM., 13.01.2011 gün ve E. 2009/21, K. 2011/16, RG. 02.04.2011, S. 27893, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2938&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2938&content=)

57 “İtiraz konusu kuralla cezaya bağlı tutulan eylem, mükerrer 257. madde uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından getirilen zorunluluklara uymamaktır. Böylece, vergi suçunun ne olduğunu belirleme yetkisi idareye bırakılmıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, suç oluşturan eylemlerin ve bunların cezalarının kuşku ve duraksamaya yol açmayacak biçimde, açık, net ve anlaşılabilir biçimde yasa ile düzenlenmesini gerektirmektedir. Kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı, kişi güvenliğinin sağlanmasındaki üstün hukuki yarar da böyle bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. İtiraz konusu kuralla göndermede bulunulan 257. madde uyarınca, mükelleflerin uyması gereken zorunlulukları belirleyecek olan Maliye Bakanlığı'nın, bunlara ilişkin kuralları ne zaman getireceği, değiştireceği veya kaldıracağı belli olmadığından, suç oluşturan eylemin, yasaya bakılarak saptanması olanaklı değildir. İdare tarafından suçun, tebliğ gibi düzenleyici tasarruflarla belirlenmesinin ise yasallık ilkesinin içerdiği temel güvenceleri sağlayamayacağı kuşkusuzdur”. Bkz. Aynı kararda Fulya KANTARCIOĞLU ve Fettah OTO'nun karşı oy gerekçesi.

58 “İtiraza konu kuralda öngörülen cezaların hangi suç ya da eyleme bağlı olarak uygulanacağı yasa ile belirgin olarak düzenlenmediği bunun Maliye Bakanlığı'nca getirilen zorunluluklar kapsamında belirlenmesine bırakıldığı açık olup; bu haliyle kural Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırıdır”. Bkz. Aynı kararda Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşı oy gerekçesi. “Maliye Bakanlığı'nca belirlenecek olan zorunlu hallere uyumama suç teşkil edecek ve Anayasa uyarınca kanunla konulması gereken ve suç sayılan fiiller ile aynı sonuçları doğuracaktır. Bu durum ise Anayasa'nın öngördüğü suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz”. Bkz. Aynı kararda Mehmet ERTEN'in karşı oy gerekçesi.

59 “Yasakoyucu idari para cezalarına ilişkin yasa kurallarını düzenlerken ceza politikası gereği bir takım tercihler ortaya koyarak yasal düzenlemeler yapabilir. Hangi eylemlerin idari para cezasını, hangilerinin adli para cezası ya da hapis cezasını gerektirdiği ve bu cezaların miktarı konusunda yasakoyucunun takdir hakkı bulunmakla beraber bu tercih serbestisi Anayasa'nın genel ve özel kuralları çerçevesinde olacaktır”. AyM., 23.03.2004 gün ve E. 2001/119, K. 2004/37, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1956&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1956&content=)



cektir<sup>60</sup>. Bir düzenleyici işlemin, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek veya ortadan kaldırmamakla beraber, hakkında hiçbir kanunî düzenleme bulunmayan bir alanda aslî, yani ilk elden, doğrudan düzenleme yapması da yasama yetkisinin devredilmezliği gereğince yasaklanmıştır<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına birçok kararında değinmiştir<sup>62</sup>. Buna göre, idareye kanunla düzenlenmemiş bir konu-

- <sup>60</sup> Anayasanın 7. maddesinde, “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi’nindir. Bu yetki devredilemez*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle yasaklanmış olan, kanun adı altında veya bu adı taşımasa dahi kanunla eş değerde yahut kanun gücünde hukukî işlemler yapma yetkisinin devredilmesidir. Bkz. ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 32.
- <sup>61</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBUDUN, s. 166 vd.; TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 265 vd.
- <sup>62</sup> “*Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarda düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren yasa kuralının, Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir... Cezanın yasallığı ilkesi, bir suçta uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır. 1918 sayılı Yasa’nın 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle fıkranın “cezanın yasallığı” yönünden Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir. Bakanlar Kurulu’nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. **Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “suçun yasallığı” ilkesine aykırıdır**”. AyM., 6.7.1993 gün ve E. 1993/5, K. 1993/25, RG. 25.02.1995, S. 22213, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1068&content=); Ayrıca bkz. “*Kanun hiçbir sınır ve esas koymaksızın “kaçakçılığın men ve takibi” maksadının emniyet bölgesi ihdası için yeter görmüş, madde ve eşyalar hakkında ise bir güne kayıt ve nitelik zikretmemiştir. Buna göre Hükümet kaçakçılığın men ve takibi zaruretini ileri sürerek yurdun dilediği yerinde dilediği genişlikte emniyet bölgeleri ihdas edebilecek ve istediği madde ve eşyayı kontrol mevzuu yapabilecektir... Kanunda takip edilecek siyasetin esas ve prensipleri belirtilmeden yürütme organına bu kadar mutlak ve geniş bir takdir yetkisi tanınmasını yürütme organını kanunun uygulanmasına taallük eden teferruatın tesbitiyle görevlendirme mahiyetinde değil, **yasama sahasına giren bir yetkinin devredilmesinden** başka suretle ifade ve izah etmek mümkün değildir... Kaldiki temel hak ve hürriyetlerin tahdidi, suç ihdası gibi bazı hususların tanzimi esasen Anayasa ile mutlak şekilde yasama organının yetkisine hasr ve tahsis edilmiştir. Bu sebeple ek 2 nci madde ile Bakanlar Kuruluna ve İçişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarına verilen yetkileri kararname ve tebliğler ile suç ihdası yetkisi olarak kabul etmek zaruridir*”. AyM., 10.12.1962 gün ve E. 1962/198, K. 1962/111 (muahafet şerhi),*

da düzenleme yetkisi tanınmaz. Kanunî düzenleme bulunan bir alanda ise, idareye yetki veren kanun hükmünün temel ilkeleri, genel esasları ortaya koyması gerekir. Aksi halde temel kurallar ve sınırlar çizilmeden belirsiz, geniş bir alanı idareye bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğinde olup anayasaya aykırılık taşıyacaktır<sup>63</sup>.

Anayasanın 73/4. maddesinde Bakanlar Kuruluna vergilerin temel öğelerinden sadece muafiyet, istisna, indirim ve oranlar konusunda yetki verilmiş olup başka unsurlarda yetki tanınmamıştır. Maliye Bakanlığına vergi kabahatleri konusunda tanınan yetki ise bu kapsamda olmayıp, idarenin kendi uzmanlık alanına giren teknik konularda, düzenlemeye ilişkin yetkisi kapsamındadır. Bu bağlamdaki yetkiler, idarenin şekli yükümlülükleri belirlemesine ilişkin yetkililerdir<sup>64</sup>.

Anayasa mahkemesinin başka bir kararında, idareye yetki tanınmasının teknik zorunluluklardan kaynaklandığı vurgulanmakta ve bu şekilde yetki tanınmasının, yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığına hükmedilmektedir<sup>65</sup>. Aynı kararda, Bakanlar Kurulunun kanunla kendisine tanınan yetkiye

---

RG. 24.01.1963, S. 11316, Kararda Rifat GOKSU, İsmail Hakkı ÜLKEMEN ve Ekrem KORKUT'un karşı oy gerekçeleri, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=16&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=16&content=).

<sup>63</sup> ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 32-33.

<sup>64</sup> “Şekli yükümlülükleri aslı ve talî olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. “Aslı şekli yükümlülükler, esaslı unsurlarının kanunla düzenlenmesi gereken, kişilere ek mali külfet getirici nitelikteki şekli yükümlülüklerdir”. “Talî şekli yükümlülükler ise mevcut yükümlülülere ek mali yük getirmeyen, verginin uygulanmasını ve işleyişini kolaylaştırıcı nitelikte olan ve kanunla düzenlenmeleri gerekmeyen şekli yükümlülüklerdir”. Talî şekli yükümlülükler konusunda kanunla vergi idaresine yetki verilebilir. Tutulacak defterlerin belirlenmesi, tasdik, muhafaza mecburiyeti getirilmesi gibi hususlara ilişkin yükümlülükler aslı nitelikteki şekli yükümlülüklerdir. Defter ve belgelerin mahiyetlerini, ihtiva edecekleri hususları belirlemeye, ibraz mecburiyeti getirmeye yönelik yükümlülükler ise talî niteliktedir”. İdarenin şekli yükümlülük belirleme konusunda sahip olduğu yetkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, 67-69.

<sup>65</sup> “Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olmaz...İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına

çıkıldığı takdirde memleketi büyük mali zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bu alanın, kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Çünkü, yukarıda da söylendiği gibi yasama organlarının yapısı itibarıyla günlük olayları izleyememesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olamaz. Bu sebeptendir ki, kanun koyucu düzenleme alanının esaslarını tesbit ve amacı tâyin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda, kullanmayı uygun bulmuştur. Yürütme organının çıkaracağı ve tatbika koyacağı kararlarla maksat dışına çıkıp çıkmadığının tâyini, kanunun Anayasa'ya aykırı olup olmadığının tesbiti bakımından önem taşımaz. Çünkü, bu takdirde kararın kanuna aykırılığı söz konusu olur". AyM., 28.3.1963 gün ve E. 1963/4, K. 1963/71, RG. 18.10.1963, S. 11534, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=);

Bir diğer kararda ise, idareye yetki tanınmasının genel idare esaslarından kaynaklandığı ifade edilmiştir: "Yasakoyucunun idareye yükümlülerin sosyal, kültürel ve ekonomik alışkanlıklarını dikkate alarak, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla günün değişen koşullarına göre, ekonomik ve teknik gereklere uymayan ya da olayın özelliğine göre normal ve kabul edilebilir bir durumun ortaya çıkmasında Yasa'da öngörülen belge düzeninin disiplin altına alınması için ek önlemler almaya yetki vermesi, daha öncede açıklandığı üzere, genel yönetim esaslarının gereğidir. Kaldı ki, idareye verilen ve itiraz konusu yapılan yetki, vergi yasalarının salma, gerçekleştirme, bağışıklık, ayırlık, indirim ve oranlara ilişkin hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapma olanağını içermemektedir. Gerçi zorunlu belge düzenleme alanının genişlemesiyle yükümlünün vergi matrahında bir artışa neden olmaktadır. Ancak, bu zorunluluk olmasa da vergi matrahı gerçek kazançları kapsamak durumundadır. İdare, bu gerçek durumu ortaya çıkarmanın önlemlerini almaktadır. Dolayısıyla idarenin matraha doğrudan müdahalesi söz konusu değildir, idare, belge düzeninde değişiklik yapmakla yasanın uygulanmasına açıklık getirmekte ve vergi kaçırılmasını önlemeye çalışmaktadır. Çünkü asıl olan herkesin gelir elde ettiği kadar vergi ödemesidir. Bakanlığa verilen yetki vergi kaçırmayı önleyici bir oto kontrol sağlamayı amaçlamaktadır. Bu durum karşısında, belge düzeninde değişiklik yapma yetkisini içeren 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın "Mükerrer 257. maddesi"nin birinci fıkrası, idareye verginin yükümlüsü, konusu, matrahı ve vergiyi doğuran olay gibi temel öğelerinde değişiklik yapmaya yetki vermediğinden, Anayasa'nın 73. maddesine aykırı değildir". Bkz. AyM., 15.10.1991 gün ve E. 1990/29, K. 1991/37, RG. 05.02.1992, S. 21133, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=962&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=962&content=)

Ancak bir başka karardaki karşı oy gerekçesinde idareye yetki tanınmasını gerektiren sebeplerin, kanunilik ilkesinin ihlaline yol açmaması gerektiği vurgulanmaktadır: "Kaçakçılığın memleketimizin iktisadî ve malî menfaatlarını ne kadar baltaladığı ve bunun önlenmesi bakımından yürütme organına süratli kararlar alabilme yetkisinin, verilmesi zarureti, yasama yetkisinin devredilemeyeceği ve suçların kanuniliği hakkındaki Anayasa prensiplerinin ihlâlini mazur gösteremez. Bu zarureti Anayasa prensipleriyle telif etmek çarelerini bulmak yasama organının görevidir". AyM., 10.12.1962 gün ve E. 1962/198, K. 1962/111 (muhalefet şerhi), RG. 24.01.1963, S. 11316, Kararda Rifat GOKSU, İsmail Hakkı ÜLKEMEN ve Ekrem KORKUT'un karşı oy gerekçeleri,

dayanarak aldığı kararla suç teşkil eden fiili belirlemesinin, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmadığına hükmedilmiştir<sup>66</sup>. Ancak bu karardaki bir karşı oy gerekçesinde haklı olarak, kanunda çerçevenin tam olarak çizilmediği ifade edilerek, ilgili hükmün kanunilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>67</sup>.

Danıştay'ın da konuyla ilgili kararları bulunmaktadır. Danıştay'ın bir kararında, genel tebliğle getirilen zorunluluğun kanuna uygun olduğu belirtilmiştir<sup>68</sup>. Diğer bir kararda ise, kanunda verilen yetkiye uygun olarak idare tarafından düzenleme yapılabileceği belirtilmiş, ancak idarenin kanunda çizilen çerçevenin dışına çıkması halinde kanunilik ilkesine aykırılık oluşacağı vurgulanmıştır: “Mükerrer 257 nci maddede verilen yetkinin kapsamının maddede sayılmış olan konularla sınırlı olduğu, açıkça yetki verilmemiş

---

[http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=16&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=16&content=)

- <sup>66</sup> “1567 sayılı kanunun 3. maddesi ise; “İcra Vekilleri Heyetince” 1. maddeye istinaden itihaz edilen kararlara aykırı hareket edenlere ceza tâyin etmiştir. Bu hükümle; suçun kanunî unsuru “İcra Vekilleri Heyetinin” 1. maddeye göre aldığı kararlara aykırı harekette bulunmaktadır. Şu halde suçun ne olduğu kanunla belirtilmiştir. Kaldı ki Bakanlar Kurulu kararı, daha önce Resmî Gazete’de neşredilmek suretiyle kişilere hangi fiillerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin teminatı sağlanmakta ve ceza da kanunda gösterilmekte olmasına göre mücerret kararname ile suç ihdası söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin itiraz yerinde görülmemiştir”. AyM., 28.3.1963 gün ve E. 1963/4, K. 1963/71, RG. 18.10.1963, S. 11534, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=33&content=)
- <sup>67</sup> “Suçun kanuniliği prensibinin tahakkuk edebilmesi için yalnız ceza müeyyidesinin kanunda gösterilmiş bulunması kâfi olmayıp suçun maddi unsurlarının da kanun ile tâyin edilmiş olması gereklidir. Kanunun cezalandırdığı fiil ve hareketler “icra Vekilleri Heyetince birinci maddeye istinaden itihaz edilecek kararlara aykırı hareket etmek” den ibarettir. Bu fiil ve hareketlerin neler olduğu kanunda gösterilmemiş olup ancak Bakanlar Kurulunca alınacak kararlar ile belli olmaktadır, diğer bir deyişle bu kararlar suçun maddi unsurlarını tâyin eden hukuk kuralları olmaktadır. Bu kurallar kanunla tâyin ve tesbit edilmedikçe Bakanlar Kurulu kararlarının Resmî Gazete ile yayınlanıp fertlerin bilgisine ulaştırılmış olması suçun kanunla tâyin edilmiş olduğunu kabule imkân veren bir sebep telâkki edilemez”. Bz. Aynı kararda Rifat GÖKSU ve İ. Hakkı ÜLKEMEN’in karşı oy gerekçesi.
- <sup>68</sup> “Tebliğde belirtilen zorunluluğa uyulmaması durumunda uygulanacak olan cezai müeyyide ise, yeni bir ceza uygulaması olmayıp, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 257 inci maddesi ile getirilen zorunluluğa uymayan mükellefler hakkında anılan Kanunun mükerrer 355 inci maddesine göre kesilen özel usulsüzlük cezasıdır. Belirtilen duruma göre, 320 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde yasaya aykırılık görülmemiştir”. D.4.d., 22.12.2004 gün ve E. 2003/1715, K. 2004/2587, *Danıştay Dergisi*, S. 109, s. 170.

*bir konuda İdarenin düzenleme yetkisi bulunduğundan söz edilemeyeceği, ayrıca yasadaki düzenlenmiş olan bir konuda idari düzenleyici işlemle yasadaki düzenlemeye ters düşen farklı bir uygulama getirilemeyeceği bunun verginin kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmayacağı açıktır*<sup>69</sup>.

Her ne kadar kanunda kabahat sayılan fiiller ve karşılığında verilecek yaptırımlar belli ise de<sup>70</sup>, bu maddeler incelendiğinde Maliye Bakanlığına dolaylı da olsa kabahat oluşturma yetkisinin verilmiş olduğu ortaya çıkmaktadır. Maliye Bakanlığının yapacağı düzenlemelere uyulmaması durumunda ceza kesilmesi gündeme gelecektir. Ancak, idareye kabahat teşkil eden fiillerin belirlenmesi konusunda yetki tanınabileceği göz önünde tutulduğunda, kabahat sayılan fiillerin ve yaptırımlarının kanunda açıkça düzenlenmesi şartıyla, verilen yetki hukuka aykırılık oluşturmayacaktır<sup>71</sup>.

Kanunîlik ilkesinin kabahatlerde, suç ve cezalar kadar katı olmadığı, idareye belli ölçüde esneklik tanındığı kabul edilse de<sup>72</sup>, bu, kabahatlerin önemi azaltmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), iç hukuk-

<sup>69</sup> “213 sayılı Kanunun 236 ve 237 nci maddelerinde serbest meslek makbuzlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, serbest meslek makbuzunun hangi şartlarda, kime ve nasıl düzenleneceği açıkça gösterilmiş, ihtiva etmesi gereken bilgiler sayılmıştır. Buna göre hükmedilen vekalet ücretinin icra dairesinden tahsili sırasında serbest meslek makbuzu düzenlemesi yasa gereği olup, iptali istenilen düzenlemenin B bölümünde yer alan icra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar veren avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecektir” ibaresinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Diğer yandan, serbest meslek makbuzunun düzenlenişi ve şekli konusunda yasal düzenlemeler arasında yer almayan ve Kanunda belirtildiğinin aksine serbest meslek makbuzunun icra memuru tarafından imzalanması ve buna uyulmaması halinde usulsüzlük cezası yaptırımının öngörülmesi yasa ile idareye tanınan yetkinin aşılması anlamına geldiğinden 356 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin dava konusu bölümünün, makbuzun avukatta kalan nüshasına da icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülerek, ödemeyi yapan memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacaktır, yukarıda belirtilen şekilde yetkili memura imzalatılmadığı tespit edilen her bir serbest meslek makbuzu için ayrı ayrı Vergi Usul Kanununun 352-11/7 maddesine göre söz konusu avukat adına usulsüzlük cezası kesileceğine ilişkin kısmında yasaya uyarlık görülmemiştir”. D.4.d., 20.12.2006 gün ve E. 2006/2237, K. 2006/3102, Danıştay Dergisi, S. 115, s. 171-172.

<sup>70</sup> Karş. için bkz. “İdare, yetki kanununa dayanarak yükümlülük getirebilir. Ancak, bu yükümlülüğe uymama fiilinin suç niteliği kazanabilmesi, bu fiilin suç olarak kanunla düzenlenmiş olmasına ve bir cezaya bağlanmış olmasına bağlıdır”, ERDEM, *Ceza Normları*, s. 100; ERDEM, *Hangi Ceza*, s. 92.

<sup>71</sup> ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 278.

<sup>72</sup> ŞENYÜZ, s. 12.

ta idarî yaptırım olarak kabul edilen bir yaptırımı, kendi belirlediği kriterler çerçevesinde cezaî yaptırım olarak kabul edebilmekte ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde inceleyebilmektedir<sup>73</sup>. Malî nitelikli vergi cezalarının (vergi kabahatlerinin) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında ceza olarak değerlendirilmesi, mükellefleri adil yargılama hakkını düzenleyen 6. maddesinin koruması altına sokar<sup>74</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, idarenin yaptığı düzenlemelerle çeşitli yükümlülükler belirleyebildiği ve bu yükümlülüklere uymama durumunun da kanunda kabahat olarak tanımlanabildiği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla idarenin, kanunda kendisine yetki veren hükümdeki sınırlar çerçevesinde yapacağı idarî işlemlerle, kabahat teşkil eden fiilleri belirleyebildiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>75</sup>. İdarenin kanunda kendisine yetki veren bir düzenleme olmaksızın, herhangi bir belirleme yapamayacağı açıktır<sup>76</sup>. Burada

<sup>73</sup> Bkz. YALTI, s. 98, 106, 148; YALTI SOYDAN, s. 162-163; ÜSTÜN, *Susma Hakkı*, s. 379, 381.

<sup>74</sup> YALTI, s. 100.

<sup>75</sup> TOSUN, s. 350; Çünkü idarî ihlaller, gerçek anlamda kamusal nitelikte suç değildir. Bkz. İÇEL – DONAY, s. 113, dn. 126.

<sup>76</sup> “Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetim, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi sn zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa’ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de "uymama"nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin "uymama" sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli "uymamak" kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır”. AyM., 19.04.1988 gün ve E. 1987/16 K. 1988/8, RG. 23.08.1988, S. 19908, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=795&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=795&content=)

suçun sınırları kanun tarafından çizilmekte, suçun içeriği ise idare tarafından doldurulmaktadır. İdarenin yetkisi, yeni bir kabahat meydana getirme değil, kabahatin konusunu oluşturan idarî düzenlemeyi gerçekleştirmeye yöneliktir<sup>77</sup>. İdarî ihlalleri belirleme ve yaptırımı uygulama konusunda ise idare, kanunlarla çizilen sınırlar içinde bir yetkiye sahiptir<sup>78</sup>. İdarî yaptırıma başvurulabilmesi için ancak kanunda açık bir düzenleme bulunması ve kanunun çizdiği sınırlar içinde kalınması gerekmektedir<sup>79</sup>. Maliye Bakanlığının bu yetkisini Resmi Gazetede yayımlanacak düzenleyici işlemlerle kullanmalıdır<sup>80</sup>.

## B. İDARÎ YAPTIRIMDA YETKİ TANINMASI

Kabahatler Kanununun 4/2. maddesinde “*Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir*” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm çerçevesinde idarenin, yaptırım belirleme konusunda yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır<sup>81</sup>. Nitekim doktrinde de idareye kabahat teşkil eden fiili belirleme konusunda tanınan esnekliğin, bu fiiller karşılığında uygulanacak idarî yaptırımlar bakımından tanınmadığı vurgulanmaktadır<sup>82</sup>. İdareye, idarî yaptırımları belirlemede yetki tanınmaz.

İdarî yaptırımı uygulamak bakımından, idarenin bağlı yetkisi vardır. Ancak kanunda aşağı ve yukarı sınırları belirlenmiş yaptırımlarda, idarenin bu sınırlar içinde yaptırım uygulamasında takdir yetkisinden söz edilebilecektir. İdarenin kanunî sınırlar içinde dilediğince takdir yetkisi varmış gibi görünse

<sup>77</sup> OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 63; ÖZAY, s. 94; ERDEM, *Hangi Ceza*, s. 92.

<sup>78</sup> İdare bireylerin subjektif haklarını ve özgürlüklerini etkileyen düzenlemeler yaparken anayasa ve kanunlarla sınırlıdır. İdare, kişilerin özgürlüklerine ve diğer haklarına ancak kanunların izin verdiği ölçüde girebilir. Bkz. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 74, 76.

<sup>79</sup> OĞURLU, *Yargısal Korunma*, S. 64; BAYKARA, *İdari*, s. 6.

<sup>80</sup> BAYKARA, *İdari*, s. 6.

<sup>81</sup> “*Kanunda öngörülmemiş bir cezanın idari düzenlemeyle getirilmesi, “cezanın kanunla konulması” genel kuralının ihlali (anlamına gelir)*”. D.4.d., 17.12.1996 gün ve E. 1996/2603, K. 1996/5672, DD, S. 97, s. 175, 177.

<sup>82</sup> ŞENYÜZ, s. 12; TAŞDELEN, s. 72-73.

de, ceza üst sınırdan verilmişse mutlaka bunun gerekçesi gösterilmelidir<sup>83</sup>. Ayrıca verilen cezanın da suçla orantılı olması gerekir.

İnceleme konumuz Maliye Bakanlığının vergi kabahatleri üzerindeki belirleme yetkisi olmasına rağmen, uygulamada Bakanlar Kuruluna iki durumda idarî yaptırımlar üzerinde yetki tanıyan durum bulunmaktadır. Bunlara da kısaca değinmek gerekir. Söz konusu durumlardan ilki Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Bakanlar Kurulu eskiden vergi ziyanının yaptırımında dolaylı olarak etkili olabilmekteydi. Vergi ziyayı kabahatinin yaptırımı, eskiden kayba uğratılan verginin bir katına gecikme faizinin yarısından oluşmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi, vergi ziyayı kabahatinin yaptırımının hesaplanmasında esas alınan gecikme faizi oranlarının (gecikme zammı oranlarını belirlemesi dolayısıyla) Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinin, kanunilik ilkesiyle belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturduğunu gerekçe göstererek vergi ziyayı kabahatinin yaptırımını iptal etmiştir. Kararda yaptırımın kanunla belirlenmesi gerektiğine vurgulanmıştır<sup>84</sup>.

Bir diğer durum ise VUK'un mükerrer 414/3. maddesinde yer alan, bu kanunda asgarî ve azamî miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktar-

83 ÖZAY, *İdarî Yaptırım*, s. 119; Ayrıca bkz. OĞURLU, *Yargısal Korunma*, s. 233; Cezanın yukarı sınırı kanunda mutlaka belli edilmelidir. Bkz. GÜNEŞ T., s. 113; ÜSTÜN, *Takdir Yetkisi*, s. 277.

84 “İtiraz konusu kuralda düzenlenen vergi ziyayı cezası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük karakteri taşımayan, ancak vergi ziyayı suçu işleyenlere öngörülen bir yaptırımdır. Bu durum gözetildiğinde cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan oranların yasayla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Kuralda, ziyaya uğratılan verginin bir katına eklenecek olan cezanın hesaplanmasında esas alınacak olan gecikme faizi oranının Bakanlar Kurulu tarafından ne zaman belirleneceğinin bilinmemesi ve bu durumun sonuçta öngörülecek ceza miktarında belirsizliğe yol açacak olması, Anayasa'nın, 38. maddesinde sözü edilen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur ve 2. maddesindeki “hukuk devleti” ilkelerine aykırılık oluşturur”. AyM., 06.01.2005 gün ve E. 2001/3, K. 2005/4, RG. 20.10.2005, S. 25972, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=2000&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2000&content=) ;

Doktrindeki bir görüşte, vergi ziyayının yaptırımının iptalden önceki hesaplanmasında gecikme faizinin de dikkate alındığı belirtilmekte ve gecikme faizinin idarî işlemle belirlenmiş olması nedeniyle bu durumun cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bkz. SABAN, II, s. 97-98; Gecikme faizi oranı “demokratik ceza hukuku ilkeleri benimsenerek “yasa” ile düzenlenmek zorundadır”. Bkz. SABAN, I, s. 150; Başka bir görüşe göre ise vergi ziyayı suçunun cezası kanunda açıkça belli edilmiştir. Cezanın belli edilmesi bakımından idareye takdir yetkisi tanınmamıştır. “Bakanlar Kurulu, yasa koyucu yerine geçerek yeni bir suç ihdas etmemekte, daha önceden vergi ziyayı suçu olarak belirlenen eylemin karşılığı olan cezanın çerçevesini doldurmaktadır”. Bkz. ÇAKICI, s. 94.



larının her yıl yeniden değerlendirilme oranında artacağı ve Bakanlar Kurulunun bu suretle tespit edilen miktarları yarısına kadar artırmaya veya indirmeye yetkili olduğuna dair hükümdür<sup>85</sup>. Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulunun cezalar konusunda artırma yetkisinin olmadığı iddiasıyla açılan bir iptal davasında, enflasyonun para cezalarını aşındırdığını belirtmiş ve bu yetkinin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir<sup>86</sup>. Kararda, Anayasanın 73/4. maddesinde Bakanlar Kuruluna yetki tanınan unsurlar içinde vergi cezalarına yer verilmediği belirtilmiş ancak, Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetki fıkra kapsamında görülerek hüküm geniş yorumlanmıştır<sup>87</sup>.

Bir görüşe göre bu şekilde yapılan artırımlar, adeta yeni bir ceza koymak gibidir, kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>88</sup>. Benzer görüşte de yeniden değerlendirme oranı yürütme organı tarafından belirlendiği için, bu durumun idari yaptırım miktarının her yıl yürütme organı tarafından belirlenmesine yol açtığı belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemenin, yaptırımda kanunilik ilkesine de tam olarak uyulmadığını gösterdiği ve bunun da kanunilik ilkesine aykırılık

---

85 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. ÜSTÜN, *Ceza Miktarları*, s. 175 vd.; ERDEM, *Bakanlar Kurulu*, s. 103 vd.

86 “Bu yetki, her şeyden önce Vergi Usul Kanunu’nda belirlenen suçları işleyen mükelleflere ceza mahkemeleri veya vergi daireleri tarafından verilecek cezalara dayalı bir yetkidir. Bir başka deyişle Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık yoktur. Öte yandan Bakanlar Kurulu, bu yetkisini genel bir düzenleme şeklinde kullanacak, mükellefler arasında bir ayrıma gitmeyecektir. Ayrıca, para cezalarının zaman içinde, enflasyon nedeniyle, önemini ve ceza niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Bu düzenleme ile para cezalarının caydırıcı niteliğini koruması da sağlanmış olmaktadır ki, bunda önemli bir kamu yararı olduğu açıktır. Bu nedenlerle, mükerrer 414. maddenin (b) bendinin Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır”. Bkz. AyM., 19.03.1987 gün ve E. 1986/5, K. 1987/7, RG. 12.11.1987, S. 19632, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=761&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=761&content=); Ancak aynı karardaki bir karşıoyda, bu yetkinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir: “Ceza koymak gibi, ceza miktarını artırmak veya azaltmak da münhasıran yasamaya verilmiş bir yetkidir. Bu yetkinin Bakanlar Kurulu eliyle kullanılması Anayasa’nın 7. ve 38. maddelerine uygun düşmez. Vergi cezaları, kendilerine özgü ayrılıkları bulursa da, ceza niteliğindedirler ve ceza hukuku kapsamına girerler”. Bkz. Aynı kararda Yılmaz ALİEFENDİOĞLU’nun karşıoy yazısı; Benzer nitelikteki görüş için bkz. aynı kararda Muammer TURAN’ın karşıoy yazısı; Doktrinde de bu yetkinin, vergilerin kanuniliği ilkesinin yanı sıra kanunî idare ve suç ve cezaların kanuniliği ilkelerine de ters düştüğünü ileri süren görüş bulunmaktadır. Bkz: GÜNEŞ G., s. 132.

87 AYDIN, s. 19-20.

88 Bkz. GÜNEŞ G., s. 132; Ayrıca bkz. Aynı kararda ALİEFENDİOĞLU’nun karşıoy yazısı.

teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Ancak, yeniden değerlendirme oranında yapılan artışları yeni bir ceza koymak gibi görmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Yeniden değerlendirme oranındaki artış, her yıl gerçekleştirilmelidir. Bu artışın hukuka uygun olabilmesi için, yeniden değerlendirme oranının tamamen teknik bir şekilde belirlenmesi ve bu oran üzerinde idarenin herhangi bir müdahalesinin olmaması gerekir. Ayrıca, yeniden değerlendirme oranından ayrı olarak cezalar konusunda Bakanlar Kuruluna ek takdir yetkisi kesinlikle tanınmamalıdır. Aksi durum idarenin yaptırım belirlemede yetkili olduğu anlamına gelecek ve kanunilik ilkesine açıkça aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla VUK'un mükerrer 414/3. maddesinin Bakanlar Kuruluna ceza miktarlarının artırılmasında yeniden değerlendirme oranı dışında ek takdir yetkisi tanıyan hükmü, kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>90</sup>.

Özetlemek gerekirse, idarenin yaptırımları belirlemede herhangi bir yetkinin olmaması gerekmektedir. Yaptırım mutlaka kanunda açıkça düzenlenmelidir<sup>91</sup>.

### III. SONUÇ

Vergi idaresine vergi kanunlarında birçok yetki tanınmaktadır. Bu yetki tanınmanın temelinde vergi hukukunun teknik bir dal olması ve uzmanlık gerektiren teknik düzenlemelerin, konusunda uzman olan vergi idaresine bırakılması düşüncesi yatmaktadır.

Yukarıda sözü edilen yetkilerden belki de en önemlilerinden birisi, Maliye Bakanlığına vergi kabahatleri üzerinde tanınan yetkililerdir. Kabahatler Kanununun 4. maddesine göre, kabahat teşkil eden fiiller kanunda açıkça belirlenebileceği gibi, kanunda çerçeve çizilmek suretiyle idareye o çerçevenin içeriğini doldurma yetkisi de verilebilmektedir. Ancak kabahatlerin karşılığı olan yaptırımlar üzerinde idarenin herhangi bir yetkisi bulunmamakta-

---

<sup>89</sup> BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 137.

<sup>90</sup> Bkz. ÜSTÜN, *Ceza Miktarları*, s. 181.

<sup>91</sup> "149'uncu maddeye göre mükelleflere getirilen bir ödev, davacı hakkında uygulanan cezanın dayanağı olan mükerrer 355 inci maddede öngörülmediğine göre, söz konusu bildirim vermeyen veya bu konudaki yükümlülüğü süresinde yerine getirmeyen mükellefler hakkında uygulanması mümkün olmayıp, böyle bir düzenleme cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gibi kanunda öngörülme bir cezanın idari düzenlemeyle konulması sonucunu doğurur ki idari cezalar için de geçerli olan "cezanın kanunla konulması" genel kuralının ihlali anlamındadır". D.4.d., 17.12.1996 gün ve E. 1996/2603, K. 1996/5672, DD, S. 97, s. 175, 177.

dır. Buna göre kanunîlik ilkesinin kabahat teşkil eden fiili belirleme bakımından yumuşatılmış olduğu söylenebilir. İşte Maliye Bakanlığına tanınabilecek yetkiler, vergi kabahati teşkil eden fiilleri, kanunun çizdiği çerçeve dahilinde saptayabilme yetkisidir.

Kanunîlik ve hukukî güvenlik ilkeleri dikkate alındığında, kanunîlik ilkesinin vergi kabahatleri alanında da tamamen geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Vergi kabahatlerinde ‘olması gereken’<sup>92</sup>, kabahatin bütün unsurlarının kanunda yer alması bu konuda idareye herhangi bir şekilde yetki tanınmamasıdır. Bu durum, kanunîlik ve hukukî güvenlik ilkelerinin özüne çok daha uygundur.

Kabahatler Kanununun kabahat teşkil eden fiilleri belirleme konusunda idareye yetki verilebileceğini kabul etmesi karşısında, Maliye Bakanlığına vergi kabahatleri üzerinde yetki tanınabileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim Vergi Usul Kanununda Maliye Bakanlığına vergi kabahatlerini belirleme konusunda yetki tanıyan hükümler bulunmaktadır. İdeal olan durumun, kabahatin bütün unsurlarının kanunda düzenlenmesi olduğu, fakat Kabahatler Kanununda idareye yetki tanınabileceği gerçeğinin de dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan idareye hangi şartlarda yetki tanınabileceğinin detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu noktada ise asıl sorun, söz konusu yetkinin hukuka uygunluğunun nasıl sağlanacağı sorunudur.

Kabahat teşkil eden fiillerin belirlenmesi, aslında çok önemli bir yetki niteliğindedir. Kişilerin hukukî güvenlikleri doğrudan etkilenilmektedir. Kabahatler karşılığında sadece idarî para cezası niteliğindeki yaptırımların uygulanıyor olması, bunların önemini azaltmamaktadır. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kabahatlerin karşılığı olan idarî yaptırımların uygulanmasını ve bunların yargısal denetimini adil yargılama hakkı kapsamı içine sokması da, konunun mükellefler bakımından ne derece büyük önem taşıdığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Maliye Bakanlığına yetki tanımırken sıkı şartlar aranmalı, Maliye Bakanlığının uzmanlığına giren teknik bir konuda yasama organının sahip olmadığı hızlı düzenleme yapabilmesi ihtiyacı ile vergi mükelleflerinin hukukî güvenlikleri arasında adil bir denge kurulmasına azamî özen gösterilmelidir.

---

<sup>92</sup> AKKAYA, s. 32; Ayrıca bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari*, s. 125.

Maliye Bakanlığına tanınacak yetkinin sınırlarının mutlaka kanunda net ve açık bir şekilde çizilmesi gerekir. Sadece genel bir hükümlerle Maliye Bakanlığına çok geniş bir alanda kabahat belirleme yetkisinin tanınması kabul edilemez. Kanunda Maliye Bakanlığının hangi zorunlulukları getirip getiremeyeceği tek tek sayılmak suretiyle belirtilmelidir. Maliye Bakanlığına tanınacak yetki ise, söz konusu zorunlulukları getirip getirmeme ve getirecekse bunu zamanını tayin noktasında kalmalıdır. Bakanlığa tanınacak yetkinin bu şekilde sınırlandırılması hukukî güvenliğin sağlanması bakımından çok daha yerinde bir yaklaşım tarzı olacaktır. Mükellefler, getirilen sınırlamalar dahilinde idarenin kabahatleri belirleyebileceğini bilebilecek durumda olacaktır. Maliye Bakanlığının kendisine tanınan yetkiyi genel tebliğlerle kullanması ve bunların Resmi Gazetede yayımlanması da mükelleflerin hukukî güvenliğinin sağlanmasında büyük rol oynamaktadır. Bütün bunlara ilaveten, Maliye Bakanlığının getireceği yükümlülüğün bir sonraki vergilendirme döneminden (veya takip eden takvim yılı başından) itibaren getirilmesi zorunluluğu da kanunda genel bir hüküm olarak düzenlenmelidir. Maliye Bakanlığına tanınacak yetkinin bu şekilde sıkı şartlara bağlanması durumunda, kanaatimce idareye düzenleme yetkisi tanınması zaruretiyle mükelleflerin hukuki güvenlikleri arasında bir denge kurulmuş olacaktır.

Vergi kabahatlerinin karşılığı olan idarî yaptırımlarda ise idareye kesinlikle yetki tanınmamalıdır. Kanunilik ilkesi bu noktada tam anlamıyla geçerlidir. Zaten Maliye Bakanlığına bu noktada herhangi bir yetki de tanınmamaktadır. Ancak vergi kabahatlerinin yaptırımlarının her sene yeniden değerlendirme oranında artırılması tartışmalı bir konudur. Fakat belirlemenin tamamen teknik bir şekilde yapılması ve idarenin bu teknik belirlemede herhangi bir takdirî müdahale yetkisinin bulunmaması durumunda, söz konusu artışın kanunilik ilkesini zedelemeyeceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu teknik oranın üzerinde Bakanlar Kurulu veya başka bir organa tanınan ilave yetki kesinlikle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

### KAYNAKÇA

- AKKAYA Mustafa (2008), İdari ve Adli Ceza Sistemine Eleştirel Bir Bakış, *Vergi Sorunları*, S. 233 (Ceza Özel Sayısı), Şubat 2008, s. 29-51.
- ASLAN M. Yasin (2009), İdari Yaptırımlar, *Türkiye barolar Birliği Dergisi*, S. 85, s. 173-188.
- ASLAN Memduh (2008), *Türk Vergi sisteminde Cezai Yaptırımların Etkinliği*, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- AYDIN Ali Rıza (2008), Vergi Suç ve Ceza sisteminin Anayasal Çerçevesi, *Vergi Sorunları*, S. 233 (Ceza Özel Sayısı), Şubat 2008, s. 13-28.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda (2006), İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, *Vergi Dünyası*, S. 299, Temmuz 2006, s. 116-147, (İdari).
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda (2008), Vergi Ceza Hukuku'ndaki Değişim Süreci ve Bu Sürecin Vergi Ceza Sistemine Etkileri, *Vergi Sorunları*, S. 233 (Ceza Özel Sayısı), Şubat 2008, s. 72-94, (Vergi Ceza Hukuku).
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda (2008), Vergi Suç ve Kabahatleri Hukuku'nda Son Durum, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 82, S. 6, yıl 2008, s. 2839-2859 (Vergi Suç ve Kabahatleri).
- BAYKARA Bekir (2004), Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi, *Vergi Dünyası*, S. 278, Ekim 2004, s. 24-34 (Ceza).
- BAYKARA Bekir (2005), İdari Vergi Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi, *Vergi Dünyası*, S. 285, Mayıs 2005, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, s. 1-6.
- BİLİCİ Nurettin, (2010), *Vergi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- CANDAN Turgut (2008), Danıştay Kararlarında Vergi Suçu Algılaması, *Vergi Sorunları*, S. 233 (Ceza Özel Sayısı), Şubat 2008, s. 52-71 (Danıştay).
- CANDAN Turgut (2010), *Vergi Suç ve Cezaları*, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- ÇAKICI Ömer (2004), Vergi Ziyat Cezası, Anayasa'ya Aykırı mıdır?, *Vergi Dünyası*, S. 275, Temmuz 2004, s. 92-95.
- DÖNMEZER Sulhi (1962), İcranın Tanzim Tasarrufları İle Suç İhdası, Anayasaya Aykırılık İddiası Halinde Verilmesi İcâbeden Karar *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXVIII, S. 1, 1962, s. 237-246.

ERDEM Tahir (2005), Hangi Ceza Sistemi?, *Vergi Sorunları*, S. 207, Aralık 2005, s. 75-11 (Hangi Ceza).

ERDEM Tahir (2005), Vergi Suç ve Ceza Normlarının Yorumlanması (I), *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, S. 20, Ağustos 2005, s. 90-100, (Ceza Normları).

ERDEM Tahir (2006), Bakanlar Kurulu'na Tanınan Vergi Cezalarını Artırma Yetkisinin Cezaların Kanuniliği İlkesi Karşısındaki Durumu ve Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 414'üncü Maddesine Bakış, *Vergi Sorunları*, S. 209, Şubat 2006, s. 103-120, (Bakanlar Kurulu).

ERMAN Sahir (1988), *Vergi Suçları*, İstanbul: İ.Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Basım Atölyesi.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz (1963), İdarî Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963, s. 115-182, (İdarî Ceza Hukuku).

GÖLCÜKLÜ Feyyaz (1963), İdarî Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, Eylül-Aralık 1963, s. 129-215, (Kanun Yolları).

GÜNEŞ Gülsen (1998), *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul: Alfa Basım yayım Dağıtım.

GÜNEŞ Turan (1965), *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası.

GÜNEY Niyazi – ÖZDEMİR Kenan – BALO Yusuf Solmaz (2004), *Gereğe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Adil Yayınevi.

HAKERİ Hakan (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi.

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihs.htm>

İÇEL Kayıhan – AKINCI-SOKULLU Füsün – ÖZGENÇ İzzet – SÖZÜER Adem – MAHMUTOĞLU Fatih S. – ÜNVER Yener (2000), *İçel Yaptırım Teorisi*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

İÇEL Kayıhan – DONAY Süheyl (1999), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım I. Kitap*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

KARAKOÇ Yusuf (2007), *Genel Vergi Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

KARTAL Zihni, İdari Vergi Cezalarına Yargı Organlarının Yaklaşımı, *Vergi Dünyası*, S. 207, Kasım 1998, s. 119-126.

KOCAHANOĞLU Osman Selim (1977), *Türk Vergilendirme Hukukunda Vergi Suçları Vergi Cezaları ve İhtilaflar Sistemi*, İstanbul: Bilmen Basımevi.

MUTLUER M. Kâmil (1979), *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.

OĞURLU Yücel (1999), İdari yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım – Ceza Yaptırım Ayrımı, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 1999, s. 143-194, (İdari yaptırım).

OĞURLU Yücel (2001), *İdarî Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (Yargısal Korunma).

ÖNCEL Mualla – KUMRULU Ahmet – ÇAĞAN Nami, (2011), *Vergi Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi.

ÖZAY İl Han (1985), *İdarî Yaptırımlar*, İstanbul: İÜ Yayını.

ÖZBUDUN Ergun (1993), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZGENÇ İzzet – ŞAHİN Cumhur (2001), *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZGENÇ İzzet (1995), Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler, *Reha POROY'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 319-344.

SABAN Nihal (2000), 4369'un Suç ve Ceza Sistemine Nasıl Bakmalıyız? – I, *Vergi Sorunları*, S. 143, Ağustos 2000, s. 138-150, (I).

SABAN Nihal (2000), 4369'un Suç ve Ceza Sistemine Nasıl Bakmalıyız? – II, *Vergi Sorunları*, S. 144, Eylül 2000, s. 94-103, (II).

SABAN Nihal, (2006), *Vergi Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, (Vergi).

SAĞLAM Meltem (2006), Kabahatler Kanununun Vergi Ceza Hukukuna Etkisi, *Vergi Dünyası*, S. 294, Şubat 2006, s. 146-153.

SOYASLAN Doğan (1990), *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları

ŞENYÜZ Doğan (2011), *Vergi Ceza Hukuku – Vergi Kabahatleri ve Suçları*, Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım.

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi (2001), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Yapı Kredi yayınları.

TAŞDELEN Aziz (2010), *Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri*, Ankara: Turhan Kitabevi.

TOSUN Öztekin, Yürütme Organlarının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXVIII, S. 2, 1962, s. 349-366.

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2001), *Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2001, (Yargılama Usulü).

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2001), *Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, 2001, (Cezaî Yaptırım).

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2007), *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Ankara: Turhan Kitabevi (Takdir Yetkisi).

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2009), *Vergi Ceza Miktarlarının Yeniden Değerleme Oranında Artırılması*, *Vergi Sorunları*, S. 246, Mart 2009, s. 175-182, (Ceza Miktarları).

ÜSTÜN Ümit Süleyman (2011), *Susma Hakkı Çerçevesinde Defter. Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, yıl 2011, S. 3, s. 363-390, (Susma Hakkı).

YAĞMURLU Tahsin (1978), *Vergi Cezaları ve Hukuki Durumu, İdare Hukuku ve İdarî Yargı İle İlgili İncelemeler II*, Ankara: Danıştay Tasnif ve yayın Bürosu Yayınları.

YALTI Billur (2006), *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

YALTI SOYDAN Billur (2000), *İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı – I*, *Vergi Sorunları*, S. 143, s. 151-167.

YARSUVAT Duygun, Yürütme Organının Koyduğu kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 540-559.

ZANOBINI Guido (1963), *İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi*, (Çev. GÜNAL Yılmaz), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4, Eylül – Aralık 1963, s. 301-318, (İdari Ceza).



ZANOBINI Guido (1964), *İdari Müeyyideler*, (Çev. GÜNAL Yılmaz), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları (Müeyyide).



# TÜRK ANAYASA HUKUKU'NDA “ANAYASA” TERİMİ VE “ANAYASA HUKUKU” KAVRAMI

*Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN\**

## I. GİRİŞ

En küçüğünden en büyüğüne kadar her insan topluluğu, bir kuruluş ve işleyiş düzenine ihtiyaç duymuştur.<sup>1</sup> Doğal yaşam dönemi olarak da adlandırılan devletsiz toplum dönemi, kimi düşünürlerce barış ortamı,<sup>2</sup> kimi düşünürlerce bir kavga ve kargaşa ortamı<sup>3</sup> olarak tanımlanmışsa da toplumlar, ister barış ortamı isterse de kargaşa ortamı olsun bu dönemin sonunda her zaman, devlet denilen örgütlenmenin çatısı altında buluşmuşlardır.

Doğal yaşam döneminden örgütlü yaşam dönemine geçilen bu süreçte, henüz modern anlamda bir hukuk düzeninin varlığından söz edilemese de artık ‘devlet’ adı verilen siyasi düzenin varlığı aşikârdır. Bu bakımdan devlet varlığı, esasında hukuk düzeni haricinde bağımsız varlığa sahip bir “teşkilat bütünü”dür<sup>4</sup> ancak; hukukun genel prensiplerine göre hukuk kurallarının ortaya çıkarılması ve uygulanması hususlarında bu teşkilatın önemi büyüktür. Bu önemi sebebiyle devlet, zamanla toplum hayatının en gelişmiş ve en kapsayıcı hukuki ve siyasi kurumu/kuruluşu halini almıştır.<sup>5</sup>

Bu yapı, toplum yaşamı üzerindeki en üstün gücü de devlet iktidarı olarak belirlemiştir. Siyasi düzenin temeli olan bu üstün güç, bireylerin çıkarlarının korunmasını, fertler arasında sosyal birlik ve dayanışma duygularının sağlanmasını, kolektif amacın gerçekleşmesiyle ilgili hususların organi-

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

1 KUBALI, *Hüseyin Nail*, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1969, s.1.

2 Bu düşünürlerin başında J. Locke ve J.J. Rousseau gelmektedir.

3 Bu düşünürlerin başında T. Hobbes gelmektedir.

4 ABADAN, *Yavuz*, Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri, Ankara 1952, s. 25.

5 KUBALI, s. 23.

ze edilmesini sağlar.<sup>6</sup> Yalnız, devlet iktidarı olgusuyla birlikte ortaya üç büyük problem çıkmıştır: Bu iktidarın nasıl kazanılacağı, bu iktidarın kullanılmasına dair kuralların belirlenmesi ve iktidarın sınırlarının belirlenmesi.<sup>7</sup>

İşte bu üç sorunun çözümünü yani, oldukça karmaşık bir kuruluş olan devletin yapısını ve işleyişini bir takım kurallara bağlamak ihtiyacının doğması kaçınılmazdır. Tabii bu kuralların sistematik bir şekilde tasnif edilerek, bu alanda bir hukuk dalının ortaya çıkarılması da...

Toplumlar, zaman içinde farklı farklı yöntemlerle devletin yapısını, işleyişini, devlet iktidarının belirlenmesi, el değiştirmesi ve kullanılması noktalarındaki sorunları düzenleyen kurallar geliştirmişlerdir. Ancak bu kuralları günümüzdeki modern hukuk anlayışında olduğu gibi sistematik kanunlar aracılığıyla ortaya koyarak normatif bir düzen tesis etme yoluna gitmemişlerdir.

Örneğin, Eski Yunan'da, M.Ö. 4. yüzyılda yaşamış olan Aristo, devlet düzeninin temelini teşkil eden ana kanun ile kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen diğer kanunları açıkça birbirinden ayırmıştır ancak; devlet düzeninin temeli olan bu ana kanunu yazılı bir metin olarak düzenlemek fikrine varmamıştır.<sup>8</sup> Nitekim devletin ortaya çıktığı ilk günden itibaren günümüzdeki anlamıyla anayasacılık düşüncesinin var olmasını beklemek de pek gerçekçi bir beklenti olmayacaktır. Şüphesiz, devlet denilen olgu yaşadığı müddetçe devletin temel yapısını, organlarının kuruluş ve işleyişini düzenleyen kurallar olmuştur. Ancak bunların günümüzdeki anlamıyla anayasa olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> OKANDAN, Recai Galip, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 4.

<sup>7</sup> Devlet iktidarının kazanılması ve kullanılmasına dair sorunların ortaya çıkışı ilk çağlara kadar dayanmakta iken bu iktidarın sınırlandırılması gerektiği düşüncesi, 18. yüzyılda anayasacılık düşüncesinin doğuşu ile ortaya çıkmıştır.

<sup>8</sup> KUBALI, s. 2.

<sup>9</sup> Günümüzde, anayasa dendiğinde akıllara her zaman 'siyasal işlevin zorunlu olarak uyması gereken kuruluş ve işleyiş kuralları' gelmez. 'Anayasa' dendiğinde çoğu zaman, belli bir zamanda, belli bir devlette yürürlükte bulunan ve o devletin temel organlarının kuruluş ve işleyişini ile o devletteki temel hak ve hürriyetleri düzenleyen pozitif hukuk normları akla gelmektedir. Bu nedenle, devletin temel yapısını, organların kuruluş ve işleyişini düzenleyen bu kurallar, geniş anlamda anayasa olarak tanımlanabilirlerse de, dar anlamda (terim anlamıyla) anayasa olarak nitelendirilemezler.

Türkiye’de anayasacılık hareketleri, Cumhuriyet öncesi dönemde, 1808 yılında ayanlarla padişah arasında imzalanan ve misak tipi bir anayasal düzenleme olan Sened-i İttifak ile başlamıştır. Modern anlamda ve yazılı bir anayasa olan ilk Türk Anayasası ise 1876 tarihli Kanun-i Esasi’dir. Bu ilk anayasanın ardından Ulusal Kurtuluş Savaşı zamanında yürürlükte olması sebebiyle bir olağanüstü dönem anayasası olan 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu anayasaları 1961 ve 1982 Anayasaları takip etmiştir. Görüldüğü gibi 1876 yılından 1961 yılına kadar devletin kuruluş ve işleyişini ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ve normlar hiyerarşisinde en üst basamakta bulunan düzenlemenin adı üç defa değişikliğe uğramıştır.

Günümüzde her ne kadar bu üstün hukuk normu için “anayasa” ve devletin kuruluş ve işleyişi ile temel hak ve hürriyetleri inceleyen hukuk disiplini için “anayasa hukuku” tabirleri kullanılmış olsa da, anayasa doktrininde yakın zamana kadar bu hukuk dalının adının ne olacağı ve anayasanın adının ne olacağı konularında tartışmalar vardı. Bu çalışma, bu tartışmalar ışığında, anayasa hukuku doktrinindeki, konuyla ilgili eksik veya hatalı olduğunu düşündüğümüz bakış açılarına eleştirel yönden yaklaşmak amacıyla kaleme alınmıştır.

## II. “ANAYASA” TERİMİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ‘anayasa’ kelimesi bu çalışmada bir hukuk terimi olarak kullanılmaktadır. Bu yönüyle hukuk bilimi bakımından bu çalışmada kullanılan anayasa kelimesi, belli bir zamanda belli bir ülkede yürürlükte olan yazılı veya yazısız; şekli veya teamülî bir anayasa olarak değil; özel ve belirli bir kavramı karşılayan bir kelime olarak kullanılmıştır.

Siyasal işlev, toplumsal iş bölümüne konu olduktan sonra yani, toplumlar devlet içerisinde yaşamaya başladıktan sonra, siyaset hep bazı kurallara bağlı olarak yürütülmüştür. Bu kurallar, teamüllerden ve uygulamalardan doğan kurallar da olabilirler. Yani bu kuralların her zaman önceden ve açıkça saptanmış kurallar olmaları gerekmez. İşte, *devletin bulunduğu her yerde, siyasal işlevin zorunlu olarak uyması gereken bu kuruluş ve işleyiş kurallarının tümüne anayasa adı verilir.* Anayasa kelimesine bu anlamıyla bakıldı-

ğında anayasasız devlet diye bir şey olamayacağı sonucuna ulaşırız.<sup>10</sup> Çünkü kuruluş ve idaresi hiçbir normatif düzenlemeye bağlı olmasa da her devlette bir iktidarın varlığı muhakkaktır. Öyleyse modern anlamda bir anayasaya sahip olsun ya da olmasın her devlette, iktidarı gayrı meşru yollardan devirmeye ya da ele geçirmeye çalışmak o devletin işleyişiyle bağdaşmayan, kural dışı bir eylem olacaktır. Demek ki, anayasasız devlet olmaz önermesi, anayasa terimi, geniş anlamıyla kullanıldığında yanlış olmayan bir önermedir.

Yalnız, anayasa dendiğinde akıllara her zaman ‘siyasal işlevin zorunlu olarak uyması gereken kuruluş ve işleyiş kuralları’ gelmez. Anayasa dendiğinde çoğu zaman, belli bir zamanda, belli bir devlette yürürlükte bulunan ve o devletin temel organlarının kuruluş ve işleyişi ile o devletteki temel hak ve hürriyetleri düzenleyen pozitif hukuk normları akla gelmektedir.

Bu bakımdan anayasa (constitution) terimi, yukarıda geniş anlamını verdiğimiz anayasa kavramını ifade etmektedir. Terim, bugün hala kullanmakta olduğumuz, devlet iktidarının kullanımının sınırlarını çizen kurallar, şeklindeki bu anlamını; 16. Yüzyılda modern devletlerin siyasi birliklerini sağlamalarının yol açtığı iktidar yoğunlaşmasına bir tepki olarak ortaya çıkan, ‘anayasacılık’ hareketleri ile kazanmıştır.<sup>11</sup>

Bu noktada karşımıza bir de anayasacılık (constitutionalism), kavramı çıkmaktadır. Anayasacılık, “devlet iktidarının sınırlandırılması ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini devlet karşısında korumak amacıyla, kanunların üstünde yer alan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilen ve adına anayasa denen katı bir kanunun yapılmasını isteyen bir akımdır.”<sup>12</sup> Anayasacılık düşüncesinin ilk defa hangi tarihte ortaya çıktığı kesin olarak saptamak zordur, ancak; “anayasacılık” teriminin ilk defa 18. yüzyılın sonları<sup>13</sup> ile 19. yüzyılın başları<sup>14</sup> arasındaki dönemde kullanılmaya başlandığını söylenebilir.

<sup>10</sup> Aynı görüşte bakınız: EROĞUL, Cem, *Anatüze Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Ankara 2000, s.17; ESEN, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 1970, s. 13.

<sup>11</sup> ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2005, Genişletilmiş 3. Baskı, s. 38.

<sup>12</sup> GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa 2010, 1. Baskı, s. 71.

<sup>13</sup> GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 69.

<sup>14</sup> HAZIR, Hayati, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Konya 1990, s. 37.

Anayasacılık akımının yaygınlaşması ile anayasaların esas konusunu devletin hukuki statüsü, devlet iktidarının sınırlandırılması ve temel hak ve hürriyetler oluşturmuştur. İktidarın kötüye kullanılmasının önlenmesi, siyasi özgürlük ortamının sağlanması için olmazsa olmaz şartlardandır. 18. Yüzyılın sonlarında, devletler artık bu konuları diğer kanunlardan daha üstün bir kanun ile düzenleme ihtiyacı duymaya başlamışlardır.

Bu ihtiyacı karşılamak üzere hazırlanan metinler için Frenkler, günümüzde Türkiye'de kullanılmakta olan anayasa teriminin karşılığı olarak; kuruluş, oluşum, yapı anlamlarına gelen "constitution" kavramını kullanmışlardır.<sup>15</sup> Burada kuruluş derken kastedilen şeyin devletin ta kendisi olduğunu anlıyoruz.

Türkiye'de anayasacılık tarihinin ilk anayasası olan 1876 tarihli "Kanun-i Esasi"; 1921 tarihli ikinci anayasa, "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu" başlığını taşıyordu. Anayasa terimi ise, yasama organı tarafından ilk defa, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun, 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı kanunla (RG. 15 Ocak 1945-5905) yeni sözcüklerle<sup>16</sup> yayımlanması ile kullanılmaya başlanmıştır.<sup>17</sup>

Her ne kadar tek bir oturumda görüşülüp kabul edilmiş olsa da, Anayasa dilinde gerçekleştirilen bu köklü değişiklikler, son derece ciddi, kapsamlı ve oldukça uzun bir hazırlık döneminin ürünüdür. 1942 yılının başlarında iki ayrı kurul Türkçeleştirme tasarıları hazırlamış ve bu tasarılar milletvekillerine, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay başkanlarına, İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri profesörlerine, dil uzmanlarına dağıtılmıştır. Yapılan anket sonuçları ve alınan görüşler doğrultusunda üçüncü bir tasarı hazırlanmış ve bu

---

<sup>15</sup> TEZİÇ, *Erdoğan*, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, 13. Bası, s. 3.

<sup>16</sup> 1945 Anayasa metniyle oluşan eski ve yeni hukuk terimlerinin karşılaştırmalı bir listesi için bakınız: KARLIKLI, *Yücel*, "1945 Anayasası ve Türk Hukuk Diline Katkıları", *İdare Hukuku Ve İlimleri Dergisi*, C.13, 2000, S.1, s. 216-221.

<sup>17</sup> Bu değişiklikler o dönemki iktidar/muhalefet ikilisinin dil konusundaki farklı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. (Bakınız: TEZİÇ, s. 3).

son tasarı komisyonda yeniden düzeltilmiş sonra da grupta görüşülüp<sup>18</sup> kabul edilmiştir.<sup>19</sup>

1952 yılında, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu eski diliyle yeniden yürürlüğe konulmuşsa da, 1961 ve 1982 Anayasalarının başlıkları da “Anayasa” olarak tercih edilmiştir.

Doktrindeki bazı yazarlarca günümüzde sıkça kullandığımız “anayasa” kelimesinin dil ve hukuk tekniğine uygun olmadığı yönünde eleştiriler yapılmaktadır.<sup>20</sup>

Gözler, anayasa kavramını eleştirirken anayasa teriminin “ana” ve “yasa” kelimelerinden oluştuğunu, ana kelimesinin “yavruyu doğuran dişi” anlamına geldiğini ve bu nedenle de anayasa teriminin etimolojik olarak, “yasaların anası” yani “yasaların kendisinden doğduğu yasa” anlamına geldiğini ifade etmektedir.<sup>21</sup> Bu sebeple, anayasa kelimesinin constitution kelimesini karşılamadığını ve yanlış bir kullanım olduğunu, constitution kelimesinin en doğru karşılığının “teşkilat-ı esasiye” ya da “esas teşkilat” olduğunu dile getirmektedir.

Esen de kelime anlamıyla, Gözler’den daha önce, Gözler’in yaptığı tanımını yapmış, fakat neticeyi farklı bir yorumla izaha çalışmıştır. Esen’e göre, “insan toplulukları da yavrunun anada can kazanması gibi yeryüzünün belirli bir parçası üzerine yerleşmekle ve kendine mahsus belirli bir yapıya kavuşmakla bir kuruluş içine girmiş olurlar. Bu onların ana kuruluşudur. Kuruluşun hukuk yönünden örgütlenmesi de o topluluğun anayasa edinmesi demektir.”<sup>22</sup> Görüldüğü üzere Esen, gözlerin etimolojik yaklaşım olarak nitelendirdiği yaklaşımı Frenklerin rasyonel yaklaşımına yaklaştırmak suretiyle anayasa terimine anlam yükleme yoluna gitmiştir.

Erdoğan da konuyu Esen ve Gözler gibi ele almış ve anayasa kavramının ‘kanunların anası’ çağrışımını yapmakta olduğunu ve konuyla ilgilenenlere

<sup>18</sup> Görüşme tutanakları için bakınız: TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: 7, İçtima: 2, C. 15, 10.01.1945, İ: 22, s. 41-59.

<sup>19</sup> EROĞUL, Cem, “Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi”, AÜSBFD, C. 49, Nisan 1994, S. 3-4, s. 119-148.

<sup>20</sup> TEZİÇ, s. 3; ERDOĞAN, s. 40-41; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 20.

<sup>21</sup> GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 21.

<sup>22</sup> ESEN, s. 13.



anayasanın bir ülkenin hukuk sisteminin kaynağı olduğunu düşündürebileceğini vurgulamıştır.<sup>23</sup>

Yukarıda isimlerini zikrettiğimiz konuyla ilgilenen akademisyenler 'anayasa' kelimesinin anlamının etimolojik olarak incelendiğinde 'constitution' terimini karşılamaktan uzak olduğunu ifade etmektedirler. Hatta Gözler ve Teziç, 'anayasa'nın, "galat-ı meşhur"<sup>24</sup> ya da "ortak hatanın yarattığı bir kullanım"<sup>25</sup> olduğunu ifade etmektedirler.

Her şeyden önce etimolojinin semantikten<sup>26</sup> farklı olarak kelimelerin anlamlarını değil kökenlerini incelediğini, bu yönüyle kullanılan yöntemin yanlış adlandırıldığını vurgulamak gerekmektedir. Gözler, dilbilimsel semantik; Esen, mantıksal semantik; Erdoğan ise dilbilimsel ve felsefi semantik yöntemlerini kullanmıştır. Ancak kanımızca her üç yazarın da yaklaşımları eksik ve hatalıdır.

Etimolojik olarak ana kelimesi, dilimize Yunancadan girmiş olup; Eski Türkçede sıkça kullanılan "ög" (anne) kelimesinin yerini almıştır.<sup>27</sup> Anayasa kelimesi ise etimolojik olarak, Türkçede oluşturulmuş bir kelime olup, ana ve yasa kelimelerinden oluşan bir birleşik kelimedir.

Türkçede birleşik kelimeler; anlam kayması, ses değişimi ve kelime türü kayması olmak üzere üç yolla oluşurlar. Anlam kayması yoluyla kurulan birleşik kelimeler, birleşik kelimeyi oluşturan kelimelerden en az birisinin anlam kaymasına uğraması sonucu meydana gelirler.<sup>28</sup>

Semantik olarak ana kelimesi ise gerçek anlamıyla "çocuğu olan kadın, anne" anlamına gelmektedir. Ancak yasa kelimesi ile birleşen 'ana' kelimesi, anlam kaymasına uğrayarak gerçek anlamından farklı bir kullanımla 'anayasa' birleşik kelimesini oluşturmuştur.

---

<sup>23</sup> ERDOĞAN, s. 41.

<sup>24</sup> Yaygın hata. Bakınız: GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 21; TEZİÇ, s. 3.

<sup>25</sup> Errorcommunisfacitius. (Ortak hata hukuk yaratır). Bu görüş için bakınız. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 21.

<sup>26</sup> Semantik: Anlam bilim.

<sup>27</sup> NİŞANYAN, Sevan, Kelimelerin Soyağacı Çağdaş Türkçe'nin Etimolojik Sözlüğü, İstanbul 2007, s. 42.

<sup>28</sup> GÜLENSOY, Tuncer, Türkçe El Kitabı, Ankara 2000, s. 337.

Anayasa kelimesini oluşturan ‘ana’ kelimesi burada; “temel, asıl, esas”<sup>29</sup> ve “egemen, hâkim”<sup>30</sup> anlamlarına gelen yan anlamıyla kullanılmaktadır; ‘yasa’ kelimesi ise anayasa terimi içerisinde sadece ‘kanun’ anlamını değil aynı zamanda ‘düzen’<sup>31</sup> yan anlamını da içinde barındırmaktadır.<sup>32</sup>

Dolayısıyla, anayasa kelimesi anlam bakımından incelenirken, ana ve yasa kelimelerinin gerçek anlamlarıyla kullanımları dışındaki yan anlamları dikkate alınmadığı takdirde, ‘kanunların kendisinden doğduğu kanun’ anlamına geldiği yönünde yanlış bir yaklaşım ortaya çıkmış olur.

Anayasa, kanunların kendisinden kaynaklandığı değil, kanunların kendisine aykırı olmadığı, kanunlara egemen ve hâkim olan temel, esas, asıl yasayı ifade etmektedir.

Egemen, sözünü geçiren, üstünlük kazanan demektir,<sup>33</sup> bu nedenle anayasa kanunlara egemendir. Hâkim, başta gelen, başta olan, baskın çıkan demektir,<sup>34</sup> bu nedenle anayasa kanunlara hâkimdir.

‘Yasa’ kelimesinin ise asıl anlamı; ‘kanun’, yan anlamı; ‘zen’dir.<sup>35</sup> Anayasa, bize her iki anlamı da vermektedir.<sup>36</sup> Bu bakımdan anayasa terimi, egemen ve hâkim olan esas, temel kanunu ifade etmesinin yanı sıra, egemen ve hâkim olan esas, temel düzeni de ifade etmektedir.

Bu çıkarımlar, dilbilimsel semantik yaklaşımdan kaynaklanan çıkarımlardır. Anayasa kelimesi, mantıksal semantik yaklaşım ile de açıklanabilir. ‘Anayasa’nın, diğer kanunların kendisinden kaynaklandığı yasa olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Ancak, bir devlette anayasa olmadan, diğer kanunlar da olamaz. Devletin bulunduğu her yerde, siyasal işlevin zorunlu olarak uyması gereken kuruluş ve işleyiş kuralları bulunduğu yarıkarıda değinmiştik. Bu bakımdan anayasa terimi geniş anlamıyla kullanıldı-

<sup>29</sup> TDK Büyük Sözlük, C. 1, Ankara 1988, s. 64.

<sup>30</sup> ÇAĞBAYIR Yaşar, Ötüken Türkçe Sözlük, C.1, İstanbul 2007, s. 239.

<sup>31</sup> <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, E.T. 14.09.2011.

<sup>32</sup> Aynı görüşte bakınız: *TİKVEŞ Özkan*, Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982, s. 18.

<sup>33</sup> TDK Büyük Sözlük, s. 434.

<sup>34</sup> TDK Büyük Sözlük, s. 597.

<sup>35</sup> TDK Büyük Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, E.T. 12.10.2010.

<sup>36</sup> *TİKVEŞ*, s. 18.

ğında, anayasasız devlet diye bir şey olamayacağını da söylemiştik. Dolayısıyla; anayasasız devlet olamaz. Devlet olmadan devlet otoritesi olamaz. Devlet otoritesi olmadan ise, o ülkede hukuk düzeni ihdas edilemez, kanun yapılamaz. İşte bu sebeple, bir ülkede yürürlükte bulunan tüm kanunlar anayasadan kaynaklanmaz ancak, bir ülkede kanunların var olabilmesi için öncelikle geniş anlamda anayasanın var olması gerekmektedir. Nitekim "F.A. Hayek de anayasayı diğer bütün kanunların kaynağı olmak yerine hukukun idamesini sağlamak üzere oluşturulmuş bir üst yapı olarak tanımlamıştır."<sup>37</sup> Bu sebeple, anayasa kelimesi, diğer kanunların var olabilmesi için öncelikle kendisinin var olması gereken, üstün bir yasayı tanımlaması bakımından, dilbilimsel anlamıyla paralellik göstermektedir.

### III. "ANAYASA HUKUKU" KAVRAMI

Frenklerin, anayasa teriminin karşılığı olarak, kuruluş, oluşum, yapı anlamlarına gelen "constitution" kavramını kullandıklarını önceki bölümde belirtmiştik. Anayasa hukuku yerine kullandıkları kavram ise Fransızcada, "Droit Constitutionnel", İngilizcede ise "Constitutional Law" kavramıdır.

Dilbilgisi bakımından incelendiğinde bu kelimelerin birer sıfat tamlaması oldukları görülmektedir. Constitutional; kuruluşu dair, yapısal, anayasal, anayasaya uygun anlamlarına gelir.

"Constitutionallaw" kavramı, 'anayasaya uygun hukuk' demek olamaz; çünkü anayasaya uygun hukuk dendiğinde, hukukun var olan bir anayasadan kaynaklandığı gibi bir anlam çıkmaktadır.

"Constitutionallaw" kavramı, 'kuruluşa dair ya da yapısal hukuk' anlamını da tam olarak karşılayamaz; çünkü sadece teşkilata dair düzenlemeleri işaret eden bir kavram anayasa hukuku kavramını karşılamaya yetmez. Çünkü anayasa hukuku, teşkilata dair hükümlerin yanı sıra temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümler de içerir.

Bu bakımdan, Constitutionallaw ya da droitconstitution kavramlarının, anlam bakımından, "anayasal hukuk" kavramına denk geldiği söylenebilir.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> REYNOLDS, Noel B. "Constitutionalism And The Rue Of Law", Breyner, G. & Reynolds, N. E. (eds.), Constitutionalism and Rights, (Brighamb Young University Press, ss. 79-105'den aktaran: ERDOĞAN, s.41.

<sup>38</sup> Aynı görüşte bakınız: TEZİÇ, s.4.

Türkiye’de ise günümüzde anayasa hukuku olarak kullandığımız kavramı anlatmak üzere Kanun-i Esasi döneminde, “esasiye hukuku” ve “esasî hukuk”; Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde ise “esas teşkilat hukuku” kullanılmıştır.<sup>39</sup>

Bir dönem, anayasa hukuku kavramı yerine, “devlet ana hukuku”<sup>40</sup> ve “ana hukuk”<sup>41</sup> kavramları da önerilmiş, fakat bu kavramlar kabul görmemiştir.<sup>42</sup>

### 1. “Esasiye Hukuku” / “Hukuki Esasiye”

Bu kavramların kullanıldığı dönemlerde, Osmanlı Anayasasının adı “Kanun-i Esasi” idi. Bu sebeple ilgili hukuk dalının da esasiye hukuku/hukuki esasiye olarak adlandırılması doğaldır.

Esas kelimesi, Osmanlıcada, asıl, temel; destek, dayanak anlamlarına gelmektedir. ‘Esasi’ ve ‘esasiye’ kelimeleri de; esasla, temelle ilgili ve başlıca anlamlarına gelmektedir.<sup>43</sup> Semantik bakımından bakıldığında esasiye hukuku; esasla, temelle ilgili olanın hukuku anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, günümüzde kullanılan anayasa hukuku kavramına anlam bakımından oldukça yaklaşmıştır. Ancak ‘ana’ kelimesinin egemen ve hâkim olan yan anlamlarındaki kullanımlarına tam olarak uymamaktadır.

### 2. “Esas Teşkilat” / “Teşkilat-ı Esasiye Hukuku”

1930’lu yılların sonlarından itibaren dönemin anayasasının ismine uygun olarak (Esas Teşkilat Kanunu) “esas teşkilat hukuku” tabiri kullanılmaya başlanmıştır.

“Esas teşkilat hukuku”nu kitap başlığı olarak kullandığı tespit edilen ilk yazar İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörü Ali Fuat Başgil’dir.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, Ankara 2005, s. 67; GÖZLER, s. 21.

<sup>40</sup> Hüseyin Nail KUBALI 1946 yılında yayınladığı eserine “Devlet Ana Hukuku Dersleri” adını vermiştir.

<sup>41</sup> Ali Fuat BAŞGİL 1948 yılında yayınladığı eserine “Ana Hukuk Dersleri” adını vermiştir.

<sup>42</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku’nun Metodolojisi, Bursa 1999, s. 136; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 2007, s. 5, TEZİÇ, s. 4.

<sup>43</sup> PAR, Arif Hikmet, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük, İstanbul 1984, s. 90.

<sup>44</sup> Ali Fuat Başgil’in 1939 yılında, İstanbul’da yayınlanan kitabının adı “Türkiye Esas Teşkilatı ve Siyasi Rejimi” başlığını taşımaktadır.

Başgil'in ardından, Hüseyin Nail Kubalı da kitabının başlığında esas teşkilat hukuku kavramını kullanmıştır.<sup>45</sup>

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin aynı<sup>46</sup> dönemde aynı kürsüde görev yapan bu iki profesörünün ardından, günümüzde de birçok yazar 'esas teşkilat hukuku' kavramının 'constitutionallaw' kavramını en iyi şekilde karşıladığını savunmuştur.<sup>47</sup>

Aslında, 'esas teşkilat' teriminin, 'constitution' terimini karşıladığı söylenebilir, ancak kanımızca; 'esas teşkilat hukuku' kavramı, 'constitutionallaw' kavramını tam anlamıyla karşılayamamaktadır. Her şeyden önce dilbilgisi bakımından incelendiğinde, 'esas teşkilat' bir isim tamlaması iken, 'constitutional' kelimesinin bir sıfat olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan Teziç'in, 'constitutionallaw'un, 'anayasal hukuk' olarak tercüme edilmesi gerektiği düşüncesi yerindedir.<sup>48</sup>

Bunun dışında, esas teşkilat dendiğinde sadece kuruluş ve teşkilat akla gelmektedir. Oysa temel hak ve hürriyetlerin de anayasa hukukunun inceleme alanı içerisinde olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle kanaatimizce, 'esas teşkilat' terimi, anayasa hukukunun kuruluş ve teşkilat dışında kalan temel hak ve hürriyetler konularını karşılamakta yetersiz kalmaktadır.

### **3. "Ana Hukuk" ve "Devlet Ana Hukuku"**

'Esas teşkilat hukuku' kavramı gibi, 'ana hukuk' ve 'devlet ana hukuku' kavramları da Hüseyin Nail Kubalı ve Ali Fuat Başgil tarafından kullanılmıştır.

"Eğer bu hukuk dalının temel kanununun ismi anayasa ise bu hukuk dalının da "ana hukuk" olarak isimlendirilmesi tamamıyla yerindedir."<sup>49</sup> "Medeni kanun" ile "medeni hukuk"; "Ticaret Kanunu" ile "ticaret hukuku", "Ceza Kanunu" ile "ceza hukuku" arasında nasıl bir ilişki varsa; "anayasa"

---

<sup>45</sup> Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1943.

<sup>46</sup> 1942-1960 yılları arasında.

<sup>47</sup> Erdoğan Teziç, Kemal Gözler, Mehmet Turhan ve Mustafa Erdoğan bu yazarların bazılarıdır.

<sup>48</sup> TEZİÇ, s. 4.

<sup>49</sup> GÖZLER, Anayasa Hukuku'nun Metodolojisi, s. 136.

ile “ana hukuk veya “devlet ana hukuku” arasında da aynı mantıksal ilişki vardır.<sup>50</sup>

Ancak ne var ki bu tabir de anayasa hukuku terminolojisi içerisinde önemli bir yer edinememiş ve anayasa hukukçuları tarafından tercih edilmemiştir.

#### 4. “Anatüze”

Eroğul’un 1993 yılında lisans öğrencileri için yazdığı ders notları niteliğindeki kitabında, ‘Anatüze Giriş’ (“Anayasa Hukukuna Giriş”) başlığını kullanmıştır.

Eroğul, ‘tüze’nin kısaca, toplumu düzenleyen ve kamu gücüyle desteklenen kuralların tümü olarak tanımlanabileceğini söylemektedir.<sup>51</sup>

Toplum bilimleri sözlüğü ise, tüze’yi; “siyasal örgütü bulunan toplumlarda herhangi bir zamanda siyasal erkin uyulmasını yaptırma bağladığı, çoğunlukla yazılı buyruklar ve yasaklamalar biçimindeki davranış kurallarının tümü” olarak tanımlamıştır.<sup>52</sup>

Her iki tanımlama birlikte değerlendirildiğinde, ‘tüze’nin aslında belli bir zamanda belli bir yerde yürürlükte olan hukuk kurallarını yani ‘mevzuat’ terimini karşıladığını görüyoruz. Bu bakımdan Eroğul’un ‘anayasa hukuku’ kavramının karşılığı olarak kullandığı ‘anatüze’ kavramı anlamı karşılamak bakımından yetersiz kalmaktadır ve hukuk tekniği bakımından da hatalıdır.

Anayasa Hukuku kavramı, sadece yürürlükte olan anayasanın ve anayasal diğer düzenlemelerin hukuku olarak kullanıldığında dar anlamıyla kullanılmış olur.<sup>53</sup> Ancak ‘Anayasa Hukuku’nun bir de geniş anlamı vardır ki “anatüze” kavramı, geniş anlamıyla anayasa hukukunun amacını açıklamaya yetmeyecektir. Yani, ‘anatüze’ devlet, devlet sistemleri, iktidar, hükümet sistemleri, egemenlik, temel hak ve hürriyetler gibi herhangi bir mevzuata tabi olmayan teorik konuları inceleyen anayasa hukukunun genel esasları alanını karşılamakta yetersiz kalacaktır.

---

<sup>50</sup> Aynı görüşte bakınız: GÖZLER, Anayasa Hukuku’nun Metodolojisi, s. 136.

<sup>51</sup> EROĞUL, Anatüze... s. 29.

<sup>52</sup> <http://tdkterim.gov.tr/?kelime=t%FCze&kategori=terim&hng=md>, E.T. 12.09.2011.

<sup>53</sup> Örneğin, Türk Anayasa Hukuku, ifade edilmek isteniyorsa kullanılabilir.

Nitekim anatüze kullanımı yaygınlaşmamış ve bu kavram anayasa hukukçuları tarafından tercih edilmemiştir.

### 5. "Anayasa Hukuku"

"1924 tarihli "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu" 1945 yılında anlamına ve hükümlerine dokunmamak şartıyla "öztürkçe"ye çevrilince ve "Teşkilatı Esasiye Kanunu" yerine "Anayasa" denince, bu hukuk dalına da "Anayasa Hukuku" adı verildi."<sup>54</sup>

Esasen 'Anayasa Hukuku' kavramını ilk olarak kullanan yazar, Osman Nuri Uman'dır. 1930'lu yıllarda Jandarma Subay Okulu'nda Esas Teşkilat Hukuku dersleri veren Uman 1939 tarihinde yayınladığı Esasiye Hukuku adlı kitabında, "Ana Yasa Hukuku" alt başlığını kullanmıştır. Daha sonra 1945 yılında Bülent Nuri Esen kitabına Anayasa Hukuku adını vermiştir.<sup>55</sup>

Türk Anayasa Hukuku doktrininin dört büyüklerinden<sup>56</sup>, Ali Fuad Başgil, "anayasa hukuku" kavramını, yasanın kanun demek olması nedeniyle, "anayasa hukuku" kavramının da ana kanun hukuku anlamına geldiğini söyleyerek eleştirmektedir. Çünkü Başgil'e göre bu durumda hukukun sadece kanundan ibaret olduğu gibi yanlış bir anlam çıkmaktadır. Oysa hukuk, kanun üstü, kanun koyucunun havsalasını (anlayışını, kavrama yetisini) aşan bir değerdedir.<sup>57</sup>

Anayasa'yı Başgil'in tanımlaması paralelinde değerlendirdiğimiz takdirde, yukarıdaki eleştiri yerinde gibi görünmektedir. Oysa "anayasa" kelimesinin anlamı Başgil'in tanımlaması kadar dar bir anlam taşımadığı için,<sup>58</sup> bu doğrultuda yapılan eleştiri de bizleri yanılsıza götürmektedir.

Nitekim Bülent Nuri Esen ve İlhan Arsel gibi dönemin Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ekolünü temsil eden yazarları da, anayasa tabirinin

---

54 *TİKVEŞ*, s. 18.

55 *GÖZLER*, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s. 137.

56 Ali Fuat Başgil, Hüseyin Nail Kubalı, Bülent Nuri Esen, İlhan Arsel. Bu yazarlarla ve eserleriyle ilgili kapsamlı bilgi için bakınız: *GÖZLER*, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s. 200-214.

57 *BAŞGİL Ali Fuad*, Türkiye'de Siyasi Rejimi ve Anayasa Hukuku (Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri), İstanbul 1987, s. 8.

58 "Anayasa"nın anlamı üzerinde bir önceki bölümde ayrıntılı olarak durulduğu için burada ayrıca değinilmemiştir.

kullanılmasını daha uygun bulmuşlardır. Örneğin; “Arsel’e göre ‘anayasa’ tabiri Ali Fuat Başgil’in yaptığı gibi, ‘ana’ ve ‘yasa’ şeklinde iki ayrı kelimededen oluşmuş bir terim olarak değil de, her iki kelimenin meydana getirdiği, bir tek terim şeklinde, yani ‘anayasa’ şeklinde, yani esas teşkilat manasına gelecek olan ‘anayasa’ şeklinde kabul etmek gerekir. Böyle olunca, ‘anayasa hukuku’ dendiğinde bundan ‘ana kanun hukuku’ değil, ‘esas teşkilat hukuku’ anlaşılmalıdır.”<sup>59</sup>

Esen, “anayasa”yı “ana” ve “yasa” olarak iki ayrı kelime olarak anlamak yerine “anayasa” olarak tek bir (birleşik) olarak kabul etmekle, “anayasa”nın yukarıda izaha çalıştığımız anlamına yaklaşmış bulunmaktadır.

#### IV. SONUÇ

Anayasa kelimesinin, oluşum, yapı, kuruluş anlamlarına gelen ‘constitution’ kelimesinin karşılığı olmadığına dair tespitler, anayasa teriminin, egemen ve hâkim olan esas, temel düzen anlamı göz ardı edildiği için yerinde tespitler değildir. Ayrıca; dilin, her milletin kendi ihtiyacına göre geliştiği ve o milletin içinden doğduğu göz ardı edilmemelidir. İhtiyaç sonucu bulunan her kelimenin başka dillerde birebir anlamlarının bulunmaması olağandır. Bu nedenle yukarıda yerindeliğini izaha çalıştığımız anayasa terimini, sadece constitution kelimesinin tam karşılığı olmadığı gerekçesiyle benimsemek hata olacaktır.

“Anayasa Hukuku” ise, anayasanın/anayasaların oluşmasında ve uygulanmasında takip edilmesi gereken metodu araştıran, bu alana yeni bakış açıları ve yeni fikirleri kazandıran bir disiplin olarak anlaşılmalıdır.

Bu bakımdan, amaçsal ve anlamsal olarak incelendiğinde “Anayasa Hukuku” kavramının anayasanın hukukunu yani anayasanın temelinde yatan, anayasaya dayanak olan hukuku ifade ettiğini görmekteyiz.

Nitekim hem dilbilimsel semantik hem de mantıksal semantik yöntemi bize ‘anayasa’nın sanıldığı gibi yaygın yanlış kullanımdan ya da ortak hatanın hukuk yaratacağı özdeyişinden kaynaklanmadığını; aksine devlet olgusunun temelinde yatan, egemen ve hâkim yasayı ve düzeni tarif etmek için oldukça yerinde bir terim olduğunu göstermektedir.

---

<sup>59</sup> GÖZLER, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s. 137.



Dolayısıyla, "Anayasa Hukuku" kavramı da bu anayasanın temelinde yatan, anayasaya dayanak olan hukuk disiplinini en iyi şekilde adlandıran, yerinde bir kavramdır.

Tüm bu çıkarımlar bizlere doktrinimizdeki asıl galat-ı meşhur düşüncenin, "anayasa" teriminin ve "anayasa hukuku" kavramının, galat-ı meşhur bir kullanım olduğu yönündeki düşünce olduğunu göstermektedir.

**KAYNAKÇA**

- ABADAN, Yavuz**, Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri, Ankara 1952.
- BAŞGİL Ali Fuad**, Türkiye’de Siyasi Rejimi ve Anayasa Hukuku (Mukayeseli Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri), İstanbul 1987.
- ÇAĞBAYIR, Yaşar**, Ötüken Türkçe Sözlük, C.1, İstanbul 2007.
- ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, Genişletilmiş 3. Baskı.
- EROĞUL, Cem**, Anatüzeeye Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), Ankara 2000.
- EROĞUL, Cem**, “Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi”, AÜSBFD, C. 49, Nisan 1994, S. 3-4, s. 119-148.
- ESEN, Bülent Nuri**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970.
- GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukuku’nun Metodolojisi, Bursa 1999.
- GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Anayasa Hukuku, Ankara 2007.
- GÜLENSOY, Tuncer**, Türkçe El Kitabı, Ankara 2000.
- HAZIR, Hayati**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Konya 1990.
- KARLIKLI, Yücel**, “1945 Anayasası ve Türk Hukuk Diline Katkıları”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.13, 2000, S.1, s. 216-221.
- KUBALI, Hüseyin Nail**, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1969.
- KUBALI, Hüseyin Nail**, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1943.
- NİŞANYAN, Sevan**, Kelimelerin Soyağacı Çağdaş Türkçe’nin Etimolojik Sözlüğü, İstanbul 2007.
- PAR, Arif Hikmet**, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Sözlük, İstanbul 1984.
- TBMM Zabıt Ceridesi**, Devre: 7, İçtima: 2, C.15, 10.01.1945, İ:22.
- TDK Büyük Sözlük**, C. 1, Ankara 1988.
- TEZİÇ, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, 13. Baskı.
- TİKVEŞ Özkan**, Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982.
- TURHAN, Mehmet**, Anayasal Devlet, Ankara 2005.

**Özel Hukuk**

---



# KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA KAVRAMININ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 15.12.2010 TARİHLİ KARARI DOĞRULTUSUNDA TANIMLANMASI

*Yrd. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ\**

## ÖZET

Kamulaőtirmasız el atma, idarenin kamu hizmetinin görölmesi için ihtiyaç duyduğu özel mülkiyete konu taşınmazlara kanunda öngörölen usule uymayarak el atmasıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararıyla, kamulaőtirmasız el atmanın, idare tarafından taşınmaza fiili el atılması yanında, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin hukuka aykırı olarak uzun süre kısıtlanması halinde de gerçekteşeceğini kabul etmiştir. Bu kararlar kamulaőtirmasız el atmanın unsurları değişmiştir. Mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin uzun süre hukuka aykırı olarak kısıtlanması halinde de kamulaőtirmasız el atma gerçekteşir.

**Anahtar Kelimeler:** Mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının sınırlandırılması, kamulaőtirmasız el atma

**Defining of Indirect Expropriation is made with the Decision on 15 December 2010 of the Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court**

## ABSTRACT

In fulfilling public services the administration takes over the private properties without observing compliance procedure is an indirect expropriation. The decision was made by Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court on 15 December 2010, it was decided that indirect expropriation also occurs when the administration unlawfully restricts the right of private property at length. Upon this decision, the elements of an

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

indirect expropriation are changed. An indirect expropriation occurs when the administration unlawfully restricts the right of private property at length.

**Keywords:** Right to ownership, limitations on ownership, confiscating without expropriating

### I. Giriş

Mülkiyet hakkı, çok eski çağlarda benimsenen ve kişinin mutlak egemenliğine dayanan bir hak olarak ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. Ancak toplumsal gelişmeye bağlı olarak mülkiyet hakkı, ortaya çıktığı zamanki anlamından uzaklaşarak bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız özgürlük olma niteliğini yitirmiş, bu hakka zamanla toplum yararına bazı sınırlamalar getirilmiştir<sup>2</sup>. Mülkiyet hakkının sınırlanmasının amacı, bu hakkı bir imtiyaz olmaktan çıkarıp, ona sosyal fonksiyon kazandırmak ve onu giderek toplum yararına, kamunun faydalanabileceği bir hale getirmeye çalışmaktır. Türk Hukuku'nda özel mülkiyet benimsenmiş olmakla birlikte Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını

<sup>1</sup> Mülkiyet hakkı, eski çağlardan günümüze dokunulmaz, kutsal, tabî bir hak ve ilişki biçimi olarak kabul edilmiş ve malikle eşya arasında, başka hiçbir güç ve unsur söz konusu olmamış, bu hakkın hiçbir sınırlamaya konu olamayacağı kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖRÜCÜ**, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s. 8-9; *Güriz*, Roma'da mülkiyet hakkının mutlak bir nitelik taşıdığını, kullanma, yararlanma ve tasarruf yönünden malikin yetkilerinin hemen hemen sınırsız olduğunu belirtmektedir. Bkz. **GÜRİZ**, Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969, s. 32-33. Ayrıca Roma'da özel mülkiyete müdahalelerin hukuki düzenleniş biçimleri hakkında bilgi için bkz. **KARADENİZ**, Özcan, Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı, Ankara 1975, s. 27 vd.

<sup>2</sup> **ÖRÜCÜ**, s. 9; Roma hukukunda da mülkiyet hakkına kamu ve özel hukuk alanında çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Roma'da mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan olan kamulaştırma milattan önceki döneme kadar gitmektedir. Roma'da kamulaştırma günümüzde olduğu gibi kamu yararı amacıyla ve bedel karşılığı gerçekleşmekteydi. Bkz. **KARADENİZ**, s. 27 vd. *Güriz*, Roma'da devletin kamulaştırma yoluyla mülkiyete karışmasını kuraldan çok istisna olduğunu belirtmektedir. Bkz. **GÜRİZ**, s. 32. Roma hukukunda mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜÇÜKBİÇAKCI**, Erdem, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 29 vd.; **ETGÜ**, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul 2009, s. 53 vd.

Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu gibi çeşitli kanunlarla sınırlamalar getirilmiştir<sup>3</sup>. Ancak uygulamada, idare yapmış olduğu bazı idari işlemlerle, Anayasa ve kanunlarla getirilen sınırlama ve bu sınırlamanın esaslarıyla bağlı olmaksızın mülkiyet hakkına kanunlarla öngörülenin üzerinde kısıtlama getirerek mülkiyet hakkının içeriğini boşalttığı, bu hakkın verdiği yetkileri kullanılmaz hale getirdiği görülmektedir. Özellikle imar ve kamulaştırma alanında yaşanan sorunlar, imar planlamasının uzun sürmesi ve imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin kamulaştırılmasının imar programına alınmama veya ödenek yokluğu gibi sebeplerle kamulaştırma işleminin uzaması veya bu sebeplerle taşınmaza getirilen kısıtlamaların uzun sürmesi, kamulaştırmamız el atmanın yeniden tanımlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamulaştırmamız el atma, idarenin kamu hizmetinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmazlara kanunda öngörülen usule uymayarak el atması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Ancak günümüzde bazı hallerde kamulaştırma işlemi olmaksızın hatta taşınmaza fiili el atma durumu da gerçekleşmemekle

- 
- 3 **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 444-445; **TEKİNAY**, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, C. II/1, İstanbul 1988, s. 36.
- 4 **DÜREN**, Akın, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara 1977, s. 70; **BİLGEN**, Pertev, Kamulaştırma Hukuku, İstanbul 1999, s. 97-98; **GÜNDAY**, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2011, s. 277; **GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGEN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2011, s. 925 vd.; **ARCAK**, Ali/**DOĞRUSÖZ**, Edip, Kamulaştırmamız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992, s. 19-20; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2010, s. 1165; **ŞAHİNİZ**, Salih, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmamız El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006, s. 17; **KALABALIK**, Halil, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2005, s. 336-337; **ÇABRİ**, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005, s. 132 vd.; **ÖZKAYA**, Eraslan, Elatmanın Önlenmesi Davaları, Ankara 2002, s. 827; **KAYA**, Tayfun, Kamulaştırmamız El Koyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001, s. 22-23; **KÖROĞLU**, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995, s. 131 vd.; **ARTUKMAÇ**, Sadık, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977, s. 150; **AYHAN**, Fatma, "Kamulaştırma Kanunu'nun Gecici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda "Dolayısıyla Kamulaştırma" Uygulaması Üzerine Bir Deneme", İÜHFİM, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 1130 vd.; **BÖKE**, Veli, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, Ankara 2005, s. 26; **ERKAN**, Mustafa, International Energy Investment Law, Great Britain 2011, s. 63 vd.; **YAZICIOĞLU**, Ş. İrem, Kamulaştırmamız El Atma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008, s. 56; **ÇINAR**, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmamız El Atma Davaları, Ankara 2005, s. 901.

birlikte idarenin yapmış olduğu bazı işlemlerle mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın çok uzun sürdüğü görülmektedir. Yargıtay da 15.12.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına kadar kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için idarenin bir taşınmaza fiili olarak el atmasının gerekli olduğunu kabul etmekteydi<sup>5</sup>. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararında, kamulaştırmaz el atma şartlarının gerçekleşmesinde fiili el atma olgusunun gerçekleşmesinin şart olmadığını, mülkiyet hakkının aşırı kısıtlanması halinde de kamulaştırmaz el atmanın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu kararla kamulaştırmaz el atmanın varlığından söz etmede fiili el atma unsuru aranmadığından, kamulaştırmaz el atma kavramının yeniden tanımlanması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kararla uygulamada fiili olarak el atılmamakla birlikte uzun yıllar kısıtlama getirilen bir çok taşınmaz için kamulaştırmaz el atmaya dayalı taşınmazın idareye devri karşılığında bedele dönüştürme davası açma hakkı doğmuştur. Bundan dolayı bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararı doğrultusunda kamulaştırmaz el atma kavramı incelenecektir.

## II. Kamulaştırmaz El Atma

### A. Tanım

Günümüzde idare, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, idari fonksiyonunu yerine getirebilmesi ve kamu yararının gerektirdiği hizmetleri görebilmesi için özel kişilere nazaran üstün ve ayrıcalıklı bir takım yetkilerle donatılmıştır. Ancak idareye verilen ve özel hukuk kişileri karşısında tanın-

---

5 YHGK, T. 29.09.2004, E. 2004/5-450, K. 2004/454 kararında kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için fiili el atma olgusunun gerekli olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "Kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup malikin kullanımının yasaya aykırı olarak tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması gereklidir. Taşınmaz mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez.". Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2011). Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK, T. 05.12.2007, E. 2007/5-933, K. 2007/951; YHGK, T. 07.11.2007, E. 2007/5-805, K. 2007/826; YHGK, T. 31.10.2007, E. 2007/5-718, K. 2007/805; Yargıtay 5. HD, T. 05.03.2007, E. 2006/41869, K. 2007/2586, kararlar için bkz. www.hukukturk.com (26.12.2011). YHGK, kamu ortaklık payı ile düzenleme alınındaki taşınmazlardan paylı olarak oluşturulan kamu hizmetlerine ayrılarak kamulaştırılması gereken bir yerle ilgili, paydaşların tek başına taşınmazdan yararlanma olanağı kalmadığını belirterek, kamulaştırmaz el atmanın varlığını kabul etmiştir. YHGK, T. 02.02.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17, www.hukukturk.com (26.12.2011).



mış ayrıcalıklı üstün iradenin sınırsız olması söz konusu değildir. İdarenin yapmış olduğu her türlü eylem ve işlemin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Yönetimin yasallığı<sup>6</sup> olarak adlandırılan bu ilke gereği idare, kaynağını kanundan almayan bir yetkiyi kullanamaz. Bunun doğal sonucu olarak Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olduğu ilkesi getirilmiştir<sup>7</sup>. Buna göre idare, özel hukuk kişilerine ait taşınmaz mallara ve bunlar üzerindeki aynı haklara, kanunun kendisine tanıdığı hak ve verdiği yetkiyle ve ancak kanunda öngörülen şekilde sahip olabilir. Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan "*Mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir.*" hükmüne paralel olarak, Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırmanın temel esasları açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın "*Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kanunla gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.*" şeklindeki hükmü gereği, idare, geçerli bir kamulaştırma işlemi olmaksızın hiçbir özel hukuk kişinin taşınmazına el koyamayacağı gibi, bunu mülkiyetine geçiremez veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunun öngördüğü sınırı aşacak şekilde sınırlayamaz<sup>8</sup>. Sonuç

<sup>6</sup> **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 37; **BALTA**, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970, s. 126 vd.; **BİLGEN**, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996, s. 99; **ŞENGÜL**, Mehmet, 4650 Sayılı Kanun Değişikliği Çerçevesinde Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul 2004, s. 47-49; Danıştay bir kararında, idari işlemler yönünden en ağır sakatlığın yokluk olduğunu, yokluk halinde hukuksal değil fiili bir durumun söz konusu bulunduğunu, yoklukla sakat bir işlemin hukuk aleminde hiç doğmadığını, yokluğun re'sen gözönüne alınacağını, her zaman ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. DİDDGK, E. 89/383, K. 90/103, T. 08.06.1990 (**BİLGEN**, s. 255).

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 01.10.1991, E. 1990/40, K. 1991/33 sayılı kararında, hukuk devletinin başlıca amacının, kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu belirtmiştir: "*Devletin değişik işlevlerinin ayrı organlar eliyle görülmesi anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerden sorumlu tutulması ve güvencesidir. Hukuk devletinde, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi idarenin yargısal denetimidir.*". Kararda, idari işlemlere karşı kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve idarenin hukuka uygun davranmasının sağlanmasında yargı denetiminin önemini vurgulamıştır. Karar için bkz. RG: 07.02.1992, Sayı: 21135, s. 19.

<sup>8</sup> Kamulaştırma Kanunu m. 27'de "*Acele Kamulaştırma*" başlığı altında olağanüstü hallerde kamulaştırmanın yapılması düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleli-*

olarak idare, anayasal güvenceye kavuşturulmuş mülkiyet hakkına ancak kanunun verdiği yetki ile sınırlama getirebilmekte ve taşınmaz mülkiyeti ve buna bağlı aynı hakları Kamulaştırma Kanunu'nun öngördüğü koşullara bağlı olarak elde edebilmektedir. Bunun dışında her türlü eylem ve işlem, idarenin hukuki sorumluluğuna yol açmaktadır<sup>9</sup>.

Kamulaştırmatsız el atma kavramı hukukumuzda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun iptal edilen 38. maddesiyle girmiştir<sup>10</sup>. KK m. 38'de yer

---

*ğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10 uncu madde esasları dairesinde ve 15 inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 md.) 10 uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. Bu Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda yatırılacak miktar, ödenecek ilk taksit bedelidir.". Ayrıca Türk Borçlar Kanunu m. 64/II'de düzenlenen zaruret halinde başkasının mallarına haksız olarak zarar veren kişinin, haksız fiilden sorumlu olmayıp, hakkaniyet sorumlusu olması, devletin zorunlu hallerde verdiği zararlarda da geçerli olur. Savaş halinde ordunun, yurt savunması için acele kamulaştırma yapamayacağı veya Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu uyarınca işlem tesis edemeyeceği haller, zaruret hali olarak, gerçek veya tüzel kişilerin mallarına zarar verme halinde de hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.*

<sup>9</sup> **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 1165; **GÜNDAY**, s. 277; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 925; **ŞAHİNİZ**, s. 16; **KALABALIK**, s. 336; **KÖROĞLU**, s. 132; **BİLGEN**, Kamulaştırma, s. 97.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi'nin E. 2002/112, K. 2003/33, T. 10.04.2003 kararıyla Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi iptal edilmiştir. Mahkeme, "...Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel ögesinin "kamu yararı" olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla idarece kaldırılmasıdır. Kamulaştırmanın bir başka tanımlaması ise kamu yararı amacıyla, bir taşınmazın takdir edilen bedeli peşin verilmek üzere malikinin rızasına bakılmaksızın elinden alınmasıdır. Anayasa'nın "kamulaştırmayı" düzenleyen 46. maddesinin birinci fıkrasında; "Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir" denilmektedir. Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasakoyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisi altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin herhangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmatsız el atmadır. Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yön-

alan, “Kamulaştırma yapılmış ancak işlemler tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan malın maliki, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer.” hükmü Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmekle, yürürlükteki mevzuatımızda kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin herhangi bir hüküm kalmamıştır<sup>11</sup>. Ancak kamulaştırmatsız el atmaya ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme olmasa da idare, fiili olarak özel mülkiyete konu taşınmazlara el atmaya veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri aşırı sınırlamaya devam etmektedir. Bundan dolayı bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması uygulamada idarenin Anayasa ve kanuna aykırı olarak özel mülkiyete konu taşınmazlara el atmasını engellememekte, bu konudaki mağduriyetler devam etmektedir.

Kamulaştırmatsız el atma kavramı ilk olarak Yargıtay’ın T. 16.05.1956, E. 1, K. 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’na konu olmuştur<sup>12</sup>. Yargıtay’ın “... Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibariyle, gayrimenkulünü yola kalbeden

---

*temini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmatsız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.”* şeklindeki hükmüyle iptal gerekçesini ortaya koymuştur. Karar için bkz. [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1840&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1840&content=) (12.11.2011).

<sup>11</sup> Kamulaştırma Kanunu’na 18.06.2010 tarihinde eklenen “Kamulaştırmatsız el koyma sebebiyle tazmin” başlıklı geçici 6. maddeyle, kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca özgülenerik üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya yahut irtifak hakkı kurmak yoluyla malikin rızası olmaksızın fiili olarak el atılması sebebiyle hak sahiplerinin tazminat talebinde bulunmalarına olanak tanınmıştır. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un geçici 2. maddesinde, 04.11.1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6. maddesi hükmünün, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmatsız el koyma işlemlerine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme ile hem Kamulaştırma Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki hem de sonraki bütün kamulaştırmatsız el atma işlemlerine karşı dava açmanın yolu açılmıştır.

<sup>12</sup> Kararın tam metni için bkz. ŞAHİNİZ, s. 21-23.

*amme hükmi şahsiyeti aleyhine men'i müdahale davası açmaya hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ...*” şeklindeki İçtihadı Birleştirme Kararı'yla, taşınmazına kamulaştırmasız el atılan kişinin idareye karşı müdahalenin önlenmesi veya taşınmazın mülkiyetinin idareye devredilmesi karşılığında bedelinin ödenmesini isteme hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır. Yargıtay'ın 16.05.1956 gün, E. 1. K. 7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ise, “*Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, gayrimenkulünün bedelinin tahsiline ilişkin olarak, gayrimenkulünü yola kalbeden hükmü şahsiyeti aleyhine açacağı bedel davasında müruru-zamanın mevzuubahis olamayacağına ve bu itibarla da, hadisede Borçlar Kanununun 66'ncı maddesinin tatbik kabiliyeti bulunmadığına...*” karar verilmiş, kamulaştırmasız el atma halinde açılacak bedel davalarının zamanaşımına bağlı olmadığını vurgulamıştır<sup>13</sup>. Kamulaştırmasız el atma, idarenin haksız bir eylemi niteliğinde olduğundan, el atmaya rağmen mülkiyet hakkı malikte kalmaktadır. Bir önceki İçtihadı Birleştirme Kararıyla malikin, dilerse müdahalenin önlenmesi, dilerse taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığı bedel ödenmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının devam ettiği bir durumda malikin taşınmazın idareye devri karşılığı açacağı bedel davasının zamanaşımına bağlı olması mümkün değildir. Çünkü malikin mülkiyet hakkı devam etmekte olup, idare açısından sebepsiz zenginleşme teşkil edecek bir durum söz konusu değildir<sup>14</sup>. Bundan dolayı malik el atma devam ettiği sürece bu davayı açma hakkına sahiptir. Yargıtay'ın 11.02.1959 gün, E. 1958/17, K. 1959/15 sayılı kararında da özetle, kamulaştırmasız el atma halinde haksız el atmadan doğan tazminat davalarında adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir<sup>15</sup>. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın verdiği çeşitli kararlarda kamulaştırmasız el atmanın temelleri ortaya konulmuş ve taşınmazına el atılan kişinin el atma fiiline karşı sahip olduğu hakların neler olduğu hüküm altına alınmıştır.

---

<sup>13</sup> Kararın tam metni için bkz. ŞAHİNİZ, s. 23-24.

<sup>14</sup> DÜREN, s. 74; BİLGİN, Kamulaştırma, s. 98; GÜNDAY, s. 278.

<sup>15</sup> Kararın tam metni için bkz. ŞAHİNİZ, s. 24-26.

Kamulaştırmamız el atmaya ilişkin öğretilerde çeşitli tanımlar yapılmıştır. ARCAK/DOĞRUSÖZ'e göre<sup>16</sup>, "İdare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin gayrimenkul malına el koyar, onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut da, o gayrimenkul malı bir hizmete tahsis ederek, mal sahibinin gayrimenkulü üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idarenin bu işlemine, kamulaştırmamız el koyma denir. Diğer bir ifadeyle, gerek Kamulaştırma Kanunu'ndaki esaslar çerçevesinde, gerekse özel yasalardaki hükümlere uyulmak suretiyle, bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya kamulaştırma işlemine başlanılmakla birlikte kamulaştırma oluşmamış olmasına rağmen, idare özel mülkiyetteki gayrimenkule el koyarak bu sonuncuyu kısmen veya tamamen kamu malı durumuna dönüştürmüş veya üzerinde tesisler yaptırmış ise, kamulaştırmamız el koyma sözkonusu olur." BÖKE'ye göre kamulaştırmamız el atma<sup>17</sup>, "İdarenin özel mülkiyet konusu bir taşınmazı, kamulaştırmaya başvurmaksızın iradi veya gayri iradi bir şekilde fiilen işgal ederek bir kamu hizmetine tahsis etmesi ve üzerinde kalıcı tesis gerçekleştirmesidir". GÜNDAY'a göre ise<sup>18</sup>, "Kamulaştırmamız el atma, idarenin usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın ve geçici işgal koşulları da bulunmadığı halde özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza el atılmasıdır". BİLGİN ise kamulaştırmamız el atmaya<sup>19</sup>, "...özel kişilere ait bir taşınmaz malın, hukuka uygun usuller kullanılmaksızın, idareye geçmesini doğuran bir olaydır." şeklinde tanımlamıştır. DÜREN'e göre kamulaştırmamız el atma<sup>20</sup>, "İdarenin kamulaştırma yoluna gitmeden ya da geçici işgal koşullarını yerine getirmeden özel mülkiyet konusu taşınmaza, kamu hizmetlerinin devamlı görülmesi sebebiyle el koymasıdır."<sup>21</sup> Yargıtay ise bir kararıyla kamulaştırmamız el atmanın tanımını şu şekilde yapmıştır: "2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamı içinde veya özel kanunlardaki hükümlere uyu-

---

16 ARCAK/DOĞRUSÖZ, s. 19.

17 BÖKE, s. 18.

18 GÜNDAY, s. 277.

19 BİLGİN, Kamulaştırma, s. 97.

20 DÜREN, s. 70.

21 Öğretilerdeki diğer tanım ve açıklamalar için bkz. KALABALIK, s. 336-337; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1165; YAZICIOĞLU, s. 56; KÖROĞLU, s. 131 vd.; ARTUKMAÇ, s. 150-151; ÇABRİ, s. 132; ÇINAR, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmamız El Atma Davaları, Ankara 2005, s. 901; ERKAN, s. 63 vd.

olarak bir kamulaştırma işlemi yapılmamış veya kamulaştırma işlemine başlanılmakla beraber tamamlanmamış olmasına rağmen, idare el koyarak bir taşınmaz mal üzerinde tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı kamu yararına yönelik bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa kamulaştırmatsız el koyma söz konusudur."<sup>22</sup>.

Yukarıda vermiş olduğumuz bütün tanımlarda kamulaştırmatsız el atmanın unsurlarından biri olarak fiili el atma olduğu belirtilmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 09.06.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararına göre kamulaştırmatsız el atmadan söz edebilmek için taşınmazla fiili el atılmasına gerek yoktur<sup>23</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas<sup>24</sup> cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir." şeklindeki kararında, imar planında kamu hizmetlerine özgülünen ancak uzun yıllar imar programına alınmayarak idarece herhangi bir idari işlem tesis edilmemesi eylemini, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip ve bu durumun kamulaştırmatsız el atmanın varlığı için yeterli olduğunu vurgulanmıştır.

<sup>22</sup> YHGK, E. 2005/5-288, K. 2005/352, T. 25.05.2005, www.kazanci.com.tr (07.12.2011).

<sup>23</sup> Karar için bkz. www.hukukturk.com (08.12.2011).

<sup>24</sup> Kararda geçen "takas" kelimesi "trampa, mal değişimi sözleşmesi" anlamında kullanılmıştır. Takas, birbirine karşı aynı cins alacağı sahip kişilerden birinin tek taraflı irade beyanıyla bu alacakların az olan tutarında sona erdirilmesidir (TBK m. 139). Trampa (mal değişim sözleşmesi), taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 282). Trampa yolu ile kamulaştırma Kamulaştırma Kanunu m. 26'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre idare, mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı kamulaştırma muhatabına verilebilir. Bu halde idare, kamulaştırma muhatabına kamulaştırma bedeli yerine başka bir taşınmazı önermekte, kamulaştırma muhatabının kabul etmesi halinde kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan taşınmaz trampa yoluyla sağlanmaktadır.

Bu karar doğrultusunda kamulaştırmatsız el atmayı, idarenin kamu hizmetlerinin görülmesi için ihtiyaç duyduğu taşınmazları kamulaştırma işlemi olmaksızın veya kamulaştırma işlemine başlamakla birlikte bu işlemi sonuçlandırmaksızın özel hukuk kişilerine ait taşınmazlara el atması veya taşınmazla fiili olarak el atılmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri kanunda öngörülenin üzerinde aşırı sınırlaması olarak tanımlayabiliriz. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamulaştırmatsız el atma idarenin haksız bir eylemi niteliğindedir<sup>25</sup>. Kamulaştırmatsız el atmanın haksız fiil niteliğinde olmasını sağlayan sebep, idarenin kamulaştırma ile elde edeceği sonuca, kamulaştırma işleminin şekil şartlarına uymadan ulaşmak istemesidir. Kamulaştırma Kanunu, kamulaştırma işleminin hangi koşullar altında yapılacağını ve kamulaştırma yapılırken idarenin uyacağı şekli koşulları sıkı kurallara bağlamıştır. Kanunen öngörülen şekle uyulmadan özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atılması veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı derecede sınırlanması halinde karşımıza idarenin haksız bir eylemi niteliğindeki olan kamulaştırmatsız el atma kavramı çıkmaktadır. Kamulaştırmatsız el atmadan söz edebilmek için el koymanın kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca vazgeçilmez olması gerekir<sup>26</sup>. Aksi hallerde idarenin alelade haksız fiili söz konusu olur ve bu halde sadece haksız el atmanın önlenmesi davası (TMK m. 683/II) ile haksız el atmadan dolayı uğranılan zararların tazmini istenebilir.

Kamulaştırmatsız el atma üç şekilde karşımıza çıkabilir. Birinci halde idare, kamulaştırma işlemi olmaksızın özel mülkiyetteki taşınmazlara müdahale edebilir. İkinci halde idare, kamulaştırma işlemi tamamlanmadan ya da usulüne uygun yapılmadan mülkiyet hakkına müdahale etmiş olabilir. Bu durumda kanunda öngörülen şekilde tesis edilmemiş sakat veya eksik bir idari işlem söz konusu olur. Üçüncü halde ise idarenin, mülkiyet hakkının kanundan doğan kısıtlamaların sınırını aşarak taşınmaza uzun süre kısıtlama getirmesi (inşaat izni vermemesi) şeklinde gerçekleşebilir<sup>27</sup>. Bu halde, ida-

---

25 **DÜREN**, s. 70; **BİLGEN**, Kamulaştırma, s. 97; **GÜNDAY**, s. 277; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 1165; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 925; **ŞAHİNİZ**, s. 16; **KALABALIK**, s. 336; **KÖROĞLU**, s. 132.

26 **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 925.

27 Burada bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekiyor. Özellikle imar planları uyarınca umumi hizmetlere ayrılan yerlerde kamulaştırma gerçekleşinceye kadar mülkiyet hakkı devam etse de bu tür yerlere malikin inşaat yapması mümkün olmadığı gibi nihayetinde kamulaştırılacak yerleri de kimse satın almak istememektedir. Bundan dolayı kamulaş-

renin yapması gereken işlemleri yapmamasına bağlı olarak daha önce tesis edilen idari işlemlerle mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamanın kanunda öngörülen hallerin üzerinde uzun süre devam ederek, mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kullanılmasına engel olunarak mülkiyet hakkının özüne dokunulması söz konusu olmaktadır.

## B. Unsurlar

Yukarıda vermiş olduğumuz tanım uyarınca kamulaştırmamız el atmanın unsurları olarak şunları sayabiliriz: 1. İdare tarafından taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atılması veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aşırı derecede sınırlanması. 2. El atmanın kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından görev alanına giren konular için kamu yararı amacıyla yapılması ve idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi. 3. El atmanın veya getirilen kısıtlamanın hukuka aykırı olması.

### 1. İdare Tarafından Özel Mülkiyete Konu Bir Taşınmaza Kamulaştırma Yapılmaksızın Fiilen El Atılması veya Mülkiyet Hakkının Verdiği Yetkilerin Aşırı Derecede Sınırlanması

Kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın fiilen el atılması<sup>28</sup> veya mülkiyet hakkının verdiği yetkilerin aşırı derecede sınırlanması gerekir. Taşınmaza fiilen el konulması çeşitli

---

tırmanın zamanında gerçekleşmemesi halinde özellikle yerleşim yerlerindeki taşınmaz kullanma veya yararlanma olanağı kalmamaktadır. Çünkü yerleşim yeri içinde kalan (konut veya ticaret alanı) bir taşınmazın kullanılmasında asıl olan yapı yapmaktır. Malikin yapı hakkının olmadığı veya uzun süre sınırlandığı hallerde mülkiyet hakkının vermiş olduğu diğer yetkileri kullanmanın bir anlamı kalmamaktadır.

<sup>28</sup> ŞAHİNİZ, s. 55; AYHAN, s. 1132-1133; ÇINAR, s. 902; BÖKE, s. 32-33. *Günday*, kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmaza hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. GÜNDAY, s. 277. Yazıcıoğlu, kamulaştırmamız el atmadan söz edebilmek için taşınmaza fiili el atılması yanında idarenin sahiplenme iradesinin de olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 57. Yazar bu görüşüne Yargıtay'ın "...kamulaştırmamız el atmadan bahsedilebilmek için, kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin sahiplenmek maksadı ile kamulaştırma yapmadan taşınmaza fiilen el atarak kamu hizmetine ayırması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapması gerekir." şeklindeki kararına gerekçe olarak ileri sürmektedir (Yargıtay 5. HD, T. 17.10.2005, E. 2005/7381, K. 2005/10968, www.kazanci.com.tr, 14.12.2011). Bize göre, kamulaştırmamız el atmadan söz etmede idarenin ne niyetle hareket ettiği önemli değildir. Önemli olan taşınmaza fiili ve sürekli olarak el atılmasıdır.



şekillerde olabilir. Bu durum kamulaştırma işlemi hiç yapılmadan taşınmaza el atma şeklinde gerçekleşebileceği gibi kamulaştırma işlemine başlanmakla birlikte tamamlanmadan da taşınmaza el atma şeklinde gerçekleşebilir. Ayrıca kamulaştırma işleminin yokluk ile sakat olduğu veya kamulaştırma işleminin vazgeçildiği hallerde de özel mülkiyete konu taşınmaza el konulması veya taşınmazın boşaltılmaması halinde yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur<sup>29</sup>.

#### **a. Kamulaştırma İşleminin Hiç Yapılmamış Olması**

Kamulaştırmanın ne şekilde yapılacağı 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıntılı düzenlenmiş olup, kamulaştırma yoluyla özel mülkiyete konu bir taşınmazın edinilmesinde kanunun belirlediği usul ve esaslar, idare için bağlayıcı niteliktedir. İdarenin kanunda öngörülen usul ve esaslara uymadan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el koyması halinde kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur<sup>30</sup>. Örneğin, idarenin kamulaştırma yapmaksızın bir taşınmazdan yol geçirmesi veya taşınmazın başka bir kamu hizmeti için kullanması. Uygulamada en çok rastlanan kamulaştırmatsız el atma hali kamulaştırma işlemi olmaksızın idarenin özel mülkiyete konu taşınmazlardan yol geçirmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

#### **b. Kamulaştırma İşleminin Tamamlanmamış Olması**

Kamulaştırma işlemi kamu yararı kararı alınmasından taşınmazın edinilmesi aşamasına kadar birden çok idari işlemi bünyesinde barındırmaktadır. İdarenin kamu yararı kararı almasından kamulaştırmanın gerçekleştiği aşamaya kadar bazı idari işlemleri yapmakla birlikte kamulaştırma süreci tamamlanmadan taşınmaza el atılması halinde yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Çünkü kamulaştırma yoluyla özel mülkiyete konu taşınmazın edinilmesi ya taşınmazın “*satın alma usulü*” olarak adlandırılan iradi yolla edinilmesi (KK m. 8, kamulaştırma muhatabının taşınmazı iradi olarak devretmesi) ya da mahkeme kararıyla (KK m. 10) gerçekleşebilir. İdare kamu hizmetine özgüleyeceği taşınmazı edinmek için öncelikli olarak KK m. 8'de düzenlenen satın alma usulünü işletecek (iradi yolla taşınmazın devrini sağlama), iradi yolla devri sağlayamaması halinde ise KK m. 10'a göre, top-

---

<sup>29</sup> ŞAHİNİZ, s. 45; YAZICIOĞLU, s. 59.

<sup>30</sup> ŞAHİNİZ, s. 46; YAZICIOĞLU, s. 59; KÖROĞLU, s. 132; ÇINAR, s. 902.

ladığı bilgi ve belgelerle taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine başvurarak taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin ödenmesi karşılığında, taşınmazın idare adına tescilini istemesi gerekir. Bu halde ancak mahkemece taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesiyle taşınmaz edinilmiş olur (TMK m. 705/II). İşte Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen bu usul tamamlanmadan taşınmaza el atılması halinde de kamulaştırmatsız el atma gerçekleşmiş olur<sup>31</sup>.

### c. Kamulaştırma İşleminin Yokluk İle Sakat Olması

İdare, yokluk yaptırımına tâbi bir idari işleme dayanarak özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atmışsa yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur<sup>32</sup>. Kamulaştırma işleminin idari işlem olarak sakat olması ile yok olması birbirinden farklıdır. İdari işlem sakat olsa bile iptal davası açılıp mahkemece iptal edilmediği veya idarece geri alınmadığı sürece geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>33</sup>. Bundan dolayı sakat bir idari işleme dayanarak taşınmaza el atılması kamulaştırmatsız el atma olarak nitelendirilemez. Ancak sakat olan idari işlem için iptal davası açılıp, kamulaştırma işleminin iptaline karar verilmesine rağmen idare taşınmaza el atmaya devam etmişse, yine kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Yokluk yaptırımına tâbi idari işlemlerin özelliği hukuken hiç doğmamış sayılmalarıdır<sup>34</sup>. Bu işlemlerin iptali için ayrıca iptal davası açmaya gerek yoktur. Yok hükmündeki idari işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmayacağı ve yokluğun süreye bağlı olmasının her zaman ileri sürülebileceği gibi, mahkemece tespit edilmesi de

---

31 **ŞAHİNİZ**, s. 46; **YAZICIOĞLU**, s. 5 ; Yargıtay, kamulaştırma işlemi yapılmasına rağmen kamulaştırma işleminin kamulaştırma muhatabına tebliğ edilmediği hallerde de kamulaştırmatsız el atmanın söz konusu olacağına ve bu durumda malikin açmış olduğu davanın kamulaştırmatsız el atma nedeniyle tazminat davası niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 5. HD, E. 2002/3281, K. 2002/10038, T. 02.05.2002; Yargıtay 5. HD, E. 2003/5902, K. 2003/9139, T. 03.07.2003; Yargıtay 5. HD, E. 2003/6786, K. 2004/206, T. 02.02.2004; HGK, E. 2006/5-327, K. 2006/316, T. 24.05.2006; Yargıtay 5. HD, E. 2007/1189, K. 2007/1910, T. 20.02.2007; www.kazanci.com.tr (15.2.2011).

32 **ŞAHİNİZ**, s. 46; **YAZICIOĞLU**, s. 62.

33 **GÜNDAY**, s. 168 vd.

34 **GÜNDAY**, s. 165. *Erkut*, idari işlemlerde yokluğu, bir idari işlemin kurucu unsurlarındaki hukuka aykırılığın derhal farkedilebilir nitelikte, idari işlemin kimliğini dahi kaybettirecek derecede ağır, açık ve bariz olması olarak tanımlamaktadır. Bkz. **ERKUT**, Celâl, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, L. Duran'a Armağan, Y. 9, 1988, S. 1-3, s. 72.

mümkündür<sup>35</sup>. Bundan dolayı yok hükmünde olan bir idari işleme dayanılarak özel mülkiyete konu bir taşınmaza el atılması halinde de kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Örneğin, idarenin kamu malına el atması halinde, kamulaştırma işleminin konusu mümkün olmadığından, idari işlem yok hükmündedir<sup>36</sup>.

#### d. İdarenin Kamulaştırmadan Vazgeçmesi

İdare kamulaştırmanın her safhasında tek taraflı olarak kamulaştırmadan vazgeçebilir. Bu durum KK m. 21’de, “*İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir. Şu kadar ki, dava sırasında vazgeçme halinde dava giderleri ile harç, harcanan emek ve işin önemi gözetilerek mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yine KK m. 22’de, kamulaştırma işleminden tarafların anlaşmasıyla vazgeçmenin mümkün olduğu düzenlenmiştir<sup>37</sup>. Gerek idarenin tek taraflı gerekse tarafların anlaşması yoluyla kamulaştırma işleminden vazgeçilmesine rağmen idarenin taşınmaza boşaltmaması, fiili olarak el atmaya devam etmesi halinde de kamulaştırmatsız el atma söz konusu olur. Yargıtay, kamulaştırmadan vazgeçilmesine rağmen, vazgeçen idarenin taşınmaza el atmasının devam etmesi halinde, davalı idarenin eyleminin kamulaştırmatsız el atma olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>38</sup>.

35 GÜNDAY, s. 166; BİLGİN, s. 255; *Erkut*, aksi görüştedir. Yazar, yokluk halinin tespitin ancak iptal davası açılması yoluyla sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Bzk. ERKUT, s. 89.

36 YAZICIOĞLU, s. 62.

37 KK m. 22: “*Kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçularına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilir. (I). Ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmayarak bu Kanunun 30 uncu veya 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu’nun 23 üncü maddesine göre işlem yapılır. (II)*”.

38 Yargıtay 5. HD, T. 15.06.1999, E. 1999/7706, K. 1999/10341, (AKAR, Zeki, Açıklamalı-İçtihatlı-Gerekçeli Kamulaştırma ve Kamulaştırmatsız El Atma Davaları, C. II, Ankara 2002, C. II, s. 969); ŞAHİNİZ, s. 55.

### e. Mülkiyet Hakkının Vermiş Olduğu Yetkilerin Aşırı Sınırlanması

Kamuştürmasız el atmanın söz konusu olduğu diğer bir hal ise, taşınmaza fiilî olarak el atılmamış olmasına rağmen mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı derecede sınırlanmasıdır. Günümüzde kamuştürmasız el atmanın en çok gerçekleştiği hallerden biri bu durum olup, özellikle imar planlaması sonrasında umumi hizmetlere ayrılıp da uzun süre kamuştürmasının zamanında gerçekleşmemesine bağlı olarak mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin aşırı sınırlanması olarak ortaya çıkmaktadır. Fiilî et atmanın olmamasına rağmen mülkiyet hakkının aşırı derecede kısıtlanma hâlinin kamuştürmasız el atma sayılması, çalışmayı yapmamıza sebep olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Yargıtay, önceki kararlarında kamuştürmasız el atmadan söz edebilmek için mutlaka fiilî el atma koşulunun gerçekleşmesini aramaktaydı<sup>39</sup>. Bu koşulun aranması ise mülkiyet hakkına getirilen çok uzun süreli kısıtlamaların kamuştürmasız el atma sayılmasına engel olmakta ve bu durum ise uygulamada birçok kişinin mağdur olmasına sebep olmaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve aynı maddenin devamında da mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılamama-

<sup>39</sup> Yargıtay önceki kararlarında imar planlarında umumi hizmetlere ayrılarak kamuştürması gereken yerlere fiilî olarak el atılmaması halinde kamuştürmasız et atmayı kabul etmemekteydi. Karara konu olayda kişinin taşınmazı 1978 yılında yapılan imar planıyla okul alanı olarak umumi hizmetlere ayrılmış, aradan 30 yıl gibi bir süre geçtikten sonra kişi inşaat izni için idareye başvurmuş, ancak idare söz konusu taşınmazın imar planında okul alanı olarak ayrıldığını gerekçe göstererek inşaat izni talebini reddetmiştir. Bunun üzerine kişi kamuştürmasız el atma davası açmış, ancak mahkeme hem fiilî el atma olgusunun gerçekleşmediğini hem de idareyi idari işleme zorlayıcı nitelikte iptal kararı verilemeyeceğini gerekçe göstererek kamuştürmasız el atmaya dayılı tazminat talebini reddetmiştir. YHGK, E. 2007/5-805, K. 2007/826, T. 07.11.2007 kararında; "... imar planında park ve yol alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamuştürmasız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığını...", belirtmiştir. www.kazanci.com.tr (07.12.2011); Yargıtay başka bir kararında umumi hizmetlere ayrılarak düzenleme alanındaki taşınmazlardan kamu ortaklık payı yoluyla oluşturulan kamu hizmetleri için gerekli yerlerin zamanında kamuştürmaması halinde kamuştürmasız el atmayı kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak taşınmaz üzerinde birden çok paydaşın olduğunu ve paydaşların taşınmazdan fiilî olarak yararlanmasının mümkün olmadığını haklı olarak belirtmiştir. YHGK, T. 02.02.2005, E. 2004/5-555, K. 2005/17, www.hukukturk.com (15.12.2011).

yacağı düzenlenmiştir<sup>40</sup>. Mülkiyet hakkının tâbi olduğu kısıtlamalar bu konuda yapılan ayırım ile bir kısmı kamu hukuku kurallarına bir kısmı ise özel hukuk kurallarına dayanmaktadır<sup>41</sup>. Çalışmamızın konusunu oluşturan kısıtlamalar kamu hukukundan kaynaklanmaktadır ve bu kısıtlamalar kamu yararı amacıyla getirilmişlerdir<sup>42</sup>. Diğer bir ifadeyle, kamu hukuku alanına giren bazı kanunlar<sup>43</sup>, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına, devamına veya bu haktan doğan yetkilerin kullanılmasına ilişkin sınırlayıcı kurallar içermektedir<sup>44</sup>. Her ne kadar mülkiyet hakkı, kanunda öngörülen hallerde sınırlanabilse de bu sınırlamanın hangi esaslar dahilinde gerçekleşebileceği ilgili kanunlarda düzenlenmiş ve bu sınırlamanın da sınırı belirlenmiştir. Ancak uygulamada gerek idarenin işini zamanında yapmaması, gerekse ödenek yokluğu bahane edilerek idari işlemlerin zamanında tesis edilmemesi, kişilerin mülkiyet hakkını aşırı derecede sınırlayarak hakkın özüne dokunmakta, taşınmaz fiili olarak el atılmasa bile mülkiyet hakkının içeriği boşalmış bir hale

- 
- 40 Anayasa Mahkemesi 21.6.1990 gününde verdiği kararında mülkiyet hakkının, Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte bir hak olduğunu, bu anlamda mülkiyet hakkı, bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme yetkilerini içermekle birlikte, toplum yararına aykırı kullanılmayacağını ve yasaların koymuş olduğu sınırlamalara uyularak kullanılacağını ve bu yönüyle bireyin dilediği biçimde kullanabileceği sınırsız bir hak ve özgürlük olma niteliğini yitirmiş sosyal nitelikte bir hak olma yolunda geliştiğini ve kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 21.6.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 karar için bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (26.11.2011).
- 41 Gerek kamu hukuku gerek özel hukuk kısıtlamaları tapuya tescil edilmelerine gerek olmadan etkili olmaktadır. Ancak, özel hukuk kısıtlamalarında bu kısıtlama ile menfaati korunan kişiler, malike karşı bu haklarını koruyan dava hakkına sahip iken, kamu hukuku kısıtlamaları bireylere dava hakkı vermemektedir. Bunda menfaati olanlar malikin kısıtlamalara uymasını sağlamak için idareye başvurarak kanunun uygulanmasını isteyebilirler. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 443-444; **TEKİNAY**, s. 37-38; **AKİPEK**, J. Güral/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 546.
- 42 **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 444; Erel, mülkiyetin kanuni sınırlamalarının mülkiyetin içeriğine dâhil olduğunu, mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamının özel hukuk ve kamu hukuku hükümlerine dayanan sınırlamalarla tespit olunacağı için, bu hükümlerin mülkiyet hakkını sınırlayıcı değil, belirleyici olduğunu söylemektedir. **EREL**, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 42.
- 43 İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Sular Kanunu, Yeraltı Suları Kanunu, Maden Kanunu, Petrol Kanunu, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu.
- 44 **TEKİNAY**, s. 36; **EREL**, s. 45.

gelmektedir. İşte mülkiyet hakkının kanunun öngörülenin üzerinde aşırı sınırlanması halinde de taşınmaza fiili olarak el atılmasa bile kamulaştırmasız el atma söz konusu olmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.04.1978 tarihli 1/5000 ölçekli ve 26.05.1992 tarihli 1/1000 ölçekli Maltepe İmar Planında ilkokul alanı iken 1/5000 ölçekli 16.04.2005 onay tarihli planda da Temel Eğitim alanına ayrılan ve kamulaştırılmayan taşınmaza ilişkin vermiş olduğu karar:<sup>45</sup> “...imar planlarında okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu arsa üzerinde davacının, ileriye yönelik inşaat yapma gibi kişisel tasarruflarda bulunma, rayiç değeri üzerinden satma, kiralama, yararlı değişiklikler yapma gibi, mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkileri kullanma hakkı kısıtlanmıştır. İdare, kamu yararı nedeniyle, kamusal amaçların gerçekleştirilmesi için birtakım işlemler yaparken, Anayasanın ikinci kısmında yer alan temel hak ve hürriyetlerle uyumlu, özellikle 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına saygılı olmalıdır. Buradan hareketle, imar planlarında uzunca bir süre okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu taşınmazı kamulaştırmayarak veya takas yoluyla davacıya başka bir yerden taşınmaz vermeyerek pasif kalmak suretiyle tasarrufunu engelleyen davalı idarenin, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerle, bireyin mülkiyet hakkına saygılı olduğundan söz edilemez. Dahası, böyle bir durumda idarece, kamu yararı savında bulunulamaz. Eş söyleyişle, imar planlarında okul gibi umumi hizmetlere ayrılan alanların yıllarca uygulamaya dökülmemiş olması ve bunun da süregelen bir hal alması, ortada bir kamu yararının bulunmadığının kabulünü gerektirir. Öte yandan, davacının taşınmazından, mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerle donatılmış olarak, dilediği gibi tasarrufta bulunmasının idarece yıllarca engellenmiş olmasının, “Hukuk Devleti” ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan “hukuk güvenliği”ni zedelediği, her türlü duraksamadan uzaktır. Mülkiyet hakkına kamusal yarar sebep gösterilerek getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir. Tüm bu açıklama-

---

<sup>45</sup> YHGK, T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651, www.hukukturk.com (15.12.2011); ÇABRİ, s. 111-112; CURA, Aykut/SÜTÇÜ, Nezih, “Kamu Alanlarında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İBD, C. 85, S. 2011/2, s. 156, 181.

lar çerçevesinde; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece engellendiği kuşkusuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olan müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile, imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir. Bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.”.

Hukuk Genel Kurulu'nun kararında da belirtildiği üzere, bir kişinin taşınmazına fiili olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta, her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Özellikle imar planları ile getirilen sınırlamaların uygulamada çok uzun sürmesi, kişilerin taşınmazına herhangi bir yapı inşa etmesine engel olduğu gibi taşınmazını da elden çıkarmasını güçleştirmekte ve hatta imkânsız hâle getirmektedir. Çünkü hiç kimse haklı olarak imar planında umumi hizmetlere ayrılmış bir yeri satın almak istememektedir. İşte idarenin gerekli idari işlemleri yapmaması sebe-

biyle ortaya çıkan bu fiili durum, mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Özellikle Hukuk Genel Kurulu Kararı'na konu olayda olduğu gibi taşınmazı 1978 yılında okul alanı olarak ayrılan bir kişinin taşınmazını başkasına satma olanağı olmadığı gibi yapı yapma hakkı da söz konusu değildir. Bu halde hak sahibinin sahip olduğu tek yol kamulaştırmaz el atmaya dayalı olarak taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında taşınmazın bedelini istemeye yönelik dava açmaktır.

#### **f. Kamulaştırmaz El Atmanın veya Mülkiyet Hakkına Getirilen Kısıtlamanın Sürekli Nitelikte Olması**

Kamulaştırmaz el atmanın söz konusu olabilmesi için kamulaştırma yetkisi olan idarenin taşınmaza fiilen el koyarak veya mülkiyet hakkına kısıtlama getirerek, malikin taşınmazı üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisini ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı nitelikte olması gerekir<sup>46</sup>. Taşınmaza geçici bir süre için el konulması veya mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin geçici bir süre için kısıtlanması hallerinde kamulaştırmaz el atmaya dayalı bedele dönüştürme davası açılmaz. Örneğin, yol yapımı sırasında özel mülkiyete konu bir taşınmazdan toprak alınması veya taşınmaza moloz dökülmesi halinde, kamulaştırmaz el atma söz konusu olmaz<sup>47</sup>. Bu halde malik, fiilin niteliğine göre idari yargıda tam yargı veya Türk Borçlar Kanunu 49 vd. (BK m. 41 vd.) hükümlerince tazminat davası açabilir<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> ŞAHİNİZ, s. 62; AYHAN, s. 1133-1134; YAZICIOĞLU, s. 71; ÇINAR, s. 902; Böke, kamulaştırmaz el atmadan söz edebilmek için idarenin el attığı taşınmaza kalıcı tesis yapması gerektiğini belirtmektedir. BÖKE, s. 37. Kamulaştırmaz el atmadan söz etmek için kalıcı bir tesis yapılması şart değildir. Örneğin, bir taşınmazın askeri güvenlik bölgesi içine alınarak etrafının çevrilmesi ve malikin taşınmazından yararlanmasının engellenmesi halinde tesis olmamasına rağmen kamulaştırmaz el atma söz konusu olabilmektedir. YHGK, 05.12.2007 gün E. 2007/5-933, K. 2007/951 sayılı kararında kamulaştırmaz el atmadan sözedebilmek için idarenin, özel mülkiyete konu bir taşınmaza sahip olmak amacıyla ve devamlı olarak el atılması gerektiğini, aksi halde kamulaştırmaz el atmadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2011).

<sup>47</sup> AYHAN, s. 1134; ŞAHİNİZ, s. 62.

<sup>48</sup> ŞAHİNİZ, s. 62; AYHAN, s. 1134; Yargıtay, idarenin bir taşınmazdan toprak alması ve toprak yığmasına ilişkin bir olayda, bu hallerde el atmanın sürekli nitelik taşımadığını ve bu halde kamulaştırmaz el atmaya dayalı bedel istenemeyeceğini, idarenin eyleminin alelade haksız eylem olarak nitelendirilerek toprak alınan ve toprak yığılan sözkonusu



## 2. El Atmanın Kamulaştırma Yetkisine Sahip İdare Tarafından Görev Alanına Giren Konular İçin Kamu Yararı Amacıyla Yapılması veya İdarenin Kamulaştırma Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi

Kamulaştırmamız el atmanın söz konusu olabilmesi için el atma fiilinin el atan idarenin görevi dahilinde bulunan bir amaçla kamu yararına<sup>49</sup> yapılmış olması veya idarenin görev alanına giren bir konuda kamulaştırma yapmayarak kamu hukuku uyarınca getirilen kısıtlamanın çok uzun sürmesine sebep olması gerekir.

İdare el attığı taşınmaz üzerinde kamulaştırma yetkisine sahip değilse<sup>50</sup> veya kamulaştırmamız el atma kamu yararı amacıyla yapılmıyorsa kamulaştırmamız el atmadan söz edilemez<sup>51</sup>. Ayrıca kamulaştırmamız el atmada ge-

---

yerlerin eski haline getirilmesi için gerekli giderlerin saptanması ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 3. HD, T. 26.02.1991, E. 90/15812, K. 91/1863, www.kazanci.com.tr (14.12.2011).

- 49 Bütün idari işlemlerin geçerliliği için aranan şartlardan olan kamu yararı, idarenin faaliyetlerinin amacını oluşturmaktadır. İdarenin kamu yararı dışında bir amaçla hareket etmesi idari işlemi geçerliliğini etkilemektedir. İdari işlemin amaç unsuru için bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2010, s. 573 vd.; **YILDIRIM**, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2010, s. 289-290; **BİLGİN**, s. 239 vd. Kamulaştırmamız el atma halinde de idare Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usule uymamış olsa da fiili et atmanın amacı mutlaka kamu yararı olmalıdır. Kamu yararının olmadığı hallerde el atma fiili kamulaştırmamız el atma olarak nitelendirilemez.
- 50 Şekil, idari işlemlerin yapılmasında uyulması gereken usul kurallarını içerir. İdari işlemler belirli şekil kurallarını uyararak ortaya çıkar. İdari işlemlerin şekle bağlı olması işlemin kamu yararına uygunluğunu sağlayacak önemli bir araç olup, işlemin varlığı, kapsamı ve anlamının herkes tarafından açık bir şekilde bilinmesini sağlar. Bilgi için bkz. **YILDIRIM**, s. 208; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 516 vd.
- 51 YHGK, T. 01.03.2006, E. 2006/5-54, K. 2006/31, www.hukukturk.com.tr (08.12.2011). Yazıcıoğlu, kamu yararına tahsis amacı olsun ya da olmasın malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kullanılması imkânını ortadan kaldıracı sonuçlar doğurucu şekilde idarece gerçekleştirilen taşınmaza yönelik müdahaleleri, fiili müdahale için yeterli sayılmalı, kamulaştırmamız el atma kapsamında değerlendirilmeli ve taşınmaz malikine kamulaştırmamız el atma halinde açılacak davaları açmak suretiyle hakkını koruma imkânı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Biz yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Kamulaştırmamız el atmanın en önemli unsurlarından biri, idarenin geçerli bir kamulaştırma işlemiyle elde edeceği taşınmazı kanunda öngörülen şekil kurallarına uymaksızın elde etmeye çalışmasıdır. Bütün idari işlemlerin unsurlarından olan kamu yararı, idarenin taşınmaza el atmasının da en temel unsurudur. Kamu yararının bulunmadığı hallerde kamulaştırmamız el atma yerine, idarenin haksız fiil niteliğindeki bir eylemi söz konusu olur ve bu halde mülkiyetin idareye geçmesi karşılığı bedele dönüştürme davası açılmaz. Bu halde TMK m. 683 uyarınca el atmanın önlenmesi ve idarenin haksız fiiline dayalı uğranılan zararların tazmini istenebilir.

çerli bir idari işlem söz konusu olmasa bile fiili el atmanın temel sebebi kamu yararı olmalıdır. Kamulaştırma işleminin temel amacı, diğer bütün idari işlemlerde olduğu gibi kamu yararının elde edilmesidir<sup>52</sup>. Kamu yararı, idareye kamu gücünü kullanma ve tek taraflı idari işlemle özel hukuk kişilerinin mülkiyet veya diğer aynı haklarını sona erdirerek kamulaştırma konusu aynı hakkın (mülkiyet veya irtifak hakkı) idareye devrine olanak sağlamaktadır. Nitekim bugün 1982 Anayasası'nın 46. ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 1. maddelerinde, “*sadece kamu yararının gerektirdiği hallerde*” idareye kamulaştırma olanağı tanınmıştır. Bunun yanında Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde, “*İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları*” kamulaştırabilecekleri için kamu yararını kavramını, idarelerin yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetleri ve teşebbüslerinin kurulması ve düzenli yürütülmesi suretiyle elde edilecek yarar olarak da ifade edebiliriz<sup>53</sup>. Kamulaştırmaz el atmanın yetkili olmayan idare veya kamu yararı amacıyla yapılmaması halinde, hak sahibinin taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında taşınmazın bedelinin ödenmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. Ancak hak sahibi, idarenin haksız fiili niteliğinde bir eylemine dayanarak her zaman el atmanın önlenmesi (TMK m. 683/II) ile uğradığı zararın tazmin edilmesini isteyebilir<sup>54</sup>.

Kamulaştırmaz el atmanın söz konusu olabileceği bir diğer hal ise, idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek kamu hukuku uyarınca taşınmaz mülkiyetine getirilen kısıtlamaların çok uzun sürmesine neden olmasıdır. Örneğin, İmar Kanunu m. 18 uyarınca umumi hizmetlere ayrılıp da kamulaştırılması gereken bir yerin çeşitli gerekçelerle uzun süre kamulaştırılmaması bu niteliktedir. İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, imar programına alınan umumi hizmetler için ayrılmış yerlerin beş yıllık imar programı süresi içinde kamulaştırılacağı düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamada imar programları zamanında hazırlanmadığı gibi hazırlansa bile beş yıllık süre içinde kamulaştırmalar gerçekleşmemektedir. İmar planı ile umumi hizmetlere ayrılan yerlere ilişkin yapılaşma yasağı getiren İmar Ka-

---

52 KÖROĞLU, s. 50; ŞENGÜL, s. 51 vd.

53 ŞENGÜL, s. 52; BİLGİN, s. 71; BİLGİN, Kamulaştırma, s. 71.

54 ŞAHİNİZ, s. 69.

nunu m. 13/I hükmü<sup>55</sup>, imar programları ve buna bağılı olarak kamulaştırmaların zamanında yapılmadığını ve bu durumun uzun sürmesinin mülkiyet hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>56</sup>. Anayasa Mahkemesi, İmar Kanunu'nun 13/1. fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğunu, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanması mümkün olmakla birlikte, itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşıdığını belirtmiştir<sup>57</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükmü iptal etmesine rağmen yerine yeni bir yasal düzenleme yapılmadığı gibi uygulamadaki aksaklıklar giderilmemiştir.

55 İmar Kanunu m. 13/I: “Resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazaryeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılan alanlarda inşaat ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder”.

56 Anayasa Mahkemesi, T. 29.12.1999, E. 1999/33, K. 1999/51, [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=1508&content=06.12.2011](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1508&content=06.12.2011). Anayasa Mahkemesi, “3194 sayılı yasanın 13. maddesinin iptal edilen I. ve III. fıkraları nedeniyle doğan hukuksal boşluk, kamu düzenine ve kamu yararını olumsuz yönde etkileyeceğinden gerekli düzenlemenin yapılması için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete’de yayımından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi gerekli görülmüştür” şeklindeki kararıyla iptal kararıyla doğan boşluk yerine yeni bir düzenleme yapılması için iptal kararının Resmi Gazete’de yayımından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, ancak aradan geçen bunca zamana kadar herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının ihlâl edilmesine karşın vermiş olduğu karar, yeni düzenlemenin yapılmaması ve Yargıtay’ın umumi hizmetlere ayrılan yerlerle ilgili 15.12.2010 tarihine kadar fiili el atma şartını araması nedeniyle, uygulamada mülkiyet hakkının ihlâlinin devamına neden olmuştur.

57 Anayasa Mahkemesi iptal kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 23.9.1981 günlü Sporrong ve Lonroth kararını gerekçe göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sporrong ve Lonroth kararında, Stockholm şehri için yeniden imar düzeninin gerçekleştirilmesi amacıyla 23 yıllık kamulaştırma izni ve 10 yıllık inşaat yapma yasağını içeren bir düzenleme için şehir idaresi ve planlamasında devletlerin düzenlemelerde bulunma takdirine sahip olduklarını belirtmiş ancak, kamu yararı ile temel hak arasında uygun bir dengenin temin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kamulaştırma ve inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmesi, mülkiyet hakkını aşırı ölçüde kısıtladığından bu durum, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengeyi bozduğunun tespiti yapılmıştır. Karar için bkz. YILDIZ, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul, 1998, s. 228-229.

Görüldüğü üzere idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkileri aşırı ve uzun süre sınırlandırması halinde de kamulaştırmaz el atma gerçekleşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.12.2010 tarihinde vermiş olduğu kararıyla kamulaştırmaz el atmada fiili el atma şartını aramamış, idarenin kamulaştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde de taşınmazla kamulaştırmaz el atılmış sayılabileceğini kabul etmiştir.

### 3. El Atmanın veya Getirilen Kısıtlamanın Hukuka Aykırı Olması

Kamulaştırmaz el atmadan sözedebilmek için el atmanın veya getirilen kısıtlamanın hukuka aykırı olması gerekir. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve aynı maddenin devamında da mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceği ve bu hakkın toplum yararına aykırı kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın bu hükmü yanında bazı özel kanunlarla mülkiyet hakkına çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalar özel mülkiyete konu taşınmazın idare tarafından edinilmesi (Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu) şeklinde olabileceği gibi taşınmazın belli bir tarzda kullanılması şeklinde de olabilmesi mümkündür. Örneğin, İmar Kanunu'nun 18. maddesi idareye, arazi ve arsa düzenlemesine konu alanda kalan taşınmazların yüzde kırkına kadar olan kısmı düzenleme ortaklık payı olarak karşılıksız alma yetkisi tanımıştır<sup>58</sup>. Yine imar mevzuatı ve imar mevzuatı uyarınca hazırlanan imar planları, kat adeti, yapı yaklaşma mesafesi konularında emredici kurallar getirip, taşınmazda yürütülecek inşaa faaliyetlerini veya taşınmazın hangi amaçla kullanılabilceğini (konut, ticaret, tarım, sanayi, turizm gibi) belirleyebilir. Ayrıca kültür ve tabiat varlıkları veya doğal çevre koruma bölgesi sınırları veya su havzaları içinde kalan taşınmazlar için de benzer kısıtlamalar getirilebilmek-

<sup>58</sup> Düzenleme ortaklık payı uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmış, Anayasa Mahkemesi ise bu konuya ilişkin kararında, mülkiyet hakkının, Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte bir hak olduğunu, bu anlamda mülkiyet hakkı, bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme yetkilerini içermekle birlikte, toplum yararına aykırı kullanılmayacağını ve yasaların koymuş olduğu sınırlamalara uyularak kullanılacağını ve bu yönüyle bireyin dilediği biçimde kullanabileceği sınırsız bir hak ve özgürlük olma niteliğini yitirmiş sosyal nitelikte bir hak olma yolunda geliştiğini ve kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceğini belirtmiştir ve düzenleme ortaklık payı alınmasını mülkiyet hakkının özüne dokunmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 21.6.1990, E. 1990/7, K. 1990/11 karar için bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (12.12.2011).

tedir. Bu örneklerde olduğu gibi taşınmazın idare tarafından edinilmesi veya belli bir tarzda kullanılması konusunda getirilen kısıtlamalar hukuka uygun olup, bu hallerde kamulaştırmasız el atma söz konusu olmaz. Taşınmazın edinilmesinde veya mülkiyet hakkına kısıtlama getirilmesinde Anayasa ve yasalarda öngörülen usule uygun hareket edilmesi hukuka uygun işlemlerdir. Ancak taşınmazın edinilmesinde kanunda öngörülen usule uyulmaması veya getirilen kısıtlamanın kanunda öngörülen amacı ya da sınırı aşması halinde kamulaştırmasız el atma sözkonusu olur. Bu durumda malik, kamulaştırmasız el atmaya dayalı olarak taşınmazın idareye geçmesi karşılığında bedele dönüştürme davası açabilir.

### **III. Sonuç**

İdarenin hukuka aykırı bir eylemi niteliğinde olan kamulaştırmasız el atma kavramının unsurları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli kararıyla değişmiş, bu kararla fiilî el atma gerçekleşmiş olmasa da mülkiyet hakkına uzun süre kısıtlama getirilmesi kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilmiştir.

İdarenin taşınmaza getirmiş olduğu uzun süreli kısıtlamaların kamulaştırmasız el atma niteliğinde olabilmesi için mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin önemli ölçüde ve sürekli olarak kısıtlanması gerekmektedir. Uygulamada imar planında umumi hizmetlere ayrılan (yeşil alan, okul alanı, park, otopark gibi) ve uzun süre kamulaştırılmayan bir taşınmazda malikin, ileriye yönelik inşaat yapma gibi tasarruflarda bulunma hakkı olmadığı gibi, taşınmazı rayiç değerinden satma, kiralama gibi benzeri işlemleri yapma hakkı da bulunmamakta veya kısıtlanmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin vermiş olduğu yetkilerin kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasına olanak getirilse bile, kamusal hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için yapılacak işlemlerde, Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının özüne dokunulmaması gerekir. Bir yerin imar planında umumi hizmetlere ayrılması veya başka bir amaçla kısıtlama getirilmesi, kamu yararını gerekçe göstererek mülkiyet hakkının uzun süre kısıtlanmasında hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilemez. Özellikle uygulamada ödenek yokluğu bahane edilerek veya idarenin gerekli işlemleri tesis etmemesine bağlı olarak kamulaştırmanın zamanında gerçekleşmemesi, mülkiyet hakkını belirsiz bir süre için kullanılmaz hale getirerek kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açmakta ve Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı-

nın vermiş olduğu yetkilerin kısıtlanmasına veya ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır. Bundan dolayı idarenin bir taşınmaza kamulaştırma işlemi olmaksızın fiilî olarak el attığı hallerle fiili olarak el atmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinin uzun süre kullanılmasına engel olduğu haller, sonuçları itibariyle aynı nitelikte olup, her iki halde de kamulaştırmatsız el atma gerçekleşmektedir. İşte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarihli bu kararıyla mülkiyet hakkı ihlâl edilen kişilere, taşınmaza fiili el atılmasa bile, kamulaştırmatsız el atmadan dolayı bedele dönüştürme davası açma hakkı tanınmıştır.

### KAYNAKÇA

- AKİPEK**, J. Gural/**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ARCAK**, Ali/**DOĞRUSÖZ**, Edip, Kamulaştırmamız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları, Ankara 1992.
- ARTUKMAÇ**, Sadık, Kamulaştırma Hukuku, Ankara 1977.
- AYHAN**, Fatma, “Kamulaştırma Kanunu’nun Gecici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda “Dolayısıyla Kamulaştırma” Uygulaması Üzerine Bir Deneme”, *İÜHFİM*, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 1125-1148.
- BALTA**, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970.
- BİLGİN**, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996.
- BİLGİN**, Pertev, Kamulaştırma Hukuku, İstanbul 1999 (Kamulaştırma).
- BÖKE**, Veli, Kamulaştırmamız El Atma Davaları, Ankara 2006.
- CURA**, Aykut/**SÜTÇÜ**, Nezh, “Kamu Alanlarında Kalan Yerin Uzun Süre Kamulaştırılmaması Nedeniyle Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İBD*, C. 85, S. 2011/2, s. 145-183.
- ÇABRİ**, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul 2005.
- ÇINAR**, Turan, Kamulaştırma ve Kamulaştırmamız El Atma Davaları, Ankara 2005.
- DÜREN**, Akın, Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü, Ankara 1977.
- EREL**, Şafak N., Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.
- ERKAN**, Mustafa, International Energy Investment Law, Great Britain 2011.
- ERKUT**, Celâl, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 9, 1988, S. 1-3, s. 69-91.
- ETGÜ**, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, İstanbul 2009.
- GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGİN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2011.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2010, (I).

**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2010, (II).

**GÜNDAY**, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

**GÜRİZ**, Adnan, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969.

**KALABALIK**, Halil, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara 2005.

**KARADENİZ**, Özcan, Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı, Ankara 1975.

**KAYA**, Tayfun, Kamulaştırmaz El Koyma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2001.

**KÖROĞLU**, Ömer, Kamulaştırma, Ankara 1995.

**KÜÇÜKBIÇAKCI**, Erdem, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**ÖRÜCÜ**, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976.

**ÖZKAYA**, Eraslan, Elatmanın Önlenmesi Davaları, Ankara 2002.

**ŞAHİNİZ**, Salih, Teori ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006.

**ŞENGÜL**, Mehmet, 4650 Sayılı Kanun Değişikliği Çerçevesinde Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması, İstanbul 2004.

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

**YAZICIOĞLU**, Ş. İrem, Kamulaştırmaz El Atma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008.

**YILDIZ**, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, İstanbul, 1998.

**YILDIRIM**, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2010.



# TAVİZ BEDELİ VE İCARETEYNLİ VE MUKATAALI VAKIFLARIN TASFİYESİ

*Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇINAR\**

## GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 101. maddesinde tanımlandığı üzere vakıf; “Gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır”. Ülkemizde vakıf, çok eski tarihlerden beri bilinen ve geniş uygulamaya konu olan bir kurumdur. Osmanlı Devleti döneminde geniş bir uygulamaya sahip olan vakıf müessesesi, 1926 yılında 743 sayılı Medeni Kanunun kabulüyle de varlığını sürdürmüştür. Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan vakıflar “eski vakıf”, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulan vakıflar ise “yeni vakıf” şeklinde isimlendirilmiştir. 743 sayılı Medeni Kanunun mülkiyet ve vakıf anlayışı eski vakıf uygulamasından farklı olmuştur. 864 sayılı Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekil Tatbiki Hakkında Kanunun 8. maddesinde Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan vakıflar için ayrı bir tatbikat kanunu çıkarılması gerektiği, yeni kurulan vakıfların ise Medeni Kanuna tabi olacağı belirtilmiştir. Söz konusu Kanun, 1935 yılında kabul edilen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu<sup>1</sup> olmuştur. Bu Kanunda çeşitli tarihlerde değişiklikler yapılmış ve nihayet 2008 yılında 5737 sayılı Vakıflar Kanunu<sup>2</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Eski hukukta vakıflar, vakfedilen malın cinsi, yararlanma şekli, malın mülkiyetine ve yararlanan kişilere göre çeşitli isimlerle anılmıştır. 2762 sayılı ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunları malın kiraya verilmesine göre yapılan vakıf ayırımını esas alarak, icareteynli ve mukataalı vakıfların tasfîyesini özel olarak düzenlemiştir. 2762 sayılı Vakıflar Kanununun “*Bu kanunun neşrin-den sonra vakıf mallar mukataaya ve icareteyne bağlanamaz*” şeklindeki 26.

---

\* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 R.G.; 13 Haziran 1935, S.3027, s.586.

2 R.G.; 27 Şubat 2008, S.26800.

maddesi ile de yeniden icareteynli veya mukataalı vakıf kurulması imkânına son verilmiştir. Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesinde ve halen yürürlükte bulunan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesinde, taviz bedeli ödenerek mukataalı ve icareteynli vakıfların serbest tasarrufa terkedilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte taviz bedeli alınacak vakıf türleri ve taviz bedelinin miktarı açısından, söz konusu hükümler arasında önemli farklılıklar mevcuttur.

Biz bu çalışmamızda, mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ve yürürlükte bulunan 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre, taviz bedeli ve taviz bedeli ödenerek tasfiyesi gerçekleştirilen vakıf türlerini inceleyeceğiz.

## **I. TAVİZ BEDELİ ÖDENEREK TASFİYESİ GEREKEN VAKIFLAR**

### **A. GENEL OLARAK**

5737 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesinde vakıf türüne bakılmaksızın mukataalı ve icareteynli taşınmazlardan taviz bedeli alınması öngörülmüştür. 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesinde ise, her ne kadar vakıf türüne göre bir ayırım yapılmamışsa da taviz bedelinin miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlardan taviz bedeli alınmayacağı düzenlenmiştir. 5737 sayılı Kanunun 18. maddesine göre, icareteynli ve mukataalı vakıflardan taviz bedeli alınmadıkça temlik tasarruflar tescil edilmeyecektir. 5737 Vakıflar Kanunu, taviz bedelinin tahsili için, vakfın mukataalı ve icareteynli bir taşınmaz olup olmadığından hareket etmiştir. Bununla birlikte aynı Kanunun 18. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde “*Ancak miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar tavize tâbi değildir*” hükmüne yer verildiğinden, taviz bedeline tabi olmayan taşınmazlar açısından, mülkiyetinin vakfedilmiş olup olmaması önem arz etmektedir. Buna göre, vakıf şerhinin kaldırılmasında taviz bedeli ödenip ödenmeyeceğinin tespiti için öncelikle vakıf konusu taşınmazın mülkiyeti ve bütün tasarruf hakkının vakfedilmiş olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu durumda, öncelikle, vakfedilen

malvarlığının mülkiyetine göre yapılan sahih vakıf- gayri sahih vakıf ayrımının incelenmesi zorunlu olmaktadır<sup>3</sup>.

## B. SAHİH VAKIF- GAYRİ SAHİH VAKIFLAR

### 1. Sahih Vakıf

Eski hukukumuzda vakfa konu olabilmesi açısından arazinin türü önem arz etmektedir. Sahih vakıf, vakfedilen malvarlığının maddi varlıklarının mülkiyetinin vakfın hükmü şahsiyetine ait olduğu, vakfedilen menkul ve gayrimenkullerin vakfın malvarlığını oluşturduğu vakıflardır<sup>4</sup>. Bu vakıflar vakfiyede belirtilen şekilde mütevelliler tarafından idare olunur.

1858 tarihli Arazi Kanunnamesinin 1. maddesinde arazi, mülk arazi (arazi-i memluke), miri arazi, vakıf arazi, metruk arazi ve mevat (ölü) arazi olmak üzere beş kısma ayrılmıştır. Bu arazi türlerinden mülk arazi sahih vakıflara, miri arazi gayri sahih vakıflara konu olabilirken, diğer araziler vakfa konu olamazlar. Arazi Kanunnamesine göre, vakfedilecek malın vakfın mülkü olması zorunlu görüldüğünden ancak özel mülke konu araziler sahih olarak vakfedilebiliyordu<sup>5</sup>. Arazi Kanununun 2. maddesine göre mülk arazi, kadim kariye şehir, kasaba ve köy sınırları içinde kalan araziler ile bu sınırlar dışında olmakla birlikte ev veya eve bağlı olarak kullanılan ve yarım dönümü geçmeyen arazilerdir. Aynı şekilde fethedilen topraklardan müslüman halka dağıtılan ya da müslüman olmayan topluluğa bırakılan araziler (arazi-i haraciye) ve miri araziden geçerli bir şekilde ayrılıp mülk haline getirilen topraklar da mülk arazidir<sup>6</sup>.

---

3 Hâtemi, Hüseyin, **Medenî Hukuk Tüzel Kişileri**, İstanbul 1979, s.672 vd.; Vakıflar Kanununda düzenlenen vakıf türleri için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, İstanbul 2009, s.279 vd.; 2762 sayılı Vakıflar Kanununun ve Vakıflar Kanunu Tasarısının eski vakıflara ilişkin düzenlemelerinin değerlendirilmesi için bkz. Öğüz, Tufan, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul 2007, s.8-10.

4 Özkaya, Eraslan, **Eski Vakıf Hukuku**, Ankara 2012, s.150-151; Karınâbâdizâde Ömer Hilmi/ Sungurbey, İsmet, **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, s.29 ve s.50 vd.; Sungurbey, İsmet, **Medeni Hukuk Sorunları**, C.VI, İstanbul 1994, s.131.

5 Özkaya, s.148-149; Ömer Hilmi/ Sungurbey, s.46-50.

6 Özkaya, s.48-149; Mardin, Ebul Ula, **Toprak Hukuku Dersleri**, Ankara 1947, s.59 vd.

## 2. Gayri Sahih Vakıf

Devlet Başkanı veya onun yetkili kıldığı haneden mensubu, sadrazam gibi kişilerin, devlet arazisi üzerinde meydana getirdiği vakıflardır. Arazi Kanunnamesinin 3. maddesine göre miri arazi, mülkiyeti beytülmale (hazineye) ait olarak ihale ve tefvizi devlet tarafından icar olunagelen tarla, çayır, yaylak, kışlak ve kuru gibi yerlerdir. Sultan ya da onun yetkili kıldığı şahıslar tarafından miri arazilerin tasarruf hakkı başka bir kişiye bırakılabilir, aşar ve rüsumu ise vakfedilebilirdi<sup>7</sup>. Bunun yanında miri arazinin sadece tasarruf hakkı vakfedilebilir ya da hem tasarruf hakkı hem de aşar ve rüsumu vakfedilebilirdi. Miri arazinin sadece tasarruf hakkı vakfedilirse vakıf devlete aşar ve rüsum ödemek zorundaydı<sup>8</sup>. Görüldüğü üzere, miri (Devlete ait) araziden olan bir yerin aşar veya rüsumu gibi yararlanma, hem yararlanma hem tasarruf veya sadece tasarruf hakkı vakfedilirse, buna da sahih olmayan vakıf (Gayri Sahih Vakıf) ismi verilir. Burada önemli olan husus, arazinin rakabesinin (kuru mülkiyetinin) Devlete ait olması, mülkiyetin vakfa geçmemesidir.

## C. İCARETEYNLİ VE MUKATAALI VAKIFLAR

### 1. İcareteynli (Çift İcarlı) Vakıf

İcareteynli vakıfta, tasarruf sahibi, gerçek kıymetine yakın ya da eşit olarak peşin bir kira bedeli ödemekte, ayrıca yıl sonu cüz'i bir kira bedeli daha ödemektedir. Peşin ödenen bedel ile taşınmaz üzerinde yer alan bağ ve bahçeler, binalar vb. unsurlar yeniden yapılmakta ve bu haliyle yararlanana devredilmektedir. Taşınmazın mülkiyeti vakıfta kalmakta, buna karşılık sınırsız bir süre için yararlanma hakkı tasarruf sahibine ve onun ölümünden sonra intikal hakkı sahiplerine geçmektedir<sup>9</sup>. Eski hukukta sınırlı ayni hak doğuran sözleşmeler yeterli şekilde düzenlenmediğinden, üst hakkı ve intifa hakkı gibi sınırlı ayni haklar başlangıçta kiraya benzetilerek "icareteyn" denilen bir

7 Miri araziler üzerinde tasarruf ve vakıf kurulması konusunda bkz. Kenanoğlu, Macit, "1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve Uygulaması," **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S.1, Yıl 2006 (Bahar), s.111 vd., s. 120.

8 Özkaya, s.151-154; Köprülü, Bülent, **Toprak Hukuku Dersleri**, İstanbul 1958, s. 20 vd.; Hâtemi, s.648 vd., 687 vd.

9 Köprülü, Bülent, "Evvvelki Hukukumuzda Vakıf Nevihetleri ve İcareteynli Vakıflar", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S.1-2, 1952, s.215 vd.; Hâtemi, s.744-745; Özkaya, s.107-108.

sözleşme ile tanımlanmıştır. Buna göre, vakıf taşınmazına el koyan mutasarrıf, mülkiyeti kendisinde olmamasına karşın tasarruf hakkını başkasına devredebilmiştir<sup>10</sup>. Bu anlamda tasarruf hakkı sahibi, intifa hakkından daha üstün bir hakka sahip olmaktadır. İcareteyn sözleşmesinin ortaya çıkmasının en önemli nedenini, kısa süreli kira sözleşmelerinin vakıf mallarının tamir ve bakım masraflarını karşılamaması oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

## 2. Mukataalı Vakıflar

Mukataalı vakıflar, mülk arazi niteliğindeki taşınmazların sahih olarak vakfedilmesinin bir türüdür. Ancak mukataa sözleşmesinin yapılması için, belirli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, mukataalı vakıfta, taşınmaz üzerine yapılan binaların, dikilen ağaçların çeşitli nedenlerle zarar görmesi (yangın, sel vb.) ve vakfın kendi imkânlarıyla bunu tamir edememesi, eski hale getirememesi gerekmektedir. Vakıf, söz konusu eserlerin eski hale getirilmesi, ağaçların dikilmesi, binanın onarılması karşılığında mülkiyetini kendi üzerinde tutarak kullanım (yararlanma) hakkını süresiz olarak mutasarrıfa geçirmektedir. Mutasarrıf, onarımı ve bakımı yapmayı ayrıca cüz’i bir kira bedeli ödemeyi üstlenmektedir<sup>12</sup>. Buna göre, mukataa, mutasarrıfa (yararlanana) vakıf konusu taşınmaz üzerinde üst hakkı niteliğinde sınırlı bir ayni hak sağlayan, süreye bağlı olmayan bir sözleşme türüdür<sup>13</sup>. Mukataalı vakıflar, İslam hukukunda kabul edilen “hukr” veya “istihkar” akdinin Osmanlı hukukundaki ismidir<sup>14</sup>. Mukataalı vakıf söz konusu olması için, taşınmazın kiraya verilmesinin ya da elde edilecek kira bedeli ile taşınmazın onarımının yapılmasının mümkün olmaması gerekir<sup>15</sup>.

---

10 Hâtemi, s.744-745.

11 Özkaya, s.108-110.

12 Hâtemi, s.744-747; Özkaya, s.142-145.

13 Hâtemi, s.747.

14 Mardin, s.50; Özkaya, s.144.

15 Ömer Hilmi/Sungurbey, s.73-75.

## II. İCARETEYNLİ VE MUKATAALI VAKIF ŞERHİNİN TAVİZ BEDELİ ÖDENMEKSİZİN TERKİNİ

### A. Yararlananın (Mutasarrıfın) Mirasçı Bırakmaksızın Ölümü

İcareteynli ve mukataalı vakıflarda mutasarrıfın mirasçı bırakmaksızın ölmesi halinde kural olarak, vakıf malı mahlulen vakfa dönmekteydi<sup>16</sup>. Ancak, 743 sayılı Medeni Kanun ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, mülkiyet ve yararlanma hakkı şeklinde ikili ayrımı kaldırdığından, söz konusu icareteynli ve mukataalı vakıf mallarını tasfiye etmek için bir düzenleme kabul etmiştir. 2762 sayılı Kanununun 29. maddesi, on yıl içinde taviz bedeli ödenmeyerek terkin edilmeyen icareteynli ve mukataalı vakıf kayıtlarının on yılın sonunda kendiliğinden terkin edilmesini ve mülkiyetin mutasarrıfa geçmesini düzenlemiştir. Ancak söz konusu süre içinde, söz konusu taşınmazlar için taviz bedeli ödenmediği ve şerhin terkin edilmediğini gören kanunkoyucu, 1945 yılında 4775 sayılı Kanunla 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 29. maddesini değiştirmiş ve süreyi on yıl daha uzatmıştır. Buna göre 14.12.1955 tarihinde taviz bedeli ödenmeyen şerhler terkin edilmiş ve malların mülkiyeti mutasarrıflara geçmiştir. Ancak kanunkoyucu, 1983 yılında 2888 sayılı Kanunla Vakıflar Kanununun 27. ve 29. maddelerinde değişiklik yaparak, hazineden başka mirasçı bırakmadan ölen kişilere intikal eden vakıf taşınmazlarının mahlulen vakfa dönmesini kararlaştırmıştır. Söz konusu hükümlerle ayrıca, bu maddelerin yürürlüğe girmesinden önce hazineye intikal eden ancak tapu kütüğüne bu konuda kayıt düşülmeyen taşınmazların da vakfına dönmesi düzenlenerek, geçmişe dönük bir uygulama yapılmıştır. Buna göre, taviz bedeli ödenerek mülkiyeti mutasarrıfına geçen taşınmazlarda, mutasarrıf mirasçı bırakmadan ölmüşse, bu durumda taşınmaz Hazineye intikal edecektir.

### B. 552 Sayılı Aşar'ın İlgası ile Yerine İkame Edilecek Mahsulat-ı Araziyye Vergisi Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tasfiye

17 Şubat 1341 (1925) tarihli 552 sayılı 552 Sayılı Aşar'ın İlgası ile Yerine İkame Edilecek Mahsulat-ı Araziyye Vergisi Hakkında Kanun aşarı kaldırmıştır. Bunun sonucunda mülkiyeti devlete ait olan (miri) arazilerden oşür ve aşarı vakfedilen gayri sahih vakıflar ortadan kalkmıştır. 743 sayılı Medeni

---

<sup>16</sup> Özkaya, s.131; Gayri sahih vakıf türlerinden tahsis ve irsd kabilinden vakıflar için bkz. Sungurbey, s.145 vd.

Kanunun yürürlüğe girmesiyle, aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazın mülkiyeti hiçbir taviz bedeli ödenmeksizin mutasarrıfa (yararlanana) geçmiştir.

1925 yılında aşar ve öşür kaldırılarak bunların yerine gelir vergisi, emlak vergisi gibi vergiler konulmasına karşın, 04.04.1995 tarih ve 4103 sayılı Kanunla 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27.maddesi değiştirilmiş, vakıf türüne bakılmaksızın sahih, gayri sahih her türlü vakıftan rayiç bedelin %50'si gibi yüksek bir oranda taviz bedeli alınması kararlaştırılmıştır. Bu değişiklikle aşar ve öşürün kaldırılmasına karşın, geçmişe dönük olarak, hukuk güvenliğini zedeleyici bir şekilde taviz bedeli alınmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemeye gelen tepkiler üzerine kanunkoyucu 26.6.2001 yılında 2762 sayılı Kanunun 27. maddesini tekrar değiştirmiş, gayri sahih vakıfları taviz bedeli kapsamından çıkarmış, taviz bedelini ise %20'ye indirmiştir.

### III. İCARETEYNLİ VE MUKATAALI VAKIF ŞERHİNİN TAVİZ BEDELİ ÖDENEREK TERKİNİ

#### A. Vakıf Şerhi ve Taviz Bedelinin Hukuki Niteliği

2762 sayılı Vakıflar Kanunu, eski hukukta uygulanan icareteynli ve mukataalı taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve tasarruf hakkı ayrımını ortadan kaldırmış, tek bir mülkiyeti benimsemiştir. Kanun, mülkiyet hakkını mutasarrıfa bırakmış, mutasarrıfın taşınmazı kendi adına tescil etmesine imkan tanımıştır. Taviz bedeli, icareteynli ve mukataalı taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının mutasarrıfa geçmesi karşılığında onun ödemesi gereken bedel olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki, vakıf şerhi tapuya işlenmemiş olsa bile taviz bedeli istenmesi mümkündür. Mülga 2762 sayılı Kanunun 2888 sayılı Kanunla değişik 29. maddesinden ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 19. maddesinden hareketle, söz konusu şerhin kanuni ipotek mahiyetinde olduğu da savunulabilir. 2762 sayılı Kanunun 29. maddesine göre, “*On yıl içinde bu Kanun hükümlerine göre taviz vermek yolu ile icareteyn veya mukataa kayıtları terkin edilmemiş olan gayrimenkullerin mülkiyeti on yıl sonunda kendiliğinden mutasarrıflarına geçer ve vakfın hakkı da ivaza dönerek gayrimenkulün tamamı bu ivaz karşılığında birinci derece ve birinci sırada ipotek*

---

<sup>17</sup> Özkaya, s.133-134; Ömer Hilmi/Sungurbey, s.588, dn.2.

sayılır. Genel Müdürlük o yıl tahakkuk ettirilen icare veya mukataa üzerinden hesaplanabilecek olan bu tavizlerle vaktinde ödenmeyen taksitleri mutasarrıfın başka mallarına müracaat yolu ile ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanuna göre tahsile dahi yetkilidir”.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 19. maddesine göre; “Taviz bedelleri, yapılacak tebligat üzerine altmış gün içerisinde peşin olarak ödenebileceği gibi eşdeğer bir taşınmazla takas edilebilir veya yarısı peşin, kalanı bir yılda beş eşit taksitte ödenebilir. Taksitlendirme halinde, taşınmaza birinci derece ve birinci sırada ipotek konulur. Taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan taksitlerin tamamı muaccel olur. Genel Müdürlükçe tahakkuk ettirilen taviz bedelleri, yapılacak tebligata rağmen ödenmediği takdirde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre gecikme zammı ile birlikte tahsil edilerek vakfı adına gelir kaydedilir”. Görüldüğü üzere bu hükümde, Kanun gereği mutasarrıflara geçen taşınmaz üzerinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne ipotekle teminat altına alınmış bir alacak hakkı tanınmış olmaktadır. Ancak kanunkoyucu, İcra ve İflas Kanunundaki önce rehne müracaat zorunluluğunu bertaraf etmiş ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne başka şekillerde de taviz bedelini tahsil etme imkânı tanımıştır.

Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında<sup>18</sup> ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin 12 Haziran 1940 tarihli 1188 sayılı tefsir kara-

<sup>18</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun .4.2004 tarihli, 2003/1 E. ve K. 2004/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı (www.kazanci.com.tr, Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.9.1990 tarih ve 1990/1-333 E., 1990/416 K. Sayılı kararından: “...2762 sayılı Vakıflar Yasasının yürürlüğe girdiği günden itibaren, vakfa ait taşınmaz malların icareteyne veya mukataaya bağlanması yasaklanmış ve eskiden konulmuş olanların da tasfiyesi için hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerin olay yönünden önem arzedenleri Yasanın 27,29 ve 30. maddelerinde yer almıştır. Öte yandan, vakıf malın mülke dönüşümü ve mutasarrıfına intikali için alınan taviz bedeli, icare ve mukataa karşılığı olup; bedel ödenmedikçe o mal üzerinde temlik tasarruf tapu idaresince tescil olunamayacağından, bunu ( taviz bedelini ) gayrimenkul mükellefiyeti olarak anlamak ve nitelendirmek gerekir. 12 Haziran 1940 günlü tefsir kararındaki nitelendirme bu yoldadır. Esasen öğretide ve yargısal uygulamalarda da değinilen nitelendirmeye yer verilmiştir. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 13.7.1981 tarih,5/15 ve 28.12.1981 tarih,13/22 sayılı kararlarında taviz bedeli için "gayrimenkul mükellefiyettir" denilmiş; Dairenin,13 Nisan 1939 gün ve 2192/796 sayılı kararında ise gayrimenkul mükellefiyeti niteliğini alan taviz bedelinden, aksine bir sözleşme düzenlenmemişse alıcının ( yeni malikin ) sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır. Ayrıca, yasadan doğan bir mükellefiyetin tapu kütüğüne sonradan işaret edilmiş olması da yeni maliki sorumluluktan kurtarmaz...”. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr - Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)



rında taviz bedeli taşınmaz yükü olarak kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2.4.2004 tarihli, 2003/1 E. ve K. 2004/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “*Hukuk Genel Kurulu, Birinci, Onyedinci ve Ondördüncü Hukuk Daireleri kararları arasındaki ortak noktalar*” başlığı altında aynen “*İcareteynli ve Mukataalı taşınmazlardan, Vakıflar İdaresinin almış olduğu taviz bedelinin TMK. nun 839 (MK.nun 754). ve devamı maddelerinde düzenlenen "Taşınmaz Yükü" (Gayrimenkul Mükellefiyeti) olduğu, tescile tabi olmadığı, Tapu Sicilinde Vakıf Şerhi olmasa dahi hüküm ifade edeceği, taşınmaz mal tamamen ortadan kalkmadıkça mutasarrıfın veya yeni malikin bu yükümlülükten kurtulmasının olanaklı bulunmadığı, önceki kayıt ve belgelerden, taşınmazın vakıf malı olduğunun anlaşılması halinde, gitti kayıtlarına sonradan vakıf şerhi işlenmemiş olsa bile, yeni malikin bu taşınmaz yükünden kurtulmasının "taviz bedeli" ödenmesine bağlı olduğu, kandan doğan taşınmaz yükü karşısında yeni malikin iyi niyet savunmasında bulunarak TMK.nun 712 (MK.nun 638). ve 1023 (931). maddelerinden yararlanılmasına yasal olanak bulunmadığına ilişkin ilkeler bakımından bir görüş aykırılığı bulunmamaktadır” denilerek Yargıtay’ın tüm daireleri ve Hukuk Genel Kurulunun kabul ettiği şekilde, taviz bedeli taşınmaz yükü kabul edilmiştir.*

Kanaatimizce de taviz bedelinin niteliği göz önünde tutulduğunda, burada Vakıflar genel Müdürlüğü ile mutasarrıf arasında daha önce mevcut olan bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir alacaklılık nedeniyle taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkının kurulmasının söz konusu olmadığı kolaylıkla anlaşılır. Burada taşınmazla teminat altına alınmış ve taşınmazı takip eden bir yükümlülük vardır. Söz konusu teminatla başka bir hakkın veya alacağın değil bizzat taviz bedelinin yani ivazın teminat altına alındığı kabul edildiğinden, taviz bedelinin taşınmaz yükü niteliğinde olduğunun kabulü gerekir<sup>19</sup>. Buna göre, taşınmazın maliki, o taşınmaza sahip olması nedeniyle, taşınmaz yükünde olduğu gibi, bir şeyi yapmaya ve vermeye zorunlu tutulabilir ve kendisinden taviz bedeli istenebilir<sup>20</sup>. Bununla birlikte taviz bedeli alacağının borçlunun başka mallarından alınması mümkün olduğundan, bu-

---

19 Özkaya, s.133-134.

20 Taşınmaz yükü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009, s.721 vd.; Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009, s.705 vd.

rada eşya hukukunda kabul edilen taşınmaz yükünden kısmen de olsa farklı nitelikte bir taşınmaz yükü olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

### **B. Mülga 2762 Sayılı Vakıflar Kanununa ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanuna Göre Taviz Bedeli Ödenmesi**

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesine göre, “(Değişik: 26/6/2001-4690/1 md.) Vakfın türüne göre ayırım yapılmaksızın üzerinde taviz şerhi bulunan mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz malların mülkiyetleri, taşınmazların bulunduğu illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü bünyesinde yer alan Hazine taşınmaz malının satış ihalesine yetkili olan komisyon tarafından takdir edilecek rayiç bedelinin yüzde yirmi oranında hesap edilecek taviz bedeli karşılığında mutasarrıflarına geçirilir. Taviz bedeli ödenmeden ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satışı yapılacak taşınmaz malların taviz bedellerinin hesaplanmasında satış bedeli esas alınır”. Söz konusu hükümde 2001 yılında değişiklik yapılmadan önce, 4.4.1995 tarihinde 4103 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış, söz konusu düzenlemede de taviz bedeli alınabilecek vakıf taşınmazları açısından, yine hiçbir ayırım yapılmamış sahih- gayri sahih tüm taşınmazlar taviz bedeline tabi tutulmuştur. Kanunkoyucunun bu açık iradesine karşın, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında taviz bedelinin gayri sahih vakıflardan alınamayacağı, bu nedenle taviz bedeli istenen taşınmazın sahih mi yoksa gayri sahih mi olduğunun tespitinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesinde 4.4.1995 tarihinde 4103 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve eleştirisi için bkz. Sungurbey, İsmet/Giritlioğlu, Necla, “Hukuk Tarihimizde Eşi Görülmemiş Bir Yasa Skandalı”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1996/1, s.20 vd.; Yargıtay 13. HD.’nin 18.3.1997 tarihli, 1997/2371 E., 1997/2265 K.sayılı kararından: “...Davalı, 2762 sayılı yasada değişiklik yapan 4103 sayılı yasa uyarınca türü ne olursa olsun tüm Vakıfların taviz bedeline tabi bulduklarını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece 4103 sayılı yasa uyarınca türüne göre ayırım yapılmaksızın tüm Vakıfların taviz bedeline tabi buldukları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Taviz bedeline tabi olan vakıf şerhli taşınmazlar rakabe (çıplak) mülkiyeti vakfa ait sahih vakıflardır. Devlete ait (miri) arazi üzerinde padişah veya onun izin verdiği kişiler tarafından kurulmuş gayrisahih vakıflar taviz bedeline tabi değildir...Hal böyle olunca ve yasaların Anayasaya uygun şekilde yorumlanması gereği gözönünde bulundurulduğunda; 4103 sayılı yasanın Vakıflar yasanının 27. maddesini değiştiren hükmünün yürürlüğe girdiği 18.4.1995 tarihinden önce bu mutasarrıfların aşar ve rüsumatın vakfedildiği taşınmazlarda mülkiyet haklarını kazandıklarının ve 4103 sayılı yasanın özellikle kazanılmış hakları ortadan kaldırır nitelikte bir hüküm getirdiğinin kabul edilmesi zorunludur. Boşlukta kalan ve dayanağı olmayan yasanın uygulama olanağından da söz edilemez. Bu bağlamda 4103 sayılı

20.02.2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesine göre, “*Tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir. Ancak miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar tavize tâbi değildir. Taviz bedelinin hesaplanmasında; ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satılanlarda satış bedeli, kamulaştırmalarda ise kamulaştırma bedeli esas alınır. Bu Kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı vakfi adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temlik tasarruflar tapu dairelerinde tescil olunmaz. Vakıf şerhleri ile ilgili olarak, diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümler uygulanmaz*”. Bu hüküm uyarınca 2762 sayılı Kanunun 27. maddesinden farklı olarak, miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazların tavize tâbi olmadığı belirtilerek, açıkça olmasa bile, uygulamada en çok görülen gayri sahih vakıf türleri taviz bedeli dışında bırakılmıştır. 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesinde, taviz bedelinin güvencesi olarak taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına icareteynli ve mukataalı taşınmaz kaydının yazılması, söz konusu kayıt terkin edilmeksizin de taşınmaz üzerinde devir ve intikal işlemlerinin yapılmaması öngörülmüştür. Buna rağmen taviz bedeli alınmaksızın devir ve intikal yapılmışsa, devralan kişinin taviz bedeli ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaz, devralan kişinin ödeme yükümlülüğü devam eder.

5737 sayılı Kanunun 18. maddesinin son fıkrasında “*Vakıf şerhleri ile ilgili olarak, diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümler uygulanmaz*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, söz konusu şerhin verilmesinin herhangi bir süreye tâbi olmadığı, şerh verilmiş olsa bile taviz bedelinin istenmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

---

*yasanın yalnızca aşar ve rüsumatın vakfedildiği taşınmazlar hakkında ( sahih olmayan vakıf ) yürürlüğe girdiği 18.4.1995 tarihinden sonra da uygulama alanı bulunmadığı sonucuna kavuşulmuştur.Yukarıda açıklanan yasal durumun ışığı altında mahkemece yapılması gereken iş davaya konu taşınmazın tapu kaydındaki vakıf şerhinde adı geçen Sultan Beyazıt Veli Han Vakfı'nın türünü belirlemek gayri sahih vakıflardan olduğunun tespiti halinde gayri sahih vakıfların taviz bedeline tabi bulunmadıklarını gözönünde bulundurarak davanın kabulüne, aksi halde şimdiki gibi davanın reddine karar vermekten ibarettir...” (www.kazanci.com.tr, Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası). Sadece mukataalı ve icareteynli vakıflardan taviz bedeli alınacağı yönünde başka bir karar için bkz. Yargıtay 13. HD.'nin 3.10.1996 tarihli ve 7752 E./8164 K. sayılı kararı, **YKD.**,1996/12, s.1907.*

Bu hükmün 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinde öngörülen süreyi de kapsayıp kapsamadığı açısından, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1. Hukuk Dairesi ve 17. Hukuk Dairesi ile 14. Hukuk Dairesi arasında görüş farklılığı ortaya çıkması üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2.4.2004 tarihli, 2003/1 E. ve K. 2004/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile bu içtihat farklılıkları giderilmiştir<sup>22</sup>. İçtihadı Birleştirme kararının sonuç kısmında, vakıf şerhinin tapu sicilinden silinmesi ya da tapu siciline yazılmasına ilişkin istemleri içeren davalarda 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesinde öngörülen on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiği oy çokluğuyla kabul edilmiş ve bu şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1. ve 17. Hukuk Dairelerinin görüşü benimsenerek, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin Kadastro Kanununun 12. maddesinde öngörülen 10 yıllık sürenin vakıf şerhlerinde uygulanmayacağı şeklindeki görüşü kabul edilmiştir.

### SONUÇ

Mülga 2762 sayılı Kanunun 27. ve halen yürürlükte olan 5737 sayılı Kanunun 18.maddesinde mülkiyet esasına göre bir vakıf ayrımı yapılmamışsa da, icareteynli ve mukataalı vakıflarda mülkiyet vakfa ait olduğundan, bu vakıflar ancak sahih vakıf şeklinde kurulabildiğinden ancak sahih vakıf taşınmazlarının taviz bedeline tabi olduğu, buna karşılık mülkiyeti devlete ait

<sup>22</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 2.4.2004 tarihli, 2003/1 E. ve K. 2004/1 sayılı içtihadı birleştirme kararının konusu şu şekilde özetlenmiştir: “*Taşınmaz, Vakıf malı olduğu halde, kadastro çalışmaları sırasında taşınmaza ait tapu kaydı esas alınarak mutasarrıfi adına tespiti yapılmaktadır. Ancak, kadastro tutanağının şerhler bölümüne bu taşınmaz "Vakıf malıdır" yada "...Vakfına aittir" gibi bir kayıt düşürülmesi gerekirken, bu yapılmadan kadastro tutanağı düzenlenmekte ve tespit maliki adına tapu oluşmaktadır. İşte tapu kayıtlarında Vakıf Şerhi olmadığından Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27/29. maddelerinde öngörülen Vakfın hakkı olan taviz bedelini ( ivaz alacağını ) almama gibi bir durumla karşılaşmaktadır. Vakıflar Genel Müdürlüğü, taviz bedelinin tahsilini sağlamak için ya doğrudan doğruya Tapu Kadastro Genel Müdürlüğüne ya da Yerel Tapu Sicil Müdürlüklerine idari yoldan başvurmak suretiyle Tapu Siciline "Vakıf malıdır" yada "...Vakfına aittir" şerhinin yazılmasını sağlamakta veya hasımsız dava açmak suretiyle veyahut benzer yollarla söz konusu şerhi Tapu Kütüğüne ( Siciline ) işletmektedir ve şerh bu şekilde oluşmaktadır. Tapu kayıt malikleri de, kadastro tutanağının kesinleştiği tarihten itibaren 3402 sayılı Kanununun 12/3. fıkrasında öngörülen on yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra tapu kütüğüne yazılan bu şerhin tapu sicilinden silinmesi ( terkin ) için dava açmaları sonucu olay yargıya intikal etmektedir. İçtihatları Birleştirmenin konusunu sözü edilen bu şerh oluşturmaktadır”.* (Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr, Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

olan, ancak tasarruf (yararlanma) hakkı vakfedilen gayri sahih vakıfların taviz bedeline tabi olmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda vakfedilen taşınmazların niteliğinin belirlenmesinde Arazi Kanunnamesinin kabul ettiği mülkiyet esasları göz önünde bulundurulmalı, taşınmazın mülkiyetinin vakfa ait olup olmadığı öncelikle belirlenmelidir. Bu kapsamda, bir taşınmazın sahih vakıf olarak vakfedilmesinin mümkün olup olmadığı, taşınmazın özel mülkiyete konu olmasıyla yakından ilişkili olduğundan, taşınmazın köy, kasaba ve şehir merkezlerinde olup olmadığı, üzerinde ev bulunup bulunmadığı gibi hususlar saptanmalıdır.

Taviz bedelinin, Vakıflar Genel Müdürlüğü ile mutasarrıf arasında daha önce mevcut olan bir borç ilişkisinden kaynaklanmadığı, taraflar arasında bağımsız başka bir alacaklılık- borçluluk ilişkisi olmadığı, yani alacağa bağlılık ilkesinin bulunmadığı, sadece taşınmazla teminat altına alınmış ve taşınmazı takip eden bir yükümlülük olduğu göz önünde tutulduğunda, taviz bedelinin taşınmaz yükü niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte taviz bedeli alacağının borçlunun başka mallarından alınması mümkün olduğundan, burada eşya hukukunda kabul edilen taşınmaz yükünden kısmen de olsa farklı nitelikte bir taşınmaz yükü olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.



# ÇEK KANUNUNDA DÜZENLENEN YENİ SİSTEME GÖRE İLERİ TARİHLİ ÇEKLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK\**

**ÖZET:** Türk Ticaret Kanununun çeklere ilişkin hükümleri, Cenevre Yeknesak Kurallarına uygun olduğundan dolayı Türkiye’de çekler görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir” (YTK 795). Bununla birlikte 5941 sayılı Çek Kanununda düzenlenen yeni sisteme göre üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çek, düzenleyenin hesabında karşılık varsa ibraz günü ödenir. Üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çek için düzenleyenin hesabında yeterli karşılık bulunmazsa düzenleyen veya çekten dolayı sorumlu olan diğer kişiler hakkında herhangi bir hukuki işlem yapılamaz. Hamil kanuni süreler içinde çeki ödeme için tekrar ibraz etmek zorundadır; aksi halde düzenleyene, cirantalara ve sorumlu diğer kişilere karşı müracaat haklarını kullanamaz.

**Anahtar Kelimeler:** Çek, ileri tarihli çek, 5941 sayılı Çek Kanunu, karşılıksız çek.

**ABSTRACT:** Provisions of Turkish Commercial Code (TCC) are in line with the Convention Providing a Uniform Law for Cheques therefore in Turkey “cheque is payable at sight. Any contrary stipulation shall be disregarded. A cheque presented for payment before the date stated as the date of issue is payable on the day of presentment” (TCC 795). However, according to the new system regulated by Cheque Act (Act No: 5941), if the money for payment is available in the account of drawer, a cheque presented for payment before the date stated as the date of issue will be payable on the day of presentment. If the money to pay a cheque presented for payment before the date stated as the date of issue is not available in the account of drawer, no legal sanction can be obtained against the drawer or other persons who are

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

liable because of cheque. The holder must present the cheque for payment in legally binding time limit, otherwise he can't exercise his right of recourse against the drawer, the endorsers and the other parties liable.

**Key Words :** Cheque (check), postdate cheque, 5941 numbered Cheque Act, uncovered cheque.

## I- GİRİŞ

5941 Sayılı Çek Kanunu<sup>1</sup>, sadece cezai veya düzenleyici nitelikte hükümler getirmekle kalmamış aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu ve hatta Borçlar Kanunuyla uyumsuzluk oluşturduğu kuşkusunu uyandırabilecek bazı düzenlemeler getirmiştir. Özellikle kısmi ödemeye ilişkin 3. maddenin 5. paragrafı<sup>2</sup>, gerçek kişinin temsilci veya vekil aracılığıyla çek düzenlenmesine ilişkin 5. maddenin 3. paragrafı<sup>3</sup> ve ileri tarihli çekler hakkındaki 3. maddenin 8. paragrafı olmak üzere, bunlar arasından üçünün öne çıktığı görülmektedir.

Gerçek kişinin temsilci aracılığıyla çek düzenlenmesine ilişkin hüküm (m<sup>4</sup>.5(3)) ilk bakışta bir tereddüde neden olsa da, uygulamada ve doktrinde fazla tartışmaya neden olacak nitelikte değildir. Zira hükmün birbiriyle ilişkili iki cümlesinin birlikte değerlendirilmesi halinde bile, temsilci aracılığıyla bir gerçek kişi adına düzenlenen çeklerin geçerli olduğu sonucuna varılabilir<sup>5</sup>. Geriye hükmün cezai sonuçları kalmaktadır ki; zaten amacı ve kapsamı da budur<sup>6</sup>.

---

1 14/12/2009 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 20.12.2009/27438 tarih ve sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiş ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.

2 “Muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil, kısmi ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde, ikinci fıkra hükmüne göre karşılıksızdır işlemi yapılır; ..”.

3 “Çek hesabı sahibi **gerçek kişi**, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını **temsilci** veya **vekil** olarak **tayin edemez**. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezai **sorumluluk** çek hesabı sahibine aittir.”

4 Bu çalışmada “m.” (madde) şeklinde verilen kısaltmalar, aksi yönde bir açıklama olmadığı sürece 5941 sayılı Çek Kanunu olarak anlaşılmalıdır.

5 Aksi yönde görüş için bkz. *Çağlar*, H.: “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S.1-, s.3. Ayrıca, gerçek kişi tacirin kendi adına açtığı çek hesabından vekil veya



Çek Kanunu, “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707’nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak **hukukî takip yapılamaz**. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre **kanunî ibraz süresi içinde** bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.” (m.3(8)) şeklindeki hükmüyle, ileri tarihli çekler hakkında vadeli çeker çok yaklaşan yeni bir sistem öngörmüştür. Kuşkusuz yeni bir sistemin getirilmiş olması kadar, ileri tarihli çeklerin Türkiye’deki uygulanma yoğunluğu, bankalardaki mevduat miktarı ile bağlantısı ve ekonomik krizlerde ortaya çıkan olumsuz tablolar da konunun önemini artıran sebeplerdir.

İleri tarihli çeklere ilişkin bu sistemin Ticaret Kanununun çekerle ilişkin hükümleriyle olan uyumu ve ortaya çıkaracağı sorunların gerçek boyutu, çeklerin üzerlerindeki düzenleme tarihlerinden önce ödeme için ibrazlarının mümkün olduğu 31.12.2011 tarihinden (Geçici m.1(5)) sonra başlayan uygulamalarla ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte gelecek adına bir kısım öngörüler ile ortaya çıkabilecek sorunlar ve çözüm önerileri ele alınabilir. İşte, bu çalışmanın başlıca konusunu Çek Kanununun ileri tarihli çekler hakkında öngördüğü bu yeni sistem oluşturacaktır. “Kısmi ödemenin hamil tarafından kabul edilmesi halinde,” şeklindeki hüküm, ileri tarihli çeklerle de ilgili olduğundan, aynı durumdaki diğer hükümler gibi dolaylı olarak ele alınacaktır.

## II- GENEL OLARAK İLERİ TARİHLİ ÇEK

Gerek iç hukukumuzda (YTK 795(2);TK 707/II) gerekse mukayeseli hukukta (İsv. BK 115/II; CYK 28)<sup>7</sup> ileri tarihli çeklerin geçerli olduğu tar-

---

temsilsinin, hesap sahibi adına çek düzenleyemeyeceği, ancak temsilci veya vekilin, bu sıfatıyla bizzat kendi adına açtığı hesaptan temsilcisi veya vekili olduğu tacir adına çek düzenleyebileceği yönünde bkz. Önder, M. F.: “5941 Sayılı Çek Kanunu Uyarınca Çek Türlerinin Açıkça Renkleri ve İsimleriyle Ayrılmasının Ortaya Çıkaracağı Sonuçlar”, SDÜ İİBFD, Y.2010, C.15, S.1, s.303 vd..

6 “Kasten işlenen bir suç söz konusu olduğu için gerçek kişiye vekâleten çek düzenleyen vekil de iştirak hükümleri gereği cezai sorumluluğa muhatap olacaktır. Yoksa buradan gerçek kişiye vekaleten düzenlenen çekler geçersizdir anlamı çıkarılamaz” (Özgenç, İ.: “Yeni Çek Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010,-Tartışmalar, s.94-95).

7 İleri tarihli çekleri geçersiz sayan hukuk sistemi artık geçmişte kalmıştır. Gerçekten bu sistem “1912 tarihli Poliçe, Bono ve Çekerle İlişkin Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası La Haye Konferansı” ve ondan esinlenen 1926 tarihli Ticaret Kanunumuz tarafından

tışmasız bir şekilde kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Esasen, yukarıda sözünü ettiğimiz hükmüyle (m.3(8)) Çek Kanunu da ileri tarihli çeklerin geçerliliğini kabul etmektedir. Tartışma; ileri tarihli çeklerin, üzerinde belirtilen düzenleme tarihinden önce ödenmek üzere ibraz edilmesi halinde, düzenleyene<sup>9</sup> ve/veya diğer çek borçlularına karşı hukuki ya da cezai takip yapılabileceğine ilişkindir.

### 1- Doktrindeki Görüşler

İleri tarihli çekler, düzenleme tarihinden önce ibraz edilerek ödeme istenip istenemeyeceği, ödenmemesi halinde hukuki ve cezai yaptırımların uygulanmasının adil olup olmadığı bakımından iki görüşün doğmasına sebep olmuştur<sup>10</sup>. *Birinci görüşe* göre kambiyo sözleşmesinin tarafı olan düzenleyen, çek üzerine gerçek düzenleme tarihi yerine sonraki bir günü düzenleme tarihi olarak yazması ve böyle bir çekin lehtar tarafından kabul edilmesi, taraflar arasında bir **centilmenlik anlaşması** olarak yorumlanmaktadır<sup>11</sup>. Bu

---

benimsenmiştir (bkz. *Tandoğan*, H.: “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkdıkları Sorunlar”, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, 18-19 Aralık 1981, Özel Sayı, Batider, Aralık 1981, C.11, S.2, s.71). CYK’nın hazırlanması sırasında da ileri tarihli çeklerin geçersiz sayılması ve geçerli sayılmasına rağmen ibrazında ödenmesi gerektiğine ilişkin iki temel görüş ileri sürülmüştür. Sonunda bu çalışmada da bir kısmına işaret edilen bazı gerekçelerle ileri tarihli çeklerin geçerli fakat ibrazında ödenmesi görüşü kabul edilmiştir (*Poroy, R/Tekinalp, Ü.* : Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2001, s.249, N.446; *Poroy, R/Tekinalp, Ü.*: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 12. Bası, İstanbul, 1995, s.247, N.314).

8 CYK Sisteminin dışında kalan İngiltere de (bkz. Bill of Exchange Act. m.13) dahil olmak üzere bütün Avrupa ülkeleri, ileri tarihli çeklerin geçerli olduğunu kabul etmektedir (*Tekinalp, Ü.*: İleri Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 19-20, S.1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s.926).

9 Çek Kanunu bazen “düzenleyen” (Örneğin m.2(2, 8); 5(4); 7(1, 9)), bazen de “düzenleyici” (Örneğin m.3(3); 7(10)) kavramını kullanmıştır. Yeni Ticaret Kanunumuz ise “düzenleyen” (Örneğin YTK 780(1); 781(3)) kavramını benimsemiştir.

10 Her ne kadar ileri tarihli çekler hakkında burada zikredeceğimiz görüşler, Çek Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ileri sürülmüş olsa da bugün benimsenen yeni sistemin kavranması, yorumlanması ve bu sisteme nasıl gelindiğinin anlaşılması açısından özet olarak da olsa temas edilmesinde fayda bulunmaktadır.

11 CYK’nın hazırlanması sırasında, ileri tarihli çeklerin geçerli fakat ibrazında ödenebilir sayılmasına karşı olanlar, düzenleyen, lehtar ile diğer hamillerin bu anlaşmaya uyacağını umduğunu; düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilmesi halinde, karşılık buldurulmaması sebebiyle güç duruma düştüğünü ve böyle bir davranışın etik de olmadığını ileri sürmüşlerdir (*Tandoğan*, 73).

nedenle üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen ve hesapta karşılık olmadığı gerekçesiyle ödenemeyen çekten dolayı düzenleyen, hukuki ve/veya hiç değilse cezai yaptırımlarla karşılaşmaması gerekir<sup>12</sup>. İkinci görüşe göre ise çek niteliği gereği bir kredi aracı değil, ödeme aracıdır. Bu nedenle çeklerde vade yoktur ve vade ya da vade anlamına gelen her türlü kayıt yazılmamış sayılır. Düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çeklerin de ibraz tarihinde ödenmesi gerekir<sup>13</sup>.

## 2- Mukayeseli Hukukta İleri Tarihli Çekler

Günümüzde, İngiliz Hukukunun etkisinde bulunan Anglo-Sakson sistemi ve CYK etkisindeki Kara Avrupa sistemi olmak üzere, çek hukukuna ilişkin

12 Tekinalp, "...görüldüğünde ödenir" şeklindeki hükümde (YTK 795(1)) sadece hamile bir şans verildiğini, düzenleyen ile muhatap bankaya herhangi bir yükümlülük getirilmediğini ve isterse düzenleyen muhataba vereceği bir talimatla düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çeklerinin ödenmesini önleyebileceğini ileri sürmektedir (Tekinalp, Ü.: "Yeni Çek Kanunu", 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010, s.8, 82, 85,88). Bu görüş sahipleri çekin bir ödeme aracı olduğunu, CYK'nın hazırlık çalışmaları sırasında ileri tarihli çeklerin geçersiz sayılması yönünde öneriler de yapıldığını; ancak geçerli sayılmasının ağır bastığını ve böylece istisnai olarak kredi işlevi görmesinin mümkün hale geldiğini görüşlerine gerekçe olarak ileri sürmüşlerdir (Poroy/Tekinalp, 15. Bası, s.249, N.446; Tekinalp, 927). Ayrıca ileri tarihli çeklerde vade anlaşmasının, (çek üzerine yazılan vade kaydının geçerli olduğu kabul edilse bile MK 2 gereği) düzenleyen ile lehtar arasında geçerli olduğunu ve lehtar tarafından düzenleme tarihinden önce tahsil edilmek istenmesi halinde ödemenin, düzenleyen tarafından durdurulabileceği; ancak çekin ciro ile devredilmesi halinde senet metni üzerinden anlaşılmasına (herkese karşı ileri sürülebilen defî) rağmen yazılmamış sayılması nedeniyle hamile karşı ileri sürülemeyeceği ve karşılıksız çek müeyyidesinin uygulanmasının söz konusu olacağı da savunulmaktadır (İnan, N.: "Özel Hukukta Karşılıksız Çek Kavramı" Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), s.117). Kanaatimce bu son görüş yerinde değildir. Öncelikle lehtar için MK 2'ye dayanılması söz konusu ise çeki üzerindeki kayda (ileri tarihli olmasına) rağmen devraldığına göre hamil için de söz konusu olması gerekir. İkinci olarak kambiyo senedi üzerinde her istediğimiz kayıt ve şartı yazarak, bunların tamamının herkese karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Çeklerin ibrazında ödenmesi ve vade yazılmaması ilkeleri, kanunun emredici hükümlerinden olduğu için taraflar arasında bile bunlara aykırı sözleşme yapılamaz (Benzer eleştiriler için bkz. Coşkun, M.: Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları (İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 1994, s.25).

13 Kalpsüz, T.: "Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahlili", Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), s.54 vd.; Kalpsüz, T.: 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans, 22 Ocak 2010, Tartışmalar, s.48-49; Tandoğan, 73-74; Kalpsüz T. : Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, s.89.

iki sistem bulunmaktadır<sup>14</sup>. Bu iki sistem arasındaki temel farklardan biri, ileri tarihli çekler bakımından ortaya çıkmıştır.

Her iki sistemde de ileri tarihli çeklerin geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte, Kara Avrupası sisteminde, çeklerin üzerindeki düzenleme tarihinden önce ibraz edilmesi halinde, ödenmesi gerektiği kabul edilerek, kredi aracı olarak kullanılması engellenmek istenmiş ve ödeme aracı olarak işlev görmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Başka bir ifadeyle İleri tarihli çeklerin ibrazlarında ödenmesi, aynı zamanda çekin kredi aracı olarak kullanılmasının bir müeyyidesi olarak düşünülmüştür<sup>15</sup>. İngiliz-Amerikan sisteminde ise düzenleme tarihinden önce çeki ödeyen muhatabın<sup>16</sup> ödemedi doğan rizikoyu üstleneceği kabul edilmiş ve aynen vadeden önce poliçeyi ödeyen muhatap gibi sorumlu tutulmuştur<sup>17</sup>. Zaten İngiliz hukukunda çek, bir bakıma poliçenin bir türü olarak ele alınmaktadır<sup>18</sup>. Dolayısıyla görüldüğünde vadeli poliçeler gibi kredi aracı olarak kullanılabilir<sup>19</sup>. Öte yandan CYK ile bu sistemi kabul eden ülkelerde, ibraz süreleri kısa tutulmuşken, İngiliz Hukukunda çekin makul bir süre içinde (*reasonable time*) ödeme için ibraz edilmesi yeterli görülmüştür<sup>20</sup>. Ayrıca Kara Avrupası sisteminde çekin süresinde

<sup>14</sup> Kendigelen, A.: Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, 2006, s.14.

<sup>15</sup> Kendigelen, 14; Kalpsüz, 54 vd.; Kalpsüz, Konferans Tartışmalar, s.48-49. CYK'nın hazırlanması sırasında da ileri tarihli çeklerin, ibrazlarında ödenmesinin zorunlu olmasının, onların kredi aracı olarak kullanılmasına karşılık hukuki bir müeyyide olacağı vurgulanmıştır (Tandoğan, 73-74).

<sup>16</sup> İngiliz Hukukunda çekin düzenleme tarihinden önce yapılan ödeme isteğinin, muhatap tarafından reddedilmesi gerekir (Bank of Baroda Ltd. v. Punjab National Bank [1944] A.C.176 (atfen, Schmitthoff, C. M/Sarre, D. A.G.: Charlesworth's Mercantile Law, Fourteenth Edition, London, 1984, s.449).

<sup>17</sup> Tandoğan, 76-94; Poroy R.: "Fransız Çek Hukukunda Gelişmeler", Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), Tartışmalar, s.219. İngiliz-Amerikan Hukuklarında çeklerin üzerinde yazılı düzenleme tarihinde ibraz edilebildiği ve kredi aracı olarak kullanılmasına imkân verildiği yönünde (Domaniç, H.: Karşılıksız Çek, İstanbul, 1983, s.21).

<sup>18</sup> "A cheque is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand" (Bill of Exchange Act m.73(1)). Ayrıca İngiliz Hukukunda çekin, poliçenin bir türü olduğu yönünde bkz. Kendigelen, 14; Breadgate R./White, F: Commercial Law, Oxford University Press, 2005, s.298, N.22.3.

<sup>19</sup> Kendigelen, 14.

<sup>20</sup> Kendigelen, 15; Schmitthoff/ Sarre, 449. Ayrıca bkz. Bill of Exchange Act m.74.

ibraz edilmemesi, hamilin, düzenleyen dahil olmak üzere tüm çek borçlularına karşı başvuru haklarının düşmesine neden olduğu halde, İngiliz sisteminde düzenleyen sorumlu tutulabilmektedir<sup>21</sup>.

### III- ÇEK KANUNUNDAKİ DÜZENLEME

Çek Kanunu, vadeli çeke yaklaşan bir düzenleme getiren 3. maddenin 8. paragrafı ve “31.12.2011 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ibrazı”nı yasaklayan Geçici 1. maddenin 5. Paragrafı olmak üzere, ileri tarihli çekler hakkında iki özel hüküm getirmiştir. Buna göre ileri tarihli çeklere ilişkin hükümlerin Ticaret Kanunu hükümleriyle uyumu ve bu hükümlerin tam olarak uygulamaya başladığı 01.01.2012 tarihinden itibaren ortaya çıkabilecek sorunları, bu çeklerin düzenleme tarihinden önce veya sonra ödeme için ibraz edilmesine göre inceleyebiliriz.

#### 1- Düzenleme Tarihinden Önce İbraz

##### a) İbraz ve Ödeme Koşulu

Ticaret Kanununa göre ileri tarihli çekler, “görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir” (YTK 795; TK 707). Bu hükme dayanarak gelişen uygulamada, üzerindeki düzenleme tarihi gelmemiş olsa bile hamil, ileri tarihli çeki ödeme için ibraz edebiliyor ve karşılıksız olduğunu tespit ettirebiliyordu. Çek Kanunu da ileri tarihli çeklerin, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibrazını – 31.12.11 tarihinden sonra (Geçici m.1(5))- yasaklamamış, ancak ödeme yapılmasını, hesapta karşılık bulunması koşuluna bağlı bir imkân olarak öngörmüştür (m.3(8))<sup>22</sup>. Başka bir ifadeyle yeni sistemde, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çekler, hesapta karşılık bulunması koşuluyla muhatap tarafından ibrazında ödenir; ancak hesapta karşılık bulunmadığı takdirde karşılıksızdır işlemi yapılamaz. Çek Kanunu, ileri tarihli çeklerde hukuki takip yapılabilmesi için çekin “üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz” edilmesini “ve karşı-

<sup>21</sup> Kendigelen, 14-15.

<sup>22</sup> Tekinalp, Panel, s.8, 82, 85, 88).

lıksızdır işlemine tabi” tutulmasını şart koşmuştur (m.3(8))<sup>23</sup>. Görülüyor ki, ileri tarihli çekler, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için bir veya daha fazla ibraz edilseler bile “karşılıksızdır” işlemi yapılabilmesi için, kanuni ibraz sürelerinin beklenmesi ve tekrar ibraz edilmesi gerekmektedir<sup>24</sup>.

Hesapta tam karşılık bulunması halinde, düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çekler, muhatap tarafından tam olarak ödenir. Çekin üzerindeki düzenleme tarihinden önce, hesaptaki karşılıktan tam olarak ödenmesi halinde yapılacak işlemler, kanuni ibraz süreleri içinde ödeme halinde yapılacak işlemlerden farklı değildir. Her halükarda çek üzerindeki miktarı hamile tam olarak ödeyen banka, çeki kendisinde alıkoyar<sup>25</sup>.

Hesapta kısmi karşılık bulunması halinde, kısmi karşılığı ve/veya her çek yaprağına karşılık kanunen zorunlu olduğu miktarı hamile ödemesinin gerek- kip gerekmediği şeklinde muhatap bankanın önünde iki önemli sorun bulunmaktadır. *İlk olarak* Çek Kanunu, “Üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının, Türk Ticaret Kanununun 707 nci madesi uyarınca *kısmen veya tamamen ödenmemiş* olması halinde” diyerek, açık bir şekilde hesaptaki kısmi karşılığın hamile ödenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (m.3(8))<sup>26</sup>. *İkinci olarak*, her ne kadar doktrinde aksi yönde görüşler ileri sürülmüş olsa da<sup>27</sup> her çek yaprağına karşılık muhatap bankanın kanun gereği ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi, çekin dü-

<sup>23</sup> Özgenç, 47; TBMM Adalet Komisyonu Raporu (T. 07.12.2009, E.1/710, K. 27 TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 445), s.20 vd..

<sup>24</sup> Tekinalp, Panel, Tartışmalar, s.81; Pulaşlı, H.: Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2010, s. 42,46; Reisoğlu, S.: “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, Y. 21, S.72, Mart 2010, 57; Kırca, İ.: “5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans”, 22 Ocak 2010, Ankara, 2010, s.20; Özgenç, İ.: Çek Kanunu, 3. Bası, Ankara, 2010, s. 47; Bilgen, M.: “5941 Sayılı Çek Kanunu ve Uygulamalar”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010, Ankara, 2010, s.24; Kınacı, A. : “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Koruma Tedbiri Getiren Fiiller”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26.03.2010, Ankara, 2010, s.55.

<sup>25</sup> Kırca, 20.

<sup>26</sup> Reisoğlu, 55-56; Hesapta tam veya kısmi karşılık olması ve hamilin düzenleme tarihinden önce çeki ödeme için ibraz etmesi halinde, banka ödeme yapmak zorundadır; aksi halde 3. maddenin 7. paragrafı uyarınca gecikme cezası ödemek zorunda kalır (Kırca, 19-20).

<sup>27</sup> Narbay, Ş.: “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.5, S.43, Mart 2010, Ankara, s.93-95; Kınacı,55.

zenleyen dışındaki bir hamil tarafından “süresinde ibraz” edilmesi koşuluna tabi tutulmuştur (m.3(3)). Buradaki süresinde ibrazı, çek üzerindeki düzenleme tarihine göre belirlenecek olan kanuni ibraz süreleri olarak anlamak gerekir<sup>28</sup>. Dolayısıyla üzerindeki düzenleme tarihinden önce çekin ödeme için ibrazı halinde muhatap banka, her çek yaprağına karşılık kanunen ödemek zorunda olduğu miktarı hamile ödememeli ve bu ödeme için kanuni ibraz süreleri içinde çekin tekrar ibraz edilmesini beklemelidir<sup>29</sup>.

### **b) Hesapta Karşılık Olmaması veya Hamilin Kısmi Karşılığı Kabul Etmemesi**

Hesapta karşılık bulunmaması veya hamilin kısmi karşılığı kabul etmemesi halinde muhatap bankanın yapması gereken işlem kanunda belirtilmemiştir. Bu konuda iki görüş ileri sürülmektedir. *Birincisine* göre, karşılık bulunmaz veya hamil kısmi ödemeyi reddederse muhatap banka, “Çek Kanununun 3(4). maddesi hükmüne kıyasen “karşılıksızdır” işlemi yapar; ibraz tarihi ile ödememe nedenini çek üzerine yazar ve” üzerine imzasını alarak çeki hamiline geri verir. Bu durumda hamil hukuki veya cezai bir takip yapamaz; ancak Kanunda ödeme için tekrar ibrazını önleyen bir düzenleme olmadığı için ibraz süresinin sona ermesine kadar, çeki ödeme için tekrar ibraz edilebilir. Bu şekilde mükerrer ibraz hallerinde ödeme tam olarak gerçekleşmedikçe, muhatap banka aynı işlemi tekrar yapacak ve çekin aslını hamile geri verecektir<sup>30</sup>. Bize daha doğru görünen *ikinci* görüşe göre ise karşılık bulunmaz veya hamil kısmi ödemeyi reddederse muhatap banka **hiçbir işlem yapmadan** çeki hamile geri vermelidir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Zira bu Kanunun ruhu, ileri tarihli çeklerin ibraz süresinden önce ödenmesini hesapta karşılığın olması koşuluna bağlayarak, çek borçlularının müşkül duruma düşmesini önleme amacına dayanmaktadır.

<sup>29</sup> *Reisoğlu*, 57; *Tekinalp*, Panel, Tartışmalar, s.82; *Kırca*, 21.

<sup>30</sup> *Kınacı*, 56-57; *Reisoğlu*,58; *Pulaşlı*, ikinci ibrazın ancak çekin kanuni ibraz süreleri içinde yapılması gerektiği yönünde açık bir hüküm bulunması gerektiği görüşündedir (*Pulaşlı*, 42). *Kırca* da hesapta kısmi karşılık olması halinde, bankanın 3. maddenin 7. paragrafının (a) bendi gereği yaptırımı maruz kalmasını önlenmek amacıyla bu yönde işlem yapmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir (*Kırca*, 20).

<sup>31</sup> *Tekinalp*, Panel, Tartışmalar, s.81, 82, 85; *Kırca*, 20; Çek Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de bu görüş *Tekinalp* tarafından ileri sürülmüştü (bkz *Tekinalp*, 932); *Kalpsüz*, Sempozyum, s.60. Ayrıca 57. Hükümet döneminde, ayrıntılarda farklılıklar olsa da temelinde düzenleme tarihinden önce ibraz halinde ödeme yapmayan bankanın, hiçbir işlem yapmadan çeki hamile iade etmesi gerektiği yönünde tasarı hazırlanmış ancak ka-

Taraf olduğumuz görüşün savunulmasını zorlaştıran nedenlerden biri, “Çek karşılığının hesapta bulunmasına rağmen hamiline” ödenmemesi ya da geciktirilmesi nedeniyle muhatap banka veya görevlileri hakkında cezai müeyyideler öngörülmüş (m.7(4, 5); 3(7)) olmasıdır. Sorun şu ki; acaba bu müeyyideler, ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce ibraz edilmesi ve hesapta karşılık olmaması veya hamilin kısmi ödemeyi reddetmesi nedeniyle ödenmemesi hallerinde de uygulanır mı? Şayet uygulanması gerektiği sonucuna varılırsa, ibraz anının veya kısmi karşılığın hamil tarafından reddedildiğinin tespit edilmesinde, hem hamilin hem de muhatap banka ve görevlilerinin menfaati vardır. Kanaatimizce, ileri tarihli çeklerin üzerindeki düzenleme tarihinden önce ibraz edilmesi ve muhatapın karşılığı kısmen veya tamamen hamilden gizlemesi halinde de bu müeyyideler uygulanmalıdır<sup>32</sup>. Bununla birlikte ibraz anının ve ödenmeme nedeninin belirlenmesi sadece bir ispat sorunudur. Örneğin, çekin iki adet fotokopisi üzerine ibraz tarihi ve ödenmeme nedeni yazılarak, hamil ve banka görevlisi tarafından imzalandıktan sonra birisinin hamile verilmesi, diğersinin de banka tarafından saklanması halinde aynı amaca ulaşılmış olur. Sadece ispat gayesiyle çek üzerinde herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur<sup>33</sup>. Öte yandan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen her çek, üzerinde hiçbir işlem yapılmadan onaylı fotokopisinin muhatapça saklanması, kanunun kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınması amacının gerçekleşmesine (m.1) ve ileri tarihli çek uygulamasının azaltılmasına da katkıda bulunabilir<sup>34</sup>.

---

nunlaşmamıştır (bkz. Çöl, H.C.: “İleri Tarihli Çeklere İlişkin Sorunlar” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.1, Y.2004, s.208 vd.; Çeker, M.: “Çek ve Yeni Kanun Tasarısı”, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/cek> ve yeni kanun tasarısı (18.01.2012), s.4).

- 32 “Bu durumda çekin keşide tarihinden önce ibrazı ve karşılıksız çıkması halinde, hamilin talebi üzerine bankanın ibraz tarihini belirterek karşılıksız işlemi yapması gerekecek; aksi takdirde banka görevlisi şikâyet üzerine 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (md 7/4).” (Reisoğlu, 58).
- 33 Zira çekin muhatap banka görevlisi tarafından onaylanmış bir fotokopinin, aynı ispat sorunuyla karşı karşıya olan hamile de verilmesi yerinde olur.
- 34 Kanunun önemli amaçlarından biri olan kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınmasına yönelik düzenlemeler kapsamında özellikle hamile yazılı çeklere ilişkin bazı özel hükümler (m.2(6); 4 (1ve 3); 7(9)) getirildiği görülmektedir (Doğan, B. F.: “5941 Sayılı Çek Kanunu’na Göre Yeni Çek Türleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Yıl:2010, s.87-88). Bu bakımdan gerek duyulduğunda muhatap bankada saklanan fotokopilerden hamile çekin kimler tarafından ödeme için ibraz edildiği öğrenilebilir.



Taraf olduğumuz görüşün gerekçelerini ise şöyle sıralamak mümkündür. İlk olarak yeni kanun, düzenleme tarihinden önce ödemeyi, hesapta karşılık bulunması koşuluyla sadece bir imkân olarak düzenlemiştir<sup>35</sup>. İkincisi, üzerine “karşılıksızdır” işlemi yapılarak çekin aslının geri verilmesi, onun itibarını zedelediği için devrini fiilen zorlaştıracığından, hamilin zararına bir durum oluşturur<sup>36</sup>. Üçüncüsü, bazı yazarlar<sup>37</sup> düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çekler hakkında da “karşılıksızdır” işlemi yapılması gerektiğini ileri sürmüş olmalarına rağmen, bu görüş Kanunun açık hükmüne aykırı görünmektedir. Gerçekten “İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.” (m.3(8)) şeklindeki hükme göre ileri tarihli çekler bakımından, kanuni ibraz sürelerinden önce “karşılıksızdır” işlemi yapılamaz. Dördüncüsü, muhalif görüş kabul edilse dahi, Kanunun açık hükmü gereği (m.4 (3))<sup>38</sup> hamil talep etmedikçe muhatap banka karşılıksızdır işlemi yapamaz<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Tekinalp, Panel, Tartışmalar, s.81, 82, 85.

<sup>36</sup> Keşide tarihi gelmeden kısmen tahsil edilmiş çekte, aval verilen kıymetli evraka benzer bir durum oluşur. Hatırlanacağı üzere uygulamada avale pek rastlanılmaz. Zira kıymetli evrakin ödenmeyeceğinden endişe duyulduğu için avale müracaat edildiği kuşkusu oluşur. Bu nedenle uygulamada daha ziyade, aynı amaca hizmet etmek üzere teminat cirosu kullanılmaktadır. Düzenleme tarihinden önce kısmen tahsil edilen çekler hakkında da devreden kişinin keşide tarihini beklemeden kısmi karşılığı tahsil ettiği ve bakiyenin tahsil edilemeyeceği endişesiyle çeki elden çıkarmak istediği kuşkusu uyanacaktır. Bu bakımından karşılıksızlığın çek veya fotokopisi üzerinde belirtilmesi, çekin devrini hiç değilse fiilen zorlaştırır. Öte yandan Ticaret Kanunundaki hükümlerin aksine, 5941 sayılı Kanunda çekin kısmen ödenmesi bakımından hamilin iradesine önem verilmiştir. Oysa kısmi ödemenin reddi, sadece kanuni ibraz sürelerinden önce olduğu takdirde hamilin menfaatinedir. Zira “karşılıksızdır” işlemi sadece kanuni ibraz süreleri içinde yapılabileceğinden dolayı, ibraz tarihinden önce reddedilen kısmi ödemenin, “karşılıksızdır” işlemi sırasında mahsup edilmesi mümkün değildir. Kanuni ibraz süreleri içinde kısmi ödemenin reddi için bkz. aşa. dn. 55 civ..

<sup>37</sup> Bkz. yuk. dn.30.

<sup>38</sup> “Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.” İbraz süreleri içinde ödeme için ibraz edilen çeklerde “karşılıksızdır” işleminin yapılabilmesini hamilin talebine bağlı tutan Kanunun, henüz kanuni

### c) Hamilin Kısmi Karşılığı Kabul Etmesi

#### aa) Muhatap Bankanın Yapacağı İşlemler

İleri tarihli çeklerde hamilin kısmi karşılığı kabul etmesi ve düzenleme tarihinden önce çeki tahsil etmesi halinde, muhatap banka tarafından nasıl bir işlemin yapılacağı özel olarak düzenlenmemiştir. Her ne kadar “*kısmî ödeme hâlinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir*” (m.3(6)) şeklinde açık bir hüküm bulunmasına rağmen bu hüküm sadece düzenleme tarihinden önceki kısmi ödemelere münhasır değildir. Hatta zayıf olmakla birlikte, hükmün devamında belirlenen onaylı fotokopinin kullanılabilmesi alanlara dayanarak sadece ibraz süreleri içinde gerçekleşen kısmi ödemeyi düzenlediği bile savunulabilir. Tasarıda kısmi ödeme halinde çekin aslının hamile geri verilmesi gerektiği düzenlenmişken, bankaların dolandırılmasına yol açabileceği endişesiyle Mecliste verilen bir önergeyle söz konusu hüküm yürürlükteki şekilde değiştirilmiştir<sup>40</sup>. Oysa tasarı olduğu dönemdeki tartışmalarda dahi hükmün, “kısmi ödeme halinde çekin kimde kalacağı sorununa çözüm getirmek için” öngörüldüğü, “kıymetli evrak hukukunun temel felsefesine göre, çekin kısmen ödenmesi halinde, hamilin bakiye kısım ile ilgili yasal haklarını kullanabilmesi için,” çekin “aslının mutlaka kendisinde kalması” gerektiği ve bankaların aksi yöndeki ısrarlı isteklerine rağmen buna uygun olarak kaleme alındığı vurgulanmıştır<sup>41</sup>. Bütün bunlara rağmen kanun koyucunun tercihi, kısmen tahsil edilen çekin aslının muhatap bankada kalması, onaylı fotokopisinin hamile verilmesi yönünde olmuştur.

Kanundaki açık hükme rağmen tartışma yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmiştir. Bir grup yazar, üzerindeki düzenleme tarihinden önce kıs-

---

ibraz sürelerinin bile işlemeye başlamadığı bir dönemde, talep olmaksızın “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına izin vermesi beklenemez. Zira bu dönemde hamilin, çeki devir yoluyla elden çıkarabilmesinden kaynaklanan önemli bir menfaati söz konusudur.

<sup>39</sup> Oysa bu durumda da muhatap bankanın söz konusu müeyyidelerin kendisine uygulanması ihtimaline karşı tedbir alması gerekir.

<sup>40</sup> “Kısmen karşılığı olan çeklerde de Adalet Komisyonunca Meclise sevk edilen Tasarıda, bankanın kısmi karşılığı ödemesi ve çeki hamile iade etmesi kabul edilmişken; bankaların dolandırılmasına yol açacak bu düzenleme Mecliste verilen bir önerge ile düzeltilmiş ve 3167 sayılı Yasada olduğu gibi hamilin kısmi karşılığı kabul etmemesi halinde, çekin aslının kendisine iadesi; kısmi karşılığı kabulü halinde ise çekin aslının bankada kalması, fotokopisinin hamile verilmesi kabul edilmiştir (md.3/4)” (Reisoğlu, 56).

<sup>41</sup> Göle, Tartışmalar, s.52.

men ödenen çekler hakkında, bu hükmün uygulanmasına kuşkuyla yaklaşılmaktadır. Zira düzenleme tarihinden önce hesapta karşılık olmaması nedeniyle kısmen veya tamamen ödenmeyen çekler, düzenleme tarihinden önce veya sonra, ancak kanuni ibraz sürelerinin bitiminden önce, bir veya birden fazla kez ibraz edilebilirler. Hatta karşılıksızlık nedeniyle hukuki ve cezai yaptırımların uygulanabilmesi için ibraz süresi içinde tekrar ibraz edilmesi ve karşılıksızlığın tespit edilmesi zorunludur. Geçerli bir ibrazdan söz edebilmek için de hamilin çekin fotokopisini değil, aslını ibraz etmesi gerekir. Öte yandan maddenin devamında, onaylı fotokopinin kullanılabilmesi alanlar arasında, çek bakiyesinin muhatap bankadan tahsili sayılmamıştır. Bu nedenle ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce kısmen ödenmesi halinde, 3. maddenin 4. paragrafı gereğince “karşılıksızdır” işlemi yapılmalı ve ödenen miktar üzerinde gösterilerek çekin aslı hamile geri verilmelidir<sup>42</sup>. Dolayısıyla bu görüş sahipleri, kanunun lafzını bir tarafa bırakarak amaçsal yorum yapmaktadır.

Kanaatimizce yukarıda açıklanan görüşten daha farklı bir sonuca varılması da mümkündür. Kısmen ödenmiş ve muhatap banka tarafından onaylanmış çek fotokopisi ile yeniden ibrazın mümkün olmaması, bankanın kendi onayladığı belgeyi tanımaması anlamına gelir ki, bu durum her şeyden önce TMK 2 anlamında çelişkili bir davranış oluşturur. Öte yandan çekin onaylı fotokopisini hamile geri verilmesiyle birlikte, muhatap banka ile hamil arasında kaynağı kanun olan yeni bir ilişki doğar. Buna göre muhatap banka, kendisinin yapacağı işlemler bakımından çekin onaylı fotokopisini aslı gibi kabul etmeyi ve kanuni ibraz süreleri içinde ibraz edildiği takdirde, karşılığı bulunmazsa “karşılıksızdır” işlemi yapmayı üstlenir. Onay, bir nevi muhatap bankanın, çekin aslını saklayacağını ve ibraz süresi içinde ibraz edilir de çekin karşılığı bulunmazsa “karşılıksızdır” işlemi yapacağını örtülü olarak taahhüt ettiği şeklinde de yorumlanabilir. Bu nedenle muhatap banka tarafından onaylanmış fotokopinin mükerrer ibrazlar, bakiyenin tahsili ve ibraz süreleri içinde ibraz edilmesi koşuluyla “karşılıksızdır” işleminin yapılması için kullanılabilmesi kabul edilebilir. Buna karşılık kanuni ibraz süreleri içinde ibraz edilerek “karşılıksızdır” işlemi yapılmadıkça, onaylı fotokopinin muhatap dışındaki kişi ve kurumlara karşı çekin aslı gibi kullanılması söz

---

<sup>42</sup> Kırca, 20; Pulaşlı, 44; Kınacı, 56; Narbay, 94; Tekinalp ve Pulaşlı, Panel, Tartışmalar, s.80-81.

konusu olamaz<sup>43</sup>. Kaldı ki ibrazın amacı, muhatabın hamili ve çeki teşhis etmesidir<sup>44</sup>. Kısmen tahsil edilmiş çekin ciro ve teslim yoluyla devri mümkün olmadığına göre (YTK 682(2) ve 789(2); TK 594/II ve 701/II)<sup>45</sup> yeniden ibrazında aslını aramanın manası da kalmamaktadır.

İlk görüşün bir diğer zayıf yönü de hiçbir kanuni dayanağının olmamasıdır. Oysa savunduğumuz görüş, “ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil, kısmî ödeme hâlinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir” şeklinde açık bir kanun hükmüne (m.3(6)) dayanmaktadır. Bu hüküm, 3. maddesinin 5. paragrafın son cümlesinde yer alan ve aşağıda izah edilen hükme<sup>46</sup> rağmen bütün kısmi ödemeleri kapsayacak şekilde geniş bir ifadeyle kaleme alınmıştır. Yukarıda da izah edildiği gibi kanun koyucu, hükmün tasarındaki şekline ve kanunlaşma öncesinde savunulan görüşlere rağmen bilinçli bir şekilde söz konusu değişikliği yapmıştır. Bir unutmama eseri olarak kaleme alınmadığı için hükmün lafzını bir tarafa bırakılarak amaçsal yorum yapılması mümkün görünmemektedir. Öte yandan bir an için ilk görüş doğrultusunda, kısmi ödeme şerhi konulmuş çek aslının hamile verilmesi gerektiği kabul edilse bile, böylesine açık bir kanun hükmünü arkasına aldıktan sonra, hiçbir bankanın bu yolu tercih etmeyeceğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak üzerindeki düzenleme tarihinden önce kısmen tahsil edilen çeklerin muhatap tarafından onaylanan fotokopilerinin hamile verilmesi gerektiğini ifade edebiliriz (m.5(6)). Buna karşılık hamilin kısmi karşılığı kabul etmemesi veya hesapta karşılık bulunmaması gibi bir nedenle çek

43 Örneğin kısmen tahsil edilmiş çekin onaylı fotokopisi, ibraz süresi içinde ayrıca karşılıksızdır işlemi yapılmadıkça müracaat borçlularına başvurmada, icra dairelerindeki takiplerde ve Cumhuriyet Savcılıklarına yapılacak şikâyetlerde kullanılamaz.

44 Çek kambiyo senetleri kolayca devredilebildiği için düzenleyenin hamilin kimliği hakkında muhatabı bilgilendirmesi veya muhatabın bunu başka yollarla öğrenmesi genellikle mümkün değildir. Muhatap ibraz sayesinde çek bedelini ödeyeceği kişiyi öğrenir, çekin devir şekline göre türünü dikkate alarak hamilin, hak sahibi olup olmadığını ve unsurları bakımından geçerli bir çeke dayanıp dayanmadığını inceler (Ülgen, H/Helvacı, M/Kendigelen, A/Kaya, A: Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, 2008, s.141).

45 Kısmen tahsil edilmiş çekin ciro ve teslim yoluyla devrinin mümkün olmadığı hakkında bkz. aşa. dn. 47 vd. civ..

46 Bkz. aşa. dn. 68 civ..

miktarının hiç tahsil edilememesi durumunda, hiçbir işlem yapılmaksızın çekin aslının muhatap tarafından hamile geri verilmesi gerekir (m.3(5)).

### **bb) Kısmen Tahsil Edilmiş Çekin Devri**

İleri tarihli çekte, ibraz süresinden önce kısmi karşılığı tahsil ederek muhatap banka tarafından onaylanmış çek fotokopisini (kabule göre çekin aslını) alan hamil, ibraz süresine kadar ve ibraz süresi içinde ciro (hamile yazılı çeklerde sadece teslim) ile devir edebilir mi? Kanaatimizce hamile, kısmen tahsil edilmiş çekin onaylı fotokopisi değil, aslı verilmiş olsa bile birçoğu geçerli olan aşağıdaki gerekçelerle, bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir. *Öncelikle* hak senet birlikteliği nedeniyle devir halinde senedin aslının devralana teslimi zorunludur (TK 557; YTK 645). Bu nedenle onaylı fotokopinin, ciro ve teslim yoluyla devri mümkün değildir. *İkincisi* onaylı fotokopinin çekin aslı gibi devredilmesi; düzenleyen, avalist ve cirantalara ait önceki imzaların fotokopi şeklinde bulunmasına rağmen, muhatapın onayıyla güvence altına alınması anlamına gelir. Bu durum kambiyo senetlerinde imzaların el ile atılması zorunluluğuna aykırıdır (TTK 668/I-II ve 730/I-19; YTK 756(1-2<sup>47</sup>); 818(1-r)). Ayrıca çekten dolayı hiçbir sorumluluğu bulunmayan muhatapın<sup>48</sup> onayına güvenerek, çekin tedavül etmesi, sadece açık bir kanun hükmüyle mümkün olabilir. Oysa konun koyucu onaylı fotokopinin kullanılabileceği alanları ayrıntılı şekilde belirlemesine rağmen, bunlar arasında ciro ile devri saymamıştır (m.3(6)). *Üçüncüsü* kambiyo senetlerinde kısmi ciro batıldır (YTK 682(2) ve 789(2); TK 594/II ve 701/II). Bu nedenle çeklere ilişkin özel bir düzenleme olmadığı sürece kısmen tahsil edilmiş çekin ciro ile devri mümkün değildir.

*Dördüncüsü* Çek Kanununda, kısmi ödeme hamilin kabulü koşuluna bağlanmıştır (m.3(5)). Hâlbuki Ticaret Kanuna göre hamil, müracaat borçlu-

47 “(1) Poliçe üzerindeki beyanların el ile imza edilmesi gerekir.(2) El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamaz.”

48 Kanun koyucu, muhatap bankanın çek ilişkisine girmesini engellemek istemiştir. Bu nedenle çekte kabul yasağı (YTK 784(1); TK 696) getirilmiş, muhataba yapılan ciro makbuz hükmünde sayılmış (YTK 789(4); TK 701/III), muhatapın çeki ciro ile devretmesi (YTK 789(2); TK 701/II) ve aval vermesi (YTK 794(2); TK 706/II) yasaklanmıştır. Kısmi ödmeden önceki imzaların, kanun koyucunun mümkün olduğunca çek ilişkisinin dışında tutmak istediği muhatap tarafından bu şekilde güvence altına alındığı kabul edilerek, çek fotokopisinin ciro ile devrine imkân tanınması, kanunun ruhuna aykırıdır.

larının menfaatlerini de ilgilendirdiği için kambiyo senetlerinde kısmi ödemeyi reddedemez; kabul etmek zorundadır (YTK 709(2); TK m.621/II; YTK 778-c; TK 690). Kısmi ödemenin reddi, sadece kanuni ibraz sürelerinden önceki dönemde gerçekleştiği takdirde, devir imkânının sürmesi bakımından hamilin menfaatine olabilir<sup>49</sup>. *Beşincisi* ibraz tarihinden önce kısmen tahsil edilmesi, çekin itibarını düşüreceği için<sup>50</sup> devrini fiilen zorlaştıracaktır.

Kısmen tahsil edilmiş onaylı çek fotokopisi de bir alacak hakkının varlığını ispat eden belge niteliğindedir. Bu nedenle ispat ettiği alacağın ciro ve teslim yoluyla olmasa bile bir üçüncü kişiye devredilebilmelidir. Kısmen tahsil edilmiş çekin onaylı fotokopisiyle ispat edilen alacak, her şeyden önce kambiyo senedine bağlı olmayan sıradan alacakların devir yöntemi olan yazılı temlik beyanıyla devredilebilir. Bu beyan onaylı fotokopi üzerine yazılabileceği gibi ayrı bir kağıt üzerine de yazılabilir; ancak her halükârda devir alanın adı ve soyadıyla devredenin imzasını içermelidir. Bu bağlamda onaylı çek fotokopisi üzerine yapılan tam cirolar da devir alanın adı ve soyadıyla devredenin imzasını içerdiği için yazılı temlik beyanı olarak yorumlanabilir. *İkincisi* ibraz süresi içinde ve bu süre bitmeden önce “karşılıksızdır” işlemi yapılan çeklerin devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulaması ve yapılan ciroların alacağın temliki hükümlerine tabi olduğu sonucuna varılması söz konusu olabilir (TK 705/I; YTK 793(1)). Kanaatimizce ikinci yöntem ilişkinin niteliğine daha uygun görünmektedir<sup>51</sup>.

---

49 Kanuni ibraz süreleri içinde kısmi ödemeyi reddeden hamil, reddettiği kısım için müracaat haklarını kullanmaz (bkz. aşa. dn.55 civ.).

50 Bkz. yuk dn. 36.

51 Burada herhangi bir fikir kargaşasına sebebiyet verilmemesi amacıyla ödememe halinin tespit edilmesine ilişkin YTK 808 (TK 720). maddenin uygulanmayacağını ve ancak ibraz süreleri içinde “karşılıksızdır” işlemi yapılması koşuluyla düzenleyen, ciranta ve diğer çek borçlularına başvurulabileceğini (m.3(8)) ifade etmeliyiz. Diğer bir ifadeyle “karşılıksızdır” işlemiyle normal çek hükümlerine geri dönülür fakat fotokopi üzerinden yapılan cirolar alacağın temliki hükümlerine tabi olmaya devam eder. Karşılıksızdır işlemi yapılmadığı takdirde ise önceden kıyasen uygulanan hükümler doğrudan uygulanmaya başlar.

## 2- Düzenleme Tarihinden Sonra İbraz

### a) Ödeme ve Karşılıksızlığın Maddi Olarak Belirlenmesi

Düzenleme tarihinden sonra ve kanuni ibraz süreleri içinde; muhatabın herhangi bir şubesine ibraz edilen çekin üzerinde yazan meblağın tamamı, hesapta karşılık varsa, her halükarda<sup>52</sup> vergi kimlik numarası belirlendikten sonra hamile ödenir (m.3(1)) ve çekin aslı bankada kalır.

Çek kısmen veya tamamen karşılıksız ise muhatap banka, kanunen ödemekle “yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak” (m.3(2)), hamilin talepte bulunması halinde (m.3(4)) “karşılıksızdır” işlemi yapar (m.3(2)). Örneğin tek bir yaprak üzerine düzenlenen ve bedeli 10.000,00 TL olan bir çekin ödeme için ibraz edildiği anda hesapta bulunan karşılığı 3000,00 TL olsun. Bu durumda hamil, 3000,00 TL kısmi karşılık ve 600,00 TL’de bankanın yasal yükümlülüğü olmak üzere 3600,00 TL’yi tahsil ettikten sonra, karşılıksız kalan 6400,00 TL için “karşılıksızdır” işleminin yapılmasını isteyebilecektir<sup>53</sup>. Örnekte olduğu gibi hamilin kısmi karşılığı kabul etmesi halinde “karşılıksızlığın” belirlenmesinde herhangi bir sorun görünmemektedir. Bu durumda hesaptaki karşılık ve yasal yükümlülük olarak hamilin bankadan tahsil ettiği miktar ile çek miktarı arasındaki olumsuz fark üzerinden karşılıksızlığın yapılması gerekmektedir. Bu durum hamilin kısmi karşılığı reddetmesi halinde de değişmemektedir. Gerçekten hamilin kısmi karşılığı kabul etmemesi halinde bankanın “yasal olarak ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılır” (m.2). Buna göre yukarıdaki örneğimizde hamil, hesaptaki 3000,00 TL’yi reddederse “karşılıksızdır” işlemi, çek bedelinin tamamı üzerinden değil, hesaptaki kısmi kar-

52 İleri tarihli çekin kanuni ibraz süreleri içinde ödeme için ibrazı halinde üç ihtimal söz konusu olabilir. *İlk olarak* hamil, düzenleyen ile lehtar arasındaki centilmenlik anlaşmasına sadık kalmış ve ileri tarihli çeki, üzerindeki düzenleme tarihine göre belirlenen kanuni ibraz süreleri içinde ödeme için ilk defa ibraz ediyor olabilir. *İkinci olarak* hamil, düzenleme tarihinden önce çeki ödeme için ibraz etmiş ve hesapta karşılık olmadığı için hiçbir işlem yapılmadan geri almış olabilir. *Üçüncü olarak* hamil, üzerindeki düzenleme tarihinden önce hesaptaki kısmi karşılığı tahsil etmiş ve karşılıksız kalan diğer kısmın ödenmesi için kanuni ibraz süreleri içinde tekrar ibraz ediyor olabilir.

53 Doktrinde bankanın yasal yükümlülüğü, kısmi ödeme ve çek miktarı göz önüne alınarak, çeşitli ihtimallere göre muhatabın ödemesi gereken miktar ile karşılıksız kalan miktarın belirlenmesi sorunu, bütün ayrıntılarıyla ve örnekler verilerek açıklanmıştır (bkz. *Kırca*, 14-15; *Pulaşlı*, 46-47; *Özgenç*, 45-52).

şılık ve bankanın yasal olarak ödemekle yükümlü olduğu miktar mahsup edildikten sonra, 6400,00 TL üzerinden yapılacaktır<sup>54</sup>. Böylece hamilin kısmi karşılığı ve/veya bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı kabul veya reddetmesi karşılıksızdır işlemine konu olan miktarı etkilememektedir.

Üzerinde durulması gereken bir başka sorun da “*yasal olarak ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılır*” (m.2) hükmü karşısında, “*kısmî ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde*” şeklindeki (m.3(5)) hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğidir. Türk Ticaret Kanuna göre müracaat borçlularının menfaatini de ilgilendirdiği için hamil kısmi ödemeyi reddedemez (YTK 709(2); TK 621; 6 YTK 778-c; TK 690; YTK 818 (1-h) TK 730/I-8). Esasen 4814 sayılı Kanunla değişik 3167 sayılı Kanunda da “*kısmî ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde*” şeklinde bir ibare bulunuyordu ve yürürlükte olduğu dönemde bu hükmün, TK’nın hamilin kısmi ödemeyi reddedemeyeceğine ilişkin hükmü, çekler bakımından yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre 3167 sayılı çeklere ilişkin daha yeni ve özel kanun niteliğinde olduğu için hamil, kısmi ödemeyi reddederek, çek bedelinin tamamı için müracaat haklarını kullanabilecek ve düzenleyen çek bedelinin “tamamı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacaktır”. Bu durum “doğru ve adil” çözüm değildir<sup>55</sup> ve düzenleyenin sadece

<sup>54</sup> *Kırca*, 16 ve tartışmalar, s.45. Özgenç ise çek bedelinin tamamı hakkında karşılıksızdır işlemi yapılacağını öne sürer (*Özgenç*, 45-51).

<sup>55</sup> Gerçekten 3167 sayılı Kanun döneminde hükmü bu şekilde yorumlayan Arkan’ın da haklı olarak belirttiği gibi söz konusu hüküm ve yeni Kanunda bununla çelişkili gibi görünen düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, hamile kısmi ödemeyi reddetme yetkisi tanınmasına rağmen, bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı reddetme yetkisi tanınmadığı sonucuna da varmaya elverişlidir. Bu yorum tarzı, Ticaret Kanununun hamilin kısmi ödemeyi reddedemeyeceği yönündeki hükmüne aykırı olduğu gibi, hamilin iradesiyle düzenleyene verilecek cezanın artması sonucunu doğurması nedeniyle ceza hukukunun temel ilkeleriyle de bağdaşmaz. Öte yandan düzenleyenin, biri nakit, diğeri kanunen kurulmuş sayılan “dönülemeyecek bir gayri nakdî kredi sözleşmesi” gereğince bulundurduğu iki karşılık arasında, fark gözetilmiş olur ki, bu durum kanun yapma tekniği ve menfaatler dengesi bakımından savunulamaz. Ayrıca Çek Kanunu, özel hukukun temel ilkeleri ve özellikle uluslararası yeknesaklığı bulunan Ticaret Kanunu hükümlerini en az ihlal edecek şekilde yorumlanmalıdır. Son olarak Çek Kanununun hazırlandığı dönemde, hem yürürlükteki hem de tasarı halindeki Ticaret Kanunlarında yer alan “hamilin kısmi karşılığı reddedemeyeceği ilkesini, kanun koyucunun dikkate almaması söz konusu olamaz (Benzer şekilde bkz. Sabih Arkan: 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin



çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı kadar ağır para cezası ile cezalandırılması gerekir<sup>56</sup>. İkinci görüşe göre ise bu hükmün amacı kısmi ödemenin hamil tarafından reddedilebileceğine ilişkin bir düzenleme getirmek değil, kısmi karşılığın reddedilmesi halinde muhatap bankanın yapacağı işlemlere açıklık getirmektir<sup>57</sup>. Görüldüğü gibi Çek Kanunu, görünüşteki bu çelişkiyle esasen daha önceki kanun döneminde yaşanan tartışmaya açıklık getirmiştir. Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hamilin ancak hukuki sonuçlarını göze alarak kısmi ödemeyi reddetmesi söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle hamil kısmi ödemeyi reddedebilir; ancak reddettiği kısım mahsup edildikten sonra bakiyeyle sınırlı olarak hukuki ve cezai yaptırımların uygulanmasını isteyebilir (m.2).

Yeni düzenleme karşısında, kısmi ödemeyi reddeden hamilin, sadece müracaat borçlularına değil<sup>58</sup>, aynı zamanda düzenleyene karşı da reddettiği kısım ile ilgili olarak başvuramayacağı savunulabilir. Zira yeni Kanuna göre “çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak karşılıksızdır işlemi” yapılacağına göre hamilin reddettiği kısım ile ilgili olarak, ibraz süresi içinde “ödenmeme hali” tespit edilmez; aksine hamil tarafında reddedildiği tespit edilir (TK 720; YTK 808)<sup>59</sup>. Esasen “kısmî ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde” şeklindeki hükmün amacı da bu halde muhatapın yapacağı işlemleri belirleyerek<sup>60</sup>, düzenleyeni ve müracaat borçlularını korumaktır. Böylece düzenleyenin çek bedelinin tamamı için hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşması önlemiştir<sup>61</sup>.

---

Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler”, Batider, C. 22, S.1, Haziran 2003, s.11).

<sup>56</sup> Bu görüşü için bkz. Arkan, 11.

<sup>57</sup> Kendigelen, 224; Bozer A./Göle C. : Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Kitapları Serisi-2, Ankara 2006, s.126-127.

<sup>58</sup> 4814 sayılı Kanunla değişik 3167 sayılı Kanun döneminde kısmi ödemeyi reddeden hamilin düzenleyen dışındaki müracaat borçlularına başvuru hakkını kaybedeceği yönünde bkz. Kendigelen, 224.

<sup>59</sup> “Karşılığı olmadığı için çek bedelinin ödenmediği ve hamilin müracaat hakkının doğduğu, kanunun aradığı belgelerle tespit edilmiş ise, 695. maddede söz konusu tazminat, gerek miktar, gerek müstenidat bakımından gerçekleşmiş bulunduğundan, keşideci bu parayı ödemek zorundadır” (12. HD., 18.01.1974, E.12391, K.268 (Bozer/Göle, 127)).

<sup>60</sup> Kendigelen, 224.

<sup>61</sup> Üzerindeki düzenleme tarihinden önceki dönemde ise -veya daha doğru bir ifadeyle ibraz süreleri içinde olsa bile “karşılıksızdır işlemi yapılmadan önce- kısmi ödemenin redde-

### b) Karşılıksızlığın Şekli Olarak Belirlenmesi ve Bankanın Yapacağı İşlemler

“Karşılıksızdır” işleminin yapılabilmesi çekin kanuni süreler içinde ödeme için ibraz edilmesi (m.3(8), hamilin talepte bulunması (m.3(4)) ve varsa hesaptaki karşılık ile birlikte muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın çek bedelini<sup>62</sup> karşılamaması şeklinde üç koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Çekin kanuni süreler içinde ibraz edilmesi, üzerindeki düzenleme tarihinden sonra ve YTK 796. maddede belirlenen süreler içinde ibraz edilmesini ifade eder (m.3(8)). Bir görüşe göre üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çekler için hesapta yeterli karşılık bulunmadığı gerekçesiyle şeklen “karşılıksızdır” işlemi yapılsa bile buna dayanarak hukuki ve cezai takip yapılamaz; bunun için hamilin çeki ibraz süreleri içinde tekrar ibraz ederek “karşılıksızdır” işlemi yaptırması gerekir. Çek kanuni ibraz süreleri içinde ödeme için ibraz edilmesine (ileri tarihli olsun, olmasın) ve düzenleyenin hesabında karşılık bulunmamasına rağmen muhatap banka “karşılıksızdır” işlemini kendiliğinden yapamaz. “Karşılıksızdır” işleminin yapılabilmesi için son koşul olarak hamilin talepte bulunması gerekir<sup>63</sup>.

“Karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. *Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra* karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz”. (m.3(4)). Her ne kadar Kanun metni sadece tüzel kişi adına tahsilat yapan gerçek kişinin çek üzerine imza atacağı şeklinde anlaşılmaya elverişli görünse de “karşılıksızdır” işlemini şeklen belirleyen bu hususlar, çek üzerine

---

dilmesi ve hiçbir işlem yapılmadan çekin geri alınması, çekin devir yoluyla elden çıkarılması imkânının kullanılabilmesi bakımından hamilin menfaatine olabilir. Kısmen tahsil edilmiş çekin ciro ve teslim yoluyla devri ve konuya ilişkin diğer açıklamalar için ayrıca bkz. yuk. dn.36, 47 ve 55. civ..

<sup>62</sup> Her çek yaprağına karşılık muhatap bankanın belirli bir miktarı ödeme yükümlülüğü olduğu düşünülürse çek bedelinin tamamen karşılanamaması durumunun fiilen gerçekleşmeyeceği sonucuna varılabilir.

<sup>63</sup> Özgenç, 41.

yazıldıktan sonra hem banka yetkilisi hem de hamil tarafından her halükarda birlikte imzalanmalıdır<sup>64</sup>.

Kanuni süreler içinde ödeme için ibraz edilen çekler bakımından muhatap bankanın yapacağı işlemler, hamilin kısmi karşılığı kabul etmesi ve kabul etmemesi ile hesapta kısmi karşılık olup olmamasına göre bazı değişiklikler göstermektedir.

a) *Hesapta Kısmi Karşılık Olması ve Hamilin Kısmi Ödemeyi Kabul Etmemesi*: Muhatabın kanunen ödemek zorunda olduğu meblağ dahil, hamilin kısmi ödemeyi kabul etmemesi ve “karşılıksızdır” işlemi yapılmasını istemesi halinde, “*muhatap bankanın kanunen hamile ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak*” (m.3(2)) “karşılıksızdır işlemi yapılır”. Burada “*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde,*” şeklindeki ifadeye de temas etmekte fayda vardır. Şöyle ki, Kanun bir taraftan muhatap bankaya hesapta karşılık bulunmasa bile her çek yaprağına karşılık belirli bir miktarı ödeme yükümlülüğü getirmiş ve çek bedelinin ancak karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak “karşılıksızdır” işleminin yapılabileceğini hükme bağlamış, diğer taraftan da çekin “*tamamen ödenmemiş*” olmasından söz etmiştir. Burada bir çelişki olduğundan söz edilemez. Zira “*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen*” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, çek bedelinin “*tamamen ödenmemiş*” olma durumu, sadece düzenleme tarihinden önce ödeme istenmesi haline münhasırdır.

Bu durumda “ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve **çek**, üzerine imzası alınarak **hamiline geri verilir**; ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır<sup>65</sup>. İleride doğacak ihtilafları önleme adına bu halde, bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktarı ve kısmi karşılığı, hamilin reddetmesi yüzünden kendisine ödenmediği de çek üzerine yazılmalı ve hamile de imzalatılmalıdır<sup>66</sup>.

---

64 Kırca, 15.

65 Kınacı, 54; Özgenç, 41.

66 Özgenç, 45-46.

b) *Muhatabın Kanunen Ödemek Zorunda Olduğu Meblağ Dahil, Hamilin Kısmi Ödemeyi Kabul Etmesi*: Muhatabın kanunen ödemek zorunda olduğu miktar dahil, hamilin kısmi ödemeyi kabul etmesi ve bakiye kısım için “karşılıksızdır” işlemi yapılmasını istemesi halinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir ve **çekin aslı bankada saklanır**<sup>67</sup>. Çek hamili, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi, Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetle bulunurken dilekçesine” ekleyebilir; “icra daireleri ile mahkemelerde ispat aracı olarak kullanılabilir.” Çekin aslı, “istemleri halinde” mahkeme veya icra dairelerine gönderilir (m.3(6)).

c) *Hesapta Hiç Karşılık Bulunmaması ve Hamilin Sadece Muhatap Bankanın Kanuni Yükümlülüğünü Talep Etmesi*: Hamilin sadece muhatap bankanın kanunen yükümlü olduğu miktarın kendisine ödenmesini talep etmesi hâlinde de kısmi ödemeyi kabul etmemiş gibi işlem yapılır (m.3(5)). Başka bir ifadeyle “ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır ve çek, üzerine imzası alınarak **hamiline geri verilir**; ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır. Muhatap bankanın kanunen yükümlü olduğu miktarın ödendiği iki hal arasında [(m.3(5) ile m.3(6))], her iki ödemenin de kısmi ödeme niteliğinde olduğu göz ardı edilerek, sadece hesapta kısmi nakdi karşılık olup olmamasına göre yapılacak işlemler bakımından böyle bir ayırım gözetilmesi, hem doktrinde hem de uygulamada tartışmaya sebep olabilecek niteliktedir. Nitekim şimdiden doktrinde dört görüşün doğduğu ifade edilebilir. Birinci görüş, kanunun lafzına sadık kalarak bu durumda çekin aslının hamile geri verilmesi gerektiğini savunurken<sup>68</sup>; ikinci görüş bu ayırma girmeden kısmi ödeme halinde çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisinin ücretsiz olarak hamile verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>69</sup>. Üçüncü görüş hamilin kısmi karşılığı kabul etmesi halinde, çekin aslının mı yoksa onaylı fotokopisinin mi verileceği konusunda açık hüküm bulunmadığından tartışmalı olduğunu ileri sürmektedirler<sup>70</sup>. Katıldığımız son görüşe göre ise Kanundaki açık hükme rağmen (m.3(5-son cümle)), amaçsal yorum yapılarak, kanunun metni göz ardı edilmeli ve **bu halde çekin aslı banka**

<sup>67</sup> Özgenç, 46; Kınacı, 54.

<sup>68</sup> Özgenç, 45; Reisoğlu, 56.

<sup>69</sup> Pulaşlı, 46-47.

<sup>70</sup> Bilgen, 25.

**tarafından saklanarak**, onaylı fotokopisi hamile geri verilmelidir<sup>71</sup>. Zira her iki halde de kısmi bir ödeme olduğu dikkate alınarak, hamilin hem hesaptaki kısmi karşılık ile birlikte muhatabın kanunen zorunlu olduğu miktarı; hem de hesapta karşılık olmamasından dolayı sadece muhatabın kanuni yükümlülüğünü tahsil ettiği hallerde aynı şekilde işlem yapılmasında, karışıklığa meydan vermemek açısından büyük fayda vardır. İkinci olarak, “*Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ve hamilin sadece muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini talep etmesi hâlinde de bu fıkra hükmüne göre işlem yapılır*” şeklindeki hüküm, TBMM Genel Kurulunda eklenmiştir. Kanun koyucunun bu değişiklikle Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan metnin tam aksi yönde, kısmi ödemelerin yapıldığı bütün hallerde, çekin aslının banka tarafından saklanması yönünde bir düzenleme yapmayı amaçladığı ve bunun 3. maddenin 6. paragrafı olarak kanuna yansıdığı ifade edilmiştir<sup>72</sup>. Esasen “...*ödemekle yükümlü olduğu tutar dahil, kısmi ödeme halinde...*” ifadesi, kısmi ödeme yapılan bütün halleri kapsayacak nitelikte olduğundan, bu görüşü desteklemekte ve 5. paragrafın son cümlesiyle de çelişki oluşturmaktadır. Kısaca her ne şekilde olursa olsun 5. paragrafın son cümlesinin, kanun koyucunun bilinçli olarak getirdiği bir istisnayı ifade etmediği ve işin gereklerine<sup>73</sup> de uygun ol-

71 *Kırca*, 17-18; *Kınacı*, 54. Kanunun lafzını dikkate alarak ilk görüşü kabul etmekle birlikte Reisoğlu, haklı bir endişesini de şöyle ifade etmektedir: “3167 sayılı Yasada karşılıksız çeklerde; bankanın yasal yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde de hesap sahibine rücu edilebilmesi için çekin aslının bankada kalması kabul edilirken, Çek Yasasında karşılığı olmayan bir çekte banka yasal yükümlülüğünü yerine getirdiği zaman, bu ödemenin çekin arkasına yazılması, çekin aslının hamile iadesi, fotokopisinin ise bankada kalması kabul edilmiştir (md 3/4). Ancak bankada kalan fotokopinin ispat gücü bulunmadığından bankanın hamile ödemede bulunduğunu ispat edebilmesi için fotokopinin de ayrıca hamile imzalatılması – ıslak imza – gerekecektir. Buna karşılık, çekin aslı bankada bulunmadığından hesap sahibi, çekin kendisi tarafından düzenlenmediğini, imzanın kendisine ait olmadığını ve azami 600 TL ye kadar ödeme nedeniyle bankanın kendisine rücu edemeyeceğini ileri sürebilecektir.” (*Reisoğlu*, 56-57).

72 TBMM Genel Kurulunda yasaya eklenen söz konusu hüküm (m.3(5-son cümle) için herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir (*Kırca*, 17-18).

73 Bankanın her çek yaprağına karşılık kanunen öngörülen miktarı ödemesi, “hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdî kredi sözleşmesi hükmündedir.” (m.3(2)). Dolayısıyla kanun tarafından kurulan bir sözleşme gereği ödeme yapan bankanın, gerek müşterisini korumak gerekse kendi alacağını kuşkuya yer vermeyecek ölçüde ispat edebilmesi için, gerektiğinde ilgili makam ve kişilere ibraz edilmek üzere çekin aslını saklaması yerinde olur. Öte yandan 3. maddenin 6. paragrafına ilişkin verilen ve kanunlaşan değişiklik önergesinin gerekçesi de aynı yöndedir. (*Kırca*, 18, dn.18)).

madığı anlaşıldığından, bankanın kanunen zorunlu olduğu miktarı ödediği bütün hallerde, **çekin aslını kendisinde saklaması** ve onaylı fotokopisini hamile vermesi yerinde olur<sup>74</sup>.

d) *Hamilin Kısmi Karşılığı Değil Sadece Muhatabın Kanunen Ödemek Zorunda Olduğu Meblağı Talep Etmesi*: Bu durum Kanunda düzenlenmemesine rağmen hamilin, hem kısmi karşılığı hem de muhatap bankanın kanunen zorunlu olduğu miktarı talep etmesi durumu gibi işlem yapılması yerinde olur. Başka bir ifadeyle kısmi karşılık ile bankanın yükümlü olduğu miktar, hamil tarafından birlikte tahsil edilmiş olsaydı, çek bedelinin karşılanamayacak olan kısmıyla sınırlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılır (m.3(2)). Zira 3. maddenin 5. paragrafının son cümlesinde düzenlenen, “hamilin sadece muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarı talep etmesi” durumunda karşılıksızdır işleminin yapılış şekli, “*Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması*” koşuluna bağlanmıştır. Buna göre kanun metnine sadık kalarak, lafzi yorumu benimseyen yazarların görüşü benimsenmiş olsa dahi, kısmi ödeme hakkında daha genel bir hüküm getiren 6. paragrafta üstünlük tanınması, hem olması gereken hukuk bakımından hem de ilişkinin yukarıda açıklanan niteliği bakımından yerinde olur. Başka bir ifadeyle hesapta kısmen de olsa nakdi bir karşılık varsa, hamil sadece bankanın yasal yükümlülüğünün kendisine ödenmesini istese bile, çekin aslı değil ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi hamile ücretsiz olarak verilir ve **çekin aslı bankada saklanır**.

#### IV- TÜRK TİCARET KANUNU İLE UYUMU

##### 1- Doktrindeki Görüşler ve Eleştirilerimiz

Çek Kanununun ile gelen düzenleme incelendiğinde ilk akla gelen sorulardan biri, “*Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, **ibraz günü ödenir.***” (YTK 795 (2); TK 707/II) şeklindeki hükmün değiştirilip değiştirilmediğidir. Tasarımın öncesinde ve sonrasında yapılan bazı çalışmalarda bu hükmün mehzazı olan CYK 28’de “ödenebilir” denildiği ifade edilmektedir<sup>75</sup>. Buna göre Çek Kanunu, hesapta karşılık var-

<sup>74</sup> Kırcı, 18.

<sup>75</sup> Tekinalp Ü.: “Adalet Bakanlığı Taslağında İleri Tarihli Çekler”, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, s.44; Tekinalp, 927; Karayalçın,

sa ödenir; aksi halde ödenmeyebilir şeklinde, temelde CYK'ya uygun bir çözümü benimsemiştir. Sonuç olarak Ticaret Kanunu hükümlerine bu yönden bir müdahale söz konusu değildir<sup>76</sup>.

Kanaatimize göre CYK 28'in İngilizce metindeki "payable" (ödenebilir) şeklindeki ifadesinden, düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çeklerin, **ödenmeyebileceği ihtimalini** belirten bir anlam çıkarılması, aşağıdaki gerekçelerle mümkün görünmüyor.

a) "Payable" kelimesinin sözlükte faturalar, borçlar vb. hakkında iki anlamı bulunmaktadır. Birincisi "ödenmesi gereken, ödenmesi gerekli; ikincisi ödenebilir"<sup>77</sup> şeklindedir<sup>78</sup>. Payable kelimesinin "ödenebilir" şeklindeki ikinci anlamı bile ihtimal değil yetenek belirtir<sup>79</sup>.

---

Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Dördüncü Baskı, Ankara, 1970, s.278; *Poroy/Tekinalp*, 12. Baskı, s.248, N.314 ve dn.35; Tandoğan, 72; *Poroy*, Tartışmalar, s.218; *Tekinalp*, İleri Tarihli Çekler, s. 44.

<sup>76</sup> Zira ileri tarihli çekler, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilir de hesapta karşılık bulunmamasından dolayı ödenmezse hukuki takip yapıp yapılamayacağı ne Ticaret Kanununda ne de CYK'da düzenlenmiştir. (*Tekinalp*, Panel, s.8 vd.; *Tekinalp*, İleri Tarihli Çekler, s.43, 47, 48); Yazar sunumunu yaptığı bir tebliğinden sonra da "Yeni Türk Ticaret Kanunundaki yüzdeler, ödemeler aynen duruyor[;] hiçbir şekilde Çek Kanunu onu ikame etmiyor, onun yerine geçmiş değil, Çek Kanunundaki bütün hükümler kamu hukukundan doğan hükümler." şeklinde beyanda bulunmuştur (*Tekinalp*, Panel, s.89; Aynı yönde ayrıca bkz. *Tekinalp*, Panel, Tartışmalar, s.81, 82, 85); *Poroy/Tekinalp*, 12. Baskı, s.249, N.314). *Göle*, C.: Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, s.53, 68-69.

<sup>77</sup> Longman-Metro Büyük İngilizce-Türkçe-Türkçe Sözlük, İlk Bası 1993, s.1085.

<sup>78</sup> Düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çeklerin karşılıksızlık nedeniyle ödenmemesi halinde hukuki ve cezai takip yapılamaması gerektiği görüşünde olan Poroy ve Tekinalp de kelimenin anlamında tereddüt göstermektedirler. Her iki yazar da bu kavramı birçok yerde "ödenebilir" şeklinde Türkçeleştirirken (Örneğin *Tekinalp*, 927; ayrıca söz konusu yazarların dn. 76'te anılan eserleri) aşağıdaki şekilde de anlamlandırmışlardır. Poroy, CYK'nın söz konusu ifadesinin ne tam ödenebilir ne de ödenir anlamına geldiğini ileri sürerek, belirli bir tercihi yansıtmaması sebebiyle metni eleştirmiştir (*Poroy*, Tartışmalar, s.218); Tekinalp de "Bu kelime ne "zorunluluk" ne de ödemeyi bankanın isteğine bırakmayı ifade eder; keşide tarihinin gelmemiş olmasının ödemeye engel oluşturmadığını belirtir. Çekin ödenmesi normaldir, ancak keşideci çekten cayabilir." demektedir (*Tekinalp*, İleri Tarihli Çekler, s. 44).

<sup>79</sup> Longman-Metro'da, bu anlama örnek olarak, "This bill is payable at any time up to next Tuesday" (Bu fatura gelecek salı herhangi bir zamanda ödenebilir) cümlesi gösterilmiştir. Burada borçlunun salı günü ödeyip ödememe arasında bir seçimlik hakkına sahip olduğu değil, ödeme yeteneği bakımından, ekonomik olarak müsait hale geleceği ifade edilmektedir.

b) CYK'nın 28. maddesinin her iki fıkrasında da aynı kavramın (payable) kullanıldığını görüyoruz<sup>80</sup>. Birinci fıkradaki "payable" kavramına ittifakla "görüldüğünde ödenir" şeklinde anlam verilmektedir. Buradaki "payable" sözcüğüne dayanarak, "çeklerin görüldüğünde ödenmeyebileceği" yönünde bir görüş, doktrinde hiç kimse tarafından ileri sürülmemiştir. Böyle bir anlam çıkarılması mümkün de görünmemektedir. Aynı maddenin iki ayrı fıkrasında kullanılan kavrama, her bir fıkra bakımından birbirinden farklı anlamlar yüklemek için makul gerekçelerin olması gerekir<sup>81</sup>.

c) Burada bir ihtimalden söz edilip edilmediğinin belirlenmesi için CYK'nın "ihtimal veya seçenek" belirten hükümlerinde, hangi ifadenin kullanıldığına bakılması en kolay ve en doğru yöntemlerden biri olabilir. Bu bakımdan ihtimal belirttiği üzerinde bütün yazarların birleştiği, "*Çekten cayılmamışsa muhatap, ibraz müddetinin geçmesinden sonra dahi çeki ödeyebilir*"<sup>82</sup> şeklindeki hüküm (YTK 799 (2); TK 711/II CYK 32/II), somut bir örnek olabilir. Söz konusu hükümde İngilizce ihtimal belirten "may pay" ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Dolayısıyla CYK'yı hazırlayanların, Türkçe'ye her ikisi de "ödenebilir" şeklinde çevrilebilen bu ifadeler arasındaki farka dikkat ettikleri ve hükümleri buna göre kaleme aldıkları anlaşılıyor.

d) Poroy'un ve dolayısıyla Tekinalp'in görüşüne dayanak olarak gösterilen Karayalçın<sup>83</sup> ve Tandoğan<sup>84</sup> da ödenmeme ihtimalini de kapsayan "öde-

80 "A cheque is **payable** at sight. Any contrary stipulation shall be disregarded."

"A cheque presented for payment before the date stated as the date of issue is **payable** on the day of presentment" (CYK 28).

81 Bundan dolayı olsa gerek Tandoğan, "TK md. 707'deki "ödenir" deyimleri yerinde değildir." diyerek TK 707. maddenin iki fıkrasına da aynı anlamı yüklemiştir. Ancak yazar, "ödenebilir" kavramını ödenmeyebileceği şeklinde ihtimal değil, karşılık bulunmadığı takdirde muhatapın hamile karşı bir sorumluluğu olmadığını ifade etmek için yani yetenek anlamında kullanmıştır (Tandoğan, 72-73; Ayrıca bkz. aşa. 73 ve civ.).

82 "If a cheque has not been countermanded, the drawee **may pay** it even after the expiration of the time-limit" (CYK 32/II).

83 Yazarın konuya ilişkin ifadelerinin aynen aktarılması yerinde olur. "TK 707 f.2'deki "ödenir" kelimesinin asıl metinlerde "ödenebilir" şeklinde yazılmıştır ve bu manada anlaşılmasıdır."

"...Bu sebeplerle muhatap ile keşideci arasındaki çek mukavelesinde aksine özel hüküm ve istisnai bir kayıt olsa bile bu gibi çekleri muhatap –ihdas tarihinden evvelki- ibraz gününde ödeyebilir. Böylece bu gibi çeklerde muhatapın ödeme yetkisi keşideci ile olan ilişkisi bakımından mutlaklıdır. Bu yetki keşideci tarafından çek anlaşması veya özel bir



nebilir” şeklinde bir ifade kullanmamışlardır. Söz konusu yazarlar, muhatap bankanın hamile karşı herhangi bir yükümlülüğünün olmadığını, çekten dolayı bir borç altına girmediğini ve sadece düzenleyen adına ödeme yaptığını ifade etmişlerdir. CYK’daki “ödenabilir” ifadesi yetenek bildiren bir ifade olduğu için tam karşılığı da budur. Başka bir ifadeyle karşı görüşe dayanak yapılan satırlarında Tandoğan’ın da ifade ettiği gibi kendisinde karşılık bulunmayan muhatapın, çekten dolayı herhangi bir ödeme yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle burada bir yanlış anlama söz konusu olup, kanaatimizce düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilen çeklerin ödenmemesinden dolayı “karşılıksızdır” işlemi veya hukuki takip yapılamayacağı sonucuna varılması mümkün değildir<sup>85</sup>.

e) İleri tarihli çeklerin ibrazında ödenmesi, çeklerin kredi aracı olarak kullanılmalarına karşılık bir müeyyide olarak öngörülmüştür. Amaç, “çeklerin istisnai olarak da olsa kredi aracı olarak kullanılmasının yolunu açmak veya teşvik etmek değil, aksine” taraf iradesiyle kredi aracı olarak kullanılmaya kalkışılmasının kanun koyucu tarafından korunmayacağını açıkça ifade etmektir<sup>86</sup>. CYK sisteminde ileri tarihli çekler geçerli sayılmışsa da kullanılması “istisnai ve oldukça ağır bir yaptırıma tabi tutulmak suretiyle teş-

---

emirle tahdit veya ref edilemez. Ancak kanaatimizce çek rızası olmaksızın keşidecinin veya üçüncü bir şahsın elinden çıkmış ise ödeme yetkisi ilgili tarafından geri alınabilir ve muhatap çeki ödemekten men edilebilir (TK 711 f.3’e bak). Bu istisna dışında muhatap ödeme yetkisini kullanırsa hamile muteber bir ödeme yapmış olur. Muhatap çek tutarını hamile ödemediği takdirde keşideciye karşı mesul olabilir”.

“Hamil bakımından muhatap bu gibi çekleri sadece ödemeye yetkilidir. Muhatap ödemediği takdirde hamil keyfiyeti usulüne göre tesbit ettirerek –keşide gününü beklemeden- ibraz gününden itibaren %10 faizi de talep etmek suretiyle müracaat hakkını kullanabilir. Karşılıksız çek keşidesi söz konusu olabiliyorsa hamil buna dayanarak ayrıca hukuki ve cezai müeyyidelerin tatbikini talep edebilir. Zira bu gibi çeklerde keşideci çeki tedavüle çıkarıldığı anda muhatap nezdinde bir karşılık buldurmak mecburiyetindedir.” (Karayalçın, 278-279).

84 Yazarın konuyla ilgili görüşlerini aynen aktarmakta fayda vardır. “TK md. 707’deki “ödenir” deyimleri yerinde değildir. Cenevre Tekdüze Kanunu md. 28’de “payable” (ödenebilir) deyimini kullanılmıştır ki, doğrusu da budur; zira Kalpsüz’ün ifade ettiği gibi “burada da muhatap alelade çeklerde olduğu gibi sadece ödeme yetkisini haizdir, yoksa ödeme mecburiyeti, teknik manada hamile karşı bir ödeme borcu mevcut değildir” (Tandoğan, 72).

85 Poroy’un (6. Bası, İstanbul, 1977) Karayalçın’a atfen yapmış olduğu görüşüne aynı yönde eleştiri için bkz. Tandoğan, 91 ve “ödenebilir” kavramıyla ilgili aynı yönde Tandoğan, Tatışmalar, s.229.

86 Domaniç, 18; Karayalçın, 278; Kalpsüz, 56-59.

vik değil, bilakis güçleştirilmiştir. TK 707 f.2 keşideci lehine olduğu kadar hüsniyeti ve çeklerin tedavül kabiliyetini korumak maksadıyla umumun menfaati için de kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Çek Kanunu ise ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce ibrazında ödenmesini düzenleyen iradesine bırakarak böyle bir müeyyideyi kaldırmış ve ödeme aracı olan çeki, yapısına aykırı olarak kredi aracı gibi kullanan düzenleyenin değil, hamilin durumunu zorlaştırmıştır.

f) İleri tarihli çekte, düzenleyenin amacı çekte vade yasağını dolanarak, onu kredi aracı olarak kullanmaktır. Çek Kanunu getirdiği düzenlemeyle bir bakıma kanuna karşı hile olan bu durumu, korumuş görünmektedir<sup>88</sup>.

g) Yukarıda da ifade edildiği gibi CYK'nın hazırlanması sırasında iki görüş ortaya çıkmıştı ve bunlardan ikisi de ileri tarihli olarak da olsa çeklerin kredi aracı olarak kullanılmasına karşıydı. Bu sorunu çözmek için ileri sürülen görüşlerden biri geçersizlik yaptırımına tabi tutulmasını, bugünkü sistemin temeli olan ikincisi ise ibrazında ödenmesini yeterli görmüştür<sup>89</sup>. Çek Kanunu bu olaya tersten bakarak, madem ki arada bir centilmenlik anlaşması vardır, o halde hamil ona uymak zorundadır mantığı ile hareket etmiştir. Oysa CYK sisteminde ve kanunun bütününe hâkim olan ruhunda, bu türden anlaşmaları korumayarak, çekin bir ödeme aracı olarak kullanılmasını sağlama hedefi vardır. Kısaca Çek Kanunu bir bakıma, CYK'yı hazırlayanların bir kısmı tarafından çekin geçersiz sayılmasına gerekçe olarak görülen centilmenlik anlaşmasını<sup>90</sup> kurumsallaştırmıştır.

a) Türkiye'de ileri tarihli çeklerin fazlasıyla kullanılmasının sebebi, karşılıksız çek düzenlemenin oldukça ağır cezai müeyyidelere tabi tutulmasıdır. Bu cezai müeyyide ile hamil lehine bozulan menfaat dengesi, yeni yasa

---

87 Karayalçın, 278; Kalpsüz, 56-59.

88 Coskun, 25.

89 Tandoğan, 74.

90 Esasen centilmenlik anlaşması da bir varsayımdan ibaret kabul edilebilir. Örneğin ileri tarihli çek, TK hükümleri gereği istediği anda tahsil edebileceğine güvenerek, hamil tarafından devralınmış olabileceği gibi bu risk göze alınarak düzenleyen tarafından keşide edilmiş olabilir (Kalpsüz, 59). Hatta ileri tarihli çek, teminat amacıyla verilen çeklerde olduğu gibi, sadece hamile daha uzun bir ibraz süresi sağlamak amacıyla da düzenlenebilir (Reisioğlu, Tartışmalar, s.56).

ile bu sefer düzenleyen lehine olmak üzere bir kez daha bozulmuş ve çek hukuken de vadeli hale dönüştürülmüştür<sup>91</sup>.

## 2- Türk Ticaret Kanunu ile Çek Kanunu Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi ve Anlamı

### a) İbrazında Ödenme Koşulu ve İşlevselliği

Çek yasasının getirdiği düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde YTK'nın 795. maddesinin 2. paragrafını “*Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ancak hesapta karşılık varsa ibraz günü ödenir*” şeklinde anlamak gerekir (TK 707/II). Kanaatimizce Türkiye’deki uygulamanın genel gelişimi göz önünde tutulduğunda, hesapta karşılığın hiçbir zaman bulunmayacağını söylemek fazla kehanet sayılmamalıdır. Zira düzenleyen, birden fazla hesap açtırabilir ve çekle işleyen hesabı sürekli boş tutarak, düzenleme tarihi gelmiş çeklerinin, iç ilişkide kuracakları özel bir sözleşme gereğince, çeke bağlı olmayan hesabından çek hesabına aktarma yapılarak ödemesini muhataptan isteyebilir. Böylece düzenleme tarihi gelmemiş çekler, kanuni ibraz sürelerinden önce ibraz edilse bile hesapta karşılık bulunmadığı gerekçesiyle hiçbir işlem yapılmadan hamile iade edilir. Şu anki hukuki duruma göre bunda bir sakınca da görünmemektedir<sup>92</sup>. Öte yandan iletişim araçlarındaki gelişme sayesinde, düzenleyen internet veya GSM bankacılığını kullanarak, gerektiğinde kendisi de ibraz tarihi gelen çeklerinin ödenmesi için çek hesabına havale yapabilir. Görüldüğü gibi, ileri tarihli çeklerin kanuni ibraz sürelerinden önce ibraz edilmesi halinde “hesapta karşılık varsa ödenir” şeklindeki imkân da, fiilen işlemesi mümkün olmayan kanuni bir faraziyeden ibarettir. Bu durumda Çek

<sup>91</sup> Son üç madde ile aynı yönde *Kendigelen*, 187; *Reisoğlu*, S.: Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s.57-58; *Kalpsüz*, Sempozyum, s.99.

<sup>92</sup> Kaldı ki bazı yorumlara göre birden fazla hesap açtırarak, bu şekilde dolambaçlı yollara girmektense düzenleyenin müşterisi olduğu muhataba bir talimat vererek, düzenleme tarihi gelmemiş çeklerinin ödenmesini engellemesi de mümkündür. Hatta Poray’un yukarıda zikredilen (bkz. dn. 65) görüşüne de atıf yapılarak, böyle bir talimat olmadan da muhatap bankanın ödeme yapmamasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir (*Tekinalp*, Panel, s.82, 85-86).

Kanunu ile birlikte, Türkiye'nin çek hukuku bakımından, CYK sisteminden ciddi şekilde uzaklaştığı söylenebilir<sup>93</sup>.

### b) Düzenleyen İle Hamil Arasındaki Denge Sorunu

Özel hukuk ilişkileri genellikle iki taraflıdır ve taraflardan birinin zayıf konumda bulunması gibi özel olarak korunmasını gerektiren istisnai durumlar dışında kanun koyucu, yapmış olduğu düzenlemelerde iki taraf arasındaki menfaat dengesini gözetmelidir. CYK sistemi ve İngiliz-Amerikan sistemi olmak üzere çeki ilişkin dünyada geçerli iki sistem de, düzenleyen ile hamil arasında kendi içinde bir denge kurmuştur. Ülke olarak bir sistemi bir bütün olarak tercih edebiliriz veya uluslararası yeknesaklıktan uzaklaşma pahasına, uzun bir uğraştan sonra, yeni bir denge üzerine orijinal ve kendimize özgü bir kanun yapabiliriz<sup>94</sup>. Bununla birlikte bir sisteme ait tek bir düzenin, bir

<sup>93</sup> Kalpsüz, 5941 Sayılı Kanunda bulunan hamiline çek ve ileri tarihli çeklere ilişkin hükümlerin çekin "tabiatı" ile uluslararası yeknesak düzenlemelere aykırı olduğunu, bunun çek kullanımını azaltacağını ve ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce ibraz edildiğinde ödenmesinin vadeli çek uygulamasının müeyyidesi olduğunu ifade etmiştir (Kalpsüz, Konferans, Tartışmalar, s.48-49). Söz konusu hükmün kanunlaşmasından önce Tekinalp de, Çek Kanununun öngördüğü şekilde bir çözümün benimsenmesi halinde, TK sisteminden bir uzaklaşma olacağını kabul etmektedir; ancak bunun yumuşak bir uzaklaşma olacağını ileri sürmektedir (Tekinalp, 932). Tekinalp, Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ise, TK ve CYK sisteminden herhangi bir sapma olmadığını, CYK ve TK'nın ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz edilmeleri halinde, ödenmezse ne olacağını düzenlemediğini; bu nedenle düzenleyenin, belirli çeklerinin kanuni ibraz sürelerinden önce ödeme için ibraz edilmeleri halinde, ödenmemesini istemesi durumunda, hamilin yapacağı bir şey olmadığını ileri sürmüştür (Tekinalp, Panel, s.8 ve Tartışmalar, s.81, 82, 85). Buna karşılık Can, düzenleyenin ileri tarihli çeklerinin kanuni ibraz süresinden önce ödememesi yönünde muhabata verilecek talimatın "ödemeye yasağına müsavi" olduğunu ve bunun YTK "Tasarısı kanunlaşmadan ... m.711/3 yürürlükten" kaldırıldığını; bu türden değerlendirmelerin "mevcut hukukumuz bakımından pek mümkün" görünmediğini ileri sürmüştür (Can, M.: "5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010, Tartışmalar, s.89); Kalpsüz, Sempozyum-Tartışmalar, s.60.

<sup>94</sup> Kendigelen, 186-187; Tandoğan da ileri tarihli çekleri üzerinde yazılı düzenleme tarihinden sonra ödenebilir sayan İngiliz-Amerikan sisteminin hukukumuzda da benimsenmesinin tartışılması gerektiğini, Türkiye'nin CYK'yı onaylamaması nedeniyle böyle bir değişikliğe gitmesinde hukuki bir engel olmadığına işaret eder (Tandoğan, 94). Poroy da ileri tarihli çekin üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibrazına izin veren "Kara Avrupasının çarpık" sisteminde kaldığımız sürece sorununun halledilemeyeceğini ve Amerikan sisteminde olduğu gibi çekin üzerindeki düzenleme tarihinden önce ibrazına izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (Poroy, Tartışmalar, s.227).

hükümün veya bir parçanın diğer bir sisteme ilavesi halinde, iki taraflı bu dengenin bozulması endişesi kaçınılmazdır.

İleri tarihli çeklere ilişkin yeni sisteme baktığımızda, düzenleyen ile hamil arasındaki menfaatler dengesinin, hamil aleyhine bozulduğunu ifade edebiliriz. Çek Kanunu, ileri tarihli çekin hamilini ibraz süresi içinde ödeme için ibrazla zorlayarak, ibraz sürelerini daha önemli hale getirmiştir. Şöyle ki; İleri tarihli çeklerde ödeme için ibraz bakımından düzenleme tarihine kadar olan dönem, kanuni ibraz süreleri içindeki dönem ve ibraz sürelerinin geçmesinden sonraki dönem olmak üzere üç dönem vardır. Bunlardan ilk ikisini, yani çekin düzenleme tarihine kadar olan dönemde ve kanuni ibraz süreleri içinde, ödeme için ibraz edilmelerini yukarıda incelemiş bulunuyoruz. Kısaca hatırlamak gerekirse ileri tarihli çeklerin düzenleme tarihinden önce ibrazında ödenmesi, fiili olarak düzenleyenin iradesine bağlı, kanuni bir faraziyeyle ibarettir<sup>95</sup>. İleri tarihli çeklerin kanuni ibraz süreleri içinde ödenmesi ve ödenmemesi ise herhangi bir özellik göstermez; ileri tarihli olmayan normal çekler gibidir. Bu durum ibraz süresinden sonraki dönem için de geçerlidir. Yani üçüncü dönem bakımından da ileri tarihli çekler ile ileri tarihli olmayan çekler arasında, ödeme için ibraz ve sonuçları bakımından herhangi bir fark yoktur. Şayet çek, ibraz süresi içinde ibraz edilerek karşılıksızlık tespit edilmediyse hamil; düzenleyen dahil olmak üzere, hiçbir çek borçlusuna müracaat edemez (YTK 808; TK 720). Bununla birlikte cayma söz konusu olmadıkça muhatap böyle bir çeki ödeyebilir; ancak ödersse de ödemezse de hiç kimseye karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu olamaz (YTK 799(2); TK 711/II).

İleri tarihli çekler ile ileri tarihli olmayan çekler arasında hukuki bakımdan fark olmasa da fiili ve ekonomik bakımdan fark vardır. İleri tarihli çekler, ödeme aracı olarak değil, kredi amacıyla kullanılmakta ve bu krediden düzenleyen faydalanmaktadır. Bu nedenle ileri tarihli çekin fiili düzenleme tarihi ile üzerindeki düzenleme tarihi arasında genellikle uzunca bir zaman bulunur. Fiili düzenleme anından kanuni ibraz sürelerine kadar uzunca bir beklemeden sonra gelecek olan kısa ibraz süreleri içinde, unutma vb. nedenlerle, çek ibraz edilememiş veya karşılıksızdır işlemi yapılamamış olabilir. Bu durumda hamil, müracaat borçlularına başvuramamaktan kaynaklanan büyük bir rizikoyla karşı karşıya kalacaktır.

---

<sup>95</sup> Bkz. yuk. dn. 92 civ..

İngiliz sisteminde çekin kredi aracı olarak kullanılmasına karşı bir denge unsuru olarak, düzenleme tarihinden önce çekin ödenmesinden doğan riziko muhataba yüklenmiş ve CYK sisteminde olduğu gibi kısa ibraz süreleri yerine çekin makul bir süre içinde ibrazı yeterli görülmüştür<sup>96</sup>. Özellikle tacir olmayan hamiller bakımından, çekin kısa tutulan bu süreler içinde ödeme için ibraz edilmemesinden dolayı, düzenleyen dahil olmak üzere, çekten doğan tüm başvuru haklarının düşmesi ağır bir müeyyidedir. Bugün bile uygulamada sıklıkla rastlanan bir durum olduğuna göre yeni sistemde ibraz sürelerini kaçırmış olmasından dolayı daha çok hamilin mağdur olması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle yeni sistemde karşılıklı dengenin kurulması bakımından, ibraz süreleri içinde “karşılıksızdır” işlemi yaptırmayan hamile, zamanaşımı süresi içinde çekin asıl borçlusu konumunda bulunan düzenleyen ve avalistine başvurma imkanı verilmesi yerinde olur.

Hamil ile düzenleyen arasındaki menfaat dengesinin bozulduğu diğer bir durum da, yeni sistemde düzenleme tarihinden önce çekin ödenmesi, sadece düzenleyenin hesapta karşılık bulundurması koşuluna bağlı, istisnai bir durum olarak öngörülmesidir. Bu durumda, daha önce fiili bir durum olan çekin kredi aracı olarak kullanılması, bir ölçüde bono ve poliçe gibi hukuken de tanınmıştır. Buna karşılık bono ve poliçede söz konusu olan hamilin vadeden önce başvuru hakkı, çeklerde tanınmamıştır (YTK 818 (TK 730); 713 (TK 625))<sup>97</sup>. Yeni düzenlemede, çekin düzenleme tarihinden önce ödenmesi düzenleyenin iradesine bağlı olduğuna göre, hamil ile düzenleyen arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından, aynı koşulların gerçekleşmesi halinde, çeklerde de düzenleme tarihinden önce başvuru hakkının kullanılabilmesi gerektiği düşünülebilir.

### c) Alternatif Çözüm Önerileri

Ticaret Kanunu ve CYK sistemine bağlı kalınarak, ileri tarihli çeklerde düzenleyenin veya hamilin mağdur olması önenebilir mi? Konuya ilişkin birçok çalışmada vurgulandığı üzere ileri tarihli çeklerin ülkemizde yaygınlaşmasının ve özellikle ekonomik kriz dönemlerinde şikâyet konusu olmasının nedeni, karşılıksız çek düzenlemenin hapis cezası yaptırımına tabi tutul-

<sup>96</sup> *Kendigelen*, 15; *Schmitthoff/Sarre*, 449. Ayrıca bkz. Bill of Exchange Act m.74.

<sup>97</sup> Zira, YTK 818. maddede (TK 730), poliçede vadeden önce müracaat hallerini düzenleyen 713. maddeye (TK 625) atıf yapılmamıştır.

masıdır<sup>98</sup>. Buna göre çek hamili istediğinde, çekin üzerindeki düzenleme tarihi gelememiş olsa bile, hapis korkusuyla düzenleyeni ödemeye zorlayabilir. Temel ilişkinin kredi sağlayan tarafı olarak zaten güçlü konumda olan bir kimseden, böylesine avantajlı bir belge olan çek yerine bono kabul etmesi beklenemez. Bu nedenle bono kullanımını azalırken, giderek artan çek kullanımına paralel olarak, karşılıksız çek ve bundan doğan ceza davaları, akıl almaz rakamlara ulaşmıştır<sup>99</sup>.

Karşılıksız çeke ilişkin mevzuatın tarihçesi dikkate alındığında, cezai yaptırımı da ayakta tutan ve bu güne kadar Türkiye’de denenmemiş bir çözüm üretmek güçtür<sup>100</sup>. Bunlardan biri doktrinde Tekinalp tarafından dillendirilmiştir. Buna göre düzenleyen, kanuni ibraz süreleri içinde ödeme için ibraz edilmiş olsa bile çekin ileri tarihli olduğunu ispat ederek, hiç değilse hapis yaptırımının kendisine uygulanmasını önleyebilmelidir<sup>101</sup>. Centilmelik anlaşmasına bir anlam verilmesi gerekiyorsa bu görüşün daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Zira çekin ileri tarihli olması nedeniyle hamil, karşılığın düzenleme tarihinden sonra hesapta bulunabileceğini ve düzenleyenin ispat ederek cezadan kurtulabilmesi nedeniyle ceza tehdidinin işe yaramama olasılığını hesaba katmak durumundadır. Bununla birlikte kredi sağlamaya çalışanın, hukuki ilişkilerde genellikle zayıf taraf olduğu düşünülürse, bu durum düzenleyenin ekonomik yükünü artıran bir neden olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin lehtar, çeki kabul etmeden önce ağır teminatlar isteyebilir.

Çeke ilişkin düzenlemelerin tarihçesi incelendiğinde, önce çek kullanımını yaygınlaştırmak ve hamili korumak amacıyla cezai müeyyide öngörül-

---

<sup>98</sup> İleri tarihli çekin yaygınlaşmasının, çekin teminat amacıyla kullanılmasına imkân vermesi ve banka tarafından ödenmesi gibi sebepler de bulunmaktadır (bkz. *Çöl*, 198 vd.).

<sup>99</sup> İleri tarihli çeklerin yaygınlaşması sonucu ceza davalarının artması mahkemelerde biriken dosyalar nedeniyle dava süreçlerinin uzaması, tefecilik ile mafyanın artması ve ileri tarihli çeklerin şantaj aracı olarak kullanılması nedeniyle ticari ahlakın bozulması gibi birçok olumsuz etkileri mevcuttur (*Çöl*, 213-214).

<sup>100</sup> Gerçekten düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çeklerin karşılıksız kalması halinde cezai ve hukuki yaptırımların birlikte uygulanması ile sadece hukuki yaptırımların uygulanması ancak cezai yaptırımların uygulanması bakımından üzerindeki düzenleme tarihine itibar edilmesi yöntemleri 3167 sayılı Kanun döneminde uygulanmıştır.

<sup>101</sup> Tekinalp, bu çözümün, ileri tarihli çek uygulamasını azaltacak nitelikte ama radikal bir çözüm olacağını ileri sürmektedir (*Tekinalp*, 932). Kalpsüz, ileri tarihli çekler ile kanuni ibraz süresinde ödeme için ibraz edilen çekler arasında cezai hükümler bakımından bile ayırım yapılmasına şiddetle karşıdır (bkz. *Kalpsüz*, 56-62).

müştür. En son Çek Kanunu ile de başlangıçta çeki yaygınlaştırmak için bir araç olarak öngörülen cezai müeyyideyi korumak amacıyla çek feda edilmiştir. Böylece çek, kanuni ibraz süresinde ibraz eden hamilin, ödeme yapmayan düzenleyene karşı ceza yaptırımlarıyla güçlendirildiği, özel bir kredi aracı haline gelmiştir<sup>102</sup>.

#### **d) Yeni Sistemin İleri Tarihli Çekleri Önleyip Önlemeyeceği Sorunu**

Yeni sistemin önemli amaçlarından biri de ileri tarihli çeklerin giderek yaygınlaşan kullanımını ve centilmenlik anlaşmasına aykırı şekilde, düzenleyenin, düzenleme tarihinden önce hamil tarafından ceza tehdidiyle zor durumda bırakılmasını önlemektir. Çek Kanununun vadeli çekte yaklaşan bir düzenleme getirmesi sebebiyle bu amacın gerçekleştiği söylenebilir. Bununla birlikte çeklerde hapis cezası yaptırımı olduğu sürece bono kullanımının yaygınlaşması mümkün görünmemektedir. Her halükarda çekin hamili, kanuni ibraz sürelerini bekleyerek, ceza tehdidi altında düzenleyeni ödemeye zorlama imkânına sahiptir. Bu nedenle de çek hamilinin, bono hamiline göre hala ciddi bir avantaja sahip olduğu görülmektedir<sup>103</sup>. Dolayısıyla lehtarın bonoyu değil, hukuken de kredi aracı olarak kullanılmasının önü açılan çeki tercih etmeye devam etmesi beklenebilir<sup>104</sup>.

Yeni sistemin uygulanmaya başlamasıyla ileri tarihli çek kullanımının kısmen de olsa giderek azalma eğilimi göstereceği öngörülebilir. İlk olarak ileri tarihli çeki kabul ederek, düzenleme tarihinden önce ödeme için ibraz etmeyi düşünen kötü niyetli lehtarların, artık düzenleyenin çekle ödeme tekليفini kabul etmeyeceklerini düşünebiliriz. İkincisi yeni düzenlemeyle çekte menfaat dengesi hamil aleyhine ciddi şekilde bozulmuştur. Piyasanın aktörleri, zamanla bu durumun farkına varacaklar ve çekle ödemeyi kabul ederken daha temkinli davranacaklardır. Bu nedenle CYK'yı hazırlayanların korunmaya değer görmedikleri, hatta bir kısmının çekin geçersizliğine sebep gör-

---

<sup>102</sup> Çekte ceza yaptırımının uygulanmasına yönelik eleştiriler için bkz. *Tekinalp*, 926-927, 929; *Tekinalp*, İleri Tarihli Çekler, s.45. Buna karşılık çekin bir para gibi bir ödeme aracı olduğunu ve parada sahtekârlık ile benzerlik kurarak vb. gerekçelerle karşılıksız çekin cezalandırılması yönünde görüş beyan edenler de bulunmaktadır (*Kalpsüz*, Sempozyum-Tartışmalar, s.60-61; *Battal*, A.: Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s.29-30).

<sup>103</sup> Çekin bonoya göre avantajlı tarafları için bkz. *Tekinalp*, 930-931.

<sup>104</sup> *Kalpsüz*, Sempozyum-Tartışmalar, s.60.



dükleri centilmenlik anlaşmasını kurumsallaştırma pahasına, oldukça iyimser bir tahminle, bu yeni sistemin belki zaman içinde, giderek ileri tarihli çeklerin kullanımını azaltabileceği ve yeniden ödeme aracı olan klasik çekerle dönüşün yolunu açabileceği öngörülebilir.

Bu çalışmanın uzunca bir süreçten sonra<sup>105</sup> son aşamasına gelindiği şu tarihlerde (Ocak 2012) Adalet Bakanlığının yeni bir tasarı üzerinde çalıştığı, bununla çeklerde hapis müeyyidesini kaldırmayı ve yerine düzenleyene belirli bir süre çek düzenleme yasağı getirilmesini amaçladığı basında yer almaktadır. Önemle ifade edilmelidir ki; sadece çekerle ilişkin para cezası ve buna bağlı olarak verilen hapis yaptırımının kaldırılması sorunu çözmeyecektir. Zira yeni sistem, ne CYK sistemi ne de İngiliz-Amerikan sistemidir. Getirilen Yeni Sistem, menfaat dengesini hamil aleyhine olağan dışı şekilde bozmuştur. Bir taraftan çeklerin kredi aracı olarak kullanılması hukukileştirilirken, diğer taraftan kredi aracı olan kambiyo senetlerinde ve İngiliz-Amerikan sisteminde tanınan yetkiler hamilden esirgenmiştir. Bunlar tanınmadan veya CYK sistemine dönülmeden, sadece hapis yaptırımının kaldırılması, piyasada çekin unutulmasına neden olabilir.

## V- SONUÇ

Çek Kanunu ileri tarihli çeklerin, üzerindeki düzenleme tarihinden önce ödeme için ibrazını yasaklamamış, ancak ödeme yapılmasını hesapta karşılık bulunması koşuluna bağlamıştır. Çekin düzenleme tarihi gelmemiş olsa bile hesaptaki tam veya kısmi karşılığın, talebi halinde hamile ödenmesi gerekir; ancak ödenmesi çekin kanuni “süresinde ibraz” edilmesi koşuluna bağlı olduğundan (m.3(3)) muhatap bankanın, her çek yaprağına karşılık kanunen zorunlu olduğu miktar, düzenleme tarihinden önce ödenmez. Daha önce bir veya birden fazla ödeme için ibraz edilmesine rağmen kısmen veya tamamen karşılıksız kalan ileri tarihli çeklere ilişkin hukuki takip yapılabilmesi ise, çekin “üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazına ve “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına bağlıdır (m.3(8)).

---

<sup>105</sup> Bu çalışmada ileri sürülen görüşlerin büyük bölümü, 25.12.2010 tarihinde, Antalya Barosu Konferans Salonu’nda düzenlenen “Yeni Gelişmeler Işığında Çek Hukuku Paneli”nde, “5941 Sayılı Yeni Çek Kanununun İleri Tarihli Çekler, Temsilci Aracılığı İle Çek Düzenlenmesi ve Kısmi Ödemeye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme” adlı tarafımdan sunulan bildiriyle kamuya sunulmuştur.

Hesapta karşılık olmaması veya hamilin kısmi ödemeyi reddetmesi halinde bir görüşe göre bu halde muhatap bankanın, Kanun tarafından öngörülen müeyyidelere (m.7(4,5); 3(7)) karşı önlem olarak “karşılıksızdır” işlemi yapması ve çeki hamile geri vermesi gerekir. Katıldığımız görüşe göre ise bu halde hiçbir işlem yapılmadan çek geri verilmelidir. Gerçekten yeni sistemde çekin düzenleme tarihinden önce ödenmesi sadece bir imkân olup, kısmi ödeme olduğu gerekçesiyle bunu kullanmak istemeyen hamilin, “karşılıksızdır” işlemine muhatap olması uygun olmaz. Zira “karşılıksızdır” işlemi çekin devrini fiilen zorlaştırır ve özellikle de kısmi ödeme halinde kısmi cironun batıl olması nedeniyle hukuken imkânsız hale getirir. Buna karşılık ibrazının ve ödenmeme nedeninin belirlenmesi sadece bir ispat sorunudur.

Çek Kanununun açık hükmüne (m.3(6)) rağmen düzenleme tarihinden önce kısmi karşılığın tahsil edilmesi halinde, kanuni ibraz süreleri içinde tekrar ibraz edilmesi gerektiğinden bahisle çekin aslının hamile geri verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce her şeyden önce açık kanun hükmüne dayanan bankaların artık çekin aslını hamile vermeyecekleri açıktır. İkinci olarak çekin onaylı fotokopisinin geri verilmesiyle, muhatap ile hamil arasında temeli Kanuna dayanan yeni bir hukuki ilişki doğar. Buna göre muhatap banka, çekin aslını saklamayı, onaylı fotokopisinin ibrazı halinde aslı gibi işlem yapmayı, kanuni süreler içinde ibrazında karşılığının bulunmaması halinde “karşılıksızdır işlemi” yapmayı üstlenir. Bu nedenle Kanunda sadece muhatabın kanuni zorunluluk gereği ödeme yaptığı hale ilişkin aksi yöndeki düzenlemeye (m.3(5)) rağmen, kısmi ödeme yapılan bütün hallerde, muhatap ile düzenleyen arasında muhtemel ihtilafların çözümlü bakımından, çekin aslının muhatabta saklanması ve onaylı fotokopisini hamile ücretsiz olarak verilmesi gerektiğini düşünüyoruz (m.3(6)). Buna karşılık hamilin kısmi ödemeyi kabul etmemesi veya karşılık bulunmaması gibi muhatap tarafından hiçbir ödeme yapılmayan hallerde çekin aslı hamile iade edilmeli, hamilin imzasını taşıyan fotokopisi bankada saklanmalıdır.

“Karşılıksızdır” işlemi; çekin kanuni süreler içinde ibraz edilmesi (m.3(8)), hamilin talepte bulunması (m.3(4)) ve varsa hesaptaki karşılıkla birlikte muhatap bankanın kanunen yükümlü olduğu miktarın çek bedelini karşılamaması halinde yapılır. Hamilin kısmi ödemeyi reddetmesi “karşılıksızdır” işlemine konu olan miktarı artırmaz; kısmi karşılık ve muhatabın kanunen ödemekle yükümlü miktar, çek bedelinden mahsup edilir (m.3(2)).

Çek Kanununun getirdiği yeni sistemin; çekleri ödeme aracı olarak kabul eden ve ibrazında ödenmesi ilkesine dayanan CYK ve YTK sistemlerine

aykırı olduğunu, kredi aracı olarak kullanılmasını hukukileştirdiğini, kanuna karşı hile niteliğindeki centilmenlik anlaşmasına hukuki sonuç bağladığını, vade yasağını kanuni bir faraziyeye dönüştürdüğünü ve vadeli senetlerde hamile tanınan yetkilerin çekte bulunmaması nedeniyle karşılıklı menfaat dengesini hamil aleyhine bozduğunu düşünüyoruz. Bu yeni sistem, aynı zamanda kendi içinde bir menfaat dengesi kuran ve çeklerin kredi aracı olarak kullanılmasına imkan veren İngiliz sistemini yansıtmaktan da uzaktır.

Türkiye'deki gelişimi incelendiğinde çeklerde ceza uygulamasını ayakta tutarak ileri tarihli çek uygulanmasının önüne geçecek ve bugüne kadar denenmemiş bir çözüm bulmak güçtür. Başlangıçta çeki yaygınlaştırmak için getirilen ceza müeyyidesi, ortaya çıkardığı ciddi sosyal problemlerle çekin yapısını değiştiren düzenlemenin müsebbibi olmuştur. Bu nedenle Çek Kanununda sadece hapis cezasını kaldıran bir değişiklik de çekiye ilişkin problemleri ortadan kaldırmayacak, aksine çekle yapılan ödemeleri kabulden kaçınmaya paralel olarak, bankalardaki mevduat miktarında da zaman içinde ciddi düşüşler olacaktır. Bununla birlikte cezai müeyyideyle sağlanan güvence yürürlükte olduğu sürece bono kullanımının aynı oranda artacağı söylenemez. Çekin niteliğine aykırı cezai müeyyidenin, hiç değilse düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekler bakımından uygulanmasını önlemesi, bu Kanunun en olumlu yanıdır.

Çek kullanımının yaygınlaşması ve çekten doğan sosyal problemlerin azaltılması bakımından yeni sistemde hamil ile düzenleyen arasındaki menfaat dengesinin gözden geçirilmesi yerinde olur. Bu bağlamda İngiliz Hukuk sisteminde olduğu gibi ibraz sürelerinin uzatılması, karşılıksızdır işlemi yapılmamış çekin hamiline zamanaşımı süresi içinde asıl borçlu ve avalistine başvurma hakkının tanınması ve poliçe ile bonodaki şartlara paralel olarak kanundaki istisnai hallerde, çek hamiline de düzenleme tarihinden önce hukuki takip yapabilme imkânının verilmesi düşünülebilir.

**KISALTMA CETVELİ**

A.C.	: Appeal Court
aşa.	: Aşağıda
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
civ.	: Cıvırı
CYK	: Cenevre Yeknesak Kuralları
dn.	: Dip Not
f.	: Fıkra
E	: Esas No.
GSM	: Global System for Mobile Communications (Mobil İletişim İçin Küresel Sistem)
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K	: Karar No.
m./md.	: Madde
N	: Numara/No
S	: Sayı
s.	: Sayfa
SDÜ İİBFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
T	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCC	: Turkish Commercial Code
TK	: 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
YTK	: 13.01.2011 tarihinde mecliste kabul edilen, 14.02.2011 /27846 tarih ve sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y	: Yıl
yuk.	: Yukarıda
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

### KAYNAKÇA

- Arkan Sabih:** 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler”, Batider, C. 22, S.1, Haziran 2003, s.5-22.
- Battal, A. :** Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s.29-30
- Breadgate R./White, F:** Commercial Law, Oxford University Press, 2005.
- Bilgen, M. :** “5941 Sayılı Çek Kanunu ve Uygulamalar”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010, Ankara, 2010, s.13-44.
- Bozer A./Göle C. :** Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Kitapları Serisi-2, Ankara 2006.
- Can, M.:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010, Tartışmalar, s.79-105.
- Çeker, M.:** “Çek ve Yeni Kanun Tasarısı”, [http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/cek-ve-yeni-kanun-tasarisi\(18.01.2012\)](http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/cek-ve-yeni-kanun-tasarisi(18.01.2012)), s.1-11.
- Coşkun, M.:** Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları (İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, İstanbul, 1994.
- Çağlar, H.:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Hükümlerine Göre Ticaret Şirketi Yöneticilerinin, Temsilcilerinin ve İmza Yetkililerinin Çek Hesabı Açma ve Çek Düzenleme Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, Y. 2009, S.1-2, s.1-20.
- Çöl, H. C.:** “İleri Tarihli Çeklere İlişkin Sorunlar” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.1, Y.2004, s.195-220.
- Domaniç, H.:** Karşılıksız Çek, İstanbul, 1983.
- Doğan, B. F.:** “5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, Yıl:2010, s.86-107.
- Göle, C.:** Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s.51-53;68-69.
- İnan, N.:** “Özel Hukukta Karşılıksız Çek Kavramı”, Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), s.94-118.

**Kalpsüz, T.:** “Çek Hukukuna İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Yargıtay Kararlarının Tahli””, Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), s.33-62.

**Kalpsüz, T.:** 5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans, 22 Ocak 2010, Ankara, 2010, Tartışmalar, s.37-52 (Konferans, Tartışmalar).

**Kalpsüz, T. :** Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s. 60-61 (Sempozyum).

**Karayalçın, Y. :** Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), Dördüncü Baskı, Ankara, 1970.

**Kendigelen, A.:** Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, 2006.

**Kınacı, A., :** “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Koruma Tedbiri Getiren Fiiller”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26.03.2010, Ankara, 2010, s.45-68.

**Kırca, İ.:** “5941 Sayılı Çek Kanunu, Konferans”, 22 Ocak 2010, Ankara, 2010, s.5-34.

**Narbay, Ş.:** “5941 Sayılı Çek Kanununun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Bunların Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.5, S.43, Mart 2010, Ankara, s.65-97.

**Önder, M. F.:** “5941 Sayılı Çek Kanunu Uyarınca Çek Türlerinin Açıkça Renkleri ve İsimleriyle Ayrılmasının Ortaya Çıkaracağı Sonuçlar”, SDÜ İİBFD, Y.2010, C.15, S.1, s.297-311.

**Özgenç, İ.:** Çek Kanunu, 3. Bası, Ankara, 2010.

**Özgenç, İ.:** “Yeni Çek Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010,-s. 69-76 (Panel).

**Poroy R.:** “Fransız Çek Hukukunda Gelişmeler”, Batider, Aralık, 1981, C.XI, S.2, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 18-19 Aralık 1981 (Özel Sayı), s.9-32.

**Poroy, R./Tekinalp, Ü.:** Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 15. Bası, İstanbul, 2001.

**Poroy, R./Tekinalp, Ü.:** Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 12. Bası, İstanbul, 1999 (12. Bası).

**Pulaşlı, H.:** Yeni Çek Hukuku ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2010.

**Reisoğlu, S.:** “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, Y.21, S.72, Mart 2010, s.49-64.

**Reisoğlu, S.:** Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002, Tartışmalar, s.55-58 (Tartışmalar).

**Schmitthoff, C. M/Sarre, D. A.G.:** Charlesworth’s Meercantile Law, Fourteenth Edition, London, 1984.

**Tandoğan, H.:** “Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkardıkları Sorunlar”, Çek Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, 18-19 Aralık 1981, Özel Sayı, Batider, Aralık 1981, C.11, S.2, s. 63-94.

**Tekinalp, Ü.:** İleri Tarihli (Vadeli) Çeklere İlişkin Bir Öneri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 19-20, S.1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s.926.

**Tekinalp, Ü.:** “Yeni Çek Kanunu”, 5941 Sayılı Çek Kanunu Paneli, 26 Mart 2010”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2010, s.7-12 (Panel).

**Tekinalp, Ü.:** “Adalet Bakanlığı Taslağında İleri Tarihli Çekler”, Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanunla İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar-Panel, Ankara 22 Ocak 2002, Ankara, 2002 s.41-48. (İleri Tarihli Çekler).

**Ülgen, H/Helvacı, M/Kendigelen, A/Kaya, A:** Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, İstanbul, s. 2008.

**Longman-Metro:** Büyük İngilizce-Türkçe-Türkçe Sözlük, İlk Bası 1993.





**TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ARD ETKİSİ –  
İŞYERİ UYGULAMASI  
(KARAR İNCELEMESİ)**

*Yrd. Doç. Dr. Recep MAKAS\**

**T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**

**Esas No:** 2008/9-275

**Karar No:** 2008/282

**Tarihi:** 26.03.2008

**İlgili Kanun:** 2822/6

**ÖZÜ:** *Sona eren TİS nin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar devam edeceğine ilişkin “ard etkisi” kuralının, TİS’nden yararlanamayanlara da uygulanabilmesi için, işyeri uygulaması haline dönüşmüş olması gerekir.*

**DAVA:** Taraflar arasındaki "işçilik hak ve alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (... İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen gün ve 2004/1393-2006/49 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 22.11.2006 gün ve 2006/9890-30806 sayılı ilamı ile; ("...1- Davalı davacının fazla çalışma ve hafta tatili ücretlerini aldığını ve ibraname verdiğini savunmuştur. Davalı tarafça ibraz edilen ve imzası inkar edilmeyen ibranamede fazla çalışma ücreti alacaklarının alındığı belirtilmiştir. Buna rağmen fazla çalışma ve hafta tatili ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.

2- İşyerinde 01.07.1995-30.06.1996 tarihleri arasında yürürlükte kalan TİS'de kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanacağı kararlaştırılmış, bu tarihten sonra akdin feshi tarihine kadar yeni bir TİS imzalanmamıştır.

---

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Davacı TİS sona ermeden 30.01.1996 tarihinde TİS'e taraf işçi sendikası-  
sından istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS'in sona  
erdiği 30.06.1996 tarihinde davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı  
gibi, TİS'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'in davacı yönünden  
hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Davacı-  
nın kıdem tazminatının işveren tarafından 30 gün üzerinden hesaplanıp  
ödenmesi doğrudur. Bu sebeple mahkemenin 45 gün üzerinden yapılan he-  
saplamaya değer vererek fark kıdem tazminatını hüküm altına alması hatalı  
olup bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri  
çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda  
direnilmiştir.

#### **HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz  
edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görü-  
şüldü:

Dava, bir kısım işçilik hak ve alacaklarına ilişkin olup, yerel mahkeme-  
ce, Özel Daire'nin (2) numaralı bentte yazılı bozma nedenine karşı  
direnilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan kısa ve üç yıldan uzun süre-  
li olamaz. TİS'in süresi sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatı-  
lamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (2822 sayılı TİSGLK  
m. 7/1). Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.  
6/son uyarınca; "Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesi-  
nin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet  
akdi hükmü olarak devam eder". TİS'in sona ermesinden sonra, kapsamına  
giren işyerlerinde çalışan işçiler için TİS'in iş sözleşmesini ilgilendiren hü-  
kümlerinin, yenisi yürürlüğe girene kadar devam edeceğine ilişkin kural,  
toplular iş sözleşmesinin "ard etkisi" olarak ifade edilir.

TİS hükümlerinden yararlanamayanlar yönünden ise; toplu iş sözleşme-  
sinin ard etkisinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmediğinin belir-  
lenmesi önem taşımaktadır.

Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve ak-  
di bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki  
ilişkiye yön veren, varlığını somut uygulamalar şeklinde gösteren eylemli  
durum "işyeri uygulamaları"nın oluşturur.

İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan, herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları, işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, sübjektif hak oluşturur.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabulü için, tekrarlana gelen, hesaplanabilir, genel nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamaları, işvereni belirli bir yükümlülük altına sokan, objektif mahiyette hükümler olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır.

İşyeri uygulaması ile oluşan "iş şartı", işverence, işçi aleyhine olarak değiştirilemez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, çalışma koşullarında yapılacak bir değişiklik ancak tarafların anlaşmalarıyla gerçekleşebilir.

13.12.1995 tarihinde imzalanan, 01.07.1995 tarihinden itibaren bir yıl süreli olarak yürürlükte bulunan üçüncü dönem Toplu İş Sözleşmesinin 5. maddesinde; Toplu İş Sözleşmesinden, taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı, 7. maddesinde; hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümlerinin uygulanacağı, her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceği, 31. maddesinde; işçilerin hizmet akitlerinin, İş Yasası'ndaki kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren hallerden herhangi biri yoluyla feshi halinde, işçiye her hizmet yılı için 45 günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödeneceği ifade edilmekte olup, yeni bir toplu iş sözleşmesi bağitlanmadığı konusunda da uyuşmazlık bulunmamaktadır.

TİS sona ermeden taraf işçi sendikasıdan istifa etmiş alan davacı, TİS'in sona erdiği 30.06.1996 yılından itibaren işyerinde kıdem tazminatlarının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğini iddia etmektedir. Bilirkişi raporunda da bu yönde değerlendirme yapılarak, örnek işçi isimlerine yer verilmiştir.

Mahkemece, kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödendiğine yönelik, iş şartı niteliğine dönüşmüş bir işyeri uygulaması bulunup bulunmadığı işyeri kayıtları ve bu yöndeki diğer bilgi ve belgeler yardımıyla araştırılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

**SONUC:** Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 26.03.2008 gününde, oybirliği ile karar verildi.

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.03.2008 tarih ve E. 2008/9-275, K. 2008/282 sayılı bu kararı Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2008 – 2009, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 876-878'den alınmıştır.)

## KARARIN İNCELENMESİ

### I. Hukuksal Uyuşmazlık ve Yüksek Mahkemece Benimsenen Çözüm

İnceleme konusu yaptığımız karara konu olayda davacı işçi, fazla çalışma ve hafta tatili ücreti ile işverence 30 gün üzerinden hesaplanan kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanmasını ve aradaki kıdem tazminatı farkının kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme talep doğrultusunda, işçi tarafından verilen ve imzası inkar edilmeyen ibranameye rağmen, fazla çalışma ve hafta tatili ücretinin ödenmesine, ayrıca kıdem tazminatının toplu iş sözleşmesinde kararlaştırıldığı şekliyle 45 gün üzerinden hesaplanarak ödenmesine karar vermiştir.

Kararın davalı tarafça temyizi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre, davacı işçi tarafından verilen ve imzası inkar olunmayan ibranamede fazla çalışma ücreti alacaklarının alındığı belirtildiğine göre, fazla çalışma ve hafta tatili ücretinin hüküm altına alınması hatalıdır. Yargıtay ayrıca davacı işçinin, toplu iş sözleşmesi henüz sona ermediği bir tarihte taraf işçi sendikasıyla istifa ettiğini ve istifasının gerçekleştiğini, bir diğer ifadeyle, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte söz konusu işçinin taraf işçi sendikasına üye olmadığı gibi toplu iş sözleşmesinden de yararlanmadığını, bu sebeple davacı işçi yönünden sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi hükmü olarak devamının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Yerel mahkeme, özel dairenin (1) numaralı bentte ele alınan ibraname, fazla çalışma ve hafta tatiline ilişkin bozma kararına direnmemiştir. Dolayısıyla ibraname, fazla çalışma ve hafta tatili ücreti konusunu değerlendirme dışı tutacağız. Yerel mahkeme özel dairenin (2) numaralı bentte yazılı bozma nedeni olan, toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin süresi içinde yararlanmayan işçinin sözleşme sona erdikten sonra ard etkiye dayanılarak 45 gün

üzerinden kıdem tazminatının hesaplanamayacağı şeklinde özetleyebileceğimiz görüşüne karşı direnmiştir. Bunun üzerine konu bu kez Hukuk Genel Kurulunda ele alınmış ve yapılan inceleme sonucunda yerel mahkemenin direnme kararı bozulmuştur.

## II. Çözülmesi Gereken Hukuksal Sorun

İnceleme konusu kararda, sona eren toplu iş sözleşmesinin ard etki uygulamasının kişiler bakımından kapsamının belirlenmesi ile toplu iş sözleşmesinden yararlanamayanlara da işyeri uygulaması yoluyla bunun yansıtılıp yansıtılmaması noktasında hukuki sorun ortaya çıkmış bulunmaktadır.

## III. Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi

1. Borçlar hukukunda, bir sözleşmenin sona ermesiyle birlikte tüm hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkacağına ilişkin temel ilkenin belki de tek istisnası toplu iş sözleşmeleri olup, bu ilkenin toplu iş sözleşmelerinde mutlak şekilde uygulanması, kazanılmış hakların geriye götürülmesi gibi bir sonucu beraberinde getireceği, iş hukukunun işçiyi koruma amacıyla çelişeceği söylenebilir<sup>1</sup>. Bu nedenle yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmaya kadar önceki toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devamı benimsenmiştir. 2822 sayılı Yasaya göre; “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder” (m. 6 / son).

2. Belirtmek gerekir ki ard etki olarak devam eden hükümler, toplu iş sözleşmesinin sadece iş sözleşmesini düzenleyen normatif kısmıdır<sup>2</sup>. Normatif hükümler maddi anlamda kanun gibi<sup>3</sup> objektif ve genel nitelikte kurallar olup, iş hukukunda kaynaklar sıralamasında iş sözleşmesi üzerinde yer alır-

---

1 **F. Şahlanan**, Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Ücret Zammının Ard Etkiye Dayanılarak Talep Edilemeyeceği, Karar İncelemesi, Tekstil işveren, S. 374, Mayıs 2011, s. 4; **M. Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s. 258; **K.D. Yenisey**, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 611.

2 **C. Tuncay**, Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 202.

3 Nitekim Yargıtay bir kararında “normatif hükümlerin objektif hukuk kuralı niteliği taşıdıkları ve maddi anlamda kanun oldukları” nı ifade etmiştir, **F. Demir**, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, s. 424, dp 1463.

lar. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iş sözleşmelerini doğrudan ve emredici şekilde etkiler<sup>4</sup>.

3. 2822 sayılı Yasada her ne kadar toplu iş sözleşmeleri süresinin bitmesinden önceki yüzyirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabileceği öngörülmüş ise de (m. 7/son), genellikle yetki işlemlerinin ve toplu görüşme sürecinin uzun zaman alması nedeniyle, yeni toplu iş sözleşmesi ile eskisi arasındaki zaman diliminde işçilerin hukuksal durumları bakımından bir belirsizlik ortaya çıkabilecektir<sup>5</sup>. Bir diğer ifadeyle, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, iş sözleşmesi üzerindeki normatif etki sona ereceğinden, işçilik hakları bakımından genellikle daha düşük standartları ifade eden iş sözleşmesi hükümlerinin devreye girmesi ve toplu sözleşme öncesi duruma dönülmesi söz konusu olacaktır. Esasen uygulamada toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu çoğu işyerinde, tarafların hak ve yükümlülüklerini ayrıntılı olarak düzenleyen iş sözleşmeleri yerine, genellikle dar kapsamlı iş sözleşmelerinin yapıldığı, bu sebeple toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte iş sözleşmelerinin içerikten yoksun kalacağı dahi ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin ard etkisi belirtilen sakıncaları gidermek üzere kabul edilmiş bir tedbir niteliğinde görülebilir. Zira ard etki uygulaması sonucu eski ve yeni toplu sözleşme arasındaki zaman diliminde sona eren toplu iş sözleşmesiyle getirilen düzenlemeler, iş sözleşmesi hükmü olarak korunmuş olacaktır. Böylece toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da belirli koşullarla sözleşmede öngörülen düzenlemelerin hüküm ve sonuçları-

4 **Şahlanan**, s. 3; **Tuncay**, s. 198; **L. Akın**, İşe İade Edilen İşçiyi İşe Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, Temmuz 2011, S. 4, C. 25, s. 39.

5 **N. Çelik**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul 2009, s. 543; Yargıtaya göre; "Burada yasa koyucunun amacı toplu iş sözleşmesi'nin yürürlük süresince getirilen hakların, sona ermesinin yaratacağı boşluğun ortadan kaldırılması düşüncesi ile toplu iş sözleşmesinin sona erdikten sonra da varlığının korunmasıdır." Yarg. 9. HD, 25. 12. 2007, E. 2007/30448, K. 2007/39163, Çalışma Toplum, S. 18, 2008/3, s. 404. Yargıtay bazı kararlarında ise TSGLK m 6/son hükmünün kazanılmış hakların korunması amacıyla yönelik olduğunu belirtmektedir, Yarg. 9. HD, 02. 03. 2010, E. 2010/3567, K. 2010/5528, Çalışma toplumu, S. 27, s. 294; Yarg. 9. HD, 06. 10. 2009, E. 2009/9131, K. 2090/25872, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2008 – 2009, Kamu-İş, Ankara 2010, s. 913.

6 **Şahlanan**, s. 3.

nı doğurmaya devam etmesi amaçlanmıştır<sup>7</sup>. Esasen ard etki uygulaması sadece işçi açısından değil, aynı zamanda işçi - işveren arasında çalışma barışını sağlaması ve yeni toplu iş sözleşmesi yapılırken zamanın uzamasından kaynaklanacak baskıyı ortadan kaldırması sebebiyle, işveren bakımından da bir takım yararları söz konusudur<sup>8</sup>. Ard etkinin ortaya çıkabilmesi için işverenin işçilerle bir anlaşma yapmış olması aranmamakta bu etki doğrudan kanundan doğmaktadır. Öte yandan sona eren toplu iş sözleşmesinin ard etkisini sürdürebilmesi için daha önceden uygulanmış olma koşulu aranmalıdır. Zira Yasada bu konuda herhangi bir şart öngörülmüş değildir<sup>9</sup>.

4. Ard etkiden yararlanma imkanı, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla sözleşmeden yararlanmakta olan işçilere ilişkindir. Belirtelim ki toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın yöntemi önem taşımaz, taraf sendikaya üyelik ya da dayanışma aidatı yoluyla yararlanılmasında farklılık yoktur. Aynı şekilde taraf sendikanın muvafakatı ile veya teşmil<sup>10</sup> yoluyla sözleşme kapsamına giren işçiler de ard etkiden yararlanabilirler. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin uygulandığı zaman diliminde taraf sendikaya üye olmayanlar, taraf sendika üyeliğinden ayrılanlar ya da çıkarılanlar ile toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işe girenler ard etkiden yararlanamazlar (TSGLK m. 9/I, II)<sup>11</sup>. Öte yandan ard etki devam ettiği sürece toplu iş sözleşmesinden yararlanmadan söz edilemeyeceğinden, söz konusu etkinin

---

7 **Yenisey**, s. 613.

8 **Çelik**, s. 544; **L. Akın**, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma, Sicil İHD, Yıl 3, S, 11, Eylül 2008, s. 106.

9 **H. Keser**, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi, Sicil İHD, Yıl 2, S. 6, Haziran 2007, s. 110; **Yenisey**, s. 618-619.

10 Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde yeni yapılacak sözleşmeye kadar ard etkisini sürdürür. Ancak Bakanlar Kurulu, gerekçesini göstermek suretiyle teşmil kararnamesini her zaman geri alabilir. Süresinden önce geri alınan teşmil kararnamesine dayanan toplu iş sözleşmesinin ard etkisi sözkonusu olmaz, **F.Uşan**, Teşmil Edilen Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 637-638; **M.Sur**, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, s. 144; **A. N. Aktay/K. Arıcı /E. T. Kaplan Senyen**, İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2009, s. 467; **Keser**, s. 109.

11 **Şahlanan**, s. 4; **Tuncay**, s. 202; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 259; **Çelik**, s. 544; **Aktay/Arıcı / Kaplan Senyen**, s. 467; **Yenisey**, s. 627.

sürmesi için işçinin dayanışma aidatı ödemesi veya sendika üyeliğini devam ettirmesi gerekmez<sup>12</sup>.

5. 2822 sayılı Yasa'da ard etki belli bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple ard etki yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar devam eder. Yeni toplu iş sözleşmesinin uzun süre yapılmamış olması sonucu değiştirmez<sup>13</sup>. Ancak toplu iş sözleşmesinde öngörülen haklar belli bir süre veya tarihe bağlanmışsa, belirtilen süre bitiminde etkilerini kaybedeceklerinden, bu tür hükümlerin ard etkisi söz konusu olmaz<sup>14</sup>. Ayrıca ard etkinin yeni sözleşme yapıncaya kadar mutlak olarak uygulanacağı düşünülmemelidir. Zira ard etki olarak devam eden hükümlerin, iş sözleşmesi taraflarınca her zaman değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür<sup>15</sup>. Kuşkusuz bu değişiklikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi göz ardı edilmemelidir.

6. Yeni toplu iş sözleşmesinin imzalanması ve uygulamada yaygınlık kazandığı şekilde yürürlük tarihinin geriye yürütülmesi halinde, ard etkisi devam eden önceki sözleşme hükümleri yeni sözleşmenin imza tarihine kadar geçerlilik kazanacak mıdır? Yoksa yeni sözleşmenin yürürlük tarihi itibarıyla ard etki sona mı erecektir? Bu noktada yürürlük tarihinin geriye yürütülmesi ifadesine verilecek anlam önem taşımaktadır. Yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye götürülmesi ile yeni toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerinin<sup>16</sup> imza tarihinden önce uygulanabilmesi anlamı çıkarılmamalıdır. Bununla sadece imza tarihinde sağlanan bazı mali hakların imza tarihinden önceye götürülmesi amaçlanır. Yeni toplu iş sözleşmesinin tüm hükümleri ancak imza tarihi itibarıyla yürürlüğe girer. Bir diğer ifadeyle, yeni toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden geriye etkili olacak şekilde yürürlüğe konulması halinde, imza tarihine kadar fiilen hizmet akdi hükmü olarak uygulanan önceki toplu sözleşme hükümlerinin, dolayısıyla işçilere sağlanan hakların geçerliliğini devam ettireceği, söz konusu hükümlerin yeni sözleşmenin imza tarihinden itibaren uygulanmasının sona ereceği kabul edilmelidir<sup>17</sup>.

12 Çelik, s. 544; Keser, s. 109; Yenisey, s. 627.

13 Sur, Toplu İlişkiler, s. 259; Çelik, s. 546; Yenisey, s. 621.

14 Çelik, s. 546; Keser, s. 110.

15 Çelik, s. 546; Şahlanan, s. 4; Sur, Toplu İlişkiler, s. 260; Keser, s. 110.

16 Bu konuda ayrıntı için bkz. Ö. Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesi İle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s. 223-224.

17 Şahlanan, s. 3; Yenisey, s. 625-626; Keser, s. 111.



7. Dava konusu olayda Yargıtay davacı işçinin ard etkiden yararlanamayacağını, zira toplu iş sözleşmesi sona erdiği tarih itibariyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığını belirtmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı dönemde işçi sözleşmeden yararlanıyor olsa dahi, sonradan taraf sendikadan ayrılan ya da çıkarılan işçinin ard etkiden yararlanabilmesi mümkün değildir. Bu yönüyle 9. Hukuk Dairesinin kararı yerindedir.

Daire kararına yerel mahkemenin direnmesi üzerine, konu Hukuk Genel Kurulunca ele alınmış, Hukuk Genel Kurulu “TİS hükümlerinden yararlanamayanlar yönünden ise; toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin işyeri uygulaması haline dönüşüp dönüşmediğinin belirlenmesi” nin önemli olduğunu vurgulamıştır. Her ne kadar Hukuk Genel Kurulu toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin, yararlanamayanlar yönünden işyeri uygulamasına dönüşme şartını aramakta ise de, toplu iş sözleşmesinden şu ya da bu şekilde yararlanamayanlar açısından “ard etki ” ifadesinin kullanılmasının doğru olamayacağını belirtmeliyiz. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinden yararlananlar açısından ard etki gereği kıdem tazminatının 45 gün üzerinden hesaplanarak ödenmesi şeklindeki uygulama, yararlanamayanlar açısından kanun ya da sözleşmeden kaynaklanmayan fiili bir uygulama olarak, bunun işyeri uygulamasına dönüşüp dönüşmediğinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

#### IV. İşyeri Uygulaması ve Koşulları

1. İşyeri uygulaması, işveren tarafından yasal ya da akdi bir zorunluluk olmaksızın fiili davranışların tekrarlanması sonucu oluşur<sup>18</sup>. İşverenin başlangıçta kanundan ya da sözleşmeden doğmayan bazı menfaatleri tek taraflı olarak devamlı bir şekilde işçilere sağlaması durumunda, işçilerin de zımnen kabulleriyle iş sözleşmesinin bir parçası haline dönüşür. İşverenin sergilediği bu tür davranışların gelecekte kendisini bağlayıcı olmasını istemiş olup olmaması önem taşımaz<sup>19</sup>.

---

18 S. Süzek, İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 151; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2005, s. 59; Ö. Eyrenci /S. Taşkent /D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010, s. 28.

19 Süzek, İşyeri Uygulamaları, s. 152; Çelik, s. 112; Mollamahmutoğlu, s. 60; Aktay/Arıcı / Kaplan Senyen, s. 42; T. Centel, İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 283, Temmuz 2003 <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/temmuz/hukuk.html> (ET: 06.12.2011).

2. Bir uygulamanın işyeri uygulamasına dönüşebilmesi için genel, tekrarlanagelen (devamlı), hesaplanabilir nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması aranır<sup>20</sup>. Böylece işverence edimin tüm işçilere veya belli bir gruba sağlanması halinde, genel ve yeknesak bir çalışma koşulu doğmuş olur<sup>21</sup>. Oysa işverence tek yanlı bir yararlandırma örneğinin, vasıflı bir elemana yönelik herhangi bir menfaatin sağlanması halinde, işverenle işçi arasında zımnen iş sözleşmesi hükmü doğmuş olsa dahi, bu uygulama genel nitelikten yoksun olduğundan işyeri uygulamasına dönüşmez<sup>22</sup>.

Öte yandan fiili bir davranışın işyeri uygulamasına dönüşebilmesi için belli bir süre tekrarlanmalıdır. İşyeri uygulamasında devamlılık unsurunun aranmasındaki temel amaç, işverenin tek yanlı olarak yaptığı fiili uygulamaları, ileride de benzer şekilde yapma hususunda bir iradesinin bulunup bulunmadığının belirlenmesidir<sup>23</sup>. Uygulamanın kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçü olmamakla birlikte, her somut olayın özelliği göz önüne alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde, bu tür davranışların devamlı olacağı hususunda işçilerde bir kanaatin oluşması aranmalıdır<sup>24</sup>. Bir diğer ifadeyle, yapılan uygulamanın işyerinde mutad bir davranış haline geldiğini, gelecekte de bu tür davranışın tekrarlanacağını işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yeterli bir süre olmalıdır<sup>25</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2003 tarihli kararında, ikramiyenin 3 yıldan fazla ödenmesi halinde işyeri uygulamasının doğduğunu belirtmiştir<sup>26</sup>.

---

20 Mollamahmutoğlu, s. 59.

21 Süzek, İşyeri Uygulamaları, s. 153; M. Şen, İkramiye Ödenmemesinin İş Şartı Haline Gelmesi ve İşçi Aleyhine Sonuç Doğuran İşyeri Uygulamaları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), AÜEHFD, C. 5, S. 1-4 (2001), s. 473.

22 S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008, s. 67; . Öğretide fiili uygulamanın iş sözleşmesi hükmüne dönüşebilmesi için Alman ve İsviçre hukukunda kabul edildiği şekilde arka arkaya en az üç kere tekrarlanması gerektiği belirtilmektedir, Çelik, s. 113; Ö. Eyrenci /S. Taşkent /D. Ulucan, s. 29.

23 M.Güler, Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 8.

24 Süzek, s. 68; Aktay/Arıcı / Kaplan Senyen, s. 53.

25 Süzek, İşyeri Uygulamaları, s. 153; Şen, s. 476.

26 YHGK, 5. 2. 2003, E. 9-11, K. 54 Süzek, s. 68, dp. 36.

3. İşçi yararına olmayan fiili bir uygulama, işçilerin sessiz kalmasıyla işyeri uygulamasına dönüşmez<sup>27</sup>. Yine işyeri uygulaması bir kural ya da koşula bağlanmışsa bu tür uygulama yıllarca devam etmiş olsa dahi iş şartı haline gelmez<sup>28</sup>. Benzer şekilde, işveren bir yararlandırmadan vazgeçme hakkını saklı tutmuşsa gelecek yıllarda işveren bu tür ödemeleri yapmaya zorlanamaz<sup>29</sup>. Bunun gibi, işverenin hata sonucu yaptığı ödemeler işyeri uygulamasına dönüşmez<sup>30</sup>.

İşyeri uygulamaları iş sözleşmesinin bir parçası haline dönüşeceğinden, işveren bu konuda tek taraflı olarak işçi aleyhine esaslı değişiklikler yapamaz<sup>31</sup>. İş kanununun 22. maddesi gereği işveren işyeri uygulamasına ilişkin esaslı değişiklikleri yazılı olarak işçilere bildirmek ve işçilerin altı işgünü içinde yazılı kabulleriyle bu tür değişiklikler yapılabilir. Dolayısıyla işçilere yasada öngörülen şekilde bir değişiklik önerisi yapılmazsa veya şekle uygun olsa dahi işçi tarafından altı işgünü içinde kabul edilmezse bu tür değişiklikler işçiler açısından aleyhe hukuksal bir sonuç doğurmaz.

---

27 **Mollamahmutoglu**, s. 61; **Ö. Eyrenci /S. Taşkent /D. Ulucan**, s. 29. Nitekim dava konusu yapılan bir olayda, işyerinde ikramiye ödemesinin mevcut olmasına rağmen davacıya dava konusu dönemlerde ikramiye ödenmemesinin, işyeri uygulaması haline geldiği gerekçesiyle ikramiye talebinin yerel mahkemece reddedilmesi üzerine Yargıtay, isabetli olarak işçilerin rızası dışında yapılan uygulamanın çalışma koşulu haline gelebileceğini hükme bağlamıştır, Yarg. 9.HD. 27-9-2004, 5272/20002, **Süzek**, s. 70, dp 45. Ancak 2007 tarihli kararında Yargıtay, işyeri uygulamasına dönüşmüş olan ikramiye alacağının davacı tarafından uzun süre talep edilmeme halinde, ikramiyenin kaldırılmasına ilişkin yeni uygulamayı kabul etmiş sayılacağını belirterek aksi yönde sonuca ulaşmıştır, Yarg. 9. HD, 02.04.2007, E. 2006/17703, K. 2007/9055, Kamu-İş, Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları 2005-2007, Ankara 2008, s. 787. Benzer şekilde ikramiye ödenen durumlarda, ikramiyenin daha sonra kaldırılması ve işçinin buna itiraz etmemesi halinde bunun iş şartı haline geleceğini belirten Yargıtay kararı ve eleştirisi için bkz. Yarg. 9. HD, 20.2.2003, E. 2002/14254, .2003/2020, **Centel**, İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi (Karar İncelemesi), *Tekstil İşveren Dergisi*, S. 283, Temmuz 2003 <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/temmuz/hukuk.html> (ET: 06.12.2011).

28 **Çelik**, s. 113; **Aktay/Arıcı / Kaplan Senyen**, s. 53.

29 **Süzek**, İşyeri Uygulamaları, s. 154.

30 **Çelik**, s. 114; **Süzek**, s. 69; **F. Uşan**, İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı-İşyerinin Değiştirilmesi-Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi-Bildirimli Fesih-İhbar ve Kıdem Tazminatı, (Karar İncelemesi), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S. 1-2, 1999, s. 393.

31 **Çelik**, s. 114; **Süzek**, s. 70. İşçinin işyeri uygulamasına dayanan talebi, iş sözleşmesinin bir parçası haline dönüşmesi dolayısıyla işverence tek taraflı olarak ortadan kaldırılamaz, **T. Centel**, İş Hukuku, Cilt: 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 24.

4. Somut olaya baktığımızda, davacının talebi doğrultusunda yerel mahkeme 45 gün üzerinden kıdem tazminatının ödenmesi gereğinden hareketle, fark tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Ancak karardan, yerel mahkemenin hangi gerekçeye dayandığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. Eğer toplu iş sözleşmesinin ard etkisine dayanılarak hüküm verildiyse, bunun isabetli olamayacağı tartışma dışıdır. Zira 9. Hukuk Dairesi kararında da ifade edildiği gibi, davacı işçinin toplu iş sözleşmesinin uygulandığı sırada taraf sendika üyeliği sona ermiştir. Toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibariyle üyelik ya da dayanışma aidatı yoluyla sözleşmeden yararlanmadığı göz önüne alındığında, davacı işçi açısından sona eren toplu iş sözleşmesinin ard etkisinden bahsedilemez. Buna karşılık kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödenmesi hususu işyeri uygulamasına dayandırılmış olabilir.

9. Hukuk Dairesi yerel mahkeme kararını, davacı yönünden ileri sürülen talebin, sona eren toplu iş sözleşmesinin ard etkisine dayandırılmayacağı gerekçesiyle bozmuştur. Konunun Hukuk Genel Kuruluna intikali üzerine, Kurul davacının talebinin ancak toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin işyeri uygulamasına dönüşmesi halinde değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmıştır.

Davacının iddiası doğrultusunda, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren işyerinde kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödendiği şeklinde bilirkişi raporunda tespitlerin yapıldığı ve örnek işçi isimlerine yer verildiği anlaşılmaktadır. Önemle belirtelim ki bilirkişi raporunda örnek verilen kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanmadıkları karardan anlaşılamamaktadır. Bu husus son derece önemlidir. Zira bu yönde bir uygulama olsa dahi, eğer kendilerine kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödeme yapılanlar toplu iş sözleşmesinden yürürlük süresi içinde yararlananlar ise, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu kişilere, ard etki gereği kıdem tazminatı 45 gün üzerinden ödenecektir. Buna karşılık söz konusu kişiler toplu iş sözleşmesinden yararlanamayanlar ise, bu durumda söz konusu uygulamanın işyeri uygulamasına dönüşüp dönüşmediği araştırılarak bir sonuca ulaşılabilecektir.

5. Yukarıda da belirtildiği gibi, fiili uygulamanın işyeri uygulamasına dönüşebilmesi için genellik ve devamlılık koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır. Somut olay bakımından konuya yaklaştığımızda, kıdem tazminatının iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından biri olması ve her bir işçi açısından ancak bir kez uygulanabileceği göz önüne alındığında, acaba bu tür uygulamalar işyeri uygulamasına dönüşür mü? Kanımızca burada devamlılık unsuru genellik unsuru ile birlikte ele alınmalıdır. Bilindiği üzere işve-

renin münferit olarak tek taraflı yararlandırmaları genellik niteliği taşımadığından, ilgili işçi bakımından talep hakkı doğursa dahi, kolektif olarak diğer işçiler açısından talep hakkı kazandırmaz. İşverenin tüm işçilere ya da belli bir gruba yönelik sağladığı menfaatler belirli koşullarla işyeri uygulamasına dönüşür. İşte devamlılık unsuru tek tek işçiler bakımından değil, kolektif olarak ve işyeri düzeyinde ele alınmayı gerekli kılar. Nitekim incelediğimiz Hukuk Genel Kurulu kararında da “işyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan. . .” denilerek bu nokta vurgulanmaktadır.

Böylece iş sözleşmesi sona erenlere 45 gün üzerinden yapılan kıdem tazminatı ödemesi, muhtelif zamanlarda tekrarlanmışsa, henüz iş sözleşmesi sona ermemiş işçiler açısından devamlılık şartı değerlendirilmelidir. Bir diğer ifadeyle, iş sözleşmesi devam edenlerin dürüstlük kuralına göre gelecekte kendilerine de yasal sınırların üzerinde kıdem tazminatı ödeneceği yönünde işverenin iradesinin olduğuna inanmaları yeterli sayılmalıdır.

Sonuç olarak, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanır. Ard etki kuralı toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibariyle sözleşmeden yararlananlara ilişkindir. Bu yönde bir uygulamanın toplu iş sözleşmesinden yararlanamayanları kapsamaması söz konusu değildir. Ard etki kuralına dayanmaksızın, kıdem tazminatının 45 gün üzerinden ödenmesi örneğinde olduğu gibi, toplu iş sözleşmesinin getirdiği bir takım hakların sözleşmeden yararlanamayanlarca talep edilebilmesi, bu tür uygulamaların işyeri uygulamasına dönüşmüş olması koşuluna bağlayan Hukuk Genel Kurulu kararını isabetli buluyoruz.

**KAYNAKÇA**

- AKIN, Levent; Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma, Sicil İHD, Yıl 3, S, 11, Eylül 2008 (Ard Etki)
- AKIN, Levent; İşe İade Edilen İşçiyi İş Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, Temmuz 2011, S. 4, C. 25
- AKTAY, A. Nizamettin /ARICI, Kadir / KAPLAN SENYEN, E. Tuncay; İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2009
- CENDEL, Tankut; İş Hukuku, Cilt: 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994 (İş Hukuku)
- CENDEL, Tankut; İkramiyelerin Kaldırılmasına İtiraz Edilmemesi (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 283, Temmuz 2003 <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/temmuz/hukuk.html> (ET:06.12.2011)
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22 Bası, İstanbul 2009
- DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005
- EKMEKÇİ, Ömer; Toplu İş Sözleşmesi İle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996
- EYRENCİ, Öner /TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010
- GÜLER, Mikdat; Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Kamu-İş, C. 7, S. 3, Ankara 2004
- KAMU-İŞ, Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları 2005-2007, Ankara 2008
- KESER, Hakan; Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi, Sicil İHD, Yıl 2, S. 6, Haziran 2007
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2005
- SUR, Melda; Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991
- SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006 (Toplu İlişkiler)
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008

SÜZEK, Sarper; İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997 (İşyeri Uygulamaları)

ŞAHLANAN, Fevzi; Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Ücret Zammının Ard Etkiye Dayanılarak Talep Edilemeyeceği, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 374, Mayıs 2011

ŞEN, Murat; İkramiye Ödenmemesinin İş Şartı Haline Gelmesi ve İşçi Aleyhine Sonuç Doğuran İşyeri Uygulamaları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), AÜEHFD, C. 5, S. 1-4 (2001)

TUNCAY, Can; Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010

UŞAN, Fatih; İşyeri Uygulaması-İşverenin Yönetim Hakkı-İşyerinin Değiştirilmesi-Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi-Bildirimli Fesih-İhbar ve Kıdem Tazminatı, (Karar İncelemesi), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1-2, 1999 (İşyeri Uygulaması)

UŞAN, Fatih; Teşmil Edilen Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006

YENİSEY, Kübra Doğan; Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006





## DİŞ HEKİMLERİNİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU\*

*Yrd. Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR\*\**

**ÖZET:** Sağlık hukuku alanında genellikle hekimlerin hukuki sorumlulukları ele alınmıştır. Oysa ki hekimler kadar diş hekimlerinin de hukukî sorumlulukları gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler açısından önemlidir. Kamu sektöründe çalışan diş hekimlerinin hukukî sorumluluğu kamu hukukuna tabidir. Kamu hastanelerinde çalışan bir diş hekiminin gerçekleştirdiği tıbbî müdahale sonucu zarar gören hasta devlete karşı dava açar. Ancak, özel muayenehanesinde mesleğini icra eden diş hekiminin fiili sonucu zarar gören hastalar, diş hekimlerine özel hukuk hükümlerine göre başvurabileceklerdir. Hasta, özel hukukun sorumluluk hukuku çerçevesinde sözleşme öncesi sorumluluk, sözleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak dava açabilir. Diş hekiminin hukuki sorumluluğuna karar verilince hasta maddi ve manevi tazminata hak kazanır. Davalar, tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı açılır.

**Anahtar Kelimeler.** Diş Hekimi, Muayenehane, Hukuki Sorumluluk, Diş Hekiminin Hukukî Sorumluluğu

**ABSTRACT:** The legal responsibility of the physicians has been discussed largely in the field of health law. Yet, the legal responsibilities of the dentists as well as physicians are important in terms of medical interventions. The legal responsibility of the dentists working in the public sector is subject to public law. The patient suffering as a result of a medical intervention realized by a dentist working in the public hospitals files a lawsuit against the state. However, the patients suffering as a result of a deed realized by a dentist performing her/his profession in the private clinic will be able to resort to the dentists according to the provisions of private law. The patient can file a lawsuit based on the provisions of pre-contractual liability, contract, tortious act and negotiorum gestio within the framework

---

\* Çalışma metni, 23-24.09.2011'de Ankara Barosu'nun düzenlediği "IV. Sağlık Hukuku Kurultayı"nda sunulan metnin genişletilmiş halidir.

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

of liability law of private law. If it is decided that the dentist has a legal responsibility, the patient is entitled to pecuniary and non-pecuniary compensations. The lawsuits are filed against the dentist who realizes the medical intervention.

**KEY WORDS:** Dentist, clinic, legal responsibility, the legal responsibility of the dentist

## I. GENEL OLARAK

Ülkemizde, sağlık hukuku alanında daha çok hekimin hukuki sorumluluğu ele alınıp incelenmiştir. Diş hekimlerinin hukukî sorumluluğu üzerinde pek fazla durulmamıştır. Diş hekimlerinin, ağız boşluğunda gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler, sanılanın aksine çeşitlilik arz etmektedirler.

Ülkemizde diş hekimleri, özel ve kamu hastaneleri olmak üzere iki farklı alanda mesleklerini icra etmektedirler. Bu durum hekimlerin hastalarına karşı uyguladıkları tedavilerde ortaya çıkan istenilmeyen durumların tazmininde de farklılığa sebep olmaktadır. Gerçekten de özel muayenehanesinde mesleğini icra eden diş hekimi ile hastası arasındaki hukuki ilişki özel hukuk hükümlerine tabi olurken, kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin hastalarına verdikleri zarar kamu hukukuna tabidir.

Çalışmamızda, özel muayenesinde herhangi bir kamusal idare altında mesleğini icra etmeyen diş hekimlerinin hastaları ile olan ilişkilerinin hukuki niteliği ve diş hekimlerinin hastalarına tedavi uygularken verdikleri zararlar dolayısıyla oluşacak hukukî sorumluluğun temelleri üzerinde durulacaktır. Hukuki sorumluluğun niteliği belirlenirken, diş hekimlerinin gerçekleştirdikleri tedavi yöntemleri göz önünde bulundurularak hukuki sebeplere yer verilmiştir.

## II. TEMEL KAVRAMLAR

### A. GENEL OLARAK

Diş hekimlerinin hukuki sorumluluğunu doğuran sözleşmeler, diş hekimi ve hastası arasında akdedilir<sup>1</sup>. Taraflar arasında öngörülen tıbbi müdahaleyi

---

<sup>1</sup> **Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas;** Medizinrecht, 2003 Deutschland, 176 vd; **Schröder, Jan;** Haftung und Ermessen in der zahnärztlichen Praxis, Hannover 2008, 5; **Schroeder, Karl;** Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, Zürich, 1982, 13vd; **Oexmann, Burkhard/Georg, Axel;** Die zivilrechtliche

uygulayacak olan hekimin “diş hekimi” olması gerekir. Diş hekimlerinin de, tıbbi faaliyetlerin hukuka uygun olması için bu faaliyetlerde bulunanların yasalarda belirtilen bazı koşulları taşımaları gerekmektedir<sup>2</sup>.

## **B. DİŞ HEKİMİ KAVRAMI**

Diş hekimi olarak faaliyette bulunmak için, belirli şartları hekim olarak çalışacak kişilerin bünyelerinde taşımaları gerekir. Diş hekimleri de bazı şartları taşımalıdır. Bu şartlar;

1. Türk vatandaşı olmak: 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 30 gereğince yabancıların Türkiye’de diş hekimliği yapmaları yasaktır.

2. Diş Hekimliği Fakültesi diplomasına sahip olmak: TŞSTİDK m.30 gereğince Türk üniversitelerinin diş hekimliği fakültelerinden alınmış bir diploma aranmaktadır. Diş Hekimliği diplomasına sahip olmayanlar hekimlik görevini yerine getiremezler<sup>3</sup>.

3. Diş Hekimleri Odasına kayıtlı bulunmak: 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 17. maddesi gereğince diş hekimliği mesleğinin icrası için Diş Hekimleri Odasına kayıtlı olmak gerekmektedir.

4. Diş Hekimliği mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak: Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu’nun 44. maddesi gereğince, gerekli şartların varlığı halinde diş hekimlerinin geçici veya sürekli olarak

---

Haftung des Zahnarztes, Hamm 1989, 4 vd; **Giesen, Dieter**; Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995, Dpn. 3.

2 **Demircan, Yusuf Tunç**; Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2006, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 5.

3 “kendisinin diş hekimi olduğunu ve dişlerini çekip yapacağını söyleyerek, hile ve desise ile şikâyetçilerden 800.000.000 lira para almasına rağmen dişlerini çekip yapmadan ortadan kaybolduğundan bahisle, sanık hakkında "dolandırıcılık" suçlarından kamu davası açıldığı ve iddianamede tavsifi yapılan bu suçla bağlı kalınarak yargılamaya devamla karar verilmesi gerektiği, sevk ve tavsife göre, 1219 sayılı Yasa’nın 41. maddesinde öngörülen "diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin muayene veya müdahale yapmak" suçundan açılmış dava bulunmadığı, ayrıca her iki suçun da birbirlerinden ayrı ve bağımsız suçlar olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde eylemlerin 1219 sayılı Yasa’nın 41. maddesi kapsamında kaldığı ve iddianamede de anlatıldığından bahisle, ek savunma hakkı tanınıp, "diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin muayene veya müdahale yapmak" suçundan sanığın mahkûmiyetine hükümlenmesine karar verilmiştir” (Y. 11 CD. 11. CD. E. 2006/5937, K. 2009/2246, T. 09.03.2009, Kazancı Otomasyon, ET. 19.11.2011).

meslekten men edilmeleri mümkündür. Kural olarak bir kişinin diş hekimi olarak Türkiye’de çalışabilmesi için Türk diş hekimliği fakültelerinden mezun olmak gerekir. Ancak, TŞSTİDK’nun 31. maddesinde belirtilen şartlar yerine getirildiğinde, yabancı bir diş hekimliği fakültesi bitiren veya yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de de diş hekimi olarak çalışabilmesinin yolu açılmış olur<sup>4</sup>. Bu koşulları eksik olarak görev yaparken hastaya zarar verilmişse hekimin sorumluluğu söz konusu olur.

Türkiye’de Tıp Mesleği alanını düzenleyen Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına İlişkin Kanunun diş hekimleriyle ilgili kısmında bazı değişikliklere gidilmiştir. Şöyle ki, artık mevzuatımızda “dişçilik” kavramına ve kurumuna yer verilmemesidir. Kanun’un ikinci faslı “*diş tabipleri ve dişçiler*” başlığını taşımaktaydı. Yapılan değişiklikle “dişçiler” tabiri başlıktan çıkarılmış, ayrıca 29. maddede yer alan “*dişçilik sanatı, dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyelerin icrasına münhasırdır*” tanımı da değiştirilmiştir. Kanun’un 32. maddesinde yer alan ve diş hekimi olmadığı halde, diplomasız olarak sanat icra eden dişçilere müsaade eden hüküm ile bu kimselerin diş hekimi değil, dişçi unvanını kullanabileceklerini öngören 33. madde de kaldırılmıştır. Böylece mevzuatımızda sadece diş hekimlerine yer verilmiştir. Bu çerçevede artık diş hekimi olmayanların tıbbi müdahalede bulunmaları kesinlikle yasaklanmış olmaktadır.

Kanun diş hekiminin yeni bir tanımını da yapmıştır: “*Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve*

---

4 Yabancı memleketlerdeki diş hekim mekteplerinden izinli Türk diş hekimlerinin Türkiye’de sanatlarını yapabilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden ve Diş Hekimi Mektebi profesörlerinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Diş Hekimi Mektebi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir mektepten bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların üyeleri Diş Hekimi Mektebi profesörleri karşısında ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirirler. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye’de Diş Hekimi Mektebi Ders programlarına ve öğrenim süresine göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Diş Hekimi Mektebinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başarılarının sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir”.

*düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir” (md. 29). Adı geçen kanun daha önce diş hekimliği alanında uzmanlığı öngörmezken, değişiklikle, uzmanlık da öngörülmüş olmaktadır: “Diş tabipliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilan edebilmek için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olmak şarttır” (md. 29/2). Bu durumda, diş hekimliği fakülteleri ile Sağlık Bakanlığı bünyesinde uzmanlık eğitiminin başlayacağı görülmektedir.*

Kanunda gerçekleşen diğer bir değişiklik ise, kanunun 37 ve 38. maddelerinin de ilga edilmesidir. Bu maddelerde diş hekimlerinin diş tabipleri odalarına kayıt yükümlülüğü bulunduğu ve diş tabipleri odalarının onur kurullarının disiplin yetkisine sahip olduğu hükme bağlanmıştı. Bu hükümlerin ilga edilmesiyle, bundan sonra diş tabiplerinin diş tabipleri odalarına kaydolma mecburiyetinin kalktığı şeklinde yorumlar yapılmaktadır. Ancak bu yorumlar doğru değildir. Zira, bu hükümler esasen gereksiz kaldığı için kaldırılan hükümlerdir. Çünkü tabip odalarının disiplin yetkisi ile serbest çalışan diş hekimlerinin bu odalara kaydolma mecburiyeti zaten 1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu’nda öngörülmüştü (md. 13, 14, 17). Bu nedenle, 1928 tarihli Kanun’da yer alan bu hükümlerin kaldırılması, mevzuatta bir değişikliğe yol açmamıştır.

Hekim bu sözleşme ile hastasına tıbbî bir edimi gerçekleştirmeyi borçlanır. Bu durum Türk, İsviçre ve Alman Borçlar Kanunlarında<sup>5</sup> özel olarak düzenlenmemiştir<sup>6</sup>. Bundan dolayıdır ki, tarafların arasındaki hukuki ilişki genel hükümlere göre çözümlenir. Sözleşmenin kurulmasında ne tarafların açıklaması ne de yazılı bir belge söz konusu olur. Her iki tarafın iradelerinin birleşmesi sözleşmenin kurulmasında yeterlidir. Tarafların iradelerinin uyuşması halinde sözleşme hüküm ve sonuç doğurur. Ayrıca hekimin tedaviye başlaması veya diğer tıbbî tedbirlerin alınması için randevu verilmesi, sözleşmenin kurulması için gerekli değildir<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Uhlenbruck, W; Arzthaftungsrecht-Aerztlicher Behandlungsfehler, ZAP 1998, 495; Schröder, 5.

<sup>6</sup> Kuhn, Moritz; Aktuelle Probleme in der Aertztehaftpflicht, SJZ 89/1993, 257.

<sup>7</sup> Göben, J; Das Mitverschulden des Patientin im Arzthaftungsrecht, Frankfurt, 1998, 2; Schröder, 5; Kuhn, Moritz; Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient, in: Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994 (Kuhn, Arztrechts), 21.

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşme genellikle ayakta tedavi için gerçekleştirilir. Nadir de olsa yataklı tedavi sistemi de öngörülebilir. Diş hekimlerinin hastalarına uygulayacağı, tıbbi müdahaleler, diş, ağız ve çene cerrahisi olarak özetlenebilir<sup>8</sup>. Uygulanan tıbbi müdahalenin başında dişlerin yapısını korumayı amaçlayan koruyucu cerrahi ve protez tedavileri gelmektedir. Nadir olmakla birlikte, diş, ağız ve çene cerrahi alanında yaşamı tehdit eden bazı müdahaleler de yapılabilmektedir<sup>9</sup>.

### **C. DIŞ HEKİMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRDİKLERİ TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ**

Diş hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşme gereği, diş hekimi hastasına karşı ağız boşluğunda tıbbi müdahaleler gerçekleştirmeyi borçlanır. Bunlar; Koruyucu diş tedavileri, Çene cerrahisi müdahaleleri, Diş protezleri, Implant ve çene ortopedik müdahaleleridir.

#### **1. KORUYUCU DIŞ TEDAVİLERİ**

Koruyucu diş tedavilerinden, en geniş anlamda dişlerin korunması için yapılması gereken bütün işlemler anlaşılır<sup>10</sup>. Bunlar, diş dolguları, altın kaplamalar ve keramik dolgular, endodontolojik kanal tedavileri ve Prophylaxe tedavileridir.

#### **2. ÇENE CERRAHİSİ MÜDAHALELERİ**

Çene cerrahisi, kişilerin çene bölgesine yapılan bütün müdahaleleri kapsar. En sık görülen diş hekimliği müdahaleleridir. Bunlar arasında, diş çekirme ve diş köklerinin damaktan alınması gibi tıbbî müdahaleler sayılabilir.

#### **3. DIŞ PROTEZLERİ**

Diş protezleri, ağız boşluğunda yer alan dişlerin çiğneme fonksiyonunu korumak ve yeniden oluşturmak için uygulanan tıbbî bir müdahaledir. Bu

---

<sup>8</sup> Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir (TŞSTİDK. m. 29).

<sup>9</sup> Schröder, 5.

<sup>10</sup> Laufs, A/Uhlenbruck, W; Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 29, Pn. 44; Laufs, A/Kern, B. R. § 38 Pn. 17-18.

işlemlere, dişlerin kromla doldurulması, köprü yapılarak dişlerin fonksiyonunu yeniden sağlamak amacıyla yapılan müdahaleler dâhildir. Bu tür müdahalelerle dişlerin fonksiyonu yeniden kurulabilir. Hastanın çiğneme fonksiyonu eskiye nazaran daha da iyileştirilebilir<sup>11</sup>.

#### **4. IMPLANT İŞLEMLERİ**

Diş hekimliği alanında İmplant en geniş anlamında suni diş oluşturma anlamına gelmektedir. Oluşturulan dişler eğer ağızda başka dişler varsa onlarla uyumlaştırıyor. Eğer hiç diş bulunmuyorsa kişinin damağına dişler yerleştirilmektedir. İmplantta, ağız boşluğuna vücuda yabancı maddeler yerleştirilerek bir müdahale yapılmaktadır. İmplant tedavi amaçlı olarak çene kemiğine sabitlenmektedir<sup>12</sup>.

#### **5. ÇENE ORTOPEDİSİ MÜDAHALELERİ**

Doğuştan veya daha sonra gerçekleşen çenelerde oluşan anomalilikleri ortadan kaldırmak amacıyla çeneye çiğneme organının gelişmesi açısından uygulanan müdahalelerdir. Diş hekimleri söz konusu müdahaleleri uygulayabilmek amacıyla diş hekimliği eğitimlerine ek eğitimler de almak zorundadırlar. Yapılan müdahaleler sonucu hem estetik, hem de kişinin çiğneme yeteneğinde düzelmeler söz konusu olmaktadır.

### **III. DİŞ HEKİMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ**

#### **A. GENEL OLARAK**

Diş hekimlerinin tıbbi müdahaleleri, her ne kadar vücudumuzda bir bölge ile sınırlı olsa da yapılan işlem tıbbî bir müdahaledir. Diş hekiminin tıbbi müdahaleyi uygularken hastası ile arasında daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, herhangi bir sözleşmeye dayanmadan diş hekimi hastasına tıbbi bir müdahalede de bulunabilir. Bu durumda da taraflar arasında bir haksız fiil durumu söz konusu olabilmektedir<sup>13</sup>. Bunlara ilaveten

---

<sup>11</sup> Schröder, 10.

<sup>12</sup> Laufs/Uhlenbruck, § 29, Pn. 50.

<sup>13</sup> Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas; Medizinrecht, 2003 Deutschland, 176 vd; Schröder, Jan; Haftung und Ermessen in der zahnärztlichen Praxis, Hannover 2008, 5; Schroeder, Karl; Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden

diğer bir sorumluluk türü de sebep sorumluluğu halleridir. Öyle ki, diş hekiminin kullandığı alet ve edevatlar hastaya karşı tehlike arz etmektedir. Sebep sorumluluğu hallerinden biri TBK. m. 66'da yer verilen adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Diğeri ise, TBK m. 69'da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğudur. Diş hekiminin kullandığı aletlerde mevcut bakım ve onarım eksikliği sonucu oluşan zarar diş hekimi kusursuz da olsa tazmin edilmek zorundadır<sup>14</sup>.

Diş hekimi kusuruyla hastasına zarar verdiğinde, hem aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sözleşmeye aykırı davranmıştır. Aynı zamanda, hastanın TMK m. 23 anlamında korunan vücut bütünlüğünü<sup>15</sup> ihlal etmektedir. Burada iki sorumluluk sebebi yarışmaktadır. Ayrıca diş hekimin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuki sorumluluğu da bulunmaktadır.

Sözü edilen sorumluluk düzenlemeleri farklı prensiplere tabidirler. Bunlardan biri olan sözleşmede, tarafların karşılıklı birbirine uygun beyanlarıyla oluşmuş bir sözleşme söz konusudur. Burada hekim gerekli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirecek hasta ise gerekli ücreti ödeyecektir. Hekim hastasını aralarında gerçekleşen sözleşme hükümlerine uygun bir şekilde gerekli özeni göstererek muayene etmeli ve bunun akabinde gerekli tıbbi müdahaleyi uygulamalıdır. Ancak belirtilen bu durumları yerine getirmeyen hekim, TBK. m. 112 gereği hastasına karşı sorumlu olur.

#### IV. DIŞ HEKİMLERİNİN YAPTIKLARI SÖZLEŞMELERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

##### A. GENEL OLARAK

Diş hekimleri, hastaları ile aralarında genel olarak bir sözleşme akdederler. Sözleşme taraflar arasından açık bir şekilde gerçekleşeceği gibi zımni olarak da gerçekleşebilir. Sözleşmenin hukukî niteliği, diş hekimin hastasına gerçekleştireceği tıbbî müdahaleye göre farklılık arz etmektedir. Gerçekten de diş hekimleri hastalarının ağız boşluğunda gerçekleştirecekleri tıbbi mü-

---

Zahnarztes, Zürich, 1982, 13vd; **Oexmann, Burkhard/Georg, Axel**; Die zivilrechtliche Haftung des Zahnarztes, Hamm 1989, 4 vd; **Giesen, Dieter**; Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995, Dpn. 3.

<sup>14</sup> **Schroeder**, 18.

<sup>15</sup> **Schroeder**, 13; **Katzenmeier, Christian**; Arzthaftung, 79-80; BGE 64 II 250.



dahaleye göre sözleşme hükümlerine tabi olacaklardır. Diş hekiminin hastasına şikayeti olan durumun giderileceğini belirtmesi durumunda, taraflar arasında oluşacak sözleşmenin niteliği vekâlet iken, belli bir sonucun mutlaka gerçekleştirileceğini konu alan sözleşmelerin hukukî niteliği istisna sözleşmesi şeklinde gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bunlara ek olarak eğer diş hekimi hastasını rızası yokken ancak sırf onun yararına bir tıbbi müdahalede bulunursa, bu durumda da vekâletsiz iş görme söz konusu olur.

## **B. DIŞ HEKİMİ İLE HASTA ARASINDAKİ SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Diş hekiminin hastası ile yaptığı sözleşme diğer hekim hasta arasındaki sözleşmelerden farklı olmayıp vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir<sup>16</sup>. Hekim, sözleşme gereği hastasının dişlerini tedavi etmeyi ve dişleriyle ilgili şikâyetlerini ortadan kaldırmayı üstlenir. Hasta ise, diş hekiminin bu edimlerine karşı belli bir bedel vermeyi üstlenir. Diş hekimi ile hasta arasında ortaya çıkan ilişkide hekim, insan vücudunun önceden hesaplanamayan tepkilerini ve karmaşık yapısı karşısında kendi mesleğinin gereği olan edimini yerine getirmektedir. Bundan dolayı diş hekimi ile hastası arasındaki sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır<sup>17</sup>. Alman hukukunda Türk- İsviçre Hukukundan farklı olarak, diş hekimi ile hastası arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olarak görülmektedir<sup>18</sup>. Bu durumun sebebi ise, Alman Hukukunda Vekâlet sözleşmesinin karşılıksız olmasıdır. Vekalet sözleşmesi daha çok diş hekiminin koruyucu tedbirler olarak hastanın dişlerine protez dışında gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahaleyi içine almaktadır. Burada diş

---

<sup>16</sup> **Demircan**, 30; “Hasta ile doktorun meslek ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır...” (Y. 13. HD. T. 04.03.1994, E. 1994/8537, K. 1994/2138) naklen, **Özkaya, Eraslan**; Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997, 408 vd.

<sup>17</sup> **Schroder**, 21; **Ott**; 23 vd; **Loeffler, W**; Die Haftung des Arztes aus aertzlicher Behandlung, Aarau, 1945, 5 vd; **Grieder, T**; Zahnarzt- Recht und Risiko ein praxisbezogener Beitrag zur Haftung des Zahnarztes, Have 2006, 209-210; **Fellmann, W**; Berner Kommentar, VI/2/4, Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 398 PN. 379; **Deutsch/Spickhoff**, 177, PN. 281; **Demircan**; 25vd.

<sup>18</sup> **Schinnenburg, Wieland**; Besonderheiten des Arzthaftungsrechtes bei zahnaerztlicher Behandlung, MedR 2000, 185-189 (185); **Ziegner, Catharina von**; Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung unter besonderer Abwaegung des anzusetzenden Haftungsstandards, Berlin 2006, 15.

hekiminin herhangi bir sonuç üstlenmesi söz konusu değildir<sup>19</sup>. Diş hekimi yapmış olduğu sözleşmede herhangi bir tıbbi başarıyı üstlenmemekte, bilakis geçerlikte olan tıp biliminin kabul edilmiş standarda uygun olarak hastasını tedavi etmeyi üstlenmektedir<sup>20</sup>.

Diş hekimi vekâlet sözleşmesi gereği, her zaman sözleşmeden çekilebilir, hastayı reddedebilir. Aynı şekilde hasta da her an diş hekimini bırakabilir. Ancak burada ancak TMK m. 2/II kuralı geçerli olacaktır. Her iki taraf da uygun olmayan dönemde sözleşmeden cayamaz. Diş hekimleri aynı şekilde hastası ile sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde, belli bir sonucun üstlenilmesini de kararlaştırabilirler. Hekim hastasının isteği üzerine diş protezlerinin yapımı veya diğer cerrahi müdahalelerin sonuçlarını üstlenebilir. Eğer taraflar arasında yapılacak sözleşme bu tür bir içeriğe sahip olursa taraflar arasındaki ilişkiye istisna sözleşmesinin kuralları uygulanır<sup>21</sup>. Alman Hukukunda da, diş hekimlerinin sadece diş protezlerinin imalini borçlandıklarında istisna hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Sözleşmede, diş hekimi belli bir sonucu üstlenmektedir. Türk Yargıtayı da diş hekiminin bir sonucu üstlendiği sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Schinnenburg, 185; Oexmann/Georg, 4 PN. 9; Könnig, A; Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, in: VersR 1989, 223 vd.

<sup>20</sup> Schröder, 11.

<sup>21</sup> Schroder, 21; Schinnenburg, 185; Deutsch/Spickhoff, 177, PN. 281; Grieder, 209-210; Demircan; 47 vd; Jakobs, H-H; Die zahnaerztliche Heilbehandlung als Werkleistung, NJW 1975, 1437; Roesch, H; Zur Rechtsnatur des Zahnarztvertrages, VersR 1979, 12; Schröder, 12; Oexmann/Georg; 5; “Dava konusu olayda, tedavi dışında, protez, implant, seramik kron gibi eser sözleşmesi kapsamına giren imalatlar da yapılmıştır, 15. HD. E. 2009/5712, K. 2009/6219, T: 16.11.2011, naklen Kazancı Otomasyon); “Dava BK. M. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesidir. Bu sözleşme taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme ajdidir. Davacı yüklenici eseri fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye ve amaca uygun olarak imal edip davalı iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de bedeli ödemekle yükümlüdürler.” (Y. 15. HD. E. 2010/6801, K. 2010/7351, T. 28.06.2010) (Karar Yayınlanmamıştır); Y. 15. HD. E. 2010/5327, K. 2010/6334, T. 20.04.2010)

<sup>22</sup> RGZ 95 322, D. 11. 04. 1919; “Alman Yüksek Mahkemesi, hastaya yapay diş teslimini üstlenen dişçinin yükümlülüğünün istisna sözleşmesi hükümlerine göre belirleneceğine karar vermiştir”; OLG Karlsruhe NJW 1967, 1512; LG Hannover NJW 1980, 1340; LG Frankfurt NJW 1982, 2610; BGH MDR 1975, 310; OLG Hamm v. 09.02.1983-3 U 215/82; Ziegner, 17.

<sup>23</sup> Y. 15. HD. E. 2004/3331, K. 2005/698, T. 14.02.2005; “...Davacının iddia ettiği gibi, yanlar arasındaki akdi ilişkinin alt ve üst çene protezlerinin ve tedavilerinin tümünü kap-

İsviçre doktrini önceleri diş hekimlerinin belli bir sonuç üstlendiği durumları eser sözleşmesi olarak nitelendirirken<sup>24</sup>, Federal Mahkeme, daha sonra vermiş olduğu bir kararıyla diş hekimlerinin yapmış oldukları bütün işlemleri vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir<sup>25</sup>. Bu kararda vurgulanan nokta, hekimin protez, köprü ve kron kaplama yapımını üstlenmesi durumlarında, öne çıkan edimin hastanın çiğneme fonksiyonunu iyileştirmek olduğudur. Ayrıca bu amacı gerçekleştirmek için üretilen bir eser, tedavinin başarılı olmasının bir sonucudur. Yani ortaya konulan eser, bir sonuç olmayıp sonuçta götüren bir araçtır. Bundan dolayı, diş hekiminin bu içerikte yaptığı sözleşmeler vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmalıdır<sup>26</sup>. İsviçre doktrini bir adım daha ileri giderek, burada eski dönemlerde olduğu gibi bir el işçiliği gerektiren diş protezi üretimi söz konusu olmadığını, bu tür protezlerin, sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirildiğinde, laboratuvar ortamında tekrar üretilebilir hatta düzeltilebilir niteliğe sahip oldukları aşıkardır. Ayrıca diş hekimliği uygulamalarında, hastanın iyileşebilmesi için sadece teknik uygulamaların yetmeyeceği görülmektedir. Bunun yanı sıra hastanın tedaviye vereceği biyolojik cevabı da gözden kaçırılmamalıdır. Diş hekimi her ne kadar iyi bir şekilde hasta için bir protez veya implant tedavisi uygularsa uygulasin hastanın organizması uygulanan bu tedaviyi kabul etmeyebilir. Bundan dolayıdır ki, diş hekimi hastasına karşı uygulanacak tedavinin sonuçlarını garanti edemez. Çünkü diş hekimliği bilim dalı buna imkân vermez<sup>27</sup>. Hekimin sözleşmede hastasına belli bir sonuç vaat etmesi sözleşmenin niteliğini eser sözleşmesi kılmaz. Sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak kalmakta devam eder.

Yukarıda anlatılanların yanı sıra diş hekimleri hastaları ile aralarında yaptıkları sözleşmede hekim hem hastanın dişlerini tedavi edecek hem de diş protezi yapmayı borçlandığı durumlarda hekim edimi uygulayacağı tedavi açısından hem vekalet sözleşmesi hem de gerçekleşecek olan protez açısın-

---

samaktadır...Yanlar arasında gerçekleştiği ileri sürülen temel hukuki ilişki, Borçlar Yasasının 355. maddesinde tanımlandığı üzere niteliğince bir “eser” sözleşmesidir”.

24 BGE 45 II 215.

25 BGE 110 II 375.

26 **Kuhn**, 21 vd; **Keller, Alfred**, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. I, 6. A., Bern 2002, 462;

27 **Gauch, Peter**; *Der Werkvertrag*, Zürich 1996, 13, PN. 43vd; “...Dişin takımını üstlenen cerrah, protezin yanlış takımından sorumlu olduğu iddia edilmektedir. Ancak, cerrah hastanın vücuduna uygulanan bu tedavinin sonucunu garanti edemez”(BGE 105 II 284 vd).

dan ise eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu tür sözleşmeler karışık sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir<sup>28</sup>. Bunlara uygulanacak hukuk hangi sözleşme öğelerinin öne çıktığına bağlı bulunmaktadır. Almanya’da da bu tür her iki sözleşme öğelerini taşıyan ilişkilerde, problemin hangi edimde gerçekleştiği olgusuna göre kararlar verilmiştir. Örneğin, diş protezi yapımının üstlenildiği bir sözleşmede protezlerin imalinde bir hata olduğundan diş hekimi eser sözleşmesine göre sorumlu tutulmuştur<sup>29</sup>. Mahkemenin görüşüne göre, protezin üretilmesi tedavi edici bir unsur değil, bilakis bir eserin ortaya konulmasıdır.

Diş hekimi ile yapılan sözleşme gereği protezin yapılması ve teknik olarak imal edilmesi eser sözleşmesine, fakat hastaya protezin uydurulması tıbbi tedavinin bir kısmı olduğu için vekâlet sözleşmesine göre düzenlenir. Burada dişler için köprü dolgu veya protez yapılmasında diş hekiminin teknik imalatı da bulunmakla birlikte, durum tümüyle göz önüne alındığında temelde öncelikle dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma yapıldığı ağırlık kazanmaktadır.

Kanaatimizce, diş hekimiyle yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği için vekâlet sözleşmesinden ayrılmaya gerek yoktur. Çünkü protez veya dolgu yapımında bir eser imali olmasına karşın, protezin yapımı ile hedeflenen asıl amaç dişin tedavisidir. Asıl amacı gerçekleştirecek olan esas edim ise teşhis ve tedavi edimidir. Teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olduğundan, taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır<sup>30</sup>.

---

28 Schroder, 28.

29 BGH NJW 1975, 305 (306 ff); Roesch, 12.

30 Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, 81; “...Davacı, burnundan rahat nefes alamadığı için muayene olduğu doktor olan davalımın önerisi ile 09.11.1995 tarihinde davalı tarafından ameliyat edildiğini, davalımın ameliyat sırasında iğne ucunu burnunda bıraktığını belirtmiştir. ...Taraflar arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir...” (Y. 13. HD. T. 09.05.2000, E. 8590/K. 9569 yayınlanmamıştır).

## V. DIŞ HEKİMİNİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

### A. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşmenin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olmasından dolayı, diş hekimin sözleşme gereği sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle hasta ile arasında geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir vekâlet sözleşmesinin bulunması gerekir. Zarar, sözleşmenin ihlali, uygun illiyet bağı ve kusur sözleşmeden doğan sorumluluk için gereklidir.

### B. SÖZLEŞMENİN VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ

Diş hekimi ile hastası arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Buradaki vekâlet sözleşmesinin özelliği, maddi fiillere ilişkin olmasıdır. Burada, vekil (hekim) müvekkili için hukuki muameleler ve benzeri işler yaparak haklar kazanması ve borçlar yüklenmesi söz konusu değildir. Kanunda öngörülmemiş her çeşit maddi fiillerin yapılması bu çeşit vekâletin içeriğine dâhildir<sup>31</sup>. Örneğin, hekimin hastasını tedavi etmesi gibi<sup>32</sup>.

Diş hekiminin yapacağı teşhis ve tedavi sözleşmesi, genel hükümlere tabidir. Yani, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarıyla sözleşme kurulmuş olur. İrade açıklaması açık veya kapalı olabilir (TBK.m.1/I-II). Diş hekimi ve hasta veya kanuni temsilci arasındaki sözleşme açık irade beyanıyla kurulabileceği gibi zımnî irade beyanı ile de kurulabilir. Sözleşmenin kurulabilmesi için irade beyanlarının belli bir şekilde olmasına gerek yoktur. Çünkü sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi geçerlidir<sup>33</sup>. Diş hekiminin hastasını koltuğa oturtup ne tür bir şikâyeti olduğunu sormasıyla, ağrı olan ilgili kısmın tedavisine başlanması ile sözleşme kurulur<sup>34</sup>. Taraflar arasındaki sözleşme somut hareketlerle kurulabilmektedir.

---

<sup>31</sup> **Yavuz, Cevdet;** Türk Borçlar Özel Hükümler, İstanbul 2007, 609; **Tandoğan, Haluk;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, 359-360.

<sup>32</sup> **Erman, Hasan;** Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 143.

<sup>33</sup> **Ott,** 25; **Schroder,** 29;

<sup>34</sup> **Richard, E.;** Zwischenfaelle in der zahnaerztlichen Praxis und ihre zivilrechtlichen Konsequenzen, Berlin, 1968, 60.

Tarafların ehliyeti konusunda da genel esaslar uygulanır. Dolayısıyla, tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler teşhis ve tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilirler. Teşhis ve tedavi sözleşmesi Medeni Kanununun 16. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasında yasal temsilcinin rızasının gerekli olmadığı düzenlemesine girdiği için, sınırlı ehliyetsizler de teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilirler<sup>35</sup>. Bunun yanı sıra ikinci bir görüş de, özellikle sınırlı ehliyetsiz durumundaki kişinin korunması için, kanuni temsilci tarafından yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bunun gerekçesi olarak da TŞSTDK'nun 70. maddesinin “veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı takdirde rıza şart değildir” düzenlemesi dayanak gösterilmiştir<sup>36-37</sup>.

Tam ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip bulunmayan kişilerdir. Bu kişilerin fiil ve dolayısıyla hukuki işlem ehliyetleri yoktur. Tek başlarına herhangi bir hukuki işlem yapmaları mümkün olmadığı gibi, istisnalar dışında TBK. m. 65 hukuka aykırı fiilleriyle verdikleri zararlardan da sorumlu değildirler. Bu nedenle taraflarından birini tam ehliyetsizin oluşturduğu teşhis ve tedavi sözleşmesinde sözleşme kanuni temsilci tarafından yapılmalıdır<sup>38</sup>.

Diş hekimi ve hastası arasındaki sözleşme TBK m. 6'da yer verilen zımnî kabulde de kurulabilir. Aynı şekilde taraflar arasında oluşacak sözleşmeye vekâlet hükümleri uygulanacağı için vekâlet sözleşmesinde zımnî kabul özel olarak düzenlenmiştir. Burada genel ve özel iki kural yarışmaktadır. Bundan dolayı daha özel olan Vekâlet sözleşmesinde düzenlenen m. 503 uygulama alanı bulur. Buna göre, “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Maddede yapılan icabın, derhal reddedilmediği takdirde kabul edilmiş sayılacağı yolunda kesin bir karine ifade edilmektedir. Bu nedenle, bu karinenin, icabın

---

35 **Zevkliler, Aydın;** Medeni Hukuk, 6. B, Ankara 2000, 278.

36 **Zevkliler,** 278-279.

37 TŞSTDK'nun 70. maddesine göre "Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya hacir altına alınmış ise veli veya vasisinin evveliminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunamadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)".

38 **Künzler,** 74-75

derhal reddedilmediği durumlarda, susmanın kabul niteliğinden ileri gelmediğini ispat etmek suretiyle çürütülmesi mümkün değildir<sup>39</sup>.

Söz konusu karine "İşin görülmesi resmi sıfatı veya mesleğinin icabı olanlar" hakkında öngörülmüştür. Bu tür meslek sahiplerinin icabı derhal reddetmedikçe vekâlet sözleşmenin kabul edilmiş sayılması, hizmetlerini kamuya arz etmelerinin ve ruhsatları dolayısıyla faaliyet gösterdikleri alanda bir çeşit tekel sahibi olmalarının sonucudur<sup>40</sup>. Özel olarak çalışan diş hekimleri de meslekî faaliyetlerini devletten aldıkları ruhsata dayanarak icra etmekte olup, aynı zamanda, hastalara karşı vekâlet sözleşme ile üstlenmiş oldukları işler, mesleklerinin icaplarındandır. Bu nedenle zımnî kabulü düzenleyen TBK. 503. madde hükmü özel sağlık kurum ve kuruluşları hakkında da uygulama alanı bulur. Diş hekimliği sözleşmesinin zımnî kabulü kurulması hasta açısından da mümkündür<sup>41</sup>.

### **C. DİŞ HEKİMİNİN HASTANIN TEŞHİS VE TEDAVİSİNİ GERÇEKLEŞTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Diş hekimleri, kendileriyle teşhis ve tedavi sözleşmesi yapan hastanın tıbbî teşhis ve tedavisini gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Tıbbî teşhis ve tedavi, hastanın, iyileşmesi en azından ızdırıplarının asgari hadde indirilmesi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmayı kapsar. Hastanın tıbbî teşhis ve tedavisi, hastanın kesinlikle iyileştirilmesi anlamına gelmez. Burada özel sağlık kurum ve kuruluşunun herhangi bir sonuç borcu yoktur. Hastanın iyileşmesi için çaba sarf etmek en temel amacı oluşturur.

Diş hekimi, hastanın tedavisine geçmeden önce gerekli teşhisi koymak mecburiyetindedir<sup>42</sup>. Teşhis, en isabetli tedavi yönteminin seçilip uygulanabilmesinin ön şartıdır. Teşhis konulmadan tedavi yönteminin belirlenmesi mümkün değildir. Teşhisin doğru bir şekilde konulması, uygulanacak tedavi yöntemi buna göre belirleneceği için, tedavinin başarısı ya da başarısızlığı

---

<sup>39</sup> Tandoğan, C. II, 387; Aşçıoğlu, 37; Tuhr, C. I-II, 157-158.

<sup>40</sup> Tandoğan, C. II, 389; Aşçıoğlu, 37-38.

<sup>41</sup> Tandoğan, C. II, 389-390; Bayraktar, 140.

<sup>42</sup> İleri, 333; Güreli, 279; Büyüksağış, Erdem, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", AÜHFD. C. 54, S. 4, (119-148), 122.

üzerinde son derece etkilidir<sup>43</sup>. Hekimin teşhis koyarken uyabileceği kesin kurallar bulunmamaktadır<sup>44</sup>. Öncelikle hastadan hastalığın tam bir geçmişini elde etmelidir<sup>45</sup>. Daha sonra hastanın muayenesi yapılır. Muayene yapılırken hastayı daha önce muayene etmiş hekimlerin konsültasyonundan da yararlanılabilir. Son olarak da, hastalığın çıkış sebebi üzerine hasta ile istişare yapılmalıdır. Hekim, hastadan röntgen filmleri ve laboratuvar tetkikleri isteyebilir<sup>46</sup>. Bütün bunları yaparken tıp bilimi ve uygulama hekime yol gösterir.

Hastanın muayenesi ve gerekli tetkikler sonucu dış hekimi kendi şahsi tecrübelerinden de yararlanarak hastaya teşhisini koyar. Bu fiille hastalığın ne olduğu anlaşılır. Söz konusu hastalığa göre de en uygun tedavi yöntemi belirlenir. En uygun tedavi yönteminden kasıt, "hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntem"dir. Doktrinde<sup>47</sup> "en emniyetli yol prensibi"nden söz edilmektedir. Dolayısıyla hekim aynı başarıyı daha az riskle temin etmeye elverişli tanınmış bir yöntem mevcut iken, daha fazla riskli olan yeni bir yöntemi seçemez<sup>48</sup>.

Dış hekimi, seçmiş olduğu tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür<sup>49</sup>. Taraflar arasındaki güven ilişkisi, tedavinin hekim tarafından bizzat yürütülmesini gerekli kılmaktadır (TBK. m. 506/I). Hastanın tedavisinin gerekli kıldığı işlemleri baştan sona dış hekimi tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Üçüncü şahıslar hekime tedavide yardımcı olurlar hatta tıbbî tedavinin ifasını da hekim başkalarına bırakabilir<sup>50</sup>.

Dış hekimi, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğü borcunu yerine getirirken, tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işlerin yapılmasını yardımcı kişilere bırakılabilir<sup>51</sup>. Bunlar hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, röntgen filmlerinin çekilmesi, hastanın dişlerinin temizliğidir.

---

43 Köprülü, 589; Ziegner, 48-49; Özgül, 82-83.

44 Ott, 39.

45 Ott, 39.

46 Loeffler, 70,72; Ott, 39.

47 Ott, 41.

48 Bkz. 13. HD 04.03.1994 T, 8557 E, 2138 K, Uygur, C. II, s. 1371-1372.

49 Reisoğlu, 13.

50 Sarıal, 54.

51 Sarıal, 54.



Hekim bu fiilleri bizzat ifa etmekle yükümlü olmadığı için söz konusu fiiller, yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (TBK. m. 83) işlemlerdendir<sup>52</sup>. Dolayısıyla hekim ile birlikte teşhis ve tedavi fiiline katılan hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı ve hijyen hemşiresi gibi kimseler yardımcı kişi sayılırlar<sup>53</sup>.

Diş hekimi yanında çalıştırdığı hemşire, hasta bakıcı, laborant gibi yardımcı şahsın fiillerinden Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulur<sup>54</sup>. Ancak bunun için yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı şahsın eylemi arasında illiyet bağının bulunması şarttır. Hekim istihdam edenin sorumluluğundan farklı olarak (TBK. m. 66), işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Burada, yardımcı kişi sorumlu değildir. Borçlunun sorumluluğunun temeli, farazi kusura dayanır<sup>55</sup>. Yardımcı kişinin zarar verici davranışında bizzat borçlu bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak ise, borçlunun farazi kusuru gerçekleşmiş olur. Buna karşılık borçlu, yardımcı kişinin davranışında bulursa idi, bu onun için de kusurlu bir davranış sayılmazsa, borçlu bu durumu ispat ederek sorumluluktan kurtulur<sup>56</sup>. Hasta, diş hekiminin muayenehanesinde veya hastanesinde çalışan diğer personeli (TBK.m.49) sorumlu tutabilir; çünkü hasta ile personel arasında herhangi bir sözleşme yoktur.

Diş hekimi, hastası ile arasında yapılan sözleşme gereği, hastasının kural olarak tıbbi teşhis ve tedavisini bizzat gerçekleştirmek zorundadır. Ancak, hekim, bazı hallerde yerine başkasını getirebilir; yani, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu tıbbî teşhis ve tedavi borcunu, denetimi söz konusu olmaksızın üçüncü bir şahsa aktarır. Bu duruma ikame adı verilmektedir<sup>57</sup>.

---

52 **Ott**, 67; **Reisoğlu**, 15; **Sarıal**, 54.

53 **Ott**, 66; **Reisoğlu**, 15.

54 **Ott**, 66.

55 **Reisoğlu**, 15; **Köprülü**, 601; **Erzurumluoğlu**, 202.

56 **Belgesay**, (**Mesuliyet**), 78, 139; **Eren**, C. II.,1070.

57 **Ott**, 68; **Yavuz**, 644.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi iki değişik şekilde ortaya çıkabilir<sup>58</sup>. Birincisinde, hekim, hastayı teşhis ve tedavi etme borcunu kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka bir hekime bırakırsa, böyle bir durumda "alt vekâlet"ten söz edilir. Alt vekâlette hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesi devam eder. Bu arada, teşhis ve tedavi edimi kendisine bırakılan hekimle hasta arasında, herhangi bir sözleşme yoktur. Sadece birinci hekimle, onun tevkil ettiği hekim arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. İkincisinde ise, hekim hastası adına yapmış olduğu bir sözleşmeyle teşhis ve tedavi borcunu diğer bir hekime bırakır. Burada ikame vekâlet söz konusu olur. Hasta ile yeni hekim arasında bir sözleşme kurulmuş olur. Aksi kararlaştırılmadıkça birinci hekimin sorumluluğu devam eder<sup>59</sup>.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu bunun caiz olup olmamasına göre değişir. Borçlar Kanununun 506/1'e göre, caiz ikame üç halde mümkündür. Bunlardan birincisi, hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesidir. Muvafakat açık veya örtülü olabilir<sup>60</sup>. İkincisi örfün hekimi yetkili kılmasıdır. Örneğin, muayenehanede çalışan ve dış tedavisini üstlenen hekimin tatile gitmesi durumunda diğer bir dış doktoruna bırakması, gibi durumlarda örfün hekimi yetkili kıldığı kabul edilmektedir. Dış hekiminin kendi yerine bir başkasını koyması halinin üçüncüsü ise, şartların onu zorlamasıdır. Mantıklı bir sebep, hekimin edimini şahsen ifa etmesini engellemekte ve tedavinin ertelenmesi ise hasta için önemli bir zarar tehlikesini taşımaktadır<sup>61</sup>. Burada hekimin kendi yerine başkasını koymada bir zaruret hali bulunmaktadır. Örneğin, aniden rahatsızlaşan bir dış hekiminin yerine geçen diğer bir meslektaşının ameliyatı sürdürmesinde durum böyledir<sup>62</sup>. İkamenin caiz olduğu durumlarda dış hekim, sadece "yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede sadakatli özenli hareket etme" bakımından sorumludur (TBK.m.506/II)<sup>63</sup>. Buna karşılık,

---

58 Ayan, 69.

59 Tandoğan, C. II, 462; Sarıal, 51.

60 Loeffler, 109.

61 Sarıal, 53.

62 Reisoğlu, 13.

63 Ott, 69; Sarıal, 51.

yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmak ve denetlemekle yükümlü değildir<sup>64</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 506/I'de düzenlenmiş olan ve yukarıda ele aldığımız şartlardan herhangi biri mevcut değilse, artık caiz olmayan ikame var demektir. Caiz olmayan ikamede ise, asıl diş hekiminin yerine geçen kişinin eyleminden "sanki kendisi yapmış gibi" sorumlu olur (TBK. m. 507/I)<sup>65</sup>. Gerek caiz gerekse caiz olmayan alt vekâlette, hasta, birinci hekime karşı sahip bulunduğu bütün hakları doğrudan doğruya ikincisine karşı ileri sürebilir (TBK. m. 507/III). İkame vekâlette ise, tevkil edilen hekim ile hasta arasında ayrı bir vekâlet ilişkisi kurulmuş olduğundan, Borçlar Kanununun 507/III'ün uygulanmasına gerek yoktur<sup>66</sup>. Diş hekimleri ile hastalar arasında yapılan sözleşmede, ikame vekâletin caiz olup olmaması, tarafların yaptıkları sözleşmenin içeriğine göre belirlenir. Eğer hasta, diş hekimi ile sözleşme yapmada hekimin şahsını önemseyerek sözleşme yapmışsa, hekim olağanüstü durumların dışında (ölüm, hastalık vb.) tıbbî müdahaleyi bizzat yapmakla yükümlüdür.

## D. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hastası arasında yapılan sözleşme güven ilişkisine dayanmaktadır. Aydınlatma yükümü<sup>67</sup>, taraflar arasında güven ilişkisinin mevcut

---

64 Tandoğan, 466; Sarıal, 51.

65 Ott, 69.

66 Tandoğan, C. II, 468-469.

67 Çilingiroğlu'na göre aydınlatma, hekim açısından dar anlamda bir hukuki ödev veya yükümlülük değil, aslında bir hukuki külfettir. Kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ve ödevlerini yerine getirmeyen kimse haklarını kısmen ya da tamamen kaybediyorsa yani kendi yararına olması muhtemel avantajlı bir hukuki durumu elde edemiyorsa ortada bir külfetin varlığından söz edilecektir (Çilingiroğlu, 58, dpn. 152); Erman'da aydınlatmanın özellikle ceza hukuku bakımından bir yüküm değil bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi görüşündedir (Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, 101); Başpınar'a göre aydınlatma bir yükümlülük olarak kabul edildiğinde karşılaşılabilecek müeyyide de bir farklılık olacak, ihlal eden hekim tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Yazar organ nakli açısından aydınlatmanın bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir (Başpınar, Veyssel; "Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları" I. Uluslar arası Tıp Etiği Kongresi Bildiri Kitabı İstanbul 2007, 194)

olduğu ilişkilerde daha da ön plana çıkar<sup>68</sup>. Hekimin hasta üzerindeki, her önlemi, hastanın da onayını katılımını gerektirir<sup>69</sup>. Diş hekimi bizzat hastayı veya kanuni temsilcisini (veli veya vasi), uygulanacak teşhis ve tedavi konusunda aydınlatmak zorundadır. Bu aydınlatma faaliyeti neticesinde, hasta veya kanuni temsilci, uygulanacak tıbbî teşhis ve tedaviye rıza gösterebileceği gibi göstermeyebilir de. Hekim veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ancak bu rızayı aldıktan sonra teşhis ve tedavi edimini yerine getirebilir. Bu nedenle, hekimin tıbbî teşhis ve tedaviye geçmeden önce hastayı veya kanuni temsilcisine aydınlatması, tıbbî olduğu kadar hukuki bir ödev ve yükümlülüktür.

## 2. AYDINLATMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

Aydınlatma konusu, diş hekiminin hastasına uygulayacağı müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir durumdur<sup>70</sup>. Aydınlatma yükümü, temellerini Anayasadan alır. Öyle ki, Anayasamızın 17. maddesine göre, kişinin vücudu üzerinde rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulamaz. Bu sebeple, rıza çok önemli bir koşuldur. Hastanın kendisine uygulanacak müdahalelere rıza verebilmesi için onun yeterli düzeyde aydınlatılması gerekir. Anayasanın 17. maddesinin yanı sıra, kişilik hakkını koruma amacına yönelik Medeni Kanun'un 23 ve 24. maddelerinin de hukuki dayanak olarak kabul edilebilir<sup>71</sup>. Anayasa ve Medeni Kanundan başka hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü düzenlendiği özel hükümler de mevcuttur. TŞSTİDK'nun 70. maddesine göre, "bütün tıbbî müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir"<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın ve Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, 143.

<sup>69</sup> Deutsch, E/Spickhoff, A; Medizinrecht, 5. Auflage, 2003, 62.

<sup>70</sup> "Die Wiegand, Wolfgang; Aufklaerunspflicht", in. Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 151; BGE 117 Ib 197ff.

<sup>71</sup> Özsunay, 35; Ayan, 73; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Ankara 2010, 99.

<sup>72</sup> Atabek /Sezen'e göre; yasa koyucu, 1219 sayılı Kanunla büyük ameliyatlar için yazılı izin şartını getirirken "malumat verme külfetini zımnen hekime tahmil etmiş bulunmaktadır" (Bkz. Atabek /Sezen, 150); Yılmaz, Battal; Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 169; Çakmut, Özlem Yenerer, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, in: Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, 16-17 Ocak Mersin Barosu, 2009, 3; Doğan, Cahid, Hastanın Aydınlatılması

Aydınlatma borcu açısından, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinde genel bir hüküm mevcuttur. Söz konusu Nizamnamenin 14/II'e göre "*Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır*" düzenlemesinde de, hastanın aydınlatılmış rızası aranmaktadır<sup>73</sup>.

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra, Dünya Tıp Birliğinin (DTB) Lizbon'da 1981 yılında kabul ettiği altı maddeden oluşan bildirin üçüncü maddesinde de hastanın "*Uygun ve yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra tedaviyi ret veya kabul hakkı*" olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Bu bildiriye paralel olarak ülkemizde düzenlenen "Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, hasta, kendisine uygulanacak tıbbî işlemler ile bunların muhtemel sonuçları üzerinde bilgi isteme hakkına sahiptir<sup>74</sup>.

Diş hekimi ve hasta arasında gerçekleşen sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak<sup>75</sup> aydınlatma, diş hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbî teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir<sup>76</sup>. Çünkü sadece yeterince bilgi sahibi yapılan

---

ve Rızanın Alınması, in: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, 126; **Oral, Tuğçe**; Hekimin Aydınlatması ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, Ankara Barosu Dergisi, 2011/II, 188.; **Dural, Mustafa**; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in: Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 24-25 Nisan 2008, 256; **Kuhn, Moritz**; "Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient" in: Handbuch des Arztrechts, Hrsg. Heinrich Honsell, Zürich 1994, 27;

<sup>73</sup> **Özsunay**, 34.

<sup>74</sup> "Hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir" (HHY. m. 15/I); **Kıcalıoğlu, Mustafa**; Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, 99.

<sup>75</sup> **Sarıal**, 55,56; **Ott**; 30-34; Türk ve Alman Hukukunda sözleşmede diğer davranış yükümleri olarak da anılan yan yükümlülükler arasında yer almaktadır ( **Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998**, 46).; Eren, aydınlatma yükümlülüğünü ifaya yardımcı yan yükümler arasında saymıştır (**Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 38); Buna karşın, Kılıçoğlu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yardımcı yükümlerden koruma yükümlerine dahil etmektedir (**Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası Ankara**, 28).

<sup>76</sup> **Köprülü**, 594; BGH VersR 1994, 682: "Dayanılmaz diş ağrılarından dolayı diş hekimine başvuran hastaya hekim, daha evvel birçok kez tıbbî müdahale edilen beyaz dişin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dişin çekiminden sonra hastanın sinirleri zarar gördüğünden

hasta, önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilir<sup>77</sup>. Olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeden tıbbî teşhis ve tedaviye muvafakat eden hastanın veya kanuni temsilcinin kendi serbest iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Hasta veya kanuni temsilci tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için mutlaka tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır<sup>78</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmesi bakımından hasta veya kanuni temsilciye, tıbbî bulgular ve teşhis hakkında açıklayıcı bilgilerin verilmesi gerekir<sup>79</sup>. Hasta yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna, yani muayene sonucu elde edilen bulguların açıklanmasına "teşhis aydınlatması" adı verilmektedir<sup>80</sup>. İkinci olarak, hastaya, tedavi ile müdahalenin türü ve içeriği; muayene sonucu tespit edilen hastalığın tedavi edilemediğinde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır<sup>81</sup>. Buna da "süreç aydınlatılması" adı verilir. Bu aydınlatmanın amacı, hastanın daha sonra uygulanacak tedaviye razı olmasını sağlamaktır<sup>82</sup>. Hastaya veya kanuni temsilcisine ayrıca, tıbbî müdahalenin beraberinde getirebileceği tehlikeler hakkında da bilgi verilmesi gerekir. Bu tehlikelerin yanında hasta-

---

ağrılar oluşmuş ve dirençli bir Osteomyelitis görmüştür. Olay yüksek mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, diş hekiminin hastasını beyaz diş çekiminin tehlikesini ve rizikolarını ve diğer diş hekimliğine ait alternatif tedavi yöntemleri hakkında hastasını aydınlatmak zorundaydı. Aydınlatma burada evleviyetle gerekli idi. Çünkü diş çekiminin alternatifleri hastaya verilmemişti. Hastaya uygulanacak müdahale çok aciliyet gerektirse bile yine de hasta kendi kaderini belirleme ilkesi gereği, şahsına uygulanacak müdahaleye bizzat kendisi karar vermelidir”

77 **Bayraktar**, 124-125.

78 "... Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza, hukuken değerli olan rızadır” (Y. 4HD. 7.3.77. T, E.6297/K. 2541); LG Trier 1992, 580: Diş hekimi hastasına oluşabilecek sinirlerin zarar görmesini ve önemli bir süre ağrıların devam edeceği hakkında bilgilendirilmelidir. Bu tür yan etkilerin oluşma ihtimali % 1 bile olsa diş hekimi bunu anlatmalıdır.

79 **Deutsch**, 1305.

80 **Deutsch**, 1305; **Roggo**,114; **Ozanoğlu, H.S.**; Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD., C. 52, S.3 (2003) 55vd, 68; **Wiegand**, 156.

81 **Ott**, 133;**Hakeri**, 112; **Petek, Hasan**; Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 2006, ( 177-239), 202; Başpınar (Organ Nakli), 198; **Ziegner**, 88.

82 **Deutsch**, 1305; **Oğuzman**, 83; **Oexmann/Georg**, 21, PN. 54.

ya, uygulanacak tedavinin yan etkileri de bildirilmelidir<sup>83</sup>. Örneğin, yaranın iltihaplanabileceği, bir uzvun yeteneğini kaybedebileceği vb. anlatılmalıdır. Bu aydınlatma türüne de "riziko aydınlatması" adı verilir<sup>84</sup>. Riziko aydınlatması, süreç aydınlatmasıyla birlikte hastanın önemli tehlikeleri taşıyan tıbbî teşhis ve tedaviye razı olmasına yardım eder. Riziko aydınlatması hastanın uygulanacak tıbbî müdahaleye göstereceği rıza için çok önemlidir. Çünkü bu aydınlatma türünde hastaya diş hekimi dişlerine uygulanacak müdahale sonucu ağız boşluğunda veya dişin kendisinde oluşacak sinir rahatsızlıklarını, yapılacak uygulamanın sinüsleri etkileyip etkilemeyeceği durumları açık açık anlatması gerekir<sup>85</sup>. Riziko aydınlatmasında en önemli kısım Implant tedaviler almaktadır. Damakta diş olmayan kısma yerleştirilen suni diş uygulamasında, sinüslerin ve diğer çenede bulunan sinirlerin zarar görmesi olabileceği göz önüne alınarak aydınlatma bu alanlarda daha da ayrıntılı olarak yapılmalıdır<sup>86</sup>.

Yukarıda anlatılanlara ek olarak riziko aydınlatmasında diş hekimi, hastasına kendisine vereceği ilaçlar hakkında da gerekli aydınlatmayı yapmalıdır. Çünkü hastanın uygulanacak ilaçlara alerjisi olabilir. İlaçların mutlaka

---

83 **Deutsch**, 1305.

84 **Deutsch**, 1306; **Oexmann/Georg**, 17; **Ayan**, 72; **Ozanoğlu**, 67; **Çilingiroğlu**, 60; **Özgül**, **Mehmet Emin**; Yeni Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, 199; " ..Davalı yüklenici –diş hekimi- olup işe başlamadan evvel eserde sonradan çıkması muhtemel arızalar konusunda iş sahibini uyarması gerekir..." (Y. 15. HD. E. 2009/6201, K. 2010/6498, T. 30.04.2009), (Karar Yayınlanmamıştır).

85 **Oexmann/Georg**, 17; **Deutsch/Spickhoff**, 179, PN. 286; **Schröder**, 83; LG Bonn VersR 1989, 811: Normal bir surette diş çekiminde sinir dokularının hasar görmesi; VersR 1989, 290: Beyaz dişin çekiminde alt çeneden beyne ulaşan Nervus Alveolaris adlandırılan sinirlerin zarar görmesi; BGH VersR 1994, 682: "Dayanılmaz diş ağrılarından dolayı diş hekimine başvuran hastaya hekim, daha evvel birçok kez tıbbî müdahale edilen beyaz dişin çekilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dişin çekiminden sonra hastanın sinirleri zarar gördüğünden ağrılar oluşmuş ve dirençli bir Osteomyelitis görüşmüştür. Olay yüksek mahkemeye intikal etmiştir. Mahkeme, diş hekiminin hastasını beyaz diş çekiminin tehlikesini ve rizikolarını ve diğer diş hekimliğine ait alternatif tedavi yöntemleri hakkında hastasını aydınlatmak zorundaydı. Aydınlatma burada evleviyetle gerekli idi. Çünkü diş çekiminin alternatifleri hastaya verilmemişti. Hastaya uygulanacak müdahale çok aciliyet gerektirse bile yinede hasta kendi kaderini belirleme ilkesi gereği, şahsına uygulanacak müdahaleye bizzat kendisi karar vermelidir"

86 **Günther**, Zahnarzt-Recht und Risiko, Pn. 1048; **Gabka**, Komplikationen und Fehler bei der zahnaerztlichen Behandlung, 345; **Ziegner**, 91.

özellikleri hastaya veya kanuni temsilcisine anlatılmalıdır<sup>87</sup>. Anesteziye kullanılan ilaçlar ve kullanım tarzı konusunda da aydınlatılma gerçekleşmelidir. Işınli dolgu yaparken hastaya yapılan müdahale olumlu ve olumsuz yönleriyle anlatılmalıdır. Aksi takdirde hastanın yüzünden ışına karşı oluşacak alerji veya deri hastalıklarının oluşumundan diş hekimi sorumludur. Ayrıca, diş hekimi hastasına uygulayacağı amalgam dolgular için de hastaya bilgi vermelidir. Amalgam dolgular içerisinde cıva barındırmasından dolayı sakıncalı görülmektedir. Ancak amalgam dolgular sağlamlıkları ve uzun ömürlü olmalarından dolayı diş hekimleri tarafından tercih edilmektedirler. Kendisine ilk kez amalgam dolgu yapılacak hasta diş hekimi tarafından rizikolarına karşı aydınlatılmalıdır.

Aydınlatma türlerinden bir diğeri ise, fiyat aydınlatmasıdır. Hastaların bağlı oldukları sigorta şirketleri diş hekimi tarafından uygulanacak tıbbi müdahalelerin bazılarını karşılamamaktadır. Bundan dolayı bizzat hekimin uygulanacak müdahalenin ne kadarının sigorta tarafından karşılanacağı ne kadarının da hasta tarafından bizzat karşılanacağı konusunda müdahaleye girilmeden hastaya anlatılmalıdır<sup>88</sup>. Hasta bu açıklamalar sonucu müdahalede bulunulup bulunulmamasını talep edecektir. Hekim verdiği bilgilerin doğruluğu konusunda hastasına karşı sorumludur. Bundan dolayı hastaya bilgi verilirken uygulanacak müdahalelerin devam süreleri ve fiyatları konusunda hastasını doğru bir şekilde aydınlatmalıdır. Ancak hasta daha evvelde aynı diş hekimi tarafından aydınlatılmışsa, bir kez daha aydınlatmaya gerek yoktur<sup>89</sup>.

### 3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Diş hekiminin aydınlatma yükümünün içeriği ve kapsamı, konusunda Türk Hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>90</sup>. Türk Hukukunda bu alanda en genel düzenleme, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesinin 14.

---

87 **Wagner**, Zur Aufklaerungspflicht bei zahnaerztlicher Behandlung, 162-164; **Doğan**,134; **Dural**, 250.

88 **Michalski, L;** (Zahn) Aertzliche Aufklaerungspflicht über die Ersatzfaehigkeit von Heilbehandlungskosten, VersR 1997, 137 (140); **Baden, E,** Wirtschaftliche Aufklaerungspflichten in der Medizin, NJW 1988, 746; **Füllgraf, L,** Zur wirtschaftlichen Aufklaerungspflicht des Arztes, NJW 1984, 2619; **Oexmann/Georg,** 25; **Özgül,** 191.

89 **Deutsch/Spickhoff,** 181, PN. 287.

90 **Ayan,** 75vd; **Çilingiroğlu,** 63-64.



maddesidir<sup>91</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her somut olaya göre belirlenir. Bundan dolayıdır ki yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkabileceği gibi, bazı hallerde de kapsamı daralıp genişleyebilir.

Diş hekiminin aydınlatma yükümünün genişlemesinde etkili olan husus, uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavinin ivediliğidir<sup>92</sup>. Eğer uygulanacak tıbbi teşhis ve tedavi ivedi değilse, aydınlatmanın kapsamı da genişler. Aksi bir durumda aydınlatma yükümünün kapsamı daralır. Kapsamın genişlediği bir diğer hal ise, hastaya uygulanacak teşhis ve tedaviye bağlı olarak tehlikenin büyüklüğüdür. Örneğin, hastanın dişlerinde kist oluşumunda buna ilişkin uygulayacağı tedavi hakkında hastasını diş hekimi geniş bir şekilde aydınlatmalıdır. Ayrıca yeni bir tedavi uygulamak isteyen hekim, bu durumda da ayrıntılı bir şekilde hastayı aydınlatmalıdır<sup>93</sup>.

Aydınlatma yükümü bazı hallerde ise, tamamen ortadan kalkar. Aydınlatmanın ortadan kalktığı hallere bazen hasta sebep olabilir. Örneğin hasta kendisinin aydınlatılmasını istemeyebilir<sup>94</sup>. Bazı haller ise, diş hekimliğinde genel rizikoları bilinen durumlar olduklarından bu tür durumlarında aydınlatılmasına gerek yoktur. Ancak her ne kadar genel tarafından bilinse de, nadir de olsa bazı yan etkileri görülebiliyorsa bu durumlarda aydınlatma olmalıdır. Ancak bu tür genel nitelikteki durumlarda hastanın aydınlatılmasına gerek yoktur<sup>95</sup>. Aydınlatma hasta üzerinde kötü bir tesir bırakıp onun ruhsal bunalıma sokacaksa bu durumlarda da diş hekimi hastayı aydınlatmaz. Bu durumda teşhisi koyup tedaviyi seçme özgürlüğünü içine alan tedavi özekliği

---

91 “Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir. Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir”.

92 Özgül, 212.

93 Deutsch (Zeitpunkt), 1305; Ayan, 77; Schröder, 86; BGH NJW 1971, 1887 (1888); BGH VersR 1979, 720, (721).

94 Ott, 37; Sarial, 59; Schroder, 33.

95 Künell, E, Die Ersatzansprüche beim Vorliegen eines aertzlichen Kunstfehlers, VersR 1980, C. 21 (A), 502; Schroder, 33; BGH MedR 2001, 421 (421).

söz konusudur<sup>96</sup>. Aydınlatmanın gerçekleşmesi hasta veya yakınları için anlamsız hale gelmişse bu durumlarda da aydınlatma yükümü ortadan kalkar<sup>97</sup>. Bazı durumlarda da dış hekimi, hastasına yaşamsal önemi olan ve acilen uygulanması gereken tıbbî müdahaleyi uygulamasıdır. Bu durumlara endikasyon halleri adı verilir. Endikasyon, tıbbî müdahalenin yapılmasının tıbben gerekli olmasıdır. Endikasyon tıbbî olabileceği gibi sosyal veya psikolojik olabilir<sup>98</sup>. Bu hallerde tıbbî müdahaleyi gerekli kılar. Örneğin, tıbben çenesinde herhangi bir problem olmayan bir kişinin sırf estetik kaygıyla çenesini düzelttirmesi durumunda psikolojik endikasyon gerçekleşmiştir.

Aydınlatma yükümünün borçlusunu olarak hekim, hasta ayırt etme gücüne sahip ise, bizzat hastayı; aksi durumlarda ise, onun yasal temsilcilerini muhatap alarak aydınlatmakla yükümlüdür. Dış hekimi, ayırt etme gücü olmayanın kanuni temsilcilerine hastalığın teşhisi ve uygulanacak tedavi konusunda bilgi vermelidir<sup>99</sup>.

#### E. DIŞ HEKİMİNİN SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin bir diğeri de, "Sadakat ve Özen Gösterme Yükümlülüğü"dür. Dış hekimi, hastasıyla yaptığı sözleşme gereği, hastasına sadakat borcu altındadır. Dış Hekimi, teşhis ve tedavi faaliyetinde bulunurken sadakat ve özenle hareket etmek mecburiyetindedir (TBK. m. 506/II)<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> **Figgner, L**, Zahnarzt und Recht II- Die Aufklärungspflicht, in: ZM 1989, 1781vd, 1781.

<sup>97</sup> **Schröder**, 87; **BGH NJW 1972**, 335 (335).

<sup>98</sup> **Ünver, Yener**, Sağlık mensubunun Tıbbî Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Açısından Endikasyonun Etkisi, Sempozyum N. 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 01/06/07, İstanbul 2007, 55-57.

<sup>99</sup> **Günther**, 168, PN. 429; **Oexmann/Georg**, 26; **Schröder**, 90-91; **Schroder**, 35; **Demir, Mehmet**, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD., C. 57, S. 3, 241, (225-252).

<sup>100</sup> Borçlar Kanununun 390. maddesinin ikinci fıkrası, "vekil, müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Ancak, "iyi bir surette ifa" deyiminin, fıkranın almanca aslındaki gibi "sadakat ve özenle ifa" biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (**Tandoğan. C. II**, 407). Son yapılan değişiklikle, TBK'da 506/II "Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür" şekilde değiştirilmiştir.

## 1. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sadakat borcu, diş hekiminin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder. Taahhüt edilen işin müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde görülmesi esasının bir sonucu olan sadakat borcu, aslında bir üst kavramdır. Özellikle TBK'nun 502. vd. maddeleri anlamındaki vekâlet sözleşmesi bakımından "Sır saklama, müvekkilin yeni bir tutum izlemesini gerektirecek olayları kendisine bildirme, hesap verme ve alınan şeyleri iade" gibi diğer bir kısım yükümlülükler sadakat yükümlülüğünden doğarlar<sup>101</sup>.

Sadakat yükümlülüğü borçlusunu olan diş hekimi, sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Teşhis ve tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de gözönünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir<sup>102</sup>. Hayat, beden bütünlüğü, sağlık gibi en üstün kişilik değerleri tasarrufuna bırakıldığı için diş hekiminin menfaati ile hastanın menfaati çatıştığında, kendi çıkarlarından belirli bir ölçüde de olsa fedakârlıkta bulunabilmelidir<sup>103</sup>. Özellikle diş hekimi kendi parasal çıkarını hastanın çıkarından hiç bir zaman üstün tutmamalıdır. Salt tedavi ücretini artırabilmek için hastaya yanlış bilgi verilmesi veya tedavinin gereksiz şekilde uzatılması, sadakat borcunu ihlal eder. Aynı şekilde, amaca elverişli olmadığı bilinen bir teşhis ve tedavi sırf ücret almak için uygulanmamalıdır<sup>104</sup>.

## 2. HEKİMİN ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Diş hekimi, hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken, sadakat yükümlülüğü yanında özenli hareket etmekle de yükümlüdür (TBK. m. 390/II); (TDN. m. 2, 14/I); (HHY. m. 14)<sup>105</sup>.

Diş hekimi ile hasta arasında yapılan Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin hukuki niteliğinin, vekâlet sözleşmesi olması, vekâlet sözleşmesi bakımın-

---

<sup>101</sup> Tandoğan, C. II, 408.

<sup>102</sup> Tandoğan, C. II, 408.

<sup>103</sup> Tandoğan, C. II. 408-409. Zira kendi kişisel menfaatine üstün tutan bir hekim ahlaka aykırı hareket etmiş olur (bkz. Belgesay, (Deontoloji), 205).

<sup>104</sup> Tandoğan C. II., 408. dpn.5.

<sup>105</sup> Atabek, 632; Ertaş, 182; Kaneti, 63; Laufs, 234.

dan özen borcu, "vekilin, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması"dır<sup>106</sup>. Özen borcu, teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan diğer borçlar bakımından genel nitelik taşır. Yani, dış hekimleri, öteki borçlarını da ifa ederken de hep özenli hareket etmek mecburiyetindedirler. Söz konusu dış hekimlerinin göstermekle yükümlü oldukları ihtimamın derecesini, Borçlar Kanununda yapılan son değişikliklerle kanun koyucu, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenden ayrılmıştır. Buna göre, " *Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır* (TBK.m. 506/III). Yapılan bu düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü vekil sıfatıyla çalışan bağımsız bir dış hekimin sorumluluğu, işverenin emir ve talimatı altında çalışan işçinin gösterdiği özen yükümlülüğüne bağlanması bazı problemlere sebep olmaktadır. Yapılan değişikliklerle her meslek grubunda çalışan basiretli bir kişinin ölçü alınması daha hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır. Buradan hareketle dış hekiminin göstermesi gereken özen kendi alanında iş ve hizmet üstlenen bir dış hekiminin göstermesi gereken özendir. Yapılan bu değişikliklerle vekilin özen borcu objektifleştirilmiştir.

Dış hekimi, normal bir dış hekim gibi tedavide arzu edilen amaca ulaşmaya hizmet eden veya elverişli olan dış hekimliğine ait teknik veya doğrudan iyileştirmeye yönelik faaliyetler tıp biliminde kabul görmüş ortak değer oluşturan ilkelerine uygun olarak davranmak zorundadır<sup>107</sup>. İsviçre Federal Mahkeme kararlarında da, dış hekiminin hukuki sorumluluklarına değinilmiş-

<sup>106</sup> **Tandoğan, C. II**, 410; **Başpınar, Veysel**; Hekimin Özen Borcu, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006, 24; **İpekyüz, Yavuz Filiz**; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, 102.; "... Hekim yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur." (**13. HD. 07.02.2005T, 2004/13012E- 2005/1711K.**); **Özgül**, 282.

<sup>107</sup> **Felmann**, Art. 398, 477; BGE 110 II 375 vd.; **Hakeri, Hakan**; Dış Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 22; "...Oysa yukarıda da açıklandığı üzere; yüklenici dış hekimi hastası olan davalının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, davalının durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği tedbirleri noksansız biçimde almak, uygun tedaviyi belirleyip uygulamak zorundadır. Davacının bu yükümlülüğü, iş-eser sahibi davaya olan "özen ve sadakat" borçları gereğidir. ..." (Y. 15. HD: E. 2010/5327, K. 2010/6334, T. 20.04.2010).

tir. Diş hekiminin yaptığı protezin hastanın ağzına uymaması<sup>108</sup>, kron köprü yapımında dolgu maddelerinin az kullanımı sonucu hastanın diş ağrılarının devamı<sup>109</sup> kötü yapılmış protezler<sup>110</sup>, diş çekiminde yeterli tedavinin yapılmamış olması<sup>111</sup> hallerinde diş hekiminin sorumluluğuna gidilmiştir.

## F. DİŞ HEKİMİNİN DOSYALAMA VE SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### 1. DİŞ HEKİMİNİN DOSYALAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Her ne kadar hasta ve diş hekimi arasındaki ilişkileri, hekimin özen yükümü ve aydınlatma yükümü belirlese de, diş hekiminin dosyalama yükümlülüğü asıl edim olan tedavi ediminin yan yükümleri olarak düzenlenmiştir<sup>112</sup>. Dosya tutma yükümlülüğü hukuki olarak hekimin veya hastanın iddialarını ispatlamalarında ve birçok yanlış ve gereksiz belgelerle karşılaşmaktan koruması açısından önem arz eder<sup>113</sup>.

Türk Hukukunda söz konusu yükümlülük ve bu yükümlülüğün sınırları ayrıca incelenmiş değildir. TBK. m. 508 vekilin müvekkile hesap verme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bunun vekil durumunda olan hekimin yapmış olduğu önleyici ve koruyucu faaliyetleri hakkında hastaya veya kanuni temsilcisine açıklama yapması anlamına geldiğini söyleyebiliriz. Bunun için de hekim, gerekli tıbbî dokümantasyonları, hazırlama yükümlülüğü altındadır. Tıbbî dokümantasyonlar; anemnez (hastalık öyküsü, röntgen filmleri), hastanın rahatsızlıklarını içeren belgeleri, teşhis ve tedaviyi ve bunların sonuçlarını kapsar. Böylece bir tıbbî müdahaleye girişilmişse, anemnez, röntgen filmleri, ameliyat protokolü vs., hasta dosyasının içinde mevcut

---

<sup>108</sup> Karsten, O; *Haftpflichtfaelle aus der Zahnaerztlichen Praxis*, Göttingen, 1974, 87.

<sup>109</sup> Karsten, 89.

<sup>110</sup> SJZ 1964, 42.

<sup>111</sup> SJZ 1981, 372;

<sup>112</sup> Schröder, 95; BGH NJW 1978, 2237 (2238); Ayan, 95; Özdemir, Hayrunnisa; Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2009, 150 vd.

<sup>113</sup> Figgner, Zahnarzt und Recht III- Die Dokumentationspflicht, ZM 1989, 2076 (20769); Oexmann/Georg, 168, Ph. 496.

olmalıdır<sup>114</sup>. Bu dosyaların düzenlenmesi herhangi bir şekilde tabi değildir. Esas itibariyle mühim notların alınması ve bu notların daha sonra genişletilmesi yeterlidir. Dolayısıyla, hekim teşhis ve tedavi sonuçlarına ilişkin hususları özenle kaydetmek mecburiyetindedir. Buna ek olarak da tedavi faaliyeti süresince tuttuğu veya kendisine hasta tarafından tevdi edilen kayıt ve belgeleri özenle saklamak mecburiyetindedir<sup>115</sup>.

## 2. DIŞ HEKİMİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sır saklama yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri arasında açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak "Sadakat yükümlülüğünden" hareketle hekim için sır saklama yükümlülüğü varlığı kabul edilmektedir. Bu, aynı zamanda hastanın kişilik hakkını koruma amacına yönelik Anayasanın 17. ve Medeni Kanununun 24. maddesinin de bir neticesidir<sup>116</sup>.

Tarafların sır saklama yükümlülüğünü anlatmaya geçmeden önce, sır ve meslek sırrı kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Sır; genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyeti ile diğer menfaatlerine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen hususlara sır denir. Herkesçe bilinen şeyler sırrın konusu olamaz<sup>117</sup>.

Diş hekimleri mesleklerinin icrası sırasında öğrendikleri, gerek tıbbî, gerek tıbbî olmayan, hastanın kendinden, hısımlarından gerek doğrudan, gerekse dolayısıyla öğrendikleri hususlar da sır olarak kabul edilir<sup>118</sup>.

Meslek sırrı, sır teşkil eden hususun bir meslek sahibi tarafından, mesleğini icra sırasında öğrenilmesi olarak tanımlanabilir. Meslek, genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak için yaptıkları faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle belirli bir meslek icra ettiği kabul edilen tüm kişile-

<sup>114</sup> Laufs, 107-108; Schröder, 97; Figgner, 2077; BGH NJW 1989, 2298 (2330); VersR 1987, 1089 (1089); OLG Hamm VersR 2005, 412 (412).

<sup>115</sup> Alman hukukunda, özel düzenleme bulunmayan hallerde on yıllık bir saklama süresi kabul edilmiştir (TBKz. Laufs, 116).

<sup>116</sup> Reisoğlu, 14.

<sup>117</sup> Belgesay, (Doktor), 122; Yıldırım, M. Fadıl; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, in: Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 59.

<sup>118</sup> Aşçıoğlu, 47; Langmack, 455.

re tevdi edilen veya bunların bu mesleklerini icra ettikleri sırada öğrendikleri sırların açıklanması meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirir<sup>119</sup>.

Diş hekimleri mesleklerini icra ettikleri sırada hastalarına ait bilgileri öğrendiklerinde üçüncü şahıslara karşı gizli tutmalıdırlar. Bu yükümlülük bazı hallerde ortadan kalkar. Ancak, istisnai hallerde sır sayılan hususların açıklanması hekim için bir haklılık taşıyabilir. Örneğin, hekim hasta tarafından aleyhine açılmış bir davada kendini savunmak amacıyla sırları açıklayabilir. Böyle bir durumda, hekimin davranışı sözleşmeye ve dolayısıyla hukuka aykırı sayılmaz<sup>120</sup>. Buna karşılık, yasa koyucu gerek ceza davalarında (CMUK.m.48), gerek hukuk davalarında (HMK. m.249) hekimlere tanıklıktan kaçınabilme yetkisi tanıdığı için, salt tanıklık yapmak düşüncesiyle sırları açıklayan hekim bu yüzden zarar gören hastaya tazminat ödemek zorunda kalır<sup>121</sup>. Zira, hasta ve hekim arasındaki ilişki, burada da sırların korunmasını gerektirir<sup>122</sup>. Aynı şekilde, hekim, polis makamlarına karşı da sırları saklamakla yükümlüdür<sup>123</sup>.

Hekime sır sayılan hususları açıklama imkânı veren diğer bir halde, "hastanın rızası"dır<sup>124</sup>. Hasta veya kanuni temsilci her zaman serbest iradesiyle sırlarının açıklanmasına izin verebilir<sup>125</sup>. İzin, Medeni Kanunun 23. maddesinin sınırlarına tecavüz etmemek kaydıyla<sup>126</sup>, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirir<sup>127</sup>. Hasta veya kanuni temsilcisi razı olmadığı takdirde,

---

<sup>119</sup> Donay, 7.

<sup>120</sup> Belgesay, (Doktor), 125; Langmack, 460-462; Belgesay, (Mesuliyet), 150-151.

<sup>121</sup> Tandoğan, C. II, 455.

<sup>122</sup> Laufs, 115.

<sup>123</sup> Laufs, 115.

<sup>124</sup> Atabek/Sezen, 166; Öz, 712; Tandoğan, C. II, 454.

<sup>125</sup> Belgesay, (Doktor), 123-124; Simonin, 576-577; Langmack, 458-459; Donay, 51.

<sup>126</sup> İzin Medeni Kanunun 23. maddesine aykırı ise, artık geçersiz olur ve müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü sır, kişilik hakkı içinde yer alan manevi değerlerdendir.

<sup>127</sup> Reisoğlu, 15.

başkaca haklı bir neden de mevcut değilse<sup>128</sup>, hekimin bunları açıklaması sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder.

## VI. HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. GENEL OLARAK

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleştirilen “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi”nde, sözleşmede taraf olan hasta veya kanuni temsilcisinin de diş hekimine karşı özel sağlık kurum ve kuruluşlarına karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları bir takım yükümlülükleri vardır. Söz konusu yükümlülükler; ücret ödeme, masrafların ödenmesi ve borçtan kurtarma hekime, özel sağlık kurum ve kuruluşlarına gerekli bilgi ve belgelerin verilmesidir.

### B. ÜCRET ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafı olan hasta veya kanuni temsilci, diş hekiminin sunduğu tıbbî hizmete karşılık olarak daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücreti ödemekle yükümlüdürler<sup>129</sup>.

Ücret ödeme borcu kural olarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturan hastaya veya kanunî temsilcisine aittir. Hastanın küçük olması durumunda, ana ve babası velayet hakları çerçevesinde çocuklarının üçüncü kişilere karşı kanunî temsilcileridir (TMK m.342). Küçüğün sağlık masraflarını da ana ve babası karşılamakla yükümlüdürler. Eğer ortak hayat sona ermiş veya ayrılık hali söz konusu ise, küçüğün velayeti eşlerden birine verilir. Kendisine velayet verilen taraf ücretin ödenmesinden sorumludur (TMK m. 336/II). Ana veya babadan birinin ölümü halinde velayet, sağ kalan eşe, boşanmada ise

<sup>128</sup> **Laufs**, 116; Örneğin, kamu yararı düşüncesiyle hekim için verem, frengi gibi bulaşıcı hastalıkları Sağlık Müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü getirmiştir (**Bkz. Atabek/Sezen**). Aynı şekilde bilirkişilik üstlenen hekim elde ettiği bulguları raporuna yazabilir (Bkz. **Öz**, 712; **Reisoğlu**, 14). Ancak bu kayıtlardan mahkeme dışında söz edilemez (Bkz. **Belgesay, (Doktor)**, 123).

<sup>129</sup> “..Yapılan iş, iş sahibinin kullanamayacağı veya kabul edilemeyecek derecede kusurlu ise, o şeyi kabulden imtina edilebilir ve iş bedelini ödemesi gerekmez. Davalı, davacının yaptığı protezi kullanmadığını, bir başka diş hekimine yenisini yaptırdığını savunmuştur. Bu durumda, bilirkişisi incelemesi yaptırılarak davacının bedele hak kazanıp kazanmadığı veya protez onarılsa idi fiyat indiriminin gerekli olup olmadığı araştırılmalı ve sonuca göre karar verilmelidir” (Y. 15. HD. E. 2001/3399, K. 2001/4231, T. 1.10.2001, naklen Kazancı Otomasyon).



küçük kendisine bırakılana aittir (TMK. m 336/III). Burada da ücret ödeme borcu velayet kendisine bırakılana ait olur.

Hastanın kısıtlı biri olması durumunda, vasi, vesayet altında bulundurduğu kişiyi bütün hukuki işlemlerde üçüncü kişilere temsil edebilme hakkına sahip olduğundan (TMK. m. 448) teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan ücret borcunu da ödemekle yükümlüdür. Bu kural vesayet altına alınan kişinin küçük ve ayırtım gücüne sahip olmaması durumlarında geçerlidir. Ayırtım gücüne sahip olan bir kişinin vesayet altına alınması durumlarında söz konusu kişiler bizzat kendileri teşhis ve tedavi sözleşmesini yapabilir ve söz konusu ücreti de ödeyebilirler (TMK. m. 458).

Öte yandan, teşhis ve tedavi sözleşmesinin karşı tarafında evli bir kadın kimseden izin ve icazet almadan yer alabilir. Sözleşmeye taraf olan evli kadının tıbbî edimin karşılığını oluşturan ücret edimini de ödemekle yükümlüdür (TMK. m. 186). Eğer kadının kendi geliri yoksa diğer eş ücreti ödemekle yükümlüdür. Çünkü eşler aile birliğinin temsili konularında üçüncü şahıslara karşı müteselsilen sorumlulukları söz konusudur (TMK. m. 189)<sup>130</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 352. maddesine göre, ana baba çocuk üzerindeki velayet hakları devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetmekle yükümlüdürler (TMK. m.352). Ana baba çocuğun mallarının gelirlerini, çocuğun bakımına, yetiştirilmesine ve eğitimine sarf ederler. Kalan bir kısım olursa çocuğun malvarlığına aktarılır (TMK. m. 355). Teşhis ve tedavi ediminin karşılığı olan ücret ödenirken ana baba çocuğun malvarlığına başvurabilirler (TMK. m. 354). Ücretin ödenmesinde çocuğun malvarlığı yetmezse sermaye şeklinde çocuğa yapılan ödemelere başvurularak ücret ödemesi yapılabilir (TMK. m. 356/1). Eğer çocuk vesayet altında bulunuyorsa vasi çocuğun malvarlığından ücreti öder. Çünkü vasi, vesayeti altında bulunan çocuğun bakımı ve eğitiminde gereken önlemleri alma konusunda ana babanın yetkilerine sahiptir (TMK. m. 445/I-II).

Ücret ödeme yükümlülüğü genel düzenleniş şeklinden sonra özel sağlık kurum ve kuruluşlarında hasta veya kanuni temsilcilerinden alınacak ücretin dayanağı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununa dayanır. Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 1. maddesine göre "*Söz konusu kanunun bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzelkişilerini ve gerçek kişileri kapsar*". Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasında "*sağlık işletmelerinde koruyucu sağlık*

---

<sup>130</sup> Öztan (Medeni), 397.

*hizmetleri dışında teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetler ücretli olup, sağlık işletmesince tahakkuk ettirilen masraflar ilgili kurumca herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın öncelik ve ivedilikle ve ödeme emri beklenil-meksizin ödenir"* hükmüne yer verilmiştir. Ücret borcu, taraflar arasında yapılan sözleşmeden doğan aslî bir borçtur. Yukarıda sözü edilen kanunlarda herhangi bir hüküm olmasa bile, ücret istenebilir. Belirtilen kanun hükümleri ücret borcunu teyit etmekte ve ücretin üst sınırlarıyla ilgili olmak üzere hü-kümler getirmektedirler. Kanun koyucunun getirdiği bu sınırlamalar dâhilin-de taraflar ücreti serbestçe kararlaştırabilirler.

Ücret talebi bir para borcu olmasından dolayı temliki kabildir. Ayrıca üc-ret talep hakkı Türk Borçlar Kanunu'nun 147/IV çerçevesinde beş yıllık za-man aşımına tabidir. Bunun yanı sıra TŞSTİDK'nun 71. maddesinde ise, "*Tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebelerle hastalar arasında ücreti müdavattan dolayı vaki olacak ihtilaftan mercii bu ihtilafa mevzu teşkil eden meblağ miktarı hususunda çıkan uyuşmazlıklar iki sene zarfında müruru zamana uğrar*" düzenlemesiyle genel kurala bir istisna getirilmiştir. Genel kural özel kural ve yeni tarihli iki farklı kuralda düzenleme bulunmaktadır. Tabâbet ve Şuabâtı Tarzı İcrasına Dair Kanun yeni tarihli olduğundan söz konusu kanun hükümleri geçerli olacaktır.

### **C. MASRAFLARIN ÖDENMESİ VE BORÇTAN KURTARMA**

Teşhis ve tedavi sözleşmesine vekâlet sözleşmesinin uygulanacak olması TBK'nun 510. maddesinde düzenlenen "müvekkilin, vekilin yaptığı masraf-ları ve verdiği avansları ödeme, onu kendi adına müvekkili hesabına girdiği borçlardan kurtarma ve vekilin vekâleti ifa dolayısıyla uğradığı zararları tazmin borcu" teşhis ve tedavi sözleşmesinin bu aşamasında da söz konusu olur. Dış hekimi ile yapılan teşhis ve tedavi sözleşmesinde, hasta veya kanu-nî temsilcisi, tıbbî edimin yerine getirilmesinde rol oynayan hekimin, hasta adına yapmış oldukları masrafların karşılanması ile yükümlüdürler.

### **D. HASTANIN GEREKLİ BİLGİ VE BELGELERİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Hasta veya kanuni temsilcisi dış hekimine başvurduğunda tıbbî teşhis ve tedaviyi gerçekleştirecek olan hekim tarafından sorulan sorulara doğru ola-rak cevap vermelidir. Eksik izahat verip hekimi ve özel sağlık kurum ve kuruluşunun işleticisini şaşkırtan hasta, bunun sonucuna katlanmalıdır. Hasta, yalnız sorulan soruları cevaplandırmakla mükellef olmayıp, bildiği, gördüğü

hususatı re'sen açıklamalıdır. Eğer hasta küçükse veya şuuruz bir dönemde ise, açıklama yükümlülüğüne kanuni temsilcisi haizdir.

Açıklama yükümlülüğü, hastanın veya kanuni temsilcisinin bilgi düzeyiyle orantılı olmalıdır. Hasta veya kanuni temsilcisi diş hekiminin tavsiyelerine uymak mecburiyetindedirler.

## VII. KUSUR

### A. GENEL OLARAK

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir söyleyişle, "benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi" kusur adını alır<sup>131</sup>.

Sorumluluk hukukunda esas itibariyle kurucu nitelik taşıyan kusurun, biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki yönü vardır. Objektif yön, borçlunun davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapması, ona uygun olmaması, başka bir ifadeyle, zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli özenin gösterilmemesidir<sup>132</sup>. Sübjektif yön ise, borçlunun sorumluluk ehliyeti, yani zarara sebebiyet veren davranışının ona isnat edilebilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından sapma yanında, borçlunun temyiz kudretine sahip bulunması da gerekir. Zira temyiz kudreti bulunmayan bir kişiden kusurlu davranışın sadır olması da söz konusu olmayacağı için, artık bu nedenle sorumluluğuna gidilemez<sup>133</sup>. Çünkü kusur, iradeyi gerektiren bir kavramdır. Buna karşılık, kişinin reşit olması zorunlu değildir<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Eren, 1050; Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, 296; Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirmi İkinci Bası, İstanbul 2011, 169.

<sup>132</sup> Eren, 1052.

<sup>133</sup> Eren, 1053; İnan, 270-271; Kılıçoğlu, 301.

<sup>134</sup> Eren, 1050; İnan, 265 vd.

## B. MESLEK KUSURU

Diş hekimi ile yapılan sözleşmede hekimin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diş hekiminin mesleğine ilişkin bir meslek kusurunun olması gerekir. Meslek kusurunun doktrin ve uygulama açısından kabul edilen tanımı ise, 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılan bir tanımlamadır. Buna göre, "meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini" ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınan kuralları gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir<sup>135</sup>.

Türk doktrininde<sup>136</sup>, "meslek kusuru" adı verilen hususun, genel anlamda kusurun çeşitlerinden "ihmal" kavramı içinde ele alınabilir. İhmal, borçlunun kendisiyle eşit statüde yer alan bir kişinin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir diş hekiminin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kurallara uygun hareket etmesi asıldır. Dolayısıyla, bu şekilde davranmayan, yani somut olayda örnek tipin davranışından ayrılan diş hekimi kusurlu hareket etmiş olur. Örnek tipin davranışından sapmanın nedeni gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de "ihmal"dir. Bu nedenle, "meslek kusuru" adı altında özel bir kavram yaratılmamış olsaydı da, hekimin, aynı türdeki olaylar için genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olurdu. Zira meslek kusuru başlığı altında toplanan olaylar, hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınmış kurallara aykırı her hareketi, objektif bir şekilde ele alıp değerlendirilirse "özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey değildir." Meslek kusuru, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekimin bu davranışının, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusurlu olduğunun tespitidir<sup>137</sup>.

Diş hekiminin, göstermesi gereken özen yükümlülüğünden ayrılması, onun sorumluluğunu gerektirmektedir. Diş hekimliği sözleşmesinin hukuki niteliği, vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, TBK. m. 506/III'de

---

<sup>135</sup> Ott, 120-121.

<sup>136</sup> Ayan, 107.

<sup>137</sup> Ertaş'a göre de "meslek hatası yalnız başına bir kusur problemi değil, bir hukuka aykırılık problemi teşkil eder. Eğer hekim tıp biliminin tanıdığı kurallara aykırı hareket ediyorsa, hukuka aykırı hareket ettiğinden şüphe yoktur; ancak, hekimin sorumluluğu için bu yeterli değildir. Ek olarak hekimin eyleminin kınanabilir, yani kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır" (Bkz. Ertaş, 186).

getirilen özen yükümlülüğü vekilin aynı işi veya hizmeti üstlenen vekil gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Örneğin: Hastaya yapılan kron köprü sonucu üzerine yapılması gereken protezin dişe takılmasından sonra, tam oturmadığı ve diş etine dayandığı görülmüştür. Bu durum hekimin söz konusu protezi tekrar yapmasını gerektirir<sup>138</sup>. Burada hekimin göstermesi gereken bir mesleki özeni söz konusudur<sup>139</sup>.

Özen yükümlülüğünü ihlalin söz konusu olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak ölçü, yine objektiftir. Yani zarara yol açan hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlar altında farklı bir seçim yapıp yapamayacağına bakılmalıdır. Hekimin davranışı, ortalama bir hekimin davranışından sapmıyorsa, meslek kuralının objektif bir ihlaline rağmen, artık kusurdan ve dolayısıyla meslek kusurundan söz edilemez<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> OLG Zweibrücken NJW 1983, 2094; VersR 1983, 1064.

<sup>139</sup> “ Diş hekimine başvuran hasta, hekim tarafından eter uyuşturucu maddesi vasıtasıyla bayıltılarak dişi çekilmiştir. Ancak diş çekimi sırasında dişte parçalanmalar gerçekleşmiştir. Diş hekimi hastanın isteği üzerine bütün parçayı almıştır. Ancak ilerleyen dönemlerde hasta sırtında bir ağrının olduğunu zaman zaman sıkışmaların ve terlemelerin olduğunu belirtmiştir. Bu şikâyetler sonucu hastayı muayene eden hekim hastanın sağ ciğerinde belirtilen semptomları tespit etmiştir. Hastanın diğer şikâyetlerinin yanı sıra kalp sıkışması ve gece terlemeleri sıkça devam etmiştir. Hasta daha sonra özel bir tedavi için kaplıcaya yönlendirilmiştir. Tedavi süresince çekilen röntgenlerde hastanın sağ bronşlarının diplerinde kireçleşmiş bir yabancı cisme rastlanmıştır. Uygulanan tedavi sonucu yabancı cismin bir diş artığı olduğu anlaşılmıştır. Bu olay sonrası hasta diş hekiminden tazminata talep etmiştir. Tıbbi bilirkişi, diş hekiminin ortalama bir diş hekiminin yapması gerekenleri yaptığını ancak gerekli dikkat ve özeni göstermediği kanısına varmışlardır. Bundan dolayıdır ki hekim hastaya maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda kalmıştır”, Meyer, G, “Zur Frage Kunstfehlers und der Sorgfaltspflicht, insbesondere in der zahnaerztlichen Heilkunde”, Marburg, 1949, 27 vd.

<sup>140</sup> “... Yapılan ameliyat iyi sonuç vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul ettiği kaidelere uygun bir şekilde müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen zararlı sonuçtan dolayı da mesuliyeti cihetine gidilemez. ihmalin tedbirsizliğin tespiti için ölçü, zararı meydana getirenin sübjektif niteliklerine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda "tedbiri bir doktorun", aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir" (Y.4HD., 1967 T, E.296/K. 5112, naklen, Aşçıoğlu, 86).;” Diş hekimi, üst çenede ağrılı durumu olan 1 numaralı dişi çekeceği yerde 2 numaralı dişi çekmiştir. Mahkeme, diş hekiminin ağır ihmali davrandığına hükmetmiştir”, Karsten, 54.

### VIII. SÖZLEŞMENİN İHLALİ

Yukarıda anlatıldığı gibi, dış hekimi ile hasta arasında yapılan sözleşme ile taraflara belli borçlar yüklemektedir. Sözü edilen bu borçlara aykırı hareket eden taraf sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır. Sözleşmenin ihlali, hiç ifa etmeme eksik ifa etme ya da yerinde ve zamanında ya da gereği gibi ifa etmeme şeklinde olur<sup>141</sup>. Sözleşmede dış hekimine belli bir objektif özen yükümü yüklenmektedir (m. 506/III). Bu yüküme aykırı davranıldığında hekimin sorumluluğu söz konusu olur. Örneğin, dış hekiminin aydınlatma yükümüne aykırı davranması sonucu objektif özen yükümünü ihlal etmiştir<sup>142</sup>.

Sözleşmeye aykırılığı, dış hekiminin haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırdığımızda, hukuka aykırılığa tekabül eder. Yani bir sözleşmeye aykırı davranış aslında hukuka da aykırıdır<sup>143</sup>. Örneğin, dış hekiminin, dış çekimi sırasında kullandığı küçük matkapla hastanın ağız duvarına zarar vermesi

<sup>141</sup> **Kılıçoğlu**, 619; Belirtilen kurallara aykırı davranan vekil maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” (Y.13.HD. E. 94 / 8557, K. 2138 – YKD, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288 ).

<sup>142</sup> “Dış hekimi, hastasına gerçekleştireceği, amalgam dolgu için altın madeni de kullanılması konusunda hastası ile bir anlaşmaya varılmıştır. Dış hekimi, hastaya müdahaleden evvel kendisine uygulanacak tedavi ile ilgili bazı soruları hazırlamıştır. Bu sorular, hastanın sahip olabileceği bulaşıcı hastalıklara ilişkindir. Hastaya bu sorular sorulduktan sonra dış hekimi müdahaleye başlamıştır. Yapılan dolgu sonucu hastanın yanaklarının iç tarafında alerji ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu durumun amalgam dolgu içine konulan altından kaynaklandığı anlaşılmıştır. Hekim, söz konusu dolgu maddesinin alerjiye sebep olabileceği konusunda herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ayrıca, henüz tıp biliminde amalgam dolgu içinde altın maddesinin konulması konusu kabul görmüş değildir. Bütün bu anılan sebeplerden dolayı, hekimin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmediğinden dolayı ihlal ettiği görülmektedir. Hastanın meydana gelen zararını dış hekiminin karşılaması gerekir” (**LG Kiel Urteil vom 3.12. 1998-10-S68-98, naklen NJW 1999, 348**); “dış hekimi, hastasına uygulanacak tedavi yönteminin çeşitleri hakkında gerekli bilgileri vermek ve hastayı ayrıntılı bir şekilde her yönüyle aydınlatmalıdır” (**LG Hannover, Urteil vom 4.02.1981-11-S- 244/80, naklen: NJW 1981, 1320 vd**).

<sup>143</sup> **Fellmann** , Art 398 /II, 374 Pn. 17; **Schroder**, 67-101 vd; “Sözleşmeye aykırılık halinde de birçok hallerde alacaklının doğan zararının tazmin edilmesi gerekir. Bu sorumluluğun koşulları, bundan doğan zararın ve hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesi ile haksız fiillerde buna ilişkin düzenleme arasında bir fark mevcut değildir. Bundan dolayı TBK. m. 114/II hükmünü öngörmüştür. (**Kılıçoğlu**, 614) ; **Şenocak**, 10, 74, 111; **Abik, Yıldız**; Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı-İyileşme Şansının Kaybı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1; Y. 2004, (241-287), 267.

hali hem sözleşmeye aykırılık hem de, vücut bütünlüğünü ihmal olduğundan hukuka aykırıdır.

Diş hekiminin ayrıca, tedavi sırasında öğrendiği ve hastaya ilişkin sır niteliğindeki bilgileri üçüncü kişilere açıklaması durumunda da, hem sözleşmeye hem de hukuka aykırılık söz konusu olur. Ancak sırların açıklanabileceği hallerde hekimin gerekli bilgileri vermesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmez<sup>144</sup>.

### IX. ZARAR

Zarar, diş hekiminin ve özel sağlık kurum ve kuruluşunun hukuki sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Bu sonuç, sorumluluk hukukunun zararı karşılama, denkleştirme amacından da kolayca çıkarılabilir<sup>145</sup>.

Doktrin ve uygulamada ise, zarar kavramı "geniş anlamda zarar" ve "dar anlamda zarar" olmak üzere, iki farklı şekilde tanımlanmaktadır<sup>146</sup>. Geniş anlamda zarar kavramıyla; malvarlığına ilişkin "maddî zarar" ile şahıs varlığına ilişkin olan "manevi zarar" ifade edilmek istenmektedir. Buna karşılık "dar anlamda zarar" kavramı sadece maddi zararı kapsamaktadır<sup>147</sup>. Zarar kavramını geniş anlamda kullandığımızda diş hekiminin, sorumluluğu açısından hem maddî zarar hem de manevî zarar ele alınacaktır.

Maddi zarar kavramı, diğer açıdan fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr şeklinde tasnif edilir<sup>148</sup>. Malvarlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiilî zarar adı verilir. Buna karşılık, mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilmemesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek zararın kapsamı içinde bulunabilir. Örneğin, ünlü bir ses sanatçısının çarpık olan dişlerinin düzeltilmesi operasyonunda, diş hekiminin dikkatsizliği sonucu kullanılan keskin diskin

---

<sup>144</sup> **Zeytin, Zafer**, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi, Türkiye Klinikleri, Yıl, 2006, C. 14, S. 2.

<sup>145</sup> **Eren**, 1042; **Kılıçoğlu**, 283.

<sup>146</sup> **Eren**, 487; **Tandoğan (Mesuliyet)**, 63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 547; **Reisoğlu**, 168.

<sup>147</sup> **Eren**, 487.

<sup>148</sup> **Eren**, 492; **İnan**, 274 – 275; **Kılıçoğlu**, 284.

sanatçının dilini kesmesi durumunda; sanatçının belli bir süre çalışmaması maddi zararın fiili zarar kısmına girerken; kendisine yaklaşan bayram sebebiyle teklif edilecek programları kaçırmaması durumunda da, ortaya çıkan zarar mahrum kalınan kardır.

Manevî zarar bir kişinin şahsiyet haklarına yapılan hukuka aykırı bir tecavüz dolayısıyla duyduğu bedensel ve manevî acı, ıstırap, yaşama sevincinin azalmasıdır<sup>149</sup>. Böylece tıbbî teşhis ve tedavi sebebiyle zarar gören hastanın yaşama sevincinde azalma olması durumunda manevî bir zarar söz konusu olur<sup>150</sup>. Manevî tazminatın amacı zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır. Örneğin, diş hekimine ağrıyan dişinin çekilmesi için başvuran hastanın, hekimin dikkatsizliği yüzünden elindeki keskin diskin kayıp hastanın yanağını kesmesi olayında hastanın hem maddi hem manevi zararı söz konusudur. Çünkü, hasta belli bir dönem işe gidemeyecektir, diğer taraftan yapılan müdahale sonucu yaşadığı travmalar sebebiyle de manevi bir ızdırap çekeceğinden manevi tazminat isteme hakkına sahiptir<sup>151</sup>.

## X. UYGUN İLLİYET BAĞI

Uygun illiyet bağından, sebep ve sonuç arasındaki bağ anlaşılır. Yani illiyet bağı, zarar ile zararın sebepleri arasındaki bağıdır<sup>152</sup>. Diş hekimin, sözleşmesel sorumluluğu için gerekli son şart, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zararın, tıbbî edimi sunan tarafın teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle

<sup>149</sup> Tandoğan, (Mesuliyet), 330; İnan, 275; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 655; “Davacı ağız ve damak tedavisinin yarıda bırakılmasından dolayı büyük üzüntüye kapıldığı ileri sürerek TBK. M. 49’a dayanarak manevî tazminat talep etmiştir. Mahkeme talebi yerinde bularak istenilen tazminata hükmetmiştir.” (13. HD. 10.02.2005T, 2004/14153E-2005/1952K).

<sup>150</sup> "Davacı, davalı doktor tarafından gereksiz yere yapılan ameliyat sonunda, ömrü boyunca büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmıştır. Toplumdan uzak kalmasını gerektiren sürekli ve pek ağır izaç edici üzücü bir duruma sokulması karşısında, aydın sayılması gerekli bir kişinin duyacağı derin rûhî eza gözetilmeden isteği aynen hükmedilmeyerek manevî tazminatın bir kısmının reddedilmesi bozmayı gerektirir (YHGK. 16.12.1972 T. E.1971/4-137, K.105 (naklen, Aşcıoğlu, 92).

<sup>151</sup> Schroder, 135.

<sup>152</sup> Rey, Heiz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, 122, PN. 517; Kılıçoğlu, 291; Reisoğlu, 173.



aykırı davranması sonucu doğmuş olmasıdır<sup>153</sup>. Örneğin, diş hekiminin hastanın dişini çekerken elinde bulunan matkabı tam olarak tutamamasından dolayı, hastanın yanağını kesmesi durumunda diş hekimi meydana gelen zarardan sorumludur<sup>154</sup>. Buna karşın sözleşmenin ihlali normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, hekimin ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumlulukları söz konusu olmaz. Bu durumda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı söz konusu değildir. Örneğin, hastanın diş tedavisi sonucu alt dudağı yaralanmıştır. Daha hasta bu durumun ağzında doku zedelenmesi ve iltihaplanmasına sebep olduğunu ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Ancak mahkeme diş hekiminin müdahalesinin hastanın iddia ettiği zararı doğurmaya yetmeyeceğini belirterek zararlı sonuç ile diş hekiminin fiili arasında bir illiyet bağının bulunmadığını ileri sürerek talebi reddetmiştir<sup>155</sup>.

Öte yandan, illiyet bağının kesilmesi halinde de diş hekimin sorumluluğu ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir<sup>156</sup>. Mücbir sebep de, tıbbî edimi sunan tarafın egemenliği dışında gerçekleşen olay olması dolayısıyla, zarar ile arasındaki illiyet bağını kesmekte ve zarara tek başına neden olmaktadır. Örneğin, hasta diş hekimi hastanın protez tedavisini gerçekleştirirken ülke çapında gerçekleşen deprem sonucu muayene hanenin çökmesi durumunda hastanın ölmesinden dolayı hekimin, üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zarar sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir. Örneğin, diş hekimi hastasına dişinde ağrı dolayısıyla etkisi düşük bir ilaç vermiştir. Eczaneye giden hasta dişinin ağrısında daha etkili olacak yüksek doz içeren bir ilaç alıp kullanmıştır. Hasta ilerleyen günlerde vücudunda ağır zararların doğduğunu fark etmiştir. Burada hekimin sorumluluğu söz konusu değildir. Çünkü zarara sebep olacak ilaç hastaya diş hekimi değil eczane tarafından verilmiştir. Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın ölmesi durumunda tıbbî edimi, teşhis ve tedavi sözleşmesi gereği gerçekleştiren diş hekiminin, sorumluluğuna gidilemez. Mağ-

---

<sup>153</sup> Ott, 106;

<sup>154</sup> Schroder, 94.

<sup>155</sup> Schroder, 72.

<sup>156</sup> Eren, (İlliyet), 174; Kılıçoğlu, 296.

durun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi fiili neden olmuştur. Bu durumda da tıbbî edimi sunan tarafın sorumluluğu doğmaz. Örneğin, diş hekimi, hastasının dişini narkoz kullanarak çekmiştir. Hasta henüz narkozun etkisinde iken, diş hekimi bir taksi çağırıp hastayı evine göndermiştir. Hasta yarı yolda inip kendi arabasıyla evine gitmek isterken trafik kazası gerçekleşmiştir. Burada diş hekiminin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü sonuç ile hekimin fiili arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır<sup>157</sup>.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı da hastaya aittir<sup>158</sup>. Ancak hasta ispatı gerçekleştirirken kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterlidir<sup>159</sup>.

## XI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

### A. DIŞ HEKİMİNİN KENDİ KUSURLARINA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekimin, kendi kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapamaz<sup>160</sup>. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*".

Diş hekimi ile hasta arasında gerçekleşen, teşhis ve tedavi sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. Ancak diğer sözleşmelerde geçerli sayılan borçlunun hafif kusurundan so-

<sup>157</sup> Guddat, U., *Die Häufigkeit von Zwischenfaellen in der zahnaerztlichen Praxis, - Ihre Ursachen und Folgen*, Bonn 1968, 48vd.; "35 yaşındaki hastanın sol üst dişi uyuşturularak çekilmiştir. Bu sırada diş hekimi hastanın sol gözkapağı üzerinde bir leke fark etmiştir. Bu durumu hastaya belirterek göz doktoruna başvurmasını belirtmiştir. Göz doktoru hastaya sol gözünde bir ağ yırtılması olduğunu söylemiştir. Söz konusu ağ yırtılması hastanın gözünün kör olmasına sebep olmuştur. Bu durum karşısında hasta diş hekimine dava açmıştır. Mahkeme bilirkişi raporlarına göre, hastanın kör olmasında diş hekiminin dişi çekmesi arasında herhangi bir bağ bulunmadığını bilakis körlüğe gözde daha evvel bulunan bir ağ yırtılmasının sebep olduğu cihetiyle davayı reddetmiştir" Meyer, 17.

<sup>158</sup> Ott, 107; Öz, 717.

<sup>159</sup> Ott, 108.

<sup>160</sup> Belgesay, (Mesuliyet), 69; Ott, 64; Kılıçoğlu, 632; Reisoğlu, 355.

rumlu tutulamayacağı yolundaki bir anlaşmanın diş hekimi ve hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinde de geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak kanun maddesinin üçüncü fıkrası bu tür sorumsuzluk anlaşmalarını imkânsız kılmıştır. Kanun maddesi, “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Diş hekimliği meslek itibariyle, uzmanlığı gerektiren bir uğraş olması ve mesleğin icrası için kanun ya da yetkili makamlar tarafından iznin gerekli olmasından dolayı, diş hekimi kendi hafif kusurundan dahi sorumludur (TBK. m.115/III)<sup>161</sup>. İkinci bir görüşe göre ise, teşhis ve tedavi sözleşmesinde hafif ihmal için dahi sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Çünkü her şeyden önce Borçlar Kanunu'nun 506. maddesi özel hüküm olması nedeniyle TBK'nun 115. maddesinden önce gelir<sup>162</sup>.

## **B. YARDIMCI ŞAHSIN KUSURUNA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI**

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun yardımcı şahsın fiilinden tamamen veya kısmen sorumlu olmayacağı yolunda anlaşma yapılabilir<sup>163</sup>. Fakat gerçekleştirilen faaliyetler uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Diş hekimi de bu anlamda uzmanlığı gerektiren bir meslek ve uğraş olduğundan yanında çalışan kişilerin sorumlu olamayacağına ilişkin yapılacak anlaşmalar kesin olarak geçersizdir. Burada yardımcı şahıstan anlaşılması gereken, diş hekimine yardım eden hemşire, aletlerin hijyenini sağlayan asistanlar, röntgen asistanı, bakıcılarıdır<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Ott, 64; Akman, 67; Kılıçoğlu, 635.

<sup>162</sup> Ott, 65.

<sup>163</sup> Deutsch, (Deneyisel Tıp), 177; Kılıçoğlu, 625vd.

<sup>164</sup> Loeffler, 103; Ott, 66; Schroder, 57; Reisoğlu, 357.

## XII. DIŞ HEKİMİNİN HAKSIZ FİLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Diş hekiminin, sözleşme ve vekâletsiz iş görme durumları dışında genel bir sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğu da söz konusudur. Burada diş hekimi ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Diş hekiminin hukuka aykırı ve kusurlu eylemleri sonucu oluşan zararın tazmini için hastaya belli bir miktar zararı ödemekle yükümlüdür<sup>165</sup>. Örneğin, diş hekimi, aralarında herhangi bir sözleşme veya sözleşme benzeri bir durum olmadan hastaya karşı bir tıbbî müdahalede bulunursa ve bu müdahale sonucu hastanın vücut bütünlüğü ve sağlığı zarar görürse ve durum kanunda belirtilen hukuka uygunluk hallerinden birini de taşımıyorsa, diş hekimi vermiş olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür<sup>166</sup>. Diş hekiminin hastanın vücut bütünlüğüne karşı girdiği tıbbî müdahale sonucu oluşan zararın belirlenmesinde her kişinin vücut bütünlüğü, ağız ve diş yapısı dikkate alınmalıdır. Çünkü her yapılan tıbbî müdahale vücut bütünlüğüne zarar verir. Burada aranacak kriter her bir hastaya göre belirleme yapılması gerekli kılınır<sup>167</sup>.

Haksız fiilin koşulları sözleşmeye aykırılığın koşullarıyla paralellik arz eder. Burada sadece sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer koşullar aynıdır. Hukuka aykırılık sözleşmeye aykırılığa tekabül eder. Bundan dolayı daha evvel daha evvel anlatılanlar burada tekrarlanmayacaktır. Bunların yanı sıra, TBK. m. 114/II gereğince, “haksız fiillere ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır” hükmü gereğince de Borçlar Kanununda düzenlenen kurumlar arasında bağ kurulmuştur.

## XIII. HEKİMİN SEBEP SORUMLULUĞU

### A. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Diş hekiminin sebep sorumluluğu, 6098 sayılı TBK. m. 66 adam çalıştıranın sorumluluğu ve TBK. m. 69 Yapı Malikinin Sorumluluğu esaslarına dayanır. Adam çalıştıranın sorumluluğu gereği TBK. m. 66’da belirtilen

---

<sup>165</sup> Oexmann/Georg, 32, PN. 91.

<sup>166</sup> Heilmann, J., Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990 1513 (1513 vd); Schröder, 20.

<sup>167</sup> Heilmann, 1514.

durumlarda, diş hekimi yanında çalışan kişinin yapması gerekenin yapmaması yapması gerekeni ise yapması sonucu diş hekimi ile sözleşme ilişkisi olmayan başkalarına verdiği zarardan sorumludur<sup>168</sup>. Burada, zarar verilen kişi ile diş hekimi arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Diş hekimi herhangi bir kusuru olmaksızın yanında çalışan bir kişinin davranışlarından kurtuluş kanıtı getiremezse sorumludur<sup>169</sup>. Diş hekiminin sorumluluğu yanında çalışan kişiye göstermesi gereken özen ve gözetim yükümüne dayanmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için pozitif ve negatif şartlar söz konusudur. Pozitif bakımdan olması gereken şartlar şunlardır: Yardımcı kişinin fiili hukuka aykırı olmalıdır, söz konusu hukuka aykırı fiilden maddi veya manevi zarar ortaya çıkmalıdır, zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında bir uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Yardımcı kişi zararı, diş hekimliğine has işleri gerçekleştirirken vermelidir. Yardımcı kişi, diş hekimine karşı talimatlara uymakla yükümlü birisi olmalıdır, buna ek olarak yardımcı kişiyi diş hekiminin gözetleme yetkisi de bulunmalıdır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu için olmaması gereken şartlar ise, genel hukuka uygunluk halleri (mücbir sebep, mağdurun kusuru ve üçüncü kişinin kusuru) bulunmamalıdır. Ayrıca, söz konusu olayda özel kurtuluş kanıtı getirilmemiş olmalıdır. Bunlar ise, yardımcı şahsın seçiminde, talimat verilmesinde gözetiminde ve denetiminde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz (m. 66/II). Örneğin, diş hekiminin yanında çalışan kişi, muayenehanedeki alet ve edevatları gerektiği gibi hijyen içerikli deterjanlarla temizlememesi durumunda, hastanın yanında getirdiği küçük çocuğunun söz konusu aletlere dokunması sonucu mikrop kapması durumunda adam çalıştırarak diş hekiminin sebebe dayanan sorumluluğu söz konusudur.

## **B. HEKİMİN YAPI MALİKİ OLARAK SORUMLULUĞU**

Diş hekimi hastalarına karşı tıbbi müdahalelerini değişik ve kısmen tehlikeli aletlerle gerçekleştirir. Örneğin, elektrikli matkaplar, kesici diskler, radyasyon yayan röntgen aletleri, kullanılan araçlar arasında sayılabilirler. Ancak kullanılan bu aletlerin bozuk veya bakımındaki eksiklikler sonucu hastalara verdikleri zarardan diş hekimi doğacak zarardan herhangi bir kusur

---

<sup>168</sup> BGE 68 II 287.; BGE 38 II 620 vd; Reisoğlu, 180.

<sup>169</sup> Loeffler, 101; BGE 56 II 287.

ru olmasa da sorumludur<sup>170</sup>. Burada dış hekiminin kusursuz sorumluluğunun sebebi bir şeye malik olmasıdır. Dış hekiminin sorumlu olabilmesi için, yine pozitif ve negatif şartların olması gerekir. Bunlar; Hukuka aykırı bir müdahalenin, söz konusu müdahale sonucu maddi veya manevi bir zararın gerçekleşmiş ve zararlı kullanılan alet arasında uygun bir illiyet bağının olması gerekir.

Esere ait şartlar ise, yapının ayıplı olması veya üretilmesi veya gerekli bakımın yapılmamış olması, söz konusu esere sahip olunması gerekir. Buradaki sahip olunmadan Medeni Hukuk anlamında mülkiyet anlaşılır<sup>171</sup>. Negatif şartlar ise, olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gerekir. Burada eser sahibine kurtuluş kanıtı getirerek sorumluktan kurtulma hakkı tanınmamıştır. Örneğin, röntgen cihazının radyasyon ayarının bozuk olması dolayısıyla hastanın normalin üzerinde radyasyona maruz kalması, hastanın muayenehanenin zemininde bulunan kaygan halıyla takılarak düşmesi sonucu kalçasını kırması, Muayenehanede bulunan muslukların bozuk olması dolayısıyla önce muayenehaneyi sonra alt kattaki işyerini su basması sonucu doğan zarardan dış hekimi sorumludur<sup>172</sup>.

#### XIV. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

Bir kimsenin başkasının yararına bir işi veya hizmeti yerine getirmesi vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Ancak söz konusu kişinin başkası adına iş yapması lehine bir iş yapılanın iznini gerektirir. Bu durum bazı durumlarda olmayabilir. İşte, bir kimse başkasının hukuk alanına kendi yararına müdahale edebileceği gibi iş sahibi lehine de müdahale edebilir. Birincisi, gerçek olmayan ikincisi ise, gerçek vekâletsiz iş görmedir.

Dış hekimi, bazı hallerde hastasının rızası olmadan onun lehine bir müdahalede bulunursa bu durumda gerçek vekâletsiz iş görme söz konusu olur. Çünkü dış hekimi, başkasına (hastasına) ait bir işi onun izni olmadan gerçekleştirmiş bulunmaktadır<sup>173</sup>. Örneğin, dış hekimi, hastasına ait bir dişin çekimi sırasında, hastanın diğer bir dişinin de belli kısmının çürüdüğünü görünce

<sup>170</sup> Ott, 187; Schroder, 153.

<sup>171</sup> Schroder, 155.

<sup>172</sup> Schroder, 156.

<sup>173</sup> Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, 792; Özdemir, Hayrunnisa; "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, 153-154; Şenocak, 103-104.

o kısma da müdahale ederek hastanın dişini kurtarması durumunda<sup>174</sup> gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri geçerlidir.

Vekâletsiz iş görme hükümleri, diğer sözleşmelere göre dar uygulama alanına sahiptir, ki önce taraflar<sup>175</sup> arasında sözleşme ilişkisi aranır. Vekâletsiz iş görme müessesesi, sanki taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>176</sup>. Yani kendi lehine iş yapılan kişi, eğer haberdar olsa idi, yapılan işe rıza gösterirdi varsayımdan hareketle sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Bu duruma doktrinde, sözleşme benzeri ilişkiler adı verilmektedir. Sanki taraflar sözleşme yapmak istiyorlarmış gibi yorumlanır ve sözleşme hükümleri geçerli olur<sup>177</sup>.

Diş hekimi ve hastası arasında gerçek vekâletsiz iş görmenin oluşum halleri, daha çok hekimin gerçekleştirmekte olduğu operasyonları genişletmesinde ve acil durumlarda görülmektedir<sup>178</sup>. Diş hekimi, dişlerinden darbe alan ve baygın durumda olan hastaya müdahalede bulunarak dudağını kesen dişlere müdahale edilmesinde diş hekimi vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olur.

Vekâletsiz olarak iş gören diş hekiminin sorumluluğu TBK m. 527/I'de "*Vekâletsiz iş gören, her türlü özensizliğinden sorumludur*" şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle denilebilir ki, vekâletsiz iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurundan sorumludur. Böylece vekâletsiz iş gören, TBK m. 112-116'de belirli genel akdi sorumluluk altında olmaktadır. O halde vekâletsiz iş görenin sorumluluğu, bir akit benzeri borcun ihlali, uygun illiyet bağının varlığı ve kusurun varlığını gerekli kılar. Sorumluluk için kusurun derecesi önemli değildir. Burada da kusur karinesi geçerlidir<sup>179</sup>. Vekâletsiz iş görenin bazı hallerde sorumluluğu hafifler. Bu durumlar ise, kanun metninde, "*Ancak, iş gören bu iş, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar*

---

<sup>174</sup> Schroder, 54.

<sup>175</sup> Ott, 74.

<sup>176</sup> Loeffler, 12; Gautschi, G., *Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, Maeklervertrag, der Agenturvertrag, und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2. Auflage, Bern 1964, Vorbemerkungen*, PN. 5a.

<sup>177</sup> Keller, A., *Haftpflicht im Privatrecht, 2. Unveränderte Auflage, Bern 1971*, 371.

<sup>178</sup> Schroder, 54-55; Ott, 75.

<sup>179</sup> Yavuz, 796; Gautschi, Art. 420, PN. 10a.

*tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Diş hekimi hastanın yararına olarak operasyona konu olmayan diğer dişe yapılan müdahalede bulunması durumunda bu durumun hasta yararına olmasından dolayı diş hekiminin sorumluluğu, daha hafif kararlaştırılır.

Ancak, hasta açıkça veya örtülü olarak operasyonun sadece ilgili diş için yapılmasını belirtmişse ve bu yasaklama hukuka ve ahlaka da aykırı değilse yinede diş hekimi hastanın diğer dişine de operasyon yapmışsa bu durumda diş hekimi beklenmedik hallerden dahi sorumludur (TBK. m. 527/II). Ancak diş hekimi bir kurtuluş kanıtı getirebilir. Söz konusu zarar, kendisi müdahalede bulunmamış olsaydı dahi gerçekleşeceğini ispat ederek sorumluktan kurtulur.

Vekâletsiz olarak iş gören diş hekiminin iade sorumluluğu, TBK. m. 528/I’de “ *İş gören, sözleşme ehliyetinden yoksunsa, yaptığı işlemde ancak zenginleştiği ölçüde veya iyi niyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur*” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında haksız fiillerden doğan sorumluluk halleri saklı tutulmuştur. Burada diş hekiminin herhangi bir sebeple sözleşme ehliyetinden yoksunluğu anlaşılmalıdır. Diş hekiminin sınırlı ehliyetsiz olması, operasyonda bulunduğu sırada temyiz gücünden yoksun olması hallerinde mümkündür. Bu durumlarda, vekâletsiz yaptığı işten ne kadar zenginleşmişse onu veya kötü niyetli bir şekilde elinden çıkardığı, yani gerekli dikkat ve özeni gösterseydi kaybedilmeyecek kazanç miktarından da sorumludur.

Kendisine karşı müdahalede bulunulan hasta ise, diş hekimine karşı gerekli edimlerde bulunacaktır. Bunlar TBK. m. 529’da düzenlenmiştir. Buna göre, “ *İş sahibi, işin menfaatine yapılması halinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür*” düzenlemesine yer vermiştir. Buna göre, hasta diş hekiminin yaptığı ve halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür. Ayrıca bir sözleşme yapılsaydı ödemek zorunda kalacağı ücreti de ödemek zorundadır. Örneğin, eğer diş hekimi operasyonu genişletmeyip diğer çürümüş dişe de dolgu yapmasaydı, hasta başka bir zaman mutlaka gidip dişine dolgu yaptırmak için bir diş hekimine başvuracaktı. İşte bu durumda, ödeyeceği miktarı vekâletsiz iş gören hekime de ödemekle yükümlüdür. Bunların yanı sıra, diş hekimin yaptığı vekâletsiz iş görme dolayısıyla üçüncü kişilerle giriştiği,



borçlardan da kurtarması gerekir. Diş hekimi, vekâletsiz olarak operasyonu genişleterek veya hastaya zor bir durumda gerekli özeni ve ihtimamı göstererek bir müdahalede bulunmuş ancak yine de sonuç alınmaması durumlarında da, hasta diş hekimine, kanun metninde belirtilen gider kalemlerini ödemekle yükümlüdür. Bu durum, TBK. m. 529'un ikinci cümlesinde "...*Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır*" şeklinde düzenlenmiştir. Bunun bir istisnası vardır: Eğer diş hekimi, edimini tedaviyi hastanın maddi olarak zor durumunu göz önünde bulundurarak bağışlama şeklinde gerçekleştirmiş ise, bu durumda diş hekimi hastadan bir ücret isteyemez<sup>180</sup>.

## XV. HUKUKİ SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

### A. GENEL OLARAK

Diş hekiminin hastasıyla yaptığı sözleşmeden doğan sorumluluğu, esas itibariyle belirli bir miktar tazminat ödeme şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen diş hekimi, hastanın hem maddi hem de manevi zararlarını tazmin etmek mecburiyetindedir<sup>181</sup>. Tazminat miktarının hesaplanması bakımından, davanın akdi veya sözleşme dışı sorumluluk esasına dayandırılması önemli bir farklılık yaratmaz. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyasen akdi sorumluluğa da uygulanırlar.

### B. MADDİ TAZMİNAT

Diş hekimlerinin büyük çoğunluğu hastaya maddi tazminat ödemek zorunda kalır. Maddi tazminatın kapsamına, her şeyden önce ilave tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girer. Hastanın, kusurlu tedavi yüzünden ödemek zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma yeteneğinin kaybından doğan zararları, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları karşılamak zorundadır<sup>182</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, özel hastanelerde çalışan hekimin yanlışlıkla verdiği iğnenin meydana getirdiği tahribat

---

<sup>180</sup> Tandoğan, C. II, 682-683.

<sup>181</sup> Reisoğlu, 15.

<sup>182</sup> Ayan, 121; Reisoğlu, 209; "...Borçlar Yasasının 47. maddesi hükmü gereğince "Beden- sel bütünlüğünün bozulmasına sebep olan sorumlularından istenebilir" ( Y. 15. HD, E. 2004/3331, K. 2005/698, T. 14.02.2005, naklen Kazancı Otomasyon).

sonucu davacının uzuv kaybı dolayısıyla uğramış olduğu zararlarının tazminine karar vermiştir<sup>183</sup>. Malvarlığının pasifinde ortaya çıkabilecek artmayı da buraya dâhil etmek mümkündür.

Kural olarak, dış hekimleri, sadece tıbbî teşhis ve tedavi edimi neticesinde doğrudan doğruya zarar gören kişilere tazminat öder<sup>184</sup>. Ancak, hastanın ölümü halinde geride kalan yakınları da "destekten yoksun kalma tazminatı" isteyebilirler (TBK. m. 53 /III)<sup>185</sup>.

Gerek sözleşme, gerekse sözleşme dışı sorumlulukta uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hastanın üzerindedir (TBK. m. 50 /I)<sup>186</sup>. Ne var ki, zararın gerçek miktarını tam olarak ispatlamak çoğu zaman imkânsızdır. İşte, uğranılan zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı hallerde, hâkim, somut olayın özelliklerini de göz önünde tutmak suretiyle hastaya ödenecek tazminatı belirler (TBK. m.114/II, m. 50 /II). Hastanın özel sağlık kurum ve kuruluşuna yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara riayet etmeme, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da nazara alınarak tazminat miktarı indirilebilir (TBK. m. 52)<sup>187</sup>.

### C. MANEVÎ TAZMİNAT

Dış hekimleri, hastaya, uğramış olduğu manevi zararlar için de tazminat ödemek zorundadır. Bu açıdan, Alman Hukukundan farklı olarak, Türk ve İsviçre Hukuklarında akdi sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasında fark yoktur. Yani teşhis ve tedavi sözleşmesinin ihlali sonucunda da uğranılan manevî zararlar için tazminat istenebilir (TBK. m.114 /II, 56, 58; TMK. m. 24)<sup>188</sup>.

Kusurlu tıbbî teşhis ve tedavi neticesinde hastanın beden bütünlüğü zarar görmüşse, dış hekimi kural olarak hastanın kendisine manevi tazminat öde-

<sup>183</sup> Y.13.HD. 9.11.1999T,E.2000/9590,K/964/. (Yayınlanmamıştır).

<sup>184</sup> Ayan, 121.

<sup>185</sup> Atabek /Sezen, 156; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 77.

<sup>186</sup> Loeffler, 36.

<sup>187</sup> Belgesay, (Mesuliyet), 120; Atabek /Sezen, 154; Öz, 716; Reisoğlu, 17.

<sup>188</sup> Ott, 99; Reisoğlu, 17; Belgesay, (Mesuliyet), 125-126; Özgül, 162; Reisoğlu, 222-223; Wiegand, 185;BGE 116 II 519ff.

mek zorundadır<sup>189</sup>. Buna karşılık, söz konusu tıbbî teşhis ve tedavi edimi hastanın ölümüne yol açmışsa, artık hastanın geri de kalanlarına manevi tazminat ödenmesi gerekir (TBK. m. 56)<sup>190</sup>.

Bedenî zarara uğrama ve ölüm halleri dışında, hastanın hekime karşı yöneltilbileceği manevi tazminat taleplerine genelde Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uygulanır. 04. 05. 1988 Tarih ve 3444 sayılı "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin bazı maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un<sup>191</sup> 8. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, söz konusu hükme dayalı olarak manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkının ihlali yanında, failin kusurunun ve uğranılan zararın özel bir ağırlık taşıması aranırdı<sup>192</sup>. 3444 sayılı Kanun, kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını haklı olarak kaldırmıştır<sup>193</sup>. Maddenin yeni şekline göre, "*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir*" (BK. m. 49 /I, TBK. m. 58). 3444 sayılı Kanunla değişik Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında "kusur"dan hiç söz edilmemiştir. Bu durum, manevi tazminat istemleri için kusur şartının tümüyle kaldırılmış olup olmadığı konusunda tereddütlere yol açabilir. Ancak, TBK. 58. maddesinin kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler içinde yer alması ve özel hükümler dışındaki manevi tazminat taleplerini

---

189 "Dava, maddi ve manevi tazminat istemleriyle açılmıştır. Davacının davalı diş hekimi tarafından yapılan dişler nedeniyle acı çektiği, dişlerinde kanamalar olduğu, yapılan dişlerin estetik açıdan yetersiz olduğu, sağlık açısından bunların tümünün değiştirilmesi gerektiği bildirilmiştir. Açıklanan bulgular normal diş yapımının sonuçlarını aşar niteliktedir. Davacının dişleri zorunlu olarak ağızda tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı yönünden manevi tazminat isteme şartlarının da olduğu anlaşıldığından davacının çektiği acı ve sıkıntılar da dikkate alınarak tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına uygun bir miktarda manevi tazminatın karar altına alınması gerekir" (Y. 15. HD. E. 2007/4244, K. 2008/2926, T. 02.05.2008, naklen Kazancı Otomasyon).

190 "...O halde vücut bütünlüğüne verilen zararlar nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi uyarınca ve hakaret ve tehdit eylemleri ile kişilik haklarına verilen zararlar nedeniyle BK'nın 49. maddesi uyarınca davacı lehine tazminata hükmedilebilir..."(Y. 13. HD., 20.01.2003T, 2002/14894 E, 419 K.).

191 19812 sayılı, 1.5.1988 tarihli R.G' de yayınlanmıştır.

192 Ott, 99; Ünal, 414 vd.

193 Değişiklikten önce öğretilde, kişilik hakkının tam olarak korunmasını sağlamak amacıyla, ağır kusur niteliği taşımayan ve fakat manevi zarara yol açan hafif ihmallerinde de manevi tazminat istenebilmesi önerilmişti (Bkz. Karayalçın, 267; Franko, 128-129; Ünal, 420-422; Kaplan, 224-229).

genel olarak düzenlemeyi amaçlaması, kusur unsurunun bütünüyle ortadan kaldırılmadığının kabulünü gerektirir. Aynı şekilde, manevi tazminatın özel olarak düzenlendiği hükümlerde (TMK. m. 25; 121 /II, 174 /II; TBK. m. 56; TTK. m. 58) failin kusurunun aranması da bu sonucu zorunlu kılar<sup>194</sup>.

Doktrin yasa koyucunun, haklı olarak eleştirilen kusurun ve zararın özel bir ağırlık taşıması şartını kaldırmak istemiş, Borçlar Kanunu'nun m. 58 maddesinin birinci fıkrasında yer alan genel düzenleme karşısında maddenin diğer kısımlarında ayrıca kusurdan söz etmeye ise gerek görmemiştir. Dolayısıyla her türlü kusur manevî tazminata hükmedilmesi için yeterli görülmüştür. Yani, özel sağlık kurum ve kuruluşundan manevi tazminat istenebilmesi için, maddi tazminat talepleri için gerekli şartlar aynen aranmalıdır<sup>195</sup>. Bunlara ek olarak, halen yürürlükte olan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, BK. m. 49'da yer alan manevi tazminatın hesaplanmasında, " *tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır* " düzenlemesi, yeni değişikliklerle kaldırılmıştır. Çünkü öteden beri anayasanın eşitlik ilkesine ilgili hükmün aykırı olduğu eleştirisi getirilirdi. Bu eleştiriler artık yeni değişikliklerle, kanunlaşmıştır.

Diş Hekimin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı aynı zamanda hastanın kişilik hakkını da ihlal edeceği için, onun, manevi tazminat talebi 3444 sayılı Kanunla değişik Medeni Kanunun 25. maddesine dayandırılması da mümkündür<sup>196</sup>.

## SONUÇ

Ülkemizde son dönemlerde, sağlık hukuku alanlarında giderek artan sayıda sağlık hukuku ile ilgili eserler verilmektedir. Ancak, diş hekimlerinin sorumluluğu daima diğer hekimlerin sorumluluğunun arasında sıkıştırılarak derinlemesine girilmeden verilmektedir. Çalışmamızda, Türk sorumluluk

<sup>194</sup> Zevkililer (Medeni), 479.

<sup>195</sup> Ayan, 123; Zevkililer (Medeni), 479.

<sup>196</sup> " ..Davacı evlenme çağında bir genç kız olarak tedavisinin yarım kalması nedeniyle büyük üzüntüye kapıldığını ileri sürerek ... manevi tazminat talebinde bulunmuş, mahkeme ... manevi tazminata hükmetmiştir. Sözleşmeye aykırı davranılmasında BK. M. 49. Maddedeki şartlar gerçekleştiğinde manevi tazminat istenebilir. Bunun içinde davacının kişisel haklarına hukuka aykırı bir şekilde tecavüzün varlığından söz etmek gerekir..." (Y. 13. HD. 17.05.2006T, E. 2006/5557E, K. 2006/8023K).

hukuku sisteminde, bağımsız çalışan diş hekiminin sorumluluk sebepleri; sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk, sözleşme türleri ise, kusur sorumluluğu ve sebep sorumluluğu olarak incelenmiştir. Sorumluluk sebepleri ve türleri incelenirken diş hekimliği mesleğinin özellikleri ve bu alanında Türk-İsviçre ve Alman yargı kararları ve doktrin uygulamalarından istifade edilmiştir. Türk Yargıtay'ının bu alanda vermiş olduğu çok fazla karar bulunmamaktadır. Az sayıda vermiş olduğu kararlarında da bütün diş hekimleriyle ilgili müdahaleleri otomatik olarak "eser sözleşmesi" şeklinde isimlendirmektedir. Bu durumda gelişen İsviçre ve Alman doktrin ve yargı kararlarının arkasında kalmayı zorunlu hale getirmektedir. Bundan dolayıdır ki, kararların seçiminde yabancı eserlere ve yargı kararlarına daha çok başvurularak çalışma gerçekleştirilmiştir.

Diş hekiminin hastalarına karşı gerçekleştirdiği tıbbî müdahalelerde karşılaşılan sorunların çözümünde halen yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin değiştirilen kısımları da göz önünde tutularak yer verilmeye çalışılmıştır. Diş hekimlerinin hukuki sorumluluklarına karar verilirken Yargıtay herhangi bir ayrıma gitmeden taraflara arasındaki sözleşmelere istisna hükümlerinin uygulanmasına karar vermektedir. Ancak, insan vücudunun karmaşıklığı ve diş hekiminin gerçekleştirdiği muameleler göz önünde tutulduğunda her somut olayın farklı değerlendirilmesi ve ona göre hukuki tespitin yapılması gerekir. Diş hekiminin hukuki sorumluluğunda İsviçre uygulamasında yer alan vekâlet sözleşmesi trendinin de uygulamada Yargıtay tarafından göz önünde tutulması gerekir.



# TEREKENİN İFLÂS HÜKÜMLERİNE GÖRE TASFİYE SEBEPLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN\**

*Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM\*\**

## A- GENEL OLARAK

Ölümünden önce, gerçek kişi borçluların mallarının tasfiye edilmesi, ancak İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre mümkündür<sup>1</sup>. Bunun için de borçlunun tacir sıfatını haiz olması gerektiğinin yanısıra, kanunlarımızda belirtilen bazı sebeplerin de gerçekleşmesi zorunludur. Bu sebepler çok sayıda olup, “*iflâs sebepleri*” olarak bilinirler<sup>2</sup>. “Tacir sıfatını haiz olma” ve “iflâs sebeplerinden birisinin bulunma” şartları birlikte gerçekleşmediği takdirde, gerçek kişi borçluların mallarının tasfiye edilmesine imkân yoktur<sup>3</sup>. Bu durumda alacaklıların tatmin edilmesi, ancak cüz’i icra prosedürü ile mümkündür. Borçlunun ölümünden önce olduğu gibi, ölümünden sonra da, alacaklıların tatmin edilmesi gerekebilir. Bu durumda, taraf ehliyetinin yokluğu nedeniyle, ölen borçlu hakkında cüz’i icra takibi yapma imkânı yoktur<sup>4</sup>. Böyle bir halde yapılması gereken, mirası kabul etmiş mirasçılara karşı takip başlatmaktır. Ancak mirasçılardan açıkça veya hükmen mirası reddetmeleri halinde,

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs-Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (cruzgaresen@yahoo.com).

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs-Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (murerdem@yahoo.com).

1 Borçlunun tüzel kişi olması halinde, mallarının tasfiye edilmesi, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre de mümkün olabilmektedir (TTK m. 206 vd., m. 267, m. 441 vd., m. 552).

2 Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Rüzgaresen**, Cumhuri: İflâs Sebepleri, Ankara 2011.

3 İstisnai olarak, borçlu tacir olmasa bile, teklif ettiği konkordato tasdik edilmez veya feshedilir veya kendisine verilen konkordato mühleti kaldırılırsa, iflâsına ve dolayısıyla da mallarının iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesine karar verilir (m. 301,İ). Bu istisnalar dışında, tacir olmayan gerçek kişi borçlu hayatta iken, mallarının tasfiye edilmesine imkân yoktur. Bu nedenle tacir olmayan borçluların borcu kadar malı haczedilerek paraya çevrilir ve alacaklılar tatmin edilir.

4 **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010, s. 100; **Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2008, s. 165.

alacaklıların tatmin edilmesini sağlayacak tek yol terekenin tasfiye edilmesidir. Fakat ölümden önceki durumdan farklı olarak, burada terekenin tasfiye edilmesi için, borçlunun tacir sıfatını haiz olması gerekmez<sup>5</sup>. Bu husus, İsviçre hukukunda da aynı şekildedir. Zira İsviçre İcra ve İflâs Kanunu da, bir mevcudun iflâs hükümlerine göre tasfiye edilebilmesi için, borçlunun ticaret siciline kayıtlı kimse olmasını bir şart olarak aradığı halde<sup>6</sup>, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesinde, mirasbırakanın ticaret siciline kayıtlı kişilerden olmasını bir şart olarak aramamıştır<sup>7</sup>.

Borçlunun ölümünden sonra mallarının tasfiye edilmesi için, Medenî Kanun ve İcra ve İflâs Kanunu'na göre olmak üzere iki ayrı prosedür çeşidi<sup>8</sup>. ve bu prosedürlere başvurmayı gerektiren sebepler öngörülmüştür. Ölen kimsenin terekesinin tasfiyesi kural olarak, Medenî Kanunu'nun 632 vd. maddelerine göre yapılır. Ancak Medenî Kanunu'nun 612 nci ve 636 ncı maddelerinde sözü edilen istisnâî durumların varlığı halinde, terekeye ilişkin tasfiye Medenî Kanun'a göre değil de, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapılacağı bu hükümlerde belirtmiştir<sup>9</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 180 inci maddesi de terekenin bu şekildeki tasfiye edilme biçimine ayrıca işaret etmiştir.

Medenî Kanun'un 612 nci ve 636 ncı maddelerinde geçen “*iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir*” ifadesinin anlamı, sözü edilen sebeplerin varlığı halinde, terekenin tasfiyesi için izlenecek yolun “*iflâs prosedürü*” olduğudur. Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilebilmesi için, iflâs prosedüründen farklı olarak ticaret mahkemesi yerine, sulh hukuk mahkemesine başvurulur. Ayrıca terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesi bir iflâs sebebi olmadığından, müflis sıfatına ilişkin hükümlerin, mirasbırakan için uygulanmayacağı söylenebilir<sup>10</sup>. Zira, İcra ve İflâs Kanunu'nda terekenin iflâs

<sup>5</sup> **Ansay** s. 766; **Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi, İstanbul Tarihsiz, s. 56; **Muşul**, s. 1019.

<sup>6</sup> **Leemann**, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss.), Bern 1904, s. 84-85; **Gentinetta**, Richard: Die Konkursöffnung ohne vorrangige Betreibung, Freiburg 1932, s. 24; **Henze**, Emil: Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Bern 1923, s. 27-28.

<sup>7</sup> **Ansay**, s. 766.

<sup>8</sup> **Ansay**, Sabri Şakir: Terekenin Tasfiyesi (AD 1940/8, s. 747-771), s. 747.

<sup>9</sup> **Postacıoğlu**, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 121.

<sup>10</sup> **Berkin**-İflâs, s. 56; Karş. **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, İstanbul 1993, s. 2637-2641.



hükümlerine göre tasfiye edileceğini düzenleyen 180 inci maddesi, tasfiye ile ilgili hükümleri içeren İcra ve İflâs Kanunu'nun sadece 8 inci babına atıfta bulunmuş, buna karşılık, müflis sıfatına ilişkin hükümleri kapsam dışı bırakmıştır.

Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini gerektiren sebepler, “*mirasın hükmen reddi*” (MK m. 636), diğer bir ifadeyle “*mirasbırakanın borca batık olması*” ile mirasın en yakın yasal mirasçılar tarafından açıkça reddedilmiş olmasıdır (MK m. 612)<sup>11</sup>. Bu sebeplerden “*borca batıklık*”, hem borçlunun ölümünden sonra terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilme sebebi; hem de mirasbırakan hayatta iken, onun iflâsa tabi kişilerden olması kaydıyla bir iflâs sebebidir. Ancak, bir iflâs sebebi olan borca batıklıktan farklı olarak, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini gerektiren borca batıklığın tespiti için, bir ara bilanço düzenlenmesi gerekmez. Bunun için terekenin borca batık olduğunun açıkça belli olması yeterlidir. Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini gerektiren diğer sebep olan “*mirasın en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilmiş olması*” bir iflâs sebebi olmayıp, terekenin tasfiyesine özgü olarak kabul edilmiş bir sebeptir.

Bu çalışmada öncelikle tereke kavramı ve bu kavramın içeriği üzerinde, sonra da terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini gerektiren sebepler üzerinde durulacaktır.

## **B- TEREKE KAVRAMI VE KAPSAMI**

### **I- Tereke Kavramı**

Türk hukukunda genel kural, kişinin vefat etmesiyle birlikte, tüm hak, alacak ve borçlarının kendiliğinden ve bir bütün olarak mirasçılara geçmesidir (MK m. 599)<sup>12</sup>. Tereke, kavram olarak, terk edilen, geride bırakılan anlamına gelir. Terekenin hukuki anlamı ise, vefat eden kimsenin, mirasçılarına intikal edebilecek mevcudunun, borçlarının ve haklarının oluşturduğu

---

<sup>11</sup> YHGK, 27.4.1994, E. 1993/2-971, K. 1994/273 (www.kazanci.com, E.T., 12.10.2010).

<sup>12</sup> Kılıçoğlu, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 2007, s. 245; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 59.

topluluk demektir<sup>13</sup>. Tereke, “*miras*” kavramına göre dar bir kapsama sahiptir. Çünkü terekeye, sadece mal, alacak ve borçlar, yani parasal değeri bulunan unsurlar dâhil olurken; mirasın kapsamına terekedeki unsurlara ek olarak başka unsurlar da dâhil olurlar<sup>14</sup>. Bu unsurlardan bazılarının parasal değeri olmakla birlikte, bazılarının parasal değeri yoktur. Parasal değeri olanlara, mirasçılarının manevi tazminat<sup>15</sup>, mirasbırakana ait sosyal güvenlik hakları ve destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talepler; parasal değeri olmayanlara ise, mirasbırakanın manevi değeri olan eşyaları, mektupları, fotoğrafları örnek olarak verilebilir. Bu hak ve eşyalar mirasla birlikte intikal ettikleri halde, terekeye dâhil olmazlar<sup>16</sup>.

“*Tereke*” ile “*malvarlığı*” da eş anlamlı kavramlar değildirler. Malvarlığı, kişinin, değeri para ile ölçülebilen hak ve borçlarının oluşturduğu bütüne denir<sup>17</sup>. Ancak, terekeden farklı olarak, mirasbırakanın parasal değeri olan bazı mal ve haklar, terekede yer almaz ve mirasçılara intikal etmezler. Bu haklara, oturma hakkı, iş görme gibi kişisel edimler, intifa gibi şahsa bağlı irtifaklar örnek olarak verilebilir<sup>18</sup>. Ayrıca, mirasbırakanın malvarlığında bulunmayan, ancak maddi değeri olan bazı hak ve borçlar ile bazı şahıs varlığı hakları terekede yer alır. Bu haklara denkleştirmeye tabi mallar<sup>19</sup> örnek

<sup>13</sup> **Öztan, Bilge**: Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 15; **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 12; **İmre, Zahit/Erman**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 2004, s. 9; Ayrıca bkz.: **Serozan/Engin**, s. 89.

<sup>14</sup> Karş. **Öztan**-Miras s. 15; Ayrıca bkz. **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, Konya 2009, s. 8.

<sup>15</sup> Karş. **Serozan/Engin**, s. 95-97.

<sup>16</sup> Karş. **Serozan/Engin**, s. 90.

<sup>17</sup> **Ayan**, s. 5.

<sup>18</sup> **Serozan/Engin**, s. 89; Ayrıca bkz. **Ayan**, s. 8.

<sup>19</sup> Mirasbırakanın, kanuni mirasçılarının yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmaları, kazandırmayı alan kanuni mirasçının miras payına mahsuben yapılmışsa denkleştirmeye tabidir (**Serozan/Engin**, s. 159; MK m. 669, I). Tenkis hesabında terekeye hangi kalemlerin ekleneceğini gösteren MK m. 508’de, denkleştirmeye tabi olan sağlararası kazandırmaların tenkis hesabına dâhil edileceği konusunda bir düzenleme olmadığı gibi, kanunun diğer hükümlerinde de bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, MK m. 669, I’ e göre, yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler. Bu hükümden hareketle, denkleştirmeye tabi kazandırmaların da tereke mevcuduna öncelikle eklenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Örneğin, mirasbırakan, iki oğlundan büyük olana 15.000 TL ile iş kurmuş, diğer çocuğunun küçük olması nedeniyle, ona iş kurmadan ve geride 35.000 TL değerinde bir tereke

gösterilebilir<sup>20</sup>. Bu mallar, normalde murisin malvarlığından çıkmış olmakla birlikte, terekenin hesaplanmasında terekeye dâhil edilirler.

## II- Terekenin Kapsamı

### 1- Terekenin Mevcudu

Tereke mevcudunun tespitinde dikkate alınacak unsurların başında taşınmazlar gelir. Muvazaa sebebiyle iptali gereken taşınmaz temliki varsa, bunların da, miras açıldığında terekede varsayılarak mevcuda ilave edilmesi gerekir<sup>21</sup>. Medenî Kanun m. 657,II' ye göre, paylaşma için zirai taşınmazların değerinin belirlenmesinde, gelir kıymetinin esas alınacağı belirtilmiş olmasına rağmen, borca batıklığın tespitinde tenkise esas alınacak ölçütün hangi değere göre belirleneceği kanunda düzenlenmemiştir<sup>22</sup>. Kanaatimizce, zirai taşınmazlarının değerinin tespitinde de piyasa satış değeri esas alınmalıdır. Çünkü borca batıklık durumunda, borçlunun mevcudunun paraya çevrilererek, alacaklıların tatmin edilmesi gerektiğinden, burada önemli olan satış

---

birakarak ölmesi hâlinde denkleştirme gündeme gelecektir. Şayet, mirasbırakan yaşasaydı, küçük oğluna da bir iş kuracak ve böylece çocukları arasında denkleştirmeyi bizzat kendisi yapacaktı. Mirasbırakanın ölmesi nedeniyle, artık bu denkleştirmenin ölümünden sonra yapılması gerekir. Eğer, denkleştirme yapılmazsa, büyük çocuk mirasın paylaşılmasında kendisine düşecek pay bakımından avantajlı hale gelecektir. Büyük çocuk lehine yapılan kazandırma, mirasbırakanın açık beyanından aksi anlaşılmadıkça, iki çocuk arasındaki eşitliği bozmak için değil, tam tersine onun miras payına mahsuben yapılmış olarak anlamak gerekecektir. Dolayısıyla, terekenin mevcuduna büyük çocuğun aldığı 15.000 TL'nin eklenmesi gerekir. Böylece alt soy kanuni mirasçılar arasında denge sağlanmış olur. Şayet, mirasbırakan sağlar arası ivazsız kazandırmayı, altsoy kanuni mirasçılar haricindeki diğer kanuni mirasçılara yapmışsa, bu kazandırmanın onların miras paylarına ek olarak yapıldığı kabul edilir (**Serozan/Engin**, s. 160). Kanaatimizce, buradaki denkleştirme, alt soy mirasçılar arasında menfaat dengesinin kurulması bakımından önem arzeder. Yoksa, buradaki kazandırma mevcuda dâhil edilerek, tereke alacaklılarının tatmin edilmesi sağlanmaz. Bu kazandırmaların terekeye dâhil edilmesi, terekenin alacaklıları bakımından mevcut-borç dengesini etkilemez. Yani bu kazandırmalar, terekeye dâhil edilmekle birlikte, mirasa mahsuben yapılan sağlararası işlemler olması nedeniyle, alacaklıların alacağının ödenmesi bakımından terekenin net mevcuduna eklenmemeleri gerekir.

<sup>20</sup> Mirasbırakanın, kanuni mirasçılarına yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmalar, kazandırmayı alan kanuni mirasçının miras payına mahsuben yapılmışsa denkleştirmeye tabidir (**Serozan/Engin**, s. 159; MK m. 669, I).

<sup>21</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı (RG, 30.5.1974, sa. 14900, s.4).

<sup>22</sup> **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medenî Hukuku-Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 334.

sonunda, alacaklıların eline geçen değerdir. Yoksa gelir kıymetinin alacaklılar bakımından bir önemi yoktur. Ayrıca, rehnedilmiş, haczedilmiş veya ihtiyaten haczedilmiş olan taşınmazlar da, mirasbırakan hayatta iken, henüz mülkiyetinden çıkmış olmadıklarından, mevcudun hesaplanmasında dikkate alınırlar.

Taşınmazların yanı sıra, terekedeki taşınır da mevcuda dâhil edilirler. Ancak, satış ve mübadele değeri olmayan ve para ile ölçülemeyen kıymetler, örneğin sadece manevi değeri olan aile resimleri, mektuplar terekenin mevcudunun tespitinde dikkate alınmazlar<sup>23</sup>. Gerek taşınmazların, gerekse taşınırın, mirasbırakanın ölüm tarihine kadar meydana gelmiş semereleri de terekede kalan miktarıyla taşınır olarak mevcuda dâhil edilirler<sup>24</sup>. Kanaatimizce, taşınmazlarda olduğu gibi, rehnedilmiş, haczedilmiş ve ihtiyaten haczedilmiş olan taşınır da, mirasbırakan hayatta iken mülkiyetinden henüz çıkmadıklarından, mevcudun birer kalemini oluştururlar.

Mirasbırakanın alacakları ve bunlar için işlemiş olan faizler, tereke mevcudunun birer unsurunu oluştururlar<sup>25</sup>. Buna karşılık, borçlusu mutlak olarak acz içinde bulunan alacaklar hesaba dâhil edilmez<sup>26</sup>. Şarta bağlı alacaklar açısından ise doktrinde bir ayırım yapılmaktadır. Bir görüşe göre, taliki şarta bağlı alacaklar mevcuda dâhil edilmezler, ancak bozucu şarta bağlı alacaklar, miras açıldığı anda var olduğu gerekçesiyle mevcuda dâhil edilmeleri gerekir<sup>27</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, şüpheli ve şarta bağlı alacaklar mevcudun belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır<sup>28</sup>. Şayet, şüpheli alacak sonradan tahsil edilirse veya şart gerçekleşirse, alacaklılar, bu yeni duruma göre mevcudun hesabının düzeltilmesini isteyebilirler<sup>29</sup>. Rehin ile

<sup>23</sup> Haczedilemeyen mal ve haklar açısından karşı. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 265, dn. 2; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2011, s. 296.

<sup>24</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

<sup>25</sup> Faizli alacaklar, mirasın açıldığı tarihteki faiz oranına göre anaparaya eklenerek terekede yer alırlar (**Antalya**, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 285).

<sup>26</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

<sup>27</sup> **Tuor**, Peter: Berner Kommentar, III. B., Das Erbrecht, Bern 1952, Art. 474, Nr. 16. s. 155; **Eren**, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1967, s. 23.

<sup>28</sup> **Antalya**, s. 285; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

<sup>29</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

temin edilmiş alacaklar, kural olarak tam miktarları ile dikkate alınır. İpotek, ipotekli borç senedi ve menkul rehnine konu teşkil eden şeyin değeri, alacağı karşılamaya yeterli gelmezse ve borçlulardan da arta kalan kısmın tahsili imkânı bulunmazsa, rehnedilen şeyin satış değeri mevcuda dâhil edilir<sup>30</sup>.

Bir görüşe göre, terekede borsada işlem gören hisse senetleri ve tahvil gibi kıymetli evraklar varsa, bunların değeri de, mirasbırakanın ölüm tarihindeki borsa rayicine göre belirlenir. Yabancı paralar da resmi kurlara göre hesaplanır<sup>31</sup>. Kanaatimizce, borsada işlem gören hisse senetleri için mirasbırakanın ölüm tarihindeki borsa satış değeri esas alınmamalı, hisselerin satışı yapıldıktan sonra, elde edilen para mevcuda dâhil edilmelidir. Çünkü borsada işlem gören hisse senetlerinin değerleri, piyasa koşullarına bağlı olarak değişkenlik gösterebildiğinden, bunlar nakde çevrilmedikçe gerçek değerleri bulunamaz. Aksi halde, mevcudu borçlarından fazla olan tereke, bir anda borca batık hale gelebilir veya borca batık gözükürken tereke bir anda, mevcut bakımından pozitif noktaya ulaşabilir.

Terekenin mevcudunun belirlenmesinde, mirasbırakanın hayatta iken yaptığı ivazsız kazandırmalar da dikkate alınır (MK m. 669 vd.)<sup>32</sup>. Bu kazandırmalar terekeye aynen veya değerleriyle fiilen iade edilir<sup>33</sup>. Ancak, Medenî Kanunu'nun 671 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, böyle bir kazandırma alan kimsenin, aynı zamanda mirasçı olması halinde, iki seçimlik hakkı vardır; buna göre, bu mirasçı ister aldığını aynen iade eder, isterse payından fazla olsa bile, değerini miras payına mahsup ettirir<sup>34</sup>.

## 2- Terekenin Borçları

Terekenin borca batık olup olmadığının belirlenmesi için, mirasbırakanın mevcudunun yanı sıra, borçlarının da belirlenmesi gerekir. Çünkü tereke içerik olarak, mirasbırakanın mevcudu ile birlikte, borçlarını da kapsar. Bu borçlar, mirasbırakanın hayatta iken edindiği borçlara ilave olarak, ölümü

---

30 **Vital**, H.L.: Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss.), Bern 1915, s. 170; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

31 **Tuor**, Art. 474, Nr. 19. s. 159; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 335.

32 **Vital**, s. 203.

33 **İnan/Ertas/Albaş**, s. 336.

34 **Serozan/Engin**, s. 159-160.

sebebiyle meydana gelen giderler toplamından oluşur. Mirasbırakanın, hayatta iken, altına girdiği para ve para ile değerlendirilebilen borçları hesaplanarak, terekeden çıkarılır. Bunun için mirasbırakanın borçlarının muaccel olması gerekmez. Yani, muaccel borçların yanı sıra, müeccel borçları da hesaba katılır. Mirasbırakanın borçlarını, onun ölümünden kaynaklanan ve ölümden sonra doğan giderler, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri, mirasbırakan ile birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri (MK m.507,II), mirasçılar arasında varsa cenin ve ceninin annesi muhtaç ise, doğuma kadar geçim için ihtiyaç duyduğu nafaka (MK m.643,II)<sup>35</sup>, eğitimi tamamlamamış çocuklar ile malul çocuklara (MK m. 674) ödenecek tazminatlar oluşturur<sup>36</sup>.

Mirasbırakanın borçları, geçerli ve henüz yerine getirilmemiş olmak zordur. Ayrıca bu borçların fer'ileri (örneğin faizleri de), ölüm anına kadar olan kısımları da borç kalemine dâhil edilir. Şayet, borçlardan bazıları şarta bağlanmış ise, ikili bir ayırım yapmak gerekir: Söz konusu borç, bozucu bir şarta bağlanmışsa, tereke borçlarına dâhil edilir; buna karşılık, borç erteleyici bir şarta bağlanmışsa, tereke borçlarına dâhil edilmez<sup>37</sup>. Değeri üzerinde uyumsuzluk olan borçlarda ise, bir görüşe göre, bu borçların yaklaşık asgari değeri esas alınır<sup>38</sup>. Kanaatimizce, bu tür borçların ortalama piyasa değeri esas alınmalıdır.

İflâs hukukunda borca batıklık belirlenirken, borçlunun para borçlarının yanı sıra diğer borçları da esas alınır<sup>39</sup>. Mirasbırakanın borca batıklığında da, mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla, konusu para olmayan borçlarının parasal değerleri tespit edilerek borca batıklık belirlenmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 198 inci maddesine göre, iflâsın açılması ile borçlunun konusu para olmayan borçları para borcuna dönüşür<sup>40</sup>. Fakat mirasbırakanın borca batıklığı halinde iflâs kararı verilmesine imkân olma-

---

35 **Antalya**, s. 287.

36 **İnan/Ertas/Albaş**, s. 336 vd.

37 **Antalya**, s. 287.

38 **Antalya**, s. 287.

39 **Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul 1988, s. 546; **Rüzgaresen-Sebepler**, s. 578.

40 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.530; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 573.

dığından ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 198 inci maddesine atıf bulunmadığından, bu hükmün mirasbırakanın borca batıklığı için uygulanması mümkün gözükme de, kanaatimizce burada olması gereken, tasfiyenin açılmasıyla mirasbırakanın konusu para olmayan borçları paraya dönüşmeli; ancak kendisine mal teslimi gereken bir alacaklı, eğer mümkünse ve tasfiye idaresi de uygun görürse, malın teslim edilmesini isteyebilmelidir<sup>41</sup>. Ancak bu yapılırken, alacaklılar arasındaki menfaat dengesi iyi gözetilmelidir. Zira bu durumlarda mal alacaklısı, alacağına tam olarak kavuşmasına rağmen, para alacaklısının ise alacağına tamamen veya kısmen kavuşmama riski vardır.

### C- TEREKENİN TASFİYE SEBEPLERİ

#### I- Mirasın Hükmen Reddedilmiş Olması (Mirasbırakanın Borca Batık Olması)

Terekenin iflâs hükümlerine göre reddini gerektiren sebeplerden birisi, terekenin hükmen reddedilmiş olmasıdır. Medenî Kanun m. 605,II'ye göre "*Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemededen aczi*<sup>42</sup> *açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır*"<sup>43</sup>. Terekenin hükmen reddedilmiş sayılması için, mirasbırakanın borca batık olması gerekir<sup>44</sup>. Kanun koyucu, mirasbırakanın borca batıklığı halinde, mirasçılarının mirası kabul beya-

41 İcra ve İflâs Kanunu m. 198, c.2'ye kıyasen.

42 Medenî Kanun m. 605'te sözü edilen "ödemeden acz" ifadesi, borca batıklık anlamında kullanılmıştır (Umar, Bilge: Acz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Yanlılık (YTÜHFD, 2004/1, s. 317-324), s. 323-324; Rüzgaresen, Cumhuriyet: Mirasbırakanın Borca Batıklığı, EÜHFD, 2010/1-2, s. 272-311), s. 281).

43 Kılıçoğlu, s. 261; İnan/Ertay/Albaş, s. 499; Aybay, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002, s. 93; İmre/Erman, s. 334; 4.HD, 23.11.1992, E. 1991/8220, K. 1992/14732 (www.kazanci.com, E.T., 5.9.2010); 2.HD, 22.3.2004, 2731/3608 (www.kazanci.com, E.T., 5.9.2010).

44 Borca batıklıktan maksat, terekedeki mevcudun borçlarına yetmemesidir. Borca batıklığın iflâs hukuku bakımından tanımları için bkz. Temme, Ulrich: Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, Münster 1997, s. 112; Lanz, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung (Diss.), Zürich 1985, s. 37; Giroud, Roger: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986, s. 54; Leemann, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss.), Bern 1904, s. 129; Atalay, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996, s. 47 vd.; Pekcanitez, Hakan: Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s. 31; Deliduman, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Et-kileri, Kocaeli 2008, s. 50; Rüzgaresen-Sebepler, s. 480.

nında bulunmayarak susmasını mirasın hükmen reddi olarak kabul etmiştir<sup>45</sup>.

Mirasbırakanın borca batık olması, onun ölümü tarihinde açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olabileceği gibi (MK m. 605,II), onun ölüm tarihinden sonra terekenin Medenî Kanun hükümlerine göre yapılan tasfiye sırasında da (MK m. 632 vd.) tespit edilmiş olabilir. Mirasbırakanın borca batık olduğunun “açıkça belli” olmasından maksat<sup>46,47</sup> ölüm tarihinde, borçlunun borçlarına ilişkin verilerin, açık bir şekilde, mevcutlarının aleyhine olduğunun çevresince biliniyor olmasıdır<sup>48</sup>. Mirasbırakanın borca batık olduğunun resmen tespitinden maksat, ölüm tarihinde, mirasbırakanın borca batık olduğunun resmi organlar tarafından belirlenmiş olmasıdır<sup>49</sup>. Örneğin, borçlu hayatta iken, hakkında yapılan icra takibi semeresiz kalmış ve alacaklılara borç ödemededen aciz belgesi verilmiş<sup>50</sup> ve borçlu, bu belgeye bağlanan borçları ödeme imkânı elde edemediği ölmüşse, borca batıklık resmen tespit edilmiş demektir. Mirasbırakanın borca batık olduğunun, Medenî Kanun’a göre yapılan resmi tasfiye sırasında ortaya çıkmasından maksat ise, mirasbırakanın mevcudunun borçlarından fazla olduğu düşünülerek resmi tasfiyenin başlatılması, ancak bu tasfiye sırasında borca batıklığın var olduğunun anlaşılmasıdır.

Mirasbırakanın ölümü tarihinde, terekenin açık bir şekilde borca batık olması halinde (MK m. 605), medenî hukuk anlamındaki resmi tasfiyeye değil, İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenmiş olan tasfiye yoluna gidilir<sup>51-52</sup>.

---

45 **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 620; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 499.

46 2. HD, 21.11.2002, 11232/12852 (www.kazanci.com, E.T., 5.9.2010).

47 Borca batıklığın çevrede yaygın bir şekilde bilinmesi (açıkça belli olması) hükmi red için yeterli sebeptir (**Aybay**, s. 93).

48 **Öztañ**, s. 324.

49 **Öztañ**, s. 324.

50 Borç ödemededen aciz belgesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Öztek**, Selçuk: İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası, İstanbul 1994.

51 **Amonn**, Kurt/**Dominik**, Gasser: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, s. 309.

52 Buna karşılık, borçlu hakkında iflâs takibi başladıktan veya iflâs kararı verildikten sonra borçlunun ölümü halinde terekenin tasfiyesine ticaret mahkemesi kararıyla, İİK m. 208-



Çünkü böyle bir durumda, mirasçılardan çok alacaklıların menfaati ön planda olduğundan, alacaklıların menfaatlerinin korunmasına imkân sağlayan en elverişli yol, tasfiyenin iflâs hükümlerine göre yapılmasıdır<sup>53</sup>. Kanaatimizce, Medenî Kanun m. 605'te sözü edilen “*mirasbırakanın ödemededen aczi açıkça belli*” ifadesi, mirasın hükmen reddi için yeterli bir sebep olmakla birlikte, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilebilmesi için, yeterli olmayıp, bu durumun kesin<sup>54</sup>, yani resmi olarak da tespit edilmesi icap eder<sup>55</sup>. Zira terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesine karar verecek olan mahkeme, bilgi ve belgelere dayalı olmadan, dış görünüşten hareket edip “*açıkça belli*” ölçütünü esas alarak bu kararı vermesi, hukuka aykırılık oluşturur. Terekenin hesaplanmasında, mahkeme, mirasçılarının beyanı ile bağlı olmayıp, gerektiğinde keşif ve bilirkişi desteği ile terekenin miktarını belirleme yoluna gidebilir<sup>56</sup>.

Resmi deftere göre terekenin mevcudunun borçlarını ödemeye yetmediği anlaşılır veya başlangıçta mevcudun borcu karşılayacağı kanaati ile olağan usulle tasfiyeye başlanıp (MK m. 636), sonradan mevcudun borçları ödemeye yetmediği sonucuna varılırsa, sulh hâkimi durumu derhal alacaklılara bildirir<sup>57</sup> ve iflâs usulü ile tasfiyeye karar vererek, bu tasfiyeyi yapmak için bir veya birkaç memur atar (VVMT m.52,1)<sup>58</sup>.

Hükmî reddin sonuç doğurabilmesi için, herhangi bir irade açıklamasına veya dava açılmasına gerek yoktur. Mirası hükmen reddetmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi bunu def'i yoluyla da ileri sürebilir<sup>59</sup>.

---

256. madde hükümlerine göre gerçekleştirilecektir (**Balci**, Şakir: İflâsın Ertilenmesi Usul ve Esaslar, İzmir 2005, s. 67).

53 **Ansay**-Tereke, s. 766.

54 **Aysoy**, Nejat Aydın: Tereke, Ankara 1957, s. 136-137.

55 Karş. **Ansay**-Tereke, s. 767.

56 **Töre**, Hayrullah Futuhi: Terekenin Hesabında Göz Önünde Tutulacak Esaslar (ABD 1972/6 s. 944-949), s. 945; YHGK, T. 26.5.1965, 781/223, 2.HD, T.13.3.1970, 910/1558 (**Yazıcı**, Hilmi/**Atasoy**, Hasan: Şahıs, Aile ve Miras Tatbikatı ile İlgili İçtihatlar, Ankara 1970, s. 852-853).

57 **Aysoy**, s. 137.

58 **Ansay**-Tereke s. 766; **Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006, s. 1004; **Ayan**, s. 238.

59 HGK, 16.4.2008, 4-332/336 (www. kazanci.com, E.T. 4.10.2011).

Türk hukukunda genel kural, kişinin vefat etmesiyle birlikte, hak<sup>60</sup>, alacak ve borçlarının kendiliğinden ve bir bütün olarak mirasçılara geçmesidir. Bunun için, mirasçıların kabul beyanında bulunmaları gerekmez<sup>61</sup>. Doktrin-deki bir görüş, mirasbırakanın borca batık olmasının, bu genel kuralın istisnasını oluşturduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, terekenin mevcudunun borçlarından az olması durumunda, kabul edilmeyen miras, hükmen reddedilmiş sayılır<sup>62</sup>. Kanaatimizce, mirasçılara intikali bakımından terekenin borçlarının mevcudundan fazla olması bir önem arzetmez. Ancak, ortada borca batıklık varsa, murisin ölümü ile mirasçılara geçen tereke, mirasçılar tarafından hükmen reddedilmiş sayılır. Yoksa, borcu mevcudundan fazla olan tereke her halükarda mirasçılara geçer. Hükmen red, ancak mirasın intikalinden sonra ortaya çıkar. Zira red hükmen bile olsa, bu hakkın doğması için, mirasın, mirasçılara intikal etmiş olması gerekir. Her ne sebeple olursa olsun, mirasçılara intikal etmemiş bir miras ile mirasçılar arasında bir bağlantı kurmak mümkün değildir. Ayrıca intikal etmemiş bir mirasın, hükmen bile olsa reddedilmesine imkân yoktur. Burada mirasçılar lehine getirilen tek düzenleme, borca batıklık sebebiyle, mirasçılarının red beyanlarını açıklamalarına gerek olmamasıdır.

Borçları mevcudundan fazla olan bir terekenin reddedilmiş sayılması, kanunun kabul ettiği bir karinedir<sup>63</sup>. Hükmi red veya red karinesi, mirasçılarının herhangi bir irade beyanı olmaksızın, borca batıklığın varlığı sebebiyle kendiliğinden gerçekleşir<sup>64</sup>. Bu reddin veya karinenin gerçekleşmesi için, mirasçılarının susmuş olması yeterli olmakla birlikte, mirasçılarının borçları mevcudunu aşmış terekenin kendilerine yükleyeceği mali yükümlülüklerden kurtulmaları için, borca batıklığın varlığını ispatlamaları gereklidir<sup>65</sup>.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Buradaki haklardan maksat miras yoluyla intikali mümkün olan haklardır.

<sup>61</sup> **Serozan/Engin**, s. 59-61.

<sup>62</sup> **Serozan/Engin**, s. 61.

<sup>63</sup> Bu durum, adi kanuni bir karine olup, aksi her zaman ispatlanabilir (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 620; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 499).

<sup>64</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 619; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 499; **Aybay** s. 93; **Helvacı**, İlhan: Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak, Türk Medenî Kanununa Göre, Mirasın Reddi, İstanbul 2002, s. 193-194,197; Ayrıca bkz. **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara 2004, s. 13, 11 123.

<sup>65</sup> Mirasçılar borca batıklığı kanıtlamak için bir tespit davası açabilirler. Bu dava için kanunda öngörülüş bir süre mevcut değildir (2. HD 5.7.2002, 8108/8998: **İnal**, s. 625).

İlgili şahıslar da, örneğin murisin alacaklıları, bu karinenin aksini, yani terekenin borca batık olmadığını, mirasçılarının mirası açık veya zımnî olarak kabul ettiklerini, dolayısıyla, hükmen red karinesinin düştüğünü ispatlayabilirler<sup>67, 68</sup>.

Mirasçılar lehine konulmuş olan bu karinenin yanı sıra, mirasçılarının hükmi reddin tespiti için dava açmalarının önünde bir engel de yoktur<sup>69</sup>. Mirasçılarının bu yönde bir dava açmalarında menfaatleri bulunduğundan şüphe etmemek gerekir. Borca batıklık, resmen tespit edilmeyip, sadece açıkça belli ise, mirasçının ihtiyaten red beyanında bulunması yerinde olur. Çünkü, ileride kendisine karşı bir dava açıldığında veya takip yapıldığında, hükmi reddin şartlarının var olduğu konusundaki ispat yükü kendilerine ait olacaktır<sup>70</sup>.

Kural olarak, bir terekenin mevcudu borçlarından fazla ise, mirasçılarının açık bir beyanı olmaksızın tereke hükmen reddedilmiş sayılır (MK m. 605). Hükmen red, mirasçıları korumak için getirilmiş bir imkândır. Acaba mirasçılarının elinde hükmen red imkânı bulunmasına rağmen, terekenin borçlarından bir kısmını ödemeleri, onların bu imkândan feragat ettikleri anlamına

---

Mirasçılar, borca batık terekeyi kabul etmek istiyorlarsa, açıkça kabul beyanında bulunmaları gerekir. Borca batık terekenin kabulü için, kabul beyanının üç aylık red süresinin içinde yapılması gerekmez. Zira kanunda, borçları mevcudundan fazla olan terekenin kabulü için öngörülmuş bir süre mevcut değildir (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 621).

66 “Terekenin alelade idaresini ve mirasa ait işlerin devamını amaç tutan eylemler dışında olmak üzere tereke ile ilgili bir girişimde bulunan, ya da terekeden bir malı zimmetine geçiren veya gizleyen yahut saklayan mirasçılar borca batıklığı ileri süremezler” (HGK, 30.9.1977, 2-569/774(www.kazanci.com, E.T., 5.10.2010).

67 **İmre/Erman**, s. 336-337.

68 Borca batıklığın bulunduğu hallerde, mirasçılarının, mirası reddettiklerine dair bir beyanda bulunmalarına gerek olmamakla birlikte, mirasçılarının borca batıklığın tespitini yaptırmasında fayda vardır. Mirasçılar, yaptıracakları bu tespiti, tereke alacaklıları tarafından, aleyhlerine açılan bir davada itiraz olarak ileri sürebilirler (**İnan/Ertay/Albaş**, s. 499). Ayrıca, tereke borçlarından dolayı mirasçılar aleyhine icra takibi yapılması halinde, mirasçılar, terekenin borca batık olduğunu ileri sürerek ödeme emrine karşı itirazda bulunabilirler (**Ayan**, s. 228). Bu itiraz üzerine, icra mahkemesi, terekenin borca batık olduğu konusunda, mahkemeden ilam getirmeleri için, mirasçılara uygun bir süre verir (İİD. 5.4.1958, 2057/2106, **İnal**, s. 614; 12. HD, 22.1.1981, 8094/462, **İnal**, s. 617, İİK m.68,IV). Yoksa, icra mahkemesi, bu itirazı kendisi inceleyerek karara bağlayamaz (**Helvacı**, s. 199).

69 **Helvacı**, s. 197; 2. HD, 21.11.2002, 11232/12852 (www.kazanci.com, E.T., 5.10.2010).

70 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 621; **Helvacı**, s. 197.

gelir mi? Medenî Kanun m. 610'a göre, "Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur. Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez". Buna karşılık, zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebri icra takibi yapılması, red hakkını ortadan kaldırmaz (MK m. 610). Ancak mirasçılar tarafından bir özel veya kamu borcunun ödenmiş olması, mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olan işler dışında sayılır ve mirasçıların mirası red hakkını ortadan kaldırır. Kanaatimizce, MK m. 610'daki "mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan" ifadesinden maksat, terekenin korunması için aciliyet gerektiren işlerdir. Bu duruma, terekedeki malların bozulmaması için bir soğuk hava deposuna konulması örnek olarak verilebilir. Burada mirasbırakana ait olan borçlar için ikili bir ayırım yapmak gerekir: Mirasbırakana ait borçlar terekeden karşılanarak ödenmişse, bu durum terekenin kabul edildiği anlamına gelmezken, borçların mirasçıların kendi paralarıyla ödemeleri halinde bu durum terekenin kabulü anlamına gelecektir. Bunun ispatı ise, karşı tarafa aittir. Şayet, terekenin borçları yine terekenin mevcudundan ödenmiş ve murisin alacaklıları da mirasçılara karşı dava açmışlarsa, mirasçılar mirasbırakanın borca batık olduğunu ileri sürebileceklerdir. Fakat burada bir diğer sorun, mirasbırakanın bazı borçlarının terekeden ödenmesi halinde, mirasbırakanın bazı alacaklıları bu ödemedan dolayı zarara uğradıklarını ileri sürme ihtimalidir. Örneğin, işçi sıfatını haiz alacaklılar böyle bir itirazda bulunabilirler. Zira, borca batıklık halinde tereke iflâs hükümlerine göre tasfiye edildiğinden, bu tasfiyede yapılan satış sonucunda elde edilen paraların paylaşılması yine iflâs hükümlerine göre olacaktır. Şayet, tereke henüz tasfiye edilmeden ödenen alacaklar, işçi alacaklarından sonra ödenmesi gereken alacaklar ise, işçilerin imtiyazlı konumları zarar görecektir ve belki de alacaklarına kavuşamayacaklardır. Böyle bir durumda, işçiler doğan zararlarının tazmini için mirasçılara karşı dava açabilmelidir.

Mirasçılar, borçları mevcudundan fazla olan terekeyi açık bir şekilde reddetmemişler, alacaklılar da mirasçılara karşı terekenin borçlarından dolayı, alacak davası açmışlarsa, mahkeme mirasbırakanın borca batık olduğunu ve bunun hükmen red anlamına geldiğini re'sen dikkate alamaz. Bunun için mirasçılar talebine ihtiyaç vardır. Acaba mirasçılar mirasbırakanın borçla-

rından dolayı kendilerine karşı açılan alacak davasını ciddiye almamış ve bu dava da aleyhlerine sonuçlanmışsa, temyiz aşamasında terekenin borca batık olduğunu ileri sürebilirler mi? Bu soruya cevap verilebilmesi için, borca batıklık bildirimının maddi hukuk anlamında bir itiraz mı yoksa, bir def'i mi olduğuna bakılmalıdır. Hükmî red bir def'i değil, bir itirazdır. Dolayısıyla davanın her aşamasında ileri sürülebilir<sup>71</sup>. Ayrıca mirasçılara karşı mirasbırakanın borçlarından dolayı icra takibi başlatılması halinde, mirasçılar mirasbırakanın borca batık olduğunu ileri sürerlerse, bu hususta bir ilam getirmeleri için kendilerine uygun bir süre verilir (İİK m. 68, IV).

Terekesinin borçları mevcudundan fazla olan mirasçının tabiiyetlerinden birisi Türk olmak üzere çifte vatandaşlığa sahip olması halinde, MÖHUK hükümleri devreye girer. MÖHUK yabancılik unsuru olan özel hukuk ilişkilerinde uygulandığından, murisin Türk vatandaşlığının yanında ikinci bir vatandaşlığa sahip olması, vukubulacak bir ihtilafta yabancılik unsurunun gerçekleştiğini gösterir. MÖHUK m. 20, I'e göre "*Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır*". Murisin çifte vatandaş olması nedeniyle milli hukuku bulunmadığından, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanacaktır. MÖHUK'un 20 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "*Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*". Bu durumda, Türkiye'deki malları Türk hukukuna göre, tabiiyetinde bulunduğu diğer ülkedeki malları, o ülkenin hükümlerine göre tasfiye edilecektir<sup>72</sup>.

Tereke içinde yer alan mallar farklı ülkelerde yer alsalar bile, tereke bir bütün olduğundan, mirasçılar, Türkiye'deki mevcut ve borçları kabul edip, diğer ülkedeki mevcut ve borçları reddetme yoluna gidemezler. Zaten mirasbırakanın borca batık olup olmadığı, her iki ülkede yer alan mevcut ve borçlar dikkate alınarak hesaplanacaktır.

Murisin ölümü anında, tereke borca batık ise, alacaklılar ne mevcut tereke değerleriyle alacaklarına kavuşabilirler, ne de mirasçılarının kişisel sorumluluğuna başvurabilirler. Ancak borca batık bir mirasbırakanın mirasını red-

<sup>71</sup> Öztan, s. 324.

<sup>72</sup> Terekenin mevcudu borçlarından fazla olup, mirasbırakanın iki ülkeden birisinde mirasçısı varsa, kanaatimizce bu mirasçı her iki ülkede yer alan malların sahibi olur. Ancak, bu mirasbırakanın hiçbir mirasçısı yoksa, terekedeki mallar neredeyse, o ülkenin hükümlerine göre tasfiye edilir.

deden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar (MK m. 618,I).

## II- Mirasın En Yakın Kanuni Mirasçılarının Tamamı Tarafından Açıkça Reddedilmiş Olması

Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmesini gerektiren ikinci sebep, en yakın kanuni mirasçılarının tamamı tarafından mirasın reddedilmiş olmasıdır (MK m. 612)<sup>73</sup>. Mirasbırakanın ölümüyle miras, mirasçılara kendiliğinden geçmekle birlikte, mirasçılar bu mirası reddetme hakkına sahiptirler (MK m. 605,I). Mirasın bütün mirasçılar tarafından reddi demek, yasal mirasçılarının tamamının, mirasbırakanın ölüm anına kadar geçmişe etkili bir biçimde mirasçılık sıfatlarını ortadan kaldırma sonucunu doğuran irade beyanıdır<sup>74</sup>. Mirası reddeden mirasçılar, terekenin borçlarından dolayı sorumlu tutulamazlar<sup>75</sup>.

Miras, üç aylık hak düşürücü süre içinde reddolunabilir<sup>76, 77</sup>. Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten itibaren (MK m. 606)<sup>78</sup>; koruma önlemi olarak terekenin yazımı durumunda red süresi, yazım işleminin sona erdiğinin sulh hâkimi tarafından mirasçılara bildirilmesiyle başlar (MK m. 607)<sup>79</sup>. Yasal süre içinde mirası reddetmeyen mirasçılar, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur (MK m. 610,I)<sup>80,81</sup>. Böyle bir durumda terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesi yoluna gidilemez.

<sup>73</sup> Jaeger, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, B. II, Zürich 1911, s. 605; Amonn/Dominik, s. 309.

<sup>74</sup> Karş. Kılıçoğlu, s. 249; Serozan/Engin, s. 386.

<sup>75</sup> Berkin, Necmeddin: Tereke Alacaklılarının Cebri Takibi (İleri Hukuk Dergisi 1948/38, s. 611-612,621), s. 611; Serozan/Engin, s. 386.

<sup>76</sup> Öztan, s. 326; Serozan/Engin, s. 392; Antalya, s. 383.

<sup>77</sup> Önemli sebeplerin varlığı hâlinde sulh hâkimi, mirasçılara tanınmış olan red süresini uzatabilir veya yeni bir süre tanıyabilir (MK m. 615).

<sup>78</sup> Kılıçoğlu, s. 251; Antalya, s. 383; Öztan, s. 326; Serozan/Engin, s. 392.

<sup>79</sup> Öztan, s. 326; Serozan/Engin, s. 393; Antalya, s. 384.

<sup>80</sup> Antalya, s. 386; Öztan, s. 326.

Reddin, terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesine sebep olarak gösterilebilmesi için, reddin en yakın kanuni mirasçılarının tamamı tarafından yapılması gerekir. Mirasbırakana en yakın zümrenin mirası reddetmesi hâlinde, miras kendiliğinden diğer zümreye geçmez; böyle bir durumda miras iflâs hükümlerine göre tasfiye edilmelidir<sup>82</sup>. Ancak, mirası reddeden en yakın kanuni mirasçılar, mirası reddederken, kendilerinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilirler. Bu takdirde red, sulh hâkimi tarafından daha sonra gelen mirasçılara bildirilir; bunlar bir ay içinde mirası kabul etmezlerse, reddetmiş sayılırlar<sup>83</sup> ve bunun üzerine miras, iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir (m. 614). Bunlar için red süresi, önceki mirasçılar tarafından mirasın reddedildiğini öğrendikleri tarihten işlemeye başlar (MK m. 608,III).

Mirasın açık bir irade beyanıyla reddi konusunda mirasçılarının bir sebep göstermeleri gerekmez<sup>84</sup>. Gerek uygulamada, gerekse toplumda, en yakın mirasçılarının tamamının mirası reddetmiş olmaları halinde, bu reddin ilk etapta mirasbırakanın borca batıklığı sebebiyle yapıldığı düşünülür<sup>85</sup>. Ancak reddedilen terekenin mevcudunun borçlarından az olduğuna bir karine olsa da, bu durum, her zaman mirasbırakanın mutlak olarak borca batık olduğunu göstermez. Bu karinenin aksinin, yani terekenin borca batık olmadığını ispatı her zaman mümkündür<sup>86</sup>. Zira mirasçılar sırf ahlaki ve manevi sebeplerden dolayı mirası reddetmiş olabilirler. Bu duruma, mirasçılarının domuz çiftliğinden ibaret olan bir terekeyi dini değerler; uyuşturucu kaçakçısı olan birisinin terekesini ahlaki değerler sebebiyle reddetmeleri örnek olarak verilebilir. Bu örneklerde de görüldüğü üzere, borca batıklık sözkonusu olmadığı halde, mirasın reddi mümkün olabilmektedir. Ayrıca, bazen mirasçılarının

---

81 Ayrıca, red süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine katılan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez (MK m. 610,II).

82 “Ölenin tek mirasçısı, mirası reddettiğine göre, miras, ölenin kardeşlerine geçmez. Bu durumda, mirasın iflâs hükümlerine göre tasfiyesi gerekir” (2.HD, 2.6.1977, 4309/4574, www.kazanci.com, E.T. 23.4.2011).

83 Burada da sonra gelen mirasçılar için zımni bir red karinesi kabul edilmiştir.

84 **Serozan/Engin**, s. 390.

85 YHGK, 27.4.1994, 2/971-273 (**İnal**, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005, s. 656).

86 **Ayan**, s. 228.

bizzat kendilerinin borca batık olmaları sebebiyle, miras payının alacaklıların eline geçmesini önlemek için, mirası kötüniyetle reddetmiş olabilirler<sup>87</sup>. Mirasçılardan birisinin mirası kayıtsız şartsız kabul etmesi halinde, tereke borca batık olsa bile, iflâs hükümlerine göre tasfiyeye gidilemez<sup>88</sup>.

Sebebi ne olursa olsun, reddedilen mirasların, iflâs hükümlerine göre tasfiye edileceği, hem Medenî Kanunda, hem de İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Medenî Kanuna göre “*En yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras*<sup>89</sup>, *sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir*” (MK m. 612,I)<sup>90</sup>. Aynı şekilde, İcra ve İflâs Kanunu m. 180, c.1’ e göre, “*Reddolunan mirasların tasfiyesi sekizinci bab hükümlerine göre ait olduğu mahkemece yapılır*”. Burada tasfiye için sözü edilen sekizinci babdan maksat, İcra ve İflâs Kanunu m. 208 vd. hükümleridir.

Bazen kişi mirasçı olduğunu bilmeyebilir. Bu bilmeme, mirasçının mirasbırakanın ölüm olayından haberdar olmama şeklinde olabileceği gibi, mirasbırakanın ölüm olayı biliniyor olmakla birlikte, mirasbırakan ile arasında bir mirasçılık ilişkisinin doğduğunu bilmeme şeklinde de olabilir. Bu duruma, gerçekte ölen kişinin babası olduğunu bilmemesi örnek olarak verilebilir. Her iki durumda da, üç aylık red süresinin, kişinin mirasçı olduğunu öğrendiği andan itibaren başlaması gerekir<sup>91</sup>. Aynı şekilde mirası reddetmeden ölen mirasçılarının red hakkı mirasçılara geçtiğinden, bu mirasçılar için red süresi, mirasbırakanına mirasın geçtiğini öğrendikleri tarihten başlar. Ancak bu süre, kendilerinin mirasbırakanından geçen mirasın reddi için mirasçıya tanınan süre dolmadıkça sona ermez (MK m. 608).

87 Öztan, s. 309.

88 Ansay, s. 766; 2.HD, 14.11.1997, 10309/12315 (www.kazanci.com, E.T., 12.10.2010); 2.HD, 5.5.2008, 7038/6521 (www.kazanci.com, E.T.,12.10.2010).

89 2.HD, 2.6.1977, 4309/4574 (www.kazanci.com, E.T., 12.10.2010).

90 “...zorunlu hasım olan borçluların en yakın bütün mirasçılarının mirası reddettikleri ibraz olunan mahkeme kararları ile sabit bulunduğu göre, konunun miras hukuku hükümleri çerçevesinde çözümü gerekir. Bu durumda mahallin sulh hakimine durum bildirilerek mirasın iflâs kurallarına göre tasfiyesi sağlanmalı...” (YHGK, 3.7.2002, 15-572/577, www.kazanci.com, E.T., 12.10.2010).

91 Buna karşılık, ortada mirasbırakanın borca batıklığının sözkonusu olduğu durumlarda, miras hükmen reddedilmiş sayıldığından, red için kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir.



Mirasçılardan açık bir şekilde yaptıkları red beyanının geçerli olabilmesi için, sulh hukuk mahkemesine yazılı veya sözlü<sup>92</sup>, ancak şartsız olarak bildirilmesi gerekir (MK m. 609,I,II)<sup>93</sup>. Mirasçılardan kendi aralarında mirası reddettiklerini kararlaştırmaları, mirasın reddini sağlamaz. Red hakkı, ancak mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılabilir. Mirasbırakan hayatta iken, yapılan red beyanı geçerli değildir. Zira doğmamış haktan feragat olmaz<sup>94</sup>. Mirasın, bütün mirasçılar tarafından reddinde, tam ehliyetli<sup>95</sup> ve sınırlı ehliyetli olan mirasçılar, mirası red hakkını tek başlarına kullanabilirler. Ancak, mal ortaklığı rejimlerinde, ortaklık mallarına dâhil olacak bir mirasın reddedilebilmesi için, eşlerin karşılıklı olarak rızası gerekir. Medenî Kanun m. 265,I'e göre, eşlerden birisi diğerinin rızası olmaksızın, ortaklık mallarına dâhil olacak mirası reddedemeyeceği gibi, borca batık bir mirasbırakanın mirasını da kabul edemez. Sınırlı ehliyetsizler ise, ancak kanuni temsilcilerinden izin almak suretiyle mirası reddedebilirler. Tam ehliyetsizlerin red hakkı ise, kanuni temsilci tarafından kullanılır<sup>96</sup>. Kanuni temsilcinin vasi olması halinde, vasinin red beyanı, sulh ve asliye hukuk mahkemesinin izni ile tamamlanmalıdır (MK m. 463,V). Vekilin kişi adına mirası reddedebilmesi için, kendisine mirasçı tarafından bu konuda verilmiş özel bir yetkiye ihtiyaç vardır (VVMT m. 40)<sup>97</sup>.

Sulh hukuk hâkimi, bütün yasal mirasçılarının kendisine yaptıkları red beyanı üzerine, iflâs hükümlerine göre tasfiyeyi re'sen başlatır. Mirasçılar veya alacaklılar da tasfiyenin yapılmasını mahkemeden talep edebilirler. Bu

---

92 Red beyanı mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine yapılır (**Kılıçoğlu**, s. 250; **Öztan**, s. 324; **Serozan/Engin**, s. 390). Sulh hâkimi, sözlü veya yazılı red beyanını bir tutanakla tespit eder (MK m. 609,III).

93 **Kılıçoğlu**, s. 249; **Antalya**, s. 377-379; **Serozan/Engin**, s. 389.

94 Karş. **Ayan**, s. 224.

95 **Kılıçoğlu**, s. 249; **Öztan**, s. 325; **Serozan/Engin**, s. 388.

96 **Serozan/Engin**, s. 388; **Kılıçoğlu** s. 249; **Ayan**, s. 225.

97 **Öztan**, s. 325; **Serozan/Engin**, s. 389.

talep herhangi bir süreye tabi değildir<sup>98</sup>. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, önce gelen mirasçılara verilir (MK m. 614)<sup>99</sup>.

### SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan “Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri” “*mirasbırakanın borca batıklığı*” ve “*mirasın en yakın kanuni mirasçılarının tamamı tarafından açıkça reddi*” olmak üzere iki tanedir. Mirasbırakanın ölümü tarihinde, terekenin açık bir şekilde borca batık olduğu belli ise (MK. m. 605) bu durumda, Medenî hukuk anlamında ki resmi tasfiyeye değil, İcra ve İflâs Kanunu anlamında tasfiye yoluna gidilir. Ancak madde de geçen “*mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli*” ifadesi, mirasın hükmen reddi için yeterli bir sebep olmakla beraber terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiye edilebilmesi için, yeterli olmayıp bu durumun kesin yani resmi olarak da tespiti gerekir.

Borca batıklık sözkonusu olmasa bile, mirasın açıkça reddi mümkündür. Sebebe bakılmaksızın reddedilen mirasların, iflâs hükümlerine göre tasfiye edileceği Medenî Kanun (m. 612.I) ve İcra ve İflâs Kanunu’nda (m. 180, c.1) düzenlenmiştir. Mirasçılarının açık bir şekilde yaptıkları red beyanının geçerli olabilmesi için, sulh hukuk mahkemesine yazılı veya sözlü ve şartsız olarak bildirim gerekir (MK. m. 609,I,II). Sulh hukuk hakimi, kendisine yapılan red beyanı üzerine re’sen veya mirasçı ve alacaklıların talebiyle iflâs hükümlerine göre tasfiyeyi başlatır.

Kanun koyucu, mirasbırakanın borca batık olması durumunda, mirasçılar bakımından hükmen red karinesini kabul ederek, borca batıklığın olumsuz sonuçlarının mirasçılara sirayet etmesini önlemiş ve böylece hayatta iken, aşırı borçlanmış mirasbırakanın yerine getirilmeyen yükümlülüklerinden mirasçılarını sorumlu tutmak istememiştir. Mirasın açıkça reddinde ise, mirasçılarının red beyanında bulunma özgürlüğünü koruma altına almıştır.

<sup>98</sup> YHGK, 29.3.2006, 2-65/108, E.T., 12.10.2010.

<sup>99</sup> Bazen mirasçılar da mirasbırakandan alacaklı olabilirler. Mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları, onların bu alacaklarını reddettikleri anlamına gelmez. Mirasçılar normal bir alacaklı gibi, terekeden bu alacaklarını talep edebilirler.

**KAYNAKÇA**

- Amonn, Kurt/Dominik**, Gasser: Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, Bern 1997.
- Ansay**, Sabri Şakir: Terekenin Tasfiyesi (AD, 1940/8, s. 747-771).
- Antalya**, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.
- Atalay**, Oğuz: Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, Konya 2009.
- Aybay**, Aydın: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002.
- Aysoy**, Nejat Aydın: Tereke, Ankara 1957.
- Balcı**, Şakir: İflâsın Ertelenmesi Usul ve Esaslar, İzmir 2005.
- Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi, İstanbul Tarihsiz (Berkin-İflâs).
- Berkin**, Necmeddin: Tereke Alacaklılarının Cebri Takibi (İleri Hukuk Dergisi 1948/38, s. 611-612,621) (Berkin-Takip).
- Deliduman**, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.
- Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul 1988.
- Eren**, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1967.
- Gentinetta**, Richard: Die Konkursöffnung ohne vorrangige Betreuung, Freiburg 1932.
- Giroud**, Roge: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Zürich 1986.
- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, Ankara 2004.
- Helvacı**, İlhan: Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak, Türk Medenî Kanununa Göre, Mirasın Reddi, İstanbul 2002.
- Henze**, Emil: Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Bern 1923.
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 2004.
- İnal**, Nihat: Miras Davaları, Ankara 2005.

**İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medenî Hukuku-Miras Hukuku, Ankara 2008.

**Jaeger**, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, B. II, Zürich 1911.

**Kılıçoğlu**, Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 2007.

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1987.

**Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. III, İstanbul 1993 (Kuru-İcra ve İflâs III).

**Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006 (Kuru-El Kitabı).

**Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010.

**Lanz**, Rudolf: Kapitalverlust, Überschuldung, Sanierungsvereinbarung (Diss.), Zürich 1985.

**Leemann**, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss.), Bern 1904.

**Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2008.

**Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, Ankara 2008.

**Öztek**, Selçuk: İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası, İstanbul 1994.

**Pekcanitez**, Hakan: Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991.

**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2011.

**Postacıoğlu**, İlhan E.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

**Rüzgaresen**, Cumhuriyet: İflâs Sebepleri, Ankara 2011 (Rüzgaresen-Sebepler).

**Rüzgaresen**, Cumhuriyet: Mirasbırakanın Borca Batıklığı, EÜHFD, 2010/1-2, s. 272-311 (Rüzgaresen-Borca Batıklık).

**Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkyay: Miras Hukuku, Ankara 2008.

**Temme**, Ulrich: Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, Münster 1997.

**Töre**, Hayrullah Futuhi: Terekenin Hesabında Göz Önünde Tutulacak Esaslar (ABD 1972/6 s. 944-949).

**Tuor**, Peter: Berner Kommentar, III. B., Das Erbrecht, Bern 1952.

**Umar, Bilge**: Acz Hâli-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Yanlışlık (YTÜHFD, 2004/1, s. 317-324).

**Vital**, H.L.: Verfügungsfreiheit des Erblassers nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss.), Bern 1915.

**Yazıcı**, Hilmi/**Atasoy**, Hasan: Şahıs, Aile ve Miras Tatbikatı ile İlgili İçtihatlar, Ankara 1970.

### KISALTMALAR

<b>ABD</b>	:Ankara Barosu Dergisi
<b>AD</b>	:Adalet Dergisi
<b>Art.</b>	:Artikel
<b>B.</b>	:Band
<b>bkz.</b>	:bakınız
<b>C.</b>	:Cilt
<b>Diss.</b>	:Dissertation
<b>E.T.</b>	:Erişim Tarihi
<b>EÜHFD</b>	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD</b>	:Hukuk Dairesi
<b>E.</b>	:Esas
<b>F</b>	:Fıkra
<b>HGK</b>	:Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İİK</b>	:İcra İflâs Kanunu
<b>K</b>	:Karar

254 RÜZGARESEN/ERDEM EÜHFD, C. XV, S. 1–2 (2011)

**Karş.** :Karşılaştırınız

**m.** :madde

**MK** :Medenî Kanun

**MÖHUK** :Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

**Nr.** :Nummer

**RG** :Resmi Gazete

**VVMT** :Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük.

**YHGK** :Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

**yuk.** :yukarı

# HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABUCULUK KANUN TASARISININ GETİRDİKLERİ, İCRA EDİLEBİLİRLİK BELGESİ VE ARABULUCULUĞUN AVUKATIN TEKEL HAKKINA AYKIRILIK OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI SORUNU

*Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN\**

## I- UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCU VE ARABULUCULUK

Uyuşmazlıkların mahkeme dışında alternatif yöntemlerle çözülmesi daha az maliyetle uyuşmazlığı çözeceğinden ve daha az zaman alacağından ülkemiz dışında pek çok Avrupa ülkesinde etkin şekilde kullanılmaktadır. Ülkemizde de bu yöntemleri yerleştirmek için çeşitli adımlar atılmakta olup yine de uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümü istenen seviyeye ulaşmamıştır. Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerini ülkemizde de yerleştirmek için atılan bu adımlardan en büyüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'dır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için uygulanan ve normal olan yol dava yoludur<sup>1</sup>. Bununla

---

\* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> *Özbek*, M.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? ABD 1999/2-3, s. 187; Hukuki ilişkinin tarafları arasında bir uyuşmazlık çıktığında seçilen asıl yol devlet mahkemelerine başvurmaktır. Buna "yargısal veya geleneksel usul" denir (*Özbay*, İ.: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, AÜEHFD 2004, C.VIII, S.3-4, s. 387); *Özbay*, İ.: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD 2006, C.X, S.3-4, s.459-475; Dava, bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen, ihlal edilmek üzere bırakılan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin mahkemeden hukuki koruma istemesidir (*Şen*, M.: Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı, AÜEHFD 2007, C.II, S.1, s. 283; Bkz. *Pekcanitez*, H./*Atalay*, O./ *Özkes*, M.: Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2011, s. 284; *Kuru*, B./*Arslan*, R. /*Yılmaz*, E.: Medeni Usul Hukuku, B.13, Ankara 2001, s. 322 vd; *Alangoya*, Y. /*Yıldırım*, K./ *Deren Yıldırım*, N.: Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2005, s. 221 vd);

birlikte devlet yargısının kazan ya da kaybetçiliğine karşı, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle, uyuşmazlık çözüldüğünde her iki taraf da kazançlı çıkmaktadır<sup>2</sup>.

Pek çok yöntem olmakla birlikte, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden en yaygın arabuluculuktur. Bu yöntem, ülkemiz dışında günden güne uyuşmazlığa düşmüş çok daha fazla taraf arasında yaygın bir biçimde kullanılmaktadır<sup>3</sup>.

Arabuluculuk, arabulucu adı verilen tarafsız üçüncü kişinin iki ya da daha fazla taraf arasındaki uyuşmazlığı çözerek işbirliği içinde çözüme ulaşmalarını sağlayan bir alternatif çözüm yöntemidir<sup>4</sup>. Arabuluculuk, tarafların bir uyuşmazlığa çözüm bulmalarına yardımcı olmak üzere tarafsız üçüncü kişiden yardım almaları anlamına gelir<sup>5</sup>. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarına yardım eder, onların birbirleriyle iletişim kurmalarını sağlar, uyuşmazlığın çözümünde onları yüreklendirir<sup>6</sup>.

---

Ercan, İ.: Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 79.

- 2 Menkel Meadow, C. / Scheider, A. K./ Love, L. P.: Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 89; Morris, C.: Definition In the Field of Dispute Resolution and Conflict Transformation, [www.peacemakers.ca/publication/ADR\\_definitions.html](http://www.peacemakers.ca/publication/ADR_definitions.html) (E.T: 8.10.2008), s. 2.
- 3 Lott, L./ Fletcher, A.: Alternative Frameworks For Dispute Resolution, [ifiplaw.com/articles/adr.htm](http://ifiplaw.com/articles/adr.htm) (E.T:10.10.2008), s. 2; Morris, s. 3; Özbay, Alternatif, s. 465.
- 4 Shulman C., PA For Full- Service Dispute Resolution, [Adreservices.biz/4.html](http://Adreservices.biz/4.html) (E.T: 10.10.2008). s. 1; Morris, s. 3; Honeymoon, C./ Yavanarajah, N.: What Mediation Is?, [beyondintractability.org/essay/mediation/](http://beyondintractability.org/essay/mediation/) (E.T: 16.10.2008), s. 1; Lundberg, D.: Trust In Mediation, [latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs\\_Collins%20H%20\(2005\).pdf](http://latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs_Collins%20H%20(2005).pdf) (E.T: 18.10.2008), s. 2; Carnavale, P./Leatherwood, M.: Mediation And The “Chilling” Effect of Med-Arb in a Simulated Labor-Management Dispute, Paper Presented at the Annual Convention of The American Psychological Association, Los Angeles 1985, s. 4.
- 5 Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618; Ildır, Alternatif, s. 88; Özbek, s. 201; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 29; Özbay, Uzlaştırma, s. 390; Akıncı, Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1995-1996, C.18, S.4, s. 103; Ercan, Sulh, s. 95; Tanrıver, S.;, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD 2006/64, s. 1; Tanrıver, Arabuluculuk, s. 66; Özbek, Temel Çözüm Türleri, s. 198; Raymond, s. 1; Lott/ Fletcher, s. 2.
- 6 Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618; Riskin, L.: Mediator, Orientations, Strategies and Techniques, Negotiation Processes for Problem Solving, New York 2005, s. 630; Sillbey, S. / Merry, S.: Mediator Settlement Strategies, Negotiation Processes for Prob-



Arabulucu ilişkinin çıkmaza giren noktalarını belirler, tarafların esaslı menfaatlerini açığa çıkarır, taraflar arasında ince ve önemli mesajlar taşır<sup>7</sup>. Arabulucunun esas görevi, taraflar arasındaki görüşmeleri kolaylaştırmak anlaşma zemini sağlamaktır<sup>8</sup>.

Uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmenin amaçlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Masrafların ve giderlerin azaltılması<sup>9</sup>, harcanan zamanın azaltılması<sup>10</sup>, toplumdaki düzenin hızlı bir şekilde kurulmasını sağlaması, kamu yararını adaletli bir şekilde sağlaması, uyuşmazlıkların uygun şekilde çözülmesi konusunda teşvik edici olması, uyuşmazlıkların gönüllü bir şekilde çözülmesini sağlaması, toplumsal barışın yeniden kurulması konusunda yardımcı olması, kabul edilebilir çözümler bulması, dava ya da cebir olmaksızın daha etkili yöntemlerle olayların çözülebileceğini topluma öğretmesi<sup>11</sup>.

Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözümünde, taraflar arasındaki ilişkinin dürüstlüğü, tarafların karşılıklı anlayışı ve birbiriyle dostça ilişki kurmaları son derece önemlidir<sup>12</sup>. Bu sayede çözümün tesisinden önce taraflar arasında kurulması gereken iletişim de kurulmuş olacaktır. Bunlar olma-

---

lem Solving, New York 2005, s. 635; *Friedman, G./Himmelstein, J.*: The Understanding Based Model of Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 636; *Bush, R. B. / Folger, J.*: The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict, Negotiation Processes for Problem Solving, New York 2005, s. 638; *Alfini, J.*: Trashing, Bashing, And Hashing It Out Is This The End Of Good Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 641; *Peppet, S.*: Contract Formation In Imperfect Markets: Should We Use Mediators In Deals, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005, s. 643; *Moore*, Theory and Strategy, s. 366; *Korobkin*, s. 311; *Lott/ Fletcher*, s. 1.

<sup>7</sup> *Özbek*, Temel Çözüm Türleri, s. 198.

<sup>8</sup> *Honeymoon/ Yavanarajah*, s. 1.

<sup>9</sup> *Menkel Meadow/ Scheider/ Love*, s. 619; *Goldberg, S. / Sander, F. / Rogers, N. / Cole, S. R.*: Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 8; *Lang*, s. 1.

<sup>10</sup> *Ruvolo, I.*: Mandatory Mediation In The First Appellate District of the Court of Appeal Report And Recommendations, Canada 2001, s. 11. *Goldberg/ Sander/ Rogers/ Cole*, s. 8.

<sup>11</sup> *Goldberg/ Sander/ Rogers/ Cole*, s. 10.

<sup>12</sup> *Lundberg, D.*: Trust in Mediation, latrobe.edu.au/ cr/ research/ elib/ The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs\_Collins%20H%20(2005).pdf (E.T: 18.10.2008), s. 1.

dan uyumsuzluk taraflarının sonuca ulaşması da zaten mümkün olmayacaktır<sup>13</sup>.

Arabulucu, iletişim sürecinden görüşmelerin yürütülmesine kadar görevlidir<sup>14</sup>. Arabulucu taraf değil, ev sahibi ya da başkan gibi davranır; bir rehber, eğitmen gibi hareket eder, yıkıcı davranışlardan kaçınır<sup>15</sup>. Arabulucu tek bir yönetime bağlı kalmaksızın çeşitli yöntemler geliştirerek uyumsuzluğu nasıl çözeceğini, tarafları uygun anlaşma zeminine nasıl sevk edeceğini belirler<sup>16</sup>.

Arabulucunun uyguladığı belli başlı yöntemler şunlardır: Taraflara sorular sorma<sup>17</sup>, tarafları aktif olarak dinleme<sup>18</sup> (sözlü olmayan iletişim), empati yapma<sup>19</sup>, her bir tarafın kendi önerisini geliştirmesine yardım etme ve tarafların geliştirdikleri önerileri karşılıklı olarak birbirilerine iletmesinin zemini hazırlama, tarafların bu önerileri değerlendirmesine yardım etme<sup>20</sup>, karar analizi ve risk yönetimi yapma<sup>21</sup>, tarafların kendi durumlarını zayıf ve güçlü oldukları noktaları anlamalarına yardım etme<sup>22</sup>, devlet yargılaması ve baş-

---

<sup>13</sup> Lundberg, s. 2.

<sup>14</sup> Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618; Yıldırım, K.: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 339-353, s. 341; Moore, Theory and Strategy, s. 366; Korobkin, s. 311.

<sup>15</sup> Menkel Meadow/ Scheider/ Love, s. 618.

<sup>16</sup> Korobkin, s. 356; Riskin, L.: Understanding Mediators: A Grid for the Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002, s. 357; Moore, C.: The Caucus: Private Meetings That Promote Settlement, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002, s. 365.

<sup>17</sup> Riskin, Understanding Mediators, 361.

<sup>18</sup> Özbek, s. 266; Moore, Theory and Strategy, s. 366; Korobkin, s. 311; Özbek, Temel Çözüm Türleri, s. 199; Özbek, Avukatlık Kanunu 35/A, s. 124; Collins, s. 3.

<sup>19</sup> Collins, s. 3; Lundberg, s. 4; Arabulucu, empati yaparak tarafları daha iyi anlayabilir. Empati son derece hayatidir. Çünkü arabulucu ancak empati yaparak olaya taraflar açısından bakabilir (Collins, s. 3). Bunun için arabulucu taraflarla yakın ilişki kurmalıdır. (Collins, s. 3). Arabulucu empati sayesinde tarafların hislerini, ihtiyaçlarını, korkularını anlar. (Lundberg, s. 4).

<sup>20</sup> Riskin, Understanding Mediators, 362.

<sup>21</sup> Özbek, s. 267; Collins, s. 4.

<sup>22</sup> Riskin, Understanding Mediators, 360.

kaca yöntemlere başvurmanın maliyetini öngörüp bunu taraflarla paylaşma<sup>23</sup>.

Arabulucu işini yaparken önyargılarını askıya almalı<sup>24</sup>, samimi olmalıdır<sup>25</sup>. Aksi takdirde olayın çözümüne katkıda bulunamayacağı gibi iyi bir arabulucu da olamaz. Zaten böyle bir durumda taraflar sonuca da ulaşamaz.

## II- ARABULUCULUK KANUN TASARISI'NIN GETİRDİKLERİ

Avusturya Fedaral Kanunu model alınarak hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına göre taraflar isterlerse hâkim önüne gitmeden veya davanın görülmesi sırasında arabulucu önünde uzlaşabilecektir<sup>26</sup>.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesi: uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleriyle, uyuşmazlıkların çözümünün son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmekte olduğu, uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermelerinin, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılacağı, bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanmasının mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacağı, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünün gerekliliği olarak ifade edilmiştir.

Tasarı'da, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin uygulanacağı (HUAKT m.1) ve tarafların arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu vurgulanmıştır (HUAKT m. 3).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucuya başvuracakları yönündeki

---

23 Riskin, Understanding Mediators, 361; Moore, s. 4.

24 Tekelioğlu, s. 17.

25 Collins, s. 6.

26 Bkz. Şıpka, Ş.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İTÜSD 2007, Y.6, S.12, s. 163-175.

düzenleme hukukumuzda gerek ihtiyari tahkimle gerekse de Avukatlık Kanunu m. 35/A'daki uzlaştırma tutanağıyla paraleldir.

Tasarı'da arabuluculuk: "Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek veya müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzman eğitimi almış, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen faaliyet" olarak tanımlanmıştır (HUAKT m. 2). Aynı maddede arabulucu ise "Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi" olarak tanımlanmıştır.

Arabuluculukla, uyuşmazlığı karar vermek suretiyle çözmek değil, taraflar arasında anlaşma sağlamaya yönelik bir ortam oluşturmak hedeflenmekte, bu hedefe de taraflar arasındaki iletişimin kurulması kolaylaştırılarak ulaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin olumlu özelliklerinden gizlilik ilkesi Tasarının 4. maddesinde kendine yer bulmuş olup, "taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu, tarafların da aksi kararlaştırılmamışsa bu konudaki gizliliğe uymak zorunda oldukları" ifade edilmiştir.

Tasarı'nın 4. maddesi "sır saklama yükümlülüğü"yle yakından ilgilidir. Sır, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus olarak tanımlanmıştır<sup>27</sup>. Meslek sırrı ise, bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylardır<sup>28</sup>. Meslek sırrının konusu, doğrudan doğruya kişiye ait olan sırlar olduğundan, mesleğin icrası sırasında kişiye ait ol-

<sup>27</sup> Donay, S.: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1976 (Doçentlik Tezi), s. 4; Bu tanımdan yola çıkarak sırrın sübjektif ve objektif olmak üzere iki unsuru olduğu söylenmiştir. Sübjektif unsur, bir hususun sır olarak kabul edilebilmesi için sır sahibinin onun sır olarak saklanması konusunda sübjektif bir iradesi olmasına işaret eder. (Donay, s. 5); Objektif unursa, kişinin saklanmasını istediği hususun daha önce üçüncü kişiler tarafından bilinmiyor olmasıdır. (Donay, s. 6); Ayrıca bkz. Uşan, M. F.: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 10 vd.

<sup>28</sup> Donay, s. 10; Sungurtekin Özkan, Hak ve Yükümlülükler, s. 386; Bir kişinin kendisine söylenen sırları açıklaması, toplumda her şeyden önce ahlaka aykırı bir davranış olarak kabul edilir (Donay, s. 4).

mayan sırların öğrenilmesi ve açıklanması, meslek sırrının açıklanması suçunu meydana getirmeyecektir<sup>29</sup>. Sır, mesleğin icrası sırasında bizzat iş sahibi tarafından verilmiş olacağı gibi, meslek sahibinin kişisel bulguları sonucu da öğrenilmiş olunabilir<sup>30</sup>. İkinci halde dahi sırrı tutmak zorunda olan meslek sahibinin sorumluluğunda bir hafifleme olmaz. Çünkü, taraflar arasında güven ilişkisi kanundan doğmaktadır ve mesleğini icra eden bu sırrı mesleğin icrası sırasında öğrenmişse, bu sırla onun mesleği arasında nedensellik bağı kurulacaktır ve bu yüzden açıklanmaması gerekecektir<sup>31</sup>.

Yukarıda anlatılanlarla paralel şekilde Tasarı'nın 5. maddesi "beyan ve belgelerin kullanılmaması" başlığına yer vermiştir. Buna göre: "Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler".

Yukarıda belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

---

<sup>29</sup> *Donay*, s. 7.

<sup>30</sup> *Donay*, s. 9.

<sup>31</sup> *Donay*, s. 10; Uzlaştırma görüşmeleri sırasında avukatın uyuşmazlık konusunda beyan edilen hususları açıklaması durumunda TCK m. 258'de düzenlenen "göreve ilişkin sırrın açıklanması" suçu oluşur (*Özbay*, Uzlaştırma, s. 409; *Şenocak, Z.*, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, ABD 1998/2, s. 26; Avukata bu yükümlülüğün yüklenmesinde sadece sır sahibinin yararı değil kamu yararı da gözetilmiştir (*Aday*, s. 72; *Güner*, s. 347; *Donay*, s. 51).

Bununla birlikte belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Tasarı'nın 7. maddesine göre, arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir; aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak karşılanır. Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.

Arabuluculuk ücreti, arabulucunun yaptığı avukatlık hizmetine karşılık olarak ödenen meblağdır. Her meslekte olduğu gibi arabulucular da yaptıkları işin karşılığını isterler. Arabulucunun vermiş olduğu yardımın karşılığı olan ücreti, taraflar arasında serbestçe belirlenmekle birlikte bu ilkeye sınırlamalar getirilerek hem kamu yararının korunması hem de mesleki dayanışmanın korunması hedeflenmiştir<sup>32</sup>.

Tasarı'nın 8. maddesine göre, Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya her ikisiyle aynı anda görüşebilir veya iletişim kurabilir. Arabuluculuk süreci, tarafların uyuşmazlığı gözden geçirip analiz etmesini ve tarafların birbirleriyle iletişim kurmasını sağlar<sup>33</sup>. Yetenekli bir arabulucu, tarafların birleştiği ve üzerinde uzlaştığı konulara odaklanması için iletişim zemini oluturur. Bütün bu söylenenlerin sağlanabilmesi için ise, arabulucunun tarafların her biri ile ayrı ayrı veya aynı anda görüşmesi gerekir.

Tasarı'nın 9. maddesine göre arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirecektir. Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan görevine devam etmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez.

<sup>32</sup> Karş. Güner, s. 243; Özbay, Uzlaştırma, s. 417; Aydın, s. 51 vd.

<sup>33</sup> Korobkin, s. 345.

Taraflarla görüşme sürecini savaşaklayan, tarafları sebepsiz yere dava yoluna iten, tarafların tasarrufunda olmayan bir konuda uzlaşdırma sürecini sürdüren arabulucu özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacaktır.

Reklam, günümüzde alıcıyı etkilemek için başvuru en etkili yollardan biridir<sup>34</sup>. Bu etki Tasarı'da da gözden uzak tutulmamış, arabulucuya yüklenen olumsuz bir yükümlülük olarak kendine yer bulmuştur. Arabulucunun uyması gereken yükümlülüklerden biri de reklam yapma yasağıdır<sup>35</sup>. HUAKT. m. 10'a göre, "Arabulucuların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır".

Tasarı'nın 11. maddesi tarafların aydınlatılmasına ilişkindir. Buna göre arabulucu, "arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür." Uyuşmazlık eğer uzlaşıyla değil de mahkemeye aksettirilerek çözülecekse arabulucu, iş sahibini açılacak davanın riskleri ve avantajları hakkında mümkün olduğunca aydınlatmalıdır<sup>36</sup>. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün amacı, soruna dair sağlıklı bilgi verilmesini sağlamaktır, bilginin kapsamı tarafların eğitim düzeyine göre değişmekte olup arabulucunun her yönü kapsayacak bir aydınlatma yükümlülüğü yoktur<sup>37</sup>.

### III- ARABULUCUYA BAŞVURU VE İCRA EDİLEBİLİRLİK BELGESİ

Arabuluculuğa başvuru kenar başlıklı 13. maddeye göre: Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan

34 Karş. Akcan, R. / Ercan, İ., Avukatlıkta Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 83.

35 Karş. Akcan/Ercan, s. 84; Deliduman, S.: İnternet Üzerinden Avukatlık ve Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003; Uçar, s. 18; Güner, s. 379.

36 Karş. Özbay, Uzlaşdırma, s. 400; Şenocak, s. 15; Aday, s. 59; Sunar, G., Avukatlık Sözleşmesi, Argumentum, MÜAD 2005, Y.7-8, S.53, s. 338; Güner, s. 328; İldır, Alternatif, s. 143; Mısırlı, s. 310.

37 Karş. Sungurtekin Özkan, s. 286.

birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

Başkaca bir usul kararlaştırılmamışsa, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAKT m. 14). Arabulucu seçildikten sonra, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Taraflar, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Dava açıldıktan sonra, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan her biri arabuluculuk müzakerelerine bizzat katılır (HUAKT m. 15).

Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, arabulucunun tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAKT m. 16).

Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilir:

- a) Tarafların anlaşmaya varması.
- b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.
- c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.
- d) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.



Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmışları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlediği belgelerin birer örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü) gönderir (HUAKT m. 17).

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar, arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, niteliği itibarıyla bir çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bu başvurunun reddi üzerine ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar, anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi vermede bir başka resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır (HUAKT m. 18).

Görülebileceği üzere, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda tarafların ve arabulucunun imzaladığı belgenin tek başına icra edilebilme vasfı bulunmamaktadır. Bu belgenin icra edilebilmesi için icra mahkemesinden bir nevi onay almaları gerekmektedir. İcra mahkemesinin onaydan kaçınması son derece sınırlı hallerde olabilecektir. İcra mahkemesi incelemesini sadece

- Anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer almadığı ve

- Cebri icraya elverişli olup olmadığı, hususlarında yapabilecektir. Bunun dışında icra mahkemesinin başkaca bir incelemeye girişme tarafları dinleme ve bu iki hal dışında onaydan (şerh vermekten) kaçınma gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

İcra mahkemesinin bu iki durum dışında bir sebebe dayanarak ya da bu iki durumu yanlış yorumlayarak yapacakları red kararına karşı istinaf yoluna başvuru yolu açık bırakılmıştır.

#### IV- ARABULUCLULUĞUN AVUKATIN TEKEL HAKKINA ETKİSİ

Şüphesiz, bireyin haklarının korunmasında en büyük güvencelerden birini oluşturan avukatların, tekel hakkıyla sağlanan güven ortamında görev yapmaları gerekmektedir<sup>38</sup>. “Avukatlık meslek tekeli” temelini, hukuki yardıma gereksinim duyanların, işin uzmanına danışması ve çıkarlarının onun tarafından korunması oluşturacağı gibi, kaliteli yargılama kamu çıkarına da uygun olacaktır<sup>39</sup>. Avukatın tekel hakkı kapsamında olan konular arasında şunlar sayılmıştır<sup>40</sup> (Av.K m.11):

- Hukuki konularda görüş bildirmek
- Mahkeme, hakem veya yargı yetkisi bulunan diğer organlar huzurunda kişilere ait hakları dava etmek, savunmak, dava evrakını düzenlemek
- İcra işlemlerini yapmak, takip etmek
- Adli işlemleri takip etmek
- Resmi dairelerdeki bütün işleri takip etmek
- Avukatlara ait diğer yetkileri kullanmak

Arabulucu, yukarıda örnek olarak sayılan başlıklara ilişkin olarak herhangi bir işe kalkışamaz. Zaten taraflar arasında iletişim kurmaya çalışan ve taraflara sonuca ilişkin öneri getiremeyen arabulucu aynı şekilde –eğer avukat değilse- hukuki konularda görüş de bildiremez.

Bununla birlikte, arabulucunun sadece taraflar arasındaki bozuk iletişim sürecini düzeltme görevini yerine getirmesi de tek başına avukatın tekel

---

38 Güner, s. 114.

39 Sungurtekin Özkan, s. 22.

40 Bkz. Güner, s. 120.

hakkına müdahale sayılamaz. Nitekim taraflar arasındaki iletişimi düzeltmek sadece avukatların tekelinde olan bir iş değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının son şeklinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan belgenin ilam mahiyetinde belge sayılabilmesi için icra mahkemesinin incelemesinden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Oysa Tasarı'nın önceki şeklinde "arbuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır" denmekteydi.

Kanaatimizce, hukukçu olmayan arabulucular tarafından hazırlanan böyle bir belgenin ilâm niteliğinde olması hatalı olmuştur. Arabulucu olmak için, hukukçu olmak gerekmemekle birlikte, ilâm mahiyetinde bir belgeyi oluşturabilmek için mutlaka hukukçu olmak gerekmektedir. Bu sebeple her ne kadar taraflar arasındaki uzlaşımın sağlanmasında arabulucular görev alabilecek olsa da arabulucuların ilâm mahiyetinde belge hazırlayamamalarını dolayısıyla Tasarı'nın bu kısmının değiştirilmesi son derece isabetli olmuştur. Nitekim şu haliyle Tasarı avukatların tekel hakkına aykırı bir nitelik taşımaktadır.

## SONUÇ

Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesi, mahkemede çözülmesinden çok daha taraf menfaatindedir. Ülkemizde de bu yöntemleri yerleştirmek için çeşitli adımlar atılmakta olup, bu adımlardan en büyüğü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'dır.

"Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı"nda yer alan, hukuk lisans eğitimi almamış olanların 100 saatlik temel hukuk eğitimi almalarından sonra arabulucu olma imkânı tanınması eleştirilmiş; arabuluculuk çalışmalarının avukatlar aracılığıyla kurumsallaştırılmasının sağlanması gerektiği ifade edilerek, düzenlemenin avukatların tekel hakkına açık bir saldırı olduğu vurgulanmıştır<sup>41</sup>.

Kanaatimizce, taraflar arasındaki uyuşmazlığın mahkeme dışında birtakım yöntemlerle çözülmesi avukatın tekel hakkına saldırı sayılmaz, uyuşmazlığın çözümünde "ara bulmak" için illa avukat olmaya gerek de yoktur. Bu sebeple yukarıdaki eleştirilere katılamıyoruz.

---

41 *Mısır*, s. 482.

Tasarı'nın önceki şeklinde "arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır" denmekte olduğundan, biz de başta bu eleştirilere katılıyorduk. Fakat Tasarı'nın son şeklinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan belgenin ilâm mahiyetinde belge sayılabilmesi için icra mahkemesinin incelemesinden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, Tasarı'nın yeni şekli hukukçu olmayan arabuluculara ilâm mahiyetinde belge oluşturabilme hakkı vermediğinden şu anki düzenleme avukatların tekel hakkına aykırı mahiyette bulunmamaktadır.

Bununla birlikte icra mahkemelerinin "icra edilebilir" şerhi (onayı) vermeden önce anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarında dikkatli inceleme yapmaları, bunun dışında icra mahkemesinin başkaca bir incelemeye girişmemesi gerekmektedir.

### KAYNAKÇA

- Aday, Nejat**, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, B.2, İstanbul 1997.
- Akcan, Recep/Ercan, İbrahim**, Avukatlıkta Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.
- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.
- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 1995-1996, C.18, S.4, s.101-110. (Akıncı, Alternatif).
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku, B.5, Ankara 2005.
- Alfini, James**, Trashing, Bashing, And Hashing It Out Is This The End Of Good Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Bush, Robert Baruch/Folger, Joseph**, The Promise Of Mediation: The Transformative Approach To Conflict, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Carnavale, Peter/Leatherwood, Marya**, Mediation And The "Chilling" Effect Of Med-Arb In A Simulated Labor-Management Dispute, Paper Presented At The Annual Convention Of The American Psychological Association, Los Angeles 1985.
- Deliduman, Seyithan**, İnternet Üzerinden Avukatlık ve Reklam Yasağı, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.
- Donay, Süheyl**, Meslek Sırının Açıklanması Suçu, İstanbul 1976.
- Ercan, İbrahim**, Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.
- Friedman, Garry/Himmelstein, Jack**, The Understanding Based Model Of Mediation, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.
- Goldberg, Stephen/Sander, Frank/Rogers, Nancy/Cole, Sarah Rudolph**, Dispute Resolution Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003.
- Güner Semih**, Avukatlık Hukuku, B.3, Ankara 2007.
- Honeymoon, Christopher/Yavunarajah, Nita**, What Mediation Is?, [beyondintractability.org/essay/mediation/](http://beyondintractability.org/essay/mediation/) (E.T: 16.10.2008).

**Ildır, Gülgün**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.

**Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder** , Medeni Usul Hukuku, B.13, Ankara 2001.

**Lott, Leslie/Fletcher, Anthony**, Alternative Frameworks For Dispute Resolution, [lfiplaw.com/articles/adr.htm](http://lfiplaw.com/articles/adr.htm) (E.T:10.10.2008).

**Lundberg, Danielle**, Trust In Mediation, [latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs%20Collins%20H%20\(2005\).pdf](http://latrobe.edu.au/cr/research/elib/The%20most%20important%20personal%20qualities%20a%20mediator%20needs%20Collins%20H%20(2005).pdf) (E.T: 18.10.2008).

**Menkel, Meadow Carrie/Scheider, Andrea Kupfer/Love, Lela Porter**, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

**Mısır, Haşim**, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.

**Moore, Christopher**, The Caucus: Private Meetings That Promote Settlement, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002.

**Morris, Catherine**, Definition In The Field Of Dispute Resolution And Conflict Transformation, [www.peacemakers.ca/publication/ADRdefinitions.html](http://www.peacemakers.ca/publication/ADRdefinitions.html) (E.T: 8.10.2008).

**Özbay, İbrahim**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD 2006, C.X, S.3-4, s.459-475. (**Özbay**, Alternatif).

**Özbay, İbrahim**, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, AÜEHFD 2004, C.VIII, S.3-4. (**Özbay**, Uzlaştırma).

**Özbek, Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir? ABD 1999/2-3.

**Özbek Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.

**Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2011.

**Peppet, Scott**, Contract Formation In Imperfect Markets: Should We Use Mediators In Deals, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

**Riskin, Leonard**, Mediator, Orientations, Strategies And Techniques, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

**Riskin, Leonard**, Understanding Mediators: A Grid for the Perplexed, Negotiation Theory And Strategy, New York 2002. (**Riskin**, Understanding Mediators).

**Ruvolo, Ignazio**, Mandatory Mediation In The First Appellate District Of The Court Of Appeal Report And Recommendations, Canada 2001.

**Sillbey, Susan/Merry, Sally**, Mediator Settlement Strategies, Negotiation Processes For Problem Solving, New York 2005.

**Shulman, Christopher**, PA For Full- Service Dispute Resolution, [adreservices.biz/4.html](http://adreservices.biz/4.html) (E.T: 10.10.2008).

**Sunar, Gülcan**, Avukatlık Sözleşmesi, Argumentum, MÜAD 2005, Y.7-8, S.53, s. 325-347.

**Sungurtekin Özkan, Meral**, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, B.2, İzmir 1999.

**Şen, Murat**, Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı, Şartları ve Nisabı, AÜEHFD 2007, C.II, S.1.

**Şenocak, Zarife**, Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları, ABD 1998/2, s. 4-31.

**Şıpka, Şükran**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İTÜSBD 2007 Y.6, S.12, s. 163-175.

**Tanrıver, Süha**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006. (**Tanrıver**, Arabuluculuk).

**Tanrıver, Süha**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD 2006/64, s. 1-12.

**Uşan, M. Fatih**, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.

**Yıldırım, Kamil**, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 339-353.





# FINANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE SİGORTA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Arş. Gör. Dr. İbrahim AĞSAKAL\**

## **A – Genel Olarak**

FKK m. 17/II ile, finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmesini düzenlemiş ve bu görevi malik sıfatıyla kiralayana vermiştir. Buna göre kiralaayan, mülkiyeti kendisine ait olan finansal kiralama konusu malı, sözleşme süresince sigorta ettirmekle yükümlüdür (FKK m. 17/II c.1). Finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünün kiralaayan şirkete verilmesi madde gerekçesinde, malın kiralaayan şirket için teminat teşkil etmesi olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte rizikonun kapsamı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır

Kanun, söz konusu maddenin devamında ise, anlaşılması güç bir hüküm düzenleyerek, sigorta primlerinin ödenmesinin kiracının yükümlülüğünde olduğunu öngörmüştür. Böylece sigorta sözleşmesini başka biri (kiralaayan) yapmakta; primleri ise bir başkası (kiracı) ödemektedir. Esasında finansal kiralama konusu malın kiralanmasında her iki tarafın da menfaati olmakla beraber meselenin bu şekilde halli, beraberinde bir dizi problemi de getirecek niteliktedir.

## **B – Sigorta Yükümlülüğünün Niteliği**

Finansal kiralama sözleşmesinde sigorta yükümlülüğü konusunda tespit edilmesi gereken ilk husus, Kanun'un sigorta yükümlülüğüne yönelik 17/II, c. 1 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı; başka bir ifadeyle söz konusu hükmün tarafların malın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünü sözleşme ile kiracıya vermelerini engelleyip engellemeyeceğidir. Bunun için herhalde öncelikle hükmün konuluş amacına bakmak gerekir. Yukarıda değindiğimiz üzere, sigorta yaptırma yükümlülüğünün kiralayana bırakılması, maddenin gerekçesinde malın kiralaayan şirket için teminat teşkil etmesi olarak açıklanmıştır. Şu halde madde ve gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla düzenleme

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı.

ile korunan menfaat kamu yararı değildir. Zira malın sigorta ettirilmesi kiralanın teminatını güçlendirici niteliktedir. Bununla birlikte malın sigortalanmamış olması halinde kiralanın tamamen teminatsız da kalmayacaktır. Zira Kanun, bazı hükümleri ile malın zıya veya hasarı hallerinden kiracıyı sorumlu tutmakla mal sigortalanmamış olsa dahi maliki olduğu malın hasar veya zıya zararlarını tazmin ettirmek hakkını kiralayana vermiştir. Şu halde söz konusu hüküm sözleşmenin taraflarından daha çok kiralanın lehine bir düzenleme olup, bu haliyle de emredici değil yedek hukuk kuralı niteliği arz etmektedir.

Tüm bu sebeplerle Kanun'un sigorta yükümlülüğüne yönelik hükmünün emredici olmadığını kabul eden görüş<sup>1</sup> yerindedir. Bu durum karşısında tarafların anlaşarak sigorta yükümlülüğünü kiracıya bırakmaları da mümkündür. Hatta kanaatimizce bu yola gitmelerinde, aşağıda belirttiğimiz gerekçelerle, tarafların menfaati vardır.

### C – Sigorta Ettirme Yükümlülüğü

#### 1 – Sigorta Ettiren

Finansal kiralama konusu malın mülkiyeti, sözleşme süresince kiralanın kalmakta (FKK m. 9) ve esasında bu durum kiralanın için çok önemli bir teminat teşkil etmektedir. Kanun m. 17/II hükmü ile bu teminata ek olarak finansal kiralama konu malın sözleşme süresince sigorta ettirilmesini de kiralayana vermiş ve fakat sigorta primlerini ödemek görevini ise kiracıya yüklemiştir. Bu durum karşısında kiralanın açısından sigorta yükümlülüğünün görevden ziyade bir hak olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır<sup>2</sup>. Zira malın sigortalı olması, aynı zamanda onun teminat fonksiyono-

<sup>1</sup> **ALTOP Atilla**, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, sh. 177; **NAZLIOĞLU Gültekin**, (Açıklamalı ve İçtihatlı) Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1998, sh. 169; **ALTOP Atilla**, Finansal Kiralama'nın Dünyada ve Ülkemizdeki Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan (Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar), İstanbul 1999, sh. 50; **KOCAAĞA Köksal**, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, sh. 122.

<sup>2</sup> Nitekim bu tespitimizi destekler nitelikteki bazı kararlarında Yargıtay, finansal kiralama konu aracın sebep olduğu trafik kazasında, aracın mülkiyeti kendisinde kalsa da bakım gözetim ve işletimi kiralayana ve zilyet olan 3. kişiye ait olması sebebiyle finansal kiralama şirketini (sigorta ettireni) araç işleteni saymamıştır. **Y. 10. HD. 06.12.2004 T.**

nunu güçlendiren ve bu amaca hizmet eden bir nitelik arz etmektedir<sup>3</sup>. Şu halde kanun koyucunun malın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünü öngörmekteki amacı, malın teminat fonksiyonunu güçlendirmektir. Malın teminat fonksiyonu ise kiralayan lehine bir durum olduğundan, sigorta sözleşmesi yapma görevi de ona bırakılmıştır<sup>4</sup>.

Finansal Kiralama Kanun'u 17. maddesi ile malın sigorta ettirilmesi meselesini yukarıda temel özelliklerini açıkladığımız şekilde düzenlemiş olmakla birlikte, hükümde bazı noktaların eksik bırakıldığı görülmektedir. Örneğin rizikonun kapsamı konusunda Kanun bir hüküm öngörmüş değildir. Bu ise bir dizi problemi beraberinde getirmektedir. Zira kiralayan, malın kendisi açısından sağladığı teminat fonksiyonu gereği rizikonun kapsamını mümkün olduğunca geniş tutmaya çalışacak, bu ise sigorta primlerini yükselecektir. Hatta kiralayanın sigortacı ile anlaşarak primlerin yüksek belirlenmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda kiracının yapılan işleme, Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralına ve aynı şekilde BK m. 70, c.2'ye dayanarak itiraz edebileceği haklı olarak ileri sürülmekte<sup>5</sup> ise de, bunun kesin bir çözüm sağlamayacağı açıktır. Zira kiralayanla kiracının sigorta ile teminat altına alınacak riskler konusunda uyumsuzluğa düşmeleri pek muhtemeldir. Kiralayanın, sigorta kapsamında olması gereğine inandığı bir riski kiracı bu nitelikte değerlendirmeyebilecektir. Taraflar arasında çıkabi-

---

2004/11331 K. 2004/11664 E. no'lu karar ve Y. 11. HD. 20.05.2003 T., 2003/5132 K. 2002/12825 E. sayılı karar. Kararlar için bkz. [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).

- 3 **KUNTALP Erden**, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:49,1988, sh. 76; **KOCAAĞA**, sh. 121. Keza benzer şekilde konut finansmanı sözleşmelerinde de, verilen krediye teminat altına almak düşüncesi ile sigorta yaptırma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **ÇABRİ Sezer**, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, sh. 236 vd.
- 4 Bu sebeple uygulamada görüldüğü üzere, taraflar arasında bu yönde herhangi bir anlaşma olmaksızın, kiracının yapacağı sigorta sözleşmesinin FKK m. 17/II anlamında bir sigorta olmayacağı ve kiracının kiralayan tarafından yapılan sigorta sözleşmesi primlerini ödemesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. **ALTOP Atilla**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 49.
- 5 **ALTOP**, sh. 176-177; **NAZLIOĞLU**, sh. 169; **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh 49; **KOCAAĞA**, sh. 121; **KAYIHAN Şaban**, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004, sh. 148. Nitekim Yargıtay da bir kararında, kiralayan şirketin sigorta işlemini yaptırırken primlerin normal ölçüde olmasına özen göstermemesini, MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Y. 19 HD., E.1997/6184, K. 1997/10551. Karar için bkz. **NAZLIOĞLU**, sh. 171-172.

lecek bu gibi uyuşmazlıklarda hâkimin takdir yetkisini kullanması<sup>6</sup> elbette bir çözümdür, ancak sorun her sözleşme için farklı bir özellik arz edeceğinden, sonuçta birbirinin aynı uyuşmazlıklarda farklı mahkeme kararları ortaya çıkacaktır.

Kanun'un eksik bırakmış olması sonucu ortaya çıkabilecek bu gibi sorunları önlemek adına bizde de, diğer bazı ülkelerde olduğu gibi, sözleşmede malın değeri üzerinden olağan ve sigorta edilebilir zıya ve hasarlara karşı malın sigorta ettirileceğinin öngörülmesi mümkündür<sup>7</sup>. Böylece taraflar, finansal kiralama sözleşmesi yaparken malın maruz kalabileceği rizikoları da belirleyip sigortanın kapsamını tayin edebileceklerdir. Bunun yanında sigorta ettirmek yükümlülüğünün emredici nitelikte olmadığı görüşünden hareketle ileri sürülen diğer bir imkân ise, sigorta sözleşmesinin bizzat kiracı tarafından yapılmasıdır<sup>8</sup>.

Gerçekten Kanun'un m. 17/II hükmünün emredici nitelikte kabul edilmemesi halinde -ki yukarıda da belirttiğimiz üzere bizce de bu hüküm emredici nitelikte değildir- tarafların meseleyi sözleşme ile düzenlemeleri mümkün olacaktır<sup>9</sup>. Böylece taraflar, sözleşmeye koyacakları bir hükümle malın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünü kiracıya bırakabilecektir. Meselenin bu şekilde çözümü özellikle malın kiralayana sağladığı teminat değerinin riske gireceği noktasında kiralayan aleyhine gibi görünse de, aksine bu durum ona bazı avantajlar sağlayacaktır. Mesela, kiralayan finansal kiralama konusu malı sigorta ettirme yükümlülüğünü yerine getirmediği veya eksik olarak yerine getirdiği bir durumda, malın kiracının elinde iken hasar veya zıya halinde FKK m. 14/I c.2 uyarınca kiracının ödeyeceği tazminat sınırlı olacakken, sigortanın bizzat kiracı tarafından yapıldığı bir durumda bu şekilde bir sınırlamadan söz edilemeyecektir.

Ayrıca malın sigorta ettirilmesi yanında hasar ve ziyadan sorumluluğun kiracıya ait olması da kiralayan açısından bir teminat niteliğindedir. Diğer

---

<sup>6</sup> Primin tespitinde genel olarak göz önünde tutulacak hususlar için bkz. **KENDER Rayegân**, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, sh. 224 vd.

<sup>7</sup> Bu konuda bilgi ve özellikle Belçika, Almanya ve İsviçre'deki durum için bkz. **ALTOP**, sh. 176-177.

<sup>8</sup> **ALTOP**, sh. 177; **KOCAAĞA**, sh. 122.

<sup>9</sup> **ALTOP**, sh. 177; **NAZLIOĞLU**, sh. 169; **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 50.

bir ifadeyle, malın mülkiyetinin kiralayanda kalması sözleşmeden kaynaklanan alacaklarına karşılık ona bir teminat sağlamasının yanında, kiralayanın kusuru dışında, malın normalin dışında değerinin azalması (hasar) veya yok olması (zıya) halinde kiralayana uğrayacağı zararı FKK m. 14/I uyarınca tazmin etmek hakkına da sahiptir.

Nihayet konunun bu şekilde düzenlenmiş olması sigorta tekniği açısından aşağıda incelediğimiz birçok soruna da sebep olacak niteliktedir.

Tüm bu sebeplerle kanaatimizce, sigorta primlerini ödemek görevi ile birlikte sigorta yapma yükümlülüğünün de kanun hükmü ile kiracıya verilmesi daha uygun olacakken bu yapılmamış ve söz konusu hüküm birçok karışıklığa sebep olmuştur. Ancak buna rağmen tarafların yapacakları sözleşme ile sigorta ettirme yükümlülüğünü kiracıya vermelerine imkân tanımak isabetli olacaktır.

## **2 – Sigorta Ettirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları**

### **a – Sigorta Sözleşmesinin Yapılmamış Olması Halinde**

Finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünün m. 17/II, c.1 ile kendisine verildiği kiralayanın, bu görevi yerine getirmemiş olması halinde karşılaşılabileceği ilk durum malın zıya veya hasarında ortaya çıkacaktır. Zira FKK m. 14/I uyarınca malın zıya veya hasarından sorumlu olan kiracının bu sorumluluğu, hükmün devamında sigorta tazminatının ödenmeyen kısmı ile sınırlandırılmıştır. Şu halde söz konusu hükmün kıyasen uygulanmasından, malı sigorta ettirmeyen kiralayanın sözleşme süresince malda meydana gelecek hasar veya zıyanın bir kısmına katlanması sonucuna varılacaktır ki<sup>10</sup>; kiralayanın katlanacağı bu oran mal sigorta edilseydi elde edilecek tazminat kadar olacaktır. Başka bir ifadeyle, sigorta ettirilmemiş bir malın zıya veya hasarından kiracının sorumluluğu, kiralayanın malı sigorta ettirmemiş olması nedeniyle elde edilemeyen sigorta tazminatı düşürüldükten sonraki kısım kadardır.

---

<sup>10</sup> **TEKİNALP Ünal**, Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası, Finansal Kiralama Semineri, 5-6 Aralık 1985, sh. 10; **SOMUNCUOĞLU Ünal**, Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış, İBD. 1986, S. 4-5-6, sh. 252; **ALTOP**, sh. 177-178; **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 50; **KOCAĞA**, sh. 122.

Finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmemesinin doğuracağı diğer bir husus; sözleşmenin sona erme hallerinden biri olan m. 23/II hükmüdür<sup>11</sup>. Bu hükme göre; taraflardan birinin sözleşmeye aykırı hareketi diğer taraf için sözleşmeye devam etmenin kendisinden beklenemeyeceği bir nitelikte ise, sözleşme feshedilebilir. Böylece, mesela hasar veya zıya riski yüksek bir malın sigorta ettirilmemesi hali, kiracı açısından sözleşmeye devam etmesinin beklenemeyeceği bir nitelik arz ederse, kiracı malın sigorta ettirilmemesi gerekçesiyle finansal kiralama sözleşmesini feshedebilecektir. Bununla birlikte finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmemesi halinde, özellikle sözleşmeyi feshetmek yoluna gitmek istemeyen kiracıya, üçüncü kişi lehine sigorta yaptırmak hakkının tanınabileceği haklı olarak ileri sürülmektedir<sup>12</sup>. Buna göre kiracı, sigortadan alınacak tazminatın malın tamirinde veya yenisinin alınmasında kullanılarak sözleşmeye devam edilmesinin kendisi açısından daha yararlı olacağı düşüncesiyle, mahkemeden BK m. 97/I uyarınca sözleşme masraflarının daha sonra ondan faiziyle alınması amacıyla kiralayan lehine sözleşme yapılmasını talep edebilmelidir<sup>13</sup>.

#### **b - Sigorta Sözleşmesinin Yapılmış Olması Halinde**

Finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmiş, ancak zararın sigorta kapsamında değerlendirilmeyen bir halden kaynaklanmış olması nedeniyle hiç tazminat alınamamış veya tazminatın zararın bir kısmını karşılamış olması hallerinde sorumluluk nasıl olacaktır? Bu halde de yukarı değindiğimiz gibi kiralayanın sorumluluğuna gitmek mümkün olacak mıdır? Bu soruya malın maruz kalabileceği rizikoların sigorta ettirilip ettirilmemiş olmasından hareketle cevap aramak gerekir.

Öncelikle, malın sigorta ettirilmemesinde olduğu gibi, sigortanın oluşan zararı karşılamaması veya kısmen karşılaması zararlarına da, kural olarak,

---

<sup>11</sup> **ALTOP**, sh. 178; **NAZLIOĞLU** sh.169.

<sup>12</sup> **ALTOP**, sh. 178; **NAZLIOĞLU**, sh. 169. Ancak bu, kiracı için bir zorunluluk değildir. Bir başka ifadeyle kiralayan malı sigorta ettirmemişse, kiracı malı sigorta ettirmek ve sigorta primlerini ödemek zorunda değildir, **SOMUNCUOĞLU**, sh. 252; **KOCAĞA**, sh. 136.

<sup>13</sup> **ALTOP**, sh. 178; bununla birlikte Kuntalp, finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmemesinin bizzat kiralayan lehine bir durum olmasından hareketle burada kiracının bir borcundan söz edilemeyeceğini ve bu nedenle kiralayanın malı sigorta ettirmeyi ihmal etmesi halinde, kiracının ondan sigorta yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemeyeceğini ileri sürmektedir (**KUNTALP**, sh. 76-77; **KOCAĞA**, sh. 122).

kiralayanın katlanacağına şüphe yoktur. Böylece yukarıda bahsettiğimiz üzere, nimet külfet prensibi uyarınca malın sigorta ettirilmesi yararına olan kiralayanın, malın sigorta ettirilmemesi veya sigorta kapsamının dar tutulması zararlarına da katlanması gerekir. Ancak herhalde kiralayanı da sigortanın karşılamadığı her zarardan sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olmaz<sup>14</sup>. Şu halde finansal kiralama konusu malın sigorta ettirilmesinden, o malın maruz kalabileceği rizikolara karşı sigorta ettirilmesini anlamak ve sorumluluğu da buna göre belirlemek gerekir. Böylece malın hasar veya zıyanına sebep olan olay, objektif olarak sigorta kapsamına alınmasını gerektirecek bir nitelikte değilse, o zarara kiralayanın katlanması söz konusu olmaz ve bu olay sonucu malın hasarı veya zıyayı sonucu oluşan zararın tamamına kiracı katlanır (FKK m. 14/I). Buna karşılık sigorta ettirilmesi gereken bir rizikodan kaynaklanması halinde zararın sigorta kapsamına alınmış olsa idi elde edilecek tazminat kadarlık kısmına kiralayan katlanacaktır (FKK m. 14/II). Bir başka ifadeyle bu halde de, mal sigorta ettirilmiş olmasına rağmen, kiracının hasar veya ziyadan sorumluluğu ödenmesi gereken sigorta tazminatının karşılanmayan kısmı ile sınırlı olacaktır.

Bununla birlikte tarafların yapacakları sözleşme ile sigorta ettirme yükümlülüğünü kiracıya bırakmaları halinde kiralayanın sorumluluğuna gitmek mümkün olmaz. Kiracı gerek malın sigorta ettirilmemesinden gerekse zararın sigorta tazminatı ile karşılanmadığı rizikolardan sorumlu olmalıdır. Ancak bu çözüm şekli, sigorta sözleşmesinin sözleşme ile değil de yukarıda bahsettiğimiz, BK m. 97/I uyarınca kiracı tarafından yapılacağı durum için de uygulanabilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Zira kiracı söz konusu hükümle üzerine aldığı sigorta sözleşmesinin karşılayacağı rizikoları belirlerken yapacağı bir hatayı, sözleşmeyi kiralayan da yapmış olsaydı aynı hataya düşecekti gibi bir gerekçeyle zarara kiralayanın katlanmasını istemesi mümkün değildir. Keza bu halde zararın objektif olarak öngörülemez olan bir rizikodan kaynaklanmasına da kiracı katlanmalıdır. Çünkü sigorta sözleşmesi BK m. 97/I uyarınca kiracı tarafından değil de kiralayan tarafından yapılmış olsa ve zarar da yine objektif olarak öngörülemez bir rizikodan kaynaklansaydı, bu zarara da kiracı katlanacaktı. Bu sebeple zararın

---

<sup>14</sup> Aksi durum FKK m. 14/I hükmü ile çelişecektir. Zira bu halde kiracının malın zıya veya hasarından borcu, her halde malın oluşan o hasar veya zıya için de sigorta ettirilmiş olsaydı alınacak tazminat düşüktükten sonra belirlenecek miktarla sınırlı olacaktı ki, bu hal m. 14/I'in kapsamını çok sınırlayacağı gibi, hükmün ruhuna da aykırı olacaktır.

sigorta kapsamında değerlendirilmesi kiralayandan beklenemeyecek bir rizikodan kaynaklanmasına her durumda kiracı katlanacaktır. Başka bir deyişle bu halde sigorta sözleşmesi kimin tarafından yapılmış olursa malın hasar veya ziyaından kiracı sorumlu olacaktır.

#### D – Sigorta Primlerini Ödeme Yükümlülüğü

Sigorta bir sözleşmedir ve bu niteliği itibari ile nispi etkiye sahiptir. Buna bağlı olarak sigorta sözleşmelerinde prim ödeme borcu, başka kişiler prim ödeme taahhüdünü üzerlerine almış olsalar bile, kural olarak sözleşmenin karşı tarafı konumundaki sigorta ettirene aittir<sup>15</sup>. Buna bağlı olarak prim ödeme borcunun sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiden talep edilmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. Buna karşılık FKK m. 17/II'nin son cümlesi uyarınca kiralayana tarafından yapılan sigorta sözleşmesinin primlerini ödemek yükümlülüğünün kiracıya ait olduğu hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan bu düzenlemede, kiralayana ve sigortacı arasında yapılan bir sözleşme ile kiracı için bir sorumluluk getirilmekle beraber, bunun kiracı açısından bir borç olup olmadığı ise açık değildir. Şu halde kiracı, sigorta primlerini kime ödeyecek veya kiracının sigorta primlerini ödememesi halinde sorumluluk neye göre tespit edilecektir?

<sup>15</sup> **KENDER**, sh. 223; **ÇEKER Mustafa**, 6012 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011, sh. 75; **KAYIHAN**, sh. 137; **ÜNAN Samim**, Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul 1998, sh. 110; **ŞENOCAK Kemal**, Mesleki Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2000, sh. 206; **YONGALIK Aynur**, Hukukî Açıdan Kredi Hayat Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002, sh. 92; **ULAŞ Işıl**, Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ankara 2002, sh. 160.

<sup>16</sup> **KENDER**, sh. 227, özellikle bkz. dn. 150. Nitekim bu yöndeki bir kararında Yargıtay, davalı finansal kiralama şirketinin işleyen sıfatını taşımasının, onun kiracısıyla arasındaki iç ilişkiye ait bir sorun olduğunu; sigortacının trafik sigortasına dayalı olarak tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda başvurabileceği kimsenin, aracın gerçek işleteni kim olursa olsun, sadece sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren olduğu gibi, finansal kiralama sözleşmesinin yapılmasının ardından işletenin değiştiğinden bahisle davacı sigorta şirketine ihbarda bulunduğu iddia ve ispat edilmiş olmamakla, davalı şirketin sigorta poliçesinin ve sigorta genel şartlarının kendisine yüklediği sorumlulukları yerine getirmekle yükümlü olacağına hükmederek, sigortacının ödemiş olduğu tazminat sebebiyle davalı finansal kiralama şirketine rücu hakkının olduğuna hükmetmiştir. **Y. 11. HD., 12.02.2001 T. 2001/1158 K. 2001/ 10171 E. sayılı karar**. Benzer yönde diğer bir karar için bkz. **Y. 11. HD., 07.11.2000 T. 2000/8710 K. 2000/9048 E. numaralı karar**. Kararlar için bkz. [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).



Kiracının sigorta primlerinin, madde metni ve gerekçesinin yorumundan, doğrudan sigorta şirketine ödeneceği anlamı çıkarılsa da<sup>17</sup> kiracının primleri ödememesinden sorumluluğun nasıl tespit edileceğini belirlemek mümkün değildir. Şu halde malın sigorta ettirilmiş olmasına rağmen kiracının ilk primi veya sonraki primleri ödememesi durumunda ne olacaktır? Zira bilindiği üzere ilk primin ödenmemesi halinde sigorta himayesi başlamaz. Benzer şekilde sonraki primlerin ödenmemesi halinde ise, verilecek süreler içerisinde primlerin ödenmemesi yine sigorta himayesinin sona ermesine yol açabilecektir. Bu halde sigorta sözleşmesi hiç yapılmamış sayılacak ve sigorta ettirme yükümlülüğü kiralayanda olduğundan meydana gelen bu zararlara da onun katlanması mı gerekecek; yoksa sigorta primlerini ödemek kiracı için bir borç sayılıp, bu primleri ödememiş olması nedeniyle oluşacak zararlara da kiracı mı katlanacaktır?

FKK m. 17/II'nin son cümlesi ile kiracıya verilen bu yükümlülüğü onun için bir borç saymak sözleşmenin nispiyeti ilkesine ters olacağından mümkün görünmemekle beraber, kanaatimizce, sigorta primlerini ödeme yükümlülüğünün kiralayana ile sigortacının yaptığı sözleşmeden değil de kanundan kaynaklanan bir borç olduğunu kabul etmek mümkündür<sup>18</sup>. Şu halde kiracı, kanunen sigorta primlerini ödemekle yükümlü kişi olduğundan, primlerin ödenmemesi nedeniyle meydana gelen zararlara da katlanmalıdır. Böylece gerek ilk primi ödemeyerek sigorta himayesinin başlamadığı, gerekse sonraki primleri ödememesi sonucu sigorta himayesinin sona erdiği durumlarda oluşacak zararlardan kiracı sorumlu olmalıdır. Mesela kiracı ilk primi ödemediği için sigorta tazminatı alınamamış ise, malın zıyaı veya hasarı halinde m. 14/I son hükmünden yararlanamayacak, yani zararın tamamını karşılamakla yükümlü olacaktır.

Keza tarafların sigorta sözleşmesine koyacakları bir hükümlerle, kiracının sigorta primlerini kiralayana ödeyeceği ve bunun da geçerli sayılacağını kararlaştırabileceklerinin mümkün görülmesi de<sup>19</sup> yukarıda bahsi geçen sorunlara bir çözüm olabilir. Böylece sigortayı yapan da primleri ödeyen de

---

<sup>17</sup> **ALTOP**, sh. 213; **NAZLIOĞLU**, sh. 170; **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 51; **KOCAAĞA**, sh. 135.

<sup>18</sup> **KUNTALP**, sh. 76; **KOCAAĞA**, sh. 121.

<sup>19</sup> **ALTOP**, sh. 207-208; **NAZLIOĞLU**, sh. 169; **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 51; **KOCAAĞA**, sh. 135; kredili hayat sigortalarına yönelik olarak bkz. **YONGALIK**, sh. 92.

aynı kişi olacağından kiralayan, sigortanın devamını daha rahat kontrol edebilecektir. Çünkü bu halde sigorta primleri ödemek artık kiralayanın borcudur. Kiracının ödememesi halinde ise, yukarıda değindiğimiz BK m. 97/I hükmüne başvurmaya gerek kalmadan, kiralayan sigorta primlerini ödeyecek ve ancak ödediği bu bedel için kiracıya rücu edebilecektir. Nitekim uygulamada da finansal kiralama sözleşmelerine bu yönde hükümler konmakta ve bunlar mahkemelerce de geçerli kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

Bununla birlikte sigorta primlerinin ödenmemesi durumunda sigorta sözleşmesinin tarafı olması nedeniyle durumun kendisine ihbar edildiği kiralayanın, daha sonra faiziyle birlikte kiracıdan talep etmek üzere, primleri bizzat ödeyerek sigortanın devamını sağlayabileceği de kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Nitekim Yargıtay da bir kararında kiralama konusu malın sigorta primlerinin kiracı tarafından ödenmemesi halinde bunu kiralayanın yapabileceğine ve ödediği bedeli sözleşmedeki faiziyle birlikte istenebileceğine hükmetmiştir<sup>22</sup>.

## SONUÇ

Finansal kiralama sözleşmesinde sigorta yükümlülüğü FKK m. 17/II'de "Kiralayan şirket, mülkiyeti kendisine ait olan finansal kiralama konusu malı sözleşme süresince sigorta ettirmek zorundadır. Sigorta primlerinin ödenmesi kiracıya aittir." şeklinde düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, sigorta sözleşmesi kiralayan tarafından yapılacak, yani sigorta ettiren sıfatı ile yapılan bu sözleşmenin karşı tarafı kiralayan olacak ve fakat sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin en önemli yükümlülüğü niteliğindeki prim ödeme borcu ise sözleşmenin tarafı olmayan bir kişi, kiracı, tarafından karşılanacaktır.

İlk bakışta sözleşmenin nispiyeti ilkesine aykırı ve üçüncü kişi aleyhine sözleşme izlenimi yaratan söz konusu düzenleme karşısında birtakım çözümler ileri sürülmüştür. Buna göre akla ilk gelen çözüm, finansal kiralama sözleşmesine konulacak bir hükümlerle kiracıya sigorta sözleşmesinden kaynakla-

---

20 Y. 19 HD, 15.02.1996 T. ve 96/1356 E. sayılı karar (naklen, **ALTOP**, Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar, sh. 51, dn. 59).

21 **LIENHARD Ernst**, Finanzierung-Leasing als Bankgeschäft, Bern/Stuttgart 1976, sh. 97-98 (**ALTOP**, sh. 215'ten naklen); **KOCAAĞA**, sh. 136.

22 Y. 19. HD., 1996/4608 E. 1996/1356 K. Karar için bkz. **NAZLIOĞLU**, sh. 179-171.

nan primleri ödeme borcunun da yüklenmesidir. Nitekim uygulamada finansal kiralama sözleşmelerine bu yönde hükümler konulduğu görülmektedir. Bu konuda bir diğer öneri, FFK m. 17/II'deki düzenlemenin emredici olmasından hareketle, sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünün, taraflar arasındaki sözleşmeye konulacak bir hükümle kiracıya bırakılabilecek olmasıdır. Nihayet, kiracının sigorta primlerini ödeme yükümlülüğünün kanunda öngörülen ve dolayısıyla burada kanundan kaynaklanan bir borcun söz konusu olduğu da ileri sürülmektedir.

Tüm bu görüşlere katılmakla birlikte ileri sürülen çözümlerin Kanun'un konuya yönelik düzenlemesinden kaynaklanan sorunları tamamen ortadan kaldırdığını söylemek de mümkün değildir. Kanaatimizce sorunun en sağlıklı ve hukukun temel kavramları ile uyumlu çözümü, sigorta yapma yükümlülüğünün de kanun hükmü ile kiracıya bırakılmasıdır. Böylece çalışmamızda tespit ettiğimiz muhtemel sakıncaların da engellenmesi mümkün olacaktır.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

**ALTOPAtilla;** Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

**ALTOP Atilla;** Finansal Kiralama'nın Dünyada ve Ülkemizdeki Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan (Finansal Kiralamadan Kaynaklanan Sorunlar), İstanbul 1999.

**ÇABRİ Sezer;** Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.

**ÇEKER Mustafa;** 6012 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana 2011.

**KAYIHAN Şaban;** Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004.

**KENDER Rayegân;** Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.

**KOCAAĞA Köksal;** Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

**KUNTALP Erden;** Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:49, 1988.

**NAZLIOĞLU Gültekin;** (Açıklamalı ve İçtihatlı) Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1998.

**SOMUNCUOĞLU Ünal;** Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış, İBD. 1986, S. 4-5-6.

**ŞENOCAK Kemal;** Mesleki Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2000, sh. 206.

**TEKİNALP Ünal;** Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası, Finansal Kiralama Semineri, 5-6 Aralık 1985.

**ULAŞ Işıl;** Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ankara 2002.

**YONGALIK Aynur;** Hukukî Açından Kredi Hayat Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2002.

**Çeviriler**

---



# ALMAN YARDIMCI ADALET MEMURU YASASI\*

*Dr. Cenk AKİL*

## ÖZET

Yardımcı adalet memuru sosyal, ekonomik ve politik yönden önemli görevler ifa etmektedir. Tarihi süreç içerisinde görevleri giderek artan yardımcı adalet memurları günümüzde adli teşkilat içerisinde karar verici konuma yükselmiştir. Yardımcı adalet memurları özel hukuka ilişkin işlemlerin yanı sıra cezaların infazında savcılık makamı yanında da görev ifa etmektedirler. Yardımcı adalet memurları bu alanlarda haklarını arayanlar için kendi şahsi sorumlulukları altında faaliyette bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Medeni usul hukuku, adli teşkilat, yardımcı adalet memuru, adalet meslek yüksek okulu

## ABSTRACT

Law officer has been fulfilling important duties from social, economic and political aspects. Law officers whose duties have increased within the historical process have risen up to the decision-maker position in the judiciary today. Law officers have been fulfilling duties in the execution of punishments in company with the office of public prosecutor besides the actions related with private law. Law officers perform their duties in the service of the people seeking their rights in these areas under their personal responsibilities.

**Keywords:** Civile procedure, judiciary, law officer, vocational high school of justice.

## I. GİRİŞ

Yardımcı adalet memurları Alman hukuk hayatında önemli roller oynamaktadır<sup>1</sup>. Alman hukukundaki yardımcı adalet memurunun karşılığını Türk

---

\* Yasa'nın "Nihai Hükümler" başlıklı altıncı kısmındaki hükümler daha ziyade eyaletlere ilişkin bir takım spesifik düzenlemeler niteliğinde olduğundan tercüme edilmemiştir.

hukukunda adalet meslek yüksek okulu mezunları karşılamaktadır ve şu anda ülkemizde pek çok adalet meslek yüksek okulu hizmete açılmıştır. Nitekim öğretide<sup>2</sup> haklı olarak adalet meslek yüksek okulu mezunlarının ülkemizde de yardımcı adalet memurluğu mesleğinin kurulmasına olanak verecek yetişmiş insan kaynağını sunduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan ileride bu konuda yapılacak mevzuat çalışmaları bakımından Alman Yardımcı Adalet Memuru Yasası'na göz atılması yararlı olacaktır.

## II. ALMAN YARDIMCI ADALET MEMURU YASASI

### Birinci Kısım

#### Yardımcı Adalet Memurunun Görevleri ve Konumu

#### § 1 Yardımcı Adalet Memurunun Statüsü

Yardımcı Adalet Memuru bu Yasa ile kendisine verilen görevleri yerine getirir.

#### § 2 Yardımcı Adalet Memuru Olabilmek İçin Gerekli Şartlar

(1) Yargı erki memuru, üç yıllık stajı tamamladıktan ve bu staj sonunda yapılacak yargı memurluğu sınavını kazandıktan sonra yardımcı adalet memuru olarak atanabilir. Staj, bir yüksek okul nezdindeki eğitimi ya da onunla eş değer bir eğitim kapsamında memura bilimsel bilgi ve metotlar ile Yardımcı Adalet Memurunun görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı mesleki yetenek ve bilgileri temin eder. Staj en az on altı aylık uzmanlık eğitimi ve mesleki pratiğe yönelik eğitimden oluşur. Mesleki pratiğe yönelik eğitim öncelikle yardımcı adalet memurunun görevlerine yönelik olup bu eğitim bir yıldan az olamaz.

(2) Staja yüksek okula gitme yeterliliğine sahip olanlar ya da buna eşit eğitime sahip olanlar kabul edilebilir. Merkezi yargı teşkilatının memurları meslek sınavından sonra en az üç yıl merkezi adalet teşkilatında görev yapmış ve kişiliği ve o zamana kadarki performansıyla yardımcı adalet memurluğu için uygun görülenler yardımcı adalet memurluğu eğitimine kabul edilebilirler. Eyaletler merkezi adalet teşkilatında geçen sürenin altı aya kadarki kısmını mesleki eğitim süresinden sayılmasını kararlaştırabilirler.

<sup>1</sup> Volker Lessing, "Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden "Alman Yardımcı Adalet Memuru" (Rechtspfleger) Kimdir?" (Çev.: Bilge Öztan / Fırat Öztan), (AÜHFD, 1988/1-4, s. 347-371), s. 348 vd.

<sup>2</sup> Ali Cem Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler" (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2003, TBB Yayını, s. 273-303), s. 302.



(3) Talebi üzerine hâkimlik mesleğinin gerektirdiği ehliyete sahip bir kimse yardımcı adalet memuru olarak görevlendirilebilir.

(4) Başarıyla tamamlanmış hukuk eğitiminin on iki aya kadarki kısmı ve Alman Hâkimler Yasası m. 5b uyarınca yapılan stajın altı aya kadarki kısmı stajdan düşülebilir. Bu hüküm, 10 Eylül 1971 (BGBl. I S. 1557) tarihli Alman Hâkimler Yasası'nın 5b maddesi uyarınca yapılan eğitime katılanlar için de kıyasen uygulanır.

(5) Stajyerler, yardımcı adalet memurunun işlerini geçici olarak görmek üzere vekil olarak görevlendirilebilirler.

(6) Eyaletler daha tafsilatlı hükümler kabul edebilirler.

### § 3 Devredilen İşler

Yardımcı adalet memuruna aşağıdaki işler devredilebilir:

1. Yasal hükümler uyarınca sulh hukuk mahkemesi hakimi tarafından yerine getirilmesi gereken işlerden;

a) Alman Medeni Yasası'nın 29., 37. ve 55 ilâ 79. maddelerine göre derneklere ilişkin işler ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın 5. Kitabı'nda sayılan işler,

b) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın 410. maddesine göre çekişmesiz yargı işleri ile Sigorta Sözleşmeleri Yasası'nın 84. maddesinin ikinci fıkrası ve 189. maddesindeki işler,

c) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın sekizinci kitabında düzenlenmiş olan gaiplik usulü işleri,

d) Ürün Kirası Kredisi Yasası anlamındaki ürün kirası kredisi işleri,

e) Alman Medeni Yasası'nın 1558 ilâ 1563 maddeleri ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın beşinci kitabına ve bununla bağlantılı olarak Alman Hayat Arkadaşlığı Yasası'nın 7. maddesi uyarınca mal rejimi sicili işleri,

f) Beyanın tutanağa geçirilmesi dâhil senet işleri,

g) Gaiplik usulüne ilişkin işler,

h) Tapu sicili, gemi sicili, gemi inşası sicili işleri ile hava taşıt araçlarının rehni işleri,

i) Alman Cebri Artırma ve Cebri Yasasına ilişkin işler,

k) Cebri icra dışında Alman Medeni Usul Yasası hükümleri uyarınca gerçekleştirilen paylaştırmaya (taksime) ilişkin işler,

l) Cebri artırma dışında, cebri artırmada semenin paylaşılması hakkındaki hükümler uyarınca gerçekleştirilen paylaşırma işleri,

m) Arazi Toplulaştırma Yasası m. 75, II, Arazi Temini Yasası m. 54, III, Hava Trafığı Yasası m. 28, II, İnşaat Yasası m. 119, III ve Federal Dağ Yasası m. 94, IV uyarınca paylaşırma (taksim) işleri,

2. Bu Yasa'nın 14 ilâ 19b maddesinde sayılan istisnalar saklı olmak üzere yasal hükümler gereğince sulh hukuk mahkemesine tevdi edilmiş görevlerden,

a) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 151, 186 ve 269 uyarınca nesep ve evlatlık işleri ile bu maddelerin kıyasen uygulandığı hayat arkadaşılığında doğan işler,

b) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 271 ve 340'a göre müşavirlik işleri ve müşavirlik hukukundan doğan tahsis işleri,

c) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 342 uyarınca tereke ve taksim işleri,

d) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 374 ve 375 uyarınca ticaret, kooperatif ve ortaklık sicili işleri ile işletme hukukundan doğan işler,

e) Aciz Yasası'na ilişkin işler,

f) (mülga)

g) Avrupa Birliğı Konseyi'nin 1346/2000 sayı ve 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı Aciz İşleri Yönetmeliğı ile Aciz Yasası'nın Yürürlüğü Hakkındaki Yasa m. 102'de gösterilen işler,

h) Deniz Ticaret Hukuku Paylaşırma Tüzüğü'ndeki işler,

3. Bu Yasa'nın 20 ilâ 24a, 25 ve 25a maddelerinde münferiden zikredilen;

a) Alman Medeni Usul Yasası ve Kiracının Korunması Hakkındaki Yasadaki işler,

b) Tespit işleri,

c) Ceza işleri ile idari kabahatlerin yargılanmasındaki mahkeme işleri,

d) Patent mahkemesinde görülen işler,

e) Beyanın tutanağı geçirilmesi,

f) Danışma masrafları yardımı işleri,

g) Aile hukuku işleri,

h) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın adli yardıma ilişkin işleri;

4. Bu Yasa'nın 29. ve 31. maddelerinde münferiden zikredilen

a) Uluslararası ticarete,

b) (mülga)

c) Ceza yargılamasında savcılık işleri, ceza işleri ve idari kabahatler ile inzibati cezalar ve zorlayıcı önlemlere ilişkin işler.

#### § 4. Devrin Kapsamı

(1) Yardımcı adalet memuru kendisine devredilen işleri halledebilmek için gerekli tüm tedbirleri almaya yetkilidir.

(2) Yardımcı adalet memuru şunlara yetkili değildir:

1. Yeminin edasına emretme ya da bir yemini kabul etme,

2. Hürriyeti bağlayıcı cezayı ihtar etme ya da hürriyeti bağlayıcı ceza verme. Ancak bunun için cezanın icrasına yönelik şu tedbirlerin söz konusu olmaması gerekir:

a) Ceza Yargılaması Yasası'na göre hürriyeti bağlayıcı ceza ya da Alman Medeni Usul Yasası'na göre verilen inzibati mahiyetteki hafif hapis,

b) Ceza Yargılama Yasası'nın 463. maddesine göre iyileştirme ve koruma tedbirleri,

c) İdari Kabahatler Yasası'nın 97. maddesi uyarınca tazyik hapsi.

3. (mülga)

(3) Şayet yardımcı adalet memuru, ikinci fıkranın bir ve iki numaralı bentleri uyarınca almaya yetkili olmadığı tedbirlerin alınmasını gerekli görürse bunların karara bağlanması için meseleyi hâkime arz eder.

#### § 5 Hâkime Arz

(1) Yardımcı adalet memuru şu hallerde kendisine devredilen işleri hâkime arz eder:

1. Meselenin incelenmesi sonucunda, Alman Federal Anayasası m. 100 uyarınca Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin ya da eyaletler bazında anayasaya ilişkin uyuşmazlıklarda karar vermeye yetkili bir mahkemenin kararı gerekirse;

2. Devredilen iş ile hâkim tarafından icra edilen iş arasında bunların birbirinden ayrılması faydalı olmayacak derecede sıkı bir bağlılık var ise.

(2) Yardımcı adalet memuru kendisine tevdi edilmiş işe ilişkin olarak yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde, işi hâkime arz eder.

(3) Hâkim gerekli görürse kendisine tevdi edilen iş üzerinde çalışır. Hâkim işi yardımcı adalet memuruna geri de gönderebilir. Şayet hâkim işi yardımcı adalet memuruna geri gönderirse o, hâkimin bildirdiği hukuki görüş ile bağlıdır.

### § 6 Kendisine Devredilen İşlerin Hâkim Tarafından İncelenmesi

Hâkime devredilen iş ile hâkim tarafından yapılması gereken bir iş arasında bunların ayrı ayrı ele alınması hiçbir fayda sağlamayacak kadar sıkı bir bağlantı var ise hâkim tüm meseleyi kendisi ele alır.

### § 7 Yetkili Yardımcı Adalet Memurunun Belirlenmesi

Bir işin hâkim mi yardımcı adalet memuru tarafından mı ele alınması konusunda bir uyuşmazlık yahut belirsizlik ortaya çıkarsa hâkim bunu ara kararı ile karara bağlar. Bu kararın iptali kabil değildir.

### § 8 İşlemlerin Geçerliliği

(1) Şayet hâkim, aslında yardımcı adalet memuruna devredilmiş bir işi ifa ederse bu, yapılan işin geçerliliğine hâlel getirmez.

(2) Şayet yardımcı adalet memuru bu Yasa uyarınca kendisine hâkim tarafından devredilebilen bir işi yapmışsa, bu işlem, devir işlemi yapılmadığı yahut münferit olayda devir için gerekli koşullar bulunmadığı için geçersiz sayılmaz.

(3) Yapılan bir işlem bu Yasa'nın 5. maddesi uyarınca yardımcı adalet memuru tarafından hâkime arz edilmediği için geçersiz sayılmaz.

(4) Şayet yardımcı adalet memuru bu Yasa uyarınca hâkim tarafından yerine getirilmesi gereken ve ne kendisine devredilmiş ne de devredilmesi mümkün bir işi ifa etmişse, söz konusu işlem geçersizdir. Ancak bu, bu Yasa'nın 7. maddesi uyarınca yardımcı adalet memuruna bir kararla havale edilmiş işlemler bakımından geçerli değildir.

(5) Şayet yardımcı adalet memuru yazı işleri müdürlüğünün bir memurunun işlemini ifa etmişse, yapılan işlemin geçerliliğine hâlel gelmez.

### § (9) Yardımcı Adalet Memurunun Bağımsızlığı

Yardımcı adalet memuru görevinde bağımsız olup sadece hukuka ve yasaya bağlıdır.

### § (10) Yardımcı Adalet Memurunun Yasaklılığı ve Reddi

Hâkimlerin yasaklılığı ve reddi hakkındaki hükümler yardımcı adalet memuru hakkında da kıyasen uygulanır. Yardımcı adalet memurunun reddi talebi hâkim tarafından karara bağlanır.

### § (11) Müracaat Yolları

(1) Yardımcı adalet memurunun kararlarına karşı genel hükümler uyarınca caiz olan yasa yollarına başvurulabilir.

(2) Şayet yardımcı adalet memuru tarafından alınmış olan bir karara karşı genel hükümler uyarınca bir yasa yolu öngörülmemişse, Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası uyarınca gidilen şikâyet yolu için, bunun dışındaki hallerde acele şikâyet hali için öngörülmüş bulunan müddet içinde itiraz yoluna başvurulabilir. Yardımcı adalet memuru itirazı karara bağlayabilir. Karara bağlayamadığı itirazları ise hâkime arz eder. Bunun dışında itiraz hakkında şikâyete ilişkin hükümler mealen uygulanır.

(3) Tapu sicil tüzüğü, gemi sicil tüzüğü ya da Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası uyarınca geçerli hale gelen ve değiştirilmesi mümkün olmayan yargısal tasarruflar, kararlar ve tanık ifadeleri itiraz yoluna başvuru olarak iptal edilemez. Bunun yanı sıra Alman Medeni Usul Yasası'nın 694 ve 700. maddelerindeki hallerde ve oy hakkının temini hakkındaki kararlara karşı (Aciz Yasası m. 77, 237 ve 238) itiraz yoluna başvurulamaz.

(4) İtiraz yoluna başvuru harçtan muaftır.

### § 12 Yardımcı Adalet Memuru Unvanının Kullanımı

Yardımcı adalet memuru yazışmalarda ve kendisine devredilen meselelerde senetlerin tanziminde imzasının yanına "yardımcı adalet memuru" unvanını eklemek zorundadır.

### § 13 Avukatla Temsil Mecburiyetinin Bulunmaması

Alman Medeni Usul Yasası m. 78, I ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 114, I yardımcı adalet memurunun işlemleri hakkında uygulanmaz.

### İkinci Kısım

Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasasında, Alman Aciz Yasasında ve Deniz Ticaret Hukuku Uyarınca Yapılan Paylaştırmada Hâkime Bırakılan İşler

**§ 14 Nesev ve Evlatlık İşleri**

(1) Nesev ve evlatlık işleri ile buna uygun hayat arkadaşlığı işlerinden aile mahkemesine devredilen meselelerinden aşağıda sayılanlar hâkime bırakılmıştır:

1. İlgililerden birinin diğeri üzerinde velayet hakkının bulunup bulunmadığının tespiti;

2. Alman Medeni Yasası 1666. maddesinde sayılan çocuğun fiziksel, zihni ya da ruhsal durumunu tehlikeye düşüren durumun önlenmesine yönelik tedbirler,

3. Alman Medeni Yasası m. 1671, 1672, 1678,II, 1680, II ve III ile 1681, I ve II hükümleri uyarınca velayetin bir başkasına devri,

4. Alman Medeni Yasası m. 1630, III hükmü uyarınca velayetin kayyım devrine ilişkin karar,

5. Velayet hakkına sahip olanların belli bir konuda fikir ayrılığına düşmeleri durumunda verilecek karar,

6. Medeni Yasanın Yürürlüğü Hakkındaki Yasa m. 224 § 2, III hükmü uyarınca velayet hakkı sahibinin beyanının ikamesi,

7. Alman Medeni Yasası m. 1684, III ve IV ile m. 1685, III uyarınca ebeveyn ve çocuklar ile çocuklar ve üçüncü kişiler arasında şahsi ilişkilerin düzenlenmesi, Alman Medeni Yasası 1687 ve 1687a. maddeleri uyarınca günlük yaşama ilişkin meselelere dair münferit karar verme hakkının kısıtlanması ya da kaldırılmasına ilişkin karar ile Medeni Yasa m. 1632, II hükmünü ilgilendiren meselelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkındaki karar,

8. Alman Medeni Yasası m. 1632, I uyarınca bir çocuğun teslimi talebi hakkındaki karar ile m. 1632, IV uyarınca çocuğun kayyımda bırakılmasına dair karar ya da m. 1682 uyarınca eşlere, hayat arkadaşlarına ya da çocukla kişisel ilişkiye hakkı olanlara bırakılmasına ilişkin karar,

9. Aile mahkemelerinin yetkili olduğu bir iş bakımından memuriyet hukukuna ilişkin hükümler nedeniyle müşavir ya da kayyım atanması,

10. Alman Medeni Yasasının Yürürlüğü Hakkındaki Yasa'nın 24. maddesi uyarınca alınan geçici tedbirler de dâhil olmak üzere yabancı ülke vatandaşları için vasi ya da kayyım tayini,

11. Alman Medeni Yasası 1801. maddesi ile Çocuğa Verilecek Dini Eğitim Hakkındaki Yasa'nın 2, 3 ve 7. maddeleri uyarınca çocuğa verilecek dini eğitim,

12. Rızanın ikamesi;

a) Velayet hakkına sahip olanlarınkinin rızası yerine,

b) Yasal temsilcinin, Alman Medeni Yasası 1626c maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca sınırlı işlem ehliyetine sahip ebeveynin velayet hakkına dayalı rızası yerine,

c) Alman Medeni Yasası m. 1315, I, c. 3'nin ikinci yarısı uyarınca evliliğin onanması hakkında yasal temsilcinin rızası yerine;

13. Alman Medeni Yasası m. 1303, II uyarınca rüşt gerekliliğinden muaf tutulma ve Alman Medeni Yasası m. 1315, I, c.1, b.1 uyarınca böyle bir muafiyet olmaksızın gerçekleştirilmiş evliliğe verilecek izin,

14. Çocuk Mahkemeleri Yasası m. 67, III, c. 3 uyarınca kayyım tayini dışında aynı Yasada zikredilen işler,

15. Alman Medeni Yasası m. 1746, III ile m. 1748 ve 1749, I uyarınca onay ya da rıza beyanının ikamesi, Alman Medeni Yasası m. 1752, 1768 ve 1757, IV uyarınca çocuğun adı hakkındaki karar da dâhil olmak üzere evlat edinme hakkındaki karar ile yargısal bir kararı içermeleri şartıyla Alman Medeni Yasası m. 1746, I, c. 4 uyarınca evlat edinmeye çocuğun vereceği rızaya gösterilecek icazet, Alman Medeni Yasası m. 1760, 1763 ve 1771 ile m. 1751, III; 1764, IV; 1765, II ve 5 Kasım 2001 tarihli (BGBl. I S. 2950, 2953) Evlat Edinme Yasası uyarınca evlatlık ilişkisinin kaldırılması,

16. Alman Medeni Yasası m. 1308, II uyarınca evlat edinmeyle kurulan civar hısımlığından kaynaklanan evlenme yasağından muaf tutulma.

(2) Aile mahkemesine tevdi edilmiş olmak koşuluyla Uluslararası Aile Hukuku İşleri Yasası m. 10 ilâ 15, 20, 21, 32 ilâ 35, 38, 40, 41, 44 ve 47 hükümleri uyarınca alınan tedbirler ve kararlar hâkime bırakılmıştır.

### **§ 15 Müşavirlik İşleri ve Müşavirlik Hukukuna İlişkin Tahsis İşleri**

(1) Müşavirlik mahkemesine devredilen işlerden aşağıdakiler hâkime bırakılmıştır:

1. Alman Medeni Yasası m. 1896 ilâ 1900, 1908a ve 1908b, I, II ve V hükümleri gereğince yapılan işler ile yeni bir müşavirin atanmasına ilişkin işler,

2. Alman Medeni Yasası m. 1908c uyarınca ölen bir müşavirin yerine yenisinin atanması,

3. Alman Medeni Yasası m. 1908d ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 291 gereğince yapılan işler,

4. Alman Medeni Yasası m. 1903 ilâ 1905 gereğince yapılan işler,

5. Alman Medeni Yasası'nın Yürürlüğü Hakkındaki Yasası'nın 24. maddesi uyarınca alınan geçici tedbirler de dâhil olmak üzere yabancı bir ülke vatandaşı hakkında verilen müşavirlik ya da kayımlık kararı,

6. Memurluk hukukuna ilişkin hükümler nedeniyle müşavirlik ya da kayımlık kararı,

7. Alman Medeni Yasası m. 1908i, I, c. 1 yollamasıyla 1632, I-III, 1797, I, c. 2 ve 1798 hükümleri uyarınca verilen kararlar,

8. Rızaya Dayalı Hadımlaştırma ve Diğer Tedavi Yöntemleri Hakkında Yasa'nın 6. maddesi uyarınca verilen izin,

9. Özel Durumlarda Ön İsmi Değiştirilmesi ve Cinsiyetin Belirlenmesi Hakkında Yasa m. 3, I, c. 2 ile 6, II, c. 1; 7, III, c. 2 ve 9, III, c. 1 uyarınca her defasında m. 3, I, c. 2'ye yapılan atıf uyarınca verilen izin.

Şayet zikredilen işler Alman Medeni Yasası m. 1896, III uyarınca sadece müşavirliğe ilişkinse birinci cümlede 1 ilâ 3. bendi uygulama alanı bulmaz.

(2) 17 Mart 2007 tarihli (BGBl. I S. 314) Yetişkinlerin Korunması Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesi Hakkında Yasa m. 6 ilâ 12 uyarınca alınan tedbirler ve kararlar hâkime bırakılmıştır.

### § 16 Tereke ve Taksim İşleri

(1) Tereke ve taksime ilişkin aşağıdaki işler hâkime bırakılmıştır:

1. Tereke kayımlığında ya da idaresinde ihtiyaç duyulan tereke mahkemesi işlemleri. Ancak bunun için bu işlemlerin bu Yasa'nın 14. maddesi uyarınca neşep davalarında devri kabil olmayan işlere denk gelmesi gerekir.

2. Vasiyeti tenfiz memurunun atanması (Alman Medeni Yasası m. 2200),

3. Murisin ölüme bağlı tasarruf yoluyla terekenin idaresi için aldığı kararın iptal edilmesine yönelik talepler hakkında verilen karar (Alman Medeni Yasası m. 2224),

4. Vasiyeti tenfiz memurları arasında fikir ayrılığı çıkması durumunda verilen karar (Alman Medeni Yasası m. 2224),

5. Bir vasiyeti tenfiz memurunun önemli bir sebepten ötürü işten çıkarılması (Alman Medeni Yasası m. 2227),

6. Mirasçılık belgesi (Alman Medeni Yasası m. 2353) ile Tapu Sicil Tüzüğü m. 36, 37 yahut Gemi Sicil Tüzüğü m. 42, 74 uyarınca verilen belgeler. Ancak bunun için ölüme bağlı bir tasarrufun ibraz edilmiş olması ya da yabancı hukukun uygulanması gerekli olmalıdır. Bunun yanı sıra vasiyeti



tenfiz memurluğu sıfatını gösteren belgenin verilmesi (Alman Medeni Yasası m. 2368),

7. Mirasçılık belgesine (Alman Medeni Yasası m. 2361) ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 36, 37 ile Gemi Sicil Tüzüğü m. 42, 74 uyarınca verilen belgelere el konulması. Ancak bunun için mirasçılık belgesi ile söz konusu belgelerin hâkim tarafından verilmiş olması ya da bu belgeye ölüme bağlı bir tasarruf nedeniyle el konulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra vasiyeti tenfiz memurluğu sıfatını gösteren belgelerin (Alman Medeni Yasası m. 2368) ve mal ortaklığının sürmesine ilişkin belgelere (Alman Medeni Yasası m. 1507) el konulması;

8. (mülga)

(2) Ölüme bağlı bir tasarruf mevcut ve fakat mirasın yasal bir sonucu olarak mirasçılık belgesi ya da Tapu Sicil Tüzüğü m. 36, 37 ya da Gemi Sicil Tüzüğü m. 42, 74 uyarınca onaylı bir belgenin verilmesi gerekiyorsa hâkim mirasçılık belgesinin ya da diğer belgelerin verilmesi işini yardımcı adalet memuruna tevdi edebilir. Ancak bunun için Alman miras hukukunun uygulanması gerekir. Yardımcı adalet memuru hâkimin kendisine bildirdiği hukuki görüş ile bağlıdır.

### **§ 17 Sicil İşleri ve İşletme Hukukuna İlişkin İşler**

Aşağıdaki işlerden ticaret, kooperatif ve ortaklık siciline ilişkin işler ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın beşinci kitabı uyarınca işletme hukukuna ilişkin işler hâkime bırakılmıştır:

1. Komandit ortaklıklarda, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklarda, limited ortaklıklarda ve karşılıklı sigortada aşağıdaki işlemler yerleşim yeri mahkemesinde; eğer merkezi yurt dışında olan bir ortaklık söz konusu ise şubenin bulunduğu yerdeki mahkemede:

a) İlk tescil,

b) Ana sözleşmede yapılan esaslı değişikliğe ilişkin tescil,

c) Birleşme ya da tür değiştirmenin tescili,

d) Ortaklık sözleşmesinin, bu sözleşmedeki değişikliğin ya da bu sözleşmenin sona ermesinin tescili,

e) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 394, 395, 397 ve 398 ile Kredi İşleri Yasası m. 43, II uyarınca ticaret sicilindeki kayıtların silinmesi,

f) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 399 uyarınca verilen kararlar,

2. a) Kredi İşleri Yasası m. 28, II uyarınca verilen kararlar ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 375, b. 1 ilâ 6 ve 9 ilâ 15 uyarınca halledilmesi gereken işler hakkında verilen kararlar. Ancak Ticaret Yasası m. 146, II, 147 ve 157, II uyarınca verilen kararlar, Ortaklık Yasası m. 10'un yollaması da dâhil Ticaret Yasası m. 166, III ve 233, III uyarınca verilen kararlar, Limited Ortaklıklar Yasası m. 66, II ve III, 74, II ve III uyarınca verilen kararlar ile İç Hatlarda Gemicilik Yasası m. 11'de düzenlenen işler bundan müstesnadır.

b) Kooperatife ilişkin olanlar hariç olmak üzere Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 394 uyarınca bir kaydın terkinin gerekiyorsa ilgililerin talebi üzerine mahkeme tarafından tasfiye memurlarının atanması kararı ile Sigorta Denetim Yasası m. 47, II uyarınca verilen karar.

### § 18 Aciz İşleri

(1) Acze ilişkin aşağıdaki işler hâkime bırakılmıştır:

1. Alman Aciz Yasası m. 305 ilâ 310 hükümleri uyarınca müracaat talebi hakkında verilecek karar ve aciz idarecisinin atanması kararı ile borçların tasfiyesi planı hakkında verilecek karar,

2. Şayet aciz alacaklısı bakiye borçtan kurtarılma başvurusunun reddini talep etmişse borçlunun bakiye borçtan kurtarılma başvurusu üzerine Alman Aciz Yasası m. 289, 296, 297 ve 300 uyarınca verilecek kararlar ile m. 303 uyarınca bakiye borçtan kurtarılma başvurusunun reddi hakkındaki karar,

3. Alman Aciz Yasası m. 344 ilâ 346 uyarınca verilen kararlar.

(2) Hâkim aciz hali hakkında yapılacak işlemlerin yapılmasını gerekli görmesi durumunda kendisinde saklı tutabilir. Bunu gerekli görmemesi durumunda ise yardımcı adalet memuruna devredebilir. Gerekli görürse devirden sonra dahi işlem yapma yetkisini yeniden devralabilir.

(3) Alman Aciz Yasası m. 77, 237 ve 238 uyarınca oy hakkının temin edilmesi konusunda yardımcı adalet memuru tarafından verilen karar Alman Aciz Yasası m. 256'da zikredilen hukuki sonuçları doğurmaz. Şayet yardımcı adalet memurunun kararı oylamanın sonucuna etkili olmuşsa, alacaklılardan birinin talebi üzerine oy hakkı yeniden tespit edilir ve oylamanın tekrarına karar verilir. Başvuru en geç oylamanın gerçekleştiği duruşmanın bitimine kadar yapılabilir.

(4) Memur adayı atanmasından itibaren bir yıllık süre içerisinde yardımcı adalet memurunun yapmaya yetkili olduğu acze ilişkin işleri yapamaz.

### § 19 Hâkime Saklı Tutma Kaydının Kaldırılması

(1) Eyalet hükümetleri hazırlayacakları bir tüzükle yukarıda işlerin hâkime bırakılmasına ilişkin hükümleri kısmen ya da tamamen kaldırmaya yetkilidir. Ancak bunun için aşağıdaki işlerin söz konusu olması gerekir:

1. Alman Medeni Yasası m. 1896 ve 1908a gereğince müşavirin görev alanının tespiti ve müşavir atanması kararına, m. 1903 ilâ 1905 ve 1908d ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 278, V ve 283'den kaynaklanan işlere ilişkin olmaması kaydıyla bu Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının sekizinci bendindeki işler ve 15. maddesindeki işler;

2. Bu Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının sekizinci bendince nesepten hariç tutulan işlere denk düşmek koşuluyla 16. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendindeki işler;

3. Bu Yasa'nın 16. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendindeki işler;

4. Muris, vasiyeti tenfiz memurunu bizzat atamamış ya da atanması için üçüncü bir kişiyi tayin etmemişse bu Yasa'nın 16. maddesinin birinci fıkrasının beş numaralı bendindeki işler,

5. Bu Yasa'nın 16. maddesinin birinci fıkrasının altıncı ve yedinci bendindeki işler,

6. Bu Yasa'nın 17. maddesinin 1 ve 2/b bendindeki işler;

Eyalet hükümetleri bu konuda yetkiyi eyalet adli idaresine devredebilirler.

(2) Birinci fıkrada zikredilen tüzükte, birinci fıkranın birinci cümlesinin 1 ilâ 5 numaralı bentlerindeki işlere ilişkin olarak talep edilen karara karşı itiraz yoluna başvurulabildiği takdirde yardımcı adalet memurunun işi üzerinde daha fazla çalışılması yapılması için hâkime havale etmek zorunda olduğu hükme bağlanabilir.

(3) Müşavirin seçimi ve atanması bakımından birinci fıkranın birinci bendindeki yetkilendirmeden yararlanılmışsa Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası'nın müşavirin atanmasına ilişkin hükümleri Alman Medeni Yasası m. 1896 uyarınca müşavir atama kararı ve müşavirin görev alanının belirlenmesi içinde uygulanır.

### § 19a Avrupa Birliği'nin 1346/2000 sayılı Aciz Tüzüğü Uyarınca Yapılacak İşlemler

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 29 Mayıs 2000 tarih ve 1346/2000 sayılı Aciz Tüzüğü (ABl. EG Nr. L 160 S. 1) uyarınca yapılacak işlemler ve Aciz Yasası'nın Yürürlüğü Hakkında Yasa m. 102 uyarınca aşağıdaki işler hâkime bırakılmıştır:

1. Aciz Yasası'nın Yürürlüğü Hakkındaki Yasası m. 102, IV uyarınca başka bir üye ülkenin lehine aciz işlemlerinin durdurulması,

2. 1346/2000 sayılı Aciz Tüzüğü m. 38 uyarınca teminat tedbirine karar verilmesi.

### § 19b Deniz Ticaret Hukuku Paylaştırma (Taksim) İşler

(1) Deniz ticaret hukuku paylaştırma işlerinden aşağıda sayılanlar hâkime bırakılmıştır:

1. Açılma talebi hakkında karar verilmesine kadar bu karar da dâhil olmak üzere mal idarecisinin atanması;

2. Yargılama boyunca yetersiz kalan teminatın ne şekilde tamamlanacağına ya da başka teminatların gösterilmesine ilişkin karar (Deniz Ticaret Hukuku Paylaştırma Tüzüğü m. 6, V);

3. Yaralanma veya ölümden doğan taleplere ilişkin olarak yargılamanın genişletilmesine ilişkin karar (Deniz Ticaret Hukuku Paylaştırma Tüzüğü m. 16, 30 ve 44);

4. Deniz Ticaret Hukuku Paylaştırma Tüzüğü m. 17, IV uyarınca cebri icraya izin verilmesi hakkındaki karar,

5. Deniz Ticaret Hukuku Paylaştırma Tüzüğü m. 26, IV uyarınca paylaştırmada payların alın konulması kararı.

(2) Hâkim gerekli görmesi durumunda paylaştırma işlerini tamamen ya da kısmen kendinde saklı tutabilir. Kendinde saklı tutmayı gereksiz görmesi durumunda ise söz konusu işleri yardımcı adalet memuruna devredebilir. Devirden sonra dahi gerekli görmesi durumunda bu işleri tekrar kendi üzerine alabilir.

### Üçüncü Kısım

Yasa'nın Üçüncü maddesinin Üçüncü Bendi Uyarınca Yardımcı Adalet Memuruna Bırakılan İşler

### § 20 Özel Hukuktan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

Aşağıdaki işler Alman Medeni Usul Yasası ve Kiracının Korunması Hakkındaki Yasa gereğince yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. İlâmsız icra takibi mekanik olarak yapılmaktaysa Alman Medeni Usul Yasası'nın 700. birinci fıkrasının yollamasıyla 339. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca itiraz süresinin tespiti de dâhil Medeni Usul Yasası'nın yedinci kitabı uyarınca yapılan ilâmsız icra takibi ile dava için yetkili olduğu belirtilen mahkemenin beyan edilmesi. Buna karşılık davanın halli hâkime bırakılmıştır.

2. (mülga)

3. Alman Medeni Usul Yasası m. 109, 715 hükümleri uyarınca teminatların iadesi konusunda alınması gereken kararlar,

4. Adli yardım işleri hakkında

a) Alman Medeni Usul Yasası m. 118, I, c. 3, ikinci yarım cümle uyarınca sulhun belgelendirilmesi de dâhil mahkeme başkanı, yardımcı adalet memurunu görevlendirmişse Alman Medeni Usul Yasası m. 118, II'de gösterilen tedbirler,

b) Alman Medeni Usul Yasası m. 120, III uyarınca ödemelerin durdurulması ve iadesi zamanının belirlenmesi,

c) Alman Medeni Usul Yasası m. 120, IV; 124 Nr. 2, 3 ve 4 uyarınca adli yardım işleri için verilen iznin değiştirilmesi ve kaldırılması,

5. Yargısal işlemler dışında ya da yargısal işlemlerin bitmesinden sonra adli yardım talebinin kabulü hakkındaki işler. Buna karşılık icranın yargılama makamına düştüğü ya da adli yardımın hak arama ya da hakkını savunma amacıyla talep edildiği hallerde karar verme yetkisi hâkime bırakılmıştır.

6. Avrupa Birliği içinde sınıraşan adli yardım taleplerine ilişkin işler, Alman Medeni Usul Yasası m. 1077'de gösterilen tedbirler ve aynı Yasa'nın 1078. maddesi uyarınca icra mahkemesince verilen kararlar. Buna karşılık hak arama ya da hakkını savunma amacıyla talep edilen adli yardım yargısal bir işlemi gerektirmekteyse Alman Medeni Usul Yasası m. 1078 uyarınca bu kararı verme yetkisi hâkime bırakılmıştır.

7. Avrupa İlamsız İcra Usulü kapsamında işlemler mekanik olarak yapılsa da çekişmeli yargı için yetkili olarak gösterilen mahkemeye devir de dâhil olmak üzere Alman Medeni Usul Yasası'nın on birinci kitabının beşinci kısmı anlamında Avrupa İlamsız İcra Usulü işleri. Buna karşılık Avrupa Ödeme Emri'nin tetkiki ve davanın halli hâkime bırakılmıştır.

8. (mülga)

9. (mülga)

10. (mülga)

11. Alman Medeni Usul Yasası m. 1079 ilâ 1081 uyarınca onama işleminin tanzim edilmesi, düzeltilmesi ve bu işlemde dönülmesi ile aynı Yasa'nın 1106. maddesine göre onama işleminin tanzim edilmesi;

12. Alman Medeni Usul Yasası m. 726, I, 727-729, 733, 738, 742, 744, 745, II ve 749'deki hallerde icrası kabil nüshaların verilmesi;

13. İcrası kabil ilamların verilmesi ile Alman Medeni Usul Yasası m. 797, III hükmü ve Alman Sosyal Güvenlik Yasası m. 60, III/2 uyarınca noterce düzenlenen belgelerin icrası kabil diğer noter senetlerinin verilmesi talebi hakkındaki karar;

14. İhtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir kararı almış olan tarafın belli bir süre içinde dava açması gerektiği yolundaki karar (Alman Medeni Usul Yasası m. 926, I; 936);

15. İhtiyati haciz kararında gösterilen teminatın yatırılması suretiyle ihtiyati haczin kaldırılması talebi hakkındaki karar (Alman Medeni Usul Yasası m.934, I);

16. İhtiyati haciz emri aynı zamanda kesin haciz kararı ya da talimatı içermiyorsa alacakların haczi ile sicile kayıtlı gemiler ile inşaat halindeki gemiler üzerindeki ihtiyati haczin kesin hacze çevrilmesine yönelik karar;

16a. 19 Şubat 2001 tarihli Tanıma ve Tenfiz Yürürlüğü Hakkındaki Yasa'nın (BGBl. I S. 288, 436) 21. maddesi uyarınca malların açık arttırmaya çıkarılması ve semenin verilmesi kararı;

17. Alman Medeni Usul Yasası'nın sekizinci kitabı uyarınca yapılan cebri icra işlemleri. Ancak bunun için söz konusu işlemlerin icra mahkemesince ya da bu mahkemece istinabe edilen bir mahkeme tarafından ya da Alman Medeni Usul Yasası m. 848, 854, 855'deki hallerde başka bir sulh hukuk mahkemesince ya da paylaşırma (taksim) mahkemesince (Alman Medeni Usul Yasası m. 873) yerine getirilmesi gereken işlemlerden olması gerekir.

### § 21 Tespit İşleri

Tespit işlemleri kapsamında aşağıdaki işler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. Alman Medeni Usul Yasası'nın 103 vd. maddelerinin uygulanmasını gerektiren hallerde masrafların tespiti;

2. Avukatlık Ücret Yasası m. 11 uyarınca vekâlet ücretinin tespiti;

3. Hukuki yardıma ilişkin olarak yabancı ülkelerle yapılan sözleşmelerin icrası hakkındaki yasa ve tüzükler uyarınca yargılama masraflarının tespiti ile hukuk ve ticari işlerde yargısal kararlar ve diğer ilamların tanınması ve tenfizine ilişkin tespit.

### § 22 Yargısal İşlemler ve Cezai ve İdari Kabahatlerde Takip ve Yaptırım Usulü

Cezai ve idari kabahatlerde takip ve yaptırım usulüne ilişkin yargısal işlerden aşağıda gösterilenler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. Müsaderenin icrasına ilişkin işler (Alman Ceza Usul Yasası m. 111f, II, İdari Kabahatler Yasası m. 46, I),

2. Cebri icra ve haciz prosedüründe benzer işlerin yardımcı adalet memuruna devredilmesi şartıyla haczin icrası ile cebri temlik kararı ve onların icrasına ilişkin diğer kararlar (Alman Ceza Usul Yasası m. 111f, III, c. 3; 111I; İdari Kabahatler Yasası m. 46, I);

3. Avukatlık Vekâlet Ücreti Yasası m. 52, II ve 53, III uyarınca yapılan tespit taleplerin hakkındaki karar.

### § 23 Patent Mahkemesi Önündeki İşler

(1) Patent mahkemesi önündeki işlerden aşağıda sayılanlar yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. Alman Patent Yasası m. 81, VII ve 85, II ve VI ile Alman İhtira Hakkı Yasası m. 20 uyarınca teminatların iadesinin gerektiği hallerde Alman Patent Yasası m. 99, I'in yollamasıyla Alman Medeni Usul Yasası m. 109, 715 hükümleri uyarınca alınması gereken kararlar;

2. Adli yardım talebiyle ilgili olarak (Alman Patent Yasası m. 129 ilâ 137, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 21, II, Alman Numune Yasası m. 24, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 11, Alman Kambiyo Düzeninin Korunması Hakkında Yasa m. 36) bu Yasa'nın 20. maddesinin dört numaralı bendinde gösterilen tedbirler;

3. (mülga)

4. Bir davanın açılmamış sayılması, ihtiyati tedbir talebinin, itiraz yolunda ileri sürülen bir talebin ve bir şikâyetin yapılmamış sayılması kararı ya da Alman Patent Yasası m. 81, VI, c. 3 uyarınca açılan bir davanın geri alınmış sayılmasına ilişkin karar;

5. Vekâletnamenin sonradan ibrazı için süre verilmesi (Alman Patent Yasası m. 97, II, c. 2, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3, Alman Marka Yasası m. 81, II, c. 3, Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3);

6. Patent dairesi ve mahkemesinde bulunmayan asıl metnin, suretlerin ya da onaylı suretlerin ibrazı emri (Alman Paten Yasası m. 125, I, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3);

7. Alman Paten Yasası m. 25, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 28, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 11, Alman Marka Yasası m. 96, Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3 hükümleri uyarınca bir temsilcinin ya da evrakı tebellüğ için tevkil olunan kimsenin bildirilmesine davet;

8. (mülga)

9. Alman Patent Yasası m. 99, I, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3, Alman Marka Yasası m. 82, I ve Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3'ün yollamasıyla bu Yasa'nın 20. maddesinin on iki numaralı bendinde gösterilen hallerde icrası kabil suretlerin verilmesi;

10. Alman Patent Yasası m. 99, I, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3, Alman Marka Yasası m. 82, I, Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3 yollamasıyla Alman Medeni Usul Yasası m. 797, III uyarınca yargısal belgelerin icrası kabil suretlerinin verilmesi;

11. İlgililerden hiçbiri itiraz etmedikçe ve yapılan her bir ilanın sonuçsuz kaldığı patent başvuru dosyası, patent dosyası, numune başvuru dosyası, ihtira hakkı başvuru dosyası, bildirilmiş ya da tescil edilmiş topografya dosyası söz konusu değilse dosyanın üçüncü kişilerce incelenebilmesi talebi hakkında verilen karar (Alman Patent Yasası m. 50, 99, III, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 9, 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3, Alman Marka Yasası m. 82, III, Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3);

12. Alman Patent Yasası m. 80, V, 84, II, c. 2, 99, I, 109, III, Alman İhtira Hakkı Yasası m. 18, II, Yarı İletkenin Korunması Hakkında Yasa m. 4, IV, c. 3, Alman Marka Yasası m. 90, IV ve Alman Numune Yasası m. 23, II, c. 3 hükümleri yollamasıyla Alman Medeni Usul Yasası m. 103 vd. uyarınca masrafların tespiti;

13. Alman Marka Yasası m. 64 ve Alman Numune Yasası m. 64'deki hallerde icrası kabil suretlerin verilmesi.

(2) Yardımcı adalet memurunun kararlarına karşı birinci fıkra uyarınca itiraz yoluna başvurulabilir. Başvuru iki haftalık süre içerisinde yapılmalıdır. Yasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi uygulanmaz.

#### **§ 24 Beyanların Tutanağa Geçirilmesi**

(1) Mahkeme yazı işleri müdürlüğüne ait aşağıda sayılan işler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. Aşağıdaki işlere ilişkin başvuru ve başvurunun gerçekleştirilmesine yönelik beyanlar

- a) Şikayet ve müteakip şikayet,
- b) Ceza yargılamasında temyiz;



2. Yargılamanın yenilenmesine yönelik beyanların tutanağa geçirilmesi (Alman Ceza Usul Yasası m. 366, II, İdari Kabahatler Yasası m. 85).

(2) Yardımcı adalet memuru şu beyanları da alabilir:

1. Aynı anda gerekçelendirmek kaydıyla diğer hukuki çarelere ilişkin başvurular;

2. Dava ve davaya cevap;

3. Mahkeme yazı işlerine verilmesi mümkün olan diğer başvurular ve beyanlar. Ancak bunun için söz konusu başvuru ve beyanların yukarıda 1 ve 2 numarada belirtilen işlere benzer nitelikte olması gerekir.

(3) Yasa'nın 5. maddesi burada uygulanmaz.

#### **§ 24a Danışma Masrafları Yardımı**

(1) Aşağıdaki işler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. Alman Danışma Masrafları Yardım Yasası m. 10, IV uyarınca sınır aşan uyuşmazlıklara ilişkin danışma masrafı yardım talebi de dâhil olmak üzere danışma masrafı yardım talebi başvurusu hakkında verilecek kararlar;

2. Alman Danışma Masrafları Yardım Yasası m. 3, II uyarınca tahsis edilen sulh hukuk mahkemesine işler.

(2) Yasa'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrası bu konuda uygulanmaz.

#### **§ 24b Resmi Daireler Arasında Yardımlaşma**

(1) Eyalet hükümetleri kabul edecekleri tüzükler ile resmi daireler arasındaki yardımlaşma işlerini yardımcı adalet memuruna devretmeye yetkilidirler.

(2) Eyalet hükümetleri bu konudaki yetkiyi eyalet adli idarelerine devredebilirler.

#### **Dördüncü Kısım**

Adli Teşkilata İlişkin Diğer Hükümler

#### **§ 25**

(mülga)

#### **§ 25 Aile Hukukuna İlişkin Diğer İşler**

Hayat arkadaşlığı hukukuna ait benzer işler de dâhil olmak üzere aile hukukuna ilişkin aşağıdaki diğer işler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

(1) (mülga)

(2) Nafaka işlerine ilişkin olarak

a) Aile Hukuku ve Çekişmesi Yargı İşleri Yasası m. 231, II uyarınca öngörülen işler. Ancak bunun için söz konusu işlerin aynı Yasa'nın 231. maddesinin birinci fıkrası uyarınca derdest olmaması gerekir.

b) Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Yasası m. 245 uyarınca nafaka ilamının baliğ olduğu miktarı belirlemek,

c) Reşit olmayanlara bağlanacak nafaka hakkındaki basit yargılama;

3. Mal rejimine ilişkin olarak

a) Alman Medeni Yasası m. 1452 uyarınca eşlerden ya da hayat arkadaşlarından birinin yahut altsoyun vereceği rıza beyanının ikamesi,

b) Alman Hayat Arkadaşlığı Yasası m. 6, c. 2'de yapılan yollamayla birlikte Alman Medeni Yasası m. 1382 ve 1383 uyarınca denkleştirme alacağı'nın müddeti ve malvarlığı unsurlarının devri hakkındaki karar Alman Hayat Arkadaşlığı Yasası m. 6, c. 2'de yapılan yollamayla birlikte Alman Medeni Yasası m. 1382, V ve 1383, III'deki haller bundan müstesnadır.

#### § 25a Adli Yardım

Adli yardım işlerinde bu Yasa'nın 20. maddesinin dört ve beş numaralı bendi uygun düşen işlemler yardımcı adalet memuruna devredilebilir.

#### § 26 Yardımcı Adalet Memurunun Mahkeme Yazı İşlerinde Görevli Memurlarla İlişkisi

Bu Yasa'nın 20. maddesinin birinci cümlesinin on iki numaralı bendinden (Alman Medeni Usul Yasası m. 726 vd.) ve 21. maddenin bir numaralı bendinden (tespit işleri) ve 24. maddesinden (beyanların tutanağa geçirilmesi) farklı bir sonuç çıkmadıkça mahkeme yazı işlerindeki memurların yetkileri yasal hükümler uyarınca saklıdır.

#### § 27 Diğer Resmi Görevlere Riayet Etme Yükümlülüğü

(1) Bir memurun yardımcı adalet memuru işlerini yerine getirmesi onun mahkeme yazı işlerindeki memurların görevleri de dâhil diğer resmi görevlerine riayet etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

(2) Bu Yasa'nın diğer hükümleri yardımcı adalet memurunun ödevleriyle bağdaşmayan diğer resmi görevler hakkında uygulanmaz.

#### § 28 Yetkili Hâkim

Bu Yasa uyarınca bağımsız olarak gerçekleştirilmek üzere yardımcı adalet memuruna devredilen işler hâkim tarafından yerine getirilmekteyse, yetkili hâkim, bunun için genel hükümler uyarınca belirlenen mahkeme her bir resmi işlem için öngörülen mercii olarak da yetkili sayılır.

### Beşinci Kısım

Diğer Hukuk Alanlarında Yardımcı Adalet Memuruna Devredilen İşler

#### § 29 Uluslararası Hukuki İlişkilere İlişkin İşler

Yasal olarak sulh hukuk mahkemesinin yazı işleri müdürlüğüne tevdi edilmiş yabancı ülkeye tebligat yapılması ve 26 Şubat 1959 tarihli Yasa'nın yollamasıyla 20 Haziran 1956 tarihli Nafaka Taleplerinin Yabancı Ülkede İleri Sürülmesine Dair Sözleşme ya da 19 Aralık 1986 tarihli (BGBl. I S. 2563) Yabancı Nafaka İlamları Hakkındaki Yasa m. 42, I uyarınca nafakanın temin edilmesine yönelik talep dilekçenin alınması ile 26 Ocak 2005 tarihli (BGBl. I S. 162) Uluslararası Aile Hukuku İşleri Yasası m. 5, II uyarınca ileri sürülecek talepler hakkındaki karar yardımcı adalet memuruna devredilebilir.

#### § 30 (mülga)

-

#### § 31 Ceza Yargılamasında Savcılık İşleri ve Ceza ve Hafif Para Cezasının İcrası ile İnzibati ve Zecri Tedbirler

(1) Savcılık işlerinden aşağıda gösterilenler yardımcı adalet memuruna devredilebilir:

1. El koymanın icrasına ilişkin işler (Alman Ceza Usul Yasası m. 111f, II),

2. Cebri icra ve ihtiyati haciz yargılamasında benzeri işlerin yardımcı adalet memuruna devredilmesi şartıyla el koymanın ve hapsin icrası ile zaruri temlik emri ve diğer emirlerin icrasında (Alman Ceza Usul Yasası m. 111f, I, 3; 111f).

(2) Ceza ve hafif para cezasının icrasında icra makamlarına düşün işler yardımcı adalet memurlarına devredilebilir. Bunun istisnasını Alman Çocuk Mahkemesi Yasası m. 114 uyarınca verilmesi gereken kararlar oluşturur. İnzibati cezalar ile zecri tedbirlerin savcılık makamı tarafından icrası şartıyla birinci cümle kıyasen uygulanır.

(2a) Yardımcı adalet memuru, kendisine ikinci fıkranın birinci cümlesi uyarınca devredilen işleri şu hallerde savcıya ibraz etmek zorundadır:

1. Eğer savcılık makamının kendisi tarafından bilinen bir görüşünden ayrılmak istiyorsa ya da

2. Ona devredilen iş ile savcılık makamının üzerinde çalıştığı bir iş arasında bunların ayrı ayrı ele alınmasında yarar bulunmayacak derecede sıkı bir irtibat var ise ya da

3. Savcılık makamı tarafından bir inzibati ceza ya da zecri tedbir uygulanmış ve savcılık makamı arzı kısmen ya da tamamen kendisi için mahfuz tutmuşsa.

(2b) Yardımcı adalet memuru, kendisine ikinci fıkranın birinci cümlesi uyarınca devredilen işleri şu hallerde savcıya arz edebilir:

1. Bir iş üzerinde çalışırken işin icrasının caizliği konusunda kendinde tereddüt uyanırsa ya da

2. Mahkûmlardan birinin temyiz yoluyla iptalini istediği bir hükmün icrası söz konusu ise.

(2c) Savcı gerekli görmesi durumunda arz edilen iş üzerinde çalışabileceği gibi işi yardımcı adalet memuruna geri de gönderebilir. Yardımcı adalet memuru, savcının işi kendisine geri gönderirken bildirdiği hukuki görüş ile bağlıdır.

(3) İnzibati cezalar ile zecri tedbirlerin icrası yardımcı adalet memuruna devredilebilir. Ancak bunun için somut olayda hâkimin icrayı tamamen ya da kısmen kendisi için mahfuz tutmamış olması gerekir.

(4) (mülga)

(5) Çocuk ceza yargılamasındaki işlerin icrasının sevki hâkime bırakılmıştır. Mahkemenin emriyle ya da icranın sevkini ilgilendirmeyen genel yönetsel hükümler ile ifa edilen işlerin icrası yardımcı adalet memuruna devredilebilir. Federal Adalet Bakanı, Federal Konsey'in de oluruyla çocuk ceza yargılamasındaki yargısal olmayan işlerin icrasını tüzükle yardımcı adalet memuruna devretmeye yetkilidir. Ancak bunun için çocuk mahkemesi hâkim tarafından işlemin icrasının sevkine hâlel gelmemeli ya da icra işi hukuki güçlüğü, ilgililer için önemi, özellikle eğitsel sebeplerle ya da hukukun yeknesak bir biçimde uygulanmasını temin için infaz müdürüne bırakılmak zorunda olmamalıdır. Hâkim devredilen icra işlemlerinin arzını emredebilir.

(6) Yardımcı adalet memurunun alacağı tedbirlere karşı genel hükümler uyarınca caiz olan hukuki çarelere başvurulabilir. İlgili konuda başvurulabilecek bir hukuki çare öngörülmemişse, yardımcı adalet memurunun yerine görev yaptığı hâkim ya da savcı itiraz üzerine karar verir. Hâkim ya da savcı yardımcı adalet memuruna talimat verebilir. Alman Adli Teşkilat Yasası m. 145 ve 146 uyarınca resmi mercii yöneticisinin sahip olduğu yetkiler saklıdır.

(7) Ayrıca, idari cebir usulündeki malvarlığı cezalarının icrasını düzenleyen federal hukuka ve eyalet hukukuna ilişkin düzenlemeler saklıdır.

**§ 32 Uygulanmayacak Hükümler**

Bu Yasa'nın 29 ve 31. maddeleri uyarınca yardımcı adalet memuruna devredilen işler hakkında m. 5 ilâ 11 uygulanmaz.

**KISALTMALAR CETVELİ**

ABl.	: Amtsblatt
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BGBI.	: Bundesgesetzblatt
c.	: cümle
Çev.	: çeviren
EG	: Europaeische Gemeinschaft
m.	: madde
Nr.	: Nummer
S.	: Seite
TBB	: Türkiye Barolar Birliği