

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**

**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**(SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**

**FACULTY OF LAW REVIEW**



**Cilt (Volume): 9 • Sayı (Number): 1 • Yıl (Year): 2019**

**ISPARTA**

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 9, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2019, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBİAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



HEINONLINE Veri Tabanı

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Cilt (Volume): 9, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2019, ISPARTA**

**ISBN: 2146-7129**

**Sahibi / Owner**

**Prof. Dr. Haluk SONGUR**

**Editör / Editor**

**Prof. Dr. Haluk SONGUR**

**Editör Yardımcıları / Co- Editors**

**Prof. Dr. Yüksel METİN**

**Prof. Dr. M. Fahrettin Önder**

**Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER**

**Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants**

**Arş. Gör. Burak ERECE**

**Arş. Gör. Didem ERDOĞAN**

**Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU**

**Arş. Gör. Özgenur YİĞİT**

**Arş. Gör. Veli ÇİÇEKKAYA**

**Arş. Gör. Ömer YILDIRIM**

## Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Fatma SIRTKAYA
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Prof.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gökçe TUNÇ
Dr. Öğretim Üyesi Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Hikmet TOKGÖZ
Dr. Öğretim Üyesi Süleyman DOST	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Dr. Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Mustafa Can ERMIŞ
Dr. Öğretim Üyesi Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Dr. Öğretim Üyesi Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Dr. Öğretim Üyesi M. Emre TULAY	Arş.Gör. Ömer ÇON
Dr. Öğretim Üyesi Selim CİĞER	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Damla GÜNDOĞDU	Arş.Gör. Veli ÇİÇEKKAYA
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zühre ELVAN
Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK	

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

## Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhuriyet ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Lisa MARDIKIAN	University of Portsmouth

## SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan

yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr) adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.



Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, “Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, “5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım” (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, “Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri”, Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.



## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okuyucularımız,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 2019 yılının birinci ve ilk sayısı ile yeniden karşınızda olmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Fakülte olarak hukuk alanındaki yayınlara katkı sağlamak amacıyla 2011 yılından itibaren yoğun ve titiz çalışmalara devam etmekteyiz. Kör hakemlik sistemi uygulanarak makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından bağımsız olarak tarafsız hakemlerce değerlendirilmektedir.

Memnuniyetle belirtiyoruz ki, dergimiz 2017 yılından itibaren ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanı, SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini, Asos İndeks ve HEINONLINE indekslere tarafından taranmaktadır.

Bu sayımızda ilk olarak ülkemiz için yeni olan ve pek çok çalışmaya ihtiyaç duyulan Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemi ile alakalı olarak Dr. Öğretim Üyesi Adnan Küçük ve Dr. Öğr. Gör. Bayram Doğan tarafından hazırlanmış “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı” adlı makale yer almaktadır. Hemen ardından hukuk tarihi alanında yazılmış, Dr. Öğretim Üyesi Buse Aksaray’a ait “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları” çalışması sunulmuştur. Sonra “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme” adlı çalışma Dr. Öğretim Üyesi Sinan Okur tarafından hazırlanmıştır. Daha sonra Dr. Öğretim Üyesi Selin Sert Sütçü’nün, “ Dolaylı-Dolaysız Zilyetlik Kavramlarının Ayırt Edilmesi” adlı çalışması gelmektedir. Makalelerden son olarak Araş. Gör. Dr. Mehtap Yücel Bodur tarafından hazırlanan, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar” adlı çalışması yer almaktadır. Ayrıca artık

dergimizin bir geleneği haline gelmiş olan, Cumhuriyet Dönemi Osmanlıca hukuk metinlerinin sadeleştirilmesi bağlamında Dönemin Adliye Nazırı Seyyid Beyin “hak” mefhumuna dair karşılaştırmalı bir değerlendirmesi, Cengizhan Kırnık tarafından istifadelerinize sunulmuştur.

Gönderdiğimiz çalışmaları titizlikle inceleyen, kıymetli fikirlerini bizlerle paylaşan hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün hocalarımıza teşekkürü bir borç biliriz. Yayın aşamasında çalışmalarımızda bizlere destek olan tüm ekibimize teşekkür ediyor, bu çalışmamızın bilim ve akademik dünyaya sunduğumuz konular üzerinden bir tartışma zemini açması, yeni çalışmalara uç vermesi ve bir nebze de olsa katkı yapmasını temenni ediyor, hepinize saygular sunuyorum. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Prof. Dr. Haluk Songur

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü

# SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 9 • Sayı: 1 • Yıl: 2019

## İÇİNDEKİLER

### HAKEMLİ MAKALELER

TÜRKİYE'DE 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KAPSAMINDA YÜRÜTMENİN ASLİ DÜZENLEME YETKİSİ VE MAHFUZ DÜZENLEME ALANI

*Dr. Öğretim Üyesi Adnan KÜÇÜK / Dr. Öğr. Gör. Bayram DOĞAN*.....1-59

ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKININ KOMŞULUK İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN SINIRLARI

*Dr. Öğretim Üyesi Buse AKSARAY*.....61-100

ÖNALIM OLGUSUNA DAİR YENİ BİR KATEGORİ; EKONOMİK BAKIMINDAN SATIŞA EŞDEĞER İŞLEM KAVRAMI ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR İNCELEME (TBK m.240/Art.216c OR)

*Dr. Öğretim Üyesi Sinan OKUR*.....101-258

DOLAYLI-DOLAYSIZ ZİLYETLİK KAVRAMLARININ AYIRT EDİLMESİ

*Dr. Öğretim Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ*.....259-284

YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASI, DENKLEŞTİRME SÜRESİ VE BUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUNLAR

*Arş. Gör. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR*.....285-352

### ÇEVİRİ

SEYYİD BEY, HAK MEFHUMUNUN VE KUVVE-İ MÜEYYİDESİNİN SURET TELAKKİSİ HAKKINDA İSLAM FELSEFE-İ HUKUKUYLA AVRUPA FELSEFE-İ HUKUKU ARASINDA BİR MUKAYESEYE DAİR KONFERANS

*Cengizhan KIRNIK*.....353-363

# SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Volume: 9 • Number: 1 • Year: 2019

## CONTENTS

### PEER-REVIEWED ARTICLES

THE PRIMARY REGULATOR POWER AND RESERVED REGULATORY SPHERE OF THE EXECUTIVE BODY IN THE SCOPE OF THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TURKEY

*Asst.Prof.Dr. Adnan KÜÇÜK / Asst. Prof.Dr. Bayram DOĞAN.....1-59*

LIMITATIONS OF OWNERSHIP IN TERMS OF NEIGHBOUR RELATIONS IN ROMAN LAW

*Asst.Prof.Dr. Buse AKSARAY..... 61-100*

A NEW CATEGORY ON PRE-EMPTION EVENT; A COMPREHENSIVE DISCOURSE ON THE LEGAL TRANSACTION ECONOMICALLY EQUIVALENT TO A SALE (TCO 240/Art.216c SCO)

*Asst.Prof.Dr. Sinan OKUR.....101-258*

DISTINGUISH CONCEPTS OF THE DIRECT OR INDIRECT POSSESSION

*Asst.Prof.Dr. Selin SERT SÜTÇÜ.....259-284*

COMPRESSED WORKING WEEK, EQUALIZATION PERIOD AND ITS LEGAL PROBLEMS

*Dr. Mehtap YÜCEL BODUR.....285-352*

### TRANSLATION

SEYYİD BEY, CONFERENCE ON THE COMPERATION BETWEEN ISLAMIC AND EUROPEAN LAW PHILOSOPHY THROUGH CONCEPT OF THE RIGHT

*Cengizhan KIRNIK.....353-363.*

## HAKEMLİ MAKALE

### TÜRKİYE'DE 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KAPSAMINDA YÜRÜTMENİN ASLİ DÜZENLEME YETKİSİ VE MAHFUZ DÜZENLEME ALANI\*

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK\*\*

Dr. Öğr.Gör.Bayram DOĞAN\*\*\*

#### ÖZET

Türk siyasi ve hukuk tarihinde yaklaşık yarım asırdır tartışılan hükümet sistemi arayışı veya etkili ve icrai bir yürütme düşüncesi, 16 Nisan 2017'de zorunlu halkoylamasıyla Türk pozitif hukukuna anayasal statüde girmiştir. Resmi adıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemi ancak genel kabul gören adıyla başkanlık sistemi olarak adlandırılan bu yeni hükümet sistemi kamuoyunda uzunca tartışılmış, birçok açıdan masaya yatırılmıştır. Getirilen yeni hükümet sisteminin en önemli özelliği Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Anayasa'nın 104. maddesine Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen "Cumhurbaşkanı yürütme yetkisi kapsamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir." hükmü eklenmiştir. Hiç kuşkusuz. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kanunlar arasındaki ilişki son derece önem arz etmektedir. Bu makalenin amacı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuki, sistemsel yönü ve anayasal çerçevesi bağlamında incelemektir. Türk hukuk sisteminde önemli ve etkili konuma gelen

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 21.05.2019

\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [adnankucuk@kku.edu.tr](mailto:adnankucuk@kku.edu.tr)

ORCID ID: 0000-0003-3755-3189

\*\*\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu.

E-Mail: [doganbayram46@hotmail.com](mailto:doganbayram46@hotmail.com)

ORCID ID: 0000-0002-6920-2685

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uygulamalarının sonuçları, artıları ve sorunlu yönleri henüz netlik kazanmış değildir. Bu nedenle ileride yaşanılarak görülecek olasılıklara ve tartışmalara girmeksizin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasa hukuku disiplini açısından kapsamı, sınırları ve denetimi, Anayasa ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmesi yolu tercih edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yürütmenin Asli Düzenleme Alanı, Mahfuz Yetki, Kanun, İdarenin Düzenleyici İşlemleri.*



**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**THE PRIMARY REGULATOR POWER AND RESERVED REGULATORY  
SPHERE OF THE EXECUTIVE BODY IN THE SCOPE OF THE 2017  
CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TURKEY**

**ABSTRACT**

The search for a system of government or the idea of effective and executive execution that has been debated for almost half a century in the Turkish political and legal history, has constitutionally entered into the Turkish positive law with a mandatory referendum dated 16 April 2017. This new government system, which is officially called the presidential government system but broadly called the presidential system, has been discussed publicly in many aspects. It might be stated that the most important innovation and feature in the new government system are the Presidential decrees. Because with the provision added to the 104th article of the Constitution Regulating the duties and authorities of the President “The President has an authority to issue a Presidential decree within the executive power”. There is no doubt that the relationship between the Presidential Decrees and the laws is extremely important. The aim of this article is to examine the presidential decree in the context of its constitutional framework, its legal and systematic aspects. Presidential decrees, which have become important and effective in the Turkish legal system, have not yet been clarified in terms of its implementation results, advantages, disadvantages and problematic aspects. For this reason, it was preferred to examine the scope, boundaries and control of the Presidential decrees in terms of the discipline of constitutional law within the framework of the

Constitution and the relevant legislation provisions without considering the future probabilities and controversies.

**Key Words:** *Presidential Decree, Regulatory Authority of the Administration, Regulatory Authority, Law, Regulatory Procedures of Administration.*

## I. GİRİŞ

2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye’de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemine geçildi. Yeni sistemle birlikte yürütmenin düzenleyici işlemlerine ilişkin esaslı değişiklikler yapıldı. Tüzük gibi bazı işlemlerin çıkarılması uygulamasına son verildi. Yürütme işlemlerinin bir kısmını yapan merci değiştirildi. Daha önceleri Bakanlar Kurulu tarafından yapılan işlemleri yapma yetkisi, başkanlık sisteminin monist yapısı ile uyumlu olarak Cumhurbaşkanı’na verildi. Bakanlıklarla diğer kamu tüzel kişilerinin yönetmelik vb. düzenleyici işlemler yapma yetkisi yeni dönemde de varlığını sürdürmeye devam etti.

Yeni dönemin en belirgin ve tartışmaya açık özelliklerinin başında Cumhurbaşkanı’na verilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Esasen 2017 Anayasa değişikliği öncesi dönemde de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uygulaması mevcut idi. Fakat bu kararnamelerin düzenleme alanı çok dar ve etkinliği oldukça zayıftı. Yeni dönemde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mevcut olan KHK’ların yerine ikame edilmek üzere benimsendi. Fakat Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılması, kapsamı ve etkinliği yönüyle KHK’lardan büyük ölçüde farklılık arz etmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki olağan dönem KHK’larından en bariz farkı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Cumhurbaşkanı tarafından asli düzenleme yapma yetkisi kapsamında çıkarılıyor olup olmamasındadır. Diğer yandan Cumhurbaşkanı’na bazı konularda olağan dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yoluyla mahfuz düzenleme alanının tanınıp tanınmadığı meselesi öne çıkmaktadır. Özellikle, mahfuz alanın

mevcut olup olmaması, kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ilişkileri bakımından hayati derecede önem arz etmektedir.

Bu makalede önce Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hakkında genel bilgi verildikten sonra hem aslı düzenleme kapsamına girilip girilmediği hem de özellikle bazı konularda yürütme lehine mahfuz düzenleme alanının sağlanıp sağlanmadığı meselesi tahlil edilecektir.

## II. Aslı Düzenleme Yetkisi ve Yasama Yetkisinin Aslılığı

Aslı (ilkel) düzenleme yapma yetkisi, bir organın bir konuyu araya herhangi bir başka hukukî işlem girmeksizin veya belli bir hukukî işleme istinat etmeksizin anayasadan kaynaklanan bir yetki ile doğrudan düzenleme yapabilme yetkisini ifade eder<sup>1</sup>. Bir diğer ifadeyle aslı düzenleme yapma yetkisi, bir organın belli bir konuda düzenleme yapmak için hiçbir hukukî metnin ön-iznine veya yetkilendirmesine tabi olmadığı, belli bir konunun Anayasa'dan alınan bir yetki ile doğrudan doğruya düzenlendiği, bu tür işlemlerin mutlaka anayasaya dayanmak zorunda olmamakla birlikte anayasaya aykırı olmamasının yeterli olduğu yetkidir<sup>2</sup>.

Klasik parlamenter sistemde kural olarak anayasal çerçevede herhangi bir alanı "aslı" (ilkel) olarak düzenleme yetkisi, yasama organına aittir<sup>3</sup>. Kanunla düzenlenecek bir alanın mutlaka anayasa ile daha önceden düzenlenmiş olmasına lüzum yoktur. Anayasa'da hiçbir şekilde düzenlenmeyen bir alan da

<sup>1</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., Yetkin y., Ankara, 2018, s. 211; Cengiz ARIKAN, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği*, Yetkin y., Ankara, 2011, s. 53; Yasin SÖYLER, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin y., Ankara, 2018, s. 78.

<sup>2</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Hukuk y., Ankara, 2018, s. 198; Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 23. B., Ekin y., Bursa, 2019, s. 239; Adnan KÜÇÜK, *Anayasa Hukuku*, 3. B., Orion y., Ankara, 2013, s. 341. Yasama yetkisini aslılığı ilkesinin mevcut olmadığına dair görüş için bkz.. ERDOĞAN, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., s. 198.

<sup>3</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 239; KÜÇÜK, *age.*, s. 341.

yasama organı tarafından *aslî* olarak düzenlenebilir. Yasama yetkisi, bu anlamda “*aslî*” bir yetkidir. Dolayısıyla yasama organının kanunî düzenleme yaparken mutlaka Anayasaya dayanma mecburiyeti yoktur. Fakat buna rağmen aslî düzenleme yetkisi kapsamına giren yasama işlemlerinin de her halükârda Anayasa’ya aykırı olmama mecburiyeti vardır. Bir diğer ifadeyle kanun, Anayasa karşısında “*secundum legem*” değil, sadece “*intra legem*” (kural-içi) dir. Yani kanunlar anayasal sınırlar içinde kalmak, Anayasa’ya aykırı olmamak mecburiyetindedir<sup>4</sup>.

TBMM, bir konuyu kanun şeklinde yasama işlemi ile düzenlerken bu düzenlemeyi aslî düzenleme yapma yetkisine istinat ederek yapar. Çünkü TBMM’yi kanunî düzenleme yaparken Anayasa dışında bağlayan bir ölçüt, bir hukuk normu mevcut değildir. Bu sebeptendir ki yasama organının kanunla düzenleme yetkisinden “yasama yetkisinin aslîliği” şeklinde bahsedilir.

### A. Yürütme Yetkisinin Türev Oluşu

Yürütme yetkisinden bahsedilirken genellikle kural olarak bu yetkinin kanuna bağlı olduğundan, kanunî dayanağı olmaksızın bu tür işlemler yapılamayacağından, bu tür işlemlerin kanunlara bağlılığı ilkesi icabı yürütme yetkisinin aslîliğinden söz edilmez<sup>5</sup>. Kural olarak *aslî* düzenleme yetkisi kapsamında, doğrudan doğruya herhangi bir kanunî metne dayanmaksızın yürütme organının hukukî işlemler yapma yetkisi mevcut değildir. Bu yetki bağlamında yürütme organı mutlaka kanuna dayanmak zorundadır, kanunun olmadığı yerde yürütmenin yetkisinin mevcudiyetinden söz edilemez<sup>6</sup>. İster

<sup>4</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 211-212; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 291-292.

<sup>5</sup> ARIKAN, *age.*, s. 37.

<sup>6</sup> Turan GÜNEŞ, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF y., Ankara, 1965, s. 14.

düzenleyici işlem yapma, isterse bireysel nitelikte idarî işlem yapma yetkisi olsun, bu yetkiler ve bu yetkilere istinaden yapılan işlemler kanunların altında olduğu için<sup>7</sup> yürütmenin belli bir kanun hükmüne dayanmaksızın yönetmelik, tüzük (2017 Anayasa değişikliği öncesine göre) ve diğer adsız işlemler ya da bireysel işlemler yapması mümkün değildir. Dolayısıyla yürütme organının düzenleyici işlemleri, ister subjektif, somut, bireysel isterse genel, soyut, objektif, gayr-ı şahsi özellikleri haiz düzenleyici işlem mahiyetinde olsun daima bu tür düzenleyici işlemlerle ele alınacak alanı/konuyu önceden düzenleyen bir kanuna dayanmak mecburiyetindedir<sup>8</sup>. Bu anlamda yürütme organının düzenleme yetkisi ve bu yetkiye istinaden yaptığı düzenleyici işlemler kanunu izleyen, kanuna bağlı, kanuna dayanan, kanundan kaynaklanan (secundum legem) *tiirev* (*müştak, ikinci-el, talî*) bir yetkiye istinaden çıkarılan işlemlerdir<sup>9</sup>. Yürütmenin anayasal olarak kendine mahsus bir inisiyatif gücü, kanunla düzenlenmeyen bir alanda umumî düzenleme yapma yetkisi yoktur. Yürütmeye verilen düzenleme alanı, tamamen kanunların tatbik edilmesinden ibarettir<sup>10</sup>. Bu vesileyle yürütme yetkisinin mutlaka kanunlara uygun olarak yerine getirilmesi, yürütme organı tarafından yapılan bireysel ve düzenleyici işlemlerin kanunlara uygun olması ve kanunlarla çizilen sınırlar haricine çıkmaması icap eder. Çünkü kural olarak kanunlarla bütün yürütme işlemleri arasında normlar hiyerarşisi bağlamında güç farkı mevcuttur ve hiyerarşik olarak kanunlar yürütme işlemleri karşısında üstündürler. Bu vesileyledir ki düzenleyici işlemler de dâhil olmak üzere yürütme işlemleri *contra legem* (kanunlara aykırı) olamaz. Yürütme organı kural olarak *intra legem* (kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde) işlemler yapabilir<sup>11</sup>. Yürütme işlemlerinin kanunlara uygun olması, kanunların çizdiği sınırlar haricine çıkacak

<sup>7</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 292.

<sup>8</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 211.

<sup>9</sup> İbid., s. 212; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 239, 292; KÜÇÜK, *age.*, s. 342.

<sup>10</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 292.

<sup>11</sup> İbid., s. 293; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 211-212; GÜNEŞ, *age.*, s. 82-83.

şekilde yürütme işlemlerinin yapılamaması özelliğine “yürütme yetkisinin ve yürütme işlemlerinin *intra legem* niteliği” denebilir<sup>12</sup>.

Kısaca ifade etmek gerekirse hukukumuzda yasama-yürütme arasındaki düzenleme alanının sınırının belirlenmesinde en belirgin kriterin “işlemin niteliği”ne ilişkin olan kriter olduğu söylenebilir. Şayet bir işlem, *aslîlik* unsuruyla *ilk-el işlem* olarak yapılmış ise bu işlem kural olarak yasama organının düzenleme alanına girer. Eğer yapılan işlem, *aslî* düzenleme yetkisi kapsamında yapılan *ilk-el* bir işlem özelliğini haiz değilse *ikinci-el türev* bir işlem ise bu işlem yürütme organının düzenleyici işlemidir. Bu, esasen bir yürütme yetkisinin kullanılması ya da yürütme görevinin yerine getirilmesidir<sup>13</sup>.

1982 Anayasası’nın 2017 değişikliği ile değiştirilen metninde türev nitelikteki yürütme yetkisinin *intra legem* niteliği 8. maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” Bu hükümle Anayasa’da açıkça ifade edilen bazı istisnai düzenlemeler hariç yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılması, bir diğer ifadeyle idarenin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir<sup>14</sup>.

Anayasa’nın 2017 değişikliği ile değiştirilen 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevini kullanacak merci değiştirilmiş ise de yürütme yetkisinin *intra legem* niteliğinde bir değişiklik yapılmamıştır. Anayasanın 2017 Anayasa değişikliği öncesi metnine göre Yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği ifade edilmekte idi. 2017 Anayasa değişikliği ile bu yetki sadece Cumhurbaşkanı’na tevdi edilmiştir. Yürütme

<sup>12</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 293.

<sup>13</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 342.

<sup>14</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 292, 293.

yetkisinin *intra legem* niteliğinin düzenlendiği “Yürütmenin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” hükmü muhafaza edilmiştir.

## B. Yürütme Organının Asli Düzenleme Alanı

Kanunî idare, yürütme organının mutlaka kanuna dayanmak mecburiyetinde olması ve kanunun olmadığı yerde yürütmenin yetkisinin mevcut olmaması şeklinde de ifade edilen türev (ikinci-el) düzenleme ilkesinin bazı istisnalarının da mevcut olduğu görülmektedir. Kural olarak her ne kadar bir konunun sadece yasama organı tarafından *aslî* olarak düzenlenebileceği, yasama organının kanunî düzenleme yaparken kendine mahsus iktidara “teşebbüs kudretine” dayandığı, bu bağlamda yasama organının belli bir tedbiri kanunlaştırabilmek için hiçbir hukukî metnin ön-iznine tabi olmadığı, Anayasa’dan aldığı umumî yetki ile hemen her konuyu kanunî düzenleme ile tanzim edebileceği<sup>15</sup> belirtilmektedir. Bununla birlikte bazı ülkelerde küresel ölçekte ortaya çıkan yürütme yetkisinin güçlendirilmesi<sup>16</sup> eğilimi ile de uyumlu olarak yürütme organına bazı konularda aslî düzenleme yapma yetkisinin

<sup>15</sup> İbid., s. 239; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 212.

<sup>16</sup> 20. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi öne çıkmıştır. Erdoğan TEZİÇ, “Batı Demokrasilerinde Yürütme’nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri D.*, Y. 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 91-92; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. B., s. 48; Burhan KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi Yeni Cumhurbaşkanlığı Modelimiz*, BKY-Babıalı Kültür y., İstanbul, 2017, s. 49, 63-64, 91-92; *Anayasa Hukukumuzda Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 41, 55, 113, 136; ARIKAN, *age.*, s. 15, 99-100; Murat SEZGİNER, “Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türkiye’deki Görünümü”, *SÜHFD*, C., 3, S. 1, 1990, s. 67, 90; SÖYLER, *age.*, s. 206; Adil ÖZKOL, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C., 26, Ankara, 1969, s. 48, 61-63; Şaban TANIYICI & Birol AKGÜN, *Amerikan Başkanlığı Cumhuriyetten İmparatorluğa*, Orion y., Ankara, 2008, s. 9; Hüseyin Nail KUBALI, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul, 1971, s. 365; Mustafa KUTLU, *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin y., Ankara, 2001, s. 144; Murat YANIK, *Başkanlık Sistemi Ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 2. B., Adalet y., İstanbul, 2013, s. 105; Cengiz GÜL, “Çağdaş Başkanlık Modelinde Kişiselleşen İktidar Olgusuna Analitik Bir Yaklaşım”, *İÜHFMD*, C., LXIX, S. 1-2, İstanbul, 2011, s. 601.



verildiği görülür<sup>17</sup>. Yürütmenin bu şekilde düzenleme yapma yetkisinin başkanlık sisteminin anavatanı olarak bilinen ABD’de de mevcut olduğu söylenebilir<sup>18</sup>.

Türkiye’de de 2017 Anayasa değişikliği ile benimsenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla Cumhurbaşkanı’na aslî düzenleme yapabilme yetkisi verilmiştir<sup>19</sup>. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı bazı konularda, araya herhangi bir kanunî düzenleme girmeksizin bir diğer ifadeyle TBMM’nin iradesine ihtiyaç duymaksızın doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan bir yetkiye istinaden hukukî düzenleme yapabilmektedir. Anayasa’nın yürütmeyi aynı zamanda bir “yetki” olarak kabul etmesinin önemi ve manası, yürütme organının doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan ve kullanılması için daha önce bir kanun çıkarılmasına lüzum olmayan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından kendini göstermektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile yürütme

---

<sup>17</sup> SÖYLER, *age.*, s. 78.

<sup>18</sup> Her ne kadar Anayasa’nın 1. maddesinde yasama yetkisini Kongre’ye, 2. maddesinde yürütme yetkisinin Başkan’a ait olduğu açık bir şekilde belirtilmiş olsa da Anayasa’da açıkça Başkan’a verilen yetki alanlarında Başkan’ın düzenleme konusunda aslî yetki sahibi olduğu şeklinde bir anlayışın hâkim olduğu da gözlerden uzak tutulmamalıdır. İbid., s. 140. ABD’de herhangi bir kanun hükmüne istinat etmeksizin doğrudan Anayasa esas alınarak çıkarılan yürütme emirleri de mevcuttur. Bunlar Başkan’ın aslî düzenleme yetkisine istinaden yaptığı yürütme emirleridir. John CONTRUBIS, “Executive Orders and Proclamations”, *CRS Report for Congress*, March 9, 1999, s. 1-2, <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf>, (ET: 15.03.2019). Bu yürütme emirlerinden bir kısmı, herhangi bir kanunî düzenlemeye dayanmaksızın ya da Anayasa ile yürütme emirleri arasında bir kanun hükmü girmeksizin, doğrudan Anayasa esas alınarak yürürlüğe konulmaktadır. Bu tür yürütme emirleri, aslî düzenleme niteliğini haiz olması ve kanunlarda değişiklik yapılabiliyor olması gibi sebeplerle kanun gücünde olduğu belirtilir. SÖYLER, *age.*, s. 160-161.

<sup>19</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 205; M. Artuk ARDIÇOĞLU, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu D.*, Y. 75, S. 3, 2017, s. 25, 50; Özen ÜLGEN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, S. 1, Ocak 2018, s. 14-15. CBK çıkarma yetkisinin aslî bir yetki olmadığına dair görüş için bkz.: Turan YILDIRIM, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, C. 23, S. 2, Y. 2017, s. 25.

organının aslî düzenleme yapma yetkisine istinaden ilk elden düzenleme yapabilmesi mümkün hale gelmiş olmaktadır<sup>20</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" çıkarabilmesi için yetki kanununun bulunup bulunmaması konusunda Anayasa'da bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Cumhurbaşkanı'na tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan Anayasa'nın 104. maddesinden kaynaklandığı ve yürütme kanadının meclisten doğmadığı dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için yetki kanunu zorunluluğu bulunmadığı açıktır<sup>21</sup>. Bu vesileyle Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilmesi için olağan dönem KHK'sında olduğu gibi bir yetki kanununun çıkarılmasına lüzum yoktur. Cumhurbaşkanı'nın olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yapma yetkisinin kaynağı doğrudan Anayasal hükümlerdir. Devletin başı konumunda olan Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri marifetiyle herhangi bir kanunî dayanağa ve yetki kanunu ile yetkilendirilmeye lüzum kalmaksızın ve parlamentonun da onayına sunulmaksızın kanunla düzenlenebilecek bazı alanları düzenlenmesi yetkisi ile donatılmıştır<sup>22</sup>. Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104/17. maddesi çerçevesinde kanuna aykırı olmamak şartıyla kanunla düzenlenmemiş konuları ilk elden yani aslî olarak düzenleyebilecektir<sup>23</sup>. Özbudun'a göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile yürütme organının doğrudan doğruya Anayasa'dan kaynaklanan ve herhangi bir kanunî yetkilendirilmeye ihtiyaç göstermeyen aslî düzenleme yetkisinin büyük ölçüde genişlemiş olduğunda şüphe yoktur<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Yavuz ATAR, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. B., Seçkin y., Ankara, 2018, s. 190.

<sup>21</sup> Mehmet BOZTEPE, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. 5, S. 1, Bahar 2018, s. 14.

<sup>22</sup> ARDIÇOĞLU, agm., s. 25, 37.

<sup>23</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 293.

<sup>24</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 251.

2017 Anayasa değişikliği ile şekillenen yeni sistemde, bazı konularda düzenleme yapma yetkisinin yasama ve Cumhurbaşkanı arasında paylaşıldığı ifade edilebilir<sup>25</sup>. Burada sözü edilen paylaşım, her halükârda birbirinin yerine ikame edilebilen paylaşım değildir. Daha ziyade kanunla düzenlenebilecek alanlarda kanunî boşluğun Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle doldurulması temelli bir paylaşımdır.

Yürütmenin aslı düzenleme yetkisine istinaden düzenleyebileceği iki tür alan mevcuttur. *Birincisi*, hem kanunla düzenlenebilen hem de Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilen alandır. Bu alanda kanunî düzenleme mevcut değilse ya da kanunlarda bazı boşluklar mevcut ise bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilir. *İkincisi*, sadece yürütmenin düzenleyebileceği alandır. Bu alanda yürütmeye mahfuz düzenleme alanı sağlanmış olmaktadır.

### III. 2017 Anayasa Değişikliğine Göre Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri

Anayasa'nın 2017 değişikliği öncesi metnine göre yürütmenin dört tür düzenleyici işleminin varlığından söz edilebilir. Bunlar: (1) KHK (m. 91), (2) Tüzük (m. 115), (3) Yönetmelik, (4) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (m. 107). Her ne kadar yürütmenin bir de "adsız düzenleyici işlemler" şeklinde de ifade edilen ve tebliğ, genelge, yönerge, sirküler, tamim vb. adlarla çıkarılan işlemleri de söz konusu ise de Anayasa'da bu işlemlerden açıkça söz edilmemektedir. Genellikle bu işlemlerin kaynağı yürütme yetkisidir.

2017 Anayasa değişikliği ile yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisine ilişkin esaslı değişiklikler yapıldı. KHK çıkarılması uygulamasına son verilerek

<sup>25</sup> SÖYLER, *age.*, s. 78.

yerine ikame olunmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmak üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi benimsendi. Tüzük çıkarma uygulamasına son verildi. Yönetmelik çıkarma yetkisi sürdürüldü. 2017 değişikliğine göre yürütmenin anayasal olarak iki tür düzenleyici işleminden söz edilebilir. Bunlar: (1) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (2) Yönetmelikler.

Burada sözü edilen işlemlere Anayasa'da açıkça zikredilmese de 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mevcut olan Bakanlar Kurulu kararı yerine ikame edilmek üzere sadece Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşıyan Cumhurbaşkanlığı kararı da eklenebilir. Cumhurbaşkanlığı kararı bireysel nitelikte olabileceği gibi düzenleyici işlem mahiyetinde de olabilmektedir<sup>26</sup>. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve yönetmelikler gibi açıkça öngörülmemeyen adsız işlemler de yürütmenin düzenleyici işlemleri arasında yer almaktadır. Uygulamada yürütme organının "*kararname, genelge, yönerge, karar, sirküler, tebliğ, plan, tarife...*" vb. adlarla *genel, soyut, objektif* nitelikte *kural işlemler* yaptığı görülmektedir. Bütün bu işlemler, adları ne olursa olsun, *birer idari düzenleyici işlemler*dir. Bu tür düzenleyici işlemlere Anayasa'da yer verilmediği için bunlara "*adsız düzenleyici işlemler*" de denilmektedir<sup>27</sup>.

Burada yönetmeliklerle diğer düzenleyici işlemlerin tamamının yürütmenin türev yetki alanına giren işlemler olduğu görülmektedir. Aşağıda sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine yer verilecektir.

<sup>26</sup> 13.02.2019 Tarih ve 758 Sayılı, "İçişleri Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3'ncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Alımlara İlişkin Usul ve Esaslar" başlıklı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, genel, soyut, objektif, gayr-ı şahsi ve süreklilik özelliklerini haiz bir düzenleyici işlemdir.

<sup>27</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 384; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 399; İl Han ÖZAY, *Günüşiğunda Yönetim*, Alfa y., İstanbul, 1994, s. 375.

## A. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

### a. 1982 Anayasası’nın 2017 Değişikliği Öncesi Metninde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

1982 Anayasası’nın ilk metninde de Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri mevcut idi. Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleneceği belirtilmişti. Anayasa’nın bu hükmüne istinaden 18.08.1983 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri düzenlenmiş ve böylelikle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi isimli işlem hukukumuzda ilk kez yerini almıştır<sup>28</sup>. Bu Anayasa hükmüne göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ancak 107. maddede belirlenen konularda düzenleme yapılabilir, başka konular Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenmez<sup>29</sup>.

Burada Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi 107. maddesi kapsamında yürütme lehine bir mahfuz (münhasır, özerk) düzenleme alanının meydana gelip gelmediği meselesi ortaya çıkmıştır. Bu alanlarda yürütmenin (Cumhurbaşkanı) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla bir mahfuz düzenleme alanına sahip olup olmadığı konusunda Anayasa’da açık bir hüküm yoktu. Burada yürütme lehine bir mahfuz düzenleme alanının mevcut olup olmadığı meselesi, ancak Anayasa’nın ilgili hükümlerine ilişkin geliştirilecek yorumlar yoluyla halledilebilecek bir husustur.

---

<sup>28</sup> Salih TAŞDÖĞEN, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. 65, S. 3, Y. 2016, s. 940; BOZTEPE, agm., s. 6-7.

<sup>29</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2013, s. 262; Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, 7. B., Orion y., Ankara, 2011, s. 292.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu, her ne kadar 2017 Anayasa değişikliği kapsamında belirtseler de 2017 değişikliği öncesi 107. madde hükmü için de geçerli olabilecek şu değerlendirmeyi yapmaktadırlar: “Anayasa’da bunların kanunla düzenlenmeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceklerine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. ...yasama yetkisinin genelliği ile Anayasa’daki kanunların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine üstünlüğüne ilişkin açık vurgu da dikkate alındığında bu konularda kanun da çıkarılabileceği, böyle durumlarda da kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini hükümsüz hale getireceği söylenebilir”<sup>30</sup>. Bu durumda, Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre Anayasa’nın değişiklik öncesi 107. maddesi kapsamında yürütme lehine bir münhasır düzenleme alanı sağlanmış değildir.

Doktrinde bazı yazarlar ise 2017 değişikliği öncesi 107. madde kapsamında yürütme lehine kaynağını doğrudan Anayasadan alan, mahfuz alan sağlandığını, dolayısıyla bu alanın münhasıran Cumhurbaşkanı’na bırakıldığını (mahfuz alan), bu sebeple Anayasa’da yürütmeye bu konuda anayasal bir yetki olarak verildiğini ve bu alanın sadece Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebileceğini ifade etmişlerdir<sup>31</sup>. Buna göre 107. maddede belirlenen “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleri” sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilirdi. Yani bu konuda idare başka bir düzenleyici işlemle, yasama organı da kanun veya

<sup>30</sup> Bülent TANÖR & Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2018, s. 438. Benzer görüşler için bkz.: ARDIÇOĞLU, agm., s. 36-37.

<sup>31</sup> ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 291; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. B., s. 262; Lütfi DURAN, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi”, *İdare Hukuku ve İlimleri D.*, Y. 4, S. 1-3, İstanbul, 1985, s. 40; Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014, s. 19; TAŞDÖĞEN, agm., s. 941; SÖYLER, *age.*, s. 118. ÜLGEN, agm., s. 18-19; Seçkin YAVUZDUGAN, “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 249; ARIKAN, *age.*, s. 58.

parlamento kararıyla düzenleme yapamazdı<sup>32</sup>. Nitekim yasama organı da bu durumu teyit etmiş ve çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu’nun 1. maddesinde Kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenlediğini açıkça belirtmiştir<sup>33</sup>.

Kanaatimizce Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi 107. maddesinde belirtilen hususlar sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Bu konuda Cumhurbaşkanlığı lehine mahfuz bir düzenleme alanı sağlanmış olmaktadır. Her ne kadar “yasama yetkisinin genelliği” ilkesinden söz edilse de bu hükme Anayasa’da açıkça yer verilmiş olmasıyla yasama yetkisinin genelliği ilkesine yönelik bir istisnanın oluşturulmak istendiğinin amaçlandığı söylenebilir.

### **b. 2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

2017 Anayasa değişikliği ile benimsenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi 107. maddesindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden tamamen farklıdır. Anayasa’nın 107. maddesi, 2017 değişikliği ile yürürlükten kaldırıldı. Bu değişiklik kapsamında benimsenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin düzenlendiği 107. madde yürürlükten kaldırıldığı için artık böyle bir “kuruluşun” düzenlenmesi yolu kapanmıştır. Yeni dönemde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Cumhurbaşkanı’nın genel siyasetin

---

<sup>32</sup> TAŞDÖĞEN, agm., s. 940-941.

<sup>33</sup> ÜLGEN, agm., s. 18-19; 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Kanun, Resmî Gazete: 19.08.1983-18140.

yürütülmesi kapsamında, bu siyaseti yürütme yetkisi ile ilgili ihtiyaç duyduğu konularda çıkarılabilecektir<sup>34</sup>. Burada izahını yapacağımız Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa'nın 2017 değişikliği ile 104/9. ve 17., 106/11, 108/4, 118/6 ve 119. maddelerinde yer almıştır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan Cumhurbaşkanı'na aittir (m.104/17-1). Bu düzenleme 2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile başkanlık hükümet modeline geçişin tabii neticesidir. Böylece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yetki unsuru bakımından "yürütme görev ve yetkisi uhdesinde olan tek kişilik hükümetin başı olarak Cumhurbaşkanı'na tahsis edilmiştir<sup>35</sup>. Cumhurbaşkanı'nın tek başına imzası ile çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete'de yayımlanır ve yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer (AY. m. 104/19).

Türk hukukunda yasama yetkisinin aslılığı ilkesinin istisnasını teşkil ederek anayasal yetkilendirme kapsamında yürütme organının aslı düzenleme yapma yetkisine sahip olmasının iki türü mevcuttur. Bunlardan *birincisi* olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, *ikincisi* OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir<sup>36</sup>.

## B. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanı'nın olağan dönemde çıkardığı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin de iki türü mevcuttur. Birincisi, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 104/17. fıkrası kapsamında çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri diğeri, Anayasa'nın muhtelif maddelerinde (m. 104/9, 106/11,

<sup>34</sup> KAHRAMAN & BALKAN, agm., s. 241.

<sup>35</sup>BOZTEPE, agm., s. 14; Muammer KILIÇ, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", <http://www.hukukajansi.com/cumhurbaskanligi-kararnamesi-makale,1831.html>, (ET: 10.11.2017).

<sup>36</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 205.



108/4 ve 1018/6) açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleneceği belirtilen konularda çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir.

**a. Cumhurbaşkanının Anayasa’nın 104/17. Fıkrası Kapsamında Çıkarıldığı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisine ilişkin genel düzenleyici hükümlere 1982 Anayasası’nın 2017 değişikliği ile değiştirilen 104/17. fıkrasında yer verilmiştir. Bu maddeye göre “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir. Anayasa’nın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Anayasa’nın 104/17. maddesinde olağan dönemde Cumhurbaşkanı’na Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla yürütme yetkisine ilişkin konularda genel olarak aslı bir düzenleme yetkisi tanınmakta ancak bununla birlikte Anayasa’da bu düzenleme yetkisinin sınırları belirlenmektedir.

*Birinci* anayasal sınır, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilesidir. Buna göre kural olarak Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi ile alakalı hemen her konuyu ilk elden Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleyebilir. Bu hükümden anlaşıldığı

kadarıyla yürütme yetkisine ilişkin olmayan yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkilerine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz<sup>37</sup>. Burada hemen her konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir. Erdoğan'a göre "yürütme yetkisine ilişkin konuların" normatif değeri olması için söz gelişi Fransız Anayasası'nda olduğu gibi bazı konuların düzenlenmesinin açıkça yürütmeye tahsis edilmiş yani yasamanın yetki alanı dışında bırakılmış olması gerekir. Böyle bir durum söz konusu olmadığına göre "yürütme yetkisine ilişkin konuların" neler olduğunu belirlemek Cumhurbaşkanı'nın takdirine (keyfine) kalmış demektir<sup>38</sup>. Özbudun'a göre de "yürütme yetkisine ilişkin konular" ibaresi sınırları belirsiz ve çok geniş bir alanı kapsamaktadır<sup>39</sup>.

*İkinci* anayasal sınır, Anayasa'nın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevlere ilişkin düzenleme yasağıdır. Anayasa'nın 104/17. fıkrasının burada sözü edilen hükmünün mefhum-u muhalifinden çıkarılan manasına göre Anayasa'nın İkinci kısmının Üçüncü bölümünde yer alan "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlerin" Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebileceği söylenebilir. Anayasa'nın İkinci kısmının Üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle her yönü itibariyle düzenlenemez. Bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenmesi

<sup>37</sup> SÖYLER, *age.*, s. 84; ATAR, *age.*, s. 278.

<sup>38</sup> Mustafa ERDOĞAN, "Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi Ve Türkiye", *Özgürlük Araştırmaları Derneği, Liberal Perspektif Analiz*, S. 3, Aralık 2016, s. 24.

<sup>39</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 251. Benzer görüşler için bkz.: ARDIÇOĞLU, *agm.*, s. 37; BOZTEPE, *agm.*, s. 15. Farklı görüşler için bkz.: Mert Hüseyin AKGÜN, "Başkanlıktan Cumhurbaşkanlığı Sistemine: 2012 ve 2016 AK Parti Anayasa Önerileri", *Seta Perspektif D.*, S. 163, Ocak 2017, s. 3. Çağrı D. ÇOLAK, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, December 2017, s. 57.

men edilen hususlar da vardır. Anayasa’nın 13. maddesine göre “sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler” de dâhil olmak üzere temel hak ve hürriyetler “Ancak kanunla sınırlanabilir.” Dolayısıyla bu hüküm icabı olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler yapılamaz.

*Üçüncü* anayasal sınır, Anayasa’nın 2017 değişikliği ile değiştirilen 104/17. fıkrasına göre “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz.” Burada “münhasıran” kelimesinin anayasal anlamının ne olduğu belirlenmeye muhtaçtır. Hangi konuların “münhasıran kanunla düzenleneceğine” dair Anayasa’da açık bir hüküm mevcut değildir. Anayasa’nın hiçbir hükmünde “Münhasıran kanunla düzenlenir.” şeklinde bir ifade yoktur. Her ne kadar birebir aynı ifade mevcut değil ise de bu manaya gelebilecek “Ancak kanunla sınırlanabilir.” şeklinde bir ifade Anayasa’nın bazı maddelerinde mevcuttur. Bunlardan *birincisi* Anayasa’nın 13. maddesinde mevcuttur. Bu maddeye göre “Temel hak ve hürriyetler, ...‘*ancak kanunla*’ sınırlanabilir.” *İkincisi*, Anayasa’nın 20/3. fıkrasına göre “Kişisel veriler, “*ancak kanunda*” öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.” *Üçüncüsü* “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ‘*ancak kanunla*’ konudur.” (AY. m. 38/3). *Dördüncüsü* “Vatandaşlık, ...‘*ancak kanunda*’ belirtilen hallerde kaybedilir.” (AY. m. 68/3) *Beşincisi* “Yüksek öğretim elemanlarının siyasî partilere üye olmaları ‘*ancak kanunla*’ düzenlenebilir.” (AY. m. 68/6) Şayet bu hükümler bu maddelerde yer almamış olsalar bile bu konular, Anayasa’nın 104/17. fıkrasında yer alan “Anayasa’nın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenemez.” hükmü gereği

olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yasağı kapsamında yer aldıkları için burada sözü edilen konularda zaten olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılamazdı.

*Dördüncü* anayasal sınır, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılamamasıdır. Bir konunun açıkça düzenlemesi halinde artık o konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Anayasanın 104/17. fıkrasında yer alan “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz.” hükmü, her ne kadar ilk bakışta çok açık ve net gibi görünse de gerçekte hiç de öyle olmadığı söylenebilir. Uygulamada hangi konunun kanunda “açıkça düzenlenmiş” olduğu hususunda tartışmaların yaşanması kuvvetle muhtemeldir. Burada üç ihtimalden söz edilebilir: (1) Konunun kanunla hiç düzenlenmemiş olması (2) Kanunla açıkça düzenlenmiş olması (3) Kanunla açıkça düzenlenmemiş olması. Bir konunun kanunla açıkça düzenlenmiş olması konusunda tek bir ölçütün kıstas alınması söz konusu olamaz.

Erdoğan’a göre bu kayıt, özellikle kanunun bir konuya sadece işaret ettiği veya o konuyu yetersiz olarak düzenlediği durumlarda belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bu gibi durumlarda Cumhurbaşkanı, kendisinin aynı konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen kararname çıkarmasının yasama alanına müdahale teşkil etmediğini ileri sürebilir<sup>40</sup>. Gözler’e göre bu, tartışmaya açık bir hükümdür. Burada “kanunla düzenlenen” değil, “kanunla açıkça düzenlenen” konular denmektedir. Bir konunun bir kanunda düzenlenip düzenlenmediği söylenebilir. Ancak o konunun kanunda “açıkça” düzenlenip düzenlenmediğini söylemek her zaman zordur<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> ERDOĞAN, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. B., s. 167.

<sup>41</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 372.

Kanaatimizce bu hükümde bir belirsizlik mevcut gibi görünse de bazı verilerden hareketle bir belirleme yapılabilir. Bu bağlamda bir konuyu düzenleyen kanunun düzenleme amacı, kapsamı, düzenlenen konuların ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç bırakmayacak muhtevada düzenlenip düzenlenmediği gibi hususlar önem arz etmektedir. “Yasama yetkisinin genelliği” ilkesi icabı yasama organı, bir konuyu bütün ayrıntılarıyla düzenlemiş olabileceği gibi ana hatlarıyla da düzenleyebilir. Bazı kereler bir konuya ilişkin kanunî düzenlemede esaslı unsurlara yer verilip ana hatlarıyla düzenlenirken toplumsal ihtiyaçların zamanında ve gerektiği ölçüde karşılanabilmesi ihtiyacına bağlı olarak teknik ve ihtisasa taalluk eden kısımların düzenlenmesi yürütmeye bırakılmış olabilir<sup>42</sup>. Bazı konular, yasama organı tarafından ana hatları ile düzenlendiği halde bu konunun bazı alanları esasen kanunla düzenlenebilecek iken bilinçli olarak düzenlenmediği, yasama organının bu alanda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleme yapılmasının sağlanabilmesi için sessiz kaldığı, bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilecek bir alanın ortaya çıktığı söylenebilir. Bu gibi durumlarda bir konunun kanunla düzenlenmiş olduğundan söz edilebilir ise de bu düzenlemenin “açıkça düzenleme” olmadığı ifade edilebilir. Bazen de bir konuda kanunlarda hiçbir düzenleme yapılmaz fakat söz konusu kanunda ilgili konunun idarî düzenleyici işleme düzenleneceği belirtilmiş olabilir. Burada bu konunun kanunla düzenlenmiş olmasından söz edilemez, olsa olsa bu konunun düzenlenmesinde yürütmenin yetkilendirildiğinden söz edilebilir<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> SÖYLER, *age.*, s. 97-98.

<sup>43</sup> M. Akif TÖGEL, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı*, Adalet y., Ankara, 2016, s. 117; ARIKAN, *age.*, s. 122.

Kısaca bir konunun muhteva ve amaçları itibariyle “kısmî olarak düzenlenmesi” şeklinde de ifade edilebilecek durumlarda bir konunun açıkça düzenlenmediği, daha başka düzenlemelerle söz konusu kanunî düzenlemenin tamamlanması ihtiyacının mevcut olduğu durumlarda bu boşluklar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle doldurulabilir. Burada maksat bir kanunun emrettiği hususların ve uygulanmasının gösterilmesi mahiyetinde yönetmelik tarzı bir düzenleme yapmak değil, bir kanunda mevcut olan boşlukların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle doldurulmasıdır<sup>44</sup>. Esen’e göre bu durumda kanunla düzenlenmeyen bir konuyu kararnameyle düzenlemek ya da yasal boşlukları kararnameyle doldurmak mümkün hale geliyor<sup>45</sup>.

*Beşinci* anayasal sınır, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümlerinin uygulanacak olmasıdır (AY. m. 104/17). Bu hükme göre olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kanunlarda değişiklik yapılamaz, kanunlara aykırı hükümler getirilemez, kanunlar yürürlükten kaldırılamaz. Aksi halde kanun hükümleri uygulanır. Bazen bir konuya ilişkin aynı anda hem kanun hem de Cumhurbaşkanlığı Kararname hükümleri mevcut olabilir. Her ikisi arasındaki farklılık bazen her iki normun bütününe bazen bir ya da birkaç hükme bazen de bir fıkraya, bir cümleye, bir kelimeye ilişkin olabilir. Şayet her iki normun bütününe ilişkin farklı hükümler mevcut ise o zaman Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulama kabiliyeti kalmaz, bu durumda sadece kanun hükümleri tatbik edilir. Farklılığın kısmî olduğu durumlarda farklılık arz eden durumlarda kanun hükümleri tatbik edilir,

---

<sup>44</sup> K. Burak ÖZTÜRK, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, yetkin y., Ankara, 2009, s. 107.

<sup>45</sup> Selin ESEN, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu D.*, S. 4, Y. 2016, s. 56.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümleri ihmal edilir, diğer hususlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ilgili hükümleri uygulanırlığını muhafaza eder.

*Altıncı* anayasal sınır, TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hükümsüz hâle gelecek olmasıdır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kapsamı ile kanunun kapsamının farklı olması durumunda konularının ne derece örtüştüğünü veya aynı konunun ne manaya geldiğini belirlemenin kolay olmayabileceği belirtilmiştir<sup>46</sup>. Atar’a göre Anayasa’da yer alan “TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hükümsüz hale gelir.” şeklindeki düzenleme, her zaman bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin tümünün geçersiz hale gelmesi olarak anlaşılmamalıdır. Eğer kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile daha önce düzenlenmiş bulunan bütün konularla ilgili uygulanabilir yeni hükümler getirmişse bu hususlar bakımından ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hükümleri geçersiz, yani uygulanamaz hale gelir<sup>47</sup>.

*Yedinci* anayasal sınırlama da Anayasa’nın 161/7. fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre “Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.” Bu hükümle Cumhurbaşkanı’nın Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleyemeyeceği bir alan belirlenmiş olmaktadır.

<sup>46</sup> ERDOĞAN, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., s. 167.

<sup>47</sup> Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, Seçkin y., Ankara, 2018, s. 278.

### C. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

2017 Anayasa Değişikliği ile Cumhurbaşkanına olağanüstü hâl (OHAL) dönemlerinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın ilk metninde mevcut olan OHAL ve sıkıyönetim KHK'ları yerine ikame edilmek üzere OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri benimsenmiştir. 2017 değişikliği ile gerek olağanüstü yönetim rejimine gerekse OHAL döneminde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukukî rejimine ilişkin esaslı değişiklikler getirilmiştir. Anayasa'nın değişik 119/6. fıkrasına göre *"OHAL'lerde Cumhurbaşkanı, OHAL'in gerekli olduğu konularda, 104/17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilir"*.

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılabilmesinin ön şartı, daha önce Cumhurbaşkanı tarafından OHAL ilan edilmiş olmasıdır. Ülke içinde OHAL ilan edilmesini gerektiren sebep ne olursa olsun, Cumhurbaşkanı tarafından OHAL ilan edilmediği müddetçe OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılamaz.

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Anayasanın 104/17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın çıkarılabilir. Buna göre Anayasa'nın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler de OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilir hale gelmektedir (AY. m. 119/6).

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Resmi Gazete'de yayımlandığı gün mecburî olarak TBMM'nin onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hali hariç olmak üzere OHAL sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üç ay içinde TBMM'de görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri



kendiliğinden yürürlükten kalkar. Bu düzenleme ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, üç ay içinde Meclis tarafından karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmüyle etkin yasama denetimine tabi kılınmıştır<sup>48</sup>.

OHAL dönemlerinde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri yürütme işlemlerinin “intra legem” olma özelliğinin bir istisnasını teşkil etmektedir. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin “kanun hükmünde” olduğu Anayasa’da açıkça ifade edildiği için (AY. m. 119/6) normlar hiyerarşisinde kanunlarla eş düzeyde ve güce sahiptir. Bu durum sebebiyle OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanuna uygun olma mecburiyeti yoktur. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ilgili kısıtlamalara tabi olmadığı ve Anayasa’da kanun gücünde olduğu açıkça ifade edildiği için bunlarla kanunlarda açıkça değişiklik yapılabilir, kanuna aykırı hükümler içerebilir, kanunları yürürlükten kaldırılabilir. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kanunlarda yer alan hükümlerin çatışması halinde iki kanunun hükümlerinin çatışmasında söz konusu olan önceki düzenleme-sonraki düzenleme, genel düzenleme-özel düzenleme kriterleri uygulanır<sup>49</sup>.

TBMM onay için kendisine sunulan OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini aynen ya da değiştirerek onaylayabileceği gibi ret de edebilir. Yeni dönemde OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin TBMM tarafından onaylanması ya da reddedilmesine ilişkin işlemi kanun şeklinde olacaktır<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> BOZTEPE, agm., s. 20-21.

<sup>49</sup> ATAR, *age.*, s. 282; GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 294.

<sup>50</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 381-382.

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle alakalı da bazı sınırlama ve şartlar mevcuttur.

1- Cumhurbaşkanı, OHAL'lerde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini sadece "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkarabilir (AY. m. 119/6), OHAL'in gerekli kıldığı konularla alakalı olmayan konular, bu tür Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenemez. AYM'nin, Anayasa'nın 2017 değişikliği ile değiştirilen 119. maddesine paralel hükümleri ihtiva eden 121. maddesi hakkında verdiği kararına göre OHAL'lerde Anayasa'nın 121/3. fıkrasına göre çıkarılabilecek KHK'larda konu sınırlaması olmaması, olağanüstü hâl KHK'lerin düzenleme alanının sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Bu tür KHK'ların düzenleme alanları Anayasa'nın 121/3. fıkrası gereğince "OHAL'in gerekli kıldığı konularla" sınırlıdır<sup>51</sup>. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sadece OHAL'in gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmesi, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin sebebe bağlı bir işlem olmasının tabii bir neticesidir. Bu vesileyle OHAL'in gerekli kıldığı konular, OHAL'in sebep ve amaç unsurlarıyla sınırlı olmak durumundadır. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle OHAL'in konulma ve sürdürülme sebeplerini ortadan kaldırmayı hedef alan konularda düzenleme yapılabilir.

2- OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ölçülülük ilkesi bağlamında da sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın 15/1. fıkrasına göre "Savaş, seferberlik veya OHAL'lerde, ...durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir." Bu sebeptir ki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını ihtiva eden OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle alınan tedbirler ve sınırlamalar, OHAL ilan edilmesindeki amacın gerçekleşmesi bakımından elverişli olmalı, bu

---

<sup>51</sup> AYM kararı: E.1990/25, K.1991/1, KT: 10.01.1991.

amaç için lüzumlu olmalı ve bu amaç ile ölçsüz bir oransızlık içinde olmamalıdır<sup>52</sup>.

3- Anayasa’nın 15/1 hükmü gereği savaş, seferberlik veya OHAL’de, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Dolayısıyla hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını ihtiva eden OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle alınan tedbirlerle, getirilen sınırlamalarla, her halükârda milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemeleri icap eder.

4- 2017 değişikliği öncesinde OHAL ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılan KHK’lar için söz konusu olan çekirdek alana dokunma yasağı OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de söz konudur. Anayasa’nın 15/1 fıkrasına göre savaş, seferberlik veya OHAL’lerde, “(1) Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına dokunulamaz. (2) Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz. (3) Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz. (4) Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez. (5) Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle burada sözü edilen hususlara aykırı düzenlemeler yapılamaz.

5- OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yer bakımından uygulanma alanı, OHAL’in ilan edildiği alana bağlıdır. OHAL’in bütün ülke genelinde ilan edildiği durumlarda OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

<sup>52</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 382-383.

bütün ülke genelinde geçerli olmak üzere çıkarılır. OHAL, sadece ülkenin belli bir bölgesinde ilan edilmişse uygulama alanı bu bölgenin sınırlarını taşıyacak şekilde OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz.

6- OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri sadece OHAL süresince tatbik edilmek üzere çıkarılabilir.

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılabilmesi için TBMM'den alınacak bir yetki kanununa gerek yoktur<sup>53</sup>, doğrudan Anayasal hükümlere istinaden çıkarılır. (m. 119). OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yürütme organının Anayasa'ya göre sahip olduğu *asli düzenleme yetkisinin* tipik bir misalini oluşturmaktadır.

#### IV. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenleneceği Açıkça Belirtilen Alanlar

2017 Anayasa değişikliği kapsamında Anayasa'nın 104/17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle alakalı genel hükümlerin düzenlenmesi yanında bir de bazı maddelerde belli bazı konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği ayrıca belirtilmiştir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

(a) Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ve görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir (m. 104/9).

(b) Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir (m. 106/11).

(c) Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir (m. 108/4).

---

<sup>53</sup> BOZTEPE, agm., s. 19-20.

(d) Milli Güvenlik Kurulu (MGK) Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir (m. 118/6).

Anayasa’nın 104/17. fıkrasında yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlemelerin yapılabileceğinin belirtilmiş olması yanında Anayasa’nın bazı maddelerinde de yürütme alanına dâhil bazı konuların (AY. m. 104/9, 106/11, 108/4, 118/6) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceğinin belirtilmiş olması şu soruları akla getirmektedir: Acaba Anayasa koyucu, bu yöndeki düzenleme tercihi ile bu alanların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği hususuna ayrıca açıklık mı getirmek istemiş, yoksa bu tercih ile farklı bir amaç mı gözetmiş olmaktadır? Acaba Anayasa’da sözü edilen maddelerde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği öngörülen hususlarda yürütme alanında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilecek bir mahfuz (münhasır, özerk) düzenleme alanı mı oluşturulmuş olmaktadır? Değişik 104/17. fıkra da Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak düzenlemelerle ve bu düzenlemelerin sınırları ile alakalı ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği halde ayrıca söz konusu dört konu ile alakalı düzenlemelerin yapılmış olması, bu soruların zihinlerde belirmesinin temel sebebini teşkil etmektedir<sup>54</sup>.

İlk bakışta Anayasa koyucunun bu konuları ayrıca düzenlemiş olma yönündeki tercihi ile bu alanların sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleyebileceği yönünde bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Bu yöndeki izlenimin belirmesinde Anayasa’nın 2017 değişikliği öncesi 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceğinin belirtilmiş olması sebebiyle doktrinde bu alanların sadece

---

<sup>54</sup> SÖYLER, *age.*, s. 108.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebileceği, kanunlarla düzenlenmesinin mümkün olmadığı<sup>55</sup>, bu alanların yasama organı tarafından çıkarılacak kanunlar yoluyla düzenlenmesinin yürütme aleyhine bir fonksiyon gaspına sebep olacağı<sup>56</sup> belirtilmiş olmasının da etkili olduğu söylenebilir.

Bu alanlarda Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnameler yoluyla bir mahfuz düzenleme alanına sahip olup olmadığı konusunda Anayasa'da açık bir hüküm yoktur. Burada yürütme lehine bir "mahfuz düzenleme alanının" mevcut olup olmadığı meselesi, ancak Anayasa'nın ilgili hükümlerine ilişkin geliştirilecek yorumlar yoluyla halledilebilecek bir husustur. Ayrıca Anayasa'daki "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir." ifadesine benzerlik arz edecek şekilde kanunla yapılacak düzenlemeler konusunda da bazı hükümler mevcuttur. Anayasa'daki "...Kanunla sınırlanabilir.", "...Kanunla düzenlenir." şeklindeki hükümler bunlardan bazılarıdır.

Anayasa'da "...Kanunla düzenlenebilir." vb. şekilde yer alan hükümler "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir." ifadesi ile aynı mahiyette midir? Anayasa'nın 104/17. fıkrasında "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" ifadesine yer verilerek Anayasa'nın burada belirtilen dört durum haricinde kalan bütün konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebileceği mi öngörülmüştür? *Münhasıran kanunla düzenlenmesi*

---

<sup>55</sup> Kemal GÖZLER & Gürsel KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, 19. B., Ekin y., Bursa, 2017, s. 135; Ali ULUSOY, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", s. 6-7, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, (ET: 07.02.2019); TAŞDÖĞEN, agm., s. 940-941.

<sup>56</sup> SÖYLER, *age.*, s. 108.

*öngörülen konular* ifadesi, Anayasa’daki “...kanunla düzenleneceği” öngörülen bütün halleri mi kapsamaktadır?<sup>57</sup>

Bu durumda bu sorulara verilecek cevaplar bağlamında Anayasa’nın 2017 Anayasa değişikliği ile değiştirilen 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6. maddelerinde Cumhurbaşkanı’na sağlanan olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yetkisinin yürütme organı için sağlanmış bir mahfuz alan teşkil edip etmediği meselesi gündeme gelmektedir<sup>58</sup>. Burada kanunlarla alakalı mahfuz alan tartışmasına girmeksizin meseleyi daha ziyade Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri açısından tartışacağız.

Bu durumda “yasama yetkisini genelliği ilkesi icabı, yasama organı her alanı dilediği ayrıntıda düzenleyebilir. Bu ilke icabı, yürütme organının düzenleyici işlemlerle düzenlediği bütün alanlar da kanunlarla düzenlenebilir. Genel olarak istisnaî mahiyette hükümler mevcut olmadığı takdirde yasama organı için men edilmiş, yürütme organı için de tahsis edilmiş bir mahfuz alan söz konusu değildir. Yürütme lehine mahfuz düzenleme alanının oluşması için ‘...Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir.’ denilmesi yeterli değildir. Böyle bir yetkinin oluşması için ‘...Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir.’ şeklinde münhasır bir düzenleme mecburiyetinin belirtilmiş olması icap eder. Ancak bu durumda Anayasal olarak belli bazı alanların yürütme lehine mahfuz alan olarak tahsis edilebilmesi mümkün olabilir. Aksi halde yürütme lehine sağlanmış bir mahfuz düzenleme alanının mevcudiyetinden söz edilemez” şeklindeki bir düşünce, anayasal olarak ne kadar savunulabilir veya bu görüş geçmiş yıllardaki AYM içtihatları (özellikle benzer bir durum arz eden

<sup>57</sup> İbid., s. 92-93.

<sup>58</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 296.

KHK'larla alakalı) ile ne kadar uyumludur? Bütün bu sorulara verilecek cevaplar, Anayasa'da sözü edilen "...Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir." ifadesi ile yürütme lehine mahfuz düzenleme alanının oluşup oluşmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

## V. Yürütme Lehine Mahfuz Düzenleme Alanı Kavramı

Esasen belli bir organ lehine sağlanan "mahfuz (münhasır, özerk) düzenleme alanı" ile söz konusu alanın sadece bu organ tarafından düzenlenebileceği, başka organların bu alanlarda düzenleme yapamayacağı manasına gelmektedir. Bu bağlamda yürütme lehine sağlanan *mahfuz düzenleme alanından* kastedilen, sadece yürütme organının bu alanları düzenleme konusunda yetkili olduğu, bu alanların yasama ve yargı organları tarafından düzenlenmesi yetkilerinin mutlak olarak bertaraf edildiği, yasama ve yargı organlarının kesin olarak müdahale edemeyeceği çekirdek dokunulmaz alanlardır.

Yürütme lehine mahfuz düzenleme alanının kabul edilmesi halinde yasama yetkisinin genelliği ve yürütme yetkisinin kanunîliği ve türevselliği ilkeleri bağlamında ciddi değişimler meydana gelmiş olacaktır. Bu durumda "kısmen kanunî idare" ve "kısmen kararname (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) idaresi" şeklinde ifade edilebilecek bir olgu ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla yürütme lehine sağlanan mahfuz düzenleme alanı ile Anayasa'da açıkça belirtilen bazı konular yasamanın düzenleme yetkisi kapsamı haricine çıkarılarak, yasama organının Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuda istediği ayrıntıda düzenleme yapabilmesi yetkisini ifade eden "yasama yetkisinin genelliği"<sup>59</sup> ilkesi dönüştürülerek, "yasama yetkisinin kısmiliği" olgusunun ortaya çıkmasına sebep olunacağı, bir diğer ifadeyle bu yolla yasama yetkisinin kapsamı daraltılmış olacağı ve bu durumun "yasama

<sup>59</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 211.



*yetkisinin genelliği*” ilkesi ile çelişeceği belirtilmiştir<sup>60</sup>. Diğer yandan bu durumda idarenin kanundan kaynaklanması, ona tabi olması, kanunun mevcut olmadığı yerde idarî bir teşkilatlanmanın mevcut olmaması, idarî yetki ve görevlerin kaynağının kanun olması<sup>61</sup> şeklinde de ifade edilen “kanunî idare” ilkesi dönüşüme uğramış olmaktadır. Çünkü Anayasa’da açıkça belirtilen konuların ilk elden kanunlarla değil Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenmesi usulü benimsenmiş olmaktadır. Mesela Anayasa’nın 106/11 fıkrası hükmüne göre “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir.” hükmü icabı bu alanlarda teşkilatlanma ve görevlerin kaynağı zorunlu olarak kanun yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri olacaktır. Bu durumda Anayasa’da belirtilen hallerde 123/1. fıkarda yer alan “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmüne bazı istisnalar getirilmiş olmaktadır<sup>62</sup>.

Gözler’e göre bir konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için bir mahfuz alan oluşturulmuş ise o konuda kanunların değil Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin dediği olur. Belli bir konuda kanun ile Cumhurbaşkanlığı Kararname hükümleri çatışyorsa, bu konu hangisinin mahfuz alanına giriyorsa, bu çatışmadan o galip çıkar. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için mahfuz alan sağlanan konularda Cumhurbaşkanlığı Kararname hükmü kanunlardan aşağı değildir<sup>63</sup>. Atar’a göre de Anayasa’da münhasıran Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konularda

<sup>60</sup> İbid., s. 251; BOZTEPE, agm., s. 17.

<sup>61</sup> ARDIÇOĞLU, agm., s. 35; SÖYLER, age., s. 122.

<sup>62</sup> SÖYLER, age., s. 122-123.

<sup>63</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 373-374.

Meclis'in kanun çıkarması mümkün değildir. Örneğin, Anayasa'ya göre bakanlıkların kuruluşu, teşkilatı, görev ve yetkileri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceğinden bu konuda kanun çıkarılamaz, şayet çıkarılırsa açıkça Anayasaya aykırı olur. Bu hükümle Anayasa'daki "Kanunlarla Cumhurbaşkanlığı Kararname arasında farklı hüküm bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. (m. 104/17)" şeklindeki kurala bir istisna getirilmiştir<sup>64</sup>.

### A. Mahfuz Düzenleme Alanına İlişkin Doktrindeki Tartışmalar

Anayasa'nın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6. fıkralarında belirtilen konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceğinin belirtilmiş olması sebebiyle bu konularda yürütme lehine "mahfuz düzenleme alanının" sağlanıp sağlanmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ve görevlerine son verilmesine ilişkin usul ve esaslar (AY. m. 104/9), Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY. m. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (AY. m. 108/4) ve MGK Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (AY. m. 118/6) sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilir, bu konularda yürütme lehine mahfuz (münhasır, özerk) düzenleme alanı oluşturulmuştur, dolayısıyla bu alanlar kesinlikle kanunlarla düzenlenemez.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle alakalı hükümle öteden beri Türk hukukunda gelenek halini alan yasamanın düzenleme yetkisinin ilk-el aslı ve genel bir düzenleme yetkisi olduğu, yürütmenin düzenleme yetkisinin ise

---

<sup>64</sup> ATAR, *age.*, s. 278.

ikincil talî ve tamamlayıcı bir düzenleme yetkisi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu doğrultuda kanunların Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine üstünlüğü de vurgulanmış olmakta ve bu, aynı zamanda Türk hukukunda öteden beri olduğu gibi yürütmeye yine *özerk* bir düzenleme alanı bırakılmadığı anlamına da gelmektedir. Anayasa’da bunların kanunla düzenlenemeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceklerine ilişkin bir hüküm de yoktur. Yasama yetkisinin genelliği ile Anayasa’daki kanunların Cumhurbaşkanlığı Kararnamelere üstünlüğüne ilişkin açık vurgu da dikkate alındığında bu konularda kanun da çıkarılabileceği, böyle durumlarda da kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnameyi hükümsüz hale getireceği söylenebilir<sup>65</sup>.

Kuzu’ya göre Başkan ile Meclis arasında bir zıtlaşmanın olması halinde sorunların çözümünün sağlanması amacıyla Cumhurbaşkanlığı Kararname uygulaması getirilmiştir. Fakat Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenmiş bir konuda kanun çıkarılması halinde artık o Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelecektir<sup>66</sup>.

Atay’a gör Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği öngörülen konularda, TBMM’nin yetkisinin sona erip ermeyeceği tartışma konusu olabilir. Ancak yasama yetkisinin genelliği ve ilkeliği ilkesi gereğince konunun kanunla düzenlenebileceği kabul edilmelidir. Zira Anayasa değişikliği gerekçesi ve konunun tartışıldığı dönemde yasama yetkisinin kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun bir düzenleme getirildiği gerekçeleri bu görüşü destekleyici mahiyettedir. Cumhurbaşkanı’na

<sup>65</sup> TANÖR & YÜZBAŞIOĞLU, *age.*, s. 438.

<sup>66</sup> KUZU, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi Yeni Cumhurbaşkanlığı Modelimiz*, s. 173.

tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi ve bu konuya ilişkin öngörülen alanda TBMM'nin yasama yetkisi varlığını korumaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanı'na Anayasa'dan kaynaklanan doğrudan düzenleme yetkisi verilerek artık yürütmenin bazı alanlarda türev yetki olmaktan çıkarılmış olmasına rağmen yürütmeye bazı konularda münhasıran düzenleme yapma yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenleme konusu yapılabilecek alanlarda yasama organının düzenlemede bulunmasını yasaklayacak bir anayasal hükmün bulunmaması dile getirilen görüşü teyit ve tasdik edici niteliktedir<sup>67</sup>.

Ardıçoğlu'na göre Anayasa'da "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılamaz." gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasa'da belirli konulara ilişkin "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir." lafzı tek başına yürütme lehine Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme konusunda açıkça münhasır bir düzenleme alanı meydana getirme gücüne sahip değildir. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen alanlar, yasama tarafından yapılacak düzenlemeler yanında bir de Cumhurbaşkanı'na bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi şeklinde düzenleme yapma yetkisi veren normlar olup bu hükümlerin mefhumu muhalifinden çıkarılacak mana ile yasama organının yetkisine son verildiği yönünde kesin bir çıkarım yapılamaz. Yasama organı, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilen konularda yasal düzenlemeler yapmaya devam edebilecek veya var olan yasal

---

<sup>67</sup> ATAY, *age.*, s. 53.

düzenlemeleri yürürlükten kaldırmadığı sürece Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çıkarılmayacaktır<sup>68</sup>.

Günday’a göre Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleme yapma konusunda Cumhurbaşkanı’na münhasır düzenleme yetkisi verildiğine dair açık bir hüküm mevcut değildir. Anayasa’nın 123/1. fıkrasında “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır. 2017 değişikliği ile bu hüküm değiştirilmemiştir. Bu sebeplerle TBMM’nin idarenin kuruluşu ve görevlerini düzenleme konusunda sahip olduğu genel düzenleme yetkisi varlığını yeni sistemde de sürdürmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 104/17. fıkrasında kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine karşı üstünlüğünün öngörülmüş olması, bu anlayışın bir neticesidir<sup>69</sup>.

Söyler’e göre Anayasa bir bütün olarak okunduğunda aslında Anayasa koyucunun son Anayasa değişiklikleri ile sadece yürütmeye özgü bir özerk düzenleme alanı bırakmadığı anlaşılmaktadır. Her şey bir tarafa gerçekten eğer Anayasa koyucunun iradesi bu yönde olmuş olsaydı yasama-yürütme ilişkilerinin anlam kazanmasında bu derece önem arz eden bir konuda Anayasa’da açık bir özerklik hükmüne yer verilmesi kaçınılmaz olurdu. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde bile bu yönde bir açıklamaya yer verilmiş değildir<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> ARDIÇOĞLU, agm., s. 38, 44, 50-51.

<sup>69</sup> Metin GÜNDAĞ, *İdare Hukuku*, 11. B., İmaj y., Ankara, 2017, s. 659.

<sup>70</sup> SÖYLER, *age.*, s. 121. Benzer görüşler için bkz: Şeref İBA, *Türk Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 245-246.

Bazı yazarlara göre 1924 ve 1961 Anayasası dönemlerinde yürütmenin mahfuz bir düzenleme alanı mevcut değildi<sup>71</sup>. 1961 Anayasası'nın 5, 6 ve 7. maddelerine ilişkin ortak gerekçede de açıkça belirtildiği gibi “Kanun olmayan yerde Türk hukukuna göre yürütme de yoktur.”<sup>72</sup> Bu temel yapı, bir istisna (AY. m. 107) hariç esas itibarıyla büyük ölçüde 1982 Anayasası'nın ilk metninde de sürdürüldü<sup>73</sup>. 2017 Anayasa değişikliği ile bu kuralın anayasal istisnası getirildi. 1982 Anayasası dönemi için 2017 değişikliği bağlamında “Yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisi yoktur.” ifadesi tam olarak gerçeği yansıtmamaktadır<sup>74</sup>.

Gözler'e göre dört konuyu öngören hükümlerle Cumhurbaşkanlığı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla “mahfuz düzenleme alanı” sağlanmış<sup>75</sup>. Her ne kadar bu hükümlerde “münhasıran”, “sadece” veya “ancak” gibi inhisarî bir ibare kullanılmamış olsa bile bu konular, sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilir. Bu hükümlerde Anayasa'nın 104/17. fıkrasından farklı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle “Düzenlenebilir.” değil, “Düzenlenir.” ibaresi kullanılmıştır. Şu konu Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle “Düzenlenir.” demek, “Şu konu Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri dışındaki işlemlerle düzenlenemez.” demek anlamına gelir. Aksi olsaydı, Anayasa koyucu “Düzenlenir.” değil, “Düzenlenebilir.” derdi. Keza aksi olsaydı, Anayasa'nın 123/3. fıkrasında “Kamu tüzel kişiliği kanunla ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulur.” dendiği gibi Anayasa koyucu, “Şu konular kanunla veya Cumhurbaşkanlığı

<sup>71</sup> Erdoğan TEZİÇ, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 80.

<sup>72</sup> Kazım ÖZTÜRK, *1975 Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa*, Bilgi y., Ankara, 1975, s. 25.

<sup>73</sup> Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta y., İstanbul, 1996, s. 62.

<sup>74</sup> ÜLGEN, agm, s. 18.

<sup>75</sup> GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 364.

Kararnemeleriyle düzenlenir.” derdi<sup>76</sup>. Gözler, aynı eserinin bir başka yerinde “Ancak bu çözüm eleştiriye açıktır. Zira Anayasa, m. 104/17’de ‘Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır.’ demektedir. Eğer mahfuz alanda çatışmadan Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri hükümleri galip çıkacak ise Anayasa’da m. 104/17’deki bu hükümlerin ne anlamı kalacaktır?”<sup>77</sup> demektedir. Gözler, buradaki ifadeleri ile kendi içinde çelişmektedir.

Ulusoy’a göre Anayasa değişikliği ile kamu hukuku yönünden getirilen en önemli yenilik, Fransa’da olduğu gibi yürütmeye Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla yasamadan özerk bir aslî düzenleme alanı öngörülmesi ve bunun anayasal sınırlarının da çizilmesidir. Böylece kanun alanından bağımsız bir idarî düzenleme alanı oluşturularak kamu hukuku sistemimizde çok ciddi ve köklü bir değişiklik yapılmaktadır<sup>78</sup>. Ulusoy, aynı makalede “Sadece bakanlıkların yapı ve görevleri ile üst düzey bürokratların statülerini belirlemede bu Kararnemelere özel yetki tanınmıştır. Hatta kanaatimce bu özel yetki tanınan konularda bile yasamanın kanun çıkarmasına hukuken engel bulunmamaktadır. Nitekim (artık aynı sistem benimsendiğine göre) Fransız Anayasa Konseyi’nin yerleşik içtihadı da bu yöndedir.”<sup>79</sup> şeklindeki ifadeleri ile önceki beyanları ile çelişen düşünceler ortaya koymuştur<sup>80</sup>.

Tunç’a göre bu dört konu, münhasıran yürütmenin Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle düzenleme alanına girmektedir. Bu tür yetkilerin sadece

---

<sup>76</sup> İbid., s. 373.

<sup>77</sup> İbid., s. 377.

<sup>78</sup> ULUSOY, agm., s. 6.

<sup>79</sup> İbid., s. 7.

<sup>80</sup> SÖYLER, *age.*, s. 110-111.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenecek olması, yasama yetkisinin genelliği ilkesinden sapılmış olduğunu göstermektedir<sup>81</sup>.

Karatepe'ye göre Anayasa'da bu alanların düzenlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı münhasıran yetkilendirilmiştir<sup>82</sup>. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanında münhasır yetki sahibi olması icap eder. Çünkü parlamentodaki çoğunlukla Cumhurbaşkanı'nın farklı siyasî partilerden oluşması halinde parlamentonun çıkarabileceği engellere karşı Cumhurbaşkanı'nın ancak kendisine tanınan özerk yürütme alanında çıkaracağı kararnameler sayesinde siyasî sorumluluğunu yerine getirebilecektir<sup>83</sup>.

Atar'a göre Anayasa'da belli konuların münhasıran Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği öngörülmüştür. Bu konular yalnızca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilir ve "mahfuz yetki" olarak adlandırılabilir bu hususlarda Meclis kanun çıkaramaz. Bu durum, Anayasa'dan kaynaklanan istisnaî bir yetkidir. Bir başka ifade ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, 8. madde ile düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesine Anayasa'dan kaynaklanan bir istisna teşkil etmektedir<sup>84</sup>.

Özbudun, diğerlerinden farklı olarak belirsizliğe vurgu yapmaktadır. O'na göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa'nın değişik 104. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlendiği halde değişik 106. maddede "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle

---

<sup>81</sup> Hasan TUNÇ, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi y., Ankara, 2018, s. 223-224; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 251.

<sup>82</sup> Şükrü KARATEPE, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Savaş y., Ankara, 2018, s. 295.

<sup>83</sup> Şükrü KARATEPE, *Sistem Söyleşileri Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Üzerine Röportajlar*, A Kitap Binyıl y., Ankara, 2017, s. 37.

<sup>84</sup> ATAR, *age.*, s. 190, 279. Benzer yöndeki görüşler için bkz.: BOZTEPE, *agm.*, s. 5-6; ÜLGEN, *agm.*, s. 17, 19-20, 24.



düzenlenir.” hükmüne ayrıca yer verilmesi tereddüde yol açacak niteliktedir. Acaba bu hükümle bu konularda kanunî bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece aslı değil, aynı zamanda “mahfuz” bir düzenleme alanı bırakıldığı mı ifade edilmektedir? Bu yorum kabul edilecek olursa Cumhuriyet Anayasalarımızın temel ilkelerinden olan “yasama yetkisinin genelliği” ilkesinden sapılmış olacaktır. Anayasa metninde açık bir cevabı olmayan bu soru, bir uyumsuzluk doğduğunda AYM tarafından karara bağlanacaktır<sup>85</sup>.

### **B. Yürütme Lehine Mahfuz Alan Tartışmalarına İlişkin Değerlendirmeler**

Anayasa’nın 104/17. maddesinde yürütmeye ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği halde 104/9, 106/11, 108/4 ve 118/6 fıkralarda, ayrıca belirli hususların Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu alanlarda Cumhurbaşkanı’nın Cumhurbaşkanlığı Kararnameler yoluyla bir mahfuz düzenleme alanına sahip olup olmadığı konusunda Anayasa’da açık bir hüküm yoktur. Burada meseleyi Anayasa’da “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenir.” ifadesine benzerlik arz edecek şekilde yer alan “Kanunla düzenlenir.,” “Kanunla belirlenir.” vb. ifadelerin yer aldığı anayasal hükümler ile bu hükümlere ilişkin AYM kararları ile bütünlük içerisinde izah edeceğiz. Burada yürütme lehine bir “mahfuz düzenleme alanının” mevcut olup olmadığı meselesi, ancak Anayasa’nın ilgili hükümlerine ilişkin geliştirilecek yorumlar yoluyla halledilebilecek bir husustur. Buna göre Anayasa’daki “...Kanunla düzenlenir.” (m. 20/3, 26/son, 29/3, 31/1, 32/1, vd.” “...Kanunla belirlenen/belirlenir.” (m. 131/2, 47/4) “...kanunun cevaz verdiği”

<sup>85</sup> ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., s. 251.

(m. 17/4) “...Kanunda gösterilir.” (m. 19/2, 33/4, vd.) “...kanunun verdiği yetkiye” (md. 90/3) “...Kanunla kurulur.” (m. 130/1) “...kanun hükümleri uyarınca” (m. 28/5) “...Kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.” (m. 73/3) “...kanunun açık iznine” (m. 168) şeklindeki hükümler bunlardan bazılarıdır.

## VI. Anayasa Mahkemesi'nin 2017 Anayasa Değişikliği Döneminde Verdiği Kararlar

Anayasa'nın birçok maddesinde yer alan “Kanunla düzenlenir.” vb. ifadeler ile Anayasa'nın dört maddesinde (m. 104/9, 106/11, 108/4 ve 1018/6) yer alan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenler/düzenlenir.” ifadesi arasında birebir benzerlik söz konusudur. Bu benzerlikten hareketle yürütme lehine bir mahfuz düzenleme alanının mevcut olup olmadığı hususuna ilişkin belirlemeler yapmadan önce 2017 Anayasa değişikliği öncesi KHK'larla ilgili AYM içtihatlarına temas etmek istiyoruz.

AYM'ye göre Anayasa'da kimi konuların KHK'yla düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91/1. fıkrasında “*sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*”in KHK'larla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. 163. maddesinde ise “*Bakanlar Kuruluna KHK ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez.*” denilmiştir. Bu kurallar gereğince TBMM, Bakanlar Kuruluna ancak (Anayasa'nın 91/1 ve 163. maddelerinde) sayılan bu yasak alanlara girmeyen belli konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir. Anayasa'nın herhangi bir hükmündeki ‘*kanunla düzenleme*’ şartı, o konuda KHK çıkarılmasına engel teşkil etmemektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın kanunla düzenleme yapılacağını öngören her maddesi, mutlaka ve yalnız kanun çıkarılmasını gerektiren bir anlama sahip değildir. Anayasa'da KHK'yla düzenlenemeyeceği açıkça belirtilen yasak alanlar (AY. m. 12-40, 66-74, 163)

hariç olmak kaydıyla yasayla düzenlenmesi emredilen konularda KHK çıkarılmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>86</sup>. AYM’nin bir başka kararına göre sıkıyönetim ve olağanüstü haller dışında Anayasa’nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerindeki konular KHK ile değil, ancak yasayla düzenlenebilir. Anayasa’nın 12-40 ve 66-74 maddelerinde belirtilen yasaklar dışında kalan bir konu KHK ile düzenlenebilir. Anayasa’nın bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda o konu, KHK ile ilgili ‘*özel hüküm*’ olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi KHK çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa’nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ‘*ayrık (istisnaî) kural*’ olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK’nin hukuksal yapıları, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. Anayasa’nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerinin öngördüğü yasayla düzenleme yolu, 91. maddeyle korunarak bu konularda KHK da çıkarılmayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Bu durum karşısında Anayasa’nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK’yi sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır. Anayasa’nın bir maddesinin kanunla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun Anayasa’nın 91/1. fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa’da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırı değildir<sup>87</sup>. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa’nın 113/1.

<sup>86</sup> AYM Kr.: E. 2011/60, K. 2011/147, KT: 27.10.2011.

<sup>87</sup> AYM Kr.: E. 1989/4, K. 1989/23, KT: 16.05.1989. Benzer içeriğe sahip AYM kararı için bkz.: E. 1990/1, K. 1990/21, KT: 17.07.1990; E. 1988/64, K. 1990/2, KT: 01.02.1990. AYM’nin aynı yönde verdiği kararları için

maddesinin değişiklik öncesi metninde “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı *‘kanunla’* düzenlenir.” hükmü yer aldığı halde AYM’nin içtihadı ile uyumlu olarak Kalkınma Bakanlığı, Avrupa Birliği Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Çevre, Orman ve Şehircilik Bakanlığı, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı 03.06.2011 Tarih ve 643 sayılı KHK ile kurulmuştur.<sup>88</sup> Aynı KHK ile Bayındırlık ve İskân bakanlığı, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı kaldırılmıştır<sup>89</sup>. Bu KHK, iptal davası yoluyla AYM’nin önüne geldiği halde AYM, söz konusu KHK’yi Anayasa’ya aykırı bulmayarak iptal talebini reddetmiştir<sup>90</sup>.

AYM kararlarına göre Anayasa’nın KHK ile düzenlemeyi öngören (2017 Anayasa değişikliği öncesi) 91. maddesi hükmü “genel anayasal hüküm” niteliğindeki yasama yetkisinin kaynağını teşkil eden 7. ve 87. maddeleri ile “Kanunla düzenlenir.” ifadesini içeren maddelere göre “*özel*” ve “*istisnâî (ayrık) kural*” hüküm niteliğindedir<sup>91</sup>. AYM’ye göre Anayasa’da genel hüküm mahiyetindeki “kanunla düzenlemeyi” öngören anayasal hüküm kapsamına dâhil olan konular, özel hüküm-genel hüküm ilişkileri kapsamında özel hüküm mahiyetindeki 91. maddeye istinaden çıkarılan KHK’yla düzenlenebilir.

---

bkz.: E. 1990/1, K. 1990/21, KT: 17.07.1990; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa hukuku*, 13. B., s. 251; BOZTEPE, agm., s. 17; ARDIÇOĞLU, agm., s. 39.

<sup>88</sup> Abdulhamit GÜL, “Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, *Yeni Türkiye* D., Y. 23, S. 94, Mart-Nisan 2017, s. 150.

<sup>89</sup> 03.06.2011 Tarih ve 643 Sayılı “3046 Sayılı Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Karamame”, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110608M1-11.pdf>, (ET: 13.04.2019).

<sup>90</sup> AYM.: E. 2011/89, K. 2013/29, KT: 14.02.2013. Benzer içerikte bir AYM kararı için bkz.. E. 2011/60, K. 2011/147, KT: 27.10.2011.

<sup>91</sup> ÜLGEN, agm., s. 29.

## VII. Anayasa’da Açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenleneceği Belirtilen Dört Konuda Çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine İlişkin Mahfuz Düzenleme Alanı Nitelemesine İlişkin Kanaatimiz

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlemeye ilişkin genel hükümlerin yer aldığı Anayasa’nın 104/17. fıkrası hükmünde bu madde kapsamında çıkarılacak olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanunla olan ilişkileri belirlenmiştir. Anayasa’nın 104/17. fıkrasına göre “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir.” Bu tür Cumhurbaşkanlığı Kararnameler için aslî (ilkel) düzenleme olmakla birlikte mahfuz düzenleme alanının mevcut olmadığı söylenebilir. Çünkü bu hüküm kapsamında kanunla düzenlenemeyip sadece bu tür Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerle düzenlenebilecek bir alan ya da alanlar mevcut değildir.

Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği açıkça belirtilen konulara ilişkin 104/9., 106/11., 108/4. ve 118/6. fıkraları, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlemeye ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 104/17. fıkraya ve yasama yetkisine ilişkin 7., 87. ve kanunla düzenlemeyi öngören diğer anayasal hükümlere kıyasla hem “özel hüküm”

hem de “*istisnaî (ayrık) yetki kuralı*” mahiyetindedir. İstisnaî mahiyetteki yetki kullanımını getiren özel hüküm mahiyetindeki bu maddelerde yer alan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir/düzenler.” şeklindeki ifadelerin gerek Kanunla düzenlenir.” ifadesini içeren anayasal hükümlerle benzerliğinin ya da farklılığının gerekse genel Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümlerinden farklılık arz eden yönlerinin belirlenmesini lüzumlu kılar.

AYM kararlarında da belirtildiği gibi “Kanunla düzenlenir.” ifadelerini içeren anayasal hükümler, yasama yetkisine ilişkin anayasal hükümlerle bütünlük içerisinde KHK'lara ilişkin hükümlerin yer aldığı 91. madde hükmüne kıyasla özel hüküm ve istisnaî yetki mahiyetinde değildir. Bu vesileyle “Kanunla düzenlenir.” ifadesinin tek başına kanunla düzenleneceği belirtilen konuların KHK ile düzenlenmesine mâni olmadığı Anayasa'nın 91/1. ve 163. maddeleri kapsamına dâhil olmadıkça bu konuların da KHK'larla düzenlenebileceği görülmektedir. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenler/düzenlenir.” ifadesi ise kanunla düzenlenir.” ifadesinden farklılık arz etmektedir. Çünkü hem genel hüküm niteliğinde olan yasama yetkisine ilişkin anayasal hükümlere hem de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 104/17. fıkradaki hükümlere kıyasla “*özel hüküm*” ve “*istisnaî yetki kuralı*” niteliğindedir<sup>92</sup>. Bu niteliklerin bir neticesi olarak “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenler/düzenlenir.” ifadesinin kapsamına dâhil olan dört konuda kanunla düzenleme yolunun kapatılmak istendiği söylenebilir. Bu vesileyle bu dört konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi lehine bir mahfuz düzenleme alanının mevcut olduğunu, Anayasa koyucunun burada sözü edilen konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğini Anayasa'da öngörerek bu konularda

---

<sup>92</sup> İbid., s. 20.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine özerk bir düzenleme alanı bırakmayı arzulamış olması oldukça muhtemeldir<sup>93</sup>.

Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen dört konuda bir mahfuz düzenleme alanı söz konusu olacağı için bu konuların kanunla düzenlenme yolu kapatılmış olmaktadır. Ülgen’e göre buna rağmen çıkarılan kanun hükümleri konu bakımından yetki unsuru yönünden Anayasa’ya aykırı olacaktır<sup>94</sup>. Bu vesileyle bu konularda bir kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çatışması söz konusu olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle Anayasa’nın 104/17. fıkrasında yer alan “Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hale gelir.” hükmündeki Cumhurbaşkanlığı Kararnamelere ilişkin kanunlar lehine öngörülen kayıtlamalar bu konularda söz konusu olmayacaktır.

Yürütme lehine sağlanan bu mahfuz düzenleme alanına dâhil olan konularda kanunî düzenleme yapılmaması icap ettiği halde yasama, bu durumu göz ardı ederek bu alanlara ilişkin kanunî düzenleme yapabilir. Anayasa’ya aykırı da olsa söz konusu kanun hükümleri yürürlüğe girebilecek

<sup>93</sup> SÖYLER, *age.*, s. 117-118.

<sup>94</sup> ÜLGEN, *agm.*, s. 20.

ve yargı mercileri tarafından karar verilmediği sürece yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bu sırada iki normdan hangisinin uygulanacağı sorununun Anayasa'nın 104/17. maddesinin öngördüğü gibi kanuna öncelik verilerek çözümlenmesi bu dört maddedeki yetkilerin mahfuz niteliği ile çelişecektir<sup>95</sup>.

Bu düzenlemenin temel amacının özellikle "bölünmüş hükümetlerin" ortaya çıktığı dönemlerde yasamaya karşı bu konularda yürütme lehine bir inisiyatif üstünlüğü sağlamak, bu alanlara yasamanın dokunmasına mâni olmak suretiyle yasama-yürütme çatışmasına mahal vermemek olduğu söylenebilir. Anayasa koyucunun bu konulara ilişkin düzenlemelerde yasama-yürütme çatışmasının sistemin işleyişini ciddi manada akamete uğratacağı, özellikle yürütmenin işleyişini kullanılamaz hale getireceği öngörüsüne binaen yürütme lehine bu mahfuz alanın oluşturulmasını amaçladığı söylenebilir.

Mahfuz düzenleme yetkisine ilişkin anayasal normlarda sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek hususlar sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu bakımdan yeni sistemin yasama ve yürütmenin düzenleme alanını ayıran Fransız sistemiyle herhangi bir benzerliği mevcut değildir. Anayasa'da sayılanların dışında bir husus, zaten mahfuz yetki kapsamında bir düzenleme niteliği taşımayacak, genel Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aynı rejime tabi olacaktır<sup>96</sup>.

Mahfuz yetki alanında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi her ne kadar Anayasa'nın 104/17. fıkrasındaki sınırlamalara tabi değil ise de genel olarak diğer Anayasal normlara uygun olmak zorundadır. Anayasa'nın başka maddelerinde bu yetkileri sınırlayan hükümlerin göz ardı edilmemesi icap eder. Bu konuya ilişkin olarak bir misal vermek gerekirse Anayasa'nın 130.

---

<sup>95</sup> İbid., s. 20-21.

<sup>96</sup> İbid., s. 21-22.



maddesinde üst kademe yöneticiler arasında yer alan dekanların Yükseköