

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 22

Sayı: 2

Yıl: 2014



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 22 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2014

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Prof. Dr. İbrahim ERCAN
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Prof. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Prof. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Prof. Dr. İbrahim ARSLAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Mevlâna Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. Murat ŞEN (Melikşah Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
TÜBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA YER ALMAKTADIR.

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada ver almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 22 – Sayı: 2 – Yıl: 2014

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

5393 SAYILI KANUN KAPSAMINDA BELEDİYE HİZMETLERİNİN
AKSADIĞININ TESPİT EDİLMESİ 3

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Arş. Gör. Sezin ÖZTOPRAK

BİR VERGİ(LEME) UNSURU OLARAK TÜRK VERGİ
SİSTEMİNDE TRAKTÖR 29

Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU

ÖZEL HUKUK

GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİYLE MECELLE’NİN ON ALTINCI KİTABI
KİTÂBÜ’L KAZÂ

Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme 45

Prof. Dr. Yusuf SANCAK

Arş. Gör. Emre KIYAK

MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELER... 107
Arş. Gör. Süheyla ZORLU

TİCARET SİCİLİNDE TESCİL VE İLANIN ETKİLERİ SORUNU . 131
Av. Fahri ÖZSUNGUR

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Volume: 22 – Number: 2 – Year: 2014

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

DETERMINING THE SETBACKING OF MUNICIPALITY SERVICES WITHIN THE LAW NUMBERED 5393..... 3

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Assist. Sezin ÖZTOPRAK

AGRICULTURAL TRACTOR AS A TAX(ATION) SUBJECT IN TURKISH TAX SYSTEM..... 29

Assoc. Prof. Dr. Fatih SARAÇOĞLU

PRIVATE LAW

SIXTEENTH BOOK OF MECELLE WITH TODAY'S TURKISH KİTÂBÜ'L-KAZÂ

A Comparative Review of Today's Regulations 45

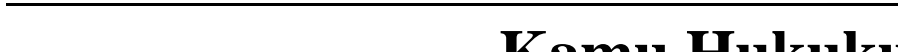
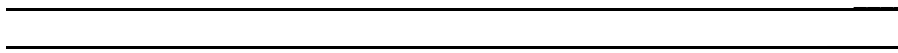
Prof. Dr. Yusuf SANCAK

Assist. Emre KIYAK

THE CONTRACT MADE BEFORE THE OPENING OF HERITAGE 107
Assist. Süheyla ZORLU

THE PROBLEM OF REGISTRATION AND PUBLICATION
EFFECTS IN COMMERCIAL REGISTER 131
Att. Fahri ÖZSUNGUR

Makaleler



Kamu Hukuku

5393 SAYILI KANUN KAPSAMINDA BELEDİYE HİZMETLERİNİN AKSADIĞININ TESPİT EDİLMESİ

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM*
Arş. Gör. Sezin ÖZTOPRAK**

ÖZET

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 57. maddesi ile; merkezi idareye, belediye hizmetlerinin aksaması durumunda kullanabileceği kendine özgü bir idari vesayet yetkisi tanınmıştır. Merkezi idarenin söz konusu yetkiyi kullanabilmesinin ön koşulu ise, sulh hukuk mahkemesinin belediye hizmetlerinin aksamış olduğuna dair tespit kararı vermesidir.

Bu çalışmada; söz konusu idari vesayet yetkisinin ve sulh hukuk mahkemesinin vereceği kararın niteliği, gerekliliği, hukuka uygunluğu ve yerindeliği; anayasal hükümler, yargı içtihatları ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER: 5393 sayılı Kanun'un 57. maddesi, Belediye Hizmetlerinin Aksaması, Merkezin İkame Yetkisi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, İdarenin Takdir Yetkisi, İdari Vesayet Yetkisi, İdari Yargıda Tespit Davası.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim dalı Araştırma Görevlisi

DETERMINING THE SETBACKING OF MUNICIPALITY SERVICES WITHIN THE LAW NUMBERED 5393

ABSTRACT

A sui generis power of administrative tutelage has been vested to the central administration about going bad of municipality's services by the article 57 of Law of Municipality numbered 5393. The prior condition of being used the subject power by central administration is giving a declaratory judgment by the court of peace.

In this study; qualification, necessity, compliance with laws and legitimated of subject administrative tutelage and the judgment of the court of peace has been evaluated within the frame of constitutional provisions, judicial precedents and European Charter of Local Self Governments.

KEYWORDS: *The article 57 of Law numbered 5393, The Going Bad of Municipality's Services, The Power of Submission of Central Administration, European Charter of Local Self Governments, The Power of Discretion of Administration, The Power of Administrative Tutelage, The Declaratory Action in Administrative Procedure.*

GİRİŞ

5393 sayılı Belediye Kanunu, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan yerel yönetim reform yasalarından birisi olup, hükümlerinin çoğu ayrı incelemeye tabi tutulabilecek öneme sahiptir. Söz konusu kanunun idare hukuku açısından yeni bir uygulama getiren 57. maddesi ile, belediye hizmetlerinin aksadığının sulh hukuk mahkemesi tarafından tespit edilmesi durumunda, merkezi idareye kendine özgü bir vesayet yetkisi tanınmıştır. Söz konusu madde hükmü, henüz pratikte uygulama alanı bulmamış olsa da, içeriği ve getirdiği yeni düzenleme itibarıyla incelemeye değer görülmüştür.

57. madde ile getirilen düzenlemenin incelenmesi iki bölümde yapılacaktır.

İlk bölümde 57. madde hükümleri genel olarak incelenerek, belediye hizmetlerinin nelerden ibaret olduğu ve hizmetin aksadığının

tespit edilmesinde karşılaşılabilecek zorluklar üzerinde durulacaktır. Ayrıca; merkezi idareye tanınmış olan yetkinin hukuki niteliği tespit edilerek, hukuka uygunluğu tartışılacaktır. Hukuka uygunluk değerlendirmesi, ulusal mevzuatımızın bir parçası haline gelmiş olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı hükümleri çerçevesinde ayrı bir başlık altında yapılacaktır. Zira; Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı hükümlerinin ne derece uygulanıyor olduğu, Avrupa Birliği'ne üye devlet olmak amacıyla yerel yönetim reform yasaları çıkartan ülkemiz açısından çok önemlidir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise; 57. madde ile kamu hizmetinin aksayıp aksamadığının tespiti hususunda sulh hukuk mahkemesinin vereceği tespit kararının niteliği belirlenmeye çalışılacak ve adli yargının yetkilendirilmiş olmasının hukuka uygunluğu yargı kararları ve ulusal mevzuatımız kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Ayrıca adli yargıya böyle bir yetki verilmesinin ne derece yerinde bir uygulama olduğu tartışılacaktır.

Sonuç olarak; bu çalışmada, 57. madde hükümlerinin, idare hukukumuzda hakim olan ilkeler çerçevesinde hukuka uygunluğunun ve yerindeliğinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca; adli yargının yetkilendirilmesi dışında başka bir çözüm yolu olup olmadığının araştırılması da çalışmanın diğer amacıdır.

I. 5393 SAYILI BELEDİYE KANUNU 57. MADDE HÜKMÜNÜN İNCELENMESİ

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 57. maddesi, belediye hizmetlerinin aksamaması durumuna ilişkin yeni bir usul öngörmüştür. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 40. maddesi¹ ile 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve

¹ 5302 sayılı Kanun'un 40. maddesinin, 5393 sayılı Kanun'un 57. maddesindeki düzenlemeden tek farkı, il özel idaresinin sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen tespit kararına karşı asliye hukuk mahkemesine karşı itiraz edebilme olanağının bulunmamasıdır. Bu farkın nereden kaynaklandığı ise açıklığa kavuşmamıştır. Zira; her iki kanunun görüşülmesi sırasındaki meclis tutanaklarında ve gerekçelerinde bu farkı açıklayacak bilgi bulunmamaktadır.

Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 34. maddesinde² de, 57. maddede öngörülen yeni düzenlemeye benzer hükümlere yer verilmiştir.

A. GENEL OLARAK 57. MADDE DÜZENLEMESİ

Hizmetlerde aksama başlıklı 57. maddenin uygulanabilmesi için iki önkoşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir:

1- Belediye hizmetleri ciddi bir şekilde aksatılmış olmalı,

2- Söz konusu hizmetin aksaması sonucunda halkın sağlık,

huzur ve esenliği hayati derecede olumsuz etkilenmiş olmalıdır.

Yukarıdaki iki koşulun gerçekleşmiş olduğunun tespiti ise İçişleri Bakanlığı'nın talebi üzerine yetkili sulh hukuk mahkemesi tarafından yapılacaktır. İlgili belediyeye, sulh hukuk mahkemesinin tespit kararına karşı asliye hukuk mahkemesine itiraz etme hakkı tanınmıştır.

Yetkili sulh hukuk mahkemesi tarafından 57. madde hükümünde belirtildiği şekilde belediye hizmetinin aksatılmış olduğuna dair tespit kararı verilmesi durumunda, bu kez, İçişleri Bakanı öncelikle ilgili belediyenin başkanından hizmetlerde meydana gelecek aksamanın

² 6360 sayılı Kanun'un 34. maddesi hükümleri büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerdeki kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamakta olup, 6360 sayılı Kanun hükümleri, 5302 sayılı Kanun ve 5393 sayılı Kanun hükümlerinden büyük ölçüde farklıdır. 6360 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede, hizmetlerin aksaması durumunun tespiti görevi yargı makamına değil, valiye ya da ilgili bakanlığa verilmiştir. 5393 sayılı Kanun'un 57. maddesinin gerekçe kısmında, belediye hizmetlerinin aksamış olduğunun tespiti hususunda yargı makamının görevlendirilmesindeki amacın siyasi sebeplerle belediye hizmetlerine müdahale edilmesinin önlemesi olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen; 6360 sayılı Kanun'un gerekçesinde, niçin diğer düzenlemelerden farklı şekilde idari tespit yolunun tercih edildiği belirtilmemiştir. 6360 sayılı Kanun ile getirilmiş olan düzenlemenin bir başka farklılığı ise, merkezi idareye hem taşra teşkilatı üzerindeki hiyerarşik denetimi ile ilgili olarak, hem de diğer kamu kurum ve kuruluşları üzerindeki idari vesayet yetkisi ile ilgili olarak ikame yetkisinin tanınmış olmasıdır.

giderilmesini hizmetin özelliğine göre değişecek makul bir süre vermek suretiyle isteyecektir.

Buna rağmen belediyenin hizmetlerindeki aksama giderilmediği takdirde, İçişleri Bakanı o ilin valisinden hizmetin yerine getirilmesini isteyecektir. Vali, söz konusu aksayan hizmeti yerine getirirken öncelikle ilgili belediyenin olanaklarından (araç, gereç, personel gibi) faydalanacaktır; belediyenin olanakları yetmediği takdirde ise, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının olanaklarından yararlanmak hususunda da yetkilendirilmiştir. Valiye hizmetin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak maliyeti hesaplayarak, İller Bankası'na bildirmek yetkisi de tanınmış olup; valinin bu doğrultudaki istemi sonucunda İller Bankası tarafından ilgili belediyenin izleyen ay genel bütçe ve vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden ilgili belediyeye ayrılan payı valiliğe gönderilecektir.

B. BELEDİYE HİZMETLERİNİN AKSADIĞININ TESPİTİ

Belediye hizmetleri nelerden ibarettir?

5393 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin incelenmesinde; belediyelerin imar, sosyal yardım, sağlık, eğitim ve kolluk gibi çok önemli alanlarda, mahalli ve müşterek nitelikte olmak önkoşulu ile , görevlendirildiği görülmektedir³.

Görüldüğü gibi; belediye hizmetlerinin kapsamı oldukça genişletilmiş durumdadır. Bu kapsam, Anayasa Mahkemesi⁴ tarafından verilmiş iptal hükümlerinden önce daha da geniş bulunmaktaydı. Zira ; belediyelere eğitimle ilgili olarak okul öncesi eğitim kurumu açma ve 14. maddede sayılmayan ve başka bir kurum ya da kuruluşa verilmemiş olan, aynı zamanda mahalli ve müşterek nitelikte olan tüm hizmetleri yerine getirebilme hususunda da görev verilmişti.

Belediyelerin 14. maddedeki görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak, hükmün lafzından hareketle, 14. maddenin 1. fıkrasının a

³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, B. Güncelleştirilmiş 8, Ankara 2011, s. 237.

⁴ Anayasa Mahkemesi, 24/01/2007 tarih, 2005/95 E. ve 2007/5 K. ; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 11/03/2014.

bendinde belirtilen görevlerin belediyeler tarafından mecburi olarak yerine getirilmesi gerektiği⁵, b bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak ise bir zorunluluk bulunmadığını söylemek mümkündür⁶. Böyle bir ayırım yapmak, esasen bu çalışmanın konusunu oluşturan belediye hizmetlerinin aksaması durumunun tespiti açısından önem taşımaktadır.

Belediyelerin görevlerini, mecburi görevler ve isteğe bağlı görevler olarak ikiye ayırarak incelediğimizde belediyelere kanun ile verilmiş görevler şunlardır:

1- Mahalli ve müşterek nitelikte olmak kaydıyla, belediyelerin tümü; 14. maddenin 1. fıkrasının a bendinde sayılan görevleri bizzat ya da başkası aracılığıyla yerine getirmek zorundadır⁷: “İmar , su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor ; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000’in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır. Diğer belediyeler de mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilirler⁸.”

2- 14. maddenin 1. fıkrasının b bendinde sayılan görevler ise belediyelerin isteğine bağlı olarak gerçekleştirilebilir: “Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; mabetlerin yapımı,

⁵ Bunun tek istisnası, 6360 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile 5393 sayılı Kanun’un 14. maddesinin 1. fıkrasının a bendine eklenmiş olan hükümdür. Buna göre; nüfusu 100.000’in altında olan belediyelerin kadın ve çocuklar için konukevleri açmaları hususunda zorunlulukları bulunmamaktadır.

⁶ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B, Ankara 2011, s. 492.

⁷ GÜNDAY, s. 492.

⁸ 6360 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile değiştirilmiştir.

bakımı, onarımını yapabilir⁹; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerektiğinde, sporu teşvik etmek amacıyla gençlere spor malzemesi verir, amatör spor kulüplerine aynı ve nakdî yardım yapar ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan öğrencilere, sporculara, teknik yöneticilere ve antrenörlere belediye meclisi kararıyla ödül verebilir¹⁰.Gıda bankacılığı yapabilir.” Bu görevlerin yerine getirilmesi belediyelerin isteğine bağlıdır ve yerine getirilmek istendiği takdirde, ilgili belediye, mali durumunu ve hizmetin ivediliğini gözeterek bir öncelik sırası belirlemekle yükümlendirilmiştir¹¹.

Anlatılanlar çerçevesinde, 57. maddede hüküm altına alınmış olan belediye hizmetlerinin aksadığının tespitini yaparken, yetkili makam belediyeye verilmiş olan görevlerden sadece 14. maddenin 1. fıkrasının a bendinde belirtilen zorunlu görevleri mi esas alacak, yoksa 14. maddenin tümünde sayılan görevlerden yola çıkarak mı hizmetin aksayıp aksamadığına karar verecektir?

57. maddenin incelenmesinde, kanun koyucu hiçbir ayırım yapmadan belediye hizmetlerinin aksamasını hüküm altına almıştır. Bu durumda merkezi idarenin, belediyelerin hangi tür hizmetlerinde aksama meydana gelirse, kanunla kendisine verilen yetkiyi kullanacağı hususunda takdir yetkisini kullanması gündeme gelecektir.

Merkezi idarenin takdir yetkisini belediyelerin aslında isteğine bağlı olan hizmetler hususunda da kullanarak hizmetlerin aksamış olduğunun tespitine gitmesi durumunda; siyasi sebeplerle, belediyelerin hizmet verme yetkisine müdahale edilebilmesi tehlikesinin yolu açılacaktır. İsteğe bağlı belediye hizmetlerinin yerine getirilme sırası ile ilgili olarak önkoşul niteliğindeki belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliği gibi ispatı daha zor hususların da belediye

⁹ 6360 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰ 6360 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değiştirilmiştir.

¹¹ GÜNDAY, s. 493.

hizmetlerinin yerine getirilmesinde önemli olduğu göz önüne alındığında, bu kaygı artmaktadır¹².

Ancak; takdir yetkisinin kamu hizmetlerinin aksamaması açısından önemi düşünüldüğünde, böyle bir yetkinin merkezi idareye tanınmış olmasında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur. Aksine, öngörülmesi mümkün olmayan durumların varlığı halinde kamu hizmetlerinin gereği gibi ifa edilebilmesi için idarenin sadece bağlı yetki ile donatılması yeterli olmayacaktır. Burada önemli olan merkezi idarenin söz konusu takdir yetkisini hakkaniyete uygun şekilde kullanıp kullanmayacağıdır¹³.

C. 57. MADDE GEREĞİ MERKEZİ İDAREYE TANINAN YETKİ

1. Hukuki Nitelik

a. İdari Vesayet

İdari vesayet yetkisi, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu denetleme yetkisi olup, söz konusu yetkinin kullanımının sınırları kanunla çizilir. Merkezi idareye bu yetkinin tanınmasındaki amaç, kamu hizmetlerinin ülke çapında eşdeğer düzeyde yerine getirilmesinin ve yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerinin devlet bütünlüğünü tehdit etmesinin önlenmesi olup; Anayasamızın 127. maddesinin 5. fıkrası¹⁴ hükmü, söz konusu yetkiyi

¹² EKEN, İhsan, **Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Hükümleri Çerçevesinde 5393 Sayılı Belediye Yasası ve 5216 Sayılı Büyükşehir Belediye Yasası**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2009, s. 231.

¹³ YILDIRIM, Ramazan, **Türk İdari Rejimi Dersleri** , C. 2, B. 1 Konya 2014, s. 40.

¹⁴ Anayasa md. 127/5 : “*Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.*”

yerel yönetimler açısından güvence altına almıştır¹⁵. Bununla birlikte, anayasamızda hepsini kapsayacak şekilde genel bir düzenleme bulunmasa da, merkezi idare hizmet yerinden yönetim kuruluşları açısından da idari vesayet yetkisini kullanabilmektedir¹⁶.

İdari vesayet yetkisi yerel yönetimler açısından anayasal açıdan tanınmış fakat denetimin hukukilik denetimi ya da yerindelik denetimi hususunda yapıp yapılmayacağı açıkça belirtilmemiştir. Söz konusu yetkinin sınırlarının belirlenmesi kanun koyucuya bırakılmıştır. Dolayısıyla, kanun koyucunun merkezi idareye, yerindelik denetimini de içeren bir idari vesayet yetkisi tanıması durumunda anayasamıza aykırı bir durum ortaya çıkmayacaktır. Anayasa Mahkemesi de, bu söylenenleri destekler nitelikte, merkezi idarenin yerindelik denetimini de içerecek şekilde idari vesayet yetkisini kullanması yönünde çok sayıda karar vermiştir. 2007 tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, merkezi idareye tanınmış olan idari vesayet yetkisinin yerindelik denetimini de içerebileceğini kabul etmiştir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi 2010 tarihli kararlarında yerindelik denetimine ilişkin içtihadında bir adım daha ileri giderek; merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisinin kullanımının yasa koyucunun takdirinde olmadığı ve idari vesayet yetkisinin hukuka

¹⁵ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, B. 14, Bursa 2013, s. 114, 115.

¹⁶ YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, B.Güncelleştirilmiş 5, Konya 2013, s. 30.

¹⁷ OKAY TEKİNSOY, ÖZGE, “*Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı*”, **Ankara Üniversitesi, Zabunoğlu Armağanı**, 2011, s. 515; Anayasa Mahkemesi’nin 18/01/2007 tarih, 2005/32 E. , 2007/3 K. sayılı kararı, RG tarihi 29/12/2007, RG sayı:26741; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 18/04/2014; Aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 24/01/2007 tarih, 2005/95 E. , 2007/5 K. sayılı kararı, RG tarihi 29/12/2007, RG sayı:26741; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 18/04/2014; Anayasa Mahkemesi’nin 19/04/2007 tarih, 2007/39 E. , 2007/53 K. sayılı kararı, RG tarihi 29/12/2007, RG sayı:26741; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 18/04/2014.

uygunluk denetimi yanında yerindelik denetimini de içerdği gerekçeleriyle, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda¹⁸ ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nda¹⁹ yer alan ve merkezi idarenin idari vesayet yetkisini sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlayan düzenlemelerin iptaline karar vermiştir.

Ancak, merkezi idarenin idari vesayet yetkisini kullanırken yerel yönetimin yerine geçerek bizzat işlem yapması normal şartlar altında mümkün değildir²⁰. Çünkü, idari vesayet yetkisi, kural olarak merkezi idarenin ikame yetkisi kullanmasını içermemektedir²¹. Dolayısıyla, merkezi idare söz konusu ikame yetkisini, ancak denetimi altında bulunan kurumun gecikmesini ve ihmalini gidermenin zaruri olduğu durumlarda kullanabilir²².

Anayasa Mahkemesi de bir kararında²³; yerel yönetimlerin görevlerini ifadan kaçınmaları ya da kamu yararını olumsuz etkileyecek surette gecikmeleri söz konusu olduğunda, anayasal ölçütlere uyularak, sınırları ve içeriği kanunla belirlenerek ikame yetkisinin kullanılabilceğini hüküm altına almıştır.

5393 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile , İçişleri Bakanlığı'na verilmiş olan yetki de kanun tarafından sınırları belirlenmek suretiyle verilmiş ve idari vesayet yetkisinin istisnai kullanımını içeren bir yetkidir. Zira; madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, merkezi idare tamamen yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek, onun adına bizzat hizmet yerine getirmektedir.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 04/02/2010 tarih, 2008/27 E., 2010/29 K. sayılı kararı, RG tarihi 22/06/2010, RG sayı:27619. ; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 18/04/2014.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 04/02/2010 tarih, 2008/28 E., 2010/30 K. sayılı kararı, RG tarihi 22/06/2010, RG sayı:27619; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 18/04/2014.

²⁰ ÖZAY, İlhan, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 1996, s. 163.

²¹ GÖZLER-KAPLAN, s. 123.

²² GÜNDAY, s. 87.

²³ Anayasa Mahkemesi, 26/09/1991 tarih, 1990/38 E., 1991/32 K. sayılı kararı, RG tarihi 28/11/1991, RG sayı:21065 , www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, e.t. 11/03/2014.

Burada karşımıza çıkan bir başka kavram olan “*merkezin ikame yetkisi*” nin de incelenmesi gerekmektedir.

b. Merkezin İkame Yetkisi

Yerel yönetimlerin görevlerini ifa etmemesi ve bunun üzerine merkezi idare tarafından uyarılması sonucu, ikame yetkisi kullanılabilir. Böyle bir yetkinin kullanılmasıyla birlikte, merkezi idare tamamen yerel yönetim biriminin yerine geçmektedir²⁴.

5393 sayılı Kanununun 57. maddesi ile İçişleri Bakanlığı’na tanınmış olan yetki de, idari vesayet yetkisinin ikame yetkisi olarak kullanılmasından ibarettir²⁵.

Söz konusu hüküm ile, merkezi idare, belediyenin yerine geçerek hizmet yerine getirebilme yetkisine sahip olmuştur ki; bu yetki yerindelik denetimini de kapsayan çok güçlü bir idari vesayet yetkisidir²⁶.

2. Hukuka Uygunluk

57. madde ile merkezi idareye tanınmış olan yetkinin, Anayasa Mahkemesi’nin kararları ışığında, sınırları belli olarak ve kanunla verilmiş bir yetki olduğundan hukuka uygun olduğu düşünülebilir. Ancak; yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, belediyelerin 14. maddede sayılmış olan tüm görevleri için söz konusu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağına belirtilmemiş olmasını, sınırlarının tam olarak çizilmemiş olması şeklinde anlayabilir miyiz?

İdari vesayet yetkisinin bu derece geniş kullanımının sağlandığı bir ortamda, yetki alanının da olabildiğince sınırlandırılmış olması gerektiği düşünülmektedir. Belediye hizmetinin aksamasının halkın sağlık, esenlik ve huzurunu bozması daha çok 14. maddenin ilk bölümünde belirtilen belediye hizmetlerinin aksaması durumunda söz konusu olabilir. 14. maddenin ikinci bölümünde belirtilen görevleri

²⁴ KARAARSLAN, Mehmet, **Türkiye’de Yerel Yönetimler Reformu Bağlamında Yerel Yönetimlerin Özerkliği ve Denetimi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 260.

²⁵ KARAARSLAN, s. 261; ŞENSOY, Barış, **Yerel Özerlik ve Yerel Yönetimler Üzerindeki İdari Vesayet**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 155.

²⁶ OKAY TEKİNSOY, s. 527.

yerine getirip getirmemek bir anlamda belediyelerin isteğine bırakılmış olduğundan, esasen merkezi idarenin bu tür hizmetler açısından 57. madde ile tanınan yetkiyi kullanamaması gerekmektedir. Ancak, somut olayın özelliklerine göre örneğin isteğe bağlı bir belediye hizmetinin önce belediye tarafından yerine getirilip, sonradan hiç işlememesi ya da kötü işlemesi durumunda, merkezi idarenin takdir yetkisini kullanarak ikame yetkisini kullanması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira önemli olan merkezi idarenin takdir yetkisini hakkaniyete uygun şekilde kullanması ve genel kamu yararının olumsuz etkilenmemesidir.

D. AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİK ŞARTI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı; Türkiye tarafından 21 Kasım 1988 tarihinde imzalanmış, 9 Aralık 1992’de Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulunmuş ve Şart’ın 15. maddesi gereğince 1 Nisan 1993’te yürürlüğe girmiştir²⁷. Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmü gereğince, usulüne uygun yürürlüğe konmuş antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, Türkiye Şart’ın çekince koymamış olduğu hükümleri ile bağlı olup, söz konusu hükümlere uygun davranmakla yükümlüdür. Şart’ın ülkemizce çekince konulmamış olan hükümlerinden biri olan 2. maddesinde, yerel yönetimlerinin özerkliğinin gerek ulusal kanunlarla gerek anayasal düzeyde tanınması gerektiği belirtilmektedir²⁸.

Yerel yönetimlerin denetim ve gözetimine ilişkin hükümler ise, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın 8. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki denetimi, kural olarak hukuka uygunluk denetimidir. Bunun istisnasını ; üst makamların yerel makamları yetkilendirdikleri işleri yerine getirirken yaptıkları yerindelik denetimi oluşturmaktadır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın 8. maddesinin 2. fıkrası, sadece bu durumda

²⁷ T.C.BAŞBAKANLIK, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, www.abgs.gov.tr/files/haberler/2011/yerel_yonetimler_ozerklik_sarti.pdf ; e.t. 15/03/2014.

²⁸ MURATOĞLU, Tahir, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXIX, S.1, s. 748.

yerindelik denetimine izin vermiştir. Yine Şart'ın 8. maddesinin 3. fıkrasından açıkça anlaşılacağı üzere; merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki denetimi, denetimden sağlanacak menfaat ile orantılı olmalıdır. Dolayısıyla; Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı merkezi idarenin, yerel yönetimler üzerinde denetim ve gözetim yetkisini kullanırken, onlar üzerinde baskı kurmasını önlemeye çalışmıştır²⁹.

Yukarıda ifade edilen Şart'ın 8. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ülkemizce kabul edilmiş, “orantılılık ilkesi”ni içeren 3. fıkra hükmüne ise çekince konulmuştur. Dolayısıyla, anayasamıza göre kanun hükmünde olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 2. maddesi ile 8. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına hükümlerine ülkemiz tarafından uygun davranılması zorunludur.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının, vesayet denetimine ilişkin olan 8. maddesinin 1. ve 2. fıkraları hükümleri merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki denetimi ile ilgili olarak sadece hukuka uygunluk denetimini kabul etmekte ve yerindelik denetimine izin vermemektedir. Bu hükmün ülkemizdeki uygulamasına baktığımızda ise ; anayasamızın 127. maddesinin 5. fıkrası hükmü yerindelik denetimine de izin vermektedir³⁰.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, İçişleri Bakanlığı'nın belediye hizmetlerinin ciddi bir şekilde aksamış olduğu durumda kullandığı idari vesayet yetkisi Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ile uyumlu mudur?

İlk bakışta merkezi idareye tanınmış olan, ikame yetkisini ve yerindelik denetimini de içeren idari vesayet yetkisinin Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın çekince koymadan kabul etmiş olduğumuz hükümleri çerçevesinde uyumlu olmadığı görülmektedir.

Her ne kadar merkezi idareye verilmiş olan ikame yetkisi özerklikle bağdaşır nitelikte gözükmese de da, kamu hizmetlerinin idare tarafından yerine getirilmesi mecburiyeti ve kamu yararı hususları göz önüne alındığında; zorunlu durumlarda merkezi idarenin ikame yetkisini

²⁹ KELEŞ, Ruşen, “Avrupa'ya Uyum Sağlama Sürecinde Türkiye'de Yerel Yönetimler”, **Türkiye'de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği**, B. 2, Ankara 2010, s. 16.

³⁰ MURATOĞLU, s. 762.

kullanması gerekli olabilmektedir³¹. Yerel yönetimlerin kamu yararını ciddi şekilde etkileyen fiillerde bulunmaları ya da görevlerini yapmamaları, merkezi idarenin yerindelik denetimini de içeren idari vesayet yetkisinin kullanılmasının haklılığını ortaya koymaktadır³². Böyle bir durumda, yerel özerkliğin top yekün ortadan kalkacağını söylemek doğru olmayacaktır³³.

Kaldı ki, benzer bir düzenleme Avrupa Birliği üyesi olan Almanya'nın Belediye Eyalet Kanunları'nda da yer almaktadır. Söz konusu kanunlarda, vesayet makamının belediyeler üzerinde kullandığı yetkinin hangi durumlara ilişkin olacağı ve hangi makamın ya da kişinin belediye organının yerine geçeceği değişkenlik göstermektedir. Ancak, en yaygın uygulama, belediyelerin yasaların kendilerine vermiş olduğu görevleri yerine getirmemeleri ya da hukuki veya fiili bir engel dolayısıyla yerine getirememeleri ve vesayet makamının başka bir seçeneği kalmamış olması durumunda, söz konusu görevi yerine getirmek üzere başka bir görevlinin tayin edilmesidir³⁴. Almanya'da böyle bir düzenlemenin varlığı dikkat çekicidir. Zira; Almanya'da belediyelerin özerkliğinin çok sağlam temelleri bulunmaktadır ve merkezi idarenin belediyeler üzerindeki idari vesayet yetkisini sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmış olup, yerindelik denetimi yasaklanmıştır³⁵.

³¹ BAYINDIR, Savaş Muhammed, **İdari Denetim Olarak İdari Vesayet**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 204.

³² HARBİCH, Jürgen, "State Supervision of Local Government Authorities", **Uprava, letnik VII**, 2009/4, p. 59.

³³ İSBİR, Begüm, "Temsili Demokrasi Anlayışına Göre Yerel Yönetimlerde Özerklik", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 11, Özel S.: 2009, s. 1571-1599 (Basım Yılı: 2010), s. 1593.

³⁴ KENT, Bülent, "Almanya'da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2006, s. 135.

³⁵ ROWE Gerard C., "Controlling Administrative Action: Internal Administrative Supervision In The European Union", **Administrative Law Review**, Vol. 61, 2009, p. 230, footnote, 14.

Ayrıca, demokratik bir yerel yönetimden bahsedebilmek için belediyelerin hizmetlerini yerine getirirken özgür olmaları kadar, devlete ve yerel topluluğa karşı sorumluluklarının da bilincinde olarak hareket etmeleri gerekmektedir. Merkezi idarenin denetiminin esas amacı da toplumun haklarının korunması ve yerel yönetimlerin eylemlerinde hukukun üstünlüğü ilkesine uygun davranmalarını sağlamaktır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı da, yerel yönetimleri, hukuk kuralları ile sınırlı olmak kaydıyla, yerel otoriteler olarak tanımlamaktadır³⁶.

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında ise, hizmetlerini halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede bozacak ölçüde aksatan bir belediyenin hukukun üstünlüğüne aykırı davrandığı hususunda şüphe yoktur. Dolayısıyla; bu açıdan 57. madde hükmü, salt yerindelik denetimini de içeren bir idari vesayet yetkisini öngördüğü için Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na aykırı bir düzenlemedir denilemez. Burada önemli olan, merkezi idarenin ikame yetkisini kullanırken, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın amacına uygun şekilde, yerel yönetimlerin özerkliği ve yerel halkın menfaatleri arasındaki dengeyi iyi kurabilmesidir.

II. BELEDİYE HİZMETLERİNİN AKSADIĞININ TESPİTİNDE YARGININ GÖREVLENDİRİLMESİ

A. SULH HUKUK MAHKEMESİNE VERİLEN TESPİT GÖREVİNİN NİTELİĞİ

5393 sayılı Kanun'un 57. maddesi, belediye hizmetlerinin ciddi şekilde aksadığının tespiti görevini sulh hukuk mahkemesine vermiştir. Başka bir anlatımla, idare ikame yetkisini ancak sulh hukuk mahkemesinin vereceği tespit kararından sonra kullanabilecektir. Bu durumda, sulh hukuk mahkemesinin vereceği karar yargı kararı mı yoksa idari karar mı olacaktır?

Sulh hukuk mahkemesinin vereceği tespit kararının organik anlamda yargı kararı olduğuna şüphe yoktur. Zira; belediye hizmetlerinin

³⁶ KİURİENE, Violeta, "Administrative Supervision of Local-Self Government as an Expression of the Rule of Law in the Context of Good Governance: the Case of Lithuania", *Social Research*, Nr. 4 (33), s. 52.

aksamış olduğunu tespit edecek olan sulh hukuk mahkemesi, organik anlamda yargı organı olup vereceği karar da organik açıdan bir yargı kararı olacaktır³⁷. Ancak, salt organik açıdan yapılan sınıflandırma, bir işlemin idari nitelikte mi yargısal nitelikte mi olduğunu anlamaya yetmemektedir. Bu ölçüt çok geniş bir yoruma sebep olup, yargı makamının her türlü işlemini, örneğin mahkemenin idari personeline ilişkin yapmış olduğu işlemlerini dahi yargı kararı olarak görmemize sebep olacaktır³⁸.

Bu sebeple, idare ve yargı organının işlevsel ayırımına da bakmamız gerekmektedir. Buna göre, maddi anlamda yargı fonksiyonundan bahsedebilmek için öncelikle hukuksal anlamda bir ihlal bulunduğu iddiası gerekmekte olup, bu iddianın ardından ihlalin tespiti ve hukuk düzeninin yeniden tesisi amacıyla bir yaptırıma hükmedilmesi gerekmektedir³⁹. Ancak, bu ölçüt de her zaman idare ve yargı organını birbirinden ayırmaya yetmemektedir. Örneğin, disiplin cezası veren idare, yargı organının yukarıda ifade edilen tüm işlevlerini yerine getirmesine rağmen, disiplin cezası niteliği itibarıyla idari işlemdir⁴⁰. Benzer şekilde, örneğin yargı makamınca karar verilen vasi tayini işlemlerinde ortada bir hukuki uyumsuzluk olmamasına rağmen, vasi tayini kararı yargı kararı niteliğindedir⁴¹.

Bu sebeple idari işlevin tanımını yapabilmek için maddi ve organik ölçütün bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir⁴².

57. madde ile sulh hukuk mahkemesi, kamu hizmetine ilişkin tespiti yapmakla görevlendirilmiştir. Söz konusu tespit kararı, aynı zamanda valilikçe yapılacak olan idari işlemlerin sebep unsurunu da oluşturacaktır. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararın idari bir yönü bulunmaktadır. Buna benzer şekilde, yerel

³⁷ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, s. 5.

³⁸ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, B. 4, Bursa 2013, s. 388.

³⁹ GÜNDAY, s. 11.

⁴⁰ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, s. 5.

⁴¹ GÜNDAY, s. 13.

⁴² YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri I, s. 7.

yönetimlerin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını yargı yolu ile kaybetmelerine ilişkin verilen kararın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının organlık sıfatlarını kaybetmeleri hususunda Danıştay'a denetim yetkisi verilmiştir. Danıştay'ın bu hususta yapmakta olduğu denetim bir görüşe göre⁴³ yargısal denetimdir, diğer bir görüşe göre ise⁴⁴ idari vesayet denetimi şeklinde gerçekleşen idari görev niteliğindedir; bir başka görüş ise⁴⁵ Danıştay'ın kendine özgü bir denetim görevi yerine getirdiğini savunmaktadır⁴⁶.

5393 sayılı Kanun'un 57. maddesinin sulh hukuk mahkemesine vermiş olduğu görevin hukuki niteliği hususunda da benzer tartışmalar gündeme gelebilir. Söz konusu görev sonucu verilecek olan karar organik açıdan bir yargı kararı olsa da, vereceği kararın kamu hizmetine ilişkin olması ve söz konusu kararın merkezi idarenin kullandığı idari vesayet yetkisinin kapsamında bulunması sebepleri ile idari karar olarak nitelendirilmesi de mümkün olabilecektir.

Ayrıca eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenleme alanı bulmamış olan tespit davası ile ilgili olarak⁴⁷; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde⁴⁸, tespit

⁴³ ARSLAN, Süleyman, **İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar**, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 510 vd.

⁴⁴ ATAY, Cevdet, **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, İstanbul 1999, s. 180.

⁴⁵ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1988, s. 60.

⁴⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Cemil, **Türkiye'de Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri**, B. 1, Ankara 2007, s. 324-325.

⁴⁷ YILMAZ, Ejder, "*Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri*", **Bankacılar Dergisi**, S. 80, 2012, s. 86.

⁴⁸ HMK md. 106: "*(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.*

(2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.

davasının bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu ile bir belgenin sahte olup olmadığı hususlarına ilişkin açılabilmesi ve maddi vakıaların, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, 6100 sayılı Kanun tespit davası açılacak halleri sınırlanmıştır.

5393 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi, 6100 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 2011 yılından önceki bir tarih olduğundan, kanun koyucunun sulh hukuk mahkemesine vermiş olduğu görevin hukuki niteliğini anlayabilmek için, tespit davasının 2011 yılından önce nasıl anlaşıldığına bakılması gerekmektedir. Eski durumda, tespit davası açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almasa da gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında ve gerekse maddi hukuku düzenleyen kanun maddelerinde varlığı kabul edilmekteydi⁴⁹. Yargıtay bir kararında tespit davalarının içeriğini şu şekilde özetlemiştir⁵⁰:*“ Kural olarak maddi vakıa veya vakıalar bir hukuki ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler. Bunun yanında tespit davasının görülebilmesi için hukuki bir yarar da bulunmalıdır. Bu iki husus tespit davasının temel koşullarıdır. Buraya ilave edilecek olan üçüncü koşul; bir hakkın veya hukuki durumun yakın tehlike ile ciddi olarak tehdit edilmesidir.”*

Sonuç olarak, 57. maddede hüküm altına alınmış olan tespit kararının hukuki niteliği, kendine özgü nitelikleri dolayısıyla, tartışmaya açık bir alan olsa da; 6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde var olan tespit davasına ilişkin özellikleri içermekte olup, işlevsel anlamda da yargı kararı olduğu düşünülmektedir. Ayrıca 57. madde gerekçesinde, tespit hususunda sulh hukuk mahkemesinin görevlendirilmiş olmasının merkezi idare tarafından siyasi müdahalelerin önlenmesi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, gerekçenin lafzından hareketle de, sulh hukuk mahkemesine verilen görevin yargısal nitelikli bir görev olduğu düşünülmektedir. Zira; kanun koyucu, idari nitelikte bir karar almak isteseydi, 6360 sayılı Kanun'un 34. maddesindeki gibi,

(3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.”

⁴⁹ YILMAZ, s. 85.

⁵⁰ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 06/11/2008 tarih, 2008/4091 E. ve 2008/4735 K. Sayılı kararı; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; e.t. 28/04/2014.

hizmetlerin aksamış olduğunun tespiti görevini idari bir makama verebilirdi.

B. BELEDİYE HİZMETLERİNİN AKSAYIP AKSAMADIĞI KONUSUNDA SULH HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVLENDİRİLMESİNİN NEDENLERİ

Belediye hizmetlerinin aksayıp aksamadığı hususunda sulh hukuk mahkemelerinin görevlendirilmiş olmasının birkaç nedeni vardır.

Birinci neden; idari yargı sistemimizde tespit davasının yasal olarak düzenlenmemiş olmasıdır.

Mevcut idari yargılama hukukumuzda bulunmayan tespit davası ki; bu dava türü yorum davasını da kapsamaktadır; esasen idari yargı alanında bir ihtiyaç olarak tezahür etmektedir. İdari yargının yargılama işlevini ve amacını tam olarak gerçekleştirebilmesi için, tespit davalarının bir ihtiyaçtan öte mecburiyet olarak da nitelendirilmesi mümkündür. Sonuç olarak, tespit davalarının idari yargılama hukukumuzda kazandırılması, davacının iptal ve tam yargı davaları ile karşılanması mümkün olmayan talepleri açısından en uygun ve en etkili yöntem olacaktır⁵¹.

Bu anlatılanların ışığında, kanun koyucunun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde yeniden düzenleme yaparak, tespit davasını da idari dava türleri içine dahil etmesi daha uygun bir çözüm yolu olacaktır; böyle bir düzenleme genel olarak idari yargıda ihtiyaç duyulan tespit davasının kazandırılması anlamında da yerinde olacaktır⁵².

Sulh hukuk mahkemelerinin tespit hususunda görevlendirilmiş olmasının ikinci nedeni ise; sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama

⁵¹ GÜRAN, Sait/BERKARDA, Kemal/AYANOĞLU, Taner, “İdari Yargılama İle İlgili Konular”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68**, s. 126-127; İdari yargıda tespit davasının gerekliliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI, Ayşe Almıla, **İdari Yargılama Hukukunda Tespit Davası**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

⁵² GÜRAN/BERKARDA/AYANOĞLU, s. 127.

usulünün uygulanması olduğu düşünülebilir. Basit yargılama usulünün amacı, yargılamanın olabildiğince çabuk, yalın ve kolay bir şekilde sonuçlandırılmasıdır⁵³. İdari yargılama usulünde ise yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır⁵⁴. Yazılı yargılama usulü, basit yargılama usulüne göre daha şekilci, karmaşık ve daha uzun süren bir yargılama usulüdür⁵⁵. Kamu hizmetinin aksamış olduğu tespitinin sulh hukuk mahkemesince daha çabuk yapılabileceği ve dolayısıyla kamu düzeninde oluşan aksaklığın daha çabuk giderilebileceği düşünüldüğünde, sulh hukuk mahkemesinin görevlendirilmesinin aslında pratikte daha yararlı olabileceği ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun yapacağı değişiklikte tespit davasında basit yargılama usulünün uygulanacağına da hükmetmesi, tespit davasının sulh hukuk mahkemesinde görülmesinin pratikte sağlayacağı faydayı idari yargı alanında da hayata geçirmeye yarayacaktır.

Üçüncü neden ise; sulh hukuk mahkemelerinin ilçelerde dahi kurulması, idari yargı yerlerinin daha çok il merkezlerinde kurulmasıdır. Kanun koyucu, adalet hizmetine, bireylerin kolayca ulaşmasını sağlamak için idari yargı-adli yargı ayırımına istisna getirerek, idare hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklarda adli yargıyı görevlendirmektedir. Her ne kadar, söz konusu tespit davasını açmak hak ve yetkisi belde sakinlerinde değilse de; tespit davasına konu olan adalet hizmeti dolaylı bir biçimde de olsa, belde sakinlerini ilgilendirmektedir. Bu yüzden, onlara en yakın yargı yerinde bu davalara gidilmesi amaçlanmış olabilir.

C. BELEDİYE HİZMETLERİNİN AKSAYIP AKSAMADIĞI HUSUSUNDA TESPİTİ İDARİ YARGI YERLERİ YAPMALIDIR

5393 sayılı Kanununun 57. maddesi ile kanun koyucunun, belediye hizmetlerinde aksama olup olmadığının tespitini yapmakla adli yargıyı açıkça görevli yargı yeri olarak belirlemiş olmasının şekli olarak hukuka

⁵³ TANRIVER, Süha, “*Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler*”, **TBB Dergisi**, S. 105, 2013, s. 44.

⁵⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, B. 3, Ankara 2013, s. 183.

⁵⁵ TANRIVER, s. 39.

aykırılığı bulunmamaktadır. Zira; kanun ile adli yargının görev alanına girdiği belirtilmiş olan hususlar idari yargının görev alanı dışında kalmaktadır.

5393 sayılı Kanun her ne kadar, belediye hizmetlerinin aksamış olduğunu tespit etmekle görevli olan mahkemeyi sulh hukuk mahkemesi olarak belirlemiş olsa da; kamu hizmetine ilişkin karar vermeye yetkili yargı kolunun idari yargı olması gerekmektedir. Zira; kamu hizmetlerinin olması gerektiği gibi yürütülüp yürütülmediğinin tespitinde idari yargının görevli olduğu hususunda gerek Uyuşmazlık Mahkemesi'nin gerek Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın çok sayıda kararı bulunmaktadır⁵⁶. Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında⁵⁷; "*Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Ancak idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.*" demek suretiyle, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargıda görülmesi hususunda kanun koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmayıp; ancak kamu yararı ve haklı neden söz konusu olduğunda idari yargıya dahil olabilecek bir uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulabileceğini ifade etmiştir.

Gerek Danıştay, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargının görev alanının belirlenmesinde, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğini taşıyıp taşımadığı ölçütüne dayanmaktadır. Kamu hizmeti kavramı günün

⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK / TAN, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* s. 249; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, B. Güncelleştirilmiş 6, Ankara 2013, s. 130.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 22/12/2011 tarih, 2010/65 E., 2011/169 K.; www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm; e.t. 14/03/2013.

koşulları ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak sürekli olarak değişen bir kavram olmakla birlikte; genel olarak kamu kuruluşları tarafından kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılan faaliyetler olarak tanımlanabilir⁵⁸.

Yerine getirilme şekli nasıl olursa olsun, idare tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin tümü idare hukuku kurallarına tabi olmalı ve bunlardan çıkan uyuşmazlıklarda da çözüm yeri idari yargı olmalıdır⁵⁹.

Kanun koyucunun bu hususta adli yargıyı görevli mahkeme haline getirmesi yerinde değildir. Zira; yüksek mahkemelerin kamu hizmetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, bu konuda uzmanlaşmış olan idari yargının görevli olması gerektiği yönünde çok sayıda kararı bulunmaktadır. Dolayısıyla, yerine getirdiği görevlerle kamu hizmeti vermekte olan belediyelerin hizmetlerindeki aksamayı tespit etmekle görevli yargı yeri idari yargı olmalıdır.

Dolayısıyla; idari yargının görev alanının belirlenmesinde en elverişli ölçütün kamu hizmeti ölçütü olduğu düşünülmekte ve bu ölçütten hareketle, belediye hizmetlerinin aksamasına ilişkin bir tespiti ancak kamu hizmetinin uygulanması hususunda uzmanlaşmış olan idari yargı yerleri tarafından yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi takdirde, hukukumuzda var olan adli yargı- idari yargı ayrımının bir önemi kalmamaktadır.

SONUÇ

Nitelikleri itibarıyla en önemli kamu hizmetleri arasında yer alan belediye hizmetleri, yerel halka yakınlığı ve yerel demokrasinin sağlanabilmesi adına çok önemli bir yere sahiptir. 5393 sayılı Kanun ile belediye hizmetlerinin kapsamının genişletilmiş olması da belediyelerin özerkliklerinin sağlanabilmesi adına olumlu bir gelişmedir. Bu derece önemli bir konumda olan hizmetlerin merkezi idare tarafından denetiminin yapılması ise, yerel halkın sağlık, huzur ve esenliğini ilgilendiren noktalarda gereklidir.

Ancak; 57. madde hükmü merkezi idareye çok geniş bir vesayet yetkisi tanımıştır. Öyle ki; merkezi idare tamamen belediyenin yerine

⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 78.

⁵⁹ ZABUNOĞLU, Kazım Yahya, **İdare Hukuku C. 2**, Ankara 2012, s.167.

geçerek hizmet yürütme yetkisi kullanılmaktadır. Merkezi idareye tanınan yetki ilk bakışta anayasal hükümlere aykırı olmasa da ve Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları ile uyum içinde gözükmese de; ulusal mevzuatımızın bir parçası olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ile bağdaşmayan yönleri bulunmaktadır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisinin mümkün olduğunca sınırlandırılmış olarak kullanılabilceğini hüküm altına almıştır. 5393 sayılı Kanun'un esas amacı ise Avrupa Birliği'ne uyum sağlamaktır. Dolayısıyla; Avrupa Birliği'nin özellikle üzerinde durduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın hükümlerine aykırı düzenleme içermesi, amacıyla çelişiyor gibi gözükmektedir. Ancak Avrupa Birliği üye ülkesi olan Almanya Eyalet Kanunları'nda bile merkezi idareye 57. madde hükmü ile tanınan idari vesayet yetkisinin benzeri bir düzenleme bulunması, bu yargıyı çürütmektedir.

Sonuç olarak, merkezi idare kendine tanınmış olan yetkiyi hiçbir siyasi kaygı gütmenden ve hakkaniyete uygun şekilde kullandığı takdirde, 57. madde ile getirilen düzenleme olumsuz bir sonuca meydan vermeyecektir.

Ayrıca, herhangi bir belediyenin hizmetinin aksadığının tespitinin bizzat merkezi idare tarafından değil de bağımsız yargı organı tarafından tespit edilmesi yerinde bir düzenlemedir.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Süleyman: İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap Kamu Yönetimi, Ankara 1-4 Mayıs 1990.

ATAY, Cevdet: Devlet Yönetimi ve Denetimi, İstanbul 1999.

BAYINDIR, Savaş Muhammed: İdari Denetim Olarak İdari Vesayet, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, B. 3, Ankara 2013.

DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1988

EKEN, İhsan: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Hükümleri Çerçevesinde 5393 Sayılı Belediye Yasası ve 5216 Sayılı Büyükşehir Belediye Yasası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, B. 4, Bursa 2013.

GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, B. 14, Bursa 2013

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetimsel Yargı, B. 32, Ankara 2012

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, B. Güncelleştirilmiş 8, Ankara 2011

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, B. Güncelleştirilmiş 6, Ankara, 2013.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, B. 10, Ankara, 2011.

GÜRAN Sait/BERKARDA Kemal/AYANOĞLU Taner: “İdari Yargılama İle İlgili Konular”, Danıştay ve İdari yargı Günü Sempozyumu, 2003, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, s.119-133.

HARBİCH, Jürgen: “State Supervision of Local Government Authorities”, Uprava, letnik VII, 2009/4, s. 53-71.

İSBİR, Begüm: “Temsili Demokrasi Anlayışına Göre Yerel Yönetimlerde Özerklik”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11, Özel S.: 2009, s. 1571-1599 (Basım Yılı: 2010).

KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, B. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6, Konya, 2013.

KARAARSLAN, Mehmet: Türkiye’de Yerel Yönetimler Reformu Bağlamında Yerel Yönetimlerin Özerkliği ve Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

KAYA, Cemil: Türkiye’de Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri, B. 1, Ankara 2007.

KELEŞ, Ruşen: “Avrupa’ya Uyum Sağlama Sürecinde Türkiye’de Yerel Yönetimler”, Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Sorunları ve Geleceği, B. 2, Ankara, 2010.

KENT, Bülent: “Almanya’da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi”,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 123-142.

KIURİENE, Violeta: “Administrative Supervision of Local-Self Government as an Expression of the Rule of Law in the Context of Good Governance: the Case of Lithuania”, Social Research, Nr. 4 (33), s. 44-55.

MURATOĞLU, Tahir: “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”,İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası,C.LXIX, S.1, s. 737-776.

OKAY TEKİNSOY, ÖZGE: “Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı” Ankara Üniversitesi, Zabunoğlu Armağanı, 2011, s. 515-545

ÖZAY, İlhan: Gümüşğında Yönetim, İstanbul, 1996.

PAZARCI, Ayşe Almıla: İdari Yargılama Hukukunda Tespit Davası, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

ROWE Gerard C.: “Controlling Administrative Action: Internal Administrative Supervision In The European Union”, Administrative Law Review, Vol. 61, 2009, pp. 224-258.

ŞENSOY, Barış: Yerel Özerlik ve Yerel Yönetimler Üzerindeki İdari Vesayet, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

TANRIVER, Süha: “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”,TBB Dergisi, S. 105, 2013.

YILMAZ, Ejder: “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”, Bankacılar Dergisi, S. 80, 2012.

YILDIRIM, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri I, B.Güncelleştirilmiş 5, Konya 2013.

YILDIRIM, Ramazan: Türk İdari Rejimi Dersleri, C. 2, B. 1 Konya 2014.

ZABUNOĞLU, Kazım Yahya: İdare Hukuku C. 2, Ankara, 2012.

BİR VERGİ(LEME) UNSURU OLARAK TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE TRAKTÖR

Doç. Dr. Fatih SARAÇOĞLU*

ÖZET

Türk Vergi Sisteminde traktör katma değer vergisine tabi tutulmaktadır. Ancak özel tüketim vergisi ve motorlu taşıtlar vergisi kapsamına alınmamıştır. Öte yandan gelir vergisinde ise zirai kazançların vergilendirme usulünün belirlenmesinde bir kriter olarak dikkate alınmaktadır.

Tarım sektörünün korunması amacıyla ve vergi politikası uygulaması olarak traktörler vergi dışında bırakılabilir. Ancak bu açıdan traktörler KDV kapsamından da çıkarılmalıdır. Ayrıca gelir vergisi açısından da traktörler bir kriter olarak dikkate alınmamalıdır. Öte yandan eğer traktörler bir vergi unsuru olarak dikkate alınacaksa, değerleri esas alınarak uygulamaya yön verilmelidir.

ANAHTAR KELİMELER: *Traktör, Türk Vergi Sistemi, Gelir Vergisi, Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Motorlu Taşıtlar Vergisi.*

* Gazi Üniversitesi İİBF. Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

AGRICULTURAL TRACTOR AS A TAX(ATION) SUBJECT IN TURKISH TAX SYSTEM

ABSTRACT

Contrary to the excise tax and motor vehicle tax, tractor is subject to value added tax in Turkish Tax System. On the other hand, in the income tax, it is considered as a criterion determining the method of taxation of agricultural income.

Both for protection of agricultural sector and implementation of tax policy, tractors may be excluded from taxation. From this point of view it should be excluded from the value added tax either. Also tractors should not be considered as a criterion in terms of income tax. Even so tractors values must be taken into account.

KEYWORDS: *Tractor, Turkish Tax System, Income Tax, Value Added Tax, Private Consumption Tax, Motor Vehicles Tax.*

GİRİŞ

Türk Vergi Sistemi gelir, servet ve harcamalar üzerinden alınan vergilerden oluşmaktadır. Vergi sistemimizde vergiyi doğuran olay ise, vergi kanunlarının verginin doğumunu bağladıkları bir olayın gerçekleşmesi veya hukuki bir durumun oluşması olarak tanımlanabilir¹. Vergiyi doğuran olay, mükellefiyet doğurucu olay olarak da nitelendirilebilecek olup; vergi konusunun mülkiyeti, iktisabı, kullanımı, satılması, alınması, değişimi vs.'den ibaret olabileceği gibi, vergi konusuna hukuki tasarruflarda veya sözü geçen konunun çeşitli ekonomik fiiller uğrunda kullanılması yoluyla da gerçekleşebilmektedir².

¹ **AKDOĞAN** Abdurrahman, (2011), *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, Ankara, s. 150.

² **NEUMARK** Fritz, (1951), *Maliyeye Dair Tetkikler*, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları No 118/9, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 65; **AKDOĞAN**, (2011), *Kamu Maliyesi*, s. 150.

Vergi konusu incelendiğinde traktörler açısından da çeşitli şekillerde verginin konusuna girebileceği ya da verginin konusunun oluşumunda etkisi olabileceği görülmektedir. Zira traktörün iktisabı, kullanımı, alınması, satılması vs. çeşitli vergilerin konusunu oluşturabilecek niteliktedir.

Bu çalışmada amacımız Türk Vergi Sistemi'nde traktörün durumunun incelenmesidir. Bu çerçevede gerek gelir vergisinde zirai kazançlara ilişkin hükümler açısından, gerek katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi açısından, gerekse motorlu taşıtlar vergisi açısından traktörlerin durumu incelenecektir.

Traktörlerden vergi alınmaması tarım sektörünün teşviki bakımından vergi politikasının bir uygulaması olarak görülebilir. Amaç bu ise açıkça ortaya konulması ve hiçbir şekilde vergi konusuna dahil edilmemesi gerektiği ifade edilebilir. Ancak vergi sistemimiz incelendiğinde çelişen durumlarla karşılaşmaktadır. Çalışma kapsamında öncelikle traktörün ne olduğu ve özellikleri kısaca incelenecek; daha sonra gelir vergisi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi ve motorlu taşıtlar vergisi açısından traktörlerin durumu ortaya konulacaktır.

I. TRAKTÖR NEDİR, ÖZELLİKLERİ NELERDİR?

Traktör, en basit haliyle çift sürmekte kullanılan bir çeşit taşıt aracı³ ya da arkasına römork takılabilen, çift sürmek, yük taşımak gibi işlerde kullanılan motorlu iş makinesi⁴ olarak ya da ağırlığına oranla çeki kuvveti yüksek tutulmuş; genellikle çekme, itme, taşıma ve güç iletme işlerinde kullanılmak üzere yapılmış motorlu taşıt biçiminde tanımlanabilir⁵.

Bir başka tanıma göre traktör, tarla, bahçe, bağlarda ve şehirlerin parklarında kullanılan; tarım aletlerine pulluk, orak makinası, mibzer,

³ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

⁴ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52765cdf6d21b6.72389221

⁵ <http://traktor.nedir.com/>

pülverizatör, ekin biçme makinası vb. çekicilik yapan kendinden itimli motoru olan kara taşıdır⁶.

Traktörün benzin, gazolin ya da mazotla işleyen çeşitleri bulunmakta olup; kendini harekete geçiren bir motor bölümüyle onu idare edenin yeri ve tekerleklerden meydana gelmektedir⁷.

Traktörlerin tekerlekleri çok büyük ve lastikleri derin oyuklu olup; böylece yumuşak topraklarda da hareket serbestliğine kavuşmuş olmaktadır ve ona bağlanan pulluk vb. çiftlik aletlerini çekerek çift sürmede modern çiftçinin en büyük yardımcısı olmaktadır⁸. Arka tekerleklerin bu şekli aracın her türlü arazi koşulunda ve yumuşak zeminde patinaj yapmadan ve devrilmeden çalışmasını sağlamaktadır⁹.

Daha çok lastik tekerlekli olan tarım traktörlerinin tırtıl tekerlekli olanları da vardır. Motoru ön tarafta bulunan bu kuvvet makinalarında, hareket arka tekerleklerden verilmekte olup; dört tekerleği tahrikli olanları da bulunmaktadır ve dolayısıyla tekerlekleri tırmanmaya elverişlidir¹⁰.

Traktörlerin çalışma ilkesi otomobillerden pek farklı olmamasına karşın, karakteristik özellikleri de vardır. Şöyle ki, yerden oldukça yüksek dingillere oturtulmuş dar kesitli karoser ve yukarıda belirtildiği üzere ön tekerlere oranla çok büyük derin yivleri (oyukları) olan arka tekerlekler en belirgin özellikleridir.

Traktörlerin bazı özel şartlara göre paletli olanları da bulunmaktadır ve paletler traktörün, ağırlığını daha geniş bir alana yaydıklarından üzerinden geçtiği toprağın sıkışıp kalmasını önlemekte ve traktörün toprağı daha iyi kavramasına yardımcı olmaktadır¹¹.

Tarım traktörleri genellikle başka bir ziraat makinası ile beraber kullanılmakta olup; bunlar, traktörün önüne, arkasına veya ortasına

⁶ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

⁷ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

⁸ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

⁹ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

¹⁰ <http://traktor.nedir.com/>

¹¹ <http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

bağlanabilir, asılabilir veya traktörlerden alınan hareketle çalışırlar¹². Hidrolik kaldırma düzeninin bütün traktörlerde yaygınlaşmasından sonra "üç noktadan asma sistemi" denilen düzenle hidrolik kaldırıcı düzeninin beraber çalıştırılması sonucu, bu araçların çoğu asılan türden yapılmaktadır¹³.

Bazı tarım araçlarına traktör motorundan güç iletmek mümkün olup, bu amaçla kuyruk mili denilen ve genellikle traktörün arkasında bulunan bir milden hareket alınmaktadır¹⁴.

Traktörlere genellikle direksiyon vasıtasıyla ön tekerlekleri sağa sola döndürmekle yön verilmektedir ve fren sistemi iki arka tahrikli tekere kumanda etmekte olup, her tekerleğe ayrı bir fren pedalı kumanda etmektedir¹⁵. Bu sistem dönüşlerde birini frenlemek suretiyle dönüş yarıçapının azaltılmasına yardımcı olmaktadır¹⁶.

Ülkemizde traktör üretimi 1955'lerde montaj olarak başlamış olup, sonraki yıllarda bunların sayısı artarken yerli parça oranları da artmış, 1985'te yerli parça kullanım oranı %95'e kadar çıkmıştır ve günümüzde traktörün bütün parçaları (motor blok ve silindir kafaları dahil) ülkemizde yapılabilmektedir¹⁷. Kurulu bulunan tarla tarım traktör fabrikalarının yıllık üretim kapasiteleri toplam 90.000 adet/yıl civarındadır ve Ortadoğu ülkelerine az sayıda da olsa ihracat yapılmaktadır¹⁸.

Anlaşılabileceği üzere traktör basit bir motorlu araç olmayıp, önemli niteliklere sahip ve dolayısıyla fiyatı oldukça yüksek düzeylere çıkabilen bir araçtır¹⁹. Dolayısıyla vergi sisteminde de çeşitli şekillerde traktör ile karşılaşılabilmektedir.

¹² <http://traktor.nedir.com/>

¹³ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁴ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁵ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁶ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁷ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁸ <http://traktor.nedir.com/>

¹⁹ Traktör fiyatı kuşkusuz farklı firmalar tarafından üretilen farklı marka ve modellerde değişmektedir. Bu açıdan fikir oluşturabilmek amacıyla üç ayrı

II. GELİR VERGİSİNDE TRAKTÖR

Gelir Vergisi Kanunu'nda traktörlere ilişkin olarak üç hükme rastlanmaktadır. Bunlar GVK'nın 9. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinde; 53. maddesinin 1. fıkrasında ve 70. maddesinin 1. fıkrasının 8. bendinde yer almaktadır.

GVK'nın "Vergiden Muaf Esnaf" başlıklı 9. maddesinde esnaf muaflığı düzenlenmiştir. Buna göre genel şartları birlikte taşımaları kaydıyla özel şartlardan ilgili olanı taşıyan esnaf vergiden muaf tutulmuştur. 9. maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde ise söz konusu özel şartlardan biri yer almaktadır. Buna göre arasına nakliyecilik yapan çiftçiler vergiden muaf tutulmuştur. Şöyle ki, ziraat işlerinde kullandıkları hayvan, hayvan arabası, motor, **traktör** gibi araçlar veya sandallarla nakliyeciliği devamlı hale getirmeksizin arasına ücret karşılığında eşya ve insan taşıyan çiftçiler vergiden muaftır (GVK md. 9/1-5).

Burada zirai faaliyette kullanılan makina ve aletlerin başka çiftçilerin üretim faaliyetlerinde çalıştırılmasının zirai faaliyet sayıldığını; ancak gerek traktörler, gerekse hayvanlar ve hayvan arabaları veya sandallar ile nakliyeciliği devamlı hale getirmeksizin arasına yolcu ve yük taşınmasının zirai faaliyet sayılmadığı ve bu şekilde taşıma işi yapanların GVK'nın 9/5-1. maddesi gereğince vergiden muaf tutulduğuna dikkat edilmelidir.

firmanın internet sitelerinden alınan en düşük ve en yüksek fiyatlar aşağıda gösterilmiştir.

FİRMA (İNTERNET ADRESİ)	EN DÜŞÜK FİYAT (TL.)	EN YÜKSEK FİYAT (TL.)
http://www.tumosan.com.tr/tr/index.php/traktor-fiyat-listesi	35.473,00	92.080,00
http://www.hattattarim.com.tr/fiyat_listesi	39.480,39	118.460,88
http://www.deere.com/wps/dcom/tr_TR/buying_and_financing/prices/prices.page	36.556,00	299.187,00

Döviz kuru euro için 2.7 olarak dikkate alınmıştır (Erişim tarihi: 03.11.2013).

GVK'nın "Zirai Kazançta Vergileme" başlıklı 53. maddesinde de hangi çiftçilerin gerçek usulde hangi çiftçilerin ise hasılatları üzerinden tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirileceği açıklanmaktadır.

Çiftçilerin elde ettikleri zirai kazançlar, GVK'nın 94. maddesine göre hasılatları üzerinden tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirilmektedir (GVK md. 53/1). Ancak işletme büyüklüğü ölçülerini aşan çiftçiler ile bir biçerdövere veya bu mahiyetteki bir motorlu araca veya on yaşına kadar ikiden fazla traktöre sahip olan çiftçilerin kazançları gerçek usulde (zirai işletme hesabı veya diledikleri takdirde bilanço esasına göre) tespit olunarak vergilendirilmektedir (GVK md. 53/1). Buna göre;

- işletme büyüklüğü ölçülerini aşmayan çiftçiler ile
- bir biçerdövere veya bu mahiyetteki bir motorlu araca sahip olmayan veya
- on yaşına kadar ikiden fazla traktöre sahip olmayan çiftçiler hasılatları üzerinden tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirilecektir.

Zirai faaliyeti dolayısıyla kaynaktan tevkif yoluyla vergilendirilenler (kazançları gerçek usulde vergilendirilmeyen çiftçiler) bu kazançları için beyanname vermezler (GVK md. 53/1).

Ancak, çiftçiye ait olmakla beraber zirai işletmeye dahil edilmeyen biçerdöver veya bu mahiyetteki bir motorlu araç veya on yaşına kadar ikiden fazla traktörün işletilmesinden elde edilen gelirler ticarî kazanç hükümlerine göre vergilendirilmektedir (GVK md. 53/1).

GSMH içinde tarım sektörünün payı ve nüfusumuzun önemli bölümünün bu sektörde bulunması tarım sektörünün ülkemiz ekonomisi açısından önemini ortaya koymakta olup; tarımsal üretim birimlerinin dağılımı, tarım faaliyetlerinin niteliği, vergi ve muhasebe bilgisi açısından ortaya çıkan sorunlar, eğitim düzeyi gibi faktörler bu sektörün vergi bakımından kavranmasını güçleştirmektedir²⁰. Dolayısıyla kural olarak çiftçilerin elde ettikleri kazanç, GVK'nın 94. maddesi gereğince hasılatları üzerinden tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirilmektedir²¹.

²⁰ AKDOĞAN Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s. 228.

²¹ AKDOĞAN, s. 229.

Yani zirai kazançların temel vergilendirme şekli²², hasılat üzerinden tevkifat yapılmak suretiyle gerçekleştirilecek olup; bu açıdan zirai faaliyetler kırsal kesimde gerçekleştirildiğinden çiftçilerin vergilendirme işlemleriyle uğraştırılmamak istenildiği görülmektedir.

Gelir vergisi vergi ödeme gücünün kavranması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu açıdan “on yaşına kadar ikiden fazla traktörü olmak” ile ilgili şartın dikkate alınması gerekmektedir. Zira söz konusu şartın altında kalanlar hasılatları üzerinden tevkifat yoluyla vergilendirilmekte ve defter tutmak, belge düzenlemek, beyanname vermek gibi ödevlerin dışında kalırken; bu şartı taşımayanlar gerçek usule tabi olmakta ve defter tutmak, belge düzenlemek, beyanname vermek bunların ödevleri olmaktadır. Dolayısıyla “on yaşına kadar ikiden fazla traktör” şartının gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira bu açıdan traktörlerin marka, model, yaş gibi kriterlerinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Dolayısıyla örneğin, yaşı 1 olan ve tanesinin değeri 200.000 TL. civarında olan iki traktörü bulunan bir çiftçinin de; yaşı 10’dan büyük olmakla birlikte değeri 100.000 TL. civarında, üç veya daha fazla sayıda traktörü olan bir çiftçinin de tevkifat yoluyla vergilendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan 20 yaşında ve değeri 10.000 TL. olan bir adet traktörü bulunan çiftçinin de tevkifat yoluyla vergilendirilmesi yoluna gidilecektir. Ancak 9’ar yaşında ve değeri 10.000 TL. olan üç adet traktörü bulunan çiftçinin gerçek usulde vergilendirilmesi gerekecektir.

Dolayısıyla vergilendirilme usulünün belirlenmesinde traktör dikkate alınacak ise, bu şekilde oldukça subjektif olarak belirlenmesi yerine, örneğin kasko değeri gibi bir kriter geliştirilmesi yoluna gidilebilir. Zira ancak bu şekilde vergi ödeme gücü daha doğru biçimde kavranabilecektir.

III. KATMA DEĞER VERGİSİNDE TRAKTÖR

Vergi ödeme gücüne tam ve doğru biçimde ulaşabilmek bakımından gelirin yanı sıra servet ve harcamalar üzerinden de vergi alınmaktadır. Harcamalar üzerinden alınan vergiler ise çok sayıda

²² **Gelirler Kontrolörleri Derneği**, *Gelir Vergisi Rehberi*, GKD Yayını, Ankara 2005, s. 256.

olmakla birlikte, konumuz açısından özellikle katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi önem taşımaktadır.

KDV açısından baktığımızda, ülkemizde traktörlerden %8 oranında vergi alındığı görülmektedir. Traktörlerin niteliği ya da değerine bakılmaksızın tek oranlı olarak vergi uygulanmaktadır.

Yukarıda belirtilen traktörlerden hareketle KDV'nin yansımaları ise şu şekilde olmaktadır. Traktör fiyatları incelendiğinde bir firmada KDV hariç 32.845,37 TL. ile 85.259,26 TL. arasında olduğu; diğerinde ise 36.556,00 TL. ile 109.686,00 TL. arasında olduğu görülmektedir.

KDV eklendiğinde ise bu fiyatlar birinci firmada 35,473.00 TL. ile 92,080.00 TL. arasında değişmekte iken; ikinci firmada 39.480,39 TL. ile 118.460,88 TL. olmaktadır.

Dolayısıyla traktör fiyatlarının değişkenliği ve farklı vergi ödeme güçlerini temsil ettiği dikkate alındığında tek oranlı vergi uygulamasının yerinde olmadığı görülmektedir.

Bu açıdan bir başka motorlu araç olan otomobillerden de KDV alındığı ve hatta %18 oranında (tek oranlı) uygulandığı, dolayısıyla traktörlerin düşük oranda verilendirilerek vergi politikasına da uygun hareket edildiği ifade edilebilir.

Ancak bu noktada unutulmamalıdır ki, traktörlerden ÖTV alınmazken, otomobillerden ÖTV alınmaktadır ve motor gücüne göre %45 ile %145 arasında değişen oranlarda vergi alınması yoluna gidilmektedir. ÖTV'nin KDV matrahına da dahil edilmesi dolayısıyla (aşağıda belirtileceği üzere) KDV yükü farklılaşmış olmaktadır.

KDV açısından traktörler vergiye tabi tutulurken vergi ödeme gücünün tam ve doğru biçimde kavranması bakımından büyükşehirlerde yer alan konutlarda uygulandığı gibi değer esasına dayalı vergilemeye geçilmesi yoluna gidilebilir.

IV. ÖZEL TÜKETİM VERGİSİNDE TRAKTÖR

Ülkemizde özel tüketim vergisinin konusunu, ÖTVK'ya ekli listelerde sayılan mallar oluşturmaktadır. Bunlardan II sayılı listedeki mallar motorlu taşıtlardan oluşmaktadır. Listede binek otomobilleri, minibüs, kamyon, otobüs, karavanlar, motosikletler, uçaklar, helikopterler, gemiler, yat, kotralar vb. araçlara yer verilmiş olup, verginin konusu liste kapsamıyla sınırlandırılmıştır ve dolayısıyla liste

dışında kalan taşıtlar verginin konusuna girmemektedir²³. Nitekim motorlu taşıt olmasına rağmen, listede yer verilmediğinden traktörler özel tüketim vergisine tabi tutulmamaktadır²⁴.

Traktörlerin vergi ödeme gücü açısından önemli bir kriter olduğu, değerleri dikkate alındığında rahatlıkla görülebilmektedir. Bu durumun, gelir vergisinde zirai kazançların vergilendirilme usulünün tespiti incelendiğinde de kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yine traktörlerin KDV'ye tabi tutulması da bunu göstermektedir. Dolayısıyla traktörlerden ÖTV alınmamasının izahı kolay değildir. Zira fabrika çıkış fiyatı açısından aynı değerdeki bir otomobilin fiyatı ÖTV dolayısıyla oldukça değişmektedir.

Örneğin, motor silindir hacmi 1600 cm³'ü geçmeyen ve vergisiz satış fiyatı 30.000 TL. olan bir otomobilin fiyatı %45 ÖTV (13.500 TL.) ve bunların toplamı üzerinden hesaplanan %18 KDV nedeniyle (7.830 TL.) oldukça yükselmekte ve 51.330 TL. olmaktadır.

MOTORLU TAŞIT ALIMINDA ÖTV VE KDV				
Motor Silindir Hacmi	ÖTV (%)	KDV (%)		TOPLAM (%)
		Taşıttın KDV'si	ÖTV'nin KDV'si	
Motor silindir hacmi 1600 cm ³ 'ü geçmeyenler	45	18	8,1	71,1
Motor silindir hacmi 1600 cm ³ 'ü geçen fakat 2000 cm ³ 'ü geçmeyenler	90	18	16,2	124,2
Motor silindir hacmi 2000 cm ³ 'ü geçenler	145	18	26,1	189,1

Örnekten de anlaşılacağı üzere ÖTV ve KDV ile birlikte taşıttın tüketiciye yansıyan fiyatının önemli bir kısmını vergi oluşturmaktadır.

²³ ŞENYÜZ Doğan, *Türk Vergi Sistemi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007, s. 612-613.

²⁴ ŞENYÜZ, s. 613.

Hatta bu oran motor silindir hacmi 1600 cm³'ü geçmeyenlerde %71,1; motor silindir hacmi 1600 cm³'ü geçen fakat 2000 cm³'ü geçmeyenlerde %112,4 ve motor silindir hacmi 2000 cm³'ü geçenlerde ise %171,4'e ulaşmaktadır.

Öte yandan traktörlerden ÖTV alınmadığından vergisiz fiyatı 30.000 TL. olan bir traktörün satış fiyatı KDV dahil 32.400 TL. olmaktadır.

Vergisiz fiyatı 30.000 TL. olan (motor silindir hacmi 1600 cm³'ü geçmeyen) otomobilin vergi dahil fiyatı 51.330 TL. olurken, vergisiz fiyatı 30.000 TL. olan traktörün vergi dahil fiyatının 32.400 TL. olduğu dikkate alındığında, aynı değerdeki bir motorlu araçtan 21.330 TL. vergi alınırken, diğerinden 2.400 TL. vergi alınması sonucuyla karşılaşılmaktadır ki, bu durum vergi açısından yaklaşık 9 katlık bir farklılık anlamına gelmektedir.

Aynı ödeme gücünü temsil eden iki motorlu araçtan traktörden daha az vergi alınması, iş makinası olarak değerlendirildiği ve vergi politikasının bir uygulaması olduğu biçiminde savunulabilirse de, bunun doğru bir yaklaşım biçimi olduğunu ifade etmek tartışmalıdır. Zira baz model ve en düşük değerdeki bir otomobilin de örneğin, bir kamu çalışanın görevine gidip gelebilmek için edindiği bir araç olabileceği ifade edilebilir. Bu noktada unutulmamalıdır ki, bir traktör yıl içinde zirai amaçlı (iş makinası) olarak yaklaşık sadece 1 ay kullanılabilir. Kalan zamanlarda ise günlük ihtiyaçlarımızı karşılamakta kullandığımız bir nakil aracına dönüşmektedir.

Öte yandan iş makinası olarak değerlendirilebilecek olan otobüs, minibüs, midibüs gibi araçlarda da ÖTV uygulandığı düşünüldüğünde, düşük oranlı da olsa traktörlerden de ÖTV alınması yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilebilir.

V. MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİNDE TRAKTÖR

Motorlu taşıtlar, bir servet unsuru ve vergi ödeme gücünün bir göstergesi olarak değerlendirildiğinden servet üzerinden alınan bir vergi olarak motorlu taşıtlar vergisine de tabi tutulmaktadır²⁵.

²⁵ AKDOĞAN Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s. 271.

Ülkemizde de otomobillerin yanı sıra kaptıkaçtı, arazi taşıtları vb. ile motosikletler, minibüs, panel van, motorlu karavanlar, otobüs vb., kamyonet, kamyon, çekici vb. gibi iş makinası niteliğindeki motorlu taşıtlardan MTV alınmaktadır. Ancak traktörler MTV kapsamına alınmamıştır.

2014 yılında 1 yaşındaki araçlar için en düşük MTV otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları vb.'de 517 TL., motosikletlerde 99 TL., minibüslerde 644 TL., panel van ve motorlu karavanlarda 859 TL., kamyonet, kamyon, çekici vb.'de 579 TL. iken; traktörlerden MTV alınmaması tartışılabilir niteliktedir. Zira traktörlerin de bir servet unsuru olduğu ve bu haliyle MTV kapsamına alınması gerektiği açıktır.

SORUN VE SONUÇ

Türk vergi sisteminde traktörün konumu incelendiğinde, sorun, vergi politikasının bir uzantısı olarak traktörlerin vergiye tabi tutulup tutulmayacağına karar verilememiş olması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zira traktörler ÖTV ve MTV'ye tabi tutulmazken, KDV'te tabi tutulmakta ve GV açısından da zirai kazançların vergilendirilme usulünün belirlenmesinde bir kriter olarak değerlendirilmektedir.

Gelir vergisi uygulamasında zirai kazançların vergilendirilmesi usulünün belirlenmesinde traktörlerin etkili olduğu görülmektedir. Bu açıdan 10 yaşına kadar ikiden fazla traktörü olanlar, gelir düzeyleri daha yüksek olabileceğinden dolayı gerçek usule tabi tutulmaktadır. Ancak traktörlerin nitelik olarak değil de nicelik olarak dikkate alınmaması, vergi ödeme gücünün kavranabilmesi açısından doğru sonuçlara ulaşılmasını engellemektedir. Zira değeri oldukça yüksek, ancak yaşı da yüksek olan traktörlere sahip olan bir çiftçi gerçek usule tabi olmazken, değeri düşük ancak yaşı 10'un altında ve sayısal olarak daha fazla traktöre sahip olan çiftçilerin gerçek usul kapsamına alınması söz konusu olabilmektedir.

Katma değer vergisi uygulamasında ise bütün traktörler %8 oranına tabi tutulmaktadır. Yukarıda traktör konusunda genel bilgiler verilirken açıklandığı üzere farklı özelliklere sahip traktörlerin farklı fiyatlardan satılmalarına rağmen aynı oranda KDV'ye tabi tutulmaları vergi ödeme gücünün kavranması bakımından doğru değildir. Her ne kadar otomobillerde de katma değer vergisi oranının tek oran biçiminde uygulandığı ifade edilebilirse de, otomobillerin özel tüketim vergisine

tabi oldukları ve motor güçleri dikkate alınarak farklı oranlarda özel tüketim vergisine tabi oldukları unutulmamalıdır.

Diğer motorlu taşıtlardan özel tüketim vergisi alınması yoluna gidilirken, traktörlerden alınmaması da vergi ödeme gücünün kavranması açısından olumsuzluk taşımaktadır. Zira düşük oranlarda olsa bile²⁶ (özellikle otomobillerde oran çok yüksek düzeylere çıkabilmektedir) motorlu araçlardan genel olarak özel tüketim vergisi alınması yoluna gidilirken, traktörlerden alınmaması doğru bir yaklaşım değildir.

Sonuç olarak tarım sektörünün korunması amacıyla bir vergi politikası uygulaması olarak traktörlerin vergi dışında bırakılması yoluna gidilebilecektir. Ancak bu yapıldığında bütün vergiler açısından aynı düşünce biçimiyle hareket edilmeli ve traktörler KDV kapsamından da çıkarılmalıdır. Bu açıdan bakıldığında gelir vergisi açısından da traktörlerin bir kriter olarak dikkate alınmasından vazgeçilmelidir.

Öte yandan eğer traktörler bir vergi unsuru olarak dikkate alınacaksa, gelir vergisi uygulamasında değerleri esas alınarak uygulamaya yön verilmelidir. KDV açısından da büyükşehirlerdeki binalarda olduğu gibi değer esasına bağlı bir oransal düzenlemeye gidilebilir. ÖTV uygulamasında ise iş makinası niteliğindeki diğer motorlu araçlarda olduğu gibi düşük oranlı bir vergi uygulaması tercih edilmelidir. Kuşkusuz bu bakış açısı, traktörlerden MTV alınmasını da gerektirmekte olup, bu açıdan yine düşük miktarda da olsa vergilendirme yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, Abdurrahman: *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, Ankara – 2011.

AKDOĞAN, Abdurrahman: *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara – 2011.

Gelirler Kontrolörleri Derneği: *Gelir Vergisi Rehberi*, GKD Yayını, Ankara – 2005.

²⁶ Oranlar için bkz. http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/otv_oranlari_tum/01012014_II_sayili_liste.htm (Erişim Tarihi: 06.06.2014).

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52765cdf6d21b6.72389221

<http://traktor.nedir.com/>

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/otv_oranlari_tum/01012014_II_sayili_liste.htm

<http://www.yenibilgiler.com/traktor-nedir/>

NEUMARK, Fritz: *Maliyeye Dair Tetkikler*, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayınları No 118/9, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul – 1951.

ŞENYÜZ, Doğan: *Türk Vergi Sistemi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara – 2007.

Makaleler

Özel Hukuk

**GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİYLE MECELLE'NİN ON ALTINCI
KİTABI
KİTÂBÜ'L KAZÂ
Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme**

Prof. Dr. Yusuf SANCAK*
Arş. Gör. Emre KIYAK**

ÖZET

İslam hukukunda kodifikasyonun bir örneği olması ve hukukun temel prensiplerine ilişkin düzenlemeler ihtiva etmesi açısından en önemli hukuk çalışmalarından biri olmasına rağmen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, henüz, araştırmalara yeterince konu edilmemiş bir hukuk kaynağıdır. Bu çalışma, Mecelle'nin on altıncı kitabı olan Kitab-ül Kazâ düzenlemelerinin, Türk hukukundaki günümüz düzenlemeleriyle genel bir karşılaştırmasını yapmak üzere hazırlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Mecelle, Kitabü'l Kazâ, Yargılama, Medeni Usul Hukuku, Hukuk Muhakemeleri Kanunu.*

* Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Arap Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

**SIXTEENTH BOOK OF MECELLE WITH TODAY'S
TURKISH
KİTÂBÜ'L-KAZÂ
A Comparative Review of Today's Regulations**

ABSTRACT

Although it is the one of the most important law works, in terms of being an example of codification in Islam law and containing regulations related to basic principles of law, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye is a law source which has not been a topic to researches enough yet. This study is prepared to draw a general comparison of regulations of Kitâbü'l Kazâ, which is the sixteenth book of Mecelle, with today's regulations in Turkish law.

KEYWORDS: *Mecelle, Kitâbü'l Kazâ, Jurisdiction, Civil Procedure Law, Civil Procedure Act.*

GİRİŞ

Tanzimat döneminde sosyal ve iktisadi hayattaki yenilik arayışı, hukuk alanında da kendisini göstermiştir. Bu dönemde, kanuni düzenlemelerde bazı değişikliklere gidilmiş fakat bu değişikliklerin çoğu toplumsal ihtiyacı gidermeye yönelik olmaktan ziyade Batılı devletlerin Osmanlı Devleti içindeki azınlıkları korumaya yönelik müdahalelerini bertaraf etme amaçlı olmuştur. Bu nedenle hukukumuzda yoğun *iktibas* hareketlerinin başlangıç noktasının Tanzimat dönemine rastladığını söylemek pek yanlış olmaz. Buna mukabil, yine bu dönemdeki bazı yenilik hareketleri, Batının baskılarına direnerek, mevcut hukukun muhafazasına yönelik olmuştur. Bunun en bilindik tezahürü Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (*Mecelle*) ile olmuştur.

Tanzimat döneminde, özel hukuk alanındaki yenilik arayışlarından dolayı bu dönem, Batı hukuku ile geleneksel hukukun mücadelesine sahne olmuştur. Nitekim o dönemde Avrupa'nın birçok yerinde etkili olan ve hatırı sayılır bir kesimce desteklenen 1804 tarihli *Fransız Code Civil*'in, Osmanlı'da uygulanması hususunda yapılan dış baskılara ve bu baskıların bazı Osmanlı devlet adamları üzerindeki

etkilerine mukabil, ilmiye sınıfının, özellikle de Ahmet Cevdet Paşa'nın çabaları neticesinde, sekiz senelik bir çalışmanın ürünü olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ortaya çıkmıştır.

Mecelle'nin hazırlanış sebepleri özetle şu şekilde sıralanabilir:¹

- Tanzimat döneminde nizamiye ve ticaret mahkemelerinin kurulması ve bu yeni mahkemelerde uygulanabilecek bir kanuna ihtiyaç duyulması.
- Bu mahkemelerde görev alan ve hukukçu olmayan hâkim üyelerin *Dürer*, *Mültekâ* gibi Osmanlı-İslam hukuku kaynaklarını kullanmalarındaki yetersizlikleri.
- Batı'nın, özellikle Fransa'nın, yeni bir medeni kanun hazırlanması yönündeki baskıları.²
- Hâkimlerin, Osmanlı'nın resmi mezhebi³ olan Hanefî mezhebi içindeki farklı görüşlerden en kuvvetli (sahih) olan görüşü tespit etmeleri ihtiyacı karşısında, yapılacak böyle bir kanunun kolaylık göstermesi.
- Tanzimat sonrası sosyal ve iktisadi hayatta meydana gelen değişiklikler.

Mecelle'de sadece resmi mezhep olan Hanefî mezhebinin görüşlerine yer verilmiş olup Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinden yararlanılmamıştır.⁴ Fakat anılan kodifikasyonun bu yöndeki eksikliği, o dönemdeki komisyon ve üyelerinin içinde bulunduğu sosyal, siyasal, fikri

¹ Bkz. Halil CİN/Gül AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, 4. bs., Sayram Yayınları, Konya 2011, s. 570-572. Tanzimat döneminde hukuk hareketlerini doğuran diğer sebepler için bkz. M. Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. bs., Beta, İstanbul 2010, s. 420-424; Ekrem Buğra EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, 2. bs., Arı Sanat, İstanbul 2012, s. 542-545.

² Yeni bir medeni kanun hazırlanırken, Fransız Code Civil'in iktibas ile milli bünyemize, örf ve adetlerimize uygun bir kanunun tedvini hususunda yapılan mücadele için bkz. Osman ÖZTÜRK, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973, s. 18.

³ Resmi mezhep uygulamasıyla ilgili olarak bkz. Mustafa AVCI, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza, Konya 2012, s. 68.

