

HAKEM KARARININ TENFİZİ VEYA İPTALİ DAVALARINDA
TAHKİM ANLAŞMASININ YETKİSİZ TEMSİLCİ VASITASIYLA
YAPILDIĞI İTİRAZI VE KONUYA İLİŞKİN 11.10 2000 TARİHLİ
YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Araş. Gör. Emre ESEN*

Giriş

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹, tahkim şartı ihtiva eden asıl sözleşmeyi imzalayan temsilci, temsil ettiği şirket tarafından, tahkim sözleşmesi akdetme konusunda özel olarak yetkilendirilmediği gerekçesiyle tahkim şartının geçersiz olduğuna hükmetmiş ve bu tahkim şartına dayanılarak verilen hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına konu olan olayda taraflar, ekmeçlik buğday alım satımı konusunda anlaşmışlar, fakat bu anlaşmadan doğan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi üzerine davacı şirket, sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak GAFTA'nın [The Grain and Feed Trade Association (Hububat ve Yem Ticaret Birliği)] hakemliğine başvurmuştur. GAFTA tarafından atanan hakem heyetinin, davalı şirket aleyhine verdiği karar temyiz edilme-yerek tahkim usulü çerçevesinde kesinleşmiş ve Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nden bu kararın tenfizi talep edilmiştir. Davalı vekilince

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı (emredive@yahoo.com).

¹ YHGK 2000/19 – 1122 E, 2000/1256 K, 11.10.2000 T; İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, Yıl:42, Mayıs 2002, Sayı 497, s.1079 – 1080.

ileri sürülen itirazlar arasında, yetkisiz temsilci tarafından imzalanan sözleşmede yer alan tahkim şartının geçersiz olduğu iddiası da bulunmaktadır. Konya Asliye Ticaret Mahkemesi birden çok gerekçeyle dayanarak, hakem kararının tenfizi yönündeki talebi reddetmiştir². Bu gerekçelerden biri de, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmamasıdır. Tenfiz talebinin reddine ilişkin kararın temyiz edilmesi üzerine dava Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. Daire, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olan ve temsil yetkisi bulunan kişinin, davacı şirkete keşide ettiği ihtarname ile buğday fiyatlarındaki düşüşler nedeniyle sözleşmenin devamının mümkün olmadığını, ancak sözleşmenin oluşan yeni şartlarla sürdürülebileceğini bildirerek taraflar arasında ekmeçlik buğday alım satımı konusunda sözleşme yapıldığını kabul ettiğini belirtmiş ve bu benimsene karşısında ilk derece mahkemesinin, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ve tahkim şartı bulunmadığı yolundaki kabulünün isabetli olmadığını ifade ederek Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararını bozmuştur³.

Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 19. Hukuk Dairesi'nin verdiği bozma kararına uymayarak kendi kararında direnmesi⁴ üzerine dava Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararında, Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, "...sözleşmeyi imzalayan (M.B.)'in sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediği, kamu düzeni nedeniyle B.K.nun 388/3 maddesindeki özel yetki kuralının zorunlu hale getirildiği, ayrıca asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermiyeceği..." şeklindeki gerekçesine yer vererek, direnme kararının onanmasına oyçokluğuyla karar vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Tahir Alp, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız

² Konya Asliye Ticaret Mahkemesi 1998/1381 E, 1999/167 K, 24.3.1999 T, (karar yayınlanmamıştır.).

³ Y 19. HD 1999/3957 E, 1999/7800 K, 20.12.1999 T, (karar yayınlanmamıştır.).

⁴ Konya Asliye Ticaret Mahkemesi 2000/272 E, 2000/331 K, 10.5.2000 T, (karar yayınlanmamıştır.).

sız olduğunun kabul edildiğini belirtmiş ve aşağıdaki gerekçelerle karara muhalefet etmiştir: “*Davalıyı temsilen sözleşmeyi imza eden (M.B.)’a ‘...özel ve tüzel tüm kuruluşlar nezdinde temsile...’ yetki verilmiştir. Bu kişinin ana sözleşmeyi oluşturmak bakımından yetkisiz olduğu söylenemez. Ana sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku seçmişler, olaya İngiliz Hukukunun uygulanacağını açıklamışlardır. Öte yandan 2675 sayılı Kanununun 6. maddesi uyarınca da İngiltere’de düzenlenen bu sözleşmenin tahkime ilişkin bölümünün geçerli olup olmadığını İngiliz Hukukuna göre çözmek gerekir. Dosya arasında bu yönde bir araştırma yoktur. Uygulama alanı bulunmayan HUMK. 63. maddesi uyarınca özel yetkisi olmayan vekil tarafından kabul edilen tahkim şartının geçersiz olduğunu kabul eden mahkeme kararını doğru bulan çoğunluk kararına katılmıyorum.*”

Gerek Hukuk Genel Kurulu’nca verilen karar ve bu karara ilişkin muhalefet şerhi, gerekse dava Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelene kadarki süreçte ilk derece mahkemesinin ve Yargıtay’ın verdiği kararlar bir çok soruyu da beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda, anılan karardan hareketle, hakem kararının tenfizi veya iptali aşamalarında, tahkim yargılamasının dayanağını teşkil eden tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci marifetiyle akdedildiğinin ileri sürülmesi halinde uygulanacak hukuku, bu hukukun Türk hukuku olması halinde uygulanacak maddî hükümleri ve ispata ilişkin sorunları ele almaya çalıştık.

I. Yetkisiz Temsilci Tarafından Akdedildiği İleri Sürülen Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğini Tayin Edecek Hukuk

A. Genel Olarak

Bir tahkim anlaşmasına binaen gerçekleştirilen tahkim yargılaması sonucu verilen yabancı hakem kararının tenfize ilişkin talebin Türk mahkemelerinde ileri sürülmesi halinde, tenfizin tâbi olabileceği iki farklı düzenleme mevcuttur. Bunlardan birincisi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Konvansiyonu’dur⁵. Konvansiyonun uygulanmaması halinde 2675 sa-

⁵ RG 25.9.1991 – 22002.

yılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁶'un (MÖHUK), yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının geçerliliği üç farklı açıdan ele alınmaktadır. Konvansiyona göre, tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerli olması için yazılı şekilde yapılmış olması gerekir (m.II-1). Yazılı anlaşma teriminden, karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya sözleşmesinin anlaşılması gerektiği Konvansiyonun II-2 maddesinde düzenlenmiştir. Madde V-1.a'ya göre tahkim anlaşması yapma ehliyeti, tarafların haklarında tatbiki gerekli kanuna tâbi olacaktır. Doktrinde, hakem kararının tenfizine, tarafların ehliyetsizliği sebebiyle itiraz edilmesi halinde, itirazı değerlendirecek olan tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca yetkili olan hukuku uygulayacağı kabul edilmektedir⁷.

Konvansiyonun V-1.a maddesi uyarınca tahkim anlaşmasının hükümsüz olup olmadığı, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbidir. Bu maddede yer alan hükümsüzlük kavramı ile ifade edilmek istenenin, tahkim sözleşmesi ile ilgili irade bozuklukları olduğu belirtilmektedir⁸. Tahkim sözleşmesi de, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi ancak tarafların karşılıklı iradî mutabakatlarıyla kurulabilir ve iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde sözleşme sakatlanmış olur. Tarafların tahkime gitme konusunda serbest ve gerçek iradelerinin bulunmadığı veya bu iradenin sakatlanmış olduğu durumlarda geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemez ve bu türden geçerli olmayan sözleşmelere istinaden verilen hakem kararlarının tenfizi kabul edilmez⁹.

6 RG 22.5.1982 – 17701.

7 ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 2.Bası, İstanbul, 2002, s.283; AKINCI Ziya, *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara, 1994, s.116.

8 AKINCI, (dn.7), s.118.

9 ŞANLI, (dn.7), s.285.

New York Konvansiyonu'nun kapsamına girmeyen bir yabancı hakem kararının tenfizi MÖHUK hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. MÖHUK'un, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin red sebeplerini düzenleyen 45. maddesinde, tahkim şartının geçersizliğine ilişkin hüküm (f) bendinde yer almaktadır. Anılan bent uyarınca, tahkim sözleşmesi taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz ise, hakem kararının tenfizi talebi reddedilecektir. New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının geçerliliği düzenlenirken tarafların ehliyeti, tahkim anlaşmasının şekil ve esas bakımından geçersizliği meseleleri ayrı ayrı düzenlenmişken, MÖHUK'ta, m.45/fdeki düzenleme ile yetinilmiştir. Tahkim anlaşmasının şekline ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından dolayı, şeklin de m.45/f hükmü kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmekte¹⁰ ve yine MÖHUK'ta açık olarak düzenlenmeyen bir mesele olan, tahkim anlaşmasını akdeden tarafların ehliyetlerinin, MÖHUK'un tarafların ehliyetlerine uygulanacak hukuku düzenleyen 8. maddesinde belirtilen hukuka tâbi olacağı belirtilmektedir¹¹.

Türkiye'nin de taraf olduğu, Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu¹² ve 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu¹³ (MTK), tahkimin tanıma ve tenfizden önceki aşamasını düzenlemektedir. Cenevre Konvansiyonu'nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakem kararının iptali yolu öngörülmüştür.

Cenevre Konvansiyonu hükümlerine göre, hakem kararı Konvansiyona taraf devletlerden birinde iptal edilebilir ve hakem kararı, verildiği devlette veya hakem kararı hangi devletin kanunları uygulanarak verilmişse o devlette iptal edilmedikçe, iptal kararı diğer taraf devletlerde tanıma ve tenfize engel olmayacaktır¹⁴. Konvansiyonun IX. maddesinde sayılan iptal sebeplerinin arasında, tahkim anlaşması-

10 AKINCI, (dn.7), s.185.

11 AKINCI, (dn.7), s.187.

12 RG 23.9.1991 – 21000; NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / GELGEL Günseli, *Milletlerarası Tahkim*, 2.Bası, İstanbul, 2003, s.45.

13 RG 05.07.2001 – 24453.

14 NOMER/EKŞİ/GELGEL, (dn.12), s.50.

nın, taraflarca tâbi kılındığı hukuka veya taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olması veya tahkim anlaşmasının taraflarının, millî hukuklarına göre ehliyetsiz olması da yer almaktadır.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakem kararının iptali sebeplerini düzenleyen 15. maddesi uyarınca hakem kararı, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim şartının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldığı hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğu ispat edildiği takdirde iptal edilir.

Tahkim anlaşmasını akdeden temsilcinin yetkisizliği nedeniyle anlaşmanın geçersiz olduğuna ilişkin iddianın tenfiz ve iptal aşamalarında ileri sürülmesi halinde tenfiz veya iptal hâkimi, bahis konusu iddianın tâbi olacağı hukuku, tenfizin veya iptalin tâbi olduğu hukukî düzenlemedeki hükümler çerçevesinde tespit edeceğinden, meselenin yukarıda bahsedilen hukukî kavramlardan -şekil, ehliyet veya esahangisinin kapsamında ele alınması gerektiğinin incelenmesi gereklidir.

Fakat burada dikkat edilmesi gereken çok önemli bir husus vardır. Gerek New York Konvansiyonu'nda (m.V-1) gerek MÖHUK'ta (m.45/son) gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (m.15/A-1), bahse konu iddianın ispat yükünün, bu iddiayı ileri süren tarafa ait olacağı, dolayısıyla hâkim tarafından resen dikkate alınamayacağı hükmü yer almaktadır.

B. Temsilcinin Yetkisizliğinden Dolayı Tahkim Anlaşmasının Geçersizliği İddiası Hangi Hukukî Kavram Kapsamında Mütalâa Edilmelidir?

Temsilcinin yetkisizliğinden dolayı tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hangi hukukî kavramın kapsamına girdiği sorusuna verilecek cevap, meselenin çözümü bakımından çok büyük önem arz etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, yukarıda bahsettiğimiz kararında bu yönde bir tespit bulunmamaktadır.

Tahkim anlaşmasının, anlaşmayı akdeden temsilcinin yetkisizliği nedeniyle geçersiz olması meselesi, tahkim anlaşmasının şekli, esas ve

ya tarafların ehliyeti kapsamında mütalâa edilebilir. Dolayısıyla bu ihtimâllerin incelenerek meselenin hangi hukukî kavram kapsamında mütalâa edileceğinin belirlenmesi gereklidir.

1. Şekil Kapsamında mıdır?

Bir hukukî işlemin şekliyle, o hukukî işlemin yapılmasında irade beyanlarının girmesi gereken kalıplar ifade edilmektedir. Sözleşmelerin geçerli olabilmesi için kanunda belli şekiller gösterilmemiş ve iradeleri bu tür kalıplar içinde açıklamak zorunluluğu konmamışsa şekil serbestliğinden; sözleşmenin geçerliliği için iradelerin kanunda tayin edilen belli ve özel şekil kalıpları içinde açıklanması gerekiyorsa şekle bağlılıktan bahsedilir¹⁵. Mesela, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesine göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Misal olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi bir tahkim söz konusu olduğunda, tahkim anlaşması, tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel olarak yetkilendirilmemiş temsilci tarafından, yukarıdaki hükme uygun olarak akdedilse de geçersiz sayılacağından, meselenin şekil kapsamında mütalâa edilemeyeceği açık olarak ortaya çıkmaktadır.

2. Ehliyet Kapsamında mıdır?

Ehliyet kavramı, hak ve fiil ehliyeti olmak üzere iki ana başlıkta incelenmektedir. Hak ehliyeti kavramı ile ifade edilen, hak ve borç sahibi olabilmektir. Hak ehliyeti, kişinin iradesinden ve davranışlarından bağımsız olarak kişi olma vasfı nedeniyle kazanmış olduğu bir ehliyettir¹⁶. Bu kavramın kapsamına, davada taraf olma ehliyeti de girmektedir. Fiil ehliyeti ise, bir kişinin, iradî davranışla hukukî sonuç

¹⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.Baskı, İstanbul, 1993, s.99.

¹⁶ OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY Saibe, *Kişiler Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul, 2002, s.30.

meydana getirebilmesini ifade eder. Bir başka ifadeyle fiil ehliyeti, kişinin, kendi fiili ile hak kazanabilme ve yükümlülük altına girebilme ehliyetidir¹⁷. Mesela Türk hukukuna göre gerçek kişilerin fiil ehliyeti, reşit ve mümeyyiz olmalarına bağlıdır. Tüzel kişiler ise, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı insanlara has olanlar dışında bütün haklara ve borçlara ehildirler (MK m.48) ve kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar.

Kanımızca temsilcinin yetkisizliği sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersizliği meselesinin ehliyet kapsamında değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü, az önce de belirttiğimiz gibi gerçek kişilerde rüştün ve temyiz kudretinin bulunması, fiil ehliyetine sahip olduğunun kabulü için yeterlidir. Tahkim anlaşması akdetme konusundaki özel yetkinin verilmemiş olması ehliyete ilişkin değil, temsil yetkisine ilişkin bir meseledir. *Yani ehliyetsizlik değil, yetkisizlik söz konusudur.*

Bu noktada karıştırılması muhtemel iki kavram arasındaki farklılığı ortaya koymak gerektiği kanısındayız. Tüzel kişiler, hak ehliyetleri çerçevesinde olmak üzere fiil ehliyetine sahiptirler. Türk Medenî Kanunu sistemi içerisinde tüzel kişiler kendi fiilleri ile medenî hakları kullanabilmek ve borç altına girebilmek için organlara ihtiyaç gösterirler. Tüzel kişinin iradesinin oluşması ve icrası, tüzel kişilik içinde organları teşkil eden kişi veya kişilerin bireysel veya ortak iradelerine bağlıdır. Tüzel kişinin iradesi, kendi içinde yer alan kişilerin vereceği kararlarla oluşur ve oluşan iradenin icrası da yine tüzel kişinin organlarındaki kişi veya kişiler tarafından gerçekleştirilir¹⁸. Bu organı teşkil eden kişiler, doktrinde¹⁹ ve Yargıtay kararlarında²⁰, “tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili” kişiler olarak adlandırılmaktadır. Kural olarak tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili organ veya kişiler, tüzel kişi adına sözleşme yapma ehliyetine sahiptirler ve bu yetki kapsamında tahkim sözleşmesi de yapabilirler. Geçerli bir tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için, tüzel kişiyi temsil ve ilzama yetkili organ veya

17 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, (dn.16), s.35.

18 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, (dn.16), s.186 – 187.

19 ŞANLI, (dn.7), s.12, 283; ŞANLI Cemal/EKŞİ Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, İstanbul, 2000, s.22.

20 Y 11.HD 1998/9679 E, 1999/4500 K, 26.5.1999 T, *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl 4, S.1-2, 1999, s.187-189.

kişiye, tahkim sözleşmesi yapabilmesine ilişkin özel bir yetkinin verilmesi gerekli değildir; tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi hukukuna göre sözleşme ehliyetini haiz olması, doğal olarak tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine de haiz olduğunun kabulü için yeterlidir²¹. Türk Ticaret Kanunu m.321/3 uyarınca, anonim şirket adına düzenlenen belgelerin ve bu kapsamda tahkim anlaşmasının şirketi bağlayabilmesi için, *ana sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça*, temsile yetkili olanların en az ikisinin imzası altında yapılması gerekmektedir. Bu türden bir Türk şirketini temsil ve ilzama yetkili kişilerden yalnızca birinin imzasıyla akdedilen tahkim anlaşması, tenfiz aşamasında itiraza uğrayabilecek ve bu iddianın ispatı halinde tenfiz talebi reddedilecektir²². Nitekim, Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesince onanan bir kararında²³ da aynı sonuca varılmıştır²⁴.

3. Esasa mı İlişkindir?

Temsilcinin yetkisizliği sebebiyle tahkim anlaşmasının geçersizliği meselesinin, tahkim anlaşmasının esası kapsamında mütalâa edilmesi daha yakın bir ihtimâl olarak görünmektedir. Tahkim anlaşmasının esası, anlaşmayı akdeden tarafların iradelerinin, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için, devlet yargısını bertaraf edecek ve hakem denilen özel kişileri yetkili kılacak biçimde karşılıklı ve birbirine uygun biçimde ortaya çıkmasıdır.

Tahkim sözleşmesi de, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi ancak tarafların karşılıklı iradî mutabakatlarıyla kurulabildiğinden ve iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde sözleşme sakatlanmış olduğundan, tarafların tahkime gitme konusunda serbest ve gerçek iradelerinin bulunmadığı veya bu iradenin sakatlanmış olduğu durum-

21 ŞANLI, (dn.7), s.283.

22 ŞANLI Cemal, *Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, MHB, Yıl 17-18, S.1-2, 1997-1998, s.408.

23 Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 1998/389 E, 1998/435 K, 1.10.1998 T; Y 11.HD 1998/9679 E, 1999/4500 K, 26.5.1999 T, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 4, S.1-2, 1999, s.182-189.

24 Kararlar hakkında bkz. ÇELİKÇAPA Burcu, *Karar Hakkında Düşünceler*, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 4, S.1-2, 1999, s.190-192.

larda geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemez ve bu türden geçerli olmayan sözleşmelere istinaden verilen hakem kararlarının tenfizi kabul edilmez²⁵.

Temsilci, kendisine verilen temsil yetkisi gereğince üzerine düşen yükümü, temsil ettiği kişinin iradesi doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. Temsilcinin, yükümünü gereği gibi yerine getirmemesi, bir başka ifadeyle temsil ettiği kişinin iradesini temsil yetkisi çerçevesinde açığa vuramaması halinde, adına ve hesabına işlem yaptığı kişinin iradesi sözleşmeyi oluşturacak şekilde tecelli etmiş sayılamaz. Dolayısıyla tahkim anlaşmasını temsilci sıfatıyla akdeden kimsenin, temsil ettiği tarafça tahkim anlaşması akdetmek hususunda açıkça yetkilendirilmemiş olması, temsil edilenin tahkim anlaşması yapma iradesinin bulunmadığı anlamına gelmekte ve böyle bir tahkim anlaşması da esas bakımından geçersiz olmaktadır.

Bu görüşü destekleyen bir başka argüman da şudur: Borçlar Kanunu (BK) m.38/I'e göre temsil olunan, temsil yetkisi olmaksızın kendi adına yapılan sözleşmeyi onaylarsa, sözleşme kendisi için geçerli olur. Temsil olunan sözleşmeyi onaylayıncaya kadar sözleşme askıda kalır. Doktrinde bu durum, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin yasal temsilcisinin muvafakati olmadan yaptığı sözleşmedeki duruma benzetilmektedir. Her iki durumda da sözleşmenin onaylanıp onaylanmadığının açıklanmasına kadar üçüncü kişi sözleşmeyle bağlı kalır²⁶. Yetkisiz temsil olunan, BK m.38 uyarınca dış ilişkide sözleşmeyi onaylayıp onaylamamakta tamamen serbesttir²⁷. Onay hiç bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Bundan dolayı irade açıklamasıyla yapılabileceği gibi, iradeyi gösteren davranışlarla yani irade etkinlikleriyle de yapılabilir. İrade etkinlikleri de özellikle ifa etkinlikleri ya da mülkiyetine geçirme etkinlikleri biçiminde olabilir. Buna göre, meselâ sözleşme uyarınca temsil olunanın kendi edimini yerine getirmesinde ya da üçüncü kişinin yaptığı edimi almasında durum böyledir²⁸. Yani temsil olunan, temsilciye, tahkim anlaşması akdetmesi yönünde özel olarak yetki vermeyerek iradesini, tahkim anlaşması yapılmaması yönünde açık-

²⁵ ŞANLI, (dn.7), s.285.

²⁶ KUTLU SUNGURBEY Ayfer, *Yetkisiz Temsil*, İstanbul, 1988, s.44.

²⁷ KUTLU SUNGURBEY, (dn.26), s.49.

²⁸ KUTLU SUNGURBEY, (dn.26), s.56.

lamış olsa da, daha sonra bu sözleşmeye irade açıklaması veya irade etkinliği yoluyla icazet vererek, iradesini sözleşmenin kurulması yönünde ortaya koyacak olursa sözleşme geçerlilik kazanacaktır. Yani mesele tamamen tahkim anlaşmasına temsilci vasıtasıyla taraf olan temsil edilenin iradesine, dolayısıyla tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine ilişkindir.

Yalnız, unutulmamalıdır ki, tenfiz veya iptal hâkiminin, iddia eden tarafça ispat edilene dek bu hususu göz önüne alması mümkün değildir. Yani tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşması akdetmek hususunda özel olarak yetkilendirilmemiş bir temsilci marifetiyle akdedilmesi nedeniyle geçersiz olduğunu iddia eden taraf, bu meselenin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğine ilişkin olduğunu belirterek, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini tayin eden hukuku tespit ederek ve bu hukukun maddî hükümlerini de ortaya koyarak üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmelidir. Aksi halde bu husus, tenfiz talebinin reddi veya iptal talebinin kabulü için yeterli bir gerekçe teşkil etmez.

II. Temsilcinin Yetkisizliğinden Dolayı Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olduğu İddiasının Türk Hukukuna Göre Çözülecek Olması Halinde Uygulanacak Maddî Hükümler

A. Genel Olarak

Temsil kurumu, temsilci tarafından yapılan hukukî işlemin sonuçlarının, temsil olunanın hukuk çevresinde doğabilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Normal olarak, hukukî işlem vakıası ve sonuçları aynı kişide bulunurken, temsil durumunda bunlar iki ayrı kişide gerçekleşir. Hukukî işlem vakıası temsilcide gerçekleşirken, hukukî işlemin sonuçları ise temsil olunana ilişkin olur. Hukukî işlemi temsilcinin kurduğuna, sonuçların ise temsil olunana ilişkin olduğu yolundaki bu görüşe doktrinde "temsil teorisi" denmektedir. Borçlar Kanunu'nun da benimsediği bu teoriye göre işlem, temsil olunan tarafından değil, temsilci tarafından kurulur ve bu yüzden temsilcinin açıklaması ve bu açıklamanın dayandığı iradesi yorumlanmalıdır. Temsilcinin yaptığı hukukî işlemin sonuçlarının temsil olunana ilişkin olabilmesi için, temsilcinin bu işlemi temsil olunan adına yapmış olması gerekti-

ği gibi, ayrıca bu işlemin temsil olunanın kendisine verdiği bir temsil yetkisine dayanarak yapmış olması da gerekir. Buna karşılık, temsil olunan adına davranarak bir hukukî işlem yapan kimse, bunu temsil yetkisi olmadan yapmış olursa, bu işlem temsil olunanın ne yararına ne de zararına olmak üzere doğrudan doğruya hiç bir sonuç doğurmaz²⁹. Temsilcinin irade beyanı, ancak kendisine verilen temsil yetkisinin sınırları içinde olmak şartıyla temsil olunanın hukuk alanında sonuç doğurabileceğinden, temsil ilişkisinde hangi konularda temsil yetkisi verilebileceği ve temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır³⁰.

Temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkinin görünümlerinden biri olan vekâletin kapsamını belirleyen BK m.388/I uyarınca vekâlet akdinin kapsamı, akit ile açıkça tespit edilmemiş olduğu takdirde vekâletin ilişkin olduğu işin mahiyetine göre tespit edilir.

İkinci fıkraya göre vekâlet, vekilin üstüne aldığı işin yapılması için gerekli olan hukukî tasarrufları yerine getirme yetkisini de kapsar. Bu hususta Yargıtay'ın, doktrindeki görüşlere atıfta bulunarak dile getirdiği prensip uyarınca, hukukî işlemlere ilişkin vekâlet ayrı ayrı belirtilen bir veya bir kaç işlemin yapılması için verilebileceği gibi her türlü işlemin veya bir grup işlemin yapılmasına izin veren genel bir nitelik de taşıyabilir. Genel vekil, yalnız alışlagelmiş, olağan tedbirleri almaya yetkilidir. Vekilin mutad dışı, olağanüstü işlemlerin yararı ve yapılması imkânı hakkında müvekkilin dikkatini çekmeye ne derece mecbur olduğu meselesi vekâlet ilişkisinin güvene dayanan niteliği göz önünde tutularak iyiniyet kurallarına göre tayin olunur. O halde, duraksama halinde bir genel vekâlet, yalnız olağan yönetimi kapsayacak ve vekilin yararlı saydığı bütün işler genel vekâletle yapılamayacaktır³¹.

²⁹ KUTLU SUNGURBEY, (dn.26), s.37.

³⁰ YILDIZ Şükrü, *Doğrudan Doğruya İradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller*, İBD, C.65, S.1 – 3, İstanbul, 1991, s.20, 21.

³¹ Y 3. HD 2002/414 E, 2002/1200 K, 04.02.2002 T, Kazancı Mevzuat Bilgi Bankasından alınmıştır.

B. Türk Hukukunda Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca vekil, özel bir yetkiye sahip olmadıkça, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik edemez veya bir hak ile kısıtlayamaz. Dikkat edilmesi gereken husus, bu sınırlamaların sadece doğrudan doğruya temsili içeren vekâlette uygulanacağıdır. Dolaylı temsilde vekil tam hak sahibi olduğundan, muhtemel sınırlamalar sadece iç ilişkide geçerli olacaktır³².

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun, "Vekâlet Akdinin Kapsamı" başlığını taşıyan 396. maddesinde, vekâlet ahdinin kapsamının açıkça belirlenmemiş olması halinde, ilişkin olduğu işlemin mahiyetine göre belirleneceği belirtilmiş ve vekilin, konfederasyon veya kanton usul hukuklarındaki düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, dava açmak, sulh yapmak, hakem mahkemesini yetkilendirmek, kıymetli evrak hukukuna ilişkin yükümlülükler altına girmek, gayrimenkul devretmek, gayrimenkule külfet yüklemek veya bağışlamada bulunmak için özel yetkiye ihtiyacı olduğu düzenlenmiştir³³.

Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin dışında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 63. maddesinde de, vekilin, açık olarak yetkilendirilmedikçe, sulh olamayacağı, tahkim edemeyeceği, ibra veya davadan hiç bir suretle feragat veya hasmın davasını ve teklif olunan yemini kabul edemeyeceği veya hüküm konusunu edinemeyeceği veya haczi kaldıramayacağı düzenlenmiştir.

Gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda sayılmış bulunan bu hallerin tahdidî olup olmadığı doktrinde³⁴ ve Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 3.

³² ARAL Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2.Baskı, Ankara, 1999.

³³ HONSELL Heinrich / VOGT Peter Nedim / WIEGAND Wolfgang, *Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, 1996, s.2123.

³⁴ YAVUZ Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 2002, s.573.

Hukuk Dairesinin 04.02.2002 tarihinde verdiği kararında³⁵ yer verilen görüşe göre söz konusu hükümlerde sayılan haller örnek olarak gösterilmiştir. Kanunda sayılan hallere benzeyen, temsil olunan bakımından kanunda sayılanlar kadar önemli olan ve temsilcinin genel temsil yetkisinin kapsamına göre olağanüstü işlem karakterini haiz olan haller de özel yetki verilmesi gereken hallerden sayılmalıdır³⁶. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin aynı yöndeki bir kararında³⁷, öneminden dolayı özel yetkiyi gerektiren hallere benzerliği dolayısıyla vekilin müvekkili adına yargılamanın iadesini isteyebilmesi, konkordato teklif veya kabul edebilmesi, iflâs isteyebilmesi, kişiye bağlı haklara ilişkin dava veya taleplerde bulunabilmesi için özel yetki gerektiğinin doktrinde ve bazı özel hükümler taşıyan yasalarda kabul edildiği gibi, uygulamada da hâkimler aleyhine tazminat davası açabilmesi için vekilin vekâletnamesinde bu konuda özel yetki aranmakta olduğu ifade edilmiştir.

Buna karşılık, vekilin müvekkilinden özel yetki alması gereken hallerin kanunda sayılanlarla sınırlı olduğuna ve benzetme yoluyla genişletilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur³⁸.

Özel vekâlet aranan durumlarda bu yetki açıkça verilmelidir. Yetki verilmesi, hukukî işlem olmak itibarıyla, ispat açısından HUMK m.288 ve devamındaki hükümlere tâbidir ve özel yetkinin zımnen verildiği iddiasında da bulunulamaz³⁹.

2. Özel Yetki Gerektiren Haller Hangileridir?

Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinin son fıkrası uyarınca vekil, özel

³⁵ Y 3. HD 2002/414 E, 2002/1200 K, 04.02.2002 T, Kazancı Mevzuat Bilgi Bankasından alınmıştır.

³⁶ YILDIZ, (dn.30), s.29.

³⁷ Y 13.HD 1992/1902 E, 1992/5282 K, 05.06.1992 T, YKD C.18, S.10, Ekim 1992, s.1571 – 1574.

³⁸ Y 2.HD 1998/9672 E, 1998/11349 K, 23.10.1998 T, Kazancı Mevzuat Bilgi Bankasından alınmıştır; Y 2.HD 1997/6795 E, 1997/8177 K, 11.07.1997 T, YKD C.23, S.10, Ekim 1997, s.1534-1535.

³⁹ YAVUZ, (dn.34), s.573.

bir yetkiye sahip olmadıkça kambiyo taahhüdünde bulunamaz⁴⁰. Me-
selâ, Yargıtay'ın bir çok kararında da ifade edildiği üzere, apartman
yöneticiliğinin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda sayılanlar dışında kat ma-
liklerini temsil yetkisi bulunmadığından, kat maliklerini temsilen
kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi için kat malikleri kurulu tara-
findan kendisine kambiyo taahhüdünde bulunma konusunda özel ola-
rak yetki verilmedikçe, yapılan kambiyo taahhüdü kat maliklerini
bağlamayacak ve bu taahhütten senedi imzalayan kişi bizzat sorum-
lu olacaktır⁴¹.

Yine Borçlar Kanunu'nun 388. maddesinin son fıkrası uyarınca vekil,
özel bir yetkiye sahip olmadıkça bağışlama işlemi yapamayacaktır.
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin bir kararında⁴² da belirtildiği üzere,
388. madde gereğince "özel yetkisi bulunmayan vekilin yaptığı bağış
akdi davacıları bağlamaz."

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, 1998 senesinde verdiği bir kararda⁴³,
"İflasa tabi gerçek veya tüzel kişinin iflasının istenebilmesi için düzen-
lenen vekaletnamenin bu konuda özel yetkiyi içermesi gerekeceği tabi-
idir." denilerek, özel vekâletnamenin gerekli olduğu hallerin düzen-
lendiği hükümlerde sayılanların tahdidî olmadığı görüşüne uyulmuş
ve mevzuatta, iflâs istenebilmesi için özel yetkinin gerekli olduğu
açıkça düzenlenmemiş olsa da, bu konuda vekile özel yetki verilmiş ol-
masına ilişkin gerekliliğin doğal olacağı ifade edilmiştir.

HUMK m.63 uyarınca, müvekkile teklif edilen yemini reddi veya ka-

⁴⁰ Y 10.CD 1992/343 E, 1992/1543 K, 26.12.1992 T, YKD C.18, S.4, Nisan 1992,
s.641-642; Y 12.HD 1985/5511 E, 1985/11091 K, 16.12.1985 T, YKD C.12,
S.11, Kasım 1986, s.1662.

⁴¹ Y HGK 1998/12 - 582 E, 1998/606 K, 23.09.1998 T; Y 12.HD 2001/18885 E,
2001/19712 K, 23.11.2001 T; Y 12.HD 2000/18567 E, 2000/18999 K,
04.12.2000 T; Y 12.HD 1998/4138 E, 1998/4684 K, 28.04.1998 T; Y 12.HD
1995/2860 E, 1995/4217 K, 23.03.1995 T; kararlar Kazancı Mevzuat Bilgi
Bankasından alınmıştır. Y 12.HD 1990/12759 E, 1991/5465 K, 03.05.1991 T,
YKD C.17, S.8, Ağustos 1991, s.1221 - 1222.

⁴² Y 1.HD 1983/5342 E, 1983/5398 K, 21.04.1983 T, Kazancı Mevzuat Bilgi
Bankasından alınmıştır.

⁴³ Y 19.HD 1998/7564 E, 1998/239 K, 28.01.1998 T, YKD C.25, S.8, Ağustos
1999, s.1099.

bulünün hukukî sonuç doğurması ve müvekkili bağlayabilmesi için, kendisine verilmiş dava vekâletnamesinde bu hususlarda özel yetkinin verilmiş olması yanında bu yetkinin, yemin teklif olunan konuyu müvekkilin bilmesinden sonra verilmiş olması da gerekmektedir⁴⁴.

Bunların yanında, boşanma davası açmak için⁴⁵, mirasın reddi için⁴⁶, kira sözleşmesi yapmak için⁴⁷ özel yetkinin gerekli olmadığına ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur.

3. Temsilcinin Tahkim Anlaşması Yapabilmesi

a. Genel Olarak

Vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için vekâletnamesinde açık bir tahkim yetkisinin bulunması gerekir (BK m.388/III, HUMK m.63). Tahkim özel yetkisi ihtiva etmeyen bir vekâletname ile vekil tayin edilen kişi, müvekkili adına tahkim sözleşmesi yapamaz. Yaparsa, böyle bir tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir⁴⁸. Yani müvekkil bu tahkim şartıyla bağlı değildir. Bu hâlde temsilcinin sorumluluğuna ilişkin olarak İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 22.1.1986 tarihli kararında şu sonuca varmıştır: “...*Davalı (M.) Denizcilik A.Ş.nin tahkim sözleşmesinden dolayı yetkisiz temsilci olarak sorumluluğuna gelince, diğer davalıdan yetki almaksızın böyle bir sözleşme yapmasında yetkisi bulunmadığını olayların tabii akışı dolayısıyla davacının bilmesi sözkonusu olamayacağından kusurlu ve tahkim masraflarından sorumlu tutmak gerekmektedir...*”⁴⁹

44 Y 13.HD 1992/7613 E, 1992/8960 K, 20.11.1992 T, YKD C.18, S.12, Aralık 1992, s.1882-1883.

45 Y 2.HD 1998/9672 E, 1998/11349 K, 23.10.1998 T, Kazancı Mevzuat Bilgi Bankasından alınmıştır.

46 Y 2.HD 1997/6795 E, 1997/8177 K, 11.07.1997 T, YKD C.23, S.10, Ekim 1997, s.1534-1535.

47 Y 12.HD 1982/4134 E, 1982/4259 K, 11.05.1982 T, YKD C.8, S.8, Ağustos 1982, s.1139.

48 KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s.1283.

49 İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi E.1984/136, K.1986/1 (Karar yayınlanmamıştır.).

Borçlar Kanunu m.388/III'te yer alan ve tahkim anlaşması akdedebilmesi için vekilin özel olarak yetkilendirilmesi gerektiğini düzenleyen hükmün, uluslararası ticaretin işleyişiyle bağdaşmadığı düşünülebilir. Zira tahkim, günümüzde uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıkların en önemli ve en sık başvurulan ihtilâf çözme tekniğidir ve bu sebeple, temsilciye, uluslararası ticarete ilişkin bir akit yapması konusunda verilen yetkinin, bu esas akdin ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilebilecek olan ve çok defa esas sözleşme içerisinde yer alan tahkim anlaşmasını da kapsadığı ihtimâli akla gelebilir.

Fakat bu düşünce, BK m.388/III ve HUMK m.63 hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek güce sahip değildir. Zira anılan hükümler, temsilcinin, tahkim anlaşması yapabilmek hususunda temsil edilen tarafından açıkça yetkilendirilmesi gerektiğini emredici bir biçimde ve açık olarak düzenlemektedir. Diğer yandan özel yetki aranmasının, Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan kanunî hâkim güvencesi prensibi uyarınca hiç kimsenin, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaması ilkesiyle paralel olduğu ve kişinin açık iradesinin tahkime gitme yönünde tecelli etmedikçe onun adına ve hesabına hareket eden ve fakat tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel olarak yetkilendirilmemiş bulunan temsilcisi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlamamasının yerinde olduğu da kabul edilebilir.

b. Tahkim Anlaşmasının Ticarî Temsilci, Ticarî Vekil veya Acenta Tarafından Yapılması

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, *ticarî temsilciye, ticarî vekile ve acentaya* ilişkin düzenlemelerdir. Ticarî temsilci, bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare etmek ve müessesesinin imzasını kullanarak vekil sıfatıyla imza atmak üzere açık veya zımnen kendisine mezuniyet verilen kişidir. Müessese sahibi, vekâletnameyi ticaret siciline kaydettirmeye mecbur olmakla birlikte, kayıttan önce de temsilcinin işlemleri ile bağlıdır (BK m. 449). Ticarî temsilci, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı, müessese sahibi hesabına kambiyo taahhütlerinde bulunmak ve onun adına müessesenin gayesi kapsamındaki bilumum tasarrufları yapmak yetkisine sahip sayılır. Ticarî temsilci, açık olarak yetki verilmedikçe gayrimenkulleri temlik veya bir

hak ile takyit edemez (BK m.450). Görüldüğü üzere ticarî temsilciler açısından, tahkim anlaşması yapabilmeleri için özel bir yetkinin varlığı aranmamıştır⁵⁰.

Ticarî vekil ise, ticarî temsilci sıfatına sahip olmaksızın bir ticarethane veya fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından, müessesenin bütün işleri veya muayyen bazı işlemleri için temsile memur edilen kişidir (BK m.453). Bu yetki, açık olarak yetki gerektiren kambiyo taahhüdünde bulunma, borç alma, sözlü duruşmada ve muhakemede bulunma işleri dışında müessesenin mutad olan işlemlerinin tümünü kapsamaktadır. Kanımızca ticarî vekilin, kendisine açık olarak yetki verilmeksizin “muhakemede bulunmaması” kavramının kapsamına tahkim anlaşması akdetmesi de girmektedir.

Türk hukukunda acentalığın, aracı acentalık ve akit yapma yetkisini haiz acentalık olmak üzere iki farklı türü bulunmaktadır. *Aracı acenta* kavramı ile ifade edilmek istenen, tâbi bir sıfatı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölgede, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren akitlerde daimi surette aracılık etmeyi meslek edinen kimse iken⁵¹; *akit yapma yetkisini haiz acenta* kavramı ile ifade edilmek istenen ise, tâbi bir sıfatı olmaksızın, yazılı bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölgede daimî surette bir ticarî işletmeyi ilgilendiren akitleri o işletme adına yapmayı meslek edinen kimsedir⁵². Her iki tür acentanın da temsil yetkisinin sınırları, Türk Ticaret Kanunu m.122'ye göre müvekkil tarafından çizilir. Buradan çıkan sonuç acentanın, temsil ettiği ticarî işletme namına tahkim anlaşması yapabilmesi için müvekkili tarafından tahkim anlaşması akdetmek hususunda özel olarak yetkilendirilmesi gerektiğidir. Türk Ticaret Kanunu m.122 uyarınca acenta yetki sınırlarını aşarak akit yaparsa, müvekkil akdin yapıldığını haber alır almaz üçüncü kişiye icazet vermediğini derhal bildirmediği akde icazet vermiş sayılır; icazet verilmediği takdirde acenta yetkisini aştığı oranda akitten bizzat sorumlu olur⁵³.

50 KARAYALÇIN Yaşar, *Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticarî İşletme*, 3. Bası, Ankara, 1968, s.490; YAVUZ (dn.31), s.699; İMREGÜN Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 11.Bası, İstanbul, 1996, s.119-120.

51 İMREGÜN, (dn.50), s.127.

52 İMREGÜN, (dn.50), s.130.

53 İMREGÜN, (dn.50), s.131.

c. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.10.2000 Tarihli Kararının Eleştirisi

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, çalışmamızın giriş kısmında ortaya koyduğumuz karara konu olayda, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olan ve temsil yetkisi bulunan kişinin, davacı şirkete keşide ettiği ihtarname ile buğday fiyatlarındaki düşüşler nedeniyle sözleşmenin devamının mümkün olmadığını, ancak sözleşmenin oluşan yeni şartlarla sürdürülebileceğini bildirerek taraflar arasında ekmeçlik buğday alım satımı konusunda sözleşme yapıldığını kabul ettiğini belirtmesi ve bu benimseme karşısında ilk derece mahkemesinin, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ve tahkim şartı bulunmadığı yolundaki kabulünün isabetli olmadığını ifade ederek Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararını bozması kanımızca yerinde değildir. Zira maddî hukuk sözleşmesiyle, bu sözleşmeden doğacak sorunların çözüm yoluna ilişkin tahkim anlaşmasının, şekil ve esas bakımından geçerlilikleri ayrı ayrı ve kendi akit statülerine tâbi olarak çözülecektir; meselâ tahkim sözleşmesi geçerli olduğu halde maddî hukuka ilişkin sözleşme geçersiz olabileceği gibi, maddî hukuka ilişkin sözleşme geçerli olduğu halde tahkim anlaşması da geçersiz olabilecektir ki bu durum, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla, şirketin yönetim kurulu başkanı tarafından keşide edilen ihtarnamenin içeriğinin maddî hukuka ilişkin sözleşmenin kabulüne yönelik bir irade beyanı olarak kabulü mümkünse de, ihtarnamede tahkim anlaşmasına yönelik açık bir irade beyanı olmadıkça, ihtarnamenin içeriği ve bu içerik sayesinde maddî hukuka ilişkin sözleşmenin geçerlilik kazanması tahkim anlaşmasının geçersizliğini etkilemeyecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, kararında, Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, "...sözleşmeyi imzalayan (M.B.)'in sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediği, kamu düzeni nedeniyle B.K.nun 388/3 maddesindeki özel yetki kuralının zorunlu hale getirildiği, ayrıca asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermiyeceği..." şeklindeki gerekçesine yer vererek, direnme kararını onamasına da katılmıyoruz. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, BK m.388/III

⁵⁴ ŞANLI, (dn.7), s.231-232.

hükmünün uygulanabilmesi için, ilk bölümde belirttiğimiz kanunlar ihtilâfı kurallarının, temsilcinin tahkim anlaşması akdetmeye ilişkin özel yetkiye sahip olmaması sebebiyle geçersiz olduğuna ilişkin meseleyi Türk hukukuna tâbi kılması gereklidir. Halbuki kararda BK m.388/III hükmünün uygulanmasına gerekçe olarak, anılan hükmün kamu düzenine ilişkin olması gösterilmiştir. Kanımızca bu hüküm kamu düzeninden değildir. Kaldı ki, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi veya hakem kararının iptali aşamalarında, tenfiz veya iptal devleti hukuku olarak Türk hukukunun kamu düzeninin müdahalede bulunabilmesi için, tenfizi veya iptali talep edilen *hakem kararının* Türk kamu düzenine aykırı olması gereklidir. Bahse konu müdahale de, hakem kararının tenfizine ilişkin talebin reddi veya kararın iptali şeklinde olabilir. Halbuki olayda kamu düzeni, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından akdedilmesi meselesinin tâbi olacağı hukuku belirlerken ve gerek New York Konvansiyonu gerekse MÖHUK hükümleri başka bir hukuku işaret etmekteyken, bu hukukun yerine Türk hukukunun uygulanmasına gerekçe olarak kullanılmıştır.

Ayrıca bu tür davalarda önem arz eden bir meseleyi tekrarda fayda görmekteyiz. Gerek tenfiz gerekse iptal davalarında, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tenfiz talebinin reddine veya iptal talebinin kabulüne neden olması için, bu iddiayı ileri süren tarafça ispatlanması gerekmektedir. Meselâ, çalışmamıza konu olan Hukuk Genel Kurulu kararında, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel olarak yetkilendirilmemiş bir temsilci eliyle akdedilmiş olması sebebiyle geçersiz olduğunu iddia eden tarafın, bu hususun tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğine ilişkin olduğunu, buna uygulanacak hukukun, taraflarca tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi söz konusu olmadığı için hakem kararının verildiği yer hukuku olan İngiliz hukuku olduğunu ve İngiliz hukukuna göre de anılan türden bir özel yetkinin bulunmasının zorunlu olduğunu ispatlaması gerekir. Halbuki olayda Hukuk Genel Kurulu Türk hukukunu uygulayarak karar vermiştir ki kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Bu noktada bir tereddütle karşılaşmaktayız. Acaba Hukuk Genel Kurulu, tarafların tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığını Türk hukuku çerçevesinde tartışmalarından dolayı, zımnî bir hukuk seçiminin varlığından hareketle Türk hukukunun zımnen

seçildiğini kabul ederek ve Türk Borçlar Kanunu m.388/III hükmünü uygulayarak mı tahkim anlaşmasını geçersiz saymıştır? Her ne kadar Hukuk Genel Kurulu'nun kararından, bu tür bir varsayıma değil de bir üst paragrafta eleştirdiğimiz *kamu düzeni* gerekçesine dayanıldığı anlaşılrsa da, bu tür bir ihtimâlin mümkün olup olmayacağı da kanımızca tetkik edilmelidir. *Zımnî hukuk seçimi* kavramı ile ifade edilmek istenen, tarafların, hukuk seçme ve açıklama konusunda şuurlu olmaları ve ortada gerçek bir irade bulunmasına rağmen bu iradelerini açık olarak beyan etmemeleri halinde bu iradenin ve dolayısıyla uygulanmak üzere bir hukukun seçildiğinin çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilmesidir⁵⁵. Olayda *zımnî* bir hukuk seçiminin varlığının kabulü kanımızca mümkün değildir. Zira davacı taraf dilekçelerinde meselenin İngiliz hukuku uyarınca çözülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Zımnî* bir hukuk seçiminin kabul edilmemesi hâlinde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığı objektif bağlama kuralı olarak hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbi olacaktır. Eğer davalı hakem kararının verildiği yer hukukuna değil de bir başka hukuka dayanarak tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersiz olduğunu iddia ederse, davacı uygulanacak hukuk bakımından herhangi bir itiraz ileri sürmese de, yanlış hukukun uygulandığının ve ispatın gerçekleşmediğinin tenfiz hâkimince resen nazara alınması gerekir.

Karşı oy yazısında yer verilen görüşlerin bir kısmına da katılmamaktayız. Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasının geçerliliğini de tayin edeceği görüşü yerinde değildir. Olayda Türk mahkemelerinden hakem kararının tenfizi talep edilmektedir. Hakem kararı New York Konvansiyonu'na taraf ülkelerden birinde verilmişse, bu kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi New York Konvansiyonu hükümlerine tâbi olacak; hakem kararının verildiği devlet Konvansiyona taraf değilse MÖHUK hükümleri uygulanma alanı bulacaktır. Bu düzenlemelerin ikisinde de tahkim anlaşmasının maddî geçerliliği, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk varsa bu hukuka, yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbi tutulmuştur. Bu yüzden esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş hukuk olarak veya hukukî işlem-

55 TEKİNALP Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 7.Bası, İstanbul, 2002, s.285.

lerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.6'dan hareketle İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin görüş doğru değildir.

d. Tahkim Anlaşması Yapma Özel Yetkisi Bulunmayan Temsilci Tarafından Yapılan Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğine İlişkin İddianın Medenî Kanun'un 2. Maddesi Uyarınca Gözönüne Alınması

Her ne kadar tahkim özel yetkisi ihtiva etmeyen bir vekâletname ile vekil tayin edilen kişinin, müvekkili adına tahkim sözleşmesi yapamayacağını ve eğer yapmışsa böyle bir tahkim sözleşmesinin hukukten geçersiz olacağını ifade ettiyse de; İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 27.1.1989 tarihli⁵⁶ ve Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 18.7.1995 tarihli⁵⁷ kararlarında yapılan tespitler bu sonucun istisnasını ortaya koymaktadır.

İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin anılan kararına konu olayda tahkim şartı ihtiva eden "... navlun sözleşmesinin davacının temsilcisi tarafından imzalanmış olup bu konuda acentaya hakem sözleşmesi için özel yetki verilmesi gerektiğini böyle bir açık yetkinin verilmediği..." ileri sürülmüş ve bu itiraz mahkemece şöyle karara bağlanmıştır: "Taşıma sözleşmesinin tahkimle ilgili 43. maddesi hariç diğer maddelerine davacı tarafça itiraz edilmemiş bu sözleşme fiilen uygulanmaya konulmuştur. Sözleşmeyi imzalayanların yetkili olmamaları halinde tüm maddeleri geçersizdir. Diğer maddelerin geçerliliğini kabul edip sadece tahkimle ilgili maddenin geçersiz olduğunu ileri sürmek M.K.nun 2. maddesine göre iyiniyet kuralına aykırıdır."

Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin kararında da aynen şu ifadeler yer almaktadır: "...Davalı vekili, esas sözleşmenin davalı şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi tarafından imzalanmamış olması nedeniyle taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmadığını ve uygulanması gereken Bulgar Uluslararası Ticari Tahkim Kanunu hükümlerine göre geçerli bir tahkim sözleşmesi ve tahkim şartı bulunmadığını savunmuştur.

⁵⁶ İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi E.1988/715, K.1989/34 (Karar yayınlanmamıştır.).

⁵⁷ Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E.1994/571, K.1995/391 (Karar yayınlanmamıştır.).

Davanın dayanağını teşkil eden esas sözleşmelerin tahkim şartında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk yönünden bir açıklık bulunmadığından gerek sözleşme ve gerekse MÖHK hükümlerine göre hakem kararının verildiği Bulgar Hukuku'nun nazara alınması gerekmektedir.

Tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmedeki imzanın davalı şirketi temsil ve ilzama yetkili (O.Y.)'ya ait olmayıp bu konuda yetkisi bulunmayan şirket yönetim kurulu üyesi (O.K.)'a ait olması nedeniyle, ifa edilmiş olması sebebiyle geçerli kabul edilmesi gereken esas sözleşmeye rağmen tahkim şartının geçerli olmadığı gibi bir sonuca varmak mümkün ise de; olayın özelliği itibariyle bu noktada M.K.nun 2. maddesinde ifadesini bulan objektif iyiniyet kurallarının göz önünde tutulması zorunludur.

Yetkili olmayan şirket yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanan sözleşmeler ifa edilmek suretiyle davacı şirket tarafından davalı şirkete sözleşme konusu mallar teslim edilmiş; davacının iddiasına göre kısmen, davalının savunmasına göre tamamen ödeme yapılmış; Bulgaristan Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Tahkim Divanına başvurulması üzerine çıkarılan müteaddit tebligatlar davalı şirket tarafından kabul edilmeyerek iade edilmiş; taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığını iddia ve ispat etmek suretiyle Bulgar Uluslararası Ticari Tahkim Kanununun 47/2. maddesine göre Sofya Şehir Mahkemesinden hakem kararının iptali istenebileceği halde bu yola gidilmemiş; yapılmasına çalışılan tebligatlara hiçbir cevap verilmiş; tüm bunlardan sonra tenfiz için mahkemeye başvurulduğunda tahkim şartının yer aldığı sözleşmedeki imzanın şirket yetkilisi (O.Y)'ya ait olmadığı ileri sürülmüştür.

Olayın özetlenen bu gelişmesi içinde, davalı şirketin objektif iyiniyet kurallarına uygun davranış içinde bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu nedenlerle; esas sözleşme içinde yer alan tahkim şartının geçerli kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”

Her iki kararda da dürüstlük kuralı, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı prensibini bertaraf edecek biçimde kullanılmıştır. Dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder⁵⁸. Gerçekten de, tahkim anlaşması yapma özel yetkisi bulunmayan temsilci eliyle akdedilen tahkim anlaşması esas sözleşmeden bağımsız da olsa, somut olayın özelliklerinden dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı anlaşılıyorsa tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası dinlenmez. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, tahkim anlaşmasının dürüstlük kuralı vasıtasıyla geçerli hâle getirilmesinin değil, hakem kararının tenfizi veya iptali davalarında tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin iddiasının dinlenmemesinin söz konusu olduğudur.

Sonuç

Çalışmamızda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998 senesinde verdiği bir karardan yola çıkarak, tahkim anlaşmasının, temsil olunan tarafından tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel olarak yetkilendirilmemiş temsilci marifetiyle akdedilmesi halinde tahkim anlaşmasının geçersizliği meselesini incelerken, yetkisiz temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının geçersizliğine uygulanacak hukuku ve bu hukukun Türk hukuku olması halinde uygulanacak maddî hükümleri ele almaya çalıştık.

Tahkim anlaşmasının, anlaşmayı akdeden temsilcinin yetkisizliği nedeniyle geçersiz olduğuna ilişkin iddianın tenfiz veya iptal aşamalarında ileri sürülmesi halinde, tenfiz veya iptal hâkimi, bahis konu iddianın tâbi olacağı hukuku tenfizin veya iptalin tâbi olduğu hukukî düzenlemedeki hükümler çerçevesinde tespit edecektir. Tahkim anlaşmasına binaen gerçekleştirilen tahkim yargılaması sonucu verilen hakem kararının tenfize ilişkin talebin Türk mahkemelerinde ileri sürülmesi hâlinde tenfiz ya New York Konvansiyonu'na ya da Konvansiyonun uygulanma alanı bulamaması halinde MÖHUK'a tâbi olacaktır. Tahkimin, hakem kararının tenfizinden önceki kısmını düzenleyen Cenevre Konvansiyonu'nda ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakem kararının iptali yolu öngörülmüştür.

⁵⁸ OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, *Medenî Hukuk (Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar)*, 9.Bası, İstanbul, 2002, s.164.

Hakem kararının tenfizine ve iptaline ilişkin düzenlemelerde tahkim anlaşmasının geçerliliği, anlaşmanın şekli, tarafların ehliyeti veya anlaşmanın esas bakımından geçerliliği olmak üzere üç farklı açıdan incelendiğinden, meselenin bu kavramlardan hangisinin kapsamında ele alınacağı belirlenmesi gereklidir.

Kanımızca mesele, tahkim anlaşmasının *esas bakımından geçerliliği* kapsamında mütalâa edilmelidir. Tahkim anlaşması da, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi ancak tarafların karşılıklı iradî mutabakatlarıyla kurulabilir ve iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde sözleşme sakatlanmış olur. Tarafların tahkime gitme konusunda serbest ve gerçek iradelerinin bulunmadığı veya bu iradenin sakatlanmış olduğu durumlarda geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilemez ve bu türden geçerli olmayan sözleşmelere istinaden verilen hakem kararlarının tenfizi kabul edilmez. Tahkim anlaşmasının esası, anlaşmayı akdeden tarafların iradelerinin, aralarındaki uyuşmazlığın çözümlü için, devlet yargısını bertaraf edecek ve hakem denilen özel kişileri yetkili kılacak biçimde karşılıklı ve birbirine uygun biçimde ortaya çıkmasıdır. Temsilcinin yükümü, kendisine verilen temsil yetkisi gereğince üzerine düşeni, temsil ettiği kişinin iradesi doğrultusunda yerine getirmektir. Temsilcinin yükümünü gereği gibi yerine getirmemesi, yani temsil ettiği kişinin iradesini temsil yetkisi çerçevesinde açığa vuramaması halinde, adına ve hesabına işlem yaptığı kişinin iradesi sözleşmeyi oluşturacak şekilde tecelli etmiş sayılamaz.

Tahkim anlaşmasının esas bakımından hükümsüzlüğü, gerek Türkiye'nin taraf olduğu New York ve Cenevre Konvansiyonlarında gerekse MÖHUK ve MTK'da öncelikle tarafların, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tâbi kılınmıştır. Tarafların, tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmemiş olmaları halinde, hakem kararının verildiği yer hukuku uygulanacaktır (New York m. V/1-a, Cenevre m. IX/1-a, MÖHUK m. 45/f). Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ise, anılan hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde uygulanacak hukukun Türk hukuku olacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır (m.4, f.3) ki, bu kanun, kapsamına ilişkin ilk maddesi uyarınca tahkim yeri Türkiye olan tahkimlere uygulanacağından, bu konu açısından diğer düzenlemelerle paralel hükümler taşıdığı söylenebilir.

Uygulanacak hukuka ilişkin bu hükümlerin gösterdiği hukukun Türk

hukuku olması halinde meseleye BK m.388/III uygulanacak ve bu sebeple, tahkim anlaşması akdetme konusunda özel yetkiyle donatılmamış temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşması geçersiz sayılarak, temsil olunanı bağlamayacaktır. Böyle bir ihtimâlde yetkisiz temsilciyi tahkim masraflarından sorumlu tutmak mümkündür. Tahkim anlaşmasının ticarî temsilci, ticarî vekil veya acenta tarafından akdedilmesi ihtimâlinde ise Türk Ticaret Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanarak mesele çözüme kavuşturulacaktır.

Kanımızca BK m.388/III'teki bu hüküm kamu düzenine ilişkin olmadığından, sadece, üst paragrafta bahsedilen kanunlar ihtilâfî kurallarının Türk hukukunu göstermesi halinde uygulanma alanı bulabilecektir. Fakat, tenfiz veya iptal hâkiminin, iddia eden tarafça ispat edilene dek bu hususu göz önüne almasının mümkün olmadığı unutulmamalıdır. Yani tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşması akdetmek hususunda özel olarak yetkilendirilmemiş bir temsilci marifetiyle akdedilmesi nedeniyle geçersiz olduğunu iddia eden taraf, bu meselenin tahkim anlaşmasının esas bakımından geçersizliğine ilişkin olduğunu belirterek, tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini tayin eden hukuku tespit ederek ve bu hukukun maddî hükümlerini de ortaya koyarak üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmelidir. Aksi halde bu husus, tenfiz talebinin reddi veya iptal talebinin kabulü için yeterli bir gerekçe teşkil etmez.

Tarafların mahkeme önünde tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerli olup olmadığını Türk hukuku çerçevesinde tartışmalarını, zımnî bir hukuk seçiminin varlığına gerekçe göstererek tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanmak üzere Türk hukukunun zımnen seçildiğini kabul ederek ve Türk Borçlar Kanunu m.388/III hükmünü uygulayarak tahkim anlaşmasını geçersiz kabul etmek ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan açınsından kanımızca mümkün değildir. Zira olayda davacı taraf meselenin İngiliz hukuku çerçevesinde ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

Tahkim anlaşması yapmaya ilişkin özel bir yetkisi bulunmayan temsilci tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğinin Türk hukukuna tâbi olması hâlinde BK m.388/III hükmü uygulanarak tahkim anlaşmasının geçersiz sayılmasının istisnası MK m.2'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Buna göre tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu-

nun ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı ise, anılan iddia tenfiz veya iptal davalarında dinlenmeyecektir.

Borçlar Kanunu m.388/III'te yer alan ve tahkim anlaşması akdedebilmesi için vekilin özel olarak yetkilendirilmesi gerektiğini düzenleyen hükmün, uluslararası ticaretin işleyişiyle bağdaşmadığı düşünülebilir. Zira tahkim, günümüzde uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıkların en önemli ve en sık başvurulan ihtilâf çözme tekniğidir ve bu sebeple, temsilciye, uluslararası ticarete ilişkin bir akit yapması konusunda verilen yetkinin, bu esas akdin ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilebilecek olan tahkim anlaşmasını da kapsadığı ihtimâli akla gelebilir. Fakat bu düşünce, BK m.388/III ve HUMK m.63 hükümlerinin uygulanmasını engelleyecek güce sahip değildir. Zira anılan hükümler, temsilcinin, tahkim anlaşması yapabilmek hususunda temsil edilen tarafından açıkça yetkilendirilmesi gerektiğini emredici bir biçimde ve açık olarak düzenlemektedir. Kanaatimizce, özel yetki aranması, Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan kanunî hâkim güvencesi prensibi uyarınca hiç kimsenin, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmaması ilkesiyle paraleldir ve kişinin açık iradesi tahkime gitme yönünde tecelli etmedikçe onun adına ve hesabına hareket eden ve fakat tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel olarak yetkilendirilmemiş bulunan temsilcisi tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlamaması yerindedir.

**YABANCILARIN TAŞINMAZLARA İLİŞKİN MÜLKİYET VE
SINIRLI AYNÎ HAKLARDAN YARARLANMASINDA
MÜTEKABİLİYET İLKESİ**

Doç. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL*

A. Genel Olarak

Türkiye’de yabancıların taşınmaz edinmesine ilişkin kurallar Tapu Kanununun 35 inci md’sinde düzenlenmektedir. Bunun dışında muhtelif yabancılar hukukuna ilişkin düzenlemelerde de konu özel olarak düzenlenmiştir. Tapu Kanunu 35. md dışında Turizm Teşvik Kanunun’da (m8) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunun’da (3/d) Petrol Kanunun’da (m12/2) Petrol Piyasası Kanununda (11(3)1) Türkiye’deki taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların edinilmesinde, yabancıların uyması gereken hususlar dışında, bu kanunların düzenledikleri konular itibariyle, yabancıların faydalanabileceği istisnalar ve özel kurallar düzenlenmektedir.

Petrol Kanunu sadece tüzel kişilerin taşınmaz edinmesine ve diğer aynî haklara ilişkin kuralları düzenlerken, Tapu Kanunu 35. md’de yer alan kanunî kısıtlamalara istisna da getiren bir hüküm içermektedir. Aynı şekilde Turizm Teşvik Kanunu hem tüzel kişiler hem de gerçek kişiler için taşınmaz edinme ve diğer aynî haklar için özel bir kural getirirken özellikle Tapu Kanunu 35. md’de yer alan kanunî kısıtlamalar içinde istisna hükmü getirmiştir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu bu kanun çerçevesinde yatırım

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yapan yabancı ticaret şirketlerinin Türk vatandaşları gibi taşınmaz mülkiyetine ve diğer sınırlı aynî haklara sahip olabileceği hükmünü getirerek, Tapu Kanunu 35. md hükmüne istisna bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, doğrudan yabancı yatırım getiren yabancı şirketler Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde kazanacakları mülkiyet ve diğer sınırlı aynî haklara mütekabiliyet şartına ve kanunî sınırlamalara tâbi olmadan sahip olabileceklerdir.

Tapu Kanunu 35. md'ye istisna getiren bu özel düzenlemeler konuları ile ilgili olarak, ülkede yabancı yatırım yapan yabancıların genel kural dışında daha geniş imkânlardan faydalanması amacı ile yapılmıştır.

Yabancıların Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve sınırlı aynî haklarını düzenleyen genel hüküm Tapu Kanunu 35. md'dir. Tapu Kanununun 35. md'si 4916 Sayılı Kanunla 2003 yılında değişikliğe uğramıştır¹. Bu değişiklik, eski düzenlemede yer alan şartları yabancılar açısından daha ılımlı hale getirmek amacıyla yapılmıştır. Türkiye'de yabancıların taşınmaz edinmesini kolaylaştırma yolunda bu amaca yönelik değişiklikle, eskiden mevcut olan bazı kanunî kısıtlamalar kaldırılmıştır. Ayrıca yeni hükümle, tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerinin de taşınmaz edinmesi konusu madde de düzenlenmiştir. Bu çerçevede de 35. madde yabancıların taşınmaz edinmesini veya sınırlı aynî hak edinmelerini eskiye nazaran daha fazla genişleten içerikte bir yeniliktir. Yeni 35. md. hükmü ile, yabancıların miras hakkı ve Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde kendi lehlerine kurulacak sınırlı aynî hakları kazanmalarına ilişkin şartlar da düzenlenmiştir. Böylece madde, yabancı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin kazanacağı tüm aynî hakları ivazlı ve ivazsız (miras yolu ile kazanmalar da) dahil düzenlemiştir.

Bizim makale konumuzu oluşturan mütekabiliyet ilkesi ise yeni 35. md'de eski hükümden farklı bir kapsam içinde açıklayıcı bir tanım getirilerek düzenlenmiştir. Bu incelememizde, ilkenin düzenleme biçimi, getirilen tanım ve maddenin bu konuya ilişkin getirmiş olduğu kapsam, mütekabiliyetin tanımı ve niteliği ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple öncelikle, mütekabiliyet ilkesinin ne olduğunu ve bir ilke olarak yabancıların Türkiye'deki hakları kazanma ve

¹ R.G. 2. 7. 2003 – 25173.

kullanmalarında aranması gerektiği esastan hareket etmekte fayda görmekteyiz.

B. Mütekabiliyet İlkesi

Mütekabiliyet en aşağı iki devlet arasında olan ve bir devletin ülkesinde bir hakkın ediniminde ve kullanımında kendi ülke vatandaşlarına tanındığı ölçüde, o oranda karşı devlet vatandaşlarına verilmesi ile belirlenen, kendi ülke vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakların tanınmasını ifade eden bir ilkedir. Türk yabancılar hukuku çerçevesinde Anayasal bir ilke olan mütekabiliyet, yabancılar hukukunun genel esaslarından birini oluşturmaktadır². Mütekabiliyet milletlerarası sözleşmelerle tanınacağı gibi kanunla da kabul edilebilir. Birçok yabancılar hukuku mevzuatında mütekabiliyet ilkesi aranmış ve yabancıların söz konusu hakları Türkiye’de edinebilmeleri ve kullanabilmeleri mütekabiliyet ilkesinin varlığı halinde kabul edilmiştir³.

Mütekabiliyet andlaşmalardan doğan (ahdî) kanundan doğan (kanunî) veya fiilî olabilir. Mütekabiliyetin ahdî olması durumunda; âkid devletler belirli bir konuda imzaladıkları sözleşmelerle âkit taraf vatandaşlarına birbirlerinin ülkesinde aynı türden ve aynı nitelikteki hakları karşılıklı olarak tanımayı taahhüt etmiş oldukları anlaşılmaktadır. Mütekabiliyetin kanun yolu ile sağlanması ihtimalinde, belirli hakların kanun yolu ile yabancılara tanındığını ifade eder. Yabancı ülke mevzuatında belirli hakların tanınması Türk hukuku açısından o hakların Türkiye’deki yabancılar içinde kullanılabilmesi imkânını doğuracaktır. Çünkü kanunî mütekabiliyet mevcuttur. Ancak, birçok konuda tam mütekabiliyetin aranması ahdî veya kanunî mütekabiliyetin tek başına mevcut olması ile sağlanamaz. İkâmet sözleşmelerinin bazılarında, belirli hakların tanınması için “tam bir mütekabiliyet” aranması gerektiği ifade edilmiştir⁴. Bu durumda tam mütekabiliyetin sağlanabilmesi ahdî veya kanunî mütekabiliyet yanında fiilî mütekabiliyetin varlığı ile mümkün olabilecektir⁵.

² Bkz. ÇELİKEL Aysel; *Yabancılar Hukuku*, 11. Bası, 54-56-57. TEKİNALP, Gülören; *Yabancılar Hukuku*, 8.Bası, 20,218.

³ Bkz. ÇELİKEL, (dn 2), 56-57.

⁴ Bkz. ÇELİKEL, (dn 2), 57.

⁵ Bu görüş için bkz. ÇELİKEL, (dn 2), 57.

Mütekabiliyet daha önce de ifade ettiğimiz üzere Türk yabancılar hukukuna hâkim anayasal bir ilkedir. Mütekabiliyet ilkesini taşınmaz edinme konusunda, bazı yabancı devlet vatandaşları için ve belirli sebeplerle kaldırmak isteyen, önce 21.6.1984 tarihli yasa ile sonradan da 22.4.1986 tarihli yasa Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir⁶. Anayasa Mahkemesi son yasanın iptaline ilişkin kararında; mütekabiliyetin bir uluslararası hukuk ilkesi olarak devletlerarası eşitliği sağlayan bir denge unsuru olduğunu ve ayrıca mütekabiliyetin bu anlamda devletin vazgeçemeyeceği bir ilke olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede yabancıların toprak edinme konusunda aranan mütekabiliyetin, diğer konulardaki mütekabiliyet esasından farklı olduğu, devletin ülke denilen aslî – maddî unsur ile olan ilişkisinin temeline bağlı olduğu, kararda vurgulanmıştır.

Bu sebeple; kararda, mütekabiliyet ilkesinin bilhassa taşınmaz iktisabında farklı düşünce ve hassasiyete bağlı aranması gereken bir husus olduğu da özellikle belirtilmiştir.

C. Mütekabiliyet İlkesinin Tapu Kanununun Eski 35. Maddesine Göre Değerlendirilmesi

Tapu Kanunu eski 35 md'si Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesini düzenlemekteydi. Aradığı iki temel şart vardı. Bunlardan biri kanunî kısıtlamalara uyulmuş olması, diğeri ise mütekabiliyet ilkesinin gerçekleşmesiydi.

Değişiklikten önceki 35. md mütekabiliyet ilkesinin uygulanması ile ilgili bir tanım ve açıklama getirmemekteydi. Bu sebeple uygulama mütekabiliyetin uygulanması konusunda bir tanım getirmekteydi. Buna göre; yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmesi konusunda mütekabiliyetin kanunî + fiilî (tam mütekabiliyet) mütekabiliyet olması gerektiği vurgulanmaktaydı. Türkiye'de taşınmaz iktisap etmek isteyen yabancıların vatandaşı olduğu devletin, genel olarak yabancılara taşınmaz mal edinme ve mirasçı olabilme hakkını tanımış olması ve Türk vatandaşları için özel ve istisnaî şart ve kısıtlamalar getirmemiş olması halinde mütekabiliyetin varlığından söz edebilmekteydi.

Mütekabiliyet ilkesinin fiilen uygulanmasını kaldıran 28. 5. 1927

⁶ R.G. 7.6.19986 – 19130, R.G. 31.1.1987 – 19358.

günlü 1062 Sayılı Kanunda ifade edildiği üzere; idarî karar veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşları bakımından mülkiyet haklarını kısmen veya tamamen kısıtlayan devletlerin Türkiye'deki vatandaşlarının mülkiyet hakları da Bakanlar Kurulu Kararıyla hükümet tarafından "misilleme" olarak kısmen veya tamamen kısıtlanacağı kabul edilmektedir. Bakanlar Kurulu muhtelif zamanlarda Türkiye'de mal varlığı bulunan Suriye, Yugoslavya, Romanya, Irak, Arnavutluk, Bulgaristan, Sovyet Rusya ve Yunanistan için misilleme tedbiri almıştır⁷.

Bu sebeple Türk vatandaşları bakımından mülkiyet haklarının kısmen veya tamamen sınırlanıp sınırlanmadığının, daha açık bir ifade ile fiili durumun belirlenmesi önemlidir. Yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla birlikte Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz edinmeleri şu veya bu şekilde engelleniyorsa, 35.md anlamında bir engel olmadığından söz edilemezdi.

Yarg. HGK 10. 02. 1993 tarihli bir kararında bunu açıkça ifade etmiştir. Yargıtaya göre; "taşınmaz malın bulunduğu yer bakımından da durumun araştırılması gerekir. Meselâ yabancı ülke kendi sahillerindeki taşınmaz edinmeyi yalnızca kendi vatandaşlarına hasretmişse bizim mevzuatımızca bir engel olmasa dahi sahildeki taşınmaz malın yabancı tarafından edinilebileceği kabul edilemez⁸."

Şu halde, yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla birlikte Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri fiilen engel-

⁷ Suriye Uyruklu Özel ve Tüzel Kişilerin Hazinece El Konulan Mallarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, 1.10.1963-6/7104. RG: 6.11.1967 – 12743. Türkiye-Suriye Emlâk Komisyonu Hakkında Protokol, 21.7.1972 – RG: 21.7.1972 – 14252. Yargıtayın bu konuya ilişkin kararları için bkz. ÇELİKEL; *Yabancılar Hukuku*, 10.Bası, 200, Dn 241, Dn 242, Dn 243. Türk Vatandaşlarına Ait Olup Yugoslav Federatif Cumhuriyetince Millileştirilmiş Olan Mal, Hak ve Menfaatlerin Tasfiyesine Dair Kanun, 17.3.1969 – 1135, RG: 29.3.1969 – 1361. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇELİKEL; (dn 7), 200-201 Dn 244. T.C. ile Irak Cumhuriyeti arasında 8.5.1984'de imzalanan Emlâk ve Emlâk Hakkına İlişkin Sözleşme RG: 17.12.1984 – 18608.

⁸ NOMER Ergin; *Yabancı Devlet Vatandaşlığını Kazanan (Eski) Türk Vatandaşlarının Mirasçılığı*, İst. Üniv. H. F. M. Türkân Rado Armağanı, 1997, 169-179.

leniyorsa bu mütekabiliyeti o ülke vatandaşları için ortadan kaldıracaktır.

Yargıtayın müstekar içtihadı bu yöndedir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün; Yabancı İşler Dairesi Başkanlığı da Tapu ve Kadastro Bölge Müdürlüklerine yapmış olduğu 23. 08. 1989 Tarihli ve 982 2/5090 Sayılı Genelge'de "bir kısım devletlerin halihazır uygulamaları esas alınmak suretiyle" bu devletler ile mütekabiliyetin gerçekleşmiş bulunduğunu ve bu devlet vatandaşlarının Türkiye'de taşınmaz edinmelerinin, diğer kanunî sınırlamalar dahilinde mümkün olduğunu tespit etmiştir.

20 Nisan 1940 tarihli ve 2/13349 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararname-sine göre;

Tapu K. 35. md'sinde mütekabiliyetin ne şekilde tayin edileceği Tapu Kadastro Umum Müdürlüğünce istenilmesi üzerine bu hususta prensip kararı verilmesine mütedair Hariciye Vekilliğinin 21 Şubat 1938 tarihli tezkeresi İcra Vekilleri heyetince okunmuş 20 Nisan 1940 tarihinde tetkik ve mütalâa olunmuştur. Rapora göre; "Ekalliyette kalan Hariciye Baş Hukuk Müşavirinin Mütekabiliyet olmak kaydının esas itibariyle ecnebilere gayri menkul tasarruf hakkı tanıyan ve Türk tebaasına karşı hususî takyidat ve tahdidat vaz etmeyen devletler tebaasına Türkiye'de bütün ecnebilere mahsus takyit ve tahditlere riayet şartıyla ve ayrıca herhangi bir surette tahdidata tâbi tutulmaksızın gayri menkullere temellük ve tasarruf hakkı kabul olunması şeklinde tatbiki lazım geleceği reyinde bulunduğu ve Hariciye Vekaletinin de bu rey'e iştirak eylediği ve ekseriyetin ise bu kaydın Türkiye'de gayri menkul tasarrufu mevzubahis olan ecnebinin mensup olduğu hükümete cari kayıt ve şartlar aranmak suretiyle tatbiki lazım geleceği reyinde bulunduğu ve Maliye Vekaletinde bu nokta-i nazara iştirak ettiği ve Adliye Vekaletince'de ecnebilere gayri menkullere tasarruf hakkı tanıyan ve Türk tebaasına karşı hususi kayıt ve tahditler vaz etmeyen ecnebi devletler tebaasına, Türkiye'de bütün ecnebilere mahsus kayıt ve tahditlere riayet şartıyla ve ayrıca herhangi bir suretle tahdidata tâbi tutmaksızın gayri menkullere temellük ve tasarruf hakkının tanınması" esas alınmıştır⁹.

⁹ R.G. 29.5.1940 – 4521.

Sonuç itibariyle Kararname; Türk vatandaşlarına karşı özel olarak kısıtlama getirmeyen yabancı devlet vatandaşlarının, genel kısıtlayıcı hükümler haricinde bir kısıtlamaya gidilmeksizin Türkiye’de taşınmaz mal edinebileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık, Türk vatandaşlarının yabancı bir devlette taşınmaz mal edinmesi kısıtlamalara tâbi ise, o devlet vatandaşları da aynı kısıtlamalara tâbi tutulacaktır.

Kararname kanunî + fiilî mütekabiliyeti aramıştır. Kararname; karşılıklığın gerçekleşmesi için bir *emsal*, yani bir Türk vatandaşının yabancı devlette müracaatını aramamaktadır. Çünkü fiilî durum bir *emsal karar* olarak değil, mevcut mütekabiliyeti ortadan kaldıran durumların varlığı halinde dikkate alınacaktır. Burada önemli olan Türk vatandaşının yabancılara taşınmaz mal edinme hakkı tanıyan bir ülkede uğradığı kısıtlama ve engellemelerin, bilmukabele o devlet vatandaşları içinde uygulanmasıdır.

Ancak HGK 1992 tarihli Kararına konu olan 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda, tam mütekabiliyeti değişik bir anlatımla ele almıştır. “*Tam karşılıklılık birebir hukuk sistemlerinin ayniyetini ifade eder. Yani yabancı ülkede Türk vatandaşlarının uygulanan hukukun, aynen Türkiye’de yabancılara uygulanması anlamına gelir*”. Buna göre; kazandırıcı zaman aşımı süresinin Alman Hukukunda 30 yıl olması ve Türk hukukundan fazla olması Türkiye’deki taşınmaza Alman Vatandaşının sahip olamayacağı yönünde yorumlanmıştır. Zira Alman Hukukunda bu sürenin fazla olması Türk vatandaşlarının orada taşınmazı bu şekilde elde etmeleri koşulunu ağırlaştırmaktadır. Bu sebeple de mütekabiliyet gerçekleşmemiştir yönünde karar veren 8. Hukuk Dairesinin 21.10.1986 Tarihli kararına bidayet mahkemesinin direnmesi üzerine mesele HGK’na intikal etmiştir. HGK. *Karşılıklılık için iki devlet mevzuatının tıpa tıp birbirine benzemesinin şart olmadığını* belirterek 8. HD’nin kararını bozmuştur¹⁰.

¹⁰ Karar için bkz. ÖZEL Sibel; *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmeleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu*, 1997-1998 Prof. Dr. Yılmaz Altuğ Armağanı, 305-315.

D. Yeni 35. Maddenin Kabul Ettiği Mütekabiliyet İlkesi

1. Genel Olarak Tapu Kanununun 35. Maddesi

Yeni 35. md eski hükümden farklı birçok yeniliği ihtiva etmektedir. Daha geniş ve ayrıntılı bir düzenleme bu maddede yer almaktadır. Madde'de mütekabiliyet ilkesi tanımlanmıştır. Yeni mevcut durum yabancı gerçek kişiler yanında yabancı ülkede o ülke kanunlarına göre kurulmuş yabancı ticaret şirketlerinin de Türkiye'de taşınmaz edinmesini düzenlemektedir. Madde belirtilen "ticaret şirketleri"nin Türk Ticaret Kanun'unda tanımlanan şirketlere tekabül eden imalât, hizmet, ticarî, ziraî ve benzeri alanlarda faaliyet gösteren yabancı ülkelerde o ülke kanunlarına göre kurulmuş şirket olduğu, maddenin gerekçesinde vurgulanmıştır¹¹.

Mevcut düzenleme kanunî kısıtlamaları da geniş ölçüde daraltmıştır. Köy Kanunu 87. md'nin yürürlükten kalkması. Buna bağlı olarak Tapu Kanunu 36. md'nin yürürlükten kalkmasıyla Mukabele Bilmisil Kanunu, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu ve Yeni 35. md'nin üçüncü fıkrası gereği 30 hektardan fazla arazilerin iktisabında Bakanlar Kurulunun izin şartı gereği dışında kanunî kısıtlama kalmamıştır.

Mevcut düzenleme miras yolu ile taşınmaz iktisabını da düzenlemiştir. Kanunî kısıtlamanın olduğu ve mütekabiliyetin olmadığı hallerde, taşınmazın miras yoluyla yabancıya kalması durumunu da açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre gerekli intikal işlemlerinden sonra taşınmaz tasfiye edilip bedeli miras hakkı sahibi yabancıya verilecektir.

Bunun dışında, yabancı lehine Türkiye'deki taşınmaz üzerinde kurulacak olan sınırlı aynî hak için mütekabiliyet ilkesinin aranmayacağı da maddenin 5. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Taşınmazın mülkiyeti devredilemeyeceğinden ve sınırlı aynî hak süresinin bitmesi ile taşınmazın bütün tasarruf yetkisi malikine döneceğinden mütekabiliyet ilkesinin aranmasına gerek duyulmadığı madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

¹¹ Madde gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss198m.htm>.

Son olarak Bakanlar Kuruluna, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirleme yetkisi verilmiştir. Bu son fıkranın güvenlik ve kamu yararı bakımından gerekli olan yerlerin uygulama dışında tutulması gerekçesi ile eklendiği madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

2. Tapu Kanunu 35. Maddesinin Kabul Ettiği Mütekabiliyet İlkesi

Öncelikle mevcut düzenleme mütekabiliyet ilkesini ve onun uygulanmasını bir tanıma kavuşturmuştur. Ancak anladığımız kadarıyla mütekabiliyet ilkesi için getirilen tanım bu ilkenin anlamı ile birebir bağdaşır nitelikte değildir. Madde gerçek kişiler ve ticaret şirketleri için farklı iki mütekabiliyet tanımı getirmiştir. Bunun dışında mevcut düzenleme taşınmazın miras yolu ile kazanılması halinde mütekabiliyetin aranma zamanını da eskisinden farklı bir yaklaşımla ele almıştır. Ayrıca sınırlı aynî hak tesisinde mütekabiliyet ilkesinin aranmayacağını da açıkça ifade etmiştir.

Mevcut düzenleme görünüş itibariyle kanunî mütekabiliyetin yabancıların taşınmaz edinmesi için yeterli olacağı izlenimi vermekle birlikte maddenin hem kanunî hem de fiilî karşılıklığı ifade ettiği görüşü doktrinde savunulmuştur¹². Zira maddede de açıkça Türk vatandaşı gerçek kişi ve şirketlerden bahsedilmesi, fiilî mütekabiliyetin arandığına delil teşkil etmektedir.

a. Gerçek Kişiler İçin Getirilen Mütekabiliyet Tanımı

Tapu Kanunu 35. md'nin mevcut düzenlemesi mütekabiliyet ilkesini tanımlar. Bu çerçevede nasıl ve hangi ölçüde mütekabiliyetin aranması gerektiğini düzenler. Buna göre; mütekabiliyet ilkesinin uygulanmasında yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esas alınmıştır. Mevcut düzenlemenin getirmiş olduğu ölçü eşitlik esasına dayalı bir mütekabiliyettir. Şöyleki; o yabancı devletin taşınmaz ediniminde, kendi vatandaşları için getirmiş olduğu esaslar ve

¹² Bu görüş için bkz. ÇELİKEL, (dn 2), 208. Aynı yaklaşım ve görüş için TEKİNALP, (dn 2), 202-203.

kıstaslar Türk vatandaşları için de uygulanacaktır. Ancak kendi vatandaşlarına verdiği taşınmaz edinme hakkını Türk vatandaşlarına da vermesi ihtimalinde mütekabiliyet sağlanmış olacaktır. Mevcut 35. md'nin getirmiş olduğu mütekabiliyet esası gerçek kişiler için *karşılıklı* olmaktan öte *birebir eşit* olmanın arandığı daha geniş ölçülü mütekabiliyet esasıdır. Burada adeta iki devlet vatandaşının taşınmaz edinmede eşitlik ölçüsüne dayalı bir mukayeseye tâbi tutulması aranmıştır. Bu sebeple getirilen mütekabiliyet ilkesi kanunda düzenlenen kanunî mütekabiliyet olmakla birlikte bu şekilde mukayese imkânı da yaratmış olduğundan fiilî mütekabiliyetin de aranmasını gerekli kılmıştır diyebiliriz. Zira o ülke vatandaşının Türkiye'de taşınmaz edinmesi hem kanunî düzenlemeden ötürü kanunî mütekabiliyetin gerçekleştiğinin irdelenmesine, hem de kanunda yer alan eşitlik koşulunun gerçekleştiğinin mukayesesinin yapılmasından ötürü fiilî mütekabiliyetin gerçekleşmesi esasına da tâbi tutulmuştur.

Mevcut düzenlemede de var olan tam mütekabiliyet ilkesi eski düzenlemeden farklı bir ölçü ile tespit edilecektir. Eskiden var olan karşılıklı taşınmaz edinme hakkının kanunî mukayesesinin sağlanması yanında fiilen Türk vatandaşlarının bu konuya ilişkin haklarının da kısıtlanmaması koşulu, maddenin yeni haliyle oldukça farklı bir ölçüye getirilmiştir. Mevcut düzenleme birebir Türk vatandaşlarının haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı ihtimalini tek başına aramayacaktır. Bu düzenleme gereği Türk vatandaşlarına taşınmaz edinme konusunda o ülkenin kendi vatandaşlarına verdiği nisbette hak tanınması mütekabiliyetin gerçekleştiğine dair bir karine teşkil edecektir. Doğal olarak bu karinenin aksi fiilî gerçek durumun ispatı ile ortadan her an kalkabilecektir.

Bu madde çerçevesinde, eğer bir ülke kendi vatandaşları için dahi taşınmaz edinme konusunda ayrımcılığa dayalı bazı kurallar getirmişse o devlet ile Türkiye arasında taşınmaz edinme konusunda mütekabiliyetin mevcut olmadığını da rahatlıkla söyleyebileceğiz¹³. Zira eşitlik esasına dayalı getirilen mütekabiliyet ilkesi vatandaş ile yabancı-

13 Yunan Hukukunda Yunan vatandaşı olmakla birlikte Helen ırkından olmayan Batı Trakya Türkleri için getirilen taşınmaz edinme hakkına ilişkin sınırlamalar buna örnek gösterilebilir. 1938 Tarihli Sınır ve Kıyı Bölgelerinde Alım/Satım Hakkının İstimalinin Yasaklanmasına Dair 1366/38 Sayılı Kanun bkz. *Türk Hukukunda AB Uyumu Projesi*, ŞANLI Cemal; 763.

nın eşit olmasını aradığı gibi o devletin kendi vatandaşları için de eşit koşullar ve düzenlemeler getirmesini öncelikle aramalıdır diyebiliriz.

b. Ticaret Şirketleri İçin Getirilen Mütakabiliyet Tanımı

Tapu Kanunu 35. md'si ticaret şirketleri için gerçek kişilerden farklı nitelik ve ölçüye dayalı bir mütakabiliyet tanımı getirmiştir. Buna göre; mütakabiliyet ilkesinin uygulanmasında, yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz ediniminde yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türk ticaret şirketlerine de tanınması, esas alınmıştır.

Burada, o yabancı ülkede taşınmaz edinmek isteyen veya edinen yabancı ticaret şirketleri kıstas olarak alınmıştır. Dolayısıyla Türk ticaret şirketleri o yabancı ülkede diğer yabancı ticaret şirketlerine tanınan hak ve imkanlardan faydalanabiliyorsa mütakabiliyet gerçekleşmiş sayılacaktır. Ticaret şirketleri için aranan mütakabiliyet ilkesi *karşılıklı iki devletin* taşınmaz edinme konusunda tanıdığı hakların oranı ele alınarak değil bundan öte üçüncü ülke vatandaşı ticaret şirketlerine tanınan haklar esas alınarak tespit edilecektir. Burada da (*en çok gözetilen ulus kaydı*) ilkesine dayalı bir mütakabiliyet ilkesi getirilmiştir diyebiliriz. Bu mütakabiliyet ilkesi de kanunî mütakabiliyettir. Ancak üçüncü ülke vatandaşlarının taşınmaz edinme konusundaki hakları ve sınırlamaları kontrol edilerek belirleneceğinden aynı zamanda kanunun fiilî mütakabiliyeti ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesi konusunda da aradığını söyleyebiliriz.

c. Sınırlı Aynî Haklarda Mütakabiliyetin Aranmaması

Madde gerekçesinde yabancı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında sınırlı aynî hak iktisap etmelerinde mütakabiliyetin aranmayacağı, sınırlı aynî hak süresinin bitmesi ile taşınmazın bütün tasarruf yetkisinin malike döneceği esası sebep olarak gösterilmiştir. Buna göre, sınırlı aynî hakkın bir süreye bağlanması bu taşınmaz üzerindeki kuru mülkiyet sahibinin esas hak sahibi olması dolayısıyla süreye bağlı bu aynî hakkın sürenin bitmesi ile ortadan kalkmış olacağı tüm tasarruf yetkisinin malike dönmüş olması sebebiyle mütakabiliyet ilkesinin aranmaması gerektiği savunulmuştur.

Ancak öncelikle burada ihmal edilen iki husus mevcuttur. Birincisi mütekabiliyet bir anayasal ilkedir. Yabancıların Türkiye’de hakları elde etme ve kullanmaları bu ilke ile belirlenmektedir. Bilhassa taşınmaz üzerindeki tüm aynî hak tesislerinin bu ilke ile tespit edilmesi hassasiyetle üzerinde durulması gereken bir konudur. Ayrıca, mütekabiliyet ilkesini yabancılar hukukuna hakim olan bir ilke olarak kabul ediyorsak bunu taşınmaz üzerindeki tüm aynî haklar açısından bir ayırma tâbi tutmadan kabul etmeliyiz.

İkincisi sınırlı aynî hakkın bir süreye tâbi olması onun aynî hak gücünü ortadan kaldırmaz. Sürenin uzun veya kısa olması bu hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen aynî hak gücünü ortadan kaldırmayacaktır. Kuru mülkiyet sahibinin sınırlı aynî hak sahibinden bağımsız hareket edememesi sınırlı aynî hak sahibinin bu taşınmazı kullanma hakkına sahip olması bu hakkını üçüncü kişilere karşı kullanabilmesi onun gücünü geçici de olsa azaltmayacaktır. Bu sebeple sınırlı aynî haklar alanında dahi mütekabiliyet ilkesinin aranması gerektiği görüşünderiz. Ancak maddenin bu açık düzenlemesi karşısında görüşümüz bir eleştiriden öteye gitmeyecektir. Bu sebeple mevcut düzenleme çerçevesinde yabancı gerçek ve ticaret şirketlerinin Türkiye’deki taşınmazlar üzerinde kendi lehlerine sınırlı aynî hak tesis etmeleri halinde mütekabiliyet ilkesi aranmayacaktır.

d. Miras Yoluyla Taşınmaz Edinme Durumunda Mütekabiliyet İlkesinin Aranma Zamanı

Tapu Kanunu 35. md’sinin II. fıkrasına göre; Türkiye Cumhuriyeti ile mütekabiliyet olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmazları, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilecektir ve hakları bedele çevrilecektir.

Bu hüküm, mütekabiliyet ilkesinin aranma zamanını Yargıtay uygulamasından farklı bir ana etkin kılmıştır.

Buna göre; Türkiye Cumhuriyeti ile arasında mütekabiliyetin olmadığı yabancı devlet vatandaşlarına kanunî miras yoluyla kalan taşınmazlar intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilecek ve hakları bedel olarak kendilerine verilecektir. Bu hüküm gereği bu şahısların miras hakkı mevcuttur. Ancak taşınmazı kendi adlarına tescil ettirebilme

hakkı mevcut değildir. Dolayısıyla hak mevcuttur ancak bu hakkın kullanımını mütekabiliyet olmadığından ötürü mevcut değildir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 3. 5. 1950 ve 6. 7. 1961 tarihli tamimleri ile 18. 3. 1924 tarihli Köy Kanunu 87. maddesinde köylerde arazi ve emlak alımlarının yabancılar yasak olmasından ötürü, miras yoluyla kalan taşınmazlar için getirdiği çözüm yolu bu şekildeydi. Mülga 87.md'deki yasak gereği kanunî miras yolu ile kalan taşınmazlar intikal işlemleri yapıldıktan sonra tasfiye edilip bedeli hak sahibine verilmekteydi¹⁴. Ancak burada hak sahibinin kanunî engel teşkil eden durumdan ötürü tapuda kendi adına tescil ettiremediği taşınmazın hukukî âkıbeti bu şekilde çözüme kavuşturulmaktaydı. Mevcut düzenleme hem yabancıların taşınmaz edinmesine engel getiren kanunî kısıtlamaların olması halini hem de mütekabiliyetin olmaması ihtimalini birlikte aynı hukukî neticeye bağlamıştır. Ancak bu iki durum birbirinden farklı düzenlenmesi gereken hususlardır. Zira kanunî bir engelin varlığı halinde miras hakkı mevcut olduğundan ve fakat bu taşınmazın mülkiyetinin kazanılması imkânsız olduğundan bu çözüm önerilebilmekteydi. (İlga Köy Kanunu 87.md gereği). Fakat mütekabiliyetin mevcut olmaması ihtimalinde bu çözümün önerilmesi tartışılabilir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10. 2. 1993 ve 16. 4. 1997 Tarihli kararlarında¹⁵, mütekabiliyetin gerçekleşme anı miras bırakanın ölüm anına bağlanmaktaydı. Bu çerçevede yabancıların miras hakkına sahip olabilmesi daha doğru bir ifadeyle miras ehliyetine sahip olabilmesi için mütekabiliyetin olması gerekmektedir. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16. 4. 1997 tarihli kararı çok açıktır.

Ancak mevcut düzenlemenin bu yaklaşımı ortadan kaldırmış olduğunu görmekteyiz. Zira bu madde gereği mütekabiliyetin aranma anı mirasa ehil olabilme anına dolayısıyla miras bırakanın ölüm anına bağlanamayacaktır. Mevcut düzenleme gereği taşınmazın tapuda tescili anında mütekabiliyetin varlığını veya yokluğunu tespit edeceğiz. Çünkü madde hükmü açıkça miras hakkının var olduğunu düzenlemiştir. Miras hakkı vardır ancak bunun kullanılması mütekabiliyet

¹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÇELİKEL, (dn 7) 224-225.

¹⁵ Karar metinleri için YHGK, 10.2.1993 (E:92/2 – 717 K, 93/39), YHGK, 16.4.1997 (E:2 – 129, K, 360) ÇELİKEL/NOMER; *DHH Örnek Olaylar*, 7. Bası, 308 – 311, 476 – 477.

olmadığından ötürü mevcut değildir. Burada hak sahibi, taşınmazı kendi adına tescil ettiremeyecek fakat bunun bedeline mirasa ehil olduğundan ötürü sahip olabilecektir.

E. Bazı Avrupa Ülkelerinde, Yabancıların Taşınmaz Edinmesi Konusu

Bugün birçok yabancı ülke mevzuatı yabancıların taşınmaz edinmesi için mütekabiliyet şartını aramamaktadır. Ancak birçok Avrupa ülkesinde taşınmaz edinme konusunda yabancılara ağır kanunî kısıtlamalar getirilmektedir. Bu kanunî kısıtlamalar göz önüne alındığında Türkiye ve bu ülkelerle aramızda fiilî mütekabiliyetin gerçekleşmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

Bu şekilde kanunî sınırlamalar getiren ülkelerin başında İsviçre yer almaktadır. İsviçre'nin oldukça küçük nüfusa sahip olması ve Avrupa'nın rüya şehri olması özelliğini kaybetmemesi sebebiyle yabancı nüfusunun çoğalmaması amacıyla yönelik yabancılar hukuku politikası İsviçre mevzuatlarına hakim olmuştur. Yabancıların İsviçre'ye akınını önlemek gayesi ile İsviçre hükümeti ilk defa 1961 yılında bazı tedbirler almıştır. 1973 yılında yabancılar hukuku mevzuatında yapılan yeni düzenlemeler yabancıların İsviçre'de yaşamasını ülke topraklarının yabancılar tarafından satın alınmasını geniş ölçüde engellemeyi amaçlamaktaydı. Bu düzenlemelerdeki esas kaygı ülke topraklarının yabancılar tarafından satın alınarak ele geçirilmesiydi¹⁶. Halen yürürlükte olan mevzuat gereğince İsviçre'de yabancıların taşınmaz edinme konusuna ilişkin yabancılar hukuku politikası ülke topraklarının *yabancılaştırılmasının önlenmesi* diye özetlenebilir.

Bir yabancıların İsviçre'de taşınmaz edinmesi için öncelikle taşınmazı edineceği Kantonun bu konudaki yetkili makamlarından izin alınması gerekir. Ayrıca taşınmaz edinebileceği yer İsviçre'nin tatil bölgeleri ve tatil amacı ile sınırlı olmalıdır. Daha net bir ifadeyle hiçbir yabancı İsviçre'de yatırım amaçlı taşınmaz edinemez. Edinilecek taşınmaz sadece bir aileye münhasır bir proje ile sınırlıdır. Bir ailenin diğer fertleri İsviçre'de başka taşınmazlar satın alamayacaklardır.

¹⁶ SCHÖNHOFER Julius/BÖHNER Reinhard, (Herausgeber) *Haus und Grundbesitz im Ausland*, Heft 3, Aralık 1993 itibariyle 4/A/5, 4/A/6, 2 Eylül 1986 itibariyle, 4/H/5.

Ayrıca Kanton makamları bu koşulların yanı sıra bazı ek koşullarda somut olayda ileri sürebileceklerdir.

Bu gösteriyor ki Türk vatandaşlarının İsviçre'de taşınmaz edinmesi oldukça sınırlıdır. Bu kanunî sınırlamalar çerçevesinde Tapu Kanunu 35. md'nin aradığı mütekabiliyet şartının İsviçre ile aramızda gerçekleşmesi oldukça zor gözükmemektedir. Her şeyden önce yabancı ile vatandaşın eşit taşınmaz edinmesi koşuluna bağlı mütekabiliyet koşulu getiren 35. md hükmü karşısında İsviçre ile Türkiye arasında kanunî mütekabiliyetin olamayacağını söyleyebiliriz.

Yabancıların taşınmaz edinmesi konusunda kanunî sınırlamalar getiren ülkelerden biri de Yunanistan'dır.

Yunan Medeni Kanununun 4. md'si yabancı ile vatandaşın eşitliği prensibini getirmiştir. Ancak bu eşitlik ilkesi Yunan Anayasası'nda yer almamıştır. Yunan Anayasası sadece Yunan vatandaşları için eşitlik koşulunu getirmiştir. Yunan hukukunda yabancıların taşınmaz edinmesi kanunî sınırlamalara tâbidir.

Yunanistan'ın sahil bölgelerinde sınır bölgelerinde yabancıların taşınmaz edinmesi yasaklanmıştır. 1938 Tarihli "Kıyı ve Sınır Bölgelerinde Alım/Satım Hakkının İstimalinin Yasaklanmasına Dair 1366/38 Sayılı" Yasa gereği sahil bölgelerinde ve sınır bölgelerinde Helen ırkına ait olmayan Yunan vatandaşları ve yabancılar taşınmaz edinemezler. Bu yasa Avrupa Topluluğu Mahkemesinin 305/87 Sayılı Kararı ile Topluluk hukukuna aykırı sayılmıştır. Yunanistan 1892/90 Sayılı Yasa ile bu kısıtlamayı Avrupa Birliği vatandaşları için kaldırmıştır¹⁷.

Yabancıların ve Helen ırkından olmayan Yunan vatandaşlarının taşınmaz edinemeyeceği sınır bölgeleri ve sahil bölgeleri hükümetin kararı ile belirlenebilir. Bu çerçevede haritada belirlenen bölgeler dışında coğrafi olarak sınır ve sahil bölgesi sayılmayan yerler dahi hükümetin kararı ile yasak bölge olarak tespit edilebilecektir.

¹⁷ ATM 305/87 Sayılı Kararı ile Topluluk Hukukunun yerli ve yabancı ayırımını yasaklayan temel kurallarına, özellikle Topluluk Kurucu Antlaşmasınının 7,48,52 ve 59 uncu maddelerine aykırı bulmuştur. 1892/90 Sayılı Yasa ile adı geçen yasanın 24-32. maddeleri yeniden düzenlenmiş ve AB vatandaşları bakımından söz konusu sınırlamalar kaldırılmıştır.

Bu yasal sınırlama Türkiye ile Yunanistan arasında Tapu Kanunu 35. md'de gözetilen mütekabiliyet ilkesinin gerçekleşmesini engelleyecektir. Zira Yunan mevzuatı kendi vatandaşları için dahi taşınmaz edinme konusunda gerçek bir eşitlik ilkesi getirmemektedir.

İspanya'da yabancıların taşınmaz edinmesi konusunda engeller getiren ülkelerden biridir. İspanya'nın sahil kesiminde ve İspanya'ya bağlı nüfusu az olan Pasifik'teki adalarda ve İspanya sahilindeki adalarda yabancıların taşınmaz edinmesi bazı sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Bu adaların bazılarında yabancıların taşınmaz edinmesi tamamen yasaklanmıştır¹⁸.

Fransa¹⁹ ve İngiltere²⁰ yabancıların taşınmaz edinmesi konusunda kanunî engel getirmeyen ülkelerdendir. Bu ülkelerin yabancılar hukuk mevzuatında yabancıların taşınmaz edinmesi kanunî kısıtlamalara tâbi tutulmamıştır.

Sonuç

Tapu Kanununun 35. md'sinde getirilen yenilikler birçok yönü ile maddeyi daha açıklayıcı ve net bir hale getirmiştir. Eskiden uygulamanın yorum yolu ile getirmiş olduğu birçok hukukî tanım ve kriterler yeni hükümde açık bir şekilde tanımlanmıştır.

Tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerinin de taşınmaz edinmesine ilişkin koşulları düzenleyen yeni hüküm bu çerçevede de meseleyi eskisinden daha geniş ve net bir boyutta ele almıştır.

İnceleme konumuzu teşkil eden mütekabiliyet ilkesi yabancı gerçek ve ticaret şirketlerinin Türkiye'de taşınmaz edinmesinde aranan bir koşuldur. Ancak bugün mevcut düzenleme eskisinden farklı olarak mütekabiliyet ilkesini tanımlamıştır. İncelememizde de belirttiğimiz üzere bu tanımın niteliği gerçek kişiler açısından farklı ticaret şirketleri açısından farklı bir anlama sahiptir. Ayrıca mütekabiliyet ilkesi ile birebir çalışan bir tanım da getirilmemiştir. Bu sebeple kavramın özünün farklılaşması ve bizi değişik yönlendirmesi açısından eleştiri-

18 SCHÖNHOFER/BÖHNER; Aralık 1994 itibariyle, 4/D/5.

19 SCHÖNHOFER/BÖHNER; Aralık 1984 itibariyle, 4/G/3.

20 SCHÖNHOFER/BÖHNER; Aralık 1984 itibariyle, 4/L/9.

lebilir. Gerçek kişiler için eşitlik ticaret şirketleri için en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerine uygun bir mütekabiliyet tanımı getirilmiştir. Biz mütekabiliyet ilkesinin özünden uzaklaştıran bu tanım gerçek kişiler açısından daha geniş ve net bir mütekabiliyet getirdiği için uygulamacıların işini bir ölçüde kolaylaştırmaktadır. Akademik olarak eleştirdiğimiz bu tanım uygulamanın işini eskiye nazaran daha kolay bir hale getirmiştir diyebiliriz.

Mütekabiliyetin sınırlı aynî hak tesisinde aranmamış olması incelememizde de ifade ettiğimiz üzere eleştiriye açık hususlardan birini teşkil etmektedir. Aynî hakkın bizzat niteliği gereği herkese karşı sürülebilir ve bu meyanda onu kuvvetli kılan yönü Türkiye'deki taşınmaz üzerinde kurulacak tüm aynî hakların mütekabiliyet ilkesine bağlı kurulmasını gerekli kılmaktadır görüşünderiz. Bu sebeple maddenin bu yeni düzenlemesini eleştirmekteyiz.

Miras yolu ile kazanılan taşınmazların mütekabiliyet olmadığından ötürü tasfiye edilmesi ve bedelinin hak sahibine verilmesi yeni düzenlemede getirilmiştir. İncelememizde de belirttiğimiz üzere, Mülga Köy Kanunu 87.md'deki düzenlemeden dolayı miras yolu ile köylerde kalan taşınmazların miras hakkı sahiplerine nasıl intikal edeceğini gösteren uygulamanın çözümü ile benzerlik göstermektedir. Ancak uygulamanın getirmiş olduğu çözüm, kanunî engelden ötürü miras hakkı sahibi kişilerin, bu haklarını edinebilmeleri için getirmiş olduğu bir yoldur. Miras hakkı sahibi yabancı tapuda taşınmazı kendi adına, kanunî engel olduğundan dolayı tescil ettiremediğinden ötürü tasfiye sonucu bedeline sahip olabilecekti. Aynı yaklaşım maddede de ifade edilmiştir. Kanunî engeller için varılan bu çözüm yolu mütekabiliyetin olmadığı durumlar içinde kullanılmıştır. Bu iki durum birbirinden farklıdır. Zira mütekabiliyetin varlığını araştırdığımız an yargıtay uygulamasına göre miras bırakanın ölüm anıdır. Oysa madde yeni haliyle bu mütekabiliyetin aranma anını taşınmazın mirasçıya tescil anına bağlamıştır. Mirasçı yabancı bu durumda miras hakkına sahip olmakla birlikte bu taşınmazı mütekabiliyet olmadığından ötürü kendi üzerine tescil ettirebilme hakkına sahip olmayacaktır. Bu yeni düzenleme yargıtayın müstekar içtihatlarından farklı bir düzenlemedir. Yeni düzenleme karşısında mütekabiliyetin var olup olmadığını taşınmazın tescili anında arayacağız.

Yeni düzenlemenin getirmiş olduğu mütekabiliyet ilkesi birçok yönü

ile eleştirilebilir. Ancak uluslararası hukuk ilkesi olarak Türk iç hukukunu bilhassa yabancılar hukuku alanında etkileyen mütekaabiliyet ilkesinin Tapu Kanunu 35.md'sinin yeni düzenlenmesinde de var olması bizi memnun etmektedir. Ayrıca bu ilkenin bir tanım getirilerek düzenlenmesi uygulamanın yükünü geniş ölçüde hafifletecektir. Bu sebeple, geniş bir anlatıma sahip Tapu Kanunu 35. md'nin eski düzenlemeden daha olumlu bir yaklaşım içinde olduğu kanaatini taşımaktayız.