

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
32

Sayı
Number
1

Yıl
Year
2024

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Dekan | Dean

Prof. Dr. Berrin AKBULUT

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Ü. M. Emre ULUSOY

meulusoy@selcuk.edu.tr

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Ü. Cansu Büşra ÖLMEZ

cansuolmez@selcuk.edu.tr

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihahl4@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT

ntozyilmaz@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Yasemin TÜRKMENOĞLUI

yaseminavci@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU

muhammet.ordu@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Murat AÇIL

muratacil@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN

zeynep.acar@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Mart 2024

Publication Date: March 2024

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBIAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 aslı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri	ResearchArticles
İngiliz Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğu Occupiers' Liability Under English Law Ayten ORDU	1-21
Tazminat Dönemi Osmanlı Hukukunda İstimlak (Kamulaştırma) ve Konuya Dair Mevzuat Expropriation (Nationalization) And Legislation On The Subject In Ottoman Law During The Tanzimat Period Salih KORKMAZ / Cengizhan KIRNIK	23-81
Ttk M. 579 Emredici Hükümler İlkesi Karşısında Müdürlerin Görev Süresine İlişkin Şirket Sözleşmesi Hükümleri The Provision Of Company Contract On The Managers' Period Of Office With Taking Into Account The Principle Of Mandatory Provisions Regulated In The Article 579 Of Tcc Tuğba ÖZDOĞAN DALOĞLU	83-106
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE NAMA İFANIN KOŞULLARI Conditions Of Substitute Performance Of The Construction Contract In Return For Land Share Sümeyye Tuba KORKUSUZ	107-143
Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesinin İvazlı Miras Sözleşmelerine Etkilerinin Değerlendirilmesi Evaluation Of The Effects Of The Heir's Death Before The Legator On Considered Inheritance Contracts Özge ARPACI	145-194
Ruhsatsız Maden Üretiminden Doğan Ceza Sorumluluğu Criminal Liability For Unlicensed Mining Funda KAYA BOZOK	195-226

- Yargı Kararları Işığında Organize Sanayi Bölgelerinin Tacir Vasfı Ve Bunlarla İlgili Uyuşmazlıkların Ticari Dava Niteliği** 227-265
The Merchant-Qualification Of The Organised Industrial Zones And The Commercial Litigation Nature Of Disputes Related To Them In The Light Of Judicial Decisions
Tamer BOZKURT
- İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri** 267-318
The Power Of The Scottish Prosecutor To Conclude The Case At The Pre-Trial
Rahime ERBAŞ
- Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Tenfiz Dilekçesine Eklenecek Belgelerde Onay Gerekliliğine İlişkin Değerlendirme** 319-354
Assessment Regarding The Requirement Of Approval For Documents To Be Attached To The Petition For Enforcement Under The Act On International Private Law And Procedural Law
Vildan SEZİŞLİ
- Mecelle’de İspat Hukuku** 355-389
Law Of Proof In Mecelle
Ahmet AKMAN
- Vakıf Senedinin Unsurları Ve Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tamamlanması** 391-436
Elements Of Foundation Deed And Completing The Deficiencies In Foundation Deed
Önder EGE
- Gifting In The Court Of The Qadı: An Overview On Judicial Ethics In Islamic- Ottoman Law** 437-452
Kadı Mahkemesinde Hediyeleşme:
İslam-Osmanlı Hukukunda Yargı Etiğine Bir Bakış
Melikşah AYDIN

**TTK M. 1468 Kapsamında Kısmi Sigortanın Özellikleri Ve
Sigortacıların Sorumlu Olduğu Miktarın Hesaplanması**

453-504

Characteristics Of Partial Insurance Under Art. 1468 Of Tcc And
Calculation Of The Amount Liable By The Insurers

Oğuz YOLAL

Araştırma Makaleleri
Research Articles

İNGİLİZ HUKUKUNDA YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Ayten ORDU*

Öz

Çalışmamızın konusu; İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin sorumluluğunun incelenmesidir. Yapı malikinin sorumluluğu, bir binanın veya diğer yapı eserinin malikinin, intifa veya oturma hakkı sahiplerinin, bina veya yapılardan ötürü üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumlu tutulmalarını ifade etmektedir. İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, bina veya yapı eserinde izinli ve izinsiz olarak bulunan üçüncü kişiler bakımından farklılık göstermektedir. Bina veya yapıda izinli olarak bulunan üçüncü kişilere ilişkin düzenlemeler, İngiliz Hukuku'nda Occupiers' Liability 1957 Kanun'unda yer verilmiş, izin olmadan bina veya yapıda bulunan kişilere karşı olan sorumluluk ise; Occupiers' Liability 1984 Kanun'unda yer almaktadır. Çalışmamız bakımından yapı malikinin sorumluluğu konusuna ilişkin olarak bina veya yapı eserinde izinli olarak bulunan kişilere karşı olan sorumluluk kapsamında düzenlenen, Occupiers' Liability 1957 Kanun'u dikkate alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yapı Maliki • Sorumluluk • Yapı • Mülk • Zarar

* Doç. Dr. Yakın Doğu Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuku Ana Bilim Dalı, Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti | Assoc. Prof. Dr, Near East University, Faculty of Law, Department of Private Law, Nicosia, Turkish Republic of Northern Cyprus.

✉ ayten.ordu@neu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0085-8042.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: ORDU, Ayten: "İngiliz Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğu", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 1-21.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

OCCUPIERS' LIABILITY UNDER ENGLISH LAW

Abstract

Our study aims to consider the liability of occupiers under English Law. Occupiers can be referred to the owner of the building, as well as those who occupy the building by way of residence rights. Under English Law, occupiers can be held responsible to third parties for the damage caused by buildings or structures. The regulations regarding the responsibility of occupiers differ in terms of third parties who are present in the building or building work with permission, known as visitors and those without permission, known as trespassers. The rules relating to the responsibility of occupiers towards third parties who are in the building or structure with permission are set out in the Occupiers' Liability Act 1957. In contrast, the liability against persons who are in a building or structure without permission are set out in the Occupiers' Liability Act 1984. Our study will focus on the responsibility of occupiers towards visitors who are on the premises with permission, as set out in the Occupiers' Liability Act 1957.

Key Words

Occupier • Liability • Structure • Premises • Damage

GİRİŞ

İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin sorumluluğu, bir binanın veya diğer yapı eserinin malikinin, intifa veya oturma hakkı sahiplerinin bina veya yapılardan ötürü üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumlu tutulmalarını ifade etmektedir.¹ İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin sorumluluğu, bina veya yapı eserinde izinli veya izinsiz olarak bulunan kişiler

¹ **QUINN**, Frances, Living Law Series: Tort Law, London 2012, s.226-227; **GREENE**, Brendan: Optimize Tort Law, London 2017, s.124; **FINCH**, Emily/ **FAFINSKI**, Stefan, Tort Law, 5. Bası, London 2015, s.102-103; **TURNER**, Chris, Unlocking Torts, 4. Bası, London 2014, (Unlocking Torts), s.179. İngiliz Hukuku'nda "occupier" olarak adlandırılan malik, intifa veya oturma hakkı sahibi, Türk Hukuku'ndaki sınırlı ayni hak olan intifa ve oturma hakkı kavramlarını birebir karşılamamaktadır. Türk Hukuku'nda intifa hakkı, sahibine intifa hakkı konusu olan eşyayı kullanma ve yararlanma yetkisi verirken, oturma hakkı ise sahibine sadece kullanma yetkisini vermektedir. Oysa ki, İngiliz Hukuku'nda "occupier" kavramı, taşınmazın zilyedi, maliki veya taşınmazı kontrolü altında tutan kişi anlamında kullanılmaktadır. Çalışmamızda yapı malikinin sorumluluğu kapsamında sorumlu olacak olan kişi bakımından, malik, intifa veya oturma hakkı sahipleri ifadeleri kullanılsa da Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerden farklılık göstermektedir. Bakınız: **BAŞ**, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011, s.27-28

bakımından farklı kanunlarda yer verilmiştir.² Occupiers' Liability 1957 Kanun'unda, bina veya yapı eserinde izinli ziyaretçi olarak bulunan kişilere karşı malikin, intifa veya oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğunu dikkate almaktadır.³ Buna karşılık, Occupiers' Liability 1984 Kanun'u, bina veya yapı eserinde izinsiz olarak bulunan kişilere gelen zarardan yapı malikinin sorumluluğunu düzenlemektedir.⁴ Çalışmamızda, Occupiers' Liability 1957 Kanun'unda düzenlenen, bina veya diğer yapı eserinde izinli olan kişilere karşı olan yapı malikinin sorumluluğu incelenecek olup Occupiers' Liability 1984 Kanun'unda yer verilen düzenlemeler dikkate alınmayacaktır.

I. GENEL OLARAK YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

İngiliz Hukuku'nda Occupiers' Liability 1957 Kanun'u, madde 1(1) kapsamında yapı malikinin sorumlu tutulabilmesi için "occupier" olarak ifade edilen mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibi, kısacası bir kişinin sorumluluğu altında olan bir bina veya yapı eseri bulunmalıdır.⁵ Bir diğer unsur ise; bina veya yapı eserinin, yapımındaki veya bakımındaki eksiklik nedeniyle, binada ziyaretçi olarak bulunan üçüncü bir kişinin zarara uğraması hâlidir.⁶ Burada öncelikle "ziyaretçi" olarak ifade edilebilecek kişilerin, ayrıca bu kişilere karşı yapı malikinin *özen gösterme yükümlülüğünün* incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda görüleceği üzere; zarara uğrayan ziyaretçiler bakımından, özellikle çocukların, iş için yapıda bulunan kişiler ve bağımsız yüklenicilere ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur. Kanun tarafından kabul edilen, yaşları itibari ile çocukların yetişkinlere göre daha dikkatsiz olmaları nedeniyle mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin,

² ELLIOT, Catherine/ QUINN, Frances, Tort Law, 9. Bası, London 2013, s.162; QUINN, s.226-227; HORSEY, Kirsty/ RACKLEY, Erika, Tort Law, 4. Bası, London 2015, s.309; GREENE, s.124; COOKE, John, Law of Tort, 10. Bası, London 2011, s.237; TURNER, Chris, Key Facts Key Cases: Tort Law, London 2014, (Key Facts Key Cases), s.78; TURNER, Unlocking Torts, s.180

³ QUINN, s.227; HORSEY/ RACKLEY, s.309; GREENE, s.124; FINCH/ FAFINSKI, s.102; COOKE, s.237; TURNER, Key Facts Key Cases, s.78, TURNER, Unlocking Torts, s.180

⁴ QUINN, s.228; HORSEY/ RACKLEY, s.309; GREENE, s.124; FINCH/ FAFINSKI, s.110-111; COOKE, s.237; TURNER, Key Facts Key Cases, s.78

⁵ QUINN, s.227-228; HORSEY/ RACKLEY, s.310; GREENE, s.125

⁶ QUINN, s.230; HORSEY/ RACKLEY, s.310; GREENE, s.125

çocuklara göstermeleri gereken özen yükümlülüğünün, diğer kişilerden daha fazla olmasıdır.⁷

Mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin, iş için yapıda bulunan kişilere de özen gösterme yükümlüğü mevcuttur. Bu yükümlüğün yerine getirilmemesi ve iş için yapıda bulunan kişilerin zarar görmeleri hâlinde, yapı malikinin sorumluluğu sonucunu doğurabilir.⁸ Buna rağmen; iş için yapıda bulunan kişilerin çalışmaları sırasında olağan bir riskin ortaya çıkması durumunda, mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibi, kişinin kendi önlemlerini almasını özgür bıraktığı sürece, o kişiyi böyle bir riske karşı korumak için herhangi bir özel önlem almasına gerek yoktur.⁹

İngiliz Hukuku'nda "independent contractor" olarak ifade edilen bağımsız yüklenicilere ilişkin düzenlemeler ise, çocuklara ve iş için yapıda bulunan kişilere yönelik düzenlemelerden farklıdır. Bağımsız yüklenici, aynı zamanda "bağımsız müteahhit" olarak da ifade edilebilen, inşaat, bakım veya onarım işinin yapılması için yapıda bulunan kişilerdir. Burada, yapı malikinin bağımsız yüklenicilere özen gösterme yükümlüğü söz konusu değildir, ancak bağımsız yüklenicilerin işi neticesinde bina veya yapı eserinde bulunan üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda; mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibinin sorumluluğu söz konusu olabilir.¹⁰ Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendine göre; bağımsız yüklenicilerin işlerinde yetkin olduğunu, işlerini düzgün bir şekilde yaptıklarını kontrol etmek için mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibi makul adımlar atmalıdır.¹¹ Kanun'da makul adımların tanımına yer verilmiş olsa da, İngiliz Hukuku'ndaki içtihat kararları, makul adımların ne olabileceği hususunda bize yol göstermektedir. Daha sonra inceleyeceğimiz üzere, İngiliz Hukuku'nda kabul edilen esas, bağımsız yüklenicinin işinde yetkin olduğunu ve yapılan işin düzgün bir şekilde yapıldığının kontrolü mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibi tarafından mümkün

⁷ QUINN, s.235; HORSEY/ RACKLEY, s.316; GREENE, s.128; FINCH/ FAFINSKI, s.106

⁸ QUINN, s.236; HORSEY/ RACKLEY, s.318; GREENE, s.130; FINCH/ FAFINSKI, s.107-108

⁹ QUINN, s.236-237; HORSEY/ RACKLEY, s.318; GREENE, s.130; FINCH/ FAFINSKI, s.107-108

¹⁰ GREENE, s.131; FINCH/ FAFINSKI, s.109

¹¹ QUINN, s.237; HORSEY/ RACKLEY, s.321; FINCH/ FAFINSKI, s.109

ancak herhangi bir adım atmıyor ise, yüklenicinin faaliyetlerinden doğan zarardan mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibi sorumlu olacaktır.¹² Bu bağlamda; ilgili düzenlemeleri yapı malikinin sorumluluğu için gereken unsurlar kapsamında değerlendirmek, isabetli olacaktır.

A. Yapı Maliki

İngiliz Hukuku'nda Occupiers' Liability 1957 Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere; binanın durumundan kaynaklanan tehlikeler veya üzerinde yapılan veya yapılmaması gerekenler nedeniyle bina malikinin ziyaretçilere olan yükümlüğünü düzenlemeyi amaçlamaktadır.¹³ Buna rağmen; yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin olarak Occupiers' Liability 1957 Kanun'unda yapı malikinin tanımına yer verilmiştir.¹⁴ Bu nedenle; İngiliz Hukuku'nda yapı maliki, Wheat v E.Lacon & Co Ltd¹⁵ davasında kabul edildiği üzere; "tesisler üzerinde bir kontrol unsuru uygulayan kişi"¹⁶ olarak ifade edilmektedir. Davalı tarafı meyhanenin maliki, ancak meyhane eşi ile birlikte başka bir şahıs tarafından yönetiliyordu. Meyhaneye giriş yapmaya çalışan bir ziyaretçinin, yeterince aydınlatma olmadığı için acil çıkış merdivenlerinden düşüp hayatını kaybetmesi üzerine, Mahkeme meyhanenin yöneticilerinin ve malikin sorumlu olacağı, çünkü her ikisi bakımından kontrol unsurunun bulunduğu karar vermiştir. Kararda Mahkeme, kontrol unsurunu uygulayan kişilerin, insanların binanın içerisine girmelerine izin verecek veya

¹² **QUINN**, s.237-238; **HORSEY/ RACKLEY**, s.321; **FINCH/ FAFINSKI**, s.109-110.

¹³ "The rules enacted by the two next following sections shall have effect, in place of the rules of the common law, to regulate the duty which an occupier of premises owes to his visitors in respect of dangers due to the state of the premises or to things done or omitted to be done on them." Occupiers' Liability Act 1957, madde 1(1). **STEELE**, Jenny, Tort Law Text, Cases and Materials, 3. Bası, Oxford 2014, s.710; **HORSEY/ RACKLEY**, s.311-313; **GREENE**, s.125-126; **FINCH/ FAFINSKI**, s.102; **TURNER**, Unlocking Torts, s.180

¹⁴ **ELLIOT/QUINN**, s.163; **QUINN**, s.228; **STEELE**, s.709; **GREENE**, s.125-126; **FINCH/ FAFINSKI**, s.103; **TUITT**, Patricia/ **BERMINGHAM**, Vera/ **MCLAUGHLIN**, Mary, University of London International Programmes: Tort Law, London 2015, s.158; **COOKE**, s.238; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.78; **TURNER**, Unlocking Torts, s.181

¹⁵ Wheat v E.Lacon & Co Ltd [1966] AC 552 [1966] UKHL1

¹⁶ "A person who exercises an element of control over premises" Bakınız: Wheat v E.Lacon & Co Ltd [1966] AC 552 [1966] UKHL1; **QUINN**, s.228; **STEELE**, s.709; **HORSEY/ RACKLEY**, s.311-312; **GREENE**, s.126; **FINCH/ FAFINSKI**, s.103; **TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.158; **COOKE**, s.238; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.78; **TURNER**, Unlocking Torts, s.181

önleyecek bir konumda olmalarını ifade etmekte olduğunu açıklamıştır.¹⁷ Dolayısıyla kabul edilen, yapı malikinin sorumluluğunun, sadece yapı malikini kapsamadığını, aynı zamanda intifa ve oturma hakkı sahiplerini de kapsadığı yönündedir.¹⁸

B. Yapı Malikinin Sorumluluğunda Olan Bir Bina veya Yapı Eseri

Occupiers' Liability 1957 Kanun'u gereği; yapı malikinin sorumluluğunun doğması için mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahibinin sorumluluğunda olan bir bina veya yapı eseri bulunmalıdır.¹⁹ Bina veya yapı eserinin tanımı; ilgili Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre; *"arazi ve binalar, ayrıca bir gemi, araç veya uçak dahil olmak üzere herhangi bir sabit veya hareketli yapı"*, bina veya yapı eseri olarak kabul edilmektedir.²⁰ Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere; bina veya yapı eseri kavramı, herhangi bir araç, uçak, hatta sabit veya hareketli yapıları da kapsamaktadır.²¹ Örneğin, yapısındaki bozukluk nedeniyle tehlike arz eden bir araç varsa, yapı malikinin sorumluluğu altında değerlendirilebilir. Dolayısıyla Occupiers' Liability 1957 Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasındaki tanımdan hareketle, yapı malikinin sorumluluğunun geniş kapsamda ele alındığı sonucuna varmamız mümkündür.

C. Bina veya Yapı Eserinde Bulunan Ziyaretçiler ve Onlara Karşı Özen Gösterme Yükümlüğü

Yukarıda bahsedildiği üzere, Occupiers' Liability 1957 Kanun'u, yapı malikinin tanımına yer vermemiştir. Buna rağmen, Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına gereği; yapı malikinin, bina veya yapıda ziyaretçi

¹⁷ QUINN, s.228; STEELE, s.709-710; HORSEY/ RACKLEY, s.311-312; TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.158; COOKE, s.238

¹⁸ ELLIOT/QUINN, s.163; QUINN, s.228-229; STEELE, s.709-710; HORSEY/ RACKLEY, s.311-312; FINCH/ FAFINSKI, s.103; TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.158; COOKE, s.238; TURNER, Key Facts Key Cases, s.78; TURNER, Unlocking Torts, s.181

¹⁹ QUINN, s.229; STEELE, s.711; HORSEY/ RACKLEY, s.314; GREENE, s.125

²⁰ ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.229; STEELE, s.711; HORSEY/ RACKLEY, s.314; GREENE, s.125; FINCH/ FAFINSKI, s.103; TURNER, Key Facts Key Cases, s.78; TURNER, Unlocking Torts, s.182

²¹ QUINN, s.229; STEELE, s.711; HORSEY/ RACKLEY, s.314; GREENE, s.125; FINCH/ FAFINSKI, s.103; TURNER, Key Facts Key Cases, s.78; TURNER, Unlocking Torts, s.182

olarak bulunan kişilere özen gösterme yükümlüğü mevcuttur.²² Bina veya yapı eserinin yapımında veya bakımındaki eksiklik nedeniyle orada ziyaretçi olarak bulunan üçüncü kişilerin zarara uğramaları yapı malikinin sorumluluğunu doğuracaktır. Bu nedenle; öncelikle “ziyaretçi” olarak bulunan kişileri, sonrasında ise mülkiyet, oturma ve intifa hakkı sahiplerinin, ziyaretçilere olan *özen gösterme yükümlülüğünü* incelemek, yerinde olacaktır.

1. Ziyaretçiler

Ziyaretçiler; mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahipleri tarafından, binaya girmeleri için açık veya zımni izin verilen kişilerdir.²³ Açık veya zımni izin olmadan bina veya yapı eserinde bulunan kişilerin zarar görmeleri hâlinde, mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin sorumluluğu, 1957 Kanun’unda değil, çalışmamız dışında olan Occupiers’ Liability 1984 Kanun’unda düzenlenmiştir.²⁴

Bina veya yapı eserinde açık izin ile bulunan kişileri tespit etmek; malik, oturma veya intifa hakkı sahibinin ziyaretçiyi açık olarak davet etmesi anlamını taşımaktadır.²⁵ Örneğin, kapımızı çalan bir arkadaşımıza, “içeriye gel, sana kahve yapayım” söylememiz, açık bir davet olarak nitelendirilebilir. Yine aynı şekilde bir arkadaşımızı arayıp, onu evimize davet etmemiz de açık bir davet olarak nitelendirilmektedir.²⁶ Her iki durumda da arkadaşımızın evimize girmesi, bina veya yapı eserinde izinli olarak bulunduğu sonucu doğurmakla beraber, bina veya yapı eserinde zarar görmeleri hâlinde yapı malikinin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Ziyaretçilere verilen izin, yapı malikinin davranışı veya işyerine girip çıkma durumlarında olduğu gibi durumdaki koşullardan da ortaya

²² ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.230; STEELE, s.711; HORSEY/ RACKLEY, s.313; GREENE, s.126-127; COOKE, s.241-242; TURNER, Unlocking Torts, s.182

²³ ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.230-231; STEELE, s.712-713; HORSEY/ RACKLEY, s.313-314; GREENE, s.126-127; FINCH/ FAFINSKI, s.103-105; COOKE, s.239-240; TURNER, Unlocking Torts, s.182

²⁴ ELLIOT/QUINN, s.164; STEELE, s.712-713; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.104; TURNER, Key Facts Key Cases, s.79; TURNER, Unlocking Torts, s.183-184

²⁵ QUINN, s.230; STEELE, s.712; HORSEY/ RACKLEY, s.313; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.104; TURNER, Unlocking Torts, s.182

²⁶ QUINN, s.230; HORSEY/ RACKLEY, s.313; TURNER, Unlocking Torts, s.182

çıkabilir.²⁷ Bu durumda; verilen izin, *zımni izin* olarak kabul edilir.²⁸ Örneğin, postacılar, sayaç okuyucuları ve çevrimiçi alışveriş sonrası malı teslim eden kişilerin, *zımni izinli* oldukları kabul edilir ve bu kişiler 1957 Kanun'u gereği "*ziyaretçi*" olarak sınıflandırılır.²⁹

"*Ziyaretçi*" kelimesinin tanımını yaparken, Kanun'un 2. maddesinin 6. fıkrası kapsamında binaya girmelerini sağlayacak yasal giriş hakkı olan kişilerin de hukuka uygun olarak "*ziyaretçi*" olarak kabul edilmekte olduğunu söyleyebiliriz.³⁰ Burada bahsedilen, yasal görevlerini yerine getiren polis memurları ve itfaiyeciler olabileceği gibi, görevlerini yerine getiren icra memurları da kanun kapsamında "*ziyaretçi*" olarak değerlendirilmektedir.³¹

2. Ziyaretçilere Özen Gösterme Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin Occupiers' Liability 1957 Kanun'u kapsamında ziyaretçilerine özen gösterme yükümlülüğü mevcuttur. İlgili Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası gereği; açık, zımni veya yasal izin ile ziyaretçilerin yapıda bulunmaları hâlinde, onların malul ölçüde güvende olmalarını sağlamak için mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin özen gösterme yükümlülüğü mevcuttur.³²

İlgili madde, mülkiyet, oturma veya intifa hakkı sahiplerinin mutlak anlamda güvenlik sağlamalarını gerektirmez; ziyaretçilerin

²⁷ ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.230-231; STEELE, s.712-713; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.104; COOKE, s.239; TURNER, Unlocking Torts, s.183

²⁸ QUINN, s.230-231; QUINN, s.230-231; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.104; TURNER, Unlocking Torts, s.183

²⁹ ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.230-231; GREENE, s.126

³⁰ QUINN, s.231; STEELE, s.712; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.105; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.158; COOKE, s.239-240; TURNER, Unlocking Torts, s.183

³¹ ELLIOT/QUINN, s.164; QUINN, s.231; GREENE, s.126; FINCH/ FAFINSKI, s.105; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.158

³² ELLIOT/QUINN, s.165; QUINN, s.233; STEELE, s.711, 715; HORSEY/ RACKLEY, s.314; GREENE, s.127; FINCH/ FAFINSKI, s.105; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.158-159; COOKE, s.241-242; TURNER, Key Facts Key Cases, s.79; TURNER, Unlocking Torts, s.185

güvenliğini sağlamak için makul ölçüde özen göstermeleri yeterlidir.³³ Örneğin, binadaki bir tehlike konusunda uyarının verilmesi, yeterli olacaktır.³⁴

Yapı malikinin özen gösterme yükümlüğüne ilişkin verilebilecek bir örnek, Horton v Jackson³⁵ davasıdır. İlgili davada; davacı, golf topunun gözüne gelmesi üzerine görüşünü kaybetmiş bir golfçüydü. İlgili davada, kazadan yapı malikinin sorumluluğu altında golf kulübünün de sorumlu olup olmayacağı konusu tartışılmıştır. Davada, golf kulübünün, oyuncular arasında bu tür kazaları önlemek için bir perde çekmesi gerektiğini, perde çekmediği için sorumlu tutulması gerektiği yönünde görüşler mevcuttu. Mahkeme ise belirtilen görüşlerin aksine, golf kulübünün bu kazadan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, golf kulübünde yeterince uyarı yazıları olduğu, bir perdenin bu tür kazaları engellemeyeceği, mevcut önlemlerin makul olduğu ayrıca kulüpte oynanan 800,000 golf turunda o noktada sadece iki kaza meydana gelmiş olmasının bu durumu teyit ettiği ve sonuç olarak özen gösterme yükümlüğünün ihlali olmadığı yönünde karar vermiştir.

Clare v Perry³⁶ davası, yapı malikinin özen gösterme yükümlüğüne ilişkin bir diğer örnek olarak verilebilir. İlgili davada, davacı ve eşi, davalının otelinde müşteri olarak konaklıyorlardı. Çift, bir gece otelden çıkmak isterken çıkış kapısını kullanmak yerine, mülkün kenarından geçen duvarın üzerinden atlamaya karar verdiler. Davacının eşi başarılı bir şekilde duvarın üzerinden geçerek yola inmişti, ancak havanın karanlık olması sebebiyle, davacı düşerek yaralanmıştı. Davacı, bu tür kazaları önlemek için duvarın çitle çevrilmesinin makul olduğunu iddia ederek otele karşı dava açmıştı. İlk Derece Mahkemesi, oteldeki müşterilerin duvardan kazara düşmelerini önlemek için çit örülmesinin makul olduğunu belirterek davacıyı haklı bulmuştu. Temyiz Mahkemesi ise ilk derece Mahkemesi kararının aksine, kaza sonucu düşme riskinin ve bir kimsenin iradi surette duvarın üzerine çıkarak düşmesi arasında fark olduğunu,

³³ **ELLIOT/QUINN**, s.165; **QUINN**, s.233; **STEELE**, s.715; **HORSEY/ RACKLEY**, s.314; **GREENE**, s.127

³⁴ **ELLIOT/QUINN**, s.165; **STEELE**, s.715; **HORSEY/ RACKLEY**, s.319; **GREENE**, s.127

³⁵ Horton v Jackson [1996] CCRTF 95/0930/C. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.165; **QUINN**, s.233

³⁶ Clare v Perry (Widemouth Manor Hotel) [2005] EWCA Civ 39, [2005] AllER (D) 67 (Jan). Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.166

otelin ise sadece kaza sonucu düşmeden doğan zarardan sorumlu tutulabileceği yönünde karar vermiştir. Mahkeme; duvarın çit ile çevrilmesi gibi tedbirlerin makul bir tedbir olup olmadığını değerlendirirken, bir ziyaretçiden beklenecek makul davranışın da dikkate alınması gerektiğini, ilgili davada ise davacının davranışının beklenmedik bir davranış olması nedeniyle duvarın çit ile çevrilmesinin makul olmadığı, bu nedenle de davalının ziyaretçilerine karşı olan özen gösterme yükümlüğünü ihlal etmediği yönünde karar vermiştir.

Her iki dava örneğinden çıkaracağımız sonuç, yapı malikinin ziyaretçilere özen gösterme yükümlülüğünün mutlak anlamda olmadığı, ziyaretçilere makul ölçüde güvende olmalarını sağlamak için uyarı yazılarının veya çıkış noktalarını gösteren yazıların makul ve yeterli olduğu yönündedir. Bu bağlamda, ziyaretçilerin bina veya yapı eserindeki davranışlarının da dikkate alındığı, kendi davranışlarından kaynaklı bir kazanın meydana gelmesi hâlinde ise yapı malikinin sorumlu tutulamayacağı sonucunu çıkarabiliriz.

Yukarıda da bahsedilmiş olduğu üzere, bina veya yapı eserinde bulunan ziyaretçilere yapı malikinin özen gösterme yükümlüğü, çocuklar, iş için yapıda bulunan kişiler ve bağımsız yükleniciler bakımından Occupiers' Liability 1957 Kanun'unda özel düzenlemeler mevcuttur. Bir sonraki başlık altında ilgili düzenlemeler incelenecektir.

b. Özen Yükümlülüğünün Derecesi Bakımından Özellik Gösteren Ziyaretçiler

aa. Çocuklar

Occupiers' Liability 1957 Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre; *"çocuklar yetişkinlerden daha dikkatsizdir ve yapı maliki buna hazır olmalıdır. Yapı maliki, bir çocuğun binaya girmesine izin veriyorsa, o yaştaki bir çocuk için binanın makul derecede güvenli olması gerekir"*³⁷. Bu demek oluyor ki, bina veya yapı eserinde ziyaretçi olarak bulunan çocuklara karşı yapı malikinin özen gösterme yükümlüğü, yetişkinlere göre daha

³⁷ Ayrıca bakınız: ELLIOT/QUINN, s.166; QUINN, s.234-236; STEELE, s.717; HORSEY/RACKLEY, s.316; GREENE, s.128; FINCH/ FAFINSKI, s.106-107; TUITT/BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.159; COOKE, s.243; TURNER, Key Facts Key Cases, s.80; TURNER, Unlocking Torts, s.186

fazladır, çünkü çocuklar yetişkinlerden daha dikkatsizdir, dolayısıyla binanın çocuğun yaşına göre *makul derecede güvenli* olmasını sağlamalıdır.³⁸

İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin çocuklara olan özen gösterme yükümlüğü için verilebilecek birçok dava örneği mevcuttur. Bunlardan birincisi; Perry v Butlins Holiday World³⁹ davasıdır. Bu davada davacı, davalıya ait bir tatil kampında bulunan 3 yaşında bir çocuktan ve üzerine tuğladan yapılmış bir duvar düşerek, kulağını kesmişti. Duvar çok yüksek değildi, ancak keskin tuğlalardan yapılmıştı ve çocuk gösterilerin düzenli olarak yapıldığı açık bir alanın yakınındaydı. Temyiz Mahkemesi, duvarın tasarımı, ayrıca çocukların bulunması muhtemel olan konumuyla birleştğinde, davalının Kanun kapsamındaki özen gösterme yükümlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Jolley v London Borough of Sutton⁴⁰ davası, bir diğer dava örneğidir. Bu davada, davacı, 14 yaşında bir çocuktan. Davacı, arkadaşı ile yakınında ikamet ettikleri davalı belediyeye ait bir arazide terk edilmiş eski bir tekne bulmuş ve onu tamir etmeye karar vermişlerdi. Tekneyi tamir etmeye çalışırken, tekne davacının üzerine düşerek felç olmasına sebep olmuştu. Davalı, çocukların tekneye ilgi duyacaklarının öngörülebilir olması, bu bağlamda tekneyi kaldırması gerektiğini kabul etmişti. Ancak öngörülebilir olanın, çocukların oynamak için tekneye binmeleri ve çürümüş zeminden düşmeleri olduğunu kaydetmişti. Davalı, davacının ve arkadaşının yaptıklarının normal bir davranış olmadığı ve bu nedenle davacının geçirdiği kazanın öngörülemezliğini iddia etmişti. İlk Derece Mahkemesi, davalı tarafı haklı bulmuş, ancak Temyiz Mahkemesi bu yaklaşımın dar olduğuna karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi, çocukların tekneyi kurcalamalarının öngörülebilir olduğu, ancak davalının tekne ile tam olarak ne yapacaklarının öngörebilmelerinin gerekli olmadığı doğrultusunda karar vermiştir. Mahkeme, çocukların kendilerini tehlikeye

³⁸ QUINN, s.234-236; HORSEY/ RACKLEY, s.316; GREENE, s.128; FINCH/ FAFINSKI, s.106-107; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.159; TURNER, Unlocking Torts, s.186-187

³⁹ Perry v Butlins Holiday World [1998] Ed CR 39, [1997] EGCS 171. Ayrıca bakınız: ELLIOT/QUINN, s.166

⁴⁰ Jolley v London Borough of Sutton [2000] 1WLR 1082. Ayrıca bakınız: ELLIOT/QUINN, s.166; QUINN, s.235; HORSEY/ RACKLEY, s.316-317; GREENE, s.129; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.160; COOKE, s.244-245; TURNER, Key Facts Key Cases, s.80; TURNER, Unlocking Torts, s.187-188

atmanın yollarını bulabileceklerini ve onları güvende tutmak için gereken önlemleri alırken, bunun da dikkate alınması gerektiğini söyleyerek, davalı tarafın teknede oynayan çocukların öngörülebilir olduğunu kabul ederek, tekneyi kaldırması gerektiğini; daha büyük riskin önlenmesi için daha fazla çaba veya masraf yapması gerekmediğini belirterek, davacı lehine karar vermiştir.

Glasgow Corporation v Taylor⁴¹ davası, yapı malikinin çocuklara karşı olan özen gösterme yükümlülüğüne ilişkin olarak bir diğer dava örneğidir. İlgili davada, 7 yaşındaki bir çocuğun davalı şirketin kontrolü altındaki bir parkta bulunan çalıdan topladığı zehirli meyveleri yemesi, ölümüne neden olmuştu. Davalı şirketin, çalıdaki meyvelerin zehirli olduğunu bilmesine rağmen, çalıyı çitle çevirmemiş, herhangi bir uyarı yazısı da asmamıştı. Mahkeme, kiraza benzeyen zehirli meyvelerin parkta oynayan çocuklara cazip geleceğini, dolayısıyla çocukların güvenliğini sağlamak için davalı tarafın özen göstermesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Zehirli meyvelerin çitin üstünde kalması, davalı şirketin çitin etrafını kapatmaması veya meyvelerin zehirli olduğunu belirten herhangi bir uyarı yazısı asmaması, davalının çocuklara karşı olan özen gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamını taşımaktadır. Yine de belirtmeliyiz, mağdur olan çocuk yerine bir yetişkin olsaydı, durumun farklı değerlendirilebileceğini ileri sürebiliriz. Bunun nedeni ise, yetişkinler bu tür meyvelerin zehirli olduğunu öngörebilir, bunları yemekten kaçınabilir. Ancak ilgili davada olayın çocukların oynadığı parkta yaşanması, dolayısıyla çocukların zehirli meyveleri toplayıp yemeleri ihtimali yetişkinlerinkinden daha yüksektir.

Yukarıda bahsedilen davalar ışığında; yapı malikinin sorumluluğunda olan bir bina, yapı eserleri, hatta arazide çocukların güvenliğini sağlayacak özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ve neticede onların zarara uğramaları hâlinde, yapı maliki sorumlu tutulacaktır. Buna rağmen; bazı durumlarda yapı maliki, çok küçük çocukların yalnız olmaması gerektiğini, hatta bir ebeveynin gözetimi altında olduğunu varsayabilir, böylelikle yapı malikinin sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.⁴² Örneğin,

⁴¹ Glasgow Corporation v Taylor [1922] 1AC 44. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.166; **QUINN**, s.235; **STEELE**, s.717; **FINCH/ FAFINSKI**, s.107; **TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.159; **COOKE**, s.243-244; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.80; **TURNER**, Unlocking Torts, s.187

⁴² **ELLIOT/QUINN**, s.167; **QUINN**, s.235; **STEELE**, s.717-718; **GREENE**, s.129

Phipps v Rochester Corporation⁴³ davasında, 7 yaşındaki kız kardeşi ile böğürtlen toplayan 5 yaşındaki bir çocuk, davalının ev inşa ettikleri arazinin ortasında bulunan çukura düşerek bacağına kırılmıştır. Davalı, arazinin oyun alanı olarak kullanıldığını bilmesine rağmen, çocukların araziye girmelerini engellemek için herhangi bir eylemde bulunmamıştı. Mahkeme; bir yetişkinin böyle bir tehlikeyi kolaylıkla öngörebileceğini, mantıklı düşünen bir ebeveyn tehlike arz eden bölgelere küçük çocuklarını göndermemesi gerektiğini, en azından bölgenin tehlikeli olup olmadığını kontrol etmesi gerektiğini, dolayısıyla davalı tarafın çocuğa gelen zarardan sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Davalı tarafın çocukları dışarıda tutmaya çaba göstermemesi, çocuklara özen gösterme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir, fakat burada önemli olan, ebeveynin gözetimi altında olması gereken çocukların zarara uğramaları hâlinde, bölgeden sorumlu olan davalının bu zarardan sorumlu olmamasıdır.

Bourne Leisure v Marsden⁴⁴ davası'nda da Phipps v Rochester Corporation⁴⁵ davasına benzer şekilde, yapı malikinin sorumluluğunda olan bir bina veya yapı eserinde ebeveynin gözetimi altında olması gereken küçük çocukların uğradıkları zarardan yapı maliki sorumlu olmayacağı yönünde karar verilmiştir. Bourne Leisure⁴⁶ davasında, 2 yaşındaki bir çocuk, ailesi ile davalı tarafından işletilen karavan parkında konaklıyordu. Çocuğun annesi karavan parkında konaklayan başka bir kişi ile sohbet ederken, 2 yaşındaki oğlu kendisinden uzaklaşarak, parkta bulunan göletlerin birinde boğulmuş bir şekilde bulunmuştu. Karavan parkında yaşanan olaydan, parkı işletenlerin sorumlu olması gerektiğini iddia eden çocuğun annesi, karavan parkını işletenlere karşı dava açmış, tehlike riskini önlemek için göletlerin çitle çevrilmesi gerektiği yönünde

⁴³ Phipps v Rochester Corporation [1955] 1QB 450. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.167; **QUINN**, s.235; **STEELE**, s.717-718; **GREENE**, s.129; **FINCH/ FAFINSKI**, s.106; **TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.159; **COOKE**, s.244; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.80; **TURNER**, Unlocking Torts, s.188

⁴⁴ Bourne Leisure v Marsden [2009] EWCA Civ 671

⁴⁵ Phipps v Rochester Corporation [1955] 1QB 450

⁴⁶ Bourne Leisure v Marsden [2009] EWCA Civ 671 Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.167; **QUINN**, s.235-236; **STEELE**, s.718-719; **GREENE**, s.129-130; **TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.160

iddialarda bulunmuştu. Mahkeme ise davacının iddiasının aksine, karavan parkını işletenlerin sorumlu olmayacağını, çünkü parkta bulunan müşterilerin park içerisinde bulunan göletlerden haberdar edildikleri, bu nedenle etraflarını çitle çevirmekle yükümlü olmadıklarını, ayrıca anne ve babaların göletlerin çocuklar için tehlike arz edeceğini bilmeleri gerektiği yönünde karar vermiştir. Mahkeme, vermiş olduğu kararın “*sorumlu, özenli ve şefkatli*” ebeveyn olarak tanımlanan davacının hatalı olmadığını, çünkü çocukların “*bir anda ortadan kaybolabileceğini*” iyi bildiğini söylemiştir.⁴⁷ Buna rağmen, çocuğun o anda gözden kaçması ve davacının hatalı olmaması, yapı malikinin çocuğun ölümünden sorumlu olduğu anlamına gelmediğine karar vermiştir.⁴⁸ Kanaatimize; verilen karar, isabetli değildir. Daha önce değerlendirilen kararlar ve Occupiers’ Liability 1957’deki çocuklara ilişkin düzenlemeler ışığında, küçük çocukların yetişkinlere göre daha dikkatsiz olmaları nedeniyle onların güvenliğini sağlamak için özellikle de çocukların bulunabileceği ortamlarda yapı malikleri daha fazla önlem almalıdır, onların çocuklara karşı olan özen gösterme yükümlülükleri daha fazla olmalıdır. Bu davada olduğu gibi çocukların yaşı, ebeveyn kontrolü ve gözetimi altında olmalarını gerektiriyor ise; o hâlde yaşanan olaylar, yapı malikinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmamalıdır.

bb. İş İçin Yapıda Bulunan Kişiler

Occupiers’ Liability 1957 Kanunu’ndaki yapı malikinin çocuklara ilişkin sorumluluğunu inceledikten sonra, iş için yapıda bulunan kişilere yönelik düzenlemeleri değerlendirmek uygun olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yapı malikinin iş için yapıda bulunan kişilere de özen gösterme yükümlüğü mevcuttur. İş için yapıda bulunan kişilerin zarar görmeleri, yapı malikinin sorumluluğuna yol açacaktır. Ancak kanunda, iş için yapıda bulunan kişilere ilişkin özel hüküm belirtilmiştir. Bu başlık altında, ilgili kanundaki özel hüküm değerlendirilecektir.

Occupiers’ Liability 1957 Kanun’un 2. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendine göre; “*bir kişi işini yerine getirirken, yapı maliki onu özgür bıraktığı sürece, olağan olarak meydana gelen herhangi bir özel riski takdir etmesini ve*

⁴⁷ QUINN, s.236; STEELE, s.718-719; GREENE, s.130

⁴⁸ QUINN, s.236; STEELE, s.718-719; GREENE, s.130

bunlara karşı korunmasını bekleyebilir".⁴⁹ Bu demek oluyor ki, işin yapılması sırasında olağan bir riskin ortaya çıkması hâlinde, yapı malikinin, kişinin kendi önlemlerini almasına özgür bıraktığı sürece, o kişiyi böyle bir riske karşı korumak için özel önlem almasına gerek yoktur.⁵⁰ İlgili hüküm için Roles v Nathan⁵¹ davasını örnek olarak verebiliriz. Bu davada, yapıda bulunan baca temizleyicileri, işlerini yürütmeleri sırasında bacadaki karbon monoksit nedeniyle zehirlenmişlerdi. Yapı malikinin sorumluluğu söz konusu değildi, çünkü baca temizleyicilerinin bu özel tehlikenin farkında olmaları, sonuç olarak da kendilerine göre önlem almaları gerekiyordu. Ayrıca davada, tehlike konusunda baca temizleyicileri uyarılmıştı. Sonuç olarak, yapı maliki, baca temizleyicilerinin kendi önlemlerini almalarına fırsat tanıyarak, karbon monoksit zehirlenmesine karşı korumak için onun daha fazla önlem almasına gerek olmadığına karar verilmişti.

Burada belirtmeliyiz, Roles v Nathan⁵² davasında yer alan olayda, meydana gelen zarar, baca temizleyicilerinin işi ile bağlantılı, kanundaki kelimelere göre "*olağan olarak meydana gelen herhangi bir özel risk*" olarak kabul edilebilir. Diyelim ki baca temizleyicilerinin uğradığı zarar, bacayı temizlemek ile bağlantılı olmayan, dolayısıyla olağan sayılabilecek bir risk değilse, o hâlde yapı malikinin sorumluluğunu meydana getirebilir sonucunu çıkartabiliriz.⁵³ Örneğin, yapıdaki elektrik işlerini yapmak için yapıda bulunan bir elektrikçinin, işini yapması sırasında elektrik çarpması sonucu yaralanırsa, söz konusu olay, işi ile bağlantılı, dolayısıyla olağan olarak kabul edilebilen bir risktir ve elektrikçinin kendi önlemlerini alması gerektiği için yapı malikinin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Buna karşın, yine aynı elektrikçi, yapıda bulunan merdivenlerin kırık olması sebebiyle düşüp yaralanırsa, işi ile bağlantılı olmayan, yapıdaki

⁴⁹ Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.167; **QUINN**, s.236-237; **STEELE**, s.717; **HORSEY/RACKLEY**, s.318; **GREENE**, s.130; **COOKE**, s.245

⁵⁰ **ELLIOT/QUINN**, s.168; **STEELE**, s.717; **HORSEY/RACKLEY**, s.318; **GREENE**, s.130; **TUITT/BERMINGHAM/MCLAUGHLIN**, s.160-161; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.80; **TURNER**, Unlocking Torts, s.188

⁵¹ Roles v Nathan [1963] 1WLR 1117. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.168; **QUINN**, s.236; **STEELE**, s.717; **HORSEY/RACKLEY**, s.318; **GREENE**, s.130; **TUITT/BERMINGHAM/MCLAUGHLIN**, s.160-161; **COOKE**, s.245; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.80; **TURNER**, Unlocking Torts, s.189

⁵² Roles v Nathan [1963] 1WLR 1117

⁵³ **ELLIOT/QUINN**, s.168; **QUINN**, s.236-237; **HORSEY/RACKLEY**, s.318; **GREENE**, s.130

bozukluk nedeniyle meydana gelen bir zarar söz konusu olacaktır. Bu zarar ise; işleri ile bağlantılı olmayan, olağan dışı sayılabilecek bir risk olarak kabul edildiği için, yapıda bulunanların önlem almaları beklenemez, dolayısıyla yapı malikinin sorumluluğunu doğuracaktır.⁵⁴

Ogwo v Taylor⁵⁵ davası, yapıda iş için bulunan kişilere karşı yapı malikinin sorumluluğu bağlamında bir diğer örnek olarak verilebilir. Bu davada, davalı, evinde yangın çıkmasına sebebiyet vermişti. Davacı, yangını söndürmek için eve çağrılan bir itfaiyeciydi, ancak işini yürütürken ağır bir şekilde yaralanmıştı. Mahkemenin vermiş olduğu karara göre, evdeki yangının hızlı bir şekilde yayılması ile meydana gelen zarar, olağan dışı bir durumdu ve davacının, Kanun'un 2. maddesindeki 3. fıkrasındaki (b) bendine güvenerek, itfaiyeciyi işini yürütmesi sırasında önlem alması için onu özgür bırakması hâlinde sorumluluktan kurtulması mümkün değildi. Sonuç olarak, bu davada görüldüğü üzere, yapı maliki her durumda sorumluluktan kurtulamaz. Bu davada olduğu gibi, işi ile bağlantılı olsa da olağan dışı bir riskin ortaya çıktığı durumlarda, iş için yapıda bulunan kişilerin zarar görmeleri hâlinde, Mahkeme, yapı malikinin sorumluluktan kurtulamayacağı sonucunu çıkartmaktadır.

cc. Bağımsız Yükleniciler

Occupiers' Liability 1957 Kanun'un çocuklara ve iş için yapıda bulunan kişilere ilişkin özel düzenlemeleri değerlendirdikten sonra, bağımsız yüklenicilere ilişkin düzenlemeleri de incelemek isabetli olacaktır. Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendine göre; *"yapı maliki tarafından çağrılan bağımsız bir yüklenicinin herhangi bir inşaat, bakım veya onarım işinin hatalı yürütülmesi nedeniyle bir tehlikenin oluşması ve ziyaretçinin zarar görmesi durumunda, yapı maliki, emanet etme eyleminde bulunmuşsa, bağımsız yüklenici tarafından yapılan işte yüklenicinin yetkin olduğunu, işin düzgün bir şekilde yapıldığını kontrol etmek için makul adımların atılması mümkün ve bunlar atılmış ise, tehlikeden sorumlu tutulmamalıdır"*⁵⁶. İlgili madde, bağımsız yüklenicileri inşaat, bakım veya onarım işinin yapılması için yapıya çağırılan yapı maliklerinin, yüklenicilerin işlerinde yetkin olduklarına ve

⁵⁴ FINCH/ FAFINSKI, s.108; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.161

⁵⁵ Ogwo v Taylor [1988] AC 431. Ayrıca bakınız: ELLIOT/QUINN, s.168; QUINN, s.237; GREENE, s.130

⁵⁶ ELLIOT/QUINN, s.168; QUINN, s.237; STEELE, s.720-722; HORSEY/ RACKLEY, s.321; GREENE, s.130-131; FINCH/ FAFINSKI, s.109; COOKE, s.245; TURNER, Key Facts Key Cases, s.81; TURNER, Unlocking Torts, s.189-190

işlerini düzgün bir şekilde yaptıklarını kontrol etmek için makul adım atmalarını gerektiriyor.⁵⁷ Kanun'daki düzenleme gereği, bağımsız yüklenicilerinin faaliyetleri nedeniyle bir tehlikenin oluşması ve bina veya yapı eserinde bulunan bir ziyaretçinin zarar görmesi hâlinde, yapı maliki, işi bağımsız yükleniciye emanet ederken, yapılan işte yüklenicinin yetkin olduğunu, işin düzgün bir şekilde yapıldığını kontrol etmek için makul adımların atılmasını gerektirmektedir. Makul adımların atılması durumunda yapı maliki, ziyaretçilere gelen zarardan sorumlu tutulmayacaktır.⁵⁸ Bu hükümden çıkaracağımız sonuç; yüklenicinin işinde yetkin olduğunu, işinin düzgün bir şekilde yapıldığını kontrol etmek için yapı maliki tarafından makul adım atılmıyorsa, yapıda bulunan ziyaretçilere gelen zarardan yapı maliki sorumlu olacaktır.

Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için makul adımların atılmaması gerekmektedir. Daha önce bahsedildiği üzere makul adımların tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Ancak İngiliz Hukuku'nda kabul edilen; makul adımların atılması, yüklenici tarafından yapılan işin niteliğine bağlıdır.⁵⁹ Büyük bir binanın inşası gibi geniş ölçüdeki işler bakımından, makul adımlar, işi denetlemek için bir mimar veya başka bir uzmanın işe alınmasını gerektirebilirken, ev içerisinde merkezi ısıtma sistemi kurmak gibi daha küçük işlerde, yapı malikinin herhangi bir adım atması gerekmemektedir.⁶⁰ Bu bağlamda, büyük işlerde bağımsız yüklenicilerin işlerinde yetkin oldukları ve işlerini düzgün bir şekilde yapıldığının yapı maliki tarafından kontrol edilmesi makul adım sayılırken, bunun aksine, küçük işlerde bu tür adımların atılması gerekmemektedir.

Yine de vurgulamak gerekir ki, işin niteliği gereği işin düzgün bir şekilde yapıldığının kontrolü için makul adımlar kolaylıkla atılabilir ancak bu adımlar atılmıyorsa, yapı malikinin sorumluluğunun doğması

⁵⁷ QUINN, s.237; STEELE, s.720-722; HORSEY/ RACKLEY, s.3321; GREENE, s.130-131; FINCH/ FAFINSKI, s.109; TUITT/ BERMINGHAM/ MCLAUGHLIN, s.161; TURNER, Unlocking Torts, s.189

⁵⁸ ELLIOT/QUINN, s.168; STEELE, s.720-722; HORSEY/ RACKLEY, s.321; GREENE, s.130-131; FINCH/ FAFINSKI, s.109-110; TURNER, Unlocking Torts, s.189

⁵⁹ ELLIOT/QUINN, s.168; QUINN, s.237; HORSEY/ RACKLEY, s.321; FINCH/ FAFINSKI, s.109-110; COOKE, s.246; TURNER, Unlocking Torts, s.190

⁶⁰ ELLIOT/QUINN, s.168; QUINN, s.237; FINCH/ FAFINSKI, s.110; COOKE, s.246

yine mümkündür. Örneğin, Woodward v Mayor of Hastings⁶¹ davasında, davacı, okulda ihmalkâr bir şekilde temizlen kar ile kaplı bir basamaktan kayıp düşen bir çocuktur. Okul idaresi tarafından temizleme işinin düzgün bir şekilde yapılıp yapılmadığının kontrolü kolaylıkla yapılabilirdi, ancak bunun kontrolü yapılmadığı için, okul idaresi sorumlu tutulmuştu. Mahkeme, işin niteliği, yapılan işin kolayca kontrol edilebileceği ve kontrol edilmemesi nedeniyle yapı malikinin sorumluluğunu doğurmaktadır sonuna varmıştır.

Haseldine v Daw⁶² bir diğer dava örneğidir. Bu davada, davacının üzerine bir asansör şaftı düşmüştü. Mahkeme, maliklerin bundan sorumlu olmadıklarına karar vermiş, çünkü asansörün bakımı için görüşte yetkin bir firma atayarak özen gösterme yükümlülüklerini yerine getirmişlerdi ve işin son derecedeki teknik doğası, işin düzgün yapılıp yapılmadığının kontrol edilmesinin mümkün olmayacağı anlamına geldiği görüşündeydi.

Bağımsız yüklenicilerin işleri kapsamında yapı malikinin sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu altında olan herhangi bir yapıda ihmalkâr bir şekilde bakım, inşaat veya onarım işleri ile ilgili olabileceği gibi, aynı kurallar, yapı malikinin sorumluluğu altında olan herhangi bir yapıda bağımsız yüklenicilerin hizmet vermelerine izin verildiği durumları da kapsamaktadır.⁶³ Örneğin, Bottomley v Todmorden Cricket Club⁶⁴ davasında, davacı, davalı kriket kulübünün havai fişek firması ile anlaşıp düzenlemiş olduğu havai fişek gösterisinde yaralanmıştı. Havai fişek gösterisini yapan firmanın sigortalı olmadığı, ayrıca bu tür bir gösteri için çalışanlarının yeterli deneyime sahip olmadığı ortaya çıkmıştı. Davacı, kriket kulübüne karşı dava açmış, ancak davalı, havai fişek firmasının çalışanları ile ilgili olarak sorumlu olmadıklarını iddia etmişti. Mahkeme,

⁶¹ Woodward v Mayor of Hastings [1945] KB 174. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.168; **QUINN**, s.238; **HORSEY/ RACKLEY**, s.321; **FINCH/ FAFINSKI**, s.110; **TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.161; **COOKE**, s.246; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.81; **TURNER**, Unlocking Torts, s.191

⁶² Haseldine v Daw [1941] 2 KB 343. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.168; **QUINN**, s.238; **FINCH/ FAFINSKI**, s.110; **TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.161; **COOKE**, s.246; **TURNER**, Key Facts Key Cases, s.81; **TURNER**, Unlocking Torts, s.190

⁶³ **ELLIOT/QUINN**, s.168

⁶⁴ Bottomley v Todmorden Cricket Club [2003] EWCA Civ 1575. Ayrıca bakınız: **ELLIOT/QUINN**, s.168-169; **STEELE**, s.722; **TUITT/ BIRMINGHAM/ MCLAUGHLIN**, s.162; **TURNER**, Unlocking Torts, s.190-191

davalının itirazını kabul etmeyip, firma çalışanlarının fiillerinden de kulübün sorumlu olabileceği, çünkü çalışanların işi yapabildikleri ve yeterli sigortaya sahip olduklarından emin olmak için makul adımların atılabildiği, ancak davalı kulübün yeterli özeni göstermediğine karar verilmişti.

Bu bağlamda, bağımsız yüklenicilere ilişkin düzenlemeler gereği, bağımsız yüklenicilerin işlerinde yetkin oldukları ve yapmış oldukları işin kontrolünün yapılması gibi makul adımların atılması mümkün, ancak bunlar yapı maliki tarafından atılmıyor ise, yapı malikinin sorumluluğunu meydana getirecektir sonucuna varabiliriz.

SONUÇ

Çalışmamız, Occupiers' Liability 1957 Kanun'u kapsamında düzenlenen, İngiliz Hukuku'nda yapı malikinin sorumluluğunu dikkate almıştır. Yapı malikinin sorumluluğu, yapıdaki koşullardan ötürü yapıda bulunan ziyaretçilerin zarara uğramaları durumunda meydana gelmektedir, ancak sorumluluğun doğumu bakımından birtakım unsurların varlığını gerektirmektedir.

Dikkate alınması gereken ilk unsur; bir yapı malikinin olmasıdır, ancak çalışılmamızda tespit edildiği üzere, Kanun'da yapı malikinin tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle; *Wheat v E.Lacon & Co Ltd*⁶⁵ davasında karar verildiği üzere; "*tesisler üzerinde kontrol unsuru uygulayan kişi*", yapı maliki olarak ifade edilmektedir. Kontrol unsurunu uygulanan kişi, insanların yapının içerisine girmelerine izin verecek, hatta önleyecek kişinin olduğu, dolayısıyla sadece bir yapının malikinin değil, aynı zamanda intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de sorumlu olabileceği kabul edilmektedir.

Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için bir diğer unsur; yapı malikinin sorumluluğu altında olan bir bina veya yapı eserinin bulunmasıdır. Kanun'daki düzenlemeden çıkaracağımız sonuç, bina veya yapı eserinin tanımının geniş olmasıdır. İlgili maddeye göre; arazi ve binalar, gemiler, araçlar, hatta uçak gibi sabit veya hareketli yapılar, bina veya yapı eseri kapsamında değerlendirilmektedir.

Yapı veya yapı eserinin yapımındaki veya bakımındaki eksiklik nedeniyle binada ziyaretçi olarak bulunan üçüncü kişilerin zarar görmeleri, yapı malikinin sorumluluğunu doğuracaktır. Bu nedenle; yapıda ziyaretçi olarak bulunan kişiler dikkate alınmıştır, sonrasında ise yapı

⁶⁵ *Wheat v E.Lacon & Co Ltd* [1966] AC 552 [1966] UKHL1

malikinin ziyaretçilere olan özen gösterme yükümlüğünün incelenmesi uygun görülmüştür.

Özen gösterme yükümlüğü başlığı altında; Occupiers' Liability 1957 Kanunu'nda düzenlenen özel hükümler değerlendirilmiştir. Yapıda bulunan çocuklar, iş için yapıda bulunan kişiler ve bağımsız yüklenicilere ilişkin düzenlemeler arasında, yapı malikinin sorumluluğu, farklılık göstermektedir. Özellikle vurgulanması gereken hususlar; çocukların yetişkinlerden daha dikkatsiz olmaları nedeniyle yapı malikinin çocuklara göstermesi gereken özen yükümlüğünün yetişkinlere göre daha fazla olmasıdır.

İş için yapıda bulunan kişilere ise yapı malikinin sorumluluğu, kişinin işini yapması sırasında işi ile bağlantılı olmayan, olağan dışı bir riskin ortaya çıkması durumunda doğacaktır.

Bağımsız yüklenicilere gelince; Kanun'daki düzenlemeler gereği, bağımsız yüklenicilerin faaliyetlerinden ziyaretçilerin zarara uğramaları durumunda, bağımsız yüklenicinin yaptığı işin niteliğine bağlı olarak, yüklenicinin işinde yetkin olduğunu ve işin düzgün bir şekilde yapılıp yapılmadığının kontrolünün yapılması gibi makul adımların yapı maliki tarafından atılıp atılmamasına bağlıdır. Bu adımlar yapı maliki tarafından atılmıyor ise, yapı malikinin sorumluluğu meydana gelmektedir.

KAYNAKLAR

BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011.

COOKE, John, Law of Tort, 10. Bası, London 2011.

ELLIOT, Catherine/ **QUINN**, Frances, Tort Law, 9. Bası, London 2013.

FINCH, Emily/ **FAFINSKI**, Stefan, Tort Law, 5. Bası, London 2015.

GREENE, Brendan: Optimize Tort Law, London 2017.

HORSEY, Kirsty/ **RACKLEY**, Erika, Tort Law, 4. Bası, London 2015.

QUINN, Frances, Living Law Series: Tort Law, London 2012.

STEELE, Jenny, Tort Law Text, Cases and Materials, 3. Bası, Oxford 2014.

TUITT, Patricia/ **BERMINGHAM**, Vera/ **MCLAUGHLIN**, Mary, University of London International Programmes: Tort Law, London 2015.

TURNER, Chris, Key Facts Key Cases: Tort Law, London 2014, (Key Facts Key Cases).

TURNER, Chris, Unlocking Torts, 4. Bası, London 2014, (Unlocking Torts).

DAVALAR:

Bottomley v Todmorden Cricket Club [2003] EWCA Civ 1575.

Bourne Leisure v Marsden [2009] EWCA Civ 671.

Clare v Perry (Widemouth Manor Hotel) [2005] EWCA Civ 39, [2005] AllER (D) 67 (Jan).

Glasgow Corporation v Taylor [1922] 1AC 44.

Haseldine v Daw [1941] 2 KB 343.

Horton v Jackson [1996] CCRTF 95/0930/C.

Jolley v London Borough of Sutton [2000] 1WLR 1082.

Ogwo v Taylor [1988] AC 431.

Perry v Butlins Holiday World [1998] Ed CR 39, [1997] EGCS 171.

Phipps v Rochester Corporation [1955] 1QB 450.

Roles v Nathan [1963] 1WLR 1117.

Wheat v E.Lacon & Co Ltd [1966] AC 552 [1966] UKHL1.

Woodward v Mayor of Hastings [1945] KB 174.

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI HUKUKUNDA İSTİMLAK (KAMULAŞTIRMA) VE KONUYA DAİR MEVZUAT

Dr. Öğr. Üyesi Salih Korkmaz*

Arş. Gör. Cengizhan Kırnik**

Öz

Toprak üzerinde mülkiyet meselesi tarihte çok farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Belirli dönemlerde bu mülkiyet devletlerin ve zenginlerin tekelinde olmuş hatta bunlar toprağın üzerindeki her şeye insan da dahil olmak üzere sahip olmuştur. Ancak günümüzde özel mülkiyeti konu alan arazilerin sayısı artmış, sosyal devlet ilkesinin esas alınması ile devletin kamu yararı için var olduğu düşüncesi yaygın hale gelmeye başlamıştır. Bunun neticesinde devlet, özel mülkiyete yalnız kamu yararı söz konusu olduğunda müdahale edebilmektedir. Osmanlı hukukunun kanunlaştırma asrı olan Tanzimat devrinde de istimlake dair önemli düzenlemeler yapılmıştır. Makalede kronolojik sıra gözetilerek Osmanlı hukukunda istimlak düzenlemeleri ayrı alt

* Dr. Öğr. Üyesi. Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye | Asst. Prof., Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Legal History, Isparta, Türkiye.

✉ korkmazslh@gmail.com, salihkorkmaz@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0001-7824-0037.

** Arş. Gör. Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Sivas, Türkiye | R. A., Cumhuriyet University, Faculty of Law, Department of Legal History, Sivas, Türkiye.

✉ cengizhankirnik@gmail.com, ckirnik@cumhuriyet.edu.tr • ORCID 0000-0001-9654-1618.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: **KORKMAZ**, Salih/**KIRNIK**, Cengizhan: “Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukunda İstimlak(Kamulaştırma)ve Konuya Dair Mevzuat”, SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 23-81.

✉ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non-Commercial 4.0 International License.

başlıklar altında tetkik edilmiştir. Ayrıca tüm bu mevzuatın yazı çevrimi makaleye eklenmiştir.

Anahtar Kelimeler

• İstimlak • Kamulaştırma • Osmanlı Hukuku • Tanzimat Dönemi • Kanunlaştırma

EXPROPRIATION (NATIONALIZATION) AND LEGISLATION ON THE SUBJECT IN OTTOMAN LAW DURING THE TANZIMAT PERIOD

Abstract

The issue of ownership of land appears in many different ways throughout history. In certain periods, this property was under the monopoly of states and the rich, and they even owned everything on the land, including people. However, today, the number of privately owned lands has increased, and with the principle of social state as a basis, the idea that the state exists for the public benefit has begun to become widespread. As a result, the state can only intervene in private property when it is in the public interest. During the Tanzimat period, which was the century of codification of Ottoman law, important regulations were made regarding expropriation. In the article, expropriation regulations in Ottoman law were examined under separate subheadings in chronological order. Additionally, the transcription of all this legislation has been added to the article.

Key Words

• Expropriation • Nationalization • Ottoman Law • Tanzimat Period • Legalization

GİRİŞ

Devletin kamu yararı amacıyla özel mülkiyetin kamuya devredilmesine dair yaptığı icraatlar, istimlak hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Kanunlaştırma geleneğinin hâkim olması ile istimlak hukuku sahasında Avrupa'da kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler Osmanlı Devleti'ni de etkilemiştir. Tanzimat Fermanı ile başlayan hukukta reform faaliyetleri; arazi, mülkiyet ve istimlak hukukuna da yansımış, bu sebeple istimlak hukukuna dair çok sayıda kanuni düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede bütün ülke genelinde uygulanmak üzere müstakilen istimlaki konu edinen üç düzenleme, bir ek madde; Rumeli vilayeti için bir kanun, ecnebler içinse bir nizamname

ihdas edilmiş ve böylece istimlak hukukuna dair bir mevzuat oluşmuştur. İstimlak ile alakalı müstakil birer düzenleme olmamakla birlikte Mecellede, Kanun-i Esasî’de ve diğer bazı nizamnamelerde istimlake dair genel birkaç hüküm mevcuttur. Yapılan bu düzenlemelere rağmen literatürde Osmanlı istimlak hukuku sahasında bir eksiklik görülmektedir. Bu düzenlemeler ayrıntılı incelemelere konu olmadığı gibi ilgili düzenlemelerin yazı çevrimi (transkripsiyon, latin alfabesine dönüştürülmesi) de yapılmamıştır. Bu münasebetle çalışma esas olarak Osmanlı istimlak hukukunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte bu sahada çok daha ayrıntılı araştırmaların yapılması gerekmektedir. Bu araştırmaların yapılmasının ve ilgili mevzuat hükümlerinden istifadenin kolaylaştırılması için de zikredilen tüm mevzuat hükümlerinin yazı çevrimi yapılmış ve bunlar makalenin sonuna “EK” başlığı altına eklenmiştir.

Çalışmamız dahilinde ilk olarak 1855 (H. 1272) tarihli “*Saltanat-ı Seniyyenin Menafi-i Umûmîyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında Nizamname*”¹, düzenlemelerin en kapsamlısı ve en uzun süreli tatbik edilene olan 1879 (H. 1296) tarihli “*Menafi-i Umumiyeye için İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi*”², ilgili kararnamenin zeyli olan 1882 (H. 1300) tarihli “*İstimlak Kanun-ı Muvakkatine Zeyl Edilen Fıkra-i Mahsusa*”³ ve 1913 (H. 1331) tarihli “*21 Cemaziyelevvel 1296 Tarihli İstimlâk Kararnamesine Müzeyyel Kanun-ı Muvakkat*”⁴ Evkaf Nezaretine bağlı yerlerin istimlakini konu alan 1912 (H. 1330) tarihli “*Cevâmi-i Şerîfe Vesâir Müessesâtı Hayriyenin Tahtında Veya Fevkinde Veya Harîm Ve Müştemilâtında Bulunan Mahallerin İstimlâki Hakkında Kanun*”⁵ sadece belediyelerin istimlakini konu alan 1914 (H. 1332) tarihli “*İstanbul’da ve Vilayatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallerin Suret-i İstimlâki Hakkında Kanun-ı Muvakkat*”⁶ tahlil edilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere çalışma, esas

¹ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 338-339.

² Düstur, 1. Tertip, C. 4, s. 560-564.

³ Düstur, Tertip Zeyl, C. 3, s. 43.

⁴ Düstur, 2. Tertip, C. 5, s. 109.

⁵ Düstur, 2. Tertip, C. 4, s. 562.

⁶ Düstur, 2. Tertip, C. 6, s. 176-180.

olarak Osmanlı istimlak hukukunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu münasebetle sadece belirli bir muntıkada tatbik edilmek üzere ihdas edilen 1881 (H. 1298) tarihli “*Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Menafi-i Umumiyye İçin İstimlak-i Emlak Kanunu*”⁷ konuyu dağıtmamak adına çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışma, istimlak hukuku ve Tanzimat Döneminde istimlak hukuku olmak üzere iki ana başlığa ayrılmıştır. “Tanzimat Döneminde İstimlak Hukuku” başlığı altında her bir kanuni düzenleme ayrı birer alt başlık halinde ele alınmıştır.

I. İSTİMLAK HUKUKU

İstimlak hukuku, devlet kudretinin kamu yararı sebebiyle özel mülkiyetin kamu mülkiyetine devrinin kapsamı ve niteliği, usulü, kıymet takdiri, özel mülkiyet sahibinin itirazı neticesinde takip edilecek yol ve istisnai hükümlerin yer aldığı ilkeler veya kurallar bütünüdür. ifade etmek üzere ortaya çıkmış bir hukuk dalıdır. Bu kapsamda 19. asırda hem Avrupa hem de Osmanlı’da çeşitli düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemeler günümüze gelene kadar pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu başlık altında ilk önce mülkiyetin ve istimlakın tanımı ve kapsamı daha sonra tarihsel gelişimi tetkik edilmiştir.

A. Tanımı ve Kapsamı

Günümüzde mülkiyet, bir eşya üzerinde sahip olunabilecek en geniş aynı hak olarak kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkına sahip olan kimse, mal üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkına sahiptir.⁸ Yani bir kimse mülkü üzerinde dilediği gibi tasarruf yapabilir. Yine bunun bir neticesi olarak kural olarak kimse mülkü üzerinde belirli bir tasarrufa zorlanamaz. Bununla birlikte devletin kamu yararı gerekçesi ile özel mülkiyete el koyması söz konusu olmuştur ki buna da istimlak denmiştir. Arapça kökenli olan istimlak sözlükte “mülk edinmek” anlamına gelmekte olup, günümüz Türkçesiyle kamulaştırma kavramı ile

⁷ Düstur, Tertip Zeyl, C. 2, s. 95-108.

⁸ GÜRSOY, T. Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 1978, s. 352. OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1997, s. 219. HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 65-68.

aynı anlamda kullanılmıştır.⁹ Bu bağlamda istimlak; devletin, kamu yararı dolayısıyla özel mülkiyete konu olan gayrimenkul malların mülkiyetini gayrimenkulün değerine uygun bir bedel karşılığında cebren alması olarak tanımlanabilir.¹⁰

B. Tarihsel Gelişimi

Tarihte Avrupa, özel mülkiyet kavramına yabancı değildir. Nitekim Roma İmparatorluğu döneminde özel mülkiyetin varlığı kabul edilmiştir. Ancak bu mülkiyet anlayışının oluşması kısa bir süre içerisinde gerçekleşmemiştir. İlk dönemlerde eşyalar “res mancipi” ve “res nec mancipi” olarak ikiye ayrılmıştır. Res mancipi, daha çok araziye bağlı olan köleler, yük hayvanları ve irtifak hakları vb. olarak sayılırken res nec mancipi bunların haricinde kalan mallar olarak sayılmıştır. Bu dönemlerde res mancipiye yani araziye dair bağlı mülkiyetin bir kollektif mülkiyet olarak genslere ait olduğu, pater familiasların da gensler adına bu toprakları işlediği iddia edilmiştir. Pater familiaslar ailenin başında bulunan en büyük fert olduğu ifade edilmiş ve hukuk karşısında ailenin tüm malvarlığını temsil etme yetkisi ve sorumluluğu kabul edilmiştir. 12 Levha Kanunlarının çıkarılmasıyla birlikte mülkiyet kavramı daha belirgin bir hal almış ve zilyetlik gibi mülkiyetten ayrılmayan haklar üzerinde belirlemeler yapılmıştır. Ayrıca mülkiyet hakkının kısıtlanması, mülkiyetin iktisabı, mülkiyetin korunması ve irtifak hakları gibi pek çok konuda hukuki kurallar ortaya konmuştur. Öyle ki devlet tarafından bir mülkü elinden alınan birine belli bir bedel verildiği görülmüştür. Yani bir istimlak hukukunun varlığı söz konusu olmuştur.¹¹ Ancak özellikle Batı

⁹ AKTAN, Hamza: İstimlak, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 23, İstanbul, 2001, s. 364-365. GÖVER, Yusuf: “Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı” Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 1, 1999, s. 248-249.

¹⁰ DÖNMEZER, Sulhi: “İstimlak Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941, C. 7, S. 1, s. 41-42. Kamulaştırma ve devletleştirmeye dair Liberal/Marksist sistem tartışmaları için ayrıca bkz. EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 3-16. ÖZLÜK, Betül: “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 141.

¹¹ KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 1. Baskı, Ankara, 1977, s. 117-120. ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2000, s. 36-103. GÜRSEL, Kamulaştırma Hukuku, s. 23-24. ÖZLÜK, Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler, s. 142.

Roma'nın yıkılışıyla birlikte başlayan feodal devlet anlayışında durum bundan biraz daha farklı olmuştur. Derebeyleri de denen feodal beyler sahip oldukları toprak üzerinde mutlak bir hakka sahip olmuşlardır. Buna bağlı olarak feodal beyler toprak üzerindeki canlı-cansız, köle-hayvan her şeyin üzerinde söz sahibi olmuşlar ve bunları miras, satım, bağış konusu yapabilmişlerdir. Feodalitenin yıkılmasıyla birlikte feodal beylerin mutlak otoritesi krala geçmiştir. Polis devleti de denen bu yönetim tarzı coğrafi keşifler, rönesans-reform hareketleri, Fransız İhtilali gibi gelişmelerden sonra değişime uğramıştır. Bu değişim neticesinde halk toprak üzerinde mülkiyet sahibi olabilmıştır. Burada da devlet istediği vakit bu mülkleri sahiplerinin elinden alma hakkına sahip olmuş bununla birlikte mülk sahipleri hazineye başvurup kaybettiği mülkün bedelini alabilmıştır. Hazine teorisi denen bu kısa dönem insan haklarının gelişimi ile birlikte yerini günümüz mülkiyet hukukuna bırakmıştır.¹²

İslamiyet'ten önceki Türklere ise hükümdarın hakimiyet durumu Avrupa tarihinden farklılık göstermiştir. Hakan, Avrupa'daki gibi krallık üzerinde mutlak mülk sahibi değil ancak yetki sahibi olmuştur. Buna bağlı olarak şahıslar özel mülkiyete sahip olmuşlardır.¹³ İslamiyet'te de benzer şekilde Müslümanların yanı sıra İslam devletiyle

¹² **AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemal: Türk İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 104-105. **GÖZLER**, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, 2018, s. 60-64. **ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 1, 12. Baskı, Ankara, 2012, s. 85-86. **KILIÇ**, Ramazan/ **DEMİRÇELİK**, Mine, "Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi Sürecinde Ortaçağ ve Reform Hareketleri", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 30, 2011, s. 180-186.

¹³ **ÖGEL**, Bahaeddin: Türklere Devlet Anlayışı, 1. Baskı, Ankara, 1982, s. 62-96. **KAFESOĞLU**, İbrahim: Türk Milli Kültürü, 17. Baskı, İstanbul, 1998, s. 257-258. **ARSAL**, Sadri Maksudi: Türk Tarihi ve Hukuk, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 334-336. **ÜÇOK**, Coşkun / **MUMCU**, Ahmet / **BOZKURT**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, 20. Baskı, Ankara, 2020, s. 37-44. **AVCI**, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Baskı, Konya, 2014, s. 30-32. **ROUX**, Jean-Paul: Türklerin Tarihi: Pasifik'ten Akdeniz'e 2000 Yıl, 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 254-257. **BARTHOLD**, Vasili, Viladimiroviç: Orta Asya Türk Tarihi -Dersleri-, Ankara, 2004, s. 13-14. **TAŞAĞIL**, Ahmet: Kök Tengri'nin Çocukları, 5. Baskı, İstanbul, 2015, s. 176-177. **FENDOĞLU**, Hasan Tahsin: Anayasal Derinlik, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 49-58. **ARAT**, Reşit Rahmeti: "Eski Türk Hukuk Vesikaları", Türkler, C. 2, Ankara, 2002, s. 917-918. **KORKMAZ**, Salih: "Bey' Bi'l-Vefâ'nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022, s. 787-789.

zimmî anlaşılmış zimmîler özel mülkiyete sahip olabilmiş ve mülkleri üzerinde hukuk çerçevesinde istedikleri gibi tasarruf haklarına sahip olmuşlardır¹⁴. Bununla birlikte kamu yararı ve zaruret halinde istimlak, İslam hukukunda da yerini bulmuştur. Nitekim Hz. Peygamber'in bu hususta tatbikatları vardır. Yine Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın istimlak tatbikatları bilinmektedir. Bütün bu tatbikatlarda kamu yararı gerekçesi ile belirli yerler cebren alınmış ve arazinin bedeli sahiplerine tevdi edilmiştir.¹⁵ İslam hukukunu tatbik eden Osmanlı Devleti'nde istimlake sık olmasa da müracaat edildiği bilinmektedir. Bu hususta pek çok fetvâ mevcut bulunmakla birlikte meseleyi izah maksadıyla bir tanesi zikredilmiştir. Ebussuud Efendi'nin fetvası şu şekildedir: *“Sual: Bir cami-i şerif, namaz kılan müslümanlara müzayaka üzere olup kendini ve harimini tevsi mühim olmağla cami-î mezbur'a muttasıl Zeyd'in milk yeri olup andan kifayet miktar yer alınması lazım olacak, talep olundukta Zeyd inad edüp vermeyecek, hükm-ü şer'î nedir? El cevap; Zeyd'in rızasına bakılmaz, cami ve harimine kifayet miktar yerin kıymeti verilip cebren ve kerhen elinden alınıp cami tevsi olunur.”*¹⁶ Görüldüğü üzere burada caminin genişletilmesi maksadıyla caminin bitişiğinde bulunan arazinin yeteri

¹⁴ **HACAK**, Hasan: “Mülkiyet”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 31, Ankara, 2020, s. 542-543. **ZEYDAN**, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, İstanbul, 2008, s. 305-307. **KARAMAN**, Hayreddin, Anahatlarıyla İslam Hukuku (1. 2. 3. Ciltler Bir Arada), 11. Baskı, İstanbul, 2006, s. 440-445.

¹⁵ **HOCAEMİNEFENDİZEDE**, Ali Haydar: Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 2020, C.3, s. 2181. **BİLMEN**, Ömer Nasuhi: Hukukî İslâmiyye ve İstîlâhatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1985, s. 174-188. **ANSAY**, Sabri Şakir, İslam Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1958, s. 82-88, 103. **AKTAN**, İstimlak, s. 365. **ARMAĞAN**, Servet: İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 9. Baskı, Ankara, 2019, s. 174-182. **EKİNCİ**, Ekrem Buğra: İslâm Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2018, s. 243-244. **ŞEN**, Murat: “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. 1, S. 1, s.173. **YAYLA**, Mustafa: “İslâm Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik”, Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s. 129-130. Bu tez çizgi yayınları tarafından kitap olarak neşredilmiştir. Bkz. **YAYLA** Mustafa: İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, 1. Baskı, İstanbul, 2011. **Menduh**: “İslam Hukukunda Hak ve Sorumluluk İlişkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007, s. 125-127.

¹⁶ **HOCAEMİNEFENDİZEDE**, Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, s. 2181.

kadar kısmının sahibinin rızasına bakılmayarak ve arazinin kıymeti verilmek suretiyle istimlak edilebileceği ifade edilmiştir.

İslam hukukunda istimlak müessesesi mevcut bulunmakla birlikte tarihte bunun uygulamasının kısıtlı olduğu söylenebilir. Çünkü ilk olarak tarihteki devletler modern devletlerden farklı olarak her türlü kamu hizmetini kendisi yerine getirmemiş ve bu sebeple istimlak ihtiyacı sınırlı olmuştur. İkinci olarak, devletlerin ekonomisi büyük oranda toprağa bağlıdır, özellikle tarım topraklarının pek çoğu devlete aittir ve devlet işleme için toprağı vatandaşlara bir nevi kiralamıştır.¹⁷ Devlet buradan elde ettiği gelire halkı idare etmiş, maaş ödemeleri vb. harcamaları buradan karşılamıştır. İktâ sistemi denen bu yöntem ilk defa Hz. Ömer döneminde ortaya çıkmış, İslamiyet'le tanışan Türklerin kurduğu en büyük devletlerden biri olan Selçuklu Dönemi'nde bu sistem geliştirilmiştir. Son olarak Türk-İslam devletleri içinde en uzun ömürlüsü olan Osmanlı Devleti'nde zirve noktasına ulaşmıştır.¹⁸

Osmanlı arazi hukukuna göre beş çeşit topraktan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilkinin miri arazi denilen devletin işlettiği karşılığında vergi, asker ve erzak alabildiği topraklar, ikincisini mülk arazi denilen özel mülkiyete konu olan ve öşür, haraç gibi vergi alabildiği topraklar, üçüncüsünü kamuya tahsis edilmiş olan metruk araziler, dördüncüsünü kimsenin mülkiyetinde olmayan taşlık, kayalık arazileri kapsayan ölü yani mevat araziler ve sonuncusunu da vakıflara ait olan vakıf araziler oluşturmaktaydı.¹⁹ Uzun bir süre Osmanlı Devleti'nin ekonomik, askeri ve idari temelini oluşturan, miri arazi temelli tımar ve ikta sistemi, düzenli ordunun öneminin artması, savaşlarda ateşli

¹⁷ Burada "bir nevi kira" ifadesi meselenin basitçe anlaşılabilmesi için kullanılmıştır. Yoksa bu sistemdeki akit fıkıh literatüründe tam olarak kiraya karşılık gelmemektedir. Mevzu, makalenin kapsamı dışında olduğu için tartışmalara girilmemiştir. Bilgi için bkz. **EKİNCİ**, İslâm Hukuku, s. 460-464. **ANSAY**, İslam Hukuku, s. 103-107.

¹⁸ **AYDIN**, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 361-362. **EKİNCİ**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2008, s. 492-493. **KUCUR**, Sadi S.: "İkta", TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2000, C. 22, s. 47-49.

¹⁹ **CİN**, Halil: Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, 2. Baskı, Konya, 1987, s. 20-53.

silahların etkin kullanımının yaygınlaşması, çeşitli iç sorunlar ve Avrupa’da yaşanan gelişmeler sonucunda bozulmaya başlamıştır. Hazırlık aşaması III. Selim’e kadar götürülebilen Tanzimat dönemiyle birlikte bu sistemin ihyası için çaba sarf edilmiş, ancak II. Mahmut döneminde devlet görevlilerin gelirleri toprağa bağlı olmaktan çıkarılarak maaş usulüne geçilmiştir. Tanzimat ve Islahat fermanlarıyla birlikte özel mülkiyet hakkının daha sistematik korunması amaçlanmıştır. Bu dönemde, devletin ilerleyen zamanlarında daha sonra bozulan ve devlet adamlarının belirli şartlar altında öldükten sonra mallarına el koyma usulü olan müsadere sistemi kaldırılmıştır.²⁰ Yine bu dönemde Ticaret kanunları, ceza kanunları, usul hukukuna dair yeni kanunlar çıkarılmıştır. İstimlak hukukuna dair ilk mevzuat ise 1855 tarihli “*Saltanat-ı Seniyyenin Menafi-i Umûmîyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında Nizamname*” olmuştur. Bu nizamnameyi 1879 tarihli “*Menafi-i Umumiyye için İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi*”, 1881 tarihli “*Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Menafi-i Umumiyye İçin İstimlak-i Emlak Kanunu*”, 1912 tarihli “*Cevâmi-i Şerîfe Vesâir Müessesâtı Hayriyenin Tahtında Veya Fevkinde Veya Harîm Ve Müştemilâtında Bulunan Mahallerin İstimlâki Hakkında Kanun*”, 1913 tarihli “*21 Cemaziyelevvel 1296 Tarihli İstimlâk Kararnamesine Müzeyyel Kanun-ı Muvakkat*” 1914 tarihli “*İstanbul’da ve Vilayatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallerin Suret-i İstimlâki Hakkında Kanun-ı Muvakkat*” ve konuya dair ek madde ile ecnebilerin mülkiyetlerine özel kararnameler çıkarılmıştır.²¹

²⁰ ÖĞÜN, Tuncay: “Müsâdere”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2006, C. 32, s. 67-68. Müsadere hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. KALIPÇI, Mahmud Esad: “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 115-228.; Müsaderenin, yüksek memurlara görevleri sebebiyle devlet tarafından ayrılan bütçenin görev bitince geri alınması olarak değerlendirilmesi gerekliliği hakkında bkz. GÜRKAN, Emrah Safa: Sultanın Casusları -16. Yüzyılda İstihbarat Sabotaj ve Rüşvet Ağları-, 8. Baskı, İstanbul, 2019, s. 159-161.

²¹ AKTAŞ, Muhammedali: “İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib’in Risalesi ile Kahveciyan Haçik’in Makalesi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 2016, Güz, S. 22, s. 64-66. Ali Galib Risalesi’nin aslı için bkz. Ali Galib, “Memalik-i Osmaniyede İstimlak Hakkında Malumat-ı Kanuniye”, Mahmut Bey Matbaası, 1912 (H. 1330). Tanzimat döneminde yazılan ve istimlake dair bilgiler muhteva eden hukuk-ı idare

Türkiye Cumhuriyeti'nde ise 1924 Anayasasınının 74. maddesinde istimlake dair bir hüküm konulmuştur.²² 1914 tarihli “İstanbul’da ve Vilayatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallerin Suret-i İstimlaki Hakkında Kanun-ı Muvakkat” 1934 tarihinde ilga edilmiş ve 1939 tarihli “Belediye İstimlak Kanunu”nun kabul edilmesiyle belediyelerin yapacağı istimlakin esasları belirlenmiştir. 8 Ekim 1956’da yürürlüğe giren 6830 sayılı “İstimlak Kanunu” konuya dair ilk genel düzenleme olarak yerini almışken 4 Kasım 1983 tarihinde 6203 sayılı “Kamulaştırma Kanunu” yürürlüğe konulmuştur.²³

II. TANZİMAT DÖNEMİNDE İSTİMLAK HUKUKU

Tanzimat dönemiyle birlikte başlayan kanunlaştırma çalışmaları çerçevesinde Osmanlı hukukunda yeni bir döneme girildiği söylenebilir. Bu kanunlaştırma hareketleri sürecinde kanunların bazıları yerlidir. Bazıları da iktibas yoluyla yapılmıştır.²⁴ Bu kanunlaştırma usulünden istimlak (kamulaştırma) da nasibini almış ve bu dönemde istimlaki müstakil olarak konu alan pek çok düzenleme yapılmıştır. İstimlake dair düzenlemelerde ise karşımıza şöyle bir durum çıkmaktadır. İstimlake dair bir makale neşreden devrin yazarlarından dava vekili Kahveciyan Haçık, yazmış olduğu makalenin başlarında 1296 tarihli İstimlak Kararnamesinin Fransız menşeilili olduğunu iddia etmiştir. Bununla birlikte makalenin ilerleyen bölümlerinde 1841 tarihli Fransız Kanunu ile İstimlak Kararnamesinin arasındaki farkları tetkik etmiş ve mezkûr düzenlemeler arasında pek çok farklılık olduğunu göstermiştir. Bu

kitapları için bkz. **Ali Ragıb**, Hukuk-ı İdare, Matbaa-yı Amire, İstanbul, 1888/1889 (H. 1306), s. 52. **İbrahim Hakki**, Hukuk-ı İdare, Garabet Matbaası, İstanbul, 1890/1891 (H. 1308), s. 105-127. **Mustafa Şeref**, Hukuk-ı İdare, Kanaat Matbaası, İstanbul, 1913/1914 (H. 1332), s. 70-71.

²² İlgili hüküm şöyledir: “Menafii umumiyeye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimoal ve mülkü istimlâk olunamaz. Feokalâde ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdî, ayrı ve sayü amele mütaallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakârlığa icbar edilemez.”

²³ **KÖROĞLU**, Ömer: Kamulaştırma, 1. Baskı, Ankara, 1995, s. 5-9. **GÜRSEL**, Meltem Kutlu: Kamulaştırma Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 21-23. **DÖNMEZER**, İstimlak Hukuku, s. 51.

²⁴ **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri, Tanzimat’ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, 1. Baskı, İstanbul, 1940, s. 176.

durum da Kahveciyan'ın bu tezi üzerinde çok iddialı olmadığını göstermektedir.²⁵ İstimlake dair diğer düzenlemelerde Avrupa kanunlarından iktibas yapıldığına dair bir malumata rastlanmamıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeler yerli kanunlaştırma faaliyetinin birer misali olarak görülmelidir.

Bu başlık altında istimplaki konu alan düzenlemeler ayrı alt başlıklar halinde tetkik edilmiştir. Bunlara geçmeden önce müstakilen istimplaki konu almayan fakat istimplake dair hükümler barındıran 1861 (H. 1278) tarihli Turuk ve Ebniye Nizamnamesi'nde, 1868 (H. 1285) Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi'nde, Kanun-i Esasi'de ve Mecellede yer alan hükümler zikredilip değerlendirilecektir.

Turuk ve Ebniye Nizamnamesi'nin 1. ve 3. maddelerinde sokakların düzenlenmesi için gerekli yerler tespit edildikten sonra özel mülkten gereğinden fazla olarak alınan yerlerin bedelinin ödeneceği ifade edilmiştir.²⁶ Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi'nin 3. ve 11. maddelerinde ise belediyenin yapacağı binaların inşası, sokakların, su yollarının, meydanların, iskelelerin genişletilmesi ve düzenlenmesi çalışmalarını gibi kamu menfaati için gerekli olan faaliyetlerin yapılması esnasında istimplak olunan yerlerin istimplak bedellerine dair bir ihtilaf olursa bu ihtilafı çözecek merciin belediye meclisi olduğu kararlaştırılmıştır.²⁷

1868-1876 yılları arasında parça parça yürürlüğe giren, Osmanlı özel hukuk mevzuatı (daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukukuna dair hükümler içeren) diyebileceğimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de istimplake dair genel bir hüküm bulunmaktadır. 1874 (H.1291)'de yürürlüğe giren 1216. madde "*Lede'l-hâce emr-i sultani ile bir kimsenin mülkü, kıymeti ile alınıp tarika ilhak olunabilir. Fakat tediye-i semen*

²⁵ AKTAŞ, İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib'in Risalesi ile Kahveciyan Haçik'in Makalesi, s. 70. Kahveciyan Haçik'in Makalesi için bkz. KAHVECİYAN Haçik, "Menafi-i Umumiye için İstimlak Hakk-ı Mülkiyetin Nakli", Muhamat, 1914 (H. 1332) S. 31.

²⁶ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 499-500.

²⁷ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 450-453. . ÖZYÖRÜK, Mukbil: Kamulaştırma Hukuku, Ankara, 1948, s. 62-63. ŞEN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi, s. 177.

olunmadıkça mülkü yed'inden alınamaz." İfadesi ile istimlakın şartlarından genel olarak bahsetmiştir. Burada istimlak için kamu yararı ve istimlak bedelinin peşin ödenmesi şartı vardır.²⁸

1876 yılında yürürlüğe giren ve Osmanlı'nın modern manadaki ilk anayasası olan Kanun-i Esasi'nin 21. maddesi istimlake dair bir hüküm barındırmaktadır. Buna göre öncelikle *"Herkes usulen mutasarrif olduğu mal ve mülkten emindir"* ifadesi ile mülkiyet hakkı teminat altına alınmıştır. Hükmün devamında *"Menafi-i umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer pahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınmaz"* denilerek istimlakın mülkiyet hakkının sınırlamalarından biri olduğu belirtilmiştir. Fakat bir kimsenin mülküne devlet tarafından el konulabilmesi için amme menfaatinin bulunması ve mülkün bedelinin peşin olarak ifası gerekmektedir. Madde istimlake dair genel bir çerçeve çizmiştir.²⁹ Fakat bu, mülkiyet hakkının ve bunun sınırlamalarından birisi olan istimlakın anayasal çerçevesinin çizilmesi açısından önemlidir. Zaten anayasada bu hakkın nasıl kullanılacağına dair ayrıntılı hükümler bulunması beklenmez. Nitekim anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte zaten bu hususta müstakil bir düzenleme yürürlükteydi.³⁰ Burada ehemmiyetli olan mülkiyet hakkının ve istimlake dair düzenlemelerin anayasal teminat altına alınmış oluşudur.

²⁸ Metinde geçen "tarik" yol demektir. Bununla birlikte burada yol ifadesi misal kabilindedir. Nitekim aynı devirde yürürlükte olan istimlak mevzuatından da durumu anlamak mümkündür. bkz. **HOCAEMİNEFENDİZEDE**, Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, s. 2181. **ÖZYÖRÜK**, Kamulaştırma Hukuku, s. 53. **BERKİ**, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1990, s. 248. **KOYUNCU**, Nuran: "Mecelle'de İstimlâk" Türkiye Adalet Akademisi, Uluslararası Mecelle Sempozyumu, 2021, s. 369.

²⁹ **AKTAŞ**, İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib'in Risalesi ile Kahveciyan Haçik'in Makalesi, s. 89. **ÖZYÖRÜK**, Kamulaştırma Hukuku, s. 62-63.

³⁰ Bkz. 1855 tarihli *"Saltanat-ı Seniyyenin Menafi-i Umûmiyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında Nizamname"*.

A. Saltanat-ı Seniyyenin Menafi-i Umûmîyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında Nizamname

İstimplaki müstakil bir biçimde konu alan ilk düzenleme 1855 tarihli “Saltanat-ı Seniyyenin Menafi-i Umûmîyeye Dair Şeylerin Tanzimi Halinde Lüzumu Olup Kıymet-i Layikasıyla Sahiplerinden Mubayaa Edeceği Arazi ve Saire Hakkında Nizamname”dir. Nizamnamede istimplak usulüne dair pek çok konu düzenlenmesine rağmen, istimplak ifadesi yer almamaktadır.³¹ Ayrıca kanunlaştırmanın ilk örneklerinden olmasından ötürü kanunlaştırma usulünde bazı problemler vardır. Bu çerçevede düzenlemede madde numaraları yer almamaktadır. Yine kanunnamede mülk sahibinin itirazı halinde başvuracağı yargı yolları; gaibe, mefkuda, küçüğe veya kısıtlıya ait gayrimenkulün istimplakinde uygulanacak hukuki usuller gibi bazı meselelerde hüküm barındırmamaktadır.

1. Amaç ve Kapsam

Nizamnamenin paragrafında düzenlenen ilk kısım istimplakin amacı ve kapsamına dairedir. Buna göre; kamu yararı söz konusu olduğu takdirde arazi, tarla, ev vb. emlakın kıymet takdiri yapıldıktan sonra ilgili bedel mülk sahibine tevdi edilerek satın alınması sağlanır. İlgili devir işlemleri, hak ve sorumluluklara dair usul ve çözüm yöntemleri ilgili nizamname çerçevesinde yapılır.³²

2. İstimplakte Usul ve Kıymet Takdiri

İstimplak olunacak arazi İstanbul’da yani başkentte ise şehir meclisi ve ticaret nezareti ve Şer’i mahkeme tarafından, vakıfa bağlı bir arazi ise teftiş kurulundan ve evkaf-ı hümayundan (vakıflar müdürlüğü) birer kişi memur olarak ilgili istimplak için tayin edilir. Memurlar, tarafsız bilirkişiler yardımıyla ilgili yerin yüzölçümünün ve kıymet takdirinin

³¹ ŞEN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi, s. 176-177. DÖNMEZER, İstimplak Hukuku, s. 51. Ayrıca bkz. KOYUNCU, Mecelle’de İstimplâk, s. 364. AKTAŞ, İstimplake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib’in Risalesi ile Kahveciyan Haçik’in Makalesi, s. 72.

³² Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 338.

yapılmasını sağlar. Emlakin yüzölçümü, şekil ve sınırlar ile kıymeti açık bir şekilde mazbataya geçirilerek ilgili görevliler tarafından mühürlenip imzalanır. Mazbata ebniye meclisine götürüldükten sonra ebniye meclisinde onaylanan mazbata ticaret nezareti aracılığıyla detaylı bir açıklama yazılarak Bab-ı Ali'ye teslim edilir. Bab-ı Ali'de mazbatada yer alan bilgilerin yer aldığı poliçe düzenlenip buyruldu çıkarılarak gerektiğinde bedeli ödenerek mülkiyet devrinin gerçekleşmesiyle birlikte ilgili istimlak kararı uygulamaya konulacaktır.³³

İstimlak edilecek bağ, bahçe, tarla, ev gibi emlak taşrada, olduğu takdirde bölgede bulunan memleket meclisleri ve Şer'i mahkeme tarafından, ilgili emlak vakfa ait ise muaccelat müdürleri tarafından kimseler ilgili istimlak için memur olarak atanır. Bölgede bulunan tarafsız bilirkişilerce ilgili yerin yüzölçümü ve kıymet takdiri yapılır. Emlakin yüzölçümü, şekli ve sınırları ile kıymeti mazbataya açık bir şekilde geçirilerek ilgili görevliler tarafından mühürlenip imzalanır. Memleket meclisine götürülen mazbata onaylandıktan sonra bölge valisi tarafından detaylı bir açıklama yazılarak ivedilikle gönderilir. Bab-ı Ali'den gelen emirname ile de ilgili emlakın istimlaki icra olunur.³⁴

3. İstimlak Kararına İtiraz

Nizamnamede usulden sonra zikredilen hukuki gerekçeye göre; kamu yararı ve doğrudan doğruya amme hizmeti için gerekli olan emlak devlet tarafından sahibinden bedeli karşılığında alınarak kamuya tahsis edilecektir. Eğer mülk sahibi istimlake rıza göstermez ise mülk belli bir kıymet takdiri yapılarak sahibinden zorla alınacaktır. İlgili kanun, kamu yararını ön planda tutmuştur. Bu bağlamda mülk sahibine mülk bedeli ödendiği takdirde, mülk sahibinin itirazına dair başvuracağı yolları kapatmıştır.³⁵

³³ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 338.

³⁴ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 338.

³⁵ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 339.

4. İstisnai Hükümler ve Diğer Maddeler

İstimlak edilen mülkün bedeli satın alınan emlakın sahiplerine tamamen teslim edilmedikçe mülk sahiplerinin mülkten ayrılması ve mülkü kullanmasından men edilmesi istenememektedir. Mülkün bedelinin hepsi mülkün satıcısına tamamen verildikten sonra mülk sahibinin mülkiyet üzerindeki hakları sona erecektir. Ücretin teslimine dair makbuz senetleri hazırlandıktan sonra koruma altına alınacaktır. Bu konuyu işleyen paragrafın son cümlesinde de konudan biraz bağımsız olan istimlak edilemeyecek yerler konusundan bahsedilmiştir. Buna göre; eskiden beri zaten kamu yararına tahsis edilmiş bir mülk satın alınarak özel mülkiyete geçirilmesi mümkün olamamaktadır.³⁶

B.Menafi-i Umumiyye için İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi

Osmanlı Devleti'nin en kapsamlı istimlak düzenlemesi olan 1879 tarihli "Menafi-i Umumiyye için İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi" 1855 tarihli nizamnameyi yürürlükten kaldırmıştır. Dört fasıl ve bir istisnai düzenlemeler ile birlikte beş bölüm ve otuz dört maddeden oluşmaktadır. Ayrıntılı düzenlemelerin yanı sıra konuların fasıllara ve maddelere ayrılmış olması önceki nizamnamenin hazırladığı döneme nazaran kanunlaştırma usulünün değişimini göstermektedir. Bu bağlamda istimlakte usul, kıymet takdiri, itiraz adımları ve istisnai hükümlere ayrıntılı biçimde yer vermektedir. Son olarak kararname devletin sona erdiği sürece kadar yürürlükte kalmıştır³⁷ ve 1855 tarihli nizamname, işbu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren yürürlükten kaldırılmış olacaktır.³⁸

Neticede İstimlak Kararnamesi; istimlak kararının alınmasından itiraz için yargı yollarına, bedele itirazdan özel durumda olan kişilerin mülklerinin istimlakine kadar pek çok hususta ayrıntılı düzenlemeler

³⁶ Düstur, 1. Tertip, C. 2, s. 339.

³⁷ ŞEN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi, s. 178. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DÖNMEZER, İstimlak Hukuku, s. 51-90. AKTAŞ, İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib'in Risalesi ile Kahveciyan Haçık'ın Makalesi, s. 73-82.

³⁸ Menafi-i Umumiyye İçin İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi, m. 34. Kararname'ye bundan sonra yapılacak atıflarda "İEK" kısaltması kullanılmıştır.

yapmıştır. Kanun tekniği itibariyle çağdaş kanunlar tarzında hazırlanması da hükümlerin ayrı ve düzenli olarak ifade edilmesine katkı sağlamıştır.

1. Amaç ve Kapsam

Kararnamenin ilk maddesine göre, sokak, meydanlar, pazar yerleri, iskele kullanımı, park ve bahçeler, mesire alanları, su yolları, nehir ve benzeri yerlerin geçtiği yolların düzenlenmesi, liman, çeşme, yangın havzaları, hastane, kışla, devlet ve çeşitli milletlere ait cemaatlara ait okul, sağlık merkezleri ve beldeye ait sorunların giderilmesi için özetle kamu yararı söz konusu olduğu hallerde düzenleme ve yeniden inşa faaliyetleri yapılması amacıyla üzerinde yapı olan olmayan emlak, takdir edilecek bedel verilerek kamulaştırılmak üzere satın alınır.³⁹ Bununla birlikte kale ve istihkam inşaatı veya düzenlemesi için gerekli olan, idaresi askeriyeyle bağlı mülklerin durumunun daha sonra belirlenecek olan usul ve kanun esaslarına göre icra olunacağı ifade edilmiş ve sayılan yerlerin kanunun kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir.⁴⁰

Kısaca ifade etmek gerekirse kamu yararı için istisnaları olmak kaydıyla şahsa ait gayrimenkul mallar belli bedel karşılığında devlet tarafından satın alınması yani istimlakî kararnamenin amacını oluşturmaktadır.

2. İstimlakte Usul

İstimlak edilecek yerde inşa edilecek yapıda kamu yararının olup olmadığının tespiti başkentte Şura-yı Devlet, taşralarda vilayete ait olan yerler için vilayet meclisinde birkaç vilayetin ortak kullanımında olacak olan yerler için yine Şura-yı Devlet tarafından alınır. Şura-yı Devlet tarafından alınan kararlar padişahın onayına tabii iken vilayet meclislerinde alınan kararlarda vilayet valisinin onayı yeterli olmaktadır.

³⁹ İEK, m.1. Cami ve Evkaf Nezaretine bağlı diğer taşınmazların inşası ve düzenlenmesi için istimlak edilecek mülklerde Evkaf Nezaretinin yetkili olduğunu ifade eden 1912 tarihli düzenleme için bkz. "Cevâmi-i Şerîfe Vesâir Müessesâtı Hayriyenin Tahtında Veya Fevkinde Veya Harîm Ve Müştemilâtında Bulunan Mahallerin İstimlâki Hakkında Kanun" Düstur, 2. Tertip, C. 4, s. 562.

⁴⁰ İEK, m. 33.

İstimlak için ruhsat verilen emlakın kamulaştırılması için takdir edilen bedelin tamamı emlak sahibine geçmeden ve emlakın istimlakine dair bulunduğu yerin mahkemesince ilamı verilmedikçe mülk sahibi mülkiyetten alıkonulamamaktadır. Mahkeme ilamı ve bedelin tamamen verilmesiyle birlikte kişinin mülkiyeti iskat olmaktadır. Düzenlenmesi için Ebniye Kanunlarına uygun olarak bedelsiz alınan yerler ilgili kanuna tabidir. İlgili kanunlarda istimlak edilecek yerlerin kamulaştırılmasına dair bir engel varsa mahkeme bu kanunlarla bağlı olacaktır ve emlakın istimlakine hüküm veremeyecektir.⁴¹

Karamamenin iki, üç ve dördüncü maddelerinde istimlakın usulüne dair belirlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda İstanbul'da en yüksek idare mahkemesi olan Şura-yı Devlet'ten çıkacak olan karar ve padişahın onayıyla taşralarda ise vilayetin en yüksek karar organı olan vilayet meclisinden çıkacak olan karar ve vilayet valisinin onayıyla istimlakın uygunluğuna karar verilmektedir. İkinci maddede ifade edilen bu durum kamulaştırılacak olan yerin istimlak edilmiş olması için değil, istimlake uygunluğunu tespiti ve onayı için olduğu görülmektedir. İlgili kanunun üçüncü ve dördüncü maddelerinde de görüldüğü üzere istimlak için ayrıca bir mahkeme kararı gerekmekte ve mahkeme, uygulayacağı kanununda aksi bir hüküm varsa istimlak kararı verememektedir.⁴²

3. Kıymet Takdiri

İstimlak edilecek olan emlakın bedeli, bölgenin belediye ve nahiye meclislerinde seçilmiş, tarafsız ve yeminli üç bilirkişi atanarak tespit edilir. Bilirkişilere verilecek olan ücret belediye tarafından belirlenir ve istimlakle görevli daire tarafından ödenir. Emlakın bedelini tespit etmek için bilirkişiler, belediye meclisi üyelerinden dört kişi, Şer'i mahkeme, Vakıf veya Defter-i Hakani İdareleri'nden birer kişi ile birlikte ilgili yerde tespiti yapmak için hazır olurlar. Bilirkişi emlakın ölçümünü ve bedelini tespit ettikten sonra hepsini kayda alır ve mühürledikten sonra belediye meclisine teslim eder. İstimlak edilecek yerin şekli, tarafları, yeri ve bedelinin yazdığı metin emlakın bulunduğu yerin belediyesine bağlı

⁴¹ İEK, m. 2-4.

⁴² İEK, m.2-4.

mabetlerin veya belediye konağının kapısına asılır ve metin sekiz gün boyunca orada tutulur. Ayrıca bölgede gazete varsa gazetede ilan edilir. Son olarak ilgili emlakın uygun yerine de metnin bir kopyası yapıştırılır.⁴³

İstimlak edilecek mülkün kıymet takdirinde konunun uzmanları bilirkişiler görev alırken belediye meclisinden dört, Şer'i mahkeme, Vakıf veya Defter-i Hakani İdarelerinden (Günümüzde Tapu ve Kadastro Müdürlüğü) birer kişi inceleme esnasında hazır bulunmaktadır. Bilirkişinin yapmış olduğu tespit belediye meclisine sunulduktan sonra ise emlakın bedeli, ölçümleri ve yerinin gösterildiği ayrıntılı bir metin bölgedeki halkın rahatlıkla ulaştığı yerlere asıldığı ve hatta gazete varsa gazetede ilan edildiği görülmektedir.

4. İstimlak Kararına ve İstimlak Bedeline İtiraz

İstimlak edilecek mülkün sahipleri, sekizinci maddede ifade edilen sekiz gün zarfında sözlü veya yazılı bir şekilde isteklerini veya itirazlarını belediye dairesi başkanına beyan eder. Başkan, ifade edilen olayı dinledikten sonra tutanağa geçilmesini sağlar ve tutanağı belediye meclisine havale eder. Belediye meclisi, emlakın taraflarının veya istimlak edecek dairenin itirazlarını inceler ve lüzum görürse sekiz gün içinde emlakın taraflarını davet ederek iddialarını yeniden dinledikten sonra kararını verir. Karar esnasında istimlakın bedelini belirleyen bilirkişiler ve diğer görevliler de bulunur. İlgili kararın verilmesindeki sebepler ve kararın yazıldığı tutanak İstanbul'da dahiliye nezaretine, taşralarda vilayet valisine gönderilir. Gönderilen tutanaklara dair olumlu cevap gelmesiyle birlikte emlakın alınacağı zaman taraflara bildirilir ve gazetelerde ilan edilir.⁴⁴

On üçüncü maddede ifade edilen bildirin ve ilanların verildiği günden itibaren on beş gün içinde emlakın tarafları teklif edilen bedelin kabulünü veya itirazlarını beyan etmek zorundadır. İstimlakın bedeline dair emlakın sahiplerinden itiraz gelmez ise bedel taraflara verilerek ilgili

⁴³ İEK, m. 6-8. Belediye meclis üyesi seçimlerinin yapıl(a)madığı veya belediye meclis üyelerinin toplanmadığı zamanlarda Şehremanetinin belediye meclisinin görevli olduğu alanlarda yetkili olduğunu ifade eden kanun-u muvakkat için bkz. "21 Cemaziyellevvel 1296 Tarihli İstimlak Kararnamesine Müzeyyel Kanun-ı Muvakkat" Düstur, 2. Tertip, C. 5, s. 109.

⁴⁴ İEK, m. 10-13.

mülkün satışı tamamlanır. Ancak bedele dair itiraz varsa bunlar aleyhinde mahkemeye dava açılır.⁴⁵

İstimlak edilecek olan mülk yetimlere, kısıtlıya, mefkuda veya bir gaibe aitse ilgili kişilerin vasisi veya tayin olunan vekiller hazır bulunarak mülkün satışı onlar aracılığıyla gerçekleşir. Milli Emlak Teşkilatı (Müdüriyeti)'nden olanların mülkünün satışı ise maliye hazinesinden veya bağlı olduğu devlet dairesinden atanacak vekille satış işlemi gerçekleştirilir. İstimlak kararından itibaren bir yıl içinde ilgili mülk istimlak edilmezse istimlak kararı fesh olur. Bundan sonra ilgili mülkün tekrar istimlak edilmesi, yeniden hüküm verilmesine bağlıdır. Ancak mülk sahipleri istimlak işleminin yapılmaması için mahkemeye yeniden dilekçe verirse mahkeme bir hafta içinde durumu tekrar inceleyerek yeni bir karar verebilir.⁴⁶

İstimlak edilecek olan mülk yetimlere, kısıtlıya, mefkuda veya bir gaibe aitse emlakın bedelleri hakim izni ve kanun usulüne uygun olarak ilgili şahısların vasilerine teslim edilir. İstimlak için belirlenen miktara karşı itiraz gelirse üçüncü bölümde yer alan hükümlerce karar verilir.⁴⁷ Yirmi birinci ve yirmi altıncı maddeler arasında yer alan üçüncü bölüm "Hakem Encümeni" altında mülk sahiplerinin veya vasi aracılığıyla bulunan itirazlar sonucunda ortaya çıkan yargı süreci yer almaktadır. Buna göre;

Mülk sahipleri istimlak bedelini mülkün gerçek bedelinden daha az olduğunu düşünürse bu durumu mahkemeye bildirir ve mahkeme bu konunun tespiti için bir hakem encümeni atar. Bu hakem encümeni, emlakın bağlı olduğu belediye dairesi dahilinde çalışan mülk sahiplerinin seçeceği azalardan en az yedi en çok on bir kişi olarak belirlenir. Azalardan biri mahkeme tarafından başkan olarak atanır.⁴⁸

İstimlak olunacak mülkün sahibi, kiracısı, rehin olarak tutan veya mülk üzerinde herhangi bir faydası bulunan kimseler hakem encümenine seçilemezler. Encümen azalığından istifa edenlerin yerine belediye

⁴⁵ İEK, m. 17, 14.

⁴⁶ İEK, m. 15-16.

⁴⁷ İEK, m. 18, 20.

⁴⁸ İEK, m. 21.

azalarından en çok oyu alan diğer kişi veya kişiler encümen azalığına seçilir. Encümen başkanı ve azaları tarafsız ve art niyet taşımadan görevlerini yapacaklarına dair yemin ederler.⁴⁹

Hakem encümeni belirlenmesinin akabinde taraflar encümene davet edilir ve Hakem encümeni toplandıktan sonra istimlak olunacak mülkün resim ve haritaları başkan tarafından ortaya konur ve mülkün sahiplerinin isimleri, kendileri tarafından ifade edilen bedellerin miktarı ve tarafların ifadeleri dinlenerek tutanağa geçirilir. Gerekli görülür ise azalardan biri veya birkaçı mülkün olduğu yere gidip ayrıca inceleme yapar.⁵⁰

Encümen araştırmasını tamamladıktan sonra müzakere odasında ayrıca durumu tartışırlar. Karar esnasında azaların karşılıklı oyların eşit çıkması halinde başkanın bulunduğu tarafın kararı kabul edilir. Müzakere sonucunda kabul edilen meblağ bir mazbataya geçirilerek mahkemeye gönderilmesi sağlanır. Mahkeme encümenin belirlediği miktarı kabul ederek ilamı düzenler. Hakem encümeninin kararı istinaf edilememektedir. İlam hükmünü kabul etmeyen mülk sahipleri tebliğ tarihinden itibaren on beş güne kadar kararı temyize götürebilir. Bu süre aşıldığı takdirde itiraz hakkı düşer.⁵¹

Onuncu maddeden başlayarak otuzuncu maddeye kadar devam eden istimlak kararına ve istimlak bedeline itiraz durumu için oldukça geniş bir açıklamaya ihtiyaç duyulmuştur. Her iki itiraz durumunda da mahkemenin önemli bir rol oynamasının yanı sıra belediyeye bu konu hakkında görev yüklenmiş, özellikle; oluşturulan hakem encümeni heyetinin istimlak bedeline dair kararının istinaf yoluna kapalı olduğu ifade edilmiştir. Ancak mülk sahibinin hak kaybına uğramaması için hakem encümeninin belirlemiş olduğu bedel üzerinden karar veren mahkemenin kararı da temyize açık tutulmuştur.

⁴⁹ İEK, m. 23-25.

⁵⁰ İEK, m. 22, 26.

⁵¹ İEK, m. 27, 29-30.

5. İstisnai Hükümler ve Diğer Maddeler

İstimlak edilecek mülk üzerinde bir kiracı varsa ve kiracının sözleşmesi devam ediyorsa kiracının taşınması esnasında oluşacak olan nakliye ücretin belirlenerek kiracıya ödenir.⁵²

Bir binanın en az dörtte biri kamu menfaati için gerekliyse ve mülkün sahibi tamamının istimlak edilmesini isterse o mülkün tamamının istimlak edilmesi gerekir. Arsalarda ise arsanın yarısı istimlak için gerekliyse mülk sahibinin arsasının bitişiğinde başka arazisi yoksa veya kalan parça işine yaramayacak hale geliyorsa mülk sahibi bütün bir arsanın istimlak edilmesini talep etmesi halinde arsanın tamamı istimlak olunur.⁵³

Kamu menfaati için satın alınması lüzum görülen mülkün kıymeti ve bedelinin o mülk sahibine verilmesi gerekmektedir. Mülkün sahibi bedeli kabul etmezse bedel, İstanbul'da Bank-ı Osmaniyye'ye, taşrada ise aynı bankanın şubelerine, bankanın şubesi yoksa mal sandıklarına yatırılarak mülkün alınması sağlanır.⁵⁴

C. İstimlak Kanun-ı Muvakkatine Zeyl Edilen Fıkra-i Mahsusa

1879 tarihli İstimlak Kararnamesinin ilanından yaklaşık üç yıl sonra ek bir madde çıkarılmıştır.⁵⁵ İstimlak edilecek olan emlakın bedeline dair bir itiraz olması üzerine işlemlerin aksaması konusunda sorunlar meydana geldiği bu madde özelinde tahmin edilmektedir. İlgili kanun-ı muvakkate göre;

İşbu kanunun ikinci faslında bulunan hükümler uygulanıp istimlak edilecek mülke bir bedel tayin edildikten sonra mülk sahibinin itirazı söz konusu olursa belirlenen bedelin üzerine bedelin %20'si eklenerek işlemin icrasına devam edilir. Bedel bankaya veya kanunen tayin olunan yere teslim edildikten sonra ilgili bedelin makbuz senedi hükümete teslim edilir. Bu durum tarafların ilgili kanun metni (İEK) ile yapmış olduğu işlemlere zarar vermeyecektir.

⁵² İEK, m. 28.

⁵³ İEK, m. 31.

⁵⁴ İEK, m. 32.

⁵⁵ Hicri; 2 Safer 1300, Miladi, 13 Aralık 1882.

D. İstanbul'da ve Vilayatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallerin Suret-i İstimlâki Hakkında Kanun-ı Muvakkat

Hicri 1332 Miladi 1914 yılında İstanbul ve diğer vilayetler belediye tarafından yapılacak olan istimlaklerin usulü hakkında yeni bir kanun-ı muvakkat çıkarılmıştır. İlan edilen bu kanun daha önce yürürlükte olan 1879 tarihli Menafi-i Umumiyye için İstimlâk-i Emlâk Kararnâmesi'nde yer alan belediyelere dair olan hükümleri ilga etmiştir.⁵⁶ İlgili kanun-ı muvakkat bölümlere ayrılmamış olmakla birlikte maddeler halinde hazırlanmıştır ve toplamda on sekiz madde olarak ilan edilmiştir.

1. Amaç ve Kapsam

Birinci maddeye göre İstanbul'da şehremaneti diğer vilayetlerde belediye daireleri, yeni yol açmak, mevcut yolları düzenlemek, kamuya ait bahçe ve meydan oluşturmak hastane ve darülaceze ve yetimhane tesis ve inşa etmek, pazar yerleri, iskeleler, mesire alanları, su yolları, çeşme ve yangın yerleri yapmak ve düzenlemek, beldenin sağlık hizmetlerinin yürütülebilmesi için inşa ve düzenlemeler yapmak gibi (kamu yararı olan durumlarda) için üzerinde bina bulunan-bulunmayan yerlerin istimlâki için gerekli yetkilere sahiptir.⁵⁷ Ayrıca kanunun on yedi ve on sekizinci maddelerinde ifade edildiği üzere; işbu kanun maddeleri yalnız belediyelere ait istimlak uygulamaları için geçerlidir. Buna ek olarak bu kanunun uygulanmasında dahiliye ve adliye nazırları yetkili ve görevlidir.⁵⁸

2. İstimlakte Usul ve Kıymet Takdiri

Belediye adına istimlâki gereken emlakın kamulaştırılabilmesine dair yetki İstanbul'da şehremaneti encümenine ve vilayette belediye meclislerine aittir. İstanbul'da emanet heyet-i fenniye ve vilayette belediye mühendisleri, belediye mühendisleri olmayan yerlerde ise bayındırlık mühendisleri tarafından istimlak edilecek olan emlakın cinsi,

⁵⁶ ŞEN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi, s. 178.

⁵⁷ İstanbul'da ve Vilayatta Daire-i Belediye Namına İstimlak Olunacak Mahallerin Suret-i İstimlâki Hakkında Kanun-ı Muvakkat, m. 1. Kanuna bundan sonra yapılacak atıflarda "İVİKM" kısaltması kullanılmıştır.

⁵⁸ İVİKM, m. 17-18.

yüzölçümü, sahibinin adıyla yapılan tasarruf yönü (biçimi), seçilmiş görevliler tarafından belirlenen bedeli kararlaştırıp onaylarlar. Hatasız ve ayrıntılı bir harita oluşturulduktan sonra bu harita belediye encümeni meclislerince incelenip onaylanır. Bu onayla birlikte istimlak uygun görülen ve bahsi geçen yeri de gösteren harita İstanbul'da Dahiliye nazırına, vilayette en büyük mülki amire takdim edilir. Dahiliye nazırı veya en büyük mülki amir evrakın takdim edilmesinden itibaren on gün içinde ilgili emlakın istimlak edilmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığına dair detaylı bir karar vererek ilgili belediyeye tebliğ edecektir. İşbu kamu yararına dair karara karşı istinaf ve temyiz yolu kapalıdır.⁵⁹

Yukarıda geçen maddenin son fıkrasında yazılı olduğu üzere bir mahalın istimlakı gerektiği durumda istimlakı gereken yerin cinsi, yüzölçümü, sahibinin adıyla yapılan tasarruf yönü (biçimi), seçilmiş görevliler tarafından belirlenen bedel, gazete olan yerlerde gazete ile ilan olunur ve hükümet konağı kapısına ve istimlak edilecek yerin uygun bir yerine ilan metni asılır. İkametgahı belirli olanların ikametgahlarında kendilerine ayrıca duyurulur. Gazete olmayan yerlerde ilan metninin asılması ve duyurulması ile yetinilir. İlan metni, asılan yerlerde sekiz gün boyunca asılı kalır.⁶⁰ İlgili madde devamında bedele dair itiraz süreci yer almakta itiraz sürecinin sonrasında ise istimlak edilmiş olan mülkün ücretinin ödeme şekline dair dokuzuncu madde hükmü yer almaktadır.

Belirlenen bedel ya Ziraat Bankası ya da Osmanlı Bankası şubelerinden birine teslim edilir ve bedelin teslim edildiğine dair verilmiş olan makbuzname mahkeme reisine tevdi edilir. Tevdi sonrasında usul çerçevesinde tebliğ edilmiş ve gönderilmiş olan ihtarname üzerine, tevdide yer alan mülkiyetin devrine dair hükmün uygulanması durumunda yönetim tarafından mülk sahibinin rızasına bakılmaksızın devlet kayıtları dairesi memurları tarafından da mülkiyetin devrine dair emrin yürütülmesi ve uygulanmasına dair senet belediye dairesine teslim edilir.⁶¹

⁵⁹ İVİKM, m. 2.

⁶⁰ İVİKM, m. 3.

⁶¹ İVİKM, m. 9.

Kanun metninde bahsedilen mahkemelerde görevli hakem heyetlerinin seçilmesinde her idare bölgesinin niteliğine göre farklı sayılar öngörülmüştür. Bu bağlamda Vilayet Meclis-i Umumiye her sene toplanmalarının ilk haftasında emlak dairesinden ve bilirkişilerden oluşan İstanbul için kırk, vilayet merkezleri için otuz, liva merkezleri için yirmi ve kaza ile sonradan kazaya dahil olan nahiyeler için on beş kişilik hakem heyeti seçecektir. Hakemler, isim ve unvanlarıyla şahısların ikamet yerlerini açık bir şekilde bir çizelge düzenleyerek bir nüshasını bölgedeki hukuk mahkemesine gönderecektir. Bir hakem seçildiği sene içerisinde birden çok şehir merkezinde görev alamayacaktır.⁶²

3. İstimlak Kararına ve İstimlak Bedeline İtiraz

Emlak sahibi kendisine yapılan ilan ve tebliğden itibaren dokuz gün zarfında ilgili duyuruya itiraz edebilir. Emlak sahibinin itiraz hakkı ancak istimlak tasarruf yönüne, istimlak için belirlenen yerin cinsine, haklarına, ortaklığa dair durumlara, yüzölçümü miktarına veya bedele dair olabilmektedir. İtiraz sebeplerini ifade eden dilekçe İstanbul'da valiyeye ve taşrada mahallenin en büyük mülkiye memuruna verilir. İtirazname verildikten sonraki ertesi gün meclis-i idarenin üyeleri tarafından seçilmiş görevliler ile birlikte haritayı düzenleyen mühendis ve defter-i hakani memurundan oluşan bir inceleme komisyonu oluşturulur. İşbu komisyon, itirazları ve ihtiyaç halinde ikinci maddede ifade edilen tahmin heyeti dinleme, yerinde inceleme, gerekli görülen ölçümler, taşınmaz kayıtlarının yer aldığı devlet kayıtları ve vergi defterlerini inceledikten sonra ortaya konan neticelere göre en geç bir hafta zarfında bir mazbata düzenleyerek itiraznameyi havale eden memura ibraz ettikten sonra işbu mazbata ait olduğu dairede okunarak teslim ve tebliğ edilir.⁶³

Üçüncü maddede geçen uygulamaların ifasından sonra istimlak kararlaştırılmış olan yerin ücret miktarında kural olarak değişiklik söz konusu olmayacaktır. Buna rağmen belediye tarafından görevli olan hukuk mahkemesine müracaat yapılabilir. Müracaatın yapılması halinde istimlak faaliyetinin işbu kanuna göre usulüne uygun yapılmadığı

⁶² İVİKM, m. 4.

⁶³ İVİKM, m. 3.

anlaşırsa, karar tamamlamak üzere geri gönderilir. Eğer istimlak usulüne uygun yapılmış ise mahkemece tayin olunacak bir naibin yönetimi altında daha önce bahsi geçen maddelere uygun olarak gerektiği kadarıyla sayısı en az üç en fazla dokuz kişiden oluşan bir hakem encümeni oluşturulur ve bu encümenine bağımsız bir mühendis atanır. Hakem encümeninin kurulmasının hemen ardından taraflar encümenle görüşmek üzere davet edilir. Encümen tarafları dinleyip gerekli incelemeleri yaptıktan sonra bedeli üzerinde anlaşmazlığa düşülen yerin istimlak zamanındaki kıymet taktiri, menfaate uygun olarak oy birliğiyle tayin edilir ve bu karar bir metin üzerinde düzenlenir. İlgili metin imzaya sunulduktan sonra mahkeme naibi marifetiyle teslim edilir. İşbu muamelenin ifası on günü geçmemektedir. Hakem encümeninin tayin edeceği bedelin belediyece ifade edilen bedelden az ve mülk sahibinin istediği bedelden fazla olması mümkün değildir.⁶⁴

Bir mülkün kıymet takdirinde bulunan görevliler hakem heyetinde bulunamayacağı gibi hakem heyetinde bulunanlar da belediyelerce ilgili görev üzerine istihdam edilemezler. Mahkemece tayin olunacak hakemler kanuni bir zaruret olmadıkça birlikte bir görev alamazlar.⁶⁵

Altıncı maddede ifade edildiği üzere mahkemeye sunulan hakem heyeti kararı evrakları incelendikten sonra usule uygun olduğunun görülmesiyle birlikte tasdik ve tescil edilir ve sonra birer kopyası taraflara devlet kayıtlarının yer aldığı daireye tebliğ edilir. Kararın usule uygun olmadığı tespit edilmesi halinde ise reddedilme sebepleri ve usule dair eksiklikler belirtilerek evraklar hakem heyetine iade edilir. Mahkeme tarafınca tasdik ve tescil olunan karar evraklarına karşı istinaf yolu açık olmayıp yalnız işbu kanun uyarınca belirtilen usule uyulmamasından dolayı temyiz yolu açıktır. Temyiz davasına başvuru süresi hakem heyeti kararının tebliğ tarihinden itibaren sekiz gündür. Temyiz davasının görülmesi durumunda bu süre zarfında hükme konu olan mülkün istimlak uygulaması ileri bir tarihi ertelenmez.⁶⁶

⁶⁴ İVİKM, m.6.

⁶⁵ İVİKM, m. 5.

⁶⁶ İVİKM, m.8.

4. İstisnai Hükümler ve Diğer Maddeler

Vakfa, yetimlere, kısıtlılara, mefkud ve gaiplere ait bir emlakın mülkiyetinde yaşanacak olan değişikliğin icrasından sonra bedelleri vakıf namına vakıf hazinesine, vasi veya vekillerine teslim edilir.⁶⁷

Bir yolun veya meydanın genişletilmesine ya da yeni yapılmasına karar verildiğinde yolun veya meydanın genişliğine ek olarak bunların 20 metre civarındaki yerler belediye dairesi tarafından istimlak edilebilir. Bu yerlerin üzerinde herhangi bir yapı bulunması veya bulunmaması durumu değiştirmemektedir. İstimlak sebebiyle geri kalan mülkün kullanımında fayda mümkün olmadığı takdirde veya havası, görüntüsü ya da manzarası zarar görmesi halinde emlak sahiplerinin isteği üzerine bu gibi yerlerin tamamının belediye dairesi tarafından istimlak edilmesi zorunludur. İstimlakten dolayı sokağın yüzeyini yükseltmek veya arttırmakla ya da üzerinde bulunduğu yolları kesip genişletmekle kıymetin artan mülklerin eski kıymetiyle yeni kıymeti arasındaki farkın dörtte biri bir defaya mahsus olmak üzere dört sene içinde parça parça tahsil edilmek üzere belediye yararına resmi olarak alınır. Artan kıymet mülkün bir kısmının istimlak edilmesinden kaynaklanıyor ise belediye yararına tahsil edilecek olan miktar bedeli istimlak bedelinden mahsup edilir. Bundan başka tahsil etme durumu söz konusu olamaz.⁶⁸

Mahkeme ile bilirkişi masrafları ve zaruri masraflar ile yol masrafları ilk olarak belediyeler tarafından ödenir. Ancak hakem encümeni tarafından verilen ve mahkemece incelenip onaylanan kararnamelerde tayin ve takdir edilen bedel belediye görevlilerin belirlediği bedele eşit ise bu usullerden ötürü yapılan masraflar emlak sahibinden tahsil edilir.⁶⁹

Kanun ilanı tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanun yürürlüğe girdiği tarihte, ihtilaf veya itiraz söz konusu olup mülkün el değiştirmesi sonrasında mülk sahibine ücret ödenmediği durumlarda, icra yoluyla alınacak olan mülkün icrası henüz gerçekleşmediği durumlarda veya buna benzer şekilde hakem encümenine havale edilmeyen davalar

⁶⁷ İVİKM, m. 10.

⁶⁸ İVİKM, m. 11-12.

⁶⁹ İVİKM, m. 13.

hakkında bu kanun hükümleri geçerli olacaktır. Ancak mahkeme kararıyla birlikte gerçekleşen durumlar üzerinde bu madde hükmü geçerli olmayacaktır.⁷⁰

İşbu kanunun ilanında meclis-i umumilerin toplanmasının mümkün olmadığı vilayetlerde bölgedeki mahkemelerin hakem heyetleri görevli olur.⁷¹

İstimlak olunan yerlerde kararlaştırılan düzenleme ve inşaa faaliyetleri belediyeler veya şehremaneti tarafından vazgeçmek suretiyle iptal edilirse istimlak bedelinin iade edilmesi şartıyla mülk sahibinin mülkü geri alabilme hakkı doğar.⁷²

E. Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Menafi-i Umumiyye İçin İstimlak-i Emlak Kanunu

1878 Doğu Rumeli veya Rumeli-i Şarki Vilayetinin kurulması sonucunda bölgede İstanbul'a bağlı yarı özerk bir idari birim oluşturulmuştur. Bu kuruluşun hemen ardından bölgenin idari durumu ve kozmopolit yapısından ötürü bölgeye has kanunlar çıkarılmıştır ve bunlardan biri de 1881 tarihli "*Rumeli-i Şarki Vilayetine Mahsus Menafi-i Umumiyye İçin İstimlak-i Emlak Kanunu*" olmuştur.

Hicri 1298 miladi 1881 yılında yürürlüğe giren kanun İstimlak Kararnamesine nazaran daha ayrıntılı hükümler içermekle birlikte altı fasıl, elli üç maddeden oluşmaktadır. Kanunun ilk faslında tanım ve kapsamı içeren başlangıç hükümleri ifade edilmektedir. Kanunun ikinci faslında istimlak sırasında idarenin alacağı ve uygulayacağı tedbirler, üçüncü faslında imtiyazlı ve rehinli yerlerin istimlaki sırasında ortaya konan sonuçlar, dördüncü faslında tazminatın doğması sonucunda uygulanacak hükümler -bu fasıl iki bölümden oluşmaktadır.- bedelin belirlenmesi, beşinci faslında belirlenen bedelin teslimi, son faslında ise usuli işlemlerin uygulanması esnasında çıkan masrafların durumu ifade edilmektedir.

SONUÇ

⁷⁰ İVİKM, m. 14.

⁷¹ İVİKM, m. 15.

⁷² İVİKM, m. 16.

Tanzimat döneminde istimlak hukuku sahasında çok önemli mevzuat düzenlemeleri yapılmasına rağmen bu konu literatürde şimdiye kadar yeterince tetkik edilmemiştir. Bu sebeple çalışmanın temel hedefi Osmanlı istimlak hukukunu, tarihsel seyri de göz önünde tutmak suretiyle ortaya koymaktır. Bu çerçevede makalede istimlak hukukunun tanımı ve tarihsel gelişimi kısaca izah edilmiştir. Ardından İstimlak konusunda Tanzimat döneminde yapılan kanuni düzenlemeler kronolojik sıra gözetilmek suretiyle ayrı alt başlıklarda ele alınmıştır. İstimlak meselesinin hukuki prosedür itibariyle çok ayrıntılı olması münasebetiyle mevzuat değerlendirmeleri mümkün mertebe kısa tutulmaya çalışılmıştır. Ayrıca bundan sonra bu meselede yapılacak çalışmalarda kolaylık sağlaması amacıyla tüm mevzuat düzenlemelerinin yazı çevrimi yapılmış ve makaleye eklenmiştir.

Kıta Avrupası'nda kanunlaştırma usulünün hâkim olması ile Avrupa'da hemen her konuda kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden mülkiyet ve özellikle istimlak konuları da nasibini almıştır. Osmanlı Devleti, bu hukuki gelişmeleri takip etmiş ve bir kanunlaştırma devri olan Tanzimat devrinde istimlak konusunu ele alan kanuni düzenlemeler yapmıştır. Düzenlemelere tarihi sırası ile bakıldığında her düzenlemenin bir öncekinin eksiklerini gidermek amacıyla genişleyip daha ayrıntılı hale geldiği müşahade edilmektedir. Yine bu sahadaki ilk düzenleme olan 1855 tarihli nizamnamede görülen (madde numaralarının olmaması gibi) bazı kanun tekniğine aykırı hususlar sonraki düzenlemelerde düzeltilmiştir. Ayrıca ülkenin genelinden farklılık gösteren bölgeler için özel kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

İstimlake dair düzenlemeler tetkik edildiğinde mülkiyet hakkının mümkün mertebe korunmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu çerçevede istimlak sıkı şekli şartlara tabi kılınmış, malı istimlak olunacak kişilere itiraz ve dava hakkı verilmiştir. Yine istimlak edilecek olan mülkün yüzölçümünün tespitinden kıymet takdirine kadar bütün kalemler tek tek belirlenmiş ve bunların bu hususta mütehasıs kişilerce yapılması uygun görülmüştür. Ayrıca vakıf, yetim malları gibi malların istimlakı söz konusu olduğunda ek bazı prosedürler eklenerek bunların hakları

teminat altına alınmaya çalışılmıştır. Genel itibariyle Osmanlı Devleti'nin istimlak hukuku sahasındaki hukuki düzenlemelerinin devrin ihtiyaçlarına kâfi gelen başarılı bir çalışma olduğu ifade edilebilir.

Çalışmada istimlak hakkındaki mevzuat tetkik edilmiştir. Bununla birlikte istimlakin tatbikatta nasıl bir vazife icra ettiği, bu konuda hangi sorunlarla karşılaşıldığı, bunların nasıl çözüldüğü, tatbik sahasının genişliği ve sıklığı, bu düzenlemelerin Türkiye Cumhuriyeti kanuni düzenlemelerine tesiri gibi pek çok başlık ele alınmamıştır. Nitekim buradaki her bir başlık müstakilen ele alınmayı gerektirecek büyüklüktedir. Bu çalışma ile Osmanlı istimlak hukukunun genel bir portresi çıkarılmış, araştırmacıların istifadesini kolaylaştırmak maksadıyla mevzuat hükümlerinin yazı çevrimi yapılmış ve bu konuda bundan sonra yapılması gerekenler misal kabilinden zikredilmiştir. Sadece bu genel portre bile bu sahada daha geniş araştırmaların yapılmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKLAR

- AKTAN**, Hamza: İstimlak, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 23, İstanbul, 2001.
- AKTAŞ**, Muhammedali: “İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib’in Risalesi ile Kahveciyan Haçık’ın Makalesi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 2016, Güz, S. 22, s. 63-101.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemal: Türk İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2016.
- Ali Galib**, “Memalik-i Osmaniyede İstimlak Hakkında Malumat-ı Kanuniye”, Mahmut Bey Matbaası, 1914 (H. 1330).
- Ali Ragıb**, Hukuk-ı İdare, Matbaa-yı Amire, İstanbul, 1888/1889 (H. 1306)
- ANSAY**, Sabri Şakir, İslam Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1958.
- ARAT**, Reşit Rahmeti: “Eski Türk Hukuk Vesikaları”, Türkler, C. 2, Ankara, 2002.
- ARMAĞAN**, Servet: İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, 9. Baskı, Ankara, 2019.
- ARSAL**, Sadri Maksudi: Türk Tarihi ve Hukuk, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- AYDIN**, Mehmet Akif: Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017.
- AVCI**, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Baskı, Konya, 2014.
- BARTHOLD**, Vasili, Viladimiroviç: Orta Asya Türk Tarihi –Dersleri-, Ankara, 2004.
- BERKİ**, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1990.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi: Hukukî İslâmiyye ve Istılâhatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1985.
- CİN**, Halil: Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, 2. Baskı, Konya, 1987.
- DÖNMEZER**, Sulhi: “İstimlak Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941, C. 7, S. 1, s. 40-94.
- DÜSTUR**, 1. Tertip, C. 2.
- DÜSTUR**, 1. Tertip, C. 4.

DÜSTUR, 2. Tertip, C. 4.

DÜSTUR, 2. Tertip, C. 5.

DÜSTUR, 2. Tertip, C. 6.

DÜSTUR, Tertip Zeyl, C. 2.

DÜSTUR, Tertip Zeyl, C. 3.

EKİNCİ, Ekrem Buğra: İslâm Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2018.

EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2008.

ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2000.

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2012.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasal Derinlik, 1. Baskı, Ankara, 2012.

GÖVER, Yusuf: “Kamulaştırma İşlemlerinde Kamu Yararı” Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 1, 1999, s. 247-262.

GÖZLER, Kemal/ **KAPLAN**, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, 2018.

GÜRKAN, Emrah Safa: Sultanın Casusları -16. Yüzyılda İstihbarat Sabotaj ve Rüşvet Ağları-, 8. Baskı, İstanbul, 2019.

GÜRSEL, Meltem Kutlu: Kamulaştırma Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2012.

GÜRSOY, T. Kemal/ **EREN**, Fikret/ **CANSEL**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 1978.

HACAK, Hasan: Mülkiyet, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 31, Ankara, 2020.

HATEMİ, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

HOCAEMİNEFENDİZEDE, Ali Haydar: Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm, 1. Baskı, İstanbul, 2020, C.3.

İbrahim Hakkı, Hukuk-ı İdare, Garabet Matbaası, İstanbul, 1890/1891 (H. 1308).

KAFESOĞLU, İbrahim: Türk Milli Kültürü, 17. Baskı, İstanbul, 1998.

KAHVECİYAN Haçik, “Menafi-i Umumiye için İstimlak Hakk-ı Mülkiyetin Nakli”, Muhamat, 1914 (H. 1332) S. 31.

- KALIPÇI**, Mahmud Esad: “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Müsadere Kurumu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- KARAMAN**, Hayreddin, Anahatlarıyla İslam Hukuku (1. 2. 3. Ciltler Bir Arada), 11. Baskı, İstanbul, 2006.
- KAYIKLIK**, Menduh: “İslam Hukukunda Hak ve Sorumluluk İlişkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2007.
- KILIÇ**, Ramazan/ **DEMİRÇELİK**, Mine, “Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi Sürecinde Ortaçağ ve Reform Hareketleri”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 30, 2011, s. 181-190.
- KORKMAZ**, Salih: “Bey’ Bi’l-Vefâ’nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey’ Bi’l-Vefâ Tatbikatı-”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2022.
- KOSCHAKER**, Paul/ **AYİTER**, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 1. Baskı, Ankara, 1977.
- KOYUNCU**, Nuran: “Mecelle’de İstimlâk” Türkiye Adalet Akademisi, Uluslararası Mecelle Sempozyumu, 2021, s. 359-372.
- KÖROĞLU**, Ömer: Kamulaştırma, 1. Baskı, Ankara, 1995.
- KUCUR**, Sadi S.: “İkta”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2000, C. 22, s. 47-49.
- Mustafa Şeref**, Hukuk-ı İdare, Kanaat Matbaası, İstanbul, 1913/1914 (H. 1332).
- OĞUZMAN**, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer: Eşya Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1997.
- ÖGEL**, Bahaeddin: Türklerde Devlet Anlayışı, 1. Baskı, Ankara, 1982.
- ÖĞÜN**, Tuncay: “Müsâdere”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2006, C. 32.
- ÖZLÜK**, Betül: “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 139-166.
- ÖZYÖRÜK**, Mukbil: Kamulaştırma Hukuku, Ankara, 1948.
- ROUX**, Jean-Paul: Türklerin Tarihi: Pasifik’ten Akdeniz’e 2000 Yıl, 5. Baskı, İstanbul, 2008.

- ŞEN**, Murat: “İslam ve Osmanlı Hukukunda Kamulaştırma Müessesesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. 1, S. 1, s. 171-185.
- TANİLLİ**, Server: Anayasalar ve Siyasal Belgeler, 2. Baskı, İstanbul, 1976.
- TAŞAĞIL**, Ahmet: Kök Tengri'nin Çocukları, 5. Baskı, İstanbul, 2015.
- ÜÇÖK**, Coşkun / **MUMCU**, Ahmet / **BOZKURT**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, 20. Baskı, Ankara, 2020.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri, Tanzimat'ın Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle, 1. Baskı, İstanbul, 1940.
- YAYLA**, Mustafa: “İslâm Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik”, Doktora Tezi, İstanbul, 1994.
- YAYLA** Mustafa: İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, 1. Baskı, İstanbul, 2011.
- ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 1, 12. Baskı, Ankara, 2012.
- ZEYDAN**, Abdülkerim, İslam Hukukuna Giriş, İstanbul, 2008.

EK*

DÜSTUR TERTİP 1, CİLT 2

**SALTANÂT-I SENİYYENİN MENÂFİ-İ UMÛMÎYEYE DÂİR
ŞEYLERİN TANZİMİ HÂLİNDE LÜZÛMU OLUP KIYMET-İ
LÂYIKASIYLA SÂHİBLERİNDEN MÛBAYÂA EDECEĞİ ARÂZÎ VE
SÂİRE HAKKINDA NİZAMNÂMEDİR**

Menâfi'-i umûma şâmil olan demiryolu ve cetvel ve imrâr-ı enhâr ve tevsî'-i turûk ve tezyîn ve tathîr-i belde gibi şeyleri saltanat-ı seniyye, tanzîm ve küşâd ve tesviye eylediği hâlde alınması îcâb edecek arâzî ve tarla ve hâne ve emlâk-ı sâire bend-i âtîde muharrer usûle tatbîkan kıymet-i lâyikasının îtâsıyla mübâyaa olunacaktır.

Bu makûle sâhiblerinden iştirâ kılınacak arâzî ve hâne ve emlâk-ı sâire Dersaadet'te ise şehir meclisi ve ticâret nezâreti taraflarından ve taraf-ı şer'î şeriften ve vakıf dâhilinde olduğu hâlde cânib-i teftiş, evkâf-ı hümayundan birer kimse mevâlî olarak memûr ve tâyin olunarak onlar mârifetleriyle mesâha olunup mahâl ve mevkî'ce kıymet-i lâyikası ne ise erbâb-ı vukûftan ve bîğaraz kimselerden tahkîk ile işbu mevâlî tarafından ol mahâlin mesâhası ve şekil ve hâli ve kat olunan bahası tasrîhiyle bir mazbata yapılip cümlesi tarafından ve haber verenler cânibinden temhîr ve imza' olunarak işbu mazbata ebniye meclisinde dahî zeyl ile tasdîk olunup bâ'dehu ticâret nezâreti tarafından bî'ttahrîr Bâb-ı Âliye takdim ile bâlâsına buyruldu ve sahhı âlî tastîr ve keşîde olundukda iktizâsı icrâ yani bahası îtâ ile iskât-ı mülkiyeti sûretiyle îfâ kılınacaktır.

Taşralarda olduğu sûrette dahî alınacak arâzî ve bağ ve tarla ve hâne ve sâir her ne ise mahâllerinde meclis-i memleket ve taraf-ı şer'î şerif ve vakıf dâhilinde ise muaccelat müdürî tarafından birer kimse mevâlî olarak tâyin olunup mahâlinde mesâha ve bîğaraz erbâb-ı vukûftan kıymeti lâyikası tahkîk olunarak işbu mevâlî tarafından alınacak mahâllin mesâha ve şekil ve hâli ve kat olunan bahası tasrîhiyle bir mazbata yapılip mevâlî âzâsı ve haber verenler taraflarından temhîr

* Bu yazı çevrimi mümkün mertebe aslına sadık kalınarak kelimeler aynen ifade edilmek suretiyle yapılmıştır. Bazı kelimelerin tarafımızca yapılan harf düzeltmeleri "[...]" ile, çevirisinden emin olunamayan yerler "(?)" ile anlaşılamayan kelimeler ise "...?..." ile gösterilmiştir.

ve imza' ettirilerek meclis-i memlekette îtâ ile orada dahî tasdîk olunduğu hâmede zeyl yazılıp bâdehû vâlî-i memleket tarafından Bâb-ı Âliye seri'an iş'âr ile taraf-ı sadaret-i azîmeden tasîr buyurulacak emirnâme-i sami üzerine mahallinde iktizâsı icrâ olunacaktır. [S. 338.]

Menâfi'-i umûmîye zımnında yapılacak ve doğrudan doğruya âmmenin istifâdesi için taraf-ı Devlet-i Âliyye'den tanzîm ve tasvih olunacak şey olup da bunun için lüzûmu olan arâzî ve sâirenin kıymeti lâyikasının îtâsıyla sâhibi vermekte izhâra rıza etmez ise mâdemki bu şeyin menfaati umûma aittir ve bahası dahî kıymet-i lâyikası olarak verilecektir. Artık sâhibinin adem-i rızasına bakılmayarak akçesi verilip alınacaktır.

Bu sûretle iştirâ olunacak emlâkin bahası sâhiblerine kâmilten teslim ve îtâ olunmazdan evvel ol mülke ikâmetten veya intifâ'dan men olunamayıp akçesi kâmilten eline girdiği vâkit hukuk-u mülkiyeti ıskat olunacaktır ve dâima eshâb-ı emlâke akçeleri îtâ olundukda makbuz senetleri alınıp hıfz edilecektir ve öteden beri menfaat-ı umûma ait ve şâmil olan mevkî' vesâirenin husûsiyete nakil ettirilmesi kat'an tecvîz olunmayacaktır.

Her nev' meâbid müstesna olup fakat bunlara tekke ve manastır müteallik olan arâzî hakkında emlâk-ı âdiye gibi muâmele olunacaktır.

Vakıf dâhilinde olan arâzî ve emlâkin bu sûretle iştirâsında müteallik olduğu vakfa ait olan intifâ' cânibi devletten ol vakfa temîn ve îtâ olunacaktır.

Tezyîn veya taharet-i belde için bir dükkanda veyâhut birtakım dükkanlarda icrâ olunan ahz ve îtâ veya san'atın âhar gösterilecek mahâle naklini devlet emr edebilip böyle ahvâlde Dersââdet'te ise şehir ve ebniye meclisi tarafından ve taşralarda meclis-i memleket cânibinden bir mazbata yapılip Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'de tasdîk olunduktan sonra ittibâ-i âliye-i pâdişahiyeden istîzân ile müteallik buyrulacak irâde-i seniyye üzerine iktizâsı icrâ olunacaktır ve bu makûle nakil husûsunda eshâb-ı emlâkin terk edecekleri mülkü istedikleri gibi bey'-i fûruhat eylemeye istihkâkları olup fakat cânib-i devletten bir müddet mehîl tâyin olunacaktır ve ol mehîlin inkızâsında ol mülkü müzâyede ile sattırıp bahasını eshâbına îtâ ettirecektir. [S. 339.]fî 4 Recep Sene 1272.

DÜSTUR TERTİP 1, CİLT 4

MECLİS-İ UMÛMÎ'NİN İCTİMAINDA KÂNÛNİYETİ TEKLİF
OLUNMAK ÜZERE MERİYYETİNE İRÂDE-İ SENİYYEHAZRETİ
PÂDİŞAHI MÛTEALLİK BUYRULMUŞ OLUNAN MENÂFİ-İ
UMÛMÎYYE İÇİN İSTİMLÂK KARÂRNÂMESİDİR.¹

BİRİNCİ FÂSİL

(AHKÂM-I UMÛMÎYYE)

Birinci Mâdde: Sokak ve meydan ve pazar yerleri ve iskele tevsî' ve küşâdı ve memleket bahçeleri ve mesîreler ve su yolları tanzîmi ve nehir ve cetvellerin seyr-i sefâine kâbil ve tuğyâna hâil sûrette getirilmesi ve liman vedük(?)[viyadük?] ve su yolları ve çeşme ve yangın havzaları ve hastahâne ve kışla ve taraf-ı devletten ve cemâat cânibinden umûmî mektepleri têsisi ve hıfzısıhhat ve def'i mazarrât-ı belde için tanzîm ve tathîri iktizâ eden menâfi'-i umûma şâmil bilcümle amelîyyat ve inşâat icrâsı zımnında bi'ttakdîr bedel-i misli verilerek eshâbından ebniyeli ebniyesiz arâzî mebâyîsine menâfi'-i umûmîyye için istimlâk-i ıtlak olunur.

İkinci Mâdde: İcrâ olunacak îmâlât-ı inşâatın menâfi'-i umûmîyye için olduğu Dersâdet'te Şûrâ-yı Devlet ve taşralarda bir vilâyete mahsûs olan amelîyyat için o vilâyet meclis-i idâresi ve iki ve daha ziyâde vilâyet beyninde müşterek olan amelîyyat-ı cesîme için Şûrâ-yı Devlet tarafından karâr verilmek ve bilistîzân irâde-i seniyye istihsâl olunmak lâzımdır. Menfaati bir vilâyete mahsûs olup o vilâyet meclisi idâresinde karâr verilen amelîyyat için vâlî-i vilâyetin emr-i tasdîki kâfi olacaktır. [S. 560.]

Üçüncü Mâdde: İstimlâk olunacak mülkün takdîr olunan kıymeti sâhibine tamamen te'diye olunmadıkça ve dâva vukûunda hakkında ait bulunduğu mahkemedan îlâm verilmedikçe kendileri o mülkte ikâmet veya intûfadan men olunmayıp akçesi tamamen verildikde hukuk-ı mülkiyeti iskât olunur ve tevsî' ve küşâd-ı târîk için ve meabir(?) ve

¹ Düstûrun ikinci cildinin 338 sahîfesinde muharrer fî Receb sene 272 tarihli İstimlâk Nizamnâmesinin hükmi münfesihtir.

ebniye kânûnlarına tevfikân, meccânen alınan yerler zikrolunan kânûnlar ahkâmına tâbidir.

Dördüncü Mâdde: İnde'd-dâva muâmelât-ı işbu kânûnu muvâfık sûrette cereyân ettiği sabît olmadıkça bir mülkün istimplâkine mahkeme hüküm edemez.

İKİNCİ FÂSİL

(KAVÂİD-İ İSTİMLÂKIYYE)

Beşinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîyye için istimplâkine lüzûm görünen arâzî ve ebniyenin ol emirde resim ve haritaları tanzîm olunur.

Altıncı Mâdde: Bir mülkün kıymetinin takdîri her mahâlde belediye ve nâhiye meclislerinden intihâb olunmuş bîğaraz ve ehl-i vukûf ve yeminli üç muhammin mârifetiyle icrâ olunur ve muhamminlere verilecek ücret belediye meclisi tarafından takdîr ve istimplâk edecek dâire tarafından te'diye kılınır.

Yedinci Mâdde: Altıncı mâddedeki muhamminler belediye meclisi âzâsından dört ve taraf-ı şer'i şeriften ve evkâf veya defter-i hâkânî idârelerinden birer zat ile beraber istimplâk olunacak arâzî ve ebniyenin vâki olduğu mahâlde varıp kemâl-i tetkîk ile bi'l-mesâha mülkün kıymetini tahmîn ve erbâb-ı vukûfdan dahî tahkîk ederek tanzîm edecekleri takrîr-i cümlesi tarafından temhîr ile meclis-i belediyeye verilir.

Sekizinci Mâdde: İstimplâk olunacak emlâkin resimleri eshâbının esâmîsi ve takdîr olunan bedel üzerlerinde muharrer olduğu hâlde emlâkin bulunduğu dâire-i belediyede kâin-i meâbid veya belediye konağı kapılarına tâlik ile sekiz gün müddet durur ve keyfiyet gazete bulunan yerlerde gazetelere derc' ve îlân olunur ve istimplâk olunacak mülkün bir mahâllî münâsibine dahî varak-ı mahsûsa yapıştırılır.

Dokuzuncu Mâdde: İstimplâk hakkında idâre-i belediye ve hükmü encümence tutulan zabıtlar ve cereyân eden muâmelât inde'l-muhâkeme muteberdir. [S. 561.]

Onuncu Mâdde: Eshâb-ı emlâk sekizinci mâddede muharrer sekiz gün zarfında şîfahen ve tahrîren vukû' bulacak îfade ve i'tirâzâtlarını dâire-i belediye reîsine beyân edecek ve reîs ifâdât-ı vakıayı bi'l-istimâ' zabt ettirerek belediye meclisine havâle edecektir.

On Birinci Mâdde: Belediye meclisi eshâb-ı emlâk veya istimlâk edecek dâire tarafından vukû' bulan i'tirâzâtı tetkîk ve sekiz gün zarfında lüzûmunu görür ise eshâb-ı emlâki dâvetle mütâlâat ve ifâdâtını istimâ' edib reyini beyân eder ve bu mecliste bedel takdîr eden muhamminlerle sâir mêmûrlar dahî bulunur.

On İkinci Mâdde: Keyfiyet belediye meclisinde tetkîk ile karâr verildikten sonra esbâb-ı mûcibe mazbatası tanzîm olunarak Dersâadet'te Dâhiliye Nezâretine ve taşralarda vâlî-i vilâyete gönderilir.

On Üçüncü Mâdde: On ikinci mâddede beyân olunan mazbataların cevabı geldikde istimlâke karâr verilmiş olduğu takdîrde emlâkin ne vâkit ahz olunacağı eshâbına ihtâr ve gazetelerle îlân olunacaktır.

On Dördüncü Mâdde: İstimlâk olunacak emlâktan takdîr olunan bedele sâhib-i râzı olanların akçesi te'diye olunduktan sonra nizâmına tevfikân bey' ve ferağî icrâ olunur ve râzı olmayanlar aleyhinde ait olduğu mahkemece ikâme-i dâva kılınır.

On Beşinci Mâdde: İstimlâkine lüzûm görünen emlâktan mahcûr ve yetim ve gâib ve mefkûda ait olanların muâmelât-ı icâbiyesinde vasîler ve usûlü vechile tâyin olunan vekiller bulunarak bey'-ü ferağî mâddesi onlar mârifetiyle tesviye kılınır. Emlâk-ı emiriyeden olanlar mâliye hazinesinden veyâhut müteallik olduğu dâire-i devletten tâyin olunacak vekillerin huzûriyle iktizâsı îfa olunur.

On Altıncı Mâdde: İstimlâk olunacak mülk tarih-i karârdan îtibâren nihâyet bir sene içinde alınmadığı hâlde karârın feshiyle işe yeniden bakılarak ya alınmasına veyâhut sarf-ı nazar olunması[na] karav[r] verilmesini dahî eshâb-ı emlâk arzuhâl îtâsiyle istîdâ' edebilir ve mahkeme bir hafta zarfında bi't-tetkîk iktizâsına göre karâr verir.

On Yedinci Mâdde: On üçüncü mâddede beyân olunduğu üzere icrâ-i îlân ve ihbardan îtibâren on beş güne kadar eshâb-ı emlâk teklif olunan meblağî kabûllerini veyâhut iddiâlarını beyân etmeye mecburdur. [S. 562.]

On Sekizinci Mâdde: Eytam ve mahcûr ve mefkûd ve gâibe ait emlâkin bedelleri izn-i hâkimle ve usûl-ü meriyyesi vechile vasî vekillerine îtâ olunur.

On Dokuzuncu Mâdde: Devâir devlete ve idâre-i belediyeye ait olup da istimlâk-i iktizâ eden emlâk için takdîr olunan meblağ usûl-i vechîle makbuz senedi alınarak müteallik olduğu dâireye teslim olunur.

Yirminci Mâdde: Teklif olunan meblağ kabûl olunmadığı hâlde mahkemeye mürâcaatla üçüncü fâsılda beyân olunacağı vechîle muâmele olunur.

ÜÇÜNCÜ FÂSIL

(HAKEM ENCÜMENİ)

Yirmi Birinci Mâdde: Bir mülkün bedeli dûn veya ziyâde takdîr olduğuna dâir dâva vukû bulup da mahkemeye geldikde mahkeme bir hakem encümeni teşkîl eder. İşbu hakem encümeni istimlâk olunacak mülkün vâki olduğu dâire-i belediye dâhilinde sâhibi mülk olanların o sene belediye intihâbında âzâlığa intihâb olanlardan sonra ekseriyet kazananlardan ekalli yedi ve nâhiyet on bir kişiden terkîb eder ve âzâdan biri mahkeme mârifetiyle encümene reîs nasb olunur.

Yirmi İkinci Mâdde: Hakem encümeni teşkîline müteakib, tarafeyni encümene dâvet eder.

Yirmi üçüncü mâdde; istimlâk olunacak mülkün sâhibi ve müste'cîrleri o mülkü rehn sûretiyle kabûl edib sâhibine akçe ikrâz etmiş olanlar ve yine o mülk kıymetinin tezâyüdünden fâidesi bulunanlar encümen âzâlığına kabûl olunmaz.

Yirmi Dördüncü Mâdde: Encümen âzâlığından mâzûran istifâ edenlerin ve devam etmeyenlerin yerine yirmi birinci mâddede gösterilen ekseriyet erbâbından diğerleri dâvet ve tâyin olunur.

Yirmi Beşinci Mâdde: Encümen-i reîs ve âzâsı bîtarafane ve bîğarazane hareket edeceklerine mahkeme huzûrunda tahlîf olunur.

Yirmi Altıncı Mâdde: Hakem encümeni teşkîline müteakib istimlâk olunacak mülkün resim ve haritası reîs tarafından meydana konarak eshâbının esâmesi ve tahmîn olunan meblağın [S. 563.]

mikdârı beyân ve tarafeynin ifâdât-ı istimâ' olunarak zabt edilir. İktizâ eder ise âzâdan biri veya birkaçı mahâline gidip muâyene dahî ederler.

Yirmi Yedinci Mâdde: Encümen tetkîkâtını ikmâl ettikten sonra müzâkere odasına çekilerek müzâkere ederler. Tesâvî-i ârâ vukûunda reîsin bulunduğu taraf tercih olunur. Müzâkere hitâmında karar verdikleri kıymetin mikdârını mübeyyen bir mazbata tanzîm edip mahkemeye îtâ ederler ve mahkeme işbu mazbata üzerine îcâb eden îlâmı tanzîm ve îtâ eyler.

Yirmi Sekizinci Mâdde: İstimlâk olunacak mülkün kontratosu müddeti hitâm bulunmayan müste'cîrine ücret-i nakliye tahmîn ve îtâ olunur.

Yirmi Dokuzuncu Mâdde: Hakem encümeninin karârı kâbil-i istînâf değildir.

Otuzuncu Mâdde: İlâm hükmüne râzı olmayan eshâb-ı emlâkin tebliğ tarihinden îtibâren on beş güne kadar temyiz istîdâ'sına hâkkı olur. Bu müddetin inkızâsında(?) temyiz salâhiyeti sâkıt olur.

Otuz Birinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîyye için lâekal rub'unun kat'ı lâzım kelam[gelen] ebniyenin sâhibi taleb eder ise o mülk bütün bütün mübâyaa olunur. Lâekal nısfı derecede kat' olunan arsaların ittîsâlında sâhibinin diğer arsası bulunmaz ve kalan parça işine yaramayacak hâlde bulunur ve kesilen arsanın tamamının alınmasını sâhibi taleb eyler ise tamamen mübâyaa olunur.

DÖRDÜNCÜ FÂSIL

(TE'DİYE-İ BEDEL)

Otuz İkinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîyye için iştirâsı lüzûm-u tahakkuk eden bir mülke vâz' olunması mutlaka mahkeme tarafından karar verilen semen ve bedelinin sâhib-i mülke te'diyesine mevkuftur. Sâhib-i mülk kabûlden imtinâ' eder ise emânet-i Dersâdet'te Bank-ı Osmâniyye'ye ve taşralarda banka şubelerine ve banka şubesi olmayan mahâlde mal sandıklarına vâz' olunarak mülkün ahz-ı muâmelesi icrâ olunur.

(İSTİHKÂM HAKKINDA MÂDDE-İ MAHSÛSA)

Otuz Üçüncü Mâdde: Kal'a ve istihkâm inşâat ve amelîyyatı elyevm idâre-i askeriyece cârî ve mer'î bulunan ve bundan sonra ittihâz olunacak olan usûl ve nizâmata tâbi olacaktır.

Otuz Dördüncü Mâdde: Fî 4 Recep sene 1272 tarihli İstimlâk-i Nizâmnâmesinin işbu kânûnun tarihi teşrinden îtibâren hükmi münfesihdir. [S. 564.]

Îrâde-i seniyye tarihi fî 21 Cemâziyelevvel Sene 96 ve fî 24 Teşrînisânî Sene 95.

DÜSTUR TERTİP ZEYL, CİLT 3

İSTİMLÂK KÂNÛN-U MUVAKKATİNE ZEYL EDİLEN FIKRA-İ MAHSÛSA¹

İşbu kânûnun ikinci faslında münderic muâmelât-ı evveliye icrâ olundukda sâhib-i mülk tâyin olunan kıymete razı olmazsa kıymet-i muhammene ihtiyâten yüzde yirmi fazla ile bankaya veya kânûnen tâyin olunan mahâle teslim olunduktan ve ol bâbda alınan makbuz senedi hükûmet icrâiyeye îtâ' kılındıktan sonra alınması lâzım gelen mülk cânib-i hükûmetten müşterî olan tarafa teslim ettirilir. Şu kadarki işbu muâmele tarafeynin zikr olunan kânûn ile haiz olduğu sâir hukukuna kat'an halel vermeyecektir. [S. 43.]

Îrâde-i Seniyye Tarihi fî 2 Safer Sene 1300 ve fî 1 Kânûn-ı evvel Sene 298.

DÜSTUR TERTİP 2, CİLT 6

NUMARA 92: İSTANBUL'DA VE VİLÂYATTA DÂİRE-İ BELEDİYE NÂMINA İSTİMLÂK OLUNACAK MAHÂLLERİN SÛRET-İ İSTİMLÂKİ HAKKINDA KÂNÛN-U MUVAKKAT

7 Rebûlevvel 1332-21 Kânûn-ı Sani 1329

[Takvim-i Vakayi ile neşr ve îlânı: 18 Rebûlevvel 1332 – 1 Şubat 1329
Numara 1728*]

Mâdde – 1: İstanbul'da şehremânetinin ve vilâyette devâir-i belediyenin müceddeden târîk açmak veya mevcut târîki tevsî' etmek veya umûmî bağçe ve meydan vücûda getirmek veya hastahâne ve darülaceze ve darüleytam têsîs ve inşâ eylemek ve pazar yerleri ve iskeleler ve mesîreler ve su yolları ve çeşme ve yangın havzaları ihdâs ve tevsî' etmek ve hıfzıssıha-i belde için inşâat ve ameliiyatta bulunmak gibi menâfi'-i umûmî olan husûsat için ebniyeli ebniyesiz mahâllerin istimlâkine salâhiyeti vardır.

¹ İstimlâk Kânûn-u Muvakkati dördüncü cilt düsturun 593 sâhifesinde münderiştir.

* Tashîh. Numara: 1736

Mâdde – 2: Belediyeler nâmına icrâsı iktizâ eden istimlâkate müteallik muâmelâtın îfâsı İstanbul'da şehremâneti encümenine ve vilâyette belediye meclislerine aiddir. İstanbul'da emânet heyet-i fenniyesi ve vilâyette belediye mühendisleri ve belediye mühendisleri olmayan mahâllerde nâfia mühendisleri tarafından istimlâki iktizâ eden mahâlin cinsi ve nev'ile mikdâr mesâhasini ve sâhibinin ismiyle cihet-i tasarrufiyesini ve bu mahâle belediyece müntehab muhamminler tarafından takdîr edilmiş olan bedeli tâyin ve irâ'e eder. Mükemmel ve mufassal bir harita tanzîm olunacak ve bu harita encümen-i belediye meclislerince bâdeltetkîk tasdîk olunduktan sonra lüzûm-u istimlâki mutazammın bir kıt'a-i mezkûreyle birlikte İstanbul'da Dâhiliye nâzırına ve vilâyette en büyük mülkiye mêmûruna takdim kılınacaktır. Dâhiliye nâzırı veya en büyük mülkiye mêmûri evrâkın usûlünden îtibâren nihâyet on gün zarfında emr-i istimlâkin menâfi'-i umûmîye îcâbından olup olmadığına dâir bir karâr-ı katî' ittihâz ederek keyfiyeti belediyeye teblîğ eyleyecektir. İşbu menfaat-ı umûmîye karârları kâbil-i istînâf ve temyiz değildir.

Mâdde – 3: Mâdde-i sâbıkanın son fıkrasında muharrer olduğu üzere bir mahâlin istimlâki tekrar(?) eylediği hâlde istimlâki îcâb eden mahâlin cins ve nev'ile mikdâr-ı mesâhası ve sâhibinin ismiyle cihet-i tasarrufiyesi ve tahmîn olunan bedel-i sûret-i vâz'ihada gazete olan yerlerde gazeteler ile îlân olunmakla beraber hükûmet konağı kapısına ve istimlâk olunacak mülkün bir mahâl-i münâsibine tâlik edilir ve ikâmetgâhu malum olanların ikâmetgâhında teblîğ edilir ve gazete olmayan [S. 176] mahâllerde tâlik ve teblîğ ile iktifâ edilir ve tâlik olunan varakalar tâlik olunduğu mahâllerde sekiz gün müddetle kalır. Eshâb-ı emlâkin tarih-i îlân veya teblîğinden îtibâren dokuz gün zarfında beyâna i'tirâza hâkları vardır. Şöyle ki i'tirâz vâki' ancak cihet-i tasarrufa veya istimlâki iktizâ eden mahâlin nev'ine ve istihkâka ve müştereklerin husûsuna ve mikdâr-ı mesâha veya bedele münhasır olabilip esbâb-ı îtirâzı hâvî-i arzuhâl İstanbul'da vâlîye ve taşrada mahâllenin en büyük mülkiye mêmûruna verilir. İtiraznâme îtâ olunduğunun ertesi günü meclis-i idârenin ahâli tarafından müntehab âzâsı ile haritaya tanzîm eden mühendis ve defter-i hâkânî mêmûrundan mürekkeb bir tetkîk komisyonu teşkîl olunur. İşbu komisyon muterizleri ve inde'l-hâce ikinci

mâddede muharrer tahmîn heyetini istimâ' ve mahâlinde tahkîkat ve mesâhat-ı lâzıma icrâ ve kuyûd-u hâkânî ile vergi defterlerini tetkîk ettikten sonra netâic-i hâsıluya göre nihâyet bir hafta zarfında bir mazbata tanzîm ederek i'tirâznâme-yi havâle eden mêmûra îtâ edecek ve işbu mazbata evrâdından ait bulunduğu dâire-i belediyeye irsâl ve teblîğ olunacaktır.

Mâdde – 4: Vilâyet-i meclis-i umûmîyyeleri her sene ictimâlarının ilk haftasında eshâb-ı emlâkten ve erbâb-ı vukûftan olmak üzere İstanbul için kırk ve vilâyet merkezi için otuz ve liva merkezi için yirmi ve kazâlarla mülhak nevâhîsi için on beş nefer-i hakem intihâb ve bunların esâmîsini ve şöhretleriyle mahâl-i ikâmetlerini mübeyyin bir kıt'a cetvel tanzîm edecek ve bu cetvelin bir nüshası mahâlleri mehâkim-i hukukiyyesine irsâl olunacaktır. Bir hakem sene-i intihâbiye zarfında müteaddid merkezler için müntehab olamaz.

Mâdde – 5: Bir mülkün kıymetini takdîrde bulunan muhammin hakem heyetinde bulunamayacağı gibi hakem heyeti meyânında bulunanlarda belediyelerce muhammin olarak istihdam olunamazlar ve mahkemece tâyin olunacak hakemler zarûret-i kânûniye olmadıkça eşhas-ı muayyeneye hasır edilmeyecektir.

Mâdde – 6: Üçüncü mâddede muayyen muâmelâtın îfâsından sonra dahî istimlâki mukarrer olan mahâlin mikdâr-ı bedelinde itlaf-ı(?) husûli kâbil olamadığı hâlde belediyeden keyfiyetin ait olduğu hukuk mahkemesine mürâcaat olunur. Mürâcaat vukû hâlinde muâmelât-ı istimlâkiyenin işbu kânûnda muayyen usûle muvâfık sûrette cereyân etmediği anlaşıldığı takdîrde ikmâl edilmek üzere red ve muvâfık olarak cereyân ettiği görüldüğü sûrette taraf-ı mahkmeden [S. 177] heyet-i hâkimeden tâyin olunacak bir nâibin riyâseti altında olmak ve mâdde-i sâbıkada musarrah hükümler meyânından iktizâ-i maslahata göre adedi âzâsı üçten dûn ve ondan efsun bulunmamak üzere bir hakem encümenine teşkîl ve bu encümene bîğaraz bir de mühendis terfik edilir. Hakem encümeni teşkîlini müteakib tarafeyni encümene dâvetle istimâ'dan ve tetkîkât-ı lâzıma icrâsından sonra tâyin bedelinde ihtilâf husûle gelen mahâlin istimlâk zamanındaki kıymet-i hukukiyyesini ittifak veya ekseriyat-ı ara ile bi't-tâyin buna dâir bıraktığı varaka-i

hükmüye-i tanzîm ve zeylini(?) cümlesi imza'yu tahtim eyledikten sonra nâib-i mahkeme mârifetiyle mahkemeye tevdî' eyler. İşbu muâmelenin îfâsı on güne tecavüz etmeyecektir. Hakem encümeninin tâyin edeceği bedelin belediyece tahmîn olunan mikdârdan nâkıs ve eshâbının taleb eylediği mikdârdan zaid olması caiz değildir.

Mâdde – 7: İstimlâk edilecek mahâl eshâbının şerik ve ecirleriyle Usûl-ü Muhâkeme-i Hukukiyye Kânûnunun altmış ikinci mâddesinin ikinci fıkrasında muharrer olduğu vech üzere onlara garâbet ve sıhrîyeti olanlar ve istimlâk husûsunda doğrudan doğruya veya bilvâsıta alâka ve menfaati bulunanlar hakem encümenine âzâ tâyin edilemezler. Hakem encümenine âzâ tâyin edilenler tağyir-i hakikat etmeyeceklerine dâir cânib-i mahkemededen tahlîf olunacaklardır.

Mâdde – 8: Altıncı mâdde mûcibince mahkemeye tevdî'ye olunan varak-ı hükmiyye-i mahkemece bi't-tetkîk muvâfık-ı usûl görüldüğü hâlde tasdîk ve tescil edildikten sonra birer katı' sûretleri tarafeyn ile defter-i hakanî mêmûriyetine teblîğ ve muvâfık-ı usûl görülmediği hâlde esbâb mûcebe beyânıyla ikmâl nevâkısı semeninde yine heyet-i hükmiyyeye îade olunur. Cânib-i mahkemededen tasdîk ve tescil olunan varaka-i hükmiyye kâbil-i istînâf olmayıp yalnız işbu kânûnda gösterilen usûle muhâlif ehvalden dolayı kâbil-i temyizdir. Temyiz dâvasının müddeti varaka-i hükme-i müsecelenin tarih-i teblîğinden îtibâren sekiz günden ibârettir. Bu cümle ile beraber temyiz-i dâva vukû-u istimlâk muâmelesinin te'hirini istilzâm etmez.

Mâdde – 9: Varaka-i hükmiyye ile takrîr eden bedel ya Ziraat Bankası veya Osmanlı Bankası şubelerinden birine teslim ve keyfiyet-i teslimi mübeyyen makbuznâme reîs-i mahkemeye tevdî' olunur ve baadettevdî' usûlü dâiresinde irsâl ve teblîğ olunacak ihtârname üzerine bi'r-rıza emri ferağ icrâ edildiği hâlde cânib-i riyâsetten verilecek emir tahrîri üzerine sâhibinin rızasına [S. 178] bakılmaksızın defter-i hâkânî mêmûrları tarafından muâmele-i ferağıye icrâ ve tasarruf senedi dâire-i belediyyeye îtâ olunur. Makbuznâmenin reîs-i mahkemeye tevdî' tarihinden îtibâren muâmele-i ferağıyenin icrâsına kadar iktizâ eden kâffe-i muâmelâtın ikmâli on güne tecavüz etmeyecektir.

Mâdde – 10: Vakıf ile eytam ve mahcûr ve mefkûd ve gâibe ait emlâkin muâmele-i ferağyyesi bi'l-icrâ bedelleri vakıf nâmına hazine-i evkâfa veya vasî ve vekillerine îtâ olunur.

Mâdde – 11: Bir târîkin veya meydanın tevsî'ine veya müceddeden küşâdına karâr verildikde yolun veya meydanın vüs'atinden fazla olarak tarafeynden ebniyeli ebniyesiz yirmişer metreye kadar mahâlleri istimplâke devâir-i belediyenin hâkkı olacaktır. İstimlâk sebebiyle mütebâkîsinden intifâ' kâbil olmayan veya hava veya ziyâsı veya manzarası hâleldar olan emlâkin eshâbı tarafından taleb vukûunda bu gibi mahâllerin tamamını istimplâke belediyeler mecburdur.

Mâdde – 12: İstimlâkten dolayı sokağın yüzeyine çıkmakla veya her ne sûretle olursa olsun sokağın yüzeyi artmakla veya üzerinde bulunduğu yolları kesip vüs'at etmekle kıymet-i tezâyüd eden mahâllerin kıymeti sâbıkasıyla kıymet-i hâzırası beynindeki farkın rub'u bir defaya mahsûs olmak ve dört sene zarfında mukasseten tahsil edilmek üzere menfaat-ı belediye nâmına rüsüm-u sâire-i belediye gibi tahsil olunur ve tezâyüd-ü kıymet bir kısmının istimplâkinden neş'et eylemiş ise belediye-i menfaatine tahsil olunacak mikdâr bedeli istimplâkten mahsup edilir, bundan mâadâ şerefiye nâmıyla bir şey alınmaz.

Mâdde – 13: Masârıfı muhâkeme ile ehl-i hibrenin masarılı zarûriyye ve seferiyyesi evvel emirde belediyelerce tesviye olunur. Şu kadar ki hakem encümeni tarafından îtâ olunup mahkemece tasdîk ve tescil kılınan tahkimnâmede tâyin ve takdîr olunan mikdâr belediye muhamminlerinin takdîr ettiği kıymete müsâvî ise masaraf-ı vâki eshâb-ı emlâkten tahsil olunur.

Mâdde – 14: İşbu kânûn tarih-i neşrinde îtibâren meri'ül icrâdır. İhtilaf veya i'tirâz vukûundan dolayı bedelat-ı eshâbına bi't-te'diye emri ferağ ve teferruğu henüz icrâ olunamayan ve kezâlik henüz hakem encümenine havâle edilmeyen dâva hakkında dahî bu kânûn ahkâmı cârî olacaktır. Şu kadar ki evvelce mahkeme karârına iktirân eden husûsat bu mâdde hükmünden müstesnadır.

Mâdde – 15: İşbu kânûnun hinneşrinde meclis-i umûmîyeleri mün'akid olmayan vilâyetlerde hakem heyetleri mahâlli mahkemesi mârifetiyle intihâb olunur. [S. 179]

Mâdde – 16: İstimlâk olunan mahâllerde mukarrer olan tevsîat ve inşâattan şehremâneti veya belediyeler sarf-ı nazar ile muâmelâtı iptal ederlerse bedel-i istimlâki iâde ile eshâbının evvel mahâlleri istirdâda salâhiyeti vardır.

Mâdde – 17: İşbu mevâd-ı kânûniye yalnız belediyelere ait istimlâkte de tatbîk olunacaktır.

21 Cemâziyelevvel 1296 ve 24 Teşrînisâni 1295 tarihli istimlâk karârnamesiyle 2 Sefer 1300 tarihli zeylin belediyelere müteallik istimlâk muâmelâtının hükmü münfesihtir.

Mâdde – 18: İşbu kânûnun icrâ-i ahkâmına Dâhiliye ve Adliyye nâzırları mêmûrdur.

İşbu lâyiha-i kânûniyenin meclis-i umûmîyenin küşâdında kânûniyeti teklif olunmak üzere muvakkaten mevku-u merîyyeti vaazını ve kavânîn-i devlete ilâvesini irâde ederim. [S. 180]

7 Rebiülevvel 1332 – 21 Kânûn-ı Sâni 1329

Mehmed Reşad

Adliyye Nâzırı Dâhiliye Nâzırı Sadrazam

İbrahim

Talat

Mahmud Said

DÜSTUR TERTİP ZEYL, CİLT 2

(MENÂFİ'-İ UMÛMÎYYE İÇİN İSTİMLÂK-I EMLÂK HAKKINDA
KÂNÛN-I VİLÂYETTİR.)

Nizâmnâme-i hazreti pâdişahiye olarak Nizâmnâme-i Dâhiliyenin onuncu ve elli dördüncü ve dört yüz seksen sekizinci maddeleri mücibince Rumeli-i Şarkıyye Vilâyetinde Menâfi'-i Umûmîyye İçin İstimlâk-ı Emlâk Hakkında bi't-tanzîm 1880 senesi Teşrînisânîsinin 22. günü meclis-i umûmîye vilâyetten kabûl olunup lede'l-arz mer'iyyeti hakkında irâde-i seniyyeye müteallik ve şeref sudûr. Buyrulan işbu kânûn ahkâmının ve îlâmın vâlîsi bulunduğum Rumeli Şarkıyye'de düstûr-ül amel tutulmasını îlân ederim. [S. 95.]

BİRİNCİ FÂSİL

(AHKÂM-I MUKADDİME)

Birinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîye için istimplâk-ı emlâk idâre-i adliyye tarafından icrâ olunur.

İkinci Mâdde: Mehâkimce istimplâk-ı emlâk işbu kânûnnâmenin tâyin ve tasrîh eylediği suver üzere menâfi'-i umûmîyeyi mücib olacağı tebeyyün ve mütahakkık olmadıkça icrâ olunmaz.

(1) Suver-i(?) mezkûre bir kânûnun veya Nizâmnâme-i Dâhiliyenin 155. maddesi mücibince meclis-i umûmî-i vilâyetin verdiği bir karârın veyâhut bir irâde-i umûmîye nizâmnâmesinin istimplâk-ı emlâka lüzûm görülen mahâllerde icrâi ameliyyata mezûniyet vermesinden (2) ve kânûnun tâyin etmeyip istimplâki îcâb eden emlâk-ı sancak mutasarrıflıklarının karârnameyiyle tasrîh edilmesinden (3) istimplâk olunacak olan husûs-u emlâkin muahharan sancak mutasarrıfları tarafından diğerk bir karârname ile tâyin ve beyân olunmasından ibârettir. Ancak işbu karârnamenin ikinci fâslında beyân olunan usûl ve kavâide mutâbık bir sûrette alâkadârların îtirâzına lâzım gelen mehîl îtâ' olunduktan sonra emlâk-ı mahsûsa istimplâk olunabilir.

Üçüncü Mâdde: Menâfi'-i umûmîye için dâhil-i vilâyette istimplâk-ı emlâk idâre-i mülkiyyece icrâ kılınacak tahkîkattan sonra bir kânûn ve iki veyâhut birkaç sancağın menâfi'ne taallûk eden istimplâk-ı emlâkin ancak

Nizâmnâme-i Dâhiliyenin 155. maddesi mücibince icrâ olunabilir. Menâfi'-i mezkûreye müteallik olmayan emlâk-i idâre-i umûmîye nizâmnâmesi şeklinde tanzîm olunacak bir karârname ile istimlâk edilebilir. İşbu iki sûrette dahî gerek meclis-i umûmîye-i vilâyet karârının ve gerek idâre-i umûmîye nizâmnâmesi ahkâmının icrâsından mukaddem idâre-i mülkiyece tahkîkat icrâ edilir. Tahkîkat bir idâre-i umûmîye nizâmnâmesinin tâyin eylediği vechîle icrâ olunacaktır.

İKİNCİ FÂSİL

(İSTİMLÂK-I EMLÂK HAKKINDA TEDÂBİR-İ İDÂRE-İ MÜLKİYE)

Dördüncü Mâdde: İcrâ-i amelîyyata mêmûr olan mühendisler veyâhut erbâb-ı fûnûn istimlâki îcâb eden ebniye veyâhut arsanın mensûb olduğu cemâatler nispetinde parça parça planlarını tanzîm edeceklerdir.

Beşinci Mâdde: Husûsi emlâkin tanzîm olunacak planları her sâhib-i emlâkin [S. 96.] esâmîsini hâvî olarak mensûb olduğu cemâat dâire-i belediyesinde sâhiblerinin mâlûmâtı olmak üzere on beş gün tevkîf olunacaktır.

Altıncı Mâdde: Bend-i sâbıkta gösterilen on beş gün müddet alâkadâr olan eshâb-ı emlâkin tanzîm olunan planlara mâlûmâtı olmak üzere kendilerine haber verildiği günden îtibâr edilecektir. Eshâb-ı emlâke usûlü dâiresinde haber verileceği gibi kâise[kenise] kapılarına ve hükûmet-i mahâlliye dâirelerine tâlik olunacaktır. İlânnâmelerle îlân ve köy kâhyaları vâsıtasıyla neşr edilir. Bundan başka vilâyette tab' ve neşr olunan gazeteler mârifetiyle de îlân ve işâa kılınır. İşbu usûle riâyet olunmadıkda istimlâk-i emlâk meşrû' olamaz. Eshâb-ı emlâke îtâ-i mâlûmât olundukda mutasarrıf oldukları arâzînin ahvâlini tebdîl edecek amelîyyata devam etmemeleri ve amelîyyat-ı mezkûreye teşebbüs eylememeleri maddesi de ilâvât-ı beyân edilecektir.

Yedinci Mâdde: Bend-i sâbık ahkâm-ı hilâfında eshâb-ı emlâk taraflarından icrâ kılınacak amelîyyatın kıymeti istimlâk edilen emlâk bedelinin tazmininde nazarı îtibâra alınmayacaktır. Ancak kâide-i elzemiyeti tahakkuk eden amelîyyat istisnâ' kılınır. İstimlâki îcâb eden emlâkin ahvâl-ı kâdimesi tebdîl edilecek sûrette icrâi amelîyyatın

memnû'âtı bir seneden ziyâde olmayacaktır. İşbu müddet zarfında emlâk-ı mezkûre bir hüküm ve karâr ile istimplâk olunmadığı ve memnû'ât-ı mezkûre zararı mûcib olduğu takdîrde mutazarrır olan eshâb-ı emlâkin tazmînât talebine hâkkı bulunacaktır.

Sekizinci Mâdde: İlânâmeleri müdürler imza' eder. Bundan başka bir zabıtnâme tanzîm edib bunu alâkadârlara imza' ettirecekleri vâkit mezkûr zabıtnâmeye alâkadârların şîfahen vâki' olan beyânları ve tahrîren verecekleri evrâkı ilâve ve rabt eyleyeceklerdir. İşbu zabıtnâme beşinci mâddede gösterilen müddetin nihâyetinde tanzîm edilir.

Dokuzuncu Mâdde: Beşinci mâddede beyân olunan on beş gün müddetin hitâmında kazânın reîsi idâresinde bir komisyon teşkîl eder. İşbu komisyon heyeti kazâ kâimi-makâmının tahtriyâsetinde olarak sancak meclisi umûmîsinden ve kazâ kâim-i makâmılığı tarafından müntehab dört âzâdan ve emlâkin mensûb olduğu cemâat reîsinden ve amelîyyatın icrâsına mêmûr olan mühendislerin birinden mürekkeb bulunacaktır. Eğer istimplâk edilecek olan [S. 97.] emlâk birkaç cemâate mensûb bulunur ise mezkûr komisyonda bulunacak olan cemâat reîsleri emlâk-ı mezkûrenin kangı[hangi] cihetinde icrâ-i amelîyyat edilecek ise o cihete mensûb olacak cemâat reîsleri olacaktır. Komisyonun mezkûr müzekeratının müessir olması âzâsından hiç olmaz ise beş kişinin mevcûd bulunmasına menûttur. Komisyon-u mezkûr âzâsı altı kişi olup da ihtilâf-ı efkâr zuhûr ettiği takdîrde reîsin reyî iki rey makâmına kâim olur. Emlâk-ı istimplâk edilecek olanların sâhibleri komisyon-u mezkûrede hazır bulunmayacaklardır.

Onuncu Mâdde: Komisyon-u mezkûr sekiz gün müddet eshâb-ı emlâkin iştikâsını ahzeder ve îcâbı hâlinde eshâb-ı merkûmeyi celb ile reyini îtâ eyler. Komisyon vezâifini on günde hitâma îsâl edecek ve ondan sonra kâim-i makâm tarafından tanzîm olunan zabıtnâme mutasarrıfa irsâl olunacaktır. Müddet-i mezkûre hitâmında komisyon vezâifi hitâm bulunduğu takdîrde reîs bulunan kâim-i makâm üç gün zarfında mutasarrıfa zabıtnâme ile merbût evrâkı irsâl eyleyecektir.

On Birinci Mâdde: Mühendis tarafından komisyona îtâ kılınacak harita üzerine komisyon-u mezkûr icrâi tâdilât etmek istediği hâlde reîs bulunan kâim-i makâm altıncı mâdde mûcibince alâkadâr olan eshâb-ı

emlâke hemen mâlûmât verecektir. İşbu mâlûmâtın îtâ olunduğu günden îtibâren sekiz gün müddet içinde zabıtnâme ile evrâk-ı sâire-i kâim-i makâmın kaleminde hıfzolunacaktır. Alâkadâr olanlar evrâk-ı mezkûre mallarına(?) kalem-i mezkûrdan ahz etmeksizin bilâharâc ve masraf kesb itlâ' edecek ve ihtâr ve i'tirâzlarını tahrîren bildireceklerdir. Bundan sonra üç gün zarfından reîs bulunan kâim-i makâm evrâk-ı mezkûreyi mutasarrıfa irsâl eyleyecektir.

On İkinci Mâdde: Zabıtnâmenin ve merbûtu bulunan evrâkın mütâlâasından sonra bir karâr-nâme ile mutasarrıf iştirâ olunacak emlâkin esbâb-ı iştirâsını hükûmet tarafından tasrîfi lâzım gelen zamanı tâyin eyleyecektir. Ancak komisyonun karârı üzerine ameliyyat haritasınca tâdilât-ı icrâsı mâddesinden mutasarrıf-ı Dâhiliye müdürlüğünden bu bâbda verilecek rey ve karâra göre hareket eyleyecektir. [S. 98.] Dâhiliye müdüriyeti îcâbına göre mevâdd-ı sâbıkada beyân olunan usûlün tamamen veyâhut kısmen icrâsına karâr verecektir.

On Üçüncü Mâdde: Bir cemâatin menâfi'-i için veyâhut bir iki köy beyninde küşâd olunacak târîke lüzûm görünmesi hasebiyle bir mülkün istimplâki iktizâ eder ise işbu kânûnun dokuzuncu ve onuncu ve on birinci mâddeleri mevki'-i icrâiye vâz' olunmaz. Fakat sekizinci mâddede beyân olunan cemâat meclisinden zabıtnâmesi müdür tarafından kazâ kâim-i makâmına gönderilir ve o da kendi mütâlâatıyla birebir mezkûr zabıtnâmeyi mutasarrıfa irsâl eyler. Mutasarrıf işbu zabıtnâme üzerine meclis-i liva bi'l-müzekkere ol bâbda verilecek karâr-ı kat'ıyyeyi Dâhiliye müdürlüğüne tebliğ eder.

ÜÇÜNCÜ FÂSIL

(İMTİYAZLI VE TERHİN EDİLMİŞ OLAN VESÂİR HUKUK-U MEŞRÛ'AYI HÂİZ BULUNAN EMLÂKİN İSTİMLÂKİ VE BUNDAN HÂSIL OLACAK NETÂİC BEYÂNINDADIR)

On Dördüncü Mâdde: İşbu kânûnun beşinci mâddesinde musarrah olduğu vechîle îtâ kılınan veyâhut on ikinci mâdde mûcibince tâdil edilen planların icrâsı için eshâbı sabî veya gaybûbet etmiş veyâhut hâk mutasarrıfa müstahak bulunmuş ise o makûleler idâre taraflarından mahkeme ve müdde-i umûmiye mârifetiyle emlâk-ı mezkûrenin vukû bulacak istîdâ' üzerine istimplâkine hüsn-ü rıza gösterebilirler. Bir

sübyanın istimlâk-ı emlâki mensûb olduğu hükûmet-i mezhebiye tarafından verilecek ruhsât üzerine icrâ olunabilir. Bunun bedeli hükûmet-i mensûbesi tarafından iktizâ eyleyen mahâlde hıfz veyâhut isti'mâl olunur. Bu yolda olan emlâkin iştirâsı husûsunda sancak mutasarrıfları, sancak meclisi kebîriyle bi'l-müzâkere îfa-i muâmele edebilir. Müdürlere veyâhut idâre mêmûrları cemâat malı veyâhut umûma müteallik olan emlâki belediye meclisinin ruhsâtıyla veyâhut ihtiyar meclisinin reyiyile istimlâk edebilip bunlar mutasarrıfa meclis tarafından tasdîk olunmak muktezîdir. Tasarrufu vilâyete ait olan emlâk mâliye müdürünün reyiyile istimlâk olunur.

On Beşinci Mâdde: İstimlâki îcâb edip veyâhut vasîleri tarafından hüsn-ü rızâ gösterilmeyen emlâkin iştirâsına dâir îtâ' kılınan kânûn veyâhut karârname mutasarrıf tarafından merbût evrâkiyla beraber işbu kânûnun ikinci mâddesiyle ikinci fâsılında [S. 99.] tasrîh olunan usûl-ü dâiresinde ve on ikinci mâddesi mûcibince emlâkin kâin olduğu sancağın müdde-i umûmîsine gönderilir.

On Altıncı Mâdde: Müdde-i umûmîyeye evrâk-ı mezkûrenin ahzından ve işbu kânûnun ikinci mâddesi ve ikinci fâslı mûcibince usûl-ü dâiresinde mâlûmâtı icrâ olunduğunu tasdîk ettikten sonra mahkemenin tensîbi üzerine menâfi'-i umûmîye için mutasarrıfın karârnamesinde tasrîh edilen emlâkin istimlâkini talep ve icrâ eder.

Mutasarrıfın karârnamesindeki sene-i muharrere zarfında iştirâ olunacak emlâkin istimlâki icrâ olunmadığı takdîrde emlâk-ı mezkûre eshâb-ı mahkemeye arzuhâl taktim edebilir. Böyle bir istîdâ'' vukûunda müdde-i umûmîye arzuhâli bilâte'ehir mutasarrıfa irsâl edecek ve ondan sonra üç gün zarfında hüküm îtâ eyleyecektir.

On Yedinci Mâdde: On altıncı mâdde de dahî beyân olduğu üzere mahkemenin vereceği hüküm ve îlâm emlâkin kâin olduğu cemâat dâhilinde neşr ve duyurulara tâlik olunur. Bundan başka îlâm-ı mezkûr merkez vilâyet gazeteleriyle sancakta neşrolunan gazetelerle îlân edilir. Mahkemelerin îlâmı eshâb-ı emlâkin esâmîsini ve esbâb-ı mûcibesiyile hükmünü hâvî olduğu hâlde emlâkin kâin bulunduğu kazâ dâhilinde emlâkin mezkûre eshâbının dâire-i belediyeye ve vukû bulan beyânnâmelerinde tâyin edecekleri mahâle teblîğ olunacak ve ancak

mahâlleri beyân ve tâyin olunmayan eshâb-ı emlâk için emlâk-ı mezkûrun bir sûreti müdfire ve emlâkin kâin olduğu mahâllin bekçisine îtâ kılınacaktır.

İşbu usûle riâyet olunmaz ise istimlâk-ı emlâk meşrû' olamaz. Şu usûl-ü meşrû'a' ile beraber işbu kânûnda tasrîh olunan usûl-ü sâirenin dahî icrâsı muktezîdir.

On Sekizinci Mâdde: On yedinci mâddede beyân olunan usûlün icrâsından sonra hüküm-ü îlâm-ı kazânın emlâk-ı merhûne defterine terhînat nizâm-nâmesinde gösterileceği vechîle kayıt edilecektir.

On Dokuzuncu Mâdde: Bir mûcib-i nizâm veya îlâm veya mukâvele-i istiğlal edilmiş ve imtiyâzlı bulunmuş olan emlâkin defter-i mezkûre on beş gün zarfında kayıt ettirilmesi muktezîdir. Bu kayıt müddet-i mezkûre zarfında icrâ' olunmadığı takdîrde istimlâki icrâ olunan emlâk ne cins olur ise olsun her türlü imtiyâzat ve kuyûd-u terhiniyyeden vareste bulunacak ve fakat bundan dolayı emlâk-ı mezkûreye mutasarrıf bulunan sabîlerle bilfiil tasarruftan [S. 100.] mahrûm olanların hukukuna dokunulmayacaktır. Bunlara ait olup alacaklılar arasında katîyyen tasfiye pezir olmayan tazmînât îtâ kılınacaktır. Alacaklı tanınanlar tazmînât-ı mezkûreyi tezeyyüd etmeye hâkları olmayacak ve fakat dördüncü fâsıl mûcibince tâyin olunmasını talebe salâhiyetleri bulunacaktır.

Yirminci Mâdde: On sekizinci mâddede dokuzuncu mâddelerin ahkâmı istiğlalat-ı kânûnnâmesinin mevki'-i icrâyâ vâz'ından sonra cârif olacaktır.

Yirmi Birinci Mâdde: İstirdâd ve ikâle-i bey' dâvaları ve deâvî sâire istimlâk-ı emlâka mâni' olamaz. Hâk müteallip emlâkin kıymeti üzerine zam olunarak bu sûretle emlâk-ı mezkûre her türlü müteallipten teberrîyye kılınacaktır.

Yirmi İkinci Mâdde: On yedinci mâddenin birinci fıkrasıyla on sekizinci ve on dokuzuncu ve yirminci mâddeleri ahkâmına hükûmet ile eshâb-ı emlâkin bey'ninde sûret-i sulhiyyeye dâir mukâvele akt olunmuş ise dahî hâlel gelmez.

Emlâkin istiğlalden tahliyesini icrâ için lâzım gelen usûl dâiresinde hareket olunmaz ise dahî emlâk-ı mezkûrenin istimlâkine

hâlel gelmez. Ancak bu bâbda işbu kânûnun dördüncü fâslında beyân ve tasrîh olunmuş olan usûl dâiresinde muahharan alâkadârların hukukunu talep ve istîdâ' edebilecekleri mâddesi istisnâ' edilir.

Yirmi Üçüncü Mâdde: Hükm-ü îlâm isfînâfen târiz kabûl edib sûret-i meşrû'ada sâir vesâit-i târiziyenin hükmü yoktur. İstinaf için verilecek arzuhâller bidâyeten rü'yet-i dâva eden mahkeme îlâmının teblîğinden sekiz gün sonra taktim ve îtâ' olunmak îcâb edib îlâm-ı mezkûr on yedinci mâddede beyân olduğu vechîle ya doğrudan doğruya müdde-i aleyh veyâhut amelîyyatın iktizâ ettirdiği hâle göre mutasarrıf veyâhut müdüre üç gün zarfında teblîğ olunur. Mahkeme reîsi tarafından evrâk-ı lâzıme dîvân-ı âlîye muhâkematın hukuk şubesine gönderilir ve dîvân-ı mezkûr cânibinden dahî otuz gün zarfında hüküm lâzım-ı îtâ' olunur. Dîvân-ı mezkûrun îlâmı i'tirâz kabûl etmediği gibi îlâm-ı mezkûr üzerine îade-i muhâkeme dahî edilemez.

DÖRDÜNCÜ FÂSIL

(TAZMÎNÂTIN SÛRETİ İTÂ'SI)

(KISM-I EVVEL)

Yirmi Dördüncü Mâdde: On yedinci mâdde mûcibince teblîğın vukûundan sekiz gün [S. 101.] zarfında emlâk sâhibi mukataa cinsini veya müste'cîrini veyâhut hukuk kânûnnâmesinin tâyin eylediği vechîle emlâk-ı mezkûre üzerine hâkk-ı intifa' bulunanları veyâhut emlâk-ı mezkûre senedâtının veyâhut senedât-ı sâire ile bedel ve tekâlîf talep edenleri beyân edecektir ve eğer beyân etmez ise bunların talep edeceği tazmînâta karşı yalnız kendisi mükellef kalacaktır. Sâir alâkadârlar altıncı mâdde mûcibince vukûu bulacak teblîğât üzerine hukuklarını yedinci mâddede gösterilen teblîğâtın îtibâren sekiz gün zarfında hükûmetten talebe mecbur olup bunun hilâfında hareket edenler tazmînât hukukundan mahrûm olacaklardır.

Yirmi Beşinci Mâdde: İşbu kânûnun eshâb-ı emlâk ile dâyinlerine müteallik olan ahkâm-ı gaalle huvar(?) ve mutemettilere ve bunların alacaklılarına dahî şâmilidir.

Yirmi Altıncı Mâdde: Yirmi dördüncü mâdde mûcibince tâyin olunan mehil zarfında eshâb-ı emlâk veyâhut alâkadârların mürâcaatında

hükûmetin tensîb eylediği tazmînâtı onlara beyân ve teblîğ eyler. Tensîb olunan tazmînât altıncı mâdde mücibince neşri' îlân olunur.

Yirmi Yedinci Mâdde: Hükûmetin tazmînât-ı mezkûreyi teklifinden sonra on beş gün zarfında eshâb-ı emlâk veya alâkadârlar tazmînât-ı mezkûreyi kabûl edecekler ve kabûl etmedikleri takdîrde münâsip gördükleri bedel-i tazmînâtı beyân eyleyeceklerdir.

Yirmi Sekizinci Mâdde: Vasîler ile eshâb-ı gaybûbet edenlerin muvakkaten vekâletinde bulunanların yirmi altıncı mâddede beyân olduğu üzere tazmînât-ı mü[k]tesâbenin on dördüncü mâddede beyân olunan usûl dâiresinde mezûniyet-i lâzıme yi hâiz olmadıkça kabûlü muteber olamaz.

Yirmi Dokuzuncu Mâdde: Mâliye müdürü ve mutasarrıfları ve kâim-i makâmı ve idâre mêmûrları vilâyete müteallik olan emlâk için teklif olunan tazmînâtı on dördüncü mâddede beyân olan usûl dâiresinde kabûl edebilirler.

Otuzuncu Mâdde: Yirmi sekizinci ve yirmi dokuzuncu mâddelerde beyân olunan ahkâmın icrâsı îcâb eder ise yirmi yedinci mâddede zikrolunan on beş gün bir mâhe(?) temdit edilecektir.

Otuz Birinci Mâdde: Yirmi yedinci ve otuzuncu mâddede beyân olunan mehil zarfında hükûmetin teklif eylediği tazmînât kabûl olunmadığı takdîrde hükûmetin kıymet teklifini ve on yedinci mâdde mücibince eshâb-ı emlâk veyâhut alâkadârların taleb ettiği [S. 102.] mikdâr-ı tazmînât-ı mübeyyen lâzım gelen defteri ve emlâk-ı mezkûrenin planları ile alâkadârların müteallip ve îtirâzını hâvî evrâk-ı bi'l-ibrâz iktizâ eden sancak mahkemesine hâl ve tesviye-i maslahat olunmak üzere mürâcaat edecektir. Bundan başta hükûmetin mehâkime mürâcaatına ...?.. teklif olunup eshâb-ı emlâk veyâhut alâkadârların kabûl etmediği mikdâr-ı tazmînât dahî münderiç bulunacaktır.

Otuz İkinci Mâdde: Mahkeme tarafından mürâcaat vukûundan sonra nihâyet bir ay zarfında bir ictimâ-i aleni akt olunarak bu ictimâde alâkadâr olan tarafın muhtasaran i'tirâzâtını dermeyân edilecektir.

Tazmînâtın mikdârını tâyin için iktizâ eden evrâk ve senedât-ı sahîhanın adem-i vücûdu hâlinde alâkadâr olan tarafından intihâb olunacak üç muhâmmen vâsıtasıyla emlâkin kâin olduğu mahâlde takdîr-

i kıymeti husûsuna cânib-i mahkemededen karâr verilmesi iktizâ edecektir. Ancak alâkadâr olan tarafının gıyâbı veyâhut muhamminlerin intihâbına adem-i muvâfakatî hâlinde mahkemenin karârıyla ve âzâsından birisiyle tâyin olunan yevm ve saatte emlâkin bulunduğu mahâlde bilâzime tahmîn ve takdîr-i kıymet edilecektir. Mahkemededen tâyin kılınacak muhamminlerin adem-i kabûlü için üç gün mehil verilip bu müddetin hitâmında muhamminlerin adem-i kabûlü ancak eshâb-ı meşrû'aya irâ'e hasıl olabilir. Bu hâlde ise mahkemenin âzâsından tâyin eylediği komiser iktizâ eden muhamminleri bir müddet-i galile zarfında intihâb eder.

Otuz Üçüncü Mâdde: Muhamminler münâza'fih olan mahâlde ve mahkeme âzâsından bulunan komiserlerin huzûrunda tahlîf olunur ve bu muhamminlerden emlâkin bulunduğu mahâlde bulunmayan olduğu takdîrde komiser tarafından diğeri tâyin kılınır. Tazmînâtın tâyini için iktizâ eden evrâk komiserine îtâ' olunur. Komiser mahkemelerden iktizâ eden mâlûmâtı istihsâl edebilir ve kendiliğinden veyâhut alâkadâr tarafından birinin teklifi üzerine şehâdeti iktizâ eden kimseleri celb ile onların mâlûmâtını muhamminlerin ve alâkadâr olanların huzûrunda istihsâl eyler ve ondan sonra bunun bir zabıtnâmesine tertîb eder. İşbu zabıtnâmeye şehâdet edenlerin muhamminlerin beyânatına ve efkârını derciyle mahkemenin ictimâ-ı aleniyesinde [m]ahkemeye takdim eyler. Alâkadâr olan tarafının mezkûr zabıtnâmenin bir sûretini almaya ve bunu kırâet etmeye mezûniyeti vardır. [S. 103.] Mahkeme muhamminlerin raporatları vechile karâr ve hüküm vermeye mecbur değildir.

Otuz Dördüncü Mâdde: Komiserin zabıtnâmede beyân eylediği gün maslahat-ı mahkemenin ictimâ-i aleniyesinde mevkî-i müzâkereye konulur. Alâkadârlarıyla müdde-i umûmîyenin iddiâları dermeyân kılındıktan sonra mahkeme tazmînâtı bi't-tâyin yevm-i ictimâdan îtibâren nihâyet on gün zarfında hüküm ve îlâmı îtâ' edecektir.

Otuz Beşinci Mâdde: Mahkeme eshâb-ı emlâk ile mukataa ve müste'cîr vesâir alâkadârlara yirmi dördüncü mâddede beyân olunduğu üzere iktizâ eden tazmînâtı ayrı ayrı tâyin edecektir. Eğer istimplâk olunacak emlâkin mütemennî var ise mahkemededen emlâkin kıymeti kâmileleri üzerine toptan bir tazmînât tâyin kılınır. Eshâb-ı emlâk ile

mutemettî'in istimplâk olunacak emlâke karşı hâk iddiâları olamayıp ancak tazmînât-ı mezkûre mikdârınca i'tirâz ve iddiâyâ hâkları olacaktır.

Mutemettî'den kîfayet akçesi alınır. Her ne vâkittteki esas hukuk üzerine veyâhut taleblerin hâk ve salâhiyetleri gibi tazmînâtın tâyine müteallik olmayan münâzaa zuhûrunda mahkeme bu münâzaanın hâlini ait olduğu cihete havâle yalnız tazmînât meselesini hâl ve tasfiye eder. Tâyin olunan tazmînât hükûmetin teklif eylediğinden aşağı ve alâkadârların taleplerinden ziyâde olmayacaktır.

Otuz Altıncı Mâdde: Mahkeme tarafından tâyin olunan tazmînât hükûmetin teklif eylediği mikdâr-ı tazmînâttan ziyâde olmayıp da mahkemenin bir karârına alâkadârlar ittibâdan istinkâf ederlerse o hâlde alâkadârlar mahkeme masarîfatını tevdî için mahkûm edilir ve eğer mahkemenin tâyin eylediği tazmînât alâkadârların talep eylediği tazmînâta muâdil olur ise o hâlde dahî hükûmet masarîfât-ı mezkûreyi tediye mahkûm kılınacaktır. Tazmînât-ı mezkûre hükûmetin teklif eylediği tazmînâttan ziyâde ve alâkadârların talebinden aşağı ise mahkeme masarîfât-ı hükûmetle alâkadârlar taraflarından mahkemenin karârıyla onların teklifleri nispetinde olarak bi'ttaksîm tasfiye edilir. Tazmînâta hâkkı olanlardan birinin talebi yirmi sekizinci ve yirmi dokuzuncu mâddelerde tasrîh olunan mevâdda tevâfuk etmediği ve yirmi yedinci mâdde mûcibince hareket eylemediği hâlde mahkemenin kıymet-i emlâki tâyininde karâr-ı muahharı nasıl olur ise olsun ol şahıs masarîfatı lâzıme tediye için mahkûm edilecektir. [S. 104.]

Otuz Yedinci Mâdde: Mahkemenin verdiği karârın mevkî-i icrâiye vâz'-ı beyân olduğunda mahkeme hükûmet-i istimplâk olunacak emlâke tasrîfe salâhiyet verip ancak hükûmetin bu bâbda beşinci fâsıl ahkâmı mûcibince hareket etmiş olması lâzım gelir.

Otuz Sekizinci Mâdde: Tazmînâtın tâyininini mübeyyen olan hüküm ve îlâma karşı vukûu bulacak dâvayı i'tirâz dîvân-ı âlî-i muhâkematta istînâfen rü'yet olunabilip başka sûretle olamaz. İstinâf için mahkeme-i ibtidaiyeye verilecek arzuhâller on beş gün zarfında îtâ' olunur.

Dîvân-ı âlî-i muhâkematin gıyâben dahî îtâ' eylediği hüküm i'tirâz kabûl etmez.

Otuz Dokuzuncu Mâdde: Dîvân-ı âlî-i muhâkematın îtâ' eylediği îlâmda gösterilen tazmînât bidâyet mahkemesindeki îlâm-ı tazmînâtta ziyâde ise o hâlde hükûmet îlâmın teblîğini sekiz gün zarfında noksan tazmînâtı ikmâl mecburdur. Eğer hükûmet bu sûretle hareket etmeyecek olur ise eshâb veyâhut alâkadârların istimlâk edilen emlâk üzerinde vukû bulan ameliyyatı tatil ettirmeye hâkları olacaktır.

KISM-I SÂNÎ

(TAZMÎNÂTIN TÂYİNİ İÇİN İTTİHÂZ OLUNACAK USÛL VE KÂİDE BEYÂNINDADIR.)

Kırkıncı Mâdde: Hükûmet emlâk-i istimlâk olunan emlâk sâhibine tazmînât hâkkını inkâr etse mahkeme bu inkâr mâddesine bakmayarak ve bunu iktizâ eden mahâle havâle ederek yalnız tazmînât-ı lâzımeyi tâyin edecektir. Tazmînât-ı mezkûreyi iki tarafın münâzaaları bertaraf oluncaya kadar iktizâ eden tarafa verilmek üzere depozito olarak hıfz eder.

Kırk Birinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîye için kısmen iştirâsı lâzım gelen ebniye eshâbı yirmi yedinci ve otuzuncu mâddelerde gösterilen müddette mahkeme bu mürâcaat ile ebniye-i mezkûrenin katıyyen ve kâmilen iştirâsını talep ederler ise ebniye-i mezkûre ol sûretle iştirâ olunur. Bir arsanın parçalanmasından dolayı vüs'at-ı kâdimesinin rub'u nispetinde bulunan yerin dahî iştirâsı için ânifen zikr olunduğu üzere muâmele edilir. Mamafih mezkûr bir sâhibinin ittîsâlinde başka bir arsası olmaması ve mezkûr yerin on metreden aşağı vüs'atte bulunması îcâb eder. [S. 105.]

Kırk İkinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîye için icrâ olunan ameliyyattan dolayı parçalanıp kıymeti tezâyüd eden arsa için tâyin kılınacak tazmînâtta işbu tezâyüd kıymet-i hesaba alınacaktır.

BEŞİNCİ FÂSİL

(TAZMÎNÂTIN SÛRET-İ TE'DİYESİ)

Kırk Üçüncü Mâdde: İstimlâk edilecek emlâkin tazmînâtı mahkeme tarafından emlâk-ı mezkûreye tasrîf olunmazdan mukaddem tâyin kılınarak emlâk-ı mezkûre eshâbına veyâhut vekillerine teslim olunur. Bunlar tazmînât-ı mezkûreyi ahızdaki istinkâf eyledikleri takdîrde

emlâkin kıymetine karşı edilen teklif-i hâkikiye depozito edildikten sonra emlâk-ı mezkûre taht-ı tasarruf alır.

Eğer istimplâk edilecek emlâk üzerinde icrâ edilen ameliyyat vilâyet ve sancaklar tarafından vukûu bulur ise o hâlde emlâk-ı mezkûrenin kıymetine karşı teklif edilen tazmînât mahkemenin tensîbi vechîle bir havâlenâme ve sened-i mahsûsa ile tesviye edilir ve işbu senedde gösterilen mahâlli mal sandığı muhâsebecisini tasdîkiyle sandık veznedârı tarafından te'diye edilir. Eğer eshâb-ı emlâk sened veyâhut havâlenâme-i ahzdan istinkâf ederler ise o hâlde tazmînât akçesi depozito edilerek emlâke tasarruf olunur.

Kırk Dördüncü Mâdde: İstimlâk olunan emlâk rehin makâmında istiğlal olunmuş veyâhut münâzaa'fih bulunmuş olup da kıymetinin eshâbı yedine teslimince müşkilât zuhûr eder ise emlâk-ı mezkûrenin tazmini için temîn akçesi îtâ' edilmez. Ancak bu hâlde emlâk bedeli depozito edilerek muahharan kime râcî olur ise onlara verilir.

Kırk Beşinci Mâdde: Eğer istimplâki îcâb edeceği karâr ve hüküm altına alınan emlâkin altı ay zarfında tazmînâtı tâyin olunmaz ise alâkadâr olanlar tazmînât-ı mezkûrenin yeniden tâyin olunmasını talep hâkları olacaktır. Tâyin olunan tazmînât mahkemenin karârından sonra altı ay zarfında îtâ veyâhut depozito edilmediği takdîrde müddet-i mezkûreden sonra ancak tazmînât-ı mezkûreye güzeçte zan olunacaktır. [S. 106.]

ALTINCI FÂSİL

(MEVÂDD-I MÜTEFERRİKA)

Kırk Altıncı Mâdde: Emlâkin tasarrufa müteallik olan senedât ve mukavelât ve sâire evrâkın asılları sancak mahkemesi nezdinde ve bunların birer sûreti dahî mâliye müdürlüğünde hıfz edilir. Alâkadârlar evrâk-ı mezkûrenin bir sûret-i musaddakasını ahz edebilir.

Kırk Yedinci Mâdde: İşbu kânûnda beyân olunan tebliğât-ı muâmelâtı emlâkin mensûb olduğu sancak mutasarrıfları tarafından adliyye komiserleri veyâhut kavasları mârifetiyle icrâ edilir.

Kırk Sekizinci Mâdde: İşbu kânûn mûcibince tanzîm olunan evrâka pul vâz' edilir ve evrâk-ı mezkûre meccânen kaydolunur.

Kırk Dokuzuncu Mâdde: Eshâb-ı emlâktan biri hükûmetin teklîfatını kabûl eylediği takdîrde tazmînâtın bedeli bir şahsı sâlis tarafından i'tirâz vukûu bulmaz ve bir gûnâ münâzaa mevcûd bulunmaz ise yirmi yedinci ve otuzuncu mâddelerde gösterilen müddette kendisine veyâhut sâir alâkadârlara te'diye olunur.

Ellinci Mâdde: Menâfi'-i umûmîye için iştirâ olunan emlâk menâfi'-i mezkûreye hasr edilmez ise eshâb-ı kadîmi emlâki mezkûrenin iâdesini talep edebilirler. İstirdâd olunmak istenilen arsaların fiyat ve kıymeti sûret-i sulhiyyede tâyin olunur ve olunamaz ise mahkeme mârifetiyle yukarıda gösterilen usûle tatbîkan tesviye edilir. Mahkemenin tâyin edeceği kıymet her hâlde evvelden iştirâ olunan kıymetten ziyâde olamaz.

Elli Birinci Mâdde: Altıncı mâddede beyân olunduğu vechîle neşriyât ile hükûmetin fûruht etmek istediği arâzî îlân olunur. İşbu îlândan üç ay zarfında arâzî-i mezkûrenin eshâb-ı kâdimesi tekrar almak istediği takdîrde bu niyetini beyâna mecbur olup gerek sulhen ve gerek mahkeme mârifetiyle tâyin olunacak fiyat üzerine kontratlarını tanzîme ve kıymetine te'diyeye bir ay zarfında mecburdur. Bu muâmelâtı icrâ etmeyen eshâb-ı emlâk ellinci bendin verdiği salâhiyet ve imtiyâzdan mahrûm kalır.

Elli İkinci Mâdde: Elli ve elli birinci mâddelerde gösterilen mevâdd-ı karâr birinci mâdde [S. 107.] mûcibince ameliyyatın icrâsından sonra lüzûmsuz kalıp eshâbının talebi üzerine iştirâ edilen arâzî hatlarında cârî değildir.

Elli Üçüncü Mâdde: Nâfia komiserleri hükûmete ait olan hukuku îfa ve icrâ edib bu sûretle işbu kânûnda gösterilen teklîfat ile mükelleftirler. [S. 108.]

İrâde-i Seniyye Tarihi; fî 20 Rebûlâhir Sene; 98 ve fî 25 Mart Sene

TTK M. 579 EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ KARŞISINDA MÜDÜRLERİN GÖREV SÜRESİNE İLİŞKİN ŞİRKET SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ

Arş. Gör. Tuğba ÖZDOĞAN DALOĞLU*

Öz

Emredici hükümler ilkesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile hukukumuzda girmiştir. Bu ilke, tüm sermaye şirketleri açısından kabul edilmiştir (TTK m. 340, 565/2, 579). TTK m. 579'da şirket sözleşmesinin TTK'nun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanun'da buna açıkça izin verilmişse sapabileceği, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. İlkeye yöneltilebilecek birçok eleştiri olmakla birlikte çalışmamızda, bu ilkenin şirket sözleşmesinde tamamlayıcı hükümler öngörülmesini engelleyip engellemediği ele alınmıştır. Bu nedenle "sapma" kavramının kapsamı ve TTK hükümlerini tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümlerinin öngörülebilmesi için kanunda buna "izin" verilmesi gerekip gerekmediği üzerinde durulmuştur. Son olarak TTK m. 579 hükmünün değerlendirilmesiyle vardığımız sonuç doğrultu-

* Arş. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye; Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı | Res. Asst., Fatih Sultan Mehmet Vakıf University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Istanbul, Turkey; PhD Candidate, Istanbul University Institute of Social Sciences Department of Private Law Doctoral Program.

✉ todaloglu@fsm.edu.tr • ORCID 0000-0003-1151-7294.

✉ **Atıf Şekli | Cite As:** ÖZDOĞAN DALOĞLU, Tuğba: "TTK m. 579 Emredici Hükümler İlkesi Karşısında Müdürlerin Görev Süresine İlişkin Şirket Sözleşmesi Hükümleri", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 83-106.

✉ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

sunda limited şirketlerde müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleşmesi hükümleri incelenmiştir. Çalışmamız müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleşmesi hükümlerine ilişkin olmakla birlikte tamamlayıcı hükümlere ilişkin ulaşılan sonucun ihtiyari nitelikte tamamlayıcı sözleşme hükümleri öngörülen diğer hâllere de teşmili mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Emredici Hükümler • Sözleşme Özgürlüğü • Limited Şirket • Müdür • Görev Süresi

THE PROVISION OF COMPANY CONTRACT ON THE MANAGERS' PERIOD OF OFFICE WITH TAKING INTO ACCOUNT THE PRINCIPLE OF MANDATORY PROVISIONS REGULATED IN THE ARTICLE 579 OF TCC

Abstract

The principle of mandatory provisions came into effect with the Turkish Commercial Code numbered 6102 (TCC). This principle has been accepted for all capital companies (article 340, 565/2, 579 of TCC). Article 579 of the TCC provides that the company contract may deviate from the provisions of this act, only if explicitly permitted by law; and provides that supplementary provisions, allowed by other acts, in the company contract shall be effective within the scope of that particular act. There are a lot of criticisms for this principle, but in this writing, we examine whether this principle prevents having supplementary provisions in the company contract or not. Therefore, we examine the scope of the term "deviation" and whether "permission" given by law is needed or not for having supplementary provisions in the company contract. At the last, with consequences we achieved with examining article 579 of TCC, we analyze period of office provisions of managers in the limited liability companies contract. It is possible to apply the conclusion, reached by this study, to the other cases where voluntary supplementary provisions are stipulated..

Key Words

Mandatory Provision • Freedom of Contract • Limited Liability Company • Manager • Period of Office

GİRİŞ

Şirket sözleşmesi¹, ortaklar arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu yönüyle özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi şirket sözleşmeleri açısından da geçerlidir². Sözleşme özgürlüğü sınırsız olmayıp bu ilkenin genel sınırını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 23 düzenlemeleri oluşturmaktadır. Şirket sözleşmeleri açısından ise bu genel sınırlama yeterli görülmemiş olacak ki kanun koyucu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile hayatımıza giren m. 579 düzenlemesiyle limited şirketler açısından “emredici hükümler ilkesini” benimsemiştir.

Emredici hükümler ilkesi sadece limited şirketler açısından kabul edilmiş bir ilke değildir. Nitekim bu ilke, TTK m. 340 ile anonim şirketlerde, TTK m. 565/2’de yapılan yollama nedeniyle de sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde kabul edilmiştir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesinin tüm sermaye şirketleri açısından geçerli olduğu belirtilmelidir³.

TTK m. 579 hükmünde “(1) Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapa-bilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar” ifadele-riyle TTK’nın limited şirket hükümlerine emredici nitelik kazandırılmış⁴ ve bu düzenlemelerden sapılması bu saptamaya “kanunda açıkça cevaz ve-rilmesi” şartına bağlanmıştır.

¹ TTK’da anonim şirket sözleşmeleri için “esas sözleşme”, limited şirket sözleşmeleri için ise “şirket sözleşmesi” kavramları kullanılmıştır. Çalışmamızda yeknesaklığın sağlanması amacıyla kanundaki ifade tarzını kullanmayı tercih ediyoruz.

² **BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul, Beta Ya-yıncılık, 2020, s. 131.

³ Türk doktrininde emredici hükümler ilkesi, hemen hemen tüm kaynaklarda TTK m. 340 kapsamında anonim şirketler açısından incelenmiştir. TTK m. 579, TTK m. 340 düzenlemesiyle bire bir aynıdır. Bu nedenle konuyu inceleyen kaynaklarda varılan sonuçların limited şirketler açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir.

⁴ **ŞENER**, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, An-kara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 67.

Çalışmamızda TTK m. 579 emredici hükümler ilkesi karşısında müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleşmesi hükümlerinin hukuki durumunun incelenmesi amaçlanmıştır. Bu konuda bir çalışma yapmak istememizin nedeni; doktrinde karşılaşılan, Kanun'da hüküm olmayan hususların emredici hükümler ilkesi nedeniyle şirket sözleşmesine yazılmayacağına ilişkin görüş⁵ karşısında oluşan şüpheci. Bu şüphe bizi, emredici hükümler ilkesinin ihtiyari nitelikteki sözleşme hükümlerine engel oluşturacak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda düşünmeye sevk etmiştir.

Çalışmamızda takip edilen sistematığe geçmeden önce emredici hükümler ilkesinin doktrinde birçok açıdan eleştirilmiş olduğuna, hatta bu düzenlemenin biran evvel Kanun'dan çıkarılması gerektiğinin belirtildiğine⁶ dikkat çekmek isteriz. Madde hakkındaki eleştiri ve tartışmalar; maddenin kenar başlığının "Emredici Hükümler İlkesi" olması gerektiği⁷, emredici hükümler ilkesinin şirketler hukukunun gelişmesini önemli ölçüde engelleyeceği⁸, TTK m. 579 anlamında emredici kabul edilecek kanun hükümlerinin belirlenmesinin kolay olmadığı⁹, düzenlemenin ilk cümlesinde geçen "açıkça izin verilme" ve "sapma" ifadeleri ile¹⁰ ikinci cümlede geçen "Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri" ibaresinin yoruma muhtaç olduğu¹¹ ve "o kanuna özgülenmiş olarak sonuç doğururlar" ifadesinin ne anlama geldiği¹² üzerinedir. Ancak maddeye getirilebilecek tüm eleştirilere çalışma konumuz kapsamında değinmek mümkün değildir. Bu

⁵ Bu konuda bkz. **BAHTİYAR**, s. 138, 445.

⁶ **MOROĞLU**, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 152, 364.

⁷ **KARASU**, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 45.

⁸ **MOROĞLU**, s. 151.

⁹ **KENDİGELEN**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 229.

¹⁰ **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal, (**KIRCA**, İsmail / **MANAVGAT**, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, C. I, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 158.

¹¹ **BAHTİYAR**, s. 130, 133.

¹² **VEZİROĞLU**, Cem, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 348.

nedenle çalışmamızda emredici hükümler ilkesi, *Kanun'da hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan hususların diğer bir deyişle tamamen ihtiyari hususların şirket sözleşmesinde öngörülüp öngörülemeyeceğinin* belirlenmesi açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışmamızın ilk başlığında, TTK m. 579 düzenlemesinde bulunan ve şirket sözleşmesindeki tamamen ihtiyari hükümlere engel olabilecek ifadeler tespit edilerek incelenecektir. İkinci başlık ise limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin kanuni durum ile bu yöndeki şirket sözleşmesi hükümlerine tahsis edilmiştir. Çalışmamız müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleşmesi hükümleri özelinde olmakla birlikte tamamlayıcı hükümlere ilişkin ulaşılan sonucun ihtiyari nitelikte tamamlayıcı sözleşme hükümleri öngörülen diğer hâllere de teşmilinin mümkün olduğu belirtilmelidir.

1. TTK m. 579 Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi

1.1. Genel Olarak

TTK m. 579 hükmünün değerlendirilmesine geçmeden önce konuyla doğrudan bağlantılı olması nedeniyle borçlar hukuku ilkesi olarak taraf iradelerini ön planda tutan sözleşme özgürlüğü ilkesine kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin tarafı ve türünün serbestçe belirlenmesini kapsadığı gibi yapılacak sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesini de kapsar¹³. Ancak bu serbesti, TBK m. 27 ve TMK m.23 ile sınırlanmıştır¹⁴. TBK m. 27; ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler yanında kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin de geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Emredici kanun hükümleri; sözleşme özgürlüğünün geçerli olmadığı yani taraf iradeleriyle aksinin kararlaştırılmadığı kanun hükümleridir¹⁵. Bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı onun lafzından veya amacından anlaşılmaktadır¹⁶. Bu hükümler dışında

¹³ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 81, 83, 272, s. 25, 26, 85.

¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, N. 272-273, s. 85-86.

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, N. 273, s. 86.

¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, N. 274-275, s. 87; OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, N. 287, 290 s. 90; KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 226.

kanunda bir de yedek hükümler bulunur¹⁷. Yedek kanun hükümleri ise taraflarca aksinin kararlaştırılabildiği hükümlerdir¹⁸. Bu nedenle emredici kanun hükümlerinin fazla olduğu hâllerde sözleşme özgürlüğünün daraldığını, yedek hükümlerin fazla olduğu hâllerde ise sözleşme özgürlüğünün genişlediğini belirtmek gerekir¹⁹. Borçlar hukukunda ve özel hukukta irade özerkliği esas olduğu için, bir hükmün emredici olup olmadığı konusunda tereddüte düşülmesi hâlinde “istisnalar dar yorumlanır” ilkesi gereğince sözleşme özgürlüğüne üstünlük tanınarak ilgili hükmün emredici olmadığı kabul edilmelidir²⁰. Ancak TTK m. 579 düzenlemesi, açıklanacağı üzere, limited şirket sözleşmeleri açısından bu kuralı değiştirmiş ve TTK’nın limited şirkete ilişkin hükümlerine kural olarak emredici nitelik kazandırmıştır.

TTK m. 579 hükmü “(1) Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.” şeklindedir²¹. Bu düzenleme, TTK’nın tarihsel gelişiminde olmayan ve TTK öncesinde uygulamada da görülmeyen bir ilke olarak kanunumuza girmiştir²².

Emredici hükümler ilkesinin amacı, şirket sözleşmelerinde öngörülebilirliği sağlamaktır²³. Düzenlemenin ilk cümlesi, limited şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapılabilmesi için açık izin aradığından, bu

¹⁷ KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 45; OĞUZMAN/ÖZ, N. 80, s. 25.

¹⁸ OĞUZMAN/BARLAS, N. 283, s. 88.

¹⁹ ADEM, Eliz Tuğba, “Limited Ortaklık Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2020, s. 63; KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 25.

²⁰ KAŞAK, s. 224-225, 264.

²¹ Düzenleme, ikinci cümle hariç olmak üzere Alman AktG [Aktiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu)] 23/5’ten alınmıştır. Alman AktG 23/5 hükmü: “Esas sözleşme bu Kanundaki hükümlerden ancak buna açıkça izin verilmişse ayrılabilir. Esas sözleşmenin tamamlayıcı hükümleri, Kanunda tahdidi bir hüküm bulunmaması hâlinde geçerlidir” şeklindedir. Alman Hukukunda emredici hükümler ilkesi sadece anonim şirketler açısından öngörülmüş, limited şirketler açısından ise kabul edilmemiştir (ŞENER, Limited, s. 67). Diğer bir deyişle, Alman Hukukunda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu kabul edilmişken; limited şirketlerde irade serbestisi esas, emredici hükümler ilkesi ise istisna olarak düzenlenmiştir [ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 153].

²² VEZİROĞLU, s. 466.

²³ Alman hukuku açısından bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 156. Bu ilkenin, amacı dikkate alındığında, kapalı anonim şirketler açısından dahi gerekli

hükümlere kural olarak emredici nitelik kazandırmaktadır²⁴. TTK m. 579 hükmü, Kanun düzenlemesinin emredici olup olmadığının açıkça anlaşılmadığı hâllerde önem arz eder²⁵. Limited şirketlere ilişkin bir Kanun hükmünün emredici olup olmadığı konusunda tereddüte düşüldüğünde, emredici hükümler ilkesi nedeniyle, ilgili hükmün emredici olduğu kabul edilecektir²⁶. Bu nedenle şirket sözleşmeleri açısından limited şirketlerde sözleşme özgürlüğü zayıflamaktadır.

Peki, TTK m. 579 düzenlemesinin; sözleşme özgürlüğünü zayıflatmanın da ötesine geçerek onu tamamen ortadan kaldırdığı, bu nedenle *şirket sözleşmesinde Kanun'da düzenlenmeyen hiçbir hususun düzenlenemeyeceği* şeklinde yorumlanması mümkün müdür? TTK'da limited şirket sözleşmesinin içeriğini düzenleyen iki madde mevcuttur. Bunlardan TTK m. 576'da şirket sözleşmesinin zorunlu içeriği, TTK m. 577'de ise şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olacak sözleşme içeriği düzenlenmiştir. Doktrinde, bu iki tür içerik yanında üçüncü bir tür olarak ihtiyari içeriğin de söz konusu olabileceği belirtilmektedir²⁷. Bu nedenle öncelikle “ihtiyari içerik” ifadesinin kapsamı belirlenmelidir. Nitekim Bahtiyar'a göre; ihtiyari içerik, ancak kanunda ilgili hususun şirket sözleşmesinde de öngörülebileceğine ilişkin seçim hakkı tanıyan bir hükmün bulunması hâlinde söz konusu olur. Bu görüş, kanunda hiçbir hüküm olmayan hususları ise “*tamamen ihtiyari*” hüküm olarak adlandırmakta ve

olup olmadığı tartışmaya açıkken Türk Hukukunda limited şirketler açısından da benimsenmesi isabetli olmamıştır.

²⁴ **VEZİROĞLU**, s. 383; bu nedenle Kanun'un aksine düzenleme yapılmasına izin vermediği limited şirket hükümlerinin emredici nitelikte olduğu belirtilmelidir (**KENDİGELEN**, s. 484 dn. 12'de yapılan gönderme nedeniyle bkz. s. 229; **ŞENER**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 306, 681; **PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, N. 28, s. 728).

²⁵ **ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT)**, s. 160.

²⁶ **ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT)**, s. 160, 165; sapmaya ilişkin açık iznin kanunun lafzından anlaşılmadığı hâllerde yorum yoluyla hüküm değerlendirilirken, tereddüt edilmesi durumunda, ilgili hükmün emredici olduğu, şirket sözleşmesiyle aksinin kararlaştırılmasına izin verilmediği kabul edilmelidir (**VEZİROĞLU**, s. 468); **HAMAMCIOĞLU**, Esra, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 43.

²⁷ **BAHTİYAR**, s. 130.

TTK m. 579'un bu kayıtların şirket sözleşmesinde yazılmasına engel oluşturduğunu belirtmektedir²⁸. Biz ise ihtiyari hüküm ifadesini, çalışmamızda ulaşılan sonuç açısından bir farklılık oluşturmaması nedeniyle, gerek seçimlik ihtiyari hükümleri gerekse tamamen ihtiyari hükümleri kapsayacak şekilde geniş anlamda ele alıyoruz.

TTK m. 579 düzenlemesinin, sözleşme özgürlüğünü zayıflatmanın da ötesine geçerek onu tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve şirket sözleşmesinde Kanun'da düzenlenmeyen hiçbir hususun düzenlenemeyeceği şeklinde yorumlanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin sonuca varabilmek için, tespit edebildiğimiz kadarıyla, düzenlemedeki iki hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir²⁹: Bunlardan ilki ilk cümledeki "sapma" kavramının kapsamı, ikincisi ise ikinci cümledeki "Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri" ifadesinin TTK hükümlerini tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümlerinin öngörülmesine engel oluşturup oluşturmadığıdır. Bu hususlar takip eden ilk iki başlık altında sırasıyla incelenmiştir.

1.2. Şirket Sözleşmesindeki Tamamlayıcı Hükümlerin TTK m. 579/c.1 Açısından Değerlendirilmesi

TTK m. 579/c.1'de "Şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse saptabilir" ifadesinde geçen "sapma" kavramının iki farklı anlama gelecek şekilde yorumlanması mümkündür.

Sapma kavramının anlamlarından ilkinde "sapma" ifadesinin geniş yorumlanması ile ulaşıılır. Geniş anlamda "sapma"; şirket sözleşmesinde, mevcut Kanun hükümlerine aykırı veya bu hükümlerin dışında bir husus öngörülemeyeceği anlamına gelir³⁰. Buna göre, TTK m. 576-577 hükümlerinde sayılanlar dışında herhangi bir hususta şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenlemelerin yapılabilmesi için dahi Kanun'da buna izin verilmesi

²⁸ BAHTİYAR, s. 138. Yıldız da TTK m. 579 düzenlemesinin şirket sözleşmesine konulacak ihtiyari hükümlerin geçerliliğini, kanunda açıkça cevaz verilmiş olma ile sınırlandırıldığını belirtmektedir (YILDIZ, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 2007, s. 92).

²⁹ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 164-165.

³⁰ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 158.

gerekmektedir^{31 32}. Diğer bir deyişle, sapma geniş anlamda ele alındığında, şirket sözleşmesinde TTK'da düzenleme bulunmayan hususlarda ihtiyari nitelikte tamamlayıcı sözleşme hükümleri öngörülemezdir. Bu nedenle emredici hükümler ilkesi doktrinde, limited şirketlere giydirilen bir “çelik korse”ye³³, “Prokrustes’in yatağı”na benzetilmekte³⁴ ve bu ilkenin “beton bloklarla çevrili esas sözleşme tipi”³⁵ yaratacağı ifade edilmektedir.

“Sapma” kavramının ikinci anlamına ise bu kavramın dar yorumlanmasıyla ulaşılır. Buna göre “sapma”; *mevcut* bir Kanun hükmünün kapsamına giren konularda bu Kanun hükmüne *aykırı* düzenleme yapma olasılığı anlamına gelmektedir³⁶. Nitekim, kanunda hiçbir hüküm öngörülmeleyen durumlarda “sapma” mümkün değildir³⁷. Bu anlamdan, Ka-

³¹ MOROĞLU, s. 151; EKER, Semih, “Limited Şirketin Kuruluşu ve Kurulardan Doğan Sorumluluk”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 41; BAHTİYAR, s. 428; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013, s. 233.

³² Bu konuda KARAAHMETOĞLU, esas sözleşmeyle tamamlayıcı bir hükmün öngörülebilmesini ancak kanunda buna açıkla izin verilmesi veya buna dair bir emarenin varlığı hâlinde mümkün görmektedir (KARAAHMETOĞLU, İsmail Özgün, Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 229) Bu kapsamda yazara göre örneğin; şirket sözleşmesinde tamamlayıcı bir hüküm olarak tahkim kaydına yer verilmesi mümkün değildir; çünkü TTK'da tahkime ilişkin doğrudan veya dolaylı bir ibareye yer verilmemiştir (KARAAHMETOĞLU, dn. 1013, s. 228). Şirket sözleşmesinde tamamlayıcı hüküm olarak tahkim kaydına yer verilebileceği yönünde ise bkz. KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 62, 173-175 ve AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 30.

³³ MOROĞLU, s. 150-151, 363.

³⁴ Bu ifadenin belirli kalıplar dışına taşan her şeyin standart bir yapıya sahip olması gerektiğini savunan görüşün sembolü olduğu yönünde açıklamalar için bkz. VEZİROĞLU, s. 345 dn. 50 ve bağlı metin. Yunan mitolojisinde Prokrustes'in misafir ettiği yolcuların boylarını yatağa uygun hâle getirmek amacıyla uzun boylu yolcuların boylarını kesen, kısa boylu yolcuların ise boylarını çekerek uzatan bir haydut olduğu yönünde açıklamalar için bkz. UZUN, Ertuğrul, “Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak”, Hukuk Kuramı, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, s. 90.

³⁵ PULAŞLI, Şerh, N. 35, s. 733.

³⁶ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 158, 164- 165.

³⁷ Düzenlemenin ilk cümlesi kanunda düzenleme bulunan hususlara ilişkin olup kanunda hiçbir hüküm öngörülmeleyen durumlarda sapma mümkün değildir (PULAŞLI, Şerh, N. 28, s. 728). Alman Hukukunda da AktG 23/5 anlamında sapmadan

nun'da düzenleme bulunmayan hâllere ilişkin olarak şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenlemeler yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanaatimizce, sapma kavramını dar yorumlamak isabetli olacaktır³⁸. Çünkü aksinin kabulü hâlinde, şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenleme olarak tamamlayıcı hükümler öngörülemeyeceğinden, limited şirketlerde sözleşme özgürlüğü gereğinden fazla sınırlandırılmış olur³⁹. Oysa TTK m. 579 düzenlemesi, sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmaz ancak belli konularda öngörülen Kanun hükümlerini şirket sözleşmesindeki düzenlemeler karşısında ön planda tutar⁴⁰. Sapmanın, dar yorumlanarak, mevcut Kanun hükümlerinden farklı düzenlemeler yapılmasına ilişkin olduğu sonucuna varıldığı ve tamamlayıcı hükümler mevcut kanun hükümlerini değiştirmedeği, onlara dokunmadığı için TTK m. 579/c.1; tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümlerinin öngörülmesine engel değildir⁴¹. Diğer bir deyişle bu cümle, kanuni düzenden ayrılmayan şirket sözleşmeleri bakımından herhangi bir kısıtlama içermemektedir⁴².

“Mevcut kanun hükümlerinden” sapılabilmesi için dahi TTK m. 579 uyarınca “kanunda buna açıkça cevaz verilmesi” arandığından sapmaya “açık” izin verilip verilmediğinin nasıl tespit edileceği konusu da ele alınmalıdır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki çoğunluk görüş, kanun hükümlerinin lafzı ve ruhu ile uygulanacak olmasından dolayı (TMK m. 1) sadece lafzi yorumla sınırlı inceleme yapılması, sapmaya izin verilip verilmediğinin tespitinde düzenlemenin amacının da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir⁴³. TTK m. 579 gerekçesinin göndermesi nedeniyle dikkate alınacak olan TTK m. 340

bahsedilebilmesi için konuya ilişkin bir kanun hükmünün bulunması gerektiği kabul edilmektedir [ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 158].

³⁸ Aynı yönde bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 158.

³⁹ KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 57.

⁴⁰ KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 57.

⁴¹ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 165.

⁴² VEZİROĞLU, s. 396.

⁴³ ŞENER, Ortaklıklar, s. 306- 307; PULAŞLI, N. 28, s. 728; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 233- 234; KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 50- 53; KARASU, Rauf, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TFM, 2015/1, s. 117; AYOĞLU, s. 28. Bir hükmün aksinin şirket sözleşmesinde öngörülebilmeye ilişkin açık kanun hükmü bulunmasa bile hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi gözetilerek ilgili hükmün aksinin şirket sözleşmesinde öngörülebileceğine ilişkin açıklama ve örnek için bkz. ŞENER, Limited, s. 68- 69.

gereğesinde de kanun metninin lafzından açıkça anlaşılmasa da metnin yorumundan sapabilmenin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilir. Şirket sözleşmesinin kanun hükmünden farklı bir düzenleme içerebileceği belirtilmiştir⁴⁴. Doktrinde azınlıkta olan aksi yöndeki görüş ise “açık iznin” madde lafzında aranması gerektiğini belirtmektedir⁴⁵. Esasında bu son görüş uyarınca iznin sadece madde lafzından tespit edileceğinin kabulü, iznin arandığı ilgili hükmün emredici olup olmadığı konusunda tereddütleri ortadan kaldıracak niteliktedir. Ancak kanun hükümlerinin lafzı ve ruhu ile uygulanması gerektiğinden biz de çoğunluktaki görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, mevcut kanun hükümlerini değiştirmeyen hükümler olduğundan şirket sözleşmesinde bu nitelikte hükümler öngörülebilmesi için TTK m. 579/c.1 uyarınca açık izin aranması gerekmeyecektir.

1.3. Şirket Sözleşmesindeki Tamamlayıcı Hükümlerin TTK m. 579/c.2 Açısından Değerlendirilmesi

TTK m. 579/c.2 düzenlemesi “Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar” şeklindedir⁴⁶. Bu cümle, TTK hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümlerinin öngörülüp öngörülemeyeceği ve “o

⁴⁴ TTK m. 579 gerekçesi “Hüküm, anonim şirketlere ilişkin 340 ıncı maddenin özdeşidir. Anılan maddeye ilişkin açıklamalara bakılmalıdır.” şeklinde olduğundan bu konuda TTK m. 340 gerekçesi incelenmelidir. TTK m. 340 gerekçesi: “... Hükümdeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresi, maddenin lafzından “sapabilme” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.”

⁴⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 160, 162- 163; KARAAHMETOĞLU, s. 222.

⁴⁶ TTK m.579/c.2 düzenlemesi mehzaz Alman AktG 23/5, c.2’den tamamen farklıdır. Alman AktG m. 23/5, c.2, “Esas sözleşmenin tamamlayıcı hükümleri, Kanunda tahdidi bir hüküm bulunmaması hâlinde geçerlidir” şeklindedir [bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), 153]. TTK düzenlemesi, Alman Hukukundan farklı olarak şirket sözleşmesinde tamamlayıcı sözleşme hükümlerinin öngörülüp öngörülemeyeceği konusunda bir hüküm içermemektedir.

kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar” ifadesinin ne anlama geldiği konularında sorunlar barındırmaktadır⁴⁷. Doktrinde bu cümlenin gereksiz olduğu ve kanundan çıkarılması gerektiği belirtilmektedir^{48 49}.

Düzenlemedeki “Diğer kanunların öngörülmesine ‘izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki’ şirket sözleşmesi hükümleri” ifadesinin iki farklı anlama gelecek şekilde anlaşılması mümkündür. Doktrinde bir görüş; düzenlemede, diğer kanunlardan kaynaklanan tamamlayıcı sözleşme hükümlerine sınırlama getirildiği ancak TTK’dan kaynaklanan tamamlayıcı hükümlerden bahsedilmemiş olması nedeniyle tamamlayıcı sözleşme hükümlerinin öngörülmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılabileceğini belirtmektedir⁵⁰. Diğer görüş ise bu ifadenin, düzenlemede TTK’dan bahsedilmemiş olması nedeniyle, TTK hükümlerini tamamlayan sözleşme hükümlerinin öngörülemeyeceği⁵¹ veya bu tür sözleşme hükümlerinin öngörülebilmesi için buna kanunen izin verilmiş olması gerektiği şeklinde⁵² anlaşılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Biz ise bu son yorumun isabetli olmadığı ve şirket sözleşmesinde TTK hükümlerini tamamlayıcı hükümler öngörülmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle, TTK m. 579’un tamamlayıcı hükümlere ilişkin bir düzenleme içermemesi, TTK hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümlerinin öngörülmesine engel değildir⁵³. Aksinin kabulü, şirket sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğünün sadece genel kuralların da ötesinde sınırlandırılmadığı daha da öteye giderek kaldırıldığı anlamına gelir ki kanun koyucunun bunu amaçlamadığı kanaatindeyiz⁵⁴. Nitekim madde gerekçesinde de

⁴⁷ VEZİROĞLU, s. 348.

⁴⁸ BAHTİYAR, s. 133; KARASU, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.120.

⁴⁹ TTK m. 340 gerekçesinde düzenlemenin ikinci cümlesinin amacının “Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak” olduğu belirtilmiştir.

⁵⁰ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 165.

⁵¹ VEZİROĞLU, s. 395- 396.

⁵² BAHTİYAR, s. 133.

⁵³ KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 61.

⁵⁴ TTK m. 577 gerekçesinde; kurucuların şirket sözleşmesine, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla istedikleri hükümleri koyabileceği belirtilmiştir.

TTK hükümlerini tamamlayıcı nitelikte şirket sözleşmesi hükümleri öngörülebileceğine ilişkin örnekler verilmiştir⁵⁵.

Sonuç olarak, TTK m. 579 düzenlemesinin her iki cümlesi birlikte değerlendirildiğinde bu düzenlemenin limited şirketlere ilişkin “*mevcut Kanun hükümlerinden*” sapmayı yasaklayarak limited şirketlere ilişkin Kanun hükümlerine kural olarak emredici nitelik kazandırdığı ve tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümlerinin öngörülmesine engel olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Tamamlayıcı şirket sözleşmesi hükümleri; emredici kanun hükümlerine dokunmaz, onlardan farklı bir düzenleme getirmez⁵⁶; bu hükümler, tahdidi nitelikte olmayan mevcut kanun hükümlerini somutlaştırır veya kanun boşluklarını doldurur⁵⁷. Bu nedenlerle şirket sözleşmesinde öngörülebilecek tamamlayıcı hükümler; kanunda tahdidi olarak düzenlenen konulara ilişkin olmamak, emredici hükümlere aykırılık oluşturmamak ve limited şirketler hukukunun temel ilkelerine uygun olmak şartlarıyla geçerli olacaktır⁵⁸.

⁵⁵ TTK m. 340 gerekçesi: “ ... 340 mncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile, yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek meslekî nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına, şeref başkanlıkları ve danışma konseyleri ihdas olunmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü, her anonim şirket, yöneticilerinde Kanunda öngörülenlere ek olarak nitelikler aramak, yaş sınırları koymak ve danışma kurulları kurmak hakkına sahiptir.”.

⁵⁶ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 165; KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 61; KARAAHMETOĞLU, s. 224.

⁵⁷ KARASU, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 119, 123; VEZİROĞLU, s. 397, 398.

⁵⁸ KARASU, Emredici Hükümler İlkesi, s. 60; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), s. 165, 166-167; Y. 11. HD, 7.7.2015 T., 2014/15813 E., 2015/8851 K. sayılı kararında “m.359 tahdidi hüküm niteliğinde değildir. Bir konu tahdidi bir şekilde düzenlenmediği sürece, konu hakkında tamamlayıcı nitelikte esas sözleşme hükümleri kararlaştırılabilir. Bu nedenle yönetim kuruluna seçilecek kişilerde esas sözleşme ile Kanun’un aradığı nitelikler dışında başka nitelikler de aranabilir. Örneğin pay sahibi veya asgari belli bir paya sahip olma gibi. Bu niteliklere ilişkin esas sözleşme hükümleri TTK’nın 359. maddesini tamamlayan sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeler TTK’nın 340. maddesine de aykırılık oluşturmaz” şeklinde hüküm oluşturmuştur [(Çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, 29 Ekim 2021]. Bu kararda, esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm öngörülebileceğini düzenleyen TTK m. 363/2’den bahsedilmeyerek amaçsal yorum yoluyla m. 359’un tahdidi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (VEZİROĞLU, dn. 259, s. 405).

2. Müdürlerin Görev Süresine İlişkin Şirket Sözleşmesi Hükümleri

TTK'da anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin görev süresi m. 362 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca yönetim kurulu üyeleri "en çok üç yıl" görev yapmak üzere seçilebilmektedir. Anonim şirket esas sözleşmesinde üç yıllık azami süre içinde kalmak koşuluyla yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin belirlenmesi mümkündür. Esas sözleşmede süreye ilişkin bir düzenleme bulunmaması hâlinde genel kurulun yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin kararında da görev süresi belirlenebilecektir⁵⁹. Yönetim kurulu üyelerinin üç yılı aşkın şekilde atanması veya seçilmesi durumunda, bu düzenlemelerin üç yılı aşan kısmı geçersizdir⁶⁰. Limited şirkete ilişkin TTK hükümleri incelendiğinde ise müdürlerin görev süresine dair bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle iki soru gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki TTK m. 362 düzenlemesinin limited şirketlere de kıyasen uygulanmasının, diğer bir deyişle müdürlerin en çok üç yıl görev yapmak üzere seçilebilecekleri kabulünün, mümkün olup olmadığıdır. Diğer soru ise, limited şirket sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTK m. 576 ve 577 hükümleri ile emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 579 karşısında, şirket sözleşmesinde müdürlerin görev süresinin serbestçe belirlenip belirlenemeyeceğidir.

Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 362 hükmünün kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanıp uygulanamayacağının tespiti için öncesinde kanun koyucunun limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin azami bir süre öngörmemesinin bilinçli bir tercih olup olmadığı tespit edilmelidir. Müdürlerin görev süresinin bilinçli bir şekilde belirlenmediği kabul edilirse kıyas yapılarak TTK m. 362 düzenlemesinin limited şirketlerde uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü bilinçli susmanın söz konusu olduğu durumlarda kıyas yapılması mümkün değildir⁶¹.

⁵⁹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK /MANAVGAT), s. 448. Yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararda görev süresi belirtilmemişse üyelerin bir faaliyet dönemi için seçildiğini kabul etmek gerektiği yönünde bkz. ÇAMOĞLU, Ersin (POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal), Ortaklıklar Hukuku I, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş, Eklmeler Yapılmış 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021, N. 554, s. 406.

⁶⁰ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar I, N. 554, s. 405.

⁶¹ Bu konuda açıklamalar için bkz. HAMAMCIOĞLU, s. 411- 412 ve dn. 1287'deki açıklamalar.

Doktrinde Hamamcioğlu, TTK'nın müdürlere ilişkin düzenlemele-
rinin anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeler karşısında ol-
dukça dar kapsamlı olması nedeniyle kıyas yapıp yapılmayacağı konu-
sunun tartışmaya açıldığını belirterek, kanun koyucunun limited şirket
müdürlerinin görev süresi açısından azami bir süre öngörmemesinin bi-
linçli bir tercih olduğunun kolaylıkla söylenemeyeceğini belirtmektedir⁶².
Esasen kıyas görüşüne müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleş-
mesi kayıtlarının hukuki durumunu incelerken değinmemizin iki nedeni
vardır: Bunlardan ilki, doktrinde, anonim şirketlerde yönetim kurulu
üyelerinin görev süresinin esas sözleşmeyle belirlenebileceğine ilişkin
açık bir kanun hükmü olmamasına rağmen, TTK m. 362 düzenlemesinde
geçen "en çok" ifadesinin esas sözleşmede bu süreyi kısaltacak şekilde
düzenleme yapılmasına müsaade ettiğinin belirtilmesi⁶³; ikincisi ise, bu
görüşün müdürlerin uzun süreli veya süresiz olarak seçilip seçilemeyece-
ğinin belirlenmesine etki edecek olmasıdır. Kıyasen uygulamanın kabulü
hâlinde, müdürlerin görev süresine ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün
TTK m. 579 açısından değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır.

Doktrinde limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin olarak
bir görüş, TTK m. 362 düzenlemesinin kıyas yoluyla limited şirketler için
de uygulanması gerektiğini, bu nedenle müdürlerin en çok üç yıl görev
yapmak üzere seçileceğini belirtmektedir⁶⁴. Bu görüş uyarınca, üç yıllık
azami sürenin geçmesi ile müdürlerin organ sıfatı ortadan kalkacak, mü-
dürlerin faaliyetlerine devam etmesi hâlinde ise vekaletsiz iş görme hü-
kümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu görüş ayrıca, şirket sözleşme-
sinde müdürlerin görev süresinin ancak üç yıldan az olacak şekilde belir-
lenebileceğini, belirlenen süre dolmuş olmakla birlikte azami üç yıllık
süre henüz dolmamışsa TBK m. 513/2 hükmünün uygulanması nedeniyle
müdürlerin ortaklığın varlığını sürdürmesi için gerekli ve acil işleri de
yapabileceğini belirtmektedir⁶⁵.

⁶² HAMAMCIOĞLU, s. 408.

⁶³ BAHTİYAR, s. 244.

⁶⁴ ŞENER, Ortaklıklar, s. 746. TTK'da müdürlerin görev süresine ilişkin bir düzenleme olmaması nedeniyle müdürlerin belirsiz süre için atandıkları düşünülebilecek olsa da bu hususun isabetinin tartışılabilmesine ilişkin bkz. ŞENER, Limited, s. 649.

⁶⁵ TTK m. 362'nin kıyasen limited şirketlere uygulanmasının sonuçları için bkz. Şener, Limited, s. 650- 651.

Diğer görüş ise, kıyas hususunda bir sonuca varabilmek için müdürlerin görevden alınmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin incelenmesinin yerinde olacağını belirtir⁶⁶. TTK m. 630/1 uyarınca, müdürler genel kurul tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeden⁶⁷ görevden alınabileceği gibi m. 630/2 uyarınca limited şirketin her bir ortağı da haklı sebeplerin varlığı hâlinde yöneticilerin yetkilerinin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilecektir⁶⁸. Bu görüş, müdürlerin görevden alınmasına ilişkin kanuni düzenlemeler nedeniyle, müdürlerin görev süresine dair kanunda düzenleme öngörülmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu ve kanunda limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin azami bir süre öngörülmemiş olmasının büyük bir zarara neden olmayacağını belirtmektedir⁶⁹. Biz de şirketin yönetim organının görev süresine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunup bulunmamasının kanun koyucunun tercih ettiği şirketler hukuku politikasıyla ilgili olduğu⁷⁰ ve limited şirketlere ilişkin kanuni düzenlemelerde müdürlerin görev süresine dair bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğu gerekçeleriyle TTK m. 362 hükmünün limited şirketlerde kıyasen uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin TTK m. 362 hükmüne benzer sınırlayıcı bir hüküm öngörmediğinden bu sınırlamanın limited şirketler açısından uygulanmaması gerekir. Nitekim bu konuyla ilgili tespit edebildiğimiz kadarıyla bir yargı kararı da mevcuttur. Limited şirkette görev süresini de içeren müdür seçimine ilişkin

⁶⁶ **HAMAMCIOĞLU**, s. 409. Görev süreleri konusunda üst sınır öngörülüp öngörülmemesinin azil yetkisinin tabii olduğu şartlarla yakından ilgili olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK /MANAVGAT)**, s. 447-448.

⁶⁷ **YILDIZ**, TTK Tasarı, s. 249. Azil hakkında sebep gösterilmemesinin değil, azil hakkının kötüye kullanılmasının azli geçersiz kıldığı; görevden alma konusundaki sınırı, TMK m. 23 ve hakkın kötüye kullanılması yasağının oluşturduğu yönünde bkz. **AKDENİZ**, Umut, Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 54. Limited şirket müdürlerinin azlinin herhangi bir sebebe bağlanmamış olmasının bozma sebebi sayıldığı yönünde açıklamalar için bkz. **DÜNDAR**, Furkan, Limited Şirketlerde Müdürlerin Yetkilerinin Sınırlandırılması ve Görevden Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 93.

⁶⁸ TTK m. 630 hükmünün genel olarak şirketin ve ortakların korunmasına hizmet eden bir fonksiyona sahip olduğu; m. 630/2 hükmünün ise çoğunluğun hakimiyetini sınırlandırarak kötüye kullanımları engelleyen bir "emniyet kuralı" olduğu yönünde bkz. **AKDENİZ**, s. 42-43.

⁶⁹ **HAMAMCIOĞLU**, s. 409- 411.

⁷⁰ **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK /MANAVGAT)**, s. 447.

alınan genel kurul kararının iptali istemiyle açılan davada yerel mahkeme tarafından “TTK 362. maddesinin anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görev süresine ilişkin olup, davalının limited şirket statüsünde olması sebebi ile somut olayda TTK 362. maddesinin uygulanamayacağına”; istinaf mahkemesi tarafından ise “TTK’nın anonim şirketlere ilişkin 362. maddesinin limited şirketlere uygulanacağına dair hüküm de bulunmamaktadır” gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir⁷¹. Karardan da anlaşılacağı üzere TTK m. 362 hükmünün limited şirketlerde kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu konuda Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) üzerinden gerçekleştirilen şirket kuruluşlarında kullanılmak üzere Bakanlık tarafından oluşturulan sözleşme şablonunun incelenmesi de yararlı olacaktır⁷². MERSİS üzerinden limited şirket kuruluşu gerçekleştirilmek istendiğinde müdürlerin görev süresinin uzun veya kısa bir süre belirtilerek seçilmesi mümkün olduğu gibi herhangi bir süre belirtilmeksizin “Aksi Karar Alınıncaya Kadar” sekmesinin işaretlenmesi de mümkündür. Oysa elektronik sistem üzerinden anonim şirket kuruluşlarında belirtilen sistem, yönetim kurulu üyelerinin seçiminde görev süresinin en çok üç yıl olacak şekilde seçilmesine imkân sağlamaktadır. Bu sözleşme şablonu, limited şirketlerde TTK m. 362 hükmünün kıyasen uygulanamayacağı görüşünün yansımasıdır.

Çalışmamızda TTK m. 362 hükmünün limited şirketlerde kıyasen uygulanamayacağı sonucuna ulaşıldığından şirket sözleşmesinde müdürlerin görev süresine ilişkin düzenleme yapılıp yapılamayacağı, emredici hükümler ilkesinin etki alanı çerçevesinde incelenmelidir. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bahtiyar; TTK m. 576, 577 ve 579 düzenlemeleri nedeniyle bu hususun tartışılabileceğini ancak emredici hükümler ilkesinin şirket sözleşmesinde tamamen ihtiyari hükümlerin öngörülmesine engel olduğunu belirtmektedir⁷³. Pulaşlı, müdürlerin

⁷¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 21. Hukuk Dairesi, E. 2019/1668, K. 2021/1409, T. 25.11.2021, Erişim: <https://www.lexpera.com.tr>. Anılan kararda davacı, genel kurulda alınan limited şirket müdürü seçimine ilişkin kararın “5. Maddede ...’ın 5 yıl süreyle şirket müdürlüğüne seçilmesine ilişkin kararın, en çok 3 yıl süre ile şirket müdürlüğüne seçilmesini öngören TTK’nın 362. Maddesine aykırı olduğu, ana sözleşmede daha uzun bir süre için seçilebileceğini düzenleyen maddenin yasanın anılan hükmüne açıkça aykırı olduğu” gerekçesiyle iptalini talep etmiştir.

⁷² Elektronik ortam üzerinden şirket kuruluşları <https://mersis.ticaret.gov.tr> adresi üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.

⁷³ BAHTİYAR, s. 138, 445.

süresiz olarak atanması veya seçilmesinin mümkün olmadığı, müdürlerin görev süresinin en fazla on yıl olması gerektiği görüşündedir⁷⁴. Çamoğlu ve Yıldız, kanunda sınırlandırıcı bir hüküm olmadığından müdürlerin görev süresinin şirket sözleşmesi ile istenildiği gibi düzenlenebileceğini belirtir⁷⁵. Hamamcıoğlu ise TTK m. 579 hükmünün katı yorumlanmasının şirket sözleşmesinde müdürlerin görev süresine ilişkin düzenleme yapılmasına izin vermeyeceğini, ancak TTK m. 623 hükmünün amaçsal yorumuyla TTK m. 579 engelini aşılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir⁷⁶. Nitekim TTK m. 623'te geçen "Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile belirlenir" ifadesinin geniş yorumlanarak görevlendirilen kişilerin ne kadar süre görevde kalacaklarının şirket sözleşmesi ile belirlenebileceğinin kabulü mümkündür⁷⁷.

Çalışmamızın ilk kısmında incelendiği üzere, TTK m. 579 hükmü, şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenleme olarak tamamlayıcı hüküm niteliğinde hükümlerin öngörülmesine engel değildir⁷⁸. Bu nedenle biz de müdürlerin görev süresinin şirket sözleşmesinde serbestçe düzenlenebileceği kanaatindeyiz. Şirket sözleşmesinde müdürlerin görev süreleri iki yıl, yirmi yıl gibi kısa veya uzun belirli bir süre şeklinde düzenlenebileceği⁷⁹ gibi görev süresinin bir ortağın hayatı boyunca veya süresiz olacak şekilde belirlenmesi de mümkündür⁸⁰.

⁷⁴ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Tamamen Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 827.

⁷⁵ YILDIZ, Şükrü, "6102 Sayılı TTK'ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:13, Sayı:26, Güz 2014/2, s. 48; ÇAMOĞLU, Ersin (POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal), Ortaklıklar hukuku II, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 1718a, s. 515; aynı yönde bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 678.

⁷⁶ HAMAMCIOĞLU, s. 412.

⁷⁷ HAMAMCIOĞLU, s. 412.

⁷⁸ Bu konuda açıklamalarımız için bkz.: yuk. 1. TTK m. 579 Emredici Hükümler İlkesinin Değerlendirilmesi; esas sözleşmedeki tahkim şartı açısından bu yönde bkz. AYOĞLU, s. 31-32.

⁷⁹ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar II, N. 1718a, s. 515; YILDIZ, Görev Süresi, s. 48, 53.

⁸⁰ YILDIZ, Görev Süresi, s. 48; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 678; HAMAMCIOĞLU, s. 412.

Şirket sözleşmesinde belirli süre gösterilmek yerine görev süresine ilişkin alt ve üst sınırın belirtilmiş olması durumunda, genel kurul bu sınırlar içinde kalarak müdürlerin görev süresini belirleyebilecektir⁸¹. Şirket sözleşmesinin görev süresine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemesi hâlinde ise sürenin genel kurul tarafından belirlenebileceği de belirtilmelidir⁸². Belirli bir süre için atanan müdürün görevi, bu sürenin dolmasıyla sona erecektir.

Şirket sözleşmesinde uzun görev süreleri belirlenmiş olsa da müdürler, bu süreden önce TTK m. 630/1 uyarınca görevden alınabilir. Ancak bu durumda TTK m. 630/4 hükmü uyarınca, görevden alınan yöneticinin tazminat hakkının saklı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Haklı nedene dayalı azil hâlinde müdürlerin bu hüküm uyarınca tazminat hakkı olmayacaktır⁸³. Her ne kadar, müdürlerin görev yapacağı sürelerin uzun olması hâlinde dahi genel kurulun hiçbir gerekçe göstermeden azil hakkı olsa da şirketin haklı nedene dayanmayan azil kararı nedeniyle müdürlere tazminat ödemesi gündeme gelebilir⁸⁴. Bu nedenlerle müdürlerin görev sürelerinin kısa süreli şekilde belirlenmesi ve azil sürecine ihtiyaç bırakılmaması daha uygun olacaktır⁸⁵.

Şirket sözleşmesinde görev süresine ilişkin bir kayıt bulunmaması hâlinde genel kurul tarafında da bir süre tayin edilmemişse, müdürlerin süresiz olarak atandıkları veya seçildikleri kabul edilir⁸⁶. Süresiz atanan müdürlerin görev süresi, herhangi bir şekilde sona erebilir⁸⁷. Bu hâlde müdürlerin görevi; yasal veya sözleşmesel nedenlerle sona erinceye veya yerlerine yenileri seçilinceye kadar devam eder⁸⁸.

⁸¹ ÇAMOĞLU, Ersin, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2023, N. 304, s. 181.

⁸² HAMAMCIOĞLU, s. 413.

⁸³ Bu konuda açıklamalar için bkz. AKDENİZ, s. 139- 140. TTK m. 630/4 uyarınca tazminat talebinin gündeme gelebilmesi için azlin "haklı sebeple" olup olmadığından ziyade azil durumunun ortaya çıkmasında müdürün kusurlu olup olmadığına dikkate alınması gerektiği, müdürün kusurundan kaynaklanmayan her durumda tazminata hak kazandığının kabulü gerektiği yönünde bkz. AKDENİZ, s. 141- 142.

⁸⁴ HAMAMCIOĞLU, s. 415- 416.

⁸⁵ YILDIZ, Görev Süresi, s. 54.

⁸⁶ HAMAMCIOĞLU, s. 413.

⁸⁷ YILDIZ, TTK Tasarı, s. 246.

⁸⁸ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar II, N. 1718a, s.515; BİLGİLİ/DEMİR-KAPI, s. 678.

SONUÇ

1. Kanun hükümleri, emredici ve yedek hükümlerden oluşur. Özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle taraflar yedek kanun hükümlerinden farklı düzenlemeler yapabilirler. Emredici kanun hükümlerinin söz konusu olduğu hâllerde ise sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olmadığından taraflar bu hükümlerden farklı düzenlemeler yapamazlar. Bir kanun hükmünün emredici olup olmadığı onun lafzından veya amacından anlaşılabilir. TTK m. 579 hükmü, TTK'nın limited şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak emredici nitelikte olduğuna ilişkindir. Emredici hükümler ilkesi uyarınca, emredici olup olmadığına tereddüt edilen Kanun hükümleri emredici kabul edilecektir.

2. Tamamlayıcı nitelikte şirket sözleşme hükümlerinin öngörülüp öngörülemeyeceği konusunda soru işaretlerinin oluşmasının nedeni: TTK m. 579/c.1'de geçen "sapma" kavramının belirsizliği ve c.2'de geçen "diğer kanunların öngörülmesine 'izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki' şirket sözleşmesi hükümleri" ifadesidir. Bu kapsamda öncelikle ilk cümlede geçen sapma kavramının, şirket sözleşmesinde limited şirketlere ilişkin herhangi bir Kanun hükmünden farklı bir düzenleme öngörülebilmemesini kastettiği sonucuna varılmıştır. Kanunda belirtildiği üzere bu sapma ancak açık izinle mümkün olacaktır. Diğer bir deyişle, bu ifadenin mevcut Kanun hükümleri dışında başka bir düzenleme yapılamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir. TTK m. 579/c.2 açısından ise bu düzenlemenin gereksiz ve isabetsiz olduğu düşünülmekle birlikte, de lege lata ekseninde, TTK hükümlerini tamamlayan şirket sözleşmesi hükümlerine engel olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Tüm bu nedenlerle, hakkında herhangi bir kanuni düzenleme bulunmayan hususlarda şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenleme olarak tamamlayıcı hükümlerin öngörülmesi mümkündür.

3. TTK'da limited şirket müdürlerin görev süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin görev süresine ilişkin TTK m. 362 hükmünün limited şirket müdürlerinin görev süresine ilişkin olarak kıyasen uygulanacağı düşünülebilir. Ancak şirketin yönetim organının görev süresine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunup bulunmamasının kanun koyucunun tercih ettiği şirketler hukuku politikasıyla ilgili olması ve limited şirketlere ilişkin kanuni düzenlemelerde müdürlerin görev süresine dair bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli tercihi olması gerekçeleriyle TTK m. 362 hükmünün limited

şirketlerde kıyasen uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. TTK m. 579 emredici hükümler ilkesi de şirket sözleşmesinde ihtiyari düzenleme olarak tamamlayıcı hükümlerin öngörülmesine engel olmadığından şirket sözleşmesinde müdürlerin görev süresinin serbestçe düzenlenmesi mümkündür.

KAYNAKLAR

- ADEM**, Eliz Tuğba, “Limited Ortaklık Sözleşmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2020.
- AKDENİZ**, Umut, Limited Şirketlerde Müdürün Görevden Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- AYOĞLU**, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- BİLGİLİ**, Fatih / **DEMİRKAPI**, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, 2013.
- ÇAMOĞLU**, Ersin, Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2023.
- DÜNDAR**, Furkan, Limited Şirketlerde Müdürlerin Yetkilerinin Sınırlanması ve Görevden Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- EKER**, Semih, “Limited Şirketin Kuruluşu ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- HAMAMCIOĞLU**, Esra, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- KARAAHMETOĞLU**, İsmail Özgün, Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- KARASU**, Rauf, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TFM, 2015/1, s. 115- 132 (Anılış: Sorunlar ve Çözüm Önerileri).
- KARASU**, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015 (Anılış: Emredici Hükümler İlkesi).
- KAŞAK**, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- KENDİGELEN**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- KIRCA**, İsmail/ **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal/ **MANAVGAT**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, C. I, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- MOROĞLU**, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 26. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- POROY**, Reha / **TEKİNALP**, Ünal / **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019 (Anılış: Ortaklıklar II).
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş, Eklemeler Yapılmış 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021 (Anılış: Ortaklıklar I).
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Tamamen Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020 (Anılış: Genel Esaslar).
- PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018 (Anılış: Şerh).
- ŞENER**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019 (Anılış: Ortaklıklar).
- ŞENER**, Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017 (Anılış: Limited).
- UZUN**, Ertuğrul, "Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak", Hukuk Kuramı, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, s. 89- 98.
- VEZİROĞLU**, Cem, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

YILDIZ, Şükrü, “6102 Sayılı TTK’ya Göre Limited Şirkette Müdürlerin Görev Süresi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:13, Sayı:26, Güz 2014/2, s. 47-56 (Anılış: Görev Süresi).

YILDIZ, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Basım Yayım, 2007 (Anılış: TTK Tasarı).

<https://mersis.ticaret.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE NAMA İFANIN KOŞULLARI

Arş. Gör. Sümeyye Tuba Korkusuz*

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin yapı inşa etme ve teslim etme, arsa sahiplerinin ise bunun karşılığında arsa payını veya bağımsız bölümlerini yükleniciye devretme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenicilerin yapı inşasına hiç başlamaması, yapıyı gereği gibi veya eksik tamamlaması durumlarında arsa sahipleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 113/I hükmünde düzenlenen "nama ifaya" başvurabilir. Ayrıca taraflar, mahkeme izni olmaksızın aralarında anlaşarak doğrudan nama ifayı uygulayabilir. Böylece yapı inşasının başkası eliyle tamamlanması ve masrafların yüklenici tarafından karşılanması sağlanır. Nama ifaya başvurulurken TBK m. 113/I kapsamında bazı maddi koşulların bulunması ve özel bir usûlün izlenmesi gerekir. Bulunması gereken şekli koşullar bakımından nama ifanın hukukî niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Çalışmamızda, nama ifa kavramı açıklanarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hangi koşullarda nama ifaya başvurulabileceği ve bu süreçte uyulması gereken usûl incelenmiştir.

* Arş. Gör., İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye *** Res. Asst., İzmir Kâtip Çelebi University Faculty of Law, Department of Islamic Law, İzmir, Turkey.

✉ sumeyyetuba.korkusuz@ikcu.edu.tr • ORCID.0000-0002-7310-1940.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: **KORKUSUZ**, Sümeyye Tuba: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Nama İfanın Koşulları", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 107-143.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-Non-Commercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi • Yüklenici • Nama İfa • Maddi Koşul
- Şekli Koşul

CONDITIONS OF SUBSTITUTE PERFORMANCE OF THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR LAND SHARE

Abstract

A construction in return for land share contract is a contract where the contractor is obliged to construct and deliver the building and the landowners are obliged to transfer their land shares or independent sections to the contractor in return. In cases where the contractors, who are parties to the construction contract in return for land shares, do not start the construction of the building at all, or do not complete the building properly or incompletely, the landowners may apply for "registered performance" regulated in Article 113/I of the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098. In addition, the parties may apply registered performance directly by agreement between themselves without the permission of the court. Thus, it is ensured that the construction of the building is completed by someone else and the costs are covered by the contractor.

While applying for registered performance, certain material conditions must be met and a special procedure must be followed within the scope of Art. 113/I of the TCO. In terms of the formal conditions to be met, it is important to determine the legal nature of registered performance. In our study, the concept of registered performance is explained and the conditions under which registered performance may be applied in a construction contract in return for land share and the procedure to be followed in this process are analyzed.

Key Words

- Construction Contract In Return For The Land Share • Contractor • Registered Performance • Material Condition • Formal Condition

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenici, yapı inşa etme borcunu özen yükümlülüğü kapsamında sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmelidir. Yükleniciler; yapı inşasına başlamakta, geç başladığından süresinde bitirmekte veya sözleşmedeki koşullara uygun yapı inşa etmekte sorunlar yaşayabilmektedir. Özellikle günümüzdeki yüksek enflasyon sebebiyle inşaat malzemeleri ve işçi ücretlerinin de artmasıyla yükleniciler, yapıyı süresinde teslim edememektedir. Bu durumda yükleniciler; arsa sahiplerinden süre isteme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirlenen yapı teslim süresini uzatarak arsa

sahiplerini oyalama veya inşaat alanını terk etme gibi yollara başvurabilmektedir.

Yüklenicinin yapı inşası ve teslim borcuna aykırı davranması, farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bu durumlardan ilki, tarihlerin taraflarca kararlaştırılmasına rağmen belirlenen tarihte yapı inşasına başlanmaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işin geciktirilmesinin; yapının zamanında tamamlanmasının imkânsızlığına yol açmasıdır. Böyle bir durumda arsa sahibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 473. maddesinin 1. fıkrasına göre teslim tarihini beklemezsizin sözleşmeden dönme hakkına sahiptir¹. İkinci durum, teslim tarihi belirlenmemiş bir sözleşmede yüklenicinin yapı inşasına başlamaması veya başlamakta gecikmesidir. Doktrindeki bir görüşe göre bu durumda arsa sahibi, borçluyu temerrüde düşürerek TBK m. 125'teki seçimlik haklardan birini kullanabilir². Uygulamada sıklıkla karşılaşılan üçüncü durumsa enflasyon sebebiyle inşaat malzemeleri ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplerle yüklenicilerin belirli bir oranda inşasını tamamladığı yapıyı yarım bırakmasıdır. Bu durumda temerrüt hükümleri yerine yapının başkası tarafından inşa edilmesini sağlamak amacıyla TBK m. 113/I hükmüne başvurulabilir³.

Nama ifa, hem yapıyı tamamlamayan yüklenici yerine yapının başkası tarafından tamamlanmasını hem de masraflara ilk yüklenicinin katlanması gerekliliği sebebiyle yapı inşası için harcanan giderlerin yüklenici tarafından karşılanmasını sağlar⁴. Dolayısıyla kanaatimizce,

¹ ÜREM, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s. 56 vd.

² KAPLAN, İbrahim: "Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 1985, s. 7.

³ KAPLAN, s. 7.

⁴ Nama ifa hakkında doktrindeki açıklamalar için bkz. AYDINCIK, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s. 74; NÖMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 375; KILIÇOĞLU, Ahmet, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018, s. 820; FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 654; COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 242; BİLGİN YÜCE, Melek/ARSLAN YILMAZ, Gül: "Eser Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin İfası", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 229; RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara 2018, s. 57; SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 335; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat

arsa sahiplerinin bazı durumlarda borçlu temerrüdü hükümleri yerine nama ifaya başvurması, yapının tamamlanması açısından daha işlevsel olabilir.

Çalışmada öncelikle nama ifanın tanımı yapılarak hukukî niteliği üzerinde durulmuştur. Ardından TBK m. 113/I hükmü kapsamındaki maddi ve şekli koşullar, doktrindeki görüş ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Nama ifanın hukukî sonuçları çalışma kapsamı dışında tutulmuş olsa da hâkimin nama ifaya izne dair verdiği nihai hüküm, genel çerçevede ele alınmıştır.

I. Nama İfa Kavramı

Nama ifa, yapma borcunun borçlu adına üçüncü kişi veya alacaklı tarafından yerine getirilmesidir. Nama ifa, borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda alacaklı veya üçüncü kişinin işi tamamlaması, masraf ve hasarın ise borçlu tarafından karşılanmasını sağlar⁵. Dolayısıyla nama ifaya başvurulabilmesi için borçlunun sözleşme konusu edim borcunu ifa etmemesi gerekmektedir⁶. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapı inşasıyla ilgili olan bütün işlerin nama ifaya dâhil edildiğini kabul etmektedir⁷.

Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022, s. 528; **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 708; **KABLAN**, Ahmet İhsan: Eser Sözleşmesinde Nama İfa (TBK 473/II hükmüne göre), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 39 vd.

⁵ Nama ifanın doktrindeki tanım ve açıklamaları için bkz. **AYDINCIK**, s. 74; **SEÇER**, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 348 vd.; **NOMER**, s. 375; **KILIÇOĞLU**, s. 820; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, s. 654; **COŞKUN**, s. 242; **BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ**, s. 229; **RUHİ/RUHİ**, s. 57; **SELİMOĞLU**, s. 335; **DUMAN**, s. 528; **KOSTAKOĞLU**, s. 708; **KABLAN**, s. 39 vd.; **AYAN**, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 179.

⁶ Bkz. aşağıda § IV, A, 4.

⁷ "...nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir. Davacıların, sözleşme kapsamında kalan eksik işlerin tamamlanması, yapı ruhsatı alınması için yapılacak giderlerin ödenmesi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçlarının ödenmesi ve yapı denetim şirketine bedel ödenmesine yönelik taleplerin tamamı, sözleşmenin aynen ifası kapsamında kalan, tasfiyeye yönelik taleplerdir. TBK'nın 113/1. fıkrasındaki "yapma borcu" ibaresi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sadece eksik inşaatın yapılması şeklinde değil; sözleşme gereğince yüklenici tarafından inşaatla ilgili yapılması gereken tüm işlemlerin yapılması şeklinde anlaşılması gerekir. Bu

Her ne kadar kavram olarak yer almasa da mevzuatta birçok “nama ifa” düzenlemesi bulunmaktadır⁸. Yargıtay kararlarındaysa “nama ifa” terimi sıkça kullanılmaktadır⁹. Yapma borçlarında nama ifa¹⁰, TBK’nin 113. maddesinin 1. fıkrasında “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası*

yorum tarzına göre, yüklenici tarafından yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen tüm işlemlerin, masrafı yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibi tarafından yapılmasına karar verilebilir...” Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [25.07.2023]; Bu konuda ayrıca bkz. SEÇER, s. 349.

- ⁸ Çalışmada, yapma borçları (TBK m. 113/1) kapsamında incelenecek olan nama ifa, ilgili hüküm ile sınırlı olmayıp; kira sözleşmesinde (TBK m. 306), bir işin yapılıp yapılmamasına dair olan ilamlarda (İcra ve İflas Kanunu m. 30/2) ve intifa hakkı sahipleri bakımından (Türk Medeni Kanunu m. 812/3) da mevzuatımızda hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin yanı sıra TBK m. 473/1’de düzenlenen erken dönmenin koşullarının bulunması durumunda da nama ifaya başvurulabileceği doktrindeki bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **AYDINCIK MİDYAT**, Şirin, “Türk İnşaat Hukukunda Nama İfa”, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2017, s. 76; Aksi yöndeki görüş için bkz. **KOCAAĞA**, Köksal: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2004, s. 182.
- ⁹ “...*Nama ifa; eseri yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin bizzat tamamlaması veya başka bir yükleniciye tamamlattırması demektir. Yüklenicinin eseri tamamlama olasılığı zayıf ve eserde tamamlanabilecek durumda ise, sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, TBK 113, (BK 97) maddesi uyarınca nama ifaya izin isteyebilir...*” Yargıtay 15. HD, T. 30.06.2020, E. 2016/6308, K. 2020/1952, E. 2019/3574, www.legalbank.net [25.12.2022]; Yargıtay 6. HD, T. 08.11.2021, E. 2021/313, K. 2021/1306; Yargıtay 15. HD, T. 28.04.2021, E. 2020/1857, K. 2021/2027; Yargıtay 15. HD, T. 17.06.2021, E. 2021/555, K. 2021/2806, https://karararama.yargitay.gov.tr [23.09.2022].
- ¹⁰ Doktrinde TBK m. 113/1’deki nama ifa hükmü; “*yapma borçlarının icrası*”, “*işi başkasına yaptırma hakkı*”, “*ikame yoluyla ifa*” veya “*ikame icra*” şeklinde incelenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 1169 vd.; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 429 vd.; **GÜNDOĞDU**, Fatih, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2), İstanbul 2019, s. 110 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. 3, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s. 217 vd.; **İMAMOĞLU**, S. Hülya: “Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 113/1 Hükümünün Hukuki Niteliği ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 808 vd.

tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere nama ifa, borcun yapma borcu olması ve ifa edilmemesi durumunda gündeme gelmektedir. Hükme göre alacaklı veya üçüncü bir kişinin ifa ettiği edim karşısında doğacak masraflar, borçlu tarafından giderilir.

II. Nama İfanın Hukukî Niteliği

Nama ifanın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır¹¹. Kanaatimizce, kabul edilecek hukukî nitelendirme, nama ifanın uygulanma usûlü açısından oldukça önemlidir¹². Belirtmek gerekir ki kendine özgü bir usûl belirlenmesi sebebiyle TBK'nin 113/I maddesinde düzenlenen nama ifanın hukukî niteliği üzerinde en çok taraftar toplayan cebri icra, aynen ifa ve tazminat görüşleri değerlendirilmiş, görüşümüzün ardından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifanın uygulanması ve koşullarına geçilmiştir.

A. Cebri İcra Görüşü

Nama ifanın hukukî niteliğine ilişkin ilk görüş, cebri icra görüşüdür. Doktrinde cebri icra görüşünü savunanlar¹³ TBK m. 113/I'in İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) m. 30 ile bağlantılı olduğunu (başka bir deyişle birbirlerini tamamlayan hükümler olduğunu) ifade etmektedir.

Cebri icra görüşü gereğince TBK m. 113/I'e göre doğrudan aynen ifaya ilişkin dava açılması, davanın kazanılması durumunda borçluya borcunu yerine getirme imkânı verilmesi, ilâma rağmen borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda İİK m. 30'un uygulanması

¹¹ TBK m. 113/1 hükmünün hukukî niteliğine ilişkin doktrindeki farklı görüşler için bkz. **ERDOĞAN**, Ersin: "Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 2, 2017, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 784 vd.; **ÖZ**, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 153; **EREN**, s. 1170; **ŞENOCAK**, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 194; **ALDEMİR TOPRAK**, İpek B.: "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Nama İfa Hakkı", Terazi Hukuk Dergisi, S. 194, 2022, s. 116; **SÜTÇÜ**, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. 1, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 1223; **ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 224; **BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ**, s. 232; **KURT**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 203; **ÖZ**, s. 153; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 430.

¹² Bkz. aşağıda § II, D. Aynı yöndeki görüş için bkz. **AYAN**, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 175, dn. 17.

¹³ **ERDOĞAN**, s. 172; **TUNÇOMAĞ**, s. 784 vd.

gerekmektedir¹⁴. Dava açmadan önce ihtar ya da borçlunun kusurlu olması gibi başka herhangi bir koşulsu aranmamaktadır¹⁵.

Doktrindeki bir görüşe göre cebri icra görüşünün benimsenmesi, ifa davasının borçlu aleyhine sonuçlanmasının ardından nama ifaya izin kararı alınmasını da gerektirir¹⁶. Kanaatimizce hukukî nitelik bakımından ilgili cebri icra görüşünün benimsenmesi, TBK m. 113/I'in uygulanma süresinin oldukça artmasına sebep olur.

Doktrindeki bir başka görüşe göre nama ifanın cebri icra niteliğinde olduğunun kabulü, İİK m. 30 hükmünün getirilmesiyle TBK'deki hükümlerde değişikliğe gidilmiş olduğu ya da İİK hükmünün gereksiz olduğu anlamına gelir. Aynı görüş gereğince TBK m. 113/I'de öncelikle ilâm elde edilmesi gerekliliğine ilişkin bir ibareye yer verilmediğinden bu hükmün cebri icra olarak nitelendirilmesi isabetli değildir¹⁷. Diğer bir görüşe göreyse TBK m. 113'te yapma ve yapmama borçlarına ilişkin kendine özgü bir cebri icra yolu düzenlenmiştir¹⁸.

B. Aynen İfa Görüşü

Her ne kadar masraflara borçlu katlansa da nama ifada asıl amaçlanan borcun ifa edilmesidir¹⁹. Bu sebeple doktrinde birçok yazar, TBK m. 113/I'de düzenlenen hükmün hukukî niteliğinin aynen ifa olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁰.

Kanun hükmüne göre nama ifanın gündeme gelebilmesi için yapma borcunun ifa edilmemesi şarttır (TBK m. 113/I). Borcun ifa

¹⁴ AYDINCIK, s. 88 vd; İMAMOĞLU, s. 822; İİK m. 30'un TBK m. 113/I'i de kapsadığı görüşü için bkz. ERDOĞAN, s. 172; Tunçomağ, İİK hükmünden bahsetmese de TBK m. 113'ün cebri icra ile ilgili bir işlem olduğunu kabul etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 784 vd.

¹⁵ TUNÇOMAĞ, s. 785; GÜNDOĞDU, s. 134.

¹⁶ ANTALYA, s. 225.

¹⁷ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 922.

¹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 217.

¹⁹ ÖZYÜREK, Mehmet: "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C.2, S. 2, 2019, s. 88; KURT, s. 203; Ayrıca TBK m. 113/1 hükmüyle aynen ifaya ilişkin ısrar söz konusudur görüşü için bkz. BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ, s. 232.

²⁰ ÖZ, s. 153; EREN, s. 1170; ŞENOCAK, s. 194; ALDEMİR TOPRAK, s. 116; SÜTÇÜ, s. 1223; ANTALYA, s. 224; BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ, s. 232; KURT, s. 203; AYAN, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 177.

edilmemesiyle borçlunun temerrüdünü doğurur²¹. Bu kapsamda doktrinde, nama ifanın borçlu temerrüdünde alacaklının seçimlik haklarına eklenen yeni bir seçimlik hak olduğu da ifade edilmektedir²². Bu görüş ile nama ifanın aynen ifa niteliğinde olduğu görüşü arasında pratik açıdan bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki görüşte de nama ifaya başvurulurken borçlu temerrüdündeki hükümler uygulanarak borçlunun temerrüde düşmesi gerektiği belirtilmektedir²³. Yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için kusur koşulunun bulunması zorunlu değildir²⁴. Yargıtay da yüklenicinin kusurlu olup olmadığını incelemeksizin nama ifayı aynen ifa kapsamında değerlendirmektedir²⁵.

C. Tazminat Görüşü

Bir diğer görüşe göre nama ifa, tazminat niteliğindedir²⁶. Tazminat görüşü içerisinde birtakım görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı yazarlar, TBK m. 113/I'ı tazminat niteliğinde kabul ederken bazı yazarlarsa borçlu açısından tazminat, alacaklı açısından aynen ifa niteliğinde olduğunu kabul etmektedir²⁷. Doktrinde tazminat görüşünü savunan Oğuzman/Öz'e göre borçluya karşı öncelikle ifa davası açılması gerekir. Dava sonunda alınan ilâmla cebri icra yoluna başvurulmalı ve

²¹ ANTALYA, s. 479.

²² FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 654; COŞKUN, s. 242-243.

²³ ALDEMİR TOPRAK, s. 116; BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ, s. 232; COŞKUN, s. 242-243; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 655-656; Nama ifanın uygulanabilmesi için yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi gerektiği görüşü için bkz. SEÇER, s. 351.

²⁴ COŞKUN, s. 242-243; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 655-656; Doktrindeki katıldığımız bir görüşe göre, aynen ifanın talep edilebilmesi için kusur koşulu aranmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ÖZYÜREK, s. 90; AYAN, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 178.

²⁵ "...Nama ifa, TBK'nın 125/1. Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka deyişle nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir..." Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [02.11.2022].

²⁶ ÖZ, s. 153; OĞUZMAN/ÖZ, s. 430.

²⁷ Tazminat niteliğinde olduğunu kabul eden görüşler için bkz. ÖZ, s. 153; OĞUZMAN/ÖZ, s. 430; Yüklenici açısından tazminat, arsa sahibi açısından ise aynen ifa olduğunu kabul eden görüşler için bkz. TOKAT, Hüseyin: "Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2016, s. 215; SÜTÇÜ, s. 1223; MUMAY, Ezgi Buse, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Ankara 2022, s. 82.

borçlu buna rağmen borcunu yerine getirmese masraflar borçludan tazmin edilmelidir²⁸.

Nama ifanın tazminat niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, yüklenicinin kusursuz olduğunu ispat etmesi, nama ifaya başvurulmasını engeller. Bu bakımdan borçlunun kusursuzluğu, nama ifanın uygulanmasında olumsuz bir rol oynar. Fakat nama ifanın hukukî niteliğine dair diğer görüşlere göre borçlunun kusurlu veya kusursuz olmasının nama ifaya başvurusu açısından bir önemi bulunmamaktadır²⁹.

D. Kanaatimiz

Tazminat görüşünde borcun ifa edilmesinden ziyade masrafların talep edilmesi daha ön planda tutulmakta ve bu sebeple nama ifa, tazminat niteliğinde kabul edilmektedir. Fakat doktrindeki katıldığımız bir görüşe göre nama ifada amaçlanan; borcunu yerine getirmeyen borçlunun edimini istemeyerek ifa etmesi halinde doğabilecek sakıncaların önüne geçmektir³⁰. Diğer taraftan nama ifa ile borcun borçludan başkası tarafından yerine getirilmesi amaçlandığı ve ilk yüklenici sözleşmeden kaynaklanan alacağını yapı inşası tamamlandığında talep edebildiği için TBK m. 113/I tazminat yönünden bir hüküm içermemektedir³¹. Doktrindeki bir yazar tarafından belirtilen ve katıldığımız görüşte de ifade edildiği üzere nama ifanın tazminat niteliğinde veya cebri icra niteliğinde olduğunun kabulü, pratik açıdan bir farklılık arz etmemektedir³². Zira nama ifanın cebri icra ile tazminat niteliğinde olduğunun kabulünde aynı usûl öngörülmüştür.

Nama ifanın cebri icra kuralı olarak kabul edilmesi ile aynen ifa olarak kabul edilmesi arasındaki en temel fark ise şudur: Cebri icra görüşü gereğince öncelikle aynen ifa talepli dava açılmalı ardından icra dairesine başvurulmalıdır; aynen ifa görüşüne göreyse yüklenicinin

²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 430.

²⁹ ÖZ, s. 153-154.

³⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 922; Cebri icra görüşüne göre borcun borçlu tarafından ifa edilmesinin sağlanmasının daha baskın bir amaç olduğundan bahsedilebilir. Detaylı bilgi için bkz. MUMAY, s. 82.

³¹ AYAN, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 179.

³² ERDOĞAN, s. 170.

temerrüde düşmesiyle doğrudan nama ifaya izin davası açılmalıdır³³. Kanun metninde de ifade edildiği üzere borcun ifa edilmemesi ihtimalinde nama ifaya izin talep edilebilir.

Yargıtay'ın nama ifanın hukukî niteliğini aynen ifa olarak benimsenmesinin yanı sıra aynen ifa görüşü; TBK m. 113/I hükmünün uygulanabilmesi için borçlu aleyhine mahkeme ilâmını gerektirmediğinden³⁴, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında yapı inşasının tamamlanması açısından daha pratik bir yoldur³⁵. Bu sebeplerle kanaatimizce borçlunun yapma borcunu yerine getirmesinin sağlanması amacıyla ilâm/ilâm niteliğinde belge gereken cebri icra yoluyla, TBK kapsamında düzenlenen nama ifa hükümleri birbirinden farklı ve bağımsızdır. Dolayısıyla kanaatimizce, nama ifanın aynen ifa niteliğinde kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak yapma borcunun ifa edilmesinin sağlanması amacıyla; İİK'deki cebri icra yoluna veya TBK'deki nama ifa yoluna başvurulması, tamamen alacaklının inisiyatifindedir.

III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cebri İcra Sorunu ve Nama İfa Uygulaması

A. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin eser sözleşmesi niteliğindeki yapı inşası borcuna karşılık arsa sahibinin arsa payını devretmesinden veya devir vadedinde bulunmasından oluşan bir sözleşmedir³⁶. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi ile

³³ İMAMOĞLU, s. 818; KURT, s. 204; SEÇER, s. 353; ALDEMİR TOPRAK, s. 116; ÖZYÜREK, s. 89; AYAN, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 178, dn. 17.

³⁴ SEÇER, s. 350; ANTALYA, s. 224.

³⁵ Aynen ifa görüşünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından pratikliği hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda § III, C; Cebri icra görüşünün benimsenmesi sebebiyle sürecin uzamasının dava ekonomisi ilkesine aykırı olduğu görüşü için bkz. KURT, s. 203.

³⁶ NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 26; AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT Hüseyin, Borçlar Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 405; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 18; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1071; SELİMOĞLU, s. 42; "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 355 vd., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir

taşınmaz satış sözleşmesi hükümleri, niteliği uygun düştüğü müddetçe arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanır³⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin yapı inşasını sözleşmede belirlenen sürede tamamlamaması, borcun muaccel hale gelmesine sebep olur³⁸. Arsa sahipleri, yüklenicinin temerrüde düşmesiyle doğan seçimlik hakkını kullanarak aynen ifa (yapının tamamlanması) ve gecikme tazminatını talep edebilir³⁹. Bu durumda yüklenicinin borcunun verme değil de yapma borcu (yapı inşası borcu) olmasından bahisle yükleniciyi aynen ifaya zorlamak mümkün olmaz ve aynen ifa hakkının kullanılması talepten öteye gidemez⁴⁰. Bu sebeple alacaklılar, bu taleplerinin uygulanabilmesi için ifa davası açarak cebri icra yoluna başvurabilir⁴¹.

B. Cebri İcra Sorunu

Nama ifanın hukukî niteliğinin cebri icra olduğu görüşüne göre; yüklenicinin yapı inşası borcunu ifa etmemesi durumunda arsa sahibi, yapının tamamlanmasını sağlamak amacıyla doğrudan ifa davası

türüdür...” Yargıtay 23. HD, T. 19.02.2016, E. 2015/10169, K. 2016/936, www.legalbank.net [28.10.2022].

³⁷ “...*Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 355. (TBK'nın 470. vd.) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden...”* Yargıtay, 6. HD, T. 27.09.2022, E. 2021/4437, K. 2022/4390, www.legalbank.net [27.12.2022]; “...*arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden...”* Yargıtay 6. HD, T. 06.09.2022, E. 2021/5343, K. 2022/3907, www.legalbank.net [27.12.2022]; **YAVUZ**, s. 1071; **ZEVKLİLER/GÖYAYLA**, s. 18; **DURAK**, Yasemin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İÜHFD, C. 1, 2015 (Özel Sayı), s. 214.

³⁸ **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Ankara 2016, s. 385; **ANTALYA**, s. 479-480.

³⁹ **EREN**, s. 1261; Arsa sahiplerinin aynen ifadan vazgeçerek yalnızca gecikme tazminatı talebinde bulunamayacağına ilişkin açıklama için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 920; Ayrıca arsa sahiplerinin borçlu temerrüdünden doğan seçimlik haklardan birine başvurmak yerine TBK m. 113/1 hükmünde yer alan nama ifaya izin davası açabileceği de unutulmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda § IV, B, 2.

⁴⁰ **ÖZ**, s. 153; Aynen ifa talebinin uyarıdan öteye gitmeyeceğine dair görüş için bkz. **ALDEMİR TOPRAK**, s. 113; **ÖZ**, s. 153.

⁴¹ **EREN**, s. 1166; İfa davası açılarak dava sonunda cebri icra yoluna gidilmesi yerine; TBK m. 113/1 uyarınca doğrudan nama ifaya izin davasının da açılacağı unutulmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda § IV, B, 2.

açmalıdır⁴². Dava sonunda yüklenicinin aynen ifada bulunması gerektiğine hükmedilmesine rağmen yüklenicinin borcunu ifa etmemesi durumunda arsa sahibi, İİK 30. maddesi kapsamında cebri icra yoluna başvurabilir⁴³.

Yapma borcuna ilişkin alınan ilâm sonrasında uygulanması gereken aşamalar İİK hükmünde şu şekilde belirlenmiştir: Borçlunun süresi içerisinde işe başlamaması veya süresinde işi bitirmemesi durumunda gerekli masraflar icra memuru tarafından bilirkişiye takdir ettirilir, masrafların ileride karşılanması şartıyla alacaklının onay vermesiyle iş yaptırılır, alacaklının onay vermemesi durumundaysa borçlunun gerekli miktardaki malına haciz konulup satışından elde edilen parayla iş yaptırılır (İİK m. 30). Doktrindeki bir görüşe göre belirtilen aşamaların takip edilmesiyle yapı inşasının yüklenici eliyle tamamlanarak yüklenicinin zorla teslim etmesini sağlamak pek mümkün değildir⁴⁴.

Elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge olmayan arsa sahibinin yükleniciyi aynen ifaya zorlayabilmek için öncelikle dava açması, ardından cebri icra yoluna başvurması ve yüklenicinin mallarına haciz konması; günümüzde ilk derece mahkemelerinde hükmün verildiği süre de göz önünde bulundurulduğunda, yapı inşasının oldukça geç sürede tamamlanmasına neden olur. Sürecin bu şekilde uzaması, özellikle arsa sahiplerinin aleyhine sonuçlar doğurur. Kanaatimizce kanun koyucu da İİK m. 30'un uygulanmasının güç olması⁴⁵ sebebiyle; yapma borçlarında (TBK m. 113/I) nama ifa hükmüne doğrudan başvurulabileceğini öngörmüş, ayrıca alacaklıya başvurabileceği yollar bakımından alternatif tanımıştır.

C. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Nama İfa

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, yardımcı şahıslardan faydalandığı gibi; yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımaması ve sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması şartıyla işin bir kısmını alt yüklenicilere devredebilmektedir⁴⁶. Kural olarak arsa

⁴² ÖZ, s. 153; ANTALYA, s. 225.

⁴³ DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 55; ALDEMİR TOPRAK, s. 113.

⁴⁴ ALDEMİR TOPRAK, s. 113.

⁴⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 921; ALDEMİR TOPRAK, s. 113.

⁴⁶ AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 199-200; Alt yüklenicilikle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. TUTKUN, Ceyda, İnşaat

sahipleri böyle bir yetkiye sahip olmasa da kanun koyucu bazı durumlarda arsa sahiplerine de yapı inşasına müdahale imkânı tanımıştır. Bu kapsamda arsa sahipleri, TBK m. 113/I hükmü gereğince belirli koşullar altında yapıyı üçüncü bir kişinin inşa etmesini (veya onarmasını) sağlayabilmektedir⁴⁷.

İnşaat projelerinde yapının tamamlanma süresi önem arz etmektedir. Zamanın ilerlemesiyle inşaat maliyetlerinde yaşanan artışlar; yapının tamamlanma sürecinin uzamasına, her geçen gün maddi zarara uğranmasının yanı sıra başka hukukî sorunların doğmasına neden olabilir⁴⁸. Bu gibi durumların önlenmesi amacıyla kanun hükümlerinin yanı sıra yüklenici yapı inşasını tamamlamakta zorlandığında arsa sahipleriyle anlaşarak doğrudan nama ifanın uygulanması mümkündür⁴⁹. Her ne kadar doktrin ve Yargıtay kararlarında aksi belirtilse de kanaatimizce; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların nama ifa üzerinde anlaşmaları uygulamada pek mümkün değildir. Nitekim kanaatimizce yükleniciler, yapı inşasına başkasının devam etmesine dair (nama ifanın uygulanması) arsa sahipleriyle anlaşmak yerine yapıyı tamamlamak için süre isteme eğiliminde olurlar⁵⁰.

Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 33 vd.; **YALÇINDURAN**, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 23 vd.

⁴⁷ **BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ**, s. 228; **SEÇER**, s. 349.

⁴⁸ **ALDEMİR TOPRAK**, s. 116.

⁴⁹ **SÜTÇÜ**, s. 1224; Bu husustaki Yargıtay kararı için bkz. "...Davacı yüklenici 09.03.1998 tarihli Düzenleme Şeklinde Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden doğan edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getiremediğinden taraflar arasında 14.09.2000 tarihinde yüklenici nam ve hesabına inşaatın ikmâli için sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme uyarınca yarım kalan inşaat yüklenici nam ve hesabına sözleşmede öngörülen esas ve usullere göre ikmâl edilecek, çalıştırılacak personelle ilgili ücret, sigorta primleri, yasaların öngördüğü her türlü giderler, iş kazası sonucu tahakkuk edecek tazminatlar ile inşaat nedeniyle ilgili mercilere ödenecek her türlü vergi, resim ve harçlar maliyet hesabında nazara alınmak suretiyle tüm giderlerin yekûnu tespit edilecek, bu surette tespit edilen inşaat maliyet yekûnuna %30 kâr marjı da eklenecektir. Yükleniciye ait bağımsız bölümler üzerindeki hacizlerin kaldırılması için avukata ödenecek vekâlet ücretleri de ilave edilmek suretiyle bulunacak miktarın yükleniciye ait 1, 4 ve 8 nolu dairelerin satışlarından elde edilecek tutarından tenzil edildikten sonra bakiyesi yükleniciye verilecektir..." Yargıtay 15. HD, T. 20.04.2009, E. 2008/3015, K. 2009/2294, www.legalbank.net [30.06.2023].

⁵⁰ Kanaatimizce nama ifa üzerinde anlaşma sağlansa dahi yapı inşası için harcanan masraflar bakımından taraflar arasında uyuşmazlık çıkma ihtimali oldukça yüksektir.

Yapma borçlarında nama ifa hükmüne (TBK m. 113/I) başvurulabilmesi için bir eda hükmü elde edilmesi, ön şart olarak belirlenmemiştir. Bu sebeple tarafımızca benimsenen aynen ifa görüşü gereğince TBK m. 113/I'in uygulanabilmesi için öncesinde bir ifa davası açılması gerekmiyip nama ifaya izin davasının açılması yeterlidir⁵¹. Bu vesileyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan yapı inşasının tamamlanmaması durumunda İİK madde 30'a başvurabilmek için öncelikle ifa davası açmak, ardından icra yoluna başvurmak yerine; nama ifanın uygulanabilmesi için yetki talepli izin davası açmak daha isabetlidir. Kaldı ki uygulamada da arsa sahipleri, borçlunun borcunu icra kanalıyla ifa ettirmeye çalışmak yerine nama ifaya izin davasına başvurmaktadır⁵².

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında açılan nama ifaya izin davalarında, nama ifaya izin talebinin yanı sıra masrafların karşılanması amacıyla ve avans niteliğinde olmak üzere yükleniciye özümlenecek bağımsız bölümlerin satışı için yetki de talep edilmektedir⁵³. Bu kapsamda ortaya çıkacak masrafların tespiti için bilirkişi raporu alınmaktadır. Hâkimler verdiği nihai kararlarda, takdir

⁵¹ KURT, s. 203; AYAN, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 178.

⁵² Yargıtay 6. HD, T. 13.09.2022, E. 2021/4185, K. 2022/4091, www.legalbank.net [24.07.2023]; Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [25.07.2023]; Yargıtay 6. HD, T. 08.03.2023, E. 2022/329, K. 2023/940, www.legalbank.net [25.07.2023].

⁵³ "...nama ifa suretiyle davacı arsa sahibi tarafından yapılmasına izin verilen eksik ve ayıplı işlerin nelerden ibaret olduğu ve bunların avans niteliğindeki giderim bedeli ile iskan masrafları tutarı belirtilip, yine arsa sahiplerince yapılan ödemeler ve daha önce hüküm altına alınan kira tazminatı ile birlikte bunları karşılamak üzere satılması gereken bağımsız bölümün asgari satış bedeli hüküm fıkrasında açık ve infazı mümkün olacak şekilde gösterilerek karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı verilen karar doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." Yargıtay 6. HD, T. 08.03.2023, E. 2022/329, K. 2023/940, www.legalbank.net [25.07.2023]; "...Nama ifa kapsamında yüklenicinin edimlerinin ifası için bilirkişi heyetince, toplam 111.800,31 TL avans öngörüldüğü halde, 140.000,00 TL kıymet takdir edilen yükleniciye ait 2 ve 3 nolu bağımsız bölümlerin birlikte satılması halinde nama ifanın ancak gerçekleştireceği düşünülerek her iki bağımsız bölümün satışına karar verilmesi gerekirken sadece 2 nolu bağımsız bölümün satışına karar verilmesi de isabetsizdir..." Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [25.07.2023]; "...Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında nama ifaya izin verilirken giderilmesi gereken eksikler, ayıpların nelerden ibaret olduğu ve bunların avans niteliğindeki giderim bedellerinin hüküm fıkrasında infazı mümkün olacak şekilde gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir..." Yargıtay 6. HD, T. 13.09.2022, E. 2021/4185, K. 2022/4091, www.legalbank.net [24.07.2023].

ettikleri masraf tutarına açıkça yer vermektedir⁵⁴. Böylece İİK m. 30'daki cebri icra düzenlemesine ihtiyaç duyulmayarak masraflar; ya bağımsız bölüm/bölmelerin satışıyla ya da hüküm fıkrasında belirlenen tutar uyarınca yapılacak icra takibiyle veya alacak davasının açılmasıyla karşılanmaktadır.

IV. TBK m. 113/I'de Düzenlenen Nama İfanın Koşulları

A. Maddi Koşullar

1. Sözleşmenin Yürürlükte Olması

Nama ifanın uygulanabilirliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yürürlükte olmasına bağlıdır⁵⁵. Bunun sebebi, fesih veya dönme sebebiyle sözleşme sona erdiğinde tarafların borçlarının da sona ermesinden kaynaklanmaktadır. Fakat nama ifaya izin verildiğinde yapı her ne kadar yükleniciden başkası tarafından inşa edilse de yüklenicinin yapı inşası borcu devam eder⁵⁶.

Söz konusu eksikliklerin yüklenici adına tamamlanması amacıyla üçüncü bir kişiyle anlaşılması durumunda yeni bir sözleşme kurulur⁵⁷. Dolayısıyla kurulan yeni sözleşmenin tarafları, arsa sahibi ve üçüncü kişi

⁵⁴ SELİMOĞLU, s. 336; RUHİ/RUHİ, s. 58; "...Hakim talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yapmak suretiyle eksik bırakılan ve ayrılmış olan iş kalemleri ile bunların tamamlanması giderlerini ve ayrıca iskan izin belgesi için gerekli giderleri saptayarak ifaya izin kararı ve talep varsa bağımsız bölümün satışına ve giderlerin satış bedelinden karşılanmasına, artan tutarın yükleniciye verilmesine karar verir..." Yargıtay 15. HD, T. 22.01.2019, E. 2018/1868, K. 2019/272, www.legalbank.net [18.01.2023].

⁵⁵ AYDEMİR, s. 367-369; GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, Ankara 2017, s. 211; "...Nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüte düşmesi ve borcun "yapma borcuna" dair bulunması gerekir..." Yargıtay 6. HD, T. 13.09.2022, E. 2021/4185, K. 2022/4091, www.legalbank.net [24.07.2023].

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 820; BİLGİN YÜCE/ARSLAN YILMAZ, s. 233; Diğer bir ifadeyle arsa sahibinin yapının sözleşmeye uygun olarak tamamlanması amacıyla nama ifa yoluna başvurması durumunda, ilk yüklenicinin taraf olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermez. Ayrıntılı bilgi için bkz. "...söz konusu ihtarname sözleşmenin feshi niteliğinde olmadığı gibi nama ifa yaptırılması da sözleşmenin feshi sonucunu doğurmayacağından..." Yargıtay 6. HD, T. 04.10.2021, E. 2021/3391, K. 2021/584, https://karararama.yargitay.gov.tr [26.09.2022].

⁵⁷ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 207; İkinci yüklenicinin yapıyı arsa sahiplerine teslimine kadar geçecek sürede ilk yüklenicinin pasifize bir konumda olduğu görüşü için bkz. GÜNDOĞDU, s. 261.

olup ilk yüklenici bu sözleşmede taraf sıfatını haiz değildir⁵⁸. Doktrindeki katıldığımız bir görüşe⁵⁹ göre; iş sahibi ile üçüncü kişi (yeni yüklenici) arasında yeni bir eser sözleşmesi kurulmakta, ikinci yüklenici bu sözleşmede kararlaştırılan bedeli yalnızca iş sahibinden talep edebilmekte ve iş sahibinin ilk yükleniciden yalnızca aralarındaki sözleşme kapsamındaki masrafları talep etmesi mümkün olmaktadır⁶⁰.

Adından da anlaşılacağı üzere nama ifada yüklenici adına ifa (yapı inşası edimi) gerçekleştirilir. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe veya geleceğe etkili olarak sona ermesi ihtimalinde nama ifa uygulanamaz⁶¹. Fesih ve nama ifa talebinin bir arada olması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair Yargıtay'ın birçok kararı bulunmaktadır.

Kararlardan birine göre⁶² her ne kadar fesih, nama ifa ve müspet zararın bir arada talep edilmesi çelişkili olsa da davacı tarafından kastedilen asıl talep, yapının tamamlanmasıdır. Dolayısıyla tamamlanması gereken işlerin belirlenmesi ve arsa sahibine yapının tamamlanması için izin verilmesi gerekirken ilk derece mahkemesinin sözleşmenin feshine hükmetmesi nedeniyle karar, Yargıtay tarafından

⁵⁸ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 207.

⁵⁹ GÜNDOĞDU, s. 258 vd.

⁶⁰ Üçüncü kişi ile yapılan eser sözleşmesinin konusu, eserin onarılması veya tamamlanması olabilir. İkinci yüklenici ile eserin onarılması için anlaşma sağlandığında, onarım tamamlandığında eser ilk yükleniciye teslim edilmelidir. İkinci yüklenici ile eserin tamamlanması konusunda yapılan eser sözleşmesi durumunda ise iş sahibine teslimin ardından ilk yüklenici eseri bir daha göremez. Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÜNDOĞDU, s. 258-259.

⁶¹ "...Yasa hükmüne göre, nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmesinin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcu"na dair bulunması gerekir. Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı (iş sahibi) gideri borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini hakimden isteyebilir. (TBK 113-BK 97 md.)..." Yargıtay 6. HD, T. 08.11.2021, E. 2021/313, K. 2021/1306, <https://karararama.yargitay.gov.tr> [23.09.2022]; Yargıtay 23. HD, T. 05.07.2018, E. 2015/8744, K. 2018/4014, www.lexpera.com.tr [06.11.2022]; DUMAN, s. 528; AYDEMİR, s. 367.

⁶² Yargıtay 15. HD, T. 19.06.1996, E. 1996/3158, K. 1996/3503, www.legalbank.net [05.10.2022].

bozulmuştur⁶³. Bir diğer Yargıtay kararına⁶⁴ konu olan davada davacı taraf, dava dilekçesinde sözleşmenin feshini talep etmişken; davalı yüklenici, sözleşmenin feshedildiğini bildirmiştir. Tarafların fesih hususunda mutabık olmaları sebebiyle sözleşmenin feshedildiği açıktır⁶⁵. Bu bağlamda Yargıtay kararında da belirtildiği üzere davacı tarafın ayakta kalmayan bir sözleşmeye dayanarak talepte bulunduğu nama ifaya izin veya tespit talebinin kabulü isabetli olmamıştır⁶⁶.

⁶³ Kararda ayrıca, inşaatın tamamlanma oranının %70 olmasından bahisle ileriye etkili feshin mümkün olmadığı, dönmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Fakat bu durumda da davacının talep ettiği üzere müspet zarar yerine menfi zararın karşılanması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla davacının talep ettiği üzere fesih ve müspet zarara karar verilmesi söz konusu değilken ilk derece mahkemesinin feshe karar vermesi hatalı olmuştur. Kaldı ki, davacının kendi imkânlarıyla inşaatın tamamlanma oranını %84'e yükseltmesi de asıl talebinin nama ifaya izin verilerek kendisi tarafından inşaatın tamamlanması olduğu açıktır. Detaylı bilgi için bkz. Yargıtay 15. HD, T. 19.06.1996, E. 1996/3158, K. 1996/3503, www.legalbank.net [05.10.2022]; Fesih talebinin kabul edilmemesinin sebebi, inşaatın %90 oranına varmaması durumunda ileriye etkili olarak sözleşmenin sonlandırılmayacağına dair Yargıtay'ın istikrar kazanan kararlarıdır. Detaylı bilgi için bkz. Yargıtay HGK, T. 08.06.2021, E. 2017/866, K. 2021/724, www.legalbank.net [21.12.2022]; Kaldı ki davayı aydınlatma ödevi (HMK, m. 31) gereğince hâkim, çelişkili gördüğü hususlarda taraflardan açıklama yapmasını talep etmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi hakkında detaylı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2022, s. 194; **GÜLEÇ**, Şafak: Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 578; **AYDEMİR**, s. 367.

⁶⁴ Yargıtay 15. HD, T. 04.07.2019, E. 2018/4770, K. 2019/3189, www.legalbank.net [28.10.2022].

⁶⁵ Tarafların fesih yönündeki iradeleri, ikale sözleşmesini doğurmaktadır. Öneri olarak fesih beyanında bulunulduğunda, muhatabın kabul beyanı ile ikale anlaşmasının kurulduğuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. **SAVAŞ**, Abdurrahman: "Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 26, 2016, s. 125.

⁶⁶ "...Davada iki kalem istem bulunmaktadır. İlk istem fesih, ikinci istem ise nama ifadır. Mahkemece yüklenicinin edimini yerine getirmediği saptandığından bahisle feshin tespitine karar verilmiştir. Dava dilekçesinde netice-i talep kısmında ise, sözleşmenin feshi talep edilmiş olup, esasında 28.03.2013 tarihli belge ile davalı sözleşmenin feshettiğini bildirmiş, her iki tarafın fesih iradeleri dava dilekçesinde fesih istemekle birleşmiştir. Bu durumda sözleşmenin feshedildiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Davacının ikinci istemi ise nama ifa olup, mülga 818 sayılı BK'nın 97. maddesinde ve yürürlükte bulunan 6098 sayılı BK'nın 113. maddesinde düzenlenmektedir. Böyle bir istemde bulunulabilmesi için sözleşmenin ayakta olması, diğer bir deyimle feshedilmemesi gerekir. Sözleşmenin feshi konusunda dava

2. Yapının İmar Mevzuatına Uygun İnşa Edilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifaya başvurulabilmesi için yapının imar mevzuatına uygun olarak inşa edilmesi gerekir⁶⁷. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da görüldüğü üzere imar mevzuatına aykırı inşaatlarda aykırılığın giderilme olanağının bulunmaması, nama ifaya izin verilmesini engeller⁶⁸. Bu sebeple nama ifa talepli açılan davalarda bilirkişiler, öncelikle yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'na (İK) uygun⁶⁹ inşa edilip edilmediğini, imar mevzuatına aykırılık mevcutsa aykırılığın giderilip giderilemeyeceğini tespit etmelidir⁷⁰.

dilekçesiyle iradeler birleştiğine göre, davacı arsa sahipleri ikinci talebi olan nama ifaya izin yada tespiti isteminde bulunamazlar..." Yargıtay 15. HD, T. 04.07.2019, E. 2018/4770, K. 2019/3189, www.legalbank.net [28.10.2022].

⁶⁷ SELİMOĞLU, s. 335; SÜTÇÜ, s. 1253; RUHİ/RUHİ, s. 57.

⁶⁸ "...inşaatın kaçak olması ve iskân ruhsatı alınmasının mümkün olmadığı anlaşılması halinde nama ifaya izin isteminde bulunulamayacağına gözetilmesi..." Yargıtay 15. HD, T. 01.06.2011, E. 2011/448, K. 2011/3251, www.lexpera.com.tr [05.11.2022]; İmar mevzuatına aykırılığın giderilememesine örnek olarak hukukî imkânsızlık verilebilir. Hukukî imkânsızlıkla ilgili detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 1175; GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 12; Yapı inşasında ortaya çıkabilecek sürekli hukukî imkânsızlık örnekleri için bkz. ÖZÇELİK, Ş. Barış: "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014, s. 578; Sürekli ifa imkânsızlığında aynen ifa talebinde bulunulamayacağına dair açıklamalar için bkz. YENER, Mehmet Deniz: "Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil ve Tazminat Talepleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2971.

⁶⁹ İmar Kanunu'nun 20. maddesinde "İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir." şeklinde sayıldığı üzere yapı inşası; imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılmalıdır. İmar planları, İmar Kanunu'nun m. 6 ile m. 14 arasındaki hükümler uyarınca hazırlanmalıdır. Ruhsat ise İmar Kanunu'nun 22 ve 23. maddelerinde belirtilen şartlara uygun alınmalıdır. Yönetmelik ise Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik esaslarını belirtir.

⁷⁰ "...mahkemece yapılacak iş; belediyeye müzekkere yazılarak dava konusu inşaatın imar işlem dosyasını istemek, alınan bilirkişi raporu ve ek raporlar da dikkate alınarak imara aykırılıkların giderilip giderilemeyeceğini sormak ve hasil olacak sonuca göre karar vermekten ibarettir..." Yargıtay 6. HD, T. 25.10.2022, E. 2022/3125, K. 2022/4691, www.legalbank.net [02.11.2023]; "...İmara aykırılık bulunması veya yapının kısmen kaçak yapılması halinde ise inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olması halinde yüklenici iş bedeli talebinde bulunabilecektir. Bu hukuki sonuçları itibarıyla imara aykırı yapılarda öncelikle inşaatın yasal hale getirilip getirilemeyeceğinin bilirkişi raporu alınmak ve ilgili idareden sorulmak suretiyle araştırılması gerekir..." Yargıtay 6. HD, T. 05.07.2023, E.

İnşaatın imar mevzuatına aykırılığı, İmar Kanunu çerçevesinde uygulanan idari para cezasının⁷¹ yanı sıra, ilgili mevzuata aykırı durumların önlenmesi amacıyla durdurma⁷² ve yıkım kararı⁷³ ile yaptırıma tâbi tutulmuştur⁷⁴. Örneğin, İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca verilen durdurma kararı ile yapı inşasına devam izni arasındaki süre zarfında, geçici hukukî imkânsızlık ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Geçici hukukî imkânsızlıkta edimin ifasında gecikme yani temerrüt durumu mevcut olduğundan borç ifa edilebilirdir⁷⁶. Dolayısıyla yapının bir kısmının mevzuata aykırı inşa edilmesi ve aykırılığın giderilebilmesi

2022/1636, K. 2023/2602, www.legalbank.net [02.11.2023] "...öncelikle mahkemenin yerinde uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla, inşaatın belediye işlem dosyası da getirtilerek, yerinde keşif yapılmak suretiyle "yasal" olup olmadığının yani tamamen ya da kısmen "kaçak" olup olmadığının saptanması ve yasal inşaat olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda eksik ve kusurlu işlerin neler olduğunun teker teker saptanması..." Yargıtay 15. HD, T. 07.07.2010, E. 2009/3532, K. 2010/3905; "...tamamen ya da kısmen kaçak olup olmadığının saptanması, inşaat ruhsatının yenilenmesinin ve iskân izni alınmasının mümkün olup olmadığının araştırılması, inşaatın kaçak olması ve iskân ruhsatı alınmasının mümkün olmadığının anlaşılması halinde nama ifaya izin isteminde bulunulamayacağına gözetilmesi..." Yargıtay 15. HD, T. 01.06.2011, E. 2011/448, K. 2011/3251, www.lexpera.com.tr [05.11.2022].

⁷¹ İK m. 42/2: "Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ve imar mevzuatına aykırı olarak yapılan ya da 27 nci madde kapsamında ruhsat alınmadan yapılabilen yapılardan aynı maddede belirtilen koşullar sağlanmadan yapılanların sahibine, yapı müteahhidine ve aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere, yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, bin Türk lirasından az olmamak üzere, aşağıdaki şekilde hesaplanan idari para cezaları uygulanır."

⁷² İK m. 32/1: "Bu Kanun hükümlerine göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) (3) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur."

⁷³ İK m. 32/5: "Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir."

⁷⁴ AYDEMİR, s. 94.

⁷⁵ ÖZÇELİK, s. 578.

⁷⁶ ÖZÇELİK, s. 584.

durumunda giderlere eklenecek tutar doğrultusunda nama ifaya izin verilebilir⁷⁷.

3. Yüklenicinin İnşa Borcunu Yerine Getirmemesi

Yapma borçlarında nama ifaya başvurulabilmesi için borçlunun borcunu ifa etmemesi gerekmektedir (TBK, m. 113/I). Borcun ifa edilmemesi ile anlaşılması gerekenin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir yazara göre borcun ifa edilmemesi; hiç ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmemek olarak ikiye ayrılmalı, gereği gibi ifa etmeme ise kötü ifa ile yan yükümlülüklerin ihlâli şeklinde değerlendirilmelidir⁷⁸. Diğer bir görüşe göre, yüklenicinin yapı inşasına hiç başlamaması veya

⁷⁷ "...O halde, öncelikle mahkemenin yerinde uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla, inşaatın belediye işlem dosyası da getirtilerek, yerinde keşif yapılmak suretiyle "yasal" olup olmadığının yani tamamen ya da kısmen "kaçak" olup olmadığının saptanması ve yasal inşaat olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda eksik ve kusurlu işlerin neler olduğunun teker teker saptanması ve saptanan bu işlerin giderim bedelleriyle, oturma izninin (iskan izni) alınması için gerekli masrafların sorulup tespiti ile inşaatın anahtar teslimi şeklinde tamamlanması için gerekli tüm giderlerin avans olarak belirlenmesi ve davalıya verilmesi gereken bağımsız bölümlerin de serbest piyasa rayiçlerine göre satış bedeli de bilirkişi kuruluna hesaplattırılarak yüklenici davalıya ait kaç adet bağımsız bölümün satılmasının gerektiği gözetilerek; yeterli sayıda bağımsız bölümün satışına yetki verilmek suretiyle davacı tarafından davalı ediminin ifasına karar verilmesi gerekmektedir..." Yargıtay 15. HD, T. 07.07.2010, E. 2009/3532, K. 2010/3905; "...tamamen ya da kısmen kaçak olup olmadığının saptanması, inşaat ruhsatının yenilenmesinin ve iskân izni alınmasının mümkün olup olmadığının araştırılması, inşaatın kaçak olması ve iskân ruhsatı alınmasının mümkün olup olmadığının anlaşılması halinde nama ifaya izin isteminde bulunulamayacağına gözetilmesi, yasal inşaat olması ya da yasal hale getirilmesi durumunda eksik ve kusurlu işlerin neler olduğunun teker teker saptanması ve saptanan bu işlerin giderim bedelleriyle, oturma izninin (iskan izni) alınması için gerekli masrafların sorulup tespit edilmesi, böylece inşaatın "anahtar teslimi" şeklinde tamamlanması için gerekli tüm giderlerin avans olarak belirlenmesi gerekir..." Yargıtay 15. HD, T. 01.06.2011, E. 2011/448, K. 2011/3251, www.lexpera.com.tr [05.11.2022].

⁷⁸ EREN, s. 1163; Doktrindeki bir yazarın borcun ifa edilmemesini "borçlunun temerrüdü", "kusurlu imkânsızlık" ve "borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa)" şeklindeki açıklamaları için bkz. KAYAR, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, s. 162 vd.; Doktrindeki diğer bir yazar, borcun ifa edilmemesini "borcun hiç ifa edilmemesi" ile "gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa)" olarak ikiye ayırmakta; borcun hiç ifa edilmemesini ise "ifa mümkün olmakla birlikte zamanında yerine getirilmemesi (borçlu temerrüdü" ve "ifanın imkânsızlık nedeniyle yerine getirilmemesi" şeklindeki açıklamaları için bkz. CANSSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Ankara 2017, s. 265.

eksik ifa etmesi, TBK m. 113/I'in uygulanması için yeterlidir⁷⁹. Öte yandan Yargıtay tarafından verilen kararlarda iskân ruhsatı alınması⁸⁰ gibi yüklenicinin yapı inşası borcu kapsamında yapması gereken tüm işler nama ifaya izin kapsamında değerlendirilmektedir⁸¹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ve kanaatimizce de borcun ifa edilmemesi; ifa borcunun kötü ifa edilmesi (sözleşmede kararlaştırıldığı üzere ifa edilmemesi) ile

⁷⁹ **KILIÇOĞLU**, s. 819; Aynı doğrultuda “işin yarım veya eksik bırakıldığı durumlar” kapsamındaki değerlendirme için bkz. **COŞKUN**, s. 244; Aksi yöndeki görüş için bkz. **AYDINCIK MİDYAT**, s. 101.

⁸⁰ “...Nama ifaya izin davası kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ve borçlu tarafından ifa edilmeyen edimin ifası konusunda alacaklıya mahkeme yoluyla izin ve yetki verilmesini içermektedir. Nama ifaya izin, taraflar arasındaki sözleşmeye dayanılarak istenebileceğinden, borçlu “yapma borcu” için nama ifa talep edilebilir. Yapma borcu olmayan işler için nama ifa istenemez. Bu hususta izin verilirken sözleşmedeki edimlerin aşılması veya başka edim yüklenmesi söz konusu olamaz. Davaya konu somut olayda, mahkemece yapı kayıt belgesi alındığından, davacının iskan ruhsatı hususunda izin verilmesi talebi konusuz kalmakla bu talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de; yapı kayıt belgesi imara aykırı yapının kullanılmasına ilişkin olup, yapıyı imara uygun hale getirmemektedir...” Yargıtay 6. HD, T. 24.05.2023, E. 2022/1721, K. 2023/2018, www.legalbank.net [02.11.2023]; “...davalının inşaat yapımını üstlendiğini, ancak inşaat ruhsatını almadığını, bu nedenle dükkanların da kiraya verilemediğini ileri süren arsa sahibi davacılar kendi adlarına tescil edilmiş olan daire ve dükkanların iskân ruhsatını alma işlemlerini yapması bakımından davalının icbar edilmesini...” Yargıtay 15. HD, T. 13.02.2012, E. 2011/1842, K. 2012/792, www.legalbank.net [09.01.2023].

⁸¹ “...Hakim bu talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yaparak eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerini ve bunların tamamlanması ile giderilmesi masraflarını, imalâtın metraj, yöntem ve takribi bedellerini, diğer kurumlara olan borçları ve iskân masraflarını tahminen saptayarak izin kararı verir...” Yargıtay 6. HD, T. 08.03.2023, E. 2022/329, K. 2023/940, www.legalbank.net [04.11.2023]; “...nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir. Davacıların, sözleşme kapsamında kalan eksik işlerin tamamlanması, yapı ruhsatı alınması için yapılacak giderlerin ödenmesi, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna olan borçlarının ödenmesi ve yapı denetim şirketine bedel ödenmesine yönelik taleplerin tamamı, sözleşmenin aynen ifası kapsamında kalan, tasfiyeye yönelik taleplerdir. TBK'nın 113/1. fıkrasındaki “yapma borcu” ibaresi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sadece eksik inşaatın yapılması şeklinde değil; sözleşme gereğince yüklenici tarafından inşaatla ilgili yapılması gereken tüm işlemlerin yapılması şeklinde anlaşılması gerekir. Bu yorum tarzına göre, yüklenici tarafından yapılması gereken ancak yerine getirilmeyen tüm işlemlerin, masrafi yükleniciye ait olmak üzere arsa sahibi tarafından yapılmasına karar verilebilir...” Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [25.07.2023]; Bu konuda ayrıca bkz. **SEÇER**, s. 349.

borcun hiç ifa edilmemesini kapsamaktadır⁸². Anlaşıldığı üzere TBK m. 113/I'nin uygulama alanı oldukça geniştir.

Kanaatimizce yüklenicinin yapı inşası borcunu ifa etmemesi koşulunun gerçekleşebilmesi için yapı inşasına hiç başlanmaması, yapının süresinde tamamlanmaması veya yapının bir kısmı tamamlanmış olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki koşullara uygun inşa edilmemesi gerekmektedir⁸³. Türk Borçlar Kanunu m. 113/1'e göre nama ifa izninin alınabilmesi için sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yürürlükte olması ve yapının imar mevzuatına uygun inşa edilmesi koşullarının bir arada bulunması gerekir.

B. Şekli (Usûlî) Koşullar

1. Yüklenicinin Temerrüde Düşmesi

Nama ifanın hukukî niteliğinde anlatıldığı üzere yapı inşası borcunun yerine getirilmemesi durumunda nama ifanın uygulanabilmesi, yüklenicinin temerrüde düşmesine bağlıdır⁸⁴. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da TBK m. 113/I hükmüne başvurulması için yüklenicinin temerrüde düşmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵.

⁸² **AYDINCIK**, s. 179; **AYDINCIK MİDYAT**, s. 84; Kötü ifa kapsamına "ifanın zaman bakımından gecikmiş olması, edimin sözleşmede kararlaştırılmış özellikleri taşımaması (ayıplı ifa)" gibi hususların da dâhil edildiği açıklamalar için bkz. **AYAN**, Borçlar Hukuku, s. 398.

⁸³ Belirtmek gerekir ki burada bahsedilen kötü ifanın yapı inşası devam ederken açıkça belli olması, TBK m. 473/2'nin uygulanmasını gündeme getirecektir.

⁸⁴ **AYAN**, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 176; **KURT**, s. 204.

⁸⁵ "...Nama ifa, TBK'nın 125/1. Fıkrası kapsamında aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bir başka deyişle nama ifa, arsa sahibinin ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir. Bu nedenle arsa sahibi nama ifa talep ettiğinde aynı zamanda sözleşmenin aynen ifasını ve tasfiyesini de talep etmiş kabul edilir..." Yargıtay 23. HD, T. 28.03.2017, E. 2016/6308, K. 2017/967, www.legalbank.net [02.11.2022]; "...Nama ifa davası yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin bizzat tamamlaması veya başka bir yükleniciye tamamlattırılması demektir. Ancak nama ifaya karar verilebilmesi için temerrüd koşulu bulunmalıdır..." Yargıtay 15. HD, T. 22.01.2019, E. 2018/1868, K. 2019/272, www.legalbank.net [18.01.2023]; "...Yasa hükmüne göre, nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmesinin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcu"na dair bulunması gerekir. Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı (iş sahibi) gideri borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini hakimden isteyebilir..."

Doktrinde; TBK m. 113/1 hükmünün maddi koşullarından biri olan borçlunun ifa borcunu (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşa borcunu) yerine getirmemesinin yalnızca borçlu temerrüdü değil kötü ifayı da kapsamı sebebiyle, borcun muaccel olduğu halde ifa edilmemesinin yeterli olduğu şeklinde bir görüş bulunmaktadır⁸⁶.

Bunun yanı sıra doktrinindeki bir görüşe göre nama ifaya izin davalarında Yargıtay, yüklenicinin temerrüde düşmesi koşulu ile yapının teslim edilmemiş olmasını ifade etmektedir⁸⁷. Kanaatimizce, her iki görüşte de yüklenicinin inşa ve teslim borcunun muaccel olması kastedildiğinden bu görüşler arasında pratik anlamda bir fark bulunmamaktadır. Görüşlerde belirtildiği üzere ve kanaatimizce de “yüklenicinin temerrüde düşmesi” koşulunda borcun muaccel olması gerektiği önem arz etmektedir.

Tarafların sözleşmede vade belirlemeleri durumunda borç bu tarihte muaccel hale geleceğinden ihtara gerek bulunmamakta, borçlu kendiliğinden temerrüde düşmektedir (TBK, m. 117). Uygulamada çoğunlukla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yapının teslimi için süreler açıkça belirlendiğinden yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtara gerek kalmamaktadır⁸⁸. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki süreye uyulmaması, yüklenicinin temerrüde düşmesine sebep olduğundan bu durumda doğrudan nama ifaya izin davası açılabilir.

Yargıtay 6. HD, T. 08.11.2021, E. 2021/313, K. 2021/1306, <https://karararama.yargitay.gov.tr> [23.09.2022].

⁸⁶ **KURT**, s. 204, dn. 87; Doktrinindeki bir görüşe göre, TBK m. 113/1 hükmünü ikame yoluyla ifa kapsamına dâhil edilmekte ve yüklenicinin temerrüde düşmesinin veya TBK m. 123 kapsamında süre verilmesinin şart olmadığı ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **İMAMOĞLU**, s. 818.

⁸⁷ **SEÇER**, s. 351.

⁸⁸ Yüklenicinin borcunun muaccel olması için “ifa zamanının sözleşme ile belirlenmesi” ve “ifa zamanının işin niteliğine göre belirlenmesi” hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **BAŞARAN**, Zeynep Sümeyra, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1308-1312. Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. **ÖZYÜREK**, s. 83. Belirli vade hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. **ANTALYA**, s. 490.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin yapı inşası borcunu ifa etmemesi, genel hükümlerde de belirtildiği üzere borçlunun (yüklenicinin) temerrüde düşmesine yol açar⁸⁹. Sonuç olarak kanaatimizce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifaya başvurulurken yüklenicinin muaccel olan yapıyı tamamlama ve teslim borcunu ifa etmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi, nama ifaya izin davasının ön şartıdır.

2. Nama İfaya İzin Davası

a. Genel Olarak

Şekli koşulların ikincisi ve TBK madde 113/I hükmünde de yer verilen diğer şekli koşul, izin talebidir. Yüklenicinin inşa yapma borcunu yerine getirmemesi durumunda nama ifaya başvurulabilmesi, izin talebine bağlıdır. Nama ifaya izin, nama ifaya izin davası şeklinde mahkemeden talep edilmelidir⁹⁰. Doktrindeki bir görüşe göre bu durumda nama ifaya izin davası yerine alacak davası da açılabilmektedir⁹¹.

Nama ifaya izin davası, TBK m. 113/I'e dayanılarak asliye hukuk mahkemesinde açılır⁹². Bu davada tamamlanmayan veya sözleşmeye aykırı yapılan işlerin miktarı, bilirkişi marifetiyle hesaplanır. Yüklenici, masraf ve hasara katlanma yükümlülüğü gereğince hâkim tarafından belirlenen miktara katlanmak zorundadır⁹³.

⁸⁹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hakkındaki açıklamalar için bkz. **ÖZYÜREK**, s. 83; Yüklenicinin borcunun muacceliyetine ilişkin açıklamalar için bkz. **BAŞARAN**, s. 1308 vd. Borçlu temerrüdü hakkındaki genel açıklamalar için bkz. **EREN**, s. 1239; **CANSEL/ÖZEL**, s. 287; **AYAN**, s. 385; **ANTALYA**, s. 479-480.

⁹⁰ **KILIÇOĞLU**, s. 819.

⁹¹ Nama ifaya izin davası yerine, noksan işlerin tamamlanması amacıyla gereken masrafın alacak davasıyla talep edilebileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **RUHİ/RUHİ**, s. 57; **SELİMOĞLU**, s. 335.

⁹² Sulh hukuk mahkemelerinin görevi başlıklı HMK m. 4'te nama ifaya izin davası bulunmaması sebebiyle söz konusu dava, asliye hukuk mahkemelerinde açılır. Detaylı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 820.

⁹³ "...Hakim talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yapmak suretiyle eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemleri ile bunların tamamlanması giderlerini ve ayrıca iskan izin belgesi için gerekli giderleri saptayarak ifaya izin kararı ve talep varsa bağımsız bölümün satışına ve giderlerin satış bedelinden karşılanmasına, artan tutarın yükleniciye verilmesine karar verir..." Yargıtay 15. HD, T. 22.01.2019, E. 2018/1868, K. 2019/272, www.legalbank.net [18.01.2023]; **SELİMOĞLU**, s. 336; **ÖZ**, s. 154; **KARADAŞ**, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016, s. 150.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifaya başvurulması, yapının tamamlanmasında yüklenicinin masraflara katlanması bakımından birden fazla ihtimal yaratır. Bu ihtimallerden ilki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre yüklenicinin mülkiyetine geçecek bağımsız bölümlerin arsa sahibine güvence olarak verilmesi veya güvence olmaksızın yüklenicinin mülkiyetine henüz geçirilmemesi durumunda, söz konusu bağımsız bölümlerin satış yetkisinin talep edilmesidir. Bu durumda bağımsız bölüm veya bölümlerin satış bedeli ile yapı inşasının tamamlanması mümkündür⁹⁴.

İkinci ihtimal, yüklenicinin mülkiyetinde olan bağımsız bölüm veya bölümlerin tapu kaydının iptal edilerek satışına yetki verilmesinin talep edilmesidir. Aynı ihtimal dâhilinde arsa sahipleri, iptal ve satış talep etmeksizin masrafların doğrudan yükleniciden alınmasını talep edebilir⁹⁵. Diğer bir ihtimale göre yapının büyük bir kısmını inşa etmiş ve fakat tamamlamakta zorluk çeken yüklenicinin, kendisine özgülenecek bağımsız bölüm veya bölümlerin satılması için arsa sahibine yetki vererek inşaya başkasının devam etmesini sağlamasıdır⁹⁶. Son ihtimalse tarafların, anlaşması veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine nama ifaya başvurulurken masrafların nasıl karşılanacağına dair konulan şartlar çerçevesinde uzlaşmasıdır.

Yargıtay kararlarına göre uygulamada yaygın olarak arsa sahipleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye verileceği belirlenen

⁹⁴ “...Hakim talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yapmak suretiyle eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemleri ile bunların tamamlanması giderlerini ve ayrıca iskan izin belgesi için gerekli giderleri saptayarak ifaya izin kararı ve talep varsa bağımsız bölümün satışına ve giderlerin satış bedelinden karşılanmasına, artan tutarın yükleniciye verilmesine karar verir...” Yargıtay 15. HD, T. 22.01.2019, E. 2018/1868, K. 2019/272, www.legalbank.net [18.01.2023]; SELİMOĞLU, s. 336; ÖZ, s. 154; KARADAŞ, s. 150; “...arsa sahipleri tarafından ikame olunan davada nama ifaya izin talebi kabul edilerek dava konusu 4 numaralı bağımsız bölüm de dahil olmak üzere sözleşme ile yükleniciye bırakılan 6 adet (A blok 1, F blok 1, E Blok 2 ve 3, D blok 4 ve 6 numaralı) bağımsız bölümün yüklenici namına arsa sahiplerince satışına izin ve yetki verilmesi suretiyle sözleşmenin ifasına ve eksik işlerin tamamlanmasına karar verilmiş olması, hükmün infazı ile eksik işlerin tamamlanmış olduğunun kabulü ve dosya kapsamındaki delillere göre davacının 1 numaralı bağımsız bölüme hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi, kazanacağıının anlaşılması halinde de bu taşınmazla ilişkin varsa eksik ödenen satış bedelinin mahkeme vizesine depo edilmesi suretiyle birlikte ifa kuralına göre karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 6. HD, T. 15.03.2023, E. 2022/1203, K. 2023/1087, www.legalbank.net [05.11.2023].

⁹⁵ AYDEMİR, s. 372.

⁹⁶ SÜTÇÜ, s. 1224.

bağımsız bölüm veya arsa payının satışı için yetki talep etmektedir⁹⁷. Dolayısıyla dava sonuçlanırken hükümde gider kalemleri ile miktarlar tek tek açıklanır, söz konusu bağımsız bölüm veya arsa payının satışı için arsa sahiplerine yetki verilir ve yapının alacaklı veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanmasına izin verilir. Ayrıca arsa sahipleri, yüklenicinin ödemesi gereken masraflar için avans talebinde de bulunabilir⁹⁸.

Uygulamada arsa sahipleri, nama ifa talebiyle mahkemeye başvurmak yerine, yukarıda sayılan ihtimaller doğrultusunda bağımsız bölüm veya bölümlerin satışını gerçekleştirerek nama ifa hakkını eylemli bir şekilde kullanabilmektedir⁹⁹. Bu durumda satıştan elde edilen gelirin kullanıldığı tutardan kalan fazlalık veya eksiklik sebebiyle çıkan

⁹⁷ “...Nama ifaya izinle, taraflar arasındaki sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden bağımsız bölüm satılarak, yüklenicinin eksik bıraktığı iş ve işlemlerin tamamlanması amaçlandığından, davacı arsa sahibinin verilecek kararlar ile eline geçecek para, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümün satılması ile elde edeceğinden ve bu para da avans mahiyetinde olduğundan, bağımsız bölümün hüküm tarihine yakın tarihteki rayiç değeri saptanarak, o değerden aşağı olmamak kaydı ile satılıp, elde edilecek paranın arsa sahibince eksik bırakılan iş ve işlemlerde kullanması, kalanının yükleniciye iade edilmesi yönünde hüküm tesisi gerekirken...” Yargıtay 23. HD, T. 30.11.2015, E. 2014/7263, K. 2015/7714; Yargıtay 15. HD, T. 19.09.2018, E. 2018/2010, K. 2018/3298; Yargıtay 15. HD, T. 06.05.2019, E. 2019/848, K. 2019/2084; Yargıtay 15. HD, T. 17.06.2021, E. 2021/555, K. 2021/2806, www.legalbank.net [02.11.2022].

⁹⁸ **EREN**, s. 1154; “...eksik iş veya işlerin müvekkilince giderilmesine izin verilmesini istemiştir. Bu istek, hukuken TBK’nın 113, (BK’nın 97) maddesinde ifade olunan nama ifaya izin talebi niteliğindedir. Yine aynı hüküm uyarınca, istenilen eksik işlerin giderilmesine ilişkin bedel talebi ise, avans talebi mahiyetindedir... Yine asıl davada, eksik işlerin giderilme bedelinin tahsiline ilişkin karar verilirken, avans mahiyetinde kabul edilebilecek bu istek hakkında hüküm tesisi sırasında, dava dilekçesinde talep edilen miktar yönünden dava tarihinden itibaren faiz istendiği dikkate alınarak ve tabii ki dava tarihinde temerrüde düştüğü kabul edilerek, bu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalı olmuştur...” Yargıtay 23. HD, T. 13.02.2014, E. 2013/8248, K. 2014/1011, www.legalbank.net [12.01.2023]; “Davada, 818 sayılı BK’nın 97., TBK’nın 113. maddesi uyarınca nama ifaya izin istenmiştir. Bu tür taleple beraber alacaklının ifa edilecek işler yönünden avans istemesi de mümkün bulunmaktadır.” Yargıtay 23. HD, T. 09.04.2013, E. 2013/90, K. 2013/2267, www.legalbank.net [12.01.2023].

⁹⁹ Nama ifanın mahkemeden izin alınmaksızın uygulanmasının “ihkak-ı hak” sayılacağına ilişkin doktrindeki açıklamalar için bkz. **AYDINCIK**, s. 262; **SEÇER**, s. 358.

uyuşmazlıklar dolayısıyla, yüklenici veya arsa sahibi tarafından dava açılmaktadır¹⁰⁰.

Nama ifanın eylemli bir şekilde uygulanması, herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır¹⁰¹. Doktrindeki bir görüşe göre aynen ifadan vazgeçme koşullarının mevcut olması ve arsa sahiplerinin nama ifaya izin kararı almaksızın işi bizzat veya başka bir yüklenici eliyle tamamlaması; aynen ifadan örtülü olarak vazgeçtiğini gösterdiğinden bu durumda müspet zararın tazmini talep edilebilir¹⁰². Doktrindeki diğer bir görüşe hâkim izni olmaksızın inşaata el konularak yapının başkasına tamamlattırılması durumunda, yüklenici kusurlu olsa dahi arsa sahibinin ileride yapacak olduğu giderleri talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak aynı görüşe göre arsa sahibinin, yüklenicinin yapı inşasına devam etmesi halinde daha az fiyatla işi yapamayacağını ispat etmesi koşuluyla harcadığı masrafları talep edebileceği ifade edilmektedir¹⁰³. Kanaatimizce de kural olarak nama ifanın eylemli bir şekilde uygulanması, yükleniciden masraf talebinde bulunulmasını engeller. Ancak arsa sahiplerinin, yüklenici yapı inşasını kendi tamamlamış olsaydı daha ucuza tamamlayamayacak olduğunu ispat etmesi, masrafların talebini mümkün hale getirir. Fakat arsa sahiplerinin önceliği, kanunda öngörülen usûl olmalı ve nama ifaya izin davası açılmalıdır. Nitekim şartların oluşması durumunda hâkimden izin almayı gerektirmeyen TBK m. 473/2'ye de başvurulabileceği unutulmamalıdır.

b. Nama İfaya İzin Davasının Tarafları

Nama ifaya, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahipleri başvurabilir¹⁰⁴. Sözleşmenin tarafı olmayan ve fakat bağımsız bölüm sahibi üçüncü kişilerse nama ifa talebinde bulunamaz. Söz konusu üçüncü kişilerin nama ifa talebinde bulunmaları durumunda dava

¹⁰⁰ AYDEMİR, s. 372.

¹⁰¹ AYDEMİR, s. 370.

¹⁰² Aynen ifadan vazgeçilmesiyle, nama ifa kapsamında istenecek masraflar yerine, kusur ile tazminat koşullarının bir arada bulunması koşuluyla müspet zararın tazmini talebinde bulunulabileceği hakkındaki açıklamalar için bkz. AYDINCIK, s. 249; SEÇER, s. 359.

¹⁰³ ÖZ, s. 154.

¹⁰⁴ GÜNAY, Erhan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 134.

ehliyetlerinin bulunmaması sebebiyle davanın taraf sıfatı yokluğundan reddedilmesi gerekir¹⁰⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa payı sahiplerinin tamamı, nama ifaya başvurulması arzusunda olmayabilir. Nama ifanın engellenmesiye arsa sahiplerinin aleyhine bir durum yaratır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda arsa sahiplerinin uzlaşmaması, nama ifa talepli mahkemeye başvuru yapılmasını engellemez¹⁰⁶. Yargıtay, verdiği bir kararında dava açanların talebinin, karşı çıkanların lehine olması gerekçesiyle nama ifa talebini kabul etmiştir¹⁰⁷. Bu sebeple nama ifaya izin

¹⁰⁵ “...Yüklenicinin eseri tamamlama olasılığı zayıf ve eserde tamamlanabilecek durumda ise, sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, TBK 113, (BK 97) maddesi uyarınca nama ifaya izin isteyebilir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere yasal olarak nama ifaya izin isteme hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahiplerine ait olup, sözleşmenin tarafı olmadığından, davacının TBK 113, BK 97 maddelerinden yararlanarak, böyle bir davayı açmaya aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır. Az yukarıda da belirtildiği üzere husumet ehliyeti ile ilgili itiraz zamanı yasayla tayin ve tahdit edilmiş bir ilk itiraz veya mahkemece nazara alınması davalı tarafından ileri sürülmesine bağlı bir def’i niteliğinde de olmayıp, yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi ve mahkemece de resen nazara alınması zorunlu olduğundan mahkemece aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne dair verilen kararda isabet bulunmamaktadır...” Yargıtay 15. HD, T. 30.06.2020, E. 2019/3574, K. 2020/1952, www.legalbank.net [25.12.2022]; “...Nama ifa; eseri yüklenicinin nam ve hesabına, iş sahibinin bizzat tamamlaması veya başka bir yükleniciye tamamlattırması demektir. Yüklenicinin eseri tamamlama olasılığı zayıf ve eserde tamamlanabilecek durumda ise, sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, TBK 113, (BK 97) maddesi uyarınca nama ifaya izin isteyebilir. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere yasal olarak nama ifaya izin isteme hakkı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan arsa sahiplerine ait olup, sözleşmenin tarafı olmadıklarından, davacıların TBK 113, BK 97 maddelerinden yararlanarak, böyle bir davayı açmaya aktif husumet ehliyetleri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne dair verilen kararda isabet bulunmadığından, kararın davalılar yararına bozulması uygun bulunmuştur...” Yargıtay 15. HD, T. 16.10.2018, E. 2018/1420, K. 2018/3860, www.lexpera.com.tr [28.09.2022].

¹⁰⁶ **AYDEMİR**, s. 370; “...paylı taşınmazlarda, uyumsuzluğun mahiyeti gerektirmedikçe herhangi bir paydaş arsa sahibinin nama ifaya izin talep etmemesi zorunlu dava arkadaşısıymış gibi değerlendirilerek bu sebeple davanın usulden reddi doğru olmamıştır...” Yargıtay 23. HD, T. 13.11.2015, E. 2014/6214, K. 2015/7306, www.legalbank.net [29.10.2022].

¹⁰⁷ “...Bu durumda davacı arsa sahiplerinin, BK.97. maddesi uyarınca, masrafı yükleniciye ait olmak üzere akdin aynen ifasına (inşaatın tamamlanmasına)izin istekleri de sahiplerince ifaya izin istenilmesi, diğer maliklerin buna karşı çıkmaları ifa talebinin reddini gerektirmez. Zira ifa istemi, diğer arsa maliklerinin de yararına olan bir işlem olup, kabulü zorunludur...” Yargıtay 15. HD, T. 19.03.2002, E. 2002/623, K. 2002/1220, www.legalbank.net [29.10.2022].

davasında bütün arsa sahiplerinin davacı sıfatını haiz olması zorunlu değildir¹⁰⁸.

c. Yüklenicinin Masrafları Depo Etmesi

Nama ifaya izin davasında hâkim tarafından öncelikli olarak muaccel olan yapı inşası borcunun ifa edilip edilmediği, ardından nama ifanın maddi koşullarının varlığı değerlendirilmeli ve duruma göre nama ifaya izin verilip verilmeyeceğine karar verilmelidir. Ardından bilirkişi raporunda tespit edilen tutar göz önünde bulundurularak yapı inşası için harcanması gereken masrafların tespiti gerekir. Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere hâkim, masraflara ilişkin belirlediği miktarın yüklenici tarafından mahkemeye depo edilip edilmeyeceğini sormalı, sonrasında arsa sahiplerinin satış için yetki talebini değerlendirmelidir¹⁰⁹. Bu sebeple nama ifaya izin verilirken birincil amaç yapı inşasının tamamlanması olmalı ve öncelik bağımsız bölümün satışı değil, masrafların karşılanması olmalıdır.

Yüklenicinin masrafları depo etmeye yanaşmaması durumunda masrafların karşılanması için, nama ifaya izin davası açılırken arsa sahiplerinin talepleri dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır. Fakat masrafların doğrudan yükleniciden karşılanmasının talep edilmesi, büyük olasılıkla sonuçsuz kalır. Bu nedenle, uygulamada genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde masrafların karşılanması amacıyla yükleniciye özgülenecek bağımsız bölümlerin satış yetkisi talep

¹⁰⁸ **AYDEMİR**, s. 370; "...paylı taşınmazlarda, uyumsuzluğun mahiyeti gerektirmedikçe herhangi bir paydaş arsa sahibinin nama ifaya izin talep etmemesi zorunlu dava arkadaşıymış gibi değerlendirilerek bu sebeple davanın usulden reddi doğru olmamıştır..." Yargıtay 23. HD, T. 13.11.2015, E. 2014/6214, K. 2015/7306, www.legalbank.net [29.10.2022].

¹⁰⁹ "...nama ifa kapsamında kalan eksik imalatlar yönünden davalıdan eksik imalat bedelini mahkeme vезnesine depo edip etmeyeceği sorularak, depo edeceğini bildirmesi ve depo etmesi halinde satışa izin verilmesi talebinin reddedilmesi, depo etmeyeceğini bildirmesi halinde bağımsız bölümün satış değerini sınırlayan ve satış şeklini belirleyen herhangi bir kayıt ve süre koymadan taşınmazın yüklenici namına davacılarca satışına izin kararı verilmesi, nama ifa kapsamı dışındaki imalatlar yönünden ise nefaset bedelinin ortak alanlara ilişkin kısmının davacıların sözleşmedeki paylaşım oranına isabet eden kısmının belirlenmesi ve ayrıca tahsil hükmü kurulması gerekirken..." Yargıtay 23. HD, T. 11.12.2014, E. 2014/3366, K. 2014/8086, www.legalbank.net [02.11.2022].

edilmekte ve Yargıtay tarafından verilen kararlar¹¹⁰ da bu yönde kurulmaktadır¹¹¹.

d. Yüklenicinin İnşaattan El Çektirilmesi

Nama ifa ile amaçlanan yüklenici tarafından tamamlanmayan yapı inşasının başkası eliyle gördürülmesidir. Kanaatimizce yapının üçüncü bir kişi veya arsa sahibi tarafından tamamlanabilmesi için yüklenicinin kullandığı malzeme ve işçilerle inşaat alanını terk etmesi gerekmektedir¹¹². Aksi takdirde yapının inşa edilmesi engellenmiş olur. Ayrıca yüklenicinin inşaattan el çekmemesi, yapının tamamlanma süresini uzatır. Dolayısıyla nama ifa izni için mahkemeye başvuran arsa sahibinin, yüklenicinin inşaattan el çekmesi amacıyla ihtiyati tedbir talep etmesi yerinde olur¹¹³. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da nama

¹¹⁰ "...nama ifaya izin ile, bu eksikliklerin giderilmesi ve gecikme tazminatını karşılayacak miktar ve değerde yükleniciye bırakılan bağımsız bölüm satışına izin ve yetki verilmesi de gerekirken..." Yargıtay 15. HD, T. 29.09.2020, E. 2019/2821, K. 2020/2606, www.legalbank.net [02.11.2022]; "...Nama ifaya izinle, taraflar arasındaki sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden bağımsız bölüm satılarak, yüklenicinin eksik bıraktığı iş ve işlemlerin tamamlanması amaçlandığından, davacı arsa sahibinin verilecek kararlar eline geçecek para, yükleniciye isabet eden bağımsız bölümün satılması ile elde edeceğinden ve bu para da avans mahiyetinde olduğundan, bağımsız bölümün hüküm tarihine yakın tarihteki rayiç değeri saptanarak, o değerden aşağı olmamak kaydı ile satılıp, elde edilecek paranın arsa sahibince eksik bırakılan iş ve işlemlerde kullanması, kalanının yükleniciye iade edilmesi yönünde hüküm tesisi gerekirken..." Yargıtay 23. HD, T. 30.11.2015, E. 2014/7263, K. 2015/7714; Yargıtay 15. HD, T. 19.09.2018, E. 2018/2010, K. 2018/3298; Yargıtay 15. HD, T. 06.05.2019, E. 2019/848, K. 2019/2084; Yargıtay 15. HD, T. 17.06.2021, E. 2021/555, K. 2021/2806, www.legalbank.net [02.11.2022].

¹¹¹ Bağımsız bölümlerin yükleniciye devredilmiş olması durumunda masrafların karşılanması; bağımsız bölüm veya bölümlerin tapu kayının iptal edilerek satış yetkisinin talep edilmesiyle veya masrafların doğrudan yükleniciden talep edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda § IV, B, 2, a.

¹¹² Yüklenicinin inşaattan el çekmesi sebebiyle doğacak masrafların kim tarafından karşılanması gerektiğine ilişkin doktrinde herhangi bir görüşe rastlanılmamıştır. TBK m. 113/1'e göre masrafları giderim yükümlülüğü yükleniciye ait olduğundan kanaatimizce, inşaattan el çekilmesi sebebiyle doğan masraflara da yüklenici katlanmalıdır.

¹¹³ SÜTÇÜ, s. 1229; "...Mahkemece, asıl davada davacının yüklenicinin inşaattan el çektirilmesine yönelik talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken karar verilmemiş olması doğru olmamıştır..." Yargıtay 15. HD, T. 28.04.2021, E. 2020/1857, K. 2021/2027; "...yüklenici payına düşen ve halen yükleniciye devir edilmemiş olan dairelerin satılarak nama ifa ve gecikme tazminatının karşılanmasını, ihtiyati tedbir mahiyetinde davalının iş yerinden el çektirilmesini talep ve dava etmiş olup, davacı kooperatifin tacir olmadığı, uyuşmazlığın tarafların ticari faaliyeti ile ilgili olmadığı ve uyuşmazlığın temelinde kat karşılığı inşaat sözleşmesine aykırılık olduğu anlaşılmalıdır,

ifaya izin davasında yüklenicinin inşaattan el çektilmesi talebinde hukukî yarar bulunduğu ifade edilmiştir¹¹⁴.

Uygulamada yüklenicilerin inşaattan kendiliğinden el çekerek inşaata yarım bırakıp terk etmesi yaygındır. Böyle bir durumda arsa sahiplerinin, inşaattan el çekildiğini delil tespiti tutanağına bağlaması isabetli olur. Bunun sebebi, ileride doğabilecek ihtilaflarda yüklenicinin yapmadığı onarımları kendisinin yapmış olduğunu iddia etme ihtimalidir¹¹⁵.

3. Nama İfa İzninin İhtiyati Tedbir ile Talep Edilmesi

İhtiyati tedbirin amacı, davanın kazanılması durumunda dava konusu hakka veya mala ulaşmadaki tehlikeyi bertaraf etmektir¹¹⁶. İhtiyati tedbir kararının verilmesiyle davacının hakkı veya malı güvence altına alınır¹¹⁷. Yüklenicinin inşaattan el çekmesi amacıyla ihtiyati tedbir

uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir...” Yargıtay 20. HD, T. 15.06.2016, E. 2016/4140, K. 2016/6988, www.legalbank.net [07.11.2022].

¹¹⁴ “...Nam’a ifaya izin kararı, hukuken müdahalenin men’i kararını içermemekle birlikte bağımsız olarak cebri icra yoluyla infazı kâbil de değildir. Bu izin mahkemece arsa malikine verilmiş ise de yüklenicinin inşaattan el çekerek arsa malikine teslim etmesini emreder nitelikte eda hükmü gücünde değildir. Bu durumda, davacının, yüklenicinin inşaattan el çektilerek müdahalenin meni talebinde bulunmasında hukuki yararı vardır...” Yargıtay 6. HD, T. 09.11.2022, E. 2021/6498, K. 2022/5266, www.legalbank.net [21.11.2023].

¹¹⁵ **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 5. Baskı, Ankara 2021, s. 775; Yüklenicinin yapı inşasına devam etmemesine rağmen aksini iddia ettiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. “...Davalı vekili, fesih sözleşmesinin davacı ve davalı alacaklılarının tarafları rahatsız etmelerini engellemek amacıyla formalite gereği yapılmış olup, herhangi bir geçerliliği bulunmadığını, davalı yüklenicinin fesih beyanından sonra inşaatın yapımına devam ettiğini, edimlerini yerine getirdiğini savunarak davanın reddini dilemiş, Mahkemece, davalı yüklenicinin 28.03.2013 tarihli beyanı, fesih ihbarı ve ibraname başlıklı belgenin taraflar arasında muvazaalı olarak düzenlendiğinin ispat edilemediği, yapılan işlerin oranının 54,71 olduğu, taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilip, davalının hissedar olduğu toplu işyeri yapma kooperatifi tarafından inşaat faaliyetine devam olunduğu, fesihden sonraki süreçte tamamlama faaliyetinin dava dışı tüzel kişilik olan Sülün-Kaptan isimli kooperatif tarafından gerçekleştirildiği...” Yargıtay 15. HD, T. 04.07.2019, E. 2018/4770, K. 2019/3189, www.legalbank.net [30.06.2023].

¹¹⁶ **KURU**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 631; **TANRIVER**, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 2, Ankara, 2021, s. 205; Nihaî hak kaybına uğranılacak olmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **ERİŞİR**, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 197-200.

¹¹⁷ **KURU**, s. 631; **TANRIVER**, s. 205; **ERİŞİR**, s. 138.

talep edilebilecekken nama ifaya izin kararının ihtiyati tedbir talebiyle alınıp alınamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, nama ifa izninin ihtiyati tedbir ile talep edilebilmesi için TBK m. 113/1'deki koşulların yanı sıra başka koşulların da oluşması gerekmektedir¹¹⁸. Zararın doğma ihtimalinin bulunması halinde dahi nama ifaya ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilebilir¹¹⁹.

Doktrindeki bir yazara göre, nama ifanın ihtiyati tedbir ile talep edilebileceği kabul edilmekte ve fakat nama ifaya izin talebinin hukukî nitelik itibariyle bir tedbir talebi olmadığı ifade edilmektedir¹²⁰. Doktrindeki bir görüşe göre, ihtiyati tedbir kararıyla dava sonunda verilen hükmün aynı sonucu doğurmaması gerekmektedir¹²¹. Doktrindeki aksi yöndeki görüşe göre asıl davanın sonucunu öne çekmeye izin veren maddi hukuktaki bazı özel düzenlemelerin HMK m. 391/1 gereğince örnekleyici sayıldığı kabul edilmelidir¹²². Kanaatimizce de nama ifaya izin talebi hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için HMK m. 389 gereğince *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde”* şeklinde olmak üzere somut olayın gerekliliklerine göre önemli zararların doğmuş veya etkilerinin mevcut durumda sürmesi gerektiği şartı bulunmalıdır. Ancak bu şart kesin bir biçimde aranmaz¹²³. Bu anlamda tehlike veya zararın doğma ihtimalinin varlığı yeterlidir¹²⁴.

Nama ifa izninin verilmesi halinde yükleniciden talep edilebilecek giderlere ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemez. Bunun sebebi, para alacakları için kural olarak ihtiyati haciz kararı verilmesinden

¹¹⁸ AYDINCIK, s. 220.

¹¹⁹ AYDINCIK, s. 220.

¹²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 923, dn. 6.

¹²¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 391; TANRIVER, s. 214.

¹²² Maddi hukuktaki özel düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. ERİŞİR, s. 387 vd.

¹²³ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler, 15. Baskı, İstanbul, 2021, s. 389; İhtiyati tedbir sebebinin ispatı hakkındaki açıklamalar için bkz. YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara, 2001, s. 893 vd.; ERİŞİR, s. 217 vd.; ÖZDEMİR, Mehmet, Yargıtay ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukuki Korumalar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 125.

¹²⁴ TANRIVER, s. 208; ÖZDEMİR, s. 148.

kaynaklanmaktadır¹²⁵. Fakat kanaatimizce giderler yerine, nama ifanın uygulanması durumunda giderlerin karşılanması amacıyla yüklenicinin bağımsız bölümlerinin satışının engellenmesi mümkündür¹²⁶. Sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin yapı inşası henüz tamamlanmadan yükleniciye devredilmiş ve yüklenicinin de yapı inşasını yarım bırakması ihtimal dâhilindedir. Arsa sahipleri, hızlı davranarak bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satılmasını engellemek amacıyla taşınmaz devrinin yasaklanmasını sağlayamazsa, nama ifaya izin kararı olsa dahi masrafların karşılanamaması ihtimaliyle yüz yüzedir. Dolayısıyla kanaatimizce, nama ifaya izin davasını açarken arsa sahiplerinin; yüklenici tarafından bağımsız bölümlerin satılmasını engellemek amacıyla, ihtiyati tedbir talebinde bulunması gerekir.

İhtiyati tedbir talebi, esas dava olan nama ifaya izin davası açılırken talep edilebileceği gibi dava açılmadan önce de esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden talep edilebilir (HMK m. 390/1). Talebin kabul edilmesi durumunda tebliğ veya tefhimden itibaren bir hafta içerisinde uygulanmasının talebi gerekir (HMK, m. 393/1). Esas hakkında dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı alınması halinde, kararın ortadan kalkmasını engellemek amacıyla iki hafta içerisinde nama ifaya izin davası açılmalıdır. Aksi durumda ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 397/1).

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinin kabul edilmesi, esas davanın da kazanılacağı anlamına gelmemektedir. Bunun sebebi, ihtiyati tedbir kararının kesin hüküm niteliğinde olmayıp geçici nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır¹²⁷. Dolayısıyla koşulların mevcut olması sebebiyle mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı, nama ifaya izin talebinin reddedilmesiyle yürürlükten kalkabilir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin yapı inşasını süresinde tamamlamaması veya eksik tamamlaması oldukça yaygındır. Bu durum, Türk Borçlar Kanunu m. 113/I gereğince arsa sahiplerine nama ifaya başvurma hakkı tanımaktadır. TBK m. 113/I hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini sonlandırmadan yapının

¹²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 388; TANRIVER, s. 207.

¹²⁶ Taşınmazlar üzerine ihtiyati tedbir konulmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. ERİŞİR, s. 364; KURU, s. 633; YILMAZ, s. 250 vd.; ÖZDEMİR, s. 309-312.

¹²⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 391; TANRIVER, s. 214; ERİŞİR, s. 404.

yükleniciden başkası eliyle tamamlanmasını ve masrafların yüklenici tarafından karşılanmasını sağlar. İlgili hükmün hukukî niteliğinin tespiti, şekli koşulların kabulü bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay'ın ve doktrindeki birçok yazarın da benimsediği ve katıldığımız görüşe göre, TBK m. 113/I hükmünün hukuki niteliği aynen ifa olup izlenmesi gereken usûl de bu görüş temel alınarak belirlenmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde nama ifanın uygulanabilmesi için yapı inşasının imar mevzuatına uygun yapılması ve sözleşmenin yürürlükte olması maddi koşullarının bir arada bulunması gerekir. Yapı inşasına hiç başlanmaması, yapının süresinde tamamlanmaması veya kötü ifa edilmiş olması durumlarından birinin gerçekleşmesi; TBK m. 113/I için bulunması gereken diğer maddi koşuldur.

Yüklenicinin yapı inşası borcunu ifa etmemesi durumunda TBK m. 113/I kapsamında nama ifaya başvurulabilmesi için kanun koyucu, izin talep edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Doğrudan nama ifaya izin davasının açılması, yüklenici aleyhine birçok sonuç doğurabilir. Nama ifanın hukukî niteliğinin “aynen ifa” olduğu gözetildiğinde; yapı inşasının hiç, gereği gibi veya bir kısmının yapılmaması hallerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi şartı bakımından inşaatı teslim borcunun muaccel olması yeterlidir. Nama ifaya izin davası bakımından arsa sahipleri arasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Bu sebeple arsa sahiplerinden her biri asliye hukuk mahkemesinde nama ifa talepli dava açabilir. Arsa sahiplerinin nama ifa talebinin yanı sıra yüklenicinin inşaatı el çekmesini ihtiyati tedbirle talep etmesi, yükleniciden başkası tarafından yapı inşasının tamamlanabilmesi açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKLAR

ALDEMİR TOPRAK, İpek B.: “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Nama İfa Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 194, 2022, s. 112-125.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016 (Borçlar Hukuku).

- AYAN**, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008 (Yüklenicinin Temerrüdü).
- AYDEMİR**, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016.
- AYDINCIK**, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.
- AYDINCIK MİDYAT**, Şirin: Türk İnşaat Hukukunda Nama İfa, İnal, Emrehan/Baysal, Başak (Editörler), İnşaat Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2017, s. 63-113.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 5. Baskı, Ankara 2021.
- BAŞARAN**, Zeynep Sümeyra: “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1305-1338.
- BİLGİN YÜCE**, Melek/**ARSLAN YILMAZ**, Gül: “Eser Sözleşmesinde Üçüncü Kişinin İfası”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2022, s. 215-246.
- CANSEL**, Erol/**ÖZEL**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2017.
- COŞKUN**, Mahmut: İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2020.
- DAYINLARLI**, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 2. Bası, Ankara 2002.
- DURAK**, Yasemin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İÜHFD, C. 1, 2015, s. 207-252.
- DUMAN**, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara 2022.
- ERDOĞAN**, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 2, 2017, s. 145-175.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.
- ERİŞİR**, Evrim: Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- FURRER**, Andreas/**MULLER-CHEN**, Markus/**ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021.

- GÜMÜŞSOY KARAKURT**, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, Ankara 2017.
- GÜNAY**, Erhan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2021.
- GÜNDOĞDU**, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- GÜNDOĞDU**, Fatih: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f.2), İstanbul 2019.
- İMAMOĞLU**, S. Hülya: “Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 113/1 Hükmünün Hukuki Niteliği ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 808-823.
- KABLAN**, Ahmet İhsan: Eser Sözleşmesinde Nama İfa (TBK 473/II hükmüne göre), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020.
- KAPLAN**, İbrahim: “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 1985, s. 5-11.
- KARADAŞ**, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016.
- KAYAR**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Ankara 2018.
- KOCAAĞA**, Köksal: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağı Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2004, s. 177-201.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 5. Bası, C. 3, İstanbul 2009.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006.
- KURT**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

- KURU**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- MUMAY**, Ezgi Buse: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Ankara 2022.
- NOMER**, Halûk Nami/**ENGİN**, Baki İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara 2022.
- NOMER**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2017.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul 2018.
- ÖZ**, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- ÖZÇELİK**, Ş. Barış: “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkânsızlık ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014, s. 569, 622.
- ÖZDEMİR**, Mehmet: Yargıtay ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukuki Korumalar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZYÜREK**, Mehmet: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 2, S. 2, 2019, s. 65-118.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2022.
- RUHİ**, Canan, **RUHİ**, Ahmet Cemal: Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara 2018.
- SAVAŞ**, Abdurrahman: “Türk Borçlar Hukukunda İ kale Sözleşmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 26, 2016, s. 105-141.
- SEÇER**, Öz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, 2023.
- SELİMOĞLU**, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, 5. Baskı, Ankara 2021.
- SÜTÇÜ**, Nezih: Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. I, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2021.
- ŞENOCAK**, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- TANRIVER**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 2, Ankara 2021.

- TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul 1976.
- TUTKUN**, Ceyda: İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2021.
- YALÇINDURAN**, Türker: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- ÜREM**, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- YAVUZ**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014.
- YENER**, Mehmet Deniz: “Yargıtay Kararları Kapsamında İmara Aykırı Yapılarda Tescil ve Tazminat Talepleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, 2967-2976.
- YILMAZ**, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.

MİRASÇININ MİRASBIRAKANDAN ÖNCE ÖLMESİNİN İVAZLI MİRAS SÖZLEŞMELERİNE ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özge ARPACI*

Öz

TMK. m. 548 uyarınca, iradi mirasçıyla akdedilen miras sözleşmesi, mirasçının mirasbırakanın ölümünü görece kadar yaşamaması halinde, kanun gereği kendiliğinden sona ermektedir. Ancak sözleşmenin bir bütün halinde kendiliğinden sona ermiş sayılması, bir takım şartların oluşmasına bağlıdır. Bir ivaz edinmeden yapılan olumlu miras sözleşmelerinde, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, gerek mirasbırakanın gerekse lehtarın mirasçılarının ifa yükümlülüğünü sona erdirmektedir. Dolayısıyla ivazsız akdedilen bu sözleşmelerde ivazın iadesi açısından herhangi hukuki bir sorunla karşılaşılmazken, ivazlı akdedilen sözleşmelerde uyumsuzluk çıkma olasılığı mevcuttur. Bu doğrultuda kanunkoyucu, ilgili hükmün ikinci fıkrası ile konuya açıklık getirmeye çalışmışsa da, ilgili fıkranın çok da açık olmayan ifadesi, özellikle İsviçre doktrininde haklı olarak görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Kanunkoyucu tarafından olumlu miras sözleşmeleri için düzenlenen bu hükme paralel bir hüküm ise, mirastan feragat sözleşmeleri açısından mevcut değildir. Mirastan feragat sözleşmelerinde de, mirasçının mirasbırakandan önce ölümü elbette söz konusu olabilir. Bu durumda da gerek

* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Ankara, Turkey.

✉ ozge.arpaci@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-7871-7819.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ARPACI, Özge: "Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesinin İvazlı Miras Sözleşmelerine Etkilerinin Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 145-194.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

sözleşmenin akibeti gerekse ivazın iadesinde başvurulacak kanun hükümlerinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

• Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesi • İvazın İade Talebi • Sebepsiz Zenginleşme • Sonraki Kusursuz İfa İmkansızlığı • Dönüşüm Teorisi

EVALUATION OF THE EFFECTS OF THE HEIR'S DEATH BEFORE THE LEGATOR ON CONSIDERED INHERITANCE CONTRACTS

Abstract

According to Article 548 of the Turkish Civil Code, a inheritance contract entered into with a voluntary heir automatically becomes null and void if the heir does not outlive the deceased until the time of the deceased's death, as required by law. However, the automatic termination of the contract as a whole must depend on the occurrence of certain conditions. In gratuitous affirmative inheritance contracts, the automatic termination of the contract results in the cessation of performance obligations for both the deceased and the beneficiaries/heirs of the contract. Therefore, in contracts concluded without consideration, there is no legal issue concerning the return of consideration. However, in contracts entered into with consideration, there is a possibility of disputes arising. In this context, although the legislator has attempted to clarify the matter with the second paragraph of the relevant provision, the somewhat unclear wording of the provision has understandably led to differences of opinion, especially in Swiss legal doctrine. A parallel provision to this provision issued by the legislator for positive inheritance agreements does not exist for inheritance waiver agreements. In inheritance waiver agreements, the early death of the heir may also occur. In this case, both the outcome of the contract and the legal provisions on which the refund of consideration is based are important.

Key Words

• Death of the Heir Before the Deceased • Request for Return of the Benevolence • Unjust Enrichment • Impossibility of Subsequent Perfect Performance • Theory of Transformation

GİRİŞ

Miras hukukunun temel prensibine göre, mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında sağ olmak gerekmektedir. Keza bu prensibi yansıtan TMK. m. 580/f. 1'e göre, "*mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.*" Yine paralel bir hüküm olan TMK. m. 581/f. 1'e göre, "*vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.*" Görüldüğü üzere, kural olarak lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kimsenin mirasçı olabilmesi için mirasbırakanın ölümü anında sağ olması gerekmektedir. Ancak

kanunkoyucu benzer bir hükmü miras sözleşmeleri için ayrıca düzenleme gereği duymuştur. Buna göre (TMK. m. 548/f. 1 uyarınca), “*mirasçı atanana veya kendisine belirli mal bırakılan kişi mirasbırakanın ölümünde sağ değilse, miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar.*” (TMK. m. 548/f. 2 uyarınca) “*Mirasbırakandan önce ölen kişinin mirasçıları, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ölüme bağlı tasarruflarda bulunandan, miras sözleşmesi uyarınca elde ettiği ölüm tarihindeki zenginleşmeyi geri isteyebilirler.*”

Görüldüğü üzere, hükmün birinci fıkrası ivazlı veya ivazsız fark etmeksizin, olumlu miras sözleşmelerinin mirasçının (lehtarın) terekenin açıldığını görecektedir kadar yaşamaması durumunda kendiliğinden sona ereceğini düzenlerken, ikinci fıkrası sadece ivazlı olumlu miras sözleşmeleri açısından kaleme alınmıştır. Hükmün lafzından çıkan sonuca göre, mirastan feragat (olumsuz miras) sözleşmeleri hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak mirastan feragat miras sözleşmesinde de mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi olasıdır. Böyle bir durumda feragat sözleşmesinin kendiliğinden sona erip ermeyeceğinin tespiti de gerekmektedir.

Yine TMK. m. 548/f. 2, ivazlı olumlu miras sözleşmelerinde lehtar (lehine ölüme bağlı tasarruflarda bulunulan kişi) tarafından sağlığında mirasbırakana ifa edilen ivazın nasıl mirasbırakandan talep edileceğine ilişkin çözüm sunarken, ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde ifa edilen ivazın akıbetinin tespiti sorunu ile karşılaşmaktadır. Dolayısıyla ilgili çalışmada, öncelikle konuya ilişkin bazı önemli kavramlardan söz edilecek olup, gerek olumlu gerekse olumsuz miras sözleşmelerinde mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde sözleşmenin akıbeti, hukuki sonuçları ve iadenin hangi kanun hükümleri doğrultusunda istenebileceği hakkında değerlendirme ve tespitlerde bulunulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, çalışmanın odak noktası olan TMK. m. 548 hükmü ışığında olumlu miras sözleşmelerine yoğunlaşılacak olup, son zamanlarda İsviçre hukukunda kapsamının genişletilmeye çalışıldığı dönüşüm teorisinin ilgili hükme uygulanabilirliği noktasında yapılan güncel doktrinsel tartışmalara değinilecektir.

I. OLUMLU MİRAS SÖZLEŞMELERİNDE MİRASÇININ MİRASBIRAKANDAN ÖNCE ÖLMESİ

İlgili başlık altında, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halini düzenleyen TMK. m. 548 hükmü detaylı bir şekilde incelenmeye

çalışılacak olup, hükmün doktrinde yarattığı güncel tartışmalara yer verilerek değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

A. Genel Olarak

Miras sözleşmesi, mirasbırakanın diğer tarafa (lehtara) miras bırakma vaadinde bulunarak (TMK. m. 527) veya mirasçının mirastan vazgeçmesini kabul ederek (TMK. m. 528) terekeye ilişkin bağlayıcı işlemde bulunmasını sağlayan iki taraflı bir hukuki işlemdir¹. Görüldüğü üzere miras sözleşmesi, olumlu veya olumsuz miras sözleşmesi olmak üzere iki farklı içerikte gerçekleştirilmektedir². Yine olumlu veya olumsuz miras sözleşmeleri ivazlı olarak³ gerçekleştirilebileceği gibi, ivazsız olarak da yapılabilmektedir⁴. Çalışmamızda özellikle bu son ayırım üzerinde durulacaktır.

Olumlu miras sözleşmesi ile mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafına veya üçüncü bir kişi yararına ölüme bağlı bir tasarrufta

¹ EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 178 vd.; ANTALYA, Gökhan O.: Miras Hukuku, Cilt III, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 188 vd.; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 96 vd.; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 241 vd.; DEMİR, Mehmet: "Olumlu Miras Sözleşmeleri", Yargıtay Dergisi, Y. 1994, C. 20, S. 3, s. 280; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 128 vd.; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku-Yasal Mirasçılık, Ölüme Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 5. Tıpkı Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2004, s. 169 vd.; AKÇA, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 42 vd.

² Sözleşmenin sadece bir tarafı miras bırakmayı vaat edebileceği gibi, her iki taraf da karşılıklı olarak miras bırakmayı vaat edebilir. İlk durumda tek taraflı (yönlü) miras sözleşmesi söz konusu olurken, ikinci durumda iki (yönlü) taraflı miras sözleşmesi meydana gelmektedir. Ancak HATEMİ, nasıl ki hukukumuzda ortak vasiyetname kabul edilmemekteyse, aynı şekilde iki taraflı olumlu miras sözleşmelerinin yapılmasının da muteber olmadığına dikkat çekmektedir. Bkz. HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 86.

³ Miras sözleşmeleri ivazlı olarak gerçekleştirilecekse de, bu ivazın sadece ölüncüye kadar bakma edimi olarak kararlaştırılması gerektiği, diğer edimlerin ivaz olarak kararlaştırılmayacağı, aksi halde muvazaalı işlemlere fırsat vereceği yönündeki görüş için bkz. HATEMİ, s. 86.

⁴ Günümüzde miras sözleşmesi, gerçek anlamda bir sözleşme olarak kabul edilmekle birlikte, kanunda düzenleniş şekli bakımından isimli bir sözleşme olduğu ve içeriğinde gerek Miras Hukuku gerekse Borçlar Hukuku unsurları taşıması sebebiyle çifte nitelikli bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve doktrindeki tartışmalar için bkz. YAKUPOĞLU, Sekine Derya: Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bilkent

bulunmaktadır⁵. Olumsuz miras sözleşmesini düzenleyen TMK. m. 528/f. 3'ün aksine, olumlu miras sözleşmesini düzenleyen TMK. 527'de bu sözleşmenin bir ivaz (karşılık) sağlanarak düzenlenip düzenlemeyeceğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamakla birlikte, olumlu miras sözleşmelerinin ivazlı da düzenlenebileceği sonucuna, TMK. m. 547 ve 548/f. 2 uyarınca ulaşılmaktadır. İvazlı olumlu miras sözleşmesinde, mirasçı mirasbırakana karşı sağlararası bir borcu ifa etmeyi taahhüt ederken, mirasbırakan mirasçıya miras sözleşmesiyle ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaktadır⁶. İvazsız miras sözleşmelerinde ise, sadece mirasbırakan bir kişiyi (sözleşmenin diğer tarafını veya üçüncü bir kişiyi) mirasçı atayarak veya vasiyet alacaklısı yaparak ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaktayken,

Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, <https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/37623/yokAcikBilim_10237002.pdf?sequence=-1> (Erişim Tarihi: 03.10.2023), s. 30 vd.; Aksi görüş için ise bkz. **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 51 vd.

- ⁵ Olumlu miras sözleşmesini düzenleyen TMK. m. 527 uyarınca olumlu miras sözleşmesi; mirasçı atama, vasiyet alacaklısı tayin etme ve üçüncü kişi yararına miras sözleşmesi şeklinde akdedilmektedir. Mirasçı atama için yapılan miras sözleşmesinde mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafını terekesinin tamamı veya bir bölümü için mirasçı atamaktadır. Vasiyet alacaklısı tayinini konu edinen miras sözleşmesinde ise mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafını terekesinde bulunan belirli bir mal için vasiyet alacaklısı yapmaktadır. Üçüncü kişi yararına miras sözleşmesinde ise mirasbırakan, sözleşmenin karşı tarafını değil de, (sözleşme tarafları dışındaki) üçüncü bir kişiyi ya mirasçı atamakta ya da onu vasiyet alacaklısı olarak tayin etmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN**, s. 245 vd.; **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 39 vd.; **DURAL/ÖZ**, s. 97 vd.; **DEMİR**, s. 280 vd.; **DURAL**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 30 vd.; **ANTALYA**, Miras, s. 190 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 173 vd.
- ⁶ Lehtarın sağlararası edim yükümlülüğü ise, çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bu bağlamda, çoğunlukla peşin ödeme şeklinde (bir defaya mahsus) bir edim kararlaştırılabileceği gibi, irat (ömür boyu gelir sözleşmesi) şeklinde de ödemeler yapılabilir. Benzer şekilde taşınır veya taşınmaz devri veya alacağın devri de bir ivaz olarak kararlaştırılabilir. Yine bakım hizmeti (ölünceye kadar bakma sözleşmesi), nafaka ödemesi, borçtan kurtarma, yapmama edimi (kaçınma veya katlanma edimi) de sağlararası edim olarak üstlenilebilir. Görüldüğü üzere ivazlı olumlu miras sözleşmelerinde ölüme bağlı tasarruf karşılığında mirasbırakanın sözleşmenin diğer tarafından talep ettiği her edim, ivazın konusunu oluşturabilmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. **HRUBESCH MILLAUER**, Stephanie: "Die Rücktrittsmöglichkeit der Vertragspartei beim positiven Erbvertrag nach Art. 514", Anwaltsrevue De L'avocat: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, S. 4, Y. 2008, s. 147 vd.; **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 117; **ÖZTAN**, s. 245; Aksi görüş için bkz. **HATEMİ**, s. 85 vd. **HATEMİ**'ye göre ise, burada ivaz olarak sadece ölünceye kadar bakma edimi caiz sayılmalıdır.

sözleşmenin diğer tarafı bunu sadece kabul etmekle yetiniyorsa, somut durumda ivazsız olumlu miras sözleşmesinden söz edilmektedir.

TMK. m. 548 hükmü, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, ivazlı veya ivazsız olduğuna bakılmaksızın tüm olumlu miras sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceğini ve sözleşmenin ivazlı olması halinde ise ivazın talep edilebileceğini düzenlemektedir. İlgili hükmün konuluş amacı, kanuni mirasçılardan farklı olarak, atanmış mirasçı⁷ veya belirli mal bırakılan kişinin⁸ mirasbırakandan önce ölmesi halinde mirasçılarının onun sözleşmedeki yerini alamayacağını belirtmek ve mirasbırakana bir ivaz sağlanmışsa bunun akıbetini düzenlemektir. Nitekim kanuni mirasçı ile akdedilen miras sözleşmesinde, kanuni mirasçı mirasbırakandan önce ölmüşse, mirasbırakanın da kanuni mirasçısı olmak koşuluyla, lehtarın yerini kanuni mirasçılar almaktadır. Ancak burada sözleşme tarafı kanuni mirasçının yerine onun kanuni mirasçılarının geçmesi, miras sözleşmesi gereği değildir. Aksine külli halefiyet gereği, mirasbırakanın mirasçısı olurlar. Keza kanuni mirasçıyla akdedilen miras sözleşmesi, mirasçının mirasbırakandan önce ölümü sebebiyle, yine kendiliğinden sona ermektedir. Ancak atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı kişi kanuni mirasçı değilse, onun mirasbırakandan önce ölmesi halinde, kural olarak lehtarın altsoyu halefiyet yoluyla onun yerine geçerek

⁷ Taraflar arasında akdedilen miras sözleşmesinde mirasbırakan, karşı tarafı terekisinin tamamı veya belirli bir oranı (mirasın yarısı, dörtte biri, üçte ikisi gibi) üzerinden mirasçı olarak belirlemişse, bu durumda atanmış mirasçılık söz konusudur. Atanmış mirasçı, hem iradi mirasçıdır hem de kanuni mirasçı gibi, mirasbırakanın ölümü halinde mirası külli halefiyet ile kazanır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. **DEMİR**, s. 283 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 113 vd.; **GENÇCAN**, Ömer Uğur: Miras Sözleşmesi, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 208 vd.; **ANTALYA**, Miras, s. 232 vd.

⁸ Vasiyet alacaklısı kişi ise, miras sözleşmesiyle mirasbırakan tarafından kendisine belirli bir malvarlığı değerinin veya değerlerinin vasiyet edilmesiyle terekeden bir alacak hakkına, dolayısıyla kanuni mirasçılardan kendisine bırakılan mala ilişkin talep hakkına sahip kişidir. Atanmış mirasçıdan farklı olarak burada vasiyet alacaklısı cüzi haleftir⁸. Atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı kişi, kanuni mirasçı sıfatını haiz olabileceği gibi, kanuni mirasçı olmayan üçüncü bir kişi de olabilir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s. 140 vd.; **İMRE/ERMAN**, s. 113 vd.; **GENÇCAN**, Miras Sözleşmesi, s. 259 vd.; **ANTALYA**, Miras, s. 234 vd.; Belirli mal vasiyetinin konusu ise, belirli mal bırakma, sınırlı aynı hak vasiyeti, edim vasiyeti, borçtan kurtarma vasiyeti, ibra vasiyeti, alacak vasiyeti, fikir ve sanat eseri vasiyeti, teminat vasiyeti, irat vasiyeti şeklinde gerçekleştirilebilir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. **GENÇCAN**, Miras Sözleşmesi, s. 500 vd.

mirasçı olamaz⁹. Burada sözleşmenin akıbeti açısından, aşağıda değinileceği üzere, sözleşmenin üçüncü kişi lehine yapılıp yapılmadığı önem arz eder.

Mirasbırakanın miras sözleşmesi ile iradi mirasçılar öngörmesi halinde, bu kişilerin terekeden hak elde edebilmeleri için, mirasbırakanın ölümü anında (mirasın açıldığı anda) hayatta olmaları şarttır. Miras sözleşmesinin akdedilmesinden sonra bazı durumların ortaya çıkması ile miras sözleşmesi, herhangi bir irade açıklamasına gerek kalmaksızın, kendiliğinden sona ermektedir. Bu hallerin başında ise mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi hali yer almaktadır¹⁰.

İlgili hüküm (hükmün her iki fıkrası da), düzenleyici nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla taraflar ilgili hükmün aksini kararlaştırabilirler. Bu doğrultuda taraflar, ilgili hükmün birinci fıkrasından farklı olarak, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde miras sözleşmenin sona ermeyeceğini, lehtarın mirasçıları ile mirasbırakan arasında devam edeceğini kararlaştırabilirler. Keza taraflar, miras sözleşmesine konulacak bir hükümle, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi ihtimaline karşılık, TMK. m. 520 gereği, yedek mirasçı da atayabilirler. Mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi ihtimali her zaman mevcut olduğundan, sözleşmenin ayakta tutulabilmesi için yedek mirasçı öngörülmesi aslında doğru bir yaklaşımdır. Yine taraflar, ilgili hükmün ikinci fıkrasından farklı olarak, lehtarın mirasbırakana sağlığında miras sözleşmesi gereğince ifa ettiği

⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 140; AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1993, s. 138; ANTALYA, Miras, s. 232 vd.; GENÇCAN, Miras Sözleşmesi, s. 208 vd.

¹⁰ DURAL, s. 205 vd.; ÖZTAN, s. 267; ANTALYA, Miras, s. 387; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 315; Her ne kadar TMK. m. 548, miras sözleşmeleri için düzenlenmişse de, TMK. m. 580 ve 581 gereği, vasiyetname ile mirasçı atanması veya belirli mal vasiyeti halinde de, vasiyetname kendiliğinden hükümsüz olmaktadır. Netice itibarıyla TMK. m. 548 vasiyetname ile mirasçı atanması veya belirli mal vasiyeti halinde de uygulanmaktadır. TURAN, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 29. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y2HD., 11.03.2008 T., 2007/10310 E., 2008/3174 K.; Y2HD., 20.07.2009 T., 2008/8803 E., 2009/14549 K.; Y2HD., 05.07.2010 T., 2010/9229 E., 2010/13383 K., GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, 3. Cilt, Madde 495-1030, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 3105 vd.

ivaz borcunun lehtarın mirasçuları tarafından geri istenemeyeceğini de kararlaştırabilirler¹¹.

Mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi sebebiyle, miras sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi halinde, mirasbırakanın ilgili ölüme bağlı tasarrufuna ilişkin yükümlülüğü de sona ermektedir. Dolayısıyla mirasbırakan, serbest kalan tereke değerlerine ilişkin yeni ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilir. Mirasbırakan herhangi bir tasarrufta bulunmamışsa, mirasçının mirasbırakandan önce ölümüyle serbest kalan bu miras payı veya belirli bir malvarlığı değeri, herhangi bir işleme gerek olmaksızın, mirasbırakanın ölmesi halinde yasal mirasçılara intikal eder. Böylece iradi mirasçının mirasbırakanın ölümünü görece kadar yaşamaması sebebiyle mirastan pay alamaması, yasal mirasçuların miras paylarının artmasını sağlar¹².

B. Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesi Halinde Olumlu Miras Sözleşmesinin Akıbeti

TMK. 548/f. 1 (Art. 515, Abs. 1 ZGB) hükmüne göre, miras sözleşmesi akdedildikten sonra, lehtar mirasbırakandan önce ölürse, miras sözleşmesi kanun gereği kendiliğinden ortadan kalkmış sayılır. Bu hükümlerle, sadece olumlu miras sözleşmelerinde mirasçının mirasbırakandan önce

¹¹ **BORNHAUSER**, Philip R.: Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 243, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2012, s. 228, Rn. 510 vd.; **BADERTSCHER**, Pia: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021, Art. 515 ZGB, Rn. 1; **WEIMAR**, Peter: Berner Kommentar (BK), Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag, Bern, 2009, Art. 515 ZGB, Rn. 3; **SEROZAN/ENGİN**, s. 315 vd.; **ÇABRİ**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, TMK. m. 575-639, C. II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 177 vd.

¹² **BADERTSCHER**, Art. 515 ZGB, Rn. 4; **BIRRER**, Stefan: "§ 5 Probleme und Fragestellungen im Zusammenhang mit Art. 534 ZGB im Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Eintritt des Erbfalls", Der Erbvertrag in Kombination mit einer Vermögensübertragung unter Lebenden nach Art. 534 ZGB, Jörg Schmid (Herausgeber), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, 2013, s. 293; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, Rn. 6; **ÇABRİ**, s. 177 vd.; **GRUNDMANN**, Stefan: Praxiskommentar, Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, Abt, Daniel/Weibel, Thomas (Herausgeber), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, Art. 515 ZGB, s. 550, Rn. 2.

ölmesi halinin düzenlendiği kabul edilmektedir¹³. Bu bağlamda ilgili hükümün kapsamına hem ivazlı hem de ivazsız olumlu miras sözleşmeleri girmekte, ancak olumsuz miras sözleşmesi girmemektedir. Hükümde ölüme hukuki sonuç bağlanmış mirasçılar ise, sadece atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı kişi ile sınırlıdır. Burada kan bağına dayanan kanuni mirasçılıkta olduğu gibi, kök içinde herhangi bir halefiyet bulunmamaktadır. Nitekim atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının mirasbırakandan önce ölmesi, onlara ilişkin ölüme bağlı tasarrufların mirasçılara halefiyet yoluyla geçmesini sağlamaz ve lehtarın mirasçılar beklenen miras hakkını kazanamaz. Aynı şekilde mirasbırakan da, atanmış mirasçının veya vasiyet alacaklısının miras sözleşmesinde taahhüt ettiği, ancak henüz ifa etmediği sağlararası ivazı, lehtarın mirasçılardan talep edemez¹⁴.

TMK. m. 548/f. 1’de her ne kadar “*miras sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir*” ifadesi yer almaktaysa da, burada sözleşmenin hükümlerinin lehtara ilişkin olup olmadığı önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle ilgili fıkra ile, miras sözleşmesinde sadece mirasın açılmasından önce ölen atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı kişi hakkındaki hükümler, ölümler birlikte kendiliğinden geçersiz hale gelmelidir¹⁵. Keza miras sözleşmesinde diğer mirasçılara ilişkin ölüme bağlı tasarruflar bulunmaktaysa, bunlar geçerli olmaya devam etmelidir. Dolayısıyla, kanun metnindeki ifadenin aksine, sözleşme hükümleri sadece lehtara ilişkin değilse, sözleşmenin geçerli bir şekilde ayakta kaldığı, sadece ölen lehtara ilişkin sözleşme hükümlerinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Örneğin, miras sözleşmesinde üçüncü kişi yararına bir hüküm

¹³ **HRUBESCH MILLAUER**, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 515 ZGB, s. 146; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, s. 600, Rn. 2; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y8HD., 13.11.2014 T., 2013/22073 E., 2014/20701 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

¹⁴ **AYAN**, Mehmet: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 123; **İNAN**, Ali Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 215 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, s. 109 vd.

¹⁵ Mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi hali dışında mirasçılığın kanun gereği kendiliğinden sona erme halleri; mirastan yoksunluk, eşler arasındaki miras sözleşmelerinde evliliğin sona ermesi halinde eski eşin mirasçılığı, muvazaalı miras sözleşmeleri sayılabilir.

bulunmaktaysa, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının ölmesi durumunda ilgili sözleşme bütünüyle sona ermez. Üçüncü kişi yararına konulan hükümlerle birlikte sözleşme ayaktadır. Ancak halen geçerliliğini koruyan sözleşme hükümlerinin, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının mirasbırakandan önce ölmesi sebebiyle kendiliğinden geçersiz olan hükümler ile arasında herhangi bir bağ olmaması gerekmektedir. Örneğin, miras sözleşmesi iki atanmış mirasçı ile akdedilmişse, bunlardan birinin ölmesi sonucunda sadece ölen mirasçıya ilişkin ölüme bağlı tasarruflar geçersiz hale gelmelidir, diğer sağ atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklı ile mirasbırakan arasındaki ölüme bağlı tasarruflar ise hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir, meğer ki geçerli hükümlerle kendiliğinden sona ermiş sayılan hükümler arasında bir bağ bulunmasın. Neticte itibarıyla miras sözleşmesinin tüm hükümleri tamamen mirasçının menfaatine düzenlenmişse veya tamamen mirasçının menfaatine düzenlenmemekle birlikte sözleşmenin diğer hükümleri kendiliğinden sona eren hükümlerle içsel bir bağlantı içindeyse, miras sözleşmesinin bütünüyle ortadan kalktığı kabul edilmelidir¹⁶.

TMK. m. 548/f. 1 ile TMK. m. 572/f. 3'ün taban tabana zıt hükümler olduğu görülmektedir. TMK. m. 572/f. 3, TMK. m. 548'i adeta bertaraf etmektedir. Zira TMK. m. 572/f. 3 gereği mirasbırakan, malvarlığını miras sözleşmesi ile sağlığında devretmişse, miras sözleşmesinde aksine başka bir kural olmadığı müddetçe, sözleşmeden doğan hak ve borçlar atanmış mirasçının mirasçılara geçer. Bir diğer ifadeyle, mirasbırakan sözleşmeyle taahhüt ettiği devri sağlığında gerçekleştirmişse, atanmış mirasçının sözleşmeden doğan hak ve borçları miras yoluyla mirasçılara intikal eder. Örneğin, malvarlığını mirasbırakanın sağlığında devralan mirasçı, mirasbırakana bakma yükümlülüğünü üstlenmişse, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde bakım yükümlülüğü atanmış mirasçının (lehtarın) mirasçılara geçer. Ancak mirasbırakan sözleşmeyle taahhüt ettiği ölüme bağlı tasarrufu sağlığında gerçekleştirmemişse ve mirasçı da mirasbırakandan önce ölmüşse, artık atanmış mirasçının mirasçuları,

¹⁶ WEIMAR, Art. 515 ZGB, Rn. 3; BADERTSCHER, Art. 515 ZGB, Rn. 2; BORNHAUSER, s. 229, Rn. 512 vd.; SCHMID, Jasmin Ghandchi: "Aufhebung von Erbverträgen", Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, S. 85, Y. 2004, s. 388; HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 146, Rn. 1; ÇABRİ, s. 178, TURAN, s. 29 vd.; DURAL, s. 207.

mirasbırakandan intikalin gerçekleştirilmesini talep edemez. Zira bu durumda TMK. m. 572/f. 3 değil, TMK. m. 548/f. 1 devreye girmektedir¹⁷.

C. Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesi Halinde İvazın Akıbeti

İvazsız olumlu miras sözleşmelerinde mirasçının, mirasbırakana karşı herhangi bir sağlararası ivaz borcu olmadığı için, sözleşme kendiliğinden ortadan kalkar ve taraflar herhangi bir talepte bulunamazlar. Bir diğer ifadeyle, ne mirasbırakan ne de atanmış mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasçuları, sözleşme kendiliğinden sona erdiği için, sözleşmeden doğan borcun ifasını isteyemeyecekleri gibi, bahsi geçen bu kişilerin kendi borçları da sona erer. Bu fıkra ile lehtarın beklenen miras hakkının lehtarın mirasçularına kural olarak intikal etmeyeceği açıklanmıştır. Ancak bunun da aksi taraflarca kararlaştırılarak, intikal etmesi sağlanabilir¹⁸.

Bu hüküm, esas olarak ivazlı akdedilen olumlu miras sözleşmeleri nezdinde önem arz etmektedir¹⁹. Bu doğrultuda mirasçı atanan veya vasiyet alacaklısının ölmeden önce mirasbırakana sağlararası ivaz borcunu ifa edip etmediği belirleyicidir. Eğer mirasçı sağlığında mirasbırakana sözleşme uyarınca taahhüt ettiği karşılığı henüz ifa etmemişse,

¹⁷ **PIOTET**, Paul: Erbrecht, Vierter Band, Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 1978, Erbrecht, s. 189; **BIRRER**, s. 284; **MINNIG**, Yannick: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021, Art. 534 ZGB, Rn. 4; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 288; **SEROZAN/ENGİN**, s. 342; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, s. 600, Rn. 3; **BREITSCHMID**, Peter/**BORNHAUSER**, Philip R.: Basler Kommentar (BSK), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, Geiser, Thomas/Wolf, Stephan (Herausgeber), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art. 515 ZGB, Rn. 2; **GRUNDMANN**, Art. 515 ZGB, s. 552, Rn. 10; **ÖZTAN**, s. 248.

¹⁸ **DAZIO**, Giovanni: "Die Rückabwicklung eines entgeltlichen Erbvertrages nach Art. 515 ZGB", Aktuelle Juristische Praxis, S. 3, Y. 2022, s. 199 vd.; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, Rn. 6; **ŞİPKA**, Şükran/**ÇELİKEL**, Ali Yaşar: "Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2017, s. 178; **BORNHAUSER**, s. 228, Rn. 511.

¹⁹ Burada kastedilen ivazlı olumlu miras sözleşmesi, tek taraflı miras sözleşmesidir. Zira taraflardan sadece birisi terekəsi üzerinde tasarrufta bulunmakta, karşı taraf sadece sağlararası edim borcu üstlenmektedir. Keza karşı taraf da terekəsi üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunsaydı, her iki taraf da mirasbırakan sıfatını haiz olup, ortada ivazlı olumlu bir miras sözleşmesinden değil, iki taraflı miras sözleşmesinden söz edilirdi.

mirasbırakandan önce ölmesi halinde, bu kimsenin sağlararası ivaz borcu da sona ermekte, lehtarın mirasçılara halefiyet yoluyla geçmemektedir. Böylece mirasbırakan, bu kişinin mirasçılardan sağlararası borcun ifasını talep edemez. Ancak mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişi, sağlığında sözleşmeye dayanarak mirasbırakana ivaz borcunu ifa etmişse, bu durumda TMK. m. 548/f. 2 (Art. 515, Abs. 2 ZGB) uygulanır. Netice itibarıyla taraflar arasında akdedilen ivazlı olumlu miras sözleşmesi uyarınca, mirasçı sağlığında mirasbırakana edimini ifa etmiştir. Ancak mirasçı, mirasbırakandan önce öldüğü için, mirasbırakanın miras sözleşmesi uyarınca elde ettiği ivazın akıbeti sorusu ortaya çıkmaktadır. TMK. 548/f. 2 ise bu soruya cevap vermektedir. Buna göre, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmamak kaydıyla, lehtarın mirasçıları mirasbırakandan ölüm tarihindeki zenginleşmenin iadesini isteyebilirler²⁰.

Burada ivaz dolayısıyla mirasbırakan nezdinde meydana gelen bir zenginleşmeden söz edilmiştir. Dolayısıyla ivaz sebebiyle meydana gelen bir zenginleşmeden söz edebilmek için atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının mirasbırakana bir kazandırmada bulunması gerekmektedir. Oysa ivazlı olumlu miras sözleşmeleri bakımından ivazın konusu sadece bir kazandırma değildir. Keza ivazın konusu çoğunlukla bir kazandırmayı teşkil etse de, ivazın konusunun parasal bir karşılığı olmayan bir edim de olabileceği kabul edilmektedir²¹. Ancak ilgili fıkra bağlamında ivazın konusu, sadece maddi bir değeri olan bir kazandırmadır. Böylece ivazın konusunun herhangi bir kazandırma olmadığı hallerde, ivazlı olumlu miras sözleşmeleri bakımından TMK. m. 548/f. 2 uygulama alanı bulamamaktadır²².

Olumlu miras sözleşmelerinde, lehtarın ivaz borcunu sağlığında ifa etmesi üzerine terekenin açıldığını görece kadar yaşamaması halinde, bu ivazın lehtarın mirasçıları tarafından TMK. m. 548/f. 2 gereği talep

²⁰ 743 sayılı mülga Medeni Kanunu'nun (m. 495 gereği) ilgili hükmünde, ölenin mirasçılarının ölüm tarihinde ellerinde kalan miktarı geri vermekle yükümlü olduğu öngörülmekteydi. Ancak bu hüküm uygulamada haksızlıklara yol açtığı düşüncesiyle, İsviçre Medeni Kanunu m. 515'e uyumlu olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 548'de, mirasçılardan ölüm tarihinde zenginleştiği miktarı geri vermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Böylece lehtarın mirasçıları, lehtarın sağlığında ifa ettiği ivazın ölüm tarihinde elde kalan miktarı uyarınca değil de bu tarih itibarıyla bu sebeple zenginleştiği miktarı geri vermekle yükümlü kılınmıştır.

²¹ Karş. HRUBESCH MILLAUER, Die Rücktrittsmöglichkeit, s. 147 vd.; AKÇA, İvazlı Miras, s. 117; ÖZTAN, s. 245; HATEMİ, s. 85 vd.

²² AKÇA, İvazlı Miras, s. 116 vd.

edilebileceği hükme bağlanmakla birlikte, bu talebin Türk Borçlar Kanunu'ndaki hangi hükümlere dayanılarak istenebileceği konusunda, özellikle İsviçre hukukunda son zamanlarda farklı görüşler bulunmaktadır. Nitekim iade talebinin hukuki niteliği meselesi yalnızca dogmatik değil, aynı zamanda pratikte de öneme sahiptir²³.

TMK. m. 548/f. 2 hükmünün kapsamının, sadece mirasçının beklenmedik ölümüyle sınırlı kalmayıp, doktrinde genişletilmeye çalışıldığı da gözden kaçmamaktadır. Zira doktrinde yer alan hakim görüşe göre²⁴, olumlu miras sözleşmelerinde lehtarın mirastan yoksun olması halinde de, lehtar tarafından mirasbırakana ifa edilen ivazın iadesi açısından somut olaya TMK. m. 548/f. 2 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, olumlu miras sözleşmesi akdedildikten sonra TMK. m. 578 (Art. 540 ZGB) gereği mirastan yoksunluk sebepleri ortaya çıkmışsa, ilgili sözleşmede mirastan yoksun olan mirasçının lehine yapılmış olan tasarruflar da kendiliğinden hükümsüz olur. Dolayısıyla TMK. m. 578/f. 1 ile TMK. m. 548/f. 1'nin yaptırımı aynıdır ve mirasçı lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden sona ermektedir. Ancak mirasçının mirastan yoksun olup olmadığı hususu, yalnızca mirasbırakanın ölmesi (mirasın açılması) anında tespit edilebilir. Zira mirasbırakan TMK. m. 578/f. 2 gereği mirasçıyı affedebilir ve bunun sonucunda mirasçı mirastan yoksun bırakılabılır. Eğer TMK. m. 578 (Art. 540 ZGB) gereği mirastan yoksunluk sebeplerinden birini gerçekleştiren atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı, mirasbırakan tarafından TMK. m. 578/f. 2 gereği affedilmemişse, sözleşme uyarınca mirastan yoksun kalan mirasçının mirasbırakana vermiş olduğu ivazlı, TMK. m. 548/f. 2'nin somut olaya kıyasen uygulanması sonucunda mirasbırakanın mirasçılarında geri talep edebilmelidir. Benzer şekilde doktrinde²⁵, mirasın reddi halinde de mirasçı tarafından ödenen

²³ **BUZ**, Vedat: "Rückforderung von Zuvielleistungen", Aktuelle Juristische Praxis, S. 7, Y. 2016, s. 899.

²⁴ **PIOTET**, Erbrecht, s. 189; **BECK**, Alexander: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1976, s. 63; **HRUBESCH MILLAUER**, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 146, Rn. 1; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, Rn. 8; **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 239; **DURAL/ÖZ**, s. 132 vd.; **ATLI**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 185; **YAKUPOĞLU**, s. 246; **ENGİN**, Baki İlkey: Mirastan Yoksunluk, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 174 vd.; **ANTALYA**, Miras, s. 209.

²⁵ **HRUBESCH MILLAUER**, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 146, Rn. 1; Aksi görüş için bkz. **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, Rn. 9. Zira WEIMAR'a göre mirasın reddi, miras sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

ivazın, TMK. m. 548/f. 2'nin kıyasen uygulanarak, iadesi öngörülmektedir. Yine ivazlı olumlu miras sözleşmesinin boşanma sebebiyle sona ermesi halinde de, ivazın akıbeti sorununun TMK. m. 548/f. 2'nin kıyasen uygulanarak çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁶. Ayrıca ilgili hükmün birlikte ölüm karinesi nedeniyle hak kazanılamayan hallerde de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷. Bir diğer ifadeyle, TMK. m. 29/f. 2 gereği mirasbırakan ve mirasçının hangisinin daha önce öldüğünün tespit edilememesi sebebiyle birlikte ölüm karinesi işletilen hallerde, bu karine sebebiyle hak kazanılamayan durumlarda da, TMK. m. 548/f. 2 gereği verilenlerin iadesi öngörülmektedir. Hatta ilgili hükmün borçlar hukukuna ilişkin bazı hukuki uyumsuzlıklara da öncelikli uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁸. Bu bağlamda ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakım borçlusunun bakım ve gözetim yükümlülüğüne karşılık ölüme bağlı tasarrufla bakım borçlusunu mirasçı olarak atamayı üstlenmişse, bakım borçlusunun bakım alacaklısından önce ölmesi halinde, ilgili hükmün TBK. m. 618'e (Art. 528 OR) göre öncelikli uygulanması öngörülmektedir. Sonuç itibarıyla, ivazın (doğrudan veya kıyasen) TMK. m. 548/f. 2 gereği talep edildiği hallerde, hangi kanun hükümlerine dayanılacağı önem arz etmektedir.

1. Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin Uygulanması Meselesi

TMK m. 548/f. 2, ivazın iadesinin hangi kanun hükümlerine dayanılarak gerçekleştirileceğinin belirlenmesi açısından anahtar görevi görmektedir. Gerek Türk gerekse İsviçre hukukunda doktrinde yer alan hakim görüşüne göre²⁹, ivazlı olumlu miras sözleşmesinde lehtarın mirasçıları,

²⁶ PIOTET, *Erbrecht*, s. 189; DURAL/ÖZ, s. 132; SEROZAN/ENGİN, s. 316; ATLI, s. 194; YAKUPOĞLU, s. 245; ŞIPKA/ÇELİKEL, s. 178.

²⁷ AYAN, *Miras*, s. 123.

²⁸ BALMELLI, Marco: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR*, Huguenin, Claire/ Müller-Chen, Markus (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 528 OR, s. 887, Rn. 7; BREITSCHMID, Peter: *Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023, Art. 528 OR, s. 1569, Rn. 1.

²⁹ TUOR, Peter: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Art. 457-640, Band III*, Stämpfli Verlag, Bern, 1929, s. 358; HRUBESCH MILLAUER, *Handkommentar, Art. 515 ZGB*, s. 147; WEIMAR, *Art. 513 ZGB, Rn. 4, Art. 515 ZGB, Rn. 1 vd.*; BADERTSCHER, *Art. 515 ZGB, Rn. 5*; SCHMID TSCHIRREN, Christina: *Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht*, Hausheer,

lehtar tarafından mirasbırakana ifa edilen sağlararası edimi, Türk Borçlar Kanunu'nun (mehaz kanun İsviçre Borçlar Kanunu'nun) sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri (TBK. m. 77 vd.; Art. 62 ff. OR) doğrultusunda geri isteyebilirler. Zira burada hukuki sebebin sona ermesi dolayısıyla bir zenginleşme olduğu kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, mirasbırakanın sözleşmenin lehtarından almış olduğu ivaz, lehtar mirasçının ölümü nedeniyle, sebepsiz zenginleşmeye neden olmaktadır ve mirasçının ölüm tarihi dikkate alınarak bu tarihte mirasbırakanın zenginleştiği oranda ivazın iadesi gerekmektedir. Burada mirasbırakanın iade yükümlülüğü, gerçekleşmemiş veya sona ermiş bir sebepten kaynaklanmaktadır. Nitekim TMK. m. 548/f. 2'nin lafzında "zenginleşme" ifadesinin yer alması, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği görüşünü savunanlar bakımından bir işaret olarak da kabul edilmektedir³⁰. Hatta mehaz kanun İsviçre Medeni Kanunu m. 515/f. 2'nin lafzında "zenginleşme" ifadesi iki kez geçmektedir. TMK. m. 548/f. 2'de "elde ettiği" ve "zenginleşme" ifadeleri Art. 515, Abs. 2 ZGB'de "bereichert" ve "Bereicherung" olarak yer almaktadır. Ancak madde metninde "zenginleşme" ifadesinin açıkça yazılmış olmasına rağmen, bundan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağının kastedilip kastedilmediği tartışma yaratmıştır. Dolayısıyla doktrine göre, kanunkoyucunun TMK. m. 548'de gerekli değişikliğin yapılarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK. m. 77 vd., Art. 62 ff. OR) yapılacak atfın daha açık ve belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde olması gerektiği savunulmaktadır³¹.

TMK. m. 548/f. 1'de ifade edilen sözleşmenin sona ermesinin hukuki niteliği, TMK. m. 548/f. 2'deki sonucun ortaya çıkmasında önemli rol oynamaktadır. Zira sözleşmenin sona erme usulünün tespiti sayesinde,

Heinz/Walter, Hans Peter (Herausgeber), Art. 1-9 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s. 1017, Rn. 55; **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 236; **DITTLI**, Valérie: Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, Unter besonderer Berücksichtigung des Valutaverhältnisses, Collection lausannoise Band/Nr. 91, Stämpfli Verlag, Bern, 2023, s. 204, Rn. 538; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 203 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, s. 316; **RUHİ**, Canan/**RUHİ**, Ahmet Cemal: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 29 vd.; **ATLI**, s. 191; **İMRE/ERMAN**, s. 181 vd.; **HATEMİ**, s. 92 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 135; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 242; **AYİTER/KILIÇOĞLU**, s. 138; **ÖZTAN**, s. 268.

³⁰ Karş. **HRUBESCH MILLAUER**, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 147; **WEIMAR**, Art. 515 ZGB, Rn. 1; **BADERTSCHER**, Art. 515 ZGB, Rn. 5.

³¹ **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 203.

TMK. m. 548/f. 2'ye hangi kanun maddelerinin uygulanacağı belirleyici olmaktadır. Bu bağlamda doktrin³², özellikle TBK. m. 136 ile TMK. m. 548 arasında paralellik olduğunu³³ ve hatta TMK. m. 548/f. 1'in, TBK. m. 136 hükmünün miras hukukundaki bir yansıması olduğunu kabul etmektedir. Zira her iki düzenlemede de, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple sözleşmenin ifa edilememesi söz konusudur. Ayrıca her iki düzenleme de düzenleyici nitelikte olup, aksinin taraflarca düzenlenmesi mümkündür. Yine her iki düzenlemede de sözleşmeyle içsel sıkı bir bağlantı olmamak koşuluyla, sadece borç (edim ve karşı edim) sona ermektedir. Bir diğer ifadeyle, TBK. m. 136 gereği edim ve karşı edim kendiliğinden sona ermekte, TMK. m. 548 gereği de ölüme bağlı tasarruf ve sağlararası edim kendiliğinden sona ermektedir. Ancak sözleşmede başka hükümler ve ölüme bağlı tasarruflar bulunmaktaysa, bunlar sona ermemekte ve sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Meğer ki, sona eren borç veya ölüme bağlı tasarruflarla içsel bir bağlantı içerisinde bulunmasın³⁴. Zira günümüzün iki tarafı borç altına sokan (*synallagmatik*) sözleşmelerinde³⁵,

³² PIOTET, Erbrecht, s. 189; DAZIO, Die Rückabwicklung, s. 202; BADERTSCHER, Art. 515 ZGB, Rn. 3; HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 147; BREITSCHMID, Peter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Herausgeber), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006, Art. 515, s. 288, Rn. 2; GRUNDMANN, Art. 515 ZGB, s. 551, Rn. 8.

³³ TBK. m. 136/f. 2 hükmünün konuluş amacı benzer olmakla birlikte TBK. m. 136/f. 2 de, tıpkı TMK. m. 548/f. 2 gibi, düzenleyici bir hükümdür ve burada da alacaklı henüz edimini ifa etmemişse, gerek borçlunun gerekse alacaklının ifa yükümlülüğü kanun gereği kendiliğinden sona ermektedir.

³⁴ Karş. WEIMAR, Art. 515 ZGB, Rn. 3; BADERTSCHER, Art. 515 ZGB, Rn. 2; BORNHAUSER, s. 229, Rn. 512 vd.; SCHMID, s. 388; HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 146, Rn. 1; ÇABRİ, s. 178, TURAN, s. 29 vd.; DURAL, s. 207; GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, s. 82 vd.; KILLIAS, Laurent: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Amstutz, Marc/Breitschmid, Peter/Furrer, Andreas/Girsberger, Daniel/Huguenin, Claire/Müller-Chen, Markus/Roberto, Vito/Rumo-Jungo, Alexandra/Schnyder, Anton K. (Herausgeber), Schulthess Verlag, Zürich, 2007, Art. 119 OR, s. 1520 vd., Rn. 17 vd.

³⁵ *Synallagmatik* sözleşmelerde, taraflardan her biri diğer tarafın hem alacaklısı hem de borçlusu konumundadır. Tarafların edim yükümlülükleri arasında bir değişim ilişkisi söz konusudur. Bu doğrultuda iki tarafın edim yükümlülükleri karşılıklı bir bağlantı içerisinde bulunur. *Synallagma* ilişkisi, doktrinde karşılık, mübadele veya değişim ilişkisi olarak da adlandırılmaktadır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. AYAN,

karşılıklı taahhüt edilen edimlerin sadece birinin ifasının olanaksızlaşmasının bütün sözleşme ilişkisini kendiliğinden sona erdirmediği kabul edilmektedir³⁶. Keza olumlu miras sözleşmelerinin de *synallagmatik* niteliği doktrinsel tartışmalara yol açmıştır. Zira ivazlı olumlu miras sözleşmesinde taraflardan biri ölüme bağlı tasarrufta bulunurken, diğeri sağlararası bir edim (ivaz) taahhüt etmektedir. Ölüme bağlı tasarruf ancak mirasbırakanın ölümü ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, sağlararası edim borcu ise tarafların sağlığında ifa edildiği için, bu edimler arasında karşılıklılık ilişkisinin gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde yer alan bir görüş³⁷, ivazlı miras sözleşmelerinde *synallagmatik* bir bağın mümkün olmadığını kabul etmektedir. Buna göre ivaz, miras sözleşmesinin esaslı bir unsuru değildir, aksine miras sözleşmesinin yanında bağımsız olarak bulunmaktadır. Ancak bu görüş, artık güncelliğini yitirmektedir. Günümüzde doktrinde daha fazla kabul görmeye başlayan katıldığımız görüşe göre ise³⁸, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile mirasçının sağlararası borcu arasında *synallagmatik* bir bağ olduğu kabul edilmelidir. Sağlararası ivazın, ölüme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacak ölüme bağlı tasarrufun sebebi olduğu, dolayısıyla aralarında *synallagmatik* bir ilişki bulunduğu varsayılmalıdır. Zira burada sözleşmenin karşı tarafı gelecekteki miras beklentisi ile sağlararası

Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 154 vd.; **ANTALYA**, Gökhan O.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 111 vd.; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 987 vd.; **PEKMEZ**, Cüneyt: Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 111 vd.

³⁶ **SEROZAN**, Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 262 vd.

³⁷ **WEIMAR**, Art. 514 ZGB, s. 594, Rn. 4; Art. 515 ZGB, s. 600, Rn. 2; **SEÇER**, Öz: "Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2014, S. 111, s. 52; **DURAL/ÖZ**, s. 120; **SEROZAN/ENGİN**, s. 245.

³⁸ **PIOTET**, Erbrecht, s. 186 vd.; **HRUBESCH MILLAUER**, Stephanie: "Der Erbvertrag im schweizerischen Zivilgesetzbuch", Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht, Wolf, Stephan/Hrubesch-Millauer, Stephanie/Eggel, Martin/Cicero, Cristiano/Barba, Vincenzo (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 151 vd.; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 201 vd.; **BREITSCHMID**, OFK, Art. 494 OR, Rn. 12; **BORNHAUSER**, s. 204 vd.; **GRUNDMANN**, Art. 514 ZGB, s. 544, Rn. 1; **EREN/YÜCER AKTÜRK**, s. 183; **AKÇA**, İvazlı Miras, s. 73 vd.; **YAKUPOĞLU**, s. 50 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi de miras sözleşmesinin *synallagmatik* niteliğini onaylamaktadır. İlgili kararlar için bkz. **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 201, dpn. 66.

bir yükümlülük altına girmektedir. Nitekim bu bağ, TMK. m. 548'in ifadesinde de açıkça görülmektedir. İlgili hükümde görüldüğü üzere, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının sağlararası ediminin varlıklarının sürdürülebilmesi birbirlerine bağlanmıştır. Burada tipik (alışlagelmiş) bir *synallagma* (değişim) ilişkisi yoktur. Aksine sadece genetik bir *synallagma* ilişkisi bulunmakta, ancak ifa açısından bir *synallagma* bulunmamaktadır. Genetik *synallagma* ilişkisinde, edim ile karşı edim meydana gelişleri yönünden birbirine bağlıdır. Fakat ifaları yönünden (fonksiyonel yönden) birbirlerine bağlı değildirler. Keza mirasbırakan sağlığında herhangi bir edim ifa etmek zorunda değildir. Mirasbırakanın taahhüt ettiği ölüme bağlı tasarruf, ancak mirasbırakanın ölümü ile muaccel olacağından ve mirasbırakanın ölümü anına kadar mirasbırakan herhangi bir edim ifa etmek zorunda olmadığından, mirasçının sağlararası edimi ile ölüme bağlı tasarruf arasında sadece ifa bakımından bir karşılıklılık ilişkisi söz konusu değildir. Ayrıca kanunkoyucu, ivazlı miras sözleşmelerine ilişkin hükümlerde, Türk Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerine atıf yaparak, bir nevi ivazlı miras sözleşmelerinin *synallagmatik* niteliğine yeşil ışık yakmaktadır.

Dolayısıyla gerek TBK. m. 136/f. 2 gerekse TMK. m. 548/f. 2'nin yapısal paralellikleri olduğu kabul edilen bu düzenlemeler sebebiyle, TMK. m. 548/f. 2'de yer alan zenginleşme ifadesinden neyin kastedildiği noktasında TBK. m. 136/f. 2'nin dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir³⁹. Keza ilgili maddeye göre de, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür. Burada lehtar olan mirasçı, mirasbırakandan daha önce öldüğü için, mirasbırakanın taahhüt ettiği edim yerine getirilememekte, edimin ifası imkansızlaşmaktadır. Bir diğer ifadeyle (TBK. m. 136/f. 1'e paralel şekilde), edimin ifası mirasbırakanın sorumlu tutulamayacağı bir sebepten (ölümden) ötürü imkansızlaşmaktadır. Oysa mirasçı, ivazlı bir miras sözleşmesi ihtimalinde, sağlığında edimini ifa etmiştir. Böyle bir durumda da (TBK. m. 136/f. 2'ye paralel şekilde) bunun sebepsiz zenginleşme kuralları doğrultusunda talep edilebilmesi gerekir. Ancak TBK. m. 136/f. 2 uyarınca alacaklının iade talebinin kanunun "*sebepsiz zenginleşme*" hükümlerine dayanması gerektiğine ilişkin açık atfına rağmen, doktrinde

³⁹ DAZIO, Die Rückabwicklung, s. 202; BADERTSCHER, Art. 515 ZGB, Rn. 3; HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 147.

hakim görüşe göre⁴⁰, taraflar arasındaki ifaların sözleşme dışı ilişkilere uygulanan sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda değil de, sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisi kurallarına (dönüşüm teorisine) göre yapılması gerektiği öngörülmektedir. Bir diğer ifadeyle, burada gerçek bir sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmeye dayalı (akdi) bir iade yükümlülüğü bulunmaktadır⁴¹. Zira burada edimin iadesi, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkansızlaşan sözleşme ilişkisinden doğmakta ve sadece dar anlamda borç sona ermekte, geniş anlamda borç ilişkisi ise sona ermektedir. Bu yüzden burada genel sözleşme ilkelerinin uygulanması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, kanunkoyucu tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bu denli sınırsız uygulanması doktrini⁴² rahatsız

⁴⁰ **SCHWENZER**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fünfte überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, s. 456; **GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 83 vd.; **KILLIAS**, Laurent/**WIGET**, Matthias: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 119 OR, s. 786 vd., Rn. 19 vd.; **EICHENBERGER**, Michaela: Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023, Art. 119 OR, s. 541 vd., Rn. 11 vd.; **AEPLI**, Viktor: Zürcher Kommentar (ZK), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Schulthess Verlag, Zürich, 1991, Art. 109 Or, s. 104 vd., Rn. 75 vd.; **GÖKSU**, Tarkan: Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 1875-2020, Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (Herausgeber), Zehnte, nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, Art. 119 OR, s. 422, Rn. 5 vd.; **KILLIAS**, Art. 119 OR, s. 1521, Rn. 19; **BURRI**, Christof: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2010, s. 143 vd., Rn. 320 vd.

⁴¹ **ÖZ**, Turgut: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, **ÖZ**, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editör), Cilt 2, 3, Madde 83-206, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 1628 vd.; Benzer görüş için bkz. **SEROZAN**, s. 264; **GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 83 vd.; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 199; **DAZIO**, Giovanni: Die Umwandlungstheorie im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Editions Weblaw, Bern, 2020, s. 33 vd.

⁴² Karş. **BORNHAUSER**, s. 230, Rn. 516; **BREITSCHMID/BORNHAUSER**, Art. 515 ZGB, Rn. 2 vd.; **REGAMEY**, David: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977 CC, Aert. 1-61 Tit. fin. CC, Pichonnaz, Pascal/Foëx, Bénédict/Piotet, Denis (Editeur), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, Art. 515 CC, Rn. 16; **GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 83 vd.; **ÖZ**, s. 1628 vd.; **SEROZAN**, s. 264; **PIOTET**, Paul

etmektedir. Zira hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın her türlü sözleşmenin geçersizliği halinin, hukuki güvenliğin sağlanması açısından aynı hukuki rejime tabi olması gerekmektedir. Bu bağlamda da sözleşme çerçevesinde verilen şeylerin iadesi de aynı hukuki rejime tabi olarak gerçekleştirilmelidir. Yine iade taleplerinde özellikle zamanaşımı açısından iki yıllık kısa bir zaman dilimini öngören sebepsiz zenginleşme hükmü yerine, sözleşmelere ilişkin genel zamanaşımı süresinin uygulanmasının daha adil bir uygulama olacağı kabul görmektedir⁴³. Ayrıca böyle bir durumda TBK. m. 79 (Art. 64 OR) gereği zenginleşenin def'i hakkının varlığı da bulunmamaktadır. Hatta bu görüşün İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da onaylandığı kabul edilmektedir. Şöyle ki, ilgili mahkeme kararına göre⁴⁴, doktrinin önemli bir kısmının eleştirdiği Art. 119/Abs. 2 OR (TBK. m. 136/f. 2) hükmünün yasalaşması, dönüşüm teorisinin İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme kararlarında geniş ölçüde tanınmasından çok önce gerçekleşmiştir. Bir diğer ifadeyle İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili kararına göre, eğer Art. 119, Abs. 2 OR (TBK. m. 136/f. 2) yasalaştığı sırada dönüşüm teorisi çoktan tanınmış olsaydı, kanunkoyucu da sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine, sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisine göre alacaklının iade taleplerini çözüme ulaştıracak bir hüküm koyardı⁴⁵. Dolayısıyla bu durum İsviçre Federal Mahkemesi'nin, kanunun açık ifadesine rağmen konuya ilişkin olaylara sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine dönüşüm teorisinin uygulanmasına daha sıcak baktığını göstermektedir. Ancak bunun aksini savunan yazarlar⁴⁶ da bulunmaktadır. Buna göre, Art. 119 OR (TBK. m. 136) gereği sonraki ifa imkansızlığı

(Çeviren: Helvacı, İlhan): "Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 923 vd.; **AKÇURA KARAMAN**, Tuba: "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2018, s. 285 vd.

⁴³ GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER, s. 83 vd.; ÖZ, s. 1628 vd.; SEROZAN, s. 264; PIOTET, Edimlerin İadesi, s. 923 vd.; **AKÇURA KARAMAN**, s. 285.

⁴⁴ Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 137 III 243, E. 4.4.7. <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.09.2023).

⁴⁵ Karş. BGE 126 III 119 vd.; BGE 114 II 152 vd.; BGE 63 II 252 vd.; BGER 4A_562/2010 <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.09.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. **KILLIAS/WIGET**, Art. 119 OR, s. 786, Rn. 19; **KELLER**, Christina: Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Honsell, Heinrich (Herausgeber), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, s. 512 vd.

⁴⁶ Karş. **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 197 vd.; **SEROZAN**, s. 262 vd.

halinde, sözleşme (borç) ilişkisi sona ermemekte, sadece borçlu açısından ifası imkansız hale gelen borç (alacak hakkı) sona ermektedir. Sözleşme ilişkisi, ancak Art. 109 OR (TBK. m. 125/f. 3) gereği tarafların tasfiye yükümlülükleri yerine getirildikten sonra sona ermektedir. Dolayısıyla İsviçre doktrininde Art. 119, Abs. 1 OR (TBK. m. 136/f. 1) hükmünün bu anlamda sembolik kaldığı ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine sözleşmesel tasfiye ilişkisinin (dönüşüm teorisinin) uygulanmasının daha yerinde olduğu dile getirilmektedir. Ancak bununla birlikte, Art. 109 OR (TBK. m. 125/f. 3) hükmünden farklı olarak, kanunun açık ifadesinin “*sebezsiz zenginleşme hükümleri*” olması cihetiyle, her ne kadar dönüşüm teorisinin uygulanması gerekmeğe de, kanunun lafzına aykırı bir yorumun takip edilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir. Dolayısıyla ilgili maddedeki sebezsiz zenginleşmeye yapılan atfın kaldırılması, doktrinde haklı olarak memnuniyetle karşılanacaktır⁴⁷. Zira her iki durumda da hakim görüş, bütünüyle sona ermemiş bir borç ilişkisine sebezsiz zenginleşme hükümleri yerine, sözleşme ilkelerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce de, TBK. m. 136/f. 2 kapsamına giren hallerde, sözleşme dışı ilişkilerle sınırlı olarak uygulanması gereken sebezsiz zenginleşme hükümleri yerine, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanması daha doğru bir yaklaşımdır. Ancak her ne kadar sözleşme ilkeleri doğrultusunda verilenlerin iadesinin talep edilmesi gerekmeğe de, mevcut durumda kanunun bu denli açık ifadesine aykırı olarak hareket edilmeli ve TBK. m. 136/f. 2 kapsamına giren olaylara sözleşme hukuku ilkeleri değil, sebezsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır. Yargıtay⁴⁸ ise, TBK. m. 136/f. 2 kapsamına giren olaylara, kanunun açık ifadesiyle örtüşecek biçimde, TBK. m. 125/f. 3 gereği dönüşüm teorisini değil, sebezsiz zenginleşme hükümlerini uygulamaktadır.

Böylece bu görüşe göre, mirasbırakana verilen ivaz, mirasbırakanın malvarlığında olduğu gibi mevcutsa, sebezsiz zenginleşme hükümleri gereğince, geri verilmesi gereken miktar bu olmakla birlikte, ivazın bir

⁴⁷ DAZIO, Die Rückabwicklung, s. 199; BORNHAUSER, s. 230, Rn. 516; BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 515 ZGB, Rn. 2 vd.; REGAMEY, Art. 515 CC, Rn. 16; GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER, s. 83 vd.; ÖZ, s. 1628 vd.; SEROZAN, s. 264; PIOTET, Edimlerin İadesi, s. 923 vd.; AKÇURA KARAMAN, s. 285 vd.

⁴⁸ Karş. Y6HD., 31.10.2022 T., 2021/4357 E., 2022/5045 K.; Y6HD., 25.10.2022 T., 2022/496 E., 2022/4946 K.; Y15HD., 16.09.2020 T., 2020/1557 E., 2020/2455 K.; Y15HD., 04.02.2019 T., 2018/4731 E., 2019/391 K.; Y23HD., 06.07.2017 T., 2015/9406 E., 2017/2044 K.; Y15HD., 16.06.2016 T., 2016/1935 E., 2016/3471 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.10.2023).

kısımının elden çıkarıldığı durumlarda, mirasbırakan tarafından lehtarın mirasçalarına geri verilmesi gereken miktar, lehtarın ölümü anındaki zenginleşmedir. Ayrıca lehtarın mirasçıları sebepsiz zenginleşme için öngörülen zamanaşımı süreleri içerisinde ivazı geri istemelidirler. Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı (TBK. m. 82 uyarınca) ise, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın (İsviçre Borçlar Kanunu'na göre bu süre üç yıldır-Art. 67 OR), her hâlükârda zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır.

2. Dönüşüm Teorisinin Uygulanması Meselesi

Dönüşüm teorisi, ilk kez 1988 yılında borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesine ilişkin hukuki bir uyumsuzlukta, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır⁴⁹.

Bu teoriye göre, taraflar arasında sözleşmeyle doğan borç ilişkisi sözleşmeden dönme ile birlikte hemen sona ermemekte, bunun yerine tasfiye ilişkisine (*ein vertragliches Liquidationsverhältnis*) dönüşmekte ve bu tasfiye ilişkisine de sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Sözleşmenin kuruluşundaki eksiklik (irade veya şekil eksikliği gibi) sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerde, duruma göre verilenlerin iadesi, Art. 641, Abs. 2 ZGB (TMK. m. 683/f. 2) gereği istihkak davası, Art. 938 ff. ZGB (TMK. 993 vd.) gereği zilyetlik davası veya Art. 62 ff. OR (TBK. m. 77 vd.) gereği sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁵⁰. Ancak sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasına rağmen, borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle alacaklının Art. 109 OR (TBK. m. 125/f. 3) gereği sözleşmeden dönmesi halinde sözleşme, derhal sona ermemekte, aksine borç ilişkisi sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bir diğer ifadeyle, dönüşüm teorisi uygulanmaktadır. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi, tarafların iade taleplerinin hukuki dayanağının saptanmasında şu ayrıma dikkat etmektedir. Eğer sözleşme geçerli bir biçimde

⁴⁹ BGE 114 II 152 vd. <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.09.2023). İsviçre Federal Mahkemesi, dönüşüm teorisini ilk olarak bahsi geçen kararında tanımakla birlikte, 1930'lu yıllarda konuya ilişkin art arda verdiği üç kararında dönüşüm teorisinin sinyalleri verilmiştir, **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 196. Karş. BGE 60 II 27 vd.; BGE 61 II 255 vd.; BGE 63 II 252 vd.; BGE 137 III 243 vd. <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.09.2023).

⁵⁰ BGE 137 III 243 vd.; BGE 134 III 438; BGE 132 III 242 vd.; BGE 129 III 320 vd. <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.09.2023).

kurulmamışsa, iade talepleri duruma göre istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme hükümleri ile istenebilirken, geçerli bir biçimde kurulmuş bir sözleşme herhangi bir nedenle sona ererse veya gereği gibi ifa edilmezse, iade talepleri dönüşüm teorisi uyarınca gerçekleştirilmektedir⁵¹.

Dönüşüm teorisi, aslında ilk defa Alman hukukunda ortaya çıkmasına rağmen, İsviçre hukukunda daha popüler hale gelmiştir. Bu bağlamda İsviçre doktrininde⁵², dönüşüm teorisini sözleşmenin iptali ve hatta kesin hükümsüzlüğüne kadar genişletme eğilimi bulunmaktayken, Almanya'da dönüşüm teorisi sadece sözleşmeden dönme ile sınırlı kalmıştır. Dönüşüm teorisinin, dayanak noktası kural olarak Art. 109 OR (TBK. 125/f. 3)'dir. Buna göre, sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimler bulunmaktaysa bunları sözleşme hukuku ilkelerine göre geri talep edebilirler⁵³. Görüldüğü üzere dönme halinde, taraflar arasındaki

⁵¹ Konuya ilişkin bilgi için bkz. **VON DER CRONE**, Hans Caspar/MONFERRINI, Isabelle: "Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, S. 5, Y. 2011, s. 486 vd.; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 196 vd.; **DAZIO**, Die Umwandlungstheorie, s. 10 vd.; **SCHWENZER**, s. 472 vd.; **WEBER**, Rolf H.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Stämpfli Verlag, Bern, 2000, s. 571 vd.; **KILLIAS**, Art. 109 OR, s. 1490 vd., Rn. 15 vd.

⁵² Konuya ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. **BUZ**, Vedat: "Rückabwicklung gescheiterter Verträge", Schweizerische Juristen Zeitung, S. 111, Y. 2015, s. 566 vd.; **DAZIO**, Die Umwandlungstheorie, s. 30 vd.; **BURRI**, s. 143 vd., Rn. 320 vd.

⁵³ Yargıtay, gerek İsviçre gerekse Türk doktrinine rağmen daha önce ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebileceklerini dile getirmektedir. İlgili Yargıtay kararına göre, "Eser sözleşmelerinde sona erme üzerine, her iki tarafında talep edebileceği tasfiyenin dayanağı, TBK'nın 125/f. 3 maddesidir. Bu maddeye göre sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa döneleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir. Her iki taraf kusurlu ise (ortak kusur) birbirlerinden tazminat talebinde bulunamazlar ve sadece birbirlerinin mal varlıklarına kazandırdıkları artı değeri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler. Başka bir anlatım ile sözleşmenin haklı ya da haksız olarak feshedilmesi halinde sözleşme geriye etkili sonuç doğuracağından yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa döneleceğinden sözleşmenin feshinde kusurlu olsa bile davalı birleşen dosya davacısı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ifa ettiğini kanıtladığı edimlerin bedelini talep etmekte haklıdır.", Y6HD., 02.06.2022 T., 2021/4707 E., 2022/3050 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.10.2023). Benzer Yargıtay kararları

sözleşme ilişkisi sona ermemekte, sadece şekil değiştirmektedir. Böylece taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüşmekte ve bu tasfiye ilişkisi taraflar sözleşmeden önceki durumlarına (eski haline) gelene kadar devam etmektedir. Taraflar arasındaki tasfiye ilişkisi, sözleşmeye dayalı niteliktedir; ancak gerçek anlamda bir *synallagma* ilişkisi teşkil etmemektedir. Burada artık amaç, sözleşmeden doğan borç ilişkisi nedeniyle halihazırda ifa edilen edimlerin iade edilmesi ve tarafların hukuki durumlarının sözleşme sanki hiç yapılmamış gibi eskiye döndürülmesidir. Bu doğrultuda sözleşmenin ifa edilmemiş edimleri, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesiyle birlikte ortadan kalkarken, ifa edilen edimlerin sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde iade yükümlülüğü doğmaktadır. Ayrıca tasfiye ilişkisinde tarafların dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülükleri de devam etmektedir. Dolayısıyla bu tasfiye ilişkisine, sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, Art. 68 ff. OR (TBK. m. 83 vd.) ve Art. 97 ff. OR (TBK. m. 112 vd.) uygulanmaktadır. Zamanaşımı süresi olarak ise TBK. m. 146 dikkate alınmaktadır⁵⁴.

TMK. m. 547 (Art. 514 ZGB) ise, miras sözleşmesinden dönmeyi düzenlemektedir. Buna göre, miras sözleşmesi gereği sağlararası edimleri

için bkz. YHGK., 28.09.2021 T., 2017/3-2615 E., 2021/1102 K.; Y15HD., 14.06.2021 T., 2021/4618 E., 2021/2700 K.; Y15HD., 15.06.2020 T., 2019/3463 E., 2020/1571 K.; Y15HD., 14.10.2019 T., 2019/643 E., 2019/3904 K.; Y23HD., 21.03.2019 T., 2016/4353 E., 2019/1170 K.; Y23HD., 07.06.2017 T., 2015/7649 E., 2017/1715 K.; Y23HD., 09.03.2017 T., 2016/4729 E., 2017/747 K.; Y23HD., 29.05.2014 T., 2014/1304 E., 2014/4163 K.; Y23HD., 22.10.2014 T., 2014/8046 E., 2014/6505 K.; İstanbul BAM 53HD., 15.11.2022 T., 2022/70 E., 2022/321 K.; YHGK., 28.09.2011 T., 2011/13-528 E., 2011/571 K.; Ankara BAM 31HD., 07.04.2022 T., 2020/1137 E., 2022/371 K.; İstanbul BAM 13HD., 17.03.2022 T., 2020/294 E., 2022/417 K.; İstanbul BAM 15HD., 15.12.2021 T., 2019/486 E., 2021/2382 K.; İzmir BAM 14HD., 01.11.2019 T., 2018/1951 E., 2019/1316 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. **HARTMANN**, Stephan: Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2005, s. 12 vd.; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 196 vd.; **FURRER**, Andreas/**WEY**, Rainer: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K. (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 109 OR, s. 710 vd., Rn. 1 vd.; **PENON**, Ilija/**BERGER**, Valentino: Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023, Art. 109 OR, s. 513 vd., Rn. 2 vd.; **SCHWENZER**, s. 472 vd.; **GAUCH/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 129 vd.; **DAZIO**, Die Umwandlungstheorie, s. 36 vd.; **WEBER**, s. 572 vd.; **KILLIAS**,

isteme hakkı bulunan taraf, bu edimlerin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi veya bunların güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kuralları uyarınca sözleşmeden dönebilir. Bir diğer ifadeyle ilgili madde, mirasbırakanın ölümüne bağlı bir kazanmayı, diğer tarafın ise sağ-lararası bir edimin ifasını karşılıklı olarak taahhüt ettiği, ancak sağ-lararası edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmemesi sebebiyle mirasbırakanın sözleşmeyi tek taraflı olarak geriye etkili bir şekilde sona erdirebil-mesi hakkını düzenlemektedir⁵⁵. TMK. m. 547' de, bahsi geçen borçlar hu-kuku kuralları ise TBK. m. 117 vd. (Art. 102 ff. OR) ve dönmeye ilişkin TBK. m. 125/f. 2 ve 3 (Art. 107, Abs. 2 OR; Art. 109 OR) hükmüdür. Dola-yısıyla İsviçre hukukunda, Art. 514 ZGB yani TMK. m. 547 kapsamına giren olaylara, dönüşüm teorisinin (yeni dönme teorisi-*Umwandlungsthe-orie*) uygulanması hiç de şaşırtıcı değildir⁵⁶. Ancak Türk yargılamasında, dönme halinde dahi halen verilen şeylerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁵⁷. İsviçre doktrininde

Art. 109 OR, s. 1490 vd., Rn. 15 vd.; Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGer 4A_298/2019 <<https://swisslex.ch>> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

⁵⁵ İlgili hüküm sadece mirasbırakanın dönme hakkını düzenlemekle birlikte, doktrinde hükmün geniş yorumlanması gerektiği ve mirasbırakanın da sağlığında mal varlığını miras sözleşmesine aykırı bir biçimde israf etmesi, başkasına devretmesi ve te-rekesini önemli ölçüde azaltması hallerinde, miras sözleşmesinin diğer tarafının da mirasbırakana karşı dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir. Karş. **WEI-MAR**, Art. 494 ZGB, Rn. 8; **STUDHALTER**, Philipp: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021, Art. 494 ZGB, s. 1194, Rn. 14; Aksi görüş için bkz. **HRUBESCH MILLAUER**, Handkommentar, Art. 514 ZGB, s. 145, Rn. 4.

⁵⁶ **BORNHAUSER**, s. 223, Rn. 499 vd.; **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 199; **WEIMAR**, Art. 514 ZGB, s. 594, Rn. 3; **BADERTSCHER**, Art. 514 ZGB, s. 1226, Rn. 5; **BREITSCHMID**, BSK, Art. 514, s. 286, Rn. 1; **GRUNDMANN**, Art. 514 ZGB, s. 544, Rn. 1 vd.

⁵⁷ Karş. Y6HD., 02.06.2022 T., 2021/4707 E., 2022/3050 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.10.2023). Benzer Yargıtay kararları için bkz. YHGK., 28.09.2021 T., 2017/3-2615 E., 2021/1102 K.; Y15HD., 14.06.2021 T., 2021/4618 E., 2021/2700 K.; Y15HD., 15.06.2020 T., 2019/3463 E., 2020/1571 K.; Y15HD., 14.10.2019 T., 2019/643 E., 2019/3904 K.; Y23HD., 21.03.2019 T., 2016/4353 E., 2019/1170 K.; Y23HD., 07.06.2017 T., 2015/7649 E., 2017/1715 K.; Y23HD., 09.03.2017 T., 2016/4729 E., 2017/747 K.; Y23HD., 29.05.2014 T., 2014/1304 E., 2014/4163 K.; Y23HD., 22.10.2014 T., 2014/8046 E., 2014/6505 K.; İstanbul BAM 53HD., 15.11.2022 T., 2022/70 E., 2022/321 K.; YHGK., 28.09.2011 T., 2011/13-528 E., 2011/571 K.; Ankara BAM 31HD., 07.04.2022 T., 2020/1137 E., 2022/371 K.; İstanbul BAM 13HD., 17.03.2022 T., 2020/294 E., 2022/417 K.; İstanbul BAM 15HD., 15.12.2021 T., 2019/486 E., 2021/2382 K.; İzmir BAM 14HD.,

mehaz kanun hükmü, Art. 514 ZGB (TMK. m. 547)'nin aksine, Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) hükmünün dönüşüm teorisinin bir uzantısı olduğu görüşünde olanlar⁵⁸ ise azınlıktadır.

Gerek Türk gerekse İsviçre doktrininde halen hakim görüş sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ve ona ilişkin zamanaşımı kuralının kıyasen uygulanması gerektiği olmakla birlikte, İsviçre doktrininde bunun aksini savunanların⁵⁹ bulunduğu görülmektedir. Bu görüşe göre, ilgili hükmün lafzi yorumu, bizi sebepsiz zenginleşme hükümlerine ilişkin yorum yapmaya yöneltmektedir. Ancak her ne kadar ilgili hüküm bize sebepsiz zenginleşme hükümlerini işaret etse de, cevaplanması gereken soru, Art. 514 ZGB (TMK. m. 547) ve Art. 515 ZGB (TMK. m. 548)'nin hukuki sonuçlarının aynı şekilde ele alınmasının daha doğru bir çözüm yaratıp yaratmayacağıdır. Bu da Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) gereği sona eren miras sözleşmesinde lehtarın mirasçılarının iade taleplerinin dönüşüm teorisi doğrultusunda gerçekleştirilmesi anlamına gelecektir. Böylece lehtarın mirasçuları, daha uzun bir zamanaşımından yararlanabileceklerdir. Bu görüşe göre, bu sonuç daha adildir; zira mirasçılar, lehtarın sağlığında mirasbırakana vermiş olduğu ivazı hemen öğrenemeyebilirler. Art. 514 ZGB (TMK. m. 547) ve Art. 515 ZGB (TMK. m. 548)'nin eşit muameleye tabi tutulması gerektiği yönündeki bir diğer argüman ise, her iki madde uyarınca iade taleplerinin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni dönme teorisini kabulüne kadar geçen zaman diliminde, aynı şekilde gerçekleştirilmesidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni dönme teorisini kabulüne kadar, Art. 514 ZGB (TMK. m. 547) gereği verilenlerin iadesi de, duruma göre Art. 641, Abs. 2 ZGB (TMK. m. 683/f. 2) gereği istihkak davası ve Art. 62 ff. OR (TBK. m. 77 vd.) gereği sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda yapılmaktaydı. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni dönme teorisini kabul etmesi ve kararlarında uygulamasıyla birlikte, Art. 514 ZGB (TMK. m. 547) gereği sözleşmeden dönülmesi halinde, miras sözleşmesinin derhal sona erdiği kabul edilmemiş, aksine miras

01.11.2019 T., 2018/1951 E., 2019/1316 K. <<https://www.legalbank.net>> (Erişim Tarihi: 01.11.2023).

⁵⁸ İlgili görüşü savunanlar için bkz. **BORNHAUSER**, s. 230, Rn. 516; **BREITSCHMID/BORNHAUSER**, Art. 515 ZGB, Rn. 2 vd.; **REGAMEY**, Art. 515 CC, Rn. 16.

⁵⁹ **BORNHAUSER**, s. 230, Rn. 516; **BREITSCHMID/BORNHAUSER**, Art. 515 ZGB, Rn. 2 vd.; **REGAMEY**, Art. 515 CC, Rn. 16; İlgili görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **MOOSER**, Michel: "La caducité des pactes successoraux", *Not@lex*, S. 1, Y. 2020, s. 1 vd.; **DAZIO**, *Die Rückabwicklung*, s. 200 vd., dpn. 46 vd.

sözleşmesinin akdedilmesiyle doğan borç ilişkisinin tasfiye ilişkisine dönüştüğü kabul edilmeye başlanmıştır. Bu da verilenlerin iadesi taleplerinin, sözleşmeye dayalı olduğu anlamına gelmektedir.

Bu görüşün savunucularına göre, Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) uyarınca miras sözleşmesi sona erse bile İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatlarında neden halen bir düzenleme yapılmamasını ve bu duruma da yeni dönme teorisinin uygulanmamasını anlamak zordur. Miras sözleşmesi lehtarının mirasçılarının mirasbırakan ile birlikte bu tasfiye ilişkisine girmesi mantıksal bir sonuç yaratmakla birlikte, İsviçre hukuk sistemine aykırı olmayan bir sonuçtur. Nitekim Art. 515 ZGB (TMK. m. 548)'nin kanunkoyucu tarafından düzenleyici nitelikte kaleme alınması bizi bu sonuca götürmektedir. Eğer ilgili hükmün aksini kararlaştırmak mümkünse, lehtarın mirasçılarının da tasfiye ilişkisine girmeleri mümkün görünmektedir. Netice itibarıyla bu görüşe göre, verilen ivazların iadesi noktasında, Art. 514 ZGB (TMK. m. 547) ile Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) hükümleri açısından eşit muamele yapılması yönünde önemli argümanlar bulunmaktadır. Bu nedenle Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) gereği sona eren bir miras sözleşmesinde de, sözleşmenin derhal sona ermediği, aksine sözleşmeden doğan tasfiye ilişkisine dönüştüğü kabul edilmelidir⁶⁰.

Ancak bu görüş, doktrinde⁶¹ pratikte pek bir fayda sağlamaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması pratikte aleyhe sonuçlar yaratabilmektedir. Nitekim gerekli kanuni değişiklikler yapılarak, dönme hükümleri uyarınca verilenin iadesi gerçekleştirilebilir. Hatta yukarıda da bahsi geçtiği üzere, bu lehtarın mirasçılarının lehine de olabilir. Fakat sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine dönüşüm teorisini uygulamak, kanunun açık ifadesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira kanunun ilgili hükmü buna ilişkin bir yoruma yer bırakmamaktadır. Keza gerek mehzaz kanun Art. 515 ZGB gerekse TMK. m. 548'nin lafzında, "*Bereicherung (Zenginleşme)*" ifadesi yer almaktadır. Hatta bu ifade mehzaz kanun İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünde, iki kez ("*...aus dem Vertrag bereichert, ...diese Bereicherung herausverlangen.*") geçmektedir. Burada asıl önemli olan mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, miras sözleşmesine kanunen ne gibi

⁶⁰ BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 515 ZGB, Rn. 2 vd.; BORNHAUSER, s. 230, Rn. 516

⁶¹ DAZIO, Die Rückabwicklung, s. 200 vd.

hukuki sonuçlar bağlandıdır. Kanun metninde, “*so fällt der Vertrag dâhin (miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar)*” ifadesi yer almaktadır. Kanunun benzer ifadesine, şu hükümlerde de rastlamaktayız. Bu bağlamda, TBK. m. 35/f. 1 (Art. 26, Abs. 1 OR), TBK. m. 47/f. 1 (Art. 39, Abs. 1 OR), TBK. m. 125/f. 3 (Art. 109, Abs. 2 OR), TBK. m. 200 (Art. 180 OR) hükümleri sayılabilir. Kanunkoyucunun ilgili maddeleri de göz önüne alındığında, tek tip bir terminolojinin kullanılmadığı dikkati çekmektedir. Dolayısıyla Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) hükmüne, Art. 109, Abs. 2 OR (TBK. m. 125/f. 3, 2. cümle)’de yer alan “*aus dem Dahinfallen des Vertrages (sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle)*” ifadesi sebebiyle uygulanması doğru bir yaklaşım değildir. Bir diğer ifadeyle, Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) ile Art. 109, Abs. 2 OR’da benzer ifadelerin yer alması, verilenlerin iadesinde hükümlerin kapsamına giren olaylara aynı hukuki rejimin uygulaması noktasında tek başına yeterli değildir. Art. 515 ZGB (TMK. m. 548)’de sözü geçen “*so fällt der Vertrag dahin (miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar)*” ifadesinden kasıt, mirasçının ölümüyle birlikte sözleşmenin bir bütün halinde kendiliğinden ortadan kalkması değil, sadece atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların kendiliğinden ortadan kalkmasıdır. Böylece lehtarın ölümüyle birlikte sadece lehtar lehine ölüme bağlı tasarruflar ve henüz ifa edilmemişse lehtarın sağlararası ifa yükümlülüğü ortadan kalkmakta, miras sözleşmesi bir bütün halinde geçersiz olmamaktadır. Kanunkoyucu tarafından ilgili hükmün lafzı, bu yönde değiştirilirse, ancak bu durumda dönüşüm teorisini uygulamak doğru bir yaklaşım olabilir. Netice itibarıyla, atanmış mirasçının veya vasiyet alacaklısının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, bu kişinin mirasçılarının iade talepleri, zenginleşme hukukuna dayalı kendine özgü bir geri alma işlemi olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca bu eleştiriye göre, zamanaşımı bakımından dönüşüm teorisini uygulamak, mirasçının lehine görünse de, miras sözleşmesinden veya mirasbırakana sağlanan ivazdan haberdar olmayan mirasçılar açısından bu durum geçerli değildir. Zira böyle bir durumda öğrenme henüz gerçekleşmediği için nispi zamanaşımı süresi olan 2 yıllık süre değil, mutlak zamanaşımı süresi olan on yıllık çerçeve süre uygulanacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda, doktrinde dönüşüm teorisini destekleyen yazarların üzerinde durduğu sorun gündeme bile gelmemektedir. Yine kendinden önce mirasçının ölmesi sebebiyle, ivazı iade etmek zorunda kalan mirasbırakanın ekonomik menfaati de göz ardı edilmemelidir. Zira mirasbırakanın, kendinden önce ölen mirasçının kendisine yaptığı ivazın kendi malvarlığına ait olup olmadığını makul bir süre içerisinde öğrenmesinde meşru menfaati

bulunmaktadır. Mirasbırakanın bu menfaati ise, iki yıllık (Art. 67 OR gereği üç yıllık) sebepsiz zenginleşme zamanaşımı ile daha iyi korunabilir. Bununla birlikte, Art. 515 ZGB (TMK. m. 548) düzenleyici bir hüküm olması cihetiyle, tarafların tasfiye biçimi ile ilgili olarak, dönüşüm teorisini seçmeleri hususunda da herhangi hukuki bir engel bulunmamaktadır. Netice itibarıyla sebepsiz zenginleşme hükümleriyle de tarafların menfaatleri yeterli bir şekilde korunmaktadır. Gerek dönüşüm teorisi gerekse sebepsiz zenginleşme yaklaşımı arasında bu noktada hemen hemen pratik yönden hiçbir fark yoktur. Bu nedenle özellikle TMK. m. 514 ile m. 515 hükümleri açısından maddi menfaatler doğrultusunda eşit olmayan bir muamele (*keine materielle Gleichbehandlung*) bulunmamaktadır⁶².

3. Değerlendirme

İsabetli görülen görüşe göre, TBK. m. 125/f. 3 (Art. 109 OR) ivazlı miras sözleşmelerinde lehtarın sağlığında ifa ettiği edimin mirasçıları tarafından geri talep edilmesine dayanak oluşturabilir. Nitekim TMK. m. 5 bunun yolunu açmaktadır. TBK. m. 125/f. 3'ün lafzı da bu talebe uygun görünmektedir. Zira ilgili hükmün somut duruma uygulanabilmesi için, öncelikle taraflar arasında *synallagmatik* bir sözleşme bulunmalıdır. Yine borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olup olmadığı da önem arz etmemektedir⁶³. Fakat kanaatimizce burada borçlunun temerrüdünden ziyade, TBK. m. 136 gereği borcun ifasının imkansızlaşması (sonraki kusursuz ifa imkansızlığı) söz konusudur.

Görüldüğü üzere, ilk defa Alman hukukunda ortaya atılan dönüşüm teorisi, İsviçre hukukunda gerek doktrin gerekse içtihat hukuku açısından her geçen gün gücüne güç katmaktadır. İlk başta borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönmesi durumunda verilenlerin iadesi açısından kabul edilen teori, günümüzde kapsamı iyiden iyiye genişletilmeye çalışılmaktadır. Kanaatimizce bunun en büyük nedenlerinden biri, kanunkoyucu tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atfın sınırsız bir şekilde, özellikle sözleşmeden doğan iade taleplerinde, kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Sebepsiz zenginleşme ile sözleşmeye dayalı iade talepleri karşılaştırıldığında, sözleşme hukuku ilkelerine dayalı iade taleplerinin, talepte bulunan açısından daha lehe olduğu görülmektedir. Şöyle ki, öncelikle ifa edilen bir edimin geri iadesinin talep edilmesinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ve dönmeye

⁶² Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **DAZIO**, Die Rückabwicklung, s. 200 vd.

⁶³ **FURRER/WEY**, Art. 109 OR, s. 714 vd., Rn. 12 vd.

ilişkin hükümlerin kıyaslanması durumunda bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda zamanaşımı, şeyin kullanım (ecrimisil) bedeline ilişkin farklılıklar (TMK. m. 993 ve m. 995) ve farklı defa imkanları (örneğin, TBK. m. 81'e karşılık gelen herhangi bir defa bulunmamaktadır) sayılabilir. Bu farklılıklara bakıldığında, sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerin daha avantajlı olduğu söylenebilir. Yine dönme halinde sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine dönüştüğünden, ancak henüz taraflar arasındaki akdi ilişki sona ermediğinden bahisle, taraflar arasında dürüstlük kuralından doğan koruma ve sadakat yükümlülükleri de iade yükümlülüğünün ifasına hizmet etmek amacıyla devam etmektedir. Ayrıca ispat yükü açısından da sözleşme hükümlerine dayalı iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerinden ziyade daha lehe sonuç yaratmaktadır⁶⁴. Dolayısıyla doktrinde, haklı olarak, dönüşüm teorisinin uygulama alanını genişletme, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanını ise daraltma yönünde bir eğilim bulunmaktadır.

Kanaatimizce de, TMK. m. 548, gerek yapısal gerekse hukuki sonuçları açısından Türk Borçlar Kanunu m. 136'nın miras hukukundaki bir yansımasıdır. Özellikle lafzi açıdan incelendiğinde TMK. m. 548/f. 2 ve TBK. m. 136/f. 2 benzer şekilde kaleme alınmıştır. Keza TMK. m. 548 de, tıpkı TBK. m. 136 gibi, mirasbırakanın kusuru olmaksızın bir ifa engeliyle karşılaşmasını düzenlemektedir. Burada da borç (TMK. m. 548'de ise ölüme bağlı tasarruf) kendiliğinden sona ermekte, fakat sözleşmenin bütünüyle sona ermiş sayıldığı için somut durumun şartlarına bakmak gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, TMK. m. 548/f. 1 gereği, miras sözleşmesinin içeriği sadece lehtara ilişkin bir ölüme bağlı tasarrufa veya üçüncü kişi lehine düzenlenmekle birlikte lehtara ilişkin bir ölüme bağlı tasarrufla ilişkilendirilmişse, sadece ilgili ölüme bağlı tasarruf değil, miras sözleşmesi bir bütün halinde sona ermiş sayılmalıdır. Böyle bir ihtimalde, bir bütün halinde sona eren miras sözleşmesinde, ivazın iadesi TMK. m. 548/f. 2'nin lafzından yola çıkılarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilir. Zira kazandırmanın hukuki sebebi, artık bütünüyle ortadan kalkmıştır. Ancak eğer miras sözleşmesinin içeriğinde,

⁶⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **WEBER**, Rolf H./**EMMENEGGER**, Susan: *Berner Kommentar (BK), Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 2020, Art. 109 OR, s. 872 vd., Rn. 48 vd.*; **FURRER/WEY**, Art. 109 OR, s. 715, Rn. 14; **PENON/BERGER**, Art. 109 OR, s. 513, Rn. 2; **BUZ**, *Rückforderung von Zuvielleistungen*, s. 899 vd.

yukarıda da izah edildiği üzere, üçüncü kişi yararına ölüme bağlı tasarruflar bulunmaktaysa ve bunlar lehtarla veya lehtar lehine ölüme bağlı bir tasarrufla ilişkilendirilmemişse, bu ölüme bağlı tasarruflar ayakta kaldığı için miras sözleşmesi geçerliliğini sürdürdüğü kabul edilmeli ve TMK. m. 548/f. 1 gereği sona ermiş sayılmamalıdır. Bu bağlamda miras sözleşmesinin geçerliliğini koruduğu durumlarda, lehtarın mirasbırakandan önce ölümü gerçekleşse dahi, sözleşmenin mirasbırakan ve lehtarın mirasçılarıyla devam ettiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla miras sözleşmesinin lehtarın mirasbırakandan önce ölümüne rağmen ayakta kalması ve lehtarın ölümünün sözleşme ilişkisinin tamamını değil, sadece lehtara ilişkin ölüme bağlı tasarrufu ortadan kaldırması sebebiyle, sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanması aslında mirasçılar açısından akla daha yakındır. Zira böyle bir durumda hukuki sebebin sonradan bütünüyle ortadan kalkması söz konusu olmadığından, mirasbırakan açısından sebepsiz zenginleşmenin koşulları da gerçekleşmiş sayılmamalıdır. Ayrıca yukarıda bahsi geçmekte olan dönüşüm teorisi görüşünü savunan yazarların kaygıları bu noktada gerçekleşebilir. Netice itibarıyla böyle bir ihtimalde, sözleşmeye dayalı tasfiye ilişkisinin varlığını kabul etmek dogmatik açıdan daha doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir. Elbette bu yaklaşımın pratikte de uygulanabilmesi, gerek TMK. m. 548, gerekse TBK. m. 136/f. 2'de doktrindeki haklı eleştiriler doğrultusunda revize etmekten geçmektedir. Bu doğrultuda öncelikle, TMK. m. 548/f. 1'de "*miras sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar*" ifadesi yerine, "*mirasbırakandan önce ölen lehtara ilişkin ölüme bağlı tasarruf sona erer*" ifadesi kullanılmalıdır. Yine kanunkoyucu tarafından geçerliliğini sürdüren her türlü sözleşme ilişkisinde artık karşımıza neredeyse sınırsız bir şekilde çıkmakta olan, ancak kural olarak sözleşme dışı ilişkilere uygulanması gereken (oysa sınırlı bir şekilde uygulanması gereken) sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atfın TBK. m. 136/f. 2'nin ifadesinden kaldırılması gerekmektedir. Özellikle TMK. m. 548/f. 2'de "*zenginleşme*" ifadesi bulunduğu müddetçe, somut olaya sözleşme hukuku ilkelerinin uygulanmasının gerektiğini savunmak maalesef boş bir çaba olarak kalmaktadır. Ancak bahsi geçen revizenin, hem TMK. m. 548 hem de TBK. m. 136/f. 2 hükümlerinde gerçekleşmesine kadar, doktrindeki hakim görüş ve içtihatlar doğrultusunda, verilenlerin iadesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (özellikle 2 yıllık kısa zamanaşımının) uygulanması maalesef kaçınılmaz görünmektedir. İlgili hükmün mevcut haliyle, bu dezavantajlardan kurtulmanın tek yolu ise, düzenleyici hüküm olması cihetiyle, tarafların lehtarın

mirasbırakandan önce ölmesi ihtimalini önceden öngörerek, miras sözleşmesinde bu yönde gerekli düzenlemeleri yapmalarıdır.

II. OLUMSUZ MİRAS SÖZLEŞMESİNDE (MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNDE) MİRASTAN FERAGAT EDEN MİRASÇININ MİRASBIRAKANDAN ÖNCE ÖLMESİ

İlgili başlık altında, olumsuz miras sözleşmelerinde mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde sözleşmenin akıbeti ve ivazlı yapılması durumunda bunun iadesi meselesi açıklanmaya çalışılacaktır. Nitekim kanunkoyucu olumsuz miras sözleşmelerinde mirasçının mirasın açılmasını görece kadar yaşamaması halini nedense düzenlememiştir.

A. Genel Olarak

Olumsuz miras sözleşmesi, kanundaki adıyla mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile gelecekteki muhtemel mirasçısı arasında gerçekleştirilen, mirasçının ileride doğacak miras hakkını almaktan tamamen veya kısmen vazgeçtiği, bunun karşılığında da mirasbırakandan bir ivaz aldığı veya almadığı bir sözleşmedir. Muhtemel mirasçı, beklenen miras hakkının tamamından vazgeçtiğinde, mirasçılık sıfatını tamamen kaybederken, kısmen vazgeçtiğinde mirasçılık sıfatını kaybetmemekle birlikte, beklenen miras hakkı feragat oranında azalmaktadır. Mirastan feragat sözleşmesi, kural olarak (saklı paya sahip) kanuni mirasçılarla gerçekleştirilmektedir. Keza saklı payı olmayan kanuni mirasçılarla bu sözleşmenin yapılmasına gerek yoktur. Çünkü mirasbırakan zaten saklı pay dışında serbestçe tasarruf edebilmektedir. Aynı şekilde mirasbırakan miras sözleşmesiyle atadığı mirasçısı ile de mirastan feragat sözleşmesi akdedebilir. Mirasbırakan miras sözleşmesiyle bağlı olmasına rağmen, bu sözleşmeyle bağlı kalmak istemiyorsa mirastan feragat sözleşmesi bir çözüm olmakla birlikte, mirasbırakan buna ihtiyaç duymayabilir. Keza aynı hukuki sonucu, TMK. m. 546/f. 1 de sağlamaktadır. Yine mirasbırakanın vasiyetnameyle atadığı mirasçılar ile mirastan feragat sözleşmesi yapmasına gerek kalmayabilir. Zira mirasbırakan bu kişileri, yapacağı ölüme bağlı bir tasarrufla da (örneğin, mirasbırakanın mirasçı atadığı vasiyetnameden dönmesi gibi) her zaman mirasından uzaklaştırabilir. Bu nedenlerle uygulamada çoğunlukla saklı paya sahip kanuni mirasçı ile mirasbırakan arasında akdedilen bir sözleşme çeşidi olarak sıkça karşılaşılmaktadır. Mirastan feragat sözleşmesinin feragat eden kişinin altsoyuna etkisi

ise sözleşmenin ivazlı yapılp yapılmamasına göre farklılık göstermektedir⁶⁵.

İvazlı mirastan feragat sözleşmesinde mirasçı, beklenen miras hakkından bir ivaz karşılığında vazgeçmektedir. Bu miras sözleşmesi türünde mirasbırakan, sağlığında veya ölümünden sonra yerine getirilmek üzere, mirasçıya bir ivaz sağlamayı taahhüt ederken, kanuni veya atanmış mirasçı beklenen miras payından vazgeçmeyi taahhüt etmektedir. Uygulamada en çok rastlanan feragat sözleşmesi türüdür. Zira kimse bir karşılık almadan beklenen miras hakkından vazgeçmek istemez. Mirasçının feragat karşılığında aldığı ivaz, muhtemel miras hakkından az olabileceği gibi, fazla da olabilir. Burada taraf iradelerinin uyuşması yeterlidir. İvazlı feragat sözleşmesi, feragat edenin altsoyunu etkilemekte ve onu mirasın dışına itmektir⁶⁶.

İvazsız mirastan feragat sözleşmelerinde ise mirasçı, beklenen miras payından herhangi bir karşılık almadan vazgeçmektedir. Burada mirasçı beklenen miras hakkından vazgeçtiğine ilişkin bir irade açıklaması yaparken, mirasbırakan sadece bunu kabul ettiğine ilişkin bir irade açıklaması yapar. İvazsız feragat sözleşmesi, feragat edenin altsoyunu etkilemez. Dolayısıyla onun mirasçılık sıfatı devam eder ve feragat edenin altsoyu tereke açıldığında feragat eden sanki sağ değilmiş (mirasbırakandan önce ölmüş) gibi, onun miras hakkına sahip olur⁶⁷.

Ancak ivazlı veya ivazsız ayrımı yapılmaksızın tüm mirastan feragat sözleşmeleri, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, TMK. m. 548 hükmünün kapsamına girmemektedir. Nitekim ilgili hükmün lafzından sadece olumlu miras sözleşmeleri açısından kaleme alındığı açıkça anlaşılmaktadır. Zira hükümde, miras sözleşmesinin içeriğinin mirasçı ataması veya

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 495 ZGB, s. 105 vd.; ALBAŞ, Hakan: "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 535 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 180 vd.; İMRE/ERMAN, s. 183 vd.; AKÇA, İvazlı Miras, s. 45 vd.; HATEMİ, s. 88; ÖZTAN, s. 253 vd.; GENÇCAN, Miras Sözleşmesi, s. 482 vd.; ANTALYA, Miras, s. 281 vd.

⁶⁶ Konuya ilişkin bilgi için bkz. HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 495 ZGB, s. 105 vd.; İMRE/ERMAN, s. 184; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 183 vd.; ALBAŞ, s. 538 vd.; AKÇA, İvazlı Miras, s. 143 vd.; ÖZUĞUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 237 vd.

⁶⁷ Konuya ilişkin bilgi için bkz. AKÇA, İvazlı Miras, s. 143 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 183 vd.; ALBAŞ, s. 538 vd.; ÖZUĞUR, s. 238.

vasiyet alacaklısı tayini olması halinde uygulanacağı öngörülmektedir. Ayrıca feragat sözleşmelerinde TMK. m. 528/f. 3 gereği altsoyuna ilişkin yasal bir karine yer almaktadır. Netice itibarıyla TMK. m. 548, mirastan feragat sözleşmelerini kapsamamaktadır⁶⁸. Ancak mirastan feragat eden mirasçı veya lehine mirastan feragat edilen üçüncü kişi de, mirasbırakandan önce ölebilir. Bu durumda feragat sözleşmesinin kanun gereği sona erip ermeyeceği, özellikle ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakanın feragate karşılık verdiği ivazın akıbeti meselesi ortaya çıkar. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla, mirasçının ölümü ihtimaline yoğunlaşılacaktır.

B. Mirastan Feragat Sözleşmelerinde Feragat Eden Mirasçının Mirasbırakandan Önce Ölmesi Halinde İvazın Akıbeti

Mirastan feragat sözleşmesinde mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde feragat sözleşmesinin hükümden düşüp düşmeyeceği meselesi, sözleşmenin ivazlı gerçekleştirip gerçekleştirilmemesi ihtimalleri çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Zira feragat sözleşmesinin ivazlı olup olmaması, TMK. m. 528/f. 3'de öngörülen yasal karine gereği ilgili sözleşmenin altsoyuna etkisi açısından önem arz etmektedir. Nitekim ivazlı feragat sözleşmesi feragat eden mirasçının altsoyunu miras dışında bırakırken, ivazsız feragat sözleşmesi altsoyunu etkilememektedir. Ancak İsviçre hukukunda (Art. 495, Abs. 3 gereği) feragat sözleşmesi, ister ivazlı ister ivazsız gerçekleştirilsin, her iki durumda da altsoyu etkilemekte ve onu mirasın dışına itmektir.

Eğer taraflar arasında akdedilen mirastan feragat sözleşmesi ivazsız gerçekleştirilmişse, feragat edenin mirasbırakandan önce ölmesi halinde, mirastan feragat sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Ancak burada miras sözleşmesi TMK. m. 548/f. 1 gereği değil, TMK. m. 528/f. 3'ün karşıt anlamı gereği sona ermektedir. Zira bir karşılık sağlanmadan akdedilen olumsuz miras sözleşmesinde mirastan feragat, aksi öngörülmediği müddetçe, feragat edenin altsoyu açısından bir sonuç doğurmaz. İvazsız akdedilen feragat sözleşmesi, sözleşmenin mirasçının mirasbırakandan önce ölümüyle kanun gereği sona ermesi halinde, mirasbırakan açısından da herhangi bir haksız zenginleşme olmadığı

⁶⁸ GRUNDMANN, Art. 515 ZGB, s. 550, Rn. 3; HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar, Art. 515 ZGB, s. 146, Rn. 1; BADERTSCHER, Art. 515 ZGB, Rn. 2; BORNHAUSER, s. 230, Rn. 515; ANTALYA, Miras, s. 208 vd.; STUDHALTER, Art. 495 ZGB, s. 1196, Rn. 4; BREITSCHMID, BSK, Art. 515, s. 288, Rn. 1; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 148 vd.; DURAL, s. 206; AKÇA, İvazlı Miras, s. 234.

görülmektedir. Netice itibarıyla, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte, mirastan feragat eden saklı paylı mirasçının mirasçıları, mirasbırakanın da kanuni mirasçısı olması şartıyla, mirasçı kalmaya devam ederler⁶⁹.

Ancak mirastan feragat sözleşmesi, bir ivaz karşılığında akdedilmişse, feragat eden mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde,

⁶⁹ **PIOTET**, Erbrecht, s. 189 vd.; **SEROZAN/ENGİN**, s. 316; **ŞIPKA/ÇELİKEL**, s. 178; **ÖZTAN**, s. 268; **ÖZUĞUR**, s. 239 vd. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre, “*Dava ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin hükümsüzlük sebebine dayalı olarak iptaline ilişkindir. İvazlı mirastan feragat sözleşmesi, yasal şekline uygun olarak, resmen evli olan karı-koca arasında yapılmış; sözleşmeyle, kocanın (davacıların mirasbırakanı) vereceği tapuya kayıtlı üç daire karşılığında, kadın eşin (davalıların mirasbırakanı) kocasının tüm miras hakkından feragat etmiş olduğu kararlaştırılmıştır. Sözleşme düzenlendikten sonra, mirastan feragat eden mirasbırakandan önce ölmüş, daha sonra da mirasbırakan ölmüştür. Davacılar mirasbırakanın ilk eşinden olma çocukları olup, karı- koca olan sözleşenlerin ortak çocuğu bulunmamaktadır. Davacılar, mirastan feragat edenin mirasbırakandan önce öldüğü, bu nedenle TMK’nın 548. maddesi uyarınca miras sözleşmesinin kendiliğinden ortadan kalktığı iddiasıyla iptal davası açmışlardır. Mahkemece davanın kabulü ile mirastan feragat sözleşmesinin iptaline karar verilmiş; davalılar, davanın reddine karar verilmesi gerektiği gerekçeyle bu hükmü temyiz etmişlerdir. Mirastan feragat sözleşmesi, olumlu-olumsuz miras sözleşmesi ayrımında olumsuz miras sözleşmelerinden olup; ivazlı veya ivazsız olarak ikiye ayrılır. İvazlı mirastan feragat sözleşmesinde olası yasal mirasçı, mirasbırakanın terekesinden kendi lehine doğacak olan istemlerinden (bekleme durumundan) bir karşılık (ivaz) alarak vazgeçmektedir. Buna karşılık ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde, olası mirasçı bir karşılık almamaktadır. Davaya konu mirastan feragat sözleşmesinde, kadın eş kocanın olası terekesindeki miras haklarından bir karşılık olarak (üç adet daire) vazgeçmiştir. Bu nedenle sözleşme, ivazlı mirastan feragat sözleşmesidir. TMK’nın 548. maddesindeki miras sözleşmesinin ölümle kendiliğinden sona ermesi hali; öncelikle olumlu miras sözleşmesi haline (mirasçı atama ve belirli mal bırakma vasiyetine) ilişkindir. Ayrıca, ivazsız feragat sözleşmesi de feragat edenin mirasbırakandan önce ölümüyle kendiliğinden hükümsüz hale gelir (TMK. 528/3. maddenin zıt anlamından hareketle). Buna karşılık, ivazlı feragat sözleşmesi feragat edenin mirasbırakandan önce ölümü halinde kendiliğinden hükümsüz hale düşmez. Çünkü, mirastan ivazlı feragat eden ne “vasiyet alacaklısı” (belirli mal bırakılan) ne de “mirasçı atanana” konumundadır. Yine, feragat eden öldüğünde, feragat bu sefer onun varsa altsoyu için geçerli olacaktır (TMK. m. 528/f. 3). Ancak, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinde, bu hükmün aksi taraflarca kararlaştırılabilir ve böylece bu olasılıkta da mirastan feragat sözleşmesinin feragat edenin erken ölümüyle hükümden düşmesi sağlanabilir. Türk miras hukuku öğretisinde, ivazlı mirastan feragat sözleşmesinin feragat edenin erken ölümüyle kendiliğinden hükümsüz hale gelmeyeceği savunulmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi; davaya konu ivazlı mirastan feragat sözleşmesi feragat edenin mirasbırakandan önce ölümüyle kendiliğinden sona ermiştir. Burada TMK’nın 548. maddesinin uygulanması söz konusu değildir. Sözleşmede feragat edenin erken ölümünün sözleşmeyi kendiliğinden son erdireceği de kararlaştırılmamıştır. O halde, mahkemenin davayı kabul ederek sözleşmeyi iptal etmesi hatalı olmuştur.” Y8HD., 13.11.2014 T., 2013/22073 E., 2014/ 20701 K. <<https://www.lexpera.com.tr>> (Erişim Tarihi: 26.09.2023).*

sözleşme kanun gereği kendiliğinden sona ermez. Burada mirastan feragat, feragat edenin altsoyu açısından geçerli olmaya ve hüküm doğurmaya devam eder. Zira TMK. m. 528/f. 3 (Art. 495, Abs. 3 ZGB) uyarınca, ivazlı mirastan feragat sözleşmesi, aksine bir anlaşma yapılmadığı müddetçe, feragat edenin altsoyu bakımından da sonuç doğurmaktadır. Böylece mirastan feragat eden mirasçı, mirasbırakandan önce ölürse, ilgili sözleşmenin hükümleri feragat edenin altsoyu bakımından da hüküm doğurmaya devam eder. Ancak ilgili hüküm, düzenleyici nitelikte olduğundan, taraflarca bunun aksi de kararlaştırılabilir. Buna göre, taraflar mirastan feragat sözleşmesinin altsoyu kapsamayacağını kararlaştırabilirler. Benzer şekilde feragat eden mirasçının halihazırda herhangi bir altsoyu da bulunmayabilir. Mirastan feragat sözleşmesinin altsoyu kapsamayaacağına ilişkin bir hükmün yer aldığı veya mirastan feragat edenin altsoyunun bulunmadığı ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde, mirastan feragat eden mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, feragat sözleşmesi mirasçının ölümüyle birlikte artık hüküm ifade etmez ve sözleşme kendiliğinden sona erer. Bunların dışında taraflar mirasçının mirasbırakandan önce ölümü ihtimalini öngörerek, mirastan feragat sözleşmesinin sona ermesini istiyorlarsa, feragat sözleşmesine buna ilişkin bir kayıt düşmeleri gerekmektedir. Böyle bir durumda da mirastan feragat sözleşmesi, mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi bozucu şartına bağlı olarak akdedilmiş sayılır ve şart gerçekleştiğinde sözleşme sona erer⁷⁰.

Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı gerçekleştirilmiş, ancak feragat eden mirasçı mirasbırakandan önce ölmüşse, mirasbırakanın ifa ettiği feragat bedelinin akıbeti sorunu ortaya çıkmaktadır. İvazlı feragat sözleşmesi, kural olarak mirasçının altsoyunun bulunması halinde geçerliliğini korumaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde mirasbırakan, feragat edenin mirasbırakandan önce ölmesi halinde feragat bedelini onun mirasçılarından talep edemez. Zira sözleşme, kanun gereği ayakta tutulmaktadır. Ancak ivazlı feragat sözleşmesinde, feragat sözleşmesinin mirasçının altsoyunu kapsamadığına ilişkin bir kayıt konulmuşsa veya feragat eden mirasçının zaten halihazırda herhangi bir altsoyu bulunmamaktaysa, sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Böylece yine mirasbırakanın sözleşme gereği ifa ettiği feragat bedelini feragat edenin mirasçılarından geri isteyip istemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde yer alan hakim

⁷⁰ KOCAYUSUFPŞAOĞLU, s. 302 vd.; AKÇA, İvazlı Miras, s. 234 vd.; AYAN, Miras, s. 152 vd.

görüşe göre⁷¹, mirastan feragat sözleşmesi gereği mirasbırakanın mirasçıya ödemiş olduğu bu ivaz, feragat edenin mirasçılarında kalır. Bir diğer ifadeyle mirasbırakan, feragat edenin mirasçılarında bu bedeli talep edemez. Zira mirastan feragat sözleşmesi her iki taraf açısından da içerisinde risk unsuru taşır. Konuya ilişkin olarak mirasbırakan açısından taşınan risk, feragat eden mirasçının mirasbırakandan önce ölümüyken, mirasçı açısından mirastan feragat etmeseydi terekeden alacağı miras payından çok daha azını ivaz olarak almış olması ihtimalidir. Mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi, her zaman ihtimal dahilindedir ve burada öngörülebilirlik söz konusu olduğu için işlem temelinin çökmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla tarafların bu riski göze alarak sözleşmeyi akdetmeleri gerekmektedir. İvazlı feragat sözleşmesinde mirasçı, TMK. m. 528/f. 2 gereği mirasçılık sıfatını kaybederken, mirasbırakan da feragat bedelini öder. Netice itibarıyla her iki taraf da bu yönleriyle riskli olan bir hukuki işlemde, olası riskleri de birlikte üstlenmelidir. Nitekim feragat sözleşmesi, kural olarak feragat edenin altsoyunun da mirasçı olma sıfatını engellediği için mirasbırakan tarafından ödenen feragat bedeli haksız yere verilmiş sayılmaz. Ancak mirasbırakan, feragat edenin mirasçı olamaması nedeniyle ödemiş olduğu ivazı, mirasçının mirasbırakandan önce ölümü sebebiyle talep edememe riskini, tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümlerle bertaraf edebilir. Buna göre, mirastan feragat sözleşmesinin mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi bozucu şartına bağlı olarak akdedilmesi veya sözleşmenin feragat edenin ölümüyle birlikte hükümden düşeceğinin öngörülmesi hallerinde, bu riskin bertaraf edilebildiği ve mirasbırakanın sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, vermiş olduğu ivazı talep edebileceği kabul edilmektedir⁷². Zira bu gibi

⁷¹ PIOTET, *Erbrecht*, s. 189 vd.; HRUBESCH MILLAUER, Stephanie: "Departement für Privatrecht-Der Erbauskau: Konstruktion und Aufhebungsmöglichkeiten", *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kostkiewicz, Jolanta Kren (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2014, s. 23; HRUBESCH MILLAUER, *Handkommentar*, Art. 495 ZGB, s. 107, Rn. 6; COTTI, Fiorenzo: *Stämpflis Handkommentar (SHK)*, *Commentaire du droit des successions*, Eigenmann, Antoine/Rouiller, Nicolas (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2012, Art. 495 ZGB, s. 214, Rn. 9; STUDHALTER, Art. 495 ZGB, s. 1196, Rn. 4; SEROZAN/ENGİN, s. 391; ŞIPKA/ÇELİKEL, s. 178 vd.; BORNHAUSER, s. 230, Rn. 515; ENGİN, s. 177; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 145.

⁷² PIOTET, *Erbrecht*, s. 189 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 392; AKÇA, *İvazlı Miras*, s. 237; ŞIPKA/ÇELİKEL, s. 178 vd.; Aksi görüş için bkz. ALBAŞ, s. 551. Yazara göre, mirastan feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi, sözleşme gereği yapılan ivazın da

durumlarda verilen ivazın hukuki sebebi ölümle birlikte ortadan kalkmıştır ve feragat eden mirasçının mirasçıları açısından haksız bir zenginleşme meydana gelmiştir.

Ancak feragat edenin mirastan yoksun olması, mirastan çıkarılması, feragat eden eş ile boşanılması halinde, mirasbırakanın vermiş olduğu ivazı temel yanılması, işlem temelinin çökmesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyebileceği kabul edilmektedir⁷³. Zira burada mirastan yoksunluk, çıkarma ve boşanma gibi haller sözleşme taraflarınca önceden öngörülebilir nitelikte değildir. Mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi ihtimali ise öngörülebilir nitelikte olduğu için bu riskin sözleşme taraflarınca yüklenilmesi gerekmektedir.

C. Mirastan Feragat Sözleşmesinde Lehine Feragat Yapılan veya Kanun Gereği Yapılmış Sayılan Üçüncü Kişi/Kişilerin Mirasbırakandan Önce Ölmesi Halinde İvazın Akıbeti

Mirastan feragat sözleşmesi içeriğinde, feragatin belirli kişi veya kişiler lehine yapıldığı hususu hüküm altına alınmış olabilir. Böyle bir durumda mirastan feragat sözleşmesi, ancak bu kişi veya kişilerin, mirasbırakanın ölmesi halinde, mirasçı sayılabilmeleri halinde geçerli olur. Bu şekilde mirastan feragat sözleşmesi, belli bir kişi veya kişiler yararına gerçekleştirildiğinde, mirasbırakanın ölmesi halinde, feragat eden mirasçının beklenen miras payı bu kişi veya kişilere geçmektedir. Ancak bu kişi veya kişilerin, mirasbırakandan önce ölmeleri sebebiyle, mirasçılık sıfatını kazanamamaları durumunda, TMK. m. 529/f. 1 gereği feragat sözleşmesi hükümden düşmekte ve feragat eden mirasçının miras payı yine kendisine dönmektedir. Mirastan feragat sözleşmesi bir kişi lehine yapılmışsa, o belirlenen kişinin mirasbırakandan önce ölmesi halinde feragat sözleşmesi hükümden düşerken, belirli kişiler lehine yapılan feragat sözleşmelerinde feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi o kişilerin tamamının herhangi bir sebeple mirasçılık sıfatını kazanamamaları bozucu şartına bağlıdır. Ancak içlerinden birisinin mirasçılık sıfatını kaybetmesi (örneğin, ölmesi) halinde, feragat sözleşmesi hükümden düşmez. Aksine ona düşen pay, diğer kişiler arasında paylaşılır⁷⁴. Böyle bir durumda

sebebinin ortadan kalkması anlamına gelir. Bu yüzden ivazlı feragat sözleşmelerinde mevcut ivazın talebi, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca gerçekleştirilebilir.

⁷³ Konuya ilişkin bilgi için bkz. ENGİN, s. 176 vd.; ATLI, s. 213 vd.

⁷⁴ AKÇA, Neslihan: "Yasal Mirasçıların Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

sözleşme kanun gereği hükümden düşmüş sayılmayacağı için, ivazlı akdedilen feragat sözleşmelerinde, mirasbırakan ivazın iadesini isteyememelidir. Zira sözleşme geçerliliğini korumaktadır.

Mirastan feragat sözleşmesi, belli bir kişi veya kişiler lehine akdedilmemişse, feragatin en yakın ortak kökün altsoyu lehine yapılmış sayılır. Bu kişi de mirasçılık sıfatını mirasbırakandan önce ölmesi sebebiyle kazanamadığında, yine feragat sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve feragat eden mirasçının mirasçılığı yeniden canlanır. Bu yasal karinenin söz konusu olduğu hallerde, ortak kökün altsoyu bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir. Dolayısıyla feragat sözleşmesinin kendiliğinden sona ermiş sayılabilmesi, bu kişi veya kişilerin tamamının mirasçılık sıfatını kazanamamaları bozucu şartına bağlıdır.

İvazlı akdedilen feragat sözleşmelerinde, feragat lehine yapılan veya TMK. m. 529/f. 2 uyarınca kanuni karine gereği lehine yapılmış sayılan üçüncü kişinin mirasbırakandan önce ölmesi halinde yine ivazın akıbeti meselesi gündeme gelebilir. Böyle bir durumda mirastan feragat sözleşmesi, kanunun açık ifadesi gereği kendiliğinden hükümden düşmüş sayılacağı için verilen ivazın da hukuki sebebi ortadan kalkmaktadır⁷⁵. Zira burada lehine feragat edilen veya edilmiş sayılan üçüncü kişinin ölmesi halinde kanunkoyucu tarafından TMK. m. 529'da öngörülen yasal bozucu şart gerçekleşmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla feragat ivazlı yapıldığında, feragat sebebiyle ödenen ivazın iadesi, yine sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca söz konusu olabilir⁷⁶.

SONUÇ

TMK. m. 548, sadece olumlu miras sözleşmeleri açısından kaleme alınmıştır. İlgili hüküm, gerek miras sözleşmelerinin *synallagmatik* özelliğine vurgu yapması sebebiyle, gerekse doktrinde diğer miras hukuku (mirastan yoksunluk, mirasın reddi, boşanma sebebiyle miras sözleşmesinin sona ermesi, birlikte ölüm karinesi gibi) uyuşmazlıklarında ivazın

Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2019, s. 241 vd.; DURAL/ÖZ, s. 196; ATLI, s. 215; ÖZTAN, s. 258 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 189 vd.; AYAN, Miras, s. 152 vd.

⁷⁵ SEROZAN/ENGİN, s. 316; ATLI, s. 215; ALBAŞ, s. 551; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 189.

⁷⁶ Ancak doktrinde, ivazlı feragat sözleşmesinin hükümden düşmesi halinde, alınan ivazın sağlararası karşılıksız bir kazandırma olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 294, N. 866.

iadesinde kıyasen uygulanmasının öngörülmesi sebebiyle önem arz etmektedir.

İlgili hükmün birinci fıkrası, mirasçının mirasbırakandan önce ölümünün gerek ivazlı gerekse ivazsız olumlu miras sözleşmesini kendiliğinden bir bütün halinde ortadan kaldıracığını öngörse de, sözleşme hükümleri belirleyici olmalıdır. Buna göre, sözleşme hükümleri yalnız ölen lehtara ilişkinse sadece bu durumda sözleşmenin bir bütün halinde sona erdiği kabul edilmelidir. Aksi halde miras sözleşmesi, üçüncü kişi lehine ölüme bağlı tasarruflar içeriyorsa, bu durumda sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Ancak üçüncü kişi lehine ölüme bağlı tasarruflar ile lehtara ilişkin ölüme bağlı tasarruflar arasında bir bağ kurulmuşsa, bu durumda da sözleşmenin bir bütün halinde ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Ancak lehtarın mirasbırakandan önce ölümünün muhtemel bir gerçeklik olması cihetiyle, sözleşme taraflarının böyle bir ihtimalin varlığını nazara alarak sözleşmenin akıbetini belirlemeleri tavsiye edilir. Bu şekilde bir bütün halinde kendiliğinden ortadan kalkmış sayılan miras sözleşmeleri, ivazsız akdedilmişse, çoğunlukla herhangi bir hukuki uyumsuzlukla karşılaşılmaz. Zira bu durumda tarafların ifa yükümlülüğü de ortadan kalkmaktadır. Ancak ivazlı akdedilmişse, ivazın iadesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse hangi kanun hükümlerinin nazara alınacağı önem arz eder. İlgili hükmün ikinci fıkrası ise, işte bu ivazın iadesinin hangi kanun hükümlerine dayanılarak gerçekleştirileceğinin belirlenmesi açısından anahtar görevi görmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, fıkranın lafzı çok net değildir. Her ne kadar fıkra metninde “*zenginleşme*” ifadesi yer alsada da, bundan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin mi kastedildiği kesin olarak anlaşılamamaktadır. Elbette bu ifadenin varlığı, doktrinde hakim görüşün ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır. Ancak hakim görüş dahi, TMK. m. 548’de gerekli revizenin yapılarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılacak atfın daha açık ve belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde olması gerektiği noktasında hem fikirdir. Diğer bir görüş ise, İsviçre doktrinde ortaya atılmıştır. Bilindiği üzere, başlangıçta Alman hukukunda ortaya atılan ve sadece sözleşmeden dönme halinde verilenlerin iadesinde uygulanan dönüşüm teorisi, İsviçre hukukunda oldukça popüler hale gelmiş ve günümüzde gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse İsviçre doktrini tarafından uygulama alanı genişletilmeye çalışılmaktadır. Bu doğrultuda mehz kanun İsviçre Medeni Kanunu’nun 515. maddesi de, dönüşüm teorisinin uygulama alanının genişletilmesi çabalarından nasibini almıştır. Bu açıdan bakıldığında bizim hukukumuzda da TBK. m. 125/f. 3, ivazlı miras sözleşmelerinde lehtarın

sağlığında ifa ettiği edimin mirasçuları tarafından geri talep edilmesine dayanak oluşturabilir. Nitekim TMK. m. 5 bunun yolunu açmaktadır. TBK. m. 125/f. 3'ün lafzı da bu talebe uygun görünmektedir. Ancak burada ivazın iadesinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde çare aranacaksa, TBK. m. 125/f. 3 yerine TBK. m. 136 hükmünü uygulamak, özellikle yapısal benzerliği sebebiyle daha uygundur. Dolayısıyla TMK. m. 548/f. 1 gereği sözleşmenin bir bütün halinde kendiliğinden ortadan kalkmış sayılması durumunda ivazın iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilmesi, TMK. m. 548/f. 2'de yer alan "zenginleşme" ifadesinden kaynaklanmamalı, aksine TBK. m. 136/f. 2'den ileri gelmelidir. Ancak doktrinde, TBK. m. 136/f. 2'de kanunkoyucu tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan açık atıf, haklı olarak eleştirilmektedir. Elbette ki, sözleşmenin bir bütün halinde sona erdiğinin kabulü ihtimalinde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilir. Nitekim ivazın, hukuki sebebi bir bütün halinde ortadan kalkmıştır. Ancak sadece TBK. m. 136/f. 1 gereği bir borcun sona erdiği, sözleşmenin diğer hükümlerle geçerliliğini koruduğu durumlarda (tıpkı TMK. m. 548/f. 1 gereği sadece lehtar lehine sona ermiş sayılan ölüme bağlı tasarrufların sona erdiği, ancak sözleşmenin geçerliliğini koruduğu durumlarda) da, TBK. m. 136/f. 2'nin açık atfı sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulamak doğru bir yaklaşım değildir. Zira sözleşmenin geçerliliğini koruduğu hallerde, sözleşme hukuku ilkeleri (dönüşüm teorisi) yerine, sadece sözleşme dışı ilişkilere uygulanması gereken sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulamak, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim geçerli olarak kurulmuş, ancak ifa edilmemesi sebebiyle dönülen bir sözleşmeden kaynaklanan iade taleplerinin sözleşme hukukuna tabi olduğu anlaşılabilir bir durumken, geçerli olarak kurulmuş, ancak sonradan ifası imkansızlaşan durumlarda iade taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu anlaşılması güç bir durumdur. Netice itibarıyla bir bütün halinde sona ermiş sayılmayan olumlu miras sözleşmelerinde ivazın iadesinde, sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine sözleşme hukuku ilkeleri rol oynamalıdır. Ancak gerek TMK. m. 548/f. 2'nin bulanık ifadesi gerekse TBK. m. 136/f. 2'nin açık atfı şimdilik buna izin vermemektedir. Dolayısıyla bu noktada kanunkoyucu tarafından gerekli revizelerin gerçekleştirilmesi şarttır.

TMK. m. 548'in kapsamına dahil olmayan mirastan feragat sözleşmelerinde mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde ise, sözleşmenin akibeti ve ivazın iadesi noktasında yine sözleşmenin ivazlı akdedilip

akdedilmediği belirleyicidir. Bu bağlamda ivazsız akdedilmişse, mirasçının ölümü, TMK. m. 528/f. 3'ün karşıt anlamı gereği sözleşmeyi sona erdirmektedir. Ancak mirastan feragat sözleşmesi, bir ivaz karşılığında akdedilmişse, feragat eden mirasçının mirasbırakandan önce ölmesi halinde, sözleşme kanun gereği kendiliğinden sona ermiş sayılmamalı ve feragat bedelinin iadesi de talep edilememelidir. Fakat mirastan feragat sözleşmesinde feragat eden mirasçı değil de, lehine feragat yapılan veya TMK. m. 529/f. 2 gereği yapılmış sayılan üçüncü kişinin mirasbırakandan önce ölümü söz konusuysa, yine feragat sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılmalı, ancak mirastan feragat eden kişinin hayatta olması ve ivazın hukuki sebebinin ortadan kalkması sebebiyle ivazın iadesi mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AEPLI**, Viktor: Zürcher Kommentar (ZK), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Schulthess Verlag, Zürich, 1991.
- AKÇURA KARAMAN**, Tuba: “Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2018, s. 285-333.
- ALBAŞ**, Hakan: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 535-552.
- AKÇA**, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Kısaltması: AKÇA, İvazlı Miras)
- AKÇA**, Neslihan: “Yasal Mirasçılarının Mirastan Feragatinden Yararlanacak Kişilerin Tespiti ve Feragatin Hükümden Düşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2019, s. 237-247. (Kısaltması: AKÇA, Mirastan Feragat)
- ANTALYA**, Gökhan O.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 3, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. (Kısaltması: ANTALYA, Borçlar)
- ANTALYA**, Gökhan O.: Miras Hukuku, Cilt III, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. (Kısaltması: ANTALYA, Miras)
- ATLI**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016. (Kısaltması: AYAN, Borçlar)
- AYAN**, Mehmet: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016. (Kısaltması: AYAN, Miras)
- AYİTER**, Nuşin/**KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1993.
- BADERTSCHER**, Pia: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland

(Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.

BALMELLI, Marco: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, Huguenin, Claire/ Müller-Chen, Markus (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

BECK, Alexander: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1976.

BIRRER, Stefan: "§ 5 Probleme und Fragestellungen im Zusammenhang mit Art. 534 ZGB im Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Eintritt des Erbfalls", Der Erbvertrag in Kombination mit einer Vermögensübertragung unter Lebenden nach Art. 534 ZGB, Jörg Schmid (Herausgeber), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, 2013, s. 283-302.

BORNHAUSER, Philip R.: Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 243, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2012.

BREITSCHMID, Peter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (BSK), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Herausgeber), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006. (Kısaltması: BREITSCHMID, BSK)

BREITSCHMID, Peter: Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023. (Kısaltması: BREITSCHMID, OFK)

BREITSCHMID, Peter/**BORNHAUSER**, Philip R.: Basler Kommentar (BSK), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, Geiser, Thomas/Wolf, Stephan (Herausgeber), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.

BURRI, Christof: Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, Arbeiten aus

- dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2010.
- BUZ**, Vedat: "Rückabwicklung gescheiterter Verträge", Schweizerische Juristen Zeitung, S. 111, Y. 2015, s. 565-576. (Kısaltması: BUZ, Rückabwicklung)
- BUZ**, Vedat: "Rückforderung von Zuvielleistungen", Aktuelle Juristische Praxis, S. 7, Y. 2016, s. 899-909. (Kısaltması: BUZ, Rückforderung von Zuvielleistungen)
- COTTI**, Fiorenzo: Stämpfli Handkommentar (SHK), Commentaire du droit des successions, Eigenmann, Antoine/Rouiller, Nicolas (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- ÇABRİ**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, TMK. m. 575-639, C. II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DAZIO**, Giovanni: "Die Rückabwicklung eines entgeltlichen Erbvertrages nach Art. 515 ZGB", Aktuelle Juristische Praxis, S. 3, Y. 2022, s. 195-206. (Kısaltması: DAZIO, Die Rückabwicklung)
- DAZIO**, Giovanni: Die Umwandlungstheorie im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Editions Weblaw, Bern, 2020. (Kısaltması: DAZIO, Die Umwandlungstheorie)
- DEMİR**, Mehmet: "Olumlu Miras Sözleşmeleri", Yargıtay Dergisi, Y. 1994, C. 20, S. 3, s. 279-294.
- DITTLI**, Valérie: Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, Unter besonderer Berücksichtigung des Valutaverhältnisses, Collection lausannoise Band/Nr. 91, Stämpfli Verlag, Bern, 2023.
- DURAL**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- DURAL**, Mustafa/ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- EICHENBERGER**, Michaela: Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland

- (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023.
- ENGİN**, Baki İlkey: *Mirastan Yoksunluk*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.
- EREN**, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- EREN**, Fikret/**YÜCER AKTÜRK**, İpek: *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FURRER**, Andreas/**WEY**, Rainer: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K. (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- GAUCH**, Peter/**SCHMID**, Jörg/**EMMENEGGER**, Susan: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Band II, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur: *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu*, 3. Cilt, Madde 495-1030, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Kısaltması: GENÇCAN, Medeni)
- GENÇCAN**, Ömer Uğur: *Miras Sözleşmesi*, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (Kısaltması: GENÇCAN, Miras Sözleşmesi)
- GÖKSU**, Tarkan: *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 1875-2020*, Gauch, Peter/Stöckli, Hubert (Herausgeber), Zehnte, nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- GRUNDMANN**, Stefan: *Praxiskommentar, Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung*, Abt, Daniel/Weibel, Thomas (Herausgeber), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.
- HARTMANN**, Stephan: *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen*, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Schulthess Verlag, Zürich, 2005.
- HATEMİ**, Hüseyin: *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- HRUBESCH MILLAUER**, Stephanie: *“Departement für Privatrecht-Der Erbschaft: Konstruktion und Aufhebungsmöglichkeiten”*,

Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Kunz, Peter V./Weber, Jonas/Lienhard, Andreas/Fargnoli, Iole/Kostkiewicz, Jolanta Kren (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2014, s. 17-34. (Kısaltması: HRUBESCH MILLAUER, Departement für Privatrecht)

HRUBESCH MILLAUER, Stephanie: “Der Erbvertrag im schweizerischen Zivilgesetzbuch”, Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht, Wolf, Stephan/Hrubesch-Millauer, Stephanie/Eggel, Martin/Cicero, Cristiano/Barba, Vincenzo (Herausgeber), Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 135-165. (Kısaltması: HRUBESCH MILLAUER, Der Erbvertrag)

HRUBESCH MILLAUER, Stephanie: “Die Rücktrittsmöglichkeit der Vertragspartei beim positiven Erbvertrag nach Art. 514”, Anwaltsrevue De L’avocat: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, S. 4, Y. 2008, s. 147-150. (Kısaltması: HRUBESCH MILLAUER, Die Rücktrittsmöglichkeit)

HRUBESCH MILLAUER, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016. (Kısaltması: HRUBESCH MILLAUER, Handkommentar)

İMRE, Zahit/**ERMAN**, Hasan: Miras Hukuku-Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi, 5. Tıpkı Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2004.

İNAN, Ali Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KELLER, Christina: Kurzkomentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Hon-sell, Heinrich (Herausgeber), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

KILLIAS, Laurent: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Amstutz, Marc/Breitschmid, Peter/Furrer, Andreas/Girsberger, Daniel/Huguenin, Claire/Müller-Chen,

Markus/Roberto, Vito/Rumo-Jungo, Alexandra/Schnyder, Anton K. (Herausgeber), Schulthess Verlag, Zürich, 2007.

KILLIAS, Laurent/**WIGET**, Matthias: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

MINNIG, Yannick: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.

MOOSER, Michel: "La caducité des pactes successoraux", Not@lex, S. 1, Y. 2020, s. 1-20.

ÖZ, Turgut: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, **ÖZ**, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editör), Cilt 2, 3, Madde 83-206, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

PEKMEZ, Cüneyt: Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021

PENON, Ilija/**BERGER**, Valentino: Orell Füssli Kommentar (OFK), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz,

Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023.

PIOTET, Paul (Çeviren: Helvacı, İlhan): “Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000. (Kısaltması: PIOTET, Edimlerin İadesi)

PIOTET, Paul: Erbrecht, Vierter Band, Erster Halbband, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 1978. (Kısaltması: PIOTET, Erbrecht)

REGAMEY, David: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977 CC, Aert. 1-61 Tit. fin. CC, Pichonnaz, Pascal/Foëx, Bénédict/Piotet, Denis (Editeur), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.

RUHİ, Canan/**RUHİ**, Ahmet Cemal: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve İptali, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

SCHMID, Jasmin Ghandchi: “Aufhebung von Erbverträgen”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, S. 85, Y. 2004, s. 381-390.

SCHMID TSCHIRREN, Christina: Berner Kommentar (BK), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Herausgeber), Art. 1-9 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.

SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Fünfte überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2009.

SEÇER, Öz: “Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2014, S. 111, s. 37-60.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

SEROZAN, Rona/**ENGİN**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

STUDHALTER, Philipp: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Herausgeber), 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021.

ŞIPKA, Şükran/**ÇELİKEL**, Ali Yaşar: “Boşanma Davası Devam Ederken Taraflardan Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından

- Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2017, s. 177-188.
- TUOR**, Peter: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Art. 457-640, Band III, Stämpfli Verlag, Bern, 1929.
- TURAN**, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- VON DER CRONE**, Hans Caspar/**MONFERRINI**, Isabelle: “Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, S. 5, Y. 2011, s. 485-496.
- WEBER**, Rolf H.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Stämpfli Verlag, Bern, 2000.
- WEBER**, Rolf H./**EMMENEGGER**, Susan: Berner Kommentar (BK), Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 2020.
- WEIMAR**, Peter: Berner Kommentar (BK), Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag, Bern, 2009.
- YAKUPOĞLU**, Sekine Derya: Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

RUHSATSIZ MADEN ÜRETİMİNDEN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU

Dr. Funda Kaya BOZOK*

Öz

Kişilerin maden ruhsatı olmadan madeni doğal halinden koparması veya çıkarılması ruhsatsız maden üretimidir. Çok ciddi hukuki sorunlara sebebiyet veren ruhsatsız maden üretimi Maden Kanunu m. 12/5'te idari para cezası gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu fiil, 5995 sayılı Kanun değişikliği öncesinde Maden Kanunu m. 12'de yer alan "maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi fiillerinin devlet malına karşı işlenmiş sayılacağı" ifadesi gerekçe gösterilerek hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmekteydi. Yapılan bu çalışma ile ruhsatsız maden üretimi fiilinin, mevzuattaki düzenlenmesinin gelişimine bakılmak istenmiştir. Bununla birlikte ruhsatsız maden üretiminin hırsızlık suçu ile ilişkisi incelenerek Maden Kanunu m.12/5'te düzenlenen kabahat ile hırsızlık suçu arasındaki içtima ilişkisi ele alınmıştır. Bu çalışma ile ruhsatsız olarak üretilen madenin alınmasının veya sevk edilmesinin Yargıtay içtihatlarının aksine hırsızlık suçunu oluşturduğunu ortaya koymak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Maden • Ruhsatsız Maden Üretimi • Kabahat • Hırsızlık • İçtima

* Dr. Arş. Gör., Adıyaman Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. *Asst. Prof., Adıyaman University, Political Science and Public Administration, Department of Legal Sciences, Ankara, Türkiye.

✉ fundakayabozok@gmail.com • ORCID 0000-0002-7095-7030

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BOZOK Funda KAYA, "Ruhsatsız Maden Üretiminden Doğan Ceza Sorumluluğu", SÜHFD, C.32, S.1, 2024, s. 195-226.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

CRIMINAL LIABILITY FOR UNLICENSED MINING

Abstract

Unlicensed mining is the removal or extraction of minerals from their natural state without a mining license. Unlicensed mining, which causes serious legal problems, is regulated under Article 12/5 of the Mining Law as a misdemeanor punishable by an administrative fine. Prior to the amendment of Law No. 5995, this act was considered within the scope of the crime of theft on the grounds of the statement in Article 12 of the Mining Law that the acts of extraction and/or shipment of minerals shall be deemed to have been committed against state property. With this study, it is aimed to look at the course of the legal regulation of the act of unlicensed mine production. In addition, the relationship between unlicensed mine production and theft crime is examined and the relationship between the misdemeanor regulated in Article 12/5 of the Mining Law and the crime of theft is discussed. With this study, it is aimed to reveal that taking or shipping the mine produced without a license constitutes the crime of theft contrary to the jurisprudence of the Court of Cassation.

Key Words

Mine • Unlicensed Mine Production • Misdemeanor • Theft • Concurrence

GİRİŞ

İnsan yaşamında kullanılan birçok ürün madencilik faaliyetleri sonucu elde edilen minerallerin işlenmesi ile ortaya çıkmaktadır. Sürdürülebilir kalkınmanın sağlanmasına olumlu katkı sağlayan madencilik faaliyetleri ile çevre ve toplum sağlığının korunması ve bu alanda çalışan kişilerin en modern yöntemlerle görevlerini yerine getirebilmeleri için kanuni düzenlemeler yapılmaktadır¹. Türkiye'de madencilik faaliyetlerinin yasal bir zeminde yürütülebilmesi ve bu bağlamda yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde yaptırım uygulanabilmesi amacıyla 3213 sayılı Maden Kanunu ihdas edilmiştir².

Maden kanunda düzenlenen haklar ve yükümlülerin ihlal edilmesi durumunda uygulanan idari yaptırımlar, madencilik faaliyetlerinin sürekliliğinin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır. Maden Kanunu'nda

¹ GÜLOĞLU, Yavuz / SURAN, Sadık, "Maden İdari Para Cezaları ve Yargısal Denetimi", Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı:2, Aralık 2021, s. 38.

² R.G. Tarih/Sayı: 15.06.1985/18785.

öngörülen yükümlülüklerden biri mülkiyeti devlete ait olan madenlerin aranması, bulunması ve işletilmesi için gerekli olan ruhsatın alınmasıdır. Madenin ruhsatsız bir şekilde üretilmesi idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir (Maden Kanunu m.12/5). Bu düzenleme ile maden kaçakçılığının önlenmesi ve çıkarılan cevherlere el konulması amaçlanmıştır.

Ruhsatsız maden üretme fiili, her ne kadar mevzuatta bir kabahat olarak düzenlenmiş olsa da kaçak üretimin hırsızlık suçu kapsamında da incelenmesi gerekmektedir. Çalışma kapsamında bu hususların anlaşılabilmesi adına öncelikle maden hukukunun temel kavramları olan maden ve maden mülkiyeti incelenecektir. Akabinde Maden Kanunu m. 12/5 hükmü açıklanacaktır. Son olarak ise, ruhsatsız maden üretiminin hırsızlık suçu ile ilişkisi ortaya konulacaktır.

I. MADEN KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Maden Kavramı

Madenler, insanların ilk çağlardan bu yana yararlandığı doğal kaynaklar içerisinde yer almaktadır. Madenlerin konu olduğu suç veya kabahatlerden doğan ceza sorumluluğunu anlayabilmek için öncelikle maden kavramının ve hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.

Maden kavramı; jeolojik, ekonomik ve hukuki açıdan farklı şekillerde tanımlanabilmektedir³. Çalışma konumuz itibarıyla madenleri hukuki açıdan incelemek gerekmektedir. Hukuki açıdan maden kavramını, iki farklı şekilde tanımlamak mümkündür. Bunların ilki bazı genel kriterler üzerinden soyut bir şekilde madeni tanımlamak iken; diğeri maden olarak kabul edilen mineralleri tek tek sayma üzerine kuruludur. Türk Hukuku'nda günümüz itibarıyla karma sistem uygulanmaktadır⁴.

³ Kavramsal çerçeveye ilişkin bilgi için bkz. **UÇKAN**, Özkan, Türk Hukukunda Madencilige İlişkin Haklar ve Bu Hakların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, 1. Basım, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 1983, s. 34 vd. ; **TOPALOĞLU**, Mustafa, Maden Hukuku, 1. Basım, Adana: Karahan Kitabevi, 2011, s. 12; **ÇİTİL**, Bünyamin, Tüm Yönleriyle Maden Hukuku (Cumhurbaşkanlığı Sistemi KHK ve Kararnemeleri Işığında), 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, s. 41; **GÜNAY**, Ömer, Maden Hukuku Kavramlar – İlkeler – Tanımlar (Güncel Danıştay Kararlarıyla), Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2017, s. 24.

⁴ **BOZOK**, Hüseyin, Maden İpoteği, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 8.

1985 tarihli Maden Kanunu ilk ihdas edildiğinde maden kavramını tanımlamak üzere sadece sayma yöntemi uygulanmakta iken, 05.06.2004 tarih ve 5177 sayılı Maden Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁵ m. 1 ile Maden Kanunu'na soyut bir maden tanımı da eklenmiştir.

5177 sayılı Kanunla değişik Maden Kanunu'nun 2. maddesine eklenen maden tanımı şu şekildedir: *"yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan, petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir."* Görüleceği üzere bu tanıma göre, bir maddenin maden sayılması için çeşitli şartları taşıması gerekmektedir. Öncelikle jeolojik olarak ilgili maddenin yer kabuğunda ve su kaynaklarında bulunması gerekmektedir. Daha sonra ilgili maddenin belirli bir ekonomik ve ticari değere sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Çıkarılacak maddenin bu kriteri sağlayıp sağlamadığı incelenirken, ilgili maddenin topraktan çıkarıldığı andaki durumu dikkate alınmaktadır⁶. Daha açık bir ifadeyle maddenin herhangi bir zenginleştirme işlemine tabi tutulmasına izin verilmeden, çıkarıldığı andaki durumuna göre kanun ve yönetmeliklerde belirlenen mineral değerlerini taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla çıkarılmasının ekonomik ve ticari olarak kârlı olup olmadığı tespit edilmektedir⁷. Son olarak bir maddenin Maden Kanunu bağlamında maden olarak kabul edilmesi için onun; petrol, doğalgaz, jeotermal ve su kaynakları dışında yer alması da gerekmektedir.

⁵ 5177 sayılı Maden Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun R.G. Tarih: 05.06.2004, Sayı: 25483.

⁶ **ÇEVİKÇELİK**, Muradiye, Türk Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2017, s. 30.

⁷ Buna yönelik Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda tüvenan halde % 79 SiO₂, basit bir yıkama ile ise % 96 SiO₂ içeren bir kuvars kumu yatağı için idare madenciyeye işletme ruhsatı vermiştir. Fakat daha sonra yapılan bir ihbar sonucu idare maddenin tüvenan halde iken yani hiçbir işlem görmemiş halinin kanunda belirtilen oranları (%90 SiO₂) karşılaması gerektiğini ifade ederek işletme ruhsatını iptal etmiştir. Madenci ise, bu işleme karşı iptal davası açmış fakat davası kabul edilmemiştir. Danıştay sonuç olarak maddenin ekonomik olup olmadığı belirlenirken onun topraktan çıktığı anın esas alınması gerektiğine karar vermiştir. Danıştay 8. D. Esas No: 1994/445, Karar No: 1994/1645, Corpus Mevzuat ve İctihat Programı.

Maden Kanunu'nda maden kavramına ilişkin yapılan bu soyut tanımın yanında, m. 2'de madenlerin hangi gruplarda nasıl ruhsatlandırılacağına dair bir liste de yer almaktadır. Bu maddede yer alan gruplar kapsamında açıkça zikredilmeyen bir mineral bu Kanun kapsamında maden sayılamayacaktır⁸. Nitekim Maden Kanunu m. 2/3'te, "*maddede yer almayan bir madenin grubunun tespitine ait esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir*" ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme ile yeni keşfedilen minerallerin gruplarının tespiti için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu hükümden hareketle, her ne kadar madenlere soyut bir tanım getirilmiş olsa da, bu tanımdaki özellikleri taşıyan her madde kendiliğinden "maden" olarak kabul edilmeyecek, bunun için bir yönetmeliğe ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla yapılan yönetmelik değişikliği ile ilgili yeni madde de Maden Yönetmeliği m. 5'te "sayılan" maden listesinde yerini almış olacaktır. Görülmektedir ki, kanun koyucu maden kavramının kapsamını belirlerken hem tanımlama yöntemini hem de sayma yöntemini tercih etmiştir⁹. Maden Kanunu m. 2/1 hükmüne göre, madenler I. Grup a ve b, II. Grup a, b ve c, III. Grup, IV. Grup a, b, c ve ç ile V. Grup şeklinde gruplandırılmaktadır.

B. Madenlerin Hukuki Niteliği

Maden kavramına ilişkin yapılan genel nitelikteki bu açıklamaların ardından madenlerin hukuki niteliğinin de incelenmesi gerekmektedir. Madenler, 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 632. maddesinde¹⁰ taşınmaz mallar arasında sayılmıştır. Medenî Kanun'un 911. maddesinde de, madenlerin tapu siciline, taşınmaz olarak kaydedileceği düzenlenmiştir. Madenlerin, taşınmaz mülkiyetinin konusu ve dolayısıyla tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek eşyalar arasında olduğunu öngören hükümlere 4721 sayılı TMK'da yer verilmemiştir. 4721 sayılı

⁸ 5177 sayılı Kanun ile değişiklik sonrası madenlerin tespiti konusunda sayma yönteminden soyut tanım yöntemine geçildiği ve madde metninde maden isimlerinin listelenmesinin amacının madenin ait olduğu grubu belirlemek olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **TOPALOĞLU**, Maden Hukuku, s. 13.

⁹ **GÜNAY**, s. 24.

¹⁰ 743 Sayılı TMK m.632 "Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu, yerinde sabit olan şeylerdir. Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldür: 1 – Arazi, 2 – Tapu siciline müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar, 3 – Madenler"

TMK'nın 704. maddesinin gerekçesinde, madenlerin ayrı bir kanunla özel bir rejime tabi tutulmasından dolayı taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan varlıklar arasından çıkarıldığı belirtilmiştir¹¹. Dolayısıyla madenler, 4721 sayılı TMK bakımından artık taşınmaz olma niteliğine sahip değildir¹².

Türk Hukuku'nda henüz topraktan çıkarılmamış madenler, taşınır veya taşınmaz olarak nitelendirilmemiştir¹³. Buldukları arzın mülkiyetine tabi olmayan ve aynı zamanda o arzın bütünüleyici parçası sayılmayan maden¹⁴, ancak çıkarıldıkları zaman taşınır mal hükmünde olmaktadır¹⁵. Başka bir ifadeyle devletten alınan izinle topraktan çıkarılan maden, devletin kamusal mülkiyetinden kurtularak taşınır mal niteliğine kavuşmaktadır¹⁶.

II. MADEN MÜLKİYETİNİN TESPİTİ

Madenler üzerindeki mülkiyetin tespiti, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim malvarlığına karşı işlenen suçlarla korunan hukuki değerlerden birini mülkiyet hakkı oluşturmaktadır. Madenlerin mülkiyetini belirlemeye yönelik dünya üzerinde benimsenen iki ayrı sistem bulunmaktadır. Bunlar, arazi mülkiyeti sistemi ve kamu mülkiyeti sistemidir. Arazi mülkiyeti sisteminde madenler, içinde bulunduğu arazinin bütünüleyici parçası olup, arazinin sahibi aynı zamanda madenin mülkiyetine de sahip olmaktadır. Kamu mülkiyeti sisteminde ise, madenler içinde buldukları araziden

¹¹ 4721 sayılı TMK Madde Gerekçeleri Bölüm 4, s. 213, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf (E.T. 30.10.2023).

¹² **ANTALYA**, Osman Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt: IV/1, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 598. Madenler, gerek Anayasa'nın 168. Maddesi gerekse Maden Kanunu ile devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler statüsüne dâhil edildikleri için taşınmaz mülkiyetine konu edilmekten çıkmıştır. Bkz; **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku – I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ekim 2020, s.155, 3. Dipnot.

¹³ **BOZOK**, Maden İpoteği, s. 92.

¹⁴ **ÖZDAMAR**, Demet, "Maden Hakkı ve Maden İrtifakı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, 2001, s.321.

¹⁵ **ÖZDAMAR**, s. 323.

¹⁶ **TOPALOĞLU**, Maden Hukuku, s. 35.

ayrıdır. Bu sisteme göre, devlet madenler üzerinde sınırsız bir mülkiyet hakkına sahiptir¹⁷.

Türk hukukunda madenlerin mülkiyeti, bulunduğu araziden bağımsız olarak değerlendirilmiştir. Esas itibariyle taşınmaz mülkiyetinin kapsamı, TMK'nun 718. maddesinde açıkça belirtilmiştir. TMK m. 718 hükmüne göre, *“arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.”* Görülmektedir ki, taşınmazın mülkiyetinin sahibi aynı zamanda taşınmazın altında kalan kısımların da malikidir. Öte yandan TMK m.718/2'de *“yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere”* ifadesiyle bazı istisnai hükümlere işaret etmektedir. Maden mülkiyeti de bu istisnai hükümlerden biridir¹⁸.

Anayasanın *“Tabi Servetlerin ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesi”* başlığını taşıyan 168. maddesine göre, *“Tabi servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet, bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir.”* 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 4. maddesinde ise, *“Madenler devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir”* hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, madenlerin henüz toprağın altındayken özel mülkiyete konu olamayacağını göstermektedir. Taşınmaz mülkiyetine sahip olan kişi veya kişilerin, taşınmazın dikey mülkiyeti kapsamında yer alan madenler bakımından bir hakka sahip olduğu söylenemez¹⁹. Başka bir ifadeyle madenler içinde bulunduğu arazinin mülkiyetine tabi olmayıp, buldukları arzın bütünlüleyici parçası sayılmazlar²⁰. Dolayısıyla taşınmaz maliki arazisindeki madenler üzerinde serbestçe tasarruf edemez. Madenleri bulmak ve işleyebilmek için idareden gerekli ruhsatları alması gerekmektedir²¹.

Madenlerin devletin *“hüküm ve tasarrufu”* altında olması ifadesi ile özel hukuk anlamında mülkiyet hakkının kastedilip kastedilmediği

¹⁷ ÇİTİL, s. 47.

¹⁸ AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku – II (Mülkiyet), 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Eylül 2020, s. 331.

¹⁹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 20.11.2008, E. 2007/288, K. 2008/343.

²⁰ TOPALOĞLU, Maden Hukuku, s. 33.

²¹ AMIKLIOĞLU, Hüseyin, Rödovans Sözleşmesi, 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016, s.41.

doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, devletin madenler üzerinde hakkı, kamu mülkiyetinden kaynaklanan arama ve işletmeyi de içeren bir tasarruf hakkıdır. Devletin madenler üzerindeki özel mülkiyet hakkı bulunmaz²². Benzer yönde diğer bir görüş ise, maden üretiminden alınan devlet hakkının aynı değil de mali bir hak olduğundan hareketle madenlerin üzerinde kamusal bir mülkiyet söz konusu olmadığını iddia etmektedir²³. 4268 sayılı Madenlerin Aranması ve İşletilmesi Hakkında Kanununun, 6977 sayılı Kanunla değiştirilen m. 2/3 hükmünün, 1961 Anayasasının 130. maddesine aykırılığının tartışıldığı bir AYM kararında “*hüküm ve tasarruf*” ifadesinin, mülkiyet ilişkisi olarak yorumlanamayacağı ve dolayısıyla topraktan henüz çıkarılmamış madenler üzerinde mülkiyet kurulamayacağı ifade edilmiştir²⁴. Öte yandan devletin kamu malları ve özellikle madenler üzerindeki yetkisinin bir “*idari mülkiyet*” niteliğinde olduğu da savunulmaktadır. Bununla birlikte idari mülkiyetin TMK anlamındaki mülkiyetten farklı olduğu, burada mülkiyet yetkilerinin kamu mallarının tahsis edildiği amaca göre sınırlandırıldığı ifade edilmektedir²⁵. Günümüzde hâkim olan görüş, madenler üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına sahip olamayacağını, bu hakkın münhasıran devlete ait olduğu yönündedir²⁶.

Sürdürülebilir bir kalkınma için mülkiyeti devlete ait olan madenlerin işletilerek ekonomik hayata dâhil edilmesi gerekmektedir²⁷. Anayasa m.168 hükmüne göre, madenlerin arama ve işletme hakkı da devlete

²² ÖZDAMAR, s. 322.

²³ GÜLAN, Aydın, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, İstanbul: Lamure Yayınevi, 2008, s. 138 vd.

²⁴ R. G. Tarih/Sayı: 22.07.1965/12055, E. 1963/126, K. 1965/7, Karar günü: 16.02.1965, <https://normkararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1965-7-nrm.pdf> (E.T. 02.11.2022).

²⁵ AKIN, Ümit, İdare Hukuku Açısından Kıyıların Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 77. Buna yönelik bir Danıştay Genel Kurulu kararında da şu ifadelerle rastlanmaktadır; “*idarenin kamu malları üzerindeki yetkisinin, kolluk gücü niteliğinde bir gözetim ve denetim yetkisi olduğu anlayışı terk edilerek bunun bir idari mülkiyet hakkı olduğu görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir.*” Danıştay GK. 13.04.1981, E. 1981/4, K. 1981/25.

²⁶ KURT, Hayrettin, Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, Ağustos 2020, s. 24; ÇEVİKÇELİK, s.34; ÇİTİL, s. 48; TOPALOĞLU, Maden Hukuku, s. 33.

²⁷ ÇİTİL, s. 49.

aittir. Devlet hüküm ve tasarrufu altında bulunan bu madenlerin aranması, bulunması ve işletilmesi hakkını kendisi gerçekleştirebileceği gibi belirli bir süre başka kişi veya kurumlara da bırakabilir²⁸.

Kelime anlamı itibariyle izin, müsaade olarak ifade edilen ruhsat²⁹, doktrinde; *“Tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişilerce de görülebilmesi³⁰”, “devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinince mevcut bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine bir kamu hizmetini yerine getirme yetkisi verilmesi³¹”* şekillerinde tanımlanmaktadır³².

3213 sayılı Maden Kanunu 3. maddesinde ruhsat; *“madenlerin aranması ve işletilmesi için yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde Genel Müdürlükçe verilen belge”* şeklinde ifade edilmektedir. Maden ruhsatı doktrinde ise, *“herhangi bir maden sahasında belli bir madeni aramak ya da işletmek üzere başvuran gerçek ve tüzel kişilere, o sahaya münhasır olmak üzere yetkili idare tarafından verilen izin belgesi”* olarak tanımlanmaktadır³³. Belirtmek gereklidir ki, maden ruhsatı almak için madenin içinde bulunduğu arazi sahibinin iznini almak gerekmez. Bu noktada idarenin izin vermesi yeterlidir³⁴.

Türk hukukunda maden ruhsatı, arama ruhsatı ve işletme ruhsatı olarak anlaşılmaktadır³⁵. Arama ruhsatı, belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunulabilmesi için verilen yetki belgesi olup madenci-

²⁸ TOPALOĞLU, Maden Hukuku, s. 33.

²⁹ <https://sozluk.gov.tr/>

³⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 631.

³¹ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2012, s. 595.

³² İdarenin ruhsat verme işlemi, ruhsat alan kişiyi şahsen belirlediği için, birel işlem kategorisine girmektedir. Hatta bu işlem ile muhatap daha önceden kanun veya düzenleyici işlemlerle belirlenmiş bir statüye dâhil edildiği için ruhsat verme işlemi, birel işlemin bir çeşidi olan koşul işlem kapsamındadır. Kısaca ruhsat verme işlemi birel-koşul işlem olarak kabul edilmektedir. Ruhsatın hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BOZOK, Maden İpoteği, s. 41; ÖZTOPRAK, Sezin, Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015, s. 77; ÇAL, Sedat, Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 37; TOPALOĞLU, Maden Hukuku, s. 222; GÜLAN, s. 191.

³³ KURT, s. 36.

³⁴ TOPALOĞLU, Maden Hukuku, s. 34.

³⁵ KURT, s. 32.

lik faaliyetinin ilk adımı niteliğindedir. İşletme ruhsatı ise, madenin işletilmesi için gerekli olan faaliyetlerinin yürütülebilmesi adına verilen yetki belgesidir (Maden Kanunu m. 3).

Maden ruhsatı, sahibine başta arama ve işletme hakkı olmak üzere birtakım haklar vermekte ve yükümlülükler yüklemektedir³⁶. Ruhsatın sahibine vermiş olduğu en temel hak, topraktan çıkarılan madenlerin mülkiyetine sahip olma hakkıdır. Maden cevherlerinin doğal hallerinden ayrıldıktan ya da diğer bir deyişle topraktan çıkarıldıktan sonra, mülkiyeti ruhsat sahibine geçmektedir³⁷. Ruhsat verilmesi ile ruhsat sahibine maden üzerinde tanınan hak, mülkiyeti devlete ait olan madeni işletme hakkından ibarettir. İşletme hakkı ise, ruhsat sahası içindeki madeni üretme ve üretilen madene malik olma hakkını veren bir gayri maddi haktır³⁸. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nu anlamında madenin mülkiyet hakkı, ruhsat sahibine maden üretimi yapıldıktan sonra geçmektedir. Sadece ruhsatın alınması, henüz maden çıkarılmadığı müddetçe ruhsat sahibine madenin mülkiyet hakkını vermez.

Görülmektedir ki, madenlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı veya Türk hukukuna göre kurulmuş kamu tüzel kişiler tarafından aranması, bulunması ve işletilmesi ruhsat alınması yoluyla gerçekleşmektedir. Anayasa ve Maden Kanunu'nda belirtilen, Devletin madenler üzerinde sahip olduğu haklar karşısında, işletmecinin ruhsat hukukundan doğan hakları bulunmaktadır. Madenler üzerindeki mülkiyet hakkına, devlet ve ruhsat hakkı sahibi aynı anda sahip olamaz. Bununla birlikte devlet ve ruhsat sahibinin, madene iştirak halinde mülkiyet ya da paylı mülkiyet hükümlerine göre malik olması da mümkün değildir³⁹.

³⁶ Maden hakkının kapsamına; arama ve işletme ruhsatından doğan haklar, takaddüm (öncelik) hakkı, maden ruhsatını şirkete sermaye olarak koyma hakkı, haczedilmezlik ve ihtiyati tedbire karşı koruma (MadK m. 40-41), madencilik yapılan arazi üzerinde irtifak hakkı kurulmasını veya mümkün olmazsa arazinin kamulaştırılmasını talep hakkı, Maden Kanunu'nda gösterilen teşviklerden yararlanma hakkı girmektedir. Bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZOK**, Maden İpoteği, s. 53 vd.; **ÇEVİKÇELİK**, s. 127 vd.

³⁷ **ÖZDAMAR**, s.323; **TOPALOĞLU**, Maden Hukuku, s. 40.

³⁸ **ÇİTİL**, s. 72.

³⁹ **ÇİTİL**, s. 49

Maden özel mülkiyete tabi bir taşınmazın arz kısmında bulunsa bile, yukarıda belirtildiği gibi taşınmaz malikinin bu madenler üzerinde mülkiyet hakkı olmadığı gibi⁴⁰, ruhsat sahibi kişilerin de madenler üzerinde mülkiyet hakkı yoktur. Maden ruhsatına sahip olan kişinin hakkı, devletin mülkiyetinde olan madenler üzerinde bir işletme hakkıdır. Dolayısıyla yeryüzünde doğal halde bulunan madenler üzerindeki mülkiyet devlete aittir⁴¹.

Son olarak belirtmek gerekmektedir ki, maden cevherleri üzerinde mülkiyet hakkı, onları çıkarmanın sadece ilgili ruhsat sahibi ve onun sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu bir rödövanşçı olduğu takdirde doğmaktadır. Diğer bir deyişle, maden cevherlerinin yetkili olmayan bir kişi tarafından üretilmesi halinde, o kişi çıkarılan cevherlerin “maliki” olmaz. Zira aksi bir kabul, madencilik faaliyeti yürütmek için alınan ruhsatları işlevsiz hale getirecektir. Aynı şekilde yetkili olmayan kişinin ürettiği maden cevherlerinin mülkiyeti, ilgili ruhsat sahibine de ait olmayacaktır. Zira aşağıda incelenecek olan Maden Kanunu m.12/5'e göre, ruhsatsız bir maden üretimi yapıldığı zaman, öncelikle kaçak üretim faaliyeti durdurulmakta ve sonrasında kaçak üretilen madene el konulup, bunlar satılmaktadır. Buradan elde edilen gelir de ilgili idareye aktarılmaktadır. Aynı zamanda kaçak üretim yapan kişiye para cezası verilmektedir. Bu noktada kaçak üretilen madenin el konulup satılması ve gelirinin de ruhsat sahibine değil de idareye aktarılması, o madenlerin

⁴⁰ Almanya'da uygulanmakta olan maden mülkiyeti sistemi Türkiye'ye göre farklılık göstermektedir. Türkiye'nin aksine Almanya'da arazinin mülkiyetine tabi olan madenler de bulunmaktadır. Buna göre Almanya'da madenler; arazinin mülkiyetine tabi olan (*grudeigen veya freehold mineral resources*) veya olmayan (gerekli izinleri alan herkes tarafından çıkarılabilecek) madenler (*bergfrei veya freely mineable mineral resources*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. **PIELOW**, Johann-Christian, “Mining Law in Germany”, *International and Comparative Mineral Law and Policy*, 2005 Kluwer Law International, Netherlands, s. 1037-1066, s. 1046.

Hangi madenlerin hangi gruba girdiğine dair detaylı düzenlemeyi Alman Maden Kanunu m. 3'te görmek mümkündür.

⁴¹ **ÇİTİL**, s. 49. Almanya'da arazi mülkiyetine tabi olmayan madenler “sahipsiz (herrenlos)” olarak kabul edilmektedir. Bu madenlerin sahipsiz olarak kabul edilmesi, isteyen ve gerekli şartları sağlayan herkese bunları çıkarmak için ruhsat verilmek zorunda olması manasına gelmektedir. Başka bir ifadeyle idarelerin burada takdir hakkı bulunmamaktadır. Bkz. **PIELOW**, s. 1047-1048.

mülkiyetinin ruhsat sahibine ait olmadığı şeklinde bir kabulün varlığına işaret etmektedir.

III. RUHSATSIZ MADEN ÜRETİMİ VE CEZA SORUMLULUĞU

A. Ruhsatsız Maden Üretimi Kabahati

Maden üretme faaliyeti, bizzat devlet tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, arama ve işletme ruhsatı verilen gerçek veya tüzel kişiler eliyle de gerçekleştirilebilir. Geçerli bir maden ruhsatına sahip olmaksızın, bir alanda maden çıkarma işleminin yapılması durumunda, ruhsatsız maden üretimi söz konusu olur⁴². Maden Kanunu'nun "Üretim ve Sevkiyat" başlıklı 12. maddesinin 5, 6 ve 7. fıkralarında ruhsatsız ve izinsiz maden faaliyetlerine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

Ruhsatsız maden üretimi, 3213 sayılı Maden Kanunu m. 12/5 hükmünde bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile amaçlanan, kaçak maden üretiminin önlenmesi ve böylece madencilik sektörünün ülke ekonomisine katkısının artırılmak istenmesidir⁴³. Maden Kanunu m.12/5 hükmüne göre;

"Ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti hâlinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur. Bu fiili işleyenlere, ödenmesi gereken Devlet hakkına ilaveten bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve/veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. Üretim hakkı olmayan madenin üretiminin yapıldığının tespiti hâlinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare amirliklerince el konulur. Bu fiili işleyen kişilere, ödenmesi gereken Devlet hakkına ilaveten bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve/veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. El konulan madenler, mülki idare amirliklerince satılarak bedeli büyükşehir belediyesi olan illerde yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, diğer illerde il özel idaresi hesabına aktarılır. Bu

⁴² TOPALOĞLU, Mustafa, "Kaçak Maden Üretiminin Hukuksal Yönü", Türkiye XIII. Madencilik Kongresi, 1993, s. 398.

⁴³ BOZOK, Hüseyin, Maden Hukuku Mevzuatı (Gerekçeli – İçtihatlı – Kavram Endeksli), 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 139.

fıkranın ihlalinin tekrarı hâlinde madenin ocak başı satış bedelinin on katı tutarında idari para cezası uygulanır.”

Maddeden de anlaşılacağı üzere, bu kabahatin oluşması için işletme ruhsatına sahip olmadan maden üretimi yapılması yeterlidir. Bu noktada kabahatin tamamlanması bakımından önem arz eden “maden üretimi” kavramının açıklanması gerekmektedir. Maden Yönetmeliği’nde tanımların düzenlendiği m.4’te üretim, “*Yer altı madencilğinde cevher içerisinde bir daha girilemeyecek, tavan göçmesine sebebiyet verecek ve/veya girilmesi işletme güvenliği açısından tehlikeli alan oluşturacak şekilde yapılan maden istihracı; açık işletmelerde ise üretim faaliyetlerinin durdurulmasına neden olan durumları ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetler dışında yapılan maden istihracı*” olarak ifade edilmiştir. Doktrinde maden üretimi, “*tabii halden çıkıp, insan elinin madenle bütünleşmesi ile doğal halden uzaklaşması*”⁴⁴ olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle madenin yer altında veya yer üstünde doğal olarak bulunduğu yerden koparıldığı, doğa ile ilişkisinin kesildiği an maden üretimi yapılmış kabul edilmektedir⁴⁵.

Maden Kanunu m. 12/5 hükmünden ruhsatsız maden üretimi kabahatinin çeşitli şekillerde işlenebileceği anlaşılmaktadır. Birinci durum, ruhsatsız bir alandan, ruhsatsız maden üretimi yapmaktır. Bu durumda madenin üretildiği alan herhangi bir ruhsata tabi olmayıp, gerekli ruhsatların alınması yolu ile maden üretimine açık bir alandır. Maden üretimi yapan kişinin bu alanda faaliyette bulunma konusunda ruhsatı bulunmamaktadır. İkinci durum, ruhsatlı bir alandan, ruhsatsız maden üretimi yapmaktır. Bu durumda ise, ruhsat alınmış bir sahada ruhsat sahibinin işletebileceği madenin, onun onayı olmadan ruhsatsız kişi tarafından üretilmesi söz konusudur. Her iki durumda mülki idare amiri üretilen madene el koymaktadır. Bu kabahati işleyen kişiye, el konulan veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezasına hükmedilmektedir.

Son durum ise, ruhsatlı bir alandan, ruhsatta belirtilenin dışında başka bir maden üretimi yapmaktır. Bu durumda da üretilen madene

⁴⁴ GÜNAY, s. 111.

⁴⁵ GÜNAY, s. 111; TOPALOĞLU, Kaçak Maden Üretimi, s. 399

mülki idare amirliklerince el konulmaktadır. Bu fiili işleyen kişi ise diğer iki durumdan farklı bir şekilde, el konulan veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezasına hükmedilmektedir.

Ruhsat sahibi ancak ruhsatta açıkça belirtilen madenleri işletebilme hakkına sahiptir. Bu nedenle üretim hakkı olmayan madenin üretiminin yapılması da ruhsatsız maden üretimi kabahatinin oluşmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca işaret etmek gerekmektedir ki, kabahatin neticesinde hükmedilecek para cezası, üretilen madenin cinsi, kalitesi ve miktarı dikkate alınarak ocak başı satış fiyatına bağlanmıştır. Ocak başı satış fiyatı, *“üretilen madenin hammadde olarak kullanılması veya satılması halinde, aynı pazar ortamında madenin işletmelerdeki tüvenan olarak ocak başı satışında uygulanan fiyat”*tır⁴⁶. Bu fiyat MAPEG’in, devlet hakkının⁴⁷ hesaplanabilmesi için her yıl hazırladığı ve değişkenlik gösteren fiyat tablosu üzerinden tespit edilmektedir.

Ruhsatsız maden üretimi dışında, hammadde üretim izni veya işletme izni olmadan üretim yapma fiilleri de hukuka aykırı maden üretim halleri olarak Maden Kanunu m. 12/6 ve 7 fıkralarında düzenlenmiştir. Maden Kanunu m. 12/6 hükmüne göre, hammadde üretim izni olmadan üretim yapan ve hammaddeyi kamuya ait projelerde kullanan kişiye ocak başı satış bedeli kadar idari para cezasına hükmedilmektedir. Anılan fıkranın devamında ise, hammadde üretim izin alanından izinsiz şekilde üretilen hammaddeyi projede belirtilen amaç dışında kullanan ve ticarete konu eden kişiye, hammaddenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Herhangi bir işleme tabi tutulmadan kullanılan hammaddeler için ocak başı satış bedeli, tüvenan hammaddenin ocak başı fiyatına göre, herhangi bir işleme tabi tutularak kullanılan hammaddeler için ise ocak başı satış bedeli işlem görmüş hammaddenin ocak başı fiyatına göre hesaplanmaktadır. Bu fiilin ikinci kere gerçekleştirilmesi halinde ise, ham-

⁴⁶ GÜLOĞLU/SURAN, s. 38.

⁴⁷ Devlet hakkı, maden istihracı ile sağlanacak gelirden Devlet payına düşen ve ödeme yükümlülüğü ruhsat sahibine ait olan kısım olarak açıklanmaktadır. Bkz. GÜLOĞLU/SURAN, s. 38.

maddenin ocak başı satış bedelinin on katı tutarında idari para cezası uygulanarak izin iptal edilmektedir.

Son olarak, işletme ruhsatı alınan bir alandan üretim veya işletme izni alınmadan üretim yapılması da hukuka aykırı maden üretme faaliyetlerinden biridir. Bu durumda da üretim faaliyeti durdurulmakta ve ruhsat başvurusu sırasında idareye ödenen teminat irat olarak kaydedilmektedir (Maden Kanunu m. 12/7). Ayrıca bu fıkraya göre de, üretilmiş olup el konulan ve/veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanmaktadır.

Belirtmek gerekmektedir ki, ruhsata dayalı olmayan üretimden doğan ceza sorumluluğu, köylülerin ticari amaç taşımayan zorunlu ihtiyaçlarını gidermek amacıyla köy muhtarının yazılı izni ile üretilip sevk ettikleri yapı hammaddeleri için uygulanmamaktadır (Maden Kanunu m.12/8). Söz konusu hükümde geçen “ticari amaç taşımama” durumuna örnekler Maden Yönetmeliği m. 52/1’de verilmiştir. Buna göre, ev, avlu, tarla sınırları, yol ve köyün ortak olarak kullandığı ibadethane, yol, okul, mezarlık, çeşme ve köy odası yapılması gibi durumlar ticari amaç olarak değerlendirilmemektedir. Bu durumda ruhsat bedeli ve Devlet hakkı alınmamaktadır. Ancak özel mülkiyete tabi alanlarda bu üretimin yapılması mülk sahibinin iznine bağlıdır (Maden Yönetmeliği m. 52/1).

B. Ruhsatsız Maden Üretme Fiilinin Hırsızlık Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

1. 5995 sayılı Kanun Değişikliği Öncesinde Durum

26.05.2004 tarihli 5177 sayılı Kanunla⁴⁸ değiştirilmeden önce 3213 sayılı Maden Kanununun 12. maddesinin son fıkrasına göre, maden hakkı olmayan kişiler tarafından çıkarılan cevherlere geçici olarak el konularak ağır para cezasına hükmedilmekteydi. Ayrıca 12. maddede, bu şekilde maden çıkarmanın “*devlet malına karşı işlenmiş fiil*” olduğu ifade edilmekteydi. Bu noktadan hareketle Yargıtay kararlarında, ruhsatsız maden üretimi fiilinin, hırsızlık suçu⁴⁹ kapsamında değerlendirildiği

⁴⁸ Resmi Gazete ile yayımı: 5.6.2004 Sayı: 2548

⁴⁹ 6 CD., 21.11.1996, E. 1996/11674, K. 1996/11694 <https://www.corpus.com.tr/#>

görülmektedir. Örneğin, 6. CD 21.11.1996 tarihli bir kararında Türkiye Taşkömürü Kurumu'na ait ocaktan taşkömürü çalma eyleminin, 3213 sayılı Kanununun 12. maddesi uyarınca Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılması gerekçesinden hareketle hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

5177 sayılı Kanun 6. maddesiyle⁵⁰ Maden Kanununun 12. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, ruhsatsız maden üretimi fiilinin yaptırımını idari para cezasına çevrilmiştir. Bununla birlikte bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi fiillerinin devlet malına karşı işlenmiş sayılacağı ve adli tatbikat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirileceği ifade edilmiştir. Bu konuya ilişkin daha detaylı düzenleme 04.06.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 26.05.2004 tarihli ve 5177 sayılı Kanunla değişik Geçici 8 inci maddesine dayanılarak hazırlanan Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 42. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre,

“Ruhsat veya işletme izni olmadan üretilmiş bir madenin, mülki amirlerin yetkilendirdiği kişiler tarafından sevk edildiğinin tespit edilmesi halinde, durum bir tutanak ile tespit edilir. Bu tutanakta üretimin yapıldığı yer, üretimi yapan kişi, taşıyan aracın plakası, aracı kullanan kişi, tartılması mümkün ise sevk edilen maden cinsi ve miktarı ya da yaklaşık miktarı tespit edilir. Üretilen madene mülki idare amirliğince el konulur. Bu kişilere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. Bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır. Bu fiili işleyenler, adli takibat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirilir. El konulan madenler, mülki idare amirliğince satılarak bedeli özel idaresine aktarılır.

⁵⁰ *“Ruhsat veya işletme izni olmadan üretim faaliyetinde bulunulduğunun tespiti halinde, üretilen madene mülki idare amirliklerince el konulur. Bu kişilere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idarî para cezası uygulanır. Bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır. Bu fiili işleyenler adli takibat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirilir. El konulan madenler, mülki idare amirliklerince satılarak bedeli özel idareye aktarılır.”*

Ruhsatlı alan içinde, ancak işletme izin alanları dışında üretim faaliyeti içinde bulunulması durumunda ruhsat sahibi uyarılarak işletme izni alanı dışındaki faaliyeti durdurulur. Bu fiilin tekrarı halinde işletme izni alanı dışındaki faaliyet durdurularak teminat irat kaydedilir.

(Ek fıkra: 15/07/2007 - 26583 S. R.G. Yön./4. md.) Üretim veya işletme izni olmadan satış amacıyla ruhsatın ait olduğu grupta maden üretimi yapıldığı tespit edilen arama ve işletme ruhsat sahalarındaki üretim faaliyetleri durdurulur. Sevkiyatın sevk fişi ile yapılmadığının tespiti halinde Kanununun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bu üretim ve satışın beyan edilerek devlet hakkının ödenmediğinin tespiti halinde de aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre işlem yapılır.”

Yargıtay bazı kararlarında 5177 sayılı Kanun değişikliği sonrası hâlâ “devlet malına karşı işlenmiş fil” ibaresinden hareketle ruhsatsız maden çıkarma fiilinin ceza hukuku sorumluluğu gerektirdiği sonucuna varmıştır⁵¹.

2. 5995 sayılı Kanun Değişikliği Sonrası

24.06.2010 tarihli 5995 sayılı Maden Kanunu’nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 12. maddesinin 5. fıkrasında tekrar değişiklik yapılmıştır. Buna göre;

“Ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti hâlinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur. Bu fiili işleyenlere bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır...”

⁵¹ “01.02.2005 günlü tutanakla sanık Yılmaz’ın sahibi olduğu kum-çakıl ocağında Sakarya Nehri içine yapılan mahmuzun uç kısmında sallama kepçeyle kum çıkarıldığının saptandığı, keşifte ise bilirkişi tarafından mahmuz yapılan yerin tamamının ruhsat sahasının dışında kaldığının saptandığı olayda; 3213 sayılı Yasa’nın 5177 sayılı Yasa ile değişik 2-a maddesinde “inşaat ile yol yapımında kullanılan ve tabiatta doğal olarak bulunan kum ve çakılın” maden olarak kabul edildiği, anılan Yasa’nın 12/5. maddesine göre de “...bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır. Bu fiili işleyenler adli takibat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirilir.” hükmüne yer verilmiş olması karşısında, mahkemece yargılamaya devam edilerek sanıkların kastı belirlenip, hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine eylemin Kıyı Kanunu’na uyduğundan söz edilerek görevsizlik kararı verilmesi,” 6 CD., 26.01.2010,E. 2007/14719, K. 2010/667.

3213 sayılı Maden Kanunu m.12/5 hükmü son halini 28.02.2019 tarihli 7164 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yapılan değişiklik ile almıştır. Buna göre m.12/5;

“Ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti hâlinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur. Bu fiili işleyenlere ödenmesi gereken Devlet hakkına ilaveten bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve/veya el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır...”

5995 sayılı Kanunla getirilen değişiklik ile Maden Kanunu m.12/5 düzenlemesinden ruhsatsız maden çıkarmanın *“devlet malına karşı işlenmiş bir fiil sayılacağı”* ifadesi çıkarılmış ve bu fiil, idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde gerekçesinde hala, *ruhsatsız maden çıkartılması halinde de çıkarılan cevherlere ek konması ve fiilin Devlet malına karşı işlenmiş sayılması kaçakçılığı önlemek amacı ile hükme bağlanmıştır*, ifadesi yer almaktadır.

Yapılan bu değişiklik ile Yargıtay kararlarında, maden üretim ruhsatı bulunmayan veya başkasına ait maden üretim ruhsatı bulunan bir alandan ruhsatsız maden çıkarılması eylemleri hırsızlık suçu olarak değil, idari para cezasını gerektiren kabahat olduğu yönünde içtihat oluşmuştur⁵². Kararların bazılarında, ruhsatsız maden üretme fiillerinin,

⁵² *“Sanık ...’ın, olay günü saat 01.00 sıralarında izinsiz olarak Antalya ili Boğaçay havzasından kum çıkarması eyleminde; 3213 sayılı Yasa’nın 12/5. maddesine göre “...bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır. Bu fiili işleyenler adli takibat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirilir.” hükmü, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 27621 sayılı, 24/06/2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5995 sayılı “Maden Kanunu’nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesiyle 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 12. maddesi 5. fıkrasının değiştirildiği, buna göre; “Ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti halinde sevk edilen madene el konulur. Bu fiili işleyenlere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup, el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak ayı satış bedelinin üç katı tutarında idari para cezası uygulanır...” hükmüne yer verildiği, söz konusu değişiklik sonrasında sanığın eyleminin suç olmaktan çıkıp sadece idari yaptırım (para cezası) gerektirdiği, kanunda suç olmaktan çıkmış bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağına gözetilmemesi,” 6 CD., 10.06.2020, E.2020/189, K.2020/1798*

“Sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda; sanığın kömür çıkarttığına tespit edilemediğinin anlaşılması karşısında, eylemin 5995 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 12. maddesinin değiştirilmeden önceki hâli ile TCK’nın 141/1, 35 maddelerine

uyan basit hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturduğu; 5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, izinsiz olarak kömür ocağı açıp kömür çıkarılması eyleminin yaptırımının idari yaptırıma dönüştürüldüğü; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 13/1. maddesine göre "Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz" hükmü karşısında ve 3213 sayılı Maden Kanununda izinsiz kömür ocağı açılıp kömür çıkarmaya teşebbüs eyleminin cezalandırılacağına dair hükmün de bulunmaması nedeniyle, CMK'nın 223/1-a maddesi gereğince sanık hakkında hırsızlık suçundan dolayı beraat, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12/5. maddesi gereğince idari yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." 2.CD., 31.05.2018, E. 2016/12444, K. 2018/7135

"Sanık hakkında, ruhsat almadan Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan dere yatağından kum-çakıl çıkarması biçimindeki eylemi nedeniyle hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmiş ise de; 3213 sayılı Kanun'un 12/5. maddesine göre "...bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk edilmesi Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır. Bu fiili işleyenler adli takibat yapılmak üzere ilgili makamlara bildirilir." hükmü, hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren 27621 sayılı, 24/06/2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5995 sayılı Maden Kanunu'nda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12.maddesinin 5.fikrasının değiştirildiği, buna göre; "Ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti halinde sevk edilen madene el konulur. Bu fiili işleyenlere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup, el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak ayı satış bedelinin üç katı tutarında idari para cezası uygulanır..." hükmüne yer verildiği dolayısıyla; söz konusu değişiklik ile sanığın eyleminin suç olmaktan çıkıp sadece idari yaptırımı (para cezası) gerektirdiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir." 2.CD., 13.03.2017, E.2014/29969, K.2017/2798

"İzinsiz olarak kömür ocağı açıp kömür çıkarılması eyleminin yaptırımının idari yaptırıma dönüştürüldüğü; "Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz" hükmü karşısında ve izinsiz kömür ocağı açılıp kömür çıkarmaya teşebbüs eyleminin cezalandırılacağına dair hükmün de bulunmaması nedeniyle, sanık hakkında ayrıca hırsızlık suçundan beraat kararı verilmesi gerekmektedir." 2. CD., 27.01.2016, E.2014/22344, K.2016/1310

"Sanığın ruhsat almadan TTK İşletmelerine ait alandan kömür çıkarmak için ocak açtığı, kömür bulamadığı için ocağın ağzını kapatarak terk ettiği olayda; ancak icra hareketlerini bitirme olanağı varken iradesi ile ve pişmanlık duyarak kendiliğinden eyleme son vermesi ya da sonucun gerçekleşmesini çabaları ile önlemesi durumunda uygulanabilecek 5237 sayılı TCK.nun 36. Maddesinin koşulları bulunmadığı gözetilmeden uygulanması hatalı ise de; sanığın eyleminin bir bütün halinde 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12/5 maddesine uyduğu, 10.06.2010 tarihinde 5995 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12/5 maddesinde yapılan değişiklikten sonra idari para cezasını gerektirdiğinin anlaşılması bozmayı gerektirmiştir." 2.CD.,3.6.2013, E. 2012/25798, K.2013/14247

5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12. maddesinin değiştirilmeden önceki hâline göre TCK'nun m. 141 kapsamında cezalandırılması gerektiğini vurgulanmıştır⁵³.

3. Değerlendirme

Kanaatimizce madenin kendi doğal halinden koparılması, ruhsatsız maden üretimi kabahatinin oluşması bakımından yeterlidir. Bu kabahatin oluşması bakımından, sevk edilme veya sevk sırasında yakalanma unsuru bulunmamaktadır. Ruhsatı olmadan maden üretiminde bulunulduğunun tespiti yeterlidir⁵⁴. Her ne kadar Maden Kanunu'nun 12. maddesinin başlığı "*üretim ve sevkiyat*" olarak belirtilmiş olsa da Maden Kanunu m.12/5 hükmünde "*ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti*" bu kabahatin oluşması için yeterli görülmüştür. 5995 sayılı Kanun değişikliği öncesinde Maden Kanunu m.12/5'te yer alan "*bu şekilde maden çıkartılması ve/veya sevk*

⁵³ "Sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda; sanığın kömür çıkarttığının tespit edilemediğinin anlaşılması karşısında, eylemin 5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12. maddesinin değiştirilmeden önceki hâli ile TCK'nun 141/1, 35 maddelerine uyan basit hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturduğu; 5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, izinsiz olarak kömür ocağı açıp kömür çıkarılması eyleminin yaptırımının idari yaptırma dönüştürüldüğü; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 13/1. maddesine göre "Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz" hükmü karşısında ve 3213 sayılı Maden Kanununda izinsiz kömür ocağı açılıp kömür çıkarmaya teşebbüs eyleminin cezalandırılacağına dair hükmün de bulunmaması nedeniyle, CMK'nun 223/1-a maddesi gereğince sanık hakkında hırsızlık suçundan dolayı beraat, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12/5. maddesi gereğince idari yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi," 2.CD., 25.2.2016, E. 2014/23942, K.2016/3219

"Sanık ...'ın katılan kuruma ait imtiyaz sahasında kaçak kömür ocağı açıp işlettiği, diğer sanıkların ...'ın yanında yeomiyeci olarak çalıştıklarının anlaşılması karşısında, eylemin 5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12. maddesinin değiştirilmeden önceki hâli ile TCK'nin 141/1. maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturduğu; 5995 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, izinsiz olarak kömür ocağı açıp kömür çıkarılması eyleminin yaptırımının idari yaptırma dönüştürülmesi nedeniyle, 5271 sayılı CMK'nun 223/1-a maddesi gereğince tüm sanıklar hakkında hırsızlık suçundan dolayı beraat, sanıklar. ..., ... Ve... Hakkında idari yaptırım uygulanmasına yer olmadığına ve sanık... Hakkında 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12/5. maddesi gereğince idari yaptırım uygulanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi," 2. CD., E. 2014/23548, K. 2016/7215

⁵⁴ **TOPALOĞLU**, Mustafa, Maden Sevk ve Üretimine İlişkin Suçlar, <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/maden-sevk-ve-u-reti-ml-ne-I-II-s-kl-n-suc-larI-542.pdf>, s.2.

edilmesi Devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır” ifadesi değişiklik sonrasında anılan fıkradan çıkarılmıştır. Böylece ilgili kabahati düzenleyen hükümden “sevk edilme” ibaresi de çıkmıştır.

Gerek 5995 sayılı Kanun değişikliğinden önce ruhsatsız maden üretiminin “*devlet malına karşı işlenmiş fiil sayılır*” ifadesinden yola çıkılarak hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekse kanun değişikliği sonrasında bu ifadenin çıkarılması nedeniyle fiilin hırsızlık suçu kapsamından çıkarıldığını söylemek kanaatimizce doğru değildir. Esas itibarıyla hırsızlık suçunun oluşması bakımından bu ifadenin Kanunda yer almasına gerek bulunmamaktadır. Nitekim devletin madenler üzerinde hüküm ve tasarruf yetkisine sahip olduğu Anayasa’da ve Maden Kanunu’nda yer almaktadır. Mülkiyeti devletin şahsında kamuya ait olan madenin, ruhsata sahip olmadan kaçak olarak çıkarılıp bulunduğu yerden alınması fiili, hırsızlık suçundan sorumluluğu da gündeme getirecektir.

Henüz toprak altında bulunan madenlerin, hırsızlık suçuna konu olup olamayacağı değerlendirmesini yapmak için öncelikle suçun konu unsurunun açıklanması gerekmektedir. Suç vasfını haiz her fiilin, mutlaka yöneldiği bir konu vardır. Suçun konusu genel olarak, “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi*”⁵⁵ olarak tanımlanmaktadır. TCK m. 141 hükmüne göre hırsızlık suçunun konusunu, “*başkasına ait taşınır bir mal*” oluşturmaktadır. Buna göre, suçun konusunun bir mal olması, bu malın taşınabilir olması ve başkasına ait olması unsurlarını taşıması gerekmektedir⁵⁶.

Hırsızlık suçunun tanımında geçen mal kavramı, Türk Medeni Kanunu’na göre belirlenir. Medeni hukuk anlamında eşya, kişilerin üzerinde hâkimiyet tesis edebilecekleri, kişilik değeri oluşturmayan, ekonomik değer taşıyan belirli bir maddi varlık olarak tanımlanmaktadır⁵⁷.

⁵⁵ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2020, s. 219.

⁵⁶ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ekim 2020, s. 605; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2022, s. 739.

⁵⁷ AYAN, Zilyetlik ve Tapu Sicili, s. 40; ANTALYA/TOPUZ, s. 57-58.

Görülmektedir ki, bir eşyanın varlığından bahsedebilmek için şu dört unsurun bulunması gerekmektedir⁵⁸: “*maddi (fiziki) bir varlığa sahip olma*”, “*hâkimiyet kurmaya elverişli olma*”, “*kişilik dışı olma*” ve “*ekonomik değer taşıma*”.

Hırsızlık suçuna konu eşyanın taşınır eşya olması gerekmektedir. Taşınır eşya, özüne zarar verilmeksizin bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi mümkün olan eşyadır⁵⁹. Suçun kanuni tarifinde belirtilen “*bulunduğu yerden alma*” fiil unsuru, malın taşınabilir olmasını gerektirir. Dolayısıyla taşınmaz mallar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz⁶⁰. Hırsızlık suçunun konusu olan taşınır malın, fail dışında başka bir kişiye ait olması gerekir. Bir malın başkasına ait olup olmadığı, özel hukuk hükümlerine göre belirlenmesi gereken bir konudur. Medeni hukuk kapsamında başkasına ait olduğu kabul edilen, başkasının mülkiyetinde bulunan bir mal hırsızlık suçuna konu olur. Dikkat edilmesi gereken husus, malın fail bakımından başkasına ait olmasıdır. Dolayısıyla hırsızlık suçunun oluşabilmesi için malın, mutlaka mülkiyet hakkı sahibinden alınması gerekli değildir. Bu suç, malın alındığı sırada zilyetliğe sahip olan kişiye karşı da işlenebilir⁶¹.

Hırsızlık suçunun konu unsuruna yönelik yapılan bu açıklamalardan hareketle, mülkiyeti devletin şahsında kamuya ait olan madenin, kişi mülkiyetine konu taşınır cevher olarak⁶² çıkarıldıktan sonra hırsızlık suçuna konu olabileceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle maden topraktan çıkarılmasıyla, artık mülkiyete konu taşınır mal niteliğine kavuşur. İşte bu andan itibaren hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir. Hırsızlık suçunun tamamlanması için, madenin bulunduğu yerden çıkarılması ve failin bulunduğu yerden alarak kendi egemenlik sahasına dâhil etmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay kararlarının aksine, ruhsatsız maden üreten kişinin bu madeni aynı zamanda bulunduğu yer-

⁵⁸ Bu unsurların içeriklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız. **AYAN**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, s. 40 vd.

⁵⁹ **AYAN**, Zilyetlik ve Tapu Sicili, s. 42.

⁶⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 613; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 744.

⁶¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 614.

⁶² **ÇİTİL**, s. 49.

den alıp götürmesi fiilinin hırsızlık suçunu da oluşturacağını düşünmekteyiz. Bu minvalde görüşümüzü bir Yargıtay kararını tahlil ederek somutlaştırmanın önemli olacağını düşünmekteyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **27.05.2021** tarihli ve E. 2018/348, K. 2021/223 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, 2009 yılında Garp Linyitleri imtiyaz sahası içinde bulunan açık kömür ocağından kazmak suretiyle parça kömür çıkarmış ve evinde biriktirdiği toplamda 7.250 kg ağırlığındaki bu kömürleri K'ye satmak isterken yakalanmıştır.

İlk derece mahkemesi, S'nin M'ye karşı **hırsızlık** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında, sırasıyla TCK, m. 141/1, m. 62, m. 50/1-a ve m.52/2-4 hükümleri uyarınca, sonuç ceza olarak **6.000 TL adli para cezası** ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmü ile ilgili olarak; "3213 sayılı Maden Kanunu'nun 2. maddesinde kömürün maden olarak gösterilmesi, 5177 sayılı Kanun ile değişik aynı Kanun'un 12. maddesine göre ise, madenin üretimi ve sevğine uyulmamasının idarî para cezası olarak düzenlenmesi karşısında, görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi"nin isabetsiz olduğu gerekçesiyle, bozma kararı vermiştir.

Yerel Mahkeme, aşağıdaki gerekçe ile bu bozma kararına direnmiştir: "Bozma ilamında belirtilen gerekçeye konu mevzuat hükmünün, madde başlığından da anlaşılacağı üzere maden üretimi ve sevki ile ilgili olduğu, üretim yapanlar ya da üretilen kömürün sevkinin gerçekleştirilen ilgililer hakkında uygulanması gerektiği," şeklindeki gerekçe ile bozmaya direnerek önceki hükümler gibi her iki sanığın da mahkûmiyetine karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünü aşağıdaki **gerekçe** ile bozulmasına karar vermiştir: "Sanığın, imtiyaz sahasına yakın bulunan bir köyde oturduğunu, yakmak amacıyla birkaç sene öncesinden beri işletmenin döktüğü pasa alanından seçerek kömür topladığını, bu kömürleri de ikametinde biriktirdiğini, kesinlikle kömür çalmadığını savunması; görgü tespit tutanağında, sanığın kömür çıkardığı yerin katılan kurumun imtiyaz sahası içinde bulunan açık kömür ocağı olduğu ve sonradan ocağın üzerinin toprakla kapatılarak tasfiye edildiğinin bildirilmesi, bilirkişi raporunda da; ele geçirilen kömürlerin hiçbir zenginleştirme işlemine tabi tu-

tulmamış ve belli bir noktadan kazma kullanılarak çıkarılan parça kömürler olup imtiyaz sahası içinde bulunan 48 D panoya ait kömürle aynı nitelikte bulunduğunun belirtilmesi karşısında, katılan kurum tarafından üretilerek saha içinde belli bir yerde bırakılan kömürlerin alınıp götürüldüğüne dair herhangi bir tespit yapılmadığı hususu da dikkate alınarak, ruhsat olmaksızın maden üretilmesi eyleminin suç tarihinden sonra yapılan yasal değişiklik uyarınca hırsızlık suçu olmaktan çıkarılıp sadece nispi idari para cezasını gerektiren kabahat fiiline dönüştürülmesi nedeniyle sanığın eyleminin hırsızlık suçunu değil kabahat fiilini oluşturduğu kabul edilmelidir.”

Somut olayda S'nin, bir işletmenin ruhsat sahası içinde bulunan madeni, kazarak çıkarması fiili, Maden Kanunu m.12/5 hükmüne göre, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren ruhsatsız maden üretme kabahatini oluşturur. Ruhsatlı veya ruhsatsız bir şekilde çıkarılan maden, taşınır mal niteliğine dönüşür. Ancak bu madenler ruhsat sahibi tarafından çıkarılmadığı, başka bir ifadeyle yasal olarak çıkarılmadığı için işletme ruhsatı sahibinin mülkiyetine geçmez. Bu durumda yukarıda da ifade edildiği üzere çıkan madenin mülkiyeti hala devlete aittir. Olayda S, çıkardığı kömürleri alıp evine götürmüş ve orada biriktirmiştir. Bu durumda kamu malına karşı işlenmiş hırsızlık suçu oluşmaktadır. Bu düşüncemiz, hırsızlık suçunun mağdurunun gerçek kişi olması gerektiği kabulüyle eleştirilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, “bütün suçlarda aynı zamanda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur olmaktadır.”⁶³ Madenler, toplumun bütününe ilgilendiren ve toplumun kalkınmasına hizmet eden doğal kaynaklardır. Dolayısıyla somut olayda ruhsatsız çıkarılan madenin yarar sağlamak amacıyla alınmasıyla oluşan hırsızlık suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkestdir. Devlet ise suçtan zarar görendir⁶⁴. Ayrıca

⁶³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225.

⁶⁴ Somut olayda K, S tarafından işlenen ruhsatsız maden çıkarma sonucu elde edilen kömürleri satın alırken yakalanmıştır. Kararda YCGK, S'nin işlediği fiilin suç olmaktan çıkıp kabahate dönüştüğü ve dolayısıyla ele geçirilen kömürlerin bir suçun konusunu oluşturmaması gerekçesiyle K bakımından suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun (TCK m. 165) oluşmayacağına karar vermiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kanaatimizce S'nin işlediği fiil aynı zamanda hırsızlık suçunu da oluşturmaktadır. Bu nedenle K, bir suçun işlemesi suretiyle elde edilen

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin gerekçesinde belirttiğinin aksine Maden Kanunu m.12/5'te yer alan kabahatin oluşması bakımından sevkiyat şartı aranmamıştır. Anılan kabahatin oluşması için madenin ruhsatsız bir şekilde üretilmesi yeterlidir. Üretilen madenin sevk edilmesi veya kişinin kendi egemenlik sahasına dâhil etmesi artık hırsızlık suçuna vücut verecektir.

Bununla birlikte somut olay bağlamında devam edilecek olursa, şu ihtimalde hırsızlık suçunun oluştuğuna yönelik tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre S, daha önce ruhsat sahibi tarafından çıkarılan madeni, satmak amacıyla bulunduğu yerden alıp evinde biriktirmesi ihtimalinde de tartışmasız hırsızlık suçu oluşurdu. Bu ihtimalde suçun mağduru, çıkardığı cevher üzerinde mülkiyet hakkının ait olduğu işletme ruhsatı sahibidir. Maden işletme iznine dayanılarak üretilen madenler artık taşınır mal niteliğine dönüşerek, ruhsat sahibinin mülkiyetine geçmektedir. Bu durumda önceden ruhsat sahibi tarafından üretilerek taşınır hale gelen cevherin, ruhsat sahibinin rızası olmadan kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla istif edildiği maden ocağından veya bırakıldığı yarma veya galeriden alınması halinde hırsızlık suçu oluşur.

4. Ruhsatsız Maden Üretme Kabahati İle Hırsızlık Suçu Arasındaki İçtima İlişkisi

Madenin, hırsızlık suçuna konu olabilmesi için topraktan çıkarılarak mülkiyete konu taşınır mal niteliğine kavuşması gerekmele birlikte madeni çıkarmak için gerçekleştirilen eylemler hırsızlık suçu bakımından icra hareketi niteliği taşımaktadır. Hırsızlık suçunun tamamlanması için, madenin alınması, başka bir ifadeyle failin bu maden üzerinde kendi fiili hâkimiyetini kurması gerekmektedir⁶⁵. Bu bağlamda hırsızlık suçunun işlenebilmesi için mutlaka madeni doğal halden koparma/çıkarma icra hareketinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ruhsatsız olarak madeni doğal halden koparma, başka bir ifadeyle üretme fiili ise ruhsatsız maden üretme kabahatini oluşturmaktadır. Dolayısıyla ruh-

kömürü satın alması, TCK m. 165 hükmüne göre suç eşyasının satın alınması suçunu oluşturur. Dolayısıyla, YCGK kararına katılmamaktayız.

⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 664.

satsız maden üretimi fiili ile hırsızlık suçunun icra hareketlerinde zorunlu bir kısmı bir ayniyet söz konusudur. Bu durum Kabahatler Kanunu m.15/3 bakımından bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

Kabahatler Kanunu m. 15/3 bir fiilin, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabildiği hallere özgü olarak bir içtima ilişkisini düzenlemektedir. Buna göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilir. Doktrinde Kabahatler Kanunu m.15/3'ün daha ağır nitelikte olan suç karşılığı öngörülen yaptırımın uygulanmasını kabul etmesinden hareketle, buradaki içtima ilişkisini fikri içtima benzeri bir durum olarak ifade eden görüşler bulunmaktadır⁶⁶. Kanaatimizce Kabahatler Kanunu m. 15/3 kapsamında gerekçedeki ifadede⁶⁷ de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, özel bir içtima hali düzenlemiştir.

Kabahatler Kanunu m. 15/3 kapsamında içtima hükmünün uygulanması için kabahat ve suçun unsurlarının örtüşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde içtima ilişkisinden bahsedilemez⁶⁸. Bununla birlikte hükmün uygulanabilmesi suçun tamamlanmış olması zorunluluk arz etmemektedir. İşlenen fiil ile bir kabahat tamamlanmış olmakla birlikte suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış suça göre değerlendirme yapmak gerekir⁶⁹.

Bir fiil ile hem suça, hem kabahate vücut verilmesi halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği hükmünün gerekçesi doktrinde farklı şekilde açıklanmaktadır. Doktrinde bir görüş Kabahatler Kanunu m.15/3 hükmü ile yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanmasının dayanağını, "*non bis in idem*" kuralına suçlarla kabahatler arasında da ge-

⁶⁶ KANGAL, Zeynel, Kabahatler Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s. 175.

⁶⁷ Bkz. Kabahatler Kanunu m. 15/3 gerekçe "Bir fiil, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabilir. Maddenin üçüncü fıkrası, **bu hallere özgü ve fakat sadece içtima ile ilgili bir hüküm** içermektedir..."

⁶⁸ KANGAL, s. 178.

⁶⁹ AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 472.

çerlilik tanınması olarak belirtilmektedir⁷⁰. Buna karşılık bir diğer görüş ise, “non bis in idem” ilkesinin ceza muhakemesinde bir muhakeme koşulu olduğunu, içtima ilişkisinin teorik gerekçesinin bu bağlamda açıklanmasının doğru olmayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, non bis in idem ile benzerlik taşıyan ancak hizmet ettikleri amaç bakımından farklılık arz eden çifte değerlendirme yasağı daha ağır nitelikte olan yaptırımın uygulanmasının temelini oluşturmaktadır. Yaptırım teorisinin konusunu oluşturan çifte değerlendirme yasağı, aynı hususun cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması esasına dayanmaktadır⁷¹.

Aynı fiille hem suç hem de kabahatin işlenmesi durumunda, ceza yaptırımı ile birlikte idari yaptırımın uygulanmasının non bis in idem ilkesini ihlal edip etmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır⁷². Non bis in idem ilkesi, bir kişinin, aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanmaması ve aynı fiili dolayısıyla birden fazla kere cezalandırılmamasıdır. Bu ilke ceza alanında usule ilişkin bir ilkedir⁷³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Nolu Protokol’ün 4. Maddesine⁷⁴ göre, işlemiş olduğu

⁷⁰ KANGAL, s. 176.

⁷¹ GÖKTÜRK, Neslihan Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.70; Yazar bu açıklamayı esas itibarıyla TCK sisteminde yer alan fikri içtima bakımından yapmıştır. Farklı neviden fikri içtima halinde fail, bu suçlardan sadece en ağırının cezası ile cezalandırılacaktır. Maddenin gerekçesinde bunun nedeni olarak da “non bis in idem” kuralı gösterilmiştir. Bu açıklamanın Kabahatler Kanunu m. 15/3 ve madde gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında Kabahatler Kanunu m. 15/3’teki içtima ilişkisi içinde geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

⁷² Bu konudaki tartışmalar ayrı bir çalışma yapmayı gerektirecek genişlikte olduğu için ele alınmayacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OTER, İlayda, “Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirlik Alanları İle İlgili Bir Sentez Çalışma”, TAAD, S. 50, Nisan 2022, s. 139-158.

⁷³ ÖZGENÇ, Hanne Vergi Hukukunda Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021, s. 12.

⁷⁴ “1.Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

suçtan dolayı yargılanıp kesin hükümle mahkûm olan ya da beraat eden kişi, aynı fiilden tekrar kovuşturulamaz ya da cezalandırılmaz. Görülmektedir ki, Protokolün 4. Maddesi, kişinin ceza yargılanmasına ve cezalandırılmasına ilişkin bir düzenlemedir⁷⁵. Bu durumda aynı fiil için farklı nitelikte örneğin, ceza ve idari yaptırım uygulanması non bis in idem ilkesinin ihlaline neden olmaz. Öte yandan AIHM, idari para cezalarının Sözleşmenin 6. maddesi ve Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi anlamında cezai nitelikte olduğu ve bir suç karşılığında uygulanan ceza yaptırımları ile birlikte uygulanmasının non bis in idem ilkesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁷⁶.

Maden çıkarma fiili, hem Maden Kanunu m.12/5'te düzenlenen kabahatin hem de TCK m.141'de yer alan hırsızlık suçunun unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla ruhsatsız maden üretimi kabahati ile hırsızlık suçunun icra hareketlerinde kısmı ayniyet söz konusudur. Bu durumda Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü gereğince sadece hırsızlık suçundan dolayı yaptırım uygulanması gerekmektedir. Ancak bu noktada, ruhsatsız olarak çıkarılan madenin, fail tarafından haksız yarar sağlamak maksadıyla alındığı her olay bakımından, Maden Kanunu m.12/5 hükmünün işlevsiz kalması sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda yukarıda ifade edildiği üzere faili hem kabahatten hem de hırsızlıktan sorumlu tutmak non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kanaatimizce bu sorunun, Maden Kanunu m. 12/5 hükmünün çıkarılan madenin alınması veya sevk edilmesi durumlarını dikkate alarak özel bir suç tipi şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir. Bir başka çözüm ise, Kabahatler Kanunu m. 15/3'ün genel kuralına karşın, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367/ 4. maddesinde öngörüldüğü gibi, mevzuatta hem kabahat hem de suça ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine açıkça izin veren düzenleme getirilmesi olabilir.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınmaz."

⁷⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf (E.T. 30.10.2023)

⁷⁶ Case Of Grande Stevens V. Italy (Application No. 18640/10), s .16, 34 Vd. , Case Of Mihalache V. Romania (Application no. 54012/10) s.18 vd., 41.

SONUÇ

Ruhsatsız maden üretimi fiili Maden Kanunu m. 12/5'te bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Madde lafzına bakıldığında bu kabahatin oluşması için madenin bulunduğu doğal ortamdan çıkarılması yeterlidir. Bunun ötesinde ruhsatsız çıkarılan madenin, alınması ve kişinin kendi egemenlik sahasına dâhil etmesi kabahatin oluşması bakımından aranmamaktadır. Maden çıkarma fiili ile birlikte söz konusu hareketlerin de gerçekleştirilmesi hırsızlık suçu bakımından bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

Kişinin maden ruhsatı olmandan maden çıkarması ve taşınır mülkiyetine konu bu madeni alıp üzerinde hâkimiyet tesis etmesi hırsızlık suçunu oluşturmaktadır. Yargıtay içtihatları bu düşüncemizin aksi yönündedir. Ruhsatsız çıkarılan madenin alındığı durumlarda da Yargıtay yalnızca Maden Kanunu m. 12/5 bakımından bir değerlendirme yapmış ve hırsızlığı gündeme getirmemiştir. Bununla birlikte ruhsata uygun bir şekilde çıkarılan madenin, istiflendiği yerden alınmasının hırsızlık suçunu oluşturduğu tereddütsüz kabul edilmektedir. Oysaki madeni ruhsatsız çıkarma ve onu alma eyleminin haksızlık içeriği, daha önce ruhsatlı olarak çıkarılmış maden cevherini alma eyleminden daha hafif değildir.

Maden çıkarma fiili hırsızlık suçunun icra hareketlerinden birini oluşturmaz. Bu bağlamda hırsızlık suçu ile Maden Kanunu m.12/5'te düzenlenen kabahatle kısmi bir ayniyet söz konusudur. Bu durumda Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmünün uygulanması ise ruhsatsız çıkarılan madenin alındığı her durum bakımından Maden Kanunu 12/5 hükmünü uygulanamaz kılmaktadır. Bu durum önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin:** Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- AKIN, Ümit:** İdare Hukuku Açısından Kıyıların Tabi Olduğu Hukuki Rejim, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil:** Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- AMIKLIOĞLU, Hüseyin:** Rödovals Sözleşmesi, 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016.
- ANTALYA, Osman Gökhan/ TOPUZ, Murat:** Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt: IV/1, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ATAY, Ender Ethem:** İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2012.
- AYAN, Mehmet:** Eşya Hukuku – I (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ekim 2020.
- AYAN, Mehmet:** Eşya Hukuku – II (Mülkiyet), 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Eylül 2020.
- BOZOK, Hüseyin:** Maden İpoteği, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, (Maden İpoteği).
- BOZOK, Hüseyin:** Maden Hukuku Mevzuatı (Gerekçeli – İçtihatlı – Kavram Endeksli), 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, (Maden Hukuku Mevzuatı).
- ÇAL, Sedat:** Türk İdare Hukukunda Ruhsat, 2. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- ÇEVİKÇELİK, Muradiye:** Türk Hukukunda Maden İşletme ve Rödovals Sözleşmeleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2017.
- ÇİTİL, Bünyamin:** Tüm Yönleriyle Maden Hukuku (Cumhurbaşkanlığı Sistemi KHK ve Kararnameleri Işığında), 1. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018.
- GÖKTÜRK, Neslihan,** Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

- GÜLAN, Aydın:** Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, İstanbul: Lamure Yayınevi, 2008.
- GÜLOĞLU, Yavuz / SURAN, Sadık:** “Maden İdari Para Cezaları ve Yargısal Denetimi”, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı:2, Aralık 2021 s. 24-48.
- GÜNAY, Ömer:** Maden Hukuku Kavramlar – İlkeler – Tanımlar (Güncel Danıştay Kararlarıyla), Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2017.
- KANGAL, Zeynel:** Kabahatler Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ekim 2020.
- KURT, Hayrettin:** Türk Hukukunda Maden Ruhsatı ve Sicili, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, Ağustos 2020.
- OTER, İlayda:** “Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanabilirlik Alanları İle İlgili Bir Sentez Çalışma”, TAAD, S. 50, Nisan 2022, s. 139-158.
- ÖZDAMAR, Demet:** “Maden Hakkı ve Maden İrtifakı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, 2001, s. 319-335.
- ÖZGENÇ, Hanne:** Vergi Hukukunda Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2020.
- ÖZTOPRAK, Sezin:** Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- PIELOW, Johann-Christian:** “Mining Law in Germany”, International and Comparative Mineral Law and Policy, 2005 Kluwer Law International, Netherlands, s. 1037-1066.
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Eylül 2022.

TOPALOĞLU, Mustafa: Maden Hukuku, 1. Basım, Adana: Karahan Kitabevi, 2011 (Maden Hukuku).

TOPALOĞLU, Mustafa: “Kaçak Maden Üretiminin Hukuksal Yönü”, Türkiye XIII. Madencilik Kongresi, 1993, s. 397-406, (Kaçak Maden Üretimi).

TOPALOĞLU, Mustafa: Maden Sevk ve Üretimine İlişkin Suçlar, <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/maden-sevk-ve-u-reti-mI-ne-I-II-s-kI-n-suc-larI-542.pdf> , (Sevk ve Üretim).

UÇKAN, Özkan: Türk Hukukunda Madencilğe İlişkin Haklar ve Bu Hakların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, 1. Basım, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 1983.

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNİN TACİR VASFI VE BUNLARLA İLGİLİ UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ DAVA NİTELİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Tamer BOZKURT*

Öz

Bir tüzel kişinin hangi koşullarda tacir sıfatını kazanacağı Türk Ticaret Kanunu'nun 16/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılır. Organize sanayi bölgeleri (OSB) ise 4562 sayılı Kanun'a göre Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın onayı ile kurulan özel hukuk tüzel kişileridir. OSB'lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığı ve OSB bünyesindeki bir şirkete arsa tahsisi, tahsisin iptali, kira sözleşmesi, elektrik aboneliğinden doğan borçlardan doğan uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğu bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda TTK m. 16/1 çerçevesinde tüzel kişilerin tacir sıfatını kazanmasının koşulları irdelendikten sonra; OSB'lerin tacir sıfatı ve bir uyuşmazlıkta davanın ticarî dava niteliğini haiz olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Organize Sanayi Bölgeleri • Tacir Sıfatı • Ticari Dava • Tüzel Kişi Tacir • Kamu Kurumları Tarafından Kurulan Kuruluşlar

* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye ✉ Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Eskişehir, Turkey.

✉ tamerbozkurt@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0486-399X.

✉ **Atıf Şekli** | **Cite As:** BOZKURT Tamer, "Yargı Kararları Işığında Organize Sanayi Bölgelerinin Tacir Vasfı ve Bunlarla İlgili Uyuşmazlıkların Ticari Dava Niteliği", SÜHFD, C.32, S.1, 2024, s. 227-265.

✉ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE MERCHANT-QUALIFICATION OF THE ORGANISED INDUSTRIAL ZONES AND THE COMMERCIAL LITIGATION NATURE OF DISPUTES RELATED TO THEM IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Abstract

Article 16/1 of the Turkish Commercial Code regulates the conditions under which a legal entity shall acquire the title of merchant. Accordingly, commercial companies, foundations, associations and institutions and organisations established by the State, special provincial administrations, municipalities and villages and other public legal entities in order to be managed or operated commercially in accordance with the provisions of private law in accordance with their own establishment laws are also deemed to be merchants. Organised industrial zones (OIZ) are private law legal entities established with the approval of the Ministry of Industry and Technology in accordance with Law No. 4562. It has emerged as a problem as to whether OIZs have the title of merchant and which courts have jurisdiction in disputes arising out of debts arising from land allocation, cancellation of allocation, lease agreement, electricity subscription of a company within an OIZ. In our study, after analysing the conditions for legal entities to acquire the title of merchant within the framework of Article 16/1 of the TCC, we will try to examine the merchant status of OIZs and whether the lawsuit in a dispute has the characteristics of a commercial lawsuit.

Key Words

Organised Industrial Zones • Merchant Status • Commercial Litigation • Legal Person Merchant • Organisations Established by Public Institutions.

GİRİŞ

Teknoloji geliştikçe ticaret hayatı da bundan etkilenmekte ve ticarî faaliyetlerin yürütüleceği alanlar hem değişmekte hem de çeşitlenmektedir. Bu düşüncenin ürünü olarak sanayinin uygun görülen alanlarda yapılanmasının sağlanması, çarpık sanayileşme ve çevre sorunlarının önlenmesi, kentleşmenin yönlendirilmesi, kaynakların rasyonel kullanımı, bilgi ve bilişim teknolojilerinden yararlanılması, sanayi türlerinin belirli bir plan dâhilinde yerleştirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla, sanayi için tahsis edilmesiyle kurulan, planlanan ve işletilen, kaynak kullanımında verimliliği hedefleyen mal ve hizmet üretim bölgeleri (organize sanayi bölgeleri) oluşturulmuştur. Bu yeni sanayi ve ticaret alanları, özel hukuk ile kamu hukukunun adeta iç içe geçtiği, her iki alanı da yakından ilgilendiren tüzel kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. OSB'ler adeta bir idare

organı gibi hareket edebilmekte, kamulaştırma yaptırma yetkisi ile dahi donatılmaktadır. Bu yönüyle bir kamu tüzel kişisi olmamasına rağmen, adeta böyle bir yapı gibi teşekkül ettirilerek ticarete özgü bir mahal haline getirilmiştir. Bu karmaşık yapı beklendiği gibi pek çok hukukî sorunu da beraberinde getirmiştir. Kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan, ama idare organına ait olabilecek bazı yetkilerle de donatılmış bu tüzel kişilikle ilgili uyuşmazlıklarda ilk sorun hangi yargı yerinin görevli olacağı bakımından ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlık mahkemesi bu sorunu adlî yargı lehine çözmüştür. Ancak sorun bununla da bitmemiş, bu sefer OSB'lerin taraf olduğu; ruhsat iptali, arsa tahsisi, kira sözleşmeleri vb. uyuşmazlıklarda adlî yargıya mensup hangi mahkemenin görevli olacağı sorunu ile karşılaşmıştır. Bu sorun çözüldürken ilk etapta temel bir bakış açısı ile OSB'lerin tacir olup olmadığı TTK m. 16/1'deki ölçütler kullanılarak ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Son yıllarda gerek ilk derece mahkemeleri gerek bölge adliye mahkemelerince bu konu ile ilgili olarak birbiri ile çelişen kararlara imza atılmıştır. Bazı kararlarda OSB'lerin tüzel kişi tacir sıfatını haiz olmadığı belirtilirken, diğer bazı ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemesi kararlarında OSB'lerin Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının "onayı" ile kurulan, dolayısı ile TTK m. 16/1 gereğince kuruluş kanunlarına göre özel hukuk hükümlerine göre yönetilen ve hatta ticarî şekilde işletilen (Devlet tarafından kurulmuş) özel hukuk tüzel kişisi olduğu ve dolayısı ile sadece basit bir özel hukuk tüzel kişisi değil, aynı zamanda tüzel kişi tacir sıfatını da haiz olduğu belirtilmiştir. Bu konu genellikle ticaret şirketi konumundaki davacılarla ortaya çıkan ihtilafın asliye hukuk mahkemesinin mi yoksa asliye ticaret mahkemesinin mi görev alanına gireceği tartışmalarını beraberinde getirmiştir. İlk görüşü savunan mahkeme kararlarında davanın asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği belirtilirken, diğer kararlarda davanın çözüm yerinin ticaret mahkemeleri olduğu vurgusu yapılmıştır. Bu içtihat farklılığı nihayet Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2023 yılında verdiği kararla noktalanmış, OSB'lerin tacir sıfatını haiz olmadığı, bu yüzden de uyuşmazlığın mutlak ticari dava olmadığı hâllerde yargılamanın asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. İlk derece, bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, konuyu tamamen nispî ticarî dava ekseninde değerlendirmiş, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-

e bendindeki “*Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde...öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.*” hükmü hiçbir mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Oysa OSB’lerin tıpkı antrepolar, borsalar, limanlar, serbest bölgeler gibi ticarete has özel mahaller olduğu gerçeğinin göz önüne alınması gerekirdi. Bu nokta göz ardı edildiği için uyuşmazlıklarda görev konusu daima tarafların tacir olup olmadığı noktasından hareket edilerek belirlenmeye çalışılmıştır. OSB’lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığının saptanması kuşkusuz, bundan bağımsız olarak da çok önemlidir. Zira tacir sıfatı maddî hukuk açısından son derece önemli sonuçları beraberinde getirir (TTK m. 18 vd.) OSB’lerin girdiği hukukî işlemler veya haksız fiillerle ilgili başta faiz, teselsül karinesi gibi sonuçlar olmak üzere, TTK’da tacirlere özgü olarak getirilmiş külfetlere (iflâs gibi) tâbi olup olmadığı ve kendilerinin tacirlere tanınan nimetlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusu bu sorunun yanıtına bağlı olarak değişecektir. Bu yüzden çalışmamızda öncelikle tüzel kişilerin tacir sıfatını kazanmasının koşulları TTK m. 16/1 ekseninde ele alınmıştır. Bu çerçevede anılan maddede geçen “...kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan...” ifadesindeki “veya”nın nasıl anlaşılması gerektiği konusunda eskiden beri var olan tartışmaların da izdüşümünün çıkarılması gerekmiştir. Zira bazı mahkeme kararlarında OSB’lerin devlet tarafından kurulan ve özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere kurulan kurumlar olduğu vurgusu yapılmıştır. Bu tespitin gerçekten de doğru olup olmadığı, sonucu etkileyecek niteliktedir. Bu yüzden TTK m. 16/1’de düzenlenen ve öğretilde oldukça tartışmalı yönleri bulunan Devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sıfatını kazanmasının koşullarının yargı uygulaması ve geçmiş öğreti birikimi çerçevesinde irdelenmesi de gerekmektedir. Bu inceleme sonucunda OSB’lerin tacir olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılacak ve görev ile ilgili olarak ortaya çıkan farklı mahkeme kararları ile en son Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararı tartışılacaktır.

I. TÜZEL KİŞİ TACİRLER

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 16. maddesinde bir tüzel kişinin hangi durumlarda tacir sıfatına sahip olacağı düzenlenmiştir¹. Buna göre "Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince *özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere* Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar."². Böylece ticaret şirketleri (kollektif, komandit, anonim, limited şirket ile kooperatifler- TTK m. 124), amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar³ ile Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından işletilen kurum ve kuruluşlar, belli koşulları taşımaları halinde kanun gereği tüzel kişi tacir sıfatını kazanacak ve tacir olmaya bağlanan hukukî sonuçlar uhdelerinde doğacaktır. Bu sonuçlar aslında toplu olarak TTK m. 18

-
- 1 Öğretide TTK m. 16'da bir tanım verilmeden ve TTK m. 12'ye bir yollama yapılmadan tüzel kişilerin tek tek sayılmasının bunlar bakımından sayma yöntemi benimsendiği izlenimini yaratsa da gerçek kişiler bakımından TTK m. 12/1'de getirilen tacir tanımının ilke olarak tüzel kişiler için de geçerli olması gerektiği, bu yüzden adlarına ticarî işletme işletilen tüm tüzel kişilerin esasen tacir olduğu ve sayılanların TTK m. 16'dakilerle sınırlı olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Hüseyin/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 8. Kısaltılarak Güncellenmiş Baskı, İstanbul 2022, s. 145. Aksi yönde bkz. **BOZER**, Ali: "Sosyal Sigorta Kurumlarının Tacir Sıfatı" (Kararlar), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Haziran 1962, s. 575.
- 2 Tüzel kişi tacirlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 204 vd.; **MİMAROĞLU**, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1970, s. 177 vd.; **İMREGÜN**, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 11. Baskı, İstanbul 1996, s. 34 vd.; **AYHAN**, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 190 vd.; **DOMANIÇ**, Hayri/**ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 203 vd.; **BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Bursa 2012, s. 81 vd.; **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022, s. 158 vd.; **ARKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 29. Bası, Ankara 2023, s. 135 vd.; **NOMER ERTAN** (**ÜLGEN**, Ticari İşletme Hukuku-2022), s. 145 vd.; **BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2023, s. 87 vd.; **AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 233 vd.; **ŞENER**, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 162 vd.; **BAHTİYAR**, Mehmet/**AYLİ**, Ali/**ŞUA**, Mehmet F./**KARAMANLIOĞLU**, Argun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2022, s. 125 vd.; **KAYAR**, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022, s. 142 vd.
- 3 Kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar hariç (TTK m. 16/2).

vd. hükümlerinde düzenlenmiş olsa da bunlar dışında özellikle özel hukuk uyuşmazlıklarında görevli mahkemenin belirlenmesinde ölçüt olarak alınma gibi özel sonuçlarla da karşı karşıya kalınabilecektir. Örneğin TTK m. 4/1'de "her iki tarafın da *ticari işletmesiyle* ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri"nin ticarî davaya vücut vermesi (nispî ticarî dava) bu açıdan düşünülebilir. Gerçi hükümde "tacir" sıfatından çok "ticarî işletme" ölçütü esas alınsa da zorunluluk olmamakla birlikte⁴, tacir konumunda olan tüzel kişilerin çoğu zaman ticarî işletme ça-pında bir işletmeye sahip olduğu⁵ veya öyle varsayılması gerektiğine dair öğretilerde görüşler bulunmaktadır⁶.

Taraf sıfatının davanın ticarî dava niteliğini etkilemesi yanında, TTK m. 5/A uyarınca dava şartı arabuluculuğu da gerektirmesi, özellikle sınırlarının belirlenmesinde bazen zorluk çekilen kısaca Devlet tarafından kurulan bazı kurum ve kuruluşların taraf olduğu davalarda önem arz eden bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bunun bir nedeni de bu grupta sayılan başta kamu iktisadî teşebbüsleri olmak üzere, kuruluş düzenlemelerine göre özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu/olacağı belirtilen ve genelde de ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz bu kurumların mevzuat değişiklikleri nedeni ile statülerinin zaman zaman değişmesi⁷, bu

4 **KIRCA**, İsmail, "Nispî Ticarî Davaya Dair", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi", Cilt. 33, Sayı. 1, Mart 2017, s. 59.

5 Bkz. **KARAYALÇIN**, s. 208.

6 Bkz. **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2015, N. 269.

7 Örneğin 351 sayılı Kanun'la kurulan "Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu" ile Kurumun, "tüzel kişiliği olan özel hukuk hükümlerine bağlı" olduğu düzenlenmişken, Kurum 1 sayılı 'Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (RG. 10.07.2018, S. 30474) 186/1-b maddesi gereğince "Kredi ve Yurtlar Genel Müdürlüğü" hâline getirilmiştir. Daha önce ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz ve 351 sayılı Kanun uyarınca da özel hukuk hükümlerine bağlı olmasından dolayı tacir sıfatına sahip olan Kurum, bu değişiklikten sonra Bakanlığa bağlı genel müdürlük hâline getirildiği için ayrı bir taraf ve tacir sıfatını da kaybetmiştir. Zira Kurumla ilgili bir uyuşmazlıkta artık Kurum değil "Bakanlık" taraf olarak gösterileceği ve Bakanlığın da tacir sıfatına sahip olması söz konusu olamayacağı için (TTK m. 16/2), bir özel hukuk uyuşmazlığında davanın görüleceği mahkeme de (özellikle bir ticaret şirketinin alacaklı olduğu varsayımında) değişecektir. Son olarak belirtilmelidir ki Kurumla bir sözleşme ilişkisi içine giren bir ticaret şirketi bile olsa dava ticarî dava niteliğini haiz olmayacaktır. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. **BOZKURT**, Tamer, Ticarî İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2023, s. 208-209.

statülerinin kaldırılması yahut da bu madde kapsamına girebilecek tüzel kişilere yenilerinin eklenebilmesidir. Bu bakımdan organize sanayi bölgelerinin bir özel hukuk tüzel kişisi olarak TTK m. 16 kapsamında tacir sıfatını haiz olup olmadığı hem maddî hukuk cephesi hem de usul hukuku bakımından önem arz etmektedir.

II. DEVLET, İL ÖZEL İDARESİ, BELEDİYE VE KÖY ile DİĞER KAMU TÜZEL KİŞİLERİ TARAFINDAN İŞLETİLEN KURUM VE KURULUŞLAR

A. Kuruluş Kanunları Gereğince Özel Hukuk Hükümlerine Göre Yönetilme veya Ticari Şekilde İşletilme Şartı

Yukarıda atıf yapılan TTK hükmünde Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sayılabilmesi için hüküm lafzen incelendiğinde iki ayrı alternatif öngörülmektedir. Bunlardan birincisi bu kurum ve kuruluşların kendi kuruluş kanunları⁸ gereğince “özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek” yahut da “ticari şekilde işletilmek” üzere kurulmasıdır.

Öncelikle ifade edilmesi gerekir ki öğretide, hükümde geçen “veya” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁹. Hüküm lafzen değerlendirildiğinde kurum ve kuruluşun kendi

⁸ 2017 Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa'nın 104/17 hükmü gereğince Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceği düzenlemesi nedeni ile, eski dönemde çıkarılan KHK'ler dışında (233 sayılı KHK gibi), yeni dönemde çıkarılabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de aynı kapsamda görülmesi gerekir. Örnek olarak 23 sayılı ‘Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (RG. 13.12.2018, S. 30624) 3/2 maddesi uyarınca “Ajans, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir.” hükmü verilebilir. Yine kuruluş kanunu bulunmayan bazı teşebbüsler bakımından Yüksek Planlama Kurulu tarafından ana statülerin hazırlanıp bunlar Resmî Gazete’de ilan edildikleri için, anılan hükmü “Ana Statüleri gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmak” şeklinde anlamak gerektiği yönünde bkz. Y. HGK, 15.03.2006, E. 2006/4-60, K 2006/74 (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.01.2024). Aynı yönde bkz. ERDEM, H. Ercüment, KİT’lerin Tacir Sıfatı, İzmir 1992, s. 48; BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment, Ticarî İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara 1993, s. 82-83; AYHAN, s. 195; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 236 vd.

⁹ **Bu yönde bkz.** POROY, Reha, “Yeni Türk Ticaret Kanunu”, İstanbul Ticaret Odası Mecmuası 1957, s. 33 (BİRSEL, s. 132, dn. 47’den naklen); EREM, Turgut, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, Ticari İşletme, 2. Baskı, İstanbul 1962, s. 99, dn. 25; BİRSEL, Mahmut Tevfik, Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1970, s. 132; POROY/YASAMAN, s. 162. **Aksi yönde bkz.** BOZER, s. 576; KARAYALÇIN, s. 209;

kuruluş kanunu uyarınca özel hukuk hükümlerine tâbi olması veya ticarî şekilde işletilmek amacıyla kurulması ayrı ayrı olasılıklar olarak karşımıza çıkacaktır. Aradaki bağlaç “ve” olarak anlaşıldığında ise hem kendi kuruluş kanunu uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek hem de ticarî şekilde işletilmek üzere kurulma şartı aranacaktır. Yine “kendi kuruluş kanunları” ifadesinin ticarî şekilde işletilme ölçütüne mi ait olduğu hususu da bir sorun olarak durmaktadır¹⁰. Kanımızca da “kendi kuruluş kanunları gereğince” ifadesinin sadece “özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek” ile bağlantılı yorumlanması gerekmektedir.

Kurum ve kuruluşun özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmasının saptanması oldukça kolaydır. Zira kurumun kendi kuruluş kanunu, KHK’si veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde, özel hukuka tâbi olacağının belirtildiğinin saptanması yeterli olacaktır¹¹.

ÖZDEMİR, Necdet/**KINACIOĞLU**, Naci, Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), 5. Baskı, Ankara 1984, s. 54; **ERDEM**, s. 49; **TEKİL**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997, s. 121, dn. 209; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 83; **NOMER ERTAN (ÜLGEN)**, Ticari İşletme Hukuku-2022), s. 147; **KAYAR**, s. 145; **ÇETİNER Selma/BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 104; **ERİŞ**, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017, m. 16, s. 715-716.

¹⁰ “Kendi kuruluş kanunları” ibaresinin “özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek” ölçütüne ait olduğu yolunda bkz. **ÖÇAL**, Akar, “TK. 18/I Maddesinin Uygulaması Hakkında Bazı Düşünceler”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. VX, Sayı 1, Ocak 1979, s. 239; **KARAYALÇIN**, s. 209; **ERDEM**, s. 50.

Yargıtay’ın eski kararlarında “ticarî şekilde işletilme” koşulunun kuruluş kanununda aranması gerektiği belirtilmektedir. İmralı Cezaevi (Y. TD. 27.01.1967, E. 114, K. 284), Çankırı Cezaevi İşyurdu [“...İmralı cezaevi, 4358 sayılı Kanununun 6 ve 8 inci maddesi hükümlerince hükmî şahsiyeti haiz ise de sözü geçen kanunda hususi hukuk hükümlerine ve ticari esaslara göre çalışacağı hakkında bir sarahat bulunmadığından davacı İmralı Cezaevi müdürlüğü ticari bir işletme değildir.”] ve Devlet Üretim Çiftlikleri kararları için bkz. **ÖÇAL**, s. 239-240. Karar metinleri için bkz. aşa. dn. 11.

¹¹ Örneğin 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 358. maddesi gereğince “Türk Patent ve Marka Kurumu”; 385. maddesi gereğince “Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi”, 532. maddesi gereğince “Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu”, 582. maddesi gereğince “Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu”, 615. maddesi gereğince “Türkiye İş Kurumu”; 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Kanunu’nun 5. maddesi gereğince “Atatürk Orman Çiftliği”, özel hukuk hükümlerine tâbi kılınmıştır.

Buna karşılık örneğin 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu’nda (RG. 17.03.1984, S. 18344) TOKİ’nin özel hukuk hükümlerine göre yönetileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından TOKİ tacir konumunda kabul edilmemektedir. Bkz. Y. 13. HD, 04.10.2010, E. 2010/4876, K. 2010/12557 (Karar için bkz. **KARA**, İlhan, 6502 sayılı Kanun Kapsamında

Buna karşılık kurum ve kuruluşun “ticarî şekilde” işletilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin saptanması ilk etapta o kadar kolay değildir. Öğretide 440 sayılı *mülga* “İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun”un¹² 2. maddesindeki¹³ ifade ile bağlantılı olarak, işletmecilik açısından ticari esaslara göre faaliyet göstermenin idare ve işletmede kârlılık ve verimlilik prensiplerinin hâkim olması ve teşek-kül personelinin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekliliği

Hazırlanmış, Tüketici Hukuku, Ankara 2023, s. 86, dn. 80). Aynı şekilde 4301 sayılı “Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve İdaresine İlişkin Kanun” ile 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 74 vd. maddelerinde düzenlenen “Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu” ile ilgili olarak, Kurum’un özel hukuk hükümlerine tâbi olacağına dair bir düzenleme yer almadığı için, Kurum tacir statüsünde sayılmamaktadır. Aynı konuyu düzenleyen mülga 4358 sayılı Kanun döneminde verilmiş bir karar bulunmaktadır. Kararda “...4538 sayılı Kanununun 6 ncı maddesine göre, iş esası üzerine kurulmuş olan cezaevleri ile işyurtları ve islahevleri mütedavil sermaye ile yapacakları bütün işler dolayısıyla hükmî şahsiyeti haiz buldukları anlaşıldığı gibi aynı Kanununun 8 inci maddesi hükmüne göre de bu şekilde çalışmadan hasıl olan kârın Adalet Bakanlığınca tesbit edilecek miktar üzerinden mahkumlara tevzi edileceği belirtilmiş olduğundan bu müessesenin hususî hukuk hükümlerine ve ticarî esaslara göre çalışacakları hakkında mezkûr kanunda bir sarahat bulunmaması itibarıyla TTK. nun 18 inci maddesi gereğince, davacı Çankırı Cezaevi İşyurdunun ticarî bir işletme olarak kabulüne imkân yoktur.” (Y. TD 27.01.1967, E. 114, K. 284. Karar için bkz. DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Madde 1-419, 4. Baskı, Ankara 2004, m. 18, s. 190, dn. 76. Ayrıca bkz. ARKAN, s. 140, dn. 2. Benzer bir durum, Yargıtay HGK tarafından verilen bir kararda, 5435 sayılı Kanun’la kurulmuş, Tarım Bakanlığı’na bağlı, tüzel kişiliği haiz katma bütçeli bir kurum olan “Devlet Üretim Çiftlikleri Umum Müdürlüğü” için de söz konusu olmuştur. Kurumun kuruluş kanununda özel hukuk hükümlerine göre yönetileceğine dair bir düzenleme olmadığı gibi, ticari şekilde işletileceğine dair bir hüküm de bulunmadığı, kurumun (mülga) 440 sayılı Kanun’a (233 sayılı KHK ikame etmiştir) da tâbi olmadığından bahisle eTTK m. 18 gereğince tacir sıfatını haiz olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Y. HGK, 15.04.1972, E. 1969/1317, K. 1969/245 (DOĞANAY, Şerh, m. 18, s. 191, dn. 77). Orman Genel Müdürlüğü’nün tacir olmadığı hakkında bkz. Y. TD. 16.06.1961, E. 1961/705, K. 1961/2034 (DOĞANAY, Şerh, m. 18, s. 191, dn. 78).

12 RG. 21.03.1964, S. 11662.

13 Hüküm şu şekilde idi: “Bu kanunun amacı, İktisadi Devlet Teşekkülleriyle müesseseleri ve iştiraklerin ulusal ekonomimize faydalı olabilmesi için özerk bir tarzda, karma ekonominin kurallarına ve ekonomik gereklere uygun olarak yönetilmelerini, kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak ve sermaye birikimine yardım etmek suretiyle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarını ve bu amaca ulaşmak için denetlenmelerini sağlamaktır.”. 233 sayılı KHK’nin 1/2-a/b hükümlerinde de benzer düzenleme bulunmaktadır. Özellikle 2/b hükmünde “...İktisadi devlet teşekküllerinin ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve millî ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmelerini ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratmalarını,” ifadesi geçmektedir.

anlamına geldiği ifade olunmuştur¹⁴. Bunun nasıl saptanacağı ise açık bir sorun olarak ortada durmaktadır. Öğretide KİT'ler özelinde bunların kuruluş yasası, ana statüsü vb. düzenlemelerinde özel hukuka tâbi olduğunun belirtilmesi ya da ticarî şekilde işletilmesinin yeterli olduğu ayrı başlıklar halinde ifade olunmaktadır¹⁵. Böylece bir kamu iktisadî teşebbüsünün ana statüsünde bu teşekkül ve kuruluşun özel hukuk hükümleri çerçevesinde yönetileceğine dair bir düzenleme olmasa bile, bunlar ticarî şekilde işletilmek üzere kurulmuşsa tacir sayılacaktır¹⁶.

Türk hukukunda kendi kuruluş düzenlemeleri uyarınca özel hukuk hükümlerine tâbi kılınan, ancak ticarî şekilde işletilip işletilmediği konusunda tereddütler olan kurumlar bulunmaktadır. Bu konuda verilebilecek en önemli örnek ise sanırız Sosyal Güvenlik Kurumu'dur. 5502 sayılı Kanun'un 1/2 maddesinde *"bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi Sosyal Güvenlik Kurumu kurul"* olduğu ifade edilmiştir. Acaba Kurum'un 5502 sayılı Kanun'da hüküm olmayan hallerde özel hukuka tâbi olması, ticarî şekilde işletilip işletilmediğinden bağımsız olarak kendisine tacir statüsünün verilmesi için yeterli olacak mıdır? Bu konu, Kurum bazında eskiden beri tartışmalı olmuştur¹⁷. Dahası 5502 sayılı Kanun'un Kurum'un taşınır ve taşınmazları, bankalardaki mevduatı dahil her türlü hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği, hakkında 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun haciz ve iflas hükümlerinin uygulanamayacağına öngörülmesi de tartışmayı ileri boyuta taşımıştır.

Bir diğer örnek 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 582/2 maddesi uyarınca¹⁸ *"Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu"*dur. Mezkûr maddede, ilgili kısımda hüküm bulunmayan hallerde

¹⁴ Bkz. BİRSEL, s. 131. Benzer yönde bkz. ERDEM, s. 52 vd.; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 83.

¹⁵ Bkz. ERDEM, s. 47-48, 49; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 83. Karş. İMREGÜN, Genel İlkeler, s. 44.

¹⁶ Bkz. ERDEM, s. 49; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 83; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 236-237. Karş. İMREGÜN, Genel İlkeler, s. 44.

¹⁷ SGK'nın tacir olduğu yönünde bkz. BOZER, s. 578; ÇEKER, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Adana 2014, s. 66. SGK'nın tacir olmadığı yönünde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 236, dn. 335.

Eski dönemde Bağ-Kur'un tacir olmadığı yönünde bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 22.03.2002, E. 2000/2, K. 2002/1.

¹⁸ Aynı düzenleme 278 sayılı Kanun'un mülga 1/3. maddesinde de yer almaktaydı.

Kurumun özel hukuk hükümlerine tâbi olduğunun belirtilmesi, tacir sayılması için yeterli mi kabul edilmelidir? Bilimsel araştırma ve bu araştırmaları desteklemek için kurulan bir kamu tüzel kişisi, sırf bu atıf nedeni ile tacir sayılmalı mıdır?

Kanımızca konu *KİT'ler ve KİT'ler dışındaki*, kamu kurumları tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar açısından *ayrı ayrı* incelenmelidir. Öğretide *Erdem*'in kanımızca da isabetle belirttiği gibi, KİT'ler açısından bunların tacir sayılması kuruluş düzenlemeleri uyarınca özel hukuka tâbi olduğunun belirtilmesi yahut da ticarî şekilde işletilmesi olgularından *birisinin* gerçekleşmesine bağlanmalıdır. Zira KİT'ler zaten ticaret hayatında mal ve/veya hizmet üretmek amacı ile siyasî, sosyal ve ekonomik nedenlerle ekonomiyi canlandırmak, özel sektörcü başarılamayacak genişlikte sanayi tesisleri kurmak ve özel sektöre öncülük etmek ve örnek olmak; üretim, dağıtım ve ürün fiyatlarını düzenlemek, tekel niteliğindeki malları ve hizmetleri yerine getirmek gibi amaçlarla kurulmuş kurumlardır¹⁹. Hatta kanımızca KİT'lerin tacir sayılması için ticarî şekilde işletilme şartı bile *tek başına* yeterli sayılabilirdi. Anılan kurumların tacir sayılması eşyanın doğası gereğidir. Benzer durum Atatürk Orman Çiftliği işletmesi için verilebilir. Atatürk Orman Çiftliği, birtakım ürünleri (su, süt, kefir, meyve suyu, dondurma vb.) üreten, satan; üretim merkezleri (fabrikaları) bulunan bir tüzel kişiliktir. Bu Kurumun salt özel hukuk hükümlerine tâbi olması yanında gerçekten de ticarî amaçla işletildiği açıkça görülmektedir²⁰. Kurum'a tacir statüsü verilmemesi, aksine piyasada aynı işi yapan bir özel teşebbüsle kıyaslandığında haksız rekabete neden olabilirdi.

Diğer yandan, KİT'ler dışında kalan ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından işletilen kurum ve kuruluşlar bakımından kanımızca farklı bir bakış açısı geliştirilmelidir. Yukarıda görüldüğü gibi öğretide TTK m. 16'de (*e*TTK m. 18) geçen "veya" ibaresinin doğru ve yerinde kullanıldığı ifade edildiği gibi, bunun "ve" olarak anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar da az değildir. Biz KİT'ler bakımından her iki alternatiften birisinin tacir sayılmak için yeterli, bunun eşyanın doğası gereği olduğunu

¹⁹ KİT'lerin amaçları ile ilgili olarak bkz. ERDEM, s. 30 vd.; BAŞTUĞ/ERDEM, s. 79.

²⁰ Bu yönde ayrıca bkz. ÖÇAL, s. 238-239.

düşünürken, *diğerleri için kuruluş düzenlemesinde sırf özel hukuka tâbi kılınmasının* tacir sıfatını doğuracağına savunulmasının amacı aşar sonuçlara götüreceği düşüncesindeyiz. Dolayısı ile bu sonuncularda kurumun hem özel hukuka tâbi olduğunun belirtilmesi hem ticarî şekilde işletilme koşullarının bir arada bulunmasının amaca daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu hipotezin hemen bazı kamu kurumları eli ile somutlaştırılması gerekir. Örneğin 4 Sayılı CBK m. 566 vd'da Türkiye Bilimler Akademisi düzenlenmiştir. İlgili bölümün amacının Türkiye'de tüm bilim alanlarındaki araştırmaları, bilim insanlığını ve araştırmacılığı özendirme ve bu alanlarda emeği geçenleri onurlandırmak; gençleri bilim ve araştırma alanına yönlendirmek, Türkiye'nin bilim diplomasisine katkı sunmak, bilim ve araştırma standartlarının yükseltilmesine yardım etmek olduğu düzenlenmiştir. TÜBA, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile ilgili, tüzel kişiliğe, bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli bir kuruluştur. Akademi, bu Bölümde belirtilmeyen hallerde *özel hukuk hükümlerine tabidir* (4 sayılı CBK m. 566/2).

TÜBA'nın özel hukuk hükümlerine tâbi olması TTK m. 16/1'deki alternatif nedeni ile kendisinin tacir sıfatını kazanmasına kaçınılmaz olarak yol açacaktır. Oysa TÜBA ticarî şekilde işletilen bir kamu kurumu olmayıp bilimsel ilerlemeye katkı için kurulmuş bir yapıdır²¹. Burada iki alternatiften birisinin varlığının yeterli sayılması ticarî şekilde işletilmekle uzaktan ilgisi olmayan kamu kurumlarının tacir sayılmasına neden olacaktır. Benzer durum TÜBİTAK için de tartışılabilir. Kuruluş düzenlemeleri hazırlanırken ilgili kurumun *hangi bakış açısı ile özel hukuk hükümlerine tâbi kılındığı* her zaman net bir şekilde anlaşılamadığından, aynı zamanda ticarî amaçla işletilme olgusunun da bu sonuncularda kanımızca

²¹ Özel hukuk hükümlerine tâbi kılınan benzer örnekler, 4 sayılı CBK m. 68/1 uyarınca "Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı"; m. 358 vd. hükümlerine göre kurulmuş Türk Patent ve Marka Kurumu; m. 615/2 vd. hükümlerine göre Türkiye İş Kurumu'ndan verilebilir. Buna karşılık 4 sayılı CBK m. 174/2 gereği kurulan Helal Akreditasyon Kurumu; m. 224/2 gereğince KOSGEB; m. 239 gereğince Meslekî Yeterlilik Kurumu; m. 286/2 gereğince Millî Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü; m. 384 gereğince Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi; m. 491 gereğince Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu'nun ticarî şekilde işletildiği izlenimi daha ağır basabilmektedir. TRT ise Kararname'nin 533. maddesi uyarınca diğer tercihlerden farklı olarak ilgili bölümde düzenlenen konular dışında kamu iktisadi kuruluşlarına uygulanan genel hükümlere tâbi kılındığı için bu ölçüte göre tacir sayılacaktır.

aranması gerekir. Bu ölçütlemeye bazı kamu kurumlarının, özel hukuk hükümlerine tâbi kılınmasına rağmen, aslında hiç ticarî amaçla hareket etmediği halde gereksiz yere tacir sayılmasını engelleyecektir. Örneğin özel hukuk hükümlerine *tâbi kılınmadığı halde* TOKİ'nin büyük bir inşaat şirketi gibi çalıştığı, ticarî şekilde işletildiği ve TOKİ'nin tacir sayılacağı pekâlâ iddia edilebilir. TOKİ de ürettiği konutları sanırsız ki sadece maliyetine satmamaktadır. Eğer üretilen konutlar aksine maliyetinin altına satılmakta, açık kalan kısım ise sosyal devlet ilkesi gereğince sübvansede edilmekte ise o zaman TOKİ'nin gerçekten de ticarî şekilde işletilmediği savunulabilir. Bu nedenle KİT'ler dışında kalan kamu kurumları bakımından “veya”nın “ve” olarak anlaşılması daha isabetli olacaktır.

B. Bu Kapsama Giren Kurum ve Kuruluşlar

1. Kamu İktisadî Teşebbüsleri

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen kamu iktisadî teşebbüsleri tacir sayılmaktadır²². 233 sayılı KHK, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarını ve bunların müesseselerini, bağlı ortaklıklarını ve iştiraklerini kapsamaktadır. Teşebbüslerin, KHK ile saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ifade edilmiştir (KHK m. 4/2). Benzer durum *müesseseler* (KHK m. 16/2) ve *bağlı ortaklıklar* (KHK m. 23/2) için de geçerlidir. Ayrıca bağlı ortaklıklar ve iştiraklerin anonim şirket şeklinde kurulacağı belirtildiğinden (KHK m.

²² Bu yönde bkz. **KARAYALÇIN**, s. 210; **MİMAROĞLU**, s. 187; **DOMANIÇ**, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1972, s. 80; **İMREGÜN**, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul 1995, s. 44; **TEKİL**, s. 122; **ARKAN**, s. 140 vd.; **BERZEK**, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 9. Baskı, İstanbul 2008, s. 48; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 83; **ŞENER**, Ticari İşletme, s. 167 vd.; **BAHTİYAR/AYLI/ŞUA/KARAMANLIOĞLU**, s. 129; **KAYAR**, s. 145 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **AKIN**, Mehmet Zeki, “Yeni Ticaret Kanunu Muvacehesinde İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Benzeri Müesseselerin Tacir Sıfatı”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1962, s. 44.

“...Kamu İktisadi Teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için, tacirdirler. Sermayelerinin Devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı kazandırmaz; özel hukuk tüzel kişileridirler ve haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır. Bu nedenlerle olayda 3533 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.” Y. HGK, 15.03.2006, E. 2006/4-60, K 2006/74 (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

2/5-6), bunların tacir sıfatı da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır²³. Ayrıca tekrarlanması gerekirse öğretide bazı görüşlerce kamu iktisadî teşebbüslerinin tacir sayılabilmesi için ticarî şekilde işletilmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir²⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006 yılında konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında TTK m. 16/1'deki (eTTK m. 18/1) hükmü yorumlayarak KİT'lerin tacir sıfatını kazanması için gerekli koşulları da açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Kararda geçen şu ifadeler dikkat çekicidir: "...Türk Ticaret Kanunu'nun 18/1. maddesinde, ticaret şirketleriyle gayesine varmak için ticari bir işletme işleten derneklerin ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kurulan teşebbüslerin tacir sıfatını taşıdıkları belirtilmiştir. Buradaki "Teşebbüsler" teriminin, 233 sayılı KHK'de belirtilen Kamu İktisadi teşekküllerini de kapsadığı; bu maddede "Kuruluş Kanunlarından" söz edilmekteyse de, bugün için Kamu İktisadi Teşebbüslerinin kendi kuruluş kanunları bulunmadığı ve onların yerine Yüksek Planlama Kurulu tarafından ana statüler hazırlanıp bunlar Resmi Gazete'de ilan edildikleri için, anılan hükmü "Ana Statüleri gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek üzere kurulmak" şeklinde anlamak gerektiği benimsenmektedir. Buna göre, bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün tacir sayılabilmesi için, **ticari şekilde işletilmek üzere kurulması yeterlidir**. Burada sermayenin kime ait olacağı bir kıstas olarak alınmamıştır. T.T.K. md. 18/1 uyarınca teşebbüslerin tacir sayılması için kanunda öngörülen iki şart birlikte aranmamakta, kendi kuruluş kanunları (ana statüleri) gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek cümlesinden sonra VEYA eki getirilerek "Ticari şekilde işletilmek üzere kurulan" teşebbüslerin de tacir sayılacakları belirtilmektedir. Öğretide baskın görüş de, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin tacir oldukları yönündedir (Bkz. Ali Bozer, Sosyal Sigortalar Kurumunun Tacir Sıfatı, Batıder, 1962. C.1, s.4, sh. 576; Yaşar Karayalçın, Ticari İşletme, sh. 209; Öcal Akar, TTK'nun 18/1. Maddesinin Uygulanması Hakkında Bazı Düşünceler. Esader, 1975 sa:1 sh. 238; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı sh. 118 vd., Ercüment Erdem, KİT'lerin Tacir Sıfatı, 1992. sh. 49 vd.)."²⁵

²³ Bu yönde bkz. ARKAN, s. 142; BOZER/GÖLE, s. 98; AYHAN, s. 194; KAYAR, s. 145; ŞENER, Ticari İşletme, s. 168.

²⁴ Bkz. AYHAN, s. 195; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 236.

²⁵ Y. HGK, 15.03.2006, E. 2006/4-60, K 2006/74 (Legalbank, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

Görüldüğü gibi Yargıtay ve öğretilerdeki ağırlıklı görüş, en azından KİT'ler bakımından eski ve yeni TTK'da geçen "veya" ibaresinin lafzen anlaşılması gerektiğini vurgulaması bakımından önem arz etmektedir.

2. Kamu İktisadî Teşebbüsleri Dışında Kalan Kurum ve Kuruluşlar

Öğretilerde bazı yazarlarca Devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak yapılan tasnifte kamu iktisadî teşebbüsleri ile özel hukuk hükümlerine göre yönetilen veya ticari şekilde işletilen diğer kurum ve kuruluşlar ayrı ayrı incelenmektedir²⁶. Dolayısı ile KİT'lerin tacir statüsü aslında bir ticarî işletme işletip işletmediğinden bağımsız olarak *per se* kabul ediliyorken²⁷ diğer grupta yer alan kurum ve kuruluşların tacir sayılması için özel hukuk hükümlerine tâbi olması veya ticarî şekilde işletilmesi ölçütlerinden birisinin varlığı yeterli görülmektedir²⁸.

Bu çerçevede öğretilerde eskiden beri 205 sayılı Kanun'la kurulan OYAK, 278 sayılı Kanun'la kurulan Tübitak, 4 sayılı CBK'de düzenlenen Türk Patent ve Marka Kurumu, 2954 sayılı Kanun ile kurulan TRT, 2560 sayılı Kanun'a tâbi olarak kurulan ilgili şehirlerin su ve kanalizasyon idarelerinin (ASKİ-İSKİ-İZSU- KOSKİ, BUSKİ vb.) tacir statüsünde olduğu genel olarak kabul edilmektedir²⁹.

III. ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU KARŞISINDAKİ DURUMU

A. Organize Sanayi Bölgelerinin Hukukî Niteliği

12.04.2000 tarih ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu³⁰ uyarınca OSB, sanayinin uygun görülen alanlarda yapılmasını sağlamak, çarpık sanayileşme ve çevre sorunlarını önlemek, kentleşmeyi yönlendirmek, kaynakları rasyonel kullanmak, bilgi ve bilişim

²⁶ Bkz. ARKAN, s. 140 vd.; ÇEKER, s. 66; ŞENER, Ticari İşletme, s. 168.

²⁷ Bkz. BOZER, s. 575; BOZER/GÖLE, s. 97; BAHTİYAR/AYLI/ŞUA/KARAMANLIOĞLU, s. 129.

²⁸ Bkz. ARKAN, s. 142-143.

²⁹ ARKAN, s. 143; AYHAN, s. 192; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 238, dn. 338; NÖMER ERTAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku-2022), s. 147; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 205; ÇEKER, s. 65; BOZER/GÖLE, s. 97; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 84; KAYAR, s. 147; ŞENER, Ticari İşletme, s. 168; BAHTİYAR/AYLI/ŞUA/KARAMANLIOĞLU, s. 130-131.

³⁰ RG. 15.04.2000, S. 24021.

teknolojilerinden yararlanmak, sanayi türlerinin belirli bir plan dâhilinde yerleştirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla, sınırları tasdik edilmiş arazi parçalarının imar planlarındaki oranlar dâhilinde gerekli ortak kullanım alanları, hizmet ve destek alanları ve teknoloji geliştirme bölgeleri ile donatılıp planlı bir şekilde ve belirli sistemler dâhilinde sanayi için tahsis edilmesiyle oluşturulan ve bu Kanun hükümlerine göre kurulan, planlanan ve işletilen, kaynak kullanımında verimliliği hedefleyen mal ve hizmet üretim bölgelerini ifade eder (4562 sayılı Kanun m. 3/1-h).

Kanun'un (OSB'nin) "*Nitelikleri*" başlığını taşıyan 5. maddesinde ise OSB, müteşebbis heyetin³¹ veya genel kurulun vereceği karar üzerine yönetim kurulunun başvurusu üzerine Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca verilen kamu yararı kararı ve sınırları belirlenmiş yetki çerçevesinde kamulaştırma işlemleri yaptırabilen bir *özel hukuk tüzel kişiliği*³². OSB, yer seçimine ilişkin yönetmeliğe göre uygun görülen yerlerde *Bakanlığın onayı* ile kurulur.

Organize sanayi bölgeleri birer özel hukuk tüzel kişiliği olarak adlandırılmasına rağmen klasik bir özel hukuk tüzel kişisinde görülemeyecek yetkilerle donatılmıştır³³. Bunların başında işyeri açma ruhsatının verilmesinden imar, planlama, kamulaştırma *yaptırma*³⁴, arsa tahsisi ve arsa tahsisini geri alma gibi yetkiler gelmektedir. Böylece bu özel hukuk tüzel kişiliği klasik idare hukuku bakışı ile idare organına tanınmış bazı

³¹ Kanun'un 7. maddesi uyarınca müteşebbis heyet, OSB'nin kuruluşuna katılan kurum ve kuruluşların karar organlarıncı, organlarında görevli olanlardan veya mensupları arasından tespit edilecek on beş asıl ve on beş yedek üyeden oluşur. Kanun'un 6. maddesinde ise OSB'nin organları sayılırken "müteşebbis heyet" in (işletme aşamasında genel kurul) olduğu belirtilmiştir.

³² Organize sanayi bölgelerinin özellikle idare hukuku açısından niteliği ve tartışmalar için bkz. **YILDIRIM**, Meral, İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu, İstanbul 2019, s. 41 vd. Organize sanayi bölgelerinin hukukî niteliği ile ilgili olarak ayrıca bkz. **DELİDUMAN**, Seyithan, OSB (Organize sanayi bölgeleri) Rehberi, İstanbul 2005, s. 3 vd.

³³ Bkz. **CANPOLAT**, Önder, Organize Sanayi Bölgeleri Hukuku (Açıklamalı- İtihatlı), Ankara 2023, s. 112.

³⁴ Kamulaştırma yaptırma yetkisi ile ilgili süreç için bkz. **DEDEOĞLU**, Erdoğan, Açıklamalı ve İtihatlı 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, Ankara 2019, s. 126-127.

kamusal yetkilerle donatılmıştır³⁵. Bu yönleri ile de idare hukuku öğretisinde nitelikleri sıkça tartışma konusu olmuştur. Hatta daha öncesinde OSB'lere verilen doğrudan kamulaştırma yetkisi (m. 4/7) Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir³⁶. Böylece OSB'ler, kanunla kamusal yetkiler tanınmış özel hukuk tüzel kişileri olup kamu yararına faaliyette bulunmaları ve kamu hizmeti yapmaları nedeniyle, kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu bir takım ayrıcalıklı ve kamusal yetkilere sahiptir³⁷. Diğer taraftan, özel hukuk tüzel kişilerinin aksine serbest irade ile kurulamakta, kuruluş esasları kanunla düzenlenmekte ve kurulabilmeleri Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının onayına bağlanmaktadır³⁸.

Burada akla gelebilecek ve irdelenmesi gerek bir diğer hüküm ise 4652 sayılı Kanun'un 20. maddesidir. Hükümde OSB'lerin ihtiyacı olan *elektrik, su, kanalizasyon, doğalgaz, arıtma tesisi, yol, haberleşme, spor tesisleri* gibi *altyapı* ve genel hizmet tesislerinin kurulması ve işletilmesi, kamu kurumu ve özel kuruluşlardan satın alınarak dağıtım ve satış yapılma hakkının sadece OSB'nin yetki ve sorumluluğunda olduğu öngörülmüştür. OSB'ler, Bakanlıktan izin almak kaydıyla ayrı şirket kurma şartı aranmaksızın OSB alanı içerisinde öncelikle kendi ihtiyacı olmak üzere elektrik üretim tesisleri kurma ve işletme hakkına sahiptir. OSB'deki katılımcıların elektrik üretim tesisleri kurması ve işletmesi OSB iznine tabidir (4652 sayılı Kanun m. 20/I). Yine aynı hüküm uyarınca OSB'de yer alan kuruluşlar, altyapı ihtiyaçlarını OSB'nin tesislerinden *karşılama zorundadır*. OSB'nin izni olmaksızın altyapı ihtiyaçları *başka bir yerden karşılanamaz* ve bu amaçla münferiden tesis kurulamaz (4652 sayılı Kanun m. 20/III)³⁹.

³⁵ Bkz. ÇOLAK, N. İlker, "Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarısının Değerlendirilmesi", Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 437; İNANÇ, Mehmet, Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri, İstanbul 2018, s. 34.

³⁶ AYM, 31.10.2013, E. 2013/49, K. 2013/125 (RG. 28.12.2013, S. 28865).

³⁷ GÜLER, Ilgın, "Organize Sanayi Bölgelerinin Niteliği", Menemen Plastik İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri Bülteni, Temmuz 2022 (<https://www.impiosb.org.tr/storage/app/media/Ebulten/Temmuz%202022/Temmuz-2022-3.pdf>. Erişim Tarihi: 10.01.2024).

³⁸ GÜLER, "Organize Sanayi Bölgelerinin Niteliği", Menemen Plastik İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri Bülteni.

³⁹ Hükümle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CANPOLAT, s. 491 vd.

Bu hüküm dikkate alındığında OSB'lerin ciddi bir alt yapı tesisi işlettiği ve hatta OSB'de faaliyet gösteren katılımcıların bu hizmetleri OSB tüzel kişiliğinden almak zorunda olduğu görülmektedir. Bu sistem aslında ciddi bir işletilme olgusunu da beraberinde getirmektedir. O halde OSB'ler birer *ticarî işletme işleten* özel hukuk tüzel kişileri midir?

OSB'lerin büyük bir organizasyon içinde faaliyette bulunduğu muhakkaktır. Ancak OSB'lerin ticari işletme için aranan "bağımsızlık" (TTK m. 11/1) unsurunu taşıyıp taşımadığı bir tarafa, bir organizasyon dahilinde kendisinin bizzat bir ticarî işletme işletmesinden ziyade, katılımcıların organize şekilde faaliyet yürüteceği ticaret ortamı yaratmak amacı ile kurulduğu görülmektedir. Yine öğretilerde OSB'lerin ticarî işletmenin en önemli unsurlarından birisi olan gelir sağlama/kazanç elde etme amacıyla faaliyette bulunamayacakları da belirtilmektedir⁴⁰.

OSB'ler yukarıda TTK m. 16/1'de öngörülen koşullardan hiçbirisine uygun olmayan *atipik* bir özel hukuk tüzel kişiliğidir. Kendi kuruluş kanunu gereğince özel hukuka tâbi olmadığı gibi KİT'ler gibi, ticarî şekilde işletildiği de söylenemez. Organize sanayi bölgeleri, katılımcılarının ticarî ve sınaî faaliyetlerini yürütebilmeleri için gereken organizasyon ve alt yapıyı sağlayan özel hukuk tüzel kişileridir. Kendi mevzuatında tüzel kişi tacir sayılması için gereken koşulları taşımayan bir kişiliğin, sırf Kanun'un 20. maddesindeki bu düzenleme ile tüzel kişi tacir sayılacağı düşünülmesi kanımızca mümkün olmasa gerektir. Aksi halde aynı bakış açısı ile kendi kuruluş kanununda atıf olmadığı halde TOKİ'nin de ticarî şekilde işletilen bir kuruluş olduğu gerekçesi ile tacir sayılacağı pekâlâ iddia edilebilir. Kaldı ki TOKİ doğrudan konut üretip satmaktadır. Buna rağmen kendi mevzuatı müsait olmadığı için tacir sayılmamaktadır. Oysa OSB'lerin kendisi bizzat mal satan veya hizmet üreten yapılar da değildir. OSB'ler sadece katılımcıların faaliyetlerini yürütmek ve kolaylaştırmak için kurulmuş organizatör kurumlardır⁴¹.

⁴⁰ Bkz. CANPOLAT, s. 113.

⁴¹ Yargıtay 3. HD, eski TTK dönemine ait bir uyuşmazlıkta aksi yönde karar verilmiştir. "...Somut olayda; davacı Organize Sanayi Bölgesi'nin, TEDAŞ ve diğer üreticilerden toptan aldığı elektriği, EPDK'nın yayınlamış olduğu yönetmeliklere uygun şekilde davalı dahil üyelerine vereceği taraflar arasında yapılan 16.06.2008 tarihli Elektrik Satış Sözleşmesi ile kararlaştırılmış olup davacı İvedik Organize Sanayi Bölgesi'nin Türk Ticaret Kanunu 12/1 maddesi uyarınca elektrik

Bu açıklamalarımızın nedeni OSB'lerle ilgili bir uyuşmazlığın öncelikle hangi yargı kolunun içine gireceğinin saptanmasıdır. Zira idarenin yapabileceği idari işlemleri yapabilen veya yaptırabilen bir özel hukuk tüzel kişisi, hukukumuzda özel hukuk tüzel kişiliği ile kamu tüzel kişiliği arasındaki sınırı silikleştirmekte, bu da bir uyuşmazlıkta hangi yargı kolunun görevli olacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Zira çalışma konumuz OSB'lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığı, giderek bir uyuşmazlığın nispi veya mutlak ticari davaya vücut verip veremeyeceğinin araştırılmasıdır. Eğer görevli yargı kolunun idari yargı olduğu düşünülürse açıklamalarımız belli ölçüde anlamını yitirecektir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta Mahkeme, OSB yönetim kurulunun ilgili işyerinde kanuna aykırı faaliyet yürütüldüğü için işyeri ruhsatının iptaline karşı açılan davada adli yargıyı görevli görmüştür.⁴²

dağıtım işi yapmakla ticarethane sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Davacı Organize Sanayi Bölgesi 'Organize Sanayi Bölgeleri Hakkındaki 4652 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtildiği üzere bir özel hukuk tüzel kişisidir. Ayrıca 29.12.2006 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Organize Sanayi Bölgelerinin Elektrik Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliğin 1. ve 4. maddelerine göre ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte, yaptığı işler de ticarethane sayılmaktadır. Nitekim ASKİ Genel Müdürlüğü ile ilgili olarak önüne gelen bir ihtilaf nedeniyle Hukuk Genel Kurulu 21.09.1983 gün ve E. 1980/11-2721, K. 1983/823 sayılı ilamıyla; 'ASKİ tarafından görülen hizmet bir kamu hizmeti ise de faaliyetin özel hukuk kuralları altında yapıldığını kabulle TTK m. 18/1. maddesi anlamında tacir sayılacağına' karar vermiş...tir. Eldeki dava da davacının gerçekleştirdiği elektrik dağıtım işinden kaynaklanan ve davacı tarafından tahakkuk ettirilen faturalarda eksik tahakkuk yapılması nedeniyle alacağın tahsiline ilişkin itirazın iptali davası olup, uyuşmazlığın çözümü asliye ticaret mahkemesinin görevi içerisindedir". Y. 3. HD. 30.03.2016, E. 2015/8464, K. 2016/4950. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD, 05.04.2016, E. 2015/5272, 2016/5222.

⁴² Kararda "...Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin Ostim Organize Sanayi Bölgesinde "Oksijen ve karbondioksit" dolumu yapmak üzere İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı aldığı; daha sonra yapılan denetimlerde ise 10 m³'lük oksijen tankını söktüğünün, karbondioksit tankının mevcut olduğunun, halen karbondioksit gaz dolumunun yapıldığının, ayrıca faaliyet konusu dışında, oksijen, karışım, argon, LPG ve azot gaz tüplerinin depolandığının, satışının yapıldığının tespit edilmesi üzerine Ostim Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunun 14.9.2011 günlü, 387 sayılı kararıyla faaliyetten men edilmesine, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının iptaline karar verildiği anlaşılmıştır. Yukarıda sözü edilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, Organize Sanayi Bölgelerinin özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu ve özel hukuk tüzel kişilerin tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılacağı açık olduğu gözetildiğinde işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptali yolunda tesis edilen işlemin yargısal denetiminin de adli yargı yerine ait olduğu açıktır. Açıklanan nedenlerle Danıştay Başsavcısının başvurusunun reddi gerekmektedir". UYM, 08.04.2013, E. 2012/442, K. 2013/485.

Bu açıklamalardan sonra özel hukuk tüzel kişisi sayılan, ilgili uyumsuzlukların adli yargı kolunda görüleceği anlaşılan OSB'lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığının saptanması hem maddî hukuk hem usul hukuku bakımından önem arz etmektedir. OSB'lerin tacir sayılması, tacir olmaya bağlanan hukukî sonuçlar açısından önem arz ettiği gibi (TTK m. 18 vd.), görevli mahkemenin belirlenmesinde de dikkate alınacak bir ölçüt olduğu *düşünülebilir*.

Konu ile ilgili olarak gerek ilk derece mahkemeleri gerek bölge adliye mahkemeleri arasında önemli içtihat farklılıkları ortaya çıkmıştır. Aşağıda incelenecek olan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 2023 yılında verdiği karar ile bu uyumsuzluk giderilse de anılan mahkeme kararları ve gerekçelerinin irdelenmesi, sanırım gelecekte yaşanabilecek benzer sorunları en aza indirgeyecektir.

B. Organize Sanayi Bölgelerinin Tacir Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu

1. Yargı Uygulaması

a. İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Bu konuda hem ilk derece mahkemesi kararları hem de onların istinaf başvuruları ile ilgili bilgi verilecektir.

İlk olarak Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 20.03.2019 tarihinde verdiği⁴³ arsa tahsisinin iptali kararının kaldırılmasına dair açılan bir davada ilk derece mahkemesi, davalı OSB yönetim kurulunun kararının iptali istemini reddetmiştir. Karara karşı istinaf yoluna başvurulması üzerine, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi görevsizlik gerekçesi ile kararı kaldırmıştır. Kararda "*...Dosya kapsamından; davanın, 6335 sayılı Kanun ile değişik 6102 sayılı TTK'nun 5. maddesi hükmünün yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden sonra Asliye Ticaret Mahkemesinde açıldığı anlaşılmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine göre, bir davanın ticari dava olabilmesi için uyumsuzluğun her iki tarafının da tacir olması⁴⁴ ve uyumsuzluğun ticari işletmeleriyle ilgili hususlardan doğmuş*

⁴³ Bkz. Ankara Batı ATM, 20.03.2019, E. 2017/516, K. 2019/187.

⁴⁴ Eski TTK'dan farklı olarak yeni TTK m. 4/1'de "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri... ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır*" hükmünden dolayı her iki tarafın tacir olması şartı artık aranmamaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında da yeni TTK döneminde görülen bu alışkanlık yanlış sonuçlara

bulunması veya anılan Kanun maddesinde sayılan mutlak ticari davalardan olması gerekli ve yeterlidir. Aynı Kanun'un 5/2. maddesinde ticari davaların, ayrı asliye ticaret mahkemesi olan yerlerde o yerdeki asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hükmüne bağlanmış, maddenin 3. fıkrasında; asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak belirlenmiştir. 4962 [4562] sayılı OSB Kanununda OSB'lerin özel hukuk tüzel kişisi oldukları belirtilmiştir. Eldeki dosyada; davalı tacir olmadığı gibi mutlak ticari dava da söz konusu olmadığından uyuşmazlığın ticari dava olarak asliye ticaret mahkemesinde görülüp çözülmesi doğru değildir (Yargıtay 4. HD 2014/8822 Esas, 2015/4862 Karar)"⁴⁵

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, "Osmaniye Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulu Başkanlığı" tarafından "Türkiye Elektrik İletim AŞ" ye karşı açılan menfi tespit ve istirdat davasında, Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin⁴⁶ "Dava, taraflar arasında düzenlenen 'Sistem Kullanım Sözleşmesinden' kaynaklanan cezaî şart faturasının haksız olduğunun tespiti ile yapılan ödemenin istirdadı istemine ilişkin olup mahkemece, mevcut davaya bakma yetki ve görevinin idari yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle davanın yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle reddine" dair kararını bozarken şu ifadeleri kullanmıştır: "...Uyuşmazlık, tacir olan taraflar arasında imzalanmış olan 'Sistem Kullanım Anlaşmasından' kaynaklanmakta olup, davalı da özel hukuk tüzel kişisidir. Davanın tarafları özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösterdikleri gibi, uyuşmazlığa konu sözleşme de özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir"⁴⁷. Kararda

götürebilecek niteliktedir (bu ifade tarzının geçtiği bir karar için bkz. Y. HGK., T. 30.6.2020, E. 2019/4-231, K. 2020/487. Kazancı Mevzuat&İçtihat, Erişim Tarihi: 20.12.2023). Örneğin ticari işletme işlettiği halde, kamuya yararlı dernek statüsünde olduğu için tacir sayılmayan bir dernek (TTK m. 16/2) ile örneğin bir anonim şirket arasındaki uyuşmazlık, karardaki kümülatif şart dikkate alınırca ticari dava sayılmayacaktır. Oysa Kanun'da ölçüt olarak "her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgi" arandığı için derneğin ve anonim şirketin ticari işletmesi ile ilgili bu uyuşmazlık nispi ticari davaya vücut verecektir. Bu konuda bkz. PASLI, Ali: "Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava", Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV (Tebliğler-Tartışmalar), 23 Ekim 2020, İstanbul 2021, s. 59 vd.

⁴⁵ Ankara BAM, 25. HD, 29/12/2020, E. 2019/1943, K. 2020/2238. Aynı yönde bkz. Ankara BAM, 25. HD, 28/12/2021, E. 2021/1746, K. 2021/2003; Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi, 03/06/2021, E. 2021/167, K. 2021/402.

⁴⁶ Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, 24.11.2014, E. 2014/702, K. 2014/478.

⁴⁷ Y. 19. HD, 07.05.2019, E. 2018/3076, K. 2019/2959.

TEİAŞ'ın KİT statüsüne ve tacir sıfatına haklı olarak vurgu yapılırken, davacı OSB'nin gerekçe belirtilmeksizin önce tacir, sonra da özel hukuk tüzel kişisi olduğunun vurgulanması ilginç bir yaklaşımdır. Taraflar arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması sanki OSB'nin de kendiliğinden tacir sayılmasını gerektirir bir yaklaşım izlenimini vermektedir.

İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 04.11.2019 tarihinde verdiği bir kararda⁴⁸ ise şu ifadeler kullanılmıştır. "...Somut olayda, Davacının İTOB Organize Sanayi Bölgesi sınırları içerisindeki 224 ada, 15 parselde mevcut taşınmazın OSB yönetim kurulunun aldığı 17/01/2019 tarih ve 665 sayılı karar ile tahsisin iptali ve geri alım işlemlerinin başlatılmasının uygunluğuna karar verildiği, Organize Sanayi Bölgeleri kamu kurum ve kuruluşları temsilcileri, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıyla sanayiciler tarafından kurulan dernek ve kooperatiflerin temsilcilerinin katılımıyla oluşan **tüzel bir kişilik** olduğu, bu haliyle davalının **tacir niteliğinde bulunmadığı** gözetildiğinde (Ankara BAM 4. Hukuk Dairesi'nin 2018/2957 - 2094 E-K sayılı kararı)⁴⁹ eldeki davanın TTK 4/1 maddesi kapsamında nispi ticari bir dava olmadığı, davanın çözümünde, genel görevli ve yetkili mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin

⁴⁸ İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 04.11.2019, E. 2019/982, K. 2019/722.

⁴⁹ Gerçekten de atıf yapılan Ankara BAM 4. Hukuk Dairesi'nin kararında (E. 2018/2957, K. 2018/2094) şu ifadeler geçmektedir: "...01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nun 4. ve 5'inci maddelerinde ticari dava düzenlenmiş olup TTK'nun 4. maddesine göre bir davanın ticarî dava sayılması için ya uyumsuzluk konusu için tarafların her ikisinin birden ticari işletmesiyle ilgili olması ya da tarafların tacir olup olmadıklarına veya için tarafların ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu veya diğer kanunlarda o davaya asliye ticaret mahkemesince bakılacağı yönünde bir düzenleme bulunması (mutlak ticari dava olması) gereklidir. Aynı Kanun'un 5'inci maddesinde ticari davaların Asliye Ticaret Mahkemelerinde görüleceği ve Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki ilişkinin de görev ilişkisi olduğu belirtilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/II. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticarî iş sayılan işin, diğeri için de ticarî iş sayılması, davanın niteliğini ticarî hale getirmeyecektir. Zira; Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticarî dava sayılan davalar haricinde, ticarî davayı ticarî iş esasına göre değil, ticarî işletme esasına göre belirlemiş olup işin ticarî nitelikte olması veya sayılması, davanın ticari dava olarak kabulü için yeterli değildir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında; her ne kadar davacı bir ticaret şirketi olup tacir ise de, **davalı** [Seydişehir Organize Sanayi Bölgesi] **tacir değildir**. Bu durumda, tarafların sıfatına ve davanın niteliğine göre nispi ya da mutlak nitelikteki bir ticari dava söz konusu olmadığından, davada görevli mahkeme, Asliye Ticaret Mahkemesi değil, genel görevli mahkeme olan **Asliye Hukuk Mahkemesidir**. Bu nedenle dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır."

görevli olduğu, mahkememizin görevli bulunmadığı kanaatine varıldığından, dava şartı yokluğundan, davanın usulden reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm tesisi gerekmiştir.” denilmiştir. Karara karşı yapılan istinaf başvurusunda İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi kararı şu gerekçelerle kaldırmıştır⁵⁰: “...4562 sayılı Organize Sanayi Bölgesi Kanunu’nun 4. maddesine göre **Sanayi ve Ticaret Bakanlığının onayı ile kurulan ve aynı yasanın 5. maddesine göre bir özel hukuk tüzel kişisi sayılan davalı İTOB Organize Sanayi Bölgesi hakkında yine aynı yasanın 25/5 maddesi uyarınca Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır.** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 16/1 maddesi hükmü de gözetildiğinde davalı kurumun **tacir sıfatını taşıdığı** kabul edilmelidir. Davacı şirketin de tacir sıfatını taşıdığı tartışmasız olduğuna göre 6102 Sayılı TTK’nun 4 ve 5/1 maddesi hükümleri uyarınca tacirlerin ticari işletmeleri ile ilgili olan davaya bakma görevi Asliye Ticaret Mahkemelerine ait olduğundan (benzer Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 05/04/2016 gün ve 2015/5272 esas, 2016/5222 karar⁵¹, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 23/03/2017 gün ve 2015/19164 esas, 2017/3727 karar⁵², Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 12/04/2016 gün ve 2015/1048 esas, 2016/10283 karar sayılı ilamları⁵³ ve Dairemizin 21/06/2017 gün ve 2017/696 esas, 2017/633 sayılı

⁵⁰ İzmir BAM, 4. HD, 12/03/2020, E. 2020/424, K. 2020/480.

⁵¹ Y. 3. HD, 05/04/2016, E. 2015/5272, K. 2016/5222 sayılı kararında şöyle denilmektedir: “...Davacı Organize Sanayi Bölgesi “Organize Sanayi Bölgeleri Hakkındaki 4562 sayılı Kanunun 5. maddesinde belirtildiği üzere bir özel hukuk tüzel kişisidir. Ayrıca, 29.12.2006 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Organize Sanayi Bölgelerinin Elektrik Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliğin 1. ve 4.maddelerine göre, **ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte**, yaptığı işler itibarıyla de **ticarethane** sayılmaktadır...Somut olayda; davacı Organize Sanayi Bölgesi, 02.08.2013 tarihinde, elektrik dağıtım faaliyeti yürütmek üzere davalı TEİAŞ ile 12 ay süreli sözleşme yapmıştır. Bu nedenle davalı Niğde Organize Sanayi Bölgesi’nin ilgili yasal düzenlemeler uyarınca, elektrik dağıtım işinden kaynaklı faaliyeti nedeni ile **tacir sayılması gerektiği** ve taraflar arasındaki uyumsuzluğun her iki tarafın ticari işletmesinden kaynaklandığı açıktır.”.

⁵² Y. 3. HD, 23.03.2017, E. 2015/19164, K. 2017/3727 sayılı kararında şu ifadeler geçmiştir: “Davacı; davalının Sivas Organize Sanayi Bölgesinde kiracı olduğunu, elektriğinin davacı müdürlükçe sağlandığını, bedellerinin fatura karşılığında davacı müdürlüğe ödendiğini, davalının ödemediği elektrik borcu için icra takibi başlatıldığını, davalının haksız ve kötü niyetli olarak icra takibine itiraz ettiğini belirterek, itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir...Dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere, dava konusu abonelik **ticarethane aboneliğine ilişkin olduğundan uyumsuzluk; ticari mahiyette olup**, davanın çözümü Asliye Ticaret Mahkemesinin görevi içerisindedir...”

⁵³ Y. 13. HD, 12.04.2016, E. 2015/1048, K. 2016/10283 sayılı kararda şu ifadeler geçmektedir: “...Dava, **tacirler arası düzenlenen faturaya dayalı KDV alacağına** ilişkindir. 6102 Sayılı Türk

kararı), ilk derece mahkemesince görevli mahkemelerin asliye hukuk mahkemeleri olduğu gerekçesiyle görev dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı düşmüş olup, taraf vekillerinin istinaf başvurularının kabulü gerekir.” denilmiştir.

İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi Tire Organize Sanayi Bölgesi tarafından davalı (...Yağ Ürünleri Satış Pazarlama Sanayi Ticaret Limited Şirketi) tarafından kiralanan taşınmazda kullanılan elektrik bedelinin tahsili istemi ile yapılan icra takibine davalı tarafından yapılan itirazın iptali davasında, “...uyuşmazlığın davacıya ait taşınmazda davalının kiracı olarak bulunduğu dönemde kullanmış olduğu elektrik bedelinin ödenip ödenmediği ve varsa davalının sorumlu olduğu miktarın tespitine yönelik olduğu, uyuşmazlığın kira ilişkisinden kaynaklandığı, **her iki taraf tacir olsa da uyuşmazlığın kira ilişkisinden kaynaklanması nedeni ile 6100 sayılı HMK'nun 4/1-a maddesi uyarınca açılan davada görevli mahkemenin Sulh Hukuk Mahkemeleri olduğu kanaatine varılmakla davanın usulden reddine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.**”⁵⁴. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, karara karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda kararın kaldırılmasına karar vermiştir. Kararda “...öte yandan davacı, Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği kapsamında davalıya temin ettiği su ve elektrik bedellerinden dolayı talepte bulunmaktadır. Davacının talebinin kira sözleşmesiyle bir alakası bulunmadığı gibi olayda kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını gerektirir bir durum da bulunmamaktadır. **Tarafların her ikisinin de tacir olduğu mahkemenin de kabulündedir.** O halde uyuşmazlığın kira sözleşmesinden ve kira ilişkisinden kaynaklanmadığı, davalının kendisine temin edilen elektrik ve su bedellerinden sorumlu olup olmadığı davanın konusunu oluşturduğu ve bu itibarla davaya bakma görevinin **ticaret mahkemesine** ait olduğu kabul edilerek işin esasına girilmek suretiyle hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken yazılı

Ticaret Kanununun 5/3. Maddesine göre Asliye Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. Göreve ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmesi dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Göreve ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Anılan yasa hükümleri gereği **taraflar tacir olup uyuşmazlığın faturaya dayalı KDV alacağı istemine ilişkin olduğu** gözetildiğinde dava tarihi itibarıyla davaya bakma görevinin ticaret mahkemesine ait olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır, bozmayı gerektirir.”

⁵⁴ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, 05/10/2021, E. 2020/637, K. 2021/727.

şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olduğundan davacının hükme yönelik istinaf itirazlarının kabulü ile İDM kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekmiştir.”⁵⁵

İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2019 yılında verdiği karara⁵⁶ konu olayda, OSB yönetim kurulunun haksız fiil niteliğindeki eylemleri nedeni ile davacı şirketin uğradığı zararın tazmini istenmiştir. Kararda “...4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 5. maddesinde vurgulandığı üzere OSB'ler amaç ve yetkileri belli özel hukuk tüzel kişiliği olup 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında tacir sayılan kişilerden değildir. 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 25. maddesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa atıf yapılan husus sadece OSB'lerde tutulacak defterler ve genel kurul toplantılarında görevlendirilecek Bakanlık temsilcisi konuları ile OSB mevzuatında hüküm bulunmayan hâllerde anonim şirketlere ilişkin hükümlerdir. Bunun haricinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun uygulanmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Davacının dava dilekçesinde maddi ve manevi tazminatın sebebi olarak göstermiş olduğu hususlar davalı İstanbul Tuzla Organize Sanayi Bölgesinin yönetim kurulunu oluşturan ve haklarındaki davadan feragat edilen gerçek kişi davalıların iddia edilen davalıya yönelik duyulan kişisel husumet ve bundan doğan kusurlu eylemlerine dayalı olarak haksız fiil niteliğindeki hukuka aykırı olarak almış oldukları kararlar sebebiyle uğranılan maddi ve manevi zarar istemidir. Davacı, davasını gerçek kişi yönetim kurulu davalıların kişisel kusurlarına ve haksız fiillerine dayandırmıştır. Davacının davasının dayanağı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 49. ve 56 maddeleri olup davacı vekili de dava dilekçesinde bu hususun bu şekilde olduğunu açıklamıştır. Dava tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-a maddesi gereği her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar ticari davalardır. 6102 Sayılı TTK 5/1 maddesi gereği ticari davalara bakmakla görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemeleridir... Dava konusunun haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası olmasından dolayı uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiğinden görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan...”. Karara karşı yapılan istinaf

⁵⁵ İzmir BAM, 13. HD, 03/02/2022, E. 2022/108, K. 2022/98.

⁵⁶ İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25/12/2019, E. 2019/888, K. 2019/950.

başvurusunda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, şu gerekçe ile kararı kaldırmıştır. "...6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 16/1. maddesi; "Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar." hükmünü, aynı yasanın 11/1. maddesi ise; "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir." hükmünü içermektedir. Davalı OSB, 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde belirttiği üzere, **Sanayi ve Ticaret Bakanlığının onayı** ile kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisidir. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, 4562 Sayılı Kanun uyarınca kurulmuş olan davalı OSB, **özel hukuk hükümlerine göre idare edilmekte, eş söyleyişle ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte; yaptığı işler itibarıyla de tacir sıfatını taşımaktadır.** Bu durumda, davacı şirket ve davalı OSB'nin ticari işletmesiyle ilgili olarak açılan iş bu davaya bakma görevi, Asliye Ticaret Mahkemesine aittir. (Benzer mahiyette Yargıtay 4 HD 2016/2723 E.- 2019/3402 K.; Yargıtay 3 HD 2016/2487 E.- 2016/8521 K.)⁵⁷..."

b. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.2023 Tarihli Kararı

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesi; organize sanayi bölgesinin (OSB) tacir olup olmadığı ve taraf olduğu davaların ticari dava kabul edilip

⁵⁷ Y. 3 HD, E. 2016/2487, K. 2016/852 sayılı kararında şu ifadeler geçmiştir: "...Davalı OSB, 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde belirtildiği üzere, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının **onayı ile kurulmuş** bir özel hukuk tüzel kişisidir. 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 4/3. maddesinde; elektrik piyasasında faaliyet gösterecek özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre anonim şirket veya limited şirket olarak kurulması şarttır. Aynı kanunun 13/1. maddesine göre ise; OSB'ler, 6102 sayılı Kanun hükümlerine göre şirket kurma şartı aranmaksızın, onaylı sınırları içerisinde, Kurumdan üretim ve/veya dağıtım lisansı alarak üretim ve/veya dağıtım faaliyetlerinde bulunabilecektir. Dosyada yer alan elektrik dağıtım lisansının incelenmesinde; davalı OSB'nin, EPDK'nın (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun) ... kararı ile Elektrik Dağıtım Lisansına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, 4562 Sayılı Kanun uyarınca kurulmuş olan davalı OSB, **özel hukuk hükümlerine göre idare edilmekte, eş söyleyişle ticari şekilde veya iktisadi esaslara göre işletilmekte; yaptığı işler itibarıyla de tacir sıfatını taşımaktadır.** Bu durumda, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olarak açılan iş bu davaya bakma görevi, Asliye Ticaret Mahkemesine aittir".

edilmeyeceği konusunda Dairelerinin kesin kararları ile İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin kesin kararı arasında uyumsuzluk bulunduğunu belirterek bu uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay ilgili dairesine başvurulmasını talep etmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun 16.05.2022 tarihli ve 2022/8 K. sayılı kararı ile; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin 2019/1943 E. sayılı, aynı Dairenin 2021/1746 E. sayılı, Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 2018/108 E. sayılı⁵⁸, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 2020/424 E. sayılı, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin 2022/108 E. sayılı ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 2020/637 E. sayılı kesin kararlarının benzer konuya, hatta aynı konuya ilişkin olduğu hâlde aralarında uyumsuzluk bulunduğunun anlaşıldığı ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un (5235 sayılı Kanun) 35 nci maddesindeki yasal şartların gerçekleştiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle bu kararlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay ilgili dairesine başvurulmasına, farklı bölge adliye mahkemesi dairelerinin benzer konuya ilişkin kesin kararları arasındaki uyumsuzluğun Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin kesin kararı doğrultusunda giderilmesinin hukuka uygun olacağının Başkanlar Kurulu görüşü olarak bildirilmesine, dosyanın ve kararın Yargıtay 3. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmiş, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin iade kararından sonra dosya 11. Hukuk Dairesi'ne gönderilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemeleri arasındaki uyumsuzlukla ilgili olarak hem OSB'nin tacir sıfatını haiz olup olmadığı, hem de OSB'nin taraf olduğu bir uyumsuzlukta, buna bağlı olarak hangi mahkemenin görevli olduğu konusunda şu yönde bir karar vermiştir: "... A. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. Hukuk Dairesinin 29.12.2020 tarihli ve 2019/1943 E., 2020/2238 K. sayılı kararına konu Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesinin 2017/516 E., 2019/187 K. sayılı kararına göre davacının Volkan Limited Şirketi, davalının ise Ankara Sanayi Odası (ASO) 2. ve 3. Organize Sanayi Bölge İdaresi ve dava konusunun arsa tahsis kararının iptali olduğu,

⁵⁸ Atif yapılan bu kararın künyesinde hata bulunmaktadır.

yargılama sonunda davanın esasın incelenerek reddine karar verildiği, bu karar aleyhine davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine Dairece, 4962 [4562] sayılı Kanun'da OSB'lerinin özel hukuk tüzel kişisi olduklarının belirtildiği, eldeki dosyada davalı tacir olmadığı gibi mutlak ticari davanın da söz konusu olmadığı, uyuşmazlığın ticari dava olarak asliye ticaret mahkemesinde görülüp çözülmesinin doğru görülmediği şeklindeki gerekçe ile 6100 sayılı Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 353 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (6) numaralı alt bendi uyarınca İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına kesin olarak karar verildiği, Dairenin 28.12.2021 tarihli ve 2021/1746 E., 2021/2003 K. sayılı kesin kararının da aynı mahiyette olduğu, yani, davacısı gerçek kişi, davalısı Başkent OSB, dava konusu Başkent OSB üyeliğinin tespiti ve tapu tahsisi olan davada, Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararı aleyhine yapılan istinaf başvurusunun esasın reddine kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

B. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 12.03.2020 tarihli ve 2020/424 E., 2020/480 K. sayılı kararına konu İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2019/982 E., 2019/722 K. sayılı kararına göre davacının Toyman Limited Şirketi, davalının ise İTOB Organize Sanayi Bölge İdaresi ve dava konusunun genel kurul kararının iptali olduğu, yargılama sonunda dava mutlak ticari dava olmadığı gibi davalının tacir sıfatı bulunmadığından nispi ticari dava kapsamında da olmadığı gerekçesiyle davada görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğundan bahisle davanın usulden reddine karar verildiği, bu karar aleyhine yapılan istinaf başvurusunu inceleyen İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin davalı OSB İdaresinin tacir sıfatının bulunduğu ve eldeki davanın da ticari dava olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun kabulüne ve davanın esasın görülmesi için görevsizlik kararının kaldırılmasına kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

IV. GEREKÇE

A. Uyuşmazlık

Uyuşmazlık, OSB'lerin tacir olup olmadığı ve taraf olduğu davaların ticari dava kabul edilip edilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

B. İlgili Hukuk

1. Bölge adliye mahkemelerinin benzer olaylarda kesin nitelikteki kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi isteminin hukuki dayanağı, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35 inci maddesinde yer alan düzenlemedir.

2. 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun (4562 sayılı Kanun) 4 ve 5 inci maddeleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı Kanun) 11 ve 16 ncı maddeleri.

C. Değerlendirme

4562 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca OSB'ler özel hukuk tüzel kişisidir. Bununla birlikte 6102 sayılı Kanun'un 11 inci maddesindeki tanıma göre esnaf işletmeleri için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı amaçlayan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletmeleri **işletmedikleri için aynı Kanun'un 16 ncı maddesi uyarınca tacir olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.** Öte yandan OSB'lerin ticaret şirketi olduğu yönünde herhangi bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Bu sebeple OSB'lerin taraf olduğu davalarda diğer taraf tacir olsun ya da olmasın, **uyumsuzluğun mutlak ticari dava olmadığı hâllerde** yargılamanın asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

V. KARAR

1. OSB'lerin TACİR OLMADIĞINA, taraf olduğu davalarda diğer taraf tacir olsun ya da olmasın, uyumsuzluğun mutlak ticari dava olmadığı hâllerde yargılamanın ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNDE görülmesi gerektiğine,

2. Dosyanın Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kuruluna gönderilmesine,

3. Karardan bir örneğin Bölge Adliye Mahkemelerinin hukuk dairelerine bildirilmesi için Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliğine gönderilmesine, 15.06.2023 tarihinde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi."⁵⁹

2. Değerlendirme

Yukarıda özeti aktarılan yargı kararları gruplandırıldığında, bazı yerel mahkemelerin OSB'lerin tacir sıfatını haiz olmadığını bu yüzden de açılan davalarda görevli mahkemelerin asliye hukuk mahkemeleri

⁵⁹ Y. 11. HD, 15.06.2023, E. 2022/4599, K. 2023/3797.

olduğu yolunda kararlar verirken, bazı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri, OSB'lerin tacir sıfatına sahip olduğu yolunda karar vermiştir.

OSB'lerin tacir sıfatını haiz olduğuna dair verilen kararlarda dikkat çekici tespitler bulunmaktadır. Örneğin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 12/03/2020 tarihli kararında OSB'lerin 4562 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığının onayı ile kurulması ve aynı yasanın 5. maddesi gereğince de bir özel hukuk tüzel kişisi sayılan davalı İTOB Organize Sanayi Bölgesi hakkında yine aynı yasanın 25/5 maddesi uyarınca Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanması, bu nedenle de OSB'lerin TTK m. 16/1 gereğince tacir sayılması gerektiği ifade olunmuştur. Oysa OSB'lerin Bakanlığın onayı ile kurulması, TTK m. 16/1'deki "kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından *kurulan* kurum ve kuruluşlar" koşulunu karşılamamaktadır. Zira OSB'ler Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından "kurulamamaktadır". Bakanlık sadece kuruluş onayını vermektedir. Bu kanımızca Bakanlığın ilgili OSB'nin kuruluşu için gereken ve mevzuatta aranan koşulların var olup olmadığını denetlemesi ile ilgili bir görevdir. Yoksa Bakanlık burada "*kurucu*" sıfatını haiz olmayıp sadece "denetleyici" ve "izin verme makamı" niteliğindedir. Bu bakımdan TTK m. 16/1'deki Devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluş niteliği OSB'ler için kanımızca karşılanmamaktadır.

Yine 4652 sayılı Kanun m. 25/5 hükmü de OSB'lerin anonim şirket gibi tacir statüsüne yapılmış bir gönderme de değildir. Sadece genel kurul, ticari defter tutulması gibi konularda boşluk doldurucu bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararında bu husus özel olarak vurgulanmıştır. Ayrıca öğretilerde, sınırlı olarak yapılan bu atfın karşıt anlamından, OSB'lerin tacir veya faaliyetlerinin de ticarî işletme sayılmayacağına önemli bir göstergesi olduğu vurgusu yapılmaktadır⁶⁰. Gerçekten de durum eğer aksi yönde düzenlenmek istense idi OSB'leri tacir sıfatı yasada açıkça düzenlenirdi.

⁶⁰ CANPOLAT, s. 113.

Bunun dışında OSB'lerin bir ticaret unvanı olmadığı gibi, ticaret siciline tescil edilmesi de söz konusu değildir. OSB'lere ait sicil, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından tutulmakta olup, bu sicil ticaret sicilinden farklıdır⁶¹.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin kararında ise hiçbir gerekçe belirtilmeden davanın her iki tarafının da tacir sıfatına sahip olduğu "peşinen" benimsenmiştir. Oysa görev gibi kamu düzeni ile ilgili olan bir konuda bunun gerekçesinin daha doyurucu şekilde belirtilmesi gerekirdi.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin kararında ise her ne kadar kanımızca isabetli bir sonuca ulaşılammış olursa da en azından OSB'lerin neden tacir sıfatını haiz olduğu detaylı olarak tartışılmıştır. Ancak yanılıya düşülen nokta yine OSB'lerin Bakanlık onayı ile kurulmasının, özel hukuk tüzel kişisi olarak kendisine TTK m. 16/1 gereğince tacir sıfatını kazandıracığı yanılığlı düşüncesidir. Kararda OSB'lerin özel hukuk hükümlerine göre yönetildiği ve hatta eş anlamlı olarak ticari şekilde ve iktisadî esaslara göre işletildiği ifade olunmuştur. Oysa OSB'ler Bakanlık (Devlet) tarafından kurulmadığı gibi, OSB'lerin özel hukuka tâbi olduğu değil, özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmiştir. Dolayısı ile TTK m. 16/1 anlamında Devlet tarafından kurulan bir kurum ve kuruluştan söz edilemeyeceğine göre, özel hukuk hükümlerine göre idare edilme veya ticari şekilde veya iktisadî esaslara göre işletildiğinden söz edilmesi de kanımızca olanaksızdır.

Yargıtay ise tacir sıfatı bakımından konuyu TTK m. 11 ve 16. maddeler ekseninde irdelemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi tüzel kişi tacirlerin ticarî işletme işletmek zorunda olup olmadığı, açık deyişle tüzel kişi tacirler bakımından, bu sıfatın doğması için ticarî işletme işletilmesi şartının aranıp aranmayacağı konusunda öğretide eskiden beri tartışmalar bulunmaktadır. Kanımızca tüzel kişi tacirlerin tacir sıfatını kazanmasında salt TTK m. 16'daki sayım ve ölçütler esas alınmalıdır. Her tüzel kişi tacirin mutlaka ticarî işletme işletmek gibi bir amacı yoktur. Devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar bakımından ise statü daha da farklıdır.

⁶¹ GÜLER, "Organize Sanayi Bölgelerinin Niteliği", Menemen Plastik İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri Bülteni.

Konumuz açısından irdelendiğinde **kendi kuruluş kanunları** gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılmıştır. Belirtildiği gibi OSB'ler bu tanım kapsamına giren tüzel kişilikler değildir. Kanun'da sadece özel hukuk tüzel kişiliğinden söz edilmiştir. Bu, ticarete özgü bir mahal olsa bile OSB'lere tek başına tacir sıfatını kanımızca vermez. Ancak Yargıtay'ın OSB'lerin taraf olduğu davalarda diğer *taraf tacir olsun ya da olmasın*, uyuşmazlığın *mutlak ticari dava olmadığı hâllerde* yargılamanın asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtmesi de kanımızca sorunludur. Bu nokta ile ilgili eleştirilerimizi ve kanaatimizi bir sonraki başlıkta inceleyeceğiz.

IV. ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARIN TİCARİ DAVA SAYILIP SAYILAMAYACAĞI SORUNU

A. Taraf Sıfatına Bağlı Olarak

Yukarıda tartışılan yargı kararlarında OSB'lerin tacir sıfatını haiz olduğu ve olmadığı yönünde yaklaşımlar mevcuttu. Bizim de kanaatimiz OSB'lerin TTK m. 16/1'de üç grup olarak sayılan tüzel kişi tacir statülerinin hiçbirine girmediği yönündedir⁶². OSB'ler ticaret şirketi olmadığı gibi, amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek veya vakıf da değildir. Yine kuruluş kanunlarına göre özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluş sıfatı da bulunmamaktadır. Bakanlığın OSB'lerin kuruluşu için onay vermesi, onun kurucusu olması değil, denetim makamı olması sıfatından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle salt bu bakış açısı ile bakıldığında TTK m. 4/1'deki "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri...*"nin ticarî dava sayılacağı şeklindeki

⁶² Ancak belirtmelidir ki OSB'ler tacir olmadığı halde örneğin katılımcı bir ticaret şirketi ise ve bir para borcunda temerrüt söz konusu olmuşsa kuşkusuz TTK m. 19/2 gereğince bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmeler diğer taraf için de ticari iş sayılacağından, açık talep halinde 3095 sayılı Kanun m. 2/II gereğince TCMB avans faiz oranı uygulanabilecektir. OSB'ler tacir olarak kabul edilmese bile TTK m. 19/2 bu sonucu, koşulları varsa doğurabilecektir. Bu yönde bkz. Y. 3. HD, 11.07.2023, E. 2022/7509, K. 2023/2142.

hükmün kapsamına girmediği için, uyuşmazlığın diğer tarafı tacir bile olsa nispi ticari dava söz konusu olmayacaktır.

B. Taraf Sıfatından Bağımsız Olarak

Burada asıl irdelenmesi gereken nokta, taraf sıfatından bağımsız olarak OSB'lerle genelde ticaret şirketleri arasındaki bir uyuşmazlığın (mutlak) ticari davaya vücut verip vermeyeceğinin saptanmasıdır. Kanımızca Yargıtay da dahil, tüm ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemeleri bu noktada inceleme yapmayarak konuyu eksik bırakmış; hatta Yargıtay tarafından dahi kararda sonucu itibari ile yanılı bir çıkarım yapılmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, kararında OSB'lerin taraf olduğu davalarda diğer taraf tacir olsun ya da olmasın, uyuşmazlığın *mutlak ticari dava olmadığı hâllerde* yargılamanın asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği şeklinde bir sonuca ulaşmıştır. Karardaki *mutlak ticari dava olmadığı hâllerde* ifadesi ne anlama gelmektedir? Sanırız kastedilen, OSB ile diğer taraf arasında örneğin -pek mutad olmayacak olsa da- kambiyo hukukundan kaynaklanacak bir dava, taraf sıfatına bakılmaksızın ticaret mahkemelerinin görev alanına girecektir. Ancak asıl üzerinde durulması gereken nokta TTK'nın 4. maddesinin 1/b-f bentlerinde "katalog"⁶³ olarak sayılan ve taraf sıfatından bağımsız olarak mutlak ticari davaya vücut veren konuların incelenmemiş olmasıdır. TTK m. 4/1-e gereğince "*Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde...öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.*". Öğretide bu bendin somut örnekleri arasında, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu gereğince kurulan borsalar, 5174 sayılı TOBB Kanunu, Serbest Bölgeler Kanunu, 2699 sayılı Umumî Mağazalar Kanunu, 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun örnek olarak verilmektedir⁶⁴. Kanımızca OSB'ler de tıpkı serbest bölgeler, umumî mağazacılık

⁶³ İfade için bkz. PASLI, s. 17 vd.

⁶⁴ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 112; ŞENER, Ticari İşletme, s. 126; ŞENER, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Ankara 2021, s. 114-115; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 86. Eski dönem için ayrıca bkz. KARAYALÇIN, s. 253, dn. 30; EREM, s. 115, dn. 10.

faaliyeti, borsalar gibi, saf ticarete özgü yerler/mahallerdendir. Açık deyişle OSB'lerde oraya kayıtlı şirketler üretim yapmakta ve OSB tüzel kişiliği çatısı altında faaliyette bulunmaktadır. Bu faaliyet sırasında OSB'lerle orada faaliyet gösteren şirketler arasında arsa tahsisi ve tahsis iptallerinden, elektrik bedellerinin ödenmemesine, hatta OSB yönetim kurulunun üye iş yerinin ruhsatını "kişisel intikam" düşüncesi ile iptal ettiği iddiası ile OSB yönetimine karşı açılacak haksız fiil temelli davalara kadar pek çok uyuşmazlık çıkması olasıdır. Ticarete özgü diğer yerler kapsamına girdiğine kuşkusuzun olmadığı OSB'lerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıkları, OSB'lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak tıpkı 2699, 3218, 5174, 6362 sayılı Kanunlarda sayılan durumlarda olduğu gibi mutlak ticari davaya vücut verecektir. Kanun koyucu tarafından, yukarıda atıf yapılan kanunlarda salt ticaret hayatı ile ilgili özel mahaller oluşturulma iradesi sergilendiğine göre, bu uyuşmazlıkların ticaret mahkemesinin uzmanlık alanına girmesi, taraf sıfatından bağımsız olarak kaçınılmazdır. Bunu destekleyen bir diğer olgu da yukarıda verilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararında OSB'lerle ilgili uyuşmazlıklarda adlî yargının görevli olmasıdır. Adlî yargı içinde görevli mahkemenin de TTK m. 4/1-e gereğince ticaret mahkemesi olması doğal bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 16/1. maddesinde sayılan tüzel kişilerin hangi koşulları taşıması durumunda tacir sayılacağı net bir şekilde düzenlenmiş gibi görünse de aslında kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların tacir sıfatını kazanması konusunda hala sorunlar mevcuttur. Konu açılmış gibi görünse de bu kapsama giren tüzel kişiliklerin yapısının zaman zaman değişmesi, mevzuat değişikliklerinden etkilenmesi, listenin sürekli güncellenmesini gerektirmektedir. Dahası organize sanayi bölgeleri gibi nispeten yeni ortaya çıkan oluşumlar da hükmün içeriğini zorlamış, OSB'lerin kendisinin özel hukuk hükümlerine göre yönetilen veya ticarî şekilde işletilen ve Devlet tarafından kurulan kurum ve kuruluş olup olmadığı konusunda tereddütler yaratmıştır. Yukarıda incelenen yargı kararlarında iki yönde de sonuca

ulaşıldığı gibi, aynı sonuca ulaşan kararlarda dahi gerekçe açısından farklılıklar göze çarpmaktadır. Bazı kararlarda OSB'lerin gerekçe ileri sürülmesinin "zaten" tacir olduğu ifade edilirken, bazı kararlarda bu kurumların özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek ve hatta ticari şekilde işletilmek üzere Bakanlık tarafından *kurulduğu* olgusuna gönderme yapılmıştır. Bazı kararlarda ise OSB'lerin bir ticarî işletme işlettiği ve bu yüzden de tüzel kişi tacir sayılacağı ifade edilmiştir. Oysa OSB'ler bir ticarî işletme işletmemekte, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından, kuruluş kanununa göre özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişiliği niteliğini de haiz olmamaktadır. Kanımızca OSB'ler, ticarete has oluşturulmuş bölgeler olup bu özel hukuk tüzel kişisi, bu alanda faaliyet gösteren onlarca şirketin mevzuata uygun hareket etmesini sağlayan bir organizasyonsal yapıdır. Kanun koyucu bu yapıya özel hukuk tüzel kişiliği verdiği gibi, OSB'leri aynı zamanda kamusal yetkilerle de donatmıştır (ruhsat verilmesi, arsa tahsisi gibi). Bu açıdan bu yapılar karma bir görünüm arz etmektedir. Bir özel hukuk tüzel kişisine idare organının sahip olabileceği yetkilerin kanunla dahi olsa verilmesi, idare hukuku öğretisinde oldukça hararetle şekilde tartışılmaktadır. Bu yüzden konunun bu boyutu inceleme alanımız dışındadır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, OSB'lerle ilgili uyuşmazlıklarda idarî yargının değil, adli yargının görevli olduğuna karar vermesinden sonra, konu özel hukuku daha da yakından ilgilendirir hale gelmiştir. Bu sefer de adli yargıda uyuşmazlığın hangi mahkeme görüleceği tartışmaları başlamıştır. Mahkemeler genel olarak OSB'lerin tacir olup olmadığı noktasından hareketle görev ile ilgili sorunları çözmeye çalışmıştır. Bu özel hukuk tüzel kişiliğinin tacir sıfatını haiz olduğu yönünde karar veren mahkemeler, diğer tarafın da genelde o alanda faaliyet gösteren bir ticaret şirketi olması gerçeği karşısında uyuşmazlığın nispî ticarî dava olduğuna hükmetmiştir. Buna karşılık aksi yönde görüş bildiren mahkeme kararlarında davanın nispî ticarî dava olamayacağı, davanın asliye hukuk mahkemelerince görüleceği ifade edilmiştir. Oysa OSB'lerin tacir sıfatını haiz olup olmadığından bağımsız olarak TTK m. 4/1-e'deki, borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte

çekişmesiz yargı işi sayılacağı hükmünden hareket edildiğinde, taraf sıfatından bağımsız olarak uyuşmazlığın mutlak ticarî davaya vücut vereceği de kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.2023 tarihinde verdiği kararda, kanımızca davanın asliye hukuk mahkemesinde görüleceği şeklinde katılmadığımız bir sonuca ulaşılsa da en azından savunduğumuz şekilde OSB'lerin tacir sıfatını haiz olmadığı, en üst merci tarafından da karara bağlanmıştır.

KAYNAKLAR

- AKIN**, Mehmet Zeki: “Yeni Ticaret Kanunu Muvacehesinde İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Benzeri Müesseselerin Tacir Sıfatı”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1962, s. 30-44.
- ARKAN**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 29. Bası, Ankara 2023.
- AYHAN**, Rıza: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2022.
- BAHTİYAR**, Mehmet/**AYLİ**, Ali/**ŞUA**, Mehmet F./**KARAMANLIOĞLU**, Argun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2022.
- BAŞTUĞ**, İrfan/**ERDEM**, Ercüment: Ticarî İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara 1993.
- BERZEK**, Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 9. Baskı, İstanbul 2008.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Bursa 2012.
- BİRSEL**, Mahmut Tefvik: Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1970.
- BOZER**, Ali: “Sosyal Sigorta Kurumlarının Tacir Sıfatı” (Kararlar), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Haziran 1962, s. 571-617.
- BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2023.
- BOZKURT**, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2023.
- CANPOLAT**, Önder: Organize Sanayi Bölgeleri Hukuku (Açıklamalı-İçtihatlı), Ankara 2023.
- ÇEKER**, Mustafa: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, Adana 2014.
- ÇETİNER** Selma/**BOZKURT YÜKSEL**: Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2023.

- ÇOLAK, N. İlker:** “Organize Sanayi Bölgelerinde Tüzel Kişilik ve Kanun Değişikliği Tasarısının Değerlendirilmesi”, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 428-438.
- DEDEOĞLU, Erdoğan:** Açıklamalı ve İçtihatlı 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, Ankara 2019.
- DELİDUMAN, Seyithan:** OSB (Organize Sanayi Bölgeleri) Rehberi, İstanbul 2005.
- DOĞANAY, İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Madde 1-419, 4. Baskı, Ankara 2004.
- DOMANIÇ, Hayri:** Ticaret Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1972.
- DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- ERDEM, H. Ercüment:** KİT’lerin Tacir Sıfatı, İzmir 1992.
- EREM, Turgut:** Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku Prensipleri, Cilt I, Ticari İşletme, 2. Baskı, İstanbul 1962.
- ERİŞ, Gönen:** Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017.
- GÜLER, Ilgın:** “Organize Sanayi Bölgelerinin Niteliği”, Menemen Plastik İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri Bülteni, Temmuz 2022 (<https://www.impiosb.org.tr/storage/app/media/Ebulten/Temmuz%202022/Temmuz-2022-3.pdf>. Erişim Tarihi: 10.01.2024).
- İMREGÜN, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 11. Baskı, İstanbul 1996 (Kara Ticareti).
- İMREGÜN, Oğuz:** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul 1995 (Genel İlkeler).
- İNANÇ, Mehmet:** Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri, İstanbul 2018.
- KARA, İlhan:** 6502 sayılı Kanun Kapsamında Hazırlanmış, Tüketici Hukuku, Ankara 2023.

- KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş- Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968
- KAYAR**, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2022.
- KIRCA**, İsmail: “Nispî Ticarî Davaya Dair”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi”, Cilt. 33, Sayı. 1, Mart 2017, s. 55-61.
- MİMAROĞLU**, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1970.
- ÖÇAL**, Akar: “TK. 18/I Maddesinin Uygulaması Hakkında Bazı Düşünceler”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. VX, Sayı 1, Ocak 1979, s. 238-244.
- ÖZDEMİR**, Necdet/**KINACIOĞLU**, Naci: Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), 5. Baskı, Ankara 1984.
- PASLI**, Ali: “Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava”, Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV (Tebliğler-Tartışmalar), 23 Ekim 2020, İstanbul 2021, s. 17-103.
- POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022.
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2020 (Ticari İşletme).
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Ankara 2021 (Arabuluculuk).
- TEKİL**, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997.
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. (Tıpkı) Baskı, İstanbul 2015 (Ülgen, 2015).
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Hüseyin/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 8. Kısaltılarak Güncellenmiş Baskı, İstanbul 2022 (Ülgen, 2022).
- YILDIRIM**, Meral: İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu, İstanbul 2019.

İSKOÇ SAVCISININ CEZAİ UYUŞMAZLIĞI SORUŞTURMA EVRESİNDE SONLANDIRMA YETKİLERİ*

Dr. Öğr. Üyesi Rahime ERBAŞ**

Öz

İskoç savcısının cezai uyumsuzluğu soruşturma evresinde sonlandırma yetkileri, oldukça kapsamlıdır. Savcı, adeta soruşturma evresindeki hâkim konumundadır. İskoç ceza muhakemesi örneğini ile bu çalışma, yargının olağanüstü iş yükünün güncel bir mesele olduğu Türk hukukuna katkı sunmayı hedeflemektedir. Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de yargının iş yüküne çözüm üretilmesinde genellikle yetkileri gözden geçirilen ilk basamak, savcılık makamı olmaktadır. Türk hukukunda savcılarının artan yetkileri karşısında, itham- tahkik skalasında Türk ceza muhakemesi ile taban tabana zıt bir anlayışı temsil eden İskoç savcısının örnek olarak incelenmesinde fayda görülmüştür. Buna göre çalışmada; İskoçya’da ceza muhakemesinin metodolojisine ile (I) İskoç savcısının İngiltere ve Galler’den farklılıklarına (II) ve savcılık teşkilatına (III) yer vereceğiz. Sonrasında bazı vaka örnekleriyle

* Çalışma, TÜBİTAK 2219- Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Bursu ile İskoçya'nın Glasgow Üniversitesi'nde yürütülen araştırma kapsamında meydana getirilmiştir. Yurtdışındaki bu araştırmamı mümkün kılan TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım"

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | | Asst. Prof., Istanbul University, Faculty of Law, Criminal Law and Criminal Procedure Law, Istanbul, Türkiye

✉ rerbas@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0002-6257-4312.

✉ **Atf Şekli** | Cite As ERBAŞ, Rahime: "İskoç Savcısının Cezai Uyuşmazlığı Soruşturma Evresinde Sonlandırma Yetkileri", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 267-318.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

savcının geniş yetkilere sahip oluşu (IV) ele alındıktan sonra savcının soruşturmayı nihayetlendirmesinde ilk aşama (V) ile maslahata uygunluk değerlendirmesi aşamasını (VI) ortaya koyacağız. Nihayetinde savcının, kamu davasının alternatiflerini (*direct measures*) uygulama yetkisi ile onarıcı adalet gibi diversiyonlara yönlendirme yetkilerinden (VII) bahsedeceğiz.

Anahtar Kelimeler

İskoç Savcısı • Kamu Menfaati • Maslahata Uygunluk İlkesi • Yargının İş Yükü
• Alternatif Tedbirler

THE POWER OF THE SCOTTISH PROSECUTOR TO CONCLUDE THE CASE AT THE PRE-TRIAL

Abstract

Scottish prosecutor exercises a broad range of power to conclude cases at the pre-trial stage. Prosecutor acts as a judge of pre-trial. In Türkiye, as in many countries, the first actor whose powers are often reviewed in finding a solution to the workload of the judiciary is the prosecutor. In the wake of the increasing powers of prosecutors, looking at the Scottish example representing a completely opposite approach to the Turkish system in the adversarial-inquisitorial scale can be beneficial. The study indicates the methodology (I), the differences of the Scottish prosecutor from England and Wales (II) and the history of the prosecution service in Scotland (III). After showing the prosecutor's broad powers through examples (IV), it discusses steps being taken by prosecutor to decide for charge (V) and assessments criteria for public interest (VI). Finally, it presents alternative disposals (direct measures) and diversion programs (e.g., restorative justice programs and medical measures).

Keywords

Scottish Prosecutor • Public Interest • Principle of Expediency (Opportunity) • Workload of the Judiciary • Alternative Measures

GİRİŞ

Birleşik Krallık¹; İngiltere ve Galler², Kuzey İrlanda ve İskoçya olmak üzere üç temel hukuk sistemine sahiptir.³ Bu nedenle bir Birleşik

¹ Ülke resmi adı “Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı” (İngilizce özgün: *The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) şeklindedir. Kısaca *Birleşik Krallık* olarak kullanılmaktadır. Bu yapıyla ilgili daha fazla siyasi ve tarihi bilgiler için bkz.: YARGIÇ, Sinem: İskoçya'nın Anayasal Serüveni: Yetki Aktarımından Tam Bağımsızlığa, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 115-116, Mart- Nisan 2014, s. 72-79.

Krallık ceza muhakemesi geleneği veya anlayışından söz edilmez. Yerine, İngiltere ve Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya özelinde; örneğin, İngiltere ve Galler için İngiliz geleneği veya İskoçya için İskoç geleneği şeklinde bahsedilir.⁴ Bu birlik içerisinde İngiltere ve Galler ile Kuzey İrlanda'nın ceza muhakemesi, birbirine daha yakın iken; İskoç hukuku bazı noktalarda onlardan ayrılmaktadır. Bir taraftan İskoç ceza hukuku, Birleşik Krallık'taki diğer hukuk sistemlerine göre daha fazla Anglo-Sakson (*common law*) özellikleri göstermektedir.⁵ Buna göre Anglo-Sakson hukukunda suç tiplerinin kanunda yazılmasında, Kıta Avrupası'na göre daha az katı bir anlayış olduğuna cinsel suçlarla ilgili düzenlemeler örnek gösterilebilir.⁶ İngiltere ve Galler'in Kanunu⁷ ile İskoçya'nın Kanunu⁸ karşılaştırıldığında İskoçya'nınkinin çok daha öz biçimde yazılmış olduğu ve içtihatlarla daha geniş bir alan bırakılmış olduğu görülmektedir.⁹ Ancak İskoç ceza hukuku, diğer bir taraftan da Kıta Avrupası hukukunun tesiri ile onlardan ayrılmaktadır.¹⁰ Bu ayrışmanın ceza muhakemesinde en fazla görüldüğü alan ise savcılık kurumunda, daha doğru bir ifadeyle, savcılık faaliyetinin yerine getirilmesine ilişkin yapılanmasındadır.¹¹ İngiltere ve Galler, Kuzey

² İngiltere ve Galler (İngilizce özgün: *England and Wales*), Türkçe İngiltere olarak ifade ettiğimiz Birleşik Krallığın bir parçasını oluşturur.

³ **WHITE**, Robin M.: "Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-Formulation of the 'Philips Principle'", *The Modern Law Review*, C. 69, S. 2, 2006, s. 143.

⁴ Bkz.: **WHITE**, s.151, 180.

⁵ **FARMER**, Lindsay: "'The Genius of Our Law...': Criminal Law and the Scottish Legal Tradition", *The Modern Law Review*, C. 55, S. 1, 1992, s. 25.

⁶ **CHALMERS**, James/**LEVERICK**, Fiona (Editörler): *The Criminal Law of Scotland Volume 1*, 4. Baskı, W. Green/SULI, Londra, 2023, s.10-11. Eşler arasındaki cinsel saldırı örneği kapsamında değerlendirmeleri için bkz.: **FARMER**, s.40- 41.

⁷ Karş. *Sexual Offences Act 2003*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

⁸ Karş. *Sexual Offences (Scotland) Act 2009*, <https://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

⁹ Ayrıca bkz.: **FARMER**, s.25.

¹⁰ **YOUNG**, Peter: *Crime and Criminal Justice in Scotland*, 1. Baskı, The Stationery Office, Edinburg, 1997, s.3.

İrlanda ve İskoçya'ya ait ceza muhakemesi sistemleri savcının kovuşturmaya yer olup olmadığına karar vermesi açısından incelendiğinde¹², İskoçya'da yerleşik bir savcılık teşkilatı karşımıza çıkmaktadır. Çünkü savcılık faaliyetleri, "kamusal vazife" (*public function*) niteliğindedir.¹³ Türk hukuku ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri açısından bu tespit, oldukça sıradan gelebilir. Öyle ki başka türlü tahayyül edilemez. Ancak İskoçya'nın içinde bulunduğu Birleşik Krallık'ta egemen olan İngiltere ve Galler, özel kovuşturma geleneği ile ünlüdür.¹⁴ Zira bu ülkelerde ceza adalet sisteminin devlete maliyeti temel bir endişedir.¹⁵ İskoçya açısından *Normand'a* göre savcılık faaliyetinin kamusal bir vazife olarak uygulanması devletin mali giderlerini arttırsa da özel kovuşturma karşısında kamusal kovuşturmanın faydaları, şüphe götürmez.¹⁶ Henüz 1878 yılında *Robertson*, "İskoç "ceza muhakemesinden İngiltere için çıkarılması gereken dersler" (İngilizce özgün: "*Criminal Procedure in Scotland - Its Lessons for England*") başlıklı çalışmasında İngiltere'de özel kovuşturma uygulaması nedeniyle çok sayıda kişinin haksız yere yakalama tedbirine veya soruşturma şüphelisi olarak haksız yere itham edilmeye maruz kaldığını ve birçoğunun beraat ile neticelendiğini belirtir.¹⁷ Oysa İskoçya'da merkezleşmiş bir savcı ile- tek kişinin kovuşturması- ile bu sakıncalar azaltılmıştır.¹⁸

¹¹ **DICKENS**, Bernard M.: "Control of Prosecutions in the United Kingdom", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 22, S. 1, 1973, s. 19; **GIBB**, Andrew Dewar: "Scottish Criminal Procedure Comparatively Considered", *Police Journal*, C. 66, S. 4, Ekim 1993, s. 386.

¹² Bu açıdan bu üç sistemi inceleyen çalışma için bkz.: **DICKENS**, s. 1 vd.

¹³ **NORMAND**, Wilfrid Guild: "The Public Prosecutor in Scotland", *Law Quarterly Review*, C. 54, S.3, Temmuz 1938, s. 345.

¹⁴ **GIBB**, s.386; **WHITE**, s.145, ayrıca s.147.

¹⁵ **MCMANUS**, Dan: *Scotland and The Alternative Disposal: Thinking Differently?*, Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, Glasgow, 2021, s. 29-30.

¹⁶ **NORMAND**, s. 357.

¹⁷ **ROBERTSON**, Alexander: "Criminal Procedure in Scotland- Its Lessons for England", *Law Magazine and Review; a Quarterly Review of Jurisprudence, and Quarterly Digest of All Reported Cases*, C. 3, S. 3, Mayıs 1878, s. 330.

¹⁸ **ROBERTSON**, s. 330- 331.

Savcı, İngilizce'deki yaygın kullanım olan “*prosecutor*” yerine “*procurator fiscal*” terimi ile karşılanmaktadır. Savcılık teşkilatı ise bugün “*The Crown Office and Procurator Fiscal Service*” - kısaca COPFS- olarak kullanılmaktadır. Bu hem savcılık teşkilatı hem de doğal olmayan ölüm olaylarını araştırma birimidir.¹⁹ Suçla ilgili ilk soruşturma polis tarafından yapılır; gerekli koruma tedbirlerine başvurulur, tüm deliller toplanır ve tüm soruşturma dosyası savcıya sunulur. Savcı, olayların uzmanı (İngilizce: *master of instances*) olarak polis tarafından yapılan soruşturma neticesindeki verilere göre kovuşturmaya yer olup olmadığını karar verir (*decision to charge*).²⁰ Müdafaa tarafının soruşturma evresine, dosyalara ve bilgilere erişim açısından dahil oluşu ise Türk hukukuna göre oldukça geç bir aşamada (neredeyse soruşturma bittikten ve kamu davasının açılması işlemlerine başlandığında) gerçekleşmektedir. Tüm bu süreçte şüphelin ve dolayısıyla müdafinin soruşturmanın dosyalarına/bilgilerine erişimi mevcut değildir. Ne zamanki savcı, kamu davasının açılmasına karar verir; o zaman şüpheliyi suçlayıcı delilleri müdafaa tarafı ile paylaşma yükümlülüğü doğar (İngilizce: *duty to disclosure*).

Kıta Avrupası'nda olduğu gibi savcı, soruşturma evresinin egemen aktörüdür (Latince: *Dominus Litis*).²¹ Nitekim İskoçya'da Kıta Avrupası'nın iki şekilde savcılarının yetkilerine tesir ettiği belirtilmektedir. Birincisi, savcılık teşkilatının yerleşikliği ve her durumda kamu menfaatini gözetmesi sebebiyle İskoç hukukunda savcının kamu davasının açılmasındaki *maslahata uygunluk* değerlendirmesinde takdir alanı, İngiltere ve Galler gibi diğer Anglo-Sakson ülkelerinden de geniştir. İkinci olarak bu ülkede yargının iş yükünü çözmek için ilki 1977 yılında kurulan (*The Stewart Committee*)²²

¹⁹ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Scotland's Prosecution Service”, <https://www.copfs.gov.uk/about-copfs/> (Erişim Tarihi: 30.10. 2023); MCMANUS, s.15, dn.26.

²⁰ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001), <https://www.copfs.gov.uk/publications/prosecution-code/html/> (Erişim Tarihi: 27 Ekim 2023).

²¹ MCMANUS, s.15.

²² <http://www.holyroodparliament.scot/ResearchBriefingsAndFactsheets/Petitions%20briefings%20S3/PB08-1106.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

ve *McInnes Committee*) komisyonlar kurulmaya başlanmıştır.²³ İsveç, Hollanda, Fransa ve Norveç olmak üzere karşılaştırmalı hukuk çalışması²⁴ da içeren bu komisyonların raporları neticesinde ilk kez 1988 yılında savcının, Türk hukukundaki önödeme (TCK md. 75) benzer şekilde, para cezası uygulaması alternatifi getirilmiştir. İlerleyen yıllarda buna, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara benzeyen mağdurun zararını tazmin ettirme (*compensation order*) veya işte çalıştırma (*work order*) gibi alternatifler eklenmiştir. Sözlü veya yazılı uyarma (*warning*) ise müşterek hukuktan (*common law*) doğduğundan para cezasından önce de mevcuttur. Bunların tümüne bugün kısaca *doğrudan tedbirler (direct measures)* veya *alternatif imkanlar (alternative disposals)* denmektedir.²⁵ Esasında bu tür yaptırımları uygulama yetkisi verilmesi, itham sistemindeki bir savcı yapılanmasına uygun değildir. Oysa itham sisteminin aksine tahkik sistemindeki bir savcının bu tür yaptırımları uygulaması yadırganmaz. Zira savcı şüphelinin hem aleyhine hem de lehine delilleri araştıran ve bu şekilde itham sistemindeki partizan bir savcı anlayışından ziyade maddi gerçeği araştırma amacıyla hareket eden bir rodedir. İskoç savcısının bu alternatifler dışında bir de bunların haricinde onarıcı adalet programlarına yönlendirme gibi çeşitli diversiyon seçeneklerine yönlendirme yetkisi mevcuttur. Bir tedavi programına yönlendirme de bir diversiyon türüdür.²⁶

Bugün İskoç ceza muhakemesinde savcılık kurumunun en önemli özelliği olarak, savcılarının tam bir bağımsızlıkla hareket etme yetkisi gösterilmektedir.²⁷ Türk hukuku ile karşılaştırdığımızda, İskoç hukukunda soruşturma evresinin büyük ölçüde poliste olması sebebiyle

²³ MCMANUS, s.15, 20.

²⁴ FIONDA, Julia: *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford, 1995, s.67.

²⁵ FIONDA, s.66-67.

²⁶ Örneğin bkz.: COOKE, David J.: "Treatment as an Alternative to Prosecution: Offenders Diverted for Treatment", *British Journal of Psychiatry*, C.158, 1991, s. 785-791.

²⁷ FIONDA, s.65; DUFF, Peter: *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, Duff, Ed Peter/Hutton, Neil (Editörler), *Criminal Justice in Scotland*, Ashgate, Aldershot, 1999, s. 118.

savcının sadece kamu davasını açıp açmamaya karar vermekle yetkili ve bu şekilde görev tanımının da oldukça dar olduğu düşünülebilir. Ancak “karar verme” (*decision to charge*) şeklinde savcının tek kelime öbeği ile ifade edilen bu görev tanımının altı, oldukça doludur. Türk hukuku ile karşılaştırdığımızda “hakimlik faaliyeti” kapsamında nitelendirebileceğimiz oldukça kapsamlı yetkiler içermektedir. Çalışmanın devamında görülecektir ki bu ülkede savcılar, adeta soruşturma evresindeki hakimlerdir. Ancak mahkeme faaliyetlerinde olduğu gibi savcılığın kovuşturma aşamasına ulaşılmasından önceki aşamadaki faaliyetlerinde alenilik de olmadığından, savcıların kararlarının içeriği büyük ölçüde denetim dışında kalmaktadır. Bu, temel bir endişe alanıdır.²⁸ İskoç ceza muhakemesinde savcının soruşturma evresi sonunda atılacak adım ile ilgili *tekele* (*monopole*) sahip olduğu²⁹ ve hatta *kapı tutucusu* (*gatekeeper*) olduğu benzetmesi yapılmaktadır.³⁰

İskoç ceza muhakemesi örneğinde savcının cezai uyuşmazlığı soruşturma evresinde sonlandırma yetkilerinin incelenmesini konu alan bu çalışma ile amaçlanan ise yargının olağanüstü iş yükünün güncel bir mesele olduğu Türk hukukuna katkı sunmaktır. Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de yargının iş yüküne çözüm üretilmesinde genellikle yetkileri gözden geçirilen ilk basamak, savcılık makamı olmaktadır. Üstelik Türk hukukunda soruşturma evresinin en yetkili aktörü, savcı iken; buna ilaveten hakimlik faaliyeti kapsamındaki yetkiler de savcılığa verilmeye devam etmektedir. Türk hukukunda savcıların artan yetkileri karşısında, itham- tahkik skalasında Türk ceza muhakemesi ile taban tabana zıt bir anlayışı temsil eden İskoç ceza muhakemesinin örnek olarak incelenmesinde fayda görülmüştür. Çünkü, 21. yy’da İskoç hukukunun savcılar tarafından kamu davası açılmasında *kamu menfaatine ağırlık veren* bir anlayışla kökten değişime uğradığı

²⁸ DUFF, The Prosecution Service: Independence and Accountability, s. 126; MCMANUS, s. 17, 19.

²⁹ WHITE, s.144.

³⁰ YOUNG, s. 3. İngiltere ve Galler için; “The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System”, <https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/186/186.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11. 2023).

belirtilmektedir.³¹ Gerek “*maslahata uygunluk ilkesi*” gerekse “*yaptırım uygulamaya imkân veren kurumlar*” bağlamında savcının yetkilerinin oldukça geniş olduğu bir ülke sistemi ortaya konularak, savcılarının yetkilerinin arttırılmasının olası avantajlarının ve dezavantajlarının Türk kanun koyucuya gösterilmesi amaçlanmıştır.

Türk hukukunda kamu davasının mecburiyeti ilkesinin esas olduğunu ve maslahata uygunluk ilkesinin oldukça sınırlı hallerde tanındığını dikkate aldığımızda İskoç savcısı ile Türk savcısının iki uçta yer aldığı söylenebilir. Ancak kamu davasının mecburiliği ilkesi ile maslahata uygunluk ilkesi ayrımının, pür akademik bir ayrım olduğunun ifade edildiğine de dikkat çekmemiz gerekir. Hatta kamu davasının mecburiliğini esas alıp maslahata uygunluk ilkesini tanınmaması veya sınırlı tanınması hallerinde savcılarının takdir yetkilerinin nasıl kullandıklarının denetimi daha güç hale gelmektedir. Zira birçok halde savcılarının, delillerin “yeterli düzeyde” olup olmadığı değerlendirmesi adı altında kamu davasının açılmasında geniş takdir yetkileri kullanıldığı belirtilmektedir.^{32, 33} Nitekim Alman ceza hukukçusu *Winfried Hassemer* de kamu davasının mecburiliği ilkesi karşısında maslahata uygunluk ilkesinin kaçınılmazlığını ceza muhakemesinin doğasından hareketle teyit eden aşağıdaki ifadelerini akılda tutmakta fayda vardır:

“Ceza kanununun aksine ceza muhakemesi, bir yazılı metin (Text) değildir; daha ziyade hadiseler (Szene) ve faaliyetlerdir (Prozess). Ceza kanununun

³¹ MCMANUS, s. 18.

³² DUFF, *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, s. 116- 117.

³³ İtalyan ceza muhakemesi, kamu davasının mecburiliğini Anayasa’da (md. 112) güvence altına alarak katı uygulayan anlayışın bir örneği olarak bilinmektedir. Bu ülkede yukarıda metinde belirttiğimiz durumun önüne geçmek için Anayasa’da, savcıya “*soruşturmayı tamamlama mecburiyeti*” de getirilmiştir. Bkz.: ROSSI, Francesco/ DUCOLI, Giulia/ SCHENA, Giuseppe, *Pre-trial Procedure in Italy*, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Editörler), *A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure in Europe: The Search For An Ideal Model*, Istanbul University Press, 2020, s.127, ayrıca aynı sayfada dn. 68.

*hükümleri, bu evrede kâğıt üstünde durdukları gibi durmazlar; gerçeklik içerisinde pratik ellerde işlerlik kazanırlar”.*³⁴

İskoç savcısının geniş yetkileri, yine de Türk hukukçular tarafından ilk bakışta yadırganabilir. Ancak yine de büyük ölçüde itham sistemine ait olup, yer yer de tahkik sisteminin etkisinde kalmış bir savcı profiline yakından bakmakta fayda görülmüştür. Bunu bir tür, savcının soruşturma evresinde cezai uyuşmazlığı sona erdirme yetkilerine baktığımız lenslerimizi değiştirmek olarak görmekteyiz. *Howard Zehr’in* onarıcı adalet bağlamında ifade ettiği gibi “*lenslerin değiştirilmesi*”³⁵ ile yeni düşünceler ve anlayışları kavrayabilmeyi hedeflemekteyiz. Taban tabana zıt bir ülkenin anlayışına bakmak, bize şekillerin arkasına geçerek ceza muhakemesi faaliyetindeki olgulara ilişkin analitik bir içgörü kazandırabilir. Kıta Avrupası’nın kanıksanmış kabulleri ile yetişen bir ceza hukukçusu için bu çalışma, İskoç ceza hukukunun savcının cezai uyuşmazlığı soruşturma evresinde sonlandırma yetkileri ekseninde bir tür keşif mahiyetindedir. Bu çalışma ile İskoçya’da savcılık faaliyeti, teşkilatı ve soruşturma evresindeki yetkilerine ilişkin genel bir çerçeve ortaya konulmaktadır. Bu çalışmadan sonra bu genel çerçeveyi esas alarak alt başlıkların ve konuların derinleştirilmesine devam edilmesini planlamaktayız. Bu şekilde belirttiğimiz amaçlar doğrultusunda bu keşiften yeni bir perspektif edinmiş olarak çalışmayı tamamlamayı hedefliyoruz.

Çalışmanın iki temel sınırlılığı vardır. Birinci sınırlılık, Türk hukukunda ve birçok ülkede olduğu gibi İskoçya’da da savcının yetkilerini nasıl kullandığına ve savcılarının kararlarının içeriği ilişkin somut olaylardan hareketle bütünüyle ortaya koyan verilere ulaşılamamasıdır. Zira mahkeme faaliyetlerinde olduğu gibi savcılığın kovuşturma aşamasına ulaşılmasından önceki aşamadaki faaliyetlerinde alenilik söz konusu değildir. Bu çalışmada yer verilen olaylar ya

³⁴ **HASSEMER**, Winfried: Legalität und Opportunität im Strafverfahren- Eine Skizze, Ostendorf, Heribert (Editör), Strafverfolgung und StrafverzichtFestschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft, Schleswig- Holstein, Köln/Berlin/Bonn/Münih, 1992, s.531.

³⁵ **ZEHR**, Howard: Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Herald Press, 1. Baskı., 1990.

parlamento gündemine gelmiş (savcının parlamentoya karşı sorumluluğu çerçevesinde) ya kamuoyuna yansımış ya da savcıların kendi eserlerinde bahsettikleri olaylardır. İkinci sınırlılık, İskoç savcısı anlatılırken zaman zaman İngiltere ve Galler ile karşılaştırmalar yapılırken; Birleşik Krallık'ın diğer üyesi Kuzey İrlanda, İngiltere ve Galler gibi literatürde Birleşik Krallık ceza hukuku karşılaştırmalarında öne çıkmadığından ayrı bir çalışma gerektireceğinden Kuzey İrlanda ile ilgili tespitlerimiz karşılaştırmalarımızda bir iki cümle ile sınırlı kalmıştır.

Bu doğrultuda çalışmada sırasıyla; İskoçya'da ceza muhakemesinin "bir sistem" değil; "otonom birimler" tarafından yürütülen faaliyetler alanı olarak görülmesi şeklindeki bu ülkedeki metodoloji ortaya koyduktan sonra (I) İskoç savcısının İngiltere ve Galler'den farklılıklarını göstereceğiz (II) ve İskoçya'daki savcı ve savcılık teşkilatına (III) yer vereceğiz. Sonrasında bazı dava örnekleriyle savcının geniş yetkilere sahip oluşu (IV) ele alındıktan sonra savcının soruşturmayı nihayetlendirmesinde ilk aşama (delilleri değerlendirme) (V) ile maslahata uygunluk (kamusal menfaat) incelemesi ve değerlendirmesi aşamasını (VI) ortaya koyacağız. Son olarak savcının, kamu davasının alternatiflerini (*direct measures*) uygulama yetkisi ile onarıcı adalet gibi diversiyonlara yönlendirme yetkilerinden (VII) bahsedeceğiz.³⁶

I. "BİR SİSTEM" DEĞİL: "OTONOM BİRİMLERİN" FAALİYETLER ALANI OLARAK CEZA MUHAKEMESİ

Ceza muhakemesi faaliyetlerinin konusu olan "cezai uyuşmazlığa" yaklaşım, ülkelere göre temel bir metodolojik farkı içerir.

³⁶ İtham sisteminin yerleşik kurumlarından dava pazarlığı (*plea bargaining*) konusu akla gelebilir. İskoçya'da biri hakim, diğeri savcı tarafından yürütülen olmak üzere iki tür dava pazarlığı bulunmaktadır. İskoç ceza muhakemesinde savcının bu şekilde dava pazarlığı kurumunun uygulanmasında rolü olsa da her iki dava pazarlığı türünde de kurumun etkisi, daha az ceza verilmesi için bir neden olarak mahkeme hükmünde gerçekleşmektedir. Soruşturma evresinde cezai uyuşmazlığın sonlandırılmasına hizmet etmediği için bu çalışmaya dava pazarlığı konusu alınmadı. İskoç ceza muhakemesinde dava pazarlığı konusu için bkz.: GORMLEY, Jay: "The Inefficiency of Plea Bargaining", *Journal of Law and Society*, C. 49, S. 2, 2022, s. 277-293, özellikle s. 280-281.

Bu farkı, Türk hukukunu bir Anglo-Sakson ülke sistemiyle karşılaştırdığımızda daha net bir şekilde kavramaktayız. Yukarıda Birleşik Krallık'ın İngiltere ve Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya olmak üzere üç temel hukuk sistemine sahip olduğunu belirtmiştik. Ülke için "sistem" sözcüğü kullanılsa da ceza muhakemesi açısından "sistem" sözcüğü, hem İngiltere ve Galler³⁷ hem de İskoç³⁸ ceza muhakemesi literatüründe isabetli bir karşılık olarak görülmemektedir. Yerine Türkçe en isabetli biçimde "*muhakeme*" diyebileceğimiz "*process*" terimi kullanılmaktadır. Diğer bir anlatımla, "ceza muhakemesi sistemi"; "İngiliz ceza muhakemesi sistemi" veya "İskoç ceza muhakemesi sistemi" şeklinde kullanılmaktan imtina edilmektedir. Çünkü "sistem" denildiğinde ortak belirli bir amaç için iş birliği içinde çalışan, her birimin onun bu amaçlar doğrultusunda bir parçasını teşkil ettiği ve dışarıdan bakıldığında yeknesak bir mekanizma akla gelmektedir. Ancak bu, belirttiğimiz ülkelerde örneğin polis, savcı, mahkeme ve ceza infaz kurumları gibi ceza adaleti sistemine hizmet eden kurumlar arasında bağ, gevşektir.³⁹ Hatta bunlar, otonom bir yapıdadırlar ve kendi alanlarında cezai uyumsuzlukla ilgili kararlar verme, hatta bazen sonlandırma gibi geniş takdir yetkileri mevcuttur.⁴⁰ Sınırlı hallerde de olsa polis, şüpheliye uyarma cezası uygulayabilir ve soruşturma bu şekilde polis tarafından sonlandırılabilir. Bunların ceza adalet sisteminde birbirleriyle yarışan farklı perspektiflere sahip olabildiği gibi kamusal kaynakların kullanımında da aralarında bir rekabetin olduğu belirtilmektedir.⁴¹

Gerçekten ceza adalet sistemine hizmet eden birimlerin otonom oldukları faaliyetlerinden ve karar verme yetkilerinden anlaşılmaktadır. Bir birime bir yetki verilmiş ise tam yetki verilmiştir. Yetki, tam anlamıyla yetkidir. Soruşturma ve kovuşturma evresinde muhakemenin

³⁷ CAMPBELL, Liz/ASHWORTH, Andrew/REDMAYNE, Mike: The Criminal Process, 5. Baskı, Oxford University Press, 2019, s.11-12. Bu yazarlar bu yaklaşımla kitabın adını, "*The Criminal Process*" olarak seçmiştir.

³⁸ YOUNG, s.34-35.

³⁹ YOUNG, s.35.

⁴⁰ CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.11. Ayrıca bkz.: WHITE, s.147.

⁴¹ YOUNG, s.34-35.

aktörleri, “*olayların uzmanı (master of facts-instance)*” ve “*hukukun uzmanı (master of law)*” şeklindeki bir temel kıstasla ayrılır. Ancak bu otonomluk, birimlerin aralarında belli ölçüde bağımlılık ilişkisi olmadığı anlamına gelmemektedir.⁴² Savcının kamu davası açabilmesi polisin getirdiği bilgilere bağlıdır, ancak savcı ve polis arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki mevcut değildir. İskoç hukukunda, İngiltere ve Galler’e göre savcının polise hiyerarşi oluşturan emir ve talimat verme yetkisi⁴³ olsa da bu zayıf bir hiyerarşidir ve bu emir ve talimat yetkisi nadiren kullanılmaktadır.⁴⁴ Polis, bağımsız bir şekilde soruşturma faaliyetini yürütmektedir. Soruşturma tamamlandığında dosya, savcıya kamu davası ile ilgili karar vermesi için iletilmektedir.⁴⁵ Bu ülkelerde polis teşkilatı, Kıta Avrupası’nda birçok ülkede olduğu gibi içişleri bakanlığına bağlı değildir. Polis, İngiltere ve Galler’de ulusal kimliğin önemli bir parçası olarak siyasi bağımsızlığa sahiptir.⁴⁶ Örneğin Avrupa Polis Etik Kuralları (*European Code of Police Ethics*)’nda da geçen faaliyetlerinde bağımsızlık (*police operational independence*)⁴⁷, İngiltere ve Galler’de açıkça görülebilir. Bu otonom birimlerinin birbirinden etkilendiği başkaca örnekler olarak şunlar gösterilmektedir: Mahkemenin iş planı, savcının verdiği kararlardan etkilenecek oluşur. Nitekim eğer savcı maslahata uygunluk değerlendirmesinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirse olay, mahkemenin iş alanına hiç girmemiş olacaktır.⁴⁸

Bu kabule göre ceza muhakemesine bir sistem olarak bakmak ve dolayısıyla sistem içinde her bir birimin birbirine bağlı olduğunu

⁴² CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.11.

⁴³ Karş. ŞIK, Hüseyin: “Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.7, S. 14, 2019, s. 432.

⁴⁴ WHITE, s.145.

⁴⁵ DICKENS, s.21.İngiltere ve Galler açısından bkz. CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.11.

⁴⁶ WHITE, s.148.

⁴⁷ Polisin faaliyetlerinde bağımsızlığına ilişkin uluslararası düzenlemelere değinen bir çalışma için bkz.: NIKAC, Zeljko/LESTANIN, Branko: The Role of The Police in The Pre-trial Phase of Serbia, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Editörler), A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure in Europe: The Search For An Ideal Model, Istanbul University Press, 2020, s.169.

⁴⁸ CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.11.

varsaymak, riskli bir yaklaşımdır.⁴⁹ Çünkü ceza muhakemesi faaliyetlerindeki beşerî faktörün boyutlarını ve ceza muhakemesi faaliyetlerinin olası etkilerini gözden kaçırmamıza neden olabilir. İşte bu alt başlığın girişinde ifade ettiğimiz, temel metodolojik yaklaşım farkı, tam olarak budur. Şöyle bir örnek verilmektedir: A hakkında soruşturma ve kovuşturma tamamlanır ve A mahkum olur. B hakkında soruşturma ve kovuşturma tamamlanır ve B beraat eder. Beraat eden B de A gibi kendini cezalandırılmış hissedebilir.⁵⁰ Zira burada muhakemedeki kişilerin kararları ve faaliyetleri ile tüm sürecin kişiler üzerindeki etkisi söz konusudur ve sonuç (hüküm türü) bu etkileri farklı kılamamaktadır. Nitekim ABD’li hukukçu *Malcolm Feeley* 1979 yılında yayınladığı İngilizce “*The Process is the Punishment*”⁵¹ isimli eserini bu konuya hasretmiş ve muhakeme faaliyetinin yürütülmesinin bizatihi cezalandırma işlevi gördüğünü göstermiştir.⁵²

Bu, bize İngiliz ve İskoç hukukunun Kıta Avrupası ile ilgili temel bir metodolojik farkını net bir şekilde göstermektedir. Bu ülkelerde ceza muhakemesi- geniş anlamda “suç” ve “suçla ilgili adalet” konuları- “bir sistem” değil; “otonom faaliyetler” alanıdır. Diğer bir anlatımla, suç işlenerek meydana getirilen cezai uyumsuzluk, belirli bir sıra dahilinde de olsa (önce polis, sonra savcı ve mahkeme) çeşitli birimler tarafından otonom biçimde ele alınmaktadır. Bu birimlerin konusu aynı olsa da hepsinin faaliyeti, bir sistemi meydana getirmemektedir. Bu yaklaşım Kıta Avrupası ceza muhakemesinin metodolojisinden taban tabana

⁴⁹ CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.12.

⁵⁰ CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, s.12.

⁵¹ FEELEY, Malcolm: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, 1. Baskı, Russell Sage Foundation, New York, 1979.

⁵² Buna göre, Türk hukukundaki kurumlardan seri muhakeme gibi cezai uyumsuzluğu soruşturma evresinde şüphelinin de kabul etmesiyle sonlandırılmasının, anayasal hakları temin eden kovuşturma evresinin mahrum bırakma olarak eleştirilmesi metodolojik açıdan problemlili olabilir. Neticede soruşturma evresinde cezai uyumsuzluğun sonlandırılmasını (önödeme, seri muhakeme ve hatta uzlaştırma) şüphelinin (tarafaların: uzlaştırmada mağdurun da kabul etmesi) de kabul etmesi ve olağan usule devam etme seçeneğinin korunması hallerde, kovuşturma evresinde “süreci boyunca tanıdığı ve sağladığı anayasal haklar nedeniyle” ısrarcı olmak, isabetli bir yaklaşım olmayabilir.

zıttır.⁵³ Kıta Avrupa'sında organik bir bütünden bahsedilir. Suçun işlenmesi ile meydana gelen cezai uyumsuzluk muhakeme makamları tarafından ele alınmaya başlandığında bir canlı varlığa benzetilir.⁵⁴

II.İNGİLTERE VE GALLER'DEN İSKOÇ HUKUKUNA YAKLAŞAN BİR ANLAYIŞ OLARAK "İSKOÇ SAVCISI"

İngiltere ve Galler'den İskoç hukukuna yaklaşan yazarlar, bir taraftan İskoç savcısına adeta imrenmektedirler.⁵⁵ *Robin M. White*, İngiltere ve Galler'deki savcılığın gelişimini ele aldığı çalışmasının başlığına da yansıttığı üzere "mücbir şekilde İskoç savcısının arayışında olmaktan" (İngilizce: *Desperately Seeking Scotland*) bahsetmektedir.⁵⁶ Keza *Julia Fionda'ya* göre de İskoç ceza muhakemesi, teşkilat olarak köklü bir geçmişe ve bağımsız savcılarının geniş maslahata uygunluk değerlendirmesi yapmasının avantajlarına sahiptir.⁵⁷ Gerçekten, İskoç savcılarının gerek kamu davasının açılıp açılmamasında gerekse açılmış

⁵³ Bu metodolojik farkın nedeni, *hukukun bir bilim olup olmadığına* ilişkin kadim soruya dayanmaktadır. Örneğin Almanya'da hukuk için hukuk bilimi anlamına gelen *Rechtswissenschaft*; İtalya'da aynı şekilde *scienze giuridiche* terimleri kullanılır. Buna karşılık İngiltere ve Galler ile İskoçya'da hukuk evrensel ilkelere ulaşılan ve her durumda geçerli bir faaliyet değildir; ve tüme varılmaz. Örneğin yaptırımın belirlenerek hüküm kurulması (İngilizce özgün: *Sentencing*) ile ilgili bir mahkeme kararı üzerine bir yargıç şu tespitle bulunmuştur: "*Yaptırımın belirlenerek hüküm kurulması, pozitif bilim olmaktan ziyade yetkinliğe ve uzmanlığa dayanan hassas bir zanaattır*" (İngilizce özgün: "*Sentencing is 'a delicate art based on competence and expertise' rather than an exact science*"). İfade için bkz.: **BROWN**, Graeme: "Four Models of Judicial Reasoning in Sentencing", *Irish Judicial Studies Journal*, C. 3, 2019, s.59, <https://www.ijsj.ie/assets/uploads/documents/4.%20Graeme%20Brown.pdf> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

⁵⁴ İtalyan ceza muhakemesi literatüründe yapılan bir benzetmeyi *Kunter* şu şekilde aktarır: "*Canlı bir varlık olan muhakeme, kamu davasının açılmasından önce yaşamağa başlamıştır. Yalnız, ana karındaki yavru gibidir, gelişmekte ve şekillenmektedir. Ana karındaki yavru, ilk önce «rüşeym» (embriyon) adını taşır. Sonra insana benzer bir şekil almağa başlar ve «cenin» (foetus) olarak adlandırılır. Cenin şekillenmesini tamamladıktan sonra, yavru doğum ile dünyaya gelir. Davanın açılması da doğuma benzer. Nasıl bir insan sadece doğduktan sonra yaşamıyorsa, anasının karından doğumdan önce de yaşamağa başlar*" (Foschini, II, 42, aktaran: **KUNTER**, Nurullah: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı., Beta, İstanbul, 1989, no.412, s.764)

⁵⁵ Bu karşılaştırmayı yapan görece eski bir çalışma için bkz.: **ROBERTSON**, s. 326 vd.

⁵⁶ **WHITE**, s. 143-182.

⁵⁷ **FIONDA**, s.65.

davalarda nasıl ilerleneceği ile ilgili *mutlak bir takdir yetkisinden* bahsedilmektedir.⁵⁸ Ancak bu durum, İngiltere ve Galler'den İskoç hukukuna bakan başka bir yazar tarafından da bu kadar yetkiye sahip merkezleşmiş savcılık teşkilatında, savcının egemen aktör olarak aldığı kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının adalete uygun olup olmadığına ilişkin kontrol mekanizmasının yokluğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁵⁹ Bu eleştirilere ilaveten kontrol yokluğunun da ötesinde İskoç savcısının ülkede yerleşik savcılık geleneği⁶⁰ ile şekillendiği ve İngiltere ve Galler'in aksine sınırlı bir denetim imkanı olduğu belirtilmektedir.⁶¹

Destekleyen veya eleştiren görüşlerin ötesinde bir gerçeklik vardır: İskoçya, İngiltere ve Galler'den ayrılarak kendine özgü ceza hukuku ve ceza muhakemesi anlayışını oluşturabilmiştir.⁶² Örneğin İngiltere ve Galler, tarihsel olarak özel kovuşturma geleneği ile ünlü iken; İskoçya'da özel kovuşturma yüzyıllarca bilinmeyen bir kavramdır.⁶³ Bugün dahi özel kovuşturma neredeyse yok gibidir. Savcıların İskoçya'da işlenen tüm suçları soruşturma yetkisi olması, İngiltere ve Galler'e göre önemli bir farklılıktır.⁶⁴ Son yüzyılda, 1909 dolandırıcılık⁶⁵ ve 1981 Glasgow tecavüz vakası⁶⁶ dışında özel kovuşturmanın başarı örneği mevcut değildir. Gerçekten henüz 1985 yılında ilk kez savcılığı teşkilat olarak oluşturan ve 1829 yılına kadar mağdurların (özel) soruşturmaları yürüttüğü İngiltere ve Galler'in⁶⁷ aksine; İskoçya'da

⁵⁸ MCMANUS, s.15.

⁵⁹ DICKENS, s. 21, ayrıca s. 23-23.

⁶⁰ İskoç ceza hukukundaki geleneğin rolü için bkz.: FARMER, s.26, s. 42- 43.

⁶¹ DICKENS, s.23, ayrıca s. 26-28.

⁶² Bunun nedenlerine ilişkin detaylı bir analiz içeren çalışma için bkz.: FARMER, s.29-40.

⁶³ ROBERTSON, s. 329-330; GIBB, s.386; WHITE, s.145, ayrıca s.147.

⁶⁴ GIBB, s.386.

⁶⁵ J &P Coats Ltd v. Brown (1909 S.C. 0). 29. Bu dava için bkz.: DICKENS, s. 20-21, ayrıca s.24-25; GIBB, s.386.

⁶⁶ X v Sweeney, 1982 J.C. 70. Bu davaya aşağıda yer verilecektir.

⁶⁷ WHITE, s. 146-148. Türk hukukunda İngiltere ve Galler'deki savcılık kurumunu ele alan bir çalışma için bkz.: ŞIK, s. 430-432.

savcılık teşkilatının başlangıcı 16. yy'a dayandırılmaktadır.⁶⁸ Keza İngiltere ve Galler'de kovuşturma faaliyetlerinde *merkezileşmeme* ve *dağınıklık* hakim iken; İskoçya'da *merkezleşmiş*⁶⁹ ve *dosdoğru ilerlemek üzere yapılandırılmış* bir savcılık faaliyet teşkilat yapısı mevcuttur.⁷⁰ Hatta İskoçya'daki savcılık faaliyetinin, oldukça iyi yapılandırıldığını ve etkin bir ceza soruşturmasına imkan verecek şekilde tasarlandığı belirtilmektedir.⁷¹ Savcılık kurumunun yerleşikliği dışında ayrıca maddi ceza hukukundaki (icrai ve ihmali) tüm davranışlarla ilgili savcının soruşturmayı sonlandırma yetkilerinde de İskoç hukukunun farklılığına dikkat çekilmektedir.⁷² Örneğin savcının maslahata uygunluk incelemesindeki yetkisi, İskoçya'da İngiltere ve Galler'e göre daha geniştir.⁷³ Yine Kıta Avrupası hukuk sisteminin tesiri ile savcının uygulayabileceği alternatif yaptırımlar çeşitlidir.⁷⁴ Zira savcının maslahata uygunluğa ilişkin değerlendirme yetkisi oldukça geniş tutulunca, söz konusu yaptırımları da uygulayabileceği evleviyetle kabul edilmiştir.⁷⁵

İngiltere ve Galler'de polis ile savcı arasında bir hiyerarşi bulunmamakla birlikte; İskoçya'da Kıta Avrupası'nın etkisi ile polis ve savcı arasında bir hiyerarşiden bahsedilir.⁷⁶ Nitekim 1967 yılına ait Polis Kanunu'nun⁷⁷ 17. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesine göre "*suçların soruşturması ile ilgili olarak polis, ilgili savcıdan gelebilecek hukuka uygun talimatlara uygun hareket eder*"⁷⁸. 2012 yılına ait Polis ve Ateşli Silahlar Kanunu'nun "*adli soruşturmalar*" başlıklı bölümündeki 41A

⁶⁸ SHEEHAN, A. V., *Criminal Procedure in Scotland and France*, 1. Baskı, Her Majesty's Stationery Office, Edinburg, 1975, s. 109-110; FIONDA, s.65.

⁶⁹ DICKENS, s.21.

⁷⁰ WHITE, s.146- 147, ayrıca s.144.

⁷¹ GIBB, s.386.

⁷² YOUNG, s. 3.

⁷³ DUFF, *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, s.118.

⁷⁴ FIONDA, s. 66- 67.

⁷⁵ DUFF, *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, s. 119.

⁷⁶ GIBB, s.386; FIONDA, s. 66.

⁷⁷ *Police (Scotland) Act 1967*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/77/enacted> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

⁷⁸ Bu hükme dikkatimizi çeken: FIONDA, s. 66.

maddesinin başlığı, “Başsavcı ve Savcının Nezaretinde Soruşturmalar” şeklindedir. Burada da polisin, savcı tarafından verilecek her türlü hukuka uygun talimatlara uyma yükümlülüğü düzenlenmektedir.⁷⁹ Bu Birleşik Krallık’taki diğer hukuk sistemleri tarafından yadırganan ve İskoç hukukunda Kıta Avrupası tesiri ile açıklanan bir durumdur.⁸⁰ Savcı, isterse soruşturmaya polise talimat vererek dahil olur. Yine de dikkat çekilmesi gerekir ki; bu ilişki, Türk hukuku ile karşılaştırıldığında zayıf bir hiyerarşik ilişkidir. Polis her ihbarı savcıya bildirmek zorunda değildir. Ayrıca polisin de savcının uygulama yetkisi olduğu para cezası veya uyarma cezalarına karar verme yetkisi mevcuttur.⁸¹

Kamu davası açıldıktan sonra da İskoçya’da savcının, İngiltere ve Galler’deki gibi açık bir partizan (tarafgir) itham ile hareket etmediği ve hatta sanığın lehine ve aleyhine olan hususları ortaya koyarak mahkemeden makul bir karar vermesini bekleyen ve kamu menfaatini her durumda gözeten bir rolde olduğu belirtilir.⁸² Belirttiğimiz gibi bu durum tarihsel olarak Kıta Avrupası’nın etkisine bağlanılarak İskoç ceza muhakemesi, bilhassa Hollanda ve Almanya’ya benzetilmektedir.⁸³

III. İSKOÇYA’DA SAVCI VE SAVCILIK TEŞKİLATI

Çalışmanın giriş kısmına belirttiğimiz üzere Birleşik Krallık; İngiltere ve Galler, Kuzey İrlanda ve İskoçya olmak üzere üç temel hukuk sistemine sahiptir. Bu birlik içerisinde İngiltere ve Galler ile Kuzey İrlanda ceza muhakemesi birbirine daha yakın iken; İskoç hukukunun bazı noktalarda Kıta Avrupası hukukunun da tesiri ile onlardan ayrıştığı belirtilmektedir.⁸⁴ Diğer bir anlatımla, İskoç ceza muhakemesi, Kuzey İrlanda kadar İngiltere ve Galler ile benzer değildir. Bir görüşe göre İskoçya’da Kraliyet’in gücü ve otoritesi diğer bölgelere

⁷⁹ *Police and Fire Reform (Scotland) Act 2012*, <https://www.legislation.gov.uk/asp/2012/8/section/63> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

⁸⁰ **FIONDA**, s. 66.

⁸¹ **MCMANUS**, s.15- 16.

⁸² **FIONDA**, s. 66.

⁸³ **FIONDA**, s. 66- 67.

⁸⁴ **YOUNG**, s.3. Türk hukukunda daha önce İskoçya’daki savcılık kurumunu ele almış bir çalışma için bkz.: **ŞIK**, s. 432- 433.

göre daha zayıf olmuştur.⁸⁵ Ancak her durumda belirtilen şudur: İskoçya, 1603 yılına kadar bağımsız (İngiliz ve İskoç Kraliyeti üyesi) ve Büyük Britanya ile birleştiği 1707 yılına kadar kendi parlamentosuna sahip bir devlettir.⁸⁶ Birleşmeden sonra da parlamento en temel yasama organı olarak ceza hukuku alanını İngiliz ve Galler'den farklılaştıracak faaliyetler gerçekleştirmiştir.⁸⁷ Bu ayrışmanın ceza muhakemesinde en fazla görüldüğü alan ise savcılık kurumundadır.⁸⁸ Savcılık faaliyetleri, "kamusal vazife" (*public function*) niteliğindedir.⁸⁹

Henüz 1986 yılında ilk kez savcılığı teşkilat olarak oluşturan⁹⁰ ve 1829 yılına kadar mağdurların soruşturmaları yürüttüğü İngiltere ve Galler'in aksine, İskoçya'da savcılık teşkilatının başlangıcı 16. yy'a dayanmaktadır. İskoçya'da 1587 yılına kadar mağdurlar soruşturmayı yürütmekte idi.⁹¹ Bu dönemde *Kral'ın Savcısı (King's Advocate)*⁹² kralın davalardaki menfaatlerini gözetmek, para cezalarının kraliyet hazinesine aktarılmasını sağlamak ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla ortaya çıkmıştır.⁹³

Daha derine inildiğinde *Normand'e* göre bunun başka nedenleri de vardır. Birincisi; suç işleyen güçlü kişilerin adaletten kaçması ve zengin insanların adaleti satın alarak kendilerini ceza hukuku yaptırımlarından muaf tutmaları karşısında suça maruz kalan fakir ve zayıf vatandaşlar, failleri adalet önüne getirememektedir. İkincisi; bazı suçlar Devlet

⁸⁵ DICKENS, s.19.

⁸⁶ SHEEHAN, s.97. İskoçya'nın tarihi ve siyasi gelişimi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz: YARGIÇ, s. 72- 79.

⁸⁷ SHEEHAN, s.97.

⁸⁸ FIONDA, s.65.

⁸⁹ NORMAND, s. 345

⁹⁰ FIONDA, s.65.

⁹¹ Bkz.: DICKENS, s.19-20.

⁹² İskoçya'nın tarihinde *Kral Charles III* tarafından 1677 yılında *Kralın Savcısı* olarak atanan *Sir George Mackenzie* ile ilgili ünlü ve tartışmalı bir figür olması sebebiyle Türkiye'de tarih alanında yapılmış bir tez çalışması için bkz.: RODOPLU, Alp: The "King's Bloody Advocate" or "Noble wit of Scotland"?- Restoration Scotland and the Case of Sir George Mackenzie of Rosehaugh, 1636/38-1691: Neostoicism, Politics and the Origins of the Scottish Enlightenment, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2017.

⁹³ SHEEHAN, s.109.

aleyhine işlenmektedir. Devlet aleyhine işlenen suçlarda, özel kovuşturmadan bahsedilemez.⁹⁴ İşte bu şartlar altındaki özel kovuşturmalar, ancak hazinenin (kraliyetin) gelir kaybına neden olmaktadır.⁹⁵ Bu nedenlerle 1587 yılında- bu çalışmada Türkçe “*Ülke Başsavcısı*”⁹⁶- (kısaca-Başsavcı) olarak ifade edeceğimiz - *Lord Advocate*⁹⁷- “ *tarafların sessiz kalmayı veya başka şekilde tarafların gizlice katılmayı tercih ettiği*” hallerde ceza soruşturmasını yürütmek üzere İskoç Parlamentosu kanunu ile yetkilendirilir.⁹⁸ Her geçen yıl yetkileri artarak devam eder.⁹⁹ Başsavcıya verilen tarafların katılımı olmaksızın soruşturma yürütme yetkisi, bu makamdaki kişileri olayların uzmanı haline getirir. Daha da önemlisi, kimler hakkında kovuşturma yapılması gerektiğine ve açık bir hukuki düzenleme olmayan hallerde hangi mahkemenin yetkili olduğuna karar verme yetkisi oluşur.¹⁰⁰

1700’lü yılların sonuna doğru Lord’un savcısı anlamında bugün de mevcut olan ve İskoçya’da en üst savcı konumundaki Başsavcı (*Lord Advocate*) tam anlamıyla oluşmuştur. Savcılık kurumunun yerleşikliği dışında ayrıca maddi ceza hukukundaki icrai ve ihmali olmak üzere davranışlarla ilgili savcının soruşturmayı sonlandırma yetkilerinde de İskoç hukukunun farklılığına dikkat çekilmektedir.¹⁰¹ Savcı, İngilizce’deki yaygın kullanım olan “*prosecutor*” yerine “*procurator fiscal*” terimi ile karşılanmaktadır. Her ne kadar “*fiscal*” ifadesi, maliyeye ait bir ifade olsa da bugün İskoçya’da savcının yerleşik resmi adıdır. “*Fiscal*” denilmesinin nedeni, 16.yy’da Türkçe bu çalışmada asliye ceza mahkemesi olarak çevirerek kullanacağımız mahkeme tarafından (*sheriff*

⁹⁴ NORMAND, s. 345.

⁹⁵ NORMAND, s. 345- 346

⁹⁶ Bu ifadeyi Şik, İngiltere ve Galler açısından kullanmıştır. Bkz.: ŞİK, s.430- 431. Biz bu ifadenin İskoçya açısından da *Lord Advocate* ifadesinin karşılığı olduğu kanaatindeyiz.

⁹⁷ Bu ifadeyi daha önce “*Hanedan Temsilcisi*” olarak çeviren yazar için bkz.: ŞİK, s.432. İfadeyi “*Baş Hukuk Danışmanı*” olarak çeviren yazar için bkz: YARGIÇ, s. 74.

⁹⁸ NORMAND, s. 346; SHEEHAN, s.109.

⁹⁹ NORMAND, s. 347.

¹⁰⁰ SHEEHAN, s.109. Ayrıca bkz.: NORMAND, s. 350-351

¹⁰¹ YOUNG, s. 3.

court)^{102, 103} verilen para cezalarının savcılar tarafından toplanılarak “*the fisk*” adı verilen bir fona gönderilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁴ Bu dönem savcılık, asliye ceza mahkemesinin bünyesinde teşkilatlanmıştır. Hatta bu mahkemenin teşkilatlanmasına¹⁰⁵ ilişkin 1876 yılına ait kanun ile savcının görev ve yetkileri düzenlenmiştir.¹⁰⁶ 17.yy’ın sonlarına doğru savcı bu mahkemeden bağımsızlık kazanmaya başlamış ve 19. yy’ın ortalarında *Başsavcıya* karşı sorumlu olmaya başlamış ve 1927 yılında tam anlamıyla kamu görevlisi olarak *Başsavcıya* bağlanmış ve asliye ceza mahkemesinden bağımsızlık kazanmıştır.¹⁰⁷

Savcılık teşkilatı geçmişte “*The Crown Office*” olarak adlandırılırken¹⁰⁸; bugün “*The Crown Office and Procurator Fiscal Service*”, -kısaca *COPFS* olarak- kullanılmaktadır. Bu hem savcılık teşkilatı hem

¹⁰² Bu mahkeme hakkında daha fazla bilgi için bkz.: Judiciary of Scotland, “*Sheriffs*”, <https://www.judiciary.scot/home/judiciary/judicial-office-holders/sheriffs/sheriffs-1> (Erişim Tarihi: 28. 11. 2023).

¹⁰³ “*Sheriff Court*” olarak ifade edilen bu mahkemedeki hakime “*Sheriff*” adı verilir ve bu da İskoçya’ya özgüdür. Bu mahkemeyi asliye ceza mahkemesi olarak Türkçe’ye çevirmemizin sebebi, adli teşkilatta asıl mahkeme olmasıdır. Buna göre üç tür mahkeme mevcuttur. 60 güne kadar hapis cezası verme yetkisi olan Sulh Mahkemesi (*Justice of the Peace Court*), 5 yıla kadar hapis cezası verme yetkisi olan Asliye Ceza Mahkemesi (*Sheriff Court*) ve müebbet hapis cezasına kadar tüm yaptırımları uygulama yetkisi olan Ağır Ceza Mahkemesi (*The High Court*). Bu mahkemeler sadece ilk derece mahkemesi değildir. Daha ağır suçlara bakan mahkeme temyiz mahkemesi olarak da faaliyette bulunur. Bkz.: Advice for Scotland, “*Courts of Law*” <https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/law-and-courts/legal-system-s/taking-legal-action-s/courts-of-law-s/> (Erişim Tarihi: 12. 11. 2023). Ağır ceza mahkemesi, diğer mahkemelerin aksine mutlaka jürinin yer aldığı mahkemelerdir. İskoç ceza muhakemesinde jüriler ve jürilerin kararları için bkz.: ÖRÜCÜ, Esin: “Sevgili Füsün için Bir Anı ve İskoç Jürisinin Karar Seçenekleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu - Akıncı’ya Armağan), C. 71, S. 1, 2013, s. 919–925.

¹⁰⁴ SHEEHAN, s.110.

¹⁰⁵ İskoçya’da ceza mahkemesinin teşkilatlanmasına ilişkin bkz.: NORMAND, s. 349-350.

¹⁰⁶ Sheriff Courts (Scotland) Act 1876, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/39-40/70#:~:text=An%20Act%20to%20alter%20and,for%20other%20purposes%20relating%20thereto.> (Erişim Tarihi: 14. 11. 2023); MCMANUS, s.15; NORMAND, s. 349-350.

¹⁰⁷ SHEEHAN, s.110.

¹⁰⁸ SHEEHAN, s.110.

de doğal olmayan ölüm olaylarını araştırma birimidir.¹⁰⁹ kamu görevlisi sıfatına sahiptir.¹¹⁰ Savcıların üstü konumunda İskoç hükümetinin hem bir birimi (minister) hem de hükümetin önerisiyle Kraliçe tarafından da atanması ile hükümetin diğer birimlerinden (minister) farklı olarak bağımsız ve tarafsız bir Başsavcılık makamı (*The Lord Advocate/ Her Majesty's Advocate*) ve onun yardımcısı (*Solicitor General*) mevcuttur.¹¹¹ Başsavcı, İskoçya'da kayıtlı avukatlardan kıdemli olanlar arasından seçilir. Hem başsavcı hem de hukuk işlerinde hükümetin parçasıdır.¹¹² Başsavcılığın yayınladığı *Prosecution Code*¹¹³ isimli Notta¹¹⁴ savcılarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusuna yoğun bir vurgu görmekteyiz. Buna göre, hükümet de dahil hiç kimse Başsavcılığa soruşturma açma veya açılmış soruşturmayı sonlandırma emir ve talimatı veremez. İskoçya'da her bir vakanın soruşturması, siyasi veya başkaca herhangi bir baskıdan tamamen bağışık tutulmuştur.¹¹⁵ Ayrıca aynı Notta, *Uluslararası Savcılar Birliği'nin* 23 Nisan 1999 tarihinde kabul edilen "*Savcıların Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi'nin "Bağımsızlık" başlıklı 2 numaralı bölümündeki, 2.1*

¹⁰⁹ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Scotland's Prosecution Service", <https://www.copfs.gov.uk/about-copfs/> (Erişim Tarihi: 30.10. 2023).

¹¹⁰ SHEEHAN, s.110.

¹¹¹ Scottish Parliament, "Members of the Scottish Parliament (MSPs)", <https://www.parliament.scot/msps/ministers-and-law-officers/law-officers#:~:text=Dorothy%20Bain%20KC,the%20senior%20Scottish%20Law%20Officer> (Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023); SHEEHAN, s.109. Ayrıca bkz.: bkz.: ŞİK, s.432-433.

¹¹² SHEEHAN, s.98. Ayrıca bkz.: YARGIÇ, s. 74.

¹¹³ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹¹⁴ Bu çalışma boyunca "Not" olarak ifade edeceğiz.

¹¹⁵ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

numaralı maddesine¹¹⁶ ve “*Tarafsızlık*” başlıklı 2 numaralı bölümündeki, 3.1 numaralı maddesine¹¹⁷ özel bir vurgu yapıldığı görülmektedir.

Savcının, mahkeme teşkilatından bağımsız bir teşkilatı vardır ve mahkemelerle herhangi bir bağlantısı veya mahkemelere karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Mahkemeler ve hakimler, savcıları yönlendiremez, zorlayamaz veya emir veremez. Duruşmalarda ise hâkime “*My Lord/ My Lady*” şeklinde hitap etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte savcı, savunmaya (şüpheli/sanık) karşı da herhangi bir avantajlı konuma sahip değildir. Savcı ve savunma, eşit haklara, imtiyazlara, ödevlere ve hukuki statüye sahiptir.¹¹⁸ İskoç ceza muhakemesinde savcı, soruşturma evresi sonrasında atılacak adım ile ilgili en yetkili isimdir.¹¹⁹

Savcılık kurumunun düzenlendiği bir kanun veya yazılı hukuk metni bulunmamaktadır. Bazı görevleriyle ilgili 1995 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (*Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*) hükümler mevcut olmakla birlikte savcı ve savcılık teşkilatına hasredilmiş yazılı bir hukuk normu bulunmamaktadır.¹²⁰ Sadece yukarıda da belirttiğimiz *Başsavcılığın* yayınladığı ismi *Prosecution Code*¹²¹ olmakla birlikte bir bilgilendirme Notu mevcuttur.

Başsavcılığın yayınladığı bu Notun “*Stratejik Hedef*” başlıklı girişi şöyledir “*İskoç hükümetinin bir birimi olarak İskoç halkının emniyetini ve güvenlik duygusunu temin eden ceza adalet sisteminin amaçlarına ulaşılmasında, suçları hızlı ve etkin araçlarla soruşturarak ve faileri adalet*

¹¹⁶ Hüküm şöyledir: “*İzin verilen yargı sistemlerinde, savcıların takdir yetkisi, bağımsız olarak ve herhangi bir siyasi müdahale olmaksızın kullanılmalıdır*”, Uluslararası Savcılar Birliği, “Savcıların Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi”, s.3 [https://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-\(1\)/Turkish.pdf.aspx](https://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-(1)/Turkish.pdf.aspx) (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

¹¹⁷ Hüküm şöyledir: “*Savcılar, görevlerini korkusuzca, ayrımcılık yapmadan ve önyargı olmaksızın yerine getirmeleri gereklidir*”, Uluslararası Savcılar Birliği, “Savcıların Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi”, s.3.

¹¹⁸ SHEEHAN, s.114.

¹¹⁹ YOUNG, s. 3.

¹²⁰ MCMANUS, s.16.

¹²¹ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “*Prosecution Code*” (Crown Office 2001).

önüne çıkararak esaslı bir rol oynamayı hedeflemekteyiz".¹²² Bu Notta "...suçları hızlı ve etkin araçlarla soruşturarak ve failleri adalet önüne çıkarma" hedefine vurgu görmekteyiz. Ancak burada "kamu menfaati" şeklindeki çok temel bir sınırlama mevcuttur. Buna göre, *Başsavcılığın "temel amacı, kamu yararı doğrultusunda, Savcının bilgisine ulaşan tüm suçların soruşturulmasını ve çeşitli kovuşturma seçeneklerinin, kamu davasının alternatiflerinin ve müsadere hükümlerinin etkili ve tutarlı bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır"*.¹²³

Savcının gerek kamu davasının açılıp açılmamasında gerekse alternatiflere başvurulmasındaki "karar verme" süreçleri için *Başsavcılığın* yayınladığı Notta oldukça genel nitelikte temel bazı ölçütler sıralanmıştır. Bu Nottan çalışma boyunca yararlanacağız ancak dikkat çekmemiz gerekir ki, savcılığın yetkileri ve karar süreçleri ile ilgili bu oldukça genel bir bilgilendirme yazısıdır. Bunun haricinde ilginç bir şekilde, failerin savcıların suçla ilgili nasıl karar aldığı ve ne tür kararlar verdiğini öğrenerek kötüye kullanmalarına binaen ayrıca bilgi paylaşılmamaktadır.

IV.SAVCININ 'GENİŞ' YETKİLERİ: SORUŞTURMA EVRESİNDEKİ HAKİM

İskoçya'da 1967 yılında meydana gelen bir olay şöyledir: Yaşlı bir adamın, çok sayıda hastalığı vardır ve bu nedenle kendine bakamayacak vaziyettedir. Gidecek bir yeri de olmadığından öğretmen oğlunun ailesiyle yaşamaktadır. Ancak ev halkına bitip tükenmeyen zorluluklar çıkarmakta ve huysuzluklarıyla evdeki herkesi bezdirmektedir.¹²⁴ Diyabet hastası olması sebebiyle oğlunun eşinin elinde yeterli miktarda insülin ilacı mevcuttur. Bir gece öldürmek amacıyla yaşlı adama yüksek dozda insülin enjekte eder ve ölüm gerçekleşir.¹²⁵ Yaşlı adamın diyabet

¹²² The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹²³ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹²⁴ STOTT, Gordon: Judge's Diary 1967-1973, The Mercat Press Edinburg, Edinburg, 1995, s.42. Emekli savcı Gordon Stott'un anılarını yayınladığı kitabında bahsettiği bu olaya dikkatimizi çeken çalışma için bkz.: DUFF, The Prosecution Service: Independence and Accountability, s.115.

¹²⁵ STOTT s.42-43.

haricinde çok sayıda hastalığı olduğundan her an ölmesi beklenebileceği gibi, on yıl daha yaşayabilmesi de beklenebilecek durumdadır. Ayrıca adli tıp incelemesinde de ölünün vücudunda insülin maddesi ilk planda tespit edilmez. Bu nedenle ilk incelemede yaşlı adamın ölümü, doğal ölüm olarak kaydedilir. Yine de ileride incelenmek üzere ölüden alınan doku örneklerinin bir sonraki incelemesinde, vücuda insülin enjekte edilmiş olduğu belirlenir. Buna göre diyabet hastası gelini tarafından bir öfke anında yüksek dozda insülin enjekte edilmesi sebebiyle yaşlı adamın öldüğü anlaşılır. Olayı, *Gordon Stott* isimli emekli bir başsavcı (İngilizce; *Lord Stott*) anılarında önüne gelen “*en ilginç insan öldürme vakalarından biri*” olarak nitelendirerek bu olaydan bahsetmektedir.¹²⁶ *Stott*, 29 Eylül 1967 tarihinde bu olaya neden kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verdiğini şöyle gerekçelendirir:

*“Genç kadının [gelinin] tamamıyla yaşlı adamın sinir krizlerinin yönlendirmesiyle güdülendiği ve hareket ettiği o kadar açıktı ki; bu olayla ilgili hemen kararımı verdim ve dosyayı “kovuşturmayaya yer yoktur” (No Pro) olarak işaretledim. Daha sonra Başsavcılık üst birimi (The Crown Agent) ve ben bu karar için kafi sayılabilecek miktarda nedenlerimizi, yeterli düzeyde ve az bir zorlulukla ortaya koyduk”.*¹²⁷

Türk hukuku bakışıyla en ilginç olan ise olayda İskoç savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesidir. Olayı Türk ceza hukuku açısından çözecek olsaydık, kamu davasının açılacağını tereddüt etmeden; mahkûmiyet kararı verileceğini büyük bir kesinlikle söyleyebilirdik. “Diyabet hastası olmak”, “ev içinde mütemadiyen huysuz tavırlara maruz kalmak” ve “öfke nöbeti geçirmek”, Türk ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran nedenler arasında mütalaa edilemez. En fazla cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde TCK md. 61 ve 62 kapsamında değerlendirilebilirdi.

İskoç ceza hukukçu *Peter Duff*, bu olaydan hareketle “*eğer İskoç bir savcı sizin suç işleme motivasyonunuza sempati duyarsa, İskoçya’da*

¹²⁶ STOTT s.43.

¹²⁷ STOTT s.43.

“*cinayet*ten¹²⁸ *yırtmak* (*get away with murder in Scotland*)” *mümkün bir durumdur*”.¹²⁹ Bu, söz konusu hukuk sisteminde savcıların takdir yetkisinin ne kadar geniş olduğunu göstermektedir.¹³⁰ Olay her ne kadar 1967 yılına ait olsa da İskoçya’da savcının cezai uyuşmazlığı sonlandırma yetkileri bugüne kadar artarak devam etmiştir. Türk hukuku ile karşılaştırdığımızda “hakimlik faaliyeti” bağlamında mütalaa edebileceğimiz oldukça kapsamlı yetkileri kullanmaktadırlar. Nitekim İskoç ceza muhakemesinde soruşturma evresi sonunda atılacak adım ile ilgili savcı için *kapı tutucu* (*gatekeeper*) benzetmesi yapılmaktadır.¹³¹ Gerçekten Birleşik Krallık’taki tüm hukuk sistemlerindeki savcının kamu davası açmadaki yetkilerini inceleyen *Julia Fionda’nın* İskoç savcılarla ilgili 1995 yılında yaptığı temel bir tespiti vardır: “İskoç savcıları, kararları ile ilgili hiçbir gerekçe göstermek zorunda değildir”.¹³² *Dan McManus’a* göre 2015 yılında mağdurlara savcının kamu davası açmama kararlarına yönelik itirazda bulunma hakkı tanınmışsa da *Fionda’nın* bu tespitinde kayda değer bir değişiklik olmamıştır.¹³³

Savcının kovuşturmayaya yer olmadığı kararından sonra mağdurlara şahsi-özel kovuşturma (*private prosecution*)¹³⁴ imkânı tanınmışsa¹³⁵ da bunun pratikte başarılı olabilmesi nadir bir durumdur. İskoçya’da başarı elde etmiş iki tane özel kovuşturma ile açılan dava

¹²⁸ “Cinayet” ifadesi bugün Türk ceza hukuku literatüründe kullanılmayan, daha ziyade ceza hukuku tarihi kitaplarında ve halk dilinde var olan bir ifadedir. İngilizce’deki “*get away with murder*” ifadesi de halk dili olduğu için söz konusu ifadeyi Türkçe’ye “*cinayet*ten *yırtmak*” olarak halk dilinde tercüme ettik.

¹²⁹ DUFF, *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, s.115.

¹³⁰ DUFF, *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, s.115.

¹³¹ YOUNG, s. 3.

¹³² FIONDA, s.211. Ayrıca bkz.: MCMANUS, s.18.

¹³³ MCMANUS, s.18.

¹³⁴ ERBAŞ, Rahime: “Mağdur Katımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 1, 2015, s. 77.

¹³⁵ GIBB, s.386. Özel kişilerin kovuşturması imkanı tanınması şeklinde ifade etsek de burada tanımaktan ziyade devam ettirme söz konusudur. Zira savcılık teşkilatı kurulmadan tarihsel olarak Kral’ın savcılarının önce özel kişiler soruşturma yapmakta idi. Bu hususun belirtildiği *Sweeney v X* davası için bkz.: *Sweeney v X*, 1982 J.C. 70, 81, **West Law UK**, <https://uk.westlaw.com> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

mevcuttur. Biri, 1909 yılındaki bir dolandırıcılık vakasıdır.¹³⁶ Diğeri ise kamuoyunda meşhur *Glasgow tecavüz vakası* (*Glasgow rape case*) olarak bilinen 1980 yılına ait bir olaydır (*Sweeney v X*).¹³⁷

1909 yılındaki dolandırıcılık vakasına göre daha güncel olması sebebiyle Glasgow tecavüz vakasından bahsedecek olursak olay şöyledir: 1980 yılında 31 Ekim’i 1 Kasım’a bağlayan gecede Glasgow’da üç erkek (ikisi 16 yaşından küçüktür), yolda yürümekte olan bir kadını zorla alıkoyarak sert bir cisimle kadının kafasına vururlar. Mağdurun bilincini kaybetmesi üzerine onu terk edilmiş bir alana sürükleyerek getirirler. Burada mağdurun kıyafetlerini zorla çıkarıp, üzerine çıkararak şiddet uygulayıp, jilet şeklinde bir aletle başı ve vücudu üzerinde çok sayıda kalıcı kesik yapıp mağdura defalarca cinsel saldırıda bulunurlar. Yaşamını da tehlikeye sokacak düzeydeki bu saldırılardan sonra mağdur, kurtulmayı başarmışsa da bu olay üzerine kalıcı hem fiziksel hem de ciddi psikolojik yaralanmalar yaşamıştır. 1981 yılının Haziran ayında bu üç erkek fail hakkında cinsel saldırı ve yaralama suçlarından kamu davası açılmıştır. Dava, öldürme ve cinsel saldırı gibi ağır suçlara bakan ve halktan kişilerin de yer aldığı jüri sürecini de içeren Türkçe’ye Ağır Ceza Mahkemesi şeklinde tercüme ettiğimiz (*The High Court*)¹³⁸ mahkemede 1981 yılının Mayıs ayında açılmıştır. Savcı delil elde etmekte zorluklar yaşamıştır.¹³⁹ Çünkü olayın vuku bulduğu 1980 yılında henüz DNA delilinin kullanım imkânı elde edilmemiştir. Kamusal alanlarda görüntü kaydeden bugün Glasgow’da yaygın bulunan CCTV gözetim sistemleri de henüz mevcut değildir.¹⁴⁰ Bu durumda mağdurun beyanı, yüksek öneme sahiptir. Ancak mağdurla ilgili savcının aldığı psikiyatrist görüşü mağdurun olaydan ciddi derecede etkilendiği yönünde olunca savcı, mahkemede mağdurun beyan vermeye uygun vaziyette olmadığı ve beyanına başvurulmasının

¹³⁶ J &P Coats Ltd v. Brown (1909 S.C. 0). 29. Bu dava için bkz.: **GIBB**, s.386.

¹³⁷ X v Sweeney, 1982 J.C. 70.

¹³⁸ **NORMAND**, s. 350.

¹³⁹ X v Sweeney, 1982 J.C. 70, 71.

¹⁴⁰ **SILVESTER**, Norman: “Glasgow Crime Stories: Carol X fought for justice after being brutally raped”, 8th November 2020, Glasgow Times, <https://www.glasgowtimes.co.uk/news/18845452.glasgow-crime-stories-carol-x-fought-justice-brutally-raped/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

da mağdurda daha fazla yaralar açacağı gerekçesiyle davanın çekilmesine karar vermiştir.¹⁴¹ Psikiyatrist görüşünün ilgili kısımları şöyledir:

“Kanaatimce, halihazıra mahkemeye çıkması onun sağlığına zarar verebilir ve hatta sadece duruşma öncesi intihar girişimine yol açmakla kalmaz, aynı zamanda duruşmanın sonucu ne olursa olsun onu duruşmadan sonra bile rahatsız edebileceği için tehlikeli de olabilir” ve devamında *“...Bu kadının fiziksel ve psikolojik olarak çok ciddi bir travma geçirdiğini ve ona daha fazla baskı yapılmasının yalnızca daha fazla mutsuzluğa, umutsuzluğa ve izolasyona neden olacağını unutmayın.”*¹⁴²

1981 yılının Eylül ayında üç sanığa da olayla ilgili kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiği bildirilir.¹⁴³ Bu karar kamuoyunda ciddi biçimde yankılanır¹⁴⁴ ve Parlamento’nun da gündemine taşınır.¹⁴⁵ Zira yukarıda belirttiğimiz üzere hükümetin bir parçası olarak Başsavcı (*Lord Advocate*) parlamentoya karşı sorumludur. Ancak olayın bu şekilde kamuoyunda yankılanması da bu kez olası bir yargılamada jürinin

¹⁴¹ X v Sweeney, 1982 J.C. 70, 78-79.

¹⁴² Psikiyatrist görüşünün tamamı şu şekildedir: *“Kanaatimce, halihazıra mahkemeye çıkması onun sağlığına zarar verebilir ve hatta sadece duruşma öncesi intihar girişimine yol açmakla kalmaz, aynı zamanda duruşmanın sonucu ne olursa olsun onu duruşmadan sonra bile rahatsız edebileceği için tehlikeli de olabilir. Bu nedenle Mahkemenin davaya kamunun katılımı olmadan ve hukuk sisteminden mutlak asgari sayıda temsilciyle devam etmeye karar vermesi halinde, kendisinin beyanın alınması gerektiğini Mahkemeye saygılarımla arz ederim. Bu aşamada yapılacak bir çapraz sorgu muhtemelen iletişiminde ciddi bir engel oluşturacak ve bu da onun sessizce geri çekilmesine yol açacaktır.*

Son olarak, Eylül 1980’de meydana gelen olaydan bu yana genel zihinsel durumunun ve görülmekte olan davaya yönelik tutumunda iyileşmeye rastlanmadığından, önümüzdeki iki ila dört ay içinde durumunda herhangi bir iyileşmenin öngörülmesi de zordur. Bu kadının fiziksel ve psikolojik olarak çok ciddi bir travma geçirdiğini ve ona daha fazla baskı yapılmasının yalnızca daha fazla mutsuzluğa, umutsuzluğa ve izolasyona neden olacağını unutmayın.” (X v Sweeney, 1982 J.C. 70, 78).

¹⁴³ X v Sweeney, 1982 J.C. 70.

¹⁴⁴ **SILVESTER**, <https://www.glasgowtimes.co.uk/news/18845452.glasgow-crime-stories-carol-x-fought-justice-brutally-raped/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

¹⁴⁵ Parlamento’daki tartışmalar için bkz.: Rape Case (Glasgow), HC Deb 21 January 1982 vol 16 cc423-34, [https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1982/jan/21/rapecaseglasgow#:~:text=On%20reporting%20the%20case%20to%20Crown%20counsel%20in,the%20High%20Court%20in%20Glasgow%20in%20June%201981,\(Erişim Tarihi: 21.11.2023\).](https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1982/jan/21/rapecaseglasgow#:~:text=On%20reporting%20the%20case%20to%20Crown%20counsel%20in,the%20High%20Court%20in%20Glasgow%20in%20June%201981,(Erişim Tarihi: 21.11.2023).)

kamuoyunun tesirinde kalarak tarafsız karar veremeyeceği endişesi (*pre-trial publicity*) doğurur.¹⁴⁶ Ancak nihayetinde bu olayla ilgili mağdura özel kovuşturma hakkı tanınarak dava görülür ve sanıklar mahkûm olur.¹⁴⁷

İskoç ceza muhakemesinde gözlemlerimize göre suç davranışlarını tanımlayan hükümlerin veya içtihatların varlığı, doğrudan savcının kamu davası açmasıyla sonuçlanmaz. Ayrıca kamu davasının açılmasının meşru kılan sebeplerin de varlığı aranır. Buna göre savcının kamu davası açmasını meşru kılan iki temel sebep mevcuttur. Birincisi, “*yeterli düzeyde şüpheyi gösteren delile*” ulaşılmasıdır. İkincisi ise kamunun kamu davasının açılmasındaki menfaatinin kamu davasının açılmamasındakine göre daha yüksek olmasıdır. Kısaca “*kamu menfaatidir*”.

Yeterli şüpheye ulaşılmamış ise kovuşturmaya yer olmadığına veya bazı durumlarda dosya ile ilgili daha fazla soruşturma gerektiğini belirten “*henüz (meantime) kovuşturmaya yer olmadığına*” karar verir. Eğer yeterli şüpheye ulaşılmış ise işte bu aşamada savcının, tıpkı yukarıda değindiğimiz 1967 yılında verdiği yaşlı adamın gelini tarafından öldürülmesini konu alan kararında olduğu gibi kreatif bir karar verme süreci başlamaktadır.

“Yeterli şüpheye ulaşılmış ise bu durumda kamu davasının açılıp açılmamasına yönelik kamu menfaati değerlendirmesi” şeklinde ilerlendiğini ifade etmek, İskoç hukuku için eksik bir ifadedir. Daha isabetli olanı, “yeterli şüpheye ulaşılmış ise bu durumda ceza muhakemesi faaliyetlerini hak edip etmediğine yönelik kamu menfaati değerlendirmesi” şeklinde ilerlendiğini belirtmektir. Burada ceza muhakemesi faaliyetlerini hak etme dediğimiz, esasında kapsamına ceza muhakemesi ve infaz aşamasını da alan tüm ceza adalet sisteminin faaliyetlerini hak edip etmediğine dair bir değerlendirmedir. Diğer bir anlatımla, Türk hukukundaki gibi olayla ilgili kamu davasının açılmasında- kovuşturma yapılması (mahkeme tarafından duruşmalar

¹⁴⁶ X v Sweeney, 1982 J.C. 70, 88-90.

¹⁴⁷ **SILVESTER**, <https://www.glasgowtimes.co.uk/news/18845452.glasgow-crime-stories-carol-x-fought-justice-brutally-raped/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

yapılarak) açısından- bir kamu menfaati değerlendirmesi ile sınırlı değildir. Örneğin suça sürüklenen bir çocuğun cezaevine konulmasındaki kamu menfaatinin değerlendirilmesini de içerir. Keza savcı, akranlar arası cinsel ilişkide, çocukların cezaevi şartlarına gönderilmesini kamu menfaatine uygun bulmayabilir. Aynı şekilde kamu davası açılmadan uygulanabilecek ceza hukuku yaptırım ve tedbirlerinin (alternatif tedbirler ve diversiyon uygulamaları) uygulanması için de kamu menfaati değerlendirmesi yapılır.

Bu doğrultuda hak edilebilecek ceza muhakemesi faaliyetlerini şöyle sıralayabiliriz: para cezası veya işte çalışma yaptırımı gibi alternatif tedbirlerden birini uygulama (1), onarıcı adalet veya tedavi gibi diversiyonlara yönlendirme (2) ve kamu davasını açma (3).

Bu aşamada savcının Türk hukukundaki önödeme benzer şekilde para cezası, sözlü veya yazılı uyarma (*warning*) veya kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara benzeyen mağdurun zararını tazmin ettirme (*compensation order*) veya işte çalıştırma (*work order*) gibi bazı yaptırım uyguladığı haller mevcuttur. Bunlara kısaca *doğrudan tedbirler* (*direct measures*) veya *alternatif imkanlar* (*alternative disposals*) denilmektedir ve bunların Kıta Avrupa'sının tesiri ile İskoç hukukuna girdiği belirtilmektedir.¹⁴⁸ Bu tedbirler dışında savcı, onarıcı adalet gibi dosyayı alternatif yollara -örneğin onarıcı adalet gibi- gönderebilir. Yaptırım uygulama ve alternatif yollara başvurma seçeneklerinin kullanılmadığı hallerde savcı, şüpheliyi itham etmeyi (kamu davasını açmayı) değerlendirdiği aşamada yeterli düzeyde şüphenin varlığına rağmen yine de itham etmemeyi seçebilir. İşte bu aşamada savcının yetkisinin oldukça geniş olduğunu anlamaktayız. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere İskoç ceza muhakemesinde savcı, soruşturma evresi sonrasında atılacak adım ile ilgili adeta *kapı tutucu* (*gatekeeper*) olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁹ Burada suçlar arasında bir ayırım da bulunmamaktadır.

İskoç ceza hukukunda kamu davasının açılmasının mecburiliği ilkesi kabul edilmemiştir. Savcının verebileceği karar türleri şunlardır:

¹⁴⁸ FIONDA, s.66-67.

¹⁴⁹ YOUNG, s. 3.

- ❖ Kovuşturmaya yer olmadığı kararı (*No proceedings- kısaca No Pro*)
- ❖ Kovuşturmaya henüz yer olmadığı kararı (*No proceedings meantime*)
- ❖ Kamu davasına alternatiflerine (ihtar, para cezası veya tazmin etme emri şeklindeki) karar verebilir.
- ❖ Diversiyonlara yönlendirme (onarıcı adalet, tedavi tedbirleri)
- ❖ Kamu davasını açma (*Commence court proceedings*)

Savcı, kamu davasının açılmasına karar verdiği hallerde, davanın hangi mahkemede ve hangi usulle yargılanması gerektiğine de karar verir. İnsan öldürme ve cinsel saldırı gibi suçlar, jürinin de yer aldığı Ağır Ceza Mahkemesinde (*The High Court*) yargılanır. Bunun dışında açıkça önemli nedenler yoksa genellikle savcılar, kamu davasını en düşük mahkemede açmaları önerilmektedir.¹⁵⁰ Yukarıda bahsettiğimiz 1981 yılına ait Glasgow tecavüz vakasında görüleceği üzere savcının kamu davasını açtıktan sonra ithamını ortadan kaldırması halinde olayın mahkeme aşamasına geldiği durumda da yine kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmektedir. Bu da Türk hukuku ile karşılaştırdığımızda bize farklı gelen bir anlayış olmuştur. Zira Türk hukukunda iddianame kabul edildikten sonra muhakeme engelleri ile karşılaşılması durumunda mahkeme “davanın düşmesine” (CMK md. 223/8) karar verir.

Tüm bu süreçte şüphelin ve dolayısıyla müdafinin soruşturmanın dosyalarına erişimi mevcut değildir. Türk hukukunun aksine itham sistemine yakın olduğundan savcının şüphelinin lehine delilleri toplama yükümlülüğü yoktur. Savcı, müdafî karşısında şüpheliyi itham eden ve onunla eşit konumda bir taraf olduğu için lehe delilleri toplamasından bahsedilemez. Ne zamanki savcı, kamu davasının açılmasına karar verir; o zaman şüpheliyi suçlayıcı delilleri müdafî ile paylaşır. Bu savcı için bir yükümlülüktür ve İngilizce “*duty to disclosure*” olarak kavramsallaştırılır. Bu yükümlülüğün tam olarak ne zaman yerine

¹⁵⁰ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

getirilmesi gerektiğine ilişkin belirli bir süre öngörülmemiştir ve müdafinin savunma için yeterli hazırlığı yapabilmesi için duruşma başlamadan makul bir zaman içerisinde paylaşılması beklenmektedir.¹⁵¹ Ancak nihayetinde müdafaa tarafının soruşturma evresine dahil oluşu, Türk hukukuna göre oldukça geç bir evrede (neredeyse soruşturma bittikten ve kamu davası gündeme geldiğinde) vuku bulduğu için soruşturmaya ait bilgi ve belgelerin izinsiz paylaşımı, nadir bir durumdur. Bu nedenle “soruşturmanın gizliliği” şeklinde bir ilke de mevcut değildir. Kamuoyunda yankı uyandıran olaylarla ilgili savcılık basın bildirisi yayınlar. Ancak basının haber verme hakkı ve kamunun ceza muhakemesi faaliyetleri ile ilişkisi diğer Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde olduğu gibi “*pre-trial publicity*” olarak ifade edilen kavram altında tartışılmaktadır. Bu kavramla kastedilen yargılama faaliyetleri öncesindeki basın faaliyetleri dahil olmak sosyal medya ve benzeri araçlarla kamunun yargılamayı, bilhassa halktan kişilerin oluşturduğu jüriyi etkilemesidir. Bu da Türkçe’de Adliyeye Karşı Suçlar Kanunu (*Contempt of Court Act*)¹⁵² bağlamında değerlendirilir. Belirttiğimiz Kanun’un 1. ve 2. bölümlerinde açıkça belirtildiği üzere bu suçlar için kast unsuru aranmaz ve objektif sorumluluk (*strict liability*) mevcuttur.¹⁵³

V.SAVCININ HUKUK NORMLARI VE DELİLLERİ İNCELEMESİ: İLK AŞAMA

Çalışmanın bu kısmında büyük ölçüde Başsavcılığı Notundaki açıklamalarla ilerleyeceğiz. Zira İskoç hukukunda savcılarının faaliyetleri bir kanunda sistematik ve adım adım yazılmamıştır. Fiili durumda savcılarını yönlendirmesi itibarıyla bu Notun sistematığından istifade edilmiştir.

¹⁵¹ İngiltere ve Galler’in aksine İskoçya’da bu yükümlülüğün de geleneksel olarak mevcut olmadığı, ancak sonradan geliştiği belirtilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz.: DUFF, Peter: “Disclosure in Scottish Criminal Procedure: Another Step in an Inquisitorial Direction?”, *The International Journal of Evidence & Proof*, C. 11, S. 3, 2007, s. 153- 180, özellikle s. 158.

¹⁵² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/section/15> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

¹⁵³ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/scotland> (Erişim Tarihi: 28.11.2023).

A. Hukuk Kaynakları Açısından Değerlendirme: Uygulanabilecek Normların Tespiti

Polisten dosya geldikten sonra savcı, şüphelinin işlediği iddia edilen suçla ilgili *ulusal hukuk- İskoç hukuku-* açısından araştırmaya koyulur. İskoç hukukuna göre suç teşkil edip etmediğini araştırır. İçtihatlar da dahil olmak üzere, söz konusu fiillerle ilgili kovuşturma yapabilmek için süre şartı gibi engellerin olup olmadığını inceler.¹⁵⁴ *The Human Rights Act 1998* ve *The Scotland Act 1998* gereği İskoç hukukunda savcıların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun şekilde hareket etmeye yönelik genel bir yükümlülükleri mevcuttur. Bu doğrultuda savcı, uluslararası hukuk açısından insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelere bilhassa Birleşmiş Milletler'in çocuk haklarıyla ilgili Sözleşmesi'ne uygun şekilde inceleme yapar.¹⁵⁵

B. Delillerin Değerlendirmesi: Delillerin Varlığı ve Kalitesi

Savcının olayla ilgili kabul edilebilir ve yeterli düzeyde delile ulaşılmış olduğuna kanaat getirmesi gerekir. Yeterli düzeyde delil incelemesi için İskoç hukukunda olayın sübutunu ortaya koyan birbirinden ayrı farklı iki kaynaktan delillerin mevcut olması gerekir. Bu iki delilin, 1) suçun işlendiğini ve 2) şüphelinin suçun faili olduğunu makul şüphenin ötesinde (*beyond reasonable doubt*) ortaya koyması gerekir.¹⁵⁶ Tek bir kaynaktan elde edilen delille, kamu davası açılmamaktadır. Bu İskoç hukukundaki Türkçe'ye delillerin müşterekliğinin sağlanması mecburiyeti şeklinde tercüme edebileceğimiz, İngilizce "*corroboration requirement*" kuralıdır.¹⁵⁷ Bu delil kuralı Latince, "*unus testis, nullus testis*"; Türkçe, "*tek delil, hiç delildir*" olarak bilinir. Bu, en az iki farklı delil kaynağı ile olayın ispatı anlamına gelmemektedir; bir delilin başkaca delillerle desteklenmesi anlamına

¹⁵⁴ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁵⁵ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁵⁶ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁵⁷ SHEEHAN, s.121.

gelmektedir. Başsavcılığı Notundaki bir örnek şöyledir: bir tanığın, şüphelinin mağdurun vücuduna bıçak sapladığını gördüğünü beyan etmesi ve başka bir tanığında şüphelinin üstü kanlı biçimde olay yerinden uzaklaşmakta olduğunu gördüğünü beyan etmesi ile delillerin müşterekliği sağlanmış olmaktadır.¹⁵⁸ Ancak şu an İskoç Parlamentosu'nda cinsel suçlarla ilgili en az iki farklı kaynaktan delilin mevcut olması mecburiyetinin kaldırılmasına yönelik bir kanun taslağı mevcuttur. Bu taslak, oldukça tartışmalıdır. Bu bağlamda şüphelinin ifadesinin yanı sıra sadece görgü tanıkları değil, tıbbi, bilimsel ve tüm adli-tıbbi deliller de mevcut olabilir.¹⁵⁹

Eğer delil yetersiz ise savcı, polisten veya başkaca kamu kuruluşundan daha fazla soruşturma yapılmasını talep edebilir. Tüm bu ek soruşturmalara rağmen yine yeterli düzeyde delil elde edilmez ise kovuşturma sürecini başlatamaz.¹⁶⁰

Delil yeterli düzeyde olsa bile ayrıca kabul edilebilirliği (*admissibility*), geçerliliği (*reliability*) ve güvenilirliği (*credibility*) incelemelerinin yapılması gerekir. Başsavcılığı Notunda, bu üç noktadan delili değerlendirecek makam mahkeme olsa da savcının iddiasını güçlendirebilmesi için bu açıdan delil hukukuna göre inceleme yapması tavsiye edilir. Buna göre delilin *kabul edilebilirliği*, delil hukukuna göre hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediği incelemesidir. Delilin *geçerliliği* ise “delilin kalitesinin” değerlendirilmesidir. Örneğin söz konusu delille ilgili tezat başka bir delilin kaynağı veya tanığın isabetli bilgi vermeye muktedir olmadığını gösteren bilgilerin mevcudiyeti, delilin geçerliliğini ortadan kaldırır. Son olarak ise delilin *güvenilirliği*, yine delilin geçerliliğinde olduğu gibi delilin kalitesinin düşüklüğünün mevcudiyeti olup örneğin tanığın dürüst davranmaması veya çelişkili beyanlarda bulunması delilin güvenilirliğini ortadan kaldırır.¹⁶¹

¹⁵⁸ SHEEHAN, s.121.

¹⁵⁹ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

¹⁶⁰ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

¹⁶¹ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

VI.MASLAHATA UYGUNLUK (KAMUSAL MENFAAT) İNCELEMESİ VE DEĞERLENDİRMESİ: İKİNCİ AŞAMA

Bildirilen (ihbar edilen) suçla ilgili İskoç hukukundaki normların mevcudiyeti tespit edilmiş ve yeterli düzeyde şüpheyi gösteren delillerin de elde edilmiş olmasına rağmen savcı yine de kamu davasını açmak zorunda değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi İskoç ceza muhakemesinde suç davranışlarını tanımlayan hükümlerin veya içtihatların varlığı, doğrudan savcının kamu davası açmasıyla sonuçlanmamakta; kamu davasının açılmasının meşru kılan sebeplerin de varlığı aranmaktadır. Buna göre savcının kamu davası açmasını meşru kılan iki temel sebep mevcuttur. Birincisi, “*yeterli düzeyde delile*” ulaşılmasıdır. İkincisi ise kamunun kamu davasının açılmasındaki menfaatinin kamu davasının açılmamasındakine göre daha yüksek olmasıdır. Kısaca “*kamu menfaatidir*”.

Bugün Kıta Avrupası’na ait birçok hukuk sisteminde kural, kovuşturma mecburiyeti; istisna, maslahata uygunluk (takdir yetkisi) şeklinde anlamlandırılır. Ancak İskoç ceza muhakemesinde, maslahata uygunluk nedeniyle savcının takdir yetkisini kullanması, ana kuraldır. Farklı bir anlatımla, İskoç hukukunda, İngiltere ve Galler ile Kuzey İrlanda’da geçerli olduğu üzere kamu davasının mecburiyeti ilkesi benimsenmemiştir. Savcı, kamu davasını açmak zorunda değildir. Bu mutlak bir takdir yetkisi (*absolute discretion*) olarak ifade edilir.¹⁶² Nasıl ki yeterli şüphe derecesinin varlığı, kamu davası için bir koşuldur; kamu davasının açılması için davanın açılmasında kamu menfaati de bulunmalıdır. Ancak bu savcının tamamen isteğine bırakılmış da değildir. Burada söz konusu olan “belirli ölçütler” temelinde kamu davasının açılıp açılmamasının “kamu menfaati” açısından değerlendirilerek karar verilmesidir. Bu ölçütler de mevzuatta listelenmemektedir. Yargı kararları ile *Başsavcılığın Notunda* “örnek kabilinden” yer verilmiştir. Farklı bir anlatımla, bunlar sınırlı sayıda (*numerus clausus*) da değildir.

¹⁶² MCMANUS, s. 15.

Kamu menfaati değerlendirmesi, basit ve dümdüz yapılan bir değerlendirme değildir.¹⁶³ Bu değerlendirme, belirli bir davayla ilgili tüm faktörlerin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesini içerir nasıl yapılacağına ilişkin olarak somut örnekler olmasa da bazı belirlemeler yapılmaktadır. Öncelikle kamu menfaati değerlendirmesi, belirli bir davayla ilgili tüm faktörlerin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Buna göre birbiri ile *yarışan menfaatlerin* değerlendirilmesidir. Mağdurların, şüphelilerin ve toplumun birbirleriyle yarışan menfaatlerinin değerlendirilmesidir. Örneğin, şüphelinin, mağdurun veya tanığın çocuk olduğu durumlarda çocuğun yüksek menfaati, öncelikli bir ölçüttür ve kamu menfaati değerlendirmesinde buna gerekli ağırlık verilmelidir.¹⁶⁴ Belirttiğimiz Notta bu ölçütler örnek kabilinden ve oldukça genel olarak belirtilmiştir. Akademik çalışmalarda da belirttiğimiz bu Nottan hareketle ölçüt sıralaması yapılmaktadır.¹⁶⁵ Savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararları aleni olmadığından savcının hangi olaylarda kamu menfaatini ne şekilde değerlendirdiği karar bazlı incelenememektedir. En fazla basın açıklamasına veya bir habere konu olduğunda ya da parlamentoda bir görüşmeye neden olduğunda ortaya çıkmaktadır. Somut olayın özel koşullarına göre bu ölçütlerin değişebileceği ve hepsinin aynı anda uygulama alanı bulmak zorunda olmadığı belirtilir.¹⁶⁶ Bu ölçütler¹⁶⁷;

❖ Suçun yapısı ve ağırlığı (*The nature an gravity of the offense*)

¹⁶³ MCMANUS, s. 16.

¹⁶⁴ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁶⁵ Örneğin bkz.: MCMANUS, s. 16- 17.

¹⁶⁶ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁶⁷ İngiltere ve Galler bakımından bu ölçütlerin sıralandığı savcılık notu için bkz.: <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors> (Erişim Tarihi:21. 11. 2023). İntihara yardım durumlarında savcının kamu menfaatini değerlendirme ölçütlerinin sıralandığı savcılık notu için bkz.: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/suicide-policy-prosecutors-respect-cases-encouraging-or-assisting-suicide> (Erişim Tarihi:21. 11. 2023). Ayrıca bkz.: JOHNSTON, Edward/JASINSKI, Dan, Pre-trial Procedure of England and Wales, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Editörler), A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure in Europe: The Search For An Ideal Model, Istanbul University Press, 2020, s.14-16.

- ❖ Suçun mağdur ve diğer tanıklar üzerindeki etkisi (*The impact of the offense on a victim & other witnesses*)
- ❖ Şüphelinin yaşı, geçmişi ve kişisel koşulları (*The age, background and personal circumstances of the accused*)
- ❖ Mağdurun ve diğer tanıkların yaşı ve kişisel koşulları (*The age and personal circumstances of the victim and other witnesses*)
- ❖ Mağdurun Tavrı (*The attitude of the victim*)
- ❖ Suçun işlenmesindeki motivasyon (*The motive for the crime*)
- ❖ Suçun işlenişinin üstünden geçen süre (*The age of the offence*)
- ❖ (Olası) hafifletici koşullar (*Mitigating circumstances*)
- ❖ Suçun kovuşturulmasının şüpheli üzerindeki etkisi (*The effect of prosecution on the accused*)
- ❖ Tekerrür olasılığı (*The risk of further offending*)
- ❖ Daha uygun olabilecek özel hukuk mekanizmalarının varlığı (*The availability of a more appropriate civil remedy*)
- ❖ Mahkemelerin yetkisinde seçenek tedbirlerin varlığı (*Powers of the court*)
- ❖ Kamusal İlgisi (*Public concern*)

Savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına mağdurun itiraz hakkı, 2014 yılına ait İskoç Mağdur ve Tanık Kanunu¹⁶⁸ ile 2015 yılında itibaren mümkün olmaya başlamıştır.¹⁶⁹

VII.KAMU DAVASINA ALTERNATİF TEDBİRLER (*DIRECT MEASURES*)

Kamu davasına alternatif tedbirler, uygulanma sıklığının yüksekliği ve itham sisteminin yapısına uygun olmadığı şeklindeki kaygılarla üzerinde yoğun tartışmaların olduğu bir konudur. Konu,

¹⁶⁸ Victims and Witnesses (Scotland) Act 2014, Section 4, "Rules: review of decision not to prosecute", <https://www.legislation.gov.uk/asp/2014/1/crossheading/rules-review-of-decision-not-to-prosecute> (Erişim Tarihi: 14.11.2023). Ayrıca bkz.: MCMANUS, s. 18, dn. 40.

¹⁶⁹ MCMANUS, s. 18.

müstakil bir çalışmayı hak ettiğinden ayrı bir çalışma yapmayı planlamaktayız. Bu çalışmanın insicamını bozmamak adına bu tedbirlere bu çalışmada kısaca yer vermekle yetineceğiz. Öncesinde bu tedbirlerle ilgili beş hususu vurgulamamız gerekmektedir: 1- Yargının iş yükü meselesi ile soruşturma evresinde bu tedbirler var olmaya başlamıştır. 2- Mağdurların bu tedbirleri uygulama kararlarına itiraz hakkı mevcut olmakla birlikte sınırlılığına dikkat çekilmektedir.¹⁷⁰ 3- Alternatif tedbirlerin ülke genelinde yeknesak (eşitlik ilkesine uygun olarak), adil ve şeffaf biçimde uygulanması konusunda ciddi eleştiriler mevcuttur¹⁷¹ ve 4- Trafik suçlarındaki para cezası tedbiri hariç, alternatif tedbirlerin uygulama alanının belirlenmesinde “suç türü” veya “suç kataloğu” gibi suçtan hareket eden bir ölçüt benimsenmemiştir. 5- Bu tedbirlerin uygulanmasında bir kademelendirme yapılmamıştır. Örneğin Türk hukukunda geçerli olduğu üzere mağdurun zararının olduğu hallerde mağduru destekleyen yaklaşımın tercihi¹⁷² gibi önceliklere bir kademelendirme bulunmamaktadır. Savcı önce ikazda bulunma alternatifini seçebileceği gibi para cezasını veya tazmin etme talimatını da seçebilir.

Aynı durum onarıcı adalet programı gibi diversiyon mekanizmaları için de geçerlidir. Türk hukukunda suç odaklı olarak uygulama alanını belirlediğimiz örneğin önödeme veya uzlaştırma kurumlarını düşündüğümüzde İskoç hukukunda, “kamu menfaati” kavramına ne kadar yüksek bir işlev addedildiği ve savcının yetkilerinin ne kadar geniş olduğu gerçeği tekrar karşımıza çıkmaktadır.

Yargının iş yükünü çözmek için kamu davasına alternatif tedbirler arayışına hasredilmiş 1977 yılında *The Stewart Committee*¹⁷³ ve 2004

¹⁷⁰ MCMANUS, s. 69.

¹⁷¹ MCMANUS, s. 66.

¹⁷² Bugün Türk hukukunda cezai uyuşmazlığın soruşturma evresinde sonlandırılmasına hizmet eden kurumlar, *suç temelli* olarak belirlenmelerinin yanı sıra ayrıca şu şekilde *kademelendirilmiştir*: uzlaştırma (1), önödeme (2), kamu davasını açmada takdir yetkisi (3), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (4) ve son olarak seri muhakeme (5) olarak sıralanabilir.

¹⁷³ <http://www.holyroodparliament.scot/ResearchBriefingsAndFactsheets/Petitions%20briefings%20S3/PB08-1106.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

yılında *The McInnes Committee*¹⁷⁴ isimli komisyonlar kurulmaya başlanmıştır. Stewart Komisyonu'nun amacını anlatan ve konuyu ele alan tüm akademik çalışmaların mutlaka yer verdiği ifade şöyledir:

*“Bugün basit yargılama usulüne tabi hafif nitelikteki suçların hacminin ceza mahkemeleri ve kovuşturma sistemi üzerindeki etkisini ve şüpheliler için gerekli güvenceleri muhafaza ederek bu tür suçlarla başa çıkmak için başka bazı süreçlerin tasarlanıp tasarlanamayacağını değerlendirmek.”*¹⁷⁵

Stewart Komisyonu'nun birinci raporu, *motor sürücülere ve para cezası (The Motorist and Fixed Penalties)* iken; ikinci raporu, *failleri mahkemeden nasıl uzak tutabiliriz ve bunun için kovuşturmayla alternatifler neler olabilir (Keeping Offenders out of Court: Further Alternatives to Prosecution)* konuludur. İsveç, Hollanda, Fransa ve Norveç olmak üzere karşılaştırmalı hukuk çalışması¹⁷⁶ da içeren bu raporlar neticesinde ilk kez 1988 yılında savcının Türk hukukundaki önödeme benzer şekilde para cezası uygulaması alternatifi getirilmiştir.¹⁷⁷ Ancak bizdeki önödeme gibi günle çarpılan bir para miktarı değil; tek seferlik cüzi bir miktarla, 25 Sterlin olarak başlamıştır. Devam eden yıllarda arttırılarak 5000 Sterlin'e kadar çıkmıştır.

Stewart Komisyonu'nun komisyonun üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul edilen kamu davasına ilk alternatif önerisi, para cezası olmuştur. Komisyonun azınlıkta kalan üyeleri ile İskoçya'da çeşitli kuruluşlar¹⁷⁸, buna açıkça karşı çıkarak şu temel kaygıyı dile getirmişlerdir: Büyük ölçüde tahkik sistemine yakın olan Kıta Avrupası ülkelerinde savcı tarafından uygulanan para cezasının, itham sistemine ait bir hukuk olan İskoç hukukuna yapısal olarak zarar vereceğini belirtmişlerdir. Hatta savcını bu şekilde *hâkimin ikame edicisi (surrogate judge)* haline getirdiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁷⁹

¹⁷⁴ MCMANUS, s. 22.

¹⁷⁵ <http://www.holyrood-parliament.scot/ResearchBriefingsAndFactsheets/Petitions%20briefings%20S3/PB08-1106.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

¹⁷⁶ FIONDA, s. 67.

¹⁷⁷ MCMANUS, s. 20.

¹⁷⁸ The Law Society of Scotland, The Sheriffs' Association and the Scottish Council for Civil Liberties. Bkz.: MCMANUS, s. 20.

¹⁷⁹ MCMANUS, s. 20.

Sözlü veya yazılı uyarma (*warning*) ise müşterek hukuktan (*common law*) doğduğundan daha önce de mevcuttur. Para cezası alternatifine, ilerleyen yıllarda kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara benzeyen mağdurun zararını tazmin ettirme (*compensation order*) veya işte çalıştırma (*work order*) gibi alternatifler eklenmiştir. Bunlara kısaca *doğrudan tedbirler* (*direct measures*) veya *alternatif imkanlar* (*alternative disposals*) denilmektedir.¹⁸⁰ Bunların uygulama sıklığına bakıldığında, bilhassa para cezası ile tazmin etme talimatının bir arada uygulanmanın en yaygın olanı olduğu görülmektedir.¹⁸¹

Bir de bu alternatiflerin haricinde savcının onarıcı adalet programlarına yönlendirme gibi çeşitli diversiyon seçeneklerine yönlendirme yetkisi mevcuttur. Bir tedavi programına yönlendirme de bir diversiyon türüdür.

A. Yazılı/Sözlü İkazda Bulunma (*Warnings*)

Sözlü veya yazılı ikaz/uyarma (*warning*) ise müşterek hukuktan (*common law*) doğduğundan tedbirler içerisinde en eski olanıdır. İşyeri Sağlığı ve Güvenliği (*The Health and Safety Executive (HSE)*) biriminin yaptığı ihbarlar haricindeki suç ihbarlarıyla ilgili olarak savcı, *şüpheliye* yazılı olarak veya kişisel (sözlü) olarak ikazda bulunur. Bu ikazda kişinin suç davranışının kendilerine ihbar edildiği ve bu davranışın tekrarı durumunda kovuşturmanın başlayacağı açıkça bildirilir.¹⁸² Bir nevi burada *şüphelinin* geçmişteki davranışı için kamu davası açılmadığı için kendisini “şanslı” hissetmesi ve gelecekteki benzer davranışlardan kaçınması beklenir.

B. Para Cezası (*Fiscal Fine/Fixed Penalties*)

İlk kez 1988 yılında mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla getirilmiştir.¹⁸³ Savcı, 50 Sterlin’den 500 Sterlin’e kadar *şüpheliye* para

¹⁸⁰ FIONDA, s.66-67.

¹⁸¹ Bu tedbirlerle ilgili uygulama sıklığını gösteren tablolar için bkz.: Scottish Government Riaghaltas na h-Alba, “Criminal Proceedings in Scotland, 2021-22”, <https://www.gov.scot/publications/criminal-proceedings-scotland-2021-22/pages/19/>(Erişim Tarihi: 20.12.2023). Ayrıca bkz.: MCMANUS, s. 57 ve s.62.

¹⁸² The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

¹⁸³ MCMANUS, s. 25.

cezası uygulaması teklifinde bulunabilir. Bu para cezasının uygulanacağı suçlarla ilgili bir katalog veya bir ölçüt bulunmamaktadır. Basit yargılamaya tabi her suçta uygulanması mümkündür.¹⁸⁴ 1995 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 302. Bölümünde düzenlenmiştir.¹⁸⁵ Bölümde 302- 2-e'de belirtildiği üzere kişi para cezasını ödedikten sonra suçla ilgili mahkûm olmuş olmaz ve herhangi bir sicil kaydı da oluşmaz. Para cezası, devlet hazinesine ödenir. Para cezasının, alternatif tedbirler arasında en fazla uygulanan tedbir olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁶

C. Tazmin Etme Talimatı (*Fiscal Compensation Orders*)

1995 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 302A. Bölümünde düzenlenmiştir.¹⁸⁷ 5000 Sterlin'e kadar mağdura tazminat bedeli ödenmesine karar verebilir. TCK'daki hapis cezasına seçenek yaptırımlardan md. 50/1-b'de düzenlenen "*Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine*" hükmedilmesine benzetilmektedir. Ancak İskoç hukukunda bu yaptırım kamu davası açmadan, kamu davasına alternatif olarak uygulanmaktadır. Bu tedbirle ilgili savcı neden onarıcı adalet programına yönlendirmek yerine mağdurun zararının giderilmesine karar verir, şeklinde bir soru akla gelmektedir. Bunun bir nedeni, onarıcı adaletin henüz yeterince kurumsallaşmadığı dönemlerde mağdurun zararının giderilmesinin sağlanmasıdır. İkinci nedeni ise onarıcı adaletin bugün yerleşmesi ile tazmin etme talimatının artık tek başına uygulanmasından ziyade savcının para cezası + tazmin etme talimatı şeklinde iki tedbiri, tek tek para cezası veya tazmin etme

¹⁸⁴ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁸⁵ *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, "302: Fixed penalty: conditional offer by procurator fiscal", <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/46/section/302> (Erişim Tarihi: 04.12.2023).

¹⁸⁶ <https://www.gov.scot/publications/criminal-proceedings-scotland-2021-22/pages/19/> (Erişim Tarihi: 04.12.2023).

¹⁸⁷ *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, "302A: Compensation offer by procurator fiscal", <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/46/section/302A> (Erişim Tarihi: 04.12.2023).

talimatı yerine daha sık uygulamayı tercih ettiği belirtilmektedir.¹⁸⁸ Para cezasındaki gibi Bölüm 302A- 2-f’de belirtildiği üzere kişi para cezasının ödedikten sonra suçla ilgili mahkûm olmuş olmaz ve herhangi bir sicil kaydı da oluşmaz.

D. Trafik Suçlarında Para Cezası (*Fixed Penalties-Conditional Offer of Road Traffic Offence*)

1988 tarihli Karayolları Trafik Kanunu’nun 75. maddesi gereği¹⁸⁹ bu Kanun’da belirtilen örneğin hız limitini aşma, trafikte seyir kurallarına (kırmızı ışıkta durmama gibi) uymama gibi hallerde para cezası uygulaması teklifinde bulunabilir.¹⁹⁰ Kişi para cezasının ödedikten sonra suçla ilgili bir sicil kaydı oluşur.

E. İşte Çalıştırılma (*Fiscal Work Order*)

Savcı, şüphelinin 10-50 saat arasında ücret almadan işte çalıştırılmasına karar verebilir. TCK’daki hapis cezasına seçenek yaptırımlardan md. 50/1-f’de düzenlenen “Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya” hükmedilmesine benzetilmektedir. Ancak İskoç hukukunda bu yaptırım kamu davası açmadan, kamu davasına alternatif olarak uygulanmaktadır.¹⁹¹

F. Diversiyon Uygulamaları (*Diversions from Prosecution*)

Savcı, şüphelinin suç işleminin nedenlerini ele alan ve onların durumlarına daha iyi cevap verebileceğine kanaat getirdiği hallerde dosyayı, onarıcı adalet uygulamaları veya sosyal hizmetlere yönlendirebilir. Her bir bireyin ihtiyaçlarına göre kişiye özel planlanır.¹⁹²

¹⁸⁸ Bkz. MCMANUS, s. 57, Tablo 6.

¹⁸⁹ Road Traffic Offenders Act 1988, “75: Issue of conditional offer”, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/53/section/75> (Erişim Tarihi: 04.12.2023).

¹⁹⁰ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

¹⁹¹ Tartışmalar ve İskoçya’daki durumun başkaca ülkelerle karşılaştırması için bkz.: MCIVOR, Gill/ BEYENS, Kristel/ BLAY, Ester/ BOONE, Miranda (Çeviren: Alıcı, Burhan): “Belçika, Hollanda, İskoçya ve İspanya’da Kamu Yararına Çalışma (Karşılaştırmalı Değerlendirme)”, Küresel Bakış, C.2, S.6, 2012, s.87-109.

¹⁹² The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), “Prosecution Code” (Crown Office 2001).

G. Çocuk Merkezine Yönlendirme (*Referral to Scottish Children's Reporter*)

Savcı, suç işleyen bir çocuğu kamu davası açmayarak doğrudan İskoç çocuk merkezine (*Scottish Children's Reporter*) yönlendirebilir. Zira çocukların yüksek menfaatinin, kamu menfaati değerlendirmesinde kamu davasının açılmamasını meşru kılabileceği belirtilmektedir.¹⁹³ Esasında tehlikede bulunan (gerek kendisinin suç işlemesi gerekse suç mağduru olması gibi nedenlerle) bir çocukla karşılaşan her bir vatandaş, bu merkeze yönlendirmede bulunabilir.¹⁹⁴ Bu merkez, 1994 yılında bir Kanun (*the Local Government (Scotland) Act 1994*) ile kurulmuş ve ceza adaleti ile ilgili çocuklarla ilgili hizmet vermektedir. Türkiye'deki ÇİM'e benzetilebilir.

SONUÇ

İskoç savcısı ve savcılık teşkilatı, İskoç ceza muhakemesine İngiltere ve Galler'den yaklaşan bazı yazarlarda imrenme duygusu yaratmakta iken; başka bazı yazarlarda endişe duygusu yaratmaktadır. İskoç ceza muhakemesi, itham- tahkik skalasında itham anlayışına daha yakın bir yerde duran bir muhakeme örneği olarak kendisinin de parçası olduğu Birleşik Krallık'taki diğer ülkelere göre itham sistemi ile bağdaşamayacak, merkezileştirilmiş ve köklü bir savcılık teşkilatına sahiptir. Diğer taraftan İskoç savcısının geniş yetkileri, Türk hukuku ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki bir hukuk sistemi açısından yadırganabilecek düzeyde yüksektir. Bu ülkede savcılar, adeta *soruşturma evresindeki hakimdir*.

İskoç ceza muhakemesinde suç davranışlarını tanımlayan hükümlerin veya içtihatların varlığı, doğrudan savcının kamu davası açmasıyla sonuçlanmamaktadır. Ayrıca kamu davasının açılmasının meşru kılan sebeplerin de varlığı aranmaktadır. Buna göre savcının kamu davası açmasını meşru kılan iki temel sebep mevcuttur. Birincisi, "*yeterli düzeyde şüpheyi gösteren delile*" ulaşılmasıdır. İkincisi ise kamunun

¹⁹³ The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001).

¹⁹⁴ The Scottish Children's Reporter Administration (SCRA), <https://www.scra.gov.uk/about-scra/how-to-make-a-referral/>, Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

kamu davasının açılmasındaki menfaatinin kamu davasının açılmamasındakine göre daha yüksek olmasıdır. Kısaca “*kamu menfaatidir*”. Türk hukukunda bu şekildeki kamu menfaatine uygunluk değerlendirmesini, “*maslahata uygunluk*” değerlendirmesi olarak adlandırmaktayız ve maslahata uygunluğu, kamu davasının mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olarak kavramsallaştırmaktayız. Ancak İskoç hukukunda maslahata uygunluk bir istisna değil, bu şekilde ana kuraldır. Ayrıca Türk hukukun aksine maslahata uygunluk değerlendirmesi, sadece cezai uyuşmazlığın kamu davası açılması ile kovuşturma evresine geçilmesini hak etmesi değerlendirmesi ile de sınırlı değildir.

Gerçekten “yeterli şüpheye ulaşmış ise bu durumda kamu davasının açılıp açılmamasına yönelik kamu menfaati değerlendirmesi” şeklinde ilerlendiğini ifade etmek, İskoç hukuku için eksik bir ifadedir. Daha isabetli olanı, “yeterli şüpheye ulaşmış ise bu durumda ceza muhakemesi faaliyetlerini hak edip etmediğine yönelik kamu menfaati değerlendirmesi” şeklinde ilerlendiğini belirtmektir. Burada ceza muhakemesi faaliyetlerini hak etme dediğimiz esasında kapsamına ceza muhakemesi ve infaz aşamasını da alan tüm ceza adalet sisteminin faaliyetlerini hak edip etmediğine dair bir değerlendirme değildir. Örneğin suça sürüklenen bir çocuğun cezaevine konulmasındaki kamu menfaatini değerlendirmesini de içerir. Aynı şekilde kamu davası açılmadan uygulanabilecek ceza hukuku yaptırım ve tedbirlerinin (alternatif tedbirler ve diversiyon uygulamaları) uygulanması için de kamu menfaati değerlendirme yapılır.

İskoç savcının geniş yetkileri, ABD’li hukukçu *Malcolm Feeley*’in İngilizce “*The Process is the Punishment*”¹⁹⁵ isimli eserindeki bizatihi muhakeme faaliyetinin yürütülmesinin cezalandırma işlevi gördüğü hipotezini dikkate alırsak meşru addedilebilir. Zira muhakeme faaliyetlerinde çok sayıda aktör vardır ve şüpheli/sanık bu aktörlerin kararları ve faaliyetleri ile meydana getirdikleri tüm süreçten etkilenir. Bu etki, hüküm türü- ister beraat ister mahkûmiyet olsun muhakemenin

¹⁹⁵ FEELEY, Malcolm: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, 1. Baskı, Russell Sage Foundation, New York, 1979.

sadece sonucuyla sınırlı değildir. O nedenle cezai uyuşmazlığı ne kadar erken bir evrede sonlandırırız, bu sadece yargının iş yükü açısından değil; şüpheli/sanık açısından da işlevsel olabilir.

Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de yargının iş yüküne çözüm üretilmesinde genellikle yetkileri gözden geçirilen ilk basamak, savcılık makamı olmaktadır. Savcıların cezai uyuşmazlığı henüz soruşturma evresinde sonlandırmasına hizmet eden yetkiler artarak devam etmektedir. Yargının iş yükü meselesini, henüz 1977 yılında ele almaya başlayarak savcıya kamu davası açmak yerine çeşitli alternatif tedbirlere başvurabilme yetkisini kabul etmeye başlaması itibarıyla İskoçya örneğinin bugün geldiği noktadan ders çıkarmak önemli idi. Gerçekten büyük ölçüde itham sistemine ait olup, yargının iş yükü meselesi ile yer yer de tahkik sisteminin etkisinde kalmış bir savcı profiline yakından bakmakta fayda görülmüştür.

Savcıya kamu davası açmak yerine şüpheliye para cezası tedbiri uygulama yetkisinin verildiği 1988 yılından bugüne tedbirlerin sayısı ve uygulama sıklığı artarak devam etmiştir. Bu durum, halihazırda mevcut olan maslahata uygunluk değerlendirmesine ilişkin geniş yetkileri ile birlikte düşünüldüğünde savcıyı, soruşturma evresinin hâkimi yapma eğilimi perçinlenmiştir. Nitekim savcının soruşturma evresinde cezai uyuşmazlığı sonlandırmasına hizmet eden kurumlar arasında bir uygulama sırası- kademelendirme- söz konusu değildir. Savcı uygun gördüğünü uygular. Ancak bu geniş yetki- soruşturma evresinde hakimlik faaliyetlerinde bulunma yetkisi- temel bir kronik meseleye dönüşmüştür. Bu mesele, savcılarının bu kararlarının denetlenmesi imkanının, neredeyse hiç olmayışıdır. Mağdurların itiraz hakkı ve özel kavuşturma seçenekleri olsa da bunlar oldukça sınırlıdır. Aleni bir yargılamada mahkeme tarafından verilen hükümler açısından geçerli olduğunun aksine savcıların cezai uyuşmazlığı soruşturma evresinde kapatan kararları, denetlenememektedir. Savcılar bu geniş yetkilerle hem *kapı tutucu rolünde* olup hem de *kapalı kapılar arkasında karar verenler* durumunda olmaktadır. Bu kararlar, adil olup olmadıkları açısından kontrol edilememekte ve ülkede eşitlik ilkesi gereği herkese eşit muamele yapıldığına ilişkin şüpheli bir durum meydana getirmektedir. Gözlemlediğimiz kadarıyla ceza adalet sisteminin maliyetlerini

azaltmak şeklindeki *faıdacı anlayış (utilitarianizm)* da bu şüpheli durumu meşru kılamamaktadır.

Türk hukukunda kamu davasının mecburiyeti ilkesinin esas olduğunu ve maslahata uygunluk ilkesinin oldukça sınırlı hallerde tanındığını dikkate aldığımızda İskoç savcısı ile Türk savcısının iki uçta yer aldığı söylenebilir. Ancak yargının artan iş yükü karşısından savcının yetkilerinin her geçen gün arttırılması eğiliminde Türk hukuku da bağışık değildir. İskoç savcısı örneğinde gösterdiğimiz üzere verilen yetkilerin faydaları da vardır; yarattığı endişeler de vardır. Bu çalışmada bu iki yönü de göstermeye gayret ettik.

KAYNAKLAR

- Advice for Scotland, “Courts of Law”
<https://www.citizensadvice.org.uk/scotland/law-and-courts/legal-system-s/taking-legal-action-s/courts-of-law-s/>
(Erişim Tarihi: 12. 11. 2023)
- BROWN**, Graeme: “Four Models of Judicial Reasoning in Sentencing”, *Irish Judicial Studies Journal*, C. 3, 2019, s.55-73,
<https://www.ijsj.ie/assets/uploads/documents/4.%20Graeme%20Brown.pdf> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).
- CAMPBELL**, Liz/**ASHWORTH**, Andrew/**REDMAYNE**, Mike: *The Criminal Process*, 5. Baskı, Oxford University Press, 2019.
- CHALMERS**, James/**LEVERICK**, Fiona (Editörler): *The Criminal Law of Scotland Volume 1*, 4. Baskı, W. Green/SULI, Londra, 2023.
- COOKE**, David J.: “Treatment as an Alternative to Prosecution: Offenders Diverted for Treatment”, *British Journal of Psychiatry*, C.158, 1991, s. 785–791.
- Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*,” 302: Fixed penalty: conditional offer by procurator fiscal”,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/46/section/302>
(Erişim Tarihi: 04.12.2023).
- Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*, “302A: Compensation offer by procurator fiscal”,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/46/section/302A>
(Erişim Tarihi: 04.12.2023).
- DICKENS**, Bernard M.: “Control of Prosecutions in the United Kingdom”, *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 22, S. 1, 1973, ss. 1–34.
- DUFF**, Peter: *The Prosecution Service: Independence and Accountability*, Duff, Ed Peter/Hutton, Neil (Editörler), *Criminal Justice in Scotland*, Ashgate, Aldershot, 1999, s.115-130.

- DUFF**, Peter: "Disclosure in Scottish Criminal Procedure: Another Step in an Inquisitorial Direction?", *The International Journal of Evidence & Proof*, C. 11, S. 3, 2007, s. 153- 180.
- ERBAŞ**, Rahime: "Mağdur Katılımlı Bir Ceza Muhakemesi Anlayışına Doğru: ABD Hukukunda Mağdur Haklarının Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 1, 2015, s. 75-118.
- FARMER**, Lindsay: "'The Genius of Our Law...': Criminal Law and the Scottish Legal Tradition", *The Modern Law Review*, C. 55, S. 1, 1992, s. 25-43.
- FEELEY**, Malcolm: *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, 1. Baskı, Russell Sage Foundation, New York, 1979.
- FIONDA**, Julia: *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- GIBB**, Andrew Dewar: "Scottish Criminal Procedure Comparatively Considered", *Police Journal*, C. 66, S. 4, Ekim 1993, s. 384-394.
- GORMLEY**, Jay: "The Inefficiency of Plea Bargaining", *Journal of Law and Society*, C. 49, S. 2, 2022, s. 277-293.
- HASSEMER**, Winfried: *Legalität und Opportunität im Strafverfahren- Eine Skizze*, Ostendorf, Heribert (Editör), *Strafverfolgung und Strafverzicht* Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft, Schleswig-Holstein, Köln/Berlin/Bonn/Münih, 1992, s.529-540.
- J &P Coats Ltd v. Brown* (1909 S.C. 0). 29 (**DICKENS**, Bernard M.: "Control of Prosecutions in the United Kingdom", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 22, S. 1, 1973,. 20-21).
- JOHNSTON**, Edward/**JASINSKI**, Dan: *Pre-trial Procedure of England and Wales*, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Editörler), *A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure in Europe: The Search For An Ideal Model*, Istanbul University Press, 2020, s.1-17.

Judiciary of Scotland, “Sheriffs”,
<https://www.judiciary.scot/home/judiciary/judicial-office-holders/sheriffs/sheriffs-1> (Erişim Tarihi: 28. 11. 2023).

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı., Beta, İstanbul, 1989.

McIVOR, Gill/ **BEYENS**, Kristel/ **BLAY**, Ester/ **BOONE**, Miranda (Çeviren: Alıcı, Burhan): “Belçika, Hollanda, İskoçya ve İspanya’da Kamu Yararına Çalışma (Karşılaştırmalı Değerlendirme)”, Küresel Bakış, C.2, S.6, 2012, s.87-109.

MCMANUS, Dan: Scotland and The Alternative Disposal: Thinking Differently?, Glasgow Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, Glasgow, 2021.

NIKAC, Zeljko/**LESTANIN**, Branko: The Role of The Police in The Pre-trial Phase of Serbia, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski, Dan (Editörler), A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure in Europe: The Search For An Ideal Model, Istanbul University Press, 2020, s.157-175.

NORMAND, Wilfrid Guild: “The Public Prosecutor in Scotland”, Law Quarterly Review, C. 54, S.3, Temmuz 1938, ss. 345-357.

ÖRÜCÜ, Esin: “Sevgili Füsün için Bir Anı ve İskoç Jürisinin Karar Seçenekleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Füsün Sokullu - Akıncı'ya Armağan), C. 71, S. 1, 2013, s. 919–925.

Police (Scotland) Act 1967,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/77/enacted> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

Police and Fire Reform (Scotland) Act 2012,
<https://www.legislation.gov.uk/asp/2012/8/section/63> (Erişim Tarihi: 12.11.2023).

Rape Case (Glasgow), HC Deb 21 January 1982 vol 16 cc423-34,
<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1982/jan/21/rape-case-glasgow#:~:text=On%20reporting%20the%20case%20to%20Cro>

wn%20counsel%20in,the%20High%20Court%20in%20Glasgow
%20in%20June%201981, (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

Road Traffic Offenders Act 1988, “75: Issue of conditional offer”,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/53/section/75>
(Erişim Tarihi: 04.12.2023).

ROBERTSON, Alexander: “Criminal Procedure in Scotland - Its Lessons
for England”, Law Magazine and Review; a Quarterly Review
of Jurisprudence, and Quarterly Digest of All Reported Cases,
C. 3, S. 3, Mayıs 1878, ss. 326-338.

RODOPLU, Alp: The “King's Bloody Advocate” or “Noble wit of
Scotland”?- Restoration Scotland and the Case of Sir George
Mackenzie of Rosehaugh, 1636/38-1691: Neosticism, Politics
and the Origins of the Scottish Enlightenment, Yayınlanmamış
Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi,
Ankara, 2017.

ROSSI, Francesco/ **DUCOLI**, Giulia/ **SCHENA**, Giuseppe: Pre-trial
Procedure in Italy, Johnston, Edward/ Erbaş, Rahime/Jasinski,
Dan (Editörler), A Comparative Analysis of Pre-trial Procedure
in Europe: The Search For An Ideal Model, Istanbul University
Press, 2020, s.109-132.

Scottish Government Riaghaltas na h-Alba, “Criminal Proceedings in
Scotland, 2021-22”, [https://www.gov.scot/publications/criminal-
proceedings-scotland-2021-22/pages/19/](https://www.gov.scot/publications/criminal-proceedings-scotland-2021-22/pages/19/)(Erişim Tarihi:
20.12.2023).

Scottish Parliament, “Members of the Scottish Parliament (MSPs)”,
[https://www.parliament.scot/msps/ministers-and-law-
officers/law-
officers#:~:text=Dorothy%20Bain%20KC,the%20senior%20Scotti
sh%20Law%20Officer](https://www.parliament.scot/msps/ministers-and-law-officers/law-officers#:~:text=Dorothy%20Bain%20KC,the%20senior%20Scottish%20Law%20Officer) (Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023)

Sexual Offences Act 2003,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (Erişim
Tarihi: 11.11.2023).

Sexual Offences (Scotland) Act 2009, <https://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

Sheriff Courts (Scotland) Act 1876, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/39-40/70#:~:text=An%20Act%20to%20alter%20and,for%20other%20purposes%20relating%20thereto.> (Erişim Tarihi: 14. 11. 2023).

SHEEHAN, A. V.: *Criminal Procedure in Scotland and France*, 1. Baskı, Her Majesty's Stationery Office, Edinburg, 1975.

SILVESTER, Norman: "Glasgow Crime Stories: Carol X fought for justice after being brutally raped", 8th November 2020, Glasgow Times, <https://www.glasgowtimes.co.uk/news/18845452.glasgow-crime-stories-carol-x-fought-justice-brutally-raped/> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

STOTT, Gordon: *Judge's Diary 1967-1973*, The Mercat Press Edinburg, Edinburg, 1995.

ŞIK, Hüseyin: "Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergi-si, C.7, S. 14*, 2019, s. 397-461.

"The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System", <https://publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/186/186.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11. 2023).

The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Scotland's Prosecution Service", <https://www.copfs.gov.uk/about-copfs/> (Erişim Tarihi: 30.10. 2023).

The Crown Office and Procurator Fiscal Service (COPFS), "Prosecution Code" (Crown Office 2001), <https://www.copfs.gov.uk/publications/prosecution-code/html/> (Erişim Tarihi: 27 Ekim 2023).

The Scottish Children's Reporter Administration (SCRA), <https://www.scra.gov.uk/about-scra/how-to-make-a-referral/>, Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

Uluslararası Savcılar Birliği, “Savcıların Mesleki Sorumluluk Standartları ile Temel Görev ve Hakları Beyannamesi”, s.3 [https://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-\(1\)/Turkish.pdf.aspx](https://www.iap-association.org/getattachment/Resources-Documentation/IAP-Standards-(1)/Turkish.pdf.aspx) (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2023).

Victims and Witnesses (Scotland) Act 2014, Section 4, “Rules: review of decision not to prosecute”, <https://www.legislation.gov.uk/asp/2014/1/crossheading/rules-review-of-decision-not-to-prosecute> (Erişim Tarihi: 14.11.2023)

WHITE, Robin M.: “Investigators and Prosecutors or, Desperately Seeking Scotland: Re-Formulation of the ‘Philips Principle’”, *The Modern Law Review*, C. 69, S. 2, 2006, s. 143–82.

X v Sweeney, 1982 J.C. 70. *Sweeney v X*, 1982 J.C. 70, 81, **West Law UK**, <https://uk.westlaw.com> (Erişim Tarihi: 21.11.2023).

YARGIÇ, Sinem: İskoçya’nın Anayasal Serüveni: Yetki Aktarımından Tam Bağımsızlığa, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 115- 116, Mart- Nisan 2014, s. 71-101.

YOUNG, Peter: *Crime and Criminal Justice in Scotland*, 1. Baskı, The Stationery Office, Edinburg, 1997.

ZEHR, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, 1. Baskı., 1990.

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/suicide-policy-prosecutors-respect-cases-encouraging-or-assisting-suicide> (Erişim Tarihi:21. 11. 2023).

<https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors> (Erişim Tarihi:21. 11. 2023).

<https://www.gov.scot/publications/criminal-proceedings-scotland-2021-22/pages/19/> (Erişim Tarihi: 04.12.2023).

<http://www.holyroodparliament.scot/ResearchBriefingsAndFactsheets/Petitions%20briefings%20S3/PB08-1106.pdf> (Erişim Tarihi: 15.11.2023).

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/section/15> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/scotland> (Erişim Tarihi: 28.11.2023).



MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA TENFİZ DİLEKÇESİNE EKLENECEK BELGELERDE ONAY GEREKLİLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Vildan SEZİŞLİ*

Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 224'üncü maddesinde yabancı resmî belgelerin yetkili makamlar tarafından onaylanması zorunluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanun'un aynı maddesinde yabancı resmî belgelerin onaylanması ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen kararların Türkiye'de kesin hüküm etkisinin kabulü için, bu kararların kural olarak mahkemeye başvurularak tanıma ya da tenfizinin talep edilmesi ve mahkeme tarafından bu talebin kabul edilmesi gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 53'üncü maddesinde ise bu yönde talepler için hazırlanan dilekçeye eklenecek belgelerle ilgili düzenleme yapılmıştır. Kanun'un 1(2)'inci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 53'üncü maddesinde aranan onay zorunluluğu ile ilgili hü-

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye | Asst. Prof., Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law, Department of Private Law, International Private Law Department, Erzincan, Turkey.

✉ sezislivildan@gmail.com • ORCID 0000-0002-4750-8421.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: **SEZİŞLİ**, Vildan: "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Tenfiz Dilekçesine Eklenecek Belgelerde Onay Gerekliliğine İlişkin Değerlendirme", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 319-354.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



küm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 224'üncü maddesinde aranan onay zorunluluğuna ilişkin hükümlerle karıştırılabilmektedir. Bu durumun nedenlerinden biri yabancı ülke makamı ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açık olmamasıdır. Diğeri ise her iki düzenlemede yer alan hükümler arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Çalışmada konuyla ilgili değerlendirmeler yapılarak, çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

- Tanıma • Tenfiz • Dilekçe • Onay Makamı • Apostil Şerhi

ASSESSMENT REGARDING THE REQUIREMENT OF APPROVAL FOR DOCUMENTS TO BE ATTACHED TO THE PETITION FOR ENFORCEMENT UNDER THE ACT ON INTERNATIONAL PRIVATE LAW AND PROCEDURAL LAW

Abstract

Under Article 224 of the Code of Civil Procedure, foreign official documents are required to be approved by the competent authorities. The same article of the Law also states that the provisions of international conventions to which Türkiye is a party concerning the approval of foreign official documents are reserved. The recognition or enforcement of judgments rendered by foreign courts must be requested through an application to the court and approved by the court in order for the judgments to be considered final judgments in Turkey. A petition for such a request must be accompanied by appropriate documents in accordance with Article 53 of the act on International Private Law and Procedural Law. In accordance with Article 1(2) of the Law, the provisions of international conventions to which the Republic of Türkiye is a party are also reserved. It is common to confuse the obligation of consent under Article 53 of the Code on Private International Law and Procedural Law with the obligation of consent under Article 224 of the Code of Civil Procedure. This is due to a lack of clarity regarding what should be understood by the term "foreign authority". Another reason of confusion is the incompatibility between the provisions of the two regulations. The purpose of this study is to make evaluations on the subject and to offer solutions.

Key Words

- Recognition • Enforcement • Petition • Approval Authority • Apostille

GİRİŞ

Yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların ülkemizde hukuki sonuç doğurması kural olarak ilgili kararların tanuma ya da tenfizi ile mümkündür. Bu kapsamda tanınması ya da tenfizi talep edilen yabancı kararın onaylanmış olması gerekmektedir. Mevzuatımızda yabancı resmi belgelerin onaylanması ile ilgili hükümler milletlerarası sözleşmeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹ ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK)² yer almaktadır. Konuyla ilgili değerlendirmelerde milletlerarası sözleşme hükümleri HMK ve MÖHUK'da yer alan hükümler gereği öncelikle dikkate alınmaktadır.

Yabancı resmi belgelerin onaylanması gerekliliği HMK'nın 224'üncü maddesinde, tanuma ya da tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararlarının onaylanması gerekliliği ise MÖHUK'un 53'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemede yer alan hükümler yeterince açık değildir. Düzenlemelerde yer alan hükümler arasında uyum bulunmamaktadır. Aynı zamanda ilgili düzenlemelerde yer alan ifadeler de birbiriyle uyumsuzdur. Sonuç olarak yorum farklılıkları kaçınılmaz olmaktadır. Düzenlemelerde yer alan ifadelerin açık olmaması, birbirleriyle uyumsuzluğu farklı ihtimaller üzerinden değerlendirme yapılabilmesine neden olmaktadır.

Çalışmada öncelikle yabancı resmi belgelerin onaylanması milletlerarası sözleşmeler, HMK ve MÖHUK kapsamında ele alınmaktadır. Sonrasında ise mevzuatımızda yabancı resmi belgelerin onaylanması ile ilgili düzenlemeler arasındaki ilişki değerlendirilmektedir.

I. MEVZUATIMIZDA YABANCI RESMİ BELGELERİN ONAYLANMASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Yabancı resmi belgelerde onay³ gerekliliği yönündeki uygulama oldukça eski tarihlere dayanmaktadır. Eski tarihlerden beri öngörülen onay

¹ Resmi Gazete: 04.02.2011/27836.

² Resmi Gazete: 12.12.2007/26728.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, "onay" kavramının "tasdik" anlamına geldiği belirtilmektedir. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri "Güncel Türkçe Sözlük" <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 12.05.2023). Mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemelerde her iki kavram da kullanılabilir. Örneğin, MÖHUK'da onay kavramı (m. 53) kullanılmaktadır. HMK'da "onay" (m. 224(1)) kavramının da, "tasdik" (m.

gerekliliği ile yabancı resmî belgelerin doğrulukları tasdik edilmekte, bu belgeler diğer bir ülkede resmî belge olarak etki göstermektedir⁴. Yabancı resmi belgelerde onay gerekliliği aranmasının temelinde yabancı resmi belgedeki imzanın doğru olup olmadığının tespiti ile yabancı resmi belgeyi düzenleyen kişinin belgeyi düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitinin zaman alan, zor bir incelemeyi gerektirmesi nedenleri bulunmaktadır⁵.

Mevzuatımızda yabancı resmi belgelerin onaylanması ile ilgili çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Taraf olunan bazı milletlerarası sözleşmeler, HMK ve MÖHUK'da yabancı resmi belgelerde onaya ilişkin hükümler mevcuttur.

A. Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Yabancı Resmi Belgelerin Onaylanması

Yabancı resmi belgelerin onaylanmasının taşıdığı önem ülkelerin aralarında yaptıkları milletlerarası sözleşmelerde konuyla ilgili düzenlemeler yapmalarında etkili olmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu birçok milletlerarası sözleşmede, yabancı resmi belgelerin onaylanmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

HMK'nın 224(2)'üncü maddesinde, yabancı resmi belgelerin onaylanmasına ilişkin düzenleme yapılmış; *"Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin onaylanması ile ilgili hükümlerinin saklı olduğu"* ifade edilmiştir. MÖHUK'un 53'üncü maddesinde ise tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı kararların onaylanmasına ilişkin düzenleme yapılmış olmakla birlikte; Kanun'un 1'inci maddesinde, *"taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu"* belirtilmiştir.

224(2)) kavramının da kullanıldığı görülmektedir. 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdik Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi'nin (1961 tarihli La Haye Sözleşmesi) (Resmi Gazete: 16.09.1984/18517) Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe metninde ise tasdik kavramı kullanılmaktadır.

⁴ TAN DEHMEN, Mine, Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 238.

⁵ TAN DEHMEN, s. 235. Bu kapsamda tespiti kolaylaştırmak amacıyla devletler hızlı, kolay ve güvenilir bir yöntem olarak gördükleri yabancı belgenin kullanılacağı devletin makamları tarafından onaylanması usulünü kabul etmişlerdir (TAN DEHMEN, s. 236).

Yabancı belgelerde onay gerekliliği ile ilgili hem HMK hem de MÖHUK'da taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulması, konuyla ilgili milletlerarası sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesinin önemini ortaya koymaktadır. Eğer konu hakkında taraf olunan bir milletlerarası sözleşme mevcut ve bu sözleşmede HMK ile MÖHUK hükümleri haricinde bir usul öngörülmekteyse o konuya ilişkin sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Konuyla ilgili taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerin bazılarında onay gerekliliği tamamen kaldırılmakta, bazılarında ise onayın yerini alacak düzenlemelere yer verilmektedir. Çok taraflı sözleşmelerde konuyla ilgili düzenlemeler aşağıda belirttiğimiz şekildedir.

- 1957 tarihli Ahvali Şahsiye (Kişi Hâlleri) ile İlgili Belge Örneklerinin Parasız Verilmesi ve Tasdikten Muaf Tutulması Hakkında Sözleşme⁶: Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, Sözleşmeye taraf devletler, sözleşmeye taraf diğer devlet vatandaşına ait düzenledikleri ahvali şahsiyeye ilişkin⁷ belge örnek ve özetlerini, bu belge ve özetleri isteyen Sözleşmeye taraf diğer devletlere vermeyi taahhüt eder. Sözleşme'nin 2'nci maddesine göre, bu konudaki istem diplomatik misyonlar veya konsoloslar tarafından, Sözleşmeye taraf devletlerin sözleşme ekinde gösterdikleri yetkili makamlara yapılır. Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre ise bu kapsamda imzalı ve mühürlü belge örnek veya özetleri sözleşmeye taraf diğer ülkelerde tasdikten muaftır.

- 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme⁸: Sözleşme kapsamında sözleşmeye taraf bir devletin çocuklara karşı nafaka yükümlülüğü

⁶ Resmi Gazete: 19.12.1962/11286. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No2.pdf>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

⁷ Sözleşme'nin 5'inci maddesinde, "ahvali şahsiye belgeleri" ifadesinden; "doğum il-mühaberleri, ölü doğan bir çocuğun beyan kâğıtları, meşru olmayan çocukların tanınmasına ilişkin ve ahvali şahsiye (nüfus) memurlarınca düzenlenmiş belgeler veya çıkarılmış kayıt örnekleri, evlenme il-mühaberleri, ölüm il-mühaberleri, boşanma il-mühaberleri veya boşanma hü-küm veya kararlarının örnekleri, ahvali şahsiyeye ilişkin emirname, hüküm veya kararların örneklerinin" anlaşılacağı belirtilmiştir.

⁸ Resmi Gazete: 11.01.1973/4418. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=37>> (Erişim Tarihi: 12.07.2023).

konusundaki yetkili adli ya da idari makam kararlarının sözleşmeye taraf diğer devletlerde tanınması ve tenfizi kabul edilmektedir⁹. Tanıma ve tenfiz için gerekli şartlar Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtilmiştir¹⁰. Sözleşme'nin 9'uncu maddesinde, bu Sözleşme kapsamındaki belgelerin tasdikten muaf tutulduğu belirtilmiştir.

• 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi¹¹: Sözleşme ile yabancı resmi belgeler bakımından iç hukukta öngörülen onay gerekliliğinin yerini alacak bir düzenleme yapılmıştır. Sözleşme gereğince, sözleşmeye taraf olan bir devlette düzenlenen, sözleşmeye taraf diğer bir devlette kullanılacak resmi belge¹², diplomasi veya konsolosluk temsilciliklerinin onayından

⁹ Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, "Sözleşme civar hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararlara uygulanmayacaktır".

¹⁰ Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde, "Sözleşmede başka bir şekil öngörülmemeyen hallerde, tenfiz kararı verilmesine ilişkin usulün tenfiz mercinin mensup olduğu devletin kanununa tabi olduğu" ifade edilmiştir.

¹¹ Sözleşmeye taraf ülkeler Arnavutluk, Andorra, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bahamalar, Bahreyn, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Boliviya (Çokuluslu Devlet), Bosna Hersek, Botswana, Brezilya, Brunei Sultanlığı, Bulgaristan, Burundi, Cabo Verde, Kanada, Şili, Çin, Kolombiya, Cook Adaları, Kosta Rika, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Dominika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, El Salvador, Estonya, Eswatini, Fiji, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Grenada, Guatemala, Guyana, Honduras, Macaristan, İzlanda, Hindistan, Endonezya, İrlanda, İsrail, İtalya, Jamaika, Japonya, Kazakistan, Kosova, Kırgızistan, Letonya, Lesotho, Liberya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malavi, Malta, Marshall Adaları, Mauritius, Meksika, Monako, Moğolistan, Karadağ, Fas, Namibiya, Hollanda, Yeni Zelanda, Nikaragua, Niue, Kuzey Makedonya, Norveç, Umman, Pakistan, Palau, Panama, Paraguay, Peru, Filipinler, Polonya, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Ruanda, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent ve Grenadinler, Samoa, San Marino, Sao Tome ve Principe, Suudi Arabistan, Senegal, Sırbistan, Seyşeller, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, İspanya, Surinam, İsveç, İsviçre, Tacikistan, Tonga, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Amerika Birleşik Devletleri, Uruguay, Özbekistan, Vanuatu, Venezuela (Bolivarcı Cumhuriyeti)'dir. Bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

¹² Resmi belgeler Sözleşme'nin 1'inci maddesinde, "a) Savcı, zabıt kâtibî veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dâhil olmak üzere, devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler, b) İdari belgeler, c) Noter senetleri, d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun

muaf tutulacak¹³, resmi belgenin üzerine apostil (tasdik şerhi) konulması yeterli olacaktır¹⁴. Sözleşme kapsamında apostil uygulanmayacağı belirtilen resmi belgeler dışındaki tüm resmi belgelere, ilamlar dâhil, apostil uygulanabilecektir¹⁵. Sözleşmeye taraf ülkeler bakımından resmi belgenin onaylanma usulü apostile indirgenmektedir¹⁶. Bu kapsamda yabancı belgenin diploması veya konsolosluk temsilcilikleri tarafından onaylanmasına kıyasla, apostil alma imkânı ile ilgililere daha kolay ve hızlı bir yöntem fırsatı sunulmaktadır¹⁷.

resmi makam ve noterlerce tasdiki gibi resmi beyanlar” şeklinde belirlenmiştir. Sözleşmenin aynı maddesinde, “diploması veya konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgeler ve ticaret veya gümrük işlemleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idari belgelere” Sözleşme’nin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

- ¹³ Konsolosluklar tarafından yapılan tasdik işleminde konsoloslar kendilerini kabul eden devletin Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile mahalli makamlara başvurmak suretiyle yabancı resmi belgelerin doğruluğunu belirlemeye çalışmaktadır (**TEKİNALP**, Gülören, “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, 1986, s. 162).
- ¹⁴ Örneğin, Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, “dosyaya sunulan vekâletnamenin yabancı ülkede düzenlendiğini, Noterlik Kanunu (Resmi Gazete: 05.02.1972/ 14090) (m.195) gereğince yabancı ülkede düzenlenen vekâletnamedeki imza ve mührün o yer Türk konsololuğu tarafından tasdik edilmiş olması gerektiğini, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin bu sözleşmeye taraf ülkelerden birinde düzenlenmiş olup da sözleşmeye taraf diğer bir ülkede kullanılacak resmi belgelerin diploması ve konsolosluk tarafından onaylanması zorunluluğunu kaldırmış olup, belgeyi düzenleyen ülkenin yetkili makamınca tasdik edilmiş olması, apostil şerhi ihtiva etmesinin zorunlu olduğunu” belirtmiştir. Karar için bkz. Y. 2. HD, 06.07.2009, E. 2009/2972, K. 2009/13376, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 13.07.2023).
- ¹⁵ **GÜNGÖR**, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 346.
- ¹⁶ **GÜNGÖR**, s. 318.
- ¹⁷ **DOĞAN**, İzzet, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 291 (Milletlerarası Aile). Sözleşme ile HMK’da yer alan düzenleme çerçevesinde onay gerekliliğinin kaldırıldığı belirtilmektedir (**KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 2119-2120). Mahkemeye sunulan her bir belgede apostil şerhi gerekliliği aranmasının süreci uzatacağı, yabancı davacılar bakımından hukuki belirsizliğe neden olacağı hakkında bkz. **TARMAN**, Zeynep Derya, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2023, s. 78.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde, Sözleşme kapsamında tasdik ifadesinden, yabancı resmi belgede yer alan imzanın, yabancı resmi belgede yer alan imza sahibi sıfatının veya gerekirse yabancı resmi belge üzerindeki mührün aslı ile aynı olduğunun doğrulanması işleminin anlaşılacağı belirtilmiştir¹⁸. Sözleşme'nin 3'üncü maddesine göre, belgenin verildiği devletin yetkili makamı tarafından belgeye tasdik şerhi konulacaktır. Bu işleme uyulması, belgenin kullanılacağı sözleşmeye taraf ülkede yürürlükteki mevzuat çerçevesinde kolaylaştırılmış ya da kaldırılmış olması hallerinde istenemeyecektir. Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre tasdik şerhindeki kayıtlar, şerhin verildiği makamın resmi dili veya ikinci bir dilde yazılabilecek olup tasdik şerhinin, «Apostille Convention de La Haye Du 5 Octobre 1961» başlığı Fransızca olarak belirtilecektir.

Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde, sözleşmeye taraf devletlerin, Sözleşmede öngörülen tasdik şerhi vermeye yetkili makamları belirleyecekleri ifade edilmiştir. Türkiye tarafından idari belgeler bakımından valilikler, adli belgeler bakımından ise ağır ceza mahkemesi olan yerlerdeki adalet komisyonları onay makamı olarak belirlenmiştir¹⁹. Ayrıca Sözleşme'nin 8'inci maddesinde, bu Sözleşmede öngörülen usulün, taraf olunan başka bir milletlerarası sözleşmede bu usulden daha katı hükümler yer alıyorsa, onların yerine geçeceği kabul edilmiştir. Sözleşme'nin 9'uncu maddesinde ise, Sözleşme çerçevesinde tasdik zorunluluğunun

¹⁸ Bu kapsamda Sözleşmede belirtilen yabancı resmi belgelerin doğruluğu hakkında milli hukuklardaki karineye eş bir karine kabul edilmektedir (**TEKİNALP**, s. 160).

¹⁹ **PÜRSELİM**, Hatice Selin, Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Resmî Belgelerin Türkiye'deki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003, s. 52; **GÜVEN**, Pelin, Tanıma- Tenfiz, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 183; **ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM** B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2021, s. 525; **EKŞİ**, Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 164 (Tanıma ve Tenfiz); **GÜNGÖR**, s. 347, dn. 314; **AKINCI**, Ziya/**DEMİR GÖKYAYLA**, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 172. Sözleşme'nin 6'ncı maddesi uyarınca apostil (tasdik şerhi) vermeye yetkili ülke makamları için bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/authorities1/?cid=41>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

kaldırıldığı hallerde, Sözleşmeye taraf ülkelerin diploması veya konsolosluk memurları tarafından tasdik işlemi yapılmaması için önlem alması gerektiği kabul edilmiştir²⁰.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf devletlerarasında geçerli belge onay sistemini ifade eden apostil uygulaması elektronik ortamda da yürütülebilmektedir²¹. Elektronik Apostil Programı (e-APP), dünya çapında Apostillerin elektronik olarak düzenlenmesini ve doğrulanmasını desteklemek amacıyla 2006 yılında başlatılmıştır²². Bilindiği üzere Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı tarafından apostil uygulamasına ilişkin el kitabı bulunmaktadır²³. Apostil uygulamasına ilişkin el kitabının 29 ilâ 34'üncü paragrafları arasında elektronik apostil programına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır²⁴. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı tarafından yapılan toplantılarda elektronik apostil uygulamasının tüm üye devletlerde kapsamlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak için Sözleşme'yi uyarlamının en doğru seçenek olacağı belirtilmektedir²⁵.

²⁰ Tasdikin isteğe bağlı olup mecburi olmadığı, HMK'ya alternatif bir usul getirdiği yönünde yorum için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 525-526.

²¹ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf devletlerarasında geçerli belge onay sistemini ifade eden apostil uygulamasının elektronik ortamda yürütülmesi e-Apostil olarak adlandırılmaktadır <<https://www.eapostil.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023). E-Apostil tasdiki gerçekleştirilen belge, Lahey Konvansiyonunun tüm üye ve taraf devletlerinde geçerli bir belge olarak kabul edilmektedir <<https://www.eapostil.gov.tr/bilgi/sss/0>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

²² Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/apostille>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

²³ Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/a19ae90b-27bf-4596-b5ee-0140858abeaa.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

²⁴ EKŞİ, Nuray, COVID-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021, s. 161-162 (COVID-19 Süreci). Şu hususu da ifade etmek gerekir ki, elektronik apostil uygulaması COVID-19 salgınıyla artmıştır (HASANOVA, Nazrin, "The Electronic Apostille in Worldwide Circulation of Public Documents", Baku State University Law Review, C. 9, S. 1, 2023, s. 24). COVID-19 salgına ilişkin ortaya çıkması muhtemel sorunlara ilişkin Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından "Covid-19 Toolkit" isimli acil önlem paketinde de konuyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/538fa32a-3fc8-4aba-8871-7a1175c0868d.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

²⁵ HASANOVA, s. 36.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf birçok ülke e-apostil uygulamasına geçmiştir²⁶. Ülkemizde de e-Apostil uygulaması mevcuttur. 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla²⁷ PTT'nin faaliyet konularının düzenlendiği Posta Hizmetleri Kanunu'nun²⁸ 22'nci maddesine, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uyarınca yetkili birimler tarafından onay şerhi (apostille) verilmiş belgelerin, kişisel verilerin korunması kaydıyla, elektronik ortamda ilgililere ulaştırılması için aracılık işlemlerini yürüteceği düzenlemesi eklenmiştir. “e-Apostil, www.eapostil.gov.tr sitesi üzerinden, apostil uygulanması istenen belge için başvuruda bulunulması, başvurunun apostil uygulamaya yetkili kılınmış kuruma (Adalet Bakanlığı veya İçişleri Bakanlığı) iletilmesi, yetkili kurumun ilgili belgeyi elektronik ortamda oluşturması ve güvenli veri iletim yolları kullanılarak başvuruda bulunan kişiye yine www.eapostil.gov.tr sitesi üzerinden teslim edilmesi aşamalarından oluşmaktadır. İlgili kurum tarafından elektronik ortamda oluşturulan ve e-apostil uygulanan belge, PTT tarafından Nitelikli Elektronik Sertifika (NES) ile imzalanarak başvuruda bulunan kişiye teslim edilmektedir. Bu sayede teslim edilen belgenin doğruluğu ve bütünlüğü garanti altına alınmış olmaktadır. Elektronik belgelerin teslim edildiği yabancı resmi makamlar, bu belgelerin doğruluğunu, belgeyi Belge Doğrulamak İstiyorum düğmesini kullanarak teyit edebilmektedir”²⁹.

• 1961 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme³⁰: Sözleşme

²⁶ Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/b697a1f1-13be-47a0-ab7e-96fcb750ed29.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023). E-apostil uygulayan ülkeler Arjantin, Ermenistan, Avusturya, Bahreyn, Belçika, Bolivya, Brezilya, Bulgaristan, Şili, Kolombiya, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Estonya, Gürcistan, Yunanistan, Guatemala, İsrail, Kazakistan, Kore Cumhuriyeti, Letonya, Moldova Cumhuriyeti, Yeni Zelanda, Peru, Slovenya, İspanya, Türkiye, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'dir. Örneğin bu konuda Brezilyadaki uygulama hakkında bilgi için bkz. **CRUZ**, Fabrício Bittencourt da/**PRESTES**, Fabyano Alberto Stalschmidt, “The Hague Apostille In Brazil: Public Value Through Innovation”, *Humanidades & Inovação*, C. 9, S. 19, 2022, s. 287-296.

²⁷ Resmi Gazete: 15.03.2018/30361.

²⁸ Resmî Gazete: 23.05.2013/28655.

²⁹ <https://www.eapostil.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

³⁰ Resmi Gazete: 17.10.1969/13329. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No5.pdf>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

ile Sözleşmeye taraf ülke vatandaşlarının evlilik dışı çocuklarını, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerde tanınmaları konusunda gerekli kolaylığın gösterilmesi amaçlanmıştır. Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre tanıma beyanları ülkelerin mevzuatında öngörülen yetkili makamlar tarafından kabul edilir. Sözleşme'nin 5'inci maddesine göre ise bu beyanları içeren belgelerin tasdikli örnek veya özetleri belgeyi veren makamların mühür ve imzasını taşıması kaydıyla, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerde her türlü tasdikten muaftır.

- 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi³¹: Sözleşme kapsamında, sözleşmeye taraf bir devletin adli ya da idari makamları tarafından aile ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülüğü konusunda verilen karar ve sulhlerin sözleşmeye taraf diğer devletlerde tanınması ve tenfizi kabul edilmektedir³². Tanıma ve tenfiz için gerekli şartlar Sözleşme'nin 4 ve 5'inci maddelerinde belirtilmiştir. Sözleşme'nin 17'nci maddesinde, kararın tanınması veya tenfizini talep eden tarafın göstermesi gereken belgelere değinildikten sonra, bu belgeler bakımından hiçbir resmi tasdik veya buna benzer bir işlemin talep edilemeyeceği ifade edilmiştir.

- 1977 tarihli Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme³³: Sözleşme'nin 2'nci maddesinde, Sözleşmede belirtilen işlem veya belgelerin³⁴ (işlem ve belgelerin Sözleşmeye taraf diğer devlet makamının imzasını, gerektiğinde mührünü taşıması şartı ile) tasdik veya

³¹ Resmi Gazete: 16.02.1983/17961. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=86>> (Erişim Tarihi: 13.07.2023).

³² Türkiye tarafından "*civar ve sıhri (kayın hısımları) hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararlar ve sulhler ile belirli aralıklarla nafaka ödenmesini hükme bağlamayan kararlar ve sulhlerin tanınması ve tenfizinde, Sözleşme'nin uygulanmayacağına ilişkin*" çekiince konulmuştur.

³³ Resmi Gazete: 16.01.1987/19343. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No27.pdf>> (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

³⁴ Bu belge ve işlemler Sözleşme'nin 2'nci maddesinde, "*1. Kullanma amaçları ne olursa olsun, gerçek kişilerin şahsî hâllerine, ehliyetlerine veya aile durumlarına, vatandaşlıklarına, ikametgâh veya meskenlerine ait işlem ve belgeler. 2. Evlenme akdi yapılması veya diğer bir şahsî hal işlemi düzenlenmesi amacıyla verilen her türlü belgeler*" şeklinde belirlenmiştir.

benzeri bir usul aranmaksızın kabul edileceği belirtilmiştir³⁵. Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, tasdik ifadesinden, imzanın doğruluğunun, imza sahibi sıfatının ve gerektiğinde mührün hangi makama ait olduğunun tasdiki anlaşılmalıdır.

- 1977 tarihli Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme³⁶: Sözleşme'nin 1'inci maddesine göre, Sözleşmeye taraf devletler mevzuatlarına göre evlenme için gerekli şartları taşıyan yabancı ülkede evlenmek isteyen vatandaşlarına Sözleşmede ekli örneğe uygun bir evlenme ehliyet belgesi verecektir. Sözleşme'nin 8'inci maddesine göre, Sözleşmeye taraf devletler ilgili belgeyi verecek makamları belirteceklerdir. Sözleşme'nin 10'uncu maddesine göre ise, bu belgeler, Sözleşmeye taraf diğer devletlerde tasdik veya benzeri formalitelerden muaftır.

- 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi³⁷: Sözleşme kapsamında sözleşmeye taraf bir devletin velayete, çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin adli ya da idari makam kararlarının sözleşmeye taraf diğer devletlerde tanınması ve tenfizi kabul edilmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereği, Sözleşmede belirtilen görevlerin yerine getirilmesi için sözleşmeye taraf olan devletler, merkezi makam belirleyecek olup, yine Sözleşme'nin 5(c)'inci maddesi gereği, talepte bulunulan devletin merkezi makamı, kararın tanınması veya tenfizi sağlayacaktır³⁸. Tanıma ve tenfiz için gerekli şartlar Sözleşme'nin 9 ve

³⁵ Örneğin yabancı boşanma kararları kişi hallerine ve aile durumlarına ilişkin olduğundan, bu kararların Türkiye'de kullanılırken apostil taşıması gerekmediği gibi, HMK'nın 224'üncü maddesi (1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) (Resmi Gazete: 02, 03, 04.07.1927/622, 623, 624) m. 296) ve Noterlik Kanunu'nun 191-192'nci maddelerinde yer alan düzenlemelere göre herhangi bir onay taşımasının gerekmediği yönünde bkz. DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 292.

³⁶ Resmi Gazete: 24.10.1988/19969. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No20.pdf>> (Erişim Tarihi: 09.07.2023).

³⁷ Resmi Gazete: 02.11.1999/23864. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. Council of Europe <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=105>> (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

³⁸ Türkiye merkezi makam olarak, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğünü belirlemiştir (EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 391).

10'uncu maddelerinde belirlenmiştir³⁹. Sözleşme'nin 16'ncı maddesinde, bu sözleşme bakımından hiçbir tasdik ve benzeri formalitenin istenmeyeceği belirtilmiştir.

- 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi⁴⁰: Sözleşme'nin 23'üncü maddesine göre, Sözleşmeye taraf bir devlette alınan koruma tedbiri kararı, Sözleşmeye taraf diğer devletlerde tanınacaktır. Sözleşme'nin 26'ncı maddesine göre kararın icrası için sözleşmeye taraf devlette tenfiz usulüne başvurulması gerekmektedir. Sözleşme'nin 52(1)'nci maddesinde, bu Sözleşme'nin, sözleşmeye taraf devletler aksini belirtmedikçe, taraf olunan hiçbir milletlerarası sözleşmeyi etkilemeyeceği belirtilmiştir. Sözleşme'nin 43'üncü maddesinde yer alan düzenlemeye göre ise bu Sözleşme kapsamındaki belgeler, tasdik veya benzer her türlü usulden muaftır.

Velayete ilişkin belirttiğimiz her iki Sözleşme bakımından bir karşılaştırma yapıldığında, 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesinin gerek konu gerek kişi bakımından uygulama alanının 1980 tarihli Çocukların Velayetine

³⁹ Sözleşme'nin 8'inci maddesinde, Sözleşmede kararın tanınması veya tenfizi için öngörülen şartlar gerekmez karının yerine getirilmesi ile ilgili istisnai bir düzenleme yapılmıştır.

⁴⁰ Resmi Gazete: 22.05.2016/29719. Sözleşmeye taraf ülkeler için bkz. Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>> (Erişim Tarihi: 12.07.2023). Bu kapsamda şu hususu da ifade edelim ki, Sözleşme, konuyla ilgili daha önce yürürlüğe giren 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin (Resmi Gazete: 21.02.1983/17966) uygulama alanının coğrafi bakımdan sınırlı kalması, tanıma ve tenfiz hükümlerinin yetersizliği, milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuk konularındaki sorunlar nedeniyle (**ULUSU KARATAŞ**, Ayşe Elif, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, 2017, s. 913) kabul edilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle, Türkiye bakımından Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme sadece Çin Halk Cumhuriyeti Macau Özel Bölgesi için uygulanabilecektir (**ULUSU KARATAŞ**, s. 913).

İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine nazaran daha geniş, tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerinin uygulanmasının daha kolay, öngördüğü sistemin ise daha anlaşılır olduğu görülmektedir⁴¹.

Çok taraflı sözleşmeler dışında ülkelerin aralarında yaptıkları iki taraflı sözleşmelerde de konuyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır⁴². Bu kapsamda örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyeti'nin taraf oldukları Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesine⁴³ Ek 16 Eylül 1988 Tarihli Sözleşme'nin⁴⁴ 15'inci maddesinde “Her iki ülkenin birinde bir mahkeme veya noterlik tarafından düzenlenen veya tasdik edilen evrakların diğer ülkede yeniden tasdik edilmesine gerek yoktur” hükmü yer almaktadır. Sözleşme kapsamında Avusturya mahkeme veya noterlerinin düzenlediği belgelerin onaylanması gerekmemektedir.

⁴¹ **ULUSU KARATAŞ**, s. 994.

⁴² Uygulamada mahkemeler, Türkiye'nin diğer devletlerle yaptığı iki taraflı anlaşmaları gözden kaçırabilmektedir (**TARMAN**, s. 78). Uygulamada çeşitli sorunlar yaşandığı, taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümlerinin dikkate alınmadığı hakkında ayrıca bkz. **ŞİRİN**, Tolga/**ORCAN**, Necdet Umut, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 1, 2022, s. 277.

⁴³ Resmi Gazete: 23.05.1972/14194.

⁴⁴ Resmi Gazete: 21.05.1991/20877.

Yine birçok ülke ile yapılan adli yardım sözleşmelerinde de, sözleşmeye taraf ülkelerden birinde yekili makamlar tarafından verilen belgelerde onay gerekliliği ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır⁴⁵. Onay gerekliliği ile ilgili düzenlemelere taraf olunan konsolosluk sözleşmelerinde de yer verildiği görülmektedir⁴⁶.

B. HMK Çerçevesinde Yabancı Resmî Belgelerin Onaylanması

Kanuni rejim itibarıyla yabancı resmi belgelerin Türk hukukunda onay usulü HMK'nın 224'üncü maddesinde düzenlenmiştir⁴⁷. İlgili hükme göre; "1) *Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan*⁴⁸ *resmî belgelerin*⁴⁹,

⁴⁵ Konuyla ilgili adli yardım sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler için bkz. Türkiye'nin; 12.04.1988 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardım Sözleşmesi" (m. 13); 06.06.1988 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi" (m. 13); 07.02.1990 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt arasında Hukuki, Ticari ve Cezai işlerde Hukuki ve Adli İşbirliği Sözleşmesi" (m. 7); 02.11.1992 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi" (m. 12); 23.06.1994 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Sözleşmesi" (m. 14); 15.03.1995 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi" (m. 14) ; 04.04.1996 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Anlaşması" (m. 14); 06.05.1996 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Anlaşması" (m. 14); 17.07.1997 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ve Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması" (m. 8); 10.02.1999 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari Konularda Adli işbirliği Anlaşması" (m. 12); 19.09.1999 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Litvanya Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardım Sözleşmesi" (m. 7); 23.11.2000 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması" (m. 13); 11.07.2001 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti arasında Hukuki ve Cezai Konularda Adli Yardım Sözleşmesi" (m.14).

⁴⁶ TAN DEHMEN, s. 227.

⁴⁷ GÜNGÖR, s. 342.

⁴⁸ Hazırlanan ifadesinin, düzenlenen veya onaylanan anlamına geldiği yönünde bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul 2021, s. 384-385.

⁴⁹ HMK'nın 223'üncü maddesinde, "yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan tarafın, tercümesini de mahkemeye sunmak zorunda olduğu" kabul edilmiştir. Ayrıca maddenin 2'nci fıkrasında, "mahkemenin kendiliğinden veya diğer tarafın talebi üzerine, belgenin resmi tercümesini de isteyebileceği" belirtilmiştir. Yani mahkeme istemiş olmadıkça, çevirinin

Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı⁵⁰ veya ilgili Türk konsolosluk makamı⁵¹ tarafından onaylanmasına⁵² bağlıdır. (2) Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır⁵³”. Düzenleme, konu ile ilgili önceki mülga HUMK 296’ncı madde hükmünün günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir⁵⁴. Yürürlükteki kanunda ilgili düzenlemeye mülga HUMK’dan farklı olarak “belgeyi veren devletin yetkili makamı” ifadesi ilave edilmiş ve düzenlemeden Türk siyasi memurları ifadesi çıkarılmıştır. Bu kapsamda yeni düzenlemeyle Türk konsoloslukları yanında, belgenin verildiği devletin yetkili makamının onay vermesi de yeterli olmaktadır⁵⁵. Onayın “bu

resmî çeviri olması ya da doğruluğunun resmen tasdikli olması gerekmemektedir (UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 734).

⁵⁰ Bu ifadeyle apostil şerhi vermeye yetkili makamların kastedildiği yönünde bkz. ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 435.

⁵¹ Yabancı belgelerin doğruluğunun kontrolünde, ülkelerin diğer ülkelerdeki makamlarının, özellikle de konsolosluklarının görevlendirilmelerinin temelinde, konsoloslukların görev yaptıkları devletin idari yapılanmasını tanımaları, belgelerin doğruluğu konusunda daha kolay bir şekilde bilgi edinme imkânına sahip olmaları gibi nedenler bulunmaktadır (TAN DEHMEN, s. 236).

⁵² TBMM Adalet Komisyonu gerekçesinde, açıklığın sağlanması amacıyla, tasarıda yer alan ilgili düzenlemede, “onay şerhi” konulmasına ibaresinin, “onaylanmasına” şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 TBMM (S. Sayısı: 393); YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1164, dn. 97; ÖZAYKUT, Salih/BELEÇ, Mehmet, Karşılaştırmalı-Açıklamalı-Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 899).

⁵³ “Bu konudaki hükümler arasında çelişkiye yol açılmaması amacıyla milletlerarası sözleşmelere özel olarak vurgu yapılmıştır” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 TBMM (S. Sayısı: 393)).

⁵⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3 TBMM (S. Sayısı: 393). Mülga 1086 sayılı HUMK’un 296’ncı maddesinde ilgili düzenleme “*Ecnebi memlekette usulüne teofikan salahiyettar memurları tarafından tanzim veya tasdik kılınmış olan senetlerin mahallinde mer’i kanunlara mutabık olduğu mahalli Türkiye şebhenderi veya Türk siyasi memurları tarafından tasdik kılınmış ise resmi senet hüküm ve kuvvetinde addolunur. Bu suretle tasdik kılınmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemece takdir olunur. Mahkeme huzurunda ikrar olunan senetler resmi hükmündedir*” şeklinde idi.

⁵⁵ Mülga HUMK’un 296’ncı maddesinde, tasdik usulünden geçirilmemiş yabancı resmi belgelerin takdiri delil olarak kullanılabilmesine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. Bu düzenlemenin karşılığına HMK’da yer verilmemiştir. Buna karşılık, HMK’nın

belge, devletin yetkili makamları tarafından yerel yasalara uygun olarak hazırlanmıştır” içeriğinde olduğu ifade edilmektedir⁵⁶. Düzenleme kapsamında onayın nasıl verileceği, geçerli olup olmadığı konu ile ilgili ülkenin iç mevzuatı ve uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak değerlendirilecektir⁵⁷.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda (NHK)⁵⁸ yer alan hükümlerde de yabancı resmi belgelerde onay gerekliliğine değinilmektedir. Yabancı belgelerde, NHK’da değinilen onay gerekliliği HMK’nın 224’üncü maddesinde yer alan düzenleme kapsamında mevcut olmalıdır⁵⁹.

189(4)üncü maddesi uyarınca, “bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verileceği” kabul edilmiştir. Düzenlemede belgelerin delil vasfı taşıması onaylanmasına bağlıdır denilmediğinden, onaylanmamış belgelerin delil teşkil edip etmeyeceğine mahkeme karar verecektir (UMAR, s. 735; GÜNGÖR, s. 343). Bu noktada Alman hukukundaki uygulamaya da değinelim. Şöyle ki, Alman hukukunda konuyla ilgili düzenleme Alman Medeni Usul Kanunu’nda (Bundesministerium der Justiz: BMJ <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> (Erişim Tarihi: 18.07.2023)) yer almaktadır. Kanun’un 438(1)inci maddesine göre, yabancı bir makam veya kamu gücünü kullanan yabancı bir kişi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgenin, kabul edilip edilmeyeceği, davanın koşullarına göre mahkeme tarafından belirlenecektir. Alman hukukunda, yabancı belgelerin, yargılamada doğrudan kullanılıp kullanılmayacağına veya çevirisinin istenip istenmeyeceğine hâkim takdir yetkisi çerçevesinde karar vermektedir (NART, Serdar, “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspatı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, 212-213). Kanun’un 438(2)inci maddesine göre ise böyle bir belgenin federal hükümetin bir konsolosu veya temsilcisi tarafından tasdik edilmesi, doğruluğunun kanıtı olarak yeterli olmaktadır.

⁵⁶ UMAR, s. 734. Bu kapsamda, belgedeki beyanların doğruluk derecesi bilinemeyeceğinden, bunların doğru olduğunun tasdiki gerekmemektedir (UMAR, s. 734).

⁵⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 TBMM (S. Sayısı: 393).

⁵⁸ Resmi Gazete: 29.04.2006/26153.

⁵⁹ Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda yer alan düzenlemelerden biri, Kanun’un 15(6)inci maddesinde yer alan doğum bildirimini ile ilgilidir. Düzenlemelerden bir diğeri, Kanun’un 24’üncü maddesinde yer alan, yurt dışında Türk vatandaşlarının yaptığı evlenmelerin bildirimini ile ilgilidir. Diğer bir düzenleme ise Kanun’un 28(5)inci maddesinde yer alan çocuğun tanınmasının bildirimine ilişkindir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda belirtilen doğum bildirimini, evlenme bildirimini, çocuğun tanınmasına ilişkin belgelerin HMK’nın 224’üncü maddesi çerçevesinde onaylanması gerekmektedir. Ayrıca şu hususu da ifade edelim ki, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde de (NHKUY) (Resmi Gazete: 09.05.2020/31122) onay gerekliliğinin aranmayacağına

B. MÖHUK Çerçevesinde Tanınması veya Tenfizi Talep Edilen Yabancı Kararların Onaylanması

Türk hukukunda yabancı kararlar, bu kararların tanıma veya tenfizi ile hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Türk mahkemelerinin tanıma kararı vermesiyle, ülkede yabancı kararın kesin hüküm etkisi⁶⁰; Türk mahkeme-

ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bkz. Nüfus Hizmetleri Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 51, m. 59.

⁶⁰ **ARAT**, Tuğrul, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 1964, s. 437; **ÖZBAKAN**, Işıl, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, İstanbul 1987, s. 18; **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, Ankara 1996, s. 15, 63; **AYBAY**, Rona/**DARDAĞAN**, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 293; **TEZGEL**, Mehmet, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 39; **SARGIN**, Fügen/**ERTEN**, Rifat, “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukukî Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği””, **UTTDER**, C. 3, S. 2, 2014, s. 46; **TÜTÜNCÜBAŞI**, Uğur, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 105; **DOLUNAY**, Ayhan, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 27; **TAKAVUT**, İbrahim Doğan, Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması, Günseli Özetekin Gelgel/Faruk Kerem Giray (Editörler), Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, İstanbul 2017, s. 194; **ŞENSÖZ MALKOÇ**, Ebru, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 15; **NOMER**, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018 (Milletlerarası Usul), s. 171; **CAN**, Hacı/**TUNA**, Ekin, Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 316; **ÖZKAN**, Işıl/**TÜTÜNCÜBAŞI**, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 172; **AKINCI**, Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 187; **NOMER**, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2021 (Devletler Hususi), s. 508; **DOĞAN**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 112 (Milletlerarası Özel); **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 713; **ŞANLI**, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN FİGANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, İstanbul 2023, s. 642; **GÜNGÖR**, s. 308; **ÖZEL**, Sibel/**ERKAN**, Mustafa/**PÜRSELİM**, Hatice Selin/**KARACA**, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 714; **DOĞAN**, Vahit/**YILMAZ**, Alper Çağrı/**AYHAN İZMİRLİ**, Lale, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 114. Türk hukuk doktrininde tanımın, kesinleşmiş mahkeme kararlarından hareketle tanımlandığı, ancak tanımın Türk pozitif hukuk kuralları tümüyle değerlendirildiğinde eksik kaldığı hakkında bkz. **SARGIN/ERTEN**, s. 46-52.

lerinin tenfiz kararı vermesiyle ise yabancı kararın icraî etkisi kabul edilmektedir⁶¹. MÖHUK'un 50 ila 58'inci maddelerinde yer alan hükümler tanıma ve tenfize ilişkindir.

Bilindiği üzere HMK'nın 224(1)'üncü maddesinde yabancı resmi belgelerin onaylanması ile düzenleme yer almaktadır. Ancak ilgili düzenlemede öngörülen usullerden birine uygun bir şekilde yabancı karar onaylanmış olsa bile Türkiye'de tanıma ya da tenfiz usulünden geçirilmediği kesin hüküm ve kesin delil olarak kabul edilmemektedir (MÖHUK m.58(1)(c))⁶².

MÖHUK'un 55'inci maddesine göre, tanıma ve tenfiz talebi ile açılan davalar, taraf teşkili suretiyle basit yargılama usulü hükümlerine göre görülmektedir⁶³. MÖHUK'un 52'nci maddesinde, tenfiz isteminin karşı

⁶¹ ARAT, s. 426; TİRYAKİOĞLU, s. 15; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 77; AYBAY/DARDAĞAN, s. 293; TEZGEL, s. 39; GÜVEN, s. 27; DOLUNAY, s. 30; TAKAVUT, s. 198; NOMER, Milletlerarası Usul, s. 175; CAN/TUNA, s. 321; ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, s. 172; AKINCI, s. 185-186; NOMER, Devletler Hususî, s. 511; DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 113; ÇELİKEL/ERDEM, s. 713; GÜNGÖR, s. 288; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 714-715; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 643; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 114.

⁶² GÜNGÖR, s. 343.

⁶³ HMK'nın 317(3)'üncü maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde tanıma ve tenfiz talebi ile açılacak davalarda geçerli olan basit yargılama usulü gereğince, "tarafklar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi" veremezler. Yine HMK'nın 319'uncu maddesi gereği, "iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar". Ancak tanıma ve tenfiz talebi ile açılan davalarda taraflar arasında vakıalar ve hukuki meselelere ilişkin tartışma, davalının tenfiz şartlarının mevcut olmadığını iddiasından sonra ortaya çıkmaktadır (AKINCI, s. 219). Bu kapsamda basit yargılama usulü tarafların menfaatine aykırı görülerek, bu usulün tenfiz için açılan davaların niteliğine uygun olmadığı kabul edilmektedir (TARMAN, s. 77). Bu noktada tanıma ve tenfiz talebi ile açılan davalarda davacının, davalının olası tanıma ve tenfiz itirazlarını baştan tahmin etmesi, dava dilekçesinde tahmini itirazlara peşinen cevap vermek zorunda kalması hukuken makul görülmemekte, bu durumun hukuki dinlenilme hakkını zedeleyici nitelikte olduğu belirtilmektedir (ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 264; TARMAN, s. 77). Uygulamada tarafların beyan dilekçesi adı altında dilekçe verdiği, mahkemelerin de bu dilekçeleri dikkate aldığı yönünde bkz. ŞANLI, s. 264; TARMAN, s. 77.

tarafın sayısı kadar örneğin ekli olduğu dilekçe ile yapılacağı belirtilerek, dilekçede yer alması gerekli unsurlar tespit edilmiştir⁶⁴.

MÖHUK'un 53'üncü maddesinde ise tenfiz dilekçesine eklenecek belgeler, bu belgelerde gerekli onay zorunluluğu ile belirlenmiştir⁶⁵. İlgili hükümde, "(1) Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir: a) Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği⁶⁶ ve onanmış tercümesi b) İlâmın kesinleştiğini

⁶⁴ HMK'nın 119'uncu maddesine göre dava dilekçesinde, "a) Mahkemenin adı. b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri. c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası. ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri. d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri. e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakiaların sıra numarası altında açık özetleri. f) İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği. g) Dayanılan hukuki sebepler. ğ) Açık bir şekilde talep sonucu. h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası", hususları mevcut olmalıdır. MÖHUK'un 52'nci maddesine göre ise tenfiz dilekçesinde, "a) Tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri. b) Tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti. c) Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu", hususları yer alır. 2675 sayılı MÖHUK döneminde MÖHUK'da belirtilmemiş hususlar hakkında genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmekteydi (UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 64). Yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK döneminde de MÖHUK'da belirtilmeyen hususların da HMK'nın 119'uncu maddesi gereğince dava dilekçesinde bulunması gerektiği kabul edilmektedir (ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 681; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM/KARACA, s. 765).

⁶⁵ Mülga HUMK'un 539'uncu maddesinde, "tenfize karar verilmesini talep eden taraf vereceği arzuhale aşağıdaki vesikalari rapteder: 1-Hükmü veren ecnebi mahkeme tarafından usulen tasdik edilmiş olan ilâmın aslı ve musaddak tercümesi, 2-Hükmü veren ecnebi mahkeme kalemi tarafından musaddak ve hükmün kaziyei muhkeme teşkil etmiş olduğunu mübeyyin vesika veya şerh ile bunların musaddak tercümeleri" şeklinde düzenleme yer almaktaydı. Belirttiğimiz hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 37'nci maddesinde ise "Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir: a)Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi, b) İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi" şeklinde düzenleme yapılmıştı. Düzenlemenin gerekçesinde, yabancı ilâmın ve bunun kesinleştiğini gösteren belgenin onanmış, Türkçeye tercüme edilmiş ve bu tercümenin de yetkili Türk makamları tarafından onanmış olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. MÖHUK 37'nci madde gerekçesi Türkiye Büyük Millet Meclisi <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANA-NAK/MGK/_d01/c007/mgk_01007105ss0408.pdf> (Erişim Tarihi: 15.07.2023).

⁶⁶ MÖHUK'un 53'üncü madde gerekçesinde, "uygulamada ilâmın aslının bazı yabancı devlet mahkemelerince vermediği göz önüne alınarak ilâmı veren mahkeme tarafından onanan örneğinin de tenfiz dilekçesine eklenmesinin yeterli olacağını kabul edildiği" belirtilmiştir.

gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge⁶⁷ ile onanmış tercümesi” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

MÖHUK’un 53’üncü maddesinde yer alan düzenlemede tenfiz dilekçesi ifadesi kullanılmıştır. Bilindiği üzere, yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararlar bu kararların Türkiye’de tenfizi ile hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların Türkiye’de tanınması ile de hüküm ve sonuç doğurması mümkündür. MÖHUK’un 52 ve 53’üncü maddelerinde yer alan hükümler, yalnızca yabancı mahkeme kararının tenfizi talep edildiğinde değil, yabancı mahkeme kararının tanınması talep edildiğinde de dikkate alınacaktır⁶⁸.

Belirttiğimiz üzere, tanıma veya tenfiz talebine konu yabancı karardaki onayın, kararın aslı verilecekse o ülke makamlarınca usulen onanması, eğer karar örneği verilecekse ilamı veren yargı organı tarafından onanması gerektiği kabul edilmektedir. Yabancı mahkeme kararının onaylı aslı veya örneğinde, kararı veren hâkimin imzasının bulunması gerekli görülmemektedir⁶⁹. Bazı ülkelerde hâkimin imzasını taşıyan karar aslı dosyasında kalmakta, karar örneği ise mahkemelerin resmi belgelerini düzenleyip onaylamaya yetkili görevli müdür tarafından imzalanarak onaylanmaktadır⁷⁰. Bu kapsamda kararın verildiği ülkenin usul yasa-

Düzenleme kapsamında, ilamı veren yargı organı tarafından onay, yeterli kabul edilecektir.

⁶⁷ “Yabancı boşanma kararının kesinleştiğine ilişkin yazının Belediye Nüfus İşlemleri Dairesi tarafından verildiğine ilişkin” Yargıtay kararı için bkz. Y. 2. HD, 11.07.2005, E. 2005/8851, K. 2005/11058 (ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 1268; GÜVEN, s. 181, dn. 418). Yabancı mahkeme ilamının kesinleştiğine ilişkin şerhin, mahkeme kararından ayrı bir belgede yer alıyorsa, bu belgenin Türk konsoloslğu tarafından onaylanması veya apostille şerhi taşıması gerektiği yönünde bkz. GÜVEN, s. 181; EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 165.

⁶⁸ GÜVEN, s. 181; EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2013 (Milletlerarası Miras), s. 104-105; KÖLE, Mehmet, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 34, 2016, s. 68.

⁶⁹ DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 286.

⁷⁰ DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 286.

larına göre karar aslını onamaya veya örneğini onamaya yetkili görevlinin imza ve mührünün mevcut olması yeterli olacaktır⁷¹. Uygulamada da kabul bu yöndedir⁷².

Yine belirttiğimiz üzere yabancı kararların mahkemeye sunulan tercümelerinin de onanmış olması gerekmektedir. Tercümelerin onanmış olmasından bu belgelerin kim tarafından tercüme edildiği ya da tercüme eden kişinin kimliğinin onaylanması anlaşılır⁷³. Yetkili Türk makamlarının yabancı mahkeme kararının Türkçe tercümesini, onaylamış olması gerekmektedir⁷⁴. Bu kapsamda tercümede bulunması gereken onay, noter veya konsolosluk tarafından yapılmalıdır⁷⁵. Eğer tercüme Türkiye’de yaptırılmışsa noterler, yurt dışında yaptırılmışsa Türk konsolosları, tercümenin yeminli tercümanlar tarafından yapıldığını onaylayacaktır⁷⁶. Konuyla ilgili Yargıtay kararlarında da tercümede noter veya Türk konsolosluğu onayı bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷. Ülkemizde yeminli çeviri ve noterliğe ilişkin uygulamalar çeviri gerekliliğinin fazla his-

⁷¹ DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 286.

⁷² Yabancı kararda hâkimin imzası bulunmamasının kararı asıl olmaktan çıkarmayacağı hakkında karar örneği için bkz. Y. 2. HD, 08.12.2014, E. 2014/17694, K. 2014/25089, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 02.08.2023).

⁷³ DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 284.

⁷⁴ TİRYAKİOĞLU, s. 88.

⁷⁵ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 65; ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 689; DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 289; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 66-67. Belgeler noter ya da başkonsolosluk onaylı değilse 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne göre, bu sözleşmeye taraf ülkelerden alınan yabancı belgenin apostil şerhli olması gerektiği kabul edilmektedir (DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 290; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 66-67).

⁷⁶ GÜVEN, s. 183; DOĞAN, Milletlerarası Aile, 284.

⁷⁷ Y. 2. HD, 08.12.2014, E. 2014/17694, K. 2014/25089; Y. 2. HD, 21.03.2019, E. 2018/4655, K. 2019/3209, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 14.07.2023). Mülga MÖHUK döneminde de aynı yönde karar örneği için bkz. Y. 2. HD, 05.04.2004, E. 2004/3261, K. 2004/4229; Y. 2. HD, 19.04.2004, E. 2004/4017, K.2004/4905, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 02.08.2023). Ayrıca uygulamada çevirilerin yeminli çevirmenlerin imza ve mührünü taşıyan örneklerinin mahkemeye sunulduğu, bunun yanlış olduğu hakkında bkz. DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 289.

sedilmediği eski tarihli Noterlik Kanunu ve ilgili Kanunun Yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre yapılmaktadır⁷⁸. Bu nedenle de yeminli tercümanların yaptıkları tercüme yeterli görülmemektedir⁷⁹.

MÖHUK'un 53'üncü maddesine göre, dava dilekçesine eklenmesi gerekli belgelerin eklenmeden dava açılması halinde, nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Bu durum bir usuli eksiklik teşkil etmektedir. MÖHUK'da hüküm bulunmayan hallerde, bu kanuna göre genel kanun niteliğinde olan HMK uygulanacaktır⁸⁰. Dilekçeye eklenmesi gerekli belgelerin eklenmemiş olması halinde, bu belgeler aynı zamanda delil niteliğinde olduğundan, hâkim eksik belgelerin tamamlanmasını isteyebilecektir⁸¹. Böyle bir durumda HMK'nın 119(2)'uncu maddesi kapsamında davacıya süre verilmesi gerekmektedir⁸².

II. MEVZUATIMIZDA YABANCI RESMÎ BELGELERİN ONAYLANMASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinde usule ilişkin çeşitli problemler ortaya çıkabilmektedir⁸³. Bununla birlikte çoğu kez ya-

⁷⁸ Noter tarafından, yabancı dil belgesi veya diploma göz önünde tutularak, adayın yeminli çeviri yapabileceğine kanaat getirilip, yemin zaptı düzenlenerek yeminli tercüman unvanının kazandırılması, noter tarafından belgelerin onaylanması eleştirilmektedir (UYSAL, Nazan Müge, "Çevirilerin Resmi Olarak Onaylanması: Ülkemizde Yeminli Tercümanlık Müessesesi ve Dünyadaki Yeminli/Tasdikli Çeviri Uygulamaları Üzerine Genel Bir Değerlendirme", RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi, 18, 2020, s. 722).

⁷⁹ Resmi belgelerin tercümesinin yeminli tercümanlar tarafından yapılmasının hukuki terimin karşılığının yanlış çevrilmesine, yargılamanın uzamasına ve yargılamanın eksik yapılmasına neden olduğu yönünde bkz. TARMAN, s. 79.

⁸⁰ DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 287; GÜVEN, s. 204; ŞANLI, s. 267; CAN/TUNA, s. 373.

⁸¹ NOMER, Devletler Hususî, s. 555.

⁸² DOĞAN, Milletlerarası Aile, s. 286; GÜVEN, s. 204; DOLUNAY, s. 119; ŞANLI, s. 267; CAN/TUNA, s. 373; TARMAN, s. 78; KÖLE, s. 71. Y. 2. HD, 08.03.2005, E. 2004/17017, K. 2005/3506; Y. 2. HD, 26.11.2008, E. 2008/12894, K. 2008/16050; Y. 2. HD, 08.12.2014, E. 2014/17694, K. 2014/25089; Y. 2. HD, 21.03.2019, E. 2018/4655, K. 2019/3209; Y. 2. HD, 08.04.2019, E. 2019/2302, K.2019/4163, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 14.07.2023).

⁸³ Bu problemlere ilişkin bkz. TARMAN, s. 75.

bancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde usule ilişkin konularda ortaya çıkan problemlerin çözümlerine ilişkin kanunlarda, yargı kararlarında ve doktrinde yeknesak çözüm önerilerinin mevcut olmadığı görülmektedir⁸⁴. Çözüm önerisinin bulunmadığı konulardan birisi de yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararlarda bulunması gereken onayla ilgilidir. Bu bağlamda özellikle konuyla ilgili milletlerarası sözleşmeler, MÖHUK'un 53'üncü maddesi ve HMK'nın 224'üncü maddesinin yorumu, sorun ortaya çıkaracak niteliktedir.

A. Milletlerarası Sözleşme Hükümlerinin MÖHUK'un 53'üncü Maddesi ve HMK'nın 224'üncü Maddesi ile İlişkisi

MÖHUK ve HMK'nın ilgili hükümlerinde milletlerarası sözleşmelerin önceliği kabul edildiğinden, konuyla ilgili taraf olunan milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümler, MÖHUK'un 53'üncü maddesi ve HMK'nın 224'üncü maddesi açısından öncelikle dikkate alınacaktır. Bu kapsamda taraf olunan milletlerarası sözleşmelerle, MÖHUK'un 53'üncü maddesi ve HMK'nın 224'üncü maddesinde öngörülen onay gerekliliği yerine bir onay gerekliliği aranabileceği gibi, ilgili düzenlemelerde öngörülen onay gerekliliğinin kaldırılması da söz konusu olabilecektir.

B. MÖHUK'un 53'üncü Maddesinin HMK'nın 224'üncü Maddesi ile İlişkisi

Tanınması ya da tenfizi talep edilen yabancı kararda bulunması gereken onaylar MÖHUK'un 53'üncü maddesinde belirtilmektedir. Yabancı resmi belgelerin Türk hukukunda resmi belge olarak kabulü için gerekli onaylar ise HMK'nın 224'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Ancak yabancı resmi belgelerin MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde onaylanmasına ilişkin hükümler ile HMK'nın 224'üncü maddesi çerçevesinde onaylanmasına ilişkin hükümler birbiriyle uyumlu değildir.

Bu noktada ilk olarak tanınması ya da tenfizi talep edilen yabancı kararda bulunması gereken onaylara dair doktrindeki görüşlere değineceğiz. Daha sonra konuyla ilgili karar örneklerini inceleyeceğiz. Son olarak değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

a. MÖHUK'un 53'üncü Maddesinin HMK'nın 224'üncü Maddesi ile İlişkisine Dair Görüşler

MÖHUK'un 53'üncü maddesinde, tanıma veya tenfiz talebine konu yabancı kararın Türk konsoloslugu tarafından onaylanmış olması ya da üzerinde apostil bulunması şartı açıkça aranmamaktadır⁸⁵. HMK'nın 224'üncü maddesinde öngörülen usulen onama ile MÖHUK'un 53'üncü maddesinde belirtilen usulen onama birbirinden farklıdır⁸⁶. Bu noktada yabancı mahkeme kararının Türk konsolosluğunca onaylanması ya da apostil taşıması zorunluluğu MÖHUK'un 53'üncü maddesinden kaynaklanmamaktadır⁸⁷.

Doktrinde bir görüşe göre, yabancı mahkeme kararının usulen onanmış olup olmadığı konusu MÖHUK'un 53'üncü maddesinde açıkça belirtilmemekle beraber Türk hukukuna göre tespit edilecektir⁸⁸. Bu kapsamda tanıma veya tenfiz talebine konu yabancı kararın hem MÖHUK'un 53'üncü maddesi hem de HMK'nın 224'üncü maddesi çerçevesinde onaylanmış olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹. Aynı yönde bir başka görüşün, HMK kapsamında, belgenin verildiği devletin, belgeye resmiyet kazandırmak için onay yetkisi verdiği makamın onayını ayrıkt tuttuğunu görmekteyiz. Bu görüşe göre yabancı kararın aslı veya kararı veren mahkeme yetkilisinin imzasını taşıyan karar örneğine HMK'nın 224'üncü maddesinde yer alan düzenleme gereği kararın verildiği ülkedeki Türk konsolosluğunca tasdik şerhi veya kararın verildiği ülke 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf ise o ülkenin yetkili makamlarınca apostil şerhi konulması gerekmektedir⁹⁰. Bu çerçevede belgenin verildiği devletin, belgeye resmiyet kazandırmak için onay yetkisi verdiği makamın (noter, avukat vb) onaylaması da yeterli kabul edilmekteyken, onay veren makamın o devletin yetkili makamı olup olmadığının tespiti sorun doğurduğundan uygulamada bu onama usulünün kullanılmadığı ifade edilmektedir⁹¹.

⁸⁵ EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 160.

⁸⁶ TAN DEHMEN, s. 246-247; EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 164.

⁸⁷ EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 164.

⁸⁸ TÜTÜNCÜBAŞI, s. 221; ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, s. 224.

⁸⁹ TAN DEHMEN, s. 247; GÜVEN, s. 181-182; KÖLE, s. 69-70; DOLUNAY, s. 117-118.

⁹⁰ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 688-689.

⁹¹ ŞENSÖZ MALKOÇ, s. 688, dn. 1623.

b. MÖHUK'un 53'üncü Maddesinin HMK'nın 224'üncü Maddesi ile İlişisine Dair Karar Örnekleri

Belirttiğimiz üzere tanıma ya da tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının örneğinin de yeterli olacağına ilişkin getirilen istisna dışında MÖHUK'un 53'üncü maddesinde yer alan hüküm, mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 37'nci maddesinde yer alan hüküm ile aynıdır. Konuyla ilgili HMK'da yer alan hükmün mülga HUMK'da yer alan düzenlemeden farkı ise HUMK'da onayın "Türkiye şebkenderi veya Türk siyasi memurları" tarafından yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin, HMK ile "belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya Türk konsolosluk makamı" tarafından yapılabileceğine ilişkin düzenleme ile değiştirilmiş olmasıdır. Bu nedenle mülga 2675 sayılı MÖHUK dönemindeki uygulamalar da değerlendirmelerimiz açısından önem taşımaktadır.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde tenfiz talebine ilişkin Yargıtay tarafından verilen bir kararda, "*yabancı kararın MÖHUK'un 37'nci maddesi çerçevesinde onaylanması gerektiği, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne göre onay şerhinin belgenin verildiği devletin yetkili makamlarınca karara işletilmesi gerektiği*" belirtilmiştir⁹². Yine Yargıtay tarafından, tanınması talep edilen yabancı bir mahkeme kararında, "*kararın verildiği devletin yetkili makamlarının onayının bulunmadığı karar aslına 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde belirtilen şekilde belgenin verildiği devletin yetkili makamlarınca tasdik şerhinin verdirilmesi gerektiği, bu eksiklik tamamlandıktan sonra işin esasının inceleneceği*" ifade edilmiştir⁹³. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda ise MÖHUK'un 37'nci maddesinde aranan koşulların gerçekleştiğini ayrıca apostil şerhinin aranmasına gerek olmadığı belirtilmiştir⁹⁴.

5718 sayılı MÖHUK döneminde konuyla ilgili Adana Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından, HMK'nın 224'üncü madde hükmü belirtilmiş, ardından tanıma ve tenfize konu olan yabancı mahkeme kararının 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine taraf olmayan bir devletten verildiğinde karara apostil şerhi işlenmesi mümkün olmadığından

⁹² Y. 3. HD, 28.09.2006, E. 2006/10403, K. 2006/11806, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 13.07.2023).

⁹³ Y. 2. HD, 08.03.2005, E. 2004/17017, K. 2005/3506, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 03.08.2023).

⁹⁴ Y. 2. HD, 17.07.2006, E. 2006/4582, K. 2006/11050, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 02.08.2023).

bu işlemin aranmayacağı bu belgelerin Türkiye'de bu vasfı taşımasının, ilgili devletin yetkili makamı veya ilgili Türk Konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca kararda tenfiz ve tanınması istenen yabancı mahkeme kararının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilamı veren yargı organı tarafından onanmış örneğinin sunulmasının yasal olarak zorunlu olduğu ifade edilmiştir⁹⁵. Konuyla ilgili Yargıtay tarafından verilen bir kararda, MÖHUK'un 53'üncü madde hükmü belirtilip, yabancı kararın, kararı veren yargı organı tarafından onanmış örnek olmayıp, fotokopi olduğu ayrıca kararda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi hükümleri uyarınca bulunması gereken apostil şerhi bulunmadığı, kararı veren yargı organı tarafından onanmış olmayan ve apostil şerhini de taşımayan fotokopi belgeye dayanılarak hüküm kurulamayacağı, belirtilmiştir⁹⁶. Başka bir kararda Yargıtay, dosyada tenfiz istenen kararın kesinleşme şerhini gösterir apostil şerhli aslı ve onanmış örneğinin bulunmadığı, apostil şerhi eksikliğinin tamamlanması için verilen sürede bu eksiklik tamamlanmadığından MÖHUK'un 54'üncü maddesinde yer alan tenfiz şartlarının sağlanmadığı değerlendirilmesinde bulunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁷. Yine Yargıtay tarafından verilen birçok kararda, yabancı mahkeme kararının HMK'nın 224'üncü maddesine göre onaylanması gerekliliği belirtilerek, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf ülkeler bakımından yabancı kararın apostil şerhi taşıması aranmakta, yabancı kararda apostilin (tasdik şerhi) bulunmadığı durumda bu eksikliğin ta-

⁹⁵ Adana Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD, 15.03.2019, E. 2018/735, K. 2019/241, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 21.07.2023).

⁹⁶ Y. 2. HD, 20.07.2011, E. 2010/22330, K. 2011/12754, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 02.08.2023).

⁹⁷ Y. 13. HD, 19.12.2019, E. 2019/5612, K.2019/12850, Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 02.08.2023).

mamlanmasından sonra işin esasının incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁸. Belirttiğimiz Yargıtay kararlarından birinin⁹⁹ karşı oy yazısında dikkat çekilen hususun da vurgulanması yerinde olacaktır. Kararda yer alan karşı oy yazısı aynen şu şekildedir; “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle tanıma ve tenfiz istenen yabancı mahkeme kararının dosya arasına sunulan yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilam veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi ile ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı ve belge ile onanmış tercüme belgelerinin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu’nun 53. maddesine uygun olduğu, ayrıca “apostil” şerhine gerek bulunmadığının anlaşılmasına göre usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyoruz*”¹⁰⁰.

c. MÖHUK’un 53’üncü Maddesinin HMK’nın 224’üncü Maddesi ile İlişkisinin Değerlendirilmesi

Yabancı mahkeme kararı HMK’nın 224’üncü maddesine göre, onaylanmış ise resmi belge vasfını kazanır¹⁰¹. Türkiye’de resmi belge vasfını kazanmakla, Türk resmi makamlarının düzenlediği resmi belgenin ispat gücüne sahip olur¹⁰². Resmi belge olarak ispat gücüne sahip olmakla birlikte, resmi belge olarak da icra takibine konulabilir¹⁰³.

⁹⁸ Y. 2. HD, 20.01.2014, E. 2013/8397, K. 2014/960; Y. 2. HD, 12.03.2014, E. 2013/22910, K. 2014/5461; Y. 2. HD, 11.06.2015, E. 2015/5482, K. 2015/12450; Y. 2. HD, 10.03.2016, E. 2016/2957, K. 2016/4699; Y. 2. HD, 31.03.2016, E. 2016/5132, K. 2016/6444; Y. 2. HD, 31.03.2016, E. 2016/3788, K. 2016/6447; Y. 2. HD, 31.03.2016, E. 2016/4424, K. 2016/6448; Y. 2. HD, 31.03.2016, E. 2016/4563, K. 2016/6450; Y. 2. HD, 19.10.2017, E.2016/19179, K. 2017/11401; Y. 2. HD, 19.10.2017, E. 2016/21735, K. 2017/11391, İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>> (Erişim Tarihi: 03.03.2023).

⁹⁹ Y. 2. HD, 20.01.2014, E. 2013/8397, K. 2014/960, Yargıtay Karar Arama <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 03.03.2023).

¹⁰⁰ 102’nci dipnotta belirttiğimiz Yargıtay kararlarından, 2. HD, 12.03.2014, 22910/5461, kararında da, “*usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun kararına katılmadığı yönünde*” karşı oy yazısı bulunmaktadır.

¹⁰¹ EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 165.

¹⁰² NOMER, Devletler Hususî, s. 411.

¹⁰³ EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 165.

Tanıma veya tenfiz talebiyle mahkemeye müracaat edildiğinde, yabancı mahkeme kararına resmiyet kazandırmayı sağlamak değil, yabancı mahkeme kararının mahkeme kararı olarak hüküm ve sonuç doğurmasını sağlamak amaçlanmaktadır¹⁰⁴. Yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin kabulü için, kararın MÖHUK'un 53'üncü maddesinde belirtilen yetkili makamların onayını taşıması gerekmektedir.

MÖHUK'un 53'üncü maddesinde, tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı kararın ilgili hüküm çerçevesinde onaylanmış olması gereklidir. Uygulamada ve doktrinde genel olarak yabancı kararın HMK'nın 224'üncü maddesi çerçevesinde de onaylanması gerektiği belirtilmektedir. Ancak ilgili düzenlemelerde yer alan ifadeler yeterince açık değildir. Aynı zamanda bu düzenlemeler birbiriyle uyumlu olmadığı gibi, düzenlemelerde yer alan ifadeler arasında da uyum sorunu vardır.

İlk olarak şu hususu belirtelim ki, HMK ve MÖHUK'ta yer alan "yabancı ülke makamı" ifadesi farklı şekilde yorumlanmaya müsaittir. Bu ifade "yabancı ülkenin onay vermeye yetkili herhangi bir makamı" olarak anlaşılacağı gibi, "apostil şerhi vermeye yetkili makamı" olarak da anlaşılabilir. Bu ifadenin "yabancı ülkenin onay vermeye yetkili herhangi bir makamını" ifade ettiğini düşünelim. Bu durumda da konuyla ilgili dikkate alınacak ilk kanuni düzenleme kapsamında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Örneğin, yabancı kararın tanıma veya tenfizi talep edildiğinde hâkimin kararda ilk olarak HMK kapsamında onay gerekliliğinin sağlanmış olup olmadığına ilişkin yapacağı değerlendirme ile MÖHUK kapsamında onay gerekliliğinin sağlanmış olup olmadığına ilişkin yapacağı değerlendirme, yabancı kararda bulunması gerekli onayların farklılığına neden olacaktır.

Konuyu öncelikle HMK, daha sonra MÖHUK kapsamında değerlendirelim. Bu noktada yabancı kararın aslı mahkemeye verilerek tanıma ya da tenfiz talep edildiğinde; yabancı kararın aslı, kararın verildiği ülke yetkili makamı tarafından onaylı ise bu onay, MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde onay gerekliliğini de karşılamaktadır. Eğer yabancı kararın aslı Türk konsolosluk makamı tarafından onaylı ise karar aslının ayrıca MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde kararın verildiği ülke yetkili makamı tarafından da onaylanması gerekmektedir. Bilindiği üzere 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf ülkeler bakımından apostil şerhi,

¹⁰⁴ EKŞİ, Tanıma ve Tenfiz, s. 165.

Türk konsolosluk makamı onayı yerine geçmektedir. Yabancı kararın aslı apostil şerhi taşıyorsa, bu onay MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde de onay gerekliliğini sağlamaktadır. Yabancı kararın örneği mahkemeye verilerek tanıma ya da tenfiz talep edildiğinde; yabancı karar örneği, kararın verildiği ülke yetkili makamı tarafından onaylı, bu onay da yabancı kararın verildiği yargı organı dışında bir makam tarafından yapılmış ise karar örneğinin MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde yabancı kararın verildiği mahkemeye onayını da taşıması gerekmektedir. Yabancı karar örneği Türk konsolosluk makamı tarafından onaylı ise ya da apostil şerhi taşıyorsa MÖHUK'un 53'üncü maddesi çerçevesinde de yabancı kararın verildiği mahkemeye tarafından onaylanmalıdır.

Konuyu ilk olarak MÖHUK, daha sonra HMK kapsamında değerlendirelim. Bu noktada yabancı kararın aslı mahkemeye verilerek tanıma ya da tenfiz talep edildiğinde; yabancı kararın aslı, yabancı ülke yetkili makamı tarafından onaylı ise bu onay, HMK'nın 224'üncü maddesi çerçevesinde de onay gerekliliğini sağlamaktadır. Yabancı kararın örneği, mahkemeye verilerek tanıma ya da tenfiz talep edildiğinde; yabancı karar örneği, kararı veren yargı organı tarafından onaylı ise, bu onay yine HMK'nın 224'üncü maddesi çerçevesinde onay gerekliliğini karşılamaktadır.

HMK ile MÖHUK'da yer alan "yabancı ülke makamı" ifadesi "apostil şerhini vermeye yetkili ülke makamı" olarak anlaşıldığında, taraf olunan milletlerarası sözleşmelere aykırılık gündeme gelmektedir. Şöyle ki, yabancı resmi belgede 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi çerçevesinde o ülkenin apostil şerhi vermek üzere belirlediği yetkili makam onayı, konsolosluk onayı yerine geçmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinde, her âkit devletin, sözleşmede onay başışıklığının öngördüğü hallerde kendi diplomasi veya konsolosluk memurlarınca onay işlemi yapılmamasını sağlamak üzere gerekli önlemleri alacağı kabul edilmiştir. Ancak HMK'nın 224'üncü maddesinde belgenin verildiği devletin yetkili makamı onayı Türk konsolosluk makamı onayına alternatif olarak öngörülmüştür. Yani ilgili düzenleme kapsamında yabancı kararda konsolosluk onayı bulunması, apostil şerhi aranmasını gerektirmeyecektir. Hüküm bu kapsamda değerlendirildiğinde, taraf olunan milletlerarası sözleşmelerle uyumlu değildir. Bu noktada taraf olunan milletlerarası sözleşmelere aykırılık sorunu ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca yabancı ülke makamı ifadesi apostil şerhi vermeye yetkili ülke makamları olarak anlaşıldığında MÖHUK'un 53'üncü maddesi kapsamında yabancı kararın aslı bakımından apostil şerhi taşıması gerektiği belirtilip, örneği bakımından bu gerekliliğin aranmasının HMK'da yer alan düzenlemeye bırakılmasının nedeni açıklanamamaktadır.

Düzenlemelerde yer alan ifadelerden ne anlaşılması gerektiğinin açık olmaması farklı ihtimaller üzerinden değerlendirme yapılmasını gündeme getirmektedir. Bu kapsamda tanıma ya da tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararı üzerinde bulunması gerekli onaylar farklılaşmaktadır. Hükümlerin yanlış, birbirinden farklı şekilde yorumlanması hukuki güvenliği zedelemektedir.

SONUÇ

Yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tanıma ya da tenfizi talep edildiğinde, dilekçeye eklenecek belgelerin onaylı olması gerekmektedir. Mevzuatımızda yabancı resmi belgelerin onaylanması ile ilgili hükümler milletlerarası sözleşmeler, MÖHUK ve HMK'da yer almaktadır. MÖHUK'un 53'üncü maddesi, HMK'nın ise 224'üncü maddesi, yabancı resmi belgelerde onaya ilişkindir.

Yabancı resmi belgelerde onay gerekliliği ile ilgili MÖHUK'un 53'üncü maddesi ile HMK'nın 224'üncü maddesinin yorumu sorun doğurmaktadır. Zira ilgili düzenlemelerde yer alan "yabancı ülke makamı" ifadesi, yabancı ülkenin "onay vermeye yetkili herhangi bir makamı" ya da "apostil şerhi vermeye yetkili makamı" olarak yorumlanabilmektedir.

Konuyla ilgili MÖHUK ve HMK'da yer alan ifadelerin açık olmaması, birbirleriyle uyumsuzluğu farklı ihtimaller üzerinden değerlendirme yapılmasına neden olmaktadır. Bu durum ise hukuki güvenliğe zarar vermektedir. Ayrıca farklı ihtimaller üzerinden yapılan değerlendirme sonucu milletlerarası sözleşmelere aykırılık gündeme gelmektedir. Bu noktada taraf olunan milletlerarası sözleşme hükümleri de göz önünde tutularak ilgili düzenlemeler arasında uyum sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- AKINCI**, Ziya/**DEMİR GÖKYAYLA**, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- ARAT**, Tuğrul: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 1964, 421-527.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021.
- AYBAY**, Rona/**DARDAĞAN**, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Bundesministerium der Justiz: BMJ <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> (Erişim Tarihi: 18.07.2023).
- CAN**, Hacı/**TUNA**, Ekin: Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022.
- Council of Europe <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=105>> (Erişim Tarihi: 10.07.2023).
- CRUZ**, Fabrício Bittencourt da/**PRESTES**, Fabyano Alberto Stalschmidt: “The Hague Apostille In Brazil: Public Value Through Innovation”, Humanidades & Inovação, C. 9, S. 19, 2022, 287-296.
- ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM B. Bahadır**: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2021.
- DOĞAN**, İzzet: Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2010 (Milletlerarası Aile).
- DOĞAN**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Baskı, Ankara 2021 (Milletlerarası Özel).
- DOĞAN**, Vahit/**YILMAZ**, Alper Çağrı/**AYHAN İZMİRLİ**, Lale: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Ankara 2023.
- DOLUNAY**, Ayhan: Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- EKŞİ**, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2013 (Milletlerarası Miras).

EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2. Baskı, İstanbul 2020 (Tanıma ve Tenfiz).

EKŞİ, Nuray: COVID-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021 (COVID-19 Süreci).

GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2021.

GÜVEN, Pelin: Tanıma- Tenfiz, 1. Baskı, Ankara 2013.

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/authorities1/?cid=41>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>> (Erişim Tarihi: 12.07.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=37>> (Erişim Tarihi: 12.07.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=86>> (Erişim Tarihi: 13.07.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/apostille>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/a19ae90b-27bf-4596-b5ee-0140858abeaa.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/b697a1f1-13be-47a0-ab7e-96fcb750ed29.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

Hague Conference on Private International Law <<https://assets.hcch.net/docs/538fa32a-3fc8-4aba-8871-7a1175c0868d.pdf>> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

HASANOVA, Nazrin: "The Electronic Apostille in Worldwide Circulation of Public Documents", *Baku State University Law Review*, C. 9, S. 1, 2023, 23-41.

<https://www.eapostil.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 24.12.2023).

İçtihat LEXPERA <<https://www.lexpera.com.tr/>>.

Kazancı Hukuk Otomasyon <<https://lib.kazanci.com.tr/>>.

KÖLE, Mehmet: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 34, 2016, 39-98.

KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Baskı, İstanbul 2001.

NART, Serdar: "Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspatı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2007, 207-232.

NOMER, Ergin: *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2018 (Milletlerarası Usul).

NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul 2021 (Devletler Hususi).

ÖZAYKUT, Salih/**BELEÇ**, Mehmet: *Karşılaştırmalı-Açıklamalı-Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 1. Baskı, Ankara 2014.

ÖZBAKAN, Işıl: *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, 1. Baskı, İstanbul 1987.

ÖZEL, Sibel/**ERKAN**, Mustafa/**PÜRSELİM**, Hatice Selin/**KARACA**, Hüseyin Akif: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul 2022.

ÖZKAN, Işıl/**TÜTÜNCÜBAŞI**, Uğur: *Uluslararası Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2020.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: *Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları*, 3. Baskı, Ankara 2008.

PEKCANITEZ, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, İstanbul 2021.

PÜRSELİM, Hatice Selin: *Yabancı Ülkelerde Düzenlenen Resmî Belgelerin Türkiye'deki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

SARGIN, Fügen/**ERTEN**, Rifat: "MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukukî Niteliği, Usulü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği"", *UTTDER*, C. 3, S. 2, 2014, 37-136.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Baskı, İstanbul 2019.

ŞANLI, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN FİĞANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, İstanbul 2023.

ŞİRİN, Tolga/**ORCAN**, Necdet Umut: “İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 1, 2022, 273-297.

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, 1. Baskı, İstanbul 2017.

TAKAVUT, İbrahim Doğan: Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması, Günseli Özetekin Gelgel/Faruk Kerem Giray (Editörler), Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, İstanbul 2017, 191-225.

T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No2.pdf>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No5.pdf>> (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No20.pdf>> (Erişim Tarihi: 09.07.2023).

T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü <<https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/milletlerarasi/No27.pdf>> (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

TAN DEHMEN, Mine: Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.

TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Sıklıkla Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2023, 73-86.

TEKİNALP, Gülören: “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, 1986, 157-162.

TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, Ankara 2012.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, 1. Baskı, Ankara 1996.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri “Güncel Türkçe Sözlük” <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 12.05.2023).

Türkiye Büyük Millet Meclisi <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007105ss0408.pdf> (Erişim Tarihi: 15.07.2023).

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, 1. Baskı, Ankara 2014.

ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, 2017, 911-1003.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, 1. Baskı, İstanbul 2006.

UYAP Bilişim Sistemi <uyap.gov.tr/>.

UYSAL, Nazan Müge: “Çevirilerin Resmi Olarak Onaylanması: Ülkemizde Yeminli Tercümanlık Müessesesi ve Dünyadaki Yeminli/Tasdikli Çeviri Uygulamaları Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, RumeliDE Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi, 18, 2020, 709-724.

Yargıtay Karar Arama <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.

MECELLE'DE İSPAT HUKUKU

Doç. Dr. Ahmet AKMAN*

Öz

Mahkemelerdeki hak arayışlarının belli bir yargılama usulüne tabi olması ve hukuki bir iddia ve talepte bulunan kişinin yargılama sürecinde bunları ispat etmesi gerekir. İslam hukukunda kabul edilen davacıya ispat ve davalıya da yeminin gerekmesi evrensel bir hukuk prensibi haline gelmiştir. Yargılama sürecinde mahkemelerde geçerli olan bazı ispat vasıtaları vardır. Osmanlı klasik döneminde kadı mahkemelerinde var olan yargılama usulü ve ispat araçları Tanzimat sonrasında usul hukuku bakımından bazı değişimlere uğramıştır. Her iki alanda da ağırlıklı Fransız hukuku kaynaklı kanunlaştırmalar yapılmıştır. Mecelle'nin son dört kitabında yargılama usulü düzenlenmiş ve bu hükümler nizami ve şer'i yargıda uygulanmıştır. Konu Mecelle ile ve dolayısıyla özel hukuk alanı ile sınırlı olmak üzere ispat vasıtalarını ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

• İslam Hukuku • Yargılama Hukuku • Mecelle • Delil • İspat

* Doç. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Konya Türkiye | Assoc.Prof. Dr., Necmettin Erbakan University, Faculty of Law, Department of Private Law, Islamic Law, Konya Türkiye.

✉ aakman@erbakan.edu.tr • ORCID 0000-0002-8697-1662.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: AKMAN, Ahmet: "Mecelle'de İspat Hukuku", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 355-389.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



LAW OF PROOF IN MECELLE

Abstract

The pursuit of rights in the courts is subject to a certain judicial procedure and the rules of proof are set out in advance in this context is extremely important for confidence in law and judgement. The requirement of proof for the plaintiff and oath for the defendant, which is accepted in Islamic law, has become a universal principle of law. In this process, there are some means of proof that are valid in courts. The judicial procedure and means of proof that existed in sharia courts in the classical period of the Ottoman Empire underwent some changes in terms of both procedural law after the Tanzimat. The last four books of Majalla regulated the judicial procedure and these provisions were applied in the regular and sharia judiciary. The subject deals with the means of proof limited to the Majalla and therefore to the field of private law.

Key Words

• Islamic Law • Procedural Law • Majalla • Evidence • Proof

GİRİŞ

Toplum hayatında insanlar arasında meydana gelen hukuki işlem ve olayların bir şekilde taraflar arasında çekişme ve ihtilafa dönüşmesi mümkündür. Bu ihtilafların mahkemeye intikali ile adalete uygun bir şekilde çözülebilmesi için tarafların iddialarını karşılıklı olarak ispat etmeleri ve bu ispat prosedürünün hâkimin huzurunda ve belirli bir yargılama usulüne tâbi olarak yürütülmesi gerekir. Ceza ve hukuk davalarında tarafların ve hâkimin sürece dahil farklı olmakla beraber, özellikle hukuk davalarında hüküm verme süreci umumi olarak tarafların getireceği delillere bağlı olarak tamamlanır. Sadece davacının iddiası ile talebi karşılanmaz. Davacının dava konusunu (müddeabih) hukuk sisteminin kabulüne uygun olarak ispat etmesi gerekir.¹

İslam yargılama hukukuna tarihi olarak bakıldığında, başlangıçtan itibaren yargılama süreci ve ispat araçları davayı aydınlatmaya elverişli olacak şekilde öngörülmüştür. Hz. Peygamber'in (s.a.) aşağıdaki hadisi yargılama usulünde bu anlamda ilk ve temel ilkeleri ortaya koymaktadır: *"Şayet hâkimler tek taraflı beyan ve iddialara dayalı olarak insanlara hak tevzi edecek olsalar, kan (ceza yargılaması) ve şahısların malları (hukuk yargılaması)*

¹ ATAR, Fahrettin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, İFAV, Ankara 2017, s. 229.

üzerinde doğru ve adil olmayan hükümler verilirdi.”² Yine Hz. Peygamber (s.a.) farklı yerlere hâkim görevlendirmesi yaparken onlara bazı tavsiyeler yanında özellikle her iki tarafın da dinlenmesi ilkesine önem vermesini istemiştir.³ Aynı şekilde Hz. Ömer Basra'ya hâkim olarak görevlendirdiği Ebu Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği yargılama ilkelerini ihtiva eden mektubunda birçok farklı ilke yanında sadece davalının değil karşı tarafın da dinlenmesinin önemini vurgulamıştır.⁴ Yine ispat külfetine de ışık tutan ve hangi delilin kimin üzerine gerekli olduğu hususunda Hz. Peygamber (s.a.) “*Beyyine davacıya, yemin ise davayı inkâr edene düşer.*” buyurmuştur.⁵ Bu hadis Mecelle külli kaidelere de kaynak olmuştur. Delil zahiren görünenin aksini ispat, yemin ise aslın devamını sağlama fonksiyonuna sahiptir.⁶ Bu ilkenin umumiyetle hukuk davalarına ışık tuttuğu, ceza yargılamasında suçun ispatı konusunda hâkimin çok daha merkezi bir konumda olduğunu belirtmek gerekir.⁷

İhtilaf konusu olan bir hakkın gerçekte var olup olmadığı mahkemenin vereceği karar ile meydana çıkar. Bunun için de onun ispatı gerekir. Dolayısıyla hakkın sabit oluşu yargılama süreci içerisinde objektif bir

-
- 2 **el-BEYHAKÎ**, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyin, es-Sünenü'l-Kübra, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, “İkrar”, 1; **en-NESÂÎ**, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî, Sünen, Mektübü'l-Mabûâtî'l-İslamiyye, Halep 1406/1986, “Âdâbü'l-kudât”, 36.
- 3 **et-TİRMİZÎ**, Ebû İsâ Muḥammed b. İsâ, Sünen, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1998, “Ahkam”, 36; Bk. **el-MÂVERDÎ**, Ebû'l-Hasen Alî b. Muhammed, Edebü'l-Kâdî, nşr. Muhyî Hilâl es-Serhân, Matbaatü'l-İrşâd, Bağdad 1971-72, c. 1, s. 565.
- 4 **ATAR**, İslâm Yargılama Hukuku, s. 355; **ARNÛS**, Mahmud b. Muhammed, Tarihü'l-Kaza fi'l-İslam, Matbaatü'l-Mısriyye el-Ehliyye, Kahire ts., s. 12.
- 5 **BUHÂRÎ**, el-Câmi' u's-Sahîh, el-Emîriyye, Bulak 1311/1893, “Rehn”, 6; **TİRMİZÎ**, “Ahkâm” 12; **BEYHAKÎ**, “Kasame”, 1; **ed-DÂREKUTNÎ**, Ebû'l-Hasen Alî b. Ömer b. Ahmed, es-Sünen, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1424/2004, c. 4, s. 114.
- 6 Mecelle, md. 76, 77; **BARDAKOĞLU**, Ali, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1992, 6/97; **ez-ZERKA**, Ahmed Muhammed, Şerhu'l-Kavâidi'l-Fikhiyye, Dârü'l-Kalem, 2. Baskı, Dımaşk 1989, s. 391; **KUYU-CAKLIZÂDE** Mehmet Atıf Bey, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Külli Kaideler Şerhi, Ed. Mahmut Samar, Hikmetevi, İstanbul 2020, s.196; **JASRI**, Jamal, “Administration of the Islamic Judicial System; An Overview”, Journal Mimbar Hukum, 22/3, 2010, s. 429.
- 7 **İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE**, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr, et-Turuku'l-Hükmiyye fi's-Siyâseti'ş-Şer'iyye, Beyrut 1410/1989, s. 3; **İBN FERHÛN**, Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed, Tebsiratü'l-Hükkâm, Mektebetü'l-Külliyyâtî'l-Ezheriyye, Kahire 1986, c. 1, s. 138; **AKMAN**, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, Eren, İstanbul 2004, s. 63.

biçimde delillerle ispat edilmesi gerekir. Bu açıdan davanın mahkeme önünde belli usullere uygun olarak delillerle yürütülen bir süreç olduğunu belirtmek gerekir. Bu sebeple ispat ile delil (beyyine) kavramları arasında sıkı bir ilişki vardır.⁸ Mahkemelerde hakkın ispat edilmesi bakımından uyulması gereken bazı usul kurallarına ve ispat araçlarına Mecelle’de yer verilerek düzenleme konusu yapılmıştır. Öncelikle ihtilafı dava konusu yapan davacının mahkemede açtığı dava ile süreç başlamakta ve gerekli delillerden istifade edilerek dava konusunun ispat edilmesi gerekmektedir. İslam ve Osmanlı hukukunda adli deliller ve ispat araçları bağlamında çeşitli çalışmalar bulunmakla beraber, makalemizde konu diğer çalışmalardan farklı olarak medeni yargılama ekseninde usul hukuku ve delil-ispat ilişkisi ile sonrasında ispat araçları Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye bağlamında ele alınacaktır.

I. YARGILAMA USULÜ

İslam yargılama usulünde ceza ve hukuk yargılaması arasında belirli farklar olmasına rağmen, mahkemeler bu yönde tasnif edilmemiştir. Her iki türdeki davalara bakan şer’iye mahkemesi hâkimi ceza yargılamasına dair bazı hususi kuralları bu türdeki davalara uygulamıştır.⁹ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 14. kitabında dava, 15. kitabında da delillerle alakalı hususları düzenledikten sonra, yargılama konusunu *Kitabü’l-Kaza* isimli Mecelle’nin de son kitabı olan 16. kitapta ele almıştır. Bu bölümde yargılama konusu, delillerle bağlantılı olarak ele alınacaktır.

Açılan bir dava zımında davalının kendisini savunma hakkı naslar ve uygulamada altı çizilen hususlardan olmuştur. Yargılama esasen davacı ve iddia sahibinin ileri sürdüğü hususları ispat etmesi ve davalının da kendisini müdafaa etmesi üzerine kurulmuştur. Hz. Peygamber (s.a.) Hz. Ali’yi Yemen’e hâkim olarak gönderirken; “...*huzuruna iki hasım geldiği zaman, birincisini dinlediğin gibi diğerini de dinleyinceye kadar hüküm*

⁸ KÖSE, Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayını, İstanbul: 1997, s. 44.

⁹ İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE, et-Turuku’l-Hükmiyye, s. 93; İslam yargılama hukukunda davanın açılmasından itibaren bu sürece tatbik edilecek kurallar, fıkıh kitaplarının kitabü’l-kaza veya edebü’l-kaza yahut bu alanda aynı başlıktaki monografik eserlerde ele alınmıştır. Bu noktada kaynakçamızda da yer alan Hanefî Alâüddîn Alî b. Halîl et-Trablusî’nin el-Mu’inü’l-hükkâm, Mâlikî Burhâneddîn İbn Ferhûn’un Tabsıratü’l-hükkâm, Şâfiî Mâverdî’nin Edebü’l-kâdî ve Hanbelî İbn Kayyım el-Cevziyye’nin et-Turuku’l-hükmiyye isimli kitaplarını özellikle zikretmek gerekir. Ayrıca Bk. ATAR, İslam Yargılama Hukuku, s. 62.

verme. Bu hükmün aydınlığa kavuşması için daha uygundur." buyurmuştur.¹⁰ Bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını talep etmesi demek olan dava, açıldıktan sonra ilerlemesi hâkimin nezaretinde devam eder. Yargılamanın bütün diğer aşamaları davanın açılmasından sonra belli bir düzen ve usul içerisinde gerçekleşir. Yargılama usulü esasen - hukuk veya ceza olsun- iddia ve ithamlar bakımından delillerin ispat edilerek maddi ve hukuki gerçeğe ulaşma prosedürüdür. Tanzimat sonrasında şer'i ve nizami mahkemelerin yargılama usulüne dair çeşitli düzenlemeler kabul edilmiştir. Klasik dönemdeki yargılama, sonraki ve modern dönemde de kabul görebilecek bazı ilkeler üzerinde cereyan etmiştir. Öncelikle yargılamada aleniyet esası her dönem kabul görmüş ilkelerdendir. Ayrıca hâkimin karar öncesi kanaatini ima ve izhar edecek söylem ve davranışlardan uzak durması da bunlardandır.¹¹

Genel prensip tarafların duruşmalara katılması ve öncelikle davacının iddialarını ortaya koyması gerektiridir. Özellikle hukuk davalarında davalı iddiaları kabul ederse, hâkim onun aleyhine olarak davayı nihayetlendirir. Ancak mahkemeye intikal etmiş olan konular umumiyetle uygulamada taraflar arasında çekişmeli olarak davanın tamamlanmasına bağlı olmaktadır. Dava, davalının ikrar veya kabulü meydana gelmediğinde, davacının kendi iddialarını ispat etmesi ve davalının da bunlara cevap vererek kendini müdafaa etmesi şeklinde cereyan eder. Davacı iddialarını kesin delillere dayandırdığında hâkimin buna göre karar vermesi gerekir.¹² Karşı tarafın savunması da bu nitelikte olursa dava reddolunabilir. Ancak davacı ispattan aciz kalırsa, hâkimin de uyarısıyla karşı tarafa yemin teklif edebilir. Davalının yemin etmesi halinde lehine, yeminden kaçınması ile de aleyhine karar verilmesi mümkün hale gelir. Dava süresince güvenilir tercüman bulundurulması ve dava süresi içerisinde hâkimin tarafları sulha davet etmesi ve ayrıca davalarda *şühûdü'l-hâl* uygulaması ile bazı ehliyetli şahısların davaları takip etmesi ve karara da bu vasıfla imza atmaları uygulamada yerleşik usullerdendir.¹³

¹⁰ EBÛ DÂVÛD, Süleymân b. el-Eş'as es-Sicistânî, es-Sunen, el-Mektebetü'l-'Asriyye, Beyrut, ts., "Akdiye" 6; TİRMİZÎ, "Ahkâm" 5.

¹¹ KHADDURÎ, Majid, The Islamic Conception of Justice, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1984, s. 148.

¹² YURTSEVEN, Yılmaz, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 3, 2018/2, 88.

¹³ ATAR, İslam Adliye Teşkilatı, DİB Yayınları, Ankara 2020, s. 307; AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Adalet, 12. Baskı, Ankara 2023, s. 255; KILINÇ,

II. MECELLE'DE YARGILAMA USULÜNE GENEL BAKIŞ

1868-1876 tarihleri arasında parça parça yürürlüğe girmiş olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin usul ve delillere dair hükümler ihtiva eden son dört kitabı yargılama hukuku bakımından son derece önemlidir. Mecelle'nin yargılamaya dair hükümleri ve öncesinde tatbikatta var olan bu yöndeki bir kısım kural ve ilkeler ile günün şartlarının gereği olan bazı hükümler kanunlaştırılmıştır. Aleniyet ve karar öncesi ihsas-ı reyden kaçınmak bunlardandır.¹⁴ Aleniyet, yargılamanın yapıldığı yerin ilgili olsun veya olmasın herkese açık olmasıdır. Türk pozitif hukuku yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) da duruşma ve kararların aleni olmasını hüküm altına almış, gizli olma imkânını da genel ahlak ve kamu güvenliğine hasretmiştir.¹⁵ Hâkimin taraflara veya üçüncü bir kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olmasını ret sebepleri arasında saymıştır.¹⁶

Davada davacının iddialarına karşı davalının cevabının alınması zaruri kabul edilerek savunma hakkı yargılamanın olmazsa olmazı kabul edilir.¹⁷ Bu cevap davacının iddialarını kabul ve ikrar anlamını taşımadıkça, davacı iddialarını delille ispat etmek durumundadır. Bu aşamada davalı susar veya ikrar yahut inkâr etmeyeceğini beyan ederse, bunlar inkâra hamledilir. İnkâr edene de kural olarak ispat düşmez. Medeni yargılama hukukunda sükût ikrar addolunmaz genel kuralı Mecelle'de karşılığını bulmuştur.¹⁸ Mecelle'de "...kişi ikrarıyla ilzam olunur." hükmü gereği davalının ikrarı kendisini bağlayacak ve ikrar sonrası davacıya ayrıca delil gerekmeyecektir. HMK da ikrarın vakıaları çekişmeli olmaktan çıkaracağını ve ispatının gerekmediği ve süresi içerisinde davacının

Ahmet/ÖZTÜRK, Merve Nur, "Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûd'ül Hâlin Statü ve Mesleklerinin Tahlili", NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1, 2021, s. 189.

¹⁴ Mecelle, md. 1815.

¹⁵ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema Taşpınar/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 154.

¹⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), md. 28, 36; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, 4. Bası, Ankara 2021, c. 1, s. 298; BUDAK, Ali Cem/KARA-ASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, Adalet, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 35; KURU, Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Yetkin, Ankara 2020, c. 1, s. 96.

¹⁷ Mecelle, md. 1816/2.

¹⁸ Mecelle, md. 1822.

dilekçesine cevap vermemeyi inkâr kabul eder.¹⁹ İkrarın sadece ikrar edenle alakalı bir delil olduğu ayrıca Mecelle külli kaidelerde belirtilmiştir.²⁰

Delillere uygun olarak ispat gerçekleşmediği takdirde davacı davalıya yemin teklif edebilir. Yeminin muteber olabilmesi için hâkim veya nâibinin huzurunda edilmiş olması gerekir. Dilsizlerin kendilerine mahsus yaptıkları yemin geçerlidir. Vekil karşı tarafa yemin teklif edebilir, ancak müvekkili adına yemin edemez. Zimmiler de kendi dinlerine göre yemin ederler.²¹ Yemin Türk hukukunda da düzenlenmiş ve yeni HMK'nda eski HUMK'tan farklı olarak hâkimin re'sen yemin teklifine yer verilmiştir.²² Ancak Mecelle'de dört hususta re'sen yemine yer verilmiş, bunlar dışında tarafların talebi gerekmiştir.²³ HMK'nda yemin için davet edilen kimsenin, belirlenen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaması yahut yemin etmekten kaçınması hallerinde yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağına hükmedilmiştir.²⁴

Yargılama neticesinde doğru karar vermenin en önemli şartlarından olarak duruşma düzeni zikredilmelidir. Bu bakımdan taraflardan her biri bir düzen içerisinde karşılıklı birbirlerinin beyanlarına engel olmayaarak, iddia ve karşı savunmalarını tamamlamaları gerekir. Aksi halde hâkimin müdahalesi gerekir. Türk hukukunda da HMK'nda hâkimin duruşma düzeninin bozulmasını önleme görevine vurgu yapılarak, bunu yapanı duruşma salonundan çıkarma dahil gerekli önlemleri alma imkânı getirilmiştir. Hatta bunda ısrar hâlinde yakalama ve disiplin hapsi yaptırımını da öngörülmüştür.²⁵ Yargılamanın düzgün cereyanı ve adalete hizmet etmesi için taraflardan dil bilmeyen olması ihtimaline karşı mahkemede güvenilir ve yeminli tercüman bulundurmak gerekir.²⁶ HMK'nda

¹⁹ HMK, md. 128, 188.

²⁰ **ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 2002, s. 336; Mecelle, md. 78, 79, 1817; HMK, md. 128, 188/1.

²¹ **KAŞIKÇI**, Osman, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul 1997, s. 303; Mecelle, md. 1745, 1752.

²² Kr. HUMK, md. 356; HMK, md. 227; **TANRIVER**, Medenî Usûl Hukuku, s. 954; **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 513.

²³ Bk. **DEMİR**, Abdullah, Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010, s. 196; Mecelle, md. 1746.

²⁴ Mecelle, md. 1751; HMK, md. 229/1.

²⁵ Mecelle, md. 1824; HMK, md. 151.

²⁶ Mecelle, md. 1825; HMK, md. 263, 171.

yine Türkçe bilmeyen taraflar olmasına karşı tercüman vasıtasıyla dinlenmeleri hüküm altına alınmıştır.²⁷

Yargılamanın tamamlanmasını takiben hükmün geciktirilmeden verilmesi ve davacı ve davalıya ilam ve gerekçesinin tefhim ve tevdi edilmesi gerekir.²⁸ HMK'nda yine aynı düşüncelerden hareketle aksi hareketin hâkimin sorumluluğunu mucip olacağı ve yargılamanın usul ekonomisine uygun olarak cereyanı ve tamamlanması gerektiği öngörülmüştür.²⁹ Mecelle'de karardan önce tarafların akraba olduğu veya sulhe yanaşmalarının mümkün görüldüğü uyuşmazlıklarda hâkimin onlara sulh olmalarını önermesi uygun bir çözüm olarak sunulur.³⁰ Mahkeme içi sulh olarak nitelenebilecek bu önerinin kabulü ile Mecelle'nin sulhe dair hükümleri uygulanacaktır. Eğer taraflar sulhe yanaşmazlarsa hâkimin yargılamayı tamamlaması gerekir.³¹ Mecelle'de mahkemeler tarafından usul ve kanuna uygun olarak verilen ilam ve senetlerin muhtevasıyla başkaca delil gerekmezsin amel ve hüküm verilmesinin caiz olduğu belirtilir. Mahkeme kararları olarak ilamlar ve düzenleme şeklindeki noter senetleri günümüzde sahteliği ispat edilmedikçe kesin delil niteliğini haizdirler.³²

Mecelle'nin yürürlükte olduğu dönemde mahkemeler tarafından ilam dışında da belgeler düzenlenmekte ve örneğin taraflardan birinin ikrarı ve karşı tarafın bunu tasdikini ihtiva eden kâdının imza ve mührünü taşıyan yazılı belgeye hüccet (senet) denilmektedir. Geçerli bir hüccetin üst tarafında, kadı mührü ve imzası, tarafların ad ve adresleri, senedin konusu, hukuki vakıa veya muamelenin şekli ve şartları, yapılan beyanlar ve sonunda belgenin tanzim tarihi ve *şuhûd'ül-hal* başlığı altında

²⁷ HMK, md. 263/1.

²⁸ AKSOY, Kemal Faruk, "Osmanlı Devleti'nde Adliye Teşkilatının Bir Unsuru Olarak Mahkemeler", NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2, 2023, s. 777-778.

²⁹ Mecelle, md. 1827, 1828; HMK, md. 30/1, 46/1, 186, 301.

³⁰ Mecelle, md. 1826.

³¹ Sulh konusu Mecelle'nin 12. Kitabında "Kitabü's-Sulh ve'l-İbra" başlığı ile ibra da dahil olmak üzere 1531-1571 maddeleri arasında düzenlenmiş ve tarafların rızası ile hukuki ihtilafı ortadan kaldıran ve onların icap ve kabulüne dayanan bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.

³² Mecelle, md. 1821; HMK, md. 204/1; Kr. TANRIVER, Medenî Usûl Hukuku, s. 952; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Medenî Usûl Hukuku, s. 518; KURU, Medenî Usul Hukuku, c. 1, s. 678; ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ/HANAĞASI, Medenî Usul Hukuku, s. 449.

şahitlerin isimleri yer almaktadır. Bu konuda özel olarak 4 Cemâziyelevvel 1296/1879 tarihli Bilâ Beyyine Mazmûnuyla Amel ve Hüküm Câiz Olabilecek Sûrette Senedât-ı Şer'iyeye'nin Sûret-i Tanzîmi ile İlgili Talîmât-ı Seniyye ayrı bir düzenleme olarak kabul edilmiştir.³³ Bunlar 'senedat-ı şer'iyeye' olarak isimlendirilir. Bu Talimat'ın, Mecelle'nin 1738 ve 1821. maddelerinde geçen usulüne uygun yazılmış, şüphe ve uydurmadan uzak olan ilam ve senetlerin neler olduğunu belirlemek amacıyla çıkartıldığı ifade edilmiştir.³⁴

III. İSPAT VE DELİL İLİŞKİSİ

Hukukta ispat, bir hak veya vakıa hususunda hukukun belirlediği usullerle hâkim ve hasmın huzurunda delil ikame edilerek, dava konusu hakkın ve yapılan savunmanın dayandığı vakıaların mevcut ve doğru olup olmadıklarının mahkeme önünde ortaya konulması şeklinde ifade edilebilir.³⁵ Hukuki netice doğurmayan durumların ispat edilmesi hukuken bir anlam ifade etmez. İslam hukukunun öngördüğü delillerle hakkın ortaya çıkmasını sağlamak bir ispat prosedürü içerisinde ilgili delillerin kendisinde bir kanaat ve takdir oluşması istenen yargılamayı yürüten hâkime sunulması gerekmektedir. Yargılama hukukunun en önemli konusu ispat vasıtaları ve bunlara hukukun bağladığı hükümler olmaktadır. Sunulan ispat araçları ile maddi gerçeğe ulaşılmamışsa, davalının aleyhine hüküm verilmesi söz konusu olmaz.³⁶

İspat hukukunun en ön önemli araçları delillerdir. Delil, hüccet, beyyine gibi kavramlar aynı anlamda kullanılmıştır. Beyyine lügatte, açıklanan, ortaya çıkan anlamlarına gelir. Hakların ispatında mahkemeye sunulan her çeşit delil ve hüccet, beyyine manasına terim olarak kullanılır. Mecelle'de de beyyine kavramı kullanılmış ve hatta 15. Kitabının ismi "*Kitâbü'l-Beyyinât ve't-Tahlif*" olarak isimlendirilmiştir. Delil, hukuki anlamda bilinmesi başka bir şeyin bilinmesini gerektiren şey olarak da tarif edilmiştir.³⁷ Delilde yol gösterme, hüccette ise gerçeğin ortaya çıkması söz

³³ Bk. MESUD Efendi, Mir'ât-ı Mecelle, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul 1302, s. 742.

³⁴ BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1976, c. 8, s. 228; AKGÜNDÜZ, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku, OSAV, İstanbul 2011, c. 1, s. 847, 945.

³⁵ KURU, Medenî Usul Hukuku, c. 1, s. 612; BUDAK/KARAASLAN, Medenî Usul Hukuku, s. 237; ZERKA, Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye, s. 370.

³⁶ BARDAKOĞLU, Ali, "İspat", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara: TDV Yayınları, 2013, 22/492.

³⁷ el-CÜRCÂNÎ, Seyyid Şerif, et-Ta'rifâ, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyy, Beyrut 1983, s. 9, 104.

konusudur. Lügat ve terim anlamları birbirine yakın durmaktadır.³⁸ Beyyinenin şahitlik anlamında kullanıldığı da erken dönemlerde görülür.³⁹

İslam hukuk tarihinde mezheplerin geneli itibariyle şahitlik (tanıklık) delili ispat araçları içerisinde daha merkezi bir konumda olmuştur.⁴⁰ Şahitlerin bir ihtilafta gerçeği ortaya çıkararak niteliğe sahip olduğu düşünülür. Hz. Peygamber'in (s.a.) "*Beyyinesiz nikâh olmaz*" ve yine karısının zina yaptığı iddiasında bulunan Hilal b. Ümeyye'ye "*Ya beyyine getirirsin ya da sırtına had uygularım*" demiş olmalarından dolayı beyyine ağırlıklı olarak şahitlik anlamında kullanılmıştır.⁴¹ Hüccet anlamı hukukçuların kullanımında daha yaygındır. Genel olarak ihtilafları bertaraf edecek olan hüccet, delil ve ispat kavramları aynı anlamlarda kullanılır.⁴² Beyyine, mutlak olarak kullanıldığında şahitlik dışındaki delilleri de karşılamaktadır. Mecelle'de beyyine kavramı, 'hüccet-i kaviyye' olarak belirtilmiş ve bu anlamı daha çok adil şahitliğe hamledilmiştir.⁴³ Mecelle'de yer alan "*Burhan ile sabit olan şey, iyânen sabit gibidir.*" kaidesindeki 'burhan'

³⁸ **İBN MANZÛR**, Cemalüddin, Lisânü'l-'Arab, Dâru Sadır, Beyrut 1414, c. 11, s. 521; **el-FİRÛZÂBÂDÎ**, Mecdüddin Muhammed b. Ya'küb, el-Kâmûsü'l-Muhtâ, Müessesü'r-Risale, Beyrut 2005, s. 247, 1000; **İBN HAZM**, Ahmed b. Said, el-İhkâm fî Uşûlî'l-Ahkâm, Dârü'l-Âfâki'l-Cedîde, Beyrut ts., c. 5, s. 134; **OGUZ**, Mustafa/**AK-GÜNDÜZ**, Ahmed, "Hüccet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1998), 18/446.

³⁹ **el-MEVİLÎ**, Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd, el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, Çağrı Yayınları, İstanbul 1980, c. 2, s. 150, 153.

⁴⁰ **İBN KUDÂME**, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh, el-Muğnî, Mektebetü'l-Kahire, Kahire 1968, c. 10, s. 128; **İBN FERHÛN**, Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed, Tebsratü'l-Hükkâm, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, Kahire 1986, c. 1, s. 245; **et-TRABLUSÎ**, Alâüddîn Alî b. Halîl, Mu'înu'l-Hükkâm, Dârü'l-Fikr, Beyrut ts., s. 68; **eş-ŞİRBİNÎ**, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, Muğnî'l-Muhtâc, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, c. 6, s. 368; **İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE**, İ'lâmü'l-Muvakkî'in, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1991, c. 1, s. 72.

⁴¹ **BUHÂRÎ**, "Şehâdât", 21; **EBÛ DÂVÛD**, "Talâk" 27; **TİRMİZÎ**, "Nikâh", 15.

⁴² **İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE**, et-Turuku'l-Hükmiyye, s. 167.

⁴³ Bununla bağlantılı olarak Mecelle'de şahidin adil olmasının şart olduğu da açıkça düzenlenmiş olup, toplumca makbul olmayan çeşitli davranışları itiyat haline getiren ve yalan ile maruf olanları adil olmayan kişiler arasında saymıştır. Bk. **el-HA-MEVÎ**, Ahmed b. Muhammed el-Hasenî, Gamzû Uyûni'l-Besâir, Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1985, c. 4, s. 198; Mecelle, md. 1676, 1705; **ALÎ HAYDAR** Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, c. 4, s. 2968; **HACI REŞİD** Paşa, Rûhu'l-Mecelle, Matbaa-i Hayriyye, İstanbul 1328, c. 8, s. 53; **TOZAL**, Ömer, "İslam Muhâkeme Hukukunda Beyyine (İbn Kayyim Örneği)", İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8/2, 2017, s. 353.

kelimesi de beyyine mânasına gelmektedir.⁴⁴ Burhan kavramının esasen kuvvetli, şer'i ve âdil delil anlamlarına gelmesi, 'ıyanen' yani gözle görülmüş kadar kesin oluş niteliğinden gelmekte ve beyyinede bunun var olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla bir vakıanın beyyine ile ispat edilmesi, o şeyin sanki görerek sabit olması gibi olmaktadır.⁴⁵

IV. MECELLE'DE İSPAT VASITALARI

A. Şahitlik

Şahitlik, davanın tarafları dışındaki bir şahsın dava ile alakalı bir vakıa hakkında duyu organları ile edinmiş olduğu bilgiyi mahkemeye aktarmasıdır. Kimse kendi davasının şahidi olamaz. Şahitlik Türk yargısına tâbi olmak şartıyla mecburidir.⁴⁶ İslam hukukunda da şahidin ihtilaf konusu vakıa ile ilgili olarak mahkeme önünde açık bir şekilde bildiklerini beyan etmesi ve bildiklerini saklamaması kamunun menfaati açısından önemli bir görevdir. Hakların zâyi olmaması bakımından şahitliğin üzerinde durulmuştur. Şahitlik gerçekte zannî bir delil olarak değerlendirilmiş, ancak şartlarını haiz bir şekilde yapıldığında şahidin beyan ve haberi zann-ı gâlip tabir edilen güçlü bir değerlendirme kabul edilmiştir. Yanılma ve yalancılıkla malûl olma ihtimali olan ve bu yönüyle de kıyasa aykırı görülen şahitlikle hüküm vermenin tercih edilmesi bu konudaki naslar sebebiyledir. Şahitliğin bir delil olarak kabulünde kamunun genel ve sürekli menfaatinin olması gerekçesiyle hukukçuların üzerinde icmâ ettiği de bir delil olmuştur. Tezkiyesi yapılmış, doğruluğuna güvenilir şahit varken hâkim buna itibar etmezse, yargılamada gerekli usule uymaktan azledilebilir ve hatta kendisine tazir cezası verilebilir.⁴⁷

⁴⁴ Mecelle, md. 75; İBN MANZÛR, Lisânü'l-Arab, c. 2, s. 228.

⁴⁵ MESUD Efendi, Mir'ât-ı Mecelle, s. 32, 655; SÜLEYMAN HASBÎ Efendi, İlk Dönem Mecelle Şerhlerinden Tafsil, İnceleme ve Latinize. Dr. Ünal Şahin, Kitap Dünyası, Konya 2022, s. 243; KURBAN, Yasin, Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi), Seçkin, Ankara 2020, s. 146.

⁴⁶ TANRIVER, Medenî Usûl Hukuku, c. 1, s. 959-960; BUDAK/KARAASLAN, Medenî Usul Hukuku, s. 275; KURU, Medenî Usul Hukuku, c. 1, s. 757; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Medenî Usûl Hukuku, s. 519.

⁴⁷ Bakara 2/282; Nisa, 4/135; Talak, 65/ 2; BUHÂRÎ, "Şehâdât", 20; es-SERAHSÎ, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed, el-Mebst, Dârü'l-Marife, Beyrut 1993, c.16, s. 112; İBNÜ'L-KAYYIM, İ'lamu'l-Muvvakiin, c. 1, s. 82; ez-ZUHAYLÎ, Muhammed Mustafa, Vesailü'l-İsbat, Mektebetü Dârü'l-Beyan, Dimaşk 1982, c. 1, s. 139; BİLMEN, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 224.

1. Şahitliğin İfası

Mecelle’de davayı ispat vasıtalarından en çok şahitlik üzerinde durulmuştur. Klasik dönem Osmanlı hukukunda da Mecelle’de olduğu gibi davalarda temel ispat vasıtası şahitliktir. Mecelle’de şahitlik, şehadet lafzını kullanarak hâkim ve taraflar huzurunda bir şahsın diğer bir şahısta olan hakkını ispat maksadıyla haber vermesi olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Şahitliğin ifası için öncelikle davanın açılmış olması ve meydanda açık olan bir gerçekliğe aykırı olmaması gerekir. Açık gerçek duyu organlarından biri ile bilinebilecek hakikatlerdir. Örneğin sağ olduğu gözle görülmek suretiyle bilinen bir kimsenin ölü olduğuna şahitlik etmek bu kabildendir.⁴⁹

Şahitlik nisabında erkeklerin muttali olamayacakları bazı konularda sadece kadınların şahitliği de geçerli olmakla birlikte genel kural olarak kul hakkına dair davalarda iki erkek ya da bir erkek ve iki kadının şahitliğine itibar edilmiştir.⁵⁰ Kişinin şahit olduğu olayları diğerlerinden ayırt etmesi ve somutlaştırması gerekir. Bu vasfa halel getirecek noksanlıkların olmaması, gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından ehemmiyet arz eder.⁵¹ Bu sebeple dilsiz ve âmâ olmak şahitlikte bedeni engel olarak görülmüştür. Yerine getiriliş tarz ve usulü bakımından şahitliğin geçerli olması için yargılama dahilinde yapılmasının altı çizilmiştir. Ayrıca şahitlik edilen konu ile alakalı bilginin sağlam olması için şahidin muayene etmiş olması icap edebilir. Örneğin gayrimenkule ilişkin şahitliklerde sınırların açıkça beyan edilmesi, yoksa mahalline gidip gösterilmesi gerekecektir. Şahitlik konusunun deyn olması halinde, örneğin ölenin başkasından belli bir miktar alacaklı olduğu iddiasını desteklemek üzere, karz yahut satış akdinden kaynaklı olduğu şeklindeki şahitlik yeterli olur. Söz konusu hak ayn olduğu durumda da örneğin teslim vakıasına şahitlik mümkün ve geçerlidir. Bilginin tam olmasını sağlamak için borcun varlığı yanında hala devam edip etmediğine de şahitlik gerekli olacaktır.⁵²

⁴⁸ Mecelle, md. 1684, 1685.

⁴⁹ Mecelle, md. 1696-1697; **BAYINDIR**, Abdülaziz, İslâm Muhâkeme Hukuku, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015, s. 192.

⁵⁰ Bakara 2/282; **BUHÂRÎ**, “Şehâdât”, 20; Mecelle, md. 1685.

⁵¹ **el-KÂSÂNÎ**, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed, Bedâ’i’u’ş-Sanâ’i’ fî Tertîbi’ş-Şerâ’i’ Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1986, c. 6, s. 266.

⁵² Mecelle, md. 1686-1695.

Şahitliğin geçerliliği için sadece biliyor olma ifadesi de yeterli olmakta ve şahitliğin somut bir şekilde konu ve taraflara yöneltilerek belirgin hale getirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan şahitlik zanna değil muayene ve müşahedeye dayalı olmalıdır. Ancak herhangi bir vakiya şahit olanın ölümü, hastalığı, gâip oluşu veya sefer mesafesinde yolcu olması gibi gerekçelerle onun adına şahitlik vasfına sahip iki kişiye şahit olduğu hususu anlatarak mahkemede kendisinden naklen şahitlik yapılması istenebilir. *Şehâde ale's-şehâde* olarak isimlendirilen bu türden şahitlik, had ve kısas davaları dışındaki hukuk davalarında uygulama kabiliyeti bulmuştur.⁵³ Bu noktada bir alacak davası kapsamında kadı siciline geçen aşağıdaki karar açıklayıcı bir örnek olacaktır. "...Ömer Efendi ibn Ahmed ve Ebûbekir bin 'Îsâ nâm kimesneler mahfel-i kazâya li-ecli's-şehâde hâzırân ve istişhâd olunduklarında fi'l-hakîka müteveffâ-yı mezbûr Hâcî Mahmûd bin Hâcî Mustafâ Mahmûd müdde'î-i mezbûr Hâcî Ahmed'e bizim huzûrumuzda sahtiyan kıymeti olmak üzere hâl-i hayâtında ve kemâl-i sıhhatında bâkî yüzseksenbir guruş deyni olduğunu ikrâr eyledi biz bu husûsa bu vech üzere şâhidleriz şehâdet dahî ideriz deyu her biri edâ-i şehâdet-i şer'îye eylediklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın meblağ-ı merkumu küllen veya ba'zen müteveffâ-yı mezbûrdan almadığına veya turuk-ı şer'iyeden bir tarîk ile ibrâyı zimmet eylemediğine müdde'î-i mezbûra yemîn dahî virilüp mûciblerince meblağ-ı bâkî yüzseksenbir guruşu müteveffâ-yı mezkûr terekkesinden müdde'î-i mezbûra edâya mezbûr Seyyid 'Ömer'e tenbîh bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu fi'l-yevmi'l-hâmis 'aşer min Zî'l-ka'de lisene semân ve erba'în ve mi'ete ve elf (15 Zî'l-ka'de 1148 / 28 Mart 1736)."⁵⁴ Bu kararda borçlu müteveffanın sağlığında yapmış olduğu alış veriştten kaynaklı mahkeme dışı borç ikrarına mahkemede iki kişinin şahitliği söz konusu olup, şahitlerin tezkiyesi ve sonrasında alacaklı davacıya tam veya kısmi olarak borcun ifa edilmediği ve yine davacı tarafından borçlu müteveffanın ibrasının da söz konusu olmadığına yemin verdirilerek, terekeden borcun tahsiline imkân veren bir mahkeme hükmü kadı sicilinde yer almaktadır.

Yaygın duyuma dayalı şahitlik de söz konusu olabilir. Kendisi görmeyip duyduğunu aktaranın bunu ya tevâtüren veya şehadet şartlarını sağlayan iki şahitten duymuş olmalıdır. Bu tür bir şahitlik istisnâ kabul

⁵³ Mecelle, md. 1689, 1690; el-MEYDÂNÎ, Abdülğani, el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitab, Matbaatü'l-Cemâliyye, Mısır 1330, s. 347.

⁵⁴ SAK, İzzet/SOLAK, İbrahim, 53 Numaralı Konya Kadı Sicili (1148-1149/1736-1737 Transkripsiyon ve Dizin), Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016, s. 136.

edilmiştir. Mezheplerin bu konuda farklı kabulleri vardır. Mecelle özellikle dört hususta *şehâde bi't-tesamu'* adı verilen bu tür şahitliğe imkân tanır. Bunlar; vakıf, nesep, velayet ve ölümdür. Örneğin bir yerin geçmişten bu yana vakıf olduğunu bilen ve bunu yaygın şekilde duyan kişinin, bu yerin vakfedilme anına şahitlik etmese bile, vakfın aslına dair şahitlik yapabilmesi mümkün görülür.⁵⁵ Şahitlik bir hakkı açığa çıkarmak için meşru kılınmıştır. Bu bakımdan bir hakkın mevcut olmadığına dair şahitlik kabul görmez.⁵⁶ Bir malın bir şahsa ait olmadığına ya da birinin bir başkasına borcu olmadığına yönelik sırf olumsuzluk içeren beyanlar şahitliğe konu teşkil etmez. Ancak bu yöndeki tevâtür delil kabul edilebilir. Örneğin belli bir mahalde borç verildiği iddiası karşısında kişinin o esnada başka bir mekânda olduğu tevâtüren açık ise alacak iddiası dinlenmez. Buna *nefy-i mütevâtir beyyinesi* adı verilir.⁵⁷

2. Kabul Edilmeyen Şehadet

Şahitlik hakkın ortaya çıkması için meşru kılınmış olduğundan, bu niteliğe hizmet etmeyen şahitliğin yapılmaması gerekir. Kişisel menfaat ihtimali şahitlikteki gerçeğe ulaşma hedefi ile çatışabilir. Kişiler bu durumda doğruları söylemeye yanaşmayabilirler. Bu varsayım davanın ispatı açısından risk oluşturur. Bir şahidin mahkeme kararına bağlı doğrudan veya dolaylı menfaatleri bulunabilir. Bundan kaçınmak da her zaman mümkün olmayabilir. Bu ihtimaller Mecelle'de düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre; bazı kimseler arasındaki yakın ilişki bu kapsamda kabul edilerek şahitlik engeline tâbi tutulmuştur. Öncelikle aralarında belli akrabalık bağı bulunanlar bu yasağa tâbidir. Aralarında usul-fürû ilişkisi bulunanlar ile eşler arasındaki şahitlik bu kabildendir. Bu kimselerin şahitlikleri kendi malvarlıklarına doğrudan etki edeceği ve aralarında var olan duygusal ilişkiler sebebiyle tarafsız davranmaları beklenemez. Hatta bu sebeple dostlar arasında dahi birbirinin malında tasarruf derecesinde yakınlık olduğunda da yine şahitlik makbul sayılmamıştır.⁵⁸ Bunlar

⁵⁵ İBN NÜCEYM, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, el-Baḥrû'r-Râ'îk Şerhu Kenzî'd-Deḳâ'îk, Dârü'l-Kitabî'l-İslâmî, ts., c. 7, s. 73; MEVSİLÎ, el-İhtiyâr, c. 2, s. 143; Mecelle, md. 1688; ALİ HAYDAR, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3011, 3171; BİLMEN, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 119.

⁵⁶ KURTOĞLU, Yasemin, Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, Adalet, Ankara 2023, s. 204.

⁵⁷ SERAHSÎ, el-Mebsût, c. 16, s. 149; Mecelle, md. 1699

⁵⁸ SERAHSÎ, el-Mebsut, c. 16, s. 122-123; KÂSÂNÎ, Bedâ'î'u's-Sanâ'î, c. 6, s. 272; el-HASSÂF, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer, Edebü'l-Kâdî, Dârü'l-Beşîr, 2. Baskı, İmârât 2023, s. 439; VÂSİL, Nasr Ferîd, Nazariyyetü'd-Da'va ve'l-İsbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî,

dışındaki akrabalık bu yasaklığı doğurmaz. Bu sebeple amca, dayı ve yeğenler ile kardeşler, kayın ve süt hısımlar birbirlerine şahitlik yapabilirler.⁵⁹

Kendisinden nafaka alanın verene ve ecîr-i hâssın (özel işçi) işverene yönelik şahadetleri makbul değildir. Ancak iş arkadaşlarından birinin diğeri lehine şahitliği kabul edilir. Ortakların ortak malda diğeri lehine şahitliği ile mala kefil olan kimsenin kefalet konusu borcun ödendiğine dair şahitliği de kabul görmez. Görüldüğü gibi her türlü menfaat ilişkisi değil, güçlü ilişkilerden kaynaklı menfaatler şahitliğe engel görülmüştür.⁶⁰ Esasen bu ilişkiler sebebiyle şahitlik yapacak olanın töhmet altında olduğu ve adil şahitlik yapamayacağı varsayılır. Genel anlamda şahitlikle töhmet birbirleriyle bağdaşır değildir. Bu konuda İslam adli yargılama sistemi son derece hassas davranmıştır.⁶¹

Bunlarla beraber şahitlerin birbirleriyle ihtilafı, tutarsız ve çelişkili ifadeleri de şahitlikleri hakkında tereddüt oluşturacağı için bu beyanların vasfına da son derece dikkat edilmesi gerekir. Burada kriter şahadet konusu şeyde i'tilafın (uyumun) gerekli olmasıdır. Bu noktada eyleme yönelik şahadetin, söze yönelik şahadete nazaran daha ziyade uyumu gerektirir olması önemsenmiştir. Çünkü söz tekrar edebilir, ancak eylem tekrar etmez. Bu da şahitlerin farklı zaman ve mekânda aynı yahut farklı doğrultudaki sözlere rastlamalarını mümkün kılar. Şahitlerin konunun gasp yahut alışverişten kaynaklı borç olduğunda yahut gasp edilenin rengine ve türünde yahut akit davasında bedelin miktarında çelişkiye düşmeleri halinde şahitlikleri kabul görmez.⁶²

Dârü'ş-Şürûk, Kahire 2002, s.74; **BELGESAY**, Mustafa Reşid, Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye, Cihan Matbaası, İstanbul 1338-1340, s. 284.

⁵⁹ **el-HALEBÎ**, Muhammed b. İbrahim, Mülteka'l-Ebhur, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1998, c. 2, s. 273; **İBN RÜŞD el-HAFÎD**, Ahmed b. Muhammed, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Mukteşid, Darü'l-Hadis, Kahire 2004, s. 246-247; **İBN KUDÂME**, el-Muğnî, c. 10, s. 172.

⁶⁰ Mecelle, md. 1700, 1701; Bk. **MOLLA HÜSREV**, Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Gureri'l-Ahâm Darü İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, Beyrut ts., c. 2, s. 376; **SEYYİD FEYZUL-LAH** Efendi, Fetâvâ-yı Feyziyye, İstanbul 1266, s. 294; **DÜRRİZÂDE** Mehmed Ârif Efendi, Neticetü'l-Fetâvâ, İstanbul 1265, s. 303; Behcetü'l Fetâvâ, s. 401.

⁶¹ **ATAR**, "Töhmet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2012, 41/275.

⁶² **el-MEVSİLÎ**, el-İhtiyar, c.2. s. 237; Fetâvâ-yı Feyziyye, 300; **HALEBÎ**, Mülteka, c.2 s.288; Mecelle, md. 1712-1715.

Belli bir derecedeki dostlukta olduğu gibi örfle takdir edilecek dünyevi konulardan kaynaklı düşmanlık da şehadete engel görülmiştir. Ancak basit tartışmaların yaşanmış olması şehadete engel olmayacaktır. Davanın taraflarının da aynı davada şahitlik yapmaları hayatın olağan akışına uygun görülmez. Bu meyanda vasinin yetime ve vekilin müvekkile şahadetleri de sahih olmamaktadır. Yine bu kapsamda olduğu düşünülerek bir kimsenin kendi iddia ve yaptıkları ile alakalı lehte ve aleyhte şahitliği kabul görmez. Yine bu çerçevede vekillerin, vekaletleri döneminde yaptıkları işlemlerle alakalı kendilerine yönelik şahitlikleri de kabul görmez.⁶³ Kişinin şahidi olmadığını beyandan yahut şahitlerini gösterdikten sonra yeniden şahit gösterebilme imkânının bulunmayışı da şahitlik engeli olarak kabul edilebilir.⁶⁴

3. Şahit İfadelerinin Davaya Uygun Olması

Şahit beyanlarının birbiriyile uyumlu olması yeterli olmayıp, ayrıca dava ile de uyumlu olması gerekir. Bu uyumun varlığı kamu hukukuna ilişkin davalara nazaran özel hukuk davalarında daha özel önem taşır.⁶⁵ Burada söz konusu edilen uyum tarafların iddiaları ile şahitlerin beyanları arasındaki uyumdur. Ayrıca aranan uyum lafız değil anlam bakımındandır.⁶⁶ Alacağın sebebindeki farklılık, örneğin borcun sebebinin satış sözleşmesinden veya karzdan olması farklılığı uyumu bozar. Fakat borcun ifa edildiği iddiasına karşılık ibraya şahitlik yahut borcun sadece varlığı iddiasına karşılık borcun ikrara dayalı olduğuna şahitlik uyumu bozamaz. Bu son iki örnekten ilkinde borcun yokluğunda, ikincisinde varlığında iştirak ve uyum vardır. Süre, miktar ve sayılar söz konusu olduğunda eşit ve az olma yönündeki farklılık uyumu bozmamakta, ancak şahitlerin daha fazlaya ilişkin beyanları kabul görmemektedir.⁶⁷

⁶³ **ez-ZEYLAÎ**, Osman b. Ali, Tebyînü'l-Hağa'ik Şerhu Kenzi'd-Değa'ik, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Kahire 1313, c. 4, s. 221; Behcetü'l Fetâva, 399-400; Mecelle, md. 1702-1704.

⁶⁴ Mecelle, md. 1753.

⁶⁵ **KHADDURÎ**, Majid, The Islamic Conception of Justice, s. 149; **AYDIN**, Melikşah, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 261.

⁶⁶ Mecelle, md. 1706.

⁶⁷ Mecelle, md. 1707, 1708, 1711; **BİLMEN**, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 137; **BAYINDIR**, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 199.

4. Şahitlerin Tezkiyesi

İslam yargılama tarihinde en önemli delillerden olan şahitlik, bu kişilerin doğru beyan ve adalet sahibi oldukları durumda bir anlam ifade eder. Bu sebeple şahitlerin adalet vasfının soruşturulması gerekmiştir. Sözlük anlamı temizlemek ve arındırmak olan tezkiye kavramının terim anlamı, mahkemelerde şahitlik edecek olanların âdil olup olmadığının hâkim tarafından soruşturulması demektir.⁶⁸ Bu işlem şahitler hakkında bir nevi adalet yönünden güvenilirlik araştırması kabul edilebilir.⁶⁹ İmam Ebu Hanife'ye göre diğer tarafın şahitlere bir itirazı olmadığında yapılması gerekli olmaz. İmameyn ise her halükârda tezkiyeyi gerekli görür.⁷⁰ Güvenilir kişilerin şahitler hakkındaki olumlu görüşlerine ta'dil, olumsuz görüşlerine cerh adı verilmiştir. Hakkında şahitlik yapılan şahsın şahitler hakkındaki suçlamasına da cerh adı verilmiştir. Tezkiyeyi yapan kişi müzekkî veya muaddil şeklinde isimlendirilmiştir. Cerh, mücerret ve mürekkep olarak iki şekilde yapılabilir. Cerh şahidin cinayet, hırsızlık, zina ve rüşvet gibi kul veya Allah hakkı olarak hakkında hüküm verilmesini gerektirir bir suç işlediği iddiasını içerirse buna mürekkep cerh adı verilir. İddia eden tarafından bunun ispat edilmesi gerekir. Mücerret olan ise, kul veya Allah hakkı dolayısıyla belirli bir tazmin ve ceza gerektirmeyen fisk isnadından oluşur. Mücerret cerhin mahkeme tarafından dikkate alınmayacağı umumiyetle kabul görmektedir. Osmanlı uygulamasında zamanla uygulamada her halükârda tezkiye yapılır olmuştur.⁷¹

Mecelle, aleyhine yapılan şهادeti tasdik eden ve şahitleri ta'dil ederek onların doğru söylediğini beyan eden tarafın ikrar ettiğini kabul etmiştir. Artık bu dava ikrar ile son bulmuş olur. İkrar ispat gücü bakımından şahitlikten önde görülür.⁷² Ancak şahitlerin âdil olduğu kabul edilmekle birlikte ifadeye itiraz edilir yahut şahitlerin yalan söylediği iddia edilerek onlar cerh edilirse, o takdirde hâkim şahitleri gizli ya da açık tezkiye etmesi gerekir. Tezkiye kişinin çalıştığı ve yaşadığı yöreye göre

⁶⁸ BAŞOĞLU, Tuncay, "Tezkiye", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2012, 41/77.

⁶⁹ YURTSEVEN, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", s. 117.

⁷⁰ SERAHSÎ, el-Mebsût, 16/91; SIDKI, Hasan, Vezâif-i Kudât Tercümesi, Kırk Anbar, İstanbul 1307, s. 80.

⁷¹ MEVSİLÎ, el-İhtiyar, c. 2, s. 143; BİLMEN, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 157; YURTSEVEN, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", s. 126.

⁷² Mecelle, md. 1716; BAYINDIR, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 204

uygun olan makam ve yerlerden elde edilir. Örneğin medreseden, askeriyeden, kalem subaylarından, itibarlı ticaret erbabından, güvenilir ve âdil köy ve mahalle halkından kişi hakkında tezkiye araştırması yapılabilir.⁷³ Mahkemenin şahitleri tezkiyesi sonrası davayla ilgili hükme varmasından sonra artık davalının bu yöndeki itirazı kabul edilmez.⁷⁴

Başlangıç dönemlerinde tezkiyeler umumiyetle aleni olarak yapılmış, ancak zamanla gizli tezkiye yaygınlık kazanmıştır. Kadı Şüreyh'in fitne çıkmaması için gizli tezkiye yaptırdığı rivayet edilir.⁷⁵ Bu tür tezkiye fakihlerce *mesture* tabir edilen bir evrak ile yapılmaktadır. Mühürlü ve kapalı bir evrak müzekkîye gönderilir ve o da olumlu veya olumsuz kısa bir cevapla aynı şekilde cevabı iade ederdi.⁷⁶ Osmanlıda da açık tezkiyeye zaman içerisinde müracaat azalmış ve gizli tezkiye daha çok yaygınlaşmıştır. Gizli yahut açık olsun tezkiyeyi yapan kimsenin şahidin adil olduğunu söylemesi yeterli olup, bunun için herhangi bir delil göstermesi gerekmemiştir. Açık tezkiye şahitlik hükümlerine tâbi olup, şahit hakkında açık tezkiye yaparken ifade verecek kişilerde şahit olma şartları aranmıştır.⁷⁷ Müslüman şahidin tezkiyesinin yine Müslüman biri tarafından yapılması kural olmakla birlikte, onu tanıyan Müslüman çıkmaması halinde âdil olduğu bilinen zimmî kişilerce de yapılabilir.⁷⁸ Bütün bunlardan sonra şahitlerin doğru söylemelerini bir kere daha takviye edecek bir usul de tezkiye edilmiş şahitlere hükümden önce aleyhine şahitlik yapılanın teklifi üzerine hâkim tarafından yemin teklif edilmesidir. Ancak şahitlerin ta'dil ve tezkiyesinden sonra hüküm verilmiş ise artık şahitlere yemin tevcih edilemez. Yemin tezkiyenin yerini tutmaz. Esasen yemin etmek şahitliğin şartlarından olmadığı ve şahidin beyanının bu sebeple geçersiz kabul edilmesi gerekmediği halde, Mecelle hâkimin yemin edilmezse

⁷³ İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, Fethu'l-Kadir, Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2003, c. 7, s. 353; YURTSEVEN, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", s. 121.

⁷⁴ Mecelle, md. 1717; ÇATALCALI Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi, İstanbul 1305, c. 1, s. 512.

⁷⁵ SERAHSÎ, el-Mebcut, c. 16, s. 91.

⁷⁶ AYDIN, Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Tanıklık, s. 182; YURTSEVEN, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", s. 120.

⁷⁷ MOLLA HÜSREV, Dürerü'l-hükkâm, 2/373; Mecelle, md. 1718.

⁷⁸ MEVSİLÎ, el-İhtiyar, c. 2, s. 149; Neticetü'l-Fetâvâ, 321; AYDIN, "Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler", NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1, 2021, s. 210.

şahitliğin kabul edilmeyeceği uyarısı yapabileceğini hüküm altına almıştır.⁷⁹

5. Şahitlikten Dönme

Şahitlik deliline bağlı olarak hüküm verilmeden önce şahitlerin dönmesi uygulamada rastlanılan bir durumdur. Kişi yalan yere şahitlik yapıyorsa bu yanlış durumdan dönmesi hayırlı görülmüştür. Şahitlikten dönmenin hüküm doğurabilmesi için mahkeme huzurunda yapılması gerekir.⁸⁰ Şahit bu durumda yalan söylemekten dolayı hâkim tarafından tazir cezasına çarptırılabilir.⁸¹ Hükümden sonraki dönemde mahkeme kararı kural olarak bozulmaz.⁸² Bu halde yalancı şahitliğini ikrar etmiş kişiye sadece tazir cezası verilmez, ayrıca tazminata da mahkûm edilebilir. Şahitlikten dönmeyenler için tazmin sorumluluğu söz konusu olmaz. Şahitleri tezkiye edenler bundan döndüklerinde ise, İmameyn'in aksine Ebu Hanife'ye göre aynen şahitlerde olduğu gibi tazmin sorumluluğu doğar.⁸³

B. İkrar

İkrar, bir kimsenin yargılamada kendi aleyhine sonuç doğuran ve diğer tarafın ileri sürdüğü bir olayı, o yargılamanın yürütüldüğü mahkeme önünde kabul etmesidir.⁸⁴ Taraflar ikrar ile aleyhlerine olan bir vakianın gerçek olduğunu kabul etmektedirler. İkrar edilen vakıa nizalı olmaktan çıkar ve artık ispatı gerekmez.⁸⁵ İkrar, bir kimsenin kendisiyle ilgili başkasına ait bir hakkı haber vermesi şeklinde de tanımlanır.⁸⁶ İkrar anlamına gelebilecek çok sayıda ifade biçimi vardır.⁸⁷ Davanın görülmesi esnasında kendisine yöneltilen iddiaları davalı ikrar edebilir. Kişi

⁷⁹ Mecelle, md. 1727; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3105.

⁸⁰ **MEVSİLÎ**, el-İhtiyâr, c. 2, s. 153; **HALEBÎ**, Mülteka, c. 2, s. 297.

⁸¹ Behcetü'l Fetava, s. 411.

⁸² Mecelle, md. 80; **KURBAN**, Mecelle, s. 154.

⁸³ **HALEBÎ**, Mülteka, c. 2, s. 303; Fetâvâ-yı Feyziyye, s. 310; **BİLMEN**, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 161, 163; Mecelle, md. 1728-1731.

⁸⁴ **KİRAZ**, Taylan Özgür, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 54-55; **ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ/HANAĞASI**, Medenî Usul Hukuku, s. 435.

⁸⁵ **BUDAK/KARAASLAN**, Medenî Usul Hukuku, s. 238; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, Medenî Usûl Hukuku, s. 546.

⁸⁶ **BİLMEN**, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 36; Mecelle, md. 1572.

⁸⁷ Bk. **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 2745.

ikrarıyla ilzâm olunur.⁸⁸ İkrar, ikrar eden aleyhine delil kabul edilerek hâkimin de buna uygun hüküm vermesini gerektirir.⁸⁹ İkrar bir şahsın kendi aleyhine şahitliği olarak da kabul edilmiştir.⁹⁰ İkrar hüküm sebepleri arasında ispattan önce gelir. Hatta farklı şahit ifadelerine rağmen varsa ikrara göre hüküm verilir.⁹¹ İkrarın etkisinin sadece ikrar edene yönelik oluşu Mecelle'nin külli kaidesi gereğidir. İkrarın bu yönü dikkate alındığında veli ya da vasinin ikrarı geçerli olmaz.⁹²

İkrar rızai bir beyan olması sebebiyle mümeyyiz ve bâliğ kişi tarafından yapılmalı ve de görünen hale muhalif olmaması gerekir. Rızayı bozan kısıtlılık ve zorlama ikrarın oluşmasına engeldir.⁹³ Kişi haklarını ilgilendiren konularda ikrardan dönülmemektedir.⁹⁴ İkrar inşâi vasfa sahip olmayıp, ihbar anlamı taşımaktadır. Bu sebeple ikrar kabule bağlı değildir. Ancak ret ile de hüküm ifade etmez. Kısmi ret kalan kısım için ikrara bağlı olarak geçerlidir.⁹⁵ Mahkeme dışında yapılan ikrar hasım tarafından kabul edilmiyor ise şahitle ispatı gerekir.⁹⁶ Bu noktada kadı sicillerine konu olmuş bir örnek karara temas etmek uygulamaya dair fikir vermek bakımından açıklayıcı olacaktır. "...merkûm Mahmûd cevâbında merkum Mûsâ meblağ-ı mezbûr elli guruşu Şeyhoğlu Üveys'den alıp kendi deyni için mütevelliyeye def' ve teslîm idüp zimmetimde deynimdir deyu altı gün mukaddem huzûr-ı müsliminde ikrâr ve i'tirâf eyledi deyu mezbûr Mûsâ'nın def'ini def'le mukâbele idicek gibbe'l-istintâk ve'l-inkâr dâfi'-i merkûmdan def'-i meşrûhunu mübeyyine beyyine taleb olundukda 'udûl-i ahrâr-ı ricâl-i müslimînden İsmâ'ül bin Mahmûd ve el-Hâc Süleymân bin Hüseyin nâm kimesneler li ecli's-

⁸⁸ **HALEBÎ**, Mülteka, c. 2, s. 275; Mecelle, md. 1587; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 1, s. 160; **ZERKA**, Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye, s. 401.

⁸⁹ **BELGESAY**, Mustafa Reşit, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s. 353.

⁹⁰ **MEVSİLÎ**, el-İhtiyâr, c. 2, s. 128.

⁹¹ **KOCA**, Ferhat, "İkrar", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2000, 22/38.

⁹² Mecelle, md. 78; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. ,s. 157; **ZERKA**, Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye, s. 395; **KURTOĞLU**, Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, s. 144; **GÜR**, Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, Üçüncü Baskı, İstanbul 1993, s. 151; **KİRAZ**, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, s. 39-41.

⁹³ **VÂSİL**, Nazariyyetü'd-Da'va ve'l-İsbât, s. 41.

⁹⁴ **MEVSİLÎ**, el-İhtiyâr, c. 2, s. 128; Mecelle, md. 1588.

⁹⁵ Mecelle, md. 1580; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 2740.

⁹⁶ Behcetü'l Fetava, 416-417.

sehâde meclis-i şer'a hâzırân olup eserü'l-istişhâd fi'l-hakîka merkûm Mûsâ müteveffâ-yı merkûm el-Hâc Arzmânoğlu Mehmed Ağa tarafından beni vekil idüp Şeyhoğlu merkûm Şeyh Üveys'den aldığım meblağ-ı mezbûr elli guruşu ben müteveffâ-yı merkûm Mehmed Ağa'ya virmeyüp kendi deynim için mütevellîye def ' ve teslîm idüp zimmetimde deynimdir deyu altı gün mukaddem bizim huzûrumuzda kerrâren ve merrâren ikrâr ve i'tirâf eyledi biz bu husûsa bu minvâl üzere şâhidleriz ve şehâdet dahî ideriz deyu her biri edâ-i şehâdet-i şer'îye eylediklerinde ba'de't-ta'dîl ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın mûcibiyle meblağ-ı mezbûr elli guruşu merkûm Mahmûd'a edâ ve teslîme mezbûr Mûsâ'ya tenbîh bir le mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu fi'l-yevmi'l-hâdî ve'l-'ısrîn min Cemâziye'l-uhrâ li-sene sitte ve selâsîn ve mi'ete ve elf (21 Cemâziye'l-âhir 1136 / 17 Mart 1724)" Burada bir alacak davasına ilişkin olarak borçlunun şahitler huzurundaki ikrarı ve tezkiyesi yapılan söz konusu şahitlerin tanıklığı üzerine borçlu aleyhine verilen bir mahkeme kararı konu edilmektedir.⁹⁷

İkrarın sözlü olması uygulamada daha yaygın ise de yazılı ikrar da hükme mesnet olur. Kişi bir borç senedini imza veya mühürleyerek alacaklısına vermesi halinde, uygun şekilde yazılmış bu senetler yazılı ikrar hükmünde kabul edilmiştir. Makbuzlar da usulüne uygun olduğu takdirde bu şekilde mütalaa edilir.⁹⁸ Sağır ve dilsizler de kendilerine özgü işaretlerle ikrarda bulunabilirler. Dava karara bağlanmadan önce ikrar eden kendisinin yalan söylediğini ileri sürecek olursa, davalının ikrar edenin yalancı olmadığına dair yemin etmesi gerekecektir. Yeminden kaçınırsa artık bu ikrar hükme mesnet teşkil etmez. Ancak bu durum hâkimin kararından sonra meydana gelecek olursa, mevcut hükme hâlel gelmemektedir.⁹⁹

C. Tevâtür

Yalan üzerinde birleşmeleri akla uygun olmayan topluluğun haberi olarak tanımlanan tevâtür, yakîn yani doğru ve gerçek bilgi değerindedir.¹⁰⁰ Şahitlerin sayısının asgari nisaptan bir miktar fazlasına ulaşması gerçekte tevâtür bakımından nazar-ı itibare alınmaz. Bu ispat şekli hala

⁹⁷ SAK, İzzet/SOLAK, İbrahim, 49 Numaralı Konya Kadı Sicili (1135-1136/1723-1724 Transkripsiyon ve Dizin), Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016, s. 449-450.

⁹⁸ Mecelle, md. 1606, 1609.

⁹⁹ ALİ HAYDAR, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 2766.

¹⁰⁰ Mecelle, md. 1677.

şahitlikle alakalı görülür. Ancak tevâtür kabul edilebilecek bir miktara ulaşırsa, o takdirde farklı değerlendirmek gerekecektir. Tevâtürde muayyen bir sayı söz konusu olmayıp, tanımında da geçtiği üzere yalan üzere ittifak etmeleri aklen caiz olmayan bir topluluk olması gerekli ve yeterlidir. Yakîn bilgi kesinlik ifade eder. Bu sebeple aleyhine delil ikame olunamamaktadır.¹⁰¹ Hatta tevâtürün sahip olduğu yakîn vasfı sebebiyle adalet, tezkiye ve tanıklık esnasındaki şehadet ifadesinin beyanına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nitelikteki şehadet beyanlarının herkesçe bilinen sözlerin aksine olmaması gerekir.¹⁰²

Tevâtürün aksine bir ifadenin yalan ile malül olabileceği ve tevâtür derecesine ulaşmış yaygın bir haber yahut duyum varken, bunun aksine yapılan bir şahitlik tereddüt uyandıracığından geçerli olmamaktadır.¹⁰³ Eskiden beri mera olarak kullanıldığı tevâtüre sabit olan bir arazinin mülkiyetini iddia etmek bu şekilde kabul edilir. Mera oluşu meşhur ve mütevâtir olmasına rağmen bir başka kimse o arazinin kendisine ait olduğunu dava etse ve bunu ispatlamak için iki şahit getirirse dahi, o şahit ifadeleri mütevâtire aykırı olduklarından geçersiz sayılacaktır. Tevâtüre aykırı karar mahkemeden sadır olsa bile infazı gayr-i kâbil görülmüştür. Mütevâtire dayalı şahitlikte, şahidin buna kendisinin de inanması gerekli olup, insanlar bu şekilde söylüyor gibi bir ifade şahitlik şartını sağlamaz.¹⁰⁴

D. Yazılı Delil

Mecelle'deki ifadesiyle hücec-i hattiyye, bir davanın sıhhatine delalet eden yazılı deliller olarak tanımlanabilir. Hükme dayanak olması bakımından yazılı delil ihtilaf konusu vakıaları ispata elverişli yazılı, imzalı ve mühürlü belge ve senetlerdir. Yalan ve sahtelik şüphesi bulunmayan yazı ve mühür ile işlem yapılması ve mahkemelerde delil olarak kabulü diğer delillere göre zaman içerisinde önemi artmış bir konudur.¹⁰⁵ Her türlü yazılı belgenin ispat vasıtası kabul edilmeyip sadece belirtilen

¹⁰¹ ALİ HAYDAR, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3221.

¹⁰² Mecelle, md. 1732-1735.

¹⁰³ Mecelle, md. 1696-1697; BAYINDIR, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 192.

¹⁰⁴ İBNÜ'L-HÜMÂM, Fethu'l-kadir, c. 7, s. 373; İBN NÜCEYM, Bahrü'r-Râ'ik, c. 7, s. 72; BİLMEN, Hukuk-ı İslâmiyye, c. 8, s. 128; BAYINDIR, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 193.

¹⁰⁵ OĞUZ/AGGÜNDÜZ, "Hüccet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 18/446; Mecelle, md. 1736.

nitelikte olanlara değer atfedilmiştir.¹⁰⁶ Uygulamada yalancı şahitliğin ortaya çıkardığı olumsuz etkiler ve tezkiye müessesesinin kâfi gelmemesi, hukuki işlemlerin yazıya dökülmesini ve şahit yerine senet tanzimine yönelinmesini sağlamıştır.¹⁰⁷ Mecelle'de yer alan “*Beyne't-tüccar maruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir*” külli kaidesine de uygun olarak ticari uyumsuzluklarda tarafların iddialarını senetle ispat etmeleri giderek yaygınlaşmıştır.¹⁰⁸ Mecelle'de yazılı delil yönünden en önemli kriter yalan ve sahtelik şüphesi bulunmamasıdır. Bu dönemde tüccar arasında bu vasfa sahip senet ya da muteber evrak ticari davalarda önemli delil olmuşlardır. Tüccar defterlerindeki borç kayıtları ise, senetlerden farklı olarak yazılı ikrar hükmünde kabul edilmiştir.¹⁰⁹

Yazılı delil kapsamında sayılabilecek başka belgeler de mevcuttur. Bunlar; sultanlara ait berat belgesi ve padişahlık defteri kayıtları ve mahkeme sicilleridir. Berat-ı Sultanî çoğunlukla atama veya bazı muafiyetlere dair üzerinde padişahın tuğrası bulunan belgelerdir.¹¹⁰ Bunlar Dîvân-ı Hümâyün kalemine kaydedilerek sıkı şekilde korunurdu. Bunlarla ilgili hile ve uydurmaya tevessül edenler hakkında ağır cezalar öngörülmüştür.¹¹¹ Defter-i Hâkânî ise, padişaha ait tapu, arazi ve timar kayıtlarının tutulduğu defterlerdir. Bu kayıtlar yalan ve hileden uzak olduklarından birer *hüccet-i hattiyeye* olarak içerikleri tek başına hükme esas alınabilmiştir.¹¹²

Mecelle'de yazılı belge olarak ayrıca mahkeme sicilleri de belirtilmiştir. Kadılar verdikleri kararların bir suretini mahkeme siciline kaydetmişlerdir. Bunlar da hile ve sahtelikten uzak olma vasfına sahip olmaları halinde yazılı resmî belge kabul edilirler. Örneğin yalnız başına vakfiye ile işlem yapılmamakta, ancak doğruluğu ve sağlamlığı tevsik edilmiş olarak mahkeme sicilinde kayıtlı ise o takdirde kendisiyle işlem yapılır,

¹⁰⁶ VÂSİL, *Nazariyyetü'd-Da'va ve'l-İsbât*, 115; ÜLKER, İbrahim, *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Adalet, Ankara 2018, s. 100.

¹⁰⁷ ALİ HAYDAR, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. 4, s. 2799.

¹⁰⁸ Mecelle, md. 44.

¹⁰⁹ Mecelle, md. 1608; ALİ HAYDAR, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. 4, s. 2801.

¹¹⁰ KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., “Berat”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, Ankara 1992, 5/472.

¹¹¹ AFYONCU, Erhan, “Defterhâne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, Ankara 1994, 9/100.

¹¹² ALİ HAYDAR, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, c. 4, s. 3130; KURTOĞLU, Osmanlı Yarılama Hukukunda İspat Vasıtaları, s. 215.

delil kabul edilmişlerdir. Ayrıca mahkemeler tarafından usulüne uygun olarak verilen ilam ve senetler de yazılı deliller arasında sayılmıştır. Bu konuda hâkimlere mahkemede sicil defteri bulundurması, vereceği ilam ve senetleri hile ve fesattan salim olacak şekilde deftere kaydetme ve kendisinden sonra gelecek hâkime düzgün şekilde devretmeye dikkat ve özen gösterme sorumluluğu verilmiştir.¹¹³ Esasen Osmanlı'da vakfiyelerin mahkemelerce yapılan yargılama neticesinde tescil edilmeleri ile Ebu Hanife ve İmameyne göre bağlayıcılık vasfı kazandırılmıştır. Bu yerleşik usul vakıfların bağlayıcılığına hizmet ettiği gibi vakfiyelerin ispat vasıtası olarak yazılı delil kabul edilmelerini de sağlamıştır.¹¹⁴

E. Kesin Karine

Karineler bir vakıadan başka bir vakıanın gerçekleşmesi hakkında sonuç çıkarmaya imkân veren kurallardır.¹¹⁵ Mecelle'ye göre mahkeme kararına mesnet olabilecek ispat vasıtalarından birisi de kesin karinedir. Zayıf ve zannî olmayan, kesinlik derecesine sahip karineler ispat hukuku yönünden önemli bir yere sahiptirler. Kesin karineler yakîn yani sağlam ve kat'î bilgi derecesine yaklaşmış emarelerdir.¹¹⁶ Ancak bu kabul aksinin ispat edilemeyeceği anlamına gelmez.¹¹⁷ Başkaca delil bulunmaması halinde hâkime takdir yetkisini de kullanarak güçlü bir ispat imkânı verir.¹¹⁸ Karineye dayanan tarafın karine temelini öncelikle ispatlaması gerekir.¹¹⁹ Normalde şehadetin altında ve yemin delilinin üstünde değerlendirilir. Ancak örneğin çalınan malın hırsız şüphelisinin elinde bulunması gibi durumlarda şahit ve ikrardan daha güçlü ispat imkânı verebilir.¹²⁰

¹¹³ Mecelle, md. 1739, 1814, 1821; **HACI REŞİD** Paşa, Rûhu'l-Mecelle, c. 8, s. 234.

¹¹⁴ **AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Vakıf Müessesesi, OSAV, İstanbul 2013, s. 160-161.

¹¹⁵ **BUDAK/KARAASLAN**, Medenî Usul Hukuku, s. 247; **KURU**, Medenî Usul Hukuku, c. 1, s. 625.

¹¹⁶ Mecelle, md. 1740-1741; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3133-3134.

¹¹⁷ **İBN FERHÛN**, Tebsiratü'l-Hükkâm, c. 2, s. 121; **DEMİR**, Osmanlı Mahkemesi, s. 182.

¹¹⁸ **İBN KAYYIM el-CEVZİYYE**, et-Turuku'l-Hükmiyye, s. 7; **VÂSİL**, Nazariyyetü'd-Da'va ve'l-İsbât, s. 149; **YAYLALI**, Davut, "İslâm Hukukunda Karine", İslâmî Araştırmalar Dergisi, 2/6, 1988, s. 55; **KURTOĞLU**, Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, s. 277.

¹¹⁹ **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, Medenî Usûl Hukuku, s. 475; **ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ/HANAĞASI**, Medenî Usul Hukuku, s. 421.

¹²⁰ **İBN KAYYIM el-CEVZİYYE**, et-Turuku'l-Hükmiyye, 6; **SAVA** Paşa, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, çev. Baha Arıkan, Ankara 1955, c. 2, s. 161-162.

Mecelle'de kesin karine hakkında örnek de verilir. Örneğin bir kimse, elinde kana bulanmış bıçak olduğu halde korku ve telaş ile boş bir evden çıktığında hemen o eve girilip de henüz boğazlanmış bir şahıs görülse, o kimsenin bu şahsın katili olduğuna kişinin bu hali kesin karine teşkil eder. Öldürülmüş şahsın kendi kendisini öldürmüş olma ihtimali gibi bir vehme iltifat edilmez. Mecelle'nin bir başka maddesinde de bunu teyiden "*Tevehhüme itibar yoktur.*" kaidesine yer verilmiştir. Ancak kesin karine olduğu iddia edilen vakıanın da en az iki şahitle ispatı gerekecektir.¹²¹

F. Yemin

İspat yükü kendisine düşen taraf, davanın çözümlenmesine etkisi olan vakıanın isbatı için, karşı tarafa yemin teklif edebilir.¹²² Yemin, tarafların davalarını ispat etmekten aciz kaldıkları durumlarda başvuracakları bir tâli yol olmak itibarıyla bir ispat aracı değil, hüküm sebebi olarak ele alınır. Mecelle külli kaidelerinde "*Beyyine müddei için ve yemin münkir üzere rinedir.*" diyerek ispat yükünü davacıya, yemin etme hakkını da davalıya vermiştir.¹²³ İspat yükü, bir vakıanın ispat edilememesi sebebiyle mahkemenin aleyhte kararıyla karşılaşma tehlikesi olarak tanımlanabilir.¹²⁴ Yukarıda belirtilen ispat araçlarıyla davasını ispat edemeyen yani ispatta acze düşen tarafın sahip olduğu son imkân, karşı tarafa yemin verdirmektir. Allah adı verilerek yemin edilir.¹²⁵ Bu durumdaki davacı hâkim kendisine önerdiği halde teklif etmez yahut davalı teklif üzerine yemin ederse davacı aleyhine hüküm verilecektir. Yeminden kaçınmak da yemin gibi davada hüküm sebebi olduğu için, davalının yeminden kaçınması ile de kendi aleyhine dava sonlanmış olacaktır.¹²⁶ Özel hukuka dair davalarda yeminden kaçınanın sonradan yemin etmesi de kabul

¹²¹ İBN KAYYIM el-CEVZİYYE, et-Turuku'l-Hükmiyye, 9; Mecelle, md. 1741, 74; ALİ HAYDAR, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3134.

¹²² YILMAZ, Ejder, (Medenî Yargılama Hukukunda) Yemin, Yetkin, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 43; ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ/HANAĞASI, Medenî Usul Hukuku, s. 472.

¹²³ Mecelle, md. 76; Bk. İBN KAYYIM el-CEVZİYYE, et-Tururku'l-Hükmiyye, s. 11; BELGESAY, Mustafa Reşit, "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 12/2-3, 1946, s. 606; YILMAZ, Yemin, s. 39-40; KUM, Ensar, "Mecelle'de İspat Yükü", SÜAMYOD, 3/2, 2020, s. 198.

¹²⁴ ARSLAN/YILMAZ/AYVAZ/HANAĞASI, Medenî Usul Hukuku, s. 417.

¹²⁵ Mecelle, md. 1743; ALİ HAYDAR, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3139; KURTOĞLU, Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, s. 235.

¹²⁶ KURBAN, Mecelle, s. 146-147.

görmez.¹²⁷ Yemin bazı hallerde hâkim tarafından re'sen yapılmakla birlikte kural olarak hasmın talebi ile mahkemede yerine getirilir.¹²⁸ Yemin teklifi vekaleten yapılabildiği halde, yemini bizzat taraf yerine getirir. Dil-sizin bilinen işaretiyle yemin ve yeminden kaçınmasına itibar edilir.¹²⁹ Yemin vakıanın meydana geliş sebebine veya mevcut halin varlığına ilişkin olur.¹³⁰

Yemin esasen son çare mahiyetinde bir delildir.¹³¹ Davalının yemin etmesi ile iddiasını ispat edemeyen davacının elindeki son ispat imkânı da kalmamış olur ve davasının reddi gerekir. Bu durumda hâkim vereceği ret kararıyla davacıyı davalıya muarazadan alıkoymuş olur. Ancak davalının yeminden kaçınması veya yemininden dönmesi ile delille davasını ispat edemeyen davacının davası lehine sonuçlanabilir.¹³² Davalının yemin etmesi veya kendisine yemin teklif edilmemesi hallerinde davacının derdest davada hakkı olmadığı düşüncesi ile çekişme sona erdirilecektir ki, bu durumda oluşan hukuki sonuca kazâ-i terk adı verilir. Bir diğer ihtimal olarak davalının yeminden kaçınması ile kazâ-i istihkak adı verilen yani davalı aleyhine uyuşmazlık konusunu yerine getirmesi yönünde bağlayıcı bir hâkim kararı meydana gelecektir.¹³³ Hanefîlere göre davalının yeminden kaçınması halinde davacıya yemin teklif edilmeyecek hâkim doğrudan kararını verir. Ancak diğer mezheplere göre bu mümkündür.¹³⁴ Davalının aynı zamanda ikrar yahut inkâr cihetine gitmeyip, karşı dava ve iddialarda bulunması da söz konusu olabilir. Kendisi de bu hususlarda müddei konumuna gelmiş ve iddialarını delillerle ispat

¹²⁷ Mecelle, md. 1742, 1751, 1819, 1820; **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3157.

¹²⁸ Mecelle, md. 1744, 1746; **BAYINDIR**, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 231.

¹²⁹ Mecelle, md. 1745, 1752; **DEMİR**, Osmanlı Mahkemesi, s. 198; **ÖZTÜRK**, Osman, Mecelle'nin Küllî Kâideleri İlk 100 Madde, Rağbet, İstanbul 2019, s. 62.

¹³⁰ Mecelle, md. 1749; **DEMİR**, Osmanlı Mahkemesi, s. 197.

¹³¹ **YILMAZ**, Yemin, s. 70; **KURBAN**, Mecelle, s. 147.

¹³² Mecelle, md. 1818-1820; **BAYINDIR**, İslâm Muhâkeme Hukuku, s. 242; **SÜLEYMAN HASBÎ** Efendi, Tafsîl, s. 245.

¹³³ **ALİ HAYDAR**, Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, c. 4, s. 3138.

¹³⁴ **eş-ŞÂFİÎ**, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs, el-Ümm, Dârü'l-Marife, Beyrut 1990, c. 7, s. 207; **eş-ŞÎRÂZÎ**, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf, el-Mühezzeb, Darül-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut ts., c. 3, s. 425; **ATAR**, İslâm Adliye Teşkilatı, s. 333.

etmek durumunda kalmış olur.¹³⁵ Mecelle'de yargılama usulü bakımından temel kural bir dava ve iddianın ispat araçları yoluyla ispat edilmesidir. İkrar ve yemin gerçekte ispatın istisnalarını oluşturmaktadır. İkrarın olması ispata ihtiyaç bırakmayacak, ispat edilememe halinde ise; yemin, davacıya ilave bir ispat imkânı verecektir.

Alışveriş, mebi', bedel, vade, kira gibi muamelata ilişkin davalarda öncelikle tarafların iddialarını ispat etmeleri beklenir. İspattan aciz kalma sonrasında taraflar arasında rızai bir netice de hasıl olmadığında, tarafların her ikisine temin teklif etme (tehâlûf) yoluna gidilerek önce müşteriden başlanır. Yeminden kaçınanın aleyhine dava sonuçlanır. Her ikisi de yeminden kaçınırsa hâkim davayı feshetme yoluna gider. Karşılıklı yeminleşmede de hem yemin ve hem de yeminden kaçınma hükme mesnet teşkil eder. Her iki taraf da delil getirdiğinde örneğin kira ücreti konusunda kiralayanın, süre konusunda ise kiracının verdiği delil öncelenir. Her iki tarafın delili de ispata kâfi gelmediğinde, kiracıdan başlanarak taraflara yemin teklif edilir. Diğer bir örnek olarak satışa konu malın telef veya ayıplı olması hususlarında yemin müşteriye, vade, şart muhayyerliği, kısmen veya tamamen kabz (teslim) hususlarında ise yemin inkâr edene ait kılınır.¹³⁶ Aşağıdaki mahkeme kararında davacının iddiasını ispattan aciz kalması üzerine davalılara yöneltilen yemin teklifi ve yeminden nükullerine istinaden davacı lehine olmak üzere davalılar aleyhine verilen muarazadan men kararı konu hakkında uygulamaya dair örnek teşkil edecektir. "...müdde'î-i mezbûr es-Seyyid Süleymân'dan müdde'âsını mübeyyine beyyine taleb olundukda ityân-ı beyyineden izhâr-ı 'aciz idüp istihlâf itmeğin mezbûrân es-Seyyid Yûsuf ve es-Seyyid 'Alî'ye zikr olunan 'arsa-i hâliye 'ammileri müteveffâ-yı merkûm es-Seyyid Mehmed müdde'î-i mezbûr es-Seyyid Süleymân'a beş guruşa bâten bey' eylediği ma'lûmları olmadığına yemîn teklîf olundukda anlar daha her biri yemînden nukûl itmeleriyle mezbûrân es-Seyyid Yûsuf ve es-Seyyid 'Alî'yi merkûm es-Seyyid Süleymân'a bî-vech mu'ârazadan men' bir le mâ-oaka'a bi't-taleb ketb olundu fi'l-yevmi's-sâmin ve'l-ışrîn mine'l-Muharremi'l-harâm li-sene sitte ve selâsîn ve mi'ete ve elf (28 Muharrem 1136 / 28 Ekim 1723)".¹³⁷

¹³⁵ Mecelle, md. 1823.

¹³⁶ Mecelle, md. 1778-1783; MAZLUM, Elif, "Mecelle'de Beyyineler Arasında Teâruz ve Tercih", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 52, 2022, s. 256-257.

¹³⁷ SAK, İzzet/SOLAK, İbrahim, 49 Numaralı Konya Kadı Sicili, s. 170.

SONUÇ

İspat, bir davada ileri sürülen iddia ve savunmaların doğru ve gerçek olduğunun ortaya konulması ve kanıtlanmasıdır. Bu kanıtlama için nesnel ispat araçlarına ihtiyaç vardır. Özellikle tarafların üzerinde anlaşamadıkları olay ve hususlar için bu gereklidir. Taraflardan birisi bakımından örneğin ikrarla doğrulanmış bir vakıa ihtilaf konusu olmaktan çıkar ve artık ispat edilmesine gerek duyulmaz. Türk Medeni Kanunu 6. maddesinde, "... taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." denilerek, her iki taraf için de iddialarını ispat etmeleri öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 194. maddede ise, olayların ispata elverişli şekilde somutlaştırılması ve yanı sıra delil-vakıa ilişkisinin açıkça gösterilmesini hüküm altına almıştır. Taraf ispat ilişkisi de evrensel ve kadim bir ilke olarak Hz. Peygamber'in (s.a.) ifadesiyle "*Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerinedir.*" şeklinde Mecelle md. 67'de düzenlemiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki, her kim neyi iddia ediyorsa onu ispat edecektir. İspat da ancak birtakım araçlarla olur ki, bunlar yargılamalarda kullanılan delillerdir. İslam hukukunda da ispat olgusu, hakkın ortaya çıkması yönünde gereken delilleri ortaya koymak olarak ifade edilebilir. Yargılamada en temel husus doğal olarak ispat araçları ve delillerdir.

Mecelle'de konumuzu ilgilendiren hususlardan ikrar konusunda, külli kaideler md. 78 ve 79'dan ikrarın başka kimseye sirayeti söz konusu olmadan, sadece ikrar edeni bağladığı anlaşılmaktadır. Bu maddelerde yer alan ilkeler, ikrarla ilgili Mecelle'de yer alan diğer hükümlere de temel oluşturmuştur. Mecelle'nin kaza ve dava isimli kitaplarında da yargılamayı ilgilendiren bazı hükümler yer almakla beraber, ikrar dışındaki ispat araçları özel olarak bir başka bölümde "*Kitabü'l-Beyyinât ve't-Tahlif*" başlığı altındaki 15. Kitap'ta ele alınmıştır. Burada yazılı delil, kat'i karine, yemin ve en detaylı olarak da şehadet deliline yer vermiştir. Mecelle'de en geniş ele alınan delil şahitliktir. Mecelle'de özel hukuk davaları bakımından ele alınan bu delil, klasik dönemde de en çok bilinen ve kullanılmıştır. Mecelle'de şahitliğin mahiyeti, şartları, edası ve tezkiye adı verilen şahidin güvenilirlik soruşturması ve buna dair hükümler düzenleme konusu yapılmıştır. Yazılı delilde şüphe ve sahtelikten uzak olmanın altı çizilerek sultan berat ve defterleri ile kadı sicillerinin bu niteliklerinin esasen var olduğu, diğer yazılı belgelerin ise bu niteliğe sahip olmaları ile delil vasfını kazanabilecekleri ifade edilmiştir. Bir diğer ispat aracı olan kat'i karine de yakîn vasfını hâiz bir delil olarak telakki edilmiştir. Bu

meyanda tevâtürün de ilm-i yakîn ifade edeceği hüküm altına alınmıştır. Bir haber veya bilginin yakîn vasfını hâiz oluşu onun kesinlik ve maddi gerçekliğe ulaşmış olduğunu anlatır. Yemin delilinin ise davalı ya da iddiayı inkâr edene düşeceği genel bir kural haline gelmiş olmaktadır. Taraflar ispattan aciz kaldıklarında hâkimin de uyarısıyla davacının karşı tarafa edeceği yemin teklifi son çare olarak görülmektedir. Günümüzde ve Mecelle'de kabul gören delillerin en önemli amacı, yargılama neticesinde hukuki ve maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bugün eskiye göre yine aynı amaca hizmet etmek bakımından müştereklik, ancak araçlarda çeşitlenme ve bazı mahiyet farklılıkları söz konusudur.

KAYNAKLAR

- AFYONCU**, Erhan, “Defterhâne”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1994, s. 9/100-104.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı Kamu Hukuku, OSAV, İstanbul 2011.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed, Vakıf Müessesesi, OSAV, İstanbul 2013.
- AKMAN**, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, Eren, İstanbul 2004.
- AKSOY**, Kemal Faruk, “Osmanlı Devleti’nde Adliye Teşkilatının Bir Unsuru Olarak Mahkemeler”, NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2, 2023, s. 774-796.
- ALİ HAYDAR Efendi**, Dürerü’l-Hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017.
- ANSAY** Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara: 2002.
- ARNÛS**, Mahmud b. Muhammed, Tarihu’l-Kaza fi’l-İslam, Matbaatü’l-Mısriyye el-Ehliyye, Kahire ts.
- ARSLAN**, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema Taşpınar/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, 9. Baskı, Ankara 2023.
- ATALI**, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, 6. Baskı, Ankara 2023.
- ATAR**, Fahrettin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, İFAV, 2. Baskı, Ankara 2017.
- ATAR**, Fahrettin. “Töhmet” Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2012, s. 41/274-277.
- ATAR**, Fahrettin, İslam Adliye Teşkilatı, DİB Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2020.
- AVCI**, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Adalet, 12. Baskı, Ankara 2023.
- AYDIN**, Melikşah, Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık, Oniki Levha, İstanbul 2021.
- AYDIN**, Melikşah. “Tanzimat Döneminde Şahitlerin Tezkiyesi ve Buna Yönelik Eleştiriler”. NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1, 2021, s. 206-217.
- BARDAKOĞLU**, Ali, “Beyyine”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1992, s. 6/97-98.

- BARDAKOĞLU**, Ali, "İspat", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2013, s. 22/492-495
- BAŞOĞLU**, Tuncay, "Tezkiye", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2012, s. 41/77-79.
- BAYINDIR**, Abdülaziz, İslâm Muhâkeme Hukuku, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015.
- BELGESAY**, Mustafa Reşid, Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye, Cihan Matbaası, İstanbul 1338-1340.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit. "Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk". İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 12/2-3, 1946, s. 560-608.
- BEYHAKÎ**, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyin, es-Sünenü'l-Kübra, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1976.
- BUDAK**, Ali Cem/**KARAASLAN**, Varol, Medenî Usul Hukuku, Adalet, 4. Baskı, Ankara 2020.
- BUHÂRÎ**, Muhammed b. İsmail, el-Câmi'u's-Sahîh, el-Emîriyye, Bulak 1311/1893.
- CURCÂNÎ**, Seyyid Şerif, et-Ta'rîfât, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- ÇATALCALI** Ali Efendi, Fetâvâ-yı Ali Efendi İstanbul 1305.
- DÂREKUTNÎ**, Ebü'l-Hasen Alî b. Ömer b. Ahmed, es-Sünen, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1424/2004.
- DEMİR**, Abdullah, Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010.
- DÜRRİZÂDE** Mehmed Ârif Efendi, Neticetü'l-Fetâvâ, İstanbul 1265.
- EBÛ DÂVÛD**, Süleymân b. el-Eş'as es-Sicistânî, es-Sunen, thk. Muhammed Muhyiddîn 'Abdulhamîd, el-Mektebetü'l-'Asriyye, Beyrut ts.
- FÎRÛZÂBÂDÎ**, Mecdüddin Muhammed b. Ya'küb, el-Ķâmûsü'l-MuĶît, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2005.
- HACI REŞİD** Paşa, Rûhu'l-Mecelle, Matbaa-i Hayriyye, İstanbul 1328.

- HAMEVÎ**, Ahmed b. Muhammed el-Hasenî, Gamzü Uyûni'l-Beşâ'ir, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1985.
- HASSÂF**, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer, Edebü'l-Kâdî, Dârü'l-Beşîr, 2. Baskı, İmârât 2023.
- İBN FERHÛN**, Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed, Tebsiratü'l-Hükkâm, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, Kahire 1986.
- İBN HAZM**, Ahmed b. Said, el-İhkâm fî Uşûli'l-Ahkâm, Dârü'l-Âfâki'l-Cedîde, Beyrut ts.
- İBN KAYYİM el-CEVZİYYE**, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr, et-Turuku'l-Hükmiyye fî's-Siyâseti'ş-Şer'iyye, Beyrut 1410/1989.
- İBN KAYYİM el-CEVZİYYE**, Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr, İ'lâmü'l-Muvakkı'în Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1991.
- İBN KUDÂME**, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh, el-Muğnî, Mektebetü'l-Kahire, Kahire 1968.
- İBN MANZÛR**, Cemalüddin, Lisânü'l-Arab, Dârü Sadır, Üçüncü Baskı, Beyrut 1414.
- İBN NÜCEYM**, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhîm b. Muhammed, el-Bahrü'r-Râik şerhu Kenzî'd-Dekâik, Dârü'l-Kitabi'l-İslâmî, Kahire ts.
- İBN RÜŞD el-HAFİD**, Ahmed b. Muhammed, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Mukteşid, Darü'l-Hadis, Kahire 2004.
- İBNÜ'L-HÜMÂM**, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid, Fethu'l-kKadir, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- JAMAL**, Jasri. "Administration of the Islamic Judicial System; An Overview", Journal Mimbar Hukum, 22/3, 2010, s 409-433.
- KÂSÂNÎ**, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, Bedâ'î'u's-Sanâ'i' fî Tertîbi'ş-Şerâ'i' . : Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986.
- KAŞIKÇI**, Osman, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV, İstanbul 1997.
- KHADDURÎ**, Majid, The Islamic Conception of Justice, Johns Hopkins University Press, Baltimore 1984.
- KILINÇ Ahmet/ Öztürk, MERVE NUR**, "Osmanlı Yargılama Hukukunda Şuhûdü'l Hâlin Statü ve Mesleklerinin Tahlili", NEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1, 2021, s. 185-205.
- KİRAZ**, Taylan Özgür, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.

- KOCA**, Ferhat. "İkrar", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2000, s. 22/38-40.
- KÖSE**, Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayını, İstanbul 1997.
- KUM**, Ensar. "Mecelle'de İspat Yüğü", SÜAMYOD, 3/2, 2020, s.189-221.
- KURBAN**, Yasin, Mecelle ve Günümüz Hukuku (Hukukun Doksan Dokuz İlkesi), Seçkin, Ankara 2020.
- KURTOĞLU**, Yasemin, Tanzimat Dönemi Osmanlı Yargılama Hukukunda İspat Vasıtaları, Adalet, Ankara 2023.
- KURU**, Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1, Yetkin, Ankara 2020.
- KUYUCAKLIZÂDE** Mehmet Atıf Bey, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye Küllî Kaideler Şerhi, Ed. Mahmut Samar, Hikmetevi, İstanbul 2020.
- KÜTÜKOĞLU**, Mübahat S. "Berat", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1992, s. 5/472-473.
- MÂVERDÎ**, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed, Edebü'l-Kâdî, nşr. Muhyî Hilâl es-Serhân, Matbaatü'l-İrşâd, Bağdad 1971-72.
- MAZLUM**, Elif, "Mecelle'de Beyyineler Arasında Teâruz ve Tercih", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 52, 2022, s.235-262.
- MESUD** Efendi, Mir'ât-ı Mecelle, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul 1302.
- MEVSİLÎ**, Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd, el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, Çağrı Yayınları, İstanbul 1980.
- MEYDÂNÎ**, Abdülğani, el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab, Matbaatü'l-Cemâliyye, Mısır 1330.
- MOLLA** Hüsrev, Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Gureri'l-Ahkâm, Darü İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, Beyrut ts.
- NESÂÎ**, Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî, Sünen, thk. Abdülfetah Ebû Gudde, Mektübü'l-Mabûâtil-İslamiyye, Halep, 1406/1986.
- OĞUZ**, Mustafa/AKGÜNDÜZ, Ahmed, "Hüccet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 1998, s. 18/446-450
- ÖZTÜRK**, Osman, Mecelle'nin Küllî Kâideleri İlk 100 Madde, Rağbet, İstanbul 2019.
- SAK**, İzzet/SOLAK, İbrahim, 49 Numaralı Konya Kadı Sicili (1135-1136/1723-1724 Transkripsiyon ve Dizin), Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016.

- SAK**, İzzet/SOLAK, İbrahim, 53 Numaralı Konya Kadı Sicili (1148-1149/1736-1737 Transkripsiyon ve Dizin), Konya Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, Konya 2016.
- SAVA** Paşa, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, çev. Baha Arıkan, Ankara 1955.
- SERAHSÎ**, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, Dârü'l-Marife, Beyrut 1993.
- SEYYİD FEYZULLAH** Efendi, Fetâvâ-yı Feyziyye, İstanbul 1266.
- SIDKI**, Hasan, Vezâif-i Kudât Tercümesi, Kırk Anbar, İstanbul 1307.
- SÜLEYMAN HASBÎ** Efendi, İlk Dönem Mecelle Şerhlerinden Tafsîl, İnceleme ve Latinize. Dr. Ünal Şahin, Kitap Dünyası, Konya 2022.
- ŞAFÎÎ**, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs, el-Ümm, Dârü'l-Marife, Beyrut 1990.
- ŞÎRÂZÎ**, Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf, el-Mühezzeb, Darül-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut ts.
- ŞİRBİNÎ**, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, Muğni'l-Muhtâc, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1994.
- TANRIVER**, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, 4. Bası, Ankara 2021.
- TİRMİZÎ**, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ, Sünen, thk. Beşşar Avvad Ma'rûf, Dârü'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1998.
- TOZAL**, Ömer, "İslam Muhâkeme Hukukunda Beyyine (İbn Kayyim Örneği)", İ.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8/2, 2017, s. 351-362.
- TRABLUSÎ**, Alâüddîn Alî b. Halîl, Mu'înü'l-Hükkâm, Dârü'l-Fikr, Beyrut ts.
- ÜLKER**, İbrahim, Osmanlı Noterlik Hukuku, Adalet, Ankara 2018.
- VÂSİL**, Nasr Ferîd, Nazariyyetü'd-Da'va ve'l-İsbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Dârü's-Şürûk, Kahire 2002.
- YAYLALI**, Davut. "İslâm Hukukunda Karine", İslâmî Araştırmalar Dergisi. 2/6, 1988, s. 54-60.
- YILMAZ**, Ejder, (Medenî Yargılama Hukukunda) Yemin, Yetkin, 2. Baskı, Ankara 2012.
- YURTSEVEN**, Yılmaz, "İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 3, 2018/2, s. 85-140.
- ZERKA**, Ahmed Muhammed, Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye, Dârü'l-Kalem, 2.Baskı, Dımaşk 1989.
- ZEYLAÎ**, Osman b. Ali, Tebyînü'l-Haqa'ik Şerhu Kenzi'd-Deqa'ik, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Kahire 1313.

ZUHAYLÎ, Muhammed Mustafa, Vesailü'l-İsbat, Mektebetü Dârü'l-Beyan, Dımaşk 1982.

VAKIF SENEDİNİN UNSURLARI VE VAKIF SENEDİNDEKİ NOKSANLIKLARIN TAMAMLANMASI

Dr. Önder EGE*

Öz

Türk Medeni Kanunu (TMK) m 101 hükmünde vakıf, “gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları” olarak tanımlanmıştır. Vakıf senedinde TMK m 106 hükmüne göre, vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri (ikametgâhı) gösterilmelidir. Vakfın bu unsurlarının vakıf senedinde yer alması zorunludur. Vakfın zorunlu unsurları bakımından senette bulunan noksanlıklar TMK m 107 hükmüne göre tamamlanır. Vakıf senedinin tamamlanması tescilden önce veya sonra yapılabilir. Vakıf senedinin zorunlu unsurundaki noksanlıkların giderilmemesi halinde ise, kural olarak vakfın tescili talebi mahkeme tarafından ret edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Vakıf • Vakıf Senedi • Vakfın Unsurları • Vakıf Senedinde Noksanlık • Vakıf Senedinin Tamamlanması

* Dr., Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye | Dr., Attorney at Law, Istanbul Bar Association, Istanbul, Turkey.

✉ onderege1967@hotmail.com • ORCID 0000-0002-5090-0379.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: EGE, Önder: “Vakıf Senedinin Unsurları ve Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tamamlanması”, SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 391-436.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ELEMENTS OF FOUNDATION DEED AND COMPLETING THE DEFICIENCIES IN FOUNDATION DEED

Abstract

In the Turkish Civil Code (TMK) Article 101 provision, foundations are defined as “communities with legal personality formed by real or legal persons assigning sufficient goods and rights to a specific and permanent purpose”. As a rule, public deed of foundation (The constitutive document of foundation or foundation deed) cannot be changed. In public deed of foundation, name of foundation, its purpose, property and rights reserved for this purpose, the organization and management of foundation and place of residence should be indicated, according to Article 106 of the TMK. These elements of the foundation must be included in foundation deed. Provided that the purpose of foundation and goods and rights allocated for this purpose are specified, in case of deficiencies in these mandatory elements, these deficiencies are completed in accordance with the procedure in TMK m 107. If the deficiencies in the mandatory element of the foundation deed are not corrected, there quest for registration of the foundation will be rejected by the court as a rule.

Key Words

Foundation • The Foundation Deed • Elements of The Foundation • Deficiencies in Foundation Deed • Completion of Foundation Deed.

GİRİŞ

Etimolojik kökeni Arapça “vakf” kelimesi olan “vakıf” terimi; “duruş, durma, bekleme, kımıldamama, bekleme” anlamına gelmektedir¹. Türk özel hukukunda 4721 sayılı TMK m. 101² hükmüne göre vakıf, “gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle olu-

¹ ALTAY, Şakir, Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ankara, 1983, s. 475.

² Bkz. TMK m. 101: “Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir. Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz”. İsviçre Medeni Kanunu (İMK-ZGB) m. 80: “Vakıf malların belirli bir amaç için vakfedilmesiyle kurulur”. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (eMK) m. 73: “Vakıf, başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belli bir gayeye tahsisidir. Bir mamelekin bütünü veya gerçekleşmiş veya gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir”.

şan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları” olarak tanımlanmıştır. İslam hukukunda vakıf, bir malın ebediyen bir amaca devredilmesi olarak tanımlanmaktadır³. Roma Hukuku’nda, hükmi şahıs (tüzel kişi) kavramının geç doğmasının etkisiyle vakıf müessesesine rastlanılmadığını, ancak Roma’nın son dönemlerde bazı malların dini amaçlara özgülendiğini söylemek mümkündür⁴.

Vakıf TMK m. 102/1 (İMK m. 81/1, eMK m. 74/1) hükmüne göre, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarruf⁵ ile kurulabilir. Belirtmeliyiz ki, Türk doktrinde hâkim olan görüşe göre, vakıf kurma işleminin tek taraflı bir irade beyanına dayanması nedeniyle ölüme bağlı tasarruflardan sadece vasiyetname ile vakıf kurulabilir⁶. Dolayısı ile miras sözleşmesi

³ **YİĞİT**, Güven, “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 5; “Bir kişi, mülkiyetin e sahip olduğu menkul veya gayrimenkul mallarından bir kısmını veya tamamını, Allah’ın rızasını kazanma niyetiyle, halkın herhangi bir ihtiyacını gidermek üzere dinî, hayri veya içtimaî bir gayeye müebbetten tahsis ederse, malını vakfetmiş, yâni bir vakıf müessesesi kurmuş olur”. Bkz. **YEDİYILDIZ**, Bahaeddin, “Türk Kültür Sistemi İçinde Vakfın Yeri”, Vakıflar Dergisi, S. XX, Ankara 1988, s. 404; “İslâm hukukunda vakıf bir malın ebedi olarak bir gayeye tahsisidir. Medenî hukukta ebedîlik vasfı yoktur; yani yeni hukuka göre bir gayrimenkul veya menkul az çok uzun bir zaman için vakf olunabilir; evvelki hukuka göre ise, vakıf daimîdir”. Bkz. **BERKİ**, Ali Himmet: “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, Vakıflar Dergisi, S. 9, 1971, s. 4.

⁴ Roma’da tüzel kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için, için bkz. **UMUR**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987, s. 179.

⁵ İsviçre hukukunda vasiyetname, İMK m. 498 hükmü uyarınca şu anlama gelir; resmi şekilde düzenlenmiş vasiyetname (İMK m. 499 vd.), el yazısı vasiyetname (İMK m. 505) ve iki tanık huzurunda sözlü beyana dayalı vasiyetname (İMK m. 506 vd). Bkz. **SPRECHER**, Thomas, New Features in Swiss Foundation Law, No: 12, Switzerland, 2006, s. 9.

⁶ Bkz. **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 354; **HATEMİ**, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2022, s. 83; “TMK m. 102 hükmünün yanında, TMK m. 526’da da ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurulabileceği açıklanmaktadır. Vakıf, vasiyetname ile olduğu gibi, miras sözleşmesi ile kurulabilir. Ancak vakıf kurma tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, bunun iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi ile bağdaşması güçtür”. Ayrıca bkz. **İMRE**, Zahit / **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 165; **ÖZTAN**, Bilge: Tüzel Kişiler, 2. Baskı, Ankara, 1998, s. 123; “Vakıf vasiyetname ile veya resmi senetle kurulur”. Aynı doğrultudaki diğer açıklamalar için, bkz. **AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, Cilt. I, 16. Baskı, İstanbul, 2020, s. 380; **ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 30. Baskı, Ankara, 2009, s. 390; **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. I, Şahsın Hukuku, İstanbul, 1960, s. 491; Tek taraflı ölüme bağlı bir tasarrufun miras

içinde yer alan bir hükümlerle vakıf kurulması düzenlenmiş olsa dahi, bu ölüme bağlı tasarruf vakıf kurma işleminin geçerlilik koşulları bakımından vasiyetname hükümlerine tabidir⁷. Bu nedenle gerek resmi senet ile gerek ise, ölüme bağlı tasarruf ile vakıf kurulması halinde tescil kararının kesinleşmesine kadar bu irade geri alınabilir⁸. Ancak, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın her zaman bu işlemde TMK m. 542 vd. hükümlerine göre geri dönebilmesi mümkün olduğu halde, mirasçılarının vasiyetname

sözleşmesinin içinde yer alabileceği, ancak miras mukavelesinin içeriğine dâhil olmayacağı, dolayısı ile miras bırakan ölümüne kadar cayabileceği ve miras sözleşmesinde vasiyetnamenin ancak bir kayıt olarak bulunabileceğini savunan görüş için, bkz. **EGGER**, Andreas: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, İkinci Kısım (Tüzel Kişiler), çeviri: Volf Çernis, Ankara, 1947, s. 160; **ÖZSUNAY**, s. 400; Doktrindeki diğer bir görüş tarafından ise, İMK m. 81/1 ve TMK m. 102/1 hükümleri birlikte incelendiğinde, İsviçre doktrininde kabul edildiği gibi, miras sözleşmesinde yer alan iki taraflı bağlayıcı bir kayıt yoluyla vakıf kurmanın mümkün olması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **UYAN**, Gök-türk: “Miras Sözleşmesinde İki tarafı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, İstanbul, 2007, s. 328; Özellikle, 2006 yılında yürürlüğe giren 08.10.2004 tarihli İsviçre Vakıf Hukuku Revizyonu Kanunu’nda İMK m. 81/1 hükmünün, “*Vakıf, bir resmi senetle veya bir ölüme bağlı tasarrufla kurulur*” şeklinde revize edilmesiyle karşılıklı bağlayıcı kayıt ile vakıf kurulmasının mümkün olduğu görüşü daha güçlü olarak ifade edilmeye başlanmıştır. İMK md.81/1 hükmü revizyondan önce, “*Kuruluş, bir resmi senetle veya bir vasiyetname ile gerçekleştirilir*” şeklindeydi. İsviçre doktrininde savunulan bu görüş hakkında ayrıntılı izah ve bilgi için, bkz. **KUNZL**, Hans Rainer: Stiftungen und Nachlassplanung, Die Stiftung in der Juristischen und Wirtschaftlichen Praxis (Hrsg. Riemer), Zürich, 2001, s.8; **SCHMID**, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich, 2001, s. 277 (Nakleden, bkz. **UYAN**, s. 328).

⁷ **ÖZSUNAY**, s. 400; **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 354; **DEMİRSATAN**, Barış, “Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve TMK m. 103/II Hükmünün İşlevi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 338; Vakfın kurulmasında, hukuka veya ahlaka aykırı ve anlamsız veya üçüncü kişileri rencide edici şart ve mükellefiyetler içeren ölüme bağlı tasarruflar TMK m. 515 (İMK m. 482, eMK m. 462) hükmü uyarınca geçersiz olacaktır. Bkz. **EM**, Ali, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 27.

⁸ **İŞERİ**, Ahmet: Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis), Ankara, 1968, s. 123; **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 687; **OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Baskı, İstanbul, 2020, s. 427; Doktrinde, vakfedenin sağlığında hüküm ifade etmek üzere kurulan vakıflarda resmi senedin düzenlenmesinin ardından, iradenin geri alınmayacağı savunulmuştur. Bu yazarlarca, VY m. 5/3 hükmü görüşlerine dayanak gösterilmiştir. Bkz. **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 456-457; **ÖĞÜZ**, s. 39; **ERDOĞAN**, İhsan / **KESKİN**, Dilşad: Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), 2. Baskı, Ankara, 2019, s.386.

hükümleri ile bağlı olmaları nedeniyle böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁹.

Resmi senet (vakıf senedi) 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 89 ve Vakıflar Yönetmeliği (VY) m. 4 hükümlerine göre, noter tarafından “*resen düzenleme*” kuralına uyularak hazırlanmalıdır¹⁰. Bu nedenle önceden hazırlanmış olan ve sonrasında noterde onaylanan vakıf senedi geçerli değildir. Doktrinde *İşeri*, vakıf kurma işleminin kanun koyucu tarafından şekle bağlanmış olmasının temel amacının, “*vakfedenin iradesinin tam olarak tespit edilebilmesi düşüncesi*” olduğunu savunmuştur¹¹. Alman hukukunda; vakıf, eğer vakfedenin sağlığında hüküm ifade edecek şekilde kurulmuş ise yazılı şekle tabidir (BGB m. 81/1). Ancak ölüme bağlı tasarruf ile kurulacak ise, bu tasarrufların dâhil olduğu şekil şartına tabi olacaktır (BGB m. 83)¹².

Vakfeden veya vakıf kurucusu ise, TMK m. 102/1 hükmünden hareketle vakfın kuruluşunda mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülendiğini (tahsis ettiğini) resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufla beyan eden kişi olarak tanımlanabilir¹³. Vakfeden TMK m. 101 hükmünde açıkça belirtildiği üzere gerçek veya tüzel kişi olabilir¹⁴.

⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 427-428.

¹⁰ POLAT, Fatma Şeyda, Türk Medenî Kanununa Göre Kurulan Yeni Vakıfların Kuruluşu ve İşleyişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 76; Y. 8. HD, 30.03.2017, E. 2017/8998, K. 2017/4764 (HELVACI, Serap / KOCABAŞ, Gediz: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları-Yargıtay Kararları ile Çözümlü, 12. Baskı, İstanbul, 2019, s. 135): “1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 89’uncu ve Vakıflar Yönetmeliği’nin 5’inci maddelerinde resmi vakıf senedinin noterde resen düzenleme şeklinde hazırlanması gerektiği hükme bağlanmıştır”; ULUÇ, Yusuf, Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 682-683.

¹¹ İŞERİ, s. 69-70; Benzer doğrultuda görüş ve vakıf senedinin şekle bağlılığı hakkında ayrıntılı açıklama için, bkz. ULUÇ, s. 681-682.

¹² İŞERİ, s. 70.

¹³ İKİZLER, Metin: “Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 166.

¹⁴ AKINTÜRK, Turgut, Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 1968, s. 143; İKİZLER, Metin / KURBAN, Yasin, Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara, 2020, s. 103; HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 139-140; Vakıf kurma işlemi gerçek kişi tarafından sağlar arası işlemle kuruluysa, kurucuda TMK m. 10 hükmündeki tam fiil ehliyeti aranmalıdır. Bkz. HATEMİ, Kişiler Hukuku, s. 129; Sınırlı ehliyetliler de TMK m. 429 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla yasal danışmanın onayı veya izniyle vakıf kurabilirler. Temyiz kudretini

Vakıf, ikametgâhının bulunduğu asliye hukuk mahkemesi bünyesinde tutulan sicile tescil edilmek suretiyle tüzel kişilik kazanır¹⁵. İsviçre’de ise vakıf İMK m. 81/2 hükmü uyarınca ticaret siciline tescil edilmek suretiyle kurulur¹⁶. Tescil ile birlikte gerçekleşen vakıf, vakfedenin kişiliğinden ayrılmakta ve mal topluluğu niteliğinde bir tüzel kişi ortaya çıkmaktadır¹⁷. Belirtmeliyiz ki, kural olarak vakıf senedi değiştirilemez¹⁸. Ancak istisnai olarak bu makalenin konusunu oluşturan TMK m. 107/1-2 hükmündeki haller ile makalenin sınırlarının aşılması hassasiyeti bakımından başka bir çalışmaya bırakılan TMK m. 112 ve TMK m. 113 hükümlerinde düzenlenen hallerde genel kuralın dışına çıkılabilir. Şöyle ki, TMK m. 112 düzenlemesinde haklı bir neden varsa mahkeme, diğerinin yazılı görüşünü alarak vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir. Ayrıca, mahkeme, denetim makamının başvurusu üzerine, duruşma yaparak yöneticileri görevden alabilir ve vakıf senedinde başka bir hüküm yoksa yenisini seçebilir. TMK m. 113 hükmüne göre ise, durum ve koşullardaki değişimler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş ise mah-

haiz ve 15 yaşını doldurmuş sınırlı ehliyetsizler ancak vasiyetname ile vakıf kurabilirler. Bkz. ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 391.

- ¹⁵ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011, s. 455; AYKUL, Ömer, Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara, 2022, s. 47-48; KOÇOĞLU, Safa, Vakıfların Kuruluşu İşleyişi ve Sona Ermesi, İstanbul, 2022, s. 34-35; EGE, Önder, “Genel İtibariyle Vakfın Unsurlar ve Vakıfta Amaç”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 196, 2022, s. 26; Vakıf kurma ehliyeti ve genel olarak vakfın kuruluş şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler-Vakıflar, İstanbul, 1982, s. 382-386; KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku-Aile Hukuku (1-3. Kitaplar), İstanbul, 1970-1971, s. 392-397; OCAK, Nazmi: “Vakıf Çeşitleri ve Ticari İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, C. 5, 1996, s. 238-239; ERDOĞAN / KESKİN, s. 384-385.
- ¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. EGGER, s. 163; Anglo-Sakson hukukundaki uygulama için bkz. POWELL, W. Walter / STEINBERG, Richard: The Nonprofit Sector: A Research Handbook, Second Edition, Yale- New Haven, 2006, s. 1-9.
- ¹⁷ BALLAR, Suat, Vakıflar Sözlüğü, 2. Baskı, İstanbul, 2018, s. 561.
- ¹⁸ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 167.

keme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını maddede belirtilen usuller doğrultusunda değiştirebilir¹⁹.

Bu makale TMK hükümlerine göre kurulan yeni vakıfların vakıf sentlerinde noksanlık bulunduğu TMK m. 107 hükmü doğrultusunda yapılabilecek değişiklikler ile ilgilidir. Bu bakımdan eski vakıflar makalenin kapsamı dışındadır. 1926 yılında kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminden itibaren kurulan vakıflara yeni vakıflar adı verilir. TMK hükümleri öncelikle yeni vakıflara uygulanır. Nitekim VK m. 5: “Yeni vakıflar; Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler” diyerek bu durumu belirtmiştir²⁰.

I. VAKIF SENEDİ VE UNSURLARI

A. Vakıf Senedi

1. Genel Olarak

Vakfedenin sağlığında vakıf kurma iradesini beyan ettiği belge vakıf senedi veya resmi senet (*publicdeed-foundationdeed*) olarak ifade edilir²¹.

¹⁹ TMK m.112 ve m. 113 hükümlerinde belirtilen istisnai haller bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **AKBULUT**, Pakize Ezgi: Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilme İkinci Baskı, İstanbul, 2022, s. 155 vd.; Vakıfta amacın değiştirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SARIKAYA**, Murat: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi”, *Inonu University Law Review*, C. 12, S. 2, 2021, s. 602-609; Ayrıca TMK m. 107, m. 112 ve m. 113 bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 165-208.

²⁰ Eski ve yeni vakıf kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **İŞERİ**, Ahmet: “Medeni Kanun’dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev’ileri ve Hukuki Mahiyetleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 1964, s. 199-280; **BERKİ**, Ali Himmet: “Vakıfların Hukuk ve Tarih Bakımından Kıymeti”, *Vakıflar Dergisi*, S. 6, 1965, s. 5-7; **ERGÜN**, Ömer: *Danıştay İçtihatlarında Eski Vakıfların Konumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, s. 1; **AKYILDIZ**, Ali: *Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1997, s. 1-2; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 167; **İKİZLER / KURBAN**, s. 44 vd. Bu arada doktrindeki bir görüş tarafından yeni vakıflar kavramı eleştirilmiştir. Bkz. **DURRAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan: *Türk Özel Hukuku*, Cilt: II, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2021, s. 343.

²¹ Vakıf senedi hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. **ÖZSUNAY**, s. 400 vd.; **AKÜNAL**, Teoman: *Türk Medeni Hukuku’nda Tüzel Kişiler*, İstanbul, 1995, s. 128-129; **BALLAR**, Suat: *Yeni Vakıflar Hukuku*, Cilt: 1, 6. Baskı, İstanbul, 2020, s. 712-114; **ÖZTAN**, s. 123; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 167; **İKİZLER / KURBAN**, s. 103; Vakıf senedi eski dönemlerde “*vakfiye*” olarak da adlandırılmaktaydı. Bkz. **GÜNERİ**, Hasan: *Türk*

5737 sayılı Vakıflar Kanunu (VK) m. 3 hükmünde vakıf senedi kavramı tanımlanmıştır. Buna göre vakıf senedi, “*mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi*”, ifade eder. TMK m. 106 (eMK m. 75) hükmüne göre, vakıf senedinin zorunlu unsurları (*Essentialia Negotii*); vakfın adı (ismi), amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri olarak belirtilmiştir²². (VY) m. 3/y hükmünde de vakıf senedinin içeriği ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır²³. TMK m. 107 (eMK m. 77) hükmü ise vakıf senedindeki noksanlıklar ile ilgilidir.

2. Vakıf Senedinin Hukuki Niteliği

Mal topluluğu niteliğinde olan ve sağlar arası işlemle veya ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıfların ana statüsü resmi senet olarak da adlandırılan vakıf senedir²⁴. Nasıl dernek için tüzük ana statüyü belirliyor ise vakıf tüzelkişiliğinde de vakıf senedi aynı şekilde ana statüyü belirler. Bu yüzden vakıf senedini tıpkı derneğin tüzüğü gibi vakfın anayasası olarak da adlandırmak mümkündür²⁵. Ana Statü kavramı *İkizler* tarafından şöyle tanımlanmıştır: “*Tüzel kişinin amacını, bu amacı nasıl bir örgütte ve ne şekilde gerçekleştireceğini, varlığını ne şekilde devam ettireceğini düzenleyen, kurucular arasında konulup üzerinde tasarruf yetkisi sonradan tüzel kişiye ait olan,*

Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976, s. 6.

²² ÖZSUNAY, s. 400-401; AKÜNAL, s. 129; EGE, s. 29; EM, s. 26.

²³ VY m. 3/y hükmüne göre vakıf senedi; “*mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, adını, amacını, bu amaca özgülenen mal ve hakları, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yerini içeren belgeyi*”, ifade eder.

²⁴ AKBULUT, s. 59.

²⁵ ÖZTAN, *Tüzel Kişiler*, s. 124-125; İKİZLER / KURBAN, s. 154; İKİZLER, *Metin: Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği, Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi*, Ankara, 2012, s. 63; KABOĞLU, Ö. İbrahim: *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, s. 78; “*Tüzükler, siyasal partilerin anayasalarıdır. Anayasalar, rejimlerin; tüzükler ise partilerin kimliklerini ortaya koyan temel belgelerdir. Uygulanmayan anayasaların yol açtığı trajik sonuçlar ne ise, tüzüklerin rafa kaldırılmasının yol açacağı siyasi sonuçlar da -neredeyse- aynıdır. Standardı yüksek tüzüklerin yapılması kadar ve hatta daha çok onların uygulanması önemlidir.*” Bkz. İYİ-MAYA, Ahmet: “*Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi-Türk Pozitif Hukuku Yönünden Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 61, 2005, s. 241; Dernek tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. ÖZSUNAY, s. 137-138.

bağlayıcı kurallar bütünüdür"²⁶. Vakfeden vakıf kurmaktaki amacını ve bu amaç için özgülediği mal varlığını ana statü niteliğini haiz vakıf senedinde belirtir²⁷. Bu nedenle *Serozan*'a göre vakıf senedi aslında kendine özgü (nevi şahsına münhasır) bir tüzük niteliğindedir²⁸. Bu çerçevede, vakıf tescil edilip, bağımsız bir tüzel kişilik kazandıktan sonra vakıf senedinin artık objektif hukuk normu²⁹ olarak kabul edilebileceği doktrinde savunulmuştur³⁰.

Vakıf kurma işlemi ile vakıf senedi kavramları çoğu kez aynı anlamda kullanılır³¹. Ancak dar anlamda vakıf kurma işlemi ile vakıf senedi kavramları aynı anlama gelebilecekken, geniş anlamda vakıf kurma işlemi; vakıf senedini de kapsayan vakfedenin tek taraflı irade beyanını ifade eder³². Vakıf kurma işleminin esaslı içeriğini oluşturan vakfın amacı ve bu amaca özgülünen hak ve alacaklardan oluşan mal varlığı diğer zorunlu unsurlar ile birlikte vakıf senedinde noksansız olarak yer almalıdır³³. Vakfı oluşturan malvarlığı değerleri vakıf senedinde açıklanan amaca özgülünmüştür³⁴. Bu unsurların belirlenmesi başkasına veya vakıf organına bırakılamaz ve yönetmelik ile de belirlenemez³⁵. Vakfeden veya

²⁶ İKİZLER, İlkeli Kişilik, s. 68; İKİZLER / KURBAN, s. 154.

²⁷ AKBULUT, s. 59.

²⁸ SEROZAN, s. 455.

²⁹ Hukuk normu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TROPER, Michel, Hukuk Felsefesi, çev. Işık Ergüden, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 70 vd.

³⁰ HATEMİ, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul, 1969, s. 159; İKİZLER, İlkeli Kişilik, 82.

³¹ Vakıf senedi ile vakıf kurma işleminin aynı anlamda kullanılmasının nedeni, vakıf kurma iradesinin vakıf senedi ile cismani olmasıdır. Ayrı ele alındığında ise, vakıf kurma işleminin irade ve senet olarak iki farklı hususu barındırmakta olduğu, vakıf senedinin ise amaç, mal ve örgütlenme unsurlarını içerdiği kabul edilir. İsviçre ve Türk hukukunda vakıf senedi, genellikle hukuki işlemin bir unsuru veya içeriği anlamında kullanılır. Bkz. AKSOY DURSUN, Sanem: Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi, İstanbul, 2021, s. 179; İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, hem vakıf senedi (*Stiftungsurkunde*), hem de vakıf kurma işlemi (*Stiftungsgechhaft*) ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, s. 354-355; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 425; AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 179.

³² AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 178.

³³ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007, s. 31.

³⁴ SARIKAYA, s. 604.

³⁵ AKBULUT, s. 60.

vakfeden tarafından belirlenen vakfın yetkili organı tarafından hazırlanan vakıf yönetmeliği (*Stiftungsreglement-StandingOrders of Foundation*) zaten vakıf senedinin uygulanmasına yönelik düzenlemeler içeren bir belge olup, vakıf senedi temel alınarak hazırlanır³⁶. İsviçre hukukunda yönetmelik, kanunların uygulanmasına yönelik çıkarılan düzenlemelere benzetilir³⁷. Vakıf senedi, *Serozan*'ın tabiri ile “*vakfedenin diktesini ve diktasını*” cisimleştirir³⁸. Dernekte ise üyeler demokrasisi çerçevesinde derneğin üyeleri yol haritasını belirlerler³⁹. Kural olarak vakıf senedinin ve vakfın amacının değiştirilmesi mümkün değildir⁴⁰.

3. Vakıf Senedinin Yorumlanması

Tartışmasız olarak vakıfta esas olan vakfedenin iradesi olup, vakıf kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla vakfedenin serbest iradesinin bir sonucu olarak varlık, bir başka ifade ile tüzel kişilik kazanır⁴¹. Böylelikle, vakfeden vakfın amacını, özgülünen mal varlıklarını ve vakfın örgütünü belirlerken hukuk düzeni içinde tam bir serbestiye sahiptir⁴². Vakfeden gerek sağlığında resmi senetle, gerek ise ölüme bağlı tasarrufla gerçekleştirdiği vakıf kurma işleminde iradesini yansıttığı vakıf senedinin yorumlanması, kural olarak vakfedenin iradesi esas alınarak gerçekleştirilmelidir (irade kuramı)⁴³. Bu yorumun hukuki dayanağı TBK m. 18 hükmüdür.

³⁶ Vakıf yönetmeliğini ifade etmek üzere İsviçre hukukunda genel olarak “*Stiftungsreglement*” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **AKBULUT**, s. 60.

³⁷ Bkz. **AKBULUT**, s. 60; İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında vakıf örgütünün yönetmelik ile düzenleneceğine bir hüküm olmamasına karşın İsviçre ve Türk vakıflar hukukunda vakıf yönetmeliğine uygulamada yer verilmektedir. Bkz. **EGGER**, s. 161; **VELİDEDEOĞLU**, s. 269; Yönetmeliğin vakıf senedinde ifadesini bulan vakfedenin iradesinin yerine getirilmesi anlamına geldiği yönündeki görüş için bkz. **İŞERİ**, Vakıf, s. 145-146.

³⁸ **SEROZAN**, s. 455.

³⁹ **SEROZAN**, s. 455.

⁴⁰ **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 695.

⁴¹ Y. 18. HD. 22.12.2003, E. 2003/7393, K. 2003/10204 (Sinerji İçtihat Programı): “*Vakıf hukukunda asıl olan, kurucu iradenin yani vakfedenlerin başvurusu üzerine tesciline karar verilen vakıf senedinin, vakfın amaç ve faaliyetlerini düzenleyen ve kurucular ile daha sonraki yöneticileri ve ilgilileri bağlayan hükümlerinin muhafazası ve mümkün olduğunca devamının sağlanmasıdır*”.

⁴² **AKBULUT**, s. 64.

⁴³ **BAYGIN**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 570; **AKSOY DURSUN**, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bir başka ifade ile vakıf senedinin yorumunda vakfedenin objektif koşullarda sübjektif amacı ön planda tutulur ve muhatabın vakıf senedinden ne anladığının pek bir önemi yoktur⁴⁴. Örnek olarak, vasiyetname ile vakıf kurma irade beyanına yönelik yorum yaparken irade kuram gereğince beyan sahibinin iradesi esas alınarak yorum yapılır⁴⁵. Kanaatimizce vakıf senedinin yorumu da bu esaslar çerçevesinde olmalıdır⁴⁶. Belirtmeliyiz ki, korunması gereken bir muhatabın bulunması dolayısıyla miras sözleşmesi ile vasiyetname arasında irade prensibinin uygulanması açısından fark söz konusu olsa da, miras sözleşmesi ile bir vakıf kurulduğunda miras sözleşmesinin bu kısmı vasiyetname olarak kabul edileceğinden, yorum yapılırken irade prensibi uygulama alanı bulacaktır⁴⁷.

Vakıf senedinin yorumlanması oldukça önemlidir. Özellikle vakfın amacının değiştirilmesinde vakıf senedinin yorumlanması, bu değişikliğin mümkün olup olmaması açısından önem taşımaktadır⁴⁸.

B. Vakıf Senedinin Unsurları

1. Genel Olarak

TMK m. 106 hükmünde; *“vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülünen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir”*, düzenlemesi ile vakıf senedinin unsurları sayılmaktadır. VK m. 3 hükmüne göre ise vakıf senedi; mülga eMK ile TMK hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi ifade etmektedir. Diğer yandan, 21.08.1970 tarihli 13586 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük m. 4 hükmünde ise, *“vakıf senedinde, vakfın gayesi, uzuoları, bu gayeye tahsis edilen mallar ve haklar, vakfın teşkilatı, ikametgâhı ve ismi gösterilir”* düzenlemesi yer almaktadır. Böylelikle, resmi senet olarak düzenlenmesi gereken vakıf

tesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 319; Y. 18. HD. 14.03.2005, E. 2005/1444, K. 2005/2228; 18. HD. 22.09.2011, E. 2011/8009, 2011/9095 (e-uyar İçtihat Programı).

⁴⁴ ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 125; Bkz. Y. 18. HD, T. 21.3.2005, E. 2004/9870, K. 2005/2532 (Kazancı İçtihat Programı).

⁴⁵ BAYGIN, s. 64; AKSOY DURSUN, Ölümüne Bağlı, s. 319-320.

⁴⁶ Ölümüne bağlı tasarruflardan farklı olarak, borçlar hukuku sözleşmelerinde ise irade kuramına göre değil, güven kuramına dayanarak bir irade beyanının varlığı kabul edilmektedir. Bkz. AKSOY DURSUN, Ölümüne Bağlı, s. 319.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için, bkz. AKSOY DURSUN, Ölümüne Bağlı, s. 319-320.

⁴⁸ GÜNERİ, s. 85; ULUÇ, s. 708.

senedinde; vakfın amacının, özgülünen mal varlığı değerlerinin, örgütünün, ikametgâhının ve isminin yer alması zorunluluğu hususu mevzuatta TMK, VK ve Vakıflar Tüzüğü hükümlerinde belirtilmiştir⁴⁹. Öte yandan, vakıf senedinin içeriğinde yer alan bu hususlar, vakfın ölüme bağlı tasarrufla kurulması halinde vasiyetname metninde de bulunması gerekmektedir⁵⁰.

2. Vakıf Senedinin Zorunlu Unsurları

a. Amaç Unsuru

Vakıf senedinin zorunlu unsurlarının TMK m. 106 hükmü ve yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, “*vakfın amacı, özgülünen mal varlığı değerleri, örgüt yapısı, ikametgâhi ve ismi*” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu zorunlu unsurlara kısaca değinmekte fayda var.

Vakfın amacı; vakfın özünü veya hukuki yazgısını oluşturur⁵¹. Nitekim vakfeden vakıf kurma iradesini belirli bir amaç doğrultusunda oluşturur ve mal varlığını bu amaca özgüler⁵². *Öztan*'a göre vakfın amacını, vakıf kurma serbestisinin sınırları içinde kalmak kaydıyla, kendisine ulaşmak için vakfın mallarının harcandığı hedef olarak tanımlamak mümkündür⁵³. TMK m. 101/1 hükmünde vakfın amacının belirlenmesinde soyut bir çerçeve çizilmiştir. Bu doğaldır, çünkü Türk hukukunda vakıf kurma özgürlüğü temelinde amacın vakfeden tarafından serbestçe belirlenmesi ilkesi temel alınmış olup, bu durum aslında temsili ve katılımcı bir demokratik hukuk devleti yapısının bir tezahürüdür⁵⁴. TMK m.

⁴⁹ HATEMİ, s. 217-218; AKÜNAL, s. 129; ÖĞÜZ, s. 31; ULUÇ, s. 688; KOÇOĞLU, s. 58; AKBULUT, s. 71.

⁵⁰ HATEMİ, s. 217-218; AKÜNAL, s. 129; ÖĞÜZ, s. 31; KOÇOĞLU, s. 58; AKBULUT, s. 71.

⁵¹ ÖZSUNAY, s. 387; Benzer tanımlar için bkz. İŞERİ, Vakıf, s. 33; AKBULUT, s. 72; KOÇOĞLU, s. 60; EGE, s. 30.

⁵² AKBULUT, s. 72; EGE, s. 31; Bkz. 18. HD. 29.03.2010, E. 2010/2605, K. 2010/4770 (ARİDEMİR, Arzu: “Vakfın Amacının Değiştirilmesine İlişkin Hukuki Sorunlar ve Yargıtay’ın Bakışı”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt: III, ENGİN, Baki İlkay (editör), İstanbul, 2021, s. 39): “*Kurulmuş olan bir vakfın özgülendiği amaç doğrultusunda varlığını sürdürmesi ve yönetim organlarınınca da bu amacın gerçekleştirilmesi esastır. Vakfeden tarafından kuruluş senedinde belirlenen vakfın amacı, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınınca değiştirilemez*”.

⁵³ ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 120-121.

⁵⁴ EGGER, s. 156-157; KÖPRÜLÜ, s. 398; ÖZSUNAY, s. 361; AKÜNAL, s. 119; ÖZTAN, s. 120; KOÇOĞLU, s. 60-61; AKBULUT, s. 72.

101/son hükmü ise; “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz” düzenlemesi ile amacın yasal sınırlarını çizmektedir. Bu çerçevede vakfın amacının; “belirli”, “sürekli”, “TMK m. 101/son hükmüne aykırı bulunmaması” ve “imkânsız olmaması” gerekmektedir⁵⁵. Bu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla irade özgürlüğü ilkesi gereğince vakfa müdahale olmamalıdır⁵⁶.

TMK amacın belirliliğinden bahsetmiş, ancak bunun ne anlama geldiğini izah etmemiştir. Amacın belirli olmasından kast edilen, vakfedenin mallarını özgülediği amacın gerek doğrudan, gerek ise yorum yoluyla dolaylı olarak vakıf senedinden hiçbir tereddütte mahal vermeyecek şekilde anlaşılmasıdır⁵⁷. Örneğin “hayır işleri” gibi genel ve muğlak bir amaç için gerçekleştirilen vakıf kurma işlemi tüzel kişilik kazandırmayacaktır⁵⁸. Ancak, amacın belirliliği ile amacın çokluğu kavramları kararlaştırılmamalıdır. Amaç belirli olup birden çok veya aşamalı olabilir. Derneklerde var olan amacın teklifi ilkesi vakıflar için söz konusu değildir⁵⁹.

Türkiye’de vakıflar genellikle kamu yararı, eğitim, sosyal güvenlik, sağlık, kültür, spor gibi amaçlara yönelik olarak kurulmaktadır⁶⁰. Bir vakfın ideal amacını gerçekleştirmek için ticari faaliyette bulunması mümkün olabilir, ancak bu konu doktrinde tartışmalıdır. Örneğin, Öğüz’e göre tüzel kişiler alanındaki “*numerus clausus*” ilkesi, vakıfların ticari işletme işletmek için kurulmalarına engel teşkil etmektedir⁶¹.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, s. 391; GÜNERİ, s. 54; İŞERİ, s. 37; ÖĞÜZ, s. 32, ARIDEMİR, s. 38, DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 24-25; SARIKAYA, s. 604.

⁵⁶ Vakıf senedinin içeriği hukuk düzeninin sınırları içinde vakfeden tarafından serbestçe belirlenir. Bkz. ARIDEMİR, s. 39; İsviçre ve Alman hukukundaki yaklaşımlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. İKİZLER, İlkeli Kişilik, s. 105; EGE, s. 33.

⁵⁷ EGGER, s. 156-157; İŞERİ, Vakıf, s. 35; ÖZSUNAY, s. 387; AKÜNAL, s. 118-119; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 121-122; BALLAR, Vakıflar Hukuku, s. 549-550; ARIDEMİR, s. 39.

⁵⁸ BALLAR, Vakıflar Hukuku, s. 549; KÖPRÜLÜ, s. 399.

⁵⁹ Doktrinde Köprülü tarafından belirtildiği üzere, çoklu amaç güden vakıflara “karma vakıflar”, “*fondation mixtes*” adı verilir. Bkz. KÖPRÜLÜ, s. 399.

⁶⁰ İKİZLER / KURBAN, s. 119; AKBULUT, s. 72.

⁶¹ Bkz. ÖĞÜZ, s. 37; Hatemi de benzer doğrultuda görüş ortaya koymuştur: “Kanun koyucunun vakıf anlayışı iktisadi amaçlı vakıfların olması veya kurulması ile bağdaşmamaktadır”. Bkz. HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2020, s. 124; Ayrıca

b. Mal Varlığı Unsuru

Mal vakfın tüzel kişilik kazanması için önemlidir, çünkü ortada mal yoksa vakıf da yoktur. Diğer bir ifade ile böyle bir vakıf tescil edilemez⁶². Vakıf tüzel kişiliği belir bir amaca yönelmiş mal topluluğu olduğuna göre vakfa özgülenen mal varlığının vakıf senedinde açıkça gösterilmesi gerekmektedir. TMK vakfa özgülenen mal varlığı değerlerini oldukça geniş olarak belirtmiştir⁶³. Şöyle ki, TMK m. 101/2 hükmüne göre, bir mal varlığı tamamen veya kısmen özgülenebileceği gibi, taşınır veya taşınmaz mallar, hak ve alacaklar, fikri ve sınai haklar ve sınırlı aynı haklar da özgülenebilir, yani tahsis edilebilir⁶⁴.

TMK m. 101 hükmündeki tanımdan anlaşılacağı üzere, vakfın kurulması sadece mal ve hakların özgülenmesi ile değil, “yeterli” mal ve

bkz. İKİZLER / KURBAN, s. 122; HATEMİ, Hüseyin: “Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukuku’nda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14,1977, s. 85; Türk doktrininde aksi görüşte olan bazı yazarlar ise TMK hükümlerinde derneklerde olduğu gibi vakıfların ticari veya diğer bir tabirle iktisadi amaçla kurulamayacağı dair açık bir hüküm bulunmaması dolayısı ile vakıfların ideal amaç dışında iktisadi amaç esaslı olarak kurulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 1999, s. 709; AKİ PEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 673; GÜNERİ, s. 46-47; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 416; AKINTÜRK, s. 143; Doktrindeki bir başka görüş ise, Danıştay 12. Dairesinin 1973 tarihli bir kararını emsal göstererek mevcut olan hukuk sisteminde iktisadi amaç güden vakıfların kurulabileceğini, ancak olması gereken hukuk bakımından bunun yasal düzenleme ile önlenmesinin vakıf müessesesinin ruhuna uygun olacağını ifade etmiştir. Bkz. OCAK, s. 247; Danıştay, 12. D., 21.05.1973, E. 1972/234, K. 1973/1550 (Kararı ilk kez yayımlayan, bkz. GÜNERİ, s. 46).

⁶² Y. 6. HD, 05.02.1980, E. 1980/6848, K. 1980/892 (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 410).

⁶³ TMK m. 101/2 hükmü; “Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir”, düzenlemesi içermektedir.

⁶⁴ Vakıf senedinde yer alması gereken zorunlu unsurlardan olan mal varlığı değerleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. EGGER, s. 158; İŞERİ, Vakıf, s. 62 vd.; ÖZSUNAY, s. 394 vd.; ÖZTAN, Tüzel Kişiler, s. 119-120; ÖZTAN, Temel Kavramlar, s. 388; ÖĞÜZ, s. 49-50.

hakların özgülenmesiyle gerçekleşir⁶⁵. Vakıfların kuruluşunda amaçlarına özgülenecek asgari mal varlığı, VK m. 5 ve VY m. 111/ğ hükümleri gereğince her yıl güncellenmektedir⁶⁶. Her ne kadar, Vakıflar Meclisi tarafından asgari malvarlığı değeri belirleniyorsa da, vakfın kuruluşunda mal varlığı değerinin yeterliliği vakfın amacına göre belirleneceğinden dolayı, kesin bir asgari değer belirlemek mümkün değildir. Kanaatimizce, asgari malvarlığı değeri olarak sabit bir rakamın her yıl Vakıflar Meclisi tarafından belirlenmesi uygulaması hayatın olağan akışıyla bağdaşmamaktadır.

İsviçre hukukunda, vakfın mal varlığının türü ve kapsamı genellikle vakfeden tarafından serbestçe belirlenebilmektedir. Kesin bir asgari değer belirlenmiş değildir. Nakit paranın yanı sıra, değeri olduğu sürece taşınmazlar, menkul kıymetler, alacaklar veya NFT'ler⁶⁷ özgülenmesi mümkündür. Ancak varlıkların vakfın amacını gerçekleştirmesi için yeterli olması gerekir. Federal Vakıf Denetleme Otoritesi'nin (ESA) uygulaması, 2023 yılı itibari ile 50.000 CHF tutarında bir "eşik" aranması doğrultusundadır. Ancak bu belirlenen eşikten daha düşük bir malvarlığı değeri ile İsviçre'de bir vakıf tescil edildiği vakit, denetim makamı tarafından vakfın amacını gerçekleştirmeye yönelik yeterli malvarlığı değerinin ikmal edilmesi için vakfa belirli bir süre verilir⁶⁸. Elbette ki, vakfedenin vakfın mal varlığını daha sonra artırması veya üçüncü kişilerin bağış yoluyla vakfın mal varlığını katkı sağlamaları ile yeterli malvarlığı eşığının sağlanması mümkündür⁶⁹.

⁶⁵ Y. HGK, 30.03.2016, E. 2014/18-1108, K. 2016/440 (HELVACI / KOCABAŞ, s. 135); Y. HGK, 11.02.2004, E. 2004/18-52, K. 2004/68 (BALLAR, Vakıflar Hukuku, s. 626); Y. 18. HD. 07.03.2013, E. 2013/12388, K. 2013/3192 (e-uyar İçtihat Programı).

⁶⁶ Örneğin, Vakıflar Meclisinin 14.11.2022 tarihli ve 546/530 sayılı kararı ile 2023 yılı için özgülenecek asgari mal varlığı değeri 120.000-TL olarak belirlenmiştir. <https://www.vgm.gov.tr/asgari-kurulus-mal-varligi/erişim tarihi: 30.10.2023>.

⁶⁷ NFT (Non-Fungible Token), "değiştirilemeyen token" veya "takas edilemeyen para" olarak tercüme edilebilir. NFT belirli bir maddi değeri olan dijital varlıklardır.

⁶⁸ BRUGGER, Lukas: Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in Onlinekommentar zum Zivilge setzbuch-Version, Guggi, Nils-von Orelli, Lukas (editör), 27.04.2023: <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/zgb80> (erişim tarihi: 01.11.2023).

⁶⁹ GRUNINGER, Harold: Vorbemerkung zu Art. 80 ZGB und Kommentierungen zu Art. 80, 87 und 335 ZGB, in Basler Kommentar, GEISER Thomas-FOUNTOULAKIS Christiana (edt.), Basel, 2018, N. 7.

Türk vakıflar hukuku uygulamasında vakfın amacı için özgülünen mal varlığı değerinin yeterli olup olmadığı araştırılırken mahkemeler genellikle bilirkişi incelemesine başvurumaktadırlar. Bilirkişi incelemesi ise mahkemece vakıf hakkında verilecek tescil veya ret kararına esas teşkil etmektedir. Ancak doktrinde, amacını karşılması imkânsız malvarlığı değerlerini haiz vakıfların kurulmasına mahkemeler tarafından fırsat verildiğine yönelik eleştiriler de mevcuttur⁷⁰. Ayrıca, asgari malvarlığı değerinin, vakfın amacını gerçekleştirebileceği veya gerçekleştiremeyeceği dava dilekçesi ve eklerindeki belgelerden açıkça anlaşıldığı durumlarda bilirkişi incelemesine gerek olmadan, mahkemece delillerin özenli bir şekilde değerlendirilmesi sonucunda tescil talebinin kabulüne veya reddine karar verilmelidir. Şüphesiz ki, hâkim, bilirkişi incelemesini serbestçe değerlendirmek suretiyle yapacağı yoruma göre kararını vermekle görevlidir⁷¹.

Vakfa özgülünen malvarlığı değerleri vakıf amacının gerçekleşmesi bakımından yeterli değilse vakfın tescili asliye mahkemesi tarafından reddedilir, dolayısıyla vakıf tüzel kişilik kazanamaz⁷². Ancak Yargıtay'ın da işaret ettiği üzere, mahkeme malvarlığı değerlerindeki yetersizlik nedeniyle vakfın tescilini reddetmeden önce süre yani imkân vermeli ve bu süre zarfında vakfeden tarafından eksik malvarlığının giderilmesi veya giderilememesi neticesine göre hüküm kurulmalıdır⁷³. Şüphesiz ki, para yerine, taşınurlar veya taşınmazlar ya da birtakım hakların özgülünmesi

⁷⁰ “Vakıfta özgülünen mal ve hakların yeterli olup olmadığı amaca göre belirlenecektir. Amacın gerçekleştirilmesi için ne kadar çok kaynak ya da gelir gerekiyorsa mal ve hakkın ya da gelirin de o derece çok olması gerekecektir. Bu yüzden bu konuda önceden kesin bir ölçüt koymak mümkün değildir. Yeterliliğin sağlanıp sağlanmadığına kararı vakfın tescili için başvurulduğunda mahkeme verecektir. Ancak uygulamada, bu özenin gerektiği gibi gösterilmediği ve amacı karşılması olanaksız miktardaki özgülünmelerle vakıf kurulmasına fırsat verildiği görülmektedir”. Bkz. **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 170; Uygulamadaki özensizliğe örnekler için bkz. **BALLAR**, Vakıflar Hukuku, s. 553.

⁷¹ Bkz. AYM, 05.07.2018, E. 2017/20, K. 2018/75; AYM, 19.02.2020, E. 2018/152, K. 2020/11 (Kazancı İçtihat Programı).

⁷² **ÖZTAN**, Temel Kavramlar, s. 391; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171.

⁷³ Y. 18. HD, 28.05.1996, E. 1996/4867, K. 1996/5461; Y. 18. HD, 02.06.2003 T, E. 003/3024, K. 2003/4661 (**İKİZLER**, Vakıf Senedi, s. 171).

yoluyla da eksiklik tamamlanabilir⁷⁴. Vakfa özgülenecek mal varlığı değerlerinin işin niteliği gereği devredilebilir olması gerekmektedir⁷⁵. Üzerinde intifa hakkı bulunan taşınmazın vakfa tahsisi mümkün olamaz, ancak vakıf lehine intifa hakkı kurulabilir ve netice itibarıyla bu husus vakıf senedine işlenir⁷⁶.

c. Vakfın Adı

Vakfın ismi (adı) vakfeden tarafından belirlenir. İsim üzerindeki hak vakıf açısından bir kişilik hakkıdır⁷⁷. Vakıf kurma işlemi bir hukuki işlem olduğundan dolayı vakfın adlandırılması genel olarak hukuki işlemlere hâkim olan kurallar çerçevesinde gerçekleştirilir⁷⁸. Dolayısı ile hukuk düzeninin emredici hükümlerine ve genel ahlaka aykırı olarak vakfın adlandırılması mümkün değildir⁷⁹. Örneğin vakıf bir sendikanın veya üst kuruluşun adını alamaz. Vakıfların ad alması bakımından TMK da özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı 5253 sayılı Dernekler Kanunu (DK) m. 29 hükmü kıyasen uygulanır⁸⁰. Ancak DK m. 28 hükmü⁸¹, TMK' da bu konuda vakıflar ile ilgili bir kısıtlama bulunmadığından kıyasen vakıflara uygulanmaz. Bu doğrultuda, Türkiye, Türk, Milli vs. gibi ibareler vakfın adında hiçbir makamdan izin almaksızın yer alabilir⁸². An-

⁷⁴ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171.

⁷⁵ DURAL / ÖĞÜZ, s. 361.

⁷⁶ ÖĞÜZ, s. 52; DURAL / ÖĞÜZ, s. 361; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 411.

⁷⁷ ÖZSUNAY, s. 68; ZEVLİLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 435; İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 169.

⁷⁸ KOÇOĞLU, s. 58.

⁷⁹ KOÇOĞLU, s. 58.

⁸⁰ DK m. 29: "Derneklerin, mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış veya feshedilmiş bir siyasî partinin, bir sendikanın veya üst kuruluşun, bir derneğin veya üst kuruluşun adını, amblemini, rumuzunu, rozetini ve benzeri işaretleri ya da başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait bayrak, amblem ve flamarları kullanmaları yasaktır".

⁸¹ DK m. 28: "Dernek adlarında; Türk, Türkiye, Milli, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal, Şehit, Gazi kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimeler İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılabilir".

⁸² ÖZSUNAY, s. 401; İŞERİ, Vakıf, s. 80-81; KOÇOĞLU, s. 59; "Vakıflar kamu kurum ve kuruluşlarının adını alamazlar. Bu yasa 2004 tarihli 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'la getirilmiştir. Kanun'dan önce kurulmuş olan vakıflarla ilgili sorunları gidermek için daha sonra 5072 sayılı Kanuna geçici bir madde

cak böyle bir durumda vakfın amacı ülkenin tamamına yönelik olmalıdır⁸³. Örneğin amacı sadece yerelde Mersin'in Tarsus ilçesinin arkeolojik kültür varlıklarını korumak olan bir vakıf, "Türkiye Arkeoloji ve Kültür Varlıklarını Koruma Vakfı" olarak adlandırılmaz. Bunun gibi hallerde Vakıflar Genel Müdürlüğü denetim mercii olarak vakfın adının düzeltilmesi için müdahil olmalıdır⁸⁴. O halde vakfın adı, TMK m. 2 uyarınca (İMK m. 2) objektif iyiniyet ve ahlak kurallarına uygun olarak belirlenmeli ve vakfın gerçek durumunu yansıtmalı, aldatıcı nitelikte olmamalıdır⁸⁵.

d. Vakfın Örgütü ve Yönetim Yapısı

TMK m. 109/1 (İMK m. 83, eMK m. 76) hükmüne göre, "vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur". O halde, TMK hükümlerine göre kurulan vakıfların tek zorunlu organı, yönetim organıdır⁸⁶. Vakıf, TMK m. 49 (İMK m. 54, eMK m. 47) hükmü uyarınca fiil ehliyetini yönetim organının teşkili vasıtasıyla kazanır. Ancak vakfeden dilerse, vakıf senedinde TMK m. 109/2 hükmüne göre yönetime veya temsile yönelik başka organlar belirleyebilir⁸⁷. Böylelikle vakfın fiil ehliyeti kazanması bakımından bu organların da oluşturulması gerekmektedir⁸⁸. Vakıf senedinde vakfın örgüt yapısı da belirtilmelidir. Vakfın örgüt yapısı; organlarını, organlarının görevini, yönetimini ve örgütlenme şeklini kapsar⁸⁹.

Türk hukukunda vakıfların tüzel kişilik kazanmasında tescil sistemi benimsenmiştir. Bu nedenle tescil talebini inceleyen asliye hukuk mahkemesi, zorunlu unsurların tamamlanmış olup olmadığını inceleyecek, vakfın yönetim organı bakımından bir noksanlık gördüğünde tescilden kaçınabilecektir. Böyle bir durum çoğu kez, tüzel kişiliğin, dolayısı

eklenmek suretiyle, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten, yani 29.01.2004 tarihinden önce kurulan dernek ve vakıfların kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili almış oldukları adları kullanma hakları saklı tutulmuştur". Bkz. İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 169.

⁸³ İŞERİ, Vakıf, s. 81; ULUÇ, s. 688.

⁸⁴ İŞERİ, Vakıf, s. 81; ULUÇ, s. 689.

⁸⁵ İŞERİ, Vakıf, s. 80; ULUÇ, s. 688.

⁸⁶ YHGK, 23.10.2022, E. 2022/18-911, K. 2002/856 (Kazancı İçtihat Programı): "Vakıf Senedini asıl organ olan yönetim kurulunun yetkilerini devretmesi ve bu yetkileri başka bir organa kullanılması sonucunu doğuracak düzenleme yapılamaz".

⁸⁷ ULUÇ, s. 689; KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Temel Kavramlar-Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 548.

⁸⁸ AKBULUT, s. 113.

⁸⁹ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171.

ile hak ehliyetinin kazanılamaması neticesini doğuracaktır⁹⁰. Ancak bu hususta, TMK m. 107/1-2 hükmüne göre noksanlığın tamamlanması imkânı bulunmaktadır⁹¹.

Vakfedenin vakfın yönetimini ve örgütünü serbestçe belirleyebilmesi vakıf kurma özgürlüğü ilkesinin bir sonucudur. Ancak belirtmek gerekir ise, bu serbesti vakfın bir mal topluluğu olduğu esasını ihlal etmemelidir⁹².

e. Vakfın İkametgâhı (Yerleşim Yeri)

Vakfın ikametgâhının vakıf senedinde gösterilmesi zorunludur⁹³. İkametgâhın vakıf senedinde bulunmasının zorunluluğu yanında tekliği ilkesi de söz konusudur⁹⁴. Ancak TMK m. 19/3 ve HMK m. 14 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla vakıf şubelerinin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir⁹⁵. Vakfın ikametgâhını öncelikle vakfedenin belirleyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁹⁶. Vakıf senedinde yer alması gereken unsurlar gibi ikametgâh adresi de, eğer vakıf ölüme bağlı tasarrufla kurulmuş ise vasiyetname metninde belirtilmelidir⁹⁷.

TMK m. 51 hükmündeki genel kuraldan yola çıkarak, vakfın ikametgâhı öncelikle, vakıf senedinde gösterilen yönetim merkezi olarak kabul edilmelidir⁹⁸. Vakıf senedinde açık bir şekilde ikametgâh belirlenmiş

⁹⁰ ÖĞÜZ, s. 69.

⁹¹ AKBULUT, s. 113.

⁹² ÖĞÜZ, s. 80; AKBULUT, s. 117.

⁹³ İŞERİ, Vakıf, s. 82; İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171; ULUÇ, s. 690.

⁹⁴ KOÇOĞLU, s. 87.

⁹⁵ ÖZSUNAY, s. 85; ÖZTAN, s. 31; KOÇOĞLU, s. 87; İkametgâh adresinin tekliği ilkesinin vakıf tüzel kişiliğinde istisnasız olarak uygulama alanı bulması gerektiği doğrultusundaki doktrindeki karşıt görüş için bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 198; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 305; ÖĞÜZ, s. 132.

⁹⁶ ÖĞÜZ, s. 31.

⁹⁷ HATEMİ, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 217; AKÜNAL, s. 129; ÖĞÜZ, s. 31.

⁹⁸ TMK m. 51 (İMK m. 56, eMK m. 49): “Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir”; Vakfın ikametgâhı (yerleşim yeri) ile ilgili Yargıtay şu hususları açıkça belirtmiştir. Bkz. Y. 8. HD.,11.05.2017, E. 2017/3054, K. 2017/6907 (www.karararama.yargitay.gov.tr/erişim tarihi: 20.05.2022

“6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. maddesinde; genel yetkili mahkemenin, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu yer-

olmasa dahi, TMK m. 51 hükmü uyarınca; bu noksanlık TMK m. 107 hükmüne göre tamamlanana kadar, vakfın işlemlerinin idare edildiği yer ikametgâh adresi olarak kabul edilecektir⁹⁹. Öte yandan, senet değişikliğini gerektirmeyen aynı ikametgâh bölgesinde yapılacak adres değişikliğinin, VY m. 15(1) hükmüne göre, değişiklik tarihinden itibaren 15 gün içinde vakfın bağlı bulunduğu Vakıflar Bölge Müdürlüğüne bildirilmesi gerekmektedir¹⁰⁰. Vakıf işlerinin veya faaliyetinin yönetildiği yerden, vakfın günlük yönetim işlerinin yürütüldüğü yeri anlamak gerekmektedir¹⁰¹. Vakıf senedinde ikametgâhın gösterilmesi, özellikle vakıf ile ilgili dava ve icra takiplerinde, yetkili merciin belirlenmesi bakımından da önem taşımaktadır¹⁰².

3. Vakıf Senedinin Zorunlu Olmayan Unsurları

Vakfın zorunlu unsurları dışında vakıf senedinde vakfedenin iradesine uygun olarak başka unsurlara yer verilebilir¹⁰³. Bunlar seçimlik organlar ile ilgili olabileceği gibi, vakfın yönetim şekline, temsil yöntemine, vakfın dağılması halinde malvarlığının özgülenmesi hakkında olabilir¹⁰⁴. Kaldı ki, TMK m. 109/2 hükmü de, “*Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gör-*

leşim yerinin, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirleneceği, 14/2. Maddesinde de, vakıf ile üyeler arasındaki davaların vakıf merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede bakıla-cağı, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 51. maddesinde ise, tüzel kişinin yerleşim yerinin kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer olduğu 106. mad- deye göre vakıf senedinde vakfın ikametgâhının (yerleşim yerinin) gösterilmesi gerektiği hük- me bağlandığından; dernek, şirket, kooperatif veya vakıfların ikametgâhını (yerleşim yerini) tüzük, ana sözleşme veya vakıf senedine göre kolayca tespit etmek mümkündür”; bkz.

ÖZSUNAY, s. 86; ayrıca benzer doğrultuda açıklamalar için bkz. **İŞERİ**, Vakıf, s. 82;

ÖZSUNAY, s. 402; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171.

⁹⁹ **ÖZSUNAY**, s. 401-402; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 172; **ULUÇ**, s. 690.

¹⁰⁰ **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 171.

¹⁰¹ **ÖZSUNAY**, s. 86; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 172; **ULUÇ**, s. 690.

¹⁰² **İŞERİ**, Vakıf, s. 84; **ÖZSUNAY**, s. 402; **ULUÇ**, s. 690.

¹⁰³ TMK m. 106 hükmü vakıf senedinde bulunması gereken asgari noktaları içermektedir. Dolayısı ile bu maddenin hükümleri “*numerus clausus*” niteliğinde değildir. Vakfeden, bunlardan başka, dilediği konuları vakıf senedinde düzenleyebilir. Hatta vakıf senedi ne kadar ayrıntılı olursa, vakfedenin iradesini o derece iyi yansıtır olduğundan söz etmek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 172.

¹⁰⁴ **KOÇOĞLU**, s. 88.

düğü başka organları da gösterebilir” düzenlemesini içermektedir. Vakfın seçimlik organları olarak, mütevelli heyeti, vakıf meclisi, danışma kurulu, kurucular kurulu, bilim kurulu, etik kurul, vakfedenler kurulu, onur kurulu, denetim kurulu, disiplin kurulu, yayın kurulu ve hukuk kurulu vb. sayılabilir¹⁰⁵. Vakıf senedinde seçimlik organlar ile ilgili bir düzenleme varsa, bu organların değiştirilmesi veya kaldırılması için senet değişikliği gerekir. Bu değişiklik ise ancak mahkeme kararı ile gerçekleştirilir¹⁰⁶.

Vakfedene vakıf senedini düzenleme ve içeriğini belirleme konusunda hukuk düzeni içinde büyük bir serbestî tanındığından dolayı, vakfeden isterse zorunlu olmayan unsurları yönetimin belirleyeceğini de kararlaştırabilir. Doktrindeki bir görüşe göre vakıf senedinde organların kurulmasına veya kaldırılmasına yönelik görev vakıf senedindeki bir kayıt ile yönetim organına bırakılmışsa, yönetim kurulu veya yönetici tarafından alınacak karar yeterli olup, ayrıca mahkemeye başvurma gereği bulunmamaktadır¹⁰⁷. Bu noktada, her ne kadar seçimlik organa ilişkin olsa da, işleyiş ile ilgili bir hususta, tamamlamanın veya değişikliğin TMK m. 107/2 ve TMK m. 112/1 hükümlerine rağmen mahkeme kararı olmadan yapılması nasıl mümkün olacaktır? Kanaatimizce, tamamlanacak noksanlıklar, vakfın yönetimini ve işleyişini değiştirmeyen, düzenleyici kurallar (reglement) niteliğinde ise, eğer vakıf senedinde görevlendirilmişse bu organca, aksi halde vakfın en yetkili organınca mahkeme kararına gerek olmadan değişiklik kararı alınabilmesi mümkün olmalıdır¹⁰⁸. Ancak, Türk hukukunda vakfın yönetimine ve işleyişine dair noksanlıkların giderilmesi veya değişiklikler yapılması, zorunlu veya zorunlu olmayan unsur ayrımı yapılmaksızın sadece mahkemenin alabileceği bir karar olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihatları da bu doğrultudadır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ÖZSUNAY, s. 433; AKÜNAL, s. 137; KOÇOĞLU, s. 89.

¹⁰⁶ AKBULUT, s. 167-168.

¹⁰⁷ KOÇOĞLU, s. 89.

¹⁰⁸ YAĞCI, Kürşat: “Yargıtay Kararlarında Yönetime İlişkin Konularda Vakıf Senedi Değişiklikleri”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Engin, Baki İlkay (editör), İstanbul, 2021, s. 94.

¹⁰⁹ Y. 18. HD. 14.10.2010, E. 2010/ 11264, K. 2010/13172; Y. 8. HD, 02.03.2017, E. 2017/242, K. 2017/2930 (YAĞCI, s. 101)

Mukayeseli hukukta ise, İsviçre’de 01.01 2006 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile Türk hukukundan farklı olarak, vakıf senedinde esaslı ve esaslı olmayan değişiklikler şeklinde İMK’da ayrı hükümlere yer verilmiştir. İMK m. 85 ve m. 86 hükümleri esaslı değişiklikler ile ilgilidir. İsviçre hukukundaki; “*Denetim makamı, mütevelli heyetini dinledikten sonra, objektif olarak haklı olması ve herhangi bir üçüncü şahsın haklarına hanel getir-memesi koşuluyla, vakıf tüzüğünde minör (esaslı olmayan) değişiklikler yapabi-lir*” ibaresini içeren İMK m. 86b hükmü ise vakıf senedindeki esaslı olma-yan hususlarda yapılacak değişikliklerde uygulanabilecek bir düzenle-medir¹¹⁰. Bu hükümde öne çıkan unsurlar, objektif olarak haklı bir nede-nin olması ile üçüncü kişilerin zarar görmemesidir¹¹¹.

Vakfeden, vakıf senedine koyacağı bir hükümlerle vakfa bir mükelle-fiyet yükleyebilir veya vakfın kuruluşunu ya da sona ermesini bozucu bir şarta bağlayabilir, tasfiyeye dair bazı düzenlemeler getirebilir¹¹². Vakfe-den, vakıf senedinde özgüllediği mal ve haklar amacın gerçekleştirilmesi için yetersiz kalırsa, özgüllediği malların akıbeti hakkında düzenlemede bulunabilir¹¹³. Örneğin vakfeden vakfın dağılması halinde mal varlığının “*Türkiye Diyanet Vakfı*”na bırakılmasını vakıf senedinde kararlaştırabi-lir¹¹⁴. Bu arada, vakıfların sona ermesi sonrasında malların tasfiyesi ve öz-gülenmesi hakkında özel hüküm bulunmadığından tüzel kişiler hak-kında genel düzenleme olan TMK m. 53 ve TMK m. 54 hükümlerine göre bu işlemler yürütülebilir¹¹⁵.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. JACOB, Dominique: Das Stiftungsrecht der Schweiz im Eu-ropa, des dritten Jahrtausends, in: SJZ, 2008, s. 536; Ayrıca bkz. ARIDEMİR, s. 42.

¹¹¹ İMK m. 86b hükmündeki “objektif haklılık” kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. RIEMER, Hans Michael: Bern Commentary on Foundation Law, Stämpfli Verlag, Switzerland, 1981, s. 80; Ayrıca bkz. ARIDEMİR, s. 43.

¹¹² İŞERİ, Vakıf, s. 85; ÖZSUNAY, s. 402-403.

¹¹³ İŞERİ, Vakıf, s. 86; ÖZSUNAY, s. 402.

¹¹⁴ KOÇOĞLU, s. 89.

¹¹⁵ TMK m. 53 hükmü tüzel kişilerin mal varlığının tasfiyesi; TMK m. 54 ise tasfiye edilen mal varlığının özgülmesi (tahsisi) ile ilgilidir. Ancak VK m. 27 hükmü ile TMK m. 54 hükmü ilga edilmiştir. Bu nedenle; “*Tüzel kişinin malvarlığının tasfiyesi, kanunda ve kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça, terekenin resmî tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılır*”, düzenlemesini içeren TMK m. 53 hükmü ile “*Sona eren yeni vakıfların borç-larının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetle-rinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme ka-rarıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan*

II. VAKIF SENEDİNİN TAMAMLANMASI

A. Vakıf Senesindeki Noksanlıkların Tamamlanması

1. Genel Olarak

Vakıf senesinde TMK m. 106 hükmü gereğince bulunması gereken zorunlu unsurlardan biri veya bir kaçının vakıf senesinde bulunmaması halinde nasıl bir süreç söz konusu olacaktır? Böyle bir halde, TMK m. 107 (İMK m. 83, eMK m. 77) hükmüne göre hareket edilecektir¹¹⁶. Ayrıca VY m. 10 hükmünde de noksanlıkların giderilmesi ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır¹¹⁷.

Vakıf senedinin zorunlu unsurlarından olan amaç ve bu amaca özgülünen mal varlığı değeri TMK m. 107/1 hükmü uyarınca vakıf senedinin asgari unsurlarıdır¹¹⁸. Bu nedenle bu iki unsurla ilgili noksanlıklarda, eğer vakfeden hayatta ise sağlar arası işleme konu olan vakıf senedi tamamlattırılmalıdır. Ölümüne bağlı tasarrufla vakıf kurulmuşsa bu iki unsur

mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder”, ibaresini içeren VK m. 27 hükümleri tasfiye ve tahsis işlemleri gerçekleşecektir. İkiizler’e göre, bu her iki hüküm, mahkeme kararı ile vakfın dağıtılması ile sona ermesi hali haricinde tasfiye ve tahsis işlemlerinin ne suretle yapılacağı hususunda vakfedene büyük bir serbesti tanımak tadır. Bkz. İKİZLER, Vakıf Senesinde Değişiklik, s. 172.

¹¹⁶ TMK m. 107: “Vakıf senesinde vakfın amacı ile bu amaca özgülünen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemeye tamamlattırılabilceği gibi; kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır. Tescili istenen vakfa ölümüne bağlı tasarrufla özgülünen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülünür”.

¹¹⁷ VY m. 10 hükmü: “(1) Vakıf senesinde vakfın amacı ile bu amaca özgülünen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. (2) Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemeye tamamlattırılabilceği gibi kuruluştan sonra denetim makamının başvurusu üzerine, imkân varsa vakfedenin görüşü de alınarak, vakfın yerleşim yeri mahkemesi tarafından tamamlattırılır. (3) Tescili istenen vakfa ölümüne bağlı tasarrufla özgülünen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülünür”.

¹¹⁸ Doktrinde Em’in de belirttiği üzere, “Vakıf senesinde vakfın amacı ve bu amaca özgülünen mal ve hakları yeterince belirlenmemiş olması tüzel kişilik kazanmaya engel teşkil eder (TMK m. 107/1)”. Bkz. EM, s. 27.

bakımından noksanlık olduğunda, vakfın kurulabilmesine imkân olmayacaktır¹¹⁹. Bu iki asgari unsur bulunduktan sonra, diğer zorunlu unsurlardaki noksanlıklar, bu unsurlar imkânsız hale gelmiş olsa dahi, vakfın tüzel kişilik kazanması bakımından aşılmayacak engel değildirler¹²⁰.

Vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanmasından kast edilenin, “değiştirme”, “düzeltme”, “çıkarma” ve “ekleme” olduğu kabul edilmeli, dolayısı ile “tamamlama” kavramı geniş yorumlanmalıdır¹²¹. Vakfeden, vakıf senedinde bu manada tamamlanacak bir husus olmadığı kanaatindeyse mahkemenin tamamlama istemi doğrultusunda hareket etmeyebilir. Böyle bir durumda mahkeme tarafından tescil talebi reddedilecektir. Vakfeden, mahkeme tarafından tescil talebinin reddi üzerine TMK m. 103 (İMK m. 81, eMK m. 74/3) uyarınca hükmü temyiz edebilir¹²².

Bir vakfın tescili için kendisine başvurulana asliye mahkemesi, vakıf kurma ehliyetine dair koşullar tamamlanmış ise, vakfın zorunlu unsurlarının vakıf senedinde yer alıp almadığını incelemekle yükümlüdür¹²³. TMK m. 107/2 hükmü uyarınca vakıf senedindeki noksanlıklar gerek tescil kararından önce, gerek ise tescil kararından sonra tamamlanabilir. Kanun koyucu bu düzenleme ile vakfın ayakta tutulmasını tercih ettiğini hükme bağlamıştır¹²⁴. Benzer düzenleme VY m. 10/1-2 hükmünde de bulunmaktadır. Aşağıda, vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanması hususunu tescilden önce veya tescilden sonra olmak üzere ayrı ayrı incelemeye gayret edeceğiz.

2. Vakfın Tescil Kararından Önce Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tamamlanması

a. Genel Olarak

TMK m. 107/2 hükmüne göre gerek tescilden önce, gerek ise sonra, noksanlıkların tamamlattırılması mahkeme kararı ile olur. Noksanlıkların

¹¹⁹ KOÇOĞLU, s. 88.

¹²⁰ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 695; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 436; AKBULUT, s. 126.

¹²¹ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 173; İKİZLER / KURBAN, s. 159; AKBULUT, s. 125.

¹²² İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 173.

¹²³ ÖZSUNAY, s. 407; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 683.

¹²⁴ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 675-676.

tamamlanmasına karar verecek olan ve TMK m. 106 hükmüne uygun olarak vakıf senedini hukuken kabul edilebilir kılacak mercii, VY m. 10 hükmünde belirtildiği üzere kuruluşun önce tescil müracaatının yapıldığı asliye hukuk mahkemesidir¹²⁵. Kuruluşun sonra ise, denetim makamının başvurusu üzerine mümkünse vakfedenin de görüşü alınarak vakfın ikaemetgâhı mahkemesine noksanlıkların tamamlanması için müracaat edilir¹²⁶.

b. Vakıf Senedindeki Vakfın Amacına Yönelik Noksanlıklar

Vakfın amacı ve bu amaç için özgülünen malvarlığı, belirtildiği üzere vakıf senedinin olmazsa olmazlarıdır¹²⁷. Amaç kavramı ile vakıf kavramı birbirine o kadar sıkı sıkıya bağlıdır ki, *Güneri* bu hususu, “*can olmaksızın bir insan düşünülemez gibi amaç olmaksızın da bir vakıf düşünülemez*” cümlesiyle ifade etmiştir¹²⁸. Dolayısı ile vakıf senedinde mutlaka yer alması gerekmektedir. Bu nedenle bu hususlardaki noksanlık veya belirsizlik vakfın tüzel kişilik kazanmasına engel olacaktır. Bu nedenle, kural olarak, vakfın amacı ve bu amaç için özgülünen malvarlığı tescilden önce tamamlanması gereken unsurlardır.

Vakfın amacı kanunun aradığı şartlara uygun olarak belirlenmemiş olup, TMK m. 5 (İMK m. 7, eMK m. 5), TBK m. 27 (İBK, m. 20, eBK m. 20) hükümlerine göre imkânsız ise ve TMK m. 101/son hükmüne aykırı bulunuyorsa vakıf senedi geçersiz olacak, dolayısı ile vakıf tüzel kişilik kazanamayacaktır¹²⁹. Hukuka aykırılık kavramının kapsamına, emredici

¹²⁵ AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 695; İKİZLER / KURBAN, s. 159.

¹²⁶ EM, s. 27.

¹²⁷ “Tesis (Vakıf) senedinde, tesis vücuda getirilmek suretiyle takip edilmek istenilen hususi maksat tahsis edilen mallar gösterilmiş olmak zaruridir. Bu senetten bir tesisin vücuda getirilmek istendiği anlaşılmalıdır. Tesisin ölüme bağlı bir tasarrufla vücuda getirilmesi halinde, vücuda getirilecek tesisin mirasçı veya muayyen musalehi olarak mı naspedildiği yoksa mirasçılar veya namzetlerin kendilerine yükletilen bir mükellefiyet sureti ile mi tesisin vücuda getirmekle mükellef tutuldukları, tasarruftan anlaşılmalıdır”. Bkz. EGGER, s. 161; Vakfın amacı kavramı üzerine İsviçre doktrinindeki diğer görüşler için bkz. SCHWEIZER, Rudolf: Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach sachweizerischem Recht, Doktora Tezi, Aarau, 1927, s. 18-20; HAEFELIN, Albert, Die Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse, Tez, Zurich, s. 11 vd. (Nakleden, ÖZSUNAY, s. 386 vd.); Ayrıca bkz. GÜNERİ, s. 26; EM, s. 27.

¹²⁸ GÜNERİ, s. 26.

¹²⁹ ÖĞÜZ, s. 35; AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 24; SARIKAYA, s. 604.

hükümlere aykırılık yanında, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık halleri de dâhildir¹³⁰. Bu nitelikteki amacı haiz bir vakıf, tescil edilmiş olsa dahi TMK m. 47/2 (İMK m. 52, eMK m. 45) hükmüne göre tüzel kişilik kazanmayacaktır¹³¹. Vakfın amacının yasa koyucunun çizdiği özellikleri taşıması tüzel kişiliğin kazanılması için olduğu kadar, vakfın varlığını sürdürmesi için de gereklidir¹³². Bu nedenle amaç, “tüzel kişinin kalbi” olarak ifade edilir¹³³. Ancak amaca yönelik kısmi hükümsüzlük hallerinde TMK m. 107/2 hükmü kıyasen uygulanabilir¹³⁴. Bu durum, vakfın diğer tüm unsurları tamamlandığı halde vakfın tüzel kişilik kazanmasına engel ise, vakfın yaşatılması prensibinden hareketle mahkeme tarafından TMK m. 107/2 hükmüne göre vakıf senedi tamamlatılmalıdır¹³⁵. Kısmi hükümsüzlük şöyle olabilir, vakfın temel amacı hukukun aradığı şartlara uygun olduğu halde, bu amacı tamamlayan unsurlar veya bu amaca yönelik faaliyetlerin vakıf senedinde belirtildiği şekilde hukuk düzenine aykırı dü-şebilir. Örneğin, vakfın temel amacı tüzükte “Yoksul çocuklara eğitim bursu ve kırtasiye desteği vermek”, olarak yer aldığı halde, amacın açıklamasında “Rum Cemaati mensubu yoksul çocuklara eğitim bursu ve kırtasiye desteği vermek” yer alabilir. Bu durumda, vakıf amacının açıklama kısmı TMK m. 101/son hükmündeki “belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz”, ibaresine aykırı olup, kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Kanaatimizce, mahkeme böyle bir durumda yukarıdaki açıkla-

¹³⁰ ÖĞÜZ, s. 35; DURAL / ÖĞÜZ, s. 244-245; AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 24.

¹³¹ ÖĞÜZ, s. 35; Ayrıca TMK m. 47/2 hükmünün paralelinde kabul edebilecek bir düzenleme olan Vakıflar Hakkında Tüzük m. 7/1 hükmü şöyledir: “Yukarıdaki madde uyarınca tesciline karar verilmesine hukuksal olanak bulunmayan, ancak, her nasılsa kurulmuş ve tescil edilmiş olan vakıflarla malları gayesinin gerçekleştirilmesine yetmeyen vakıfların dağılmalarına, Vakıflar Genel Müdürlüğünün başvurusu üzerine yetkili mahkemece karar verilebilir”.

¹³² Yargıtay da bir içtihadında; Bkz. Y. 6. HD. 16.04.1974, E. 1974/3559, K. 1974/3755 (GÜNERİ, s. 27): “Vakıf, başlı başına mevcudiyeti haiz olmak üzere, belli bir malın belli amaca tahsisidir. Amaç ise, vakfın gelecek bütün zamanlara şamil olmak üzere düşünülen hukuki faaliyetini gösterir”, olarak görüşünü belirtmiş ve amacın sadece vakfın kuruluşu için değil varlığını sürdürmesi ve geleceği açısından da önemli olduğunu vurgulamıştır.

¹³³ SARIKAYA, s. 604.

¹³⁴ AKBULUT, s. 132.

¹³⁵ AKBULUT, s. 132.

malar çerçevesinde TMK m. 107/2 hükmüne göre vakfedene vakıf senedini tamamlama imkânı vermelidir¹³⁶. Ancak vakıf ölüme bağlı bir tasarrufla kurulmuş ise, kısmi hükümsüzlük hali olsa dahi, vakfın amacının tamamlanması mümkün olmadığından dolayı, tüzel kişiliğin kazanılmasından bahsedilemez.

c. Vakfın Amaç İçin Özgülenen Malvarlığı Değerlerine Yönelik Vakıf Senedindeki Noksanlıklar

Vakıf senedinde yer alması gereken zorunlu temel unsurlardan biri de, vakfın amacı yanında bu amaç için özgülenen mal varlığı değeridir. Vakıf senedinde vakfın amacı için mal varlığı hiç veya yeterli miktarda bulunmuyor ise kural olarak vakfın tescil edilmesi mümkün değildir¹³⁷. Böyle bir vakıf her nasılsa tescil edilse dahi, vakıf tüzel kişilik kazanamaz¹³⁸. Öte yandan, vakıf mal varlığı değerlerindeki yetersizlik nedeniyle tüzel kişilik kazanmaz ise TMK m. 107/3 hükmüne göre Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınmak suretiyle mahkeme tarafından benzer amaç taşıyan bir vakfa özgülenir¹³⁹. Vakıflar Genel Müdürlüğü denetim makamıdır. Kanaatimizce, bahsi geçen maddede vakfedenin sağlığında kurduğu vakıf hakkında bir hüküm bulunmaması bir kanun boşluğu oluşturmaktadır¹⁴⁰. Hâkim bu boşluğu TMK m. 107/3 hükmünden hareketle, kıyas yolu ile doldurabilir¹⁴¹. Ancak, vakıf mal varlığının başka bir vakfa özgülenebilmesi için, sağlıkta kurulan vakıflarda vakfedenin itiraz etmemesi gerekmektedir¹⁴². Vakfeden tarafından yapılan itiraz, vakıf kurma iradesinden caydığı anlamına gelir. Bu durumda vakıf tüzel kişilik kazanmaz. Dolayısı ile vakfedenin vakfa özgülemek istediği malvarlığı

¹³⁶ **AKBULUT**, s. 132.

¹³⁷ **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 671; **ÖĞÜZ**, s. 56.

¹³⁸ **ÖĞÜZ**, s. 56; **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 362; **AKBULUT**, s. 132.

¹³⁹ TMK m. 107/3 hükmü; *“tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülenir”*, düzenlemesini içermektedir.

¹⁴⁰ Doktrinde baskın olan aynı yöndeki görüş için, bkz. **ÖĞÜZ**, s. 57; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 176; doktrinde azınlıkta olan karşı yöndeki görüş; *“TMK m. 107/3 hükmü, sadece ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakıflara ilişkin olduğundan sağlıkta kurulan vakıflar için bu hüküm uygulanamaz”*. Bkz. **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY- ÖZDEMİR**, s. 412.

¹⁴¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 672; **ÖĞÜZ**, s. 57.

¹⁴² **ÖĞÜZ**, s. 57; **HATEMİ**, Kişiler Hukuku, s. 133-134.

değeri, vakfedenin mamelekenden çıkmayacaktır¹⁴³. Ancak vakıf senesinde vakfın tüzel kişilik kazanmadığında, mal varlığı değerlerinin akıbetine yönelik bir düzenleme bulunuyorsa, bu hükümde belirtilen hususlar doğrultusunda hareket edilmelidir¹⁴⁴. Ölüme bağlı tasarruf ile kurulan vakıflarda ise, TMK m. 107/3 hükmünde belirtildiği üzere, tescilin reddi halinde malvarlığının akıbeti bakımından vakfedenin iradesini yansıtan vasiyetnamede aksi bir hüküm bulunmamalıdır¹⁴⁵.

Somut olaya göre, mahkeme tescil kararı vermeden önce vakfın esaslı olmayan unsurları ile ilgili resmi senetteki noksanlıkları tamamlattırmak yolunu da seçebilir¹⁴⁶. Yargıtay bir kararında, vakfın amacının gerçekleşmesi için yeterli mal varlığı özgülünmeden tescil edilmesine karar verilen bir vakıfla ilgili olarak, yerel mahkeme kararının temyizi üzerine, tescil kararının bozulmasına hükmetmiştir¹⁴⁷.

d. Vakıf Senesinde Vakfın Adı İle İlgili Noksanlık Bulunması

Şüphesiz ki vakıf kurma serbestisi ilkesi çerçevesinde vakfeden kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla dilediği ismi (adı) vakıf senesinde belirleyebilir. İsviçre hukukunda adın belirlenmesi sürecinde dikkat edilmesi gereken hususlar şöyledir: *“Vakfın adı anlamlı olmalıdır. Seçilen adın daha önce başka bir tüzel kişi tarafından benimsenip benimsenmediği önceden araştırılmalıdır. Bu süreç aynı zamanda bir web sitesinin başlatılması ve internet iletişimi için seçilen vakfın adına mümkün olduğunca yakın bir alan adının güvence altına alınmasını da temin eder. Vakfın adı doğru olmalı (doğruluk ilkesi), yanıltıcı olmamalı (yanıltıcı bilgi yasağı), kafa karışıklığına yol açmamalı (açıklık ilkesi) ve kamu yararına aykırı olmamalıdır”*¹⁴⁸. Buradan hareketle Türk hukukunda da benzer hususların dikkate alınması gerektiğini söylemek

¹⁴³ Kuruluşta tescil için yeterli malvarlığı şartı sağlanamazsa vakıf kurulamayacağından mal varlığı vakfedenin uhdesinde kalmaya devam edecektir. Bkz. ÖĞÜZ, s. 57; DENİZ, İpek Hanım: Vakıflarda Genel Kurul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 16.

¹⁴⁴ AKÜNAL, s. 118; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 412; ÖĞÜZ, s. 57; DURAL / ÖĞÜZ, s. 363.

¹⁴⁵ ÖĞÜZ, s. 57.

¹⁴⁶ İKİZLER, Vakıf Senesinde Değişiklik, s. 176.

¹⁴⁷ Y. 18. HD, 28.04.2003, E. 2003/1060, K. 2003/3396 (HELVACI/ KOCABAŞ, s. 136)

¹⁴⁸ SPRECHER, Thomas / EGGER, Philipp / VON SCHNURBEIN, Georg: Swiss Foundation Code 2015, Foundation Governance Vol.13, Adapted English translation by SAFFORD Judith, Zurich, Switzerland, 2016, s. 29.

yanlış olmayacaktır. Dolayısı ile vakıf senedinde vakfın adı ve ikametgâhı doğru ve eksiksiz bir şekilde yer almalıdır. Aksi durum vakıf senedinde noksanlığa neden olacaktır.

Bu durum da kural olarak vakfın tescili önünde bir engel meydana getirecektir. Ancak bu engelin aşılması diğer unsurlara nispeten zor olmayacaktır. Nitekim TMK m. 107/2 hükmü uyarınca ad konusundaki noksanlık vakfın tescilinden önce veya denetim makamının başvurusu üzerine tescilinden sonra tamamlanabilir¹⁴⁹. Hatta vakıf senedinde vakfın adını hiç yer almasa dahi, doktrinde *Akbulut*'un belirttiği üzere, vakıf senedinin tamamlayıcı yorumu ve vakıf kurma işleminin ayakta tutulması ilkesi gereğince, eğer vakfın amacı ve faaliyetleri doğrultusunda ad belirleme imkânı varsa, bu noksanlık giderilmeli ve tescil talebi kabul edilmelidir¹⁵⁰.

e. Vakıf Senedinde Vakfın İkametgâhına Yönelik Noksanlık Bulunması

Vakfın ikametgâhı vakfın adı gibi değiştirilmesi zor olmayan bir unsurdur. Çünkü vakıf senedinde ikametgâh hiç bulunmasa dahi, doğrudan TMK m. 107/2 hükmüne başvurmayı gerektirmez ve TMK m. 51 hükmünün uygulanması ile vakfın işlerinin yönetildiği yer ikametgâhı sayılır¹⁵¹. Resmi senette vakıf ikametgâhı açıkça anlaşılamiyorsa bir noksanlık söz konusudur. Bazı hallerde ise, örneğin senette ikametgâh olarak, Kadıköy ve Maltepe gibi iki ayrı yer sehven gösterilmiş olabilir. Şüphesiz ki bu durumda bir noksanlıktan bahsedilir ve ikametgâh adresi teke indirilerek tescil engeli aşılr. Hâkim ikametgâh konusunda noksanlık veya uyuşmazlık bulunduğu durumlarda, vakıf senedine uygun olarak işlerinin ve işlemlerinin yürütüldüğü yeri dikkate alarak genel takdir yetkisini kullanmak suretiyle bir karar verecektir¹⁵². Vakıf senedindeki ikametgâh ile ilgili noksanlık; vakfın tescilinden önce veya sonra giderilebileceğinden ve vakfın ikametgâhı yönetmelik ile de belirlenebileceğinden dolayı,

¹⁴⁹ Doktrinde; vakfın, adının, örgütünün ve ikametgâhının şekle bağlanması gerekmediği yönündeki görüş için bkz. **HATEMİ**, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 217-218.

¹⁵⁰ **AKBULUT**, s. 128.

¹⁵¹ **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 175; **AKBULUT**, s. 128.

¹⁵² **KÖPRÜLÜ**, s. 312.

vakfın ikametgâhı noksanlığı tek başına bir tescil engeli olarak kabul edilmemelidir¹⁵³.

f. Vakıf Senedinde Vakfın Örgütü ve Yönetim Yapısı Bakımından Noksanlık Bulunması

TMK m. 49 hükmüne göre, “tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar” ve TMK m. 50 hükmündeki “tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır”, düzenlemesi doğrultusunda fiil ehliyetlerini kullanırlar. Bu nedenle kanun koyucu, 5737 sayılı VK m. 4 hükmüne göre de özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilen vakıflarda TMK m. 109 uyarınca bir yönetim organının bulunmasını zorunlu görmüştür¹⁵⁴. TMK m. 106 ve TMK m. 109 hükümlerinden yola çıkarak, vakfın zorunlu unsuru olarak yönetim organını, “vakfın iradesini açıklayan, bu hususta kararlar alan, içeride vakfı yöneten, dışarıda temsil eden ve vakıf senedinde aksi bulunmadıkça, vakfın karar, yürütme ve temsil organı işlevini üstlenen organ”, olarak tanımlamak mümkündür¹⁵⁵.

Vakıf senedinde, vakfedenin vakfın işleyişi ve örgütlenmesi hakkındaki niyeti açıkça ve tartışmaya mahal verilmeyecek şekilde belirtilmelidir¹⁵⁶. Aksi halde tereddüt yaşanabilecek ve vakfın yönetiminde sorunlar ile karşı karşıya kalma ihtimali yüksek olacaktır. Öte yandan, vakfeden vakfın organlarını, yönetimini, işleyişini, genel bir ifade ile vakfın örgütünü vakıf senedinde açıkça belirleyeceği gibi, vakfın örgütüne dair hususların ayrı bir yönetmelikle vakfın yönetim organı tarafından belirleneceğini düzenleyebilir, hatta tamamen bu hususu yönetmeliğe bırakabilir¹⁵⁷. Buradan hareketle, doktrinde vakfın örgütünün, vakfın zorunlu unsurlarından olmadığını savunan yazarlar mevcuttur¹⁵⁸. Bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, vakfedenin genel bir ifade ile vakfın örgütünü

¹⁵³ **AKBULUT**, s. 129.

¹⁵⁴ **ERGÜN**, Ömer, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul, 2010, s. 88; **AKBULUT**, s. 129.

¹⁵⁵ **AVCI**, Mehmet Özgür: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, İstanbul, 2006, s. 57; **AKÜNAL**, s. 134-135; **ÖĞÜZ**, s. 69-70; **BAŞPINAR**, s. 45-46; **ERGÜN**, Ehliyet, s. 88-89.

¹⁵⁶ Y. 18. HD. 01.12.2003, E. 2003/8674, K. 2003/9253 (**İKİZLER**, Vakıf Senedinde değişiklik, s. 171).

¹⁵⁷ **İŞERİ**, Vakıf, s. 145; **ÖZSUNAY**, s. 430; **AKBULUT**, s. 116; **AKSOY DURSUN**, Vakfın Örgütlenmesi, s. 196.

¹⁵⁸ **İŞERİ**, Vakıf, s. 80; **AKBULUT**, s. 116.

vakıf senedinde ne şekilde düzenleyebileceği konusundaki serbestisi, vakfın örgütünün zorunlu unsur olmadığı neticesini doğurmaz. Kanaatimizce TMK m. 107/2 hükmüne göre bir noksanlık meydana gelmemesi bakımından, ana hatlarıyla da olsa vakfın örgütüne dair bir düzenleme vakıf senedinde yer almalıdır¹⁵⁹.

Hukuk sisteminin sınırları içinde kalmak kaydı ile yönetim organını ve örgüt yapısını belirlerken esas olan vakfedenin iradesidir¹⁶⁰. Ancak uygulamada Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan örnek senetlerin dışına çıkılmasına sıcak bakılmaması hususu, TMK ruhuna aykırı ve örgütlenme özgürlüğü açısından bir nevi kısıtlama olarak görülebilir¹⁶¹. Mukayeseli hukukta ise, İsviçre’de örgütlenmenin tamamen yönetmeliklere bırakılabileceği görüşü hâkimdir. İsviçre’de vakfeden, sonradan çıkaracağı bir yönetmelikle örgütlenmeyi düzenleyebilir, isterse örgütlenmenin bir kısmını senette, bir kısmını yönetmelikte düzenler veya sadece yönetim organını belirleyip, örgüt yapısı konusunda yönetim organını yetkilendirebilir. Vakfedenin geniş bir hareket serbestisi olduğu anlaşılmaktadır¹⁶². Bu bakımdan kanun koyucu tarafından İsviçre’deki anlayışa uygun düzenlemenin yapılması TMK lafzı ve ruhuna uygun olacaktır. Kaldı ki, uygulamadaki vesayetçi eğilime rağmen Türk hukukunda vakfeden, vakıf senedinde serbestçe yönetim şeklini kararlaştırır, kendisini “yönetici” olarak veya yönetim organını “kurul organ” şeklinde ya da “fert organ” şeklinde belirleyebilmektedir¹⁶³. Ayrıca, vakfeden vakıf

¹⁵⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 436; DURAL / ÖĞÜZ, s. 354; AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 195.

¹⁶⁰ Y. 18. HD. 27.12.2004, E. 2004/8309, K. 2004/10091(Kazancı İçtihat Programı); “Vakıf hukukunda esas olan vakfın kuruluş senedine yansıyan kurucu iradenin, yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla, olduğu gibi korunması ve sürdürülmesidir”; Ayrıca bkz. Y. 18. HD. 06.04.2015, E. 2014/11228, K. 2015/5208 (TOLU, Veli, Uygulamada Yeni Vakıf Davaları, Ankara, 2020, s. 141); Y. 18. HD. 03.08.2010, E. 2010/4760, K. 2010/8428 (<https://fullegal.com/yargitay-kararlari/erişim tarihi: 30.10.2023>); YHGK, 27.09.2022, E. 2022/371, K. 2022/1163 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/erişim tarihi: 30.10.2023>).

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için, bkz. AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 196.

¹⁶² Mukayeseli hukuk bakımından ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 196;

¹⁶³ BAŞPINAR, Sena: “Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, 2020, s. 45; Uygulamada vakfın yönetim organı kurulduktan oluşuyorsa “yönetim kurulu”, “mütevelli heyeti”, “idare kurulu”, “idare heyeti”, “vakıf meclisi”, “yönetmenler kurulu” ya da “başkanlık divanı” gibi isimlerle anılır. Genellikle “mütevelli heyeti” adıyla oluşturulan organların yönetim organı mı yoksa dernek

senedinde, TMK m. 109 hükmü uyarınca, ihtiyaç duyduğunda seçimlik organlara da yer verebilir¹⁶⁴.

Türk hukukunda, TMK 107 hükmüne göre esas olan, örgütlenmedeki eksikliğin vakıf senedi üzerinde giderilmesidir. TMK m. 106 hükmünde belirtilen hususları veya örgütlenmenin asgari asgari unsurunu taşımayan ve bu eksikliğini tamamlamayan vakıf senedinin tüzel kişiliğin kazanılması için elverişli olmadığını, dolayısı ile tescil talebinin reddedilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak tescil gerçekleşmiş ise bu eksiklik tescil sonrasında da tamamlanabilir¹⁶⁵. Bu çerçevede, TMK m. 107 ve VY m. 10 hükmüne göre, vakıf senedinde vakıf yönetimi ve temsil şekli yeterli derecede gösterilmiş değilse, tescilden önce mahkeme, tescilden sonra ise böyle bir durumda vakfın fiil ehliyeti bulunmayacağından, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün talebi üzerine mahkeme tarafından noksanlıklar vakfedene tamamlattırılır¹⁶⁶. Eğer ölüme bağlı tasarruf ile vakıf kurulmuşsa veya vakfeden sağ değilse, Vakıflar Genel Müdürlüğü kendi önerilerini de sunarak, vakfedenin ikametgâhı asliye mahkemesine senet-teki örgütlenmeye dair noksanlıkların tamamlanması için müracaat edecektir¹⁶⁷. Tescilden önce örgütlenmeye dair noksanlıklar giderilemiyor ise tescil talebi olumlu sonuçlanmayacaktır.

Vakıf, örgütlenme şekli ve yönetim organı vakıf senedin noksan olduğu halde tescil edilmiş ise ne olacaktır? Tescil edilen bir vakfın yönetim organının eksik olması, fiil ehliyetinin kullanılamaması anlamındadır. Böyle bir halde vakıf, faaliyet yürütemez. Senedin zorunlu unsurundaki bu eksiklik TMK m. 2 hükmüne göre, denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün başvurusu üzerine mahkeme tarafından giderilir¹⁶⁸.

genel kurulu gibi bir karar organı olarak mı örgütlendiği, vakıf senedi incelenmek suretiyle belirlenmelidir. Bkz. **İKİZLER / KURBAN**, s. 171; **ÖZTAN**, Tüzel Kişiler, s. 129; Eğer vakfın yönetim organı tek kişiden oluşuyorsa, "vakıf müdürü", "vakıf mütevellisi" ya da "yönetici" veya "direktör" kavramlarından bahsedilir. Bkz. **BAŞPINAR**, s. 45.

¹⁶⁴ Seçimlik organlar; "denetim kurulu", "genel kurul", "danışma kurulu", "vakfedenler kurulu", "kurucular kurulu", "vakıf denetçileri", "araştırma ve planlama kurulu" ve "uzmanlar kurulu" gibi organlardır. Bkz. **BAŞPINAR**, s. 45.

¹⁶⁵ **AKSOY DURSUN**, Vakfın Örgütlenmesi, s. 197.

¹⁶⁶ **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 436.

¹⁶⁷ **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 436.

¹⁶⁸ **İŞERİ**, Vakıf, s. 145-149; **ÖZTAN**, s. 129; **AKSOY DURSUN**, Vakfın Örgütlenmesi, s. 197; **BAŞPINAR**, s. 48.

Bu bakımdan, TMK m. 106 ve TMK m. 107 hükümleri birlikte ele alındığında, vakfın örgütü ile ilgili düzenlemenin vakıf senedinde hiç yer alması ve İsviçre’de olduğu gibi yönetmelikle düzenlenebilmesi kanuna aykırıdır. Asgari de olsa örgütlenmenin senette belirtilmesi veya bu konuda vakfın yönetim organının yetkilendirildiğinin senette belirtilmesi gerekmektedir¹⁶⁹. Aksi halde vakıf senedinde noksanlık söz konusu olacaktır.

Vakfın örgütlenmesinden bahsederken, vakıfta üyelik konusuna da değinmekte fayda görüyoruz. Anayasa Mahkemesi (AYM), TMK m. 101/3 hükmünü 2008 yılında iptal etmiştir¹⁷⁰. Böylelikle vakıflara üyelik Türk hukukunda mümkün hale gelmiştir. Vakfın tarihi gelişimine ve işlevine uygun olmayan bu iptal kararı sonucunda, doktrinde belirtildiği üzere ve kanaatimizce, mal topluluğu olarak nitelendirilen bir tüzel kişiye üye olunmasına imkân tanınması hukuken çelişkili bir durum yaratmıştır¹⁷¹. Kaldı ki, vakfın üye kabul etmesi ile oluşturulacak vakıf genel kurulunun, vakıf senedinde değişiklik yapma imkânı, dolayısı ile vakfedenin kurucu iradesini esastan değiştirme imkânı doğar ki bu vakıf müessesinin ruhuna

¹⁶⁹ Örnek olarak, Galatasaray Eğitim Vakfı (GEV) senedinin “*Vakfın İç Mevzuatı*” hakkındaki m. 38 hükmünde; “*Vakıf Kurullarının Toplantı, Karar ve Usul Merasimi ile Çalışma Düzenleri Hakkında Yönetmelik*”, “*Burs Yönetmeliği*” gibi çeşitli düzenlemelerin vakıf tarafından kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu yönetmeliklerin çıkarılması hakkı, vakıf senedinde m. 14/e hükmünde, “*Yönetim Kurulu’nca hazırlanacak Vakıf iç mevzuat tasarılarını aynen veya değiştirerek kabul etmek*”, ibaresiyle mütevellî heyetinin yetkileri bakımından saklı tutulmuştur. Görüldüğü üzere, GEV vakıf senedindeki düzenlemelere dayanarak vakfın örgüt yapısı ile ilgili yönetmelik ve sair mevzuat düzenlenmektedir. Bu durum TMK lafzı ve ruhuna uygundur. Ayrıca bkz. **AKBULUT**, s. 62.

¹⁷⁰ Bkz. AYM, 17.04.2008, E. 2005/14, K. 2008/92 (Sinerji İçtihat Programı): “*Anayasa’nın 33. maddesinde, herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmıştır. Maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmiştir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa’nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olduğu anlaşılmaktadır*”.

¹⁷¹ **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 363-364; **AYDOS**, Oğuz Sadık: “*Vakfın Sona Ermesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 131; **BAŞPINAR**, s. 44; Aynı doğrultuda görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜRZUMAR**, Osman Berat: “*Türk Medenî Kanunu’nun ‘Vakıflarda üyelik olmaz’.* Hükmünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, 2009, s. 539 vd.

aykırıdır¹⁷². Bu arada, zorunlu bir organ olmayan genel kurul ile ilgili olarak vakfedenin ilk genel kurul üyelerini ya da görev süresi biten üyelerin yerine yenilerinin nasıl seçileceğini vakıf senedinde gösterdiği durumlarda organ üyeleri buna göre belirlenmek zorundadır. Eğer vakıf senedinde organ üyelerinin yerine yenilerinin nasıl seçileceğine yönelik bir düzenleme yer almıyorsa, bir noksanlıktan bahsetmek mümkündür. Bu noksanlık TMK m. 107 hükmüne göre bu kuruluşta tamamlatılmalıdır¹⁷³.

g. Vakıf Senedinin Tescilden Önce Tamamlanması Usulü

Vakıflar Hakkında Tüzük¹⁷⁴ m. 5/(4) hükmüne göre, vakfın tescili talebi vakfedenin ikametgâhı asliye hukuk mahkemesine yapılır¹⁷⁵. Dolayısıyla ile tescil kararından önce vakıf senedinin TMK m. 106 hükmündeki şartlara uygun hale getirilmesini TMK m. 107 hükmü uyarınca sağlayacak olan mercii, tescil başvurusunun yapıldığı mahkemedir. Tescil başvurusu aşamasında mahkeme, eğer sağ ise vakfedenden noksanlıkların tamamlanmasını talep eder. Vakfeden vakfın tüzel kişilik kazanması sürecinde vefat etmiş ise, vakfedenin iradesi esas alınarak noksanlıklar, gerekirse denetim makamının da görüşü alınarak mahkeme tarafından tamamlanmalıdır¹⁷⁶. Vakıf ölüme bağlı tasarruf yoluyla kuruluyorsa ve amaç ile mal varlığı unsurları tamam ise, vakıf tescil edilerek, noksanlıkları giderme imkânı vakfa verilmelidir¹⁷⁷.

Asliye mahkemesi öncelikle vakıf senedinin mevzuatın aradığı koşulları haiz olup olmadığına bakmalıdır. TMK m. 104 hükmüne dayanılarak hazırlanan Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük m. 3/(4) hükmündeki, *“vakfın tescili konusundaki başvurular vakfedenin yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesine yapılır. Mahkeme, evrak üzerinde ve gerekirse vakfedeni ve diğer ilgilileri de dinlemek suretiyle inceleme yaparak vakfın tesciline karar verir”*, düzenlemesine

¹⁷² BAŞPINAR, s. 44.

¹⁷³ DENİZ, s. 43.

¹⁷⁴ Bkz. 26.04.2013 tarihli, 28629 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük.

¹⁷⁵ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 177.

¹⁷⁶ AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 203.

¹⁷⁷ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 177.

göre mahkeme gerek evrak üzerinde, gerek ise ilgilileri dinlemek suretiyle vakfın tesciline yönelik bir karar verecektir¹⁷⁸. Eğer yapılan mahkeme incelemelerde hukuk ile bağdaşmayan hususlar tespit olunursa, bunların mevzuat ile uyumlu hale getirilmesi için ilgisine imkân yani süre verilmelidir¹⁷⁹. Böyle bir halde, asliye mahkemesi tarafından belirtilen noksanlıkların verilen süre zarfında giderilip, resmi şekilde yeni bir vakıf senedi tanzim edilmelidir¹⁸⁰. Bu şekilde, vakfa özgülenen mal varlığı değerleri vakfın amacı bakımından yetersiz olduğu durumlarda, TMK m. 107/1-2 hükmü uyarınca mahkeme tarafından süre verilmesi sonrasında mal artırımı yapılır ve yeni mallar senede işlenir¹⁸¹. Eğer vakıf senesinde ad konusunda bir karışıklık varsa bu hususlar düzenlenir ve kanuna uygun hale getirilir¹⁸². Örneğin, vakıf senesindeki ad yeterince anlaşılır olmayabilir ve bu noksanlığın tamamlanması gerekebilir. Böyle bir durumda mahkeme adın tamamlanması için süre verebilir. TMK m. 106 (eMK m. 75) hükmünde sayılan unsurların noksanlığı halinde, bunların tamamlanması yoluna gidilmelidir¹⁸³. Senet tamamlanırken vakfedenin iradesi dikkate alınmalıdır. Ancak vakıf kurulduktan sonra vakfedenden koştığı ve ayrı bir tüzel kişiliği olduğu göz ardı edilmemelidir¹⁸⁴. Mahkeme tarafından verilen sürede noksanlıklar giderilmez ise kural olarak vakıf tescil edilemez¹⁸⁵. Dolayısıyla, mahkemece noksanlıkların giderilmesi bakımından çeşitli defalar süre verilmesine rağmen, noksanlıkların tamamlanmadığı hallerde, mahkemenin ret kararı vermesi ilk akla gelen netice olsa da, somut olaya göre tescil kararı verilerek vakfın kurulması sağlanabilir. Zira bahsedildiği üzere vakıf senesindeki amaç ve mal unsurları dışındaki noksanlıklar, tescil sonrasında vakıf yönetimi tarafından tamamlanabilir¹⁸⁶.

¹⁷⁸ **AKBULUT**, s. 138.

¹⁷⁹ Y. 18. HD, 02.06.2003, E. 2003/3024, K. 2003/4661 (**İKİZLER / KURBAN**, s. 159).

¹⁸⁰ Y. 18. HD, 22.06.2004, E. 2004/2642, K. 2004/5261 (**İKİZLER / KURBAN**, s. 159).

¹⁸¹ **İKİZLER**, Vakıf Senesinde Değişiklik, s. 173; **AKBULUT**, s. 139.

¹⁸² **İKİZLER**, Vakıf Senesinde Değişiklik, s. 173.

¹⁸³ Ayrıntılı bilgi için, bkz. **AKÜNAL**, s. 129.

¹⁸⁴ **AKSOY DURSUN**, Vakfın Örgütlenmesi, s. 204.

¹⁸⁵ **AKBULUT**, s. 139-140.

¹⁸⁶ Doktrinde *İkizler* tarafından ifade edildiği üzere; TMK m. 107/1 hükmüne göre, vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve hakların yeterince belirlenmesi ile ilgili olanlar hariç, vakıf senesindeki diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan

3. Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tescil Kararından Sonra Tamamlanması

a. Genel Olarak

Vakıf senedinde TMK m. 106 hükmünde bulunması gereken zorunlu unsurlardan vakfın amacı ile malvarlığı değerleri dışındaki unsurlarda noksanlık olması halinde bahsettiğimiz üzere TMK m. 107/1 uyarınca bunlar tescilden sonra da tamamlanabilir. Bu çerçevede, TMK m. 47/2, TMK m. 106 ve TMK m. 107/1-3 hükümleri bir arada değerlendirilmelidir¹⁸⁷. Kanaatimizce, vakfın amacı ile bu amaca özgülenen malvarlığı değerlerinin dışında kalan noksanlıkların kural olarak tescilden önce tamamlanmaları gerekmesine rağmen, eğer vakıf tüzel kişilik kazanmışsa tescilden sonra da bu noksanlıkların tamamlanabilmesine imkân tanınması vakfın yaşatılması bakımından yerinde bir tercih olabilir¹⁸⁸. Ancak uygulamada, vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanması için süre verilmekte, bu süre zarfında zorunlu unsurlar tamamlanmaz ise, başvuru reddedilmektedir. Doktrinde, *Aksoy Dursun*, örgütlenmedeki eksikliğe rağmen vakfın tüzel kişilik kazandığı hallerde vakfın fiil ehliyeti bulunmayacağını, bu nedenle vakfın tüzel kişilik kazanmasının bir anlamı olmayacağını ve TMK m. 107/2 hükmüne göre eksikliğin giderileceğini belirtmektedir¹⁸⁹. O halde, TMK m. 107/1 hükmündeki düzenlemeye rağmen, uygulamanın amaç ve mal varlığı unsuru yanında diğer unsurların da tescilden önce tamamlattırılması yönündeki tercihinin, bazı hallerde isabetli olabileceğini söylemek mümkündür.

başvurunun “*reddini gerektirmez*”. Son anılan ifade “*reddedilmez*” kadar kesin veya aynı anlamda görülmediği takdirde, mahkeme tescil istemini reddedebilecektir. Yazara göre, isabetli olan, herhangi bir nedenle noksanlıkların tamamlanmadığı durumlarda tescile karar verip, vakfın kurulmasını geciktirmemektir. Bkz. **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 176; Ayrıca bkz. **HATEMİ**, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 217-218; **AKÜNAL**, s. 129.

¹⁸⁷ Vakfın tescil edilmesinin vakıf tüzel kişiliğinin doğumu ve vakıf kurma işleminin geçerliliği bakımından iyileştirici etkisi ve TMK m. 103/2 hükmünün işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİRSATAN**, s. 354.

¹⁸⁸ **KÖPRÜLÜ**, s. 417; **İKİZLER**, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 176; **AKBULUT**, s. 142-143; **KOÇOĞLU**, s. 88.

¹⁸⁹ **AKSOY DURSUN**, Vakfın Örgütlenmesi, s. 202.

b. Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tescilden Sonra Tamamlanması Usulü

TMK m. 104/1 hükmüne göre, tesciline karar verilen vakıf, vakfın ikametgâhı mahkemesinde tutulan sicile tescil edilir. Ayrıca vakıf, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ndeki merkezî sicile de kaydedilir. Eğer vakfın tesciline karar veren mahkeme vakfın ikametgâhı mahkemesi değilse, TMK m. 104/2 hükmü uyarınca asliye hâkimi gereği için dosyayı vakfın ikametgâhı mahkemesine gönderir. Bu aşamadan sonra ise, vakıf resmi senedindeki noksanlıkların giderilmesi vakfın ikametgâhı mahkemesinden talep edilecektir¹⁹⁰. Tescil edilmiş yani kurulmuş bir vakfın ikametgâhı mahkemesi vakıf senedinde noksanlıklar varsa bunları tamamlattırarak vakfı tescil etmelidir¹⁹¹. Belirtmeliyiz ki, TMK m. 107/2 hükmüne göre kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine vakıf senedindeki noksanlıklar mahkemece tamamlattırılabilir. Dolayısı ile mahkemenin resen (kendiliğinden) vakıf senedinde noksanlık olup olmadığını tetkik etmesi kanun koyucu tarafından tercih edilmemiştir¹⁹².

Tescilden sonra vakıf tüzel kişilik kazanmış olduğundan, bu noksanlıkları giderek olan vakfın yönetim organıdır, yani vakıftır. Vakfın birden çok organı varsa bunlardan hangisinin yetkili olduğu belirlenmelidir. Bu çerçevede bir karışıklık varsa, vakfın yönetiminin, mallarının ve amacının değiştirilmesi ile ilgili konu dışı TMK m. 112 ve TMK m. 113 hükümleri devreye girebilir. Tescilden sonra vakıf senedindeki noksanlıkların giderilmesinde, vakfeden sağ ise, onun görüşüne de başvurarak vakıf senedini tamamlamak için vakfın yetkili organına süre verilebilir. Ancak tekrar etmek gerekirse, vakıf tüzel kişilik kazandıktan sonra, hak ve fiil ehliyetini vakıf haizdir, vakfedenin artık resmi senet üzerinde tasarruf etme imkânı bulunmamaktadır¹⁹³.

Bu arada TMK m. 107/2 hükmünde sadece denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne noksanlıkların tamamlanması için yetki verilmesi kanaatimizce eksik bir düzenlemedir. Vakfın tescilinden sonra

¹⁹⁰ İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 178.

¹⁹¹ İKİZLER / KURBAN, s. 164.

¹⁹² İKİZLER, Vakıf Senedinde Değişiklik, s. 170; İKİZLER / KURBAN, s. 164; AKBULUT, s. 146-147.

¹⁹³ İKİZLER / KURBAN, s. 163.

bu hakkın denetim makamı yanında vakfın kendisine de tanınması yerinde olacaktır¹⁹⁴. Özellikle vakfın tescili sonrasında vakfedenin sağ olmadığı bir durumda, noksanlıkların tamamlayıcı yorum ile giderilebileceği kabul edilmektedir¹⁹⁵. Şüphesiz ki, yargı aşamasında bu yorumu yapacak olan da vakıf yönetimidir. Denetim organı, vakıf yönetiminin bu alandaki yetkisine müdahale etmemelidir. Asliye mahkemesi ise, vakıf yönetiminin tamamlayıcı yorumu karşısında, somut olaya göre, genel takdir yetkisini kullanarak kararını vermelidir. Ancak Mahkeme bu takdir yetkisini kullanırken, senedin bir objektif norm olduğunu dikkate alarak, vakfedenin objektif farazi iradesini tespit etmelidir¹⁹⁶. Bu durumda vakfeden noksanlık bulunan hususu tescilden önce düzenlemek isteseydi, dürüst ve makul bir kimse olarak nasıl bir düzenleme yapardı sorusunun cevabını aramalıdır¹⁹⁷. TMK m. 107 hükmü kanun koyucu tarafından neden düzenlenmiştir? Kanaatimiz odur ki, vakfın ayakta tutulması için. O halde bu hususta kanunun lafzı ve ruhuna göre hareket etmekte hukuken fayda vardır.

¹⁹⁴ İKİZLER, Vakıf Senesinde Değişiklik, s. 179; İKİZLER / KURBAN, s. 164; AKBULUT, s. 147.

¹⁹⁵ AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 209.

¹⁹⁶ AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 217.

¹⁹⁷ AKSOY DURSUN, Vakfın Örgütlenmesi, s. 217.

SONUÇ

Bu makalenin konusu olan ve TMK m. 107 hükmünde öngörülen vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanması; vakfın amacının ve yönetim yapısının değiştirilmesi kavramlarından farklıdır. TMK m. 106 hükmüne göre, vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülünen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir. Vakıf senedinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan vakfın amacı ile malvarlığı değerleri dışındaki unsurlarda noksanlık olması halinde bunlar tescilden önce de, sonra da tamamlanabilir. TMK m. 101/1 hükmündeki düzenlemeden bu husus anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, TMK m. 101/son hükmündeki; *“Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz”*, düzenlemesini ihlal etmeyen bir vakfın yaşatılması için şartlar zorlanmalıdır. Dolayısıyla, noksanlıkların tamamlanması bakımından, ister tescilden önce, ister ise tescilden sonra olsun vakfın yaşatılması ilkesinden yola çıkılarak bir karar verilmelidir. Özellikle vakfedenin sağlığında resmi senet ile kurulan vakıflarda, gerekirse vakfeden dahi sürece dâhil edilerek vakıf yaşatılmalıdır. Vakfeden artık hayatta değil ise veya ölüme bağlı tasarruf ile kurulan vakıflarda doğal olarak vakfeden sağ olmadığı için, vakıf senedindeki noksanlıklar denetim makamının başvurusu üzerine yetkili ve görevli asliye hukuk mahkemesine tamamlattırılmalıdır. İsviçre ve Türkiye hukukunda gerek vakfın kurulması aşamasında, gerek ise sonraki aşamalarda vakfın yaşatılması esası benimsenmiştir. Noksanlıkların tamamlanması ancak baştan beri eksik olan ve vakfın işleyişini aksatabilecek hususların giderilmesi olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle TMK m. 107/2 hükmünü, sadece noksanlıkların giderilmesi bakımından yorumlamak gerekmektedir. Aksi halde denetim makamının, yani Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün dayattığı bir yapının oluşması tehlikesi söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede, resmi senedin tescilden sonra tamamlanmasında vakfedenin iradesini tespit ederek *“tamamlayıcı yorum”* yöntemi ile hâkim tarafından noksanlıklar giderilebilir. Kanaatimizce, İsviçre hukukunda 2006 revizyonu sonrasında uygulama alanı bulunan İMK m. 86b hükmündeki yöntem, yani denetim makamının, objektif olarak haklı bir nedenin olması ve herhangi bir üçüncü şahsın haklarına zarar vermemesi koşuluyla vakıf senedindeki küçük noksanlıkları tamamlayabilmesine, Türk hukukunda da imkân verilebilir. Böylelikle önemsiz sayılabilecek noksanlıklar nedeniyle vakfın işleyişinin akamete

uğraması ihtimali bertaraf edilecektir. Bu arada, vakfın yaşatılması bakımından, eğer vakıf senedindeki aksaklıklar veya noksanlıklar TMK m. 107 hükmü ile giderilemiyorsa, TMK m. 112 ve TMK m. 113 hükümleri çerçevesinde vakıf senedinin değiştirilmesi gündeme gelebilecektir. Sadece noksanlıkların tamamlanması kavramı üzerinde durduğumuz bu makalede, bahsi geçen diğer iki hüküm olan TMK m. 112 ve TMK m. 113 düzenlemeleri ayrı bir çalışmaya bırakılarak kapsam dışında tutulmuştur.

KAYNAKLAR

- AKBULUT**, Pakize Ezgi: Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2022.
- AKINTÜRK**, Turgut: Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 1968.
- AKİPEK**, Jale / **AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Cilt: I, 16. Baskı, İstanbul, 2020.
- AKSOY DURSUN**, Sanem: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 311-326 (Ölüme Bağlı).
- AKSOY DURSUN**, Sanem: Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi, İstanbul, 2021 (Vakfın Örgütlenmesi).
- AKÜNAL**, Teoman: Türk Medeni Hukuku'nda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995.
- AKYILDIZ**, Ali: Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1997.
- ALTAY**, Şakir: Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Ankara, 1983.
- ARIDEMİR**, Arzu: "Vakfın Amacının Değiştirilmesine İlişkin Hukuki Sorunlar ve Yargıtay'ın Bakışı", Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt III, ENGİN, Baki İlkey (editör), İstanbul, 2021, s. 37-61.
- AVCI**, Mehmet Özgür: Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, İstanbul, 2006.
- AYDOS**, Oğuz Sadık: "Vakfın Sona Ermesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 129-154.
- AYKUL**, Ömer: Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara, 2022.
- BALLAR**, Suat: Vakıflar Sözlüğü, 2. Baskı, İstanbul, 2018.
- BALLAR**, Suat: Yeni Vakıflar Hukuku, Cilt: 1, 6. Baskı, İstanbul, 2020 (Vakıflar Hukuku).

- BAŞPINAR**, Sena: “Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 1, 2020, s. 41-76.
- BAYGIN**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594.
- BERKİ**, Ali Himmet: “Vakıfların Hukuk ve Tarih Bakımından Kıymeti”, Vakıflar Dergisi, S. 6, 1965, s. 5-7.
- BERKİ**, Ali Himmet: “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, Vakıflar Dergisi, S. 9, 1971, s. 1-12.
- BRUGGER**, Lukas: Kommentierung zu Art. 80 ZGB, in Onlinekommentar zum Zivilgesetzbuch-Version, Guggi, Nils-von Orelli, Lukas (editör), 27.04.2023: <https://online.kommentar.ch/de/kommentare/zgb80> (erişim tarihi: 01.11.2023).
- DEMİRSATAN**, Barış: “Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve TMK m. 103/II Hükümünün İşlevi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 335-358.
- DENİZ**, İpek Hanım: Vakıflarda Genel Kurul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt: II, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, 2021.
- EGE**, Önder: “Genel İtibariyle Vakfın Unsurlar ve Vakıfta Amaç”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 196, 2022, s. 24-39.
- EGGER**, Andreas: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, İkinci Kısım (Tüzel Kişiler), çeviri: Volf Çernis, Ankara, 1947.
- EM**, Ali: Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, Ankara, 2011.
- ERDOĞAN**, İhsan / **KESKİN**, Dilşad: Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), 2. Baskı, Ankara, 2019.
- ERGÜN**, Ömer: Danıştay İçtihatlarında Eski Vakıfların Konumu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995.

- ERGÜN**, Ömer: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul, 2010 (Ehliyet).
- GRUNINGER**, Harold: Vorbemerkung zu Art. 80 ZGB und Kommentierungen zu Art. 80, 87 und 335 ZGB, in Basler Kommentar, GEISER Thomas-FOUNTOULAKIS Christiana (edt.), Basel, 2018.
- GÜNERİ**, Hasan: Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976.
- GÜRZUMAR**, Osman Berat: "Türk Medenî Kanunu'nun 'Vakıflarda üyelik olmaz'. Hükmünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında", Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, 2009, s. 523-547.
- HATEMİ**, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, 1969 (Vakıf Kurma Muamelesi).
- HATEMİ**, Hüseyin: "Önceki Hukukumuzda ve Türk Medeni Hukukunda Vakıf Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 69-91.
- HATEMİ**, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992.
- HATEMİ**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2020 (Kişiler Hukuku).
- HATEMİ**, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2022.
- HELVACI**, Serap / **KOCABAŞ**, Gediz: Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları-Yargıtay Kararları ile Çözümlü, 12. Baskı, İstanbul, 2019.
- İKİZLER**, Metin: "Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 165-208 (Vakıf Senesinde Değişiklik).
- İKİZLER**, Metin: Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği, Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, Ankara, 2012 (İlkeli Kişilik).
- İKİZLER**, Metin / **KURBAN**, Yasin: Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara, 2020.
- İMRE**, Zahit / **ERMAN**, Hasan: Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

- İŞERİ**, Ahmet: “Medeni Kanun’dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev’ileri ve Hukuki Mahiyetleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 1964, s. 199-280.
- İŞERİ**, Ahmet: Türk Medeni Kanunu’na Göre Vakıf (Tesis), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968 (Vakıf).
- İYİMAYA**, Ahmet: “Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi-Türk Pozitif Hukuku Yönünden Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61, 2005, s. 241-291.
- JACOB**, Dominique: Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa, des dritten Jahrtausends, in: SJZ, 2008.
- KABOĞLU**, Ö. İbrahim: Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989.
- KILIÇOĞLU**, M. Ahmet: Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri-Temel Kavramlar-Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- KOÇOĞLU**, Safa: Vakıfların Kuruluşu İşleyişi ve Sona Ermesi, İstanbul, 2022.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku-Aile Hukuku (1-3. Kitaplar), İstanbul, 1970-1971.
- OCAK**, Nazmi: “Vakıf Çeşitleri ve Ticari İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sıfatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, C. 5, 1996, s. 237-253.
- OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Baskı, İstanbul, 2020.
- ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul, 2007.
- ÖZSUNAY**, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler-Vakıflar, 5. Baskı, İstanbul, 1982.
- ÖZTAN**, Bilge: Tüzel Kişiler, 3. Baskı, Ankara, 1998 (Tüzel Kişiler).
- ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 30. Baskı, Ankara, 2009 (Temel Kavramlar).

- POLAT**, Fatma Şeyda: Türk Medenî Kanununa Göre Kurulan Yeni Vakıfların Kuruluşu ve İşleyişi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- POWELL**, W. Walter / **STEINBERG**, Richard: The Nonprofit Sector: A Research Handbook, Second Edition, Yale- New Haven, 2006.
- RIEMER**, Hans Michael: Bern Commentary on Foundation Law, Stämpfli Verlag, Switzerland, 1981.
- SARIKAYA**, Murat: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi”, Inonu University Law Review, C. 12, S. 2, 2021, s. 602-619.
- SEROZAN**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, İstanbul, 2011.
- SPRECHER**, Thomas: New Features in Swiss Foundation Law, No: 12, Switzerland, 2006.
- SPRECHER**, Thomas / **EGGER**, Philipp / **VON SCHNURBEIN**, Georg: Swiss Foundation Code 2015, Foundation Governance Vol. 13, Adapted English translation by SAFFORD Judith, Zurich, Switzerland, 2016.
- TOLU**, Veli: Uygulamada Yeni Vakıf Davaları, Ankara, 2020.
- TROPER**, Michel: Hukuk Felsefesi, çev. Işık Ergüden, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- ULUÇ**, Yusuf: Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- UMUR**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1987.
- UYAN**, Göktürk: “Miras Sözleşmesinde İki tarafı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, İstanbul, 2007, s. 327-352.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. I, Şahsın Hukuku, İstanbul, 1960.
- YAĞCI**, Kürşat: “Yargıtay Kararlarında Yönetime İlişkin Konularda Vakıf Senedi Değişiklikleri”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III,

Dernekler ve Vakıflar, Engin, Baki İlkay (editör), İstanbul, 2021, s. 115-130.

YEDİYILDIZ, Bahaeddin: “Türk Kültür Sistemi İçinde Vakfın Yeri”, Vakıflar Dergisi, S. XX, Ankara, 1988, s. 403-408.

YİĞİT, Güven: “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

ZEVKLİLER, Aydın / **ACABEY**, M. Beşir / **GÖKYAYLA**, K. Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 1999.

GIFTING IN THE COURT OF THE QADI: AN OVERVIEW ON JUDICIAL ETHICS IN ISLAMIC- OTTOMAN LAW

Doç. Dr. Melikşah AYDIN*

Abstract

Regulations were made in Islamic law and Ottoman Empire so that judges could decide independently, impartially and fairly. In this article, the limits of the judge's giving and receiving gifts from the parties or potential parties of the case will be examined. The boundaries of gift-giving and receiving, which are among the most significant manifestations of the integrity qualities of judges, constitute one of the main topics of the article in this regard. The differences between the concepts of gift and bribe will be tried to be stated. It will be seen that Ottoman practice was not different from Islamic law. In the codes enacted in the Tanzimat period, it was tried to prevent judicial bribery by counting which gifts the judges could receive one by one. From this perspective, the aim of the article is to convey the boundaries of gift-giving and receiving by judges, which even today do not have definite limits, as found in Islamic and Ottoman law, in order to shed light on possible regulations that could be made in this regard.

Key Words

- Islamic-Ottoman Law • Judicial Ethic • Gift • Judge • Court

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University Faculty of Law, Department of State Law, Konya, Türkiye.

✉ aydinmeliksah@gmail.com • ORCID 0000-0002-4077-5025.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: AYDIN Melikşah, "Gifting In The Court Of The Qadi: An Overview On Judicial Ethics In Islamic- Ottoman Law," *SÜHFD.*, C. 32, S.1 , 2024, s. 439-455.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

KADI MAHKEMESİNDE HEDİYELEŞME:

İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA YARGI ETİĞİNE BİR BAKIŞ

Öz

İslam hukukunda ve Osmanlı uygulamasında hâkimlerin bağımsız, tarafsız ve adil bir şekilde karar verebilmeleri için düzenlemeler yapılmıştır. Bu makalede hâkimlerin davanın taraflardan veya taraf olması muhtemel olan kişilerden hediye alıp vermelerinin sınırları incelenecektir. Hakimlerin dürüstlük vasıflarının en önemli tezahürlerinden olan hediye alıp-vermedeki sınırlar bu anlamda makalenin esas konularından birini oluşturmaktadır. Hediye ile rüşvet kavramlarının farkları belirtmeye çalışılacaktır. Osmanlı uygulamasının da İslam hukukundan farklı olmadığı görülecektir. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunlarda hâkimlerin hangi hediyeleri alabilecekleri tek tek sayılarak yargısal rüşvetin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Makalenin bu açıdan amacı, günümüzde bile kesin sınırları olmayan hakimlerin hediyeleşmesi sınırlarının İslam ve Osmanlı hukukunda bulunan sınırlarını aktarmak, bu açıdan yapılabilecek olası düzenlemelere ışık tutabilmektir.

Anahtar Kelimeler

• İslam • Osmanlı Hukuku • Yargı Etiği • Hediye • Hâkim • Mahkeme

INTRODUCTION

Judicial ethics is one of the most carefully observed subjects in Islamic law. In this regard, it is essential for judges to develop high standards and be subjected to restrictions not applied to others in order to be able to render fair, independent, and impartial judgments in court. One of these restrictions concerns the giving and receiving of gifts and attending invitations by judges. In this study, which will address the limitations on judges receiving and giving gifts in Islamic law, the Ottoman state's practices will also be examined. In a system where the existence of bribery cannot be entirely denied, this study will explore which gifts are given and received, the types of sanctions imposed on judges who accept undesirable gifts, with examples from archival documents. Given the occasional difficulty in distinguishing between bribery and gifts in this system, this study will provide an interpretation based on examples. During the Tanzimat period, regulations were enacted to primarily specify which gifts qadis could and could not accept through a framework law. Subsequently, when it was observed that general provisions were insufficient, items that could or could not be accepted as gifts were enumerated one by one. While benefiting from Islamic legal principles in this study, hadith

and Fiqh sources were consulted, and in the case of Ottoman practice, archival documents and relevant studies were reviewed.

I. THE EXCHANGE OF GIFTS BY JUDGES IN ISLAMIC LAW

The term "hedayah" (in the meaning of gift) derived from the root *hedy*, meaning "to guide, to lead the right path" in Arabic.¹

In Mecelle, gift is defined as "goods brought or sent to someone as a treat".² Giving a gift for illegitimate purposes is referred to as bribery. Throughout history, bribery has been viewed as a wrongful act, even prohibited in the Tanakh.³

In ancient Greece and Rome, the exchange of gifts was a common custom. However, the exchange of gifts for illicit purposes, resembling bribery, was strictly forbidden. For instance, the law known as "Lex Cincia de donis ac muneribus" regulated the prohibition of bribery.⁴ This study, instead of examining bribery given to judges, will elucidate gifts given to judges and the gifts judges can give.

In Islam, Prophet Muhammad recommended exchanging gifts and advised not rejecting a gift given without a just cause. The Prophet himself received and reciprocated gifts from his companions.⁵ In a hadith, it is said, "It is *gulul* (to steal state property)⁶ for public officials to receive gifts."⁷ This sets limits on gift-giving and receiving. Abdullah b. Lutbiye, who was sent by the Prophet Muhammed as a zakat collector, said while giving the zakat he collected, "These are zakat, these are the goods given to me as a gift". Thereupon, the Prophet Muhammed said, "Would they still

¹ **BARDAKOĞLU**, Ali, "Hediye" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, vol. XVII, 1998, pp. 151.

² Mecelle, article no: 834.

³ Exodus, 23/8; Deuteronomy, 10/17; 27/25 etc.

⁴ **BARDAKOĞLU**, pp. 151.

⁵ **ROSENTHAL**, Franz, "Gifts and Bribes: The Muslim View", in *Man versus Society in Medieval Islam*, ed. Dimitri Gutas, Leiden 2015, pp. 730.

⁶ The word *gulul* in the hadith also means conviction. From here we can also deduce the following result. Public official's receiving a gift may cause him to feel indebted to the person gives the gift. In this sense, the official may come under the dominance of the person gives the gift. **ASLAN**, Nasi, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Adana 2014, pp. 51.

⁷ **AHMED B. HANBEL** (Translator: Oral, Rifat): *Müsned*, vol. V, Konya 2014, pp. 424.

come to you if you stayed in your father's and mother's house?" and did not approve of receiving these gifts.⁸

Omar b. Hattab appointed Qadı Şureyh as a judge under the condition that he wouldn't engage in personal transactions, accept bribes, or issue judgments when angry.⁹ Omar b. Hattab refused gifts from state officials, sending received gifts to the state treasury without personal use.¹⁰

Omar b. Abdulaziz observed a shift in the nature of gifts over time. He noted that gifts during the time of Prophet Muhammad and the first four caliphs were genuine, while those in his era had turned into bribes. Over time, he said that people give gifts with the intention of gaining benefit rather than doing good or as a sunnah.¹¹ Also, he urged public officials to send gifts received in the line of duty to the state treasury.¹²

Since the early days of Islam, debates have ensued on distinguishing between gifts and bribes given to judges.¹³ Judges are appointed with the condition not to accept gifts related to their duties. Accepting bribes is prohibited, and receiving gifts is also considered inappropriate. This situation is specifically indicated in their appointment.¹⁴ It is haram (forbidden by religion) for judges to take bribes. Accepting bribes is prohibited, and receiving gifts is also considered inappropriate.¹⁵ Mecelle's

⁸ Müslim, *İmare*, 26-30; Ebu Davud, *Harac*, 10.

⁹ **ARI**, Abdüsselam, "Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *Journal of Islamic Law Studies*, vol. II, 2003, pp. 88; **KILINÇ**, Ahmet "Osmanlı Devleti'nde Hakimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı", *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu Bildiri Kitabı*, 2017, pp. 487-488.

¹⁰ **Ali Haydar**, Hocaeminefendizade, (Translator: Gündoğdu, Raşit/ Erdem, Osman): *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, vol. IV, İstanbul 2017, pp. 3244.

¹¹ **BARDAKOĞLU**, pp. 152; AYDIN, Ahmet, *Klasik Dönemde Kadı (Hâkim) Maaşlarında İzlenen Politika ve Uygulamalar*, Master's dissertation, Marmara University Institute of Social Sciences, İstanbul 2004, pp. 52.

¹² **BARDAKOĞLU**, pp. 152.

¹³ **ROSENTHAL**, pp. 730.

¹⁴ **GAUDEFROY-DEMOMBYNES**, Maurice, *Muslim Institutions*, London, 1950, pp. 150.

¹⁵ **SERAHSİ**, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed (Translator: Akşit, Cevat): *Mebcut*, vol. XVI, İstanbul 2008, pp. 82; **ROSENTHAL**, pp. 730.

1792nd article lists the qualities a judge should possess. Being righteous of these qualities also includes not receiving gifts from people.¹⁶

Presenting gifts to judges solely due to their judicial status raises ethical concerns, as the acceptance of such gifts may be equated to bribery.¹⁷ Dede Cöngi Efendi, in his treatise titled "Siyasetü'ş-Şeriyye," acknowledges the positive nature of gift exchange based on the guidance of Prophet Muhammad. However, he explicitly cautions against judges receiving gifts, characterizing them as akin to bribes.¹⁸ Consequently, Efendi contends that judges should abstain from accepting even seemingly inconsequential or trivial gifts, emphasizing a reciprocal avoidance of participating in any gift-giving exchange.¹⁹

The prohibition of judges accepting gifts stems from the fact that humans naturally feel gratitude towards those who do them good. This sentiment may compromise a judge's impartiality when dealing with someone they appreciate.²⁰ Judges are forbidden from accepting gifts from unknown individuals or strangers to prevent potential conflicts of interest.²¹ If a judge accepts gifts, their reputation may be tarnished, affecting the credibility of the judicial office.²² Instead of a complete ban, Islam allows judges to accept and give gifts under certain conditions and circumstances, aiming to prevent judges from becoming socially isolated.

¹⁶ **ALİ HAYDAR**, vol. IV, pp. 3237.

¹⁷ **MEVSİLİ**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (Trasnlator: Keskin, Mehmet): el-İhtiyar li- Ta'lîf'l Muhtar, vol. II, İstanbul 1998, pp. 106. Some scholars have said that gift is the key to bribery. **AMRAVİ**, Omar Garamé (Translator: Durgun, Rıfki): İslam'da Yargı ve Yargıçlar, Ankara 2004, pp. 99.

¹⁸ **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, vol. IV, İstanbul 1992, pp. 171.

¹⁹ **ŞEYHİZADE**, Abdurrahman b. Şeyh Muhammaed b. Süleyman (Translator: Çelik, Mehmet): Mecmau'l-Enhur, vol. IV, İstanbul 2011, pp. 409; **BİLMEN**, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, vol. VIII, İstanbul 1970, pp. 215,220.

²⁰ *ibid*, pp. 220.

²¹ **HALEBİ**, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (Translator: Uysal, Mustafa): Mülteka'l-ebhur, vol. III, İstanbul 1972, pp. 196; **ZUHAYLİ**, Vehbe (Saraç, Mehmet Emin): *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, vol. VIII, İstanbul 1994, pp.255; **ATAR**, Fahred-din, "Kadı.", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, vol. XIV, 2001, pp.69.

²² **BARDAKOĞLU**, pp. 153. Regarding this, Serahsi said: "When the gift comes through the door, the awareness of duty and responsibility goes out the window." **SERAHSİ**, vol. XVI, pp. 82.

When considering under which circumstances judges can give and receive gifts, according to the Hanafi school of thought, a judge may accept gifts from individuals and relatives with whom they have engaged in gift exchanges before becoming a judge. It is prohibited for them to accept gifts from anyone else.²³ According to scholars, these individuals include the judge's immediate family members, namely parents, grandparents, children, grandchildren, siblings, nieces, nephews, uncles, aunts, and cousins. If the judge receives a gift from any of these individuals, they should accept it, as otherwise it may negatively impact family relations.²⁴ According to the Shafi'i school of thought, a judge cannot accept gifts from individuals within their jurisdiction under any circumstances.²⁵

Some scholars argue that a judge may only accept gifts from individuals who hold a higher rank or position than themselves, meaning those who are hierarchically superior to the judge. This higher-ranking individual could be the one directly responsible for appointing the judge.²⁶ For example, in the Ottoman Empire, a qadi (judge) could accept a gift from the kazasker (chief judge) or the Shaykh al-Islam (chief religious' authority) who have the authority to appoint them.²⁷

There is a divergence of opinion among scholars regarding what should happen to a gift that a judge accepts but is prohibited from accepting. According to some scholars, the judge should deposit the received gift into the state treasury. Others suggest that if the judge knows the giver, they should return the gift directly to them. If the judge has accepted the gift and it hasn't mingled with the judge's personal belongings, the state treasury takes possession of it. If returning the gift to the giver is

²³ **SERAHSİ**, vol. XVI, pp. 82; **MERĠİNANİ**, Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (Translator: Meylani, Ahmed): *el-Hidâye*, vol. III, İstanbul 2004, pp. 179; **NEVEVİ**, Ebû Zekeriyya Yakub b. Şeref (Translator: Acat, Mithat): Minhac (Açıklamalı Şafii İlmihali), İstanbul 2013, pp. 531; **ŞEYH BEDREDDİN** (Translator: Apaydın, Hacı Yunus): *Letaifu'l-İşarat fi Beyani'l-Mesaili'l-Hilafiyyat*, Ankara 2012, pp. 600.

²⁴ **ŞEYHİZADE**, vol. IV, pp. 410; **ALİ HAYDAR**, vol. IV, pp. 3246; **BAYINDIR**, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul 1986, pp. 84.

²⁵ **ŞİRBİNİ**, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hafîb (Translator: Duman, Soner): *Muğni'l-Muhtac*, vol. XVIII, İstanbul 2017, pp. 418; **MUMCU**, Ahmet, Osmanlı Devletinde Rüşvet, İstanbul 2005, pp. 189.

²⁶ **ASLAN**, pp. 52.

²⁷ **ALİ HAYDAR**, vol. IV, pp. 3245; **BAYINDIR**, pp. 84.

not feasible, it is considered preferable for the gift to remain in the treasury.²⁸ According to some scholars, if the identity of the gift giver is unknown or if returning the gift poses difficulties, the gift is treated as unclaimed property and is handed over to the state treasury.²⁹ However, some scholars believe that if returning the gift or the giver reclaiming it presents challenges, the judge should compensate by giving something of equal value in return for the gift.³⁰

If a person with whom the judge had engaged in gift exchanges before becoming a judge presents more expensive gifts after the judge assumes office, the judge cannot accept the excess amount.³¹ However, some scholars have argued that if the judge also increases the amount of gifts they give, they can accept this excess.³² However, some scholars have argued that if the judge also increases the amount of gifts they give, they can accept this excess.³³

II. THE EXCHANGE OF GIFTS BY JUDGES IN OTTOMAN PRACTICE

In the Ottoman Empire, even if judges did not have the intention of accepting bribes, they were prohibited by law from accepting gifts in any form for matters outside their judicial duties.³⁴ However, it is known that kazaskers (chief judges) and Shaykh al-Islams (chief religious authorities) obtained significant income under the guise of gifts (under the name of *caize*) and gratuities during the appointment of judges.³⁵

In the classical period, judges did not have a fixed salary. They relied on fees collected from cases to sustain themselves financially. In places where the number of cases was low, judges often faced financial

²⁸ MAVERDÎ, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed (Translator: Şafak, Ali): *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, İstanbul 1976, pp.84; *Fetâvâ-yı Hindiyye*, *Fetava-yı Alemgiriyye* (Translator: Efe, Mustafa): vol. VI, İstanbul 2004, pp. 269.

²⁹ *Fetâvâ-yı Hindiyye*, vol. VI, pp. 269; ALİ HAYDAR, vol. IV, pp. 3245.

³⁰ ŞEYHİZADE, vol. IV, p. 409.

³¹ ASLAN, pp. 52.

³² *Fetâvâ-yı Hindiyye*, vol. VI, pp. 268-269; İBN ABİDİN, Muhammed Emin (Translator: Savaş, Mehmet): *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar*, vol. XII, İstanbul 1985, pp. 162.

³³ İBN ABİDİN, vol. XII, pp. 158; ASLAN, pp. 51.

³⁴ MUMCU, pp. 190; KILINÇ, pp. 494-495.

³⁵ İNANIR, Ahmet, *İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam*, PhD dissertation, İstanbul University Institute of Social Sciences, İstanbul 2008, pp. 123.

difficulties. Due to the prevalent custom of presenting gifts to government officials in society, financially struggling judges attempted to alleviate their hardships by accepting gifts. Consequently, there was no distinction between gifts and bribery during this time, as gifts served as a means to address their financial constraints.³⁶

According to an archival document from the year 1668, it is observed that a certain amount of fabric was given as a gift to the deputy judge. It can be understood that this gift was considered permissible during that period.³⁷ According to another example from the year 1675, it is documented that the Shaykh al-Islam of the period, Çatalcalı Ali Efendi, and the previous Shaykh al-Islam, Yahya Efendi, gifted valuable Chinese vases during the circumcision ceremony of Sultan Mehmed IV's princes. The occurrence of such valuable gifts given during wedding ceremonies of this nature is also noteworthy.³⁸ In the Ottoman Empire, during the weddings of the sultan's sisters and the circumcision ceremonies of the princes, it is observed that in addition to all state officials, the Shaykh al-Islam, the Kazasker, and the Qadis also sent gifts, and these gifts varied according to the status of the officials.³⁹

In the Ottoman Empire, while instances of judges being dismissed for accepting bribes were relatively common, occurrences of judges being found accepting gifts were less frequent. There are very few examples of judges being punished for accepting gifts due to their entitlement to receive gifts as part of their position. This situation indicates that judges

³⁶ **DAVISON**, Roderic H. (Translator: Akınhay, Osman): *Osmanlı İmparatorluğunda Reform (1856-1876)*, vol. I, İstanbul 1997, pp. 45; **EKİNCİ**, Ekrem Buğra, *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)* İstanbul 2017, pp. 52. The reason for receiving gifts and bribes is that officials have financial difficulties. In this respect, the following words of the governor of Diyarbakir during the reign of Mahmut II are remarkable: "...if I do not take bribes, I will become so poor that I cannot get anything." **DAVISON** vol. I, pp. 45.

³⁷ **REINDL-KIEL**, Hedda, "Luxury, Power Strategies and the Question of Corruption: Gifting in the Ottoman Elite (16th-18th Centuries)", in: Şehrayin. ed. Yavuz Köse, Wiesbaden, 2012, pp. 108.

³⁸ **REINDL-KIEL**, Hedda, "Osmanlı Yöneticileri, Lüks Tüketimi ve Hediyeleşme", in: İSAM Konuşmaları (Osmanlı Düşüncesi-Ahlak-Hukuk-Felsefe-Kelam), haz. Seyfi Kenan, İstanbul 2013, pp.144.

³⁹ **ÜNİYAY AÇIKGÖZ**, Fatma, "XVII. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hediye ve Hediyeleşme (Padişahlara Sunulan Ve Padişahların Verdiği Hediyeler Üzerine Bir Araştırma)", PhD dissertation, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara 2012, pp. 149-159.

were aware that they would be dismissed if they accepted gifts from the public. In one of the records in the Mühimme registers, a qadi who received goods from the public and oppressed the populace was dismissed from office.

"Kazâ-i Ürgüb keferesinden cumhûr-ı re'âyâ Südde-i Sa'âdetüm'e gelüp hâlen kâdîları olan Mevlânâ Bâlî için; "Harâca ve âdet-i ağnâm cem'ine gelen kullar ile biriküp hadden bîrûn bizden celb-i mâl idüp zulm ü te'addîsinden âciz olduk." diyü şikâyet idüp arz-ı hâl ref' itdükleri ecilden sundukları arz-ı hâlün sûreti aynı ile ihrâc olunup sizün kemâl-i emânet ve hüsn-i diyânetinüze i'timâd-ı hümâyûnum olduğı ecilden kâdî-i mezbûrun teftîşin size emridüp buyurdum ki:

Hükm-i şerîfüm varıcak, bi'z-zât kazâ-i mezbûreye varup re'âyâ husûsın kâdînün da'vâsından takdîm idüp hasımlarıyla berâber idüp bi-hasebî'ş-şer' kemâl-i dikkat ü ihtimâmıla teftîş ü tetebbu' idüp göresiz; zikrolunan arz-ı hâlde mastûr olduğı üzre re'âyâyâ zulm ü te'addîsi şer'le sâbit ü zâhir ola, mezbûrdan müteveccih olan hukûkî ashâbına bî-kusûr alvirdükden sonra zulm ü hayfına müte'allik sübût u zuhûr bulan mevâddı ve ne mikdâr kimesnenün hakkı alvirdüğüñ ale't-tafsîl yazup defter idüp arzeyeleyesiz. Şöyle ki; kâdî-i mezbûrun zulm ü te'addîsi olmaya, hılâf-ı vâkı' şikâyet iden şerrîrlerden bir kaçın habsidüp şirret ü şekâvetlerin sübût u zuhûr bulduğı üzre sicillât idüp sûret-i sicilleri ile küreğe gönderesiz. Hîn-i teftîşde tamâm hak üzre olup tezvîr ü telbîsden ve şühûd-ı zûrdan ve hılâf-ı vâkı' kimesnenün kazıyyesi arz olunmaktan hazer idesiz. Bu bâbda Dergâh-ı Mu'allâm çavuşlarından Ma'âdin Nâzırı olan Mustafâ bile mübâşir olup emri şer'den tecâvüz eylemeye; şöyle bilesiz."⁴⁰

The intention behind the term "*mal almak*" (acquiring goods) in this record, whether it refers to a gift or a bribe, cannot be discerned. However, as previously mentioned, gifts received by judges are deemed to possess the nature of bribery. Consequently, considering gifts obtained from the public are classified as bribery, it is conceivable that such transactions would be recorded as bribery in the records.

Examples of qadis being punished for accepting bribes are quite common in the Mühimme registers. In one instance, a qadi who oppressed the public and took money was dismissed from office.

"Araç kazası ahalisi, kadıları Mevlâna İsmail hakkında, kendilerine baskı yaptığı ve akçelerini aldığı yolunda şikâyetle bulduklarından, adı geçenin kadılıktan azlolunduğı ve kendilerinin bu hususa müfettiş tayin olundukları; adı geçenin teftîş olunması ve suçları sâbit olduğı takdirde üzerine sâbit olan hakların alınıp sahiplerine verilmesi ve sicilinin Dergâh-ı muallâ'ya gönderilmesi; iddiaların asılsız olduğı ortaya

⁴⁰ Mühimme Registers Number 6, Verdict Number: 511. Date: 26 December 1564.

çikarsa o takdirde de iddia sahiplerinin küreğe konulmak üzere sancakbeyinin adamına teslim edilerek Südde-i saâdet'e gönderilmesi."⁴¹

In another example, a qadi involved in corruption was dismissed from office.

"Sâbık Kudüs-i Şerif Kadısı Carullah'ın üç yüz yıldır kullanılan sebili yıkıp yerine kahvehâne yaptırdığı, kaza gelirlerini mukâtaa olarak nâiblere, Halilü'r-Rahman Ev-kâfi'ni da kendi adamlarına verdiği, ayrıca daha birçok yolsuzluklarının olduğu; bunun dışında Kudüs-i Şerif Mahkemesi'nin muhırbaşısının da halka zulmettiği yolunda reâyâdan bazıları şikâyetle bulduklarından, adı geçen Carullah'ın şimdiki görevi olan Menzile Kadılığı'ndan azlolunduğu; kendisi oraya geldiğinde yukarıdaki iddia ve şikâyetlerden dolayı teftiş olunması ve üzerine sâbit olan suçların yazılıp bildirilmesi."⁴²

In another example, a qadi who collected grain from the public was inspected. "İpsala kâdîsına hüküm ki: Hâlâ Karasu Yenicesi kazâsından ba'zı fukarâ Dergâh-ı Mu'allâm'a gelüp; "Karasu Yenicesi Kâdîsı olan Mustafâ, Mehmed nâm nâyibi ile ittifâk idüp emrolunan Edirne zahîresi mukâbelesinde ba'zı [fu]karâdan akça alup ve ba'zılardan zahîreyi ziyâde alup ve kendü haylî zahîre saklayup kendünün (?) ve iltizâmla niyâbet iden mezbûr nâyibün ve gayri nâyiblerinin fukarâya küllî te'addîleri olduğum" bildirmeğin husûs-ı mezbûrun görülmesine Dergâh-ı Mu'allâm çavuşlarından Evren mübâşir ta'yîn olunmuşdur. Buyurdum ki: Hüküm-i şerîfümle vusûl buldukda, bi'z-zât kazâ-i mezbûra varup husûs-ı mezbûrî kâdî-i mezbûrun ve mübâşeret iden nâyiblerinin muvâcehesinde hakk üzre teftiş idüp göresin; vâkı' ise zahîreden ne mikdâr nesne saklayup ve fukarâdan ne mikdâr akça alup ve kimden almışdur; mufassal ü meşrûh yazup arzyleyesin; hakk üzre olup hılâf-ı vâkı' nesne arzitmekden hazer idesin"⁴³

In an edict dated 1815, it was understood that judges were engaging in corruption in the tax distribution registers and illicitly benefiting themselves from these, adding significant amounts of money unlawfully to these registers under names such as "gift" or "tip", and collecting taxes accordingly.⁴⁴ The Criminal Code of 1838 on Tarik-i İlmiyye also made significant regulations. According to this law, "If a person appointed as a judge gives bribes under the name of 'gift' to governors, tax collectors, voivodes, village heads, and prominent individuals, and then proceeds to collect the

⁴¹ Mühimme Registers Number 5, Verdict Number: 1173. Date: 7 March 1566.

⁴² Mühimme Registers Number 5, Verdict Number: 1248. Date: 17 March 1566.

⁴³ Mühimme Registers Number 7, Verdict Number: 480. Date: 15 November 1567.

⁴⁴ ÇADIRCI, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli (Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi)", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, vol. XIV, Issue 25, 1982, pp. 141; FEYZİOĞLU, Hamiyet Sezer/ KILIÇ, Selda, "Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, vol. 24, Issue 38, 2005, pp. 42.

equivalent from the people involved in cases brought before the court, they shall be punished."⁴⁵ This provision regulated that judges cannot give gifts. Therefore, it indicates that corrupt judges in the Ottoman State were not always the recipients of gifts, but rather gave gifts in anticipation of benefit. In the articles of the law arranged in accordance with complaints from the people and reports from relevant individuals, prohibition was imposed taking this situation into account. In this law, it was regulated that small gifts and tips that do not harm public order could be accepted.⁴⁶ In the annex of the law, criteria were established within which gifts should be considered as bribes or gifts. Accordingly, the acceptance of money, jewelry, and valuable goods as gifts was strictly prohibited, while goods such as oil, honey, slaves, concubines, horses, sheep, and lambs, which were considered appropriate among relatives, could be given and received as gifts.⁴⁷

The provision found in Article 1 of Chapter 5 of the Penal Code, which came into effect in 1840, states, "*Any individual holding a position in any office from the position of viziership to that of clerkship, regardless of their class or nationality, should not dare to accept bribes or gifts considered as bribes, as they receive sufficient salary from the state.*"⁴⁸ According to Article 6 of the same law, even official and public gifts that have become customary to give and receive can only be accepted after obtaining the irade-i seniyye, meaning the permission of the sultan. Article 7 specifies that the types and amounts of gifts customary to be given at weddings and similar occasions will be regulated by another law.⁴⁹ A decree dated January 1, 1849, also stipulates that legal fees will be collected in legal cases, and apart from these fees, it is prohibited to accept bribes, gifts, or any form of money or goods contrary to the law, with the responsibility for such actions falling upon the governor.⁵⁰ For instance, Niğde District Governor Zeki Efendi

⁴⁵ ÇADIRCI, pp. 145-146.

⁴⁶ KELEŞ, Erdoğan, "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler (1839-1858)", Tarih Araştırmaları Dergisi, vol. 24, Issue 38, Ankara 2005, pp. 261.

⁴⁷ ibid, pp. 262.

⁴⁸ AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, vol. I, İstanbul 2011, pp. 607.

⁴⁹ ibid, pp. 608; KELEŞ, pp. 265.

⁵⁰ KELEŞ, pp. 265.

was dismissed from his duty due to his poor administration and corruption involving accepting gifts.⁵¹

With a decree dated 1850, detailed regulations were established regarding which gifts would be considered as bribery and which would not. According to this decree, the exchange of jewelry, precious items such as gold, fur, shawls, fabrics, concubines, and animals such as horses was prohibited. However, goods such as grapes, melons, watermelons, sugar, halva, yogurt, butter, milk, lamb, fish, chicken, birds, and eggs, which are customary to be exchanged among friends, were allowed as long as they were not in excessive amounts. In fact, the decree even detailed the specific quantities in which these goods could be exchanged.⁵² This detailed regulation indicates that gift-giving did not decrease between the period from the law of 1838 to 1850, and public officials did not pay much attention to this issue. Therefore, in 1850, more detailed provisions were introduced to regulate which goods could be exchanged as gifts.

In 18th-century Ottoman society, gifts were viewed as a form of payment, service fee, or tax, and it was observed that gifts varied only according to individuals' different positions or statuses.⁵³ However, considering that gifts given to judges could be considered as bribery, gifts given to judges were subject to separate provisions from those given to other officials.

According to Article 1796 of the Mecelle, a judge does not accept any gifts from either party. The Mecelle has only made this clear and limited regulation. However, in the commentaries of the Mecelle, Islamic jurists have elaborated on the subject as done by their predecessors in Islamic jurisprudence.⁵⁴

CONCLUSION

In conclusion, it can be said that especially during the Tanzimat period and thereafter, due to the impoverishment of the population and widespread corruption among officials, various bribes were exchanged

⁵¹ ÇADIRCI, Musa, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Durumu*, Ankara 1991, pp. 239.

⁵² KELEŞ, pp. 271-272.

⁵³ MUSTAK, Aykut, "A Study On The Gift Log, Mad 1279: Making Sense Of Gift-Giving In The Eighteenth Century Ottoman Society", Master's dissertation, Boğaziçi University, İstanbul 2007, pp. iv.

⁵⁴ ALİ HAYDAR, vol. IV, pp. 3244-3249.

under the guise of gifts. Laws were enacted to prevent this situation, and even as a final measure, detailed regulations were established regarding which gifts could or could not be accepted. Despite the fact that gift-giving is praised in a religion like Islam, where benefiting others is encouraged, it is observed that Muslims have resorted to giving bribes under the guise of gifts to government officials for personal gain. Islamic law has shown no tolerance for judges, who are among the most important government officials, accepting bribes under the guise of gifts. While Islamic jurists have acknowledged gift-giving as a morally commendable behavior among Muslims, they have made exceptions for judges in this regard. This is because the acceptance of gifts by judges could undermine public trust in the judicial system. Even being under suspicion of accepting gifts could be considered a betrayal of the judicial system. Therefore, the acceptance of gifts by judges has been restricted, allowing them to receive gifts only from certain individuals and within certain limits. Completely banning judges from giving and receiving gifts was not deemed appropriate to maintain their status as good Muslims who are part of the community but also independent from it. When the initial framework regulations in the Ottoman state failed to prevent judges from accepting gifts resembling bribes, subsequent laws detailed which gifts could be accepted, one by one, to clarify the matter.

BIBLIOGRAPHY

- AHMED B. HANBEL** (Translator: Oral, Rıfat): Müsned, vol. V, Konya 2014.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, vol. I, İstanbul 2011.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmet: Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri İstanbul 1992.
- ALİ HAYDAR**, Hocaeminefendizade: (Translator: Gündoğdu, Raşit/ Erdem, Osman): Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, vol. IV, İstanbul 2017.
- AMRAVİ**, Omar Garama (Translator: Durgun, Rıfki): İslam'da Yargı ve Yargıçlar, Ankara 2004.
- ARI**, Abdüsselam: "Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eşari'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", Journal of Islamic Law Studies, vol. II, 2003, pp.85-99.
- ASLAN**, Nasi: İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri, Adana 2014.
- ATAR**, Fahreddin: "Kadı.", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, vol. XIV, 2001, pp.69-73.
- AYDIN**, Ahmet: Klasik Dönemde Kadı (Hâkim) Maaşlarında İzlenen Politika ve Uygulamalar, Master's dissertation, Marmara University Institute of Social Sciences, İstanbul 2004.
- BARDAKOĞLU**, Ali: "Hediye" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA), vol. XVII, 1998, pp151-5.
- BAYINDIR**, Abdülaziz: İslam Muhakeme Hukuku Osmanlı Devri Uygulaması, İstanbul 1986.
- BİLMEN**, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, vol. VIII, İstanbul 1970.
- ÇADIRCI**, Musa: "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli (Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi)", Tarih Araştırmaları Dergisi, vol. XIV, Issue 25, 1982, 139-161.
- ÇADIRCI**, Musa: Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Durumu, Ankara 1991.
- DAVISON**, Roderic H. (Translator: Akınhay, Osman): Osmanlı İmparatorluğunda Reform (1856-1876), vol. I, İstanbul 1997.

- Ebu Davud**, Süleyman b. Eşar (Translator: Parlayan, Abdullah): Sünen-i Ebu Davud, Konya 2007.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra: Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası) İstanbul 2017.
- Fetâvâ-yı Hindiyye, Fetava-yı Alemgiriyye (Translator: Efe, Mustafa): vol. VI, İstanbul 2004,
- FEYZİOĞLU**, Hamiyet Sezer/ **KILIÇ**, Selda: "Tanzimat Arifesinde Kadılık-Naiplik Kurumu," Tarih Araştırmaları Dergisi, vol. 24, Issue 38, 2005, 31-53.
- GAUDEFROY-DEMOMBYNES**, Maurice: Muslim Institutions, London, 1950.
- HALEBİ**, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (Translator: Uysal, Mustafa): Mülteka'l-ebhur, vol. III, İstanbul 1972.
- İBN ABİDİN**, Muhammed Emin (Translator: Savaş, Mehmet): Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, vol. XII, İstanbul 1985.
- İNANIR**, Ahmet: İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam, PhD dissertation, İstanbul University Institute of Social Sciences, İstanbul 2008.
- KELEŞ**, Erdoğan: "Tanzimat Döneminde Rüşvetin Önlenmesi İçin Yapılan Düzenlemeler (1839-1858)", Tarih Araştırmaları Dergisi, vol. 24, Issue 38, Ankara 2005, pp. 259-80.
- KILINÇ**, Ahmet: "Ethical Principles of Judges in the Ottoman State: The Convenance of Judge", International Symposium On Judicial Ethics, 2017, 463-534.
- MAVERDİ**, Ebu'l Hasen Ali b. Muhammed (Translator: Şafak, Ali): el-Ahkamu's-Sultaniyye, İstanbul 1976.
- MERĞİNANİ**, Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (Translator: Meylani, Ahmed): el-Hidâye, vol. III, İstanbul 2004.
- MEVSİLİ**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (Translator: Keskin, Mehmet): el-İhtiyar li- Ta'lîf'l Muhtar, vol. II, İstanbul 1998.
- Mühimme Registers Number 5. Verdict Number: 1173. Date: 7 March 1566.
- Mühimme Registers Number 5. Verdict Number: 1248. Date: 17 March 1566.
- Mühimme Registers Number 6. Verdict Number: 511. Date: 26 December 1564.

Mühimme Registers Number 7. Verdict Number: 480. Date: 15 November 1567.

MUMCU, Ahmet: Osmanlı Devletinde Rüşvet, İstanbul 2005.

MÜSLİM, (Translator: Davudoğlu, Ahmed): Sahih-i Müslim, İstanbul 1977.

MUSTAK, Aykut: "A Study On The Gift Log, Mad 1279: Making Sense Of Gift-Giving In The Eighteenth Century Ottoman Society", Master's dissertation, Boğaziçi University, İstanbul 2007.

NEVEVİ, Ebû Zekerriyya Yakub b. Şeref (Translator: Acat, Mithat): Minhac (Açıkla-malı Şafii İlmihali), İstanbul 2013.

REINDL-KIEL, Hedda: "Luxury, Power Strategies and the Question of Corruption: Gifting in the Ottoman Elite (16th-18th Centuries)", in: Şehrayin. ed. Yavuz Köse, Wiesbaden, 2012, 107-120.

REINDL-KIEL, Hedda: "Osmanlı Yöneticileri, Lüks Tüketimi ve Hediyeleşme," in: İSAM Konuşmaları (Osmanlı Düşüncesi-Ahlak-Hukuk-Felsefe-Kelam), ed. Seyfi Kenan, İstanbul 2013, 137-151.

ROSENTHAL, Franz: "Gifts and Bribes: The Muslim View," in Man versus Society in Medieval Islam, ed. Dimitri Gutas, Leiden 2015.

SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed (Translator: Akşit, Cevat): Mebsut, vol. XVI, İstanbul 2008.

ŞEYH BEDREDDİN (Translator: Apaydın, Hacı Yunus): Letaifu'l-İşarat fi Beyani'l-Mesaili'l-Hilafiyat, Ankara 2012.

ŞEYHİZADE, Abdurrahman b. Şeyh Muhammaed b. Süleyman (Translator: Çelik, Mehmet): Mecmau'l-Enhur, vol. IV, İstanbul 2011.

ŞİRBİNİ, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (Translator: Duman, Soner): Muğni'l-Muhtac, vol. XVIII, İstanbul 2017.

ÜNYAY AÇIKGÖZ, Fatma: "XVII. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hediyeler ve Hediyeleşme (Padişahlara Sunulan Ve Padişahların Verdiği Hediyeler Üzerine Bir Araştırma)," PhD dissertation, Gazi University Institute of Social Sciences, Ankara 2012.

ZUHAYLİ, Vehbe (Saraç, Mehmet Emin): İslam Fıkhu Ansiklopedisi, vol. VIII, İstanbul 1994.

TTK M. 1468 KAPSAMINDA KİSMİ SİGORTANIN ÖZELLİKLERİ VE SİGORTACILARIN SORUMLU OLDUĞU MİKTARIN HESAPLANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL*

Öz

Birden çok sigorta, TTK m. 1465 ilâ 1468 hükümleri arasında yer almıştır. TTK m. 1465'te birden çok sigortaya ilişkin genel kural, 1466'da müşterek sigorta, 1467'de çifte sigorta ve 1468'de kısmi sigorta düzenlenmiştir. Kısmi sigorta ile sigorta ettiren, sigorta konusu menfaatin değerini, önceki sözleşme ile teminat altına alınmamış ise, geri kalan değerine kadar sigorta ettirebilmektedir. Bu durumda sonraki sigortacılar, sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarihe göre sorumlu olmaktadır. Kanun koyucu kısmi sigorta ile birden fazla sigorta yaptırılarak, sigorta konusu menfaatin tam değerine kadar sigorta ettirilebilmesine izin vermiştir. Birden çok sigorta yaptırılmışsa, söz konusu sigortanın kısmi, müşterek veya çifte sigorta olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira kısmi veya müşterek sigortada sigortacıların sorumlu olduğu tazminat miktarı

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Konya, Turkey.

✉ oguz.yolal@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0003-1333-4854

- ✂ **Atıf Şekli** | Cite As: YOLAL, Oğuz: "TTK M. 1468 Kapsamında Kısmi Sigortanın Özellikleri ve Sigortacıların Sorumlu Olduğu Miktarın Hesaplanması", SÜHFD, C. 32, S. 1, 2024, s. 453-504.
- ✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

farklı olmakta; çifte sigortada ise, TTK m. 1467’de sayılan istisnai hâller haricinde, sonraki yapılan sigorta sözleşmesi geçersiz olmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kısmi Sigorta • Müşterek Sigorta • Çifte Sigorta • Birden Çok Sigorta • TTK m. 1468

CHARACTERISTICS OF PARTIAL INSURANCE UNDER ART. 1468 OF TCC AND CALCULATION OF THE AMOUNT LIABLE BY THE INSURERS

Abstract

Multiple insurances are regulated under Articles 1465 to 1468 of the TCC. Article 1465 of the TCC regulates the general rule regarding multiple insurances, 1466 regulates joint insurance, 1467 regulates double insurance and 1468 regulates partial insurance. With partial insurance, the policyholder may insure up to the remaining value of the insured interest, if the value of the insured interest is not covered by the previous contract. In this case, subsequent insurers are liable according to the date of the insurance contract. The legislator has allowed the insurers to insure the insured interest up to its full value by taking out more than one insurance with partial insurance. If more than one insurance is taken out, it is necessary to determine whether the insurance in question is partial, joint or double insurance. This is because, in partial or joint insurance, the amount of compensation for which the insurers are liable is different, and in double insurance, the subsequent insurance contract is invalid, except for the exceptional circumstances listed in Article 1467 of the TCC.

Key Words

Partial Insurance • Coinsurance • Double Insurance • Multiple Insurance • TCC art. 1468

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) birden çok sigorta türleri olarak müşterek, çifte ve kısmi sigorta düzenlenmiştir. Kısmi sigortanın düzenlendiği TTK m. 1468’de, sigorta ettirilmiş olan menfaatin, diğer sigorta sözleşmeleriyle tam değer üzerinden sigorta ettirilebilmesine izin verilmiştir. Kısmi sigortada, sigorta ettiren esasında bir eksik sigorta yaptırmakta; daha sonra sigorta değerini karşılamak üzere diğer sigortacılar ile aynı menfaati, aynı rizikoya karşı tekrar sigorta ettirmektedir. TTK’da birden çok sigorta kapsamında müşterek, çifte ve

kısmi sigortanın yer alması; birden fazla sigortacı ile yapılmış olan sigortanın hangi sigorta türüne girdiğini belirlemede zorluk yaratmaktadır. Müşterek veya kısmi sigortanın, birbirinden ayırt edilmesi, sigortacıların sorumluluk miktarının hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Zira müşterek sigortada sigortacının sorumluluğu her bir sigortacıyla yapılan sigorta bedelinin toplam sigorta bedeline oranına göre; kısmi sigortada ise sonraki sigortacıların sorumluluğu, sözleşmenin yapılaş tarihi sırasına göre belirlenmektedir. Ayrıca kısmi sigorta ile çifte sigorta arasındaki farkların da ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü çifte sigortada sonraki sigorta sözleşmesi - TTK m. 1467'de öngörülen istisnai durumlar haricinde - geçersiz olmaktadır. Anılan hususlar nedeniyle, bu çalışma içerisinde kısmi sigortanın düzenlenme yeri, diğer birden çok sigorta türlerinden farkları ve özellikle kısmi sigorta durumunda sigortacının sorumlu olduğu miktarın hesaplanmasına ilişkin hususlar incelenmeye çalışılmıştır. Sigortacının sorumlu olduğu miktar hesaplanırken, daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla örneklere ve tablolara yer verilmiştir.

I. KISMİ SİGORTANIN DÜZENLENME YERİ

A. Türk Hukukunda

Birden çok sigorta, TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin kitabının sigorta türlerine ilişkin özel hükümler bölümünün, zarar sigortalarını düzenleyen ikinci kısmında, mal sigortalarına ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir. TTK m. 1465 hükmünde, birden çok sigortaya ilişkin genel kural; TTK m. 1466'da müşterek sigorta, TTK m. 1467'de çifte sigorta ve TTK m. 1468'de kısmi sigorta yer almıştır¹. Birden çok sigortaya ilişkin hükümler mal sigortalarına ilişkin düzenlenmiş olup, TTK m. 1485 gereğince sadece müşterek sigortaya ilişkin hükmün birinci fıkrası (TTK

¹ Söz konusu durum öğretide eleştirilmiş olup, birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin, bütün zarar sigortalarını kapsayacak şekilde genel bir bölümde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, TTK'da zarar sigortalarına ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı bir bölümün düzenlenmesi ve birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin de orada yer alması gerekirdi. Bkz. ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2016, s. 172; ÜNAN, Samim: "Birden Çok Sigortaya İlişkin Bazı Sorunlar", Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar -Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 108.

m. 1466/1) sorumluluk sigortaları hakkında uygulanacaktır². Bunun yanında TTK m. 1519/2'de, “sigortalının uğradığı hastalık, ilaç ve tedavi giderleri için harcama yapılması gibi gerçek zararların sigortacı tarafından karşılanması öngörülen sağlık sigortalarında, genel hükümler dışında, zarar sigortalarına ilişkin” hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm gereğince sağlık giderlerine ilişkin sigortalarda, zarar sigortaları kısmında düzenlenen kısmi sigortanın uygulama alanı bulması gerekmektedir. Ancak birden çok sigortaya ilişkin hükümlerde, menfaat değerinden bahsedilmiş olup; sağlık sigortaları bakımından menfaat değeri söz konusu değildir. Dolayısıyla TTK m. 1519/2'de her ne kadar zarar sigortalarına ilişkin hükümlerin uygulanmasından bahsedilmişse de, sağlık sigortaları bakımından kısmi sigortanın uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir³.

² Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan 2013/6 sayılı Sorumluluk Sigortalarında Birden Çok Sigorta Hükümlerinin Uygulanabilirliği Hakkında Genelge'de sorumluluk sigortalarında kısmi sigortanın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. “Sorumluluk sigortaları için çifte sigorta ya da kısmi sigorta hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir”. Bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?view=article&catid=51%3Agenelgeler-ve-sektoer-duyurular&id=267%3Agenelge-ve-duyurular2010&option=com_content&Itemid=267. Sorumluluk sigortalarında sigorta değerinin önceden tespit edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, birden çok sigortaya ilişkin - TTK m. 1466/1 haricinde - hükümler sorumluluk sigortalarına uygulanamamaktadır. Sorumluluk sigortalarında sigorta değerinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler için bkz. **AMASYA**, Serap: Sorumluluk Sigortalarında Birden Çok Sigorta, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 169 vd.

³ Sigorta değeri kenar başlıklı TTK m. 1514'ün gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır. “Hayat sigortasında olduğu gibi, hastalık ve meblağ sigortası şeklindeki sağlık sigortasında belli bir sigorta değerinden bahsetmek mümkün olmadığından...”. Öğretide sağlık sigortalarına müşterek sigortanın düzenlendiği TTK m. 1466'nın ikinci fıkrasının uygulanabileceği, kısmi sigortaya ilişkin TTK m. 1468 hükmünün ise uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir. Bkz. **ÜNAN**, Sempozyum, s. 130. Sağlık sigortalarına kısmi sigortanın uygulanma imkânının olmadığına ilişkin bkz. **ULUĞ CİCİM**, İlknur: “Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigortaya İlişkin Bazı Sorunlar”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar -Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 224-225.

Kısmi sigorta⁴ “Birden çok sigorta” kenar başlığı altında TTK m. 1468 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre,

“Sigorta olunan menfaatin değeri önceki sözleşmeyle tamamen teminat altına alınmamışsa bu menfaat, geri kalan değerine kadar bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebilir. Bu takdirde, o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olurlar. Aynı günde yapılmış olan sözleşmeler, aynı anda yapılmış sayılır”.

Hükümün gerekçesinde 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nun (mülga TK) 1287’nci maddesinin korunduğu belirtilmiştir. 6762 sayılı TK m. 1287’ye⁵ göre,

“Sigorta olunan menfaatin değerinin tamamı önceki mukavele ile temin edilmemişse bu menfaat, geri kalan değerine kadar, bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebilir. Bu takdirde o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar değer bakiyesinden dolayı mukavelelerin tarihleri sırasıyla mesul olurlar. Aynı günde yapılmış olan mukaveleler aynı anda yapılmış sayılır”.

865 sayılı Ticaret Kanunu’na bakıldığında ise, kısmi sigortanın m. 946’nın ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlendiği görülmektedir. 865 sayılı TK m. 946’ya göre,

“Kıymetinin tamamı sigorta olunan bir mal aynı şahıs tarafından aynı tehlikelere karşı sigorta ettirilemez.

Sigorta olunan malın tamam kıymeti evvelki mukavele ile temin edilmemiş ise o malın bakiye kıymetine kadar bir veya

⁴ Kısmi sigortanın “yan yana” sigorta (ÜNAN, C. II, s. 174, 209) veya “kısmı kısım” sigorta (BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 1981, s. 101; BOZKURT, Tamer: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2021, s. 214, 217; ERİŞ, 2022, s. 784; KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003, s. 10; ŞENOCAK, Kemal: Çifte Sigorta, Ankara 2002, s. 42, 70) şeklinde adlandırıldığı da görülmektedir. Ayrıca bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 266.

⁵ 6762 sayılı TK’nın genel gerekçesinde, birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin 865 TK’dan alındığı belirtilmiştir. “Mal sigortasına mütaallik kaideler arasında teklif edilen önemli değişiklikler şunlardır: Bugünkü kanunun birden çok sigorta meselesini tanzim eden 946, 947 ve 949 ncu maddelerine tekabül eden tasarruun 1285 - 1287 nci maddeleri «müşterek», «çifte» ve «kısmı» sigortaları birbirinden tefrik etmeye yarıyacaktır”. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Hükümet Gerekçesi, Zabıt Ceridesi, Devre 10, C. XII, Sıra Sayısı 198, s. 60.

bir kaç defada sigortası caizdir. Bu surette o malı muahharan sigorta eden sigortacılar, bakıyei kıymetinden dolayı mukavelelerinin tarihleri sırasile mesul olurlar.

Aynı günde icra edilmiş olan mukaveleler aynı zamanda vukua germiş addolunur."

865 sayılı TK m. 946'nun ilk fıkrasında (TTK m. 1467/1 ilk kısım) çifte sigorta yasağı; ikinci ve üçüncü fıkralarında kısmi sigorta (TTK m. 1468) düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 949'uncu maddesinde ise, çifte sigorta yasağının istisnaları (TTK m. 1467/1-a,b ve c bentleri) sayılmıştır. Görüldüğü üzere kısmi sigortaya ilişkin hüküm, esasında 865 sayılı TK m. 946/2 ve 3'ten alınmıştır. Tarihsel süreç olarak bakıldığında 6762 sayılı TK m. 1287, 865 sayılı TK m. 946/2 ve 3'ten aynen alınmış ve tek fıkra hâlinde düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK 1468'de ise, içerik olarak değişiklik yapılmamış ve anılan madde gerekçesinde belirtildiği üzere 6762 sayılı TK m. 1287 korunmuştur⁶.

Bu noktada 865 sayılı TK hükümlerinin kaynağına da bakılması gerekmektedir. Osmanlı Devleti'nde sigorta hukukuna ilişkin ilk düzenleme olan deniz sigortalarına ilişkin, 1864 tarihli Kanunname-i Hümayun-ı Ticaret-i Bahriye'nin sigortaya ilişkin On Birinci Faslının, sigorta eden veya ettiren kimselerin beyanı başlığını taşıyan İkinci Kısım m. 204'te, kısmi sigortaya ilişkin mevcut TTK m. 1468'e benzer bir hüküm

⁶ Kısmi sigortaya ilişkin, 865 sayılı TK'nın aynı hükümlerinin alınması öğretide eleştirilmiştir. Zira düzenlendiği tarihten itibaren yaklaşık olarak bir asrın geçtiği bir hükümün aynen alınması, kısmi sigorta uygulamasına ilişkin bir değişiklik olmadığı anlamına gelmektedir. Bu durum öğretide Ünán tarafından haklı olarak şu şekilde eleştirilmiştir. "Yasal çözümler aşağıda da açıklamaya çalışacağımız gibi, bugün de aşağı yukarı aynıdır. Zaman durmuş, çözümler donmuş, aradan geçen uzun süre içinde sigorta hukuku alanında hiç gelişme olmadığı varsayılarak, 21inci yüzyılda yeni yasa yapılırken 1926 yılına demirlenmiştir. Orada daha çok seneler -belki de on seneler- boyunca güvende olunacağı düşünülmüş olmalıdır". Bkz. ÜNAN, Sempozyum, s. 108. Ayrıca bkz. ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. VII, Yargı Kararları, İstanbul 2021, s. 154. TTK'nın birden çok sigortaya ilişkin hükümlerinin, TTK tasarısını hazırlamak amacıyla kurulan komisyonda en çok tartışmaya neden olan konulardan biri olduğuna ilişkin bkz. ATAMER, Kerim: Yeni "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortalarına"na Giriş", Batider, C. 27, S. 1, s. 70. Dolayısıyla TTK'nın hazırlanması aşamasında dahi, birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin aynen alınmasında bir tereddüt olduğu ifade edilebilir.

yer almaktadır⁷. Anılan hükme göre, “*Gemiye yüklenmiş bir yük hakkında, herhangi bir hile söz konusu olmaksızın birden fazla sigorta yaptırılmış ve bunlardan ilki yükü tam değeri üzerinden temin etmekte ise, sonraki sigortacılar sorumlu olmazlar; ilk sigortanın yüklerin tam değerini temin etmediği hallerde ise, sonraki sigortacılar temin edilmemiş değer kısmından sözleşmelerinin tarihi sırasıyla sorumlu olurlar*”⁸. 1864 tarihli Kanunname-i Hümayun-ı Ticaret-i Bahriye hükümleri, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’ndan alınmıştır⁹. Genel olarak toparlayacak olursak, kısmi sigortaya ilişkin mevcut düzenlemeler ile 865 sayılı TK hükümlerinin aynı olduğu; 865 sayılı TK’ya ilişkin hükümlerin ise, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu’ndan alındığı ifade edilebilir. Hâl böyle olunca kısmi sigortaya ilişkin TTK m. 1468 hükmünün tarihsel gelişiminin çok eskiye dayandığını söylemek mümkündür.

TTK’da birden çok sigorta olarak müşterek, çifte ve kısmi sigortanın, 865 sayılı TK’dan itibaren genellikle aynı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda müşterek, çifte veya kısmi sigortanın birinin yorumlanmasında, birden çok sigorta türü olarak düzenlenen diğer hükümlerden yararlanılmasının mümkün, hatta bir zorunluluk olduğu belirtilmelidir. Keza düzenleme yeri olarak bakıldığında 865 sayılı TK’da kısmi ve çifte sigorta aynı hüküm içerisinde yer almıştır. Bunun devamında sigorta türlerine ilişkin bazı ifadeler bir sigorta türünde düzenlenmemişken, diğer sigorta türünde düzenlenmiştir. Örneğin, TTK m. 1466’da müşterek sigortanın “*aynı zamanda*” yapılmasından, bahsedilmiş, fakat “*aynı zamanda*” ifadesinin açıklamasına TTK m. 1468’de düzenlenen kısmi sigortada yer verilmiştir. Görüldüğü üzere birden çok

⁷ 1864 tarihli Kanunname-i Hümayun-ı Ticaret-i Bahriye’ye ilişkin açıklamalar ve m. 204 için bkz. ÜNAN, Sempozyum, s. 112-113; ÜNAN, Samim: “Çifte sigorta” da Avrupa modeli, Y. 35, S. 493, 2019, <https://www.sigortacigazetesi.com.tr/wp-content/uploads/2020/03/2019-Aralik-Sigortaci-Gazetesi.pdf> Erişim Tarihi: 01.01.2024, s. 38.

⁸ Ünan’dan aynen alıntılan bu hüküm için bkz. ÜNAN, Sempozyum, s. 113; ÜNAN, Sigortacı, s. 38.

⁹ 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu, 1681 tarihli Denizcilik Emirnamesi’ne dayanmakta olup, bu Emirname’de kısmi sigortaya ilişkin benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bkz. ÜNAN, C. VII, s. 153; ÜNAN, Sempozyum, s. 113-114; ÜNAN, Sigortacı, s. 38.

sigorta türleri arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır¹⁰. Bu noktada belirtmek gerekir ki, müşterek, çifte veya kısmi sigorta, TTK m. 1465'te düzenlenen birden çok sigortanın türü olup, bunlardan biri, diğerinin çeşidi niteliğinde değildir¹¹.

TTK m. 1486/2 gereğince, TTK m. 1468 hükmüne aykırı sözleşmeler geçersiz olacaktır. Dolayısıyla kısmi sigortaya ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olup, sigorta ettiren lehine olsa dahi¹² değiştirilemez¹³. Birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin mutlak emredici nitelikte olmasının gerekçesi açık değildir. Zira sigortacıların birlikte veya bireysel olarak sigorta ettirene karşı daha geniş bir sorumluluk altına girmelerindeki sakınca anlaşılammaktadır¹⁴.

B. Alman Hukukunda

Alman hukukunda birden çok sigortaya ilişkin hükümler Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu (*Gesetz über den Versicherungsvertrag-VVG*) § 77, 78 ve 79'da düzenlenmiştir. VVG § 77'de birden çok sigorta yapıldığının, diğer sigortacılara bildirilmesi yükümlülüğü; VVG § 78'de

¹⁰ CAN, Mertol: Birden Çok Sigorta, Ankara 2004, s. 48; CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), 3. Bası, Ankara 2009, s. 113; CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), C. I, Ankara 2018, s. 112.

¹¹ Bozer'e göre, birden çok sigortanın kısmi sigorta şeklinde bir türü bulunmamaktadır. Kısmi sigorta, müşterek sigorta içerisinde kabul edilmektedir. Kanun koyucu sigorta sözleşmesinin aynı veya ayrı tarihlerde yapılmasını dikkate alarak müşterek sigortanın yanında kısmi sigortayı da düzenlemiştir. Sonuç olarak kısmi sigorta, ayrı tarihlerde yapılan müşterek sigortayı ifade etmektedir. Bkz. **BOZER**, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 194-195. "TTK. nun 1285 inci maddesine göre, bir menfaat birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda ve aynı rizikolara karşı sigorta olunduğu takdirde müşterek sigortadan bahsedilir. Kısmî sigorta ise, menfaat değerinin tamamı ilk sigortacı tarafından temin edilmemişse, bu menfaat geri kalan değerine kadar bir veya bir kaç defa daha sigorta ettirilebilir (TTK. 1287). Görülmektedir ki, her iki sigorta da, birden çok sigorta türüne girmektedir. Daha doğrusu her ikisi de sonuç ve hükümleri ayrı olmakla birlikte, birer müşterek sigortadır" Y. 11. HD, T. 20.6.1980, E. 1687, K. 3313 (**ERİŞ**, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta, C. III, Ankara 1990, s. 1140-1141).

¹² **ÜNAN**, C. II, 211.

¹³ Öğretide TTK m. 1468 hükmünün, TTK m. 1486/2'de sayılmasının isabetli olmadığı belirtilmiştir. Zira hüküm sigorta ettiren aleyhine zaten değiştirilemeyecektir. Dolayısıyla mülga TK m. 1264/4'te olduğu şekilde, TTK m. 1468'in, sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyecek olan hükümler arasında gösterilmesi daha doğru olurdu. Bkz. **MEMİŞ**, Tekin: Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul 2016, s. 83-84.

¹⁴ **ÜNAN**, Sempozyum, s. 126.

birden fazla sigortada sigortacıların sorumluluğu ve VVG § 79'da ise, sigorta ettirenin birden çok sigortaya yol açan sigorta sözleşmesini bilmediği hâllerde sözleşmenin akıbeti düzenlenmiştir. Anılan hükümlere bakıldığında müşterek sigortaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmadığı, kısmi ve çifte sigortanın ise genel hatlarıyla tanımlandığı ifade edilebilir. VVG § 78 (1) hükmü şu şekildedir; aynı menfaat, aynı rizikoya karşı birden fazla sigortacı tarafından sigorta ettirilmiş ve sigorta bedellerinin toplamı sigorta değerini aşıyorsa veya diğer sigortacı mevcut olmasaydı her bir sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı toplam zararı aşıyorsa, her bir sigortacı sözleşme kapsamında sorumlu olduğu tutar kadar müteselsilen sorumlu olacaktır. Ancak sigorta ettiren, toplam zarar miktarından fazlasını talep edemeyecektir.

Söz konusu hükümde birden çok sigortaya ilişkin iki durum öngörülmüştür. Bunlardan ilki, sigorta bedellerinin toplamının sigorta değerini aşması; ikincisi ise, diğer sigortacılar söz konusu olmasa dahi, her bir sigortacının ödeyeceği tazminatın toplam zarar miktarını aşmasıdır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda, yukarıda bahsedilen ilk durum, esasında kısmi sigortayı düzenlemektedir. Gerçekten 100 TL değerindeki bir evin, A şirketine 30 TL, B şirketine 40 TL, C şirketine ise 50 TL bedel üzerinden sigorta ettirilmesi hâlinde, toplam sigorta bedeli sigorta değerini aştığından ilk durumun kapsamı içerisine girecektir. İkinci durum bakımından öncelikle, başka bir sigortacı bulunmasaydı, her bir sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı belirlenecek; daha sonra toplam zarar miktarı tespit edilecektir¹⁵. Sigortacıların ödeyeceği tazminat miktarı, toplam zarardan fazla ise birden çok sigorta söz konusu olacaktır. Alman öğretisinde uygulamada sigorta bedellerinin toplamının, sigorta değerini aştığı ilk durumun genellikle ikinci durumu da kapsadığı belirtilmiştir¹⁶. Zira sigorta bedellerinin toplamının sigorta değerini

¹⁵ **BRAMBACH**, Marko in **RÜFFER**, Wilfried / **HALBACH**, Dirk / **SCHMIKOWSKI**, Peter (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2020, VVG § 78 Rn. 14-15; **HALBACH**, Dirk in **LANGHEID**, Theo / **WANDT**, Manfred (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Band 1, § 1-99, VVG-InfoV, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2022, VVG § 78 Rn. 10; **ARMBRÜSTER**, Christian in **PRÖLLS**, Erich, R./**MARTIN**, Anton (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 31. Aufl., München 2021, VVG § 78 Rn. 9-13.

¹⁶ **LANGHEID**, Theo in **LANGHEID**, Theo / **RIXECKER**, Roland (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG Informationspflichtenverordnung Kommentar*, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2022, VVG § 78 Rn. 8; **LANGHEID**

aşması durumunda, her bir sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı, zarar miktarını da aşmış olacaktır¹⁷. İkinci durum, sigorta değerinden bahsedilemeyen sorumluluk sigortalarında önem arz edecektir¹⁸. VVG § 78 (1)'de sigortacıların sorumluluk türü müteselsil sorumluluk olarak belirlenmiş ve devamında sigorta ettirenin toplam zarar miktarından fazlasını talep edemeyeceği belirtilerek, zarar sigortalarında sigorta ettirenin birden çok sigorta ile zenginleşmesi önlenmiştir. Sonuç olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda birden çok sigorta hükümlerinde kısmi sigortanın açıkça düzenlenmediği, çifte sigorta ile kısmi sigorta bakımından genel bir düzenleme yapıldığı ve TTK m. 1468'de düzenlendiği şekilde tarih itibariyle sorumluluğun değil, müteselsil sorumluluğun esas alındığı ifade edilebilir.

C. Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri'nde

Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ) madde 8:104'te birden çok sigorta şu şekilde düzenlenmiştir¹⁹;

“(1) Aynı menfaat, birden çok sigortacı tarafından ayrı ayrı sigortalanmışsa, sigortalı, dilediği sigortacıdan veya sigortacılarından, fiilen uğradığı zararın giderilmesi için gerekli olan ölçüde istemde bulunabilir.

(2) Kendisinden istemde bulunulan sigortacı, diğer sigortacılara rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, düzenlediği poliçede yazılı sigorta bedeline kadar, varsa zararı azaltma giderleriyle birlikte, ödeme yapar.

(3) Fıkra 2'de belirtilen hak ve borçlar, sigortacılar arasında, bunların sigortalıya karşı ayrı ayrı sorumlu oldukları tutarlarla orantılıdır”.

ASSHİ m. 8:104, birden çok sigorta başlığı altında müşterek, çifte ve kısmi sigortanın hepsini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Anılan

/ WANDT / HALBACH VVG § 78 Rn. 16; VON KOPPFELDS-SPIES, Katharina in LOOSCHELDERS, Dirk / POHLMANN, Petra (Hrsg.): VVG-Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2023, VVG § 78 Rn. 5.

¹⁷ LANGHEID/RIXECKER/LANGHEID VVG § 78 Rn. 8.

¹⁸ HK-VVG/MARKO BRAMBACH VVG § 78 Rn. 14; LANGHEID / RIXECKER / LANGHEID VVG § 78 Rn. 9; LANGHEID/WANDT/ HALBACH VVG § 78 Rn. 9.

¹⁹ Söz konusu çeviri için bkz. KARA, Etem: Sigortalanabilir Menfaat İlkesi, Ankara 2020, s. 193-194; KENDER, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2021, s. 364, dn. 356; ÜNAN, Sempozyum, s. 151-152; ÜNAN, Sigortacı, s. 39; ÜNAN, Samim/ATAMER, Kerim: Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)-Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ), İstanbul 2011, s. 45, 47; ULUĞ CİCİM, s. 209-210.

hükümün ilk fıkrasında, aynı menfaat ve birden çok sigortacıdan bahsedilmiş; aynı riziko, aynı süre ve aynı zamanda ibareleri ise yer almamıştır. Ayrıca ilk fıkrada, herhangi bir tarih sıralaması öngörülmezsiz, riziko sonucu oluşan zarardan dolayı bütün sigortacıların sorumlu olması öngörülmüştür. Birden çok sigortaya ilişkin TTK ve ASSHİ hükümleri karşılaştırıldığında, sözleşmelerin geçerliliği ve sigortacıların sorumluluğu bakımından esaslı bir farklılık bulunmaktadır. Bunun yanında ASSHİ m. 8:104'te sigortalının istediği sigortacıdan veya sigortacılarından zararı tazmin edebilmesi öngörüldüğünden, anılan hüküm sigorta ettiren/sigortalı lehine bir düzenleme içermektedir²⁰.

II. KISMİ SİGORTANIN DÜZENLENME NEDENİ

Birden çok sigortada ilk sigortanın eksik sigorta olması hâlinde, kanun koyucu sigorta ettirilmiş olan menfaatin, diğer sigorta sözleşmeleriyle tam değer üzerinden sigorta ettirilebilmesine izin vermiştir. TTK m. 1468'de kısmi sigorta olarak düzenlenen bu durum, sigorta ettirenin, tam değer üzerinden sigorta yapmak istememesi; sigorta ettirenin tam değer üzerinden sigorta yapılması durumunda, prim borcunu karşılayamayacak olması veya sigorta ettirenin, sigorta korumasının kapsamını arttırmak için diğer sigortacılara başvurması gibi nedenlerle yapılabilir²¹. Sigortacılar ile yapılan toplam sigorta bedeli, sigorta değerini aşıyorsa, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi sonucu uğramış olduğu zarardan daha fazlasını elde etme ihtimali bulunmaktadır. Bunu dikkate alan kanun koyucu, kısmi sigorta bakımından, aynı menfaatin sigorta değerine kadar sigortalanabileceğini ve devamında sonraki sigortacıların tarih sırası ile sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Birden çok sigortaya ilişkin TTK m. 1465 ve TTK m. 1468 hükümleri bir arada düşünüldüğünde kısmi sigorta ile amacın, birden çok sigorta ile sigorta ettirenin zenginleşmesinin önlenmesi ve sigortacıların sorumluluğunun belirlenmesi olduğu ifade edilebilir.

Birden çok sigorta kapsamında, sigorta ettirenin dahi haberdar olmadığı birden fazla sigorta sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür. Örneğin, kişinin kredi kartı alması durumunda veya bir kuruluşa üye

²⁰ KENDER, s. 364, dn. 356; ULUĞ CİCİM, s. 209.

²¹ Kısmi sigortanın düzenlenme nedeni için bkz. CAN, Sigorta, s. 137. Birden çok sigortanın düzenlenme nedenleri için bkz. HK-VVG / MARKO BRAMBACH VVG § 78 Rn. 2; LANGHEID / RIXECKER / LANGHEID VVG § 78 Rn. 2; LANGHEID/WANDT/HALBACH VVG § 78 Rn. 2.

olması hâlinde yan edim olarak sigorta sözleşmesi yapılabilir²². Söz konusu sigortadan haberdar olmayan sigorta ettiren, kendisi de aynı menfaati, aynı rizikoya karşı sigorta ettirmiş olabilir. Bu durumun tam tersi olarak, kişi kendisinin yaptırdığı bir sigortadan sonra, bir derneğe üye olması nedeniyle ayrıca sigorta yapılmış ve kendisi de bu durumu bilmiyorsa, birden çok sigorta ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, ilk yapılan sigorta eksik sigortaysa ve sigorta sözleşmeleri farklı tarihlerde yapılmışsa, kısmi sigortanın mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira aşağıda bahsedileceği üzere, ilk sigortanın eksik sigorta olması, sigorta sözleşmelerinin ayrı ayrı tarihlerde yapılması ve sigortacıların birlikte hareket etme iradesinin bulunmaması kısmi sigortanın özellikleri arasındadır.

III. KISMİ SİGORTANIN ÖZELLİKLERİ

A. Birden Fazla Sigortacının Bulunması

Kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için öncelikle birden fazla sigortacının bulunması gerekmektedir. Birden çok sigortaya ilişkin kuralı düzenleyen TTK m. 1465/1'de, "*birden çok sigortacıya*" sigorta ettirilmesi ibaresi geçmektedir. Anılan ibareden aynı sigortacı ile yapılan ve aynı menfaat ve aynı rizikoyu kapsayan birden fazla sigorta sözleşmesinin birden çok sigorta olarak nitelendirilmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ancak sigorta ettiren tarafından A sigorta şirketine eksik sigorta şeklinde sigortalanan bir menfaat; daha sonra eşi tarafından sigorta ettiren hesabına tam değer üzerinden aynı sigorta şirketine sigorta ettirilmişse, yapılan sigortaların niteliği belirsiz olacaktır. Zira birden çok sigorta sözleşmesi bulunmasına karşın, birden çok sigorta hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Kanaatimizce TTK m. 1465/1 hükmünün lafzı karşısında, aynı sigortacı ile yapılan sigorta, diğer şartları taşısa dahi kısmi sigorta olarak değerlendirilmeyecektir. Bu nedenle aynı sigortacı tarafından, aynı riziko ve aynı süreler için, farklı tarihlerde yapılmış olan birden fazla sigorta sözleşmesinin kısmi sigorta olarak kabul edilmemesi gerekir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, aynı sigortacılar nezdinde yapılan birden çok sigorta da, kısmi sigorta kapsamında yer almalıdır. Bu şekilde aynı sigortacı ile yapılan, aynı menfaati ve aynı

²² HK-VVG/MARKO BRAMBACH VVG § 78 Rn. 2; LANGHEID / WANDT / HAL-BACH VVG § 78 Rn. 2; Çifte sigorta açısından bkz. ŞENOCAK, Çifte, s. 2.

rizikoyu kapsayan sigorta sözleşmelerinin akıbeti de belirlenmiş olacaktır²³.

Kısmi sigortada birden fazla sigorta mevcut olduğundan, sigortaları belirtmek amacıyla ilk yapılan sigortaya “ilk sigorta”, ilk sigortadan sonra yapılan sigortalar için “sonraki sigorta” kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Terim birliği bakımından “sonraki sigorta”nın karşısı olarak “önceki sigorta” kavramının kullanılması akla gelse de, “önceki sigorta” kavramının hem ilk sigortayı belirtmekte yetersiz kalması hem de sigortacılar bakımından karışıklığa neden olması sebebiyle, bu çalışmada “ilk sigorta” kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bunun yanında kısmi sigorta bakımından, ilk sigortanın eksik sigorta şeklinde yapılmış olması önem arz ettiğinden, ilk sigortanın özellikle belirtilmesi gerekmektedir.

Kısmi sigorta bakımından, sigorta ettiren kişilerin aynı kişiler olup olmayacağı TTK m. 1468 hükmünden anlaşılamamaktadır. Bu husus öğretilerde müşterek sigorta açısından tartışılmış olup, haklı olarak sigorta ettirenin farklı kişiler olabileceği, sigortalının ise aynı kişi olması gerektiği belirtilmiştir²⁴. Dolayısıyla sigorta ettiren kişiler farklı olsa dahi, menfaat

²³ Kısmi sigortanın farklı sigortacılar tarafından yapılması gerektiğine ilişkin bkz. **ÖZ-DAMAR**, Mehmet/**DOĞAN**, Burak: Sigorta Hukuku, Ankara 2020, s. 117. Müşterek sigorta bakımından bkz. **ATABEK**, Reşat: Sigorta Hukuku, İstanbul 1950, s. 84; **CAN**, 2009, s. 106; **CAN**, 2018, s. 108; **HACIÖMEROĞLU**, s. 213-214. Alman hukuku bakımından aynı menfaat ve aynı rizikonun, farklı sözleşmelerle, aynı sigortacı tarafından sigorta ettirilmesinin birden çok sigorta kapsamında değerlendirileceğine ilişkin bkz. **ARMBRÜSTER**, Christian in **BECKMANN**, Roland Michael / **MATUSCHKE-BECKMANN**, Annemarie (Hrsg.): Versicherungsrechts- Handbuch, 3. Aufl. München 2015, § 6 Rn. 48; **SCHNEPP**, Winfried in **BRUCK**, Ernst/**MÖLLER**, Hans (Hrsg.) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 3 §§ 74-99, 9. Aufl., Verlag De Gruyter, Berlin, 2009, § 78 Rn. 11; **HK-VVG/MARKO BRAMBACH** VVG § 78 Rn. 4; **LANGHEID / RIXECKER / LANGHEID** VVG § 78 Rn. 3; **LANGHEID / WANDT/ HALBACH** VVG § 78 Rn. 6; **LOOSCHELDERS / POHLMANN / VON KOPPENFELS-SPIES** VVG § 78 Rn. 3.

²⁴ VVG § 78 bakımından bu yönde bkz. **BRUCK/MÖLLER/SCHNEPP** § 78 Rn. 15; **HK-VVG/MARKO BRAMBACH** VVG § 78 Rn. 7; **LANGHEID/RIXECKER/ LANGHEID** VVG § 78 Rn. 4. Can, birden çok sigortaya ilişkin hükümler arasında sıkı bağlantı olduğunu ve buradan hareketle müşterek sigortaya ilişkin hükmün değerlendirilmesinde, birden çok sigortaya ilişkin diğer hükümlerden yararlanılabileceğini ifade etmiştir. Yazar, çifte sigortanın düzenlendiği TTK m. 1467’de geçen “aynı veya farklı kişiler” ifadesinden hareketle, birden çok sigortada sigorta ettiren kişilerin farklı kişiler olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **CAN**, 2009, s. 113-115. Mülga TK m. 1286/1’de, çifte sigorta bakımından değerinin tamamı sigorta edilen bir menfaatin

sahibi kişinin, diğer bir ifadeyle, sigortalının aynı kişi olması gerekmektedir.

Kısmi sigortada, birden fazla sigortacının bulunması, aynı zamanda birden fazla sigorta sözleşmesinin bulunmasını gerektirmektedir. Birden fazla sigortacının bulunduğu, ancak tek bir sözleşmenin yapıldığı hâller kısmi sigorta kapsamında değerlendirilemez. Birden fazla sigortacı ile esasında, hem sigortacının hem de sigorta sözleşmesinin birden fazla olması kastedilmektedir. Bu noktada sigorta ettirenin birden çok sigortacı ile, tek bir poliçe altında kısmi sigorta düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışılabilir²⁵. Kanaatimizce birden çok sigortanın tek bir poliçe altında düzenlenmesi durumunda, birlikte hareket etme iradesi oluşmakta ve bu durum sigortayı müşterek sigortaya yaklaştırmaktadır²⁶. Hâl böyle

aynı kimse tarafından sigorta edilemeyeceği düzenlenmişti. Bu durum TTK m. 1467 ile değiştirilmiş ve değerinin tamamı sigorta olunan menfaatin aynı veya farklı kişiler tarafından sigorta edilmesi hâlinde çifte sigortanın söz konusu olacağı belirtilmiştir. Mülga TK m. 1286 bakımından bu yönde bkz. **BOZER**, 1981, s. 102; **CAN**, Sigorta, s. 91-92; **CAN**, 2009, s. 138-139; **SAYHAN**, İsmet: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu: Aşkın Sigorta, Eksik Sigorta, Sigorta Tazminatının Hesaplanması, Ankara 2001, s. 179. Nitekim mülga TK döneminde verilen Yargıtay kararlarında da bu hususa işaret edilmiştir. “Ayrıca TTK’nun 1286.maddesinde her ne kadar aynı rizikolara karşı aynı kimse tarafından sigorta ettirilme yasağı düzenlenmiş ise de, aynı kimse tabirini aynı menfaat sahibi olarak kabul etmek gerekir” Y. 11. HD, T. 19.10.2007, E. 2006/10096 K. 2007/13079 5108 (Lexpera, E.T. 25.12.2023). “Bu sigorta türünde sigorta ettirenlerin aynı kişi olması gerekmediği gibi, her iki sigorta sözleşmesinin aynı tarihte yapılması ve aynı vadeyi taşıması zorunluluğu da yoktur. Her iki sigorta süresinin kesişmesi yeterli olup esas olarak sigorta bedelinin sigortalanan menfaat değerini aşması sabit olmalıdır” Y. 11. HD, T. 04.06.2010, E. 2009/258, K. 2010/6408 (Lexpera, E.T. 25.12.2023).

²⁵ Öğretide bir görüş, kısmi sigortanın tek bir sigorta sözleşmesi veya poliçesiyle yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz. **DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 3, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 3298. Yazar, bu durumda, tek bir sigorta sözleşmesinin veya poliçesinin varmış gibi gözükmekte olduğunu, ancak yapılan sigortalar bakımından her sigortacının ayrı ayrı poliçe düzenlemiş gibi işlem göreceğini ifade etmiştir. Böylelikle sigorta konusu menfaat değerini sigorta eden sigortacı kadar sigorta sözleşmesi düzenlenmiş kabul edilecek ve her sigortacıya ayrı ayrı sigorta primi ödenecektir.

²⁶ Müşterek sigortanın tek bir poliçe altında düzenlenmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **KAYIHAN**, Şaban/**GÜNERGÖK**, Özcan: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Kocaeli 2022, s. 66; **KENDER**, s. 367; **KUBİLAY**, s. 10; **SAYHAN**, s. 173; **YILDIRIM**, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK m. 1427), Ankara 2020, s. 152; **ULUTEKİN**, Hanefi: Birden Çok Sigorta, Sigorta Hukuku Der-

olunca, farklı sigortacılar tarafından tek bir poliçenin düzenlenmesi suretiyle yapılan sigortanın kısmi sigorta olduğunun kabulü mümkün değildir.

Kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için diğer sigortacılar izin alınması gerekli değildir. Kısmi sigorta bakımından diğer şartlarda mevcutsa, özellikle ilk sigorta açısından eksik sigorta bulunuyorsa, sigorta ettiren diğer sigortacılar izin almaksızın kısmi sigorta yapabilir²⁷.

B. Aynı Menfaatin Sigorta Ettirilmesi

Kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için aynı menfaatin birden fazla sigorta sözleşmesi kapsamında sigorta ettirilmiş olması gerekmektedir²⁸. Sigorta konusu mal üzerinde iki farklı sigorta sözleşmesi yapılmış olması, bu sigortaların aynı menfaate ilişkin yapıldığı anlamına gelmez. Zira sigorta ettirenin farklı menfaatlere ilişkin birden fazla sigorta sözleşmesi yapması mümkündür. Hatta aynı kişi tarafından, aynı sigorta konusu mal üzerinde yapılmış olan sözleşmeler bakımından, iki farklı menfaat bulunabilir²⁹. Örneğin, kişi maliki olmadığı bir mal açısından, onun gözetim ve korunması bakımından, malları sigorta ettirebileceği gibi; malike karşı sorumluluğu için ayrı bir sigorta sözleşmesi de

gisi, C. II, S. 1, 1984, s. 76. Müşterek sigortanın aynı poliçede düzenlenmesi, sigortacıların müşterek sigorta olduğunu anlamaları ve sorumlu oldukları miktarın tespiti bakımından kolaylık sağlayacaktır. Bkz. **YILDIRIM**, s. 152.

²⁷ **DOĞANAY**, s. 3297; **ŞENOCAK**, Çifte, s. 64.

²⁸ **CAN**, Sigorta, s. 137; **CAN**, 2009, s. 160; **CAN**, 2018, s. 136; **KAYIHAN/GÜNERGÖK**, s. 66; **KUBİLAY**, s. 10. Birden çok sigortanın düzenlendiği VVG § 78 bakımından bkz. **LANGHEID/WANDT/HALBACH** VVG § 78 Rn. 7. Reasüransın düzenlendiği TTK m. 1403/1'e göre, "Sigortacı, sigorta ettiği menfaati, dilediği şartlarla, tekrar sigorta ettirebilir". Anılan hükümde geçen "sigorta ettiği menfaati" ifadesinin hatalı olduğu ifade edilebilir. Zira reasüransta sigortacı, sigorta ettirdiği menfaati tekrar sigorta ettirmektedir. Burada iki farklı menfaat bulunmakta olup, birincisi sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinden doğan menfaati; ikincisi ise sigortacının, rizikoyu taşıma yükümlülüğünden doğan sorumluluğuna ilişkin menfaattir. Bu konuda bkz. **ÜNAN**, C. VII, s. 166. TTK m. 1403/1'in lafzından - aynı menfaatin sigorta ettirilmesi nedeniyle - kısmi sigortanın mevcut olduğu şeklinde hatalı bir çıkarım yapılabilir. Ancak hükümde reasürans düzenlenmiş olup, TTK m. 1403/1'in kısmi sigorta olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

²⁹ **CAN**, Sigorta, s. 41; **CAN**, 2009, s. 107; **CAN**, 2018, s. 109; **ŞENOCAK**, Çifte, s. 23. Bu durumda birden çok sigortanın söz konusu olmayacağına ilişkin bkz. **AMASYA**, s. 165.

yapabilir³⁰. Bu durumda aynı kişinin, aynı mallar üzerinde iki farklı menfaati sigorta ettirilmiş olmakta, dolayısıyla yapılan sigortalar kısmi sigorta olarak nitelendirilmemektedir.

C. Aynı Rizikolara Karşı Sigorta Yapılması

Kısmi sigorta bakımından, birden fazla sigorta sözleşmesi ile sigorta edilen menfaatin aynı rizikolara karşı yapılmış olması gerekmektedir³¹. Birden fazla sigortacı nezdinde farklı rizikolara karşı sözleşme yapılmışsa, kısmi sigorta söz konusu olmayacaktır. Örneğin, ev sahibi evini A şirketine yangın; B şirketine hırsızlık için sigorta ettirmişse veya sadece A şirketine hem yangın hem hırsızlık sigortası yaptırmışsa, kısmi sigortadan bahsedilemeyecektir. Birden fazla sigortacı ile yapılan sigorta sözleşmelerinde aynı rizikonun söz konusu olup olmadığı sigorta sözleşmesine, sigorta poliçesine veya genel şartlara³² göre tespit edilecektir.

Sigorta ettirenin tek bir sigorta sözleşmesi ile sigorta konusu menfaati, bütün rizikolara karşı sigorta ettirmediği, sadece bir kısım rizikolar bakımından sözleşme akdettiği hâllerde, kısmi sigortadan bahsedilmez. Zira bu durumda birden çok sigortacı ve birden çok sigorta sözleşmesi bulunmamakta, sadece sigorta konusu menfaat bazı rizikolar bakımından sigorta koruması altına alınmaktadır³³.

³⁰ CAN, Sigorta, s. 41; CAN, 2009, s. 107; CAN, 2018, s. 109.

³¹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 266; BOZER, 1981, s. 101; CAN, Sigorta, s. 137; CAN, 2009, s. 160; CAN, 2018, s. 136; KARA, Hacı: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 309; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 66; KUBİLAY, s. 10. Birden çok sigortanın düzenlendiği VVG § 78 bakımından bkz. LANGHEID/WANDT/HALBACH VVG § 78 Rn. 7. Mülga TK m. 1287'de "...bu menfaat, geri kalan değerine kadar bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebilir" denildiği için, anılan hükümden geri kalan kısmın aynı rizikolar bakımından sigorta ettirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bkz. YAZICI-OĞLU, Emine, "İlk Tehlike Sigortası", Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2006, s. 554, dn. 28. TTK m. 1465'te birden çok sigortanın aynı rizikoya karşı yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle TTK m. 1468'de açıkça belirtilmese dahi, kısmi sigortanın aynı menfaatin aynı rizikolara karşı yapılması durumunda söz konusu olması gerekmektedir.

³² LANGHEID/WANDT/HALBACH VVG § 78 Rn. 7.

³³ "... taraflar arasında "Kasko Müşterek Oto Poliçesi" başlıklı bir poliçe düzenlenmiş olduğu, davalı yan sigortanın aracın yanma ve çalınma olaylarına karşı kısmi kasko sigortası olduğunu savunmuş ve bu hususun bilirkişice vurgulanmış ise de, poliçe başlığında dahi kısmi olduğu yazılı olmadığı gibi, poliçe metninden de, sigortanın kısmi olduğunu anlamının mümkün olmadığı, poliçenin kısmi olduğunun sadece prim miktarından anlaşıldığı, sade bir

D. Aynı Süreler İçin Sigorta Yapılması

Kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için aynı menfaatin, aynı riziko/rizikolara karşı, aynı süreler için yapılmış olması gerekir. Aynı süre ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kısmi sigorta için birden fazla sigorta ile sağlanan sigorta korumasının aynı süre içerisinde geçerli olması gerekiyken³⁴; diğer bir görüşe göre ise, birden fazla sigorta sözleşmelerinin aynı süreler için yapılması gerekmektedir³⁵.

Kanaatimizce öncelikle birden çok sigorta bakımından “aynı süre” ve “aynı zamanda” ifadelerinin farklı olduğu belirtilmelidir. “Aynı süre” ifadesi, birden çok sigortada, sigorta sözleşmelerinin süresini; “aynı zamanda” ifadesi ise, birden fazla sigorta sözleşmesinin yapıldığı anı ifade etmektedir. Sigorta süresinin aynı süre olmasından kasıt, birden fazla sigorta sözleşmesinde, rizikonun gerçekleştiği anda, sigorta korumasından yararlanan sürenin belirli bir noktada kesişmesi demektir. TTK m.1465/1’de belirtilen “aynı süre” ifadesi, sigortanın başlangıç ve bitiş tarihlerinin aynı olması gerektiğine ilişkin yanlış bir anlam içerdiğinden, anılan ifadenin hükümde yer alması isabetli

vatandaşın poliçenin priminden “ne şekilde” bir sigorta sözleşmesi imzaladığını bilmesinin mümkün bulunmadığı, bilirkişinin de, vurguladığı gibi sigortacının da, hiç bir yanlış anlamaya mahal vermeksizin, sigorta ettirenin dileğine uygun bir poliçe düzenlenmesi ve ayrıntıları poliçede yazmasının gerektiği, sigorta ettirenin bu hasarı kapsar şekilde aracı sigorta ettirdiğine güvendiği, sigorta ettireni yanlıtıcı tutum içinde olan sigorta şirketinin zararlar sonuçtan sorumlu olması gerektiği...” Y. 11. HD, T. 14.9.1998, E. 1998/3804, K. 1998/6522 (Batider, C. 19, S. 4 s. 298-299).

³⁴ **SAYHAN**, s. 181. Kısmi sigortada sigorta teminatının başlangıç ve bitiş tarihlerinin farklı olduğuna ilişkin bkz. **ERİŞ**, 2022, s. 784. Çifte sigorta bakımından bkz. **KENDER**, s. 368, dn. 368; **YAZICIOĞLU**, Emine/**ŞEKER ÖĞÜZ**, Zehra: Sigorta Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2022, s. 187. Nitekim sigorta sözleşmelerinin her birinin sigorta süresinin herhangi bir anında, hüküm ifade etmesi yeterlidir. Bkz. **SAYHAN**, s. 181. Kısmi sigorta bakımından ayrı ayrı süreler içerisinde yapılmış birden fazla sigorta sözleşmesinde birbiri içerisine giren sürelerin bulunması, sigortanın kısmi sigorta niteliğini etkilemeyecek ve kısmi sigortanın müşterek sigortaya dönüşmesine neden olmayacaktır. Bkz. **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 267.

³⁵ **ARSEVEN**, Haydar: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 108-109. Yazara göre, aynı zamanda yapılmış sözleşmelerin aynı günde yapılmış olduğu kabul edildiğinde mülga TK m. 1285’te geçen aynı müddet unsuru açıkta kalacaktır. Hükümde bir yazılış zayıflığı bulunmakla beraber, aynı zamanda ifadesi, aynı süre anlamında anlaşılmalıdır. Buna göre farklı tarihlerde yapılmış ancak aynı sigorta sürelerini içeren birden fazla sigorta sözleşmesi, müşterek sigorta olarak nitelendirilecektir.

olmamıştır³⁶. Hâl böyle olunca birden çok sigortaya ilişkin TTK m. 1465/1, 1466/1 ve 1467'de geçen "aynı süre" ibaresi yerine, "kesişen süreler" ibaresinin kullanılmasının yerinde olacağı ve böylelikle "aynı süre" ile "aynı zamanda" karışıklığının sona ereceği ifade edilebilir. Bu durumda aynı menfaatin aynı rizikolara karşı sigortalandığı, fakat sigorta süresi bakımından, birbirini takip eden birden fazla sigorta sözleşmesinin bulunduğu sigorta sözleşmeleri; sigorta korumasından yararlanan ortak bir zaman dilimi bulunmadığından kısmi sigorta olarak kabul edilmeyecektir. Sonuç olarak birden fazla sigorta sözleşmesinin başlangıç veya bitiş tarihleri farklı olmasına rağmen ortak bir sigorta korumasından yararlandığı zaman diliminde, diğer şartlar da mevcutsa, kısmi sigorta söz konusu olacaktır.

Yargıtay tarafından verilen eski bir kararda ise, iki farklı sigorta şirketi tarafından düzenlenen poliçenin aynı süreler için düzenlenmediği, sigorta korumasının başlangıç ve bitiş tarihlerinin farklı olmasından dolayı, dava konusu sigortanın müşterek sigorta olmadığı belirtilmiştir³⁷.

³⁶ ÜNAN, C. II, s. 183.

³⁷ "TTK.nun 1285. maddesine uygun bir (müşterek sigorta) dan bahsedilebilmesi için sigorta konusu mal üzerindeki (menfaatin) aynı rizikoya karşı birden çok sigorta şirketi tarafından sigorta edilmiş olması şarttır. Dosya muhtevası ve mübrez sigorta poliçelerinden de anlaşılacağı üzere, olayımızda dava konusu menfaat yani (fabrika makine ve enteası) davalı (R.) Sigorta Şirketi'ne) 27.6.1978 günü düzenlenen yangın poliçesi ile (23.6.1978 ile 23.6.1979) tarihleri arasında, dava dışı (İ.) Sigorta Şirketi'ne) ise (25.1.1978 ile 25.1.1979) günleri arasında kalan süreler içinde meydana gelecek yangın rizikosuna karşı sigorta ettirilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu hale göre, her iki sigorta poliçesi aynı menfaatin, aynı rizikolara karşı birden fazla sigorta şirketine sigorta edilmesi koşulları olayda gerçekleşmiş ise de, her iki poliçenin (aynı süre) için düzenlenmediği diğer bir deyişle her iki poliçede sigorta teminatı başlangıç ve bitiş tarihlerinin ayrı ayrı bulunduğu kesinlikle anlaşılmaktadır. Dava dışı (İ.) Sigorta Şirketi'ne ait poliçenin 25.1.1979 gününde sona ermesinden sonra, davalı (R.) Sigorta Şirketi'ne ait poliçenin 23.6.1979 tarihine kadar devam edecek şekilde düzenlenmiş olmasına göre, artık ortada (müşterek sigorta koasürans) var denilemez. Bu nedenle mahkemenin aksine beliren görüşü doğru değildir. Yasal koşullara, uyulmadan, davalı (R.) Sigorta Şirketi tarafından düzenlenen sigorta poliçesinin alt bölümüne not olarak yazılan (müşterek sigorta) beyanının bir hüküm ifade etmesi mümkün değildir. Bu itibarla, davalı (R.) Sigorta Şirketi'ne ait sigorta poliçesi ile dava dışı (İ.) Sigorta Şirketi'ne ait poliçenin davalının savunmasına uygun olarak TTK.nun 1287. maddesine uygun (Kısmi sigorta) şekline mi yoksa, sonucu itibarıyla yine TTK.nun 1285. maddesinin uygulanmasını gerektirir nitelikte ve TTK.nun 1286. maddesinin 1. bendine uygun (çifte sigorta) şekline mi düzenlendiğinin tesbit edilebilmesi için evveleminde davalı (R.) Sigorta Şirketi tarafından düzenlenen 27.6.1978

Bu karar için daha sonra karar düzeltme talebinde bulunulmuş ve Yargıtay tarafından bu talep kabul edilmiş ve anılan karar düzeltilmiştir³⁸. Düzeltile kararda, kısmi sigorta bakımından, sigortaların ayrı süreler için yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce Yargıtay tarafından verilen düzeltmeye konu olan karar ve düzeltme kararı isabetli değildir. Zira aynı sürelerden kasıt kısmi veya müşterek sigorta olması fark etmeksizin, rizikonun gerçekleştiği tarihte, birden çok sigorta sözleşmesi ile sigorta korumasından yararlanılmasıdır. Aynı süre ile sigorta sözleşmesinin başlangıç veya bitiş tarihlerinin aynı olması anlaşılmalıdır. Farklı tarihlerde yapılmasına karşın aynı sigorta sürelerini içeren birden fazla sigorta sözleşmesinin bulunması durumunda dahi, sigortanın kısmi sigorta olarak nitelendirilmesi mümkündür.

E. Sigortaların Farklı Tarihlerde Yapılması

Kısmi sigortada sigorta konusu menfaatin, sigortacılar tarafından sigorta edileceği zaman bakımından TTK m. 1468'de bir açıklık bulunmamaktadır. Birden çok sigortaya ilişkin kuralı düzenleyen TTK m. 1465'te *"aynı veya farklı tarihlerde"*; müşterek sigortaya ilişkin TTK m. 1466/1'de ise, *"aynı zamanda"* ibareleri kullanılmış olup, kısmi sigortada,

günlü ve dava dışı (İ.) Sigorta Şirketi tarafından düzenlenen 25.1.1978 günlük sigorta poliçeleri asılları ve müstenidatları getirtilerek, incelenmesi gerekirken..." Y. 11. HD, T. 08.11.1979, E. 1979/4449, K. 1979/5108 (Lexpera, E.T. 25.12.2023).

³⁸ Karar düzeltmeye konu olan bu karar sonrasında, Yargıtay tarafından verilen karar düzeltme ilamı şu şekildedir; *"Bu durumda TTK. nun 1285 inci maddesindeki müşterek sigorta ile 1287 inci maddesinde yer alan kısmî sigorta arasında ve onları yekdiğerinden ayıran tek bir fark kalmaktadır; O da, müşterek sigortada, birden çok sigortacının sigorta sözleşmelerini aynı süre için yapmaları lazım gelirken, kısmî sigorta da sigortaların ayrı süreler için yapılmış olmaları gerekmiştir. Aynı süre için yapılan kısmî sigorta müşterek sigorta olur. Diğer bir deyimle müşterek sigorta ile kısmî sigorta arasında tek bir fark vardır: Müşterek sigortada, sigortalar aynı süre için, kısmî sigortada ayrı süreler için yapılır."* Y. 11. HD, T. 20.6.1980, E. 1687, K. 3313 (ERİŞ, 1990, s. 1140-1141). Bu karar görüşünde bkz. DOĞANAY, s. 3297, 3298. Bu kararın eleştirisi için bkz. KENDER, s. 364, dn. 357.

sigortanın yapılış anı belirtilmemiştir³⁹. Öğretide⁴⁰ ve yargı kararlarında⁴¹ kısmi sigorta bakımından sigortaların farklı zamanlarda yapılmış olması gerektiği ifade edilmiştir.

³⁹ TTK m. 1468’de geçen “önceki sözleşme” ve “sonradan sigorta eden sigortacılar” ifadele-
rinin, farklı tarihlerde birden fazla sigorta sözleşmesinin bulunmasına işaret ettiğine
ilişkin bkz. **KÖROĞLU ÖLMEZ**, Belin: Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı, Ya-
yımlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
2020, s. 91. Söz konusu hükümler ile farklı tarihlerin kastedilmiş olması muhtemel
olmakla birlikte; aynı günde yapılmış olan sigorta sözleşmeleri bakımından da ön-
ceki ve sonraki sözleşme ayrımının yapılması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle anılan
ibarelerin kısmi sigortanın mutlaka farklı tarihlerde yapılması gerektiğini ifade et-
mediği belirtilmelidir.

⁴⁰ **ATAMER**, s. 70; **BOZER**, 1981, s. 101; **BOZKURT**, s. 217, 218; **HİRŞ**, Ernst: Ticaret
Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 890; **KARA**, Sigorta, s. 309; **KAYI-
HAN/GÜNERGÖK**, s. 63, 66; **KÖROĞLU ÖLMEZ**, s. 91, 169; **KUBİLAY**, s. 10;
OMAĞ, Merih Kemal: “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, Prof. Dr. Ergun
Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 256; **ÖZDAMAR/DOĞAN**, s. 117; **ULAŞ**, Işıl: Uy-
gulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları,
8. Bası, Ankara 2012, s. 193; **ULUTEKİN**, s. 77; **ÜNAN**, C. II, s. 185; **ÜNAN**, Sempozy-
yum, s. 127. Kısmi sigortayı oluşturan sözleşmelerin bir kısmı aynı zamanda yapılmış
olabilir. Ancak kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için, en az iki sigortanın farklı
zamanlarda yapılmış olması gerekmektedir. Bkz. **SAYHAN**, s. 181, 182. Kısmi
sigortanın “aynı veya değişik tarihlerde” yapılabileceğine ilişkin bkz.
AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 266, 267.

⁴¹ “Sigortalı mal üzerindeki menfaatin, aynı riziko veya rizikolara karşı ayrı tarihlerde birden
fazla sigortacı tarafından sigorta altına alınması ile belirlenen sigorta türü kısmi sigorta adını
almaktadır” Y. 11. HD, T. 5.10.2006, E. 2005/8426, K. 2006/9879 (Kazancı, E.T.
25.12.2023). “Sigortalı mal üzerindeki menfaatin, aynı riziko veya rizikolara karşı ayrı tarih-
lerde birden fazla sigortacı tarafından sigorta altına alınması ile belirlenen sigorta türü kısmi
sigorta adını almaktadır.” Y. 11 HD, T. 29.12.2005, E. 2006/2009, K. 2007/6880 (Batider,
C. 24, S. 2, 2007, s. 562). Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi tarafından verilen
karar onanmıştır. Bkz. “...davalıların davacıya ait işyerini farklı tarihlerde ve farklı teminat
miktar ve süreleri için yangın teminatlı olarak sigorta ettikleri, TTK.nun 1287 nci maddesi
gereğince sigorta edilen menfaatin değerinin tamamı önceki sözleşme ile teminatı altına alın-
mamış ise bu menfaatin geri kalan değeri bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilebileceği, bu
durumda o menfaati sigorta ettiren sigortacıların diğer bakiyesinden dolayı sözleşme tarihleri
itibariyle sorumlu olacağı, her iki poliçe nedeniyle kısmi sigorta hükümlerinin uygulanması
gerektiği...” Y. 11. HD, T. 21.10.2004, E. 2004/14839, K. 2004/13020 (Lexpera, E.T.
25.12.2023). “...davalı sigorta şirketleri ile dava dışı sigorta şirketlerinin aynı menfaati, aynı
rizikoya karşı fakat değişik tarihlerde sigorta etmiş olmaları itibariye olayda kısmi sigorta
mevcut olmasına...” Y. 11. HD, T. 08.02.1991, E. 1991/366, K. 1991/742 (Legalbank, E.T.
25.12.2023).

Kanaatimizce kısmi sigortadan söz edilebilmesi için, sigorta sözleşmelerinin farklı tarihlerde yapılmış olması gerekmektedir. Zira TTK m. 1468'de açık bir hüküm bulunmasa dahi, söz konusu hükmün son cümlesinde “*aynı günde yapılan sözleşmelerin, aynı anda yapılmış*” sayılacağı düzenlenmiştir. Hükümde geçen “*aynı anda*” ifadesi, sadece müşterek sigortayı düzenleyen hükümde geçmekte olup, burada müşterek sigortaya atıf yapılmıştır. TTK m. 1468'in son cümlesinin karşıt anlamından farklı günlerde yapılmış olan sigorta sözleşmelerinin aynı anda yapılmış sayılmayacağı, diğer bir ifadeyle müşterek sigorta olarak kabul edilmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla farklı tarihlerde yapılmış olan birden çok sigorta, diğer özellikleri de sağlıyorsa, kısmi sigorta olarak kabul edilmelidir.

F. İlk Sigortanın Eksik Sigorta Olması

TTK m. 1468/1'in ilk cümlesi gereğince, kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için, sigorta edilen menfaatin değerinin tamamen sigorta ettirilmemiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle kısmi sigortada, ilk yapılan sigorta eksik sigorta şeklinde yapılmış olmalıdır⁴². Kısmi sigortada öncelikle bir eksik sigorta yaptırılmakta, sigorta ettirilmemiş olan menfaatin değeri, daha sonra diğer sigortalılara sigorta edilmektedir⁴³. Dolayısıyla ilk sigorta ile menfaat değerinin tamamı sigorta ettirilmişse, sonradan sigorta yapılırsa dahi bu sigorta kısmi sigorta olarak nitelendirilemez. Zira kısmi sigortanın amacı, menfaat değeri altında yapılan bir sigortanın, diğer sigortalılar ile tam değerine kadar sigorta ettirilmesini sağlamaktır. Bu amaç göz önüne alındığında, kısmi sigortada

⁴² ARSEVEN, s. 108; ATABEK, Reşat: Kredi Sigortası, Ankara 1956, s. 22; AY-HAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 266; BOZKURT, s. 218; CAN, Sigorta, s. 137; CAN, 2009, s. 160-161; CAN, 2018, s. 136; DOĞANAY, s. 3297; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 92; KÜÇÜK, Damla: İkincil Sigorta Sözleşmeleri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, s. 171; ÜNAN, C. II, s. 174, 209; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 188; YILDIRIM, s. 155. İlk kurulan eksik sigortayı tamamlamak için aynı rizikoya karşı farklı tarihlerde yapılan sigortalar bakımından kısmi sigortanın söz konusu olacağına ilişkin bkz. ATAMER, s. 70. Eksik sigortada, sigorta ettirenin, menfaatin sigorta korumasından yararlanılmadığı kısım bakımından başka bir sigortacıda kısmi sigorta yaptırabileceğine ilişkin bkz. ŞENOCAK, Kemal: “Menfaat Değeri Altında Sigorta”, GÜHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 73.

⁴³ ATAMER, s. 70; ÜNAN, C. II, 209. Kısmi sigorta, bir menfaatin kısmen sigortalıdır. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 554.

ilk yapılan sigortanın eksik sigorta olması gerektiğinin bir zorunluluk arz ettiği anlaşılmaktadır.

TTK m. 1468'in ilk cümlesinde, ilk sigortanın eksik sigorta olması hâlinde, menfaatin geri kalan değerine kadar sigorta ettirebileceği belirtilmiş olup, bu hüküm sonraki sigortanın eksik, aşkın veya tam değer üzerinden yapılması noktasında açıklık içermemektedir. Bu nedenle kısmi sigorta bakımından ilk sigortanın eksik sigorta olması yeterli iken, sonraki sigortanın/sigortaların eksik sigorta olması gerekli değildir⁴⁴. Sonraki sigorta/sigortalar eksik sigorta olabileceği gibi⁴⁵, tam değer⁴⁶ veya aşkın sigorta da olabilir.

Kısmi sigortada, ilk sigortanın eksik sigorta olması, sigorta sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olabileceği gibi, sözleşme yapıldıktan sonra da ortaya çıkabilir. Gerçekten ilk sigorta tam değer üzerinden yapılmasına karşın, sigorta süresi içerisinde sigortalanan menfaatin değeri artmışsa ve bu artış nedeniyle menfaatin geri kalan kısmı, diğer sigortalılara sigorta ettirilmişse, kısmi sigorta söz konusu olacaktır⁴⁷.

IV. KİSMİ SİGORTANIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Kısmi Sigorta-Eksik veya Aşkın Sigorta

Kısmi sigortada, her bir sigortacı ile yapılan sigortanın veya bütün sigortalılar ile yapılan sigortanın, eksik⁴⁸ sigorta olması mümkündür. Örneğin, 100 TL değerindeki ev, farklı tarihlerde, A şirketine 20 TL; B

⁴⁴ CAN, Sigorta, s. 137; CAN, 2009, s. 161; CAN, 2018, s. 136; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 92, 169.

⁴⁵ Sigorta sözleşmelerinden her biri bakımından, genellikle sigorta bedelinin sigorta değerinden düşük olduğuna ilişkin bkz. KENDER, s. 369.

⁴⁶ CAN, Sigorta, s. 137; CAN, 2009, s. 161; CAN, 2018, s. 136.

⁴⁷ CAN, Sigorta, s. 137; CAN, 2009, s. 161; CAN, 2018, s. 136.

⁴⁸ Öğretide eksik sigorta bakımından da kısmi sigorta kavramının kullanıldığı görülmektedir. Zorunlu deprem sigortası bakımından konutun gerçek değerine kadar yapılan sigortanın tam sigorta, gerçek değerinin altında yapılan sigortanın ise, kısmi sigorta olacağı belirtilmiştir. Bkz. SARIASLAN, Metin: "Zorunlu Deprem Sigortası ve Kahramanmaraş Merkezli Depremlerde Doğabilecek Hukuki İhtilaflar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 35, S. 169, 2023, s. 430. Kanaatimizce burada kullanılan kısmi sigorta TTK m. 1468 anlamında kısmi sigorta olarak değil, tek bir sigorta sözleşmesiyle sigorta değerinin bir kısmının sigorta edilmesi olarak anlaşılmalıdır.

şirketine 30 TL ve C şirketine 40 TL bedel üzerinden sigortalanmış olsun. Söz konusu sigortanın kısmi sigorta olduğu varsayıldığında, her bir sigorta türü bakımından eksik sigorta bulunmaktadır. Sigorta bedellerinin toplamına (90 TL) bakıldığında ise, toplam sigorta bedeli bakımından da eksik sigorta söz konusudur. Dolayısıyla kısmi sigortada her bir sigorta sözleşmesi, eksik sigorta şeklinde yapılsa dahi; toplam sigorta bedelinin, sigorta değerinden düşük veya yüksek olması mümkündür⁴⁹.

Kısmi sigortada her bir sigortacı ile yapılan sigortada, ilk sigortanın eksik sigorta olması şartıyla, aşkın sigorta mümkündür. Yukarıdaki örnek bakımından, 100 TL değerindeki ev, farklı tarihlerde, A şirketine 20 TL; B şirketine ise 110 TL bedelli olarak sigorta ettirilmişse, kısmi sigorta ve aşkın sigorta söz konusu olacaktır. Kısmi sigortada, sigortacılar ile yapılan toplam sigorta bedelinin aşkın sigorta olması da mümkündür⁵⁰. 100 TL değerindeki ev farklı tarihlerde, A şirketine 20 TL; B şirketine 30; C. şirketine 40 TL ve D şirketine 50 TL bedelli olarak sigortalanmış olsaydı, sigorta sözleşmelerinin her biri bakımından yine eksik sigorta bulunacak; ancak toplam sigorta bedeli bakımından (140 TL) aşkın sigortadan bahsedilecektir.

Öğretide bir görüş kısmi sigortanın sigorta poliçesindeki kayıtlardan anlaşılması gerektiğini, aksi durumda sigortanın eksik sigorta olacağını belirtmiştir⁵¹. Bu görüşe göre, sigorta poliçesinde açıkça kısmi sigorta olduğuna ilişkin açık bir kayıt bulunmasa dahi, “fabrikanın % 50’sinin x bedelle sigortalandığı” veya “sigorta bedelinin poliçede yazılan sigorta değerinin bir kısmı” olarak belirlendiği hâllerde kısmi sigorta bulunmaktadır⁵². Kanaatimizce sigorta poliçesinde, kısmi sigorta

⁴⁹ Eksik sigorta, birden fazla sigorta sözleşmesinin kurulması ile ortaya çıkabilir. Burada önemli olan birden çok sigorta sözleşmesindeki, sigorta bedellerinin toplamının sigorta konusu menfaat değerinin altında kalmasıdır. Bkz. **OMAĞ**, Merih Kemal: “Eksik Sigorta”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen e Armağan, C. 1, İstanbul 2007, s. 957.

⁵⁰ **CAN**, 2009, s. 99; **CAN**, 2018, s. 104; **DOĞAN**, Burak/**AZİZAĞAOĞLU**, Hasan Tahsin: “Zarar Sigortalarına İlişkin Hileli Sigorta Taleplerinin İngiliz Hukuku Nazarında Değerlendirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2022, s. 469. Kısmi sigorta bakımından çoğu defa sigortacıardan her biri ile yapılan sözleşmede sigorta bedelinin sigorta değerinden düşük olarak belirleneceğine ilişkin bkz. **YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ**, s. 189.

⁵¹ **YAZICIOĞLU**, s. 554.

⁵² **YAZICIOĞLU**, s. 554.

olduğuna ilişkin bir kaydın bulunması, kısmi sigortanın geçerliliği bakımından bir şart değildir. Zira bu şekilde bir şart TTK m. 1468 hükmünde bulunmamakla birlikte, sigorta poliçesinin sözleşmenin geçerlilik şartı olmadığı, bir ispat aracı olduğu dikkate alındığında sigorta poliçesinde yazmasa dahi, kısmi sigortanın mevcut olduğu kabul edilmelidir.

B. Kısmi Sigorta-Müşterek Sigorta

Müşterek sigortanın düzenlendiği TTK m. 1466/1'e göre, *“Bir menfaat birden çok sigortacı tarafından aynı zamanda, aynı süreler için ve aynı rizikolara karşı sigorta edilmişse, yapılan birden çok sigorta sözleşmesinin hepsi, ancak sigorta olunan menfaatin değerine kadar geçerli sayılır. Bu takdirde sigortalardan her biri, sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olur”*. TTK m. 1466/2'de ise, müşterek sigortada sigortalıların müteselsilen sorumlu olmaları durumu düzenlenmiştir. Sigorta konusu menfaatin aynı zamanda, aynı süreler ve aynı rizikolara karşı sigorta edilmesi durumunda, müşterek sigortadan bahsedilecektir⁵³.

Müşterek sigortada, aynı menfaatin aynı rizikolara karşı, aynı süreler için sigortalanması, kısmi sigorta ile benzerlik göstermektedir. Kısmi ve müşterek sigorta arasında sigortalıların birlikte hareket etme iradesi ve sigortalıların aynı zamanda yapılması arasında fark bulunmaktadır. Müşterek sigorta bakımından öğretide hakim görüş, sigortalıların birlikte hareket etme iradesinin olması gerektiği yönündedir⁵⁴. Kısmi sigorta bakımından, sigortalıların birlikte hareket

⁵³ Müşterek sigorta, öğretide açık veya kapalı müşterek sigorta şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. TTK m. 1466/1'de düzenlenen müşterek sigorta esasında açık müşterek sigorta veya koasürans olarak adlandırılmaktadır. Kapalı müşterek sigorta ise, sigorta ettiren ile tek bir sigortacı sigorta sözleşmesi yapmakta, bu sigortacı üstlenmiş olduğu rizikoyu diğer sigortacı veya sigortalılarla yapmış olduğu anlaşma çerçevesinde paylaşmaktadır. Bkz. **KARA**, Sigorta, s. 306-307; **KAYIHAN/GÜNERGÖK**, s. 62-63; **ÜNAN**, C. II, s. 177 189; **ÜNAN**, Sempozyum, s. 118, 120. Ayrıca bkz. **AMASYA**, s. 160 vd. Açık veya kapalı koasürans terimlerinin kullanılmasına gerek olmadığı, kapalı koasürans ile ifade edilen işlemin, reasürans işlemi olduğuna ilişkin bkz. **KAYIHAN/GÜNERGÖK**, s. 63, dn. 287. Kapalı reasürans işleminin, esasında reasürans olduğu yönünde bkz. **ÜNAN**, C. II, s. 177. Bilinçli müşterek sigorta ve bilinçli olmayan müşterek sigorta (tesadüfi) şeklindeki ayırım için bkz. **CAN**, Sigorta, s. 149; **CAN**, 2009, s. 116; **CAN**, 2018, s. 113.

⁵⁴ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 264; **BOZKURT**, s. 214, 215; **DENİZ**, s. 91; **GÜNAY**, Barış: Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2023, s. 186; **KARA**, Menfaat, s. 197;

etme iradelerine ilişkin TTK m. 1465/1 ve TTK m. 1468'de bir hüküm bulunmamaktadır. Kısmi sigortanın düzenlenme gerekçesi ve amacı göz önüne alındığında, sigortacıların birlikte hareket etmelerinden ziyade, ilk yapılan eksik sigortanın, tam değerine kadar sigorta ettirilmesi ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla kısmi sigortada, sigortacıların birlikte hareket ederek, bir rizikoyu, birbirlerinden haberdar olacak şekilde üstlenmeleri söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle kısmi sigorta bakımından, sigortacıların birlikte hareket etmeleri gerekli değildir⁵⁵. Sigortacılar birlikte hareket etmelerine rağmen, farklı tarihlerde birden çok sigorta yapılmışsa, anılan sigortanın kısmi veya müşterek sigorta olması gerektiği tartışılabilir. Zira burada aynı zamanda yapılmayan, dolayısıyla müşterek sigorta olarak nitelendirilemeyecek; ancak sigortacılar arasında müşterek bir iradenin bulunduğu sigorta söz konusudur. Bu durumda farklı tarihlerde yapılmış olsa dahi, sigortacılar arasında birlikte hareket

KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 63; **KENDER**, Hususi, s. 364; **SAYHAN**, s. 176; **ŞENOCAK**, Çifte, s. 16; **ULUĞ CİCİM**, s. 225; **ÜNAN**, C. II, s. 175, 189; **ÜNAN**, Sempozyum, s. 120-121; **YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ**, s. 185 **YETİŞ ŞAMLI**, Kübra: "Birden Çok Sigorta", İÜHFİM, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 313; **YILDIRIM**, s. 150. TTK m. 1466/1'de müşterek sigorta açısından bahsedilen "*aynı zamanda*" ibaresinin, sigortacıların birlikte hareket etme iradesinin olduğu şeklinde anlaşılabilmesine ilişkin bkz. **ÜNAN**, C. II, s. 191. Ayrıca bkz. **AMASYA**, s. 161; **GÜNAY**, s. 186. Köroğlu Ölmez'e göre, müşterek sigorta, bütün sigortacıların müşterek sigortadan haberi olmadan da yapılabilir. Şöyle ki sigorta ettiren, TTK m. 1465/2'de öngörülen birden çok sigortayı bildirme yükümlülüğünü ihlal etmişse, diğer sigortacılar birden çok sigortadan haberdar olamayacaklardır. Bu hâlde diğer sigortacılar haberdar olmayan sigortacının, rizikoyu diğer sigortacılar ile taşıma iradesi olduğundan bahsedilemeyecektir. Nitekim sigortacıların birbirinden habersiz olmaları hâlinde müşterek sigortanın ortaya çıkmayacağını kabul edilmesi, zenginleşme yasağının temel amacıyla da bağdaşmayacaktır. Bkz. **KÖROĞLU ÖLMEZ**, s. 80.

⁵⁵ Kısmi sigortada birlikte hareket etme iradesinin bulunmadığına ilişkin bkz. **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 266, 267; **BOZKURT**, s. 217, 219; **ÜNAN**, C. II, s. 174; **YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ**, s. 189. Kısmi sigortada sigortacıların rizikoyu müşterek taşıma niyetinin olmadığına ilişkin bkz. **KENDER**, s. 369. Birden çok sigortaya ilişkin kuralın düzenlendiği TTK m. 1465 hükmüne göre, "*Aynı menfaatin, aynı rizikolara karşı, aynı süre için, birden çok sigortacıya, aynı veya farklı tarihlerde sigorta ettirilmesi hâlinde sigorta ettirene sigorta bedelinden daha fazlası ödenmez*". Hükümde geçen aynı veya farklı tarihlerde ibaresinden, farklı tarihlerde yapılan sigortanın çifte veya kısmi sigortayı; aynı tarihlerde yapılan sigortanın ise, sigortacıların birlikte hareket etmesi durumunda, müşterek sigortayı belirttiğine ilişkin bkz. **ÜNAN**, Sempozyum, s. 118, 127.

etme iradesinden dolayı, sigortanın müşterek sigorta kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Bu noktada mülga TK döneminde Yargıtay tarafından verilen eski tarihli bir karar dikkate değerdir. Dava konusu uyuşmazlıkta, 220.000 lira değerindeki ev eşyası, A şirketine 50.000 lira; B şirketine ise 170.000 lira bedelli sigorta ettirilmiştir. Anılan kararda, aynı tarihlerde yapılan bu sigortanın, kısmi sigorta hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir müşterek sigorta olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Söz konusu kararda, sigortacıların birlikte hareket etme iradesine sahip olup olmadığı değerlendirilmemiş olup⁵⁷, sigortaların aynı tarihlerde yapılmasından hareketle müşterek sigorta olduğu ifade edilmiştir. Dava konusu olayda kısmi sigorta hükümlerinin de uygulanmasını gerektirecek bir müşterek sigorta bulunduğu sonucuna varılması isabetli olmamıştır. Zira müşterek sigorta olarak belirlenen birden çok sigortaya, kısmi sigorta hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Müşterek sigortanın düzenlendiği TTK m. 1466/1'de geçen "aynı zamanda" ibaresi, birden çok sigortaya ilişkin kuralın düzenlendiği TTK m. 1465'te ve kısmi sigortaya ilişkin TTK m. 1468'de geçmemektedir. "Aynı zamanda" ifadesiyle, müşterek sigortada, menfaatin aynı zamanda kurulan sözleşmeler ile sigortalanması anlaşılmalıdır⁵⁸. Sigorta korumasının başlangıç ve bitiş tarihleri farklı olsa dahi, sigorta

⁵⁶ "Davacı, kendisine ait ev eşyasını önce dava dışı Sigorta A.Ş.ne 70.000 lira bedelle ve daha sonra da davalı sigorta şirketine 150.000 lira bedelle yangına karşı sigorta ettirmiş bulunmaktadır. Malların yangın tarihindeki değeri ise davalı vekilinin cevap layihesindeki açıklamasından da anlaşılacağı gibi 220.000 liradır. Şu halde ortada TTK.nun 1287. maddesindeki kısmi sigorta hükümlerinin de uygulanmasını gerektirecek bir müşterek sigorta var demektir. Çünkü sigorta mukaveleleri aynı tarihlerde yapıldığı gibi sigorta olunan menfaatin değeri de sigorta bedellerinin toplamına eşittir. Müşterek sigortada, sigortacıardan herbirisinin sigorta bedellerinin toplamına nazaran sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olması asıldır. TTK.nun 1285 diğer taraftan TTK.nun 1287. maddesi hükmüne göre de sonraki sigortacıların değer bakiyesinden dolayı mukavelelerinin tarihleri sırasına göre ilzam edilmeleri gerekir. Olayımızda, (51.150) liralık bir zarar meydana gelmiş ve ilk sigortacı tarafından bulunan 29.062 liralık kısmı tayin edilmiş olmasına göre, mahkemece davalının yukarıdaki esaslar dairesinde, yani sigorta bedellerinin toplamına nazaran sigorta ettiği bedel oranında zararın ne kadarından sorumlu olacağı saptandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre hüküm verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir." Y. 11. HD, T. 21.12.1979, E. 1979/5518, K. 1979/5826 (Legalbank, E.T. 25.12.2023).

⁵⁷ SAYHAN, s. 176, dn. 47.

⁵⁸ CAN, Sigorta, s. 44-45; CAN, 2009, s. 110; CAN, 2018, s. 111.

korumasının sağlandığı sürenin kesişmesi ve sözleşmenin aynı zamanda yapılması müşterek sigorta için yeterlidir⁵⁹. Sigorta sözleşmelerinin aynı zamanda yapılması için ne zaman yapılması gerektiği ise, TTK m. 1468'in son cümlesine belirtilmiş olup, anılan hüküm gereği, aynı günde yapılan sözleşmeler, aynı anda yapılmış sayılır⁶⁰. Buradan hareketle saati veya dakikası fark etmeksizin aynı rizikoya karşı aynı günde yapılmış olan sözleşmeler aynı anda yapılmış kabul edilecektir⁶¹. Görüldüğü üzere aynı günde yapılan sigortalar bakımından saat farkı dikkate alınmamış⁶² ve bu sigortaların aynı günde yapılmış sayılacağı öngörülmüştür.

Kanaatimizce birden çok sigortada, sigortacılar birlikte hareket ederek, bir menfaati aynı zamanda sigorta ettirmişlerse müşterek sigorta; menfaatin birlikte hareket etmeyen sigortacılar ile farklı zamanlarda sigorta ettirilmiş olması hâlinde ise kısmi sigorta söz konusu olmaktadır⁶³.

⁵⁹ CAN, Sigorta, s. 45; CAN, 2009, s. 110. Müşterek sigorta bakımından sigorta süresinin aynı süreleri kapsamı ve sigorta başlangıç/bitiş tarihlerinin aynı olması gerektiğine ilişkin bkz. **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 264, 266. Aynı zamanda ifadesi ilk derece mahkemesi tarafından da bu şekilde yorumlanmıştır. *"Müşterek sigortayı düzenleyen TTK'nın 1446/1 hükmünde "aynı zamanda" sözcük dizimiyle belirgin olduğu üzere her iki poliçe başlangıç tarihlerinin de aynı tarih olması gerektiği açık olduğundan somut uyuşmazlığın müşterek sigorta kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır"* İstanbul Anadolu 5. ATM, T. 16/03/2021, E. 2019/138, K. 2021/304 (Hukuktürk, E.T. 25.12.2023).

⁶⁰ **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 264; **BOZER**, 1981, s. 100; **CAN**, Sigorta, s. 45; **CAN**, 2018, s. 111; **DENİZ**, s. 91, dn. 285; **HACIÖMEROĞLU**, s. 216; **KAYIHAN/GÜNERGÖK**, s. 65; **SAYHAN**, s. 173; **YILDIRIM**, s. 151.

⁶¹ **CAN**, Sigorta, s. 45; **CAN**, 2009, s. 111; **CAN**, 2018, s. 111; **SAYHAN**, s. 173.

⁶² **BAŞBUĞOĞLU**, Tarık: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, C. 2, Deniz Ticareti-Sigorta Hukuku, Ankara 1988, s. 1755; **KAYIHAN/GÜNERGÖK**, s. 65.

⁶³ Ünán, iki farklı sigortacının aynı rizikoyu değişik tarihlerde sigortalatması ve riziko gerçekleştiğinde, her iki sigortacının da sorumluluğun bulunmasına ilişkin olarak şunları ifade etmiştir. İlk sigorta tam değer üzerinden veya aşkın sigorta şeklinde yapılmışsa, çifte sigorta söz konusu olacaktır. İkinci sigortacının sigorta değerinin geri kalandan fazlasını sigorta ettirmiş olması durumunda ise, bunun tartışmaya açık olduğunu ve müşterek (aynı zamanda yapılmamış olsa dahi) veya kısmi sigortanın uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. **ÜNAN**, C. II, s. 192-193. Kanaatimizce örnekte açıkça sigortacıların birlikte hareket edip etmedikleri anlaşılacakla birlikte, birlikte hareket etmedikleri varsayımında, ilk sigortanın eksik sigorta olması durumunda, sigortanın kısmi sigorta olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira aynı menfaat, aynı rizikoya karşı, (müşterek hareket etmeyen) birden farklı sigortacı tarafın-

Bu noktada müşterek veya kısmi sigortanın her ikisinde de, sigorta konusu menfaatin aynı riziko ve aynı sigorta süreleri⁶⁴ için yapılabileceği göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla müşterek ve kısmi sigortayı birbirinden ayıran esas unsur birlikte hareket etme iradesinin olup olmadığı ve sigorta sözleşmelerinin aynı veya farklı tarihlerde yapılıp yapılmadığıdır⁶⁵. Yargıtay tarafından mülga TK döneminde verilen bir

dan, ilk sigorta eksik sigorta olacak şekilde, farklı tarihlerde sigorta ettirilmiştir. Görüldüğü üzere örnekteki birden çok sigorta, kısmi sigortanın bütün özelliklerini sağlamaktadır.

⁶⁴ Öğretide bir görüş, müşterek sigorta ile kısmi sigorta arasındaki tek farkın müşterek sigortada sigortaların aynı süre için; kısmi sigortada ise ayrı süreler için yapılması olduğunu ifade etmiştir. Bu görüşe göre, kısmi sigortada en önemli husus sorumluluk sürelerinin farklı olmasıdır. Sigorta sözleşmesi farklı tarihlerde yapılmış, ancak sigortacının sorumluluğu bakımından aynı sigorta süresini içeriyorsa, müşterek sigorta söz konusudur. Bkz. ERİŞ, 2022, s. 784. Kanaatimizce müşterek ve kısmi sigortada, sigortacıların sorumluluk sürelerinin farklı olması ayırt edici bir unsur değildir. Zira hem müşterek hem kısmi sigortada sigorta ettiren, tamamını sigorta ettirmediği menfaatin, geri kalanını sigorta ettirmek istemektedir. TTK m. 1465'te birden çok sigorta için aynı menfaatin, aynı rizikolara karşı, aynı süre için, birden fazla sigortacıya, aynı veya farklı tarihlerde sigorta ettirilmesinden bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere, birden çok sigorta bakımından sigortaların aynı süre içerisinde olması; ancak bu sigortaların aynı veya farklı tarihlerde yapılması mümkündür. Sonuç olarak birden çok sigorta sözleşmesi farklı tarihlerde aynı süre için yapılmışsa, bu durumda kısmi sigortanın söz konusu olduğu ifade edilebilir.

⁶⁵ GÜNAY, s. 194. "Açıklanan bu olgular ışığında uyumsuzluk, davalı sigortacılar ile aktedilen sigorta sözleşmelerinin müşterek veya kısmi sigorta olduğu noktasında toplanmaktadır. Ana kural, mal sigortalarında sigorta olunan değer (menfaatin) sigorta bedeline denk (eşit) olması gerektiğidir. TTK.nun 1285 maddesi uyarınca, sigorta konusu mal üzerindeki menfaat, aynı süre için ve aynı rizikoya karşı birden çok sigorta sözleşmesi ile muhtelif sigortacılarca sigorta edilmiş olması halinde müşterek sigorta ilişkisi vardır. Bunun için, her iki poliçe aynı süreleri kapsamalı, başlangıç ve bitiş tarihleri aynı olmalıdır. Ancak bu şekilde, her bir sigortacı yönünden sigorta menfaat değeri paylaşılacak suretiyle poliçelerde yazılı sigorta bedelinin tamamından sorumlu tutulmalarından bahsolunabilir. Buna karşılık, sigortalı mal üzerindeki menfaat, aynı riziko veya rizikolara karşı ayrı tarihlerde birden fazla sigortacı tarafından sigorta güvencesi altına alınması ile beliren sigorta türü, TTK.nun 1287 maddesinde tanımlanan kısmi sigorta adını almaktadır. Bu sigorta türünde, sonraki sigortacıların sorumluluğu ilk sigortacı tarafından temin edilen sigorta menfaat değerini aşan kısım için söz konusu olmakta, bir başka anlatımla sigorta olunan menfaatin toplam değeri, her bir sigorta ilişkisine konu sigorta bedelinden fazla ve tüm sigorta bedellerine eşit bulunmakla sigorta ettirenin sigorta sözleşmelerinin başlangıç tarihlerine göre sırasıyla sigortacılar tarafından ve kısmi kısım sigorta kuvertürüne aldırıldığı menfaatinin maruz kaldığı zararının tazminini istemesi gerekmektedir. Açıklanan bu durum karşısında, uyumsuzluğa konu birden çok sigorta ilişkisinin kısmi sigorta mahiyeti taşıdığı kabulü icab eder" Y. 11. HD, T. 18.11.1997, E.

kararda, sigorta bedellerinin toplamının, sigorta değerine eşit olması durumunda müşterek sigortanın mevcut olduğu ifade edilmiştir⁶⁶. Ancak kanaatimizce kısmi veya müşterek sigorta bakımından bu şekilde bir zorunluluk bulunmayıp, her iki sigorta bakımından da, sigorta bedellerinin toplamı, sigorta değerini aşabilir.

Sigortacıların birbirinden habersiz olacak şekilde, aynı zamanda sigorta yapılması durumu, TTK'da düzenlenmemiştir. Sigortacıların birbirinden haberdar olmadıkları, ancak aynı zamanda yapılmış olan sigorta ile uygulamada nadiren karşılaşılır⁶⁷. Ancak teorik olarak sigorta ettirenin kendi menfaatini sigorta ettirdiği durumda, aynı gün içerisinde başka bir kişi de sigorta ettiren lehine onun menfaatini sigortalayabilir⁶⁸. Gerçekten bir otomobil, eşlerden biri tarafından sigorta ettirildiği hâlde, bu durumdan haberdar olmayan diğer eş tarafından da onun hesabına

1999/6352, K. 1997/8323 (Kazancı, E.T. 25.12.2023); "...gerek dava dilekçesinden gerekse dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelerden davacının araç değerinin 12.000.000.000 lira olduğu inancı ile davalı Anadolu Sigorta şirketine 8.000.000.500 lira değeri üzerinden sigorta yapıldıktan sonra bu bedelin aracın gerçek değerini karşılamadığı düşüncesi ile bu defa diğer davalı G. Sigorta şirketine 4.000.000.000 liralık farklı tarihleri içeren ikinci sigorta sözleşmesi yaptırıldığı, bu şekilde davacının gerçek iradesinin müşterek sigorta olmayıp, kısmi sigorta yaptırması olduğu anlaşılmasına ve davalılardan karar düzeltme isteminde bulunan Anadolu Sigortaca düzenlenen 13.4.1994 günlü zeyilnamede de sigortanın kısmi sigorta olduğu açıkça belirtilmiş bulunmasına göre, sigorta poliçelerinin müşterek sigorta poliçeleri şeklinde düzenlendiği yolundaki itirazları yerinde görülmemekle reddine karar verilmesi gerekmiştir" Y. 11. HD, E. 1998/1963, K. 1998/2209, T. 26.3.1998 (Kazancı, E.T. 25.12.2023). Müşterek sigorta ile kısmi sigorta arasındaki temel farkın, birlikte hareket etme iradesinin bulunup bulunmaması olduğuna ilişkin bkz. **DENİZ**, s. 92, dn. 287, s. 93.

⁶⁶ "...Şu halde ortada TTK.nun 1287. maddesindeki kısmi sigorta hükümlerinin de uygulanmasını gerektirecek bir müşterek sigorta var demektir. Çünkü sigorta mukaveleleri aynı tarihlerde yapıldığı gibi sigorta olunan menfaatin değeri de sigorta bedellerinin toplamına eşittir. Müşterek sigortada, sigortacıların herbirisinin sigorta bedellerinin toplamına nazaran sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olması asıldır" Y. 11. HD, T. 21.12.1979, E. 1979/5518, K. 1979/5826 (Legalbank, E.T. 25.12.2023. Ayrıca bkz. **ERİŞ**, 1990, s. 1139-1140). Bu kararın eleştirisi için bkz. **SAYHAN**, s.176-177, dn. 47. Anılan kararda davalı vekili, diğer sigortacı ile yapılmış olan, sigorta sözleşmesinden haberi olmadığını ileri sürmüştür. Yargıtay tarafından bu iddia gözetilmeksizin müşterek sigorta olduğu belirtilmiştir. Ancak iddia edildiği gibi sigorta şirketleri birbirinden haberdar değilse, burada müşterek sigorta değil, kısmi sigorta söz konusu olacaktır. Bu konuda bkz. **KENDER**, s. 365-366, dn. 360.

⁶⁷ **GÜNAY**, s. 186; **ÜNAN**, C. II, s. 192; **ÜNAN**, Sempozyum, s. 118.

⁶⁸ **ÜNAN**, Sempozyum, s. 118-119.

sigorta ettirilmiş olabilir⁶⁹. Bu durumda sigortacılar arasında her ne kadar birlikte hareket etme iradesi olmasa da, sigortaların aynı zamanda yapılmış olmasından hareketle, müşterek sigorta hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁰.

C. Kısmi Sigorta-Çifte Sigorta

Çifte sigortanın düzenlendiği TTK m. 1467/1'in birinci cümlesine göre, *"Değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı rizikolara karşı, aynı süreler için sigorta ettirilemez;..."*⁷¹. Anılan hüküm gereğince, çifte sigortadan bahsedebilmek için, ilk sigorta

⁶⁹ CAN, Sigorta, s. 74; CAN, 2009, s. 130; CAN, 2018, s. 122-123.

⁷⁰ CAN, 2009, s. 130; CAN, 2018, s. 123; GÜNAY, s. 186. Ünan, bu durumda müşterek sigortaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceğini, ancak doğru çözümlün, her bir sigortacının sigorta ettirene karşı kendi sözleşmesindeki bedele kadar sorumlu olacağını öngören TTK 1466/2'nin uygulanması olduğunu belirtmiştir. Bkz. ÜNAN, Sempozyum, s. 119.

⁷¹ TTK m.1467/1'de çifte sigortanın geçerli olacağı istisnai hâller belirtilmiştir. Anılan hükme göre, çifte sigorta aşağıdaki hâl ve şartlarda geçerli sayılacaktır.

"a) Sonraki ve önceki sigortacılar onay verirlerse; bu takdirde, sigorta sözleşmeleri aynı zamanda yapılmış sayılarak riziko gerçekleştiğinde sigorta bedeli, 1466 ncı maddede gösterilen oranda sigortacılar tarafından ödenir.

b) Sigorta ettiren, önceki sigortadan doğan haklarını ikinci sigortacıya devir veya o haklardan feragat etmişse; bu takdirde, devir veya feragatin ikinci sigorta poliçesine yazılması şarttır; yazılmazsa ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılır.

c) Sonraki sigortacının, ancak önceki sigortacının ödemediği tazminattan sorumluluğu şart kılınmış ise; bu hâlde önceden yapılmış olan sigortanın ikinci sigorta poliçesine yazılması gerekir; yazılmazsa, ikinci sigorta sözleşmesi geçersiz sayılır".

Çifte sigortaya ilişkin TTK m. 1467/1'de öngörülen istisnai hâllerin kısmi sigorta bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağına değinmek gerekir. Öğretide çifte sigortanın geçerli olmasını sağlayan düzenlemelerin, kısmi sigortada sigorta değerini aşan kısım bakımından da uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. CAN, 2018, s. 138-139; GÜNAY, s. 194; ÜNAN, C. II, 210. Mülga 6762 sayılı TK bakımından bkz. CAN, Sigorta, s. 139. 865 sayılı TK'nın çifte sigorta veya kısmi sigortaya ilişkin hükümlerin düzenlenme yerine bakıldığında, kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğu ifade edilebilir. Zira 865 sayılı TK m. 946'nın ilk fıkrasında çifte, ikinci ve üçüncü fıkrasında kısmi sigorta düzenlenmişti. Çifte sigortaya yol açan sonraki sigortanın geçerliliği olduğu düzenleyen mevcut TTK m. 1467'de öngörülen istisnai hâller ise, 865 sayılı TK m. 949'da öngörülmüştür. Bu bakımdan mülga TK m. 949'un hem çifte hem de kısmi sigorta açısından uygulanması mümkün görünmekteydi. Kısmi sigortaya ilişkin istisnai hâller TTK m. 1468'de öngörülmemiş olsa dahi, çifte sigortanın geçerli sayılacağı TTK m. 1467/1-a,b ve c bentlerinde öngörülen hükümler, kısmi sigorta açısından da uygulanmalıdır.

sözleşmesinde, menfaat değerinin tamamının sigorta ettirilmiş olması gerekmektedir. Kısmi sigortada ise, ilk sigortada menfaatin tamamı henüz sigorta ettirilmemiş, menfaatin geri kalan kısmına kadar sigorta ettirilebilmesine izin verilmiştir. Dolayısıyla birden fazla sigortanın mevcudiyetinde menfaatin tamamı ilk sigorta sözleşmesi ile sigorta edilmişse çifte sigorta; menfaat değerinin tamamı sigorta edilmemişse (eksik sigorta), kısmi sigorta söz konusu olacaktır⁷². Örneğin, 1.000 TL

⁷² ŞENOCAK, Çifte, s. 48. Ayrıca bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 268; GÜNAY, s. 194. Yargıtay tarafından mülga TK döneminde verilen bir kararda otomobil, farklı tarihlerde A şirketine 8 milyar TL, B şirketine ise 4 milyar TL ile bedelli sigorta ettirilmiştir. Rizikonun gerçekleşmesi sonucu, rizikonun gerçekleştiği anda 4 milyar TL değerinde olan otomobilde tam hasar meydana gelmiştir. Bu kararda ilk derece mahkemesi tarafından, söz konusu sigorta müşterek sigorta olarak kabul edilmiş ve sigortacıların sorumluluğu müşterek sigortaya ilişkin oranlara göre belirlenmiştir. Yargıtay tarafından verilen kararda ise, çifte sigortanın söz konusu olduğundan bahisle, karar bozulmuştur. Bkz. “Bundan hareketle. TTK.nun 1283 maddesi uyarınca her iki poliçedeki toplam sigorta bedelinin (12) milyar TL olmasına nazaran rizikonun, gerçekleştiği tarihte (4) milyar olduğu saptanan sigortalı malın menfaat değerinin aşan kısmın ilk sigortacı davalı A... Sigorta yönünden aşkın olduğunun ve gerçek zarara tekabül eden anılan (4) milyar liralık menfaatin bu sigortacı tarafından tazmini gerektiğinin kabulü şarttır. Diğer bir deyişle, davacı uğradığı zararı sadece adı geçen davalıdan talep edebilecektir. O halde, davalılardan, A... Sigorta yönünden zarar tutarının tamamı olan (4) milyar TL den sorumluluğu yolunda karar verilmeli iken, aksine düşüncelerle bu sigortacının sorumluluğunun zararın 2/3 oranı ile sınırlı tutulması doğru görülmemiş, davacı tarafın temyiz itirazlarının bu bakımdan kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.

3- Davalılardan T.Genel Sigorta A.Ş. vekilinin temyizine gelince; yukarıda 2. Bentte açıklanıldığı üzere esasen davacının diğer sigortacı ile yaptığı ilk sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedeli, sigorta olunan malın menfaat değerinden fazla bulunmakla, yani aşkın sigorta nedeniyle ilk sigortacı yönünden dahi yapılan sigorta sözleşmesi, sigorta değerini aşan kısım bakımından geçersizdir. TTK.nun 1286 maddesi hükmüne göre, sigorta değerinin tamamı sigortalanan bir mal üzerindeki menfaat sonradan aynı kişi tarafından aynı rizikolara karşı sigorta ettirilemez. Yani çifte sigorta yasağı öngörülmüştür. Bu şekilde düzenlenen ikinci sigorta sözleşmesi batıl olup, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Çifte sigorta halinde, anılan yasa maddesine üç bent halinde sayılan koşulların yerine getirilmesi ile bu tür sözleşmelerin geçerlilik kazanması mümkündür. Uyuşmazlığın somut gelişiminde ise, değinilen bu koşullar mevcut olmadığından davacının menfaat değerini aşan mal değeri ile ilgili sigorta sözleşmesi imzaladığı, bu davalının sorumluluğunu doğurucu geçerli bir sigorta ilişkisi bulunmadığının gözden kaçırılması suretiyle aleyhinde hüküm kurulması doğru olmadığından, hükmün mümeyiz davalı yönünden de bozulması gerekmiştir” Y. 11. HD, T. 18.11.1997, E. 1999/6352, K. 1997/8323 (Kazancı, E.T. 25.12.2023). Kanaatimizce Yargıtay tarafından verilen bu karar sonuç itibarıyla isabetlidir. Ancak bu kararın hükmedilmesinden önce, uyuşmazlığın “müşterek veya kısmi sigorta olduğu noktasında” olduğu ifade edilmiş ve devamında müşterek-kısmi sigorta ayırımına değinilmiştir. Dava konusu olayda

değerindeki ev, A şirketine 1.000 TL; B şirketine 500 TL bedel üzerinden sigorta ettirilmişse, ilk yapılan sigorta tam değer üzerinden yapıldığından çifte sigorta söz konusu olacaktır. Örnekte, A şirketine 750 TL bedelli sigorta ettirilseydi, kısmi sigorta söz konusu olacaktı. Bu durumda ilk örnekte B şirketi ile yapılan sözleşme, TTK m. 1467 gereğince; ikinci örnekte sigorta değerini aşan 250 TL'lik kısım TTK m. 1468 gereğince geçersiz olacaktır⁷³.

Kısmi sigorta bakımından TTK m. 1468'de sigortacıların tarih sırasıyla sorumluluğu öngörülmüştür. Çifte sigortada ise, TTK m. 1467'de açıkça tarih sırasıyla sorumluluk yer almamış, - istisnai hâller hariç - sonraki sigortaların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden hareketle çifte sigorta bakımından açıkça düzenlenmese dahi, bir tarih sırasının olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kısmi ve çifte sigortada tarih itibarıyla sorumluluk öngörüldüğü ifade edilebilir⁷⁴.

Birden çok sigorta kapsamında, kısmi sigorta ile çifte sigortanın bir arada bulunması mümkündür. Bu noktada kısmi sigorta bakımından dar anlam veya geniş anlamda kısmi sigorta ayrımı yapılabilir. Şöyle ki, kısmi sigorta ile çifte sigorta meydana gelmemiş ise, dar anlamda⁷⁵ kısmi sigortadan bahsedilir. Kısmi sigortada her bir sigorta bakımından sigorta edilen menfaat, sigorta değerinin altında bulunmakla birlikte; sigorta bedellerinin toplamı sigorta değerini aşıyorsa, çifte sigorta söz konusu olur⁷⁶. Ancak kısmi sigorta ile yapılan sigorta bedelleri, sigorta

yapılan sigortanın müşterek veya kısmi sigorta olup olmadığının tartışılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira rizikonun gerçekleştiği anda değerinin üstünde sigorta ettirilmiş bir menfaat söz konusu olup, bu sigortanın çifte sigorta olduğu, ikinci yapılan sözleşmenin - istisna hâller mevcut değilse - geçersiz olduğu aşikardır.

⁷³ ŞENOCAK, Çifte, s. 48. Ayrıca bkz. BOZKURT, s. 223-224.

⁷⁴ ŞENOCAK, Çifte, s. 48. Çifte veya kısmi sigortanın her ikisinin de, aynı esasları düzenleyen hükümleri bulunmaktadır. Bkz. CAN, Sigorta, s. 140; CAN, 2018, s. 138;

⁷⁵ Bu durumda teknik anlamda kısmi sigortanın söz konusu olduğuna ilişkin bkz. YENER, Merve İrem: "Birden Çok Sigortaya İlişkin Bir Değerlendirme", Batider, C. 38, S. 3, 2022, s. 542. Kısmi sigortada, kural olarak, sigorta bedeli sigorta değerine eşittir. Bkz. BOZER, 1981, s. 101.

⁷⁶ Dar anlamda kısmi sigorta bakımından açıkça bu ifade kullanılmamış olsa da, kısmi sigorta ile çifte sigorta arasındaki fark, kısmi sigortada sigorta bedellerinin toplamının, sigorta değerini aşmamasıdır. Ancak geniş anlamda kısmi sigorta hâlinde de çifte sigorta meydana gelebilir. Kısmi sigortada çifte sigortanın mümkün olduğuna ilişkin bkz. BOZER, 1965, s. 197, 199-200; BOZKURT, s. 219, 223; DENİZ, s. 91; DOĞANAY, s. 3298; ŞENOCAK, Çifte, s. 16, 48-49; ŞENOCAK, Kemal: "Türk Ticaret

değerinden düşük veya sigorta değerine eşitse çifte sigorta söz konusu olmayacaktır⁷⁷. Bu şekilde yapılan kısmi sigorta ise, geniş anlamda kısmi sigorta⁷⁸ olarak adlandırılabilir. Kısmi sigorta ile çifte sigortanın oluşmasında, sigorta bedellerinin toplamının, sigorta değerini aşması yeterli olup, aşılın değer önemli miktar olup olmadığı dikkate alınmayacaktır⁷⁹.

V. KISMİ SİGORTA ÇERÇEVESİNDE ZARARIN KARŞILANMASI

A. Aşan Kısmın Akıbeti

TTK m. 1468 hükmünün ilk cümlesinde, menfaatin değeri önceki sözleşme ile tamamen teminat altına alınmamışsa, menfaatin geri kalan değerine kadar sigorta ettirebileceği belirtilmiştir. Bu durumda menfaatin geri kalan kısmının sigorta ettirilmesiyle, sigorta değerini aşan sigorta, diğer bir ifadeyle aşkın sigorta söz konusu olabilir. TTK m. 1468'de kısmi sigortada aşan kısmın geçersiz olacağına ilişkin açık bir ifade

Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, AÜHFD, C. 58, S. 1, 2009, s. 201; ŞENOCAK, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 23. Çifte sigortada tam bedel ile sigortalanma durumu tek bir sözleşmeden oluşabileceği gibi birden fazla sözleşmeden de oluşabilir. Bu noktada bir menfaatin tam bedel üzerinden sigorta edilmesinde sigorta sözleşmesi sayısı önem arz etmeyecektir. Bkz. CAN, Sigorta, s. 88. "Müşterek sigorta ile kısmi sigortayı çifte sigortadan ayıran en önemli fark, aslında müteaddit sigortacılar tarafından ödenecek sigorta bedelleri toplamının sigorta menfaat değerini aşmamasıdır. Müşterek sigortada sigorta bedelleri toplamının sigorta menfaat değerini aşması halinde bir çifte sigorta söz konusudur. Kısım kısım sigortalarda da, sigorta bedelleri toplamının sigorta menfaat değerini aşması halinde bir çifte sigortadan bahsedilebilir" Y. 11 HD, T. 29.12.2005, E. 2006/2009, K. 2007/6880 (Batider, C. 24, S. 2, 2007, s. 562). Benzer yönde bkz. Y. 11. HD, T. 19.10.2007, E. 2006/10096 K. 2007/13079 5108 (Lexpera, E.T. 25.12.2023); Y. 11. HD, T. 5.10.2006, E. 2005/8426, K. 2006/9879 (Kazancı, E.T. 25.12.2023). Sayhan'a göre, farklı tarihlerde yapılan birden çok sigorta sözleşmesi, aşkın sigortaya neden oluyorsa, TTK m. 1467 kapsamında çifte sigorta; aşkın sigorta oluşturmuyorsa, kısmi sigorta olarak kabul edilir. Bkz. SAYHAN, s. 181-182. Krş. ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 105. Yazarlara göre, "kısmi sigortada sigortacıların teminat altına aldığı toplam sigorta bedeli, sigorta değerini aşmamalıdır". Ayrıca bkz. KARA, Sigorta, s. 309.

⁷⁷ ŞENOCAK, Çifte, s. 49.

⁷⁸ Kısmi sigortanın daha geniş anlamda bu şekilde kullanılabilmesine ilişkin bkz. YENER, s. 542.

⁷⁹ HK-VVG/MARKO BRAMBACH VVG § 78 Rn. 10; LANGHEID/RIXECKER/LANGHEID VVG § 78 Rn. 7; LANGHEID/WANDT/HALBACH VVG § 78 Rn. 8; PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER VVG § 78 Rn. 3.

bulunmamaktadır. Bu husus müşterek sigortanın düzenlendiği TTK m. 1466/1'de “sigorta sözleşmesinin hepsi, ancak sigorta olunan menfaatin değerine kadar geçerli sayılır” şeklinde; çifte sigortanın düzenlendiği TTK m. 1467/1'de ise, “değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat,.....sigorta ettirilemez” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Kısmi sigortaya ilişkin hükümde bu şekilde açıkça bir hüküm öngörülmemiş olmasına karşın; kısmi sigorta bakımından da aşan kısım tarih sırasına göre geçersiz olmalıdır⁸⁰. TTK m. 1463/1'in ikinci cümlesine göre, “aşkın sigortada sigorta bedeli ile sigorta priminin onu karşılayan kısmı indirilir ve tahsil edilmiş fazla primler iade edilir”. Bu durumda, sigorta bedellerinin toplamının, sigorta değerinden fazla olduğu aşan kısım bakımından, prim miktarı tekrar hesaplanacak ve fazla ödenmiş olan primler iade edilecektir⁸¹.

Kısmi sigortada, sigorta edilen menfaatin değerine kadar yapılmış olan sigorta sözleşmeleri, diğer bir ifadeyle sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki eşitlik sağlanana kadar yapılan sigorta sözleşmeleri geçerli kabul edilecektir⁸². Sigorta değerini aşan kısma ilişkin sözleşmeler ise, aşan kısım bakımından geçersiz sayılacaktır⁸³. Örneğin, 1.000 TL değerindeki ev, farklı tarihlerde A sigorta şirketine 700 TL, B sigorta şirketine 200 TL, C sigorta şirketine 300 TL ve D sigorta şirketine 100 TL bedel üzerinden sigorta ettirilmiş olsun. Söz konusu ev, A ve B sigorta şirketleri ile toplam 900 TL'ye sigorta ettirildiğine göre, sigorta değeri ve bedeli arasında eşitlik henüz sağlanmadığından, A ve B şirketleri ile yapılan sözleşme geçerlidir. C şirketi ile yapılan sigorta sözleşmesi ile

⁸⁰ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 267; BOZER, 1981, s. 101; BOZKURT, s. 218; CAN, 2018, s. 138-139; DOĞANAY, s. 3298; ERİŞ, 2022, s. 784; GÜNAY, s. 193; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 67, 68; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 92; KUBİLAY, s. 10; ULAŞ, s. 193; ULUĞ CİCİM, s. 224; ULUTEKİN, s. 77; ÜNAN, C. II, s. 209; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 188; YENER, s. 541. Kısmi sigortada ilk eksik sigortayı sigorta değerine kadar tamamlamak için yapılan sigortaların toplamının aşkın sigortaya yol açmaması gerektiğine ilişkin bkz. ATAMER, s. 70.

⁸¹ BOZER, 1981, s. 101; TEKİL, Fahiman: “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 119; OMAĞ, Zenginleşme, s. 294. Kısmi sigortada aşan kısım nedeniyle geçersiz olan sözleşmeler açısından aşkın sigortaya ilişkin TTK m. 1463 hükmünün uygulanacağına ilişkin bkz. CAN, 2018, s. 137. Kısmi sigortada geçersiz olan aşan kısma karşılık gelen primlerin iade edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. BOZKURT, s. 218; KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 68.

⁸² CAN, Sigorta, s. 138; CAN, 2009, s. 161-162; CAN, 2018, s. 137.

⁸³ BAŞBUĞOĞLU, s. 1755-1756; CAN, Sigorta, s. 139; CAN, 2009, s. 162; CAN, 2018, s. 137; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 188.

sigorta bedeli 1.200 TL olmakta, dolayısıyla C ile yapılan sigorta sözleşmesinin sadece 100 TL'lik kısmı geçerli olmaktadır. D şirketi ile yapılan sözleşme ise, sigorta bedeli ve değeri arasında eşitlik sağlandığından geçersiz olacaktır. Bu örnek bakımından A ve B ile yapılan sözleşme geçerli, C ile yapılan sözleşmenin 200 TL'lik aşan kısmı ve D ile yapılan sözleşmenin tamamı geçersiz kabul edilecektir.

Sigorta değeri bakımından, hangi andaki değer esas alınacağına ilişkin TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki mülga TK m. 1299/2 ilk cümlesinde sigorta değerinin belirlenme anı, "*Tazmini lazım gelen sigorta bedeli, sigorta olunan menfaatin rizikonun gerçekleştiği zamandaki değerine göre tesbit olunur*" şeklinde düzenlenmişti. TTK bakımından sigorta değerinin esas alınacağı zamana ilişkin TTK m. 1461/1'den dolayı da olsa bir yoruma ulaşılmaktadır⁸⁴. Anılan hükmün ikinci cümlesinde geçen "*sigorta bedeli, rizikonun gerçekleştiği andaki sigortalı menfaatin değerini aşsa bile...*" ifadesi, sigorta değerinin rizikonun gerçekleştiği anda tespit edileceğini ifade etmektedir. Nitekim TTK m. 1461'in gerekçesinde, tazminata esas alınacak değer, rizikonun gerçekleştiği andaki değer olduğu belirtilmiştir. Yukarıdaki örnek bakımından rizikonun gerçekleştiği tarihte evin değerinin 1.500 TL olması durumunda, A, B, C ve D sigorta şirketleri ile yapılan sigorta sözleşmesinin tamamı (toplam 1.300 TL) geçerli olacaktır.

B. Sigortacıların Sorumluluk Sırası

TTK m. 1468'in ikinci cümlesine göre, "*o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olurlar*". Hüküm lafzı olarak yorumlandığında, "*menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar*" ifadesi kullanıldığı için, anılan hükmün ilk sigortadan sonra yapılan sigortalar bakımından uygulanması gerekmektedir⁸⁵. Bu

⁸⁴ ŞENOCAK, Çifte, s. 50; ÜNAN, C. II, 133. Ayrıca bkz. YAZICIOĞLU, s. 554. VVG 78 bakımından bkz. LANGHEID/RIXECKER/LANGHEID VVG § 78 Rn. 6; HK-VVG/MARKO BRAMBACH VVG § 78 Rn. 10; LANGHEID/WANDT/HALBACH VVG § 78 Rn. 8.

⁸⁵ Kısmi sigortada sonraki sigortacıların sözleşmenin yapılış tarihi ile sorumlu olması, kısmi sigorta ile ikincil sigorta sözleşmesini birbirinden ayıran bir farktır. İkincil sigorta sözleşmesi, "*sigortacının zararın, birincil sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan kısmının üstünde kalan belli bir kısmını tazmin etmeyi taahhüt ettiği ve tazminat ödeme yükümlülüğünün, birincil sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sigorta bedellerinin tamamının ödenmiş olmasına (tüketilmesi) bağlandığı sözleşmelerdir*". Bu tanım için bkz. KÜÇÜK, s. 143. Söz konusu tanım gereği, ikincil sigorta sözleşmesi kapsamında

noktada, hükümde geçen “sonraki sigortacılar” ifadesi tartışılabilir. Zira sonraki sigortacılar ifadesi çoğul bir anlam içerdiğinden, bu ifade ilk sigortadan sonra yapılan en az iki sigortacının bulunması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Ancak kanaatimizce sonraki sigortacılar ifadesi, kısmi sigortada ilk yapılan sigortacıdan sonra, birden fazla sigortacının bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Şayet ilk sigortadan sonra yapılan sadece tek bir sigorta bulunuyor (tek sigortacı) ve kısmi sigortanın özelliklerini taşıyorsa, bu sigortanın da kısmi sigorta olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada sonraki sigortacılar ifadesinin sigortacılarının tarih sırası ile sorumlu olması bakımından önem arz ettiği ifade edilmelidir. Gerçekten kısmi sigortada ilk sigortadan sonra yapılan birden fazla sigortacı bulunuyorsa, sonraki sigortacılar bakımından sorumluluk tarih sırasına göre belirlenecektir⁸⁶.

Kısmi sigortada sonraki sigortacıların sorumluluğu bakımından, TTK m. 1468’de sözleşmenin yapılış tarihinden bahsedildiği için, sözleşmenin kuruluş tarihi esas alınacaktır⁸⁷. Bu durumda sözleşmenin kuruluş tarihi ile sigorta poliçesinde öngörülen tarih farklı ise, sözleşmenin kurulma tarihi belirleyici olacaktır.

tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin ödenmesine bağlıdır. Dolayısıyla ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesinden önce kurulsa dahi, birincil sigorta sözleşmesindeki bedel ödenmeden, ikinci sigortacıya başvurulamayacaktır. Bkz. KÜÇÜK, s. 171.

⁸⁶ Öğretide Yazıcıoğlu, kısmi sigorta ile menfaatin sigortalanmamış kısmının tamamının tek bir sigortacı tarafından sigortalanması hâlinde bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olma durumunun söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 554, dn. 28.

⁸⁷ BOZKURT, s. 218; KARA, Menfaat, s. 199; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 188; SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan: “Sigorta Ettirenin Rizikoyu Ağırlaştırma ve Rizikonun Ağırlaşması Halinde Ağırlaşan Rizikoyu İhbar Külfeti”, Sigorta Hukuku Sempozyumları (Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu: 1-2 Aralık 2017 İstanbul/Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu, 2-3 Şubat 2018 Bursa), Ünan, Samim/Yazıcıoğlu, Emine (Editörler), İstanbul 2018, s. 65. “Bu sigorta tarihinde, sonraki sigortacıların sorumluluğu ilk sigortacı tarafından temin edilen sigorta menfaat değerini aşan kısım için söz konusu olmakta, bir başka anlatımla sigorta olunan menfaatin toplam değeri, her bir sigorta ilişkisine konu sigorta bedelinden fazla ve tüm sigorta bedellerine eşit bulunmakla sigorta ettirenin sigorta sözleşmelerinin başlangıç tarihlerine göre sırasıyla sigortacılarına başvurusu ve kısım kısım sigorta kuvertürüne aldıracağı menfaatin maruz kaldığı zararının tazminini istemesi gerekmektedir” Y. 11 HD, T. 29.12.2005, E. 2006/2009, K. 2007/6880 (Battider, C. 24, S. 2, 2007, s. 562).

C. Sigortacıların Sorumlu Olduğu Miktarın Hesaplanması

1. Kısmi Sigortanın Aşkın Sigorta Olması Durumunda

Kısmi sigortanın aşkın sigorta olması hâlinde, TTK m. 1468'de geçen, "o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olurlar" ifadesi, karışıklığa neden olmaktadır. Zira kısmi sigortada ilk sigorta eksik sigorta şeklinde olacağından, ilk sigortacının sorumlu olduğu miktar eksik sigortanın düzenlendiği TTK m. 1462'ye göre hesaplanacaktır. Sonraki sigortacılar ise, sözleşmenin yapılış tarihi itibarıyla sorumlu olacaklardır⁸⁸.

Örneğin, S1 kişisi, 3.000 TL değerindeki evini, A sigorta şirketine 1.000 TL; B sigorta şirketine 1.200 TL ve C sigorta şirketine 1.800 TL ile sigorta ettirmiş olsun. Söz konusu sigortanın kısmi sigorta olarak nitelendirilmesi hâlinde, öncelikle menfaatin değerine kadar yapılan sigortalar geçerli olacak, menfaat değerini aşan kısım (aşkın sigorta) geçersiz olacaktır. Bu durumda C şirketi ile yapılan sigorta sözleşmesinde 800 TL'lik kısım geçerli; 1.000 TL'lik kısım ise geçersiz olarak kabul edilecektir⁸⁹. Yukarıdaki örneğe göre, TTK m. 1468/1'in ikinci cümlesi lafzı olarak yorumlandığında, riziko sonucu oluşacak tam hasar veya 600 TL'lik kısmi hasara göre söz konusu hesaplama şu şekilde yapılacaktır;

	Tam Hasar Durumunda	600 TL'lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*3.000=1.000 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*600=200 TL
B	Geri kalan zarar miktarı 2.000 TL'dir. Sözleşmenin yapıma tarihi sırasına göre, B sorumlu olacaktır. B'nin sigorta bedeli 1.200 TL olduğundan, B, 1.200 TL ile sorumludur	Geri kalan zarar 400 TL olduğundan, sözleşmenin yapıma tarihi sırasına göre B 400 TL ile sorumludur
C	A ile B şirketinin sorumlu olduğu miktar toplam 2.200 TL'dir. Geri kalan 800 TL'lik kısım için C sorumludur. C'nin sorumlu olduğu miktar 800 TL'dir	Toplam zarar miktarı A ile B tarafından karşılandığından, C'nin sorumluluğu bulunmamaktadır

Kısmi sigorta ile aşkın sigortaya sebebiyet verilmesi durumunda, sigortacıların sorumlu olduğu miktar TTK m. 1468/1'in ikinci cümlesinin lafzı dikkate alındığında, yukarıdaki şekilde hesaplanacaktır. Ancak bu şekilde hesaplama yapılması durumunda B sigorta şirketi bakımından

⁸⁸ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 267; ÜNAN, C. II, s. 185; ÜNAN, Sempozyum, s. 125, 147; YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 188; YILDIRIM, s. 155.

⁸⁹ Benzer örnek için bkz. ÜNAN, C. II, 210; ÜNAN, Sempozyum, s. 125-126.

prim-riziko dengesine ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Gerçekten ikinci yorum gereği kısmi hasar hâlinde, B şirketi 3.000 TL değerindeki evi, 1.200 TL ile sigorta ettirmiş ve prim borcunu bu bedele göre tahsil etmiştir. Bu durumda B'nin 600 TL'lik kısmi hasarda ödemesi gereken miktar, eksik sigorta hesaplaması dikkate alınarak, 240 TL olması gerekmektedir. Ancak yukarıdaki şekilde hesaplama yapıldığında, B şirketi 400 TL ile sorumlu tutularak, menfaatler dengesine aykırılık söz konusu olmaktadır. Ayrıca kısmi hasarın 1.500 TL olduğu varsayıldığında, yukarıdaki hesaplama gereğince A şirketi 500 TL, B şirketi ise 1.000 TL ile sorumlu olacaktır. S1'in, 3.000 TL değerindeki evi, B şirketine 1.200 TL bedel üzerinden sigorta ettirdiği dikkate alındığında, B şirketinin 1.500 TL'lik hasar için 1.000 TL ile sorumlu tutulması isabetli görünmemektedir. Keza C şirketi bakımından, sözleşme 800 TL'lik kısım bakımından geçerli olmakta, fakat yukarıdaki hesaplama gereğince C şirketi zarardan sorumlu tutulmamaktadır.

Kanaatimizce kısmi sigortanın yapılması sonucu, aşkın sigorta meydana gelmişse, sigortacıların sorumlu olduğu miktarın hesaplanmasında, sigorta değerine kadar olan kısım bakımından eksik sigortaya ilişkin oranlama yapılmalı, zararın karşılanmayan kısmı bakımından ise, sonraki sigortacılar sorumlu tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 1468/1'in ikinci cümlesini oluşturan *"Bu takdirde, o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olurlar"* ifadesinin, menfaati aşan kısım bakımından uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla kısmi sigorta ile aşkın sigorta meydana gelmişse, menfaat değerine kadar olan kısım bakımından eksik sigortaya ilişkin hüküm gereğince oranlama yapılmalı; aşan kısım bakımından ise, sigortacılar tarih sırası ile önceki sigortacılar ile karşılanamayan zarardan, geçerli olan sigorta bedeline kadar, sorumlu tutulmalıdır. Buna göre yukarıdaki örnekte, sigortacıların sorumlu olduğu miktar şu şekilde hesaplanmalıdır⁹⁰.

⁹⁰ BAŞBUĞOĞLU, s. 1756; DOĞANAY, s. 3298; ULUTEKİN, s. 77. Öğretide Ünan tarafından kısmi sigortaya ilişkin iki örnek verilmiştir. İlk örnekte, 100 TL değerindeki malvarlığı unsuru A şirketine 60 TL, daha sonra B şirketine 100 TL bedel üzerinden sigorta ettirilmiştir. 80 TL'lik kısmi hasar durumunda, A şirketi $(60/100 \times 80)$ 48 TL, B şirketi ise $80 - 48 = 32$ TL ile sorumlu olacaktır. İkinci örnekte ise, 100 TL değerindeki malvarlığı unsuru ilk önce 60 TL, ikinci olarak 30 TL ve üçüncü olarak 50 TL bedel üzerinden sigorta ettirilmiştir. 80 TL'lik kısmi hasar hâlinde, ilk sigortacı 48 TL, ikinci

	Tam Hasar Durumunda	600 TL'lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*3.000=1.000 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı 1.000*600/3.000=200 TL
B	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*3.000=1.200 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı 1.200*600/3.000=240 TL
C	Geri kalan zarar miktarı 800 TL'dir. Sözleşmenin yapılma tarihi sırasına göre C, 800 TL ile sorumludur	Geri kalan zarar miktarı 160 TL olduğundan, sözleşmenin yapılma tarihi sırasına göre C, 160 TL ile sorumludur

Sonuç olarak kısmi sigorta ile aşkın sigortanın ortaya çıkması hâlinde, sigortacıların sorumluluğunun hesaplanmasında, öncelikle sigorta konusu menfaatin değerine kadar olan kısım bakımından eksik sigortanın düzenlendiği TTK m. 1462'ye göre oranlama yapılması gerekmektedir. Sigorta konusu menfaat değerinin aşıldığı durumda ise, zararın geri kalan miktarı için, sonraki sigortacılar, geçerli olan sigorta bedeline kadar, sözleşmenin kuruluş tarihi itibarıyla sırasıyla sorumlu olmalıdır.

2. Kısmi Sigortanın Eksik Sigorta Olması Durumunda

Kısmi sigorta durumunda sigorta bedellerinin toplamı, sigorta değerini aşmıyorsa, diğer bir ifadeyle eksik sigorta söz konusu ise, sigortacıların sorumluluğu eksik sigortaya ilişkin TTK m. 1462'ye göre hesaplanacaktır. Anılan hüküm gereğince, her bir sigortacı, "sigorta bedelinin sigorta değerine olan oranına göre" tazminat ödeyecektir. Örneğin, S1 kişisi, 3.000 TL değerindeki evini, farklı tarihlerde, A sigorta şirketine 1.000 TL; B sigorta şirketine 1.200 TL ve C sigorta şirketine 500 TL bedel üzerinden sigorta ettirmiş olsun. Bu örnekte, sigorta bedellerinin toplamı, sigorta değerinin altında olduğundan eksik sigorta söz konusudur. Kısmi

sigortacı 24 TL ve üçüncü sigortacı 8 TL ile sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere yazar ilk örnekte, A şirketinin sorumlu olduğu miktarı hesaplarken öncelikle eksik sigortayı uygulamış, devamında zararın A şirketiyle karşılanmamış olan kısmı bakımından B şirketi sorumlu tutmuştur. İkinci örnek bakımından ise, ilk yapılan sigorta ile ikinci yapılan sigorta bakımından, sigortacının sorumlu olduğu miktarın hesaplanmasında eksik sigorta hükümlerini uygulamış, üçüncü sigortacıyı ise, zararın karşılanmayan kısmı ile sorumlu tutmuştur. Bkz. ÜNAN, Sempozyum, s. 125-126. Ayrıca yazar haklı olarak, ilk sigortacının eksik sigorta hükmüne göre sorumlu olacağını, ancak sonraki sigortacılar bakımından sözleşme tarihine göre sorumluluğunun nasıl olacağını belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Bkz. ÜNAN, C. II, s. 210.

sigortanın eksik sigorta olarak yapılması durumunda, tam hasar veya 600 TL'lik kısmi hasara göre, hesaplama şu şekilde olacaktır⁹¹;

	Tam Hasar Durumunda	600 TL'lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*3.000=1.000 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*600=200 TL
B	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*3.000=1.200 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*600=240 TL
C	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=500/3.000*3.000=500 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=500/3.000*600=100 TL

Kısmi sigortanın aşkın sigorta olması başlığı altında belirtildiği üzere, sonraki sigortacıların sorumluluğunun tarih sırasıyla olması durumu, kısmi sigortanın aşkın sigorta şeklinde yapılması hâlinde geçerlidir. Ayrıca sonraki sigortacıların tarih itibarıyla sorumlu olarak kabul edilmesi durumunda, B şirketinin kısmi hasar hâlinde dahi, sigorta bedeline kadar sorumlu tutulma ihtimali bulunmaktadır. Gerçekten yukarıdaki örnekte kısmi hasarın 2.100 TL olduğu kabul edildiğinde, A şirketi (1.000/3.000*2.100)= 700 TL ile; sonraki sigortacı B şirketi ise, geri kalan 1.400 TL'lik zararın, sigorta bedeline kadar olan 1.200 TL'nin tamamından; C ise geri kalan 200 TL'den sorumlu olacaktır. Bu durumda B şirketinin kısmi hasar hâlinde, 1.200 TL'lik sigorta bedelinin

⁹¹ Yargıtay tarafından verilen bir kararda mülga TK m. 1285'te yer alan "Bu takdirde o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar değer bakiyesinden dolayı mukavelelerin tarihleri sırasıyla mesul olurlar" ifadesinin (TTK m. 1468'in ikinci cümlesi), sigorta bedellerinin, sigorta değerini aşması hâlinde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kısmi sigortanın eksik sigorta olması hâlinde, anılan hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. "...Davalı sigorta şirketleri aynı menfaati, aynı rizikoya karşı fakat değişik tarihlerde sigorta etmiş olmaları itibarıyla kısmî (kısım kısım sigorta) mevcut ise de, (II-Birden çok sigorta) başlığı altındaki TTK. nun 1285, 1286, 1287 nci maddelerinde müşterek sigorta veya çifte sigorta yapılmış olması halinde ödeme sorumluluğunun nasıl tesbit edileceğinin genel nitelikteki 1285 nci maddesinde gösterilmiş olmasına, 1287 nci maddede (sonradan sigorta eden sigortacılar değer bakiyesinden dolayı mukavelelerinin tarihleri sırasıyla mes'ul olurlar) ifadesi mevcut ise de, bu hükmün, sigortalardan toplam bedelinin sigorta edilen menfaatin değerini aşması halinde uygulanmasının gerekmesine, olayımızda ise TTK. nun 1299 uncu maddesi gözönünde tutulup, toplam sigorta bedelleri ve rizikonun gerçekleştiği tarihteki değerlerine göre proporsiyon uygulanıp ödenmesi gerekli tazminat miktarı saptandıktan sonra, sigorta şirketlerinin her birinin sigorta bedellerinin toplamına nazaran sigorta ettiği bedel nispetindeki sorumluluk miktarı isabetli şekilde hesap ve tesbit edilerek hüküm tesis edilmiş..." Y. 11. HD, 30.01.1981, E. 6097, K. 431 (ERİŞ, 1990, s. 1142).

tamamından sorumlu tutulması, sigorta ettiren ve sigortacı arasındaki menfaatler dengesine aykırı olduğu gibi, sigortanın amacına da aykırıdır.

3. Kısmi Sigortada Sigorta Bedelinin Sigorta Değerine Eşit Olması Durumunda

Kısmi sigortada sigorta bedellerinin toplamı sigorta değerine eşitse, tam hasar durumunda sigortacıların sorumlu olduğu miktar, sigorta sözleşmesinde gösterilen bedel olacaktır. Kısmi hasar hâlinde ise, eksik sigortada olduğu şekilde oranlama yapılacaktır. Örneğin, S1 kişisi, 3.000 TL değerindeki evini, farklı tarihlerde, A sigorta şirketine 1.000 TL; B sigorta şirketine 1.200 TL ve C sigorta şirketine 800 TL bedel üzerinden sigorta ettirmiş olsun. Tam hasar veya 600 TL'lik kısmi hasara göre söz konusu hesaplama şu şekilde olacaktır⁹²;

	Tam Hasar Durumunda	600 TL'lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*3.000=1.000 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/3.000*600=200 TL
B	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*3.000=1.200 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*600=240 TL
C	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=800/3.000*3.000=800 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=800/3.000*600=160 TL

Bu örnekte ilk sigortacı bakımından eksik sigortaya göre oranlama yapılacaktır. Ancak kısmi sigortanın aşkın veya eksik sigorta şeklinde yapılması durumunda olduğu gibi, sonraki sigortacıların, ilk sigortacının sorumlu tutulduğu miktar sonucunda geri kalan zarardan tarih sırasına göre sorumlu olması geçerli olmayacak, sonraki sigortacılar bakımından da eksik sigortaya ilişkin bir oranlama yapılacaktır.

⁹² Öğretide kısmi sigortada sigortacının sorumlu olduğu miktarın hesaplanması bakımından sigorta bedeli ile sigorta değerinin eşit olduğu bir örnek verilmiştir. Bu örneğe göre, 100.000 TL değerindeki iş makinesi, farklı tarihlerde 50.000 TL'ye A şirketine, 25.000 TL'ye B şirketine ve 25.000 TL'ye C şirketine sigorta ettirilmiştir. Tam hasar hâlinde sigortacılar kendi sigorta bedeli kadar sorumlu olacaklardır. 75.000 TL'lik kısmi hasar durumunda ise, A ve B şirketleri zararı karşılayacak, C şirketi ise, bu zarar için herhangi bir ödeme yapmayacaktır. Bkz. ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 105. Kanaatimizce bu örnekte kısmi hasara ilişkin sigortacıların sorumlu olduğu miktar, eksik sigorta hükmüne göre hesaplama yapılarak tespit edilmeliydi. Şöyle ki 75.000 TL'lik hasar durumunda, A şirketi 37.500 TL, B şirketi 18.750 TL, C şirketi ise 18.750 TL'den sorumlu olmalıydı.

VI. KISMİ SİGORTAYA İLİŞKİN ÖZEL HÂLLER

A. Takseli Sigorta Yapılması Hâlinde

Takseli sigortanın düzenlendiği TTK m. 1464/1'e göre, *"Taraflar sözleşme ile sigorta değerini belirli bir para olarak belirlemişlerse, bu para, taraflar arasında, sigorta değeri için esas olunur."* Bu hüküm gereğince, taraflar takseli sigorta yapmışlarsa, takseli değer sigorta değeri olarak kabul edilmelidir. Kısmi sigortada ilk sigorta eksik sigorta olacağından, ilk sigorta bedelinin takseli değer altında olması gerekmektedir. Örneğin, gerçek değeri 3.000 TL olan ev bakımından, taraflar evin değerini 2.500 TL (takseli değer) olarak belirlemiş ve sigorta ettiren, farklı tarihlerde A şirketine 2.750 TL; B şirketine ise 250 TL bedel üzerinden sigorta ettirmiş olsun. Bu durumda A şirketine yapılan sigorta, sigorta değerini aştığından, eksik sigortadan bahsedilemeyecek ve kısmi sigorta yerine, çifte sigorta söz konusu olacaktır⁹³.

Sigorta ettirenin ilk sigortacı ile yapmış olduğu takseli sigorta, sadece o sigortacıyı bağlayacak, sonraki yapılan sigortalar açısından bir etki doğurmayacaktır⁹⁴. Bu durumda ilk yapılan sigorta bakımından takseli değer, sigorta değerinden düşük ise, sigorta ettiren takseli değer ile gerçek değer arasındaki farkı başka bir sigortacı ile kısmi sigorta olarak sigorta ettirebilecektir⁹⁵. Kısmi sigortada, bazı sigortacılar bakımından takseli değer üzerinden sigorta yapılmış; bazıları bakımından ise, gerçek değer üzerinden sigorta yapılmış olabilir. Yukarıda verilen örnek bakımından A şirketi ile takseli değer üzerinden, B şirketi ile gerçek değeri üzerinden (3.000 TL) sigorta yapılmış olsaydı, durum iki sigorta şirketi bakımından farklılık arz edecekti. Keza A şirketi bakımından takseli sigorta değerini aşan bir sigorta bulunmakta, dolayısıyla çifte sigorta söz konusu olmaktadır. B sigorta şirketi bakımından ise, gerçek değeri üzerinden sigorta ettirilmiş bir sigorta söz konusu olmakta ve kısmi sigorta bulunmaktadır. Dolayısıyla ilk sigortacı ile takseli değer, sonraki sigortacılar bakımından ise gerçek değer üzerinden sigorta yapılmışsa, söz konusu sigortanın çifte sigorta veya kısmi sigorta olduğu kolaylıkla anlaşılacaktır. Öğretide çifte sigorta açısından gerçek

⁹³ ŞENOCAK, Çifte, s. 50. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, Kemal: "Takseli Sigorta", Batider, C. 25, S. 2, 2009, s. 202.

⁹⁴ ŞENOCAK, Takse, s. 197.

⁹⁵ ŞENOCAK, Takse, s. 197.

değer ile takseli değer farklı olduğu bu durumlarda, en yüksek değer esas alınması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁶. Bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte esas alınması gereken değer, evin gerçek değeri olan 3.000 TL olacak, A şirketi ile yapılan sigorta eksik sigorta olduğu için, kısmi sigortanın mevcut olduğu kabul edilecektir.

Takseli sigorta değerinin, gerçek değerden fazla olması ihtimalinde, en yüksek değer olan takseli sigorta değeri esas alınacaktır. Yukarıdaki örnek bakımından evin takseli değeri ile gerçek değerinin yer değiştirmiş olduğu durumda (evin gerçek değeri 2.500 TL, takseli değeri 3.000 TL) en yüksek değer olan takseli değer dikkate alınacaktır.

Kısmi sigortada, sigortacıların her biri için takseli sigorta değeri belirlenmişse, bu durumda takseli sigorta değerlerinden en yüksek olanı dikkate alınacaktır⁹⁷. Yukarıdaki örnek bakımından A şirketi ile takseli değer 2.500 TL, B şirketi ile takseli değer olarak 4.000 TL belirlenseydi, en yüksek değer olan takseli değer (4.000 TL) dikkate alınacaktır. Bu durumda A şirketi ile yapılan sigorta eksik sigorta niteliğinde olacak ve yapılan sigorta kısmi sigorta olarak kabul edilecekti. B şirketi ile yapılan takseli sigortada, takseli değer 2.000 TL olarak belirlenmiş olsaydı, en yüksek değer, A şirketi ile yapılan takseli değer olan 2.500 TL olacak ve A şirketine menfaatin tamamı sigorta ettirildiğinden, yapılan sigorta kısmi sigorta olarak değil; çifte sigorta olarak belirlenecekti.

B. İlk Tehlike Sigortasının Yapılması Hâlinde

İlk tehlike sigortası, rizikonun gerçekleşmesi sonucunda oluşacak hasarın, TTK m. 1462'de öngörülen oran kuralı uygulanmaksızın, sigorta bedeli ile sınırlı olmak şartıyla hasarın tamamının karşılandığı sigorta olarak tanımlanmaktadır⁹⁸. Eksik sigortaya ilişkin TTK m. 1462'de öngörülen "*aksine sözleşme yoksa*" ibaresinden, ilk tehlike sigortasının

⁹⁶ ŞENOCAK, Çifte, s. 52-53; ŞENOCAK, Takse, s. 202-203. Birden çok sigorta bakımından Alman hukukunda bu yönde bkz. LANGHEID/RIXECKER/LANGHEID VVG § 78 Rn. 6; BRUCK/MÖLLER/SCHNEPP § 78 Rn. 25; PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER VVG § 78 Rn. 12. En yüksek değer dikkate alınmasının nedeni, sigorta ettirenin ancak bu değer üzerinde tazminat alması hâlinde zenginleşme yasağının söz konusu olmasıdır. Bkz. LANGHEID/RIXECKER/LANGHEID VVG § 78 Rn. 6.

⁹⁷ ŞENOCAK, Çifte, s. 53.

⁹⁸ ATABEK, Reşat: "İlk Riziko Sigortası", Batider, C. 1, S. 3, 1962, s. 323; ŞENOCAK, Çifte, s. 73; YAZICIOĞLU, s. 546.

yapılabileceği anlaşılmaktadır⁹⁹. Kısmi sigortada ilk tehlike sigortası yapılmış ise, oran kuralı uygulanmayacak ve ilk sigortacının sorumluluğu sigorta bedeli ile sınırlı olacaktır¹⁰⁰. Örneğin, S1 kişisi, 3.000 TL değerindeki evini, A şirketine ilk tehlike sigortası olarak 1.000 TL; B sigorta şirketine 1.200 TL ve C sigorta şirketine 1.800 TL bedel üzerinden sigorta ettirmiş olsun¹⁰¹. Tam hasar veya 2.500 TL'lik kısmi hasar hâlinde, sorumluluk miktarı şu şekilde olacaktır;

	Tam Hasar Durumunda	2500 TL'lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Oranlama yapılmaksızın A, 1.000 TL ile sorumludur	Oranlama yapılmaksızın A 1.000 TL ile sorumludur
B	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*3.000=1.200 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.200/3.000*2.500=1.000 TL
C	Geri kalan zarar miktarı 800 TL'dir. Sözleşmenin yapılma tarihi sırasına göre, C 800 TL ile sorumludur	Geri kalan zarar miktarı 500 TL olduğundan, sözleşmenin yapılma tarihi sırasına göre C, 500 TL ile sorumludur

Görüldüğü üzere ilk tehlike sigortasının söz konusu olduğu durumlarda, eksik sigortaya ilişkin oran kuralı uygulanmamakta ve sigortacılar sigorta bedeline kadar sorumlu olmaktadır. Kısmi sigorta ile ilk tehlike sigortasını birbirinden ayıran unsur, kısmi sigortada oran kuralının uygulanmasının mümkün olmasıdır¹⁰². Yukarıdaki hesaplamada A ve B şirketi açısından eksik sigorta hükmüne göre oranlama yapılmıştır. C şirketi bakımından aşkın sigorta söz konusu olduğundan, TTK m. 1468/1'in ikinci cümlesi gereğince, C şirketi sözleşmenin yapılmış tarihi sıralamasına göre, sigorta bedeline kadar sorumlu tutulmuştur.

C. Aynı Günde Yapılmış Olan Sigortalar

TTK m. 1468'in son cümlesine göre, "Aynı günde yapılmış olan sözleşmeler, aynı anda yapılmış sayılır". Kısmi sigortaya ilişkin sonraki sigortacıların sorumluluğunun sözleşme yapılmış tarihi itibarıyla tespit edildiği göz önüne alındığında, aynı günde yapılmış olan sözleşmeler

⁹⁹ YAZICIOĞLU, s. 546. Ayrıca bkz. TEKİL, s. 118.

¹⁰⁰ YAZICIOĞLU, s. 555.

¹⁰¹ ÜNAN, Sempozyum, s. 126.

¹⁰² YAZICIOĞLU, s. 555.

bakımından sorumluluğun tespitinde bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır¹⁰³. Öğretide bir görüş bu durumda kanun koyucunun TTK m. 1466'da düzenlenen müşterek sigortada geçen "*aynı zamanda*" yapılmış olan sözleşmelere atıf yaptığını ve müşterek sigorta hükümlerinin uygulanması istediğini belirtmiştir¹⁰⁴. Kanaatimizce de aynı günde yapılmış olan sigorta sözleşmeleri bakımından, müşterek sigorta hükümleri uygulanmalı ve TTK m. 1466/1'in son cümlesine göre, "*sigortacılardan her biri sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu*" olmalıdır.

Kısmi sigorta bakımından birden çok sigorta kapsamında, iki sigorta aynı günde; diğer bir sigorta ise farklı günde yapılmış olabilir. Diğer bir ifadeyle birden çok sigorta sözleşmesi içerisinde aynı ve farklı tarihlerde yapılan sözleşmeler söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, farklı tarihlerde yapılmış olan sigortalar bulunduğundan, kısmi sigorta söz konusu olacak ve aynı tarihlerde yapılan sigortaların bulunması, sigortanın kısmi sigorta niteliğini etkilemeyecektir¹⁰⁵. Sigortacının sorumlu olduğu miktar, aynı günde yapılmış olan sigortalar bakımından müşterek sigortaya ilişkin hükme; diğer sigorta veya sigortalar bakımından ise kısmi sigortaya ilişkin hükme göre belirlenecektir¹⁰⁶. Örneğin, 2.000 TL değerindeki ev, A şirketine 01.01.2024 tarihinde 1.000 TL bedelli, 03.01.2024 tarihinde ise B şirketine 750 TL; aynı tarihte C şirketine 500 TL bedel üzerinden sigorta edilmiş olsun. Bu örnekte ilk sigorta eksik sigorta olduğundan, kısmi sigorta bulunmaktadır. Ancak söz konusu menfaat, B ile C şirketine aynı gün içerisinde sigortalanmış olduğundan, TTK m. 1468'in son cümlesi gereğince aynı anda sigortalanmış kabul edilecektir. Hâl böyle olunca B ve C sigortacılarının sorumlu olduğu miktarın hesaplanması bakımından müşterek sigortaya

¹⁰³ ŞENOCAK, Çifte, s. 71.

¹⁰⁴ ŞENOCAK, Çifte, s. 71. CAN, kısmi sigortada aşkın sigortaya yol açan sözleşmenin tek bir sözleşmeden değil de, birden fazla sözleşmeden oluşabileceğini; bu durumda müşterek sigortaya ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. CAN, Sigorta, s. 140-141; CAN, 2009, s. 163. Aynı tarihte yapılan birden çok sigorta bakımından, sigortacılardan her birinin sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olacağına ilişkin bkz. KAYIHAN/GÜNERGÖK, s. 68. Yazarlar devamında vermiş oldukları örnek bakımından, sigortacıların sorumluluğunda müşterek sigortaya ilişkin oranlamayı esas almışlardır.

¹⁰⁵ SAYHAN, s. 181.

¹⁰⁶ Buna ilişkin örnek için bkz. ŞENOCAK, Çifte, s. 71-72.

ilişkin TTK m. 1466/1 hükmü uygulanacaktır¹⁰⁷. Anılan hükme göre, “sigortacılardan her biri, sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu” olacaktır. Yukarıdaki örnek bakımından, rizikonun gerçekleşmesi sonucu tam hasar veya 1.500 TL’lik kısmi hasar meydana gelmesi durumunda, sigortacıların sorumlu olduğu miktar şu şekilde olacaktır;

	Tam Hasar Durumunda	1.500 TL’lik Kısmi Hasar Durumunda
A	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı=1.000/2.000*2000=1.000 TL	Sigorta bedeli/Sigorta değeri*Hasar miktarı= 1.500*1.000/2.000=750 TL
B	Yapılan sigorta bedeli/Toplam sigorta bedeli (B ve C toplam=1.250 TL)*Geri kalan zararın miktarı=750/1250*1000= 600 TL	Yapılan sigorta bedeli/Toplam sigorta bedeli (B ve C toplam=1.250 TL)*Geri kalan zararın miktarı=750/1.250*750= 450 TL
C	Yapılan sigorta bedeli/Toplam sigorta bedeli*Geri kalan zararın miktarı=500/1250*1000= 400 TL	Yapılan sigorta bedeli/Toplam sigorta bedeli*Geri kalan zararın miktarı = 500/1.250*750= 300 TL

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında aşağıda belirtilen sonuçlara ulaşılmıştır.

1. Birden çok sigorta türleri olarak müşterek, çifte veya kısmi sigortanın, 865 sayılı TK’dan itibaren aynı şekilde düzenlenmesi isabetli olmamıştır. Zira hem Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu hem de Avrupa Sigorta Sözleşmeleri İlkeleri’nde birden çok sigorta başlığı altında genel bir düzenleme yapılmıştır. Sigorta ettirenin yapmış olduğu sigortanın, birden çok sigortanın hangi sigorta türüne girdiği kolayca tespit edilebilmelidir. Ancak TTK hükümlerine bakıldığında, birden çok sigorta türlerini belirlemek bir yana, sigorta türleri arasındaki ayrımı yapmak bile zor gözükmektedir. Kısmi sigorta özelinde, TTK m. 1468/1’in ikinci cümlesi, sigortacının sorumluluğu bakımından farklı şekillerde yorumlanabilecek bir düzenleme içermektedir. Anılan hükmün üçüncü cümlesinde belirtilen aynı günde yapılan sözleşmeler bakımından aynı zamanda yapılır ifadesi, bir belirsizlik içermektedir. Bu nedenle çalışmanın konusunu oluşturan kısmi sigortaya ilişkin hükümlerin ve genel olarak, birden çok sigortaya ilişkin hükümlerin genel bir başlık altında düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

¹⁰⁷ Benzer örnek için bkz. CAN, Sigorta, s. 139-140.

2. Kısmi sigortanın düzenlendiği TTK m. 1468, birden çok sigortaya ilişkin genel hükmün düzenlendiği 1465/1 ile birlikte değerlendirilmelidir. Anılan hükümler gereğince, kısmi sigortanın söz konusu olabilmesi için, sigorta ettirenin, aynı menfaati, aynı rizikoya karşı, farklı tarihlerde, ilk sigorta eksik sigorta olacak şekilde, birlikte hareket etme iradesi bulunmayan birden fazla sigortacıya sigorta ettirmiş olması gerekmektedir. Kısmi sigortanın farklı tarihlerde yapılması ve sigortacıların birlikte hareket etme iradesinin bulunmaması, kısmi sigorta ile müşterek sigortayı birbirinden ayırt eden özelliklerindedir. Kısmi sigortada ilk sigorta sözleşmesinin eksik sigorta şeklinde yapılması ise, kısmi ve çifte sigortayı birbirinden ayırmaktadır.

3. Kısmi sigortada birden fazla sigorta sözleşmesinin aynı süre içerisinde yapılmasından kasıt, rizikonun gerçekleştiği anda, sigorta korumasının gerçekleştiği bir zaman diliminin, yani bir kesişmenin mevcut olmasıdır. Birden fazla sigortanın aynı zamanda yapılmasıyla, sigorta sözleşmelerinin aynı anda akdedilmesi ifade edilmektedir. Aynı andan anlaşılması gereken ise, aynı günde yapılmış olan sözleşmelerdir. Kısmi ve müşterek sigorta ayırımında, sigorta sözleşmesinin kurulduğu an belirleyici olmaktadır. Kısmi sigorta bakımından, sigorta başlangıç ve bitiş tarihleri aynı olabileceği gibi, farklı tarihler de olabilir.

4. Kısmi sigortada, sigortacının sorumlu oldukları miktarın hesaplanmasında, öncelikle sigorta konusu menfaatin değerine kadar olan kısım bakımından, eksik sigortanın düzenlendiği TTK m. 1462'ye göre bir oranlama yapılmalıdır. Bu tutar belirlendikten sonra, zarar bakımından geri kalan değer, sonraki sigortacılar ile yapılan sigorta sözleşmesinin yapılış tarihi esas alınarak belirlenmelidir. TTK m. 1468/1'in ikinci cümlesinde belirtilen *"Bu takdirde, o menfaati sonradan sigorta eden sigortacılar, bakiyeden dolayı sözleşmenin yapılış tarihleri sırasıyla sorumlu olurlar"* ifadesi, kısmi sigortada aşkın sigortanın söz konusu olduğu hâllerde uygulanmalıdır. Taraflar arasında takseli sigorta söz konusu olduğunda, takseli değer esas alınmalı; birden fazla sigorta içerisinde takseli değer ve sigorta değeri bulunuyorsa, en yüksek değer sigorta değeri olarak kabul edilmelidir. Kısmi sigortada, ilk tehlike rizikosu yapılmışsa, ilk sigortacı bakımından eksik sigortaya ilişkin oranlama yapılmamalı ve ilk sigortacı, sigorta bedeli ile sınırlı olmak şartıyla sorumlu tutulmalıdır. Birden çok sigorta içerisinde aynı ve farklı tarihlerde yapılmış olan sigorta sözleşmesi bulunuyorsa, söz konusu

sigorta, kısmi sigorta olarak kabul edilmelidir. Bu durumda aynı tarihte yapılmış olan sigortalar bakımından sigortacıların sorumlu olduğu miktar, müşterek sigortaya ilişkin TTK m. 1466/1'in son cümlesine göre hesaplanmalıdır.

KAYNAKÇA

AMASYA, Serap: Sorumluluk Sigortalarında Birden Çok Sigorta, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 153-205.

ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1991.

ATABEK, Reşat: "İlk Riziko Sigortası", Batider, C. 1, S. 3, 1962, s. 320-336 (İlk Riziko).

ATABEK, Reşat: Kredi Sigortası, Ankara 1956 (Kredi).

ATABEK, Reşat: Sigorta Hukuku, İstanbul 1950 (Sigorta).

ATAMER, Kerim: Yeni "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortalarına"na Giriş", Batider, C. 27, S.1, s. 21-106.

AYHAN, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2023.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, C. 2, Deniz Ticareti-Sigorta Hukuku, Ankara 1988.

BECKMANN, Roland Michael/**MATUSCHKE-BECKMANN**, Anne-marie (Hrsg.): Versicherungsrechts - Handbuch, 3. Aufl. München 2015.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1965 (1965).

BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 1981 (1981).

BOZKURT, Tamer: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2021.

BRUCK, Ernst/**MÖLLER**, Hans (Hrsg.) Versicherungsvertragsgesetz Großkommentar, Band 3 §§ 74-99, 9. Aufl., Verlag De Gruyter, Berlin 2009.

CAN, Mertol: Birden Çok Sigorta, Ankara 2004 (Sigorta).

CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), 3. Bası, Ankara 2009 (2009).

CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), C. I, Ankara 2018 (2018).

DENİZ, Uğur: Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcu, Ankara 2022.

DOĞAN, Burak/**AZİZAĞAOĞLU**, Hasan Tahsin: "Zarar Sigortalarına İlişkin Hileli Sigorta Taleplerinin İngiliz Hukuku Nazarında

Değerlendirilmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2022, s. 426-480.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. 3, 4. Baskı, İstanbul 2004.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti ve Sigorta, C. III, Ankara 1990.

ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022 (2022).

GÜNAY, Barış: Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2023.

HİRŞ, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.

KARA, Etem: Sigortalanabilir Menfaat İlkesi, Ankara 2020 (Menfaat).

KARA, Hacı: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021 (Sigorta).

KAYIHAN, Şaban/**GÜNERGÖK**, Özcan: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Kocaeli 2022.

KENDER, Rayegân: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2021.

KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin: Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yaşığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, İzmir 2003.

KÜÇÜK, Damla: İkincil Sigorta Sözleşmeleri, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 2, 2020, s. 141-193.

LANGHEID, Theo / **RİXECKER**, Roland (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG Informationspflichtenverordnung Kommentar, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2022.

LANGHEID, Theo / **WANDT**, Manfred (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1, § 1-99, VVG-InfoV, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2022.

LOOSCHELDERS, Dirk / **POHLMANN**, Petra (Hrsg.): VVG-Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2023.

MEMİŞ, Tekin: Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul 2016.

OMAĞ, Merih Kemal: “Eksik Sigorta”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen e Armağan, C. 1, İstanbul 2007, s. 955-970 (Eksik).

OMAĞ, Merih Kemal: “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yaşığı”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 253-262 (Zenginleşme).

ÖZDAMAR, Mehmet/**DOĞAN**, Burak: Sigorta Hukuku, Ankara 2020.

PRÖLLS, Erich, R./**MARTIN**, Anton (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 31. Aufl., München 2021.

RÜFFER, Wilfried / **HALBACH**, Dirk / **SCHMIKOWSKI**, Peter (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2020 (HK-VVG/Bearbeiter).

SARIASLAN, Metin: “Zorunlu Deprem Sigortası ve Kahramanmaraş Merkezli Depremlerde Doğabilecek Hukuki İhtilaflar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 35, S. 169, 2023, s. 407-470.

SAYHAN, İsmet: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu: Aşkın Sigorta, Eksik Sigorta, Sigorta Tazminatının Hesaplanması, Ankara 2001.

SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan: “Sigorta Ettirenin Rizikoyu Ağırlaştırmama ve Rizikonun Ağırlaşması Halinde Ağırlaşan Rizikoyu İhbar Külfeti”, Sigorta Hukuku Sempozyumları (Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu: 1-2 Aralık 2017 İstanbul/Sigorta Hukukunda Güncel Sorunlar Sempozyumu, 2-3 Şubat 2018 Bursa), Ünan, Samim/ Yazıcıoğlu, Emine (Editörler), İstanbul 2018, s. 31-67.

ŞENOCAK, Kemal: Çifte Sigorta, Ankara 2002 (Çifte).

ŞENOCAK, Kemal: “Menfaat Değeri Altında Sigorta”, GÜHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 51-89. (Menfaat).

ŞENOCAK, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000 (Sorumluluk).

ŞENOCAK, Kemal: “Takseli Sigorta”, Batider, C. 25, S. 2, 2009, s. 179-207 (Takse).

ŞENOCAK, Kemal: “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, AÜHFD, C. 58, S. 1, 2009, s. 189-229 (Mal Sigortası).

TEKİL, Fahiman: “Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 113-131.

ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler-Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara 2012.

ULUĞ CİCİM, İlknur: “Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigortaya İlişkin Bazı Sorunlar”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar -Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 207-235.

ULUTEKİN, Hanefi: Birden Çok Sigorta, Sigorta Hukuku Dergisi, C. II, S. 1, 1984, s. 71-80.

ÜNAN, Samim: “Birden Çok Sigortaya İlişkin Bazı Sorunlar”, Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: -İnsansız Araçlar -Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu, Amasya, Serap (Editör), İstanbul 2020, s. 107-152 (Sempozyum).

ÜNAN, Samim: “Çifte sigorta” da Avrupa modeli, Y. 35, S. 493, 2019, s. 38-39, <https://www.sigortacigazetesi.com.tr/wp-content/uploads/2020/03/2019-Aralik-Sigortaci-Gazetesi.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2024 (Sigortacı).

ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul 2016 (C. II).

ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. VII, Yargı Kararları, İstanbul 2021 (C. VII).

ÜNAN, Samim/**ATAMER**, Kerim: Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri (ASSHİ), İstanbul 2011.

YAZICIOĞLU, Emine: “İlk Tehlike Sigortası”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2006, s. 543-557.

YAZICIOĞLU, Emine/**ŞEKER ÖĞÜZ**, Zehra: Sigorta Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2022.

YENER, Merve İrem: “Birden Çok Sigortaya İlişkin Bir Değerlendirme”, Batider, C. 38, S. 3, 2022, s. 531-566.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “Birden Çok Sigorta”, İÜHFİM, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 305-317.

YILDIRIM, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK m. 1427), Ankara 2020.