⁴ CİN/AKYILMAZ, s. 573. Fakat bkz. Mecelle m. 1801. (dn. 39-40 cv.)

ve ilmi şartlar çerçevesinde yorumlanabilir.⁵ Mecelle, hukuk dilinin Türkçeleşmesi ve hukuk terimlerinin yerleşmesine önemli bir katkı sağlamış,⁶ yakın geçmişte Batı'dan yapılan Kanun iktibaslarının başarısına da önemli bir basamak teşkil etmiştir.⁷ Tüm bunların dışında, Mecelle sadece Türkiye coğrafyasında değil, Osmanlı Devleti'ne bağlı olan birçok ülkede de uzun süre yürürlüğünü ve etkisini göstermiştir.⁸

Medeni usul hukuku, hâkimin, tarafların ve yargılamaya katılan üçüncü kişilerin muhâkeme sürecinde nasıl hareket edeceğini ve yargılamanın esaslarını düzenleyen hukuk dalıdır. Bu hukuk dalına, İslam hukukunda, *edeb-ül kâdî* veya kısaca (*edeb-ül*) *kaza* da denilmekte olup

⁵ Mesela, Mecelle'nin dördüncü kitab olan Kitâbü'l Havale'de Hanefi mezhebi hukukçularından İmam Züfer'in bir görüşü tercih edilince, zayıf görüşün alındığı iddiasıyla Cevdet Paşa aleyhinde büyük bir muhalefet ortaya çıkmış ve Cevdet Paşa bir süre için Mecelle Cemiyeti ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'ndeki görevinden azledilmiştir (CİN/ AKYILMAZ, s. 574). Ayrıca bkz. Gürsoy AKÇA/Himmet HÜLÜR, "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri", *Türkiyat Araştırmaları*, Bahar 2006, Sayı: 19, s. 305 vd.

⁶ CİN/ AKYILMAZ, s. 574.

⁷ "Bu arada şunu belirtmek isteriz ki, kanımızca, gerek Tanzimat dönemindeki reformist hukukçular, gerekse Cumhuriyet dönemindeki devrimci hukukçular, Batı kanunlarını, bu kanunlarda geçen kavram ve kurumların denklerinin eski hukukumuzdaki bulunması sayesinde Türkçeye çevirip iktibas etme işinde başarılı olabilmişlerdir. Nitekim 7 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisinde, 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanununda ve 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda kullanılan hukukî terimlerin pek çoğu Mecellenin kullandığı hukukî terimlerdir. Bir fikir edinmek için Mecellenin düzenlediği akit isimleriyle Borçlar Kanununun düzenlediği akit isimleri karşılaştırılabilir. Bize öyle geliyor ki, eğer eski hukukumuzda yerleşik ve zengin bir hukuk terminolojisi olmasaydı, Batı hukukunun iktibas teşebbüsünde başarıya ulaşılması çok zor olurdu..." (Kemal GÖZLER, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", *AÜHFD*, 56 (2), 2007, s. 58).

⁸ Bu ülkeler arasında Ürdün, Irak, Kıbrıs, Arnavutluk, Bosna-Hersek, Suriye, Mısır, Lübnan ve İsrail'i saymak mümkündür. Bkz. ÖZTÜRK, s. 93 – 95.

edeb-ül kâdî hâkimin anlaşmazlıkları çözümlerken uyması gereken edep ve kaideler ilmi, *kaza* ise, insanlar arasında meydana gelen dava ve çekişmeleri, meşru hükümlerine uygun olarak çözüme kavuşturma anlamına gelmektedir.⁹ İslam hukukunda, usul hukuku ile ilgili hükümler ya fıkıh kitaplarında, İslam hukukunun dörtlü¹⁰ ayrımı içinde yer alan *mu'âmelât* hükümleri arasında zikredilmektedir -ki genellikle *Kitâb-ül Kaza*, *Kitâbü'd-Dâvâ* ve *Kitâb-ül Beyyinât* başlıkları altında tetkik edilir-yahut da *edeb-ül kâdî* adı altında telif edilen müstakil eserlerde ele alınır.¹¹

Tanzimat'tan sonra usul hukuku alanında yapılan en önemli gelişme, bu hukuk dalına ilişkin hükümlerin Mecelle'de üç kitap halinde düzenlenmesi olup böylece asırlarca Osmanlı mahkemeleri tarafından tatbik edilen, ama ihtiyaç duyulmadığı için müstakil kitap şeklinde tedvin edilmeyen fıkıh kitaplarında yer alan usule dair şer'î hükümler, Mecelle'de derlenmiş oldu.¹² Mecelle'nin *Kitâbü'd-Dâvâ* isimli on dördüncü kitabı, *Kitab-ül Beyyinât Vet-Tahlif* isimli on beşinci kitabı ile *Kitab-ül Kazâ* isimli on altıncı kitabı yargılama hukuku ile ilgili kuralları içermektedir. Mecelle Cemiyeti bu kitapları hazırladıktan sonra ayrı bir usul kanunu hazırlama ihtiyacını hissetmiştir.¹³ Ticaret mahkemelerinde uygulanmak üzere, 15 Ekim 1861 (10 R.ahir 1278) tarihinde *Usul-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnâmesi* çıkarılmış olup bu Kanun Fransız Ticaret Usul Kanunu'nun tercümesidir.¹⁴ Bundan başka, Mecelle cemiyetinin hazırladığı tasarı ile 1807 tarihli Fransız Hukuk Usulü

⁹ Bkz. Ahmed AKGÜNDÜZ, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı: Birinci Cild: Kamu Hukuku*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, Birinci Cild, s. 829.

¹⁰ İman, ibadet, muamelat, ahlak.

¹¹ AKGÜNDÜZ, s. 829.

¹² AKGÜNDÜZ, s. 830.

¹³ Osman KAŞIKÇI, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, OSAV, İstanbul 1997, s. 295.

¹⁴ AVCI, s. 401.

Muhâkemeleri Kanunu birleştirilerek 21 Haziran 1879 tarihinde *Usul-ı Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu* çıkarılmıştır.¹⁵

Bu çalışmamızın konusu, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Kitab'ul Kazâ*¹⁶ isimli on altıncı (*Kitâb-ı Sâdis-i Aşer*) kitabının günümüz Türkçesi esas alınarak, bu kitapta yer alan hükümlerin başta 6100 sayılı Hukuk Muhâkemeleri Kanunu olmak üzere günümüzdeki düzenlemelerle genel çerçevede karşılaştırılmasıdır. Bu doğrultuda söz konusu hükümlere ilişkin ayrıntılı açıklamalara ve tartışmalara girilmeyecektir.

Mecelle'de, Kitab'ul Kaza kendi içinde şu kısımlara ayrılmaktadır:

- Bazı İslam Hukuku terimlerinin açıklandığı **Giriş (Mukaddime: m. 1784 - 1791)**.
- Hâkimlikle ilgili **birinci kısım (bâb-ı evvel: 1792 – 1828)** ki bu, hâkimin vasıflarını açıklayan *birinci bölüm*, hâkimin ahlaken uyması gereken hususları açıklayan *ikinci bölüm*, hâkimin görevlerini açıklayan *üçüncü bölüm*, yargılamanın şekline ilişkin *dördüncü bölüm* şeklinde dört bölümden oluşmaktadır.
- Hükme ilişkin **ikinci kısım (bâb-ı sâni: m. 1829 - 1836)** ki bu, hükmün şartları hakkındaki *birinci bölüm* ile yoklukta verilen hüküm hakkındaki *ikinci bölümden* oluşmaktadır.
- Hüküm verilmesinden sonra davanın görülmesi hakkında **üçüncü kısım (bâb-ı sâlis: m. 1837 - 1840)**.
- Tahkime ilişkin meseleler hakkındaki **dördüncü kısım (bâb-ı râbi': m. 1841 - 1851)**.

¹⁵ AYDIN, s. 433; CİN/AKYILMAZ, s. 578; AVCI, s. 402. Kanun metni için bkz. Düstur, I. Tertip, IV, s. 261-332

¹⁶ Düs. I.T.c.4, sh. 119, 115, m. 1784 – 1851 (AKGÜNDÜZ, s. 865). Kitab'ul Kaza'nın cemiyet mazbatası, Sadaretin Arzı ve İrade-i Seniyye, matbu nüshalarının arz ve İrade-i Seniyyesinin asıl nüshaları transkripsiyonu için bkz. KAŞIKÇI, s. 160-162.

Çalışmamızda Mecelle'nin *Kitab-ül Kazâ* isimli on altıncı kitabı günümüz Türkçesiyle sunulmuş, transkripsiyonlu (orjinal) metin¹⁷ ise çalışma sonunda verilmiştir.

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE

YARGI KİTABI

ON ALTINCI KİTAP

Yargı hakkında olup bir giriş ve dört kısımdan oluşur.

Giriş

Bazı İslam Hukuku terimleri hakkındadır.

Madde 1784 – *Yargı*,¹⁸ hüküm ve yargılama anlamlarına gelir.

Bu maddede *yargı*, daha doğru bir ifadeyle *yargılama* faaliyeti tanımlanmıştır. Günümüz öğretilerinde *yargı*, *şekli anlamda* ve *maddi anlamda* olmak üzere iki farklı şekilde anlaşılmaktadır. *Şekli (biçimsel) anlamda yargı*, faaliyette bulunan makamı ifade etmekte olup bu anlamda mahkemelerin tüm faaliyetleri yargısal özellik arz etmektedir.¹⁹ Buna mukabil bir mahkemenin yapmış olduğu faaliyetin gerçekten yargısal nitelik taşıyıp taşımadığı, *maddi anlamda yargı* tarifine göre belli olmaktadır. Buna göre, bir mahkemenin faaliyeti, maddi hukuk kurallarının belli bir olaya uygulanması ve bu sûretle hüküm verilmesi ise yargısal nitelik taşımaktadır.²⁰ Mecelle m. 1784'in ifadesi dikkate

¹⁷ Transkripsiyonlu metinler için ayrıca bkz. Ali Himmet BERKİ, *Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, BTHAE, Ankara 1959, s. 279 vd;

¹⁸ “(Kaza): *Luğatde hükm, ahkâm, imza, takdir, halk, infâz, vahiy, ferağ, mevt, sun ve kâr, bir hâdiseyi kavlen ve fi'ilen fasl ve katı', bir hakkı sahibine ödemek, zam ve icab, bir şeyi lâzım kılmak, arzu edilen şeye dilhah üzere nâil olmak gibi mânaları mutazammındır...*” (Ömer Nasuhi BİLMEN, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Enes Sarmaşık Yayınları, Cilt: 8, İstanbul 2010, C. 8, s. 204).

¹⁹ Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, *Medenî Usul Hukuku*, 22. bs., Ankara 2011, s. 58; Necip BİLGE/Ergun ÖNEN, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. bs., Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 11; Baki KURU, "Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet: Kaza (yargı) Yolu", *ABD*, 1960/2, s. 27.

²⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, *Medenî Usul Hukuku*, s. 58; BİLGE/ÖNEN, s. 11; KURU, s. 27.

alındığında, bunun maddi anlamda yargı fonksiyonuna işaret ettiği görülmektedir.

Madde 1785 – *Hâkim, insanlar arasında ortaya çıkan dava ve uyuşmazlığı hukuka uygun hükümlere göre neticelendirmek ve halletmek için yönetim tarafından atanıp²¹ tayin edilen kişidir.*

Bu maddede *hâkim* kavramı, yargılama faaliyetinde üstlenmiş olduğu fonksiyonu²² ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım, genel hatlarıyla hâkimin atanma şeklini de göstermektedir. Günümüz öğretisinde *hâkim* kavramını tanımlamak üzere kullanılan ifadelerin bu maddenin anlamı ile örtüştüğünü söylemek yanlış olmaz.²³ Bu maddedeki tarif ile m. 1800 birlikte değerlendirildiğinde, hâkimin, sultanın vekili olarak bu görevi yerine getirdiği görülmekle birlikte, buradaki vekâlet ilişkisi borçlar hukukundaki vekâletten bir takım farklılıklar arz etmekte olup mesela, sultanın ölümü ile hâkimin görevi sona ermemektedir.²⁴

Madde 1786 – *Hüküm, hâkimin uyuşmazlığı neticelendirmesi ve çözmesidir. Bu da iki türdür:*

Birinci tür: Hâkimin hükmettim; “iddia olunan şeyi ver” demek gibi sözler ile hüküm konusu olan şeyi yerine getirmeyi, aleyhine hüküm verilen

²¹ Osmanlı devletinde hâkimlerin atanma usulleriyle ilgili olarak bkz. AKGÜNDÜZ, s. 194-197. Hâkimlerin atanma usulleriyle ilgili ayrıca bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 74 vd.

²² “*Hâkim veya hakim 'üş-şer' de denilen kadîların önemli görev ve yetkilerinin Şer'i hükümleri icra; Hanefî mezhebinin tartışmalı olan görüşlerinden en muteber olanı araştırıp uygulama; şer'iyeye sicillerinin (kararların) yazımı; veli veya vasisi olmayan küçükleri evlendirme; yetimlerin ve gaiblerin mallarını muhafaza; vasi ve vekilleri tayin yahut azl; vakıfları ve muhasebelerini kontrol; evlenme akdini icra; vasiyetleri tenfiz ve kısaca bütün hukuki işleri takip ve merkezden gelen emir ve talimatları icra şeklinde sıralanması mümkündür*” (AKGÜNDÜZ, s. 194).

²³ Mesela “*Hâkimler, devlet tarafından uyuşmazlıkların çözümü için atanan, önüne gelmiş olan ceza veya hukuk uyuşmazlıklarını, iddia ve savunmanın ışığında yargılayıp karar veren, bağımsızlıkları ve teminatları anayasa tarafından garanti edilen kimselerdir*” (Abdurrahim KARSLI, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 3. bs., İstanbul 2012, s. 185).

²⁴ KAŞIKÇI, s. 296.

kimseye gerekli kılmasıdır. İşte buna “kaza-i ilzâm”²⁵ ve “kaza-i istihkak” denir.

İkinci tür: “Hakkın yoktur, dava etmeye hak sahibi değilsin” demek gibi sözler ile hâkimin davacıyı çekişme ve davadan men etmesidir. Buna da “kaza-i terk” denilir.

Maddenin ilk fıkrasında hüküm kavramı tanımlanmıştır. Bu tanımda hükmün *uyuşmazlığa* ilişkin olduğu dikkate alındığında, HMK m. 294/1’in cümlesinde geçen “...Yargılama sonunda *uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür*” ifadesi ile benzerlik arz ettiği görülmektedir. Gerçekten hüküm ile karar arasında fark olup hüküm, maddi açıdan çekişmeyi halleden kararlara münhasırdır. Karar ise, tarafların maddi hukuk bakımından durumlarına tesir etmeyip sadece usul bakımından neticeler doğuran, mahkeme beyanlarına ilişkindir.²⁶ Maddeye ilişkin olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, hükmün fonksiyonlarını belirtmiş olmasıdır. Maddede geçen ve *neticelendirmek* ile *çözmek* şeklinde günümüz Türkçesine çevirdiğimiz *kat’* ve *hasmeylemek* terimleri hükmün barındırması gereken iki temel fonksiyonu ifade etmektedir. Gerçekten bir hüküm, şekli anlamda kesinleşmek sûretiyle *uyuşmazlığı neticelendirme* fonksiyonunu yerine getirmekle birlikte aynı hükmün, *uyuşmazlığı çözmek* fonksiyonunu yerine getirip getirmediği daha geniş bir zaman diliminde anlaşılmaktadır. Zira şekli anlamda kesinleşerek kesin hüküm mahiyetini alan ve bu sûretle *uyuşmazlığı neticelendiren* bir hüküm, ağır yargılama hataları sebebiyle *uyuşmazlığı maddi gerçeğe uygun olmayan bir şekilde çözmüş* (diğer bir anlatımla *çözememiş*) ise, belli şartlar altında yargılamanın iadesi prosedürü işletilerek bu hükmün bertaraf edilmesi sağlanabilecektir.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında ise, Mecelle, kendine özgü şekilde, davanın kabulüne ilişkin hükmü *kaza-i ilzâm* ve *kaza-i istihkak* şeklinde, davanın reddine ilişkin hükmü ise *kaza-i terk* şeklinde isimlendirmektedir. Görüldüğü üzere, m. 1786/2 ve 3, hükmü olumlu

²⁵ “Kaza-i ilzâm: Hâkimin muhakemeyi vech-i mahsus üzere hall ve fasl ederek ‘Şöyle hükm ve kaza veya ilzam etdim, iddia edilen şeyi müddeýye ver.’ demek gibi sözleriyle mahkûmünbihi mahkûmünaleyhe lâzım kılmasıdır...” (BİLMEN, s. 204).

²⁶ BİLGE/ÖNEN, s. 606.

hüküm ve olumsuz hüküm şeklinde ikiye ayırmakta, olumlu hükümde (kaza-i ilzâm veya kaza-i istihkak), hâkim dava olunan şeyin davacıya verilmesine hükmetmekte, olumsuz hükümde (kaza-i terk) ise davacının dava konusu üzerinde iddia ettiği hakkının olmadığına hükmetmektedir.²⁷

Madde 1787 – *Hüküm konusu, hâkimin davayı kaybedeni yerine getirmeye mecbur kıldığı şeydir ki kaza-i ilzâmda davacının hakkını yerine getirmesi, ödemesi ve kaza-i terk'de davacının çekişme ve davadan vazgeçmesidir.*

Bu maddede, *hüküm konusu*, bir önceki maddede yer alan kaza-i ilzâm ve kaza-i istihkak kavramlarıyla bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Buna göre, davanın kabulüne ilişkin hükümde, *hüküm konusu*, aleyhine hüküm verilen davalının, davacının hakkını yerine getirmesi, davanın reddinde ise, davacının çekişme ve davadan vazgeçmesi şeklinde ortaya çıkar.

Madde 1788 – *Mahkûmun aleyh; aleyhine hüküm verilen, davayı kaybeden şahıstır.*

Madde 1789 – *Mahkûmun leh; lehine hüküm verilen, davayı kazanan şahıstır.*

Madde 1788 ile 1789'da aleyhine hüküm verilen ve lehine hüküm verilen tabirleri ifade edilmiştir.

Madde 1790 – *Tahkim, uyuşmazlık taraflarının, husumet ve davalarını sonuçlandırmak için rızaları ile bir başka kimseyi hâkim kabul etmelerinden ibarettir. O kimseye hakem veya muhakkem denir.*

Maddede tahkim kavramının tanımı yapılmıştır. Bununla birlikte tahkime ilişkin ayrıntılı hükümlere bu kitabın dördüncü kısmında, m. 1841 - 1851 arasında yer verilmiştir. Öğretide tahkimi (tahkim sözleşmesini) tanımlayan ifadeler, bu hükümdeki tanımla benzerlik arz etmektedir.²⁸ HMK m. 412/1 hükmü de *tahkim sözleşmesini*, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya

²⁷ KAŞIKÇI, s. 305-306.

²⁸ Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, *Medenî Usul Hukuku*, s. 816; Rabi KORAL, "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim", *İÜHFİM*, C. 13 (S. 1), 1947, s. 193-194; KARSLI, s. 905; BİLGE/ÖNEN, s. 742-743; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin, Ankara 2013, s. 1072.

doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma şeklinde tanımlamaktadır.

Madde 1791 – *Vekil-i musahhar, mahkemeye getirilemeyen davalıya hâkim tarafından atanan vekildir.*

Vekili musahhar, Mecelle’de öngörülen yargılama usulüne özgü olarak davaya getirilemeyen davalı için hâkim tarafından atanan vekil olup bunun karşılığı gösterilebilecek müstakil bir düzenleme HMK’da yer almamaktadır. Bununla birlikte “taflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse, bu konuda kesin bir karar verilinceye kadar yargılama ertelenebilir” şeklindeki HMK m. 56/1 ile “taflardan biri kanun gereğince tedavi, gözlem veya koruma altına alınmış yahut başkalarıyla görüşmekten yasaklanmış olup da kendisi veya vekilinin mahkemede bulunması mümkün değilse, o kimse hakkında davayı takip için kayyım atanıncaya kadar yargılama ertelenebilir” şeklindeki HMK m. 56/2 vekil-i musahhar terimini çağrıştıran düzenlemeler olarak sayılabilir. Bunun dışında, “davasını kendisi takip eden kimse, duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim kendisini uyarır; bu uyarılara uyulmaz ve gerekli görülürse kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verip, hemen duruşma salonundan dışarıya çıkartılmasını sağlar; vekil ile temsil ettirmemesi hâlinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır” şeklindeki HMK m. 79/2, hâkimin gerekli hallerde, tarafın kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verebileceğini göstermektedir.

Birinci Kısım

Hâkimlerle ilgili olup dört bölümü içerir.

Birinci Bölüm

Hâkimin vasıflarını açıklar.

Madde 1792 – *Hâkim; bilge, iyi kavrayışlı, doğru ve güvenilir, kararlı, itibar edilir olmalıdır.*²⁹

²⁹ Ayrıca bkz. KAŞIKÇI, s. 296. “Hakîmden maksad, âkil, âdil, sâlih olan zattır. Fehimden maksad, anlayışlı, fetanetli, vücuh-ı fikha, sünnete, âsâra ve nâsın âdetlerine vâkıf bir zat demektir. Müstakimden maksad, doğru

Hâkimin vasıflarına ilişkin bu ilk maddede, daha ziyade hâkimlerin sahip olması gereken ahlaki özellikler ile bilgi düzeyine değinildiği görülmektedir. Bu hükme paralel olarak 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun, hâkim ve savcı adaylığına atanabilmek için gerekli koşulları gösteren 8. maddesinin birinci fıkrasının “*Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak*” şeklindeki (j) bendi, “*Her adayın vazifesini yapmakta gösterdiği kabiliyet ve başarı ile görevine bağlılığı ve ahlaki gidişine dair bilgi; çalıştığı daire amirleri tarafından o dairedeki staj süresinin sonunda düzenlenip, mensup olduğu adalet komisyonuna verilecek belgeler ile adalet komisyonunun mütalaasından ve adalet müfettişlerinin raporlarından alınır*” şeklindeki 11. maddesinin birinci fıkrası ile son olarak “*Adaylık süresi içindeki davranışlarında hâkimlikle bağdaşmayacak tutumları, göreve devamsızlığı, bilgi ve iş yapma kabiliyeti bakımından yeterli olmadığının tespit edilmesi*” halinde hâkim adayının, adaylığına Adalet Bakanlığı'nca son verileceğine ilişkin 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükümleri gösterilebilir. Son olarak kısmen de olsa “*Hâkim, mahkemede tüm yargılama aşamalarında düzeni ve uygun hareket edilmesini sağlamalı, davanın tarafları, jüri üyeleri, tanıklar, avukatlar ve diyalog kurduğu resmi bir sıfatı haiz diğer kişilerle ilişkilerinde sabırlı, nazik ve vakur olmalıdır*” şeklindeki **Birleşmiş Milletler 2003/43 sayılı Bangalor Yargı Etiği İlkeleri**³⁰ 6.6 düzenlemesi de bu hükme paralel gösterilebilir.

sözlü olan, hilekâr, muannid olmayan, nâsdan rüşvet veya hediye almayan, namusu muhtel bulunmayan zattır. Eminden maksad; gadirden, hiyanetden beri, mevsuk, mutemed zât demektir. Mekinden maksad; mekânet ve şeref sahibi olan, hafifül'meşreb olmayan, esafil-i nâsdan bulunmayan kimsedir. Metinden maksad; kavi, tesirata tâbi olmakdan beri, unf ve gazab göstermeksizin pek ciddî, mehîb, sabırlı zattır. Salâh-ı halden maksad, diyanet ve ahlâk muktezası olan güzel ef'âl ve harekât ile ittisaf demektir” (BİLMEN, s. 213). Hâkimin vasıfları hususunda ayrıca bkz. BİLMEN, s. 213-219.

³⁰ Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla (tanımlar kısmı çıkarılarak) benimsenmiştir (<http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf>, s. 7).

Madde 1793 – *Hâkim, hukuki konular ile muhâkeme usulünü iyi bilmeli ve bu bilgisini çeşitli olayların davalarına tatbik edip uygulayarak bu davaları neticelendirip karara bağlayabilmelidir.*³¹

Bu madde, hâkimin hukuk bilgisini maddi hukuk ile usul hukuku bağlamında iki açıdan ele almakta ve hâkimin söz konusu hukuk bilgisini davalara tatbik edebilecek yeterliliğe sahip olabilmesini aramaktadır. Günümüzde hâkim olabilecek kişinin bu vasıfları taşıyıp taşımadığını ölçebilmek hususunda hâkimlik ve savcılık sınavları misal olarak gösterilebilir. Nitekim bu sınavların yazılı kısmının mesleki içeriğini teşkil eden konular, adli yargı hâkimlik (ve savcılığı) için “*anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılama usulü, ticaret hukuku, icrâ ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılama usulü, idarî yargılama usulü ve idare hukuku*” (HSK m. 9/A, f.3, bent. a) ile idari yargı hâkimliği için “*anayasa hukuku, idare hukuku, idarî yargılama usulü, hukuk yargılama usulü, borçlar hukuku (genel hükümler), medenî hukuk, ceza hukuku (genel hükümler), vergi hukuku, vergi usul hukuku ve maliye-ekonomi*” (HSK m. 9/A, f.3, bent. b) şeklinde belirtilmiştir. Bunun dışında yazılı sınavda başarılı olan adaylar arasında yapılan mülakat sınavının içeriği de hâkim adaylığına atanacak kişinin “*muhâkeme gücünü, bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğini, genel ve fizikî görünümünü, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunu ve liyakatini, yetenek ve kültürünü, çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığını*” ölçmeye yönelik olmaktadır (HSK m. 9/A, f.9, bent. a-e). Bu düzenlemelerin dışında, “*Hâkim, yargıçlar için yargının kontrolünde yapılan eğitim ve diğer fırsatları kollayarak, yargısal görevlerin düzgün bir şekilde icrâsı için meslekî bilgisini, becerisini ve bireysel yeteneklerini sürdürmek ve artırmak için gerekli adımları atmalıdır*” şeklindeki Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 6.3 düzenlemesi ile “*Hâkim, uluslararası sözleşmeleri ve insan hakları normlarını oluşturan diğer belgeleri kapsayan uluslararası hukuk gelişmeleri hakkında kendisini sürekli güncellemelidir*” şeklindeki 6.4 düzenlemesini burada saymakta yarar vardır.

³¹ “*Mamañih Eimme-i Haneñyyeye göre hâkimin herhalde âlim olması şart değildir. Bilmediğı hususlarda başkasının fetvâsiyle hüküm eder. Hattâ denilmiştir ki, bilgisi az olduğı halde müttteki buhunan bir zat, hâkimliğe fâsık olan âlimden evlâdır (Hâniyye, Fethü'l-Kadir.)*” (BİLMEN, s. 214).

Madde 1794 – *Hâkimin tam ehliyetli olması gerekir.*³²

Bundan dolayı küçük, bunamış, kör ve tarafların yüksek seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kimsenin verdiği hüküm geçerli değildir.

Maddenin birinci fıkrası, hâkimin tam ehliyetli, yani bâliğ, âkil ve hür³³ olmasını aramaktadır. İkinci fıkrada ise, bu şartlar nedeniyle küçük, bunamış, kör ve tarafların yüksek seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kimsenin verdiği hükmün geçerli olmadığı ifade edilmiştir. HSK'nın hâkimlik ve savcılık adaylığına atanmak için gerekli kriterleri gösteren 8. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi ise *hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya sakatlığı, alışılmıştın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özürlü durumları bulunmamak* şartlarını aramaktadır.

İkinci Bölüm/Fasl-ı Sâni

Hâkimin ahlâken uyması gereken hususları açıklar.

Hâkimin ahlâken uyması gereken hususları açıklayan bu ikinci bölüm hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, bunların Bangalor Yargı Etiği İlkeleri düzenlemeleri ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Nitekim anılan düzenlemeler “bağımsızlık”, “tarafsızlık”, “doğruluk ve tutarlılık”, “dürüstlük”, “eşitlik”, “ehliyet ve liyakat” şeklinde ifade edilen altı temel değer üzerine kurulmuştur. Mecelle'nin bu bölüme ilişkin aşağıda sıralanan hükümleri ise, bu değerler ve bunlar üzerine kurulan uygulama düzenlemelerinin birçoğu ile paralellik arz etmektedir.

³² Ayrıca bkz. BİLMEN, s. 215 vd; KAŞIKÇI, s. 296.

³³ Bunun dışında, hâkimin (kadının) Müslüman olması (fakat Osmanlı hukukçuları zimmînin zimmîye kadılık yapmasını caiz görmüşlerdir) gereklidir. Had ve kısâs cezalarının verilmesi gereken davalar dışında kadînin erkek veya kadın olması caiz olmakla birlikte uygulamada kadın hâkime rastlanmamıştır. Bkz. AKGÜNDÜZ, s. 197. “*Hâkim olmak için zükûret, cumhura göre hükmün sıhhati hususunda şart değildir. İmam-ı Azama göre kadınlar da şahadetleri makbul olan hususlara, meselâ: Emvâle müteallik dâvâlarda hakim olabilirler. İbn-i Cerir-i Taberî'ye göre kadınların her hususda alelülak hâkim olmaları caizdir. (Muğni, Bidayetül'müçtehid.)*” (BİLMEN, s. 214).

Madde 1795 – *Hâkim, yargı meclisinde alışveriş ve şaka gibi meclisin saygınlık ve itibarını giderecek iş ve davranıştan sakınmalıdır.*

Bu madde hâkimin “yargı meclisinde” (günümüz için duruşma salonunda) sakınması gereken davranışları örnek kabilinden göstermektedir. Yani bu hareketler hakim için uygun olmayan (yasak) hareketlerdir. Burada bir davranışın yasak kapsamına girip girmediğini belirleyen ölçüt “yargı meclisinin saygınlık ve itibarını giderip gidermediği” olacaktır. Bu maddeye benzer şekilde, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 6.7 düzenlemesi de “*Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz*” demek suretiyle söz konusu prensibi daha genel düzeyde ifade etmiştir.

Madde 1796 – *Hâkim uyuşmazlığın taraflarından hiçbirinin hediyesini kabul etmez.*

Mecelle'nin bu düzenlemesine benzer şekilde HSK m. 68/2-f, hâkimin, *doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemesi ve görev sırasında olmasa dahi çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul veya iş sahiplerinden borç istemesi veya almasını* “yer değiştirme” disiplin cezasının verilmesini gerektiren bir davranış olarak öngörmüştür. Bunun dışında Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 4.14'de yer alan “*Hâkim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hâkim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir teberrû ya da bir iltimas talebinde ne bulunabilir ne de kabul edebilir*” şeklindeki düzenleme de m. 1796 ile benzerlik göstermektedir.

Madde 1797 – *Hâkim, iki taraftan hiçbirinin ziyafetine gitmez.*

Hâkimin, taraflardan birinin ziyafetine gitmesi HSK'da hâkime disiplin cezası verilmesini gerektiren haller arasında açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, böyle bir davranış, HSK'nın 68. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde hâkimin, yaptığı işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırması yer değiştirme disiplin cezasının verilmesini gerektiren bir davranış olarak sayılmıştır. Bu disiplin cezasının verilmesi, aynı fıkranın (c) bendine de dayandırılabilir. Yine hâkimin taraflardan birinin ziyafetine gitmesi, hem HSK m. 68/2-f hem de Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 4.14'deki düzenlemeyi akla getirebilmektedir. Zira ziyafet de bir hediye mahiyetinde değerlendirilebilir. Dolayısıyla Mecelle'nin bu maddesiyle,

HSK'nın adı geçen düzenlemeleri arasında bir örtüşmenin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Madde 1798 –*Yargılama sırasında hâkim, taraflardan yalnız birini hanesine kabul etmek ve bu yargı meclisinde (taraflardan) biriyle yalnız kalmak ya da ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret etmek veya onlardan birine gizli söz yahut diğerinin bilmediği dil ile söz söylemek gibi itham veya şüpheye sebep olabilecek hal ve davranışta bulunmamalıdır.*

Bu madde, hâkimin yargılama sırasında itham ve şüpheye sebep olabilecek hal ve davranışlardan kaçınması gerektiğini belirtmektedir. Elbette hâkimin, taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret etmesi veya gizli bir şey söylemesi, belirli şartlar altında HMK'nın 36. maddesi kapsamında değerlendirilerek hâkimin reddi sebebi sayılabilir. Bunun dışında, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, “*Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır*” şeklindeki 2.2 düzenlemesi, “*Hâkim, meslekî davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır*” şeklindeki 3.1 ile “*Hâkimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir*” şeklindeki 3.2 düzenlemeleri de m. 1798 ile benzerlik arz etmektedir.

Madde 1799 –*Hâkim, uyuşmazlığın tarafları arasında adil olmakla yükümlüdür.*

Bundan dolayı, her ne kadar taraflardan biri ileri gelenlerden ve diğeri sıradan biri olsa da, yargılama sırasında tarafları oturtmak, kendilerine bakmak ve sözü yöneltmek gibi yargılamaya ilişkin işlemlerde tamamen adalete ve eşitliğe riayet etmelidir.

Bu madde, adaletle yargılama yapılmasını, yargılama sırasında hâkimin taraflara yönelik tutum ve davranışları noktasından hareket ederek örneklerle açıklamaktadır. Hâkimin yargılama sırasında tarafları oturtmak, kendilerine bakmak gibi davranışlarda taraflar arasında adalete ve eşitliğe riayet etmesi, yargılamanın adabıyla daha yakından ilgili olmakla birlikte, özellikle taraflara söz verilmesi hususundaki bu yükümlülük, her iki tarafın adil yargılama hakkını (HMK m. 27) eşit bir şekilde kullanabilmesi için doğrudan önem arz etmektedir. Bangalor

Yargı Etiği İlkeleri'nin 5.1 – 5.5 arasındaki düzenlemeleri bu hükümle benzerlik gösterir.³⁴ Bunlardan özellikle “*Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı olarak hareket edemez*” şeklindeki 5.2 düzenlemesi burada belirtilmeye değerdir.

Üçüncü Bölüm/Fasl-ı Sâlis

Hâkimin görevlerini açıklar.

Günümüzdeki karşılığı esas alındığında, bu bölümün, mahkemenin görev ve yetki kurallarını ihtiva ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, aşağıdaki hükümler incelendiğinde, hâkimin görevinin HUMK ve HMK’da olduğu gibi sadece yer ve madde bakımından değil, zaman bakımından da sınırlandırabileceği görülmektedir. Bunun dışında üçüncü bölüm, kendine özgü olarak, birden fazla hâkimin mevcut olmasının hüküm verebilme ehliyetine etkisi, tarafların davaya hangi hâkimin bakacağı hususunda anlaşamaması ihtimali, hâkimin görevden alınmış

³⁴ **Bangalor Yargı Etiği İlkeleri**'nin ilgili düzenlemeleri şu şekildedir: “*Hâkim, toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olamamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebepler) şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır*” **5.1.** “*Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı olarak hareket edemez*” **5.2.** “*Hâkim, yargısal görevlerini; davaya mesnet olmayan ve yargı görevinin düzgün bir şekilde işleminde ehemmiyetsiz olan sebeplerde bir ayrımcılığa gitmeksizin davanın tarafları, tanıklar, avukatlar, mahkeme personeli ve yargı görevini icra eden meslektaşları dâhil herkes için uygun yasal mülahazalarla yerine getirmelidir*” **5.3.** “*Hâkim, mahkeme personeline veya hâkimin nüfuzu, yönetimi veya denetimi tahtında olan diğer kişilere; hâkimin önüne gelmiş bir konuda, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak, bireyler arasında ayrımcılık yapmalarına izin vermemelidir*” **5.4.** “*Hâkim, mahkeme önündeki yargılama aşamasında, avukatlardan; sözleriyle ya da davranışlarıyla, yargılama konusunun ve savunma konusunun bu sebep olması hali dışında, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı meyilli ya da önyargılı olduklarını izhar etmemelerini talep etmelidir*” **5.5.**

olmasının mevcut davalara etkisi, hâkim yardımcısının atanması ve yetkileri hususlarında bilgi vermektedir.

Madde 1800 – *Hâkim, yönetim tarafından yargılamayı yürütmeye ve hüküm vermeye vekildir.*³⁵

Hâkimin, yargılamayı yürütmeye ve hüküm vermeye yetkili olduğunu gösteren bu madde, HMK'nın *yargılamanın sevk ve idaresi* başlıklı 32. maddesinin “*yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır*” şeklindeki birinci fıkrası hükmünü akla getirmektedir. Düzenleme, aynı zamanda hâkimin atanma usulüne de işaret etmektedir. Günümüzde hâkimlerin nasıl atanacağı, HSK'nın 13. maddesinde gösterilmiştir.

Madde 1801 – *Yargı (yetkisi); zaman, yer ve bazı hususların istisnası ile sınırlandırılmış olabilir.*³⁶

Mesela, bir yıl süre ile hüküm vermeye vazifeli olan hâkim sadece o yıl içinde hüküm verebilir. O yılın gelmesinden önce veya bitmesinden sonra hüküm veremez. Yine aynı şekilde, belli bir kazada³⁷ hüküm vermek

³⁵ “Kadıların rü'yet edecekleri başlıca şeyler şunlardır: 1-: Husûmetleri fasl. 2-: Hakları ahz ve müstahiklerine defi' 3-: Yetimlerin, mecnunların, mahcurların, gazilerin mallarına nazar, müflisleri hacr. 4-: Evkafa nezaret. 5-: Velileri bulunmayan kadınları tezvic. 6-: Hudud-ı şer'iyeyi ikâme. 7-: Muayyen imamı bulunmayan yerde Cuma ve bayram namazlarında imâmet. 8-: Muayyen memurları bulunmadığı takdirde zekâtı ve haracı cibâyet.” (BİLMEN, s. 217). “Hâkimler, amme riyasetini haiz olan veliyyül'emr tarafından muhakeme icrasına ve hükm itâsına vekildir. Bu cihetle veliyyül'emr, isterse hâkimi azl edebilir. Hâkim de veliyyül'emr'e arz etmek şartıyla hâkimlikten istifa edebilir.” (BİLMEN, s. 222).

³⁶ “...Çünkü hakim, veliyyül'emrin vekilidir. Vekâlet ise muayyen kuyûd ve şurût ile mukayyed olabilir... Vaktiyle Türkiye'de nâibler, muayyen müddetlerle hakim nasb olunurlardı. Tâ ki, daima kaza ile meşgul olub da sair ulûm ve fînûn ile iştiğalden uzun bir müddet mahrum kalmaları. Bilâhare 1331 tarihinde böyle muayyen müddetlerle nâsb etmek usûlü kaldırılmışdı. İmam'ı Azamdan bir rivayete göre bir kadı emr'i kazada bir seneden ziyade terk edilmez” (BİLMEN, s. 222).

³⁷ Osmanlı devleti idari olarak, önce eyaletlere, eyaletler livalara, livalar kazalara, kazalar nahiyelere ve nahiyeler de köylere ayrılmakta olup nahiyeye ve köyler dışında kalan diğer idari merkezler aynı zamanda birer yargı merkeziydi (AKGÜNDÜZ, s. 194). Önceleri, kaza, kadıların yönettiği

üzere atanan hâkim, o kazanın her mahallinde hüküm verebilir, fakat diğer bir kazada hüküm veremez. Yine, adaletin; kamu yararının gözetilmesi prensibine binaen filân hususa ilişkin dava dinlenip gündeme gelmesin diye yönetimden emir çıksa, hâkim o davayı dinleyip hüküm veremez. Veyahut bir mahkeme hâkimi bazı belirli hususların dinlenmesine yetkili olup da başkasını dinlemeye yetkili olmasa, o hâkim ancak yetkili olduğu hususları dinleyip hüküm verebilir. Başkasını dinleyip hüküm veremez. Yine bir müçtehidin bir konudaki görüşünün, insanların yararına ve çağın gereklerine daha uygun olması sebebiyle onun görüşü ile hareket edilmesi konusunda yönetim kararı mevcut olsa, hâkim o müçtehidin bu görüşüne aykırı ve diğer müçtehidin görüşüne uygun hareket edemez ve hüküm veremez, hüküm verirse hükmü geçersiz olur.³⁸

Bu madde, (maddi anlamda) yargı fonksiyonunun, zaman, yer ve bazı istisnai durumlar ile sınırlandırılabilirliğini öngörmekte olup buna ilişkin ortaya çıkabilecek durumlara örnekler sunmaktadır. Hükümde verilen örnekler incelendiğinde, zaman bakımından getirilen sınırlandırmanın kendine özgü bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Buna mukabil, hâkimin yargılama yetkisinin yer bakımından sınırlandırılmasını gösteren örnek, yetki kavramından ziyade günümüzdeki yargı çevresi kavramının karşılığını oluşturmaktadır. Zira

yerleşim yeri olup burada kadı, hem belediye başkanının hem kaymakamın yetkilerine haiz olup aynı zamanda o kazadaki mahkemenin de başkanıydı. Bunun dışında, sefer sırasında kazadan geçecek ordunun iâşesini sağlamakla yükümlüydü. Tanzimat sonrası taşra teşkilatında ise, kadıların mülki, beledi ve askeri yetkileri kaldırılarak sadece adli işlerdeki yetkileri bırakıldı ve bunlar Şeyhülislamığa bağlandı. Tanzimat'tan sonra her kazaya önce kaza müdürü, 1858'den itibaren kaymakam adıyla bir mülki amir tayin edilerek, kadılarda sadece yargı yetkisi bırakılmıştır (AVCI, s. 95-96). "Muayyen bir mahkemede hükme mezun olan bir hâkim, yalnız o mahkemede hüküm eder, başka mahkemelerde hüküm edemez. Kezalik: Muayyen bir kazada hüküm etmek üzere nasb edilen bir hâkim, o kazanın her mahallinde, meselâ herhangi bir köyünde hükmedebilir. Fakat başka kazada hüküm edemez" (BİLMEN, s. 222).

³⁸ Ayrıca bkz. Adnan KOŞUM, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslâm Hukuku", *AÜİFD*, 47 (1), 2006, s. 55-66.

bir mahkemenin (hâkimin) yargılama yapabileceği coğrafi alanın sınırları yargı çevresi kavramı ile ifade edilmektedir. Buna mukabil yetki, doğal hâkim prensibi gereğince bir davaya hangi yerdeki mahkemenin bakacağını belirleyen kuralları ifade etmektedir. Bir diğer örnek olan, *adaletin, kamu yararını gözetim* prensibi çerçevesinde bazı husustaki uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeye getirilmekten istisna tutulması halinde hâkimin o husustaki davayı dinleyip hüküm verememesi de kendine özgü bir hükümdür. Zamanaşımı meselesinin bu kabilden olduğu dile getirilmiştir.³⁹ Devamında verilen örnek ise, hukuk yargılamasında özel mahkemeler için görev açısından getirilen sınırlandırmaya paralellik arz etmektedir. Maddede verilen son örnek ise, belirli şartlar altında bir *müçtehid görüşünün* uygulamada yönetim emriyle benimsenmesi açısından yine kendine özgü bir hüküm olma özelliği taşımaktadır.

Madde 1802 – *Bir davayı birlikte dinleyip hüküm vermek üzere atanan iki hâkimden sadece biri o davayı dinleyip hüküm veremez, verirse hükmü geçerli olmaz.*⁴⁰ (1465). maddeye bak.⁴¹

Bu madde, bir davayı dinlemek üzere iki hâkim atanması halinde, bunlardan her birinin tek başına hüküm veremeyeceğini öngörmektedir.

Madde 1803 – *Birden fazla hâkimi olan şehirde uyuşmazlığın taraflarından biri, bir hâkimin ve diğeri başka bir hâkimin huzurunda*

³⁹ Bkz. BİLMEN, s. 223.

⁴⁰ “...Çünkü bu dâvâda müteaddid hakimlerin reylerinin içtimalı meşrutdur. Fakat bir mahkemede bulunan hükimlerden her biri müstakillen hükme mezun olursa her birinin hükmü nâfiz olur. Vaktiyle İstanbul kadısı ile muavini böyle mün'feriden hükme mezun bulunurlardı” (BİLMEN, s. 223).

⁴¹ Bu maddenin göndermede bulunduğu 1465. madde şu şekildedir: “Bir kimse iki kişiyi birden tevkil etse vekil oldukları hususda yalnız birisi tasarruf yani ifa-yı vekâlet edemez.

Fakat husumete yahut redd-i vedi'aya veyahut kaza-i deyne vekil iseler yalnız birisi ifa-yı vekâlet edebilir.

Amma bir kimseyi bir hususa vekil ettikten sonra diğeri dahi re'sen o iş vekil ettiği surette her hangisi ifa-yı vekâlet etse câiz olur”

yargılanmak isteyip bu şekilde aralarında ihtilaf mevcut olsa, davalının seçtiği hâkim tercih edilir.⁴²

Bu madde, aynı şehirde birden fazla hâkimin bulunması ve tarafların hangi hâkim huzurunda muhâkeme olunacağı hususunda anlaşamaması halinde, davalının seçtiği hâkime öncelik tanımaktadır. Madde, *genel yetkili mahkeme* kuralı ile benzer görünmekle birlikte aslında farklı bir hususa işaret etmektedir. Zira genel yetkili mahkeme, hem davalının seçtiği mahkemeye değil, davalının, davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesine davayı dinleme yetkisi tanımakta hem yetki kuralları, mahkemelerin yargı çevresinin farklı olduğu durumlarda işlerlik kazanmaktadır. Bu madde ise, aynı yargı çevresinde birden fazla hâkimin mevcut olması halinde, tarafların hangi hâkim huzurunda muhâkeme olunacakları hususunda ihtilafa düşmeleri ihtimaline binaen tesis edilmiştir.

Madde 1804 –*Bir hâkimin görevden alınması gerçekleşmekle birlikte, bir süre görevden alma haberi kendisine ulaşmamışsa, o süre içinde bazı davaları dinlenmiş ve sonuçlandırmış olsa sahîh olur.*

*Fakat görevden alma haberinin ulaşmasından sonra ortaya çıkan hükmü sahîh olmaz.*⁴³

Bu madde, hâkimin görevden alınması halinde, görevden alma haberi kendisine ulaşana kadarki zaman içinde vermiş olduğu hükümlerin geçerli olacağını göstermektedir. Bununla birlikte, hâkimin görevden alma haberinin kendisine ulaşmasından sonra verdiği hükümler geçerli olmayacaktır. Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 44 ise “*Hakimler ve savcılar azlolunamazlar. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevkolunamazlar. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği*

⁴² “... Bu İmam Muhammed’in kavlidir, müftabih olan da budur. Çünkü müddealeyh, beraat-i zimmetini iddia etmektedir. Beraat-i zimmet ise asıldır. Bu cihetle müddealeyhin arzusuna riâyet evlâdır. İmam Ebû Yusuf’a göre ise müddeinin ihtiyar hâkim tercih olunur (Bezzâziyye.)” (BİLMEN, s. 223).

⁴³ Ayrıca bkz. “Bir kadı azl edildikten sonra kendisinin evvelce vukubulmuş olan hükmü hakkında başkasıyla beraber şehadetde bulunamaz. Çünkü bu, kendi fi’iline şahadet demektir” (BİLMEN, s. 226).

kesin olarak anlaşılabilir ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır” demek sûretiyle, kanundaki istisnalar dışında, hâkimlerin ve savcılarının azlolunamayacağını öngörmektedir.

Madde 1805 – *Hâkim, eğer naip atamaya ve görevden almaya yetkili ise, başka birisini kendisine yardımcı atayabilir ve onu görevden alabilir, değilse alamaz ve kendisinin görevden alınması veya ölmesi ile yardımcısı azledilmiş olmaz. (1466). maddeye bak.*⁴⁴

Bundan dolayı, bir kazanın hâkimi vefat edince yerine diğer hâkim gelinceye kadar o kazada ortaya çıkan davayı vefat eden hâkimin yardımcısı dinleyip hüküm verebilir.

Bu madde, hâkime naip atama ve onu görevden alabilme yetkisi verilebileceğini göstermekte, hâkimin görevden alınması veya ölmesi halinde atadığı nâ'ibin azledilmiş olmayacağına işaret etmektedir. Naipiler kâdîların yargı görevini yaparken en önemli yardımcıları olup hâkimlerde aranan bilgi ve tahsil şartı bunlarda da aranmaktaydı. Kâdîlar kendi naiplerinin hukuka uygun olarak verdiği hükmü reddedemez, yeniden yargılanma talebi hukuka büyük bir saygısızlık olarak kabul edilirdi.⁴⁵ Fakat yargı görevini vekâleten yürüten naipiler, görevlerini kötüye kullandıkları veya ihmal ettiklerinde, kâdî tarafından azledilir, bazı hallerde merkezi hükümet kâdîyı nâ'ibini azletmesi için uyarırdı.⁴⁶

Madde 1806 – *Hâkimin dinlediği delil ile yardımcısı ve yardımcının dinlediği delil ile hâkim hüküm verebilir.*

Şöyle ki, hâkim bir dava hakkında delil dinler ve yardımcıya bildirirse yardımcısı, yeniden delil istemeksizin bu hâkimin bildirmesi ile

⁴⁴ Bu maddenin gönderme yaptığı 1466. madde şu şekildedir: “*Bir kimse vekil olduğu hususda başkasını tevkil edemez.*

Meğer ki müvekkil ona izin vermiş veyahut re'yinle amel et demiş ola. Ol halde vekil başkasını tevkil edebilir. Ve bu veçhile vekilin tevkil ettiği kimse müvekkilin vekili olur. Yoksa ol vekilin vekili olmaz. Hattâ vekil-i evvelin azli ile yahut vefatı ile vekil-i sâni mün'azil olmaz”

⁴⁵ AVCI, s. 107.

⁴⁶ AVCI, s. 107. Mesela bkz. “*Şer'i meseleleri kitaplardan çıkarmaya kâdir olmayan nâibin azli lâzım olur mu? Cevap: Olur” Ebussuûd, Veli-1, vr. 120a (AVCI, s. 106).*

hüküm verebilir ve hükme yetkili olan yardımcının bir hususta delil dinleyip de hâkimi bilgilendirmesiyle, hâkim yeniden delil istemeksizin yardımcısının bu bilgilendirmesiyle hüküm verebilir. Fakat hüküm vermeye yetkili olmayıp da sadece tetkik ile öğrenip ortaya koymak için delil dinlemekle vazifelendirilmiş olan kimsenin bildirmesi ile hâkim hüküm veremeyip bizzat delil dinlemesi gerekir.

Bu madde, hâkimin, nâ'ibin dinlediği delil ile hüküm verebilmesinin şartlarını göstermektedir. Buna göre, naip hüküm vermeye yetkili ise, hâkim, nâ'ibin dinlediği delil ile hüküm verebilecektir. Keza, hüküm vermeye yetkili naip de, hâkimin dinleyip kendisine bildirdiği delil ile hüküm verebilecektir. Fakat naip, hüküm vermeye değil sadece tetkik için yetkili tayin edilmişse, hâkim, nâ'ibin bildirmesi ile hüküm veremeyip bizzat delil dinlemesi gerekecektir. İlk derece hukuk mahkemesinde hâkim yardımcılığı müessesesi henüz mevcut olmadığından, hâkimin, yardımcının dinlediği delil, mesela bir tanık beyanına dayanarak hüküm verip veremeyeceğine ilişkin düzenlemeler de hâlihazırda mevcut değildir. Fakat temyiz mercii olarak Yargıtay dairelerinde yer alan tetkik hâkimleri, hâkim yardımcılığına benzer bir fonksiyon üstlenmektedir. Temyiz incelemesinde yeniden delil dinleme işlemleri yapılamadığından, burada olduğu gibi tetkik hâkimleri söz konusu işlemleri yapmamakla birlikte, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrası gereğince, kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenleyeceklerdir.

Madde 1807 – *Bir kaza hâkimi başka bir kaza içinde yer alan arazi davasını dinleyebilir. Fakat **Kitab-ı Dava**'da açıklandığı şekilde, o kazanın hukuki sınırlarının bildirilmesi gerekir.*⁴⁷

Bu maddede, bir kaza hâkiminin, kendi yargı çevresi dışında kalan bir kaza içinde yer alan arazi davasını, **Kitab-ı Dava**'da açıklandığı şekilde, o kazanın hukuki sınırlarının bildirilmiş olması şartıyla dinleyebileceği hükme bağlanmıştır. **Kitab-ı Dava**'daki konuyla ilgili m.

⁴⁷ “Bir kaza hâkimi, başka bir kaza dâhilindeki arazi veya diğer akar dâvâsını istima' edebilir. Bazı fukahaya göre bu halde müddealeyh, o hakimin kazası ve velâyeti dâhilinde bulunmalıdır, bu şarttır. Bu takdirde bu hâkim, hükm ettiği husus hakkındaki ilamın icrasını o arazi ve ya akarın bulunduğu kazanın hâkimine yazar gönderir” (BİLMEN, s. 223).

1623 hükmü⁴⁸ ise şu şekildedir: “Müdde’â bih akar ise, hîn-i dava ve şehâdetde beldesi ve karyesi veya mahallesi ve sokağı ve hudûd-ı erba’ası yahut selâsesi ve hudûdunun sahipleri varsa onların baba ve dedelerinin isimleri zikrolunmak lazımdır. Fakat meşhur ve ma’rûf olan adamın yalnız isim ve şöhretlerini zikretmek kâfidir. Baba ve dedesinin isimlerini zikre hâcet yoktur.”⁴⁹

Madde 1808 – Lehine hüküm verilen kişinin; hâkimin, üstsoy ve altsoyundan biri, karısı veya hükmolunacak malda ortağı ya da ücretli çalışanı yahut hâkimin verdiği ücretle geçinen adamı (kendisinin yardımı ile yaşayan birisi)⁵⁰ olmaması gerekir.

Bundan dolayı, hâkim, bunlardan birinin davasını dinleyip lehine hüküm veremez.⁵¹

Bu madde, hâkimin lehine hüküm veremeyeceği kişiler açıklanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında “bunlardan birinin davasını dinleyip lehine hüküm veremez” ibaresi geçtiğine göre, söz konusu hallerin hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu halleri karşıladığı sonucuna ulaşılabilir. Bu haller dışında yargı yetkisi bulunan devlet başkanının, kendisiyle ilgili davalara bakamayacağı da kabul edilmiştir.⁵²

Bu maddeye (kısmen) paralel olarak hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu halleri düzenleyen HMK m. 34/1 düzenlemesi

⁴⁸ AKGÜNDÜZ, s. 897.

⁴⁹ AKGÜNDÜZ, s. 868.

⁵⁰ KAŞIKÇI, s. 297.

⁵¹ “Bir hâkim, kendi nefsi hakkında ve kendi lehine şahadetleri caiz olmayan kimselerin lehine hüküm edemez, ederse nâfız olmaz, bunda töhmet vardır. Binaenaleyh hâkim, kendi lehine ve kendisinin usûl ve fîruundan birinin lehine ve zevcesi veya vekili veya ecîr-i hassı lehine ve hüküm altına alınacak malda şeriki bulunan şahs lehine ve kendisinin infakiyle teayyüş eden şahsın lehine hüküm edemez. Fakat kendi lehine şahadetleri caiz olan akrabası lehine hüküm edebilir. Kezalik: Bir hâkim, kendisiyle aralarında adâvet-i dünyeviyye bulunan kimselerin aleyhine hüküm edemez, bu caiz değildir. Fakat bir kavle göre hâkim, adil olunca bu hükmü caizdir” (BİLMEN, s. 225).

⁵² Nevin ÜNAL-ÖZKORKURT, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *AÜHFD*, 57 (1), 2008, s. 232.

gösterilebilir. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller HMK'da m. 34/1, (a) – (f) bentleri arasında düzenlenmiştir. HMK'da hâkimin davaya bakamayacağı bu hallerden; “kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada” şeklindeki (a) bendi, “aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında” şeklindeki (b) bendi, “kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında” şeklindeki (c) bendinin bu hükümde yer alan sebeplerle benzerlik arz ettiği söylenebilir. Bunun dışında Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 4.4. de yer alan “Hâkim, ailesini temsil eden birisinin davacı olduğu veya böyle bir kimsenin her hangi bir şekilde ilişkili olduğu davalara bakmamalıdır” şeklindeki düzenleme de bu hükme paralel gösterilebilir.

Madde 1809 – *Bir yer hâkiminin yahut onun yukarıda adı geçen yakınlarından birinin o yer halkından bir kimse ile davası olması durumunda o yerde başka bir hâkim varsa onun huzurunda muhâkeme olurlar.*

Eğer o yerde başka bir hâkim yoksa taraflar kendi rızaları ile belirleyecekleri bir hakemin veya o hâkim yardımcı tayin edebilmeye yetkili ise, tarafından tayin edilen yardımcının ya da çevredeki diğer bir hâkimin huzurunda muhâkeme olurlar.

Eğer taraflar bu yollardan birini kabul etmedikleri takdirde yönetimden bu konuda bir yetkili (müvellâ: bu işe mahsus muvakkat bir hâkim⁵³) talep ederler.

Bu hükümde, hâkimin veya 1808. maddede sayılan yakınlarından biri ile o yerdeki başka bir kimse arasındaki davanın, o yerdeki başka bir hâkim huzurunda muhâkeme olunacağını öngörmektedir. Eğer o yerde başka bir hâkim yoksa bu ihtimalde taraflar, kendi rızaları ile belirleyebilecekleri bir hakemin veya hâkim, yardımcı tayin edebilmeye yetkili ise tarafından tayin edilen yardımcının ya da çevredeki diğer bir hâkimin huzurunda muhâkeme olacaklardır. Taraflar bu yollardan birini kabul etmedikleri takdirde, davanın halledilmesi hususunda yönetimden bir “müvellâ” talep edebileceklerdir.

Madde 1810 – *Hâkim, davaların görülmesinde “önce gelen önceliklidir” kuralına uymalıdır.*

⁵³ BİLMEN, s. 225.

*Fakat sonradan gelen bir davanın öncelikle görülmesi özel bir durum ve yarar gereği görüldüğü takdirde, hâkim o davayı öncelikle görür.*⁵⁴

Bu hüküm, davaların hangi sıra ile görüleceğini önce gelen öncedir kuralına bağlamaktadır. Fakat hükmün ikinci fıkrasında, sonradan gelen bir davanın öncelikle görülmesinin özel bir durum ve yarar gereği görülmesi halinde, hâkimin o davayı öncelikle göreceği öngörülmüştür. Bu hükme paralel olarak, kanunda ivedi olduğu bildirilen dava ve işlere ait temyiz incelemesinin öncelikle yapılacağına ilişkin HMK m. 369/7 hükmü gösterilebilir. Bunun dışında hakem kararlarına karşı, tahkim yeri mahkemesinde açılacak iptal davalarının öncelikle ve ivedilikle görüleceğine ilişkin HMK m. 439/1 ile iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulması ihtimalinde, temyiz incelemesinin öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacağına ilişkin HMK m. 439/6 hükümleri örnek gösterilebilir.

Madde 1811 – *Hâkimin, ihtiyaç duyduğunda başkasından yararlanması mümkündür.*

Bu maddede hâkimin, ihtiyaç duyduğunda başkasından yararlanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁵⁵ Buradaki düzenleme *naip* (hâkim yardımcısı) kapsamı dışında kalan kişilerin, hâkime yardımcılığını göstermektedir. Şu halde, buradaki yardımcıdan kasıt

⁵⁴ “Hâkim, müteaddid dâvâlar içtima edince sıraya riâyet ederek akdemini tercihan rü'yet eder. Meger ki birinin tâcili içcab-i hâlden, mukteza-i maslahat bulunsun. O takdirde onun rü'yetini takdim eder” (BİLMEN, s. 224).

⁵⁵ “Kadı, istişareye mâil bulunmalıdır. Yani: Hakikatın tecellisini gaye ittihaz eden bir hâkim, bir hâdisenin hükmü hakkında tereddüd ederse bu hususda ehl-i ilm ile istişare etmelidir. Çünkü bu kendisine yardım eder, kendisini sevaba kavuşturur” BİLMEN, s. 206; “Kadının yanında kâtip bulundurması da bir sünnetdir. Çünkü kendisinin iştiğali, nâsın işlerine nazaran ziyade olduğundan kitâbet işleriyle bizzat uğraşmaya kâdir olamaz. Mamefih kitâbete kâdir olsa da buna bizzat tevelli etmekden ise bu hususda istinabede bulunması evlâldır” (BİLMEN, s. 217). “Hâkim, göreceği hacete mebni başkasından istiftada bulunabilir. Hattâ bulunduğu beldedeki zevatın verecekleri fetvaya itimad etmez de başka beldedeki zevatdan istiftada bulunmakla dâvânın rü'yeti tehire uğrarsa bundan dolayı asim olmaz” (BİLMEN, s. 224).

bilirkişi gibi uyuşmazlığın çözümü için uzmanlık bilgisine başvuru olan kişiler olabilir.⁵⁶

Madde 1812 – *Hâkimin zihni; üzüntü, sıkıntı, açlık ve uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir durum sebebiyle karışık ise hüküm vermeye girişmemelidir.*

Bu hüküm, *Kitab-ül Kazâ*'nın kendine özgü hükümlerinden biridir. Bu maddede, hüküm verebilmek için gerekli olan sağlıklı düşünce yetisinin önemine işaret edilerek, hâkimin üzüntü, sıkıntı, açlık ve uyku basması gibi hallerde hüküm vermeye girişmekten kaçınması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Günümüz düzenlemelerinde *bağlayıcılık* unsuru taşıyacak şekilde bu yönde pozitif bir düzenlemeye rastlamak güç olmakla birlikte, bu hususun yazılı olmayan bir kural olarak her zaman geçerli olacağından şüphe etmemek gerekir. Son olarak, hâkimin kendi zihinsel yapısına ilişkin *farkındalığı* ayrıca önemli olacaktır. Zira dışarıdan tespiti mümkün olabilen psikolojik rahatsızlıklar dışında, bu şekilde tespiti zor olan *üzüntü, sıkıntı* gibi geçici psikolojik durumların hâkimin sağlıklı hüküm vermesini engelleyip engelleyemeyeceği yine onun tarafından tespit edilebilecek bir olgudur.

Madde 1813 – *Hâkim, duruşmada tetkikat yapmakla beraber işi sürüncemede bırakmamalıdır.*

Bu madde, duruşmada tetkikatın gerekliliği fakat bunun işin sürüncemede bırakılmasına yol açmamasına değinerek hem usul ekonomisi ilkesine hem de adil yargılanma hakkına işaret etmektedir. Şu halde, hem hukuki dinlenilme hakkına ilişkin HMK m. 27'nin hem "*hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür*" şeklindeki HMK m. 30/1'in bu hükümle benzerlik arz ettiği söylenebilir. Yine "*Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir*" şeklindeki Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 6.5 de, bu hükme paralellik arz etmektedir.

⁵⁶ Bu husustaki örnekler için bkz. M. Fatih TURAN, "İslam Muhakeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar", *Ata.Ü.İFD*, (33), 2010, s. 146 vd.

Madde 1814 – *Hâkim, mahkemeye dava kayıt defteri koyup vereceği ilamlar ve senetleri hile ve fesattan korunabilecek düzenli bir şekilde o deftere kayıt edip yazar ve onun korunmasına özen gösterir. Ve kendisi görevden alındığında ya bizzat ya da mahkeme emini vasıtası ile bu kayıtları halefi olan hâkime devir ve teslim eder.*⁵⁷

Bu hüküm anılan dönemde hâkimin mahkeme yazı işlerinde doğrudan görevli ve sorumlu olduğunun bir göstergesidir. *Dava kayıt defteri* şeklinde günümüz Türkçesine uyarladığımız *sicillât defteri*'nin, ilâm ve senetlere ilişkin kayıtları ihtiva ettiğinden hareketle, bu defterin HMK-Yön. m. 11'de düzenlenen "*karar kaydı*" ile m. 31'de düzenlenen "*kıymetli evrak ve eşya kaydı*"na karşılık geldiği söylenebilir.

Dördüncü Bölüm/Fasl-ı Râbi'

Yargılamanın şekline ilişkindir.

Yargılamanın nasıl yürütüleceğini gösteren bu bölümdeki hükümler genel olarak değerlendirildiğinde, Mecelle'nin günümüzdeki prosedürlerin mantıksal yapısıyla örtüşen bir prosedür öngördüğü görülmektedir. Buna göre, ilk olarak iddia ve savunma ortaya konacak, sonra bu iddia ve savunmaların ispatı yönünde tahkikat faaliyeti yürütülecek ve son olarak uyuşmazlığa ilişkin hüküm verilecektir.

Madde 1815 – *Hâkim, yargılamayı alenen yürütür. Fakat hüküm vermeden önce ne şekilde hüküm verileceğini açığa vurmaz.*

Bu madde, yargılamanın aleniliği (aleniyet) ilkesinin Mecelle'deki görünümüdür. Yargılamanın aleniliği ilkesi, mahkeme oturumlarına ilgili olsun olmasın, herkesin girebilmesini ifade eder.⁵⁸ İslam hukukunda aleniliğin, davaların çok defa camilerde görülmesi sûretiyle sağlandığı belirtilmiştir.⁵⁹ HMK'da bu düzenlemenin karşılığını aleniyet ilkesine ilişkin m. 28 oluşturmaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasında, duruşma ve kararların bildirilmesinin aleni olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrada ise duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak

⁵⁷ "... Dâvâcılara verilen ilâmlar, hüccetler gaib veya tahrife maruz olabilir, bu cihetle sicillât-ı mehakime vakit vakit müracaat lâzımgelir" (BİLMEN, s. 224).

⁵⁸ BİLGE/ÖNEN, s. 290.

⁵⁹ Bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 290.

gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir. Mecelle m. 1815'in ikinci cümlesi ise, aleniyet ilkesinin sınırlarına farklı bir noktadan, hüküm vermeden önce ne şekilde hüküm verileceğinin açığa vurulmaması noktasından, yaklaşmaktadır. Bu ikinci cümlenin karşılığı olarak ise, HMK m. 36/1-b'de hâkimi ret sebebi olarak düzenlenen "*davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği hâlde görüşünü açıklamış olması*" hükmü gösterilebilir. Bunun dışında Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 2.4. de yer alan "*Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır*" şeklindeki düzenleme de bu maddeye paralel bir düzenleme olarak gösterilebilir.

Madde 1816 – *Taraflar, muhâkeme olmak üzere hâkimin huzuruna geldiklerinde, hâkim, öncelikle davacıdan davasını anlatmasını ister. Ve eğer daha önce davası yazılı şekilde kaydedilmişse, okumak sûretiyle içeriği kendisine tasdik ettirilir ve ikinci olarak davalıdan buna ne cevap vereceği sorulur.*

Şöyle ki, davacı seni şu şekilde dava ediyor ne diyorsun diye sorar.

İddia ve savunmanın ortaya konmasına ilişkin bu hüküm davanın yazılı bir dilekçe ile açılacağı gibi bunun şart olmadığını göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, HMK, gerek yazılı yargılama usulünde gerek basit yargılama usulünde davanın açılmasının ve davaya cevabın dilekçeyle yapılmasını öngörmüştür (HMK m. 118/1, 126/1, 317/1). Fakat bazı özel kanunlarda, davanın dilekçe vermek yerine sözlü beyanda bulunmak ve bunun tutanağa geçirilmesi şeklinde açılması da öngörülebilir. Mesela yine basit yargılama usulünün uygulandığı icrâ mahkemelerinde talep ve cevapların icrâ mahkemesine ifade zaptettirmek sûretiyle yapılması mümkündür (2004 sayılı İİK m. 18/2). Yine mülga HUMK'un şifahi yargılama usulünde davanın açılmasına ilişkin 474. maddesi de benzer bir düzenleme ihtiva etmektedir: "*İki taraf rızalarıyla her vakit davalarının faslı zımnında sulh mahkemesine şifahen müracaat edebilir. Bu takdirde iddia ve müdafaatını ve esbap ve delailini muhtevi kendileri tarafından yazılmış bir dava zaptı vermeleri lazımdır. Yalnız*

müdde'î dahi sulh mahkemesine şifahen müracaat edebilir. Bu sûrette bir nüshası diğer tarafa tebliğ olunmak üzere iki nüsha dava zabıtnamesi vermesi lazımdır. Yazı bilmedikleri halde hâkim iki tarafın müdde'îyat ve müdafaatını ve esbap ve delailinin neden ibaret olduğunu kâtibe yazdırır. İki taraf gelmişlerse davete lüzum yoktur”

Madde 1817 – *Davalı, ikrar ederse hâkim onu ikrarıyla ilzâm eder ve eğer inkâr ederse hâkim davacıdan delil göstermesini ister.*

Bu maddede, davalının ikrarıyla ilzâm olunacağı, inkârı halinde ise ispat yükünün davacı üzerinde olacağı belirtilmiştir. Buna göre davalının, davacının iddiasını ikrar⁶⁰ etmesi halinde artık delil davacının delil göstermesine gerek kalmayacaktır. Bu şekilde bir düzenlemeden hareketle, Mecelle m. 1817'nin ikrarı, “*tarafaların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakı'alar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez*” şeklindeki HMK m. 188/1 gibi delil gösterilmesine gerek olmayan bir hal olarak düzenlediği sonucuna ulaşılabilir. Eğer davalı, davacının iddiasını inkâr ederse, hâkim davacıdan delil göstermesini isteyecektir. Bu düzenlemeyi, *inkâr edene ispat düşmez* ilkesinin⁶¹ Mecelle'deki somut bir görünümü olarak nitelendirmek mümkündür.

Madde 1818 – *Davacı, delil göstermek sûretiyle davasını ispat ettiği takdirde, hâkim bu delile göre hüküm verir. İspat edemediği takdirde, yemin ettirme hakkını kullanmak istiyorum derse, hâkim onun talebi üzerine davalıya yemin teklif eder.*

Yemin, bir kimsenin bir hakkın varlığını veya yokluğunu hâkim huzurunda Allah'ı şahid tutarak haber vermesi demektir. Şer'i hukukta yemin *vallahi, billahi, tallahi, Allah için yemin ediyorum, Allah'a ahd ediyorum, Allah'a misak ediyorum, Allah hakkı için, Allah'ın kudreti için, Allah'ın azameti için, Allah'ın rahmeti için, kasem ediyorum, half ediyorum, yemin ediyorum, yemin ederim, ahdim olsun, nezrim olsun, yeminim olsun* şeklinde olur.⁶² Kur'an-ı kerim için, Hz. Peygamber (s.a.v.) için, Kâbe için, namusum üzerine söz veriyorum, şerefim üzerine

⁶⁰ Ayrıca bkz. KAŞIKÇI, s. 299-300.

⁶¹ Sema TAŞPINAR, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD*, 45 (1), 1996, s. 549.

⁶² EKİNCİ, s. 385

doğru söylüyorum, canın için, başın için, babam hakkı için, oğlumun başı için gibi sözlerin yemin olmayacağı Hazret-i Peygamber (s.a.v.) tarafından bildirilmiştir.⁶³ Vekil yemin teklif edebilmekle birlikte, müvekkili adına yemin edemez. Yemin ancak karşı tarafın talebi ile teklif olunur.⁶⁴ Dilsizlerin kendilerine mahsus işaretlerle yaptıkları yemin ve yeminden kaçınmaları geçerlidir (m. 1742-1752).⁶⁵ Bir kimsenin kendi fiiline şahitliği mümkün olmadığı halde, kendi fiiline yemini mümkündür.⁶⁶ Bunun gibi, bir şeyin olduğuna dair yemin ettirilebileceği gibi, olmadığına dair de yemin ettirilebilir.⁶⁷ Hâkim veya nâ'ibinin huzurunda edilmemiş yemin muteber değildir. Zimmiler de kendi dinlerine göre yemin ederler.⁶⁸

Taraf yemini düzenleyen bu madde, yemini bir son çare delili olarak öngörmesi bakımından, günümüzdeki düzenlemelerle paralellik arz etmektedir. Bu doğrultuda “*Uyuşmazlık konusu vakı'anın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir*” şeklindeki HMK m. 227/1 ile “*Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez*” şeklindeki m. 227/2 düzenlemelerine burada yer verilebilir. HMK, hâkimin, dava hakkındaki kanaatini kuvvetlendirmek ve hükmünü verebilmek için, iddiasını ispat edemeyen davacıya re'sen teklif ettiği yemini kaldırmıştır. Bu ihtimalde, hâkim diğer delillerden yararlanarak bir kanaate varacaktır. İslam hukuku uygulamasında ise, bazı davalarda kâdî re'sen yemin verdirebilmektedir.⁶⁹

⁶³ Buhari: Eymân 4; Müslim: Eymân 1, (1646); Ebu Dâvud: Eymân 5, (3250), 6, (3253); Tirmizî: Eymân 8, (1534); Nesâî: Eymân 5, (7, 4, 5); Râmûz, 366, 419 (Hâkim). Bkz. EKİNCİ, s. 385-386 dn. 301.

⁶⁴ KAŞIKÇI, s. 303.

⁶⁵ KAŞIKÇI, s. 303.

⁶⁶ KAŞIKÇI, s. 303.

⁶⁷ KAŞIKÇI, s. 303.

⁶⁸ EKİNCİ, s. 385.

⁶⁹ EKİNCİ, s. 385. “*Hâkimin re'sen yemin teklif edeceği haller şu şekilde sayılmıştır: Bir kimse, terekeden bir hak dava ve ispat ettiği takdirde, hâkim, davacıya bu hakkını muristen almadığına, ibra veya başkasına havale*

Madde 1819 – *Davalı yemin ederse veya davacı yemin verdirmezse, hâkim, davacıyı, davalıyla muhâkemededen men eder.*

Burada davacının davayı kaybettiği, yani davanın *kaza-i terk* (bkz. m. 1786) ile sonuçlandığı iki ihtimal verilmiştir. Bu ihtimallerden ilki, davalının yemin etmesi ihtimalidir. İkincisi ise, davasını diğer delillerle ispat edemeyen davacının, davalıya yemin teklif etmemesi ihtimalidir. Bu ihtimallere maddenin bağlamış olduğu sonuçlar günümüzde de aynıdır.

Madde 1820 – *Davalı yeminden kaçınırsa, hâkim, bu kaçınma ile hüküm verir. Eğer hâkim kaçınma ile hüküm verdikten sonra yemin ederim derse, artık buna itibar olunmaz.*

Bu madde ise, yemin teklifi üzerine davalının *yeminden kaçınma* ihtimalinin sonucunu göstermekte olup bu sonuç da, günümüzde aynı ihtimal için öngörülen sonuçla paraleldir. Bununla birlikte, maddede, hüküm verildikten sonra davalının yemini eda etmeye yanaşmasının geçerli olmadığı ayrıca belirtilmiştir. HMK m. 229/1'de de yemin için davet edilen kimsenin, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özürlü olmaksızın bizzat hazır bulunmaması yahut hazır bulunup da yemini iade etmemesi ya da yemini eda etmekten kaçınması halinde yemin konusu vakı'aları ikrar etmiş sayılacağı ifade edilmiştir.

Madde 1821 – *Usulüne uygun, yalan ve yapmacıklık şüphesinden uzak olarak, bir mahkeme hâkimi tarafından verilen ilâm ve senedin –ayrı bir delil aramaksızın- içeriği ile işlem yapmak ve hüküm vermek câizdir.⁷⁰*

etmediğine, borcun başka bir kimse tarafından ifa olunmadığına, bu hak karşılığında murisin rehni olmadığına dair yemin ettirir. Bir kimse bir malda istihkak iddia edip de ispat ettiği takdirde, hâkim, kendisine söz konusu malı kimseye satmamış, hibe etmemiş veya başka bir şekilde bir tasarrufta bulunmamış olduğuna yemin ettirir. Müşteri bir malı, aybından dolayı geri verecek olduğu takdirde, hâkim, kendisine o mal üzerinde sözlü veya fiili olarak ayba razı olduğuna dair bir tasarrufta bulunmadığına yemin ettirir. Hâkim tarafından şuf'a ile hüküm olunacağı zaman şuf'a hakkı sahibine, bu hakkını ortadan kaldıran bir şey yapmadığına dair yemin ettirir” (KAŞIKÇI, s. 303).

⁷⁰ “...Fakat bir ilâmda, bir hüccetde ve bir kayda tezvîr ve tasni' şâibesi his edilirse hakim, bunların bilâ beyyine mazmûniyle hükm etmez, belki bunların mazmununa beyyine taleb eder. Türkiye'de bilâ beyyine mazmûniyle amel olunacak ilâmların, senedlerin ne suretle tanzim edilmiş

Kadı'nın kararını (hükmünü) ihtiva etmeyen, taraflardan birinin ikrarını ve diğersinin bu ikrarı tasdikini havi bulunan ve üst tarafında kâdînin mühür ve imzasını taşıyan yazılı belgeye hüccet (senet) denir.⁷¹ Hüccetlerin üst tarafında, kâdîların mühür ve imzaları, sonra da sırasıyla tarafların adı ve adresleri, hüccetin konusu, hukuki olay veya muamelenin şekli ve şartları, yapılan ikrar beyanları, sonunda belgenin tanzim tarihi ve *şuhûd'ül-hal* başlığı altında şahitlerin isimleri yer alır.⁷² Şer'i bir hükmü ve altında karar veren kâdînin imza ve mührünü taşıyan yazılı belgeye ise ilâm denir.⁷³ Bu madde lafzından, usulüne uygun, yalan ve yapmacıklık şüphesinden uzak olarak ve bir mahkeme hâkimi tarafından verilen ilâm veya senedin, kesin delil niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. 20 Cemazeyevvel 1296 tarihli *Bilâ Beyyine Mazmûnuyla Amel ve Hüküm Câiz Olabilecek Sûrette Senedât-ı Şer'iyye'nin Sûret-i Tanzîmi* ile ilgili *Talîmât-ı Seniyye*, m. 1821'in açıklaması mahiyetindedir.⁷⁴ Benzer bir düzenleme HMK m. 204/1'de yer almakta olup bu maddeye göre, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılmaktadır.

Madde 1822 – *Yukarıda olduğu gibi, davalı, cevap vermesi istendiğinde evet veya hayır demeyip sükûtunda ısrar ederse, sükûtu inkâr kabul edilir.*

olacağına dair 4 cümazel'ülâ 1296 tarihinde bir talimatname neşr edilmiştir. Bu tarihten mukaddem tanzim edilmiş olan ilâmat ve senedatın mazmûnlarıyla bilâ beyyine amel olunamaz, bunların beyyine ile sübutu lâzımdır" (BİLMEN, s. 228).

⁷¹ AKGÜNDÜZ, s. 847.

⁷² AKGÜNDÜZ, s. 847. Teoride ve pratikte İslam kadısının hükmü, sadece iki şahid tarafından tasdik edildikten sonra yürürlüğe girmekte olduğundan, İslam ülkelerinde şahitler, Osmanlı mahkemelerinde de şuhud'ul hal bu fonksiyonu üstlenmekte idi. Bu kimselerin isimleri, sicilde kadı'nın verdiği hükmün veya davanın niteliği yazıldıktan sonra hemen yazılırdı. Uygulamada bir davanın tanıkları yahut tarafları, başka bir davada şuhud'ul hal fonksiyonunu ifa edebilmekteydi. Şuhud üyeleri, kadının sağında ve solunda yer almaktaydı. (İlber ORTAYLI, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *Bülent Nuri Esen'e Armağan*, Ankara 1977, s. 250, 254-255).

⁷³ AKGÜNDÜZ, s. 847.

⁷⁴ AKGÜNDÜZ, s. 865. Anılan düzenlemenin transkripsiyonu için bkz. AKGÜNDÜZ, s. 945 vd.

Aynı şekilde, ikrar da etmem inkâr da etmem diye cevap verirse, bu cevabı bile inkâr kabul edilir ve iki halde de davacıdan yukarıda olduğu gibi delil istenir.

Bu madde, medeni usul hukukunda geçerli bir genel kural olan *sukut ikrar addolunmaz* kuralının Mecelle'deki yansımasıdır. Madde hem davalının *cevap vermemesi* hem *ikrar da etmem inkâr da etmem* şeklinde cevabını *inkâr* olarak nitelendirmekte ve her iki ihtimalde ispat yükünün davacıda olacağını öngörmektedir. Bu hüküm, konuyla ilgili olarak “*Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakı'aların tamamını inkâr etmiş sayılır*” şeklindeki HMK m. 128/1 düzenlemesiyle benzerlik arz etmektedir.

Madde 1823 – *Davalı, ikrar etmek veya inkâr etmek yerine davacının davasını def' edecek bir dava ileri sürerse, Kitab-ı Dava'da ve Kitab-ı Beyyinât'da açıklanan hususlara göre işlem yapılır.*

Bu hükümde, davalının, kendisine karşı açılan davayı de'f edecek bir dava ileri sürülmesi halinde, *Kitab-ı Dava* ve *Kitab-ı Beyyinât* hükümlerine göre işlem yapılacağı belirtilmiştir. Davanın def'ine ilişkin hükümler *Kitab-ı Dava'nın*, birinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir.

Madde 1824 – *Taraflardan biri sözünü tamamlamadıkça diğeri söz söylemeye kalkışamaz, kalkışrsa hâkim tarafından engellenir.*

Bu hüküm de, duruşma düzenine ilişkin geleneğin doğal bir hükmü olarak Mecelle'de yerini almıştır. Bu hükme benzer şekilde, HMK m. 151/1 de hâkimin, duruşmanın düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men edeceğini ve gerekirse, avukatlar hariç, derhâl duruşma salonundan çıkarılmasını emredebileceğini öngörmektedir. HMK'nın anılan maddesinin ikinci fıkrasında ise, bir kimsenin, ihtarla rağmen mahkemenin düzenini bozması veya mahkeme huzurunda uygun olmayan bir söz söylemeye veya bir davranışta bulunmaya devam etmesi halinde derhal yakalanıp hakkında dört güne kadar disiplin hapsi uygulanacağı düzenlenmiştir. Fakat bu yaptırım, avukatlar hakkında uygulanmayacaktır. Maddenin son fıkrasında ise, mahkeme düzenini bozan eylem veya mahkeme huzurunda söylenen uygun olmayan söz veya davranışın, ayrıca bir suç oluşturması halinde, bu durumun bir tutanak ile Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği ve gerekiyorsa, avukatlar hariç, fiili işleyenin tutuklanmasını karar verileceği

belirtilmiştir. Bunun dışında HMK'nın “*Tarafların, tanığın sözünü kesmeleri, söz veya hareketle onu övmeleri veya tahkir etmeleri yasaktır. Buna aykırı davranan taraf veya vekili, hâkimin uyarısına rağmen davranışını devam ettirecek olursa, 79 veya 151 inci maddeler uyarınca işlem yapılır*” şeklindeki m. 262/1 hükmünü de burada saymakta yarar vardır.

Madde 1825 – *Taraflardan dil bilmeyen kimsenin ifadesini tercüme etmek için mahkemede güvenilir ve yeminli tercüman bulundurulur.*⁷⁵

Mahkemelerde yeminli tercüman bulundurulmasına ilişkin bu hükmün karşılığı olarak kısmen de olsa “*tanığın Türkçe bilmemesi halinde tercümanla dinleneceğini*” belirten HMK m. 263/1 hükmü gösterilebilir. HMK m. 171/1 gereğince bu hüküm tarafların isticvabında kıyasen uygulanacaktır. Yani Türkçe bilmeyen taraflar, tercüman vasıtasıyla isticvap olunacaktır.

Madde 1826 – *Akraba arasında ortaya çıkan veya tarafların sulhe yanaşmalarının muhtemel olduğu uyuşmazlıkta, hâkim bir veya iki defa taraflara sulh olmayı tavsiye ve ihtar eder; muvâfakat ederlerse, **Kitab-ı Sulh**'de yer alan hususlara göre barıştırır, muvâfakat etmezlerse yargılamayı tamamlar.*

Sulh Mecelle m. 1531'de “*Sulh, bitterazi nizamı ref' eden bir akiddir ki icab ve kabul ile mün'akid olur*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁶ Benzer bir tanım HMK m. 313/1'de yer almakta olup bu maddede sulh, *görülmede olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme şeklinde tanımlanmıştır.*

Yargılama sırasında bu müessesenin etkin şekilde kullanılmaması öğretide eleştiri konusu olmaktaydı. Bu nedenle HMK, bu müessesenin

⁷⁵ “....'a göre tercümanın bir kişi olması da kâfidir. Çünkü tercüme, bir haber olduğundan bunda lâfz-ı şهادet dahi şart değildir. Fakat ihtiyata riâyeten tercümanın iki olması evlâdır. Tercüman, erkek olacağı gibi kadınların şهادetedeceği hususlarda kadın da olabilir. Elverir ki hürre, sika, adaletle muttasıfa olsun” (BİLMEN, s. 227).

⁷⁶ Ali Himmet BERKİ, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, Ankara 1959, s. 225. Sulh müessesesi ile ilgili ayrıca bkz. Sabri Şakir ANSAY, "Sulh", *AÜHFD*, 1 (2), 1944, s. 200-209; Süha TANRIVER, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", *AÜHFD*, 49 (1), 1994, s. 333-348.

etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, ön inceleme aşamasında tarafların sulhe (ve arabuluculuğa) teşvik edilmesini hâkim için bir ödev olarak öngörmektedir (HMK m. 137/1). Benzer şekilde, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesi aile mahkemelerinin önlerine gelen uyuşmazlıkta tarafların önce sulhe teşvik edilmesini, sulhun sağlanamaması halinde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilmesini öngörmektedir.

Madde 1827 – *Hâkim yargılamayı tamamladıktan sonra, gereken hüküm verip taraflara tefhim eder ve gerekçesi ile beraber hüküm ve tenbih içeren bir ilâm düzenleyip lehine hüküm verilene ve gerekirse bir nüshasını da aleyhine hüküm verilene verir.*

Bu hükümde, hâkimin yargılamanın tamamlanmasından sonra, taraflara hüküm tefhim etmesi ve **gerekçesi** ile birlikte düzenleyeceği ilâmı, lehine hüküm veren tarafa (eğer gerekirse aleyhine hüküm veren tarafa da) vereceği düzenlenmiştir. Bu hükme karşılık olarak “*Sözlü yargılamada mahkeme, taraflara son sözlerini sorar ve hükmünü verir*” şeklindeki HMK m. 186/2 ile “*Hüküm yazılıp imza edildikten ve mahkeme mührü ile mühürlendikten sonra, nüshaları yazı işleri müdürü tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında verilir ve bir nüshası da gecikmeksizin diğer tarafa tebliğ edilir. Hükmün bir nüshası da dosyasında saklanır*” şeklindeki HMK m. 301/1 hükümleri gösterilebilir. Keza HMK m. 301/2 de de taraflardan her birine verilen hüküm nüshasının ilâm şeklinde isimlendirildiği görülmektedir.

Madde 1828 – *Hükmün sebep ve şartları tamamıyla bulunduktan sonra hâkimin hükmü ertelemeşi doğru değildir.*

Bu madde, hüküm vermek için gereken sebebin ve şartların mevcut olması halinde hâkimin artık hüküm vermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu madde de usul ekonomisini çağrıştırmakta olup HMK m. 30/1 hükmüne işaret etmektedir. HMK’da bu hükme doğrudan karşılık gösterilebilecek bir hüküm bulunmamakla birlikte, böyle bir davranış hâkimin hakkın yerine getirilmesinden kaçındığı anlamına geleceğinden, HMK m. 46/1-e gereğince hâkimin hukuki sorumluluğunu doğuracaktır. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 6.5’de de “*Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir*” denilmek sûretiyle, bu hususa vurgu yapılmıştır.

İkinci Kısım/Bab-ı Sâni

Hükme ilişkin olup iki fasıldan oluşur.

Birinci Bölüm/Fasl-ı evvel

Hükümün şartları hakkındadır.

Madde 1829 – *Hüküm vermek için davanın mahkemeye intikal etmesi şarttır.*

Şöyle ki, hâkimin nas'ın hukukuna ilişkin bir hususta hüküm verebilmesi için, ilk önce o hususu bir kimsenin başka kimseden dava etmesi şarttır.

Dava ileri sürülmeden, hüküm vermek doğru olmaz.⁷⁷

Bu madde, hukuk muhâkemesinde geçerli temel ilke olan *tasarruf ilkesinin* Mecelle'deki görünümüdür. Tasarruf ilkesi gereğince, mahkeme önüne getirilmeyen bir uyuşmazlık hakkında hâkimin yargılama yapıp karar verebilmesi mümkün değildir. Bu kuralın bir istisnası da mevcut değildir.⁷⁸ Zira re'sen harekete geçme ilkesinin cari olduğu dava ve işlerde dahi, hâkim, uyuşmazlık konusuna doğrudan el atmamaktadır. Mecelle'nin bu hükmünde de, *nas'ın hukukuna* ilişkin davalarda hüküm verilebilmesi için, bunun dava yoluyla mahkemeden talep edilmesi gerektiği belirtilmiştir. HMK m. 24/1'de de, hâkimin, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemeyeceği ve karara bağlayamayacağı ifade edilmiştir.

Madde 1830 – *Hüküm verildiği sırada tarafların⁷⁹ bulunması şarttır.*

Yani taraflar yüz yüze muhâkeme edildikten sonra hüküm verileceği zaman, hükümün verileceği yerde de hazır olmaları gerekir. Fakat bir kimse, diğerinden bir hususu dava ettiğinde, davalı ikrar edip, hüküm verilmeden önce, hüküm meclisinden ayrılrsa, hâkim onun gıyabında ikrarına dayanarak

⁷⁷ “...nâsın hukukuna müteallik bir hususa hüküm edilebilmesi için o hususu bir kimsenin başkasından dâvâ etmesi lâzımdır. Böyle bir dâvâ bulunmadıkça hakimin hükmü sahih olmaz. Hukûkullâha müteallik dâvâlar ise müstesnadır. Onlarda herkes hasım = dâvâcı olmaya salihdir. Onların hakkında dâvâ mevcut bulunmuş sayılacağından hakim, o hususlarda bilâ dâvâ hüküm verebilir” (BİLMEN, s. 229).

⁷⁸ KARSILI, s. 294 – 295; BİLGE/ÖNEN, s. 292.

⁷⁹ “...veya vekillerinin“ (BİLMEN, s. 229).

*hüküm verebilir. Yine, davalı, davacının davasını inkâr edip de, davacı yüz yüze olarak, iddiasına delil ortaya koyduktan sonra, hâkimin bunu kabul edip hüküm vermesinden önce davalı hüküm meclisinden ayrılrsa hâkim onun gıyabında, delili kabul edip hüküm verebilir.*⁸⁰

Bu madde, hüküm verilirken tarafların hazır bulunması gerektiğine işaret etmekte ve bu husustaki bazı ihtimalleri düzenlemektedir. Son olarak HMK m. 186/1'de “*Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir*” denilmek sûretiyle, tarafların sözlü yargılama ve hüküm için tayin edilen oturuma katılımları hedeflenmiştir.

Madde 1831 – *Davalının vekili önünde delil ikâme edildikten sonra, davalı bizzat hüküm meclisinde hazır olursa, hâkim o delil ile davalı aleyhine hüküm verebilir. Tam aksine, davalının önünde delil ikâme edildikten sonra, vekili meclise gelirse, hâkim o delil ile vekil aleyhine hüküm verebilir.*

Bu hükümde kendine özgü bir takım ihtimallere ilişkin sonuç üretmekte olup bu ihtimallere ilişkin olarak HMK'da ayrıca bir düzenleme mevcut değildir. Bunun sebebi vekilin huzurunda yapılan işlemlerin müvekkil nezdinde hüküm ifade edeceğine ilişkin genel kuraldır.

Madde 1832 – *Bütün mirasçılara husumet yöneltilen davada, mirasçılardan biri önünde delil ikâme edilip de hüküm verilmesinden önce ayrılrsa, hâkim o delil ile hazır olan diğer mirasçılar aleyhine hüküm verebilir. Yeniden delil ortaya konmasına gerek yoktur.*

Husumetin bütün mirasçılara yöneltildiği davalarda, mirasçılardan biri önünde delil ortaya konulduktan sonra, mirasçının hüküm verilmesinden önce ayrılması ihtimalinde, hâkimin o delil ile hazır olan diğer mirasçılar aleyhine hüküm verebileceğine ilişkin bu hükmü, davalı tarafta mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde,

⁸⁰ “...Fakat hâkim, müddeaaaleyh gâib olduğu halde ikâme edilecek beyyineyi bilistimâ onunla hükm edemez. Çünkü müddeaaaleyhin bu beyyineye ta'n etmesi melhuzdur” (BİLMEN, s. 229).

bunlardan biri aleyhine ikâme olunan delilin tümü hakkında hüküm ifade edip etmeyeceği noktasında değerlendirmek mümkündür.

İkinci Bölüm/Fasl-ı Sâni

Gıyapta verilen hüküm⁸¹ hakkındadır/Hükm-i gıyabî beyanındadır.

İslam hukukunda *kazâ alel-gâ'ib* veya *hükm-i gıyabî* denilen, gıyabi yargılamaya Hanefî hukukçular prensip olarak karşı olmakla birlikte, karşı tarafın zorla da olsa mahkemeye getirilmesi mümkün olmadığı takdirde diğer tarafın hakkının zayi olması ve adaletin gecikmemesi için gıyapta yargılamanın yapılması ve karar verilmesi bazı şartlarla caiz görülmüştür.⁸² Bunun gibi, kendisi gaip olup mahkemede vekili de hazır bulunmayan kimse aleyhine, bir kimse tarafından bir belde mahkemesinde açılan davayı bir belde kâdîsı dinleyip ve ikâme edilen beyyineyi de tezkiye ettikten sonra, gaibin bulunduğu belde kâdîsına bu hususta hükmetmesi isteğiyle beraber bir mektup gönderirdi. Bugünkü istinabeye benzeyen bu usul, İslam muhâkeme hukukuna dair kaynaklarda *kâdî ile'l kâdî* başlığı altında anlatılmaktadır.⁸³ HUMK'ta 26.2.1985 tarih ve 3156 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten önce gıyapta yargılama usulü mevcuttu.⁸⁴ Fakat bu usul anılan Kanunla birlikte kaldırılmış olup HMK'ya da alınmamıştır.

Madde 1833 – *Davacının sözlü veya yazılı talebi üzerine, hâkim tarafından, davalı mahkemeye davet edilir. Geçerli bir mazereti olmadığı halde mahkemeye gelmekten ve vekil göndermekten kaçınırsa, zorla mahkemede hazır edilir.*

Bu hükümde, davalının mahkemede hazır edilmesine ilişkin prosedür gösterilmektedir. Bu prosedürün, davacının talebi üzerine davalının mahkemeye davet edilmesi, mahkemeye kendisinin gelebileceği gibi vekil gönderebileceğine ilişkin hükümlerinin HMK'nın tarafların teşkil edilmesine ilişkin hükümleri ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Elbette, bunun için davacının ayrıca sözlü veya yazılı bir talebi aranmayacaktır. Zira her iki tarafın mahkemede hazır olmasına

⁸¹ Hükm-i gıyabi hususunda ayrıca bkz. BİLMEN, s. 231 vd.

⁸² AKGÜNDÜZ, s. 848.

⁸³ EKİNCİ, s. 383.

⁸⁴ 3156 sayılı Kanunla getirilen değişikten önce mevcut olan gıyapta yargılama usulü hakkında bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 614 vd.

ilişkin duruşma tayini hâkim tarafından kendiliğinden yapılacaktır (HMK m. 139, m. 147). Belirtmek gerekir ki, HMK'nın düzenlemeleri çerçevesinde mahkemelerin davetine uymak taraflar için bir yükümlülük olmayıp ancak bir külfet olabilir. Fakat “*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*” şeklindeki 292/1 hükmünü bundan ayrı tutmak gerekir. Zira bu hükümde yer alan zorunluluk öncelikle davanın tarafları için söz konusu olacaktır. Son olarak, aşağıdaki hüküm incelendiğinde, Mecelle'nin ve İslam hukukunun, gerek davacının hakkı ve gerekse davalının savunma hakkını muhafaza etmek hususunda, titiz bir tutum sergilediği görülmektedir.

Madde 1834 – Davalı, mahkemeye gelmekten ve vekil göndermekten kaçınır da, getirilmesi ve hazır bulundurulması mümkün olmadığı takdirde, davacının talebi ile mahkemeye mahsus olan davetiye kâğıdı, ayrı günlerde üç defa kendisine gönderilerek mahkemeye davet edilir. Gelmediği takdirde hâkim ona bir vekil tayini ile davacının dava ve delilini dinleyeceğini kendisine duyurur. Bunun üzerine davalı, yine mahkemeye gelmez ve vekil göndermezse hâkim, onun hukukunu muhafaza edecek bir kimseyi ona vekil tayin edip söz konusu vekil⁸⁵ önünde davacının dava ve delilini dinleyip tekkik ederek delilin doğru olduğu ortaya çıkıp kesinleşmesinden sonra hüküm verir.

Bu madde, bir önceki maddede yer alan ihtimallerin hiçbirinin sağlanamaması, yani davalının mahkemeye gelmediği gibi vekil de göndermediği ve mahkemede hazır bulundurulmadığı ihtimalinde savunma hakkının nasıl muhafaza edileceğine ilişkin prosedürü göstermektedir. Hükümde geçen davalının mahkemeye üç defa davet

⁸⁵ “...Yukarıdaki vechile teshime rağmen müddeaaaleyh yine mahkemeye gelmez, vekil de göndermezse hakim, onun hukukunu muhafaza edecek bir kimseyi onun namına vekil nasb eder. Bu vekil muvâcehesinde müddeinin dâvâ ve beyyinesini dinleyerek sıhhate mukarin olduğu tebbeyün eder ise muktezasiyle hükm eyler. Ve bu hükm-i gıyabî, müddeaaaleyhe tebliğ edilir, onun namına nasb edilen bu vekile de ‘Vekil-i musahhar’ adı verilmiştir” (BİLMEN, s. 232).

edilmesinin zorunlu olup olmadığı hususunda, Mecelle Cemiyeti başkanı Cevdet Paşa'dan devrin Şam müftüsü Ed- Dâ'î'den mütalaa talep edilmiştir.⁸⁶ 1332/1913 tarihli tek maddeli nizamname ile gıyabi

⁸⁶ Şam müftüsünün cevabı şu meyanıdır: "...Mecelle'nin 1834'üncü maddesine göre davalı, mahkemeye üç defa davet edilir de özürsüz ve vekil tayin etmeksizin gelmekten kaçınırsa gıyabında aleyhine hüküm verilir. Davet varakasını bir kereden fazla göndermek (hükümü) kesin midir? Yoksa ihtiyata (binaen) midir? Bir defa göndermekle yetinilir mi? Sonra Şafi'î mezhebinde gıyabî muhakemenin hükümleri nelerdir? Emrin özeti bunlardan ibarettir. Arz ederim. Davalının mahkemeye üç gün üst üste çağırılması hususundaki zaman meselesi açıktır. Bu, sadece hanesinin kapısını kapatıp kendisini içeriye hapseden kimse ile ilgili bir mesele için geçerlidir, başka meseleler için geçerli değildir. (El-Bahru'r- Râik, Tahkimden hemen önce gelen Kazâ Bâbı, Vekil-i Mühassar Meseleleri; Velvâlicî'den naklen). Bu meselenin hükmüne üzerinde başka birisinin hakkı olduğu halde hakimin davetine icabet etmeyen ve kapısını da kapatmayan makam ve itibar sahibi bir kimsenin mukayese edilmektedir. Bu mesele, Nevâdir meseleleri arasında yer almaktadır (Tatarhaniye'nin onbirinci bölümü ve Hindiye ve bu ikisi dışındaki kaynaklar). Davetin tekrarı zorunlu olmayıp sadece bazı meselelerle ilgilidir. Durum böyle olunca, bazı meselelerde davalıya birden fazla davetiye gönderilmesi zorunlu olmayıp davetiye gönderilmeden vekil nasbedilir (Bahr'de anılan yerde geçmektedir). Bu iki meselenin dışında bir kere davet ile iktifa olunur; bu hükme muarız mezhepte bir nass açık bir beyân yoktur. Şafi'î mezhebinde gıyabî yargılama ile ilgili ayrıntılara gelince; Feth'ul Kadîr'de aynen şöyle denmiştir: Şafî şöyle demektedir: davalı beldede bulunmadığı veya bulunup da gizlendiği durumlarda, gıyapta yargılama câiz olur. Bu, aynı zamanda İmam Mâlik'in ve Ahmed ibn-i Hanbel'in görüşüdür. Beldede olup da kendisini gizlemez ise, İmam Şafi'î'nin iki ayrı görüşü nakledilmiştir. Sahih olanı mahkemeye gelmeden gıyabî yargılama yapılamayacağı şeklindedir. Bu aynı zamanda İmâm Mâlik'in de re'yidir. Şafî'î Mezhebinde gıyapta yargılamanın şartlarından biri de, davalının uzak bir mesâfede bulunmasıdır. Ancak yakında olup ta mesela evinde gizlense veya bulunması çok zor olsa, kapısının önünde tekrar tekrar çağrı yapıldıktan sonra gıyapta yargılama yapılır ve Şafi'îye göre vekil-i musahhar tayin edilmez. Mesela Şafi'î kitaplarında da böyle açıklanmıştır. Her hal ü kârda emr ü ferman Hazret-i men lehül-emrindir. 22 Cemaziyelâhir 1304" Bu cevap ve Ahmet Cevdet Paşa'nın mütalaa talep ettiği mektubun transkripsiyonlu metni ile asıl metin için bkz. KAŞIKÇI, s. 328 vd.

yargılamanın en önemli şartı olan *vekil-i musahhar* tayini usulü kaldırılmış ve gıyabi yargılama kolaylaştırılmıştır.⁸⁷

Madde 1835 – *Yukarıda açıklandığı şekilde yoklukta verilen hüküm davalıya tebliğ edilir.*

Madde 1836 – *Yokluğunda aleyhine hüküm verilen kimse, mahkemeye gelip davacının davasını def'e elverişli bir davaya kalkışırsa, dinlenir ve gerektiği şekilde dava hükme bağlanır. Davayı def'e teşebbüs etmediği veya edip de def'e elverişli olmadığı takdirde, önceden verilmiş olan hüküm yerine getirilir.*

Bu hüküm de, kendine özgü bir şekilde, yokluğunda aleyhine hüküm verilen kimsenin hükümden sonra def'i hakkını nasıl kullanacağını göstermektedir. Aşağıda m. 1840'da da görüleceği üzere, hüküm verilmesinden sonra da davalının bu imkânı kullanması mümkündür.

Üçüncü Kısım/Bab-ı Sâlis

*Hüküm verilmesinden sonra davanın görülmesi hakkındadır.*⁸⁸

Geniş anlamda kanun yolu, aralarındaki uyuşmazlığı dava şeklinde mahkeme önüne getiren taraflara, kanun tarafından tanınan, bu dava ile ilgili olarak mahkemece verilen her türlü yargısal kararın tekrar gözden geçirilmesi, gerekli ise düzeltilmesini sağlayan hukuki çareler olup bu tanıma göre gerek nihai kararlar gerek ara kararlar için kanun yolu mümkün olabilmektedir.⁸⁹ Dar ve teknik anlamda kanun yolu ise, mahkemenin dosyadan el çekmesine yol açan nihai kararların doğruluğunun denetimine hizmet edecek şekilde bir daha gözden geçirilmesini ve gerekliyse, düzeltilmesini sağlayan imkânlardır.⁹⁰

Madde 1837 – *Usulüne uygun olarak, yani hükmün sebep ve şartları mevcut olarak hüküm ve ilâm olunan davanın tekrar görülüp dinlenmesi uygun olmaz.*

Bu madde, usulüne uygun olarak verilen ve ilâm olunan bir mahkeme hükmünün mevcut olması halinde, davanın tekrar görülüp

⁸⁷ AKGÜNDÜZ, s. 848.

⁸⁸ Bu hususta ayrıca bkz. BİLMEN, s. 238 vd; EKİNCİ, s. 387-388.

⁸⁹ KARSLI, s. 773.

⁹⁰ KARSLI, s. 773.

dinlenmesinin uygun olmayacağını belirtmek sûretiyle, hâkimin davaya ilişkin karar vermesiyle bu davadan el çekmiş olacağına, bu nedenle söz konusu davayı tekrar ele alamayacağına ilişkin prensibe işaret etmektedir. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere elbette usule uygun olmayan bir hükmün değiştirilmesi hususunda kanun yolu incelemesi yapılması talebinde bulunma imkânı saklı olacaktır.

Madde 1838 – *Bir davada, aleyhine hüküm verilen kişi, verilen hükmün usule uygun olmadığını, iddia edip hükmü kabul etmediği yönünde beyan ile davanın yeniden görülmesi (istinaf) talebinde bulunursa, verilmiş olan hüküm inceleme sonucu usule uygunsa onaylanır, değilse davaya yeniden başlanır.*

Bakılıp neticelendirilmiş bir davanın bir sebep göstermeksizin başka bir mahkemede yeniden görülmesine istinaf denir. *İctihad ile icthad nakzolunamaz* (Mecelle m. 16) prensibinden dolayı şer’i hukuka yabancı istinaf müessesesi davalarda hukuka aykırılık iddiasının salâhiyetli merci tarafından kabulü halinde müracaat edilen bir yol idi. Bu takdirde muhâkeme yeniden yapılır ve yeni bir hüküm verilir. Avrupa’daki örneklerine uygun olarak istinafin Osmanlı hukukuna girişi, ancak Tanzimat sonrasına rastlar. Dört dereceden her biri bir öncekinin istinaf mercii olup her mahkemenin ancak kanunda sayılmış kararları istinafa tabidir.⁹¹

Madde 1839 – *Bir davada, aleyhine hüküm verilen, verilen hükme kanaat etmeyip de o hükmü içeren ilâmın temyizi talebinde bulunduğu takdirde inceleme sonucu hüküm, usule uygunsa onaylanır, değilse bozulur.*⁹²

Bu maddede temyiz incelemesi sonunda verilen kararın çeşitleri belirtilmiş olup bunlar hükmün usule uygun olması halinde bunun onanması, usule aykırı olması halinde ise bozulması şeklinde olup günümüzdeki temyiz yolunda, Yargıtay’ın verebileceği kararlar ile aynıdır.

Mahkeme kararının, hukuki norma uygun verilip verilmediği hususundaki incelemeye temyiz adı verilir. Kanunen temyizi kabul

⁹¹ EKİNCİ, s. 390.

⁹² Şer’i mahkemelerden verilen hükmü havi ilâmların, hüccetlerin temyizi hakkında bkz. BİLMEN, s. 241 vd.

kararlar, istinaftan sonra, mahkeme-i temyize götürülebilirdi. Temyiz sebeplerinin gösterilmesi gerekirse de, temyiz mercii bunlarla bağlı değildi. Fakat ilk mahkemenin yaptığı adli muamelelerle bağlı idi. Haksız yere temyize müracaat olunup, temyiz mahkemesinin sebepsiz yere meşgul edilmemesi için, temyize müracaat edenlerin ceza-i nakdi ödemesi usulü getirilmişti. Prensip itibariyle temyiz, icrâ ve infazı durdurmazdı. Mahkeme-i Temyiz, talebi reddedip hükmü tasdik edebilir. Böylece hüküm kesinleşir. Temyiz talebini haklı bulursa, hükmü nakzedip davayı hükmü veren mahkemeye gönderir. Bu mahkeme *nakz* kararına uyabilir veya kendi hükmünde ısrar edebilirdi. Bozmaya uymuşsa, esastan bozmada yeniden muhâkeme yapar; bu hüküm de temyiz edilebilirdi. İsrar etmişse, bu defa dava Mahkeme-i Temyiz Heyet-i Umumiyyesinde görülürdü. Bu durumda verilen karara ilk mahkeme uymak mecburiyetinde idi.⁹³ Tüm bu özellikler dikkate alındığında, temyiz usulünün günümüzdeki temyiz sistemiyle benzer olduğu görülmektedir.

Madde 1840 – *Davanın def'i, hüküm verilmesinden önce geçerli olduğu gibi hüküm verilmesinden sonra da geçerlidir.*

Buna göre, bir davada aleyhine hüküm verilen kimse, o davayı def'e elverişli bir sebep göstererek def'i dava iddiasında ve iade-i muhâkeme talebinde bulunduğu takdirde, lehine hüküm verilenin huzurunda söz konusu iddiası dinlenir ve bu husus hakkında yargılama yapılır.

Mesela bir kimse, diğer bir kimsenin tasarrufunda olan bir evin, babasından kendisine miras kaldığını dava edip ispatlamasıyla hâkim de buna hükmettikten sonra, zilyedin, o kimsenin babasının o evi önceden kendi babasına satmış olduğunu ispat eden bir senet göstermesiyle zilyedin davası dinlenir ve önceki hüküm geçersiz olup birinci kişinin davası reddedilir.⁹⁴

Def'î dava, günümüzdeki karşı davayı temsil etmekte olup davalı tarafından, davacının davasını ortadan kaldırmak üzere açılan dava olarak

⁹³ EKİNCİ, s. 390-391.

⁹⁴ Meselâ bir kimse diğer kimsenin yed-i tasarrufunda olan bir hane pederinden kendine mevrûs olduğunu da'va ve isbat edip de hâkim dahi hükmettikten sonra ol kimsenin pederi ol haneyi mukaddema zilyedin pederine satmış olduğunu mübeyyin bir senedi ma'mul-un-bih zuhur ettikde zilyedin da'vası istima' ile isbat eylediği takdirde hükm-i evvel müntekız ve ol kimsenin da'vası mündefî' olur.

tanımlanabilir.⁹⁵ Buna göre, karşı davanın ispat edilmesi halinde, ilk dava ortadan kalkar, İspat edilemediği takdirde, davacıya (karşı davanın davalısına) yemin ettirilir. Davacı yeminden kaçınırsa, davalının açtığı karşı davaya, yemin ederse ilk davaya devam edilir.⁹⁶

1836. maddeye paralel olarak bu madde, hüküm verilmesinden sonra da davanın def'inin mümkün olduğunu belirtmekte ve buna ilişkin bir misal sunmaktadır. Bu örnekten, ilk davada hüküm verilmesinden sonra, davalının açmış olduğu ve ilk davanın def'i niteliğindeki ikinci davanın kabul edilmesinin ilk davada verilen hükmü bertaraf edici bir etkiye sahip olabileceği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, yukarıdaki örnekteki durumun günümüzde tezahür etmesi halinde davalının “doğrudan” böyle bir imkânı kullanması mümkün değildir. Mahkemenin kararının kesinleşmiş olduğu varsayımı altında, eğer ikinci davada kullanılan senet, davalının elinde olmayan sebeplerle ilk davanın görülmesi sırasında elde edilememiş ise davalı HMK m. 375/1-ç hükmü doğrultusunda yargılamanın iadesi yoluna başvurabilecektir. Eğer bu şartlar sağlanmamışsa, davalının açacağı ikinci dava, kesin hüküm sebebiyle (HMK m. 114/1-i) reddedilecektir.

Dördüncü Kısım/Bab-ı Râbi'

Tahkime ilişkin meseleler hakkındadır/Tahkime dair mesâil beyanındadır.

Madde 1841 – *Hukuk-i nâsa ilişkin mal davalarında tahkim caizdir.*^{97, 98}

⁹⁵ KAŞIKÇI, s. 298.

⁹⁶ KAŞIKÇI, s. 299.

⁹⁷ “*Nikâh, talâk, nafaka, bey' ve şirâ, kefalet, müdayene gibi nâsın hukukına müteallik dâvâlarda hakem tâyini caizdir. Bu hususdaki ihtilâfın hâlli için hasımlar, münasib göreceklere bir veya müteaddid kimseyi hakem nasb edebilirler. Fakat hadd-ı zina, hadd-i sirkat gibi hukûkullâha aid dâvâlarda tahkim caiz olmaz. Kısasda da sahih olan kavle göre tahkim caiz değildir. Tahkim, bir nevi musaleha menzilesindedir. Hukûkullâhda ise bu musaleha tasavvur olunamaz*” (BİLMEN, s. 250).

⁹⁸ “*Hakemlerin muayyen olmaları, şart olduğu gibi tahkimin şarta muallâk veya bir vakte muzaf olmaması da İmam Ebû Yusuf'un müftabih olan kavline göre şarttır. Binaenaleyh her kim yanımıza ilk evvel gelirse bu hususa hakem olsun denilse veya fülân zat, bu iş için yarın beynimizde*

Mecelle'nin bu hükmü, tahkimi, günümüzde olduğu gibi, tüm uyuşmazlıklar için mümkün görmemektedir. Buna göre, taraflar sadece özel hukuka ilişkin hususlarda tahkime gidebilmektedir.⁹⁹ Tahkime elverişliliği gösteren bu maddenin HMK'daki karşılığı “*taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir*” şeklindeki m. 408/1 hükmüdür.

Madde 1842 – *Hakemin muhâkeme hükmü, sadece kendisini tahkim eden uyuşmazlığın tarafları hakkında ve tahkim ettikleri hususta geçerli ve uygulanabilir olup onlardan başkasına etki etmez ve onların diğer davaları için geçerli olmaz.*¹⁰⁰

Hakemin vermiş olduğu hükmün etkisinin sınırlarını düzenleyen bu maddenin, hakemin vermiş olduğu kararın sadece tahkim konusu uyuşmazlığa ve davanın taraflarına münhasır olduğu görülmektedir. HMK m. 439/2-d'de de “*hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması*” bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

Madde 1843 – *Birden fazla hakem tayin edilmesi geçerlidir.*¹⁰¹
Davalı ve davacının birer hakem tayin etmesi uygundur.

bitarikit' tahkim hükmü etsin denilse bu tahkim, sahih olmaz” (BİLMEN, s. 250).

⁹⁹ KAŞIKÇI, s. 295.

¹⁰⁰ “...Çünkü hakemlerin kendilerini tahkim eden hasımlardan başkası üzerinde velâyeti yoktur. Bundan bir mesele müstesnadır. Şöyle ki: İki şerikden biri, bir alacaklı ile muhasamaları için birini hakem nasb etse bu hakemin hükmü, diğer şerike tecavüz eder. Zira şeriklerden her biri bu hususda sulhe salahiyetlidir. Muhakkemin bu hükmü de sulh gibidir” (BİLMEN, s. 251).

¹⁰¹ “Muhakkimlerin, âkil olmaları, hakemlerin de şahadete, kazaya salâhiyyetli bulunmaları şarttır. Bir de mahkûmün leh, muhakkemin usûl ve fîruundan biri veya zevcesi olmamak şarttır. Muhakkem, bunların aleyhine hükm edebilirse de lehine hükm edemez. Nitekim hâkim de böyledir. Binaenaleyh çocukların, kölelerin, âmâların kazfdan dolayı mahdud olanların muhakkem olmaları caiz değildir. Amma kadınların hakem tâyin edilmesi caizdir” (BİLMEN, s. 250).

*Ya'ni bir hususa iki veya daha fazla kişinin hakem tayin edilmesi geçerlidir.*¹⁰²

Bu maddede, tarafların birden fazla hakem tayin etmesinin mümkün olduğu hatta iki hakemin dahi tayininin mümkün olduğu düzenlenmektedir. HMK m. 415 ise, hakem sayısına ilişkin Mecelle'den farklı bir tercih benimsemiştir. Buna göre tarafların hakem sayısını belirleme serbestisi mevcut olmakla birlikte, bu sayı tek olmak zorundadır. Son olarak hakem sayısının taraflarca kararlaştırılmaması ihtimalinde üç hakem seçilir.

Madde 1844 – *Yukarıdaki gibi hakemler birden fazla oldukları zaman, karar için hepsinin oyunun aynı yönde olması gerekir. Yalnız biri hüküm veremez.*¹⁰³

Hakem sayısının tespitinde olduğu gibi birden fazla hakemin nasıl karar vereceğine ilişkin olarak HMK'nın benimsemiş olduğu çözüm tarzı Mecelle m. 1844'den farklılık arz etmektedir. Zira HMK m. 433/1'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise, hakemlerin oy çokluğu ile karar verebilmesi mümkündür. Bunun gibi, taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebilir (HMK m. 433/2).

Madde 1845 – *Hakemler, taraflarca tahkime yetkili kılınmış¹⁰⁴ iseler, diğer bir kişiyi hakem tayin edebilirler, değilsever edemezler.*

Madde 1846 – *Tahkim süre ile sınırlandırılmışsa, o sürenin geçmesi ile sona erer.*

*“Mesela şu günden bir aya kadar hüküm vermek üzere tayin edilen hakem, ancak bu bir ay içinde hüküm verebilir. O ayın sona ermesinden sonra hüküm veremez, verirse hükmü geçerli olmaz.”*¹⁰⁵

¹⁰² Ya'ni bir hususa iki yahut daha ziyâde kimsenin hakem nasb olunması câizdir.

¹⁰³ “...Çünkü iki taraf, bunlardan yalnız birisinin hükmüne değil, hepsinin müttefikan vâki olacak hükmüne razı olmuşlardır. Hükm ise re'y ve müşareveye muhtaç bir şeydir” (BİLMEN, s. 251).

¹⁰⁴ “...veya onların bu tahkimine sonradan icazet verilsin. Çünkü icazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika mesabesindedir” (BİLMEN, s. 251).

İhtiva ettiği örnekle birlikte değerlendirildiğinde, bu madde, tahkim süresinin söz konusu olması halinde, hakemin bu süre içinde hüküm vermesi gerektiğini, aksi halde, yani sürenin geçmesinden sonra verilen hükmün geçerli olmayacağını öngörmektedir. Bu maddeye karşılık olarak, “*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir*” şeklindeki HMK m. 427/1 hükmü ile “*Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir*” şeklindeki HMK m. 427/2 hükmü gösterilebilir. Mecelle m. 1846 ile bu hükümler arasındaki temel fark, Mecelle'nin anılan hükmünün mefhum-u muhalifinden tahkimin süreyle sınırlandırılmamış olabileceğidir. HMK ise, taraflarca bu hususta bir anlaşma olmaması halinde, tahkim süresini, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl olarak öngörmektedir. Bunun dışında, Mecelle m. 1846 tahkimin süreyle kısıtlanmış olması halinde, sürenin geçmesinden sonra verilen hüküm doğrudan geçersiz saymakta iken, HMK m. 439/2-c gereğince bu durum bir iptal sebebi olmaktadır. Son olarak, HMK m. 427/2 hükmü tahkim süresinin mahkemece uzatılmasına imkân tanımaktadır.

Madde 1847 –*Hakemin, hüküm vermesinden önce taraflardan her biri onu azledebilir.*¹⁰⁵ *Şu kadar var ki taraflar onu hakem tayin edip de yönetim tarafından atanmış ve yardımcı tayinine yetkili olan hâkim de onun hakemliğini onaylarsa, bu hâkimin onu halef tayin etmesiyle hakem onun yardımcısı konumunda olur.*

¹⁰⁵ Meselâ, filân günden bir aya kadar hükmetmek üzere nasb olunan hakem ancak bu bir ay içinde hükmedebilir, ol ayın mürurunda hükmedemez. Ederse hükmü nâfiz olmaz.

¹⁰⁶ “...*Fakat bâdel'hükm azilleri o hükme tesir etmez. Çünkü hakem, kendilerinin vekili demektir. Müvekkil ise vekilini vekâleti ifadan evvel azl edebilir, bâdel'ifâ azli ise ifâ edilen şeyi ibtâl edemez*” (BİLMEN, s. 252).

Bu hüküm, kendine özgü şekilde, yönetim tarafından atanmış ve yardımcı tayin etmeye yetkili olan hâkimin, taraflarca azledilen hakemin hakemliğini onaylaması ve onu halef tayin etmesiyle, hakemin artık hâkim yardımcısı statüsünde olacağını düzenlemektedir. Bunun sonucu olarak, artık bu hakemi iki taraf azledemez.¹⁰⁷ HMK'da bu hükmün karşılığını oluşturabilecek bir düzenleme mevcut değildir.

Madde 1848 – *Hâkimlerin, yargı çevresi dâhilinde yaşayanların hepsi hakkındaki hükümlerinin, nasıl ki icrâ edilmesi gerekirse, hakemlerin de onları hakem tayin edenler hakkında ve tahkim oldukları husustaki hükümlerinin aynı şekilde icrâsı gerekir.*

Buna binaen, hakemler usule uygun olarak hükmettikten sonra, taraflardan hiçbiri o hükmü kabulden kaçınamaz.

Bu madde, hakemlerin usulüne uygun olarak, tahkim tarafları ve konusu hakkında vermiş oldukları hükmün, tıpkı mahkeme kararları gibi uygulanmak zorunda olduğunu göstermektedir. Günümüz düzenlemelerinde de, hakem kararı tıpkı mahkeme kararı gibi taraflar arasında kesin hüküm teşkil etmekte ve bu şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılarak mahkeme yargılamasına istisna bir mahiyete bürünmektedir. Nitekim kesin hükmün bertaraf edilmesine yönelik olan yargılamanın iadesi yolu, hakem kararları için de cari olmaktadır (HMK m. 443).

Madde 1849 – *Hakemin hükmü, yönetim tarafından atanan hâkime sunulduğunda, usulüne uygun ise kabul ve tasdik eder, değilse bozar.*¹⁰⁸

Bu maddede, hakemlerin hükmünün yönetimce atanan hâkim tarafından tasdik edilmesi usulü gösterilmektedir. HMK'da, hakemlerin vermiş olduğu hükme karşı kanun yolu olarak iptal davası düzenlenmiş olup bu davanın şartları ve usulü HMK m. 439'da gösterilmiştir. Bunun dışında yargılamanın iadesine ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tahkimde de uygulanacaktır (HMK m. 443/1).

¹⁰⁷ BİLMEN, s. 252.

¹⁰⁸ “...Bu usulüne muvafık olmamak ise vâki olan hükmün hiçbir müçtehidin mezhebine uygun olmaması veya kendisine müracaat edilen hâkimin taklid ettiği müçtehidin mezhebine tevafulk etmemesi suretiyle olur” (BİLMEN, s. 251).

Madde 1850 – *Taraflar, usule uygun, hüküm vermeye yetkili kıldıkları hakemlerin atanması esnasında sulhen tesviyeye de yetki verseler, hakemlerin tarafları eşit şartlarda barıştırmaları geçerli olur. Şöyle ki, taraflardan biri, hakemlerden birini, taraflardan diğeri ise, diğerk hakemi davalaşılan konunun bu şekilde sulhan tesviyesine de vekil edip, hakemler de kitab-ı sulh 'de açıklanan hususlara uygun olarak sulhan tesviye etseler (eşit şekilde barıştırsalar) taraflardan herhangi biri bu eşit barıştırmayı kabulden kaçınamazlar.*

Bu madde hakemlerin, atanmaları esnasında davayı sulhen çözümlenmeye yetkili olmaları halinde, tarafları usulüne uygun bir şekilde, eşit şartlar altında sulh etmelerinin geçerli olacağını düzenlemektedir. İlk olarak, bu hüküm “*hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir*” şeklindeki HMK m. 433/3 düzenlemesini akla getirmektedir. Bunun dışında HMK m. 434'de, hakemlerin tarafları bu şekilde sulh etmesine ilişkin bir usulden bahsedilmeyip tarafların, tahkim yargılamasında sulh olmaları halinde, yargılamaya son verileceği belirtilmektedir. Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir.

Madde 1851 – *Bir kimse hakem tayin edilmediği halde, iki kişi arasındaki davada bir hüküm verip karara bağladıktan sonra taraflar da buna rıza ile onun hükmünü geçerli saysalar, vermiş olduğu hüküm uygulanır. (1453). maddeye bak.¹⁰⁹*

Bu hüküm, kendine özgü olarak, açıkça hakem tayin edilmediği halde iki kişi arasındaki davada hüküm veren kimsenin, vermiş olduğu hükme tarafların rıza göstermesi ve hükmünü geçerli sayması halinde, verilen bu hükmün infaz edilebileceğini öngörmektedir.

¹⁰⁹ Bu maddenin gönderme yaptığı 1453. madde şu şekildedir: “*İcazet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir.*

Mesela bir kimse füzuli olarak aharın malını sattıktan sonra mal sahihine haber verip o dahi müciz olsa evvelce anı vekil etmiş gibi olur.”

SONUÇ

Mecelle'nin on altıncı kitabı olan *Kitab-ül Kazâ*'nın günümüz Türkçesi esas alınarak, genel anlamda karşılaştırmalı bir incelemenin yapıldığı bu çalışma, anılan hükümlerin günümüzdeki düzenlemelerle benzer yönlerinin olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, söz konusu hükümler, dönemin yargılama usulüne özgü olarak, *vekil-i musahhar*, *müvellâ*, *naip* ve *gıyabi yargılama* gibi günümüzde mevcut olmayan bir takım müesseseler de ihtiva etmektedir. Bunun gibi, günümüzdeki düzenlemelerle paralellik arz etmeyen bazı hükümlere rastlamak da mümkündür. Mesela HMK, hakem sayısının her ihtimalde tek olmasını öngörürken, Mecelle bu yönde bir kısıtlama getirmemektedir. Yine, HMK, kesin yetki kuralı gereğince taşınmazın aynından doğan davaların mutlaka, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesini öngörürken, Mecelle, Kanun'daki şartların sağlanması halinde, bir hâkimin kendi yargı çevresi dışında kalan bir kaza içinde yer alan arazi davasını dinleyebilmesine imkân tanımaktadır. *Kitab-ül Kazâ*, günümüzdeki usul kanunlarından farklı olarak, hâkimlerin taşınması gereken ahlaki vasıfları da belirtmekte olup buna ilişkin hükümler de, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile oldukça benzerlik arz etmektedir.

Günümüz usul kanunlarından farklı olarak, *Kitab-ül Kazâ*'da, bazı hükümlerde, örnek kabilinden ifadeler ve *tıpkı bir düzenleme* gerekçesi gibi açıklayıcı ifadeler yer verilmiştir. Bu şekilde, günümüzde pek rastlanmayan bir kanun yapma tekniğinin uygulanmış olması, Mecelle'nin hazırlanma sebeplerinden biri olan, hukuk uygulayıcılarına yol göstermek amacına dayandırılabilir.

Son olarak, özellikle vurgulamak gerekir ki, *Kitab-ül Kazâ*, Mecelle'de usule ilişkin hükümlerin bulunduğu tek kitap olmayıp *Kitab-ul Dava* (m. 1613 - 1675) ile *Kitab-ul Beyyinat ve't Tahlif* (m. 1676 - 1783) bu Kanun'daki diğer usul hükümlerini ihtiva etmektedir. Elbette Mecelle'de bu kitapların dışında da usul hukukuyla ilgili düzenlemelere rastlamak mümkündür. Mesela “*Senede müstenid olan ihtimal ile hüccet yoktur*” şeklindeki m. 73, “*Beyyine müdde'î için ve yemin münkir üzerinedir*” şeklindeki m. 76, “*Beyyine hilaf-ı zahiri ispat için ve yemin*

aslı ibkaa içindir" şeklindeki m. 77, "Kişi ikrariyle muâhaze olunur" şeklindeki m. 79 gibi.¹¹⁰

MECELLE'NİN KİTAB-ÜL KAZÂ BÖLÜMÜNÜN TRANSKRİPSİYONLU METNİ

Madde 1784 - Kazâ, hüküm ve hâkimlik ma'nalarına gelir.

Madde 1785 - Hâkim, beyne'n-nâs vukû' bulan da'vâ ve muhâsamayı ahkâm-ı meşru'asına tevfikân fasl ve hasm için taraf-ı sultanîden nasb ve ta'yin buyrulan zattır.

Madde 1786 - Hüküm, hâkimin muhâsamayı kat' ve hasmeylemesidir. Bu dahi iki kısımdır.

Kısım-ı evvel: Hâkimin hükmettim; iddia olunan şey'i ver demek gibi sözler ile mahkûmun bihi mahkûmun aleyhe ilzâm etmesi ya'ni lâzım kılmasıdır. İşte buna kaza-i ilzâm ve kaza-i istihkak denilir.

Kısım-ı sâni: Hakkın yoktur, münâzeadan memnu'sun, demek gibi sözler ile hâkimin müdde'îyi münâzeadan men' etmesidir. Buna dahi kaza-i terk denilir.

Madde 1787 – Mahkûmun bih, hâkimin mahkûmun aleyhe ilzâm eylediği şeydir ki kaza-i ilzâmda müdde'inin hakkını îfâ etmesi ve kaza-i terkde müdde'inin münâzeaden vazgeçmesidir.

Madde 1788 – Mahkûmun 'aleyh, aleyhine hükmolunan kimesnedir.

Madde 1789 – Mahkûmun leh, lehine hükmolunan kimsedir.

Madde 1790 – Tahkim, hasmeynin husumet ve da'vâlarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibaretdir. Ol kimseye fethateyn ile hakem ve mim'in zammı ve ha'nın fethi ve kâf'ı müşeddede-i meftuha ile muhakkem denilir.

Madde 1791 – Vekil-i musahhar, mahkemeye ihzar olunamıyan müdde'â 'aleyhe hâkim tarafından nasb olunan vekildir.

Madde 1792 – Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır.

Madde 1793 – Hâkim, mesail-i fihhiyyeye ve usul-i muhâkemeye vâkıf ve de'âvi-i vakı'ayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir olmalıdır.

¹¹⁰ Bu ve diğer prensiplerin Arapça asılları ile birlikte sunumu için bkz. ÖZTÜRK, s. 123 vd.

Madde 1794 – Hâkimin temyiz-i tâmme muktedir olması lâzımdır.

Binaenaleyh sagîr ve ma'tûh ve a'mâ ve tarafeynin savt-ı kavîlerini işitemiyecek merteye sagîr olan kimesnenin kazası câiz değildir.

Madde 1795 – Hâkim; meclis-i muhâkemede alış veriş ve mulâtafe gibi mehâbet-i meclisi izale edecek ef'âl ve harekâtdan içtinâb etmelidir.

Madde 1796 – Hâkim, iki hasmdan hiç birisinin hediyesini kabul etmez.

Madde 1797 – Hâkim, mütehasımayından hiç birisinin ziyafetine gitmez.

Madde 1798 – Esnâ-yı muhâkemede hâkim, tarafeynden yalnız birisini hanesine kabul etmek ve meclis-i hükümde biriyle halvet veyahut ikisinden birine el ya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lâkırdı yahut diğerinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve sû-i zanna sebep olabilecek hal ve hareketde bulunmamalıdır.

Madde 1799 – Hâkim, beyn-el-hasmeyn adl ile me'mûrdur.

Binaenaleyh tarafeynden biri her ne kadar eşraftan ve diğeri ahad-ı nâsdan olsa bile hîn-i muhâkemede tarafeyni oturtmak ve kendilerine imâle-i nazar ve tevcih-i hitâb etmek gibi muhâkemeye müte'allik muamelâtda tamamiyle adl ve müsâvâta riayet etmesi lâzımdır.

Madde 1800 – Hâkim, tarafı sultanîden icrâ-yı muhâkemeye ve hükme vekildir.

Madde 1801 – Kazâ, zaman ve mekân ile ve ba'zı hususâtın istisnâsı ile tekayyüd ve tahassüs eder.

Meselâ, bir sene müddetle hükme me'mur olan hâkim ancak o sene içinde hükmeder. Ol senenin hulûlünden evvel veya mürurundan sonra hükmedemez. Ve keza muayyen bir kazada hükmetmek üzere nasb olunan hâkim ol kazanın her mahallinde hükmeder, amma diğerkazada hükmedemez. Ve bir mahkeme-i muayyenede hükmetmek üzere nasb olunan hâkim ancak ol mahkemede hükmedip diğerkbir mahalde hükmedemez. Ve kezalik maslâhat-i âmme mülâhaza-i âdilesine binaen filân hususa müteallik da'va istima' olunmaya deyu emr-i sultanî sâdır olsa hâkim ol da'vayı istima' ve hükmedemez, veyahut bir mahkeme hâkimi bazı hususat-ı muayyene istimaına me'zûn olup da maadasını istimaa me'zun olmasa ol hâkim ancak me'zun olduğu hususâtı istima' ve hükmeder. Maadasını istima' ve hükmedemez. Ve kezalik bir müçtehidin bir hususda re'yi, nâsa erfak ve maslâhat-ı asra evfak olduğuna binaen anın re'yi ile amel olunmak üzere emr-i sultanî sâdır olsa ol hususda hâkim ol müçtehidin re'yine münafî diğerkbir müçtehidin re'yi ile amel edemez, ederse hükmü nâfiz olmaz.

Madde 1802 – Bir da'vâyı ma'an istimâ' ve hükmetmek üzere nasb olunan iki hâkimden yalnız birisi ol da'vâyı istimâ' ve hüküm edemez; ederse hükmü nâfiz olmaz. (1465). maddeye bak.

Madde 1803 – Müteaddid hâkimi olan beldede hasmeynden birisi bir hâkimin ve diğeri öbür hâkimin huzurunda murâfa'â olmak isteyip bu vechile beyhlerinde ihtilâf vaki olsa müdde'â 'aleyhin ihtiyar eylediği hâkim tercih olunur.

Madde 1804 – Bir hâkimin azli vukû' bulup fakat bir müddet haber-i azil kendine vasıl olmamakla ol müddetde bazı de'âvî istimâ' ve fasl etmiş olsa sahih olur.

Amma haber-i azlin vusûlünden sonra vukû' bulan hükmü sahih olmaz.

Madde 1805 – Hâkim eğer nasb ve azl-i nâ'ibe me'zûn ise diğerkimseyi kendisine nâ'ib nasb ve anı azl edebilir; değilse edemez; ve kendisinin ma'zûl ya fevt olması ile nâ'ibi mün'azil olmaz. (1466). maddeye bak.

Binanenaleyh bir kazanın hâkimi vefat ettikde yerine diğerkimseyi gelinceye dek ol kazada vukû' bulan da'vâyı hâkim-i müteveffânın nâ'ibi istimâ' ve hüküm edebilir.

Madde 1806 – Hâkimin istimâ' eylediği beyhine ile nâ'ibi ve nâ'ibin istimâ' eylediği beyhine ile kendisi hükmedebilir.

Şöyle ki, hâkim bir da'vâ hakkında beyhine istimâ' ve nâ'ibe ihbar eylese nâ'ibi i'âde-i beyhine etmeksizin hâkimin ihbarı ile hükmedebilir ve hükme me'zûn olan nâ'ib bir hususda beyhine istimâ' edip de hâkime inhâ eylese hâkim i'âde-i beyhine etmeksizin nâ'ibin inhâsı ile hüküm edebilir amma hükme me'zûn olmayıp da ancak tetkik ve istikşâf için beyhine istimâ'ına memûr olan kimsenin inhâsı ile hâkim hükmedemeyip bizzat istimâ'-ı beyhine etmesi lâzımdır.

Madde 1807 – Bir kaza hâkimi başka bir kaza dâhilindeki arazi da'vâsını istimâ' edebilir. Fakat kitab-ı da'vâda beyan olunduğu vechile hudûd-i şeriyyesinin beyanı lâzım gelir.

Madde 1808 – Mahkûmun leh hâkimin usul ve fûrû'undan biri ve zevcesi ve hükmolunacak malda şeriki ve ecir-i hassı ve hâkimin infakiyle ta'ayyüş eder adamı olmamak şarttır.

Binaenaleyh, hâkim bunlardan birinin da'vâsını istimâ' ile lehine hüküm edemez.

Madde 1809 – Bir belde hâkiminin yahut madde-i ânifede mezkûr mensubatından birinin ol belde ahalisinden bir kimesne ile da‘vâsı olduğu sûrette ol beldede diğerk hâkim varsa anın huzurunda murafaa olurlar.

Ve eğer ol beldede diğerk hâkim yoksa tarafeyn kendi rızaları ile nasb edecekleri hakemin yahut ol hâkim nâ‘ib nasbına me‘zun olduğu takdirde tarafından mansûb nâ‘ibin veyahut civardaki diğerk bir kaza hâkiminin huzurunda murâfa‘a olurlar.

Ve tarafeyn bu sûretlerden birine razı olmadıkları sûrette tarafı sultanîden müvellâ istid‘â ederler.

Madde 1810 – Hâkim, rü‘yet-i da‘vâda el-akdemü fe‘l-akdem kaidesine riayet etmelidir.

Fakat vürûdu muahhar olan bir da‘vânın ta‘cili icâb-ı hâl ve maslahatdan görüldüğü halde anın rü‘yetini takdim eyler.

Madde 1811 – Hâkimin ledelhâce âhardan istifâ‘ etmesi câizdir.

Madde 1812 – Hâkim, ğam ve ğussa ve açlık ve ğalebe-i nevm gibi sıhhat-ı tefekküre mani‘ olabilecek bir ârıza ile zihni müşevveş olduğu halde hükme tesaddî etmemelidir.

Madde 1813 – Hâkim, murâfa‘atda icrây-ı tedkikât etmekle beraber işi sürüncemede bırakmamalıdır.

Madde 1814 – Hâkim, mahkemeye sicillât defteri vaz‘edip vereceği ilâmât ve senedâtı hile ve fesâddan sâlim olabilecek muntazam bir sûrette ol deftere kayd ve tahrîr ve anın hıfzına dikkat ve i‘tinâ eder. Ve kendisinin azli vukû‘ buldukda ya bizzat veya emîni vasıtası ile sicillâtı halefî olan hâkime devr ve teslim eyler.

Madde 1815 – Hâkim, muhâkemeyi alenen icrâ eder. Fakat kabl‘el-hüküm ne vechile hüküm edileceğini ifşâ etmez.

Madde 1816 – Tarafeyn li ecli‘l-muhâkeme huzur-i hâkime geldiklerinde hâkim evvelen müdde‘îye da‘vâsını takrîr ettirir. Ve eğer evvelce da‘vâsı tahrîren zabt olunmuş ise kırâet ile mazmûnu kendisine tasdik ettirilir ve sâniyen müdde‘a ‘aleyhi isticvab eyler.

Şöyle ki müdde‘î senden şu vechile da‘vâ ediyor ve dersin deyu suâl eder.

Madde 1817 – Müdde‘â ‘aleyh ikrar ederse hâkim anı ikrariyle ilzâm eder ve eğer inkâr ederse hâkim müdde‘îden beyyine ister.

Madde 1818 – Müdde'î bilbeyine da'vâsını isbat ettiği sûrette hâkim anın üzerine hükmeyleyler. Ve isbat edemediği sûrette bir yemin hakkı kalmağla talib olur ise hâkim anın talebi üzerine müdde'â 'aleyhe yemin teklif eyler.

Madde 1819 – Müdde'â 'aleyh yemin ederse yahut müdde'î yemin verdirmezse hâkim müdde'îyi müdde'â 'aleyhe mu'ârazadan men' eder.

Madde 1820 – Müdde'â 'aleyh yeminden nükûl ederse hâkim nükûlü ile hükmeder. Ve nükûlü ile hükmettikden sonra yemin ederim dese artık iltifat olunmaz.

Madde 1821 – Usulüne muvafık ve şüphe-i tezvîr ve tasnî'den sâlim olarak bir mahkeme hâkimi tarafından verilen ilâm ve senedin bilâ beyyine mazmûnu ile amel ve hüküm câizdir.

Madde 1822 – Müdde'â aleyh bervech-i bâlâ ledel isticvâb lâ ve ne'am bir cevap vermeyip de sükûtünde ısrar ederse sükûtü inkâr addolunur.

Ve kezalik ikrar da etmem inkâr da etmem deyû cevap verirse bu cevabı dahi inkâr addolunur ve iki sûrette dahi müdde'îden bervech-i bâlâ beyyine talep kılınır.

Madde 1823 – Müdde'â 'aleyh ikrar ya inkâr edecek yerde müdde'înin da'vâsını def'edecek bir da'vâ dermeyan ettikde kitab-ı da'vâda ve kitab-ı beyyinâtda beyan olunan mesâile tevfikân muamele olunur.

Madde 1824 – Tarafeynden birisi ifadesini tekmiil etmedikçe diğeri ifadeye tesaddî edemez, edecek olursa hâkim tarafından men' olunur.

Madde 1825 – Tarafeynden lisan bilmeyen kimesnenin ifadesini terceme için mahkemede mevsuk ve mü'temen tercüman bulundurulur.

Madde 1826 – Akribâ beyninde vukû' bulan veyahut tarafeynin sulha rağbetleri me'mûl olan muhâsamada hâkim bir veya iki defa tarafeyne musâlahayı tavsiye ve ihtar eder; muvâfakat ederlerse kitab-ı sulhde münderic olan mesâile tevfikân müsâlaha eder ve muvâfakat etmezlerse muhâkemeyi itmam eyler.

Madde 1827 – Hâkim muhâkemeyi itmâm ettikten sonra muktezâsını hükm ve tarafeyne tefhîm eyler ve esbâb-ı mûcibesi ile beraber hükm ve tenbihi hâvî bir ilâm tanzim edip mahkûmun lehe ve ledel icâb bir nüshasını dahi mahkûmun 'aleyhe i'tâ eder.

Madde 1828 – Hükümün sebep ve şartları tamamıyla bulunduktan sonra hâkimin hükmü te'hir etmesi câiz değildir.

Madde 1829 – Hükümde sebk-ı da'vâ şarttır.

Şöyle ki hâkimin hukuk-i nâsa müteallik bir hususu hükmetmesi evvel emirde ol hususu bir kimsenin ahar kimesneden da'vâ etmesiyle meşrûtdur.

Da'vâ sebk etmeden vukû' bulan hüküm sahih olmaz.

Madde 1830 – Hin-i hükümde tarafeynin huzuru şarttır.

Ya'ni tarafeyn bil muvâcehe muhâkeme edildikten sonra hükmolunacağı vakit meclis-i hükümde hazır olmaları lâzımdır. Fakat bir kimse diğerdinden bir hususu da'vâ edip de müdde'â 'aleyh dahi ikrar ettikten sonra kable'l-hükm meclis-i hükümden gaib olsa hâkim anın gıyabında ikrarına binaen hüküm edebilir. Kezalik müdde'â 'aleyh müdde'inin da'vâsını inkâr edip de müdde'î bil muvâcehe müdde'âsına ikâme-i beyyine ettikten sonra kable't-tezkiye ve'l-hükm müdde'â 'aleyh meclis-i hükümden teğayyüb eylese hâkim anın gıyabında beyyineyi tezkiye ve hüküm edebilir.

Madde 1831 – Müdde'â 'aleyhin vekili muvâcehesinde ikâme-i beyyine olunduktan sonra müdde'â 'aleyh bizzat meclis-i hükme hazır olsa hâkim ol beyyine ile müdde'â 'aleyh üzerine hüküm edebilir. Ve bilâkis müdde'â 'aleyhin muvâcehesinde ikâme-i beyyine olunduktan sonra vekili meclise hazır olsa hâkim ol beyyine ile vekilin üzerine hükmedebilir.

Madde 1832 – Cümle vereseye husûmet teveccüh eden da'vâda vereseden birinin muvâcehesinde ikâme-i beyyine olunup da kable'l-hükm gaib olsa hâkim ol beyyine ile ihzar olunan diğervaris üzerine hükmedebilir. İade-i beyyineye hacet yokdur.

Madde 1833 – Müdde'inin taleb ve istid'âsı üzerine hâkim tarafından müdde'â 'aleyh mahkemeye da'vet olunur.

Mazeret-i meşru'ası olmadığı halde mahkemeye gelmekden ve vekil göndermekden imtina' ederse bil-icbar mahkemeye ihzar kılınır.

Madde 1834 – Müdde'â 'aleyh mahkemeye gelmekden ve vekil göndermekden imtina' edip de celb ve ihzarı kabil olmadığı takdirde müdde'inin talebi ile mahkemeye mahsus olan varaka-i davetiye ayrı günlerde üç defa kendine gönderilecek mahkemeye da'vet ve gelmediği sûrette hâkim ana bir vekil nasbı ile müdde'inin da'vâ ve beyyinesini istimâ' edeceğini kendine tefhim eyler. Bunun üzerine müdde'â 'aleyh yine mahkemeye gelmez ve vekil göndermezse hâkim anın hukukunu muhafaza edecek bir kimseyi ana vekil nasb edip vekil-i mezbur muvâcehesinde müdde'inin da'vâ ve beyyinesini istimâ' ve tedkik ederek mukârin-i sıhhat olduğu tebeyyün ederse ba'd-es-sübût hükmeder.

Madde 1835 – Ber minval-i meşruh vaki' olan hükm-i gıyabî müdde'â 'aleyhe tebliğ edilir.

Madde 1836 – Gıyaben aleyhine hükmolunan kimse mahkemeye hazır olup da müdde'inin da'vâsını def'a salih bir da'vâya teşebbüs ederse istimâ' ve icabı vechile fasl olunur. Da'vâyı def'a teşebbüs etmediği veya edip de def'a salih olmadığı takdirde hükm-i vâki' infâz ve icrâ kılınır.

Madde 1837 – Usûl-i meşru'asına muvâfık ya'ni hükmün sebep ve şartları mevcut olarak hükm ve i'lâm olunan da'vânın tekrar rü'yet ve istimâi câiz olmaz.

Madde 1838 – Bir da'vâ hakkında lâhik olan hükmün usûl-i meşru'asına muvâfık olmadığını mahkûmun 'aleyh iddia ve adem-i muvâfakat cihetini dahi beyan edip de isti'nâf-ı da'vâ talebinde bulunduğu halde vukû' bulan hüküm ledettahkîk usûl-i meşru'asına muvâfıkta tasdik olunur, değilse istinaf kılınır.

Madde 1839 – Bir da'vâ hakkında lâhik olan hükme mahkûmun 'aleyh kanaat etmeyip de ol hükmü havi olan ilâmın temyizi talebinde bulunduğu halde ledettedkîk usûl-i meşru'asına muvafıkta tasdik kılınır, değilse nakz olunur.

Madde 1840 – Def-i da'vâ, kabl-el-hüküm sahih olduğu gibi ba'd-el-hüküm dahi sahih olur.

Binaenaleyh bir da'vâda mahkûmun 'aleyh olan kimse ol da'vâyı def'a salih bir sebep serd ve beyan ile def-i da'vâ iddiasında ve i'âde-i muhâkeme talebinde bulunduğu halde mahkûmun lehin muvâcehesinde işbu iddiası istimâ' ve bu husus hakkında muhâkemeleri icrâ olunur.

Meselâ bir kimse diğer kimesnenin yed-i tasarrufunda olan bir hane pederinden kendine mevrûs olduğunu da'vâ ve isbat edip de hâkim dahi hükmettikden sonra ol kimsenin pederi ol haneyi mukaddema zilyedin pederine satmış olduğunu mübeyyin bir senedi ma'mûlun-bih zuhûr ettikde zilyedin da'vâsı istimâ' ile isbat eylediği takdirde hükm-i evvel müntekız ve ol kimsenin da'vâsı mündefi' olur.

Madde 1841 – Hukuk-i nâsa müteallik mal da'vâlarında tahkim câizdir.

Madde 1842 – Muhâkeme hükmü ancak kendisini tahkim eden hasmeyn hakkında ve tahkim ettikleri hususda câiz ve nâfiz olup anlardan başkasına tecavüz etmez ve anların hususat-ı sâiresine dahi şâmil olmaz.

Madde 1843 – Muhakkemin te'addüdü câizdir.

Ya'ni bir hususa iki yahut daha ziyâde kimsenin hakem nasb olunması câizdir.

Müdde'î ve müdde'â 'aleyh taraflarından birer hakem nasb etseler câiz olur.

Madde 1844 – Berveci-bâlâ muhakkepler müteaddid oldukları sûrette hepsinin re'yi müttefik olmak lâzımdır. Yalnız birisi hükm edemez.

Madde 1845 – Hakemler tarafeynden tahkime me'zun iseler diğeri bir kimseyi tahkim edebilirler değilse edemezler.

Madde 1846 – Tahkim bir vakit ile takyid olundukda ol vaktin müruru ile zâil olur.

Meselâ, filân günden bir aya kadar hükmetmek üzere nasb olunan hakem ancak bu bir ay içinde hükmedebilir, ol ayın mürurunda hükmedemez. Ederse hükmü nâfiz olmaz.

Madde 1847 – Muhakkemin hükmünden evvel tarafeynden her biri anı azledebilir şu kadar var ki tarafeyn anı tahkim edip de taraf-ı sultanîden mansub ve nâ'ib nasbına me'zun olan hâkim dahi anı müciz olsa hâkim anı istihlâf etmiş olmasıyla ol muhakke bu hâkimin nâ'ibi menzilesinde olur.

Madde 1848 – Hâkimlerin kazaları dâhilindeki ahalinin cümlesi hakkında hükümleri nasıl ki lâzımü'l-icrâ ise muhakkemelerin dahi anları tahkim edenler hakkında ve muhakke oldukları hususda hükümleri ol veçhile lâzım olur.

Binaenaleyh hakemler usul-i meşru'asına muvafık olarak hükmettikden sonra tarafeynden hiç biri ol hükmü kabulden imtina' edemez.

Madde 1849 – Muhakkemin hükmü taraf-ı sultanîden mansub hâkime arz olundukda muvafık-ı usul ise kabul ve tasdik eder. Değilse nakzeyler.

Madde 1850 – Tarafeyn ahkâm-ı meşru'asına tevfikân hükmü me'zun kıldıkları muhakkemeleri ledettensib sulhan tesviyeye dahi me'zûn etseler muhakkemlerin sulhan tesviyeleri mu'teber olur. Şöyle ki tarafeynden biri muhakkemlerden birini ve diğeri dahi obirini munaza-un-fih olan hususun ol veçhile sulhan tesviyesine dahi tevkil edip de anlar dahi kitab-ı sulhde münderic olan mesâile bittevfik sulhan tesviye etseler işbu sulh ve tesviyeyi tarafeynden biri kabulden imtina' edemez.

Madde 1851 – Bir kimse (hakem tayin) olunmamış olduğu halde iki kişi beynindeki da'vâyı fasl ettikten sonra tarafeyn ana razı ve anın hükmünü müciz olsalar hükmü nâfiz olur. (1453). maddeye bak.

KAYNAKÇA

AKÇA, Gürsoy/HÜLÜR, Himmet, "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri", *Türkiyat Araştırmaları*, Bahar 2006, Sayı: 19, ss. 295-321.

AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı: Birinci Cild: Kamu Hukuku*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.

ANSAY, Sabri Şakir, "Sulh", *AÜHFD*, 1 (2), 1944, ss. 200-209.

AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza, Konya 2012.

AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. bs., Beta, İstanbul 2010.

BERKİ, Ali Himmet, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, Ankara 1959.

BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. bs., Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Enes Sarmaşık Yayınları, Cilt: 8, İstanbul 2010.

CİN, Halil/ AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, 4. bs., Sayram Yayınları, Konya 2011.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk*, 2. bs., Arı Sanat, İstanbul 2012.

GÖZLER, Kemal, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", *AÜHFD*, 56 (2), 2007, ss. 45-61.

KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhâkeme Hukuku Ders Kitabı*, 3. bs., İstanbul 2012.

KAŞIKÇI, Osman, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, OSAV, İstanbul 1997.

KORAL, Rabi, "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim", *İÜHFM*, C. 13 (S. 1), 1947, ss. 193-218.

KOŞUM, Adnan, "Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslâm Hukuku", *AÜİFD*, 47 (1), 2006, ss. 55-66.

KURU, Baki, "Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet: Kaza (yargı) Yolu", *ABD*, 1962/2, ss. 27-33.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, *Medenî Usul Hukuku*, 22. bs., Ankara 2011.

ORTAYLI, İlber, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", *Bülent Nuri Esen'e Armağan*, Ankara 1977, ss. 245-264.

ÖZTÜRK, Osman, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, İstanbul 1973.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. bs., Yetkin, Ankara 2013.

TANRIVER, Süha, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", *AÜHFD*, 49 (1), 1994, ss. 333-348.

TAŞPINAR, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD*, 45 (1), 1996, ss. 533-572.

TURAN, M. Fatih, "İslam Muhâkeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar", *Ata.Ü.İFD*, (33), 2010, ss. 146-169.

ÜNAL-ÖZKORKURT, Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", *AÜHFD*, 57 (1), 2008, ss. 225-242.

MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELER

Arş. Gör. Süheyla ZORLU*

ÖZET

Türk Medenî Kanunu'na göre mirasçıların mirasın açılmasından önce sözleşme yapmaları, mirasbırakanın katılımı ya da izninin olması ile mümkündür. Mirasın açılmasından önce yapılacak sözleşmelerin şekli hususunda ise kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda kabul gören görüş adi yazılı şekilde yapılması gerektiği yönündedir. Belirtilmesi gereken bir diğer husus, mirasın açılmasından önce sözleşme yapılmış olsa da muhtemel mirasçının hak sahipliğini devredemeyeceğidir. Muhtemel mirası devralan kişi mirasçı olarak taksime iştirak edemez.

ANAHTAR KELİMELER: *Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşme, muhtemel mirasın devri, tereke.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

THE CONTRACT MADE BEFORE THE OPENING OF HERITAGE

ABSTRACT

According to Turkish Civil Code heirs do contract before the opening of heritage possible with participate or allow legatör. There is no provision in the law that contracts made before the opening of heritage. Accepted view on this subject is that needs to be done in ordinary writing. Another issue worth mentioning is that although the contract made before the opening of heritage, possible heir is not hand over ownership rights. Possible transferee heritage not participate in the cab as heir.

KEYWORDS: *Contract before the opening of heritage, transfer of the possible heritage, probate.*

GİRİŞ

Mirasçılar terekeye ilişkin olarak hukukî işlemlerde bulunabilirler. Yapılan bu taahhüt ya da tasarruflar işlemlerinin diğer mirasçılar açısından bağlayıcılığı hususunda, işlemin yapılma zamanına bakılmalıdır. Zira mirasın açılmasından önce yapılması ile mirasın açılmasından sonra yapılması farklı kurallara tabidir.

Mirasın açılmasından sonra, fakat paylaşmadan önce miras payının tamamen ya da kısmen devrine ilişkin sözleşme mirasçılar arasında yapılmaktaysa yazılı yapılması gerekmektedir. Böyle bir sözleşme mirasçılar ile üçüncü kişiler arasında yapılıyorsa geçerliliği noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır (MK. m. 677).

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan ve mirasın açılmasından önce mirasçılar arasında ya da mirasçılar ile üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşmeler ise Medenî Kanununun 678 inci maddesine uygun olarak yapılmalıdır. Söz konusu hükme göre mirasçılar tarafından mirasın açılması öncesinde yapılması düşünülen miras payının devrine ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için mirasbırakanın katılımı ya da izni gerekmektedir. Burada öngörülen sınırlamaların nedeni, bir kimsenin ölümünden önce terekesinde yapılacak tasarrufların sakıncalı bulunmasıdır. Zira böyle bir sözleşmenin yapılması aslında ahlâka uygun

değildir¹ ve mirasbırakan ile mirasçuları arasındaki bağı örseler. Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin bir diğer sakıncası devredilen hakkın ve muhtevasının belirli olmamasıdır. Çünkü öleceği düşünülen mirasbırakan iyileşip daha çok yaşayabilir². Halbuki mirasın açılmasından önce yapılan devir sözleşmeleri mirasçuların mirasbırakanın bir an evvel ölmesi arzusunu duymalarına dahi neden olabilir ki bu ahlâkî olmadığı gibi insancıl da değildir³. Ayrıca açılmamış bir miras hakkının devrine ilişkin sözleşme yapılması, mirasbırakanın malvarlığı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına da engelleyebilir, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayabilir ve MK. m. 23'e aykırı bir durum doğmasına neden olabilir⁴. MK. m. 678 hükmü muhtemel mirasçuların yapacakları sözleşme ile muhtemel terekeyi kül halinde başkasına devretmelerine de imkân tanımaktadır⁵. Ancak böyle bir imkânın varlığının kabulü halinde miras hukukuna hakim olan külli intikal ve elbirliği halinde hak sahipliği, miras ortaklığının kanunen doğacağı yolundaki hükmün bertarafı mümkün olacaktır⁶.

Çalışmamızda MK. m. 678'de düzenlenmiş olan mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler ele alınmıştır. Bu bağlamda ilk olarak söz konusu sözleşmelerin konusu ile hukukî niteliğine değinilmiş, kurulması ile geçerlilik şartları incelenmiştir. Sonrasında bu sözleşmelerin hüküm ve sonuçları ile geçersizliği tetkik edilmiştir. Çalışma ile varılan neticenin yer aldığı sonuç kısmı ile çalışma sonlandırılmıştır.

¹ **Ayan**, Mehmet, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Konya 2009, s. 245; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, Ankara 2004, s. 99; **Çakırca**, S. İrem, *Miras Payının Devri Sözleşmeleri*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1834; **Gönensay**, Samim/**Birsen**, Kemaleddin, *Miras Hukuku*, İstanbul 1956.

² İmre, **Zahit**/Erman, **Hasan**, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 530.

³ **Şener**, Esat, *Miras Hukuku*, Ankara 1977, s. 863; **Gönensay/Birsen**, s. 348.

⁴ **Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), YD, Ocak-Nisan 1995, C. 21, S. 1-2, s. 111; **Özakman**, H.Cumhur, *Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler*, İstanbul 1984, s. 104.

⁵ **Serozan/Engin**, s. 65.

⁶ **Özakman**, s. 109.

§ 1. MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE KONUSU

I- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN KONUSU

Miras açılmadan önce henüz miras payı ya da miras hissesi değil de, muhtemel mirasçının sadece beklenen (muntazar) bir hakkı olduğu⁷ için, tarafların sözleşme yapmaktaki amacı, muhtemel mirasçının bu beklenen mülkiyet hakkının naklidir⁸. Bir başka ifade ile beklenen miras payının devri, bir kişinin kendisine mirasbırakması muhtemel kimse yaşıyorken, ileride doğması olası mirasçılık hakkını şimdiden devretmek istemesidir⁹. Yani burada gerçek anlamda bir miras payının devri değil, miras nedeniyle kazanılması muhtemel olan bir hakkın devrine ilişkin bir taahhüt vardır¹⁰. Muhtemel miras payını devralan kişi, yalnızca gelecekteki olası paylaşımında olası bir alacağı kazanır¹¹.

Mirasın açılmasından önce yapılan ve mülkiyetin nakli gayesini güden¹² sözleşmeler, sağlar arası hukuki işlemlerdendir. Dolayısıyla borçlar hukukunda etkili olan “sözleşme özgürlüğü ilkesi” burada da geçerliliğini sürdürür ve bu çerçevede taraflar dilediği içerikte sözleşme yapabilirler. Ancak taraflar buradaki özgürlüğü hak sahipliğinin devri

⁷ **İmre/Erman**, s. 530.

⁸ **Yıldırım**, (I), s. 117. Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler, mülkiyetin naklini amaçlayan sözleşmelerden olması nedeniyle, mülkiyetin karşı tarafa naklini amaçlayan her türlü hukukî işlem şekline bürünebilir (**Yıldırım**, (I), s. 140). Devir sözleşmesi satım, trampa, bağışlama, ifa yerine edim, sulh sözleşmesi biçiminde karşımıza çıkabilir. Rehin hakkı tesis edilip edilemeyeceği ise tartışmalıdır (bu konu hakkında bkz., **Yıldırım**, (I), s. 141; **Şener**, s. 868; **Çakırca**, s. 1842; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 370; **Velidedeoğlu**, s. 807; **İmre/Erman**, s. 536). Ancak her surette olursa olsun, mutlaka mirasbırakanın katılımına ya da iznine gerek vardır.

⁹ **Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, C. IV, 4. Bası, İstanbul 2009, s. 367.**

¹⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369.

¹¹ **Serozan/Engin**, s. 50.

¹² Borçlar Kanunu çerçevesinde mülkiyetin naklini amaçlayan diğer sözleşme türlerine satım, bağışlama ve trampa örnek olarak verilebilir.

anlamına gelecek şekilde kullanamazlar; zira ilk başta henüz mirasçılık sıfatını elde etmemiş olan muhtemel mirasçının hak sahipliğini bu şekilde başkasına devretmesi, iştirak halinde hak sahipliği ve miras ortaklığının amaç ve prensipleri ile bağdaşmaz¹³. Bu şekilde değerlendirilecek bir sözleşme “kanunun emredici hükümlerine aykırı olması” nedeniyle hükümsüz sayılmalıdır. Ayrıca MK. m. 23’ün kapsamında da ele alınabilir.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin muhtemel miras payının tümüne ilişkin olması gerekmez, taksim ya da tasfiye payının belli bir oranına ilişkin olarak yapılabilir. Buna karşın muhtemel mirasçının umut ettiği miras hissesinin kapsamında yer alabilecek belirli bir şeye ilişkin olarak sözleşme yapılması doğru olmaz¹⁴. Halbuki Medenî Kanununun 677 nci maddesi çerçevesinde yapılan sözleşmelerde bu mümkündür.

II- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mirasbırakan ölmeden, yani miras açılmadan önce mirasçılardan söz edilemeyeceği gibi, miras payı ya da miras hissesinden de bahsedilemez. Zira hayatın olağan akışında kimin, ne zaman hayatını kaybedeceğinin veya kimin önce, kimin sonra öleceğinin bilinmesi mümkün değildir. Ancak kanunlar yaşı daha büyük olanın önce öleceği varsayımına dayanır. Bu nedenle bazı yazarlar Medenî Kanununun 678 inci maddesinin kenar başlığının, “mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler” yerine, beklenen ölüme paralel olarak “beklenen miras hakkına ilişkin olarak yapılan sözleşmeler” ifadesinin kullanılabilmesi görüşündedirler¹⁵.

Mirasbırakan ölmeden mirasçıdan, miras payı ve miras hissesinden bahsedilemeyeceğine göre, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeleri düzenlemekte olan MK. m. 678 hükmünde, doğru bir şekilde “miras payı” ya da “miras hissesi” değil, “bir miras hakkında” ifadesi kullanılmıştır. Halbuki MK. m. 677’de “miras payı” kavramı kullanılmıştır. Çünkü bu hükümde mirasbırakanın ölümü sonrasında

¹³ Yıldırım, (I), s. 118.

¹⁴ Yıldırım, (I), s. 119.

¹⁵ Özakman, s. 107; Yıldırım, (I), s. 116.

miras payının devri düzenlenmiştir, yani artık külli intikal gerçekleşmiş, tereke durağan bir hal almıştır. Buna karşın mirasın açılmasından, yani kişinin ölmesinden önce bir terekeden değil, aktifi ve pasifi ile dinamik durumda olan malvarlığından söz edilir¹⁶.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler, mülkiyetin naklini amaçlamaktadır¹⁷. Mülkiyetin naklini amaçlayan sözleşmeler tasarruf muamelesi olabileceği gibi taahhüt muamelesi de olabilir. Oysa mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde belirli ve tek bir şey sözleşme konusu olmadığından, bunun tasarruf muamelesi olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla MK. m. 678'de öngörüldüğü gibi muhtemel mirasçı ile sözleşme yapan kişiler miras ortaklığına da dahil olamaz. Sözleşme yapılan kişinin üçüncü kişi olmasıyla diğer bir kanunî mirasçı olması arasında şekil şartları ve sözleşmenin doğurduğu sonuçlar açısından fark bulunmamaktadır¹⁸. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin eşya hukuku ya da miras hukuku açısından herhangi bir sonucu yoktur¹⁹, sadece taraflar arasında borç doğurur²⁰. Yani muhtemel mirasçının miras hakkını devretmesi, mirasbırakanın katılımı ya da izni bulursa dahi miras sözleşmesi sayılmaz²¹, Zira mirasbırakan âkit olarak katılmamıştır²².

MK. m. 678'de düzenlenmiş olan sözleşme ile muhtemel taksim ya da tasfiye payının devrine yönelik bir alacak hakkı tesis edilmektedir²³. Muhtemel mirasçının gelecekteki olası miras hakkını devretmesi aslında somut ve güncel bir hakkın devri değildir, bu devirle

¹⁶ **Özakman**, s. 106–107; **Yıldırım**, (I), s. 116.

¹⁷ 2. HD., 3.4.2003, E. 2003/2492, K. 2003/4868, "... Sözleşme mülkiyetin naklini amaçlamaktadır. Temliki özelliğe sahiptir..." (CORPUS Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹⁸ **Çakırca**, s. 1836.

¹⁹ **İmre/Erman**, s. 535; **Özakman**, s. 121; **Yıldırım**, (I), s. 127.

²⁰ **İmre/Erman**, s. 533.

²¹ **Oğuzman**, Kemal, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 160, dn. 240; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1963, s. 615–616.

²² **Velidedeoğlu**, s. 616.

²³ **Özakman**, s. 121–122; **Yıldırım**, (I), s. 127.

aslında bir umut devredilmektedir²⁴. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce yapılan sözleşme sağlararası bir hukukî işlem olup hüküm ve sonuçlarını borçlar hukuku alanında ortaya çıkarır. İvazlı ya da ivazsız olabilir, iki taraflı, rızai bir akittir ve temlik borcu doğurur. Ayrıca mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler, mirasbırakanın ölmesi neticesinde muhtemel mirasçının mirasçılık sıfatının kesinleşmesi geciktirici şartına bağlıdır. Bir başka ifadeyle bu sözleşmeler geciktirici şarta bağlı bir hukuki işlem olarak nitelendirilir²⁵.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde muhtemel mirasçıya mirasın geçişi müphemdir. Mirasbırakandan önce muhtemel mirasçının ölmesi söz konusu olabileceği gibi, mirasbırakanın sonradan evlat edinmesi, sonradan muhtemel mirasçıdan önceki zümreden olan bir mirasçının ortaya çıkması ya da muhtemel mirasçının mirasçılıktan çıkarılması gibi durumlar da ihtimal dâhilinde görülmelidir. Umut bağladığı miras hakkına erişmek isteyen muhtemel mirasçı mirastan yoksun olmasıyla sonuçlanacak fiillerde dahi bulunabilir. Öte yandan muhtemel mirasçıdan başka kanunî mirasçı bulunmamasına rağmen, mirasbırakan muhtemel terekenin tamamı üzerinde mirasçı atamış olabilir ve muhtemel mirasçının da saklı payının bulunmaması onun mirası kazanmasını engelleyebilir²⁶.

Medenî Kanun'un 678 inci maddesine göre yapılan sözleşmelerde muhtemel tereke dinamik bir yapı arz etmektedir, yani sürekli değişkenlik göstermektedir. Zira sözleşme yapıldığı sırada muhtemel tereke muhtemel mirasbırakana ait olan malvarlığıdır ve dolayısıyla muhtemel mirasbırakanın malvarlığı üzerinde sürekli olarak dilediği gibi tasarrufta bulunması mümkündür²⁷. Muhtemel mirasbırakanın bu şekildeki tasarruflarının sözleşme ile engellenmesi de söz konusu olamaz, zira böyle bir sözleşme MK. m. 23'te ifade edildiği üzere kişilik hakkına aykırılık teşkil eder.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler, mirastan feragat sözleşmesinden farklıdır. Her ne kadar mirastan ivazlı feragat ile mirasın

²⁴ Serozan/Engin, s. 50.

²⁵ Yıldırım, (I), s. 127.

²⁶ Özakman, s. 120–121.

²⁷ Yıldırım, (I), s. 117.

açılmasından önce yapılan sözleşmeler, mirasçının belirli bir bedel mukabilinde mirasçılıktan çekilmesi anlamına gelmekteyse de, bunlar arasında şekil ve içerik açısından önemli farklılıklar vardır. Zira feragat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması geçerlilik şartı iken, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir²⁸. Öte yandan mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler muhtemel mirasçı ile diğer kişiler arasında mirasbırakanın katılımı ya da izni ile yapılabilirken, mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakan ile feragat eden mirasçı arasında yapılır²⁹.

§ 2. MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN KURULMASI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

Medenî Kanununun 678 inci maddesinde düzenlenmiş olan mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin sağlar arasında yapılan bir hukukî muamele olduğunu ve mülkiyeti devir amacını güttüğünü daha önce ifade etmiştik. Dolayısıyla kurulması açısından Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulacak olan diğer sözleşmelerden bir farkının olmadığı belirtilmelidir.

Borçlar Kanunu hükümlerine göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır. Bu husus Borçlar Kanununun 1 inci maddesinde düzenlenmektedir. Bunun yanında sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların akdin esaslı noktalarında uyuşmuş olmaları gerekmektedir (TBK. m. 2). Ayrıca Borçlar Kanununun genel hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde MK. m. 678'de düzenlenmiş olan mirasın açılmasından önce yapılmış sözleşmelere de uygulanır³⁰.

²⁸ **İmre/Erman**, s. 531; **Dalamanlı**, Lütfü, Miras Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1983, s. 756.

²⁹ **İmre/Erman**, s. 531.

³⁰ Ancak 818 sayılı mevcut BK. m. 11 ve 6098 sayılı yeni BK. m. 12 hükmünün burada uygulanması söz konusu değildir (**Yıldırım**, (I), s. 128).

II- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A) Sözleşmenin Şekli

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin şekli hususunda Medenî Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle en çok şekil hususunda sorun çıkmaktadır. Söz konusu sözleşmenin sağlararası nitelik arz ettiği kabul edilirse borçlar hukukunda geçerli olan şekil serbestisi burada da geçerli olacaktır³¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 12 inci maddesinin³² “(1)Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. (2)Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz” şeklindeki düzenlemesi karşısında mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde şekil şartının bulunmadığı düşünülse de, doktrinde bu hususta bir görüş birliği bulunmamaktadır. Zira ölüme bağlı tasarruf niteliğinde kabul edilirse resmî şekil aranacaktır³³.

Bir görüşe göre mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin en azından adi yazılı şekilde yapılması gerekir³⁴. Zira ilk olarak Medenî Kanunun 678 inci maddesinin tarafları ve amacı bakımından benzeri olan 677 nci maddesinde de mirasçılar arasında yapılacak sözleşmeler için adi yazılı şekil, üçüncü kişilerle yapılacak sözleşmeler için resmî şekil öngörülmektedir. Dolayısıyla Medenî Kanunun bunu düzenleyen dördüncü ayırımında en hafifletilmiş şekil şartlarının arandığını ve bunun nedeninin bunların sağlararası bir nitelik arz etmesi olduğunu söylemek

³¹ Yıldırım, (III), s. 124

³² Bu hüküm 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 11 nci maddesine karşılık gelmekteydi. Söz konusu hükme göre “(1)Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir. (2)Kanunun emrettiği şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”.

³³ Yıldırım, (III), s. 124.

³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş’e göre muhtemel mirası devreden ve devralan (her ikisi de) muhtemel mirasçı ise adi yazılı şekilde, devralan mirasçı olabilecek bir pozisyonda değilse noterde düzenleme şeklinde yapılması geçerlilik bakımından yeterli ve gerekli görülmelidir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 368).

mümkündür³⁵. Medenî Kanununun 677 nci maddesinde şeklin var olmasını gerekli kılan nedenler, 678 inci maddede de mevcuttur; bu nedenle MK. m. 676 ve 677'ye kıyasen 678 inci maddede de şekil şartı aranmalıdır³⁶. Zira mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin yapısı itibariyle taşıdığı tehlike riski, açılmış miras payına ilişkin sözleşmelerden daha fazladır³⁷. İkinci olarak ise şeklin öngörülmesinin amaçlarından olan tarafların düşünmeye sevk edilmesi işlevinin mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde daha etkili olduğu açıktır, ayrıca sıhhat şartı olan şeklin ispat kolaylığı sağladığı tartışmasızdır³⁸. Zira mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde sözleşmenin kurulma anı ile sözleşme hükümlerinin icra edilme anı farklıdır ve tarafların yıllarca hareketsiz kalmaları muhtemeldir³⁹.

Yargıtay ise önceki tarihli bir kararında⁴⁰ mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin herhangi bir şekle tâbi olmadığını ifade etse

³⁵ Yıldırım, (I), s. 136–137.

³⁶ İmre/Erman, s. 534; Özakman, s. 123–124; Dalamanlı, s. 756. İmre/Erman'a göre muhtemel miras hakkı başka bir mirasçıya devredilecekse m. 677'ye kıyasen adi yazılı şekil yeterli iken, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler söz konusu hükümde öngörüldüğü gibi resmî şekilde yapılmalıdır (İmre/Erman, s. 534). 2. HD., 3.4.2003, E. 2003/2492, K. 2003/4868, "...Mirasbırakan henüz hayatta iken onun muhtemel mirasçısı ilerde doğması muhtemel miras hakkını bir başka mirasçıya yahut üçüncü bir kişiye devretmesi imkan dahilindedir. Beklenen miras üzerinde sözleşme yapılması nisbî bir işlemdir. Temlik olunan hakkın kapsamı belirsizdir. Mirasın ne zaman öleceği terekeden hangi malların çıkacağı şüphelidir. Bu nitelikteki miras payının devrine ilişkin sözleşmenin tabi tutulacağı şeklin ne olacağı konusunda da yasada açıklık yoktur. 743 sayılı Medeni Kanunun karşılığını oluşturan Türk Medeni Kanununun 678. maddesinde de açıklık bulunmamaktadır. Ancak miras payının temlik ile miras taksim sözleşmesine ilişkin (743 sayılı MK. md. 611–612) adi yazılı şeklin burada geçerli olduğunun kabulü gerekir. Yazılı şekilde yapılmış olması akdin sıhhat şartıdır..." (CORPUS Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁷ Çakırca, s. 1837, dn. 58.

³⁸ Yıldırım, (I), s. 137.

³⁹ Özakman, s. 125.

⁴⁰ HGK., 24.3.1978, E. 1978/7150, K. 1978/7486, "...Medenî Kanununun 613. maddesinde bu tür sözleşmeler bakımından özel bir şekil öngörülmediği

de, sonradan MK. m. 678'e göre yapılan sözleşmelerin yazılı şekle tâbi olduğu yönünde görüşünü değiştirmiştir⁴¹.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler bünyesinde mirasbırakanın katılımı veya rızasını barındırmalıdır, dolayısıyla yazılı

gibi, Medenî Kanunun başka bir bölümünde de şekle ait bir atf yoktur. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 89. maddesi ise sadece miras taksim sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekle tabi tutmuştur. Buna rağmen temyiz incelemesi sırasında anılan yön gözden kaçmış, karar düzeltme isteği yerinde görülmuş olmakla bozma kararının kaldırılması ve hükmün onanması uygun görülmüştür” (Yıldırım, (I), s. 137).

⁴¹ 8. HD., E. 2008/3067, K. 2008/3437, “...Mirasın açılmasından önceki miras payının devri müessesesi TMK.nun 678. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, ancak Mirasbırakanın katılımıyla böyle bir sözleşme geçerli olabilir. Görülmekte olan davada, davacı vekilinin ileri sürmüş olduğu tarihsiz "Satış Senedi" başlıklı belgede kayıt maliki M..'nın miras payının devrine ilişkin sözleşmeye katıldığı hususu anlaşılmamaktadır. Diğer yönden geçerli olarak düzenlenmiş bir sözleşmeye dayanılarak ifanın istenmesi için mirasın açılmış olması gerekir. TMK.nun 699. maddesi hükmüne göre, ölüm ile miras açılır. Kayıt maliki tarafların babası M..'nın ölü veya sağ olup olmadığı da anlaşılmamaktadır. Bu yön eksik ise de az yukarıda açıklandığı üzere Mirasbırakan miras payının devrine ilişkin sözleşmeye katılmadığı için böyle bir sözleşme hukuken geçerli bir sonuç doğurmaz. Katılımın tanık veya benzeri delillerle kanıtlanması mümkün değildir...”; 1. HD., E. 2009/1181, K. 2009/2759, “...Hemen belirtmelidir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 676. maddesi, mirasçılarının tereke üzerinde yapacakları taksimin, keza mirasçılarının birbirleri ile miras paylarının temlik konusundaki yapacakları sözleşmelerin aynı Yasa'nın 677. maddesi hükmü gereğince geçerli olması için yazılı olması koşulunu öngörmüştür. Her iki halde de, yapılacak tasarrufların murisin ölümünden sonra gerçekleştirilmesinin olanaklı bulunduğu sabittir. Öte yandan, Türk Medeni Kanunu'nun 678. maddesi düzenlemesi ile de, murisin sağlığında ileride (murisin ölümünden sonra) intikal edecek terekedeki hakkıyla ilgili olarak bir mirasçının diğer mirasçılarla veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmelerin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve ayrıca Mirasbırakanın da sözleşmede yer alması ve onun katılımıyla gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kuralına yer verilmiştir...” (UYAP Mevzuat Programı).

şekilde yapılması doğru olur⁴². Mirasbırakanın muhatap değil de, başka bir mirasçının muhatap alınarak muhtemel mirasın gözden çıkarılması durumunda, mirasın reddedileceği taahhüdü sayılması mümkün olsa da, böyle bir taahhüdün m. 678'in katı kuralı karşısında geçerliliği şüphelidir⁴³.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin bir taşınmaza ilişkin olması halinde ne olacağı sorusu akla gelebilir. Ancak çalışmamızda daha önce ifade edildiği üzere mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler belirli bir şeye ilişkin olmamalıdır. Zira sözleşmenin yapıldığı sırada mirasbırakanın malvarlığı kapsamında bulunan gayrimenkul daha sonra terekede yer almayabilir. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin belirli bir taşınmaza ilişkin olması doğru olmaz⁴⁴, sadece muhtemel tasfiye payına ilişkin olabilir. Dolayısıyla da adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Başka bir ifadeyle taşınmaza ilişkin dahi olsa adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁴⁵.

B) Mirasbırakanın Katılımı veya Rızası

Medenî Kanununun 678 inci maddesine göre mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde mutlaka mirasbırakanın katılımı ya da izni olmalıdır. Mirasbırakan, bu sözleşmeye katıldığını açıkladıktan ya da izin

⁴² **Özakman**'a göre burada önemli olan mirasbırakanın sözleşme içeriği hakkında bilgi sahibi olması ve ona rıza göstermesi olduğundan, katılımının ya da izninin şekle tabi olması söz konusu olmaz. Zira burada muhtemel mirasbırakan herhangi bir borç altına girmemektedir, onun katılımının ya da izninin aranmasındaki amaç ahlâka aykırılığın ortadan kaldırılmasıdır (**Özakman**, s. 137–138). **Dural/Öğüz/Gümüş**'e göre ise katılma ya da izne ilişkin beyanın sözlü ya da zımnen verilmesi de mümkündür. Ancak ispat sorunu ortaya çıkabileceğinden yazılı olarak verilmesi önem taşır (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 368).

⁴³ **Serozan/Engin**, s. 264.

⁴⁴ **Özakman**, s. 126–127; **Yıldırım**, (I), s. 139.

⁴⁵ **İmre/Erman**, s. 534; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 368.

verdikten sonra, irade sakatlıklarının bulunması dışında, bundan dönemez⁴⁶.

Mirasbırakanın katılımı ya da izni için hukukî işlem ehliyeti aranmaz, ayırt etme gücünün var olması yeterlidir. Ayrıca buradaki katılım ya da izin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olduğundan temsil caiz değildir⁴⁷.

Burada mirasbırakanın sözleşmeye katılma veya izin verme gerekliliğinin altında yatan sebep ahlâka aykırılığın giderilmesidir, yoksa bu sözleşme ile yükümlülük altına girmesi söz konusu olamaz. Başka bir ifadeyle mirasbırakan hukukî işleme taraf olarak dâhil olmaz⁴⁸. O, malvarlığında dilediği gibi tasarrufta bulunmaya devam edebilir. Mirasbırakan mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde rızasını açıklamamışsa, yapılan sözleşme ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizdir (TBK. m. 27)⁴⁹. Yani mirasbırakanın buradaki katılımı veya izni ahlâk ve adaba, kanuna aykırılığı ortadan kaldıran unsur olarak görülebilir⁵⁰. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde mirasbırakanın katılımı ya da izni şarta bağlanamaz⁵¹. Bu hem bozucu hem de geciktirici şart bakımından geçerlidir.

Mirasbırakanın mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelere katılması ya da izin vermesi sözleşmenin yapıldığı sırada olmalıdır, sonradan icazet verilmesi geçerli olmaz⁵². Aksi takdirde kanunun aramakta olduğu şart gerçekleşmemiş olur⁵³. Burada mirasbırakanın

⁴⁶ Çakırca, s. 1840; Yıldırım, (I), s. 133. Öztan'a göre mirasbırakanın vermiş olduğu rızadan dönmesi mümkündür (Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s. 406).

⁴⁷ Özakman, s. 134; Yıldırım, (I), s. 133-134.

⁴⁸ Çakırca, s. 1839; Özakman, s. 130.

⁴⁹ Öztan, s. 406.

⁵⁰ Özakman, s. 130-131.

⁵¹ Özakman, s. 134-135; Yıldırım, (I), s. 134.

⁵² Kanun koyucu mirasbırakanın sonradan icazet vermesi için zorlanması tehlikesine karşı sadece "izin" adı altında işlemin gerçekleştirilmesini öngörmüştür (Yıldırım, (III), s. 123).

⁵³ Yıldırım, (I), s. 134; Yıldırım, (III), s. 121. Aksi yönde kanaat için bkz., Özakman, s. 135-136.

katılım ya da iznine ilişkin beyanının resmî şekilde olması şart değildir, adı yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁵⁴. Mirasbırakan kendisi sözleşmeye taraf olmamışsa⁵⁵, katılımına ya da iznine ilişkin beyanı sözleşme metninin altına yazılarak, mirasbırakan tarafından imzalanması da mümkündür⁵⁶. Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde mirasbırakanın katılımının ya da izninin şekle bağlı olmadığını ya da

⁵⁴ **İmre/Erman**, s. 534.

⁵⁵ **Velidedeoğlu**, s. 616; **İmre/Erman**, s. 533.

⁵⁶ **Şener**'e göre ispat kolaylığı açısından adi yazılı şeklin aranması uygun olur. Yazar, mirasın açılmasından önce yapılan mirasın devri sözleşmelerinin adı yazılı şekilde yapılacağını belirtmiş ve aslı adı yazılı şekle bağlı olan bir konuda rızanın resmî şekilde olmasını beklemenin çelişki olacağını ifade etmiştir (**Şener**, s. 864). Bunun yanında, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler şu şekilde de yapılabilir: "Mirasbırakan, miras payının devredilmesi, başka bir deyimle satılması işlemine katılırsa, bu takdirde mirasçı mirastan ıvazlı veya ıvazsız feragat eden (M.K. 475) kişi durumuna girer. Mirasbırakan ise bu feragat razı olmakla payı devir alan kişiyi mirasçı nasbenden (M.K. 474) kimse olur. Bu durumda yapılan hukukî işlem, mirasçı açısından, "mirastan feragat sözleşmesi", mirasbırakan yönünden ise, mirasçı nasbına ilişkin "miras sözleşmesi" niteliğini alır ki, Medenî Kanununun 450, 492. maddeleri ve 10.12.1952 günlü ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca resmî şekilde yapılması zorunluluğu doğar. Bu tür bir sözleşme ile mirasçı mirastan feragat ettiği için, mirasçılık sıfatını yitirir. Miras payını devri alan da mansup mirasçı olarak terekede hak sahibi olur" (Bkz., **Şener**, s. 865; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369; **İmre/Erman**, s. 533, 535-536). **Yıldırım**'a göre ise MK. m. 678'de geçen "mirasbırakanın katılması" ifadesi ile "kanunun mirasbırakanın işleme katıldığı hallerde işlemin tarafı haline geldiğini, işlemin bir taraftan mirastan feragat sözleşmesi niteliği taşıırken, diğer taraftan mirasçı ataması şeklinde ölüme bağlı bir tasarruf olduğunu kabul ettiği söylenebilir. Mirasın paylaşılması işlemi bitinceye kadar mirasçılığı bağlı her türlü hak devralan tarafından kullanılabilir" (**Yıldırım**, (III), s. 122). (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369). Böyle bir işlemle muhtemel miras hissesini devralan kişi, risk seviyesini azaltmış olur(**Çakırca**, s. 1839). Ayrıca bu konu hakkında bkz., **Serozan/Engin**, s. 99; **Çakırca**, s. 1838-1839.

zimmî olabileceğini kabul etmek kanun koyucunun ahlâka aykırılığı önleme amacına aykırılık teşkil eder⁵⁷.

§ 3. MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE GEÇERSİZLİĞİ

I- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin hüküm ve sonuçları mirasın açılmasından önce ve mirasın açılmasından sonra olmak üzere iki farklı aşamada incelenmelidir.

A) Mirasın Açılmasından Önce

Mirasın açılmasından önceki safhada, sözkonusu sözleşmelerin yapılma anı ile mirasbırakanın ölümüne kadar geçen süre bekleme süresidir. Bu aşamada muhtemel mirasçı ve mirasbırakan bir takım haklara ve yükümlere sahiptir. Örneğin sözleşmede muhtemel mirasçının edimini önceden ifa etmesi öngörülmüşse, bunun ifası gerçekleşmelidir⁵⁸. Yani burada ilk olarak belirtilmesi gereken husus, mirasın açılmasından önce sözleşme yapan tarafların, bundan dolayı borçlar hukukundan

⁵⁷ **Yıldırım**, (I), s. 135. 8. HD., E. 2009/979, K. 2009/2792, "... TMK.nun 678. maddesinde aynen "Miras bırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir" denilmektedir. 13.3.1956 tarihli sözleşmede davacı Fatma'nın imzasının bulunduğu açıktır. Ancak, söz konusu senette bulunan mührün miras bırakana ait olup olmadığı anlaşılammaktadır. Mahkemece yapılacak iş, sözleşmedeki mührün miras bırakana ait olup olmadığını belirlemek amacıyla yeterli örnek mühürler toplandıktan sonra uzman bilirkişiye incelenmeli, bu şekilde miras bırakanın anılan kanun maddesi uyarınca sözleşmeye katılıp katılmadığı belirlenmeli, mührün miras bırakana ait olduğunun kanıtlanamaması durumunda davanın şimdiki gibi reddine, aksi durumda ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik araştırmaya dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁵⁸ **Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II), YD, Ocak-Nisan 1995, C. 21, S. 1-2, s. 279.

çıkartılabilecek tüm hak ve yetkilere sahip olduklarıdır. Bununla birlikte mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler hiçbir zaman aynî hak doğumuna neden olmaz, muhtemel mirası devralan kimsenin bir aynî hak kazanması söz konusu değildir⁵⁹.

Muhtemel mirasçı, sözleşmenin kurulmasıyla beklenen miras hakkını devir alan kimseden edimini yerine getirmesini isteyebilir, ancak bunun için sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olması lazımdır. Tarafların muhtemel miras payının devri yanında kararlaştırdıkları diğer edimlerin mirasçı tarafından ifasını talep hakkı mevcuttur⁶⁰. Burada değinilmesi gereken bir husus da, karşılıklı borç yükleyen akitlere ilişkin olan TBK. m. 97 ile 98'in, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde uygulanamayacağıdır. Çünkü mirasın açılmasından önce yapılmış bir sözleşme talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir⁶¹. Ayrıca söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin kuruluş amacına aykırıdır. Zira muhtemel mirasçı bu sözleşme ile muhtemel miras hissesinin karşılığı olan ekonomik değere ihtiyacı vardır ve bunu elde etmek istemektedir⁶². Muhtemel mirasçı belirtilenlerin dışında kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan diğer haklara da sahiptir⁶³.

Muhtemel mirasçının borçlarına bakacak olursak, bu aşamada muhtemel mirasçının sözleşmeden doğan temel borcunu ifa etmesine imkân bulunmamaktadır. Ancak bu aşamada asli edim yükümlerine ek olarak, yan yükümler ile korumaya yardımcı yan hükümler muhtemel mirasçının borcu olarak ortaya çıkar. Borca aykırı bir davranış muhtemel mirasçının mirastan yararlanma hakkını ortadan kaldırmaktaysa, başka bir ifadeyle muhtemel mirasçının mirasçılık sıfatının elde edememesi ile sonuçlanacak kusurlu bir fiili söz konusuysa, muhtemel mirasçının TBK. m. 112 vd. hükümlerine dayalı olarak tazminat ödeme borcu doğar. Fakat muhtemel mirasçının kusuru yoksa ifanın kusursuz imkânsızlığını düzenleyen TBK. m. 136 gereğince taraflar sorumluluktan kurtulur.

⁵⁹ **İmre/Erman**, s. 535; **Çakırca**, s. 1841.

⁶⁰ **Yıldırım**, (II), s. 280.

⁶¹ **Yıldırım**, (II), s. 279.

⁶² **Çakırca**, s. 1841.

⁶³ **Yıldırım**, (II), s. 279.

Muhtemel mirasçı, mirasbırakandan önce ölürse yine sözleşme hükümsüz olacaktır ve karşı edimin iadesi gerekecektir (TBK. m. 77). Karşı edim bir taşınmazın devri ise, muhtemel mirasçının önce ölümüyle devri yolsuzlaşacak ve taşınmazın tekrar devralana geçmesi, tapu kaydının tashihi davası ile gerçekleşecektir⁶⁴.

Muhtemel mirası devir alanın haklarına ve borçlarına da değinmek gerekmektedir. Bu bağlamda genel bir ifade ile muhtemel mirasçının hakları beklenen miras hakkını devir alanın borçlarını, muhtemel mirasçının borçları beklenen miras hakkını devir alanın haklarını oluşturduğu söylenebilir.

Beklenen miras hakkını devir alanın, ilk olarak muhtemel mirasçıdan ifanın imkânsızlaşmasına engel olacak davranışlardan kaçınmasını isteme hakkı vardır. Muhtemel mirasçı ifanın imkânsızlığı ile sonuçlanacak (yoksunluk ya da ıskat) davranışlarda bulunuyorsa beklenen miras hakkını devir alan bundan kaçınması talebinde bulunabilir⁶⁵.

Beklenen miras hakkını devir alanın ilk borcu sözleşmeden doğan temel edimini ifa etmektir. Söz konusu sözleşmede beklenen miras hakkını devir alan ile muhtemel mirasçı satış sözleşmesi yapmışlarsa, beklenen mirası devir alan satış bedelini ödeme borcu altındadır. Burada Borçlar Kanununun satış sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır⁶⁶.

Muhtemel mirasbırakan ise sözleşmeye katılmakla ya da muvafakat vermekle herhangi bir yükümlülük altına girmez. O malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmaya devam edebilir⁶⁷. Ancak elbette ki bunu yaparken saklı pay kurallarını ihlâl etmemelidir⁶⁸.

B) Mirasın Açılmasından Sonra

Muhtemel mirasçı, mirasbırakanın ölümünden sonra açılacak terekede kesin olarak mirasçı sıfatını kazanmışsa, mirasın açılmasından

⁶⁴ Yıldırım, (II), s. 281.

⁶⁵ Yıldırım, (II), s. 282.

⁶⁶ Yıldırım, (II), s. 282.

⁶⁷ İmre/Erman, s. 533.

⁶⁸ İmre/Erman, s. 533.

önce yapılan sözleşmeyi ifa etmesi gerekir. Burada mirası devir alan kimse hakkında mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmelere ilişkin olan Medenî Kanununun 677 nci maddesinin son cümlesi uygulanmalıdır. Beklenen miras hakkının devri, aynı zamanda mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmaz; devir sözleşmesi yapan muhtemel mirasçı taksim ya da tasfiyede söz sahibi olmaya devam eder, tereke borçlarından sorumludur⁶⁹, miras nedeniyle istihkak davası, tenkis davası ve iptal davası açma hakkına sahiptir⁷⁰. Mirasçılık sıfatının başka birine devrine imkân yoktur, beklenen miras payının devrine ilişkin sözleşme “mirasın taksimine müdahale hakkı vermez”⁷¹. Beklenen miras hakkını devir alan kimse hak sahipliğini devir almamaktadır, o sadece taksim ya da tasfiye neticesinde muhtemel mirasçıya isabet edecek hakkın kendisine devrini talep edebilir⁷². Eğer mirasın açılmasından önce sözleşme yapılırken ya da sonradan, beklenen miras hakkını devir alan kişiye temsil yetkisi verilmişse, onun taksimi isteme hakkına sahip olması ve taksime katılması mümkündür⁷³. Bu çerçevede miras hakkını devralan kişi temsil yetkisine dayanarak sulh mahkemesinden, haklarının korunmasını sağlamak amacıyla, paylaşmaya katılmak üzere bir kayyımın tayinini isteyebilir⁷⁴(MK. m. 648). Ancak temsil yetkisinin temsil edilen tarafından her zaman geri alınabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca mirasın

⁶⁹ **Dalamanlı**, s. 757. Zira muhtemel miras payının devri, mirasbırakanın borçları açısından sadece iç ilişkiyi etkiler (**Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009; s. 365).

⁷⁰ **Berki**, Şakir, Türk Medenî Kanununda Mirastan Feragat, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 390–391.

⁷¹ **Hatemi**, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 132; **İmre/Erman**, s. 535. Aksi yönde kanaat için bkz., **Dalamanlı**, s. 756.

⁷² **Yıldırım**, (II), s. 283; **Şener**, s. 866-867; **Kılıçoğlu**, s. 363; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369; **İmre/Erman**, s. 535.

⁷³ Ancak miras hakkını devralanın tenkis davası açma hakkı yoktur, zira sözleşmenin talih ve tesadüfe bağlı niteliği buna izin vermez (**Yıldırım**, (II), s. 283).

⁷⁴ **İmre/Erman**, s. 535; **Öztan**, s. 407; **Kılıçoğlu**, s. 363; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369.

açılmasından önce sözleşme yapan muhtemel mirasçının taksime iştirak hakkı devam eder⁷⁵.

Mirasın açılmasından önce sözleşme yapan muhtemel mirasçının, mirasçı olmasından sonra mirası reddetmesi de söz konusu olabilir. Bunun yanında miras hissesine ilişkin olarak tenkis davası, denkleştirme davası açmayarak da miras payını devralana zarar verebilir. Bu hallerde miras payını devralana karşı mirasçının sorumluluğu ortaya çıkar ve mirasçı tazminat yükümlüsü olur⁷⁶. Yani bu durumlarda mirası devralan kimse devir nedeniyle verdiği mirasçıdan isteyebilir⁷⁷.

Burada belirtmek gerekir ki mirasbırakan, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeye muvafakat etmekle hiçbir yükümlülük altına girmez. Ayrıca mirasbırakan, irade fesadı halleri haricinde verdiği muvafakati de daha sonra geri alamaz⁷⁸. O malvarlığında dilediği gibi tasarrufta bulunmaya devam edebilir. Bu tasarruflar neticesinde malvarlığında eksilme olabileceği gibi artış da olabilir. Dolayısıyla muhtemel mirası devreden mirasçının bu rizikolu işlemin sonuçlarına katlanmayı göze alması gerekmektedir⁷⁹. Mirası devralan da rizikolu bir işlem yapmaktadır, zira terekenin sifra düşme ihtimali vardır⁸⁰, yani daha önce zengin olan mirasbırakan fakir olarak ölebilir⁸¹.

II- MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmamış olması ile mirasbırakanın katılımı ya da izninin bulunmaması durumunda sözleşme geçerli değildir. Buradaki geçersizlik türü

⁷⁵ Yıldırım, (II), s. 284.

⁷⁶ Öztan, s. 406-407; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 369.

⁷⁷ Şener, s. 868.

⁷⁸ Yıldırım, (II), s. 285; Şener, s. 867.

⁷⁹ Yıldırım, (II), s. 285; Öztan, s. 406. HGK, E. 2010/1-275, K. 2010/327, "...muris çekişmeli taşınmazları ölümünden önce mal varlığından çıkartmak suretiyle sözleşmeyi uygulanamaz duruma getirmiş, böylece terekede mal kalmamıştır" (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁸⁰ Şener, s. 868.

⁸¹ İmre/Erman, s. 530; Çakırca, s. 1835.

butlandır⁸². Zira mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde mirasbırakanın katılımı ya da izninin aranması ahlâka aykırılığı önleme amaçlıdır. Bundan dolayı geçersizlik türü TBK. m. 27 hükmü uyarınca butlandır. Yapılan sözleşmeye mirasbırakan rıza göstermişse, tarafların aldıklarını aynen iade etmeleri gerekli değildir⁸³. Buna karşın mirasbırakanın katılımı ya da izni yoksa ve sözleşme gereği taraflardan biri diğerine bir edimde bulunmuşsa bunun tamamen geri alınması mümkündür⁸⁴. Yani bu durumda sözleşme gereği yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi gerekmektedir (MK. m. 678/II). Her ne kadar buradaki kazanım sebepsiz zenginleşme olsa da⁸⁵, iade yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmenin iadesi değildir ve TBK. m. 79 ün uygulanması söz konusu olamaz⁸⁶. Ayrıca ahlâka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin TBK. m. 81 hükmü, devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü durumunda uygulanmaz⁸⁷.

Burada sözleşmenin geçerli olmaması durumunda, muhtemel miras hakkını devralan kişinin edimlerinin geri verilmesini isteyebileceği süre Türk Borçlar Kanununun 146 ncı).maddesine göre on yıldır.

Beklenen miras hakkının devri işleminin aslında rizikolu bir işlem olduğu daha önce ifade edilmişti. Dolayısıyla mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin geçerli olarak kurulmasından sonra, muhtemel miras hakkını devralan kişinin devir sözleşmesi ile elde

⁸² **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369; **Hatemi**, s. 132.

⁸³ **Öztañ**, s. 406; **Çakırca**, s. 1834.

⁸⁴ **Gönensay/Birsen**, s. 349.

⁸⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369.

⁸⁶ Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinin uygulanması halinde, muhtemel miras payını devreden ile devir alan birbirlerinden aldıklarını iade ederken tam değeri değil de elde kalanı geri vermekle yükümlü olurlar ki, bu haksız bir sonuç ortaya çıkarır (**Şener**, s. 867). Burada alınmış olanın aynen ya da tam kıymetinin verilmiş olması gerekir (**İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2006). Aksi yönde kanaat için bkz., **Çakırca**, s. 1840.

⁸⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 369; **Öztañ**, s. 406; **Şener**, s. 867; **İmre/Erman**, s. 536. Ancak MK. m. 678/II hükmü olmasaydı BK. m. 65 uygulanabilirdi (**Gönensay/Birsen**, s. 349).

edeceği değerler azalır ya da tamamen ortadan kalkarsa, daha önce yapmış olduğu edimleri geri isteyemez, zarara katlanması gerekir⁸⁸.

SONUÇ

MK. m. 678’de düzenlenmiş olan “mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler”, mirasın açılmasından önce mirasçı ile başka bir mirasçı ya da üçüncü kişi arasında yapılabilir. Bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için mirasbırakanın katılımı ya da izni gerekmektedir. Zira bir kimsenin henüz ölmeden malvarlığına göz dikilmesi ve muhtemel mirasçılardan buna ilişkin tasarruflarda bulunması aslında ahlâka aykırıdır. Burada mirasbırakanın katılımı ya da izninin aranmasıyla bu ahlâka aykırılığın giderilmesi hedeflenmiştir.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler aynı bir etki yaratmazlar. Bir başka ifade ile eşya hukuku açısından bir sonuç doğurmazlar. Söz konusu sözleşmeler miras hukuku bakımından bir sonuç da ortaya çıkarmazlar. Mirasın açılmasından önce yapılan ve muhtemel miras hakkı üzerindeki mülkiyetin naklini amaçlayan bu tarz sözleşmeler, sadece taraflar arasında borç doğurur, hüküm ve sonuçları borçlar hukuku alanında ortaya çıkar. Ancak bu sözleşme ile mirasbırakanın herhangi bir yükümlülük altına girmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla muhtemel mirasbırakanın mal varlığı üzerindeki mülkiyet hakkının kısıtlanması mümkün değildir ve o malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruflarda bulunmaya devam edebilir. Bu nedenle de muhtemel miras devralan kişinin rizikolu bir işlem yaptığı söylenebilir. Zira mirasbırakanın ölümü halinde muhtemel miras devralan kimse borca batık bir tereke ile dahi karşı karşıya kalabilir.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde en çok şekil konusunda sorun ortaya çıkmaktadır. Zira bu konu hakkında kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca MK. m. 678’de düzenlenmiş olan sözleşmelerin adi yazılı şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir. Bunun yanında bu sözleşmelerde mirasbırakanın katılımının ya da izninin bulunması aranır. Söz konusu katılım ya da izne ilişkin beyanın şekli konusunda da Medenî Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada da adi yazılı şeklin aranması doğru olur. Ayrıca mirasbırakan tarafların

⁸⁸ İmre/Erman, s. 536; Çakırca, s. 1840; Dalamanlı, s. 756.

yapmış oldukları muhtemel miras hakkının devri sözleşmesine imza atmak suretiyle de onay verebilir. Ancak mirasbırakanın sonradan icazet vermesi geçerli olmaz.

Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler mirasın açılmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Muhtemel mirası devralan kişi, mirasın açılmasından sonra mirasçı sıfatı ile tereke üzerinde herhangi bir muamelede bulunamaz.

MK. m. 678'de düzenlenmiş olan mirasın açılmasından önce miras hakkının devri sözleşmesinin geçersiz olması halinde taraflar aldıklarını iade etmekle yükümlüdürler. Bu husus MK. m. 678/II'de açıkça düzenlenmektedir.

KAYNAKÇA

Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, 5. Baskı, Konya 2009.

Ayiter, Nuşin: Miras Hukuku,

Berki, Şakir: Türk Medenî Kanununda Mirastan Feragat, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 388–409.

Çakırca, S. İrem: Miras Payının Devri Sözleşmeleri, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1819–1846.

Dalamanlı, Lütfü: Miras Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1983.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku Miras Hukuku, C. IV, 4. Bası, İstanbul 2009.

Gönensay, Samim/**Birsen**, Kemaleddin: Miras Hukuku, İstanbul 1956.

Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2004.

İmre, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2004.

İnan, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: **Miras Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.

Oğuzman, Kemal: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.

Özakman, H.Cumhur: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul 1984.

Öztañ, Bilge: Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.

Serozan, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2004.

Şener, Esat: Miras Hukuku, Ankara 1977.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1963, s. 615–616.

Yıldırım, Mustafa Fadıl: Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), YD, Ocak-Nisan 1995, C. 21, S. 1–2, s. 109–144 (I).

Yıldırım, Mustafa Fadıl: Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II), YD, Ocak-Nisan 1995, C. 21, S. 1–2, s. 278–291(II).

Yıldırım, Mustafa Fadıl: Beklenen miras hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, AÜHFD, Yıl:2004, C. 53, S. 1, s. 117–130 (III).

TİCARET SİCİLİNDE TESCİL VE İLANIN ETKİLERİ SORUNU

Av. Fahri ÖZSUNGUR*

ÖZET

Ticaret sicilinde tescil ve ilan, tarafları ve üçüncü kişileri etkileyen unsurlardır. Ticaret sicilinin temel işlevlerini oluşturan tescilin, üçüncü kişiler üzerinde çeşitli etkileri vardır. Bu etkiler; tescilin kurucu etkisi, tescilin pozitif etkisi, tescilin negatif etkisi, tescilin ispat aracı olması etkisi, tescilin bildirici (açıklayıcı) etkisi, tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisidir. Ticaret sicilinin kamusal işlevi nedeniyle üçüncü kişilere sağladığı güven, ilanın üçüncü kişiler üzerindeki etkisine kaynak oluşturur. İlanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin incelenmesi, sorumluluk hukukunu etkiler. İlanın etkileri; ilanın pozitif etkisi, ilanın negatif etkisi, görünüşe güven ilkesi olarak sayılabilir. Bu makalede tescil ve ilanın etkileri; doktrin, yabancı hukuk ve mevzuat hükümleri ile birlikte incelenmiştir. Konu başlıkları ve içerik; İsviçre ve Alman hukuku ile sicil hukukuna uygun şekilde, etkilerin kaynağı esas alınarak oluşturulmuştur.

ANAHTAR KELİMELELER: *Tescilin kurucu etkisi, tescilin pozitif etkisi, tescilin negatif etkisi, tescilin ispat aracı olması etkisi, tescilin bildirici etkisi, ilanın pozitif etkisi, ilanın negatif etkisi, görünüşe güven ilkesi.*

* Adana Ticaret Sicili Müdür Yardımcısı, E-Posta: ticaretsicili@gmail.com.

THE PROBLEM OF REGISTRATION AND PUBLICATION EFFECTS IN COMMERCIAL REGISTER

ABSTRACT

Registration and publication in commercial register are influencing factors to all parties concerned and third parties. Registration has various effects on third parties which is composing basic function of commercial register. These effects are; constitutive effect of registration, positive effect of registration, negative effect of registration, proof effect of registration, disclosure (declarative) effect of registration, restorative effect of registration. Commercial register creates effect of publication on third parties because of public function of commercial register providing confidence to third parties. Examining effects of publication on third parties influences liability law. Effects of publications are; positive effect of publication, negative effect of publication, trust to appearance principle. In this article, effects of registration and publication has been examined with doctrine, foreign law and legislation. Titles and content have been composed with predicated effect of proof upon; with Swiss, German law and registration law appropriately.

KEYWORDS: *Constitutive effect of registration, positive effect of registration, negative effect of registration, proof effect of registration, disclosure effect of registration, positive effect of publication, negative effect of publication, trust to appearance principle.*

GİRİŞ

Ticaret sicili, müdür (*Handelsregisterführer*) tarafından yönetilen bir kamu sicili olup, ticaret hukukunun gelişmekte olan kurumsal örgütlerinden biridir.¹ Türkiye’de ticaret ve sanayi odaları veya ticaret odalarında tutulmakta iken, İsviçre’de her kantonda bir ticaret sicili

¹ Ticaret sicilinin bir kamu sicili olduğu yönündeki görüşü için Bkz., Hager, J.: “Das Handelsregister”. Juristische Ausbildung: Jura, Sayı 14, 1992, (ss. 57-65), s. 57.

tutulmaktadır.² Ticaret hukukunun üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin doğumu ile ilgili ispat araçlarına ihtiyacı giderek artmaktadır. Küreselleşme beraberinde ispat, karine, sorumluluk bağlamında çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Tescilin kamusal işlevi, sosyal adaleti sağlamayı hedefler. Sosyal adalet, bireylerin toplumsal fayda içindeki yerlerine göre şekillenir. Ticari hayatın içinde yer alan bireyler, sosyal adaletin sağlanmasına katkıda bulunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülükler, kanun hükümleri ile sınır çizilmek sureti ile belirlenir. Tescil ve ilanın etkileri, bu sınırlardandır. Tescil ve ilanın etkilerinin çerçevesinin kanun koyucu tarafından çizilmesi, tescil ve ilandan etkilenebilecek olan kişilerin haklarının korunmasını sağlar. Tescil ve ilanın üçüncü kişiler üzerinde olumlu ve/veya olumsuz etki yapması kaçınılmaz bir durumdur. Zira tescilin ilan boyutu, üçüncü kişilerin tescil edilen olgular hakkında bilgi edinmesi ile ilgilidir. Üçüncü kişilerin, tescil edilen olgu hakkında bilgi sahibi olup olmayışı, olgu hakkındaki hukuki eylemlerini etkileyecektir. Bu durumda tescilin ve ilanın etkilerinin çerçevesinin belirlenmesi ve kanun koyucunun bu etkileri belirlerken hangi amaçla hareket ettiğinin açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle tescil ve ilanın etkileri; yabancı hukuk, doktrin ve mevzuat hükümleri değerlendirilerek incelenmiştir.

1. Tescilin Etkileri

1.1 Tescil ve İlanın Etkileri ile Sicilin Etkileri Ayrımı

Ticaret sicili; TSY, TTK ve özel hükümlerle tescil edilecek olguların tescil işlemlerinin gerçekleştirildiği, kamusal işleve sahip bir kurumdur. Tescil işlemi, tescilin taraflarını ve üçüncü kişileri ilgilendirir. Bu anlamda tescilin etkilerinin kimler için, ne şekilde gerçekleştiği kamusal işlevin ve adaletin temini için gereklidir.

Ticaret siciline tescil, üçüncü kişilere etkileri bağlamında çeşitlilik gösterir. Tescil (*eintragen*) edilecek olguların kanun koyucu tarafından belirlenmiş olduğu durumlar ile yasal zorunluluk olmaksızın yapılan tesciller ve ilanlarının yapılıp yapılmaması olasılıklarında, bu durumların üçüncü kişiler üzerindeki etkileri farklılık arz etmektedir. Ticaret siciline tescil edilen olgular ya da tescili zorunlu olmasa dahi ilan

² Bu durum OR Art. 927'de yer alan "In jedem Kanton wird ein Handelsregister geführt." hükmünde ifade edilmektedir.

edilen olguların etkilerini, tescilin etkileri ve ilanın etkileri olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bu etkiler tescilden ya da ilandan kaynaklanır. Bu nedenle sicilin etkilerini (*Registerwirkung*), tescil ve ilanın (*eintragung und bekanntmachung*) etkilerinden ayırmak gerekir. Sicilin tescil ya da ilanın dışında üçüncü kişilere etkisi, doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleşebilir. Sicil ticaret sicili kurumunun bütününe ifade eder. Tescil ve ilan ise bu bütünün içindeki iki parçadır. Sicilin; uygulama sorunlarını Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na iletmesi nedeni ile yasama, sicil çalışanlarının kurum içindeki tescil dışı eylem ve işlemlerinden dolayı üçüncü kişiler, personel ve özlük bağlamında TOBB ve odalar, bildirim yükümlülükleri bağlamında diğer resmi kurumlar üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etkileri bulunmaktadır. Ancak şartları oluşmuşsa ve tescil ya da ilana ilişkin ise tescilin ya da ilanın etkilerine ilişkin hükümler, bu eylem ve etkiler hakkında uygulama alanı bulabilir. Tescili ya da ilanı zorunlu hususların kanun koyucu tarafından getirilen sınırlar ile çerçevesi, sicil hukuku bağlamında çizilmiş iken, sicil bu çerçevenin de üzerinde geniş kapsamdadır. Özellikle etkiler bağlamında tescil ve ilan, sicilin içinde yer alır. Ancak yine etkiler bağlamında tam anlamı ile sicile ulaşamaz. Tescil ilgilileri, tescil edilecek olgular ve üçüncü kişilerin olgudan etkilenmeleri; bu olguların tescil ya da ilan edilmiş ya da edilmemiş olmalarına bağlıdır. Konuya sicilin olumlu ya da olumsuz etkisi olarak yaklaşmak, konunun tescil ve ilan dışında çok geniş bir alana tekabül etmesine sebebiyet verecektir ki bu da sicil hukukunun amaçlarına aykırı olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce etkilerin; sicilin etkileri olarak değil, tescil ve ilanın etkileri olarak incelenmesi isabetli olacaktır.

Alman hukukunda tescilin etkileri negatif, pozitif ve genel olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır (§ 15 HGB).³ İngiliz hukukunda tescilin etkileri Companies Act 2006 Art. 16'da "*Effect of registration*" başlığı altında düzenlenmiştir. Alman hukukunun aksine İsviçre

³ *Holzborn, T., Leube, S.: International practice of commercial registration, Amicus Curiae Issue, 56, November/December 2004, (ss. 25-32), s. 27.; Doğru tescil ve ilan kaydının etkileri ile yanlış tescil ve ilanın etkileri olmak üzere tescil ve ilanın etkilerinin iki ana başlıkta incelenmesi hakkında Bkz., Michalski, L.: Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht I: Handelsrecht, Berlin 1995, S. 37.*

hukukunda, ilandan habersiz olma mazur görülebilir bir ispat aracı olamaz.⁴ İsviçre hukukunda tescilin etkileri OR Art. 933/1’de Etkiler(i) “*Wirkungen*” başlığı altında düzenlenmiştir. Tescilin dış etkileri (*Externe Wirkung*), ticaret sicili kayıtlarının doğru (OR Art. 933/1), eksik (OR Art. 933/2) ya da yanlış girilmiş olması sonucunda farklılık göstermektedir. İyiniyetli üçüncü kişilerin (*Der gutgläubige Dritte*) ticaret sicilinin hatasından kaynaklı uğrayacağı zararların mevcudiyeti halinde OR Art. 928 Abs. 1-3 hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

1.2 Tescilin Kurucu Etkisi

Kanuni unsurları oluşmuş birçok olgu, ticaret siciline tescil ile hüküm ifade eder. Tescilin kurucu etkisi, kanunun zorunlu kıldığı olguların hukuki sonuçlarını tescile bağlamasıdır.⁵ İsviçre ve Alman hukukunda bu etki “*Konstitutive Wirkung*” (*Rechts begründung*) olarak adlandırılmaktadır. İsviçre hukukunda altı grupta toplanan tescilin etkileri arasında tescilin kurucu etkisi (*constitutive effect*) yer almaktadır. Tescilin İsviçre hukuku açısından etkilerini şu ana başlıklar halinde sıralamak mümkündür:

- a) Tescilin iflas ve alacağın tahsili üzerindeki etkileri.
- b) Defter tutma ve muhasebe kayıtları ile ilgili etkiler (*Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung*). Anılan etkiler OR Art. 957’de düzenlenmiştir.
- c) Ticari işletmenin unvanını koruma etkisi.
- d) İlanın pozitif etkisi (OR Art. 933/1).
- e) İlanın negatif etkisi (OR Art. 933/2).⁶

Tescilin kurucu etkisine örnekler vermek mümkündür. Anonim şirket (AG) ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik (*juristischen person*)

⁴ *Becchio, B., Wehinger, U., Farha, A.S., Siegel, S.: Swiss Company Law. Second Edition, 1996, s. 31.*

⁵ *Çek Cumhuriyeti’nde tüzel kişilik kazanma olgusunun ticaret siciline tescil şartına bağlanması hakkında Bkz., Kalss, S.: "Centros" Und Die Beitrittswerber. Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht, 67. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna 2000, s. 79.*

⁶ *Tescilin etkilerinin gruplandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., Becchio, B., Wehinger, U., Farha, A.S., Siegel, S.:, 1996, s. 31.*

kazanır (TTK m. 355/1). Tam bölünme hâlinde devreden şirket ticaret siciline tescil ile birlikte infisah eder (TTK m. 179/3). Bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil ile tescil anında envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler devralan şirketlere geçer (TTK m. 179/4). Yönetim organı tür değiştirmeyi ve yeni şirketin sözleşmesini tescil ettirir. Tür değiştirme tescil ile hukuki geçerlilik kazanır. Tür değiştirme kararı TTSG'de ilan edilir (TTK m. 189/2). Kollektif şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Aksine sözleşme üçüncü kişilere karşı geçersizdir. (TTK m. 232/1). Bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması hâlinde, bu fonlar sermayeye dönüştürülmeden, sermaye taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılamaz. Hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de aynı zamanda ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılabilir. Artırım genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve esas sözleşmenin ilgili maddelerinin değişik şeklinin tescili ile kesinleşir. Tescil ile o anda mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılmaz ve sınırlandırılmaz; bu haktan vazgeçilemez (TTK m. 462/3). Limited şirket (GmbH), ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (TTK m. 588/1). Kooperatif (*Genossenschaft*) ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Tescilden önce kooperatif namına işlem yapanlar bunlardan şahsen ve zincirleme olarak sorumludur (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 7).

Tescilin kurucu etkisine bir örnek de sermaye artırımı tescili verilebilir. Sermayenin artırılması kararının tesciline TTK m. 455 hükmü uygulanır (TTK m. 456/5). Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından, şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilir; ayrıca ilana bağlı hususlar ilan ettirilir; tescil ve ilan edilen karar şirketin internet sitesine konulur. Değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez (TTK m. 455/1). 455 inci maddeye gönderme yapılmasının sebebi tescilin kurucu etkisidir.⁷ Sermaye artırımının, tescilin kurucu etkisine örnek oluşturduğunun diğer dayanağı ise TTK m. 470 hükmünün gerekçesidir. Gerekçede sermaye artırımı, tescilin kurucu etkisi ile

⁷ 6102 sayılı TTK m. 456 gerekçesi.

açıklanmıştır.⁸ Tescilin kurucu etkisine diğer bir örnek ise “birleşme” verilebilir. Birleşme, ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer (TTK m. 153/1). Bu hüküm, devrolunan şirketin yaptırdığı tescilin küllî halefiyet ve birleşme bakımından kurucu etkisini hükme bağlamaktadır.⁹ Birleşmeyi hukuken geçerli kılan işlem, devrolunan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesidir. Tescilin kurucu etkisi birleşme kararının tescil ettirilmesidir. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifinin kendiliğinden devralan şirkete geçmesi; tescilin kurucu etkisinin birleşme kararının tescil ettirilmesi ile kendini göstermesi sonucuna işaret etmektedir. “Tescil anında” ifadesi, “tescil ile birlikte” anlamını taşımaktadır. Zira hukuki sonuç, devrolunan şirketin tescili ile doğmaktadır.

Komandit şirketlerde, şirket ve ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde kolektif şirketlere ilişkin TTK m. 232 ila 242 hükümleri uygulanır (TTK m. 317). Böylelikle kolektif şirketlerin tüzel kişilik kazanmalarının tescilin kurucu etkisine bağlandığı TTK m. 232/1 hükmü, komandit şirketler için de geçerli kılınmıştır.

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir (TTK m. 356/1). “Kanuna karşı hile” başlığı altında düzenlenmiş olan madde hükmü tescilin kurucu etkisine örnek teşkil etmektedir.

Rehin hakkı, ticari işletme sahibinin veya kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret veya esnaf ve sanatkar siciline tescil ile doğar (1447 sayılı Ticari İşletme Rehin Kanunu m. 5/1). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere rehin

⁸ Anılan gerekçe metninde “Çünkü, sermaye yıl içinde çeşitli tarihlerde hak kullanımlarıyla -kurucu etkiyle - artmış ve esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin maddesi, hak kullanımlarıyla değişmiştir.” denilmektedir.

⁹ 6102 sayılı TTK m. 153 gerekçesi.

hakkının doğabilmesi tescile bağlanmıştır. Ticari işletme rehinde tescil kurucu etki yaratır.

1.3 Tescilin Pozitif (Olumlu) Etkisi

Üçüncü kişilerin (*Dritter*), kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenmeyeceğine ilişkin etkiye tescilin pozitif etkisi adı verilir (TTK m. 36/3). Ticaret sicili kayıtları; nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin TTSG’de ilan edildiği; ilanının tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının¹⁰ yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur (TTK m. 36/1).¹¹ Tescil ve ilan edilen olgu yasal gerekler yerine getirildiği için ispat yükünün yer değiştirmesine neden olur. İspat külfeti üçüncü kişiye geçer. Zira tescil ve ilan edilen olgular hakkındaki bilginin üçüncü kişilerde var olduğu varsayılır. Bu varsayım bir kanuni karineye (*gesetzliche Vermutung*) işaret eder. Tescilin pozitif etkisi için tescili zorunlu ya da ihtiyari bir olgunun mevcudiyeti gerekir. Ticaret siciline tescili zorunlu olmayan hatta istek dahilinde tescil edilebilecek bir olgu mevcut ise tescilin olumlu etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Bu durum TSY ve özel yasa hükümlerinin tescile bağladığı zorunluluk koşulları ile ilgilidir. Tescil edilecek olgular yasa hükmü ile sayılmamışsa, yorum yolu ile tescil edilebilme çıkarımı yapılamaz. Zira tescil edilecek hususlar, kanun koyucu tarafından sınırları çizilerek sayılır. Ancak ilan, tescilden bu yönü ile ayrılır. İlan, kanun koyucunun zorunlu kıldığı ya da isteğe bağlılık durumuna bağladığı somut olayların dışında da gerçekleşebilir.

¹⁰ Son kısmının yayımlanmasına örnek olarak alacaklılara çağrı ilanı verilebilir. TTK m. 157/2, 174/1, 474/1, 664/1, 762/1 hükümlerinde yer alan ilanlar TTSG’de üç defa yapılır.

¹¹ İsviçre doktrinine göre; tescil dış etkilerini, OR 932/2’de belirtildiği gibi tescil edilen olgunun İsviçre Ticaret Sicili Gazetesi’nde (*Schweizerischen Handelsamtsblattes*) ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren göstermeye başlar (*Beginn der Registerwirkungen*). Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz., *Meier-Hayoz, A., Forstmoser P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998. 6 Nr. 56 ff.*

Tescil, her hüküm yönünden olumlu etkiye sahip değildir.¹² Kanun koyucu tescil edilen olgularda sınırlama yaparak, bazı olguların tescil ve ilan edilmesinde ispat külfetinin üçüncü kişiye geçmesine engel olmayı amaçlamıştır. Gerçekten de uzun metinler halinde yazılmış, birçoğu üçüncü kişiyi ilgilendirmeyen ya da üçüncü kişi için hukuki açıdan hüküm ifade etmeyebilecek olan TTK m. 354/1’de yazılı olan unsurların dışındaki hususlar açısından üçüncü kişiye ispat külfeti yüklemek, sicil hukukunun ve tescilin pozitif etkisine uygun düşmeyecektir. Kanun koyucu madde metninde “Tescil ve ilan olunan esas sözleşmeye, aşağıda sayılanlar dışında, 36 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz.” diyerek, tescilin her hüküm yönünden olumlu etkiye sahip olmadığını altını çizmektedir. Aynı durum TTK m. 587/1’de de yer almaktadır.¹³ Kısaca izah etmek gerekirse, esas sözleşmenin tescil ve ilan edilmiş olması, üçüncü kişilerin bu sözleşmedeki her hükmü biliyor sayılmasını gerektirmez.

1.4 Tescilin Negatif (Olumsuz) Etkisi

Tescili zorunlu olup da tescil edilmemiş veya tescil edilen ve ilanı zorunlu olup da ilanı yapılmamış hususların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bunu bildiklerini ya da herhangi bir şekilde bilmeleri gerektiğini ispatlamak kaydı ile mümkündür (TTK m.36/4).¹⁴ Üçüncü kişinin, tescilde gerçekleşen olayları ve durumları bilmediği varsayılır. Zira üçüncü kişinin, ilan edilmemiş olgulardan bilgi sahibi olması beklenemez. Tescilin negatif etkisinde asıl olan ilan edilmemiş olgular açısından üçüncü kişiden bilmesi beklenemeyecek olan konuda, bilgi sahibi olmamasıdır. “Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus” ifadesinde esasen iki durum mevcuttur. İlki, tescili zorunlu ancak tescil edilmemiş olan; ikincisi ise, tescili zorunlu olup tescil edilen ancak ilanı zorunlu iken ilan olunmamış hususları içeren durumlardır. Tescili zorunlu

¹² 6102 sayılı TTK m. 354 gerekçesi.

¹³ Anılan maddede “Tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesine, aşağıda sayılanlar dışında, 36 ncı maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz.” hükmü yer almaktadır.

¹⁴ İsviçre hukukunda tescilin negatif etkisine OR Art. 933 Abs. 2 örnek olarak verilebilir.

olmayan hususlar bu madde kapsamında değildir. Zira ilanı zorunlu olup da tescili zorunlu olmayan husus, TTK ve TSY’de ve yine özel hükümlerle tescil hususlarına yer veren özel hükümlerde yer almamaktadır. Esas olan, ilanı zorunlu olan hususların tescilinin de zorunlu olmasıdır. Konuyu örnekle izah etmek gerekirse; bir limited şirket, iflastan ve mahkeme kararından başka bir sebepten sona ermişse müdür, birden fazla müdürün bulunması hâlinde en az iki müdür, bunu ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. (TTK m. 637/1) Bu zorunlu olgunun tescil edilmemesi, tescil edilip de ilan edilmemesi durumu üçüncü kişileri bağlamaz. Aynı şekilde ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir. (TTK m. 11/3) Bu örnekten de anlaşılacağı üzere ticari işletmenin devrinin tescil edilmemesi ya da tescil edilip de ilan edilmemesi tescilin olumsuz etkisini oluşturacağından bu olgular, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Üçüncü kişilerin bu hususları bilmediği veya bilmesi gerekmediği varsayılır. Bunun aksini ispat yükü ise, üçüncü kişilerin bildiklerini ya da bilmesi gerektiğini iddia eden tarafa düşmektedir. “Üçüncü kişi” terimine hakkında tescil yapılan kişinin işletmesindeki yöneticiler ve işletmenin ortakları girmeyeceğinden, ticari işletmenin ya da şirketin iş çevresi üçüncü kişi olarak sayılabilir.¹⁵ Üçüncü kişilerin tescili zorunlu olan ancak tescil edilmemiş ya da tescili zorunlu olup tescil edilen ancak ilanı zorunlu iken ilan olunmamış hususları bilmedikleri karinesinin aksini, tescilin ilgilileri ispat edebilecektir. Üçüncü kişiye gönderilen bir teklif mektubunda ya da şirket için verilen bir iş yemeğinde şirkete yeni atanan müdürden bahsedilmesi ya da TTK anlamında tescili zorunlu olan hususların yapılan açılış konuşmalarında açıklanması üçüncü kişinin “bilmediği karinesi”ni çürütecek ispat niteliği taşır. Yine şirketten ayrılan müdür için düzenlenen yemekler, şirketin adına düzenlenen konferans ya da eğitim seminerlerinde yapılan konuşmalar, şirket müşterilerine gönderilen e-postalar ile yapılan bilgilendirmeler, davet mektupları gibi durumlarda somut olayın niteliğine göre üçüncü kişinin “bilmediği karinesi” çürütülebilir. Ancak bu durumlar ispat için tek başına yeterli değildir. Somut olayda üçüncü kişinin durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği yeterli deliller ile ispat

¹⁵ 6102 sayılı TTK m. 37 gerekçesi.

edilmelidir. Örneğin şirket müdürünün değiştiğine ilişkin olgu için; eski şirket müdürü onuruna bir yemek davetiyesi şirketin müşterisi olan üçüncü kişiye posta yolu ile gönderildiğinde, posta uygun bir şekilde gönderilmiş (taahhütlü) ve davetiyenin içeriğinde müdür değişikliği ile yeni müdürün açılış konuşması yapacağı gibi konular hakkında davet programı yer alıyor ise bu durumda davetiyenin gönderilmiş olması karinenin çürütülmesi için yeterlidir.¹⁶ Böyle bir durumda, karinenin çürütülebilmesi için yemek davetine icap etmek gerekli değildir. Zira davetiye ilgisine gönderilmekle bilgilendirme yapılmış sayılır ve üçüncü kişinin durumu “bildiği” varsayılır. “Bilmesi gerektiği” varsayımı aynı sektörde iş yapanlar, aynı odaya kayıtlı olanlar, kanuni zorunlulukların bilinmesi gerektiği ve buna benzer durumlar ile ilgilidir. Tüzel kişi acentelerin şirket türüne göre Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na belirlenen tutardan az olmamak kaydıyla sahip olacakları asgari ödenmiş sermaye miktarı ile gerçek kişi acentelerin beyan edecekleri malvarlıklarının değerinin belirli bir tutardan az olamayacağı hükmü karşısında, bu tutarın yapılacak bir yasal düzenleme ile değiştirilmesi durumunda tüm tüzel kişi sigorta acentelerine ilgili resmi kurumlarca gönderilen yazılar ile anılan değişikliğin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerektiği konusunda ya da tescili ilgilendiren başkaca konularda bir yazı göndermesi durumu örnek olarak gösterilebilir (Sigorta Acenteleri Yönetmeliği m.9/1)¹⁷. Böyle bir durumda ilgili resmi kurum gönderdiği yazıda, değişen yasal düzenleme ile şirketin bu düzenlemeye uygun hale getirilmesi için tüm tüzel kişi sigorta acentelerine belirli bir süre verilebilir. Verilen süre içerisinde tüm tüzel kişi sigorta acentelerinin ilgili yasal düzenlemeye uygun

¹⁶ Postanın uygun şekilde gönderilmiş olmasına taahhütlü posta gönderimi örnek olarak verilebilir. Postanın gönderilmiş olmasının yeterli görülmesinin sebebi, tacirlik vasfına yüklenen “basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” yükümlülüğüdür (TTK m. 18/2). Bu sebep, üçüncü kişinin tacir olması durumunda geçerlidir. Postanın gönderilmesinin yeterli olmasının diğer ve en önemli gerekçesi, 6102 sayılı TTK maddelerinin gerekçeleridir. Birçok madde gerekçesinde de bahsedildiği üzere, teknikteki hızlı gelişmeler bilgiye erişimi kolaylaştırmıştır. Böylelikle üçüncü kişi tacir olsun olmasın, bilgiye erişme imkanı teknik gelişmelerle artmıştır.

¹⁷ RG, T. 22.04.2014, S. 28980.

durumlarının, tescil ve ilan edilmesi gerekir. Bu süreden sonra ilgili şirket hakkında iki durumun bilinmesi gerekir. Şirket ilgili yasal düzenlemeyi yerine getirmiştir ya da yerine getirmeyerek hukuki sonuçlara katlanmıştır. Böyle bir durumda aynı sektörde iş yapan rakip bir sigorta acentesi şirketi, anılan sermaye artırımının verilen süreye kadar yapılması gerektiğini bilmesi gerekir. Yine aynı rakip firma verilen süreye kadar sermaye artırımının yapılmamasının, diğer rakip firma için bilinen hukuki neticelerinin doğacağını da bilmesi gerekir. Meslek odaları, kendi odalarına kayıtlı olan firmaların, bünyelerinde tutmuş oldukları kayıtları içeren dergi ve broşürleri üyelerine göndermekte; üyelerini dergi, broşür, etkinliklerle bilgilendirmektedir. Odasına bildirdiği adresin doğru olması durumunda kendisine posta ya da kurye vasıtası ile gönderilen dergi, broşür, davetiye gibi basılı evrakların gönderilmesi ve gönderilerin içerisinde tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus yer alıyor ise, gönderinin ulaşp ulaşmamasına göre iki ihtimal söz konusudur. Gönderi üçüncü kişi ilgiliye ulaşmamış ise üçüncü kişinin olgu hakkında “bilmesi gerektiği”, ulaşmış ise “bildiği” varsayılır. “Bilmesi gerektiği” ve “bildiği” durumlarının ispatı, olgunun üçüncü kişinin bilgi çevresine ulaşma derecesi ile ilgilidir. Üçüncü kişi merkez olarak ele alındığında kendisini hedef alan bir bilgi gönderimi “bildiği” varsayımını ifade eder. Kendisini doğrudan hedef almayan ancak bilgi çevresine intikal eden ya da yasal zorunluluk ve üyeliklerin sağladığı bir bilgi ise “bilmesi gerektiği” varsayımı ile ilgilidir. Bu iki ayrım tescilin negatif etkisinin üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin somut olaya göre yorumlanması açısından önem taşımaktadır.

1.5 Tescilin İspat Aracı Olması Etkisi

Tescilin etkilerinden biri, ispat aracı olması etkisidir (*beweiswirkung*). Bunun temel nedeni ticaret sicilinin kamu görevi ifa ediyor olması ve sicilin kamusal güveni sağlamasıdır. Tescilin ispat aracı olması etkisi; tescil öncesindeki durumdan ayrılarak tescil ile hukuken geçerli bir durum yaratılmış olması sebebi ile olgunun tescil öncesi ve/veya sonrası hukuki durumlarının ispatına yaraması etkisini oluşturmasıdır. Olgu ticaret siciline tescil edilmeden evvel hukuken geçerli bir niteliğe sahip değilse ve tescil ile hukuken geçerli bir duruma gelmiş ise; tescil edilmenin sağladığı hukuki durum nedeniyle tescil, ispat

aracı olma etkisini gösterir. Tescilin ispat aracı etkisi göstermesi, olgunun tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Bu durumda ispat etkisini tescille gösterecektir. Aynı şekilde tescil edilmiş olgu ile ilgili ispatın, kanun koyucu tarafından tescil edilmiş olma şartına bağlanmış olması gerekir. Bu anlamda tescili zorunlu olsa dahi tescil edilmemiş bir olgu hakkında, tescilin ispatı anlamında etki göstermesi düşünülemez.

Sicilin ispat aracı olması etkisi ise daha geniş durumlar için geçerlidir. Sicilde tutulan kayıtlar ve belgeler birçok durumda ispat niteliği taşır. Bu nedenle sicilin etkileri ile tescilin etkilerini birbirinden ayırmak olası uyumsuzlukların çözümünde daha sağlıklı sonuçlar elde edilmesini sağlar.

Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur (4721 sayılı kanun m. 7; ZGB Art. 9).¹⁸ Alman hukukunda “*Beweiskraft öffentlicher Urkunden über Erklärungen*” başlığı altında düzenlenmiş olan § 415 ZPO hükmü, kamu belgelerinin ispat niteliğini açıklamaktadır.¹⁹ Bu hükme dayanılarak, üçüncü kişilerle ortakların hukuki ilişkilerini (*Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten*) düzenleyen § 125 Abs. 2 HGB, kolektif şirketin (*Offene Handelsgesellschaft*) kuruluşunu düzenleyen § 105 Abs. 2 HGB hükümleri tescilin ispat aracına örnek olarak verilebilir. Türkiye’de ticaret sicili müdürlüklerinin yapısı ve iç hukuk kuralları, tescilin ispat etkisini sınırlı kılmaktadır.

Tescilin ispat aracı olması etkisi, aksi kanun koyucu tarafından belirtilmediği sürece, tescilin kurucu etkisi ile doğru orantılıdır. Tescilin kurucu etkisinde, olgunun tescil edilmiş olması hukuken geçerli olduğunu ispata yarar. Hukuki geçerliliğin tescille ispat etkisini göstermesine örnek olarak hakimiyet sözleşmesi verilebilir. Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil

¹⁸ Tescilin ispat aracı etkisi görüşü için Bkz., *Pulaşlı*, H.: 2. Baskı, Cilt II, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 667.

¹⁹ Elektronik imza ile imzalanmış belgelerin ispat niteliği taşıdığına ilişkin hüküm § 371a ZPO “*Beweiskraft elektronischer Dokumente*” başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz., *Scherf*, U., *Schmieszek*, H. P., *Viefheues*, W.: *Elektronischer Rechtsverkehr: Kommentar und Handbuch*, Berlin 2006, II B 8, 11, 13.

ve ilanı şarttır (TTK m. 198/3). Tescil edilmiş bir hakimiyet sözleşmesi, geçerlilik yönünden ispat niteliğine sahiptir.

Tescilin ispat aracı olması etkisi mutlak değildir. Tescilin ispat aracı olması etkisinin istisnasına örnek olarak, TTK m. 371/2 ile aynı nitelikte olan TTK m. 539/2 hükmü verilebilir. Tasfiye memurlarının üçüncü kişilerle tasfiye amacı dışında yaptığı işlemler şirketi bağlar. Ancak üçüncü kişinin, işlemin tasfiye amacının dışında olduğunu bildiği veya hâlin gereğinden bilmemesinin mümkün olmayacağı ispat edilirse yaptığı işlemler şirketi bağlamaz. Bu nedenle salt tasfiyenin tescil ve ilân edilmiş olması, bu hususun ispatı için yeterli değildir.

1.6 Tescilin Bildirici (Açıklayıcı) Etkisi

Hukuki sonuçlarının doğmasının tescile bağlı kılınmadığı hukuki olgunun üçüncü kişiler açısından hüküm ifade edebilmesi için yapılan bildirim etkisine, tescilin bildirici etkisi adı verilir. Tescilin bildirici etkisinde hukuken korunması gereken menfaat üçüncü kişinin menfaatleridir. Tescilin bildirici etkisi ile üçüncü kişilerin tescil edilecek olgu ile sağlayacakları yararlar korunur. İsviçre ve Alman hukukunda bu etki “*Deklaratorische Wirkung*” olarak adlandırılmaktadır. Tescilin bildirici (*deklaratorische*) etkisi, üçüncü kişilerin tescil ilgililerine karşı tescil edilmeyen olgunun aksini iddia etme hakkının mevcudiyeti hakkında önem arz eder. Tescilin bildirici etkilerine İsviçre hukukundan OR Art. 458 II, 552 II, 594 III örnek olarak verilebilir. § 29 HGB’de yer alan her tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirme zorunluluğu (TTK m. 18/1),²⁰ sadece tescilin bildirici etkisini sağlar. Bu tescil kurucu etkiye sahip değildir. Zira tacirlik sıfatı tescille kazanılan bir sıfat değildir. Yine ticari işletmenin hukuken varlığı tescile bağlı değildir.²¹

²⁰ § 29 HGB hükmü “Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma, den Ort und die inländische Geschäftsanschrift seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.” şeklindedir. Konu ile ilgili Bkz., *Haack, C.: Grundlagen Fälle Handelsrecht, 2. Auflage, Münster 2013, S.8.*

²¹ Tacir sıfatının kazanılmasının, ticari işletme sayılma ve ticaret unvanı üzerinde hak sahibi olma bakımından kurucu etkiye sahip olmadığı

Tescilin bildirici etkisine örnek olarak “ek tasfiye” verilebilir. Tasfiyenin kapanmasından sonra ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılırsa, son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklılar, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilirler. Mahkeme istemin yerinde olduğuna kanaat getirirse, şirketin ek tasfiye için yeniden tesciline karar verir ve bu işlemlerini yapmaları için son tasfiye memurlarını veya yeni bir veya birkaç kişiyi tasfiye memuru olarak atayarak tescil ve ilan ettirir. Ek tasfiye kararının tescili bildirici etkiye sahiptir. Bunun sebebi ise, eksik kalan işlemler nedeniyle gerçek anlamda tasfiyenin sona ermemiş olmasıdır. Tescil üzerine şirket, tüzel kişiliğini yeniden kazanır ve organlar yeniden çalışmaya başlarlar. Ek tasfiye, şirketin sona ermiş olduğu gerçeğini değiştiremez. Şirket bu durumda bir tasfiye şirkettir.²²

Birleşme, devralan açısından tescilin bildirici etkisine örnek olarak verilebilir. Tescil anında (ile), devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer (TTK m. 153/1). Birleşmede; devrolunan şirketin yaptırdığı tescil, küllî halefiyet ve birleşme bakımından tescilin kurucu etkisinin sonucu olup devralan şirketin birleşme kararını tescil ettirmesi ise tescilin bildirici etkisinin sonucudur. Devrolunan şirketin malvarlığı, devrolunan şirketin birleşmeyi tescil ettirmesi ile devralana geçmektedir. Bu nedenle devralan şirketin birleşmeyi tescil ettirmesi tescilin açıklayıcı etkisini gösterir. Bu tescil ile, devrolunan malvarlığının devralana gelmiş olduğu bildirilmiş olur.²³

Yönetim kurulu, hesap döneminin kapanmasından itibaren en geç üç ay içinde, sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliğini ticaret siciline tescil ettirir; sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu beyannamesini ticaret siciline tevdi eder (TTK m. 471/1). Bu tescil bildirici nitelikte olup, ilan ise zorunlu değildir. Anılan hüküm, tescilin bildirici etkisini göstermektedir.

hakkındaki görüşü için Bkz., Bilgili F., Demirkapı, E.: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Bursa 2013, s. 162.

²² 6102 sayılı TTK m. 547 gerekçesi.

²³ 6102 sayılı TTK m. 153 gerekçesi.

1.7 Tescilin Hukuki Sakatlığı Onarıcı Etkisi

Tescilin etkilerin çeşitlerinden birisi, İsviçre ve Alman doktrininde “tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisi” (*Heilende Wirkung bei mangelhaften Handelsregistereinträgen*) olarak adlandırılmaktadır. Bu etki çeşidi, hukuki eksiklik ve sakatlıkların tescil ile onarılması anlamına gelmektedir.²⁴

Tescilin hukuki sakatlıkları onarıcı etkisine örnek olarak, TTK m. 353 hükmü verilebilir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez. Ancak, şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, yönetim kurulunun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir (TTK m. 353/1). Fesih davası, niteliği itibarıyla *ex nunc* (ileriye dönük) etki yaratır ancak *ex tunc* (geriye dönük) etki yaratmaz.²⁵ TTK m. 353 hükmü AET'nin şirketlere ilişkin 68/151/EEC sayılı birinci yönergesinin 11 ve 12 nci maddeleri ile Or Art. 643 Abs. 3 hükümlerinden etkilenmiştir.²⁶ Tescilin hukuki sakatlıkları onarması ilkesi; şirketin sürekliliği ilkesi,²⁷ işlem güvenliğinin korunması prensibi ve kurumsal yönetim ilkeleri²⁸ gereğidir.

²⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz., *Meier-Hayoz, A., Forstmoser P.:1998, 6 N 56 ff.; Pulaşlı, 2014, s. 673.*

²⁵ Konu ile ilgili Bkz., *Prader, D. F.: Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, VDF, Zürich 1995, S. 66.; Melchior, R., Schulte, C., Schneider, S.: Handelsregisterverordnung: Kommentar (Taschenbuch), Norderstedt 2009, § 17 Rn. 5.*

²⁶ 6102 sayılı TTK m. 353 gerekçesi.

²⁷ Şirketin sürekliliği ilkesi; ticari işletmenin bütünlüğü prensibinde yer alan, 6102 sayılı TTK m. 11/1'de düzenlenmiş olan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütülmesini gerektiren bir ilkedir.

²⁸ Uluslararası kurumsal yönetim ilkeleri a) Etkin kurumsal yönetim çerçevesi esaslarının temini, b) Paydaşların hakları ve önemli paydaşlık görevleri, c) Hissedarların adil davranışta bulunulması, d) Kurumsal yönetimde paydaşların rolü, e) Kamunun aydınlatılması ve şeffaflık f) Yönetim

Anılan ilkeler, tüzel kişiliğin sürekli olmasının gerektiği ile ilgilidir.²⁹ Zira ticari denge ancak bu şekilde sağlanabilir. Bu nedenle kanımızca TMK m. 47/2 hükmü, TTK m. 353/1 hükmüne istisna olamaz. Yine *Pulaşlı*'nın da ifade ettiği üzere 6098 sayılı TBK m. 20 hükmüne göre butlan sözleşmeyi ilgilendirir.³⁰ TMK m. 47/2 hükmünün şartlarını karşılayan bir anonim şirketin, TTK m. 353/1 hükmü gereğince ticaret siciline tescil edilmiş ise butlan ya da yokluk yaptırımına tabi olmaması istisnası ile ödüllendirilmiş olması “tescilin hukuki sakatlığı onarması etkisi”nin bir sonucudur. Böyle bir durumda tescil, hukuken sakat olan bir olgunun hukuka aykırılığını onarmış olur.

Tescilin onarıcı etkisinin temelini tescilden, kanundan kaynaklandığının ve yorum yolu ile, kanun koyucu tarafından belirtilmemiş durumlar için bu etkinin uygulama alanının genişletilemeyeceğinin altının çizilmesi gerekir. Zira tescilin onarıcı etkisi açıkça kanundan kaynaklanmaktadır.³¹ Örneğin, TTK m. 353/4'te

kurulunun sorumlulukları olarak sayılabilir. Anılan ilkelere OECD Principles of Corporate Governance, France 2004, s. 17 vd. <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> ET: 16.06.2014. 'dan ulaşılabilir.

²⁹ Söz konusu ilkenin istisnası, TTK m. 353 hükmünün gerekçesinde, 4721 sayılı TMK m. 47/2'deki “Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.” hükmü olarak gösterilmiştir. Aynı gerekçede ilkenin istisnası olarak gösterilen TTK m. 47/2 ve ZGB 52/3 hükmünün anonim şirketlere uygulanması doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır.

³⁰ Yazar, tescil edilen bir anonim şirketin butlanı veya yokluğunun TTK m. 353/1 gereği artık dava edilemeyeceğini, TMK m. 47/2 hükmüne göre tüzel kişilik kazanamayacağı görüşünün de ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca fesih davasının olanak olarak tanındığı somut olaylarda, butlan ya da yokluğun ileri sürülemeyeceği anlamını ifade etmesi nedeniyle, tescilin onarıcı ve/veya düzeltici etkisi olduğu kanaatine varmıştır. Bkz., *Pulaşlı*, H.: 2014, s. 666, 673.

³¹ Bu durum açıkça TTK m. 355 gerekçesinde de ifade edilmiştir. Anılan gerekçede; “6762 sayılı Kanunun 301 inci maddesinin yerini alan 355 nci madde, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasında tescilin kurucu etkisini açıkça belirtmektedir. Bu maddenin 353 ve 354 üncü maddelerle birlikte değerlendirilmesi halinde, tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi de ortaya

yer alan hak düşürücü sürenin kaçırılmış olması, tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisine örnek teşkil etmez. Zira fesih davası “*ex nunc*”tur (ileriye etkildir). Butlanda ise bu etki “*ex tunc*”tur (geriye dönük). TTK m. 353 hükmünün butlan yolunu kapatıp, fesih davası yolunu açması; etkinin geriye dönük olmaktan çıkmasına neden olacak, böylece butlan ya da yokluk yaptırımına tabi olabilecek bir olgunun hukuki sakatlığı tescil ile onarılmış olacaktır. Bu nedenle butlanın tespiti davası olanağı ortadan kaldırılmış, fesih davası açma olanağı getirilmiştir. Hal böyle iken kanaatimizce; salt fesih davasını açma süresi olan üç aylık sürenin kaçırılmış olması, tescilin onarıcı etkisine işaret etmez. Ayrıca tescilin onarıcı etkisinin varlığı, hukuken sakat olan bir olgunun hukuki sakatlıklarının tescil ve kanun hükmü ile onarılmış olmasına bağlıdır.³² Hukuken sakat olan olgu *tescil edilmiş olmakla* onarıcı etkisini gösterebilecektir. Üç aylık hak düşürücü sürenin kullanılmaması ve bu şekilde dava açma hakkının düşmesi ile ilgili bir tescil zorunluluğu, kanun koyucu tarafından getirilmemiştir. Hak düşürücü sürede, süre kullanılmamakla düşer. Sürenin kullanılmaması ve bunun sonucunda oluşan hukuki durum tescil edilmiş olguda butlan hükmü gibi bir değişiklik meydana getirmez. Madde gerekçesinde yer alan “Kuruluştan itibaren, aylarla ifade edilen çok kısa bir süre geçtikten sonra anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilememesi, tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesidir.” ifadesinden de bu anlaşılmalıdır. Görüleceği üzere kanun koyucu açıkça butlan ve yokluk hükmü ile tescile işaret etmektedir. Şirketin, feshine karar verilebilecek iken sürenin kaçırılmış olması sebebi ile feshine karar verilmemiş olması; tescilin, hukuken sakat olan olguyu, hukuki sakatlıklar açısından onardığı anlamını taşımaz. Tescilin onarıcı etkisinde, etkinin doğrudan tescilden

çıkart.” denilmektedir. Aynı görüş ve konu hakkında Bkz., *Karahan, S.: Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Konya 2013, s. 384.

³² Kanun hükmünün tescil edilecek olguya “tescilin onarıcı etkisini” bağlamak istemediğini açıkça ifade ettiği duruma örnek olarak, “bâtil genel kurul kararlarının baştan itibaren hüküm doğuramamaları ve daha sonra sağlığa kavuşturulamamaları” verilebilir (TTK m. 447). Kanun koyucu madde metninin gerekçesinde bu durumu açıkça ifade etmiştir.

ve kanundan kaynaklanması gerekir. Hak kayıpları ve ilgililerin doğrudan etkileri tescilin onarıcı etkisinde rol oynamaz.

Alman hukukunda tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisine (*heilungswirkung*) örnek olarak § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG “*Wirkungen der Eintragung*” başlığı altındaki hüküm verilebilir. § 20 Abs. 1 UmwG hükmü birleşmenin tescil etkilerini düzenlemektedir. Birleşme sözleşmesinin *tescili* ile hukuki sakatlığın onarıldığı, hükümde açıkça belirtilmiştir. Yine, § 242 AktG “*Heilung der Nichtigkeit*” başlığı altında düzenlenmiş hüküm de tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisine örnek olarak verilebilir. Bu hüküm, usulüne uygun bir şekilde tescil edilmiş genel kurul kararlarındaki bazı hukuki sakatlıkların tescille onarıldığını göstermektedir.³³

2. İlanın Etkileri

Ticaret siciline tescil edilen ya da edilmeyen hususların TTSG’de ilan edilmesi, üçüncü kişiler üzerinde belirli etkiler doğurur. Bu etkiler pozitif ya da negatif olabilir. İlanın etkilerinin tespiti, üçüncü kişilerin tescil edilen ya da edilmeyen olguları bilip bilmemelerine belirli hukuki sonuçlar bağlanması açısından önemlidir.

2.1 İlanın Pozitif (Olumlu) Etkisi

Üçüncü kişi gerçeğe aykırı ilânın gerçekliğine, tescil ister doğru, ister gerçeğe aykırı olsun güvenebilir. Buna ilânın pozitif etkisi denir.³⁴ TTK m. 37/1 ve kaynağı olan HGB 15/3 bu durumu gösterir.³⁵ “Görünüşe güven ilkesi” başlığı altında düzenlenmiş olan TTK m. 37/1’e göre, tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması

³³ Ayrıntılı bilgi için Bkz., *Jung*, P.: Handelsrecht, 10. Auflage, München 2014, 3-8, S. 62.

³⁴ 6102 sayılı TTK gerekçesi m. 37. Tescilin olumlu etkisine örnek olarak OR Art. 933 Abs. 1 verilebilir.

³⁵ HGB Art. 15 Abs. 3 hükmü İlanın pozitif etkisini (positive Publizität), 15 Abs. 1 hükmü ise ilanın negatif etkisini (negative Publizität) açıklamaktadır. için Bkz., *Schade*, L.: Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 2014, 1 B IV- 163, S. 53.; *Steinbeck*, A.: Handelsrecht, 2. Auflage, Köln 2010, § 9 38.; *Roth*, G. H., *Weller*, M. P., *Moser*, J.: Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, München 2013, S. 22 ff.; *Alpmann*, J. A.: Handelsrecht, 14. Auflage, Münster 2011, S. 85 ff.

durumunda, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece korunur.³⁶ Anılan hüküm AET'nin 09.03.1968 tarihli ve 68/151/EEC sayılı şirketler hukukuna ilişkin birinci yönergesinin 3 (6) ncı maddesinin gereklerini yansıtmaktadır. Söz konusu yönerge ilanın yanlış yapıldığı durumlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak yönerge metnini, tescilin doğru olduğu durumlar ile ilgili olduğu konusunda kesin sınırlar içinde düşünmemek gerekir. Tescilin yanlış ve ilanın doğru olduğu durumlarda kanun metninin uygulama alanı bulup bulmadığı hususu ise tartışmalıdır.

TTK m. 37/1 hükmü üçüncü kişinin tescil edilen olgunun (*tatsache*) ilan edilen şekline güvenmesi ve bu duruma dayanabilmesini ifade etmektedir. Tescil ilgililerinin tescil ile ilan arasındaki farklılıkları ispat etmiş olması, üçüncü kişiyi bağlamaz. Bu durum, üçüncü kişinin yanlış dahi olsa ilana olan güvenini korumaktadır. İlane olan güven, üçüncü kişinin tescil ile ilan arasındaki farklılıkları veya yanlışlıkları bilmesi durumunda korunmaz. Zira ilana güven (*Vertrauensschutz*) tescilin esasının bilinmemesi ile ilgilidir. Üçüncü kişilerin tescilin esasını bilmemesi, ilana olan güveni ortaya çıkarır.

2.1.1 Görünüşe Güven İlkesi

Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması durumunda, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenlerinin korunduğu ilkeye “görünüşe güven ilkesi” adı verilir. Bu ilkede, tescil edilmiş gerçek durumu üçüncü kişi tarafından bilinmemesi “görünüş”tür. Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasındaki aykırılık ise üçüncü kişinin görünüşe güven ilkesinden faydalanmasını sağlar. Hukuki sonuç, üçüncü

³⁶ Tescilin olumlu etkilerine örnek olarak anonim şirketlerde tek pay sahipliğinin tescilini veren görüş için Bkz., *Tekinalp*, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, 10-46, s. 154.; *Tekinalp*, Ü.: Tek Kişilik Ortaklık: Tek Pay Sahipli anonim Ortaklık I, İstanbul 2011, 10-48, s. 93. Yazar, TTK m. 338/2'ye göre anonim şirketin tek pay sahipli olduğu olgusunun ticaret siciline tescil ve ilanı ile TTK m. 36 anlamında ticaret sicilinin olumlu işlev etkisini haiz olduğunu ifade etmektedir.

kişilerin gerçek durumu bilmeleri durumunda hüküm ifade eder.³⁷ Görünüşe güven ilkesinin tespitinde somut olay, menfaatler dengesi ve sicil hukukunun genel ilkeleri gözetilmelidir. Üçüncü kişi, yanlışlık düzeltilinceye kadar korunur. Tescil edilen olgular ile ilan edilen içerik farklı olabilir. Ancak tescil edilmiş bir olgunun ilan metninden farklı olmasının tek sebebi ilgililer değildir. Zira TTSG’de hazırlanan ilan metinlerinin de yanlış hazırlanması mümkündür. Ayrıca uygulamada tescil edilen ilan metinlerinin ticaret sicili müdürlükleri tarafından hazırlanarak, sicilin bünyesinde bulunduğu ticaret odası vasıtası ile ilan metinlerinin gönderildiği bilinen bir gerçektir. MERSİS sistemi ile adaptasyon sürecinde ilan metinlerinin de sistem üzerinden gönderilme durumu düşünüldüğünde, tescil edilen olguları içeren ilan metni ile ilgililer arasındaki bağlantının tescil dışı ilanlar hariç (toplantıya çağrı ilanı vb.) kopmak üzere olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle tescil edilmiş olgularla ilgili ilan olasılıklarında güveni yaratan her zaman tescil ilgilisi değildir. Esasen güveni yaratan sicil ve tescilin kendisidir.³⁸ Tescil ilgilileri TSY m. 22/2’de sayılmıştır. Güvenin salt tescil ilgisine bağlanması, özellikle TTK m. 25/2 ve TSY 11 hükümlerinin havada kalması anlamına gelir. TTK m. 36’nın başlığı “Tescil ve ilan üçüncü kişilere etkisi”dir. TTK m. 37’de “üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur” hükmü yer almaktadır.³⁹ Görüleceği üzere güven, “ilan edilen durum” esas alınarak korunmaktadır. “İlan edilen durum” ise salt tescil edilmemiş ancak ilan edilmiş olguları içermez. İlan edilen durum tescil edilmiş ya da edilebilecek olguları da içerir. Bu nedenle,

³⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve üçüncü kişilerin gerçek durumu bilmelerine hukuki sonuç bağlandığı ile ilgili Bkz., *Kendigelen*, A.: Türk Ticaret Kanunu, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 72.

³⁸ *Akdağ Güney* esas korunması gerekenin üçüncü kişinin menfaati olduğunu, çünkü üçüncü kişinin sicilde tescil edilmemiş veya tescil edilmiş ama ilan edilmemiş hususun var olmadığına güvenerek işlem tesis ettiğini, bu güveni yaratanın ise tescil ilgilisi olduğunu ifade etmektedir. Anılan görüş için Bkz., *Akdağ Güney*. N.: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili. İstanbul 2011, s. 66.

³⁹ Bu örnek sadece güveni yaratanın tespiti amacı ile verilmiştir. Zira tescili zorunlu olmayıp ya da tescil edilebilecek iken tescil edilmiş bir olguya TTK m. 37 hükmü uygulanmaz.

tescil edilmiş olgularda güvene esas olan tescil ve sicildir. Yine bir olgunun tescil edilmemesi ancak TTSG’de ilan edilmesi durumunda güveni yaratan tescil ilgilisi değil TTSG’deki ilanlara esas olan sicildir. Sicile duyulan güven temelinde ilana güven duyulur. Ayrıca sicil kamu görevi ifa etmesi ve kamu adına hareket etmekle kamusal güveni simgeler. Bu kaynaktan hareket edildiğinde de esas olanın, “sicile güven” olduğu ortaya çıkmaktadır.

Tescili gerekmeyip de tescil edilmiş bir olguya yani tescilin pozitif işlevi haiz olmadığı bir hususa 37 nci madde uygulanmaz.⁴⁰ Diğer bir deyişle 37 nci madde, tescili gereken hususlar ve tescilin pozitif etkileri ile ilgilidir. Aynı kural tescil edilebilecek hususlar için de geçerlidir. “Hükmün uygulanabilmesinin ikinci şartı ilânın yanlış, yani tescil edilen ile ilân olunanın farklı olması, ikisi arasında uygunsuzluk bulunmasıdır.” ifadesinde “ilanın yanlışlığı” ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Gerekçede ilanın yanlışlığı tescil edilen ile ilân olunanın farklı olmasına bağlanmıştır. Ancak tescil edilen husus ile ilan metni aynı olmasına rağmen TTSG’de ilan edilen metin arasında da farklılıklar olabilir. Tescil ilgilisi ticaret siciline olguyu tescil ettirdikten sonra ilan metni ilgili tarafından talep edildiği şekilde doğru hazırlanabilir ve TTSG’ye doğru bir şekilde gönderilebilir. Ancak TTSG; ilanı, metni yazarken yapmış olduğu teknik bir hata sonucunda yanlış yayımlayabilir. Böyle bir durumda ilandaki yanlışlık salt tescil edilen ile ilân olunanın farklı olmasına bağlanamaz. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu tip durumlarda üçüncü kişilerin ilana olan güvenleri korunur. Burada esas korunması gereken üçüncü kişinin menfaatidir. Çünkü üçüncü kişi sicilde tescil edilmemiş veya tescil edilmiş ama ilan edilmemiş hususun var olmadığına güvenerek işlem tesis etmektedir. Bu güveni yaratan ise tescil ve sicildir. O halde esas menfaati daha geniş korunması gereken kimse üçüncü kişidir. Kısaca izah etmek gerekirse ilanının pozitif etkisini gösterebilmesi ve TTK m. 37 hükmün uygulanabilmesi için,

- a) Tescil edilen olgunun tescili gerekli bir husus olması,

⁴⁰ 6102 sayılı TTK m. 37 gerekçesi. Kanun gerekçesinde belirtilmiş olan “sicilin pozitif (olumlu) etkisi” ifadesi ile tescilin pozitif etkisinden bahsedilmek istenmiştir.

b) İlânın yanlış, yani tescil edilen ile ilân olunanın farklı olması, ikisi arasında uygunsuzluk bulunması,

c) Tescilin ve ilanın yanlış yapılması; tescil yokken ilânın yanlış yapılması; yanlışlıkla ilân yapılması; tescilde ve ilânda farklı yanlışlıkların yapılması gibi durumlardan birisinin gerçekleşmesi gerekir.

2.2 İlanın Negatif (Olumsuz) Etkisi

Tescil edilen ve ilanı zorunlu olup da ilanı yapılmamış hususların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, bunu bildiklerini ya da herhangi bir şekilde bilmeleri gerektiğini ispatlamak kaydı ile mümkündür (TTK m.36/4). İlanın negatif etkisinde kural, üçüncü kişinin ilandan habersiz oluşudur. Üçüncü kişinin yapılmayan ilandan dolayı sorumlu tutulabilmesi, tescil edilen olguyu bilmesi ya da bilmesi gerektiğine bağlıdır. Tescilin negatif etkisinde; ilanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerine ilişkin hükümler, ilanın negatif etkileri için de geçerlidir.

SONUÇ

Ticaret sicili, küreselleşen dünyada ticaretin hızlı değişimi ile köklü değişikliklere adapte olmaya çalışan kurumlardır. AET'nin yönergeleri ile üye devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeler yapılması için çalışmalar yapılmaktadır. 6102 sayılı TTK hükümleri, Alman ve İsviçre hukuku ile AET yönergelerinden etkilenmiş, ticari hayatın dengeleri doktrin ve yargı kararları ile şekillenmeye başlamıştır. Yeni kanun hükümlerinin iç hukuktaki adaptasyon süreci beraberinde uygulama sorunlarını getirmektedir. Her hukukta olması beklenen uygulama sorunları, doktrin ve yargı kararları ile asgari noktada birleşmelidir. Bu uygulama sorunlarından biri, ticaret siciline tescil ve ilanın üçüncü kişilerde oluşturduğu etkidir. Ticaret sicilini salt ulusal bağlamda düşünmek, ticaret hukuku ve uluslararası hukuk bağlamında, özellikle ticaret şirketlerinin üçüncü kişilerle ve birbirleri ile olan ilişkileri açısından doğru olmayacaktır. Bu nedenle ticaret siciline tescil, uluslararası anlamda boyut kazanmış, etkileri bir çok hukuk düzenine ulaşabilecek bir işlemdir. Bu bağlamda ticaret siciline tescilin ve ilanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin etraflıca araştırılarak, hukuk düzeninde çerçevesinin çizilmesi gerekir. Kanun koyucunun salt gerekçede, bu etkilerden bahsetmiş olması etkilerin çerçevesinin çizilmesi ve üçüncü kişilerin korunması için yeterli değildir. Bu nedenle

6102 sayılı TTK hükümlerine; tescil ve ilanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin, asgari ve azami kriterlerinin, belirgin ancak esnek hükümler konularak çizilmesi zaruri hale gelmiştir. Teknikte yaşanan gelişmeler, olası sorunların çeşitlenmesini sağlamakta, mevcut hükümlerin değerlerini yitirmesine neden olmaktadır. Bu anlamda tescil ve ilanın üçüncü kişiler üzerindeki etkilerinin tekrar gözden geçirilerek, iç hukukumuza uygun çözümler üreten hükümlerin getirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda; üçüncü kişilerin tescili zorunlu ancak tescil edilmemiş ya da tescili zorunlu olup tescil edilen ancak ilanı zorunlu iken ilan olunmamış hususları bilmedikleri karinesinin aksini, tescilin ilgilileri ispat edebilmeleri sorununa daha çözümcü yaklaşımlar içeren düzenlemeler getirilmelidir. Yine, üçüncü kişinin “bilmediği karinesi”ni çürütecek ispat niteliği taşıyan durumların neler olduğunun kanun koyucu tarafından örneklerle izah edilmesi gerekmektedir. Tescilin hukuki sakatlığı onarıcı etkisinin sınırlarının şirketler lehine genişletilmesi, ticari hayat döngüsünün önündeki butlan ve yokluk gibi hukuki engellerin kalkmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney. N.: Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili. İstanbul 2011.

Alpmann, J. A.: Handelsrecht, 14. Auflage, Münster 2011.

Becchio, B., Wehinger, U., Farha, A.S., Siegel, S.: Swiss Company Law. Second Edition, 1996.

Haack, C.: Grundlagen Fälle Handelsrecht, 2. Auflage, Münster 2013.

Hager, J.: “Das Handelsregister”. Juristische Ausbildung: Jura, Sayı 14, 1992, (ss. 57-65).

Holzborn, T., Leube, S.: International practice of commercial registration, Amicus Curiae Issue, 56, November/December 2004, (ss. 25-32).

Jung, P.: Handelsrecht, 10. Auflage, München 2014.

Kalss, S.: "Centros" Und Die Beitrittsverfahren. Arbeitspapiere des

Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht, 67. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna 2000.

Karahan, S.: Şirketler Hukuku ,2. Bası, Konya 2013.

Kendigelen, A.: Türk Ticaret Kanunu, 2. Bası, İstanbul 2012.

Meier-Hayoz, A., Forstmoser P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998.

Melchior, R., Schulte, C., Schneider, S.: Handelsregisterverordnung: Kommentar (Taschenbuch), Norderstedt 2009.

Michalski, L.: Übungen im Handels- und Gesellschaftsrecht I: Handelsrecht, Berlin 1995.

Prader, D. F.: Die Vorrats- oder Mantelgesellschaft im schweizerischen Aktienrecht, VDF, Zürich 1995.

Pulaşlı, H.: 2. Baskı, Cilt II, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Roth, G. H., Weller, M. P., Moser, J.: Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, München 2013.

Schade, L.: Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 2014.

Scherf, U., Schmieszek, H. P., Viefheues, W.: Elektronischer Rechtsverkehr: Kommentar und Handbuch, Berlin 2006.

Steinbeck, A.: Handelsrecht, 2. Auflage, Köln 2010.

Tekinalp, Ü.: Tek Kişilik Ortaklık: Tek Pay Sahipli anonim Ortaklık I, İstanbul 2011.

Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013.

<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> ET: 16.06.2014

YAYIN ŞARTLARI

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

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

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

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

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

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

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİKTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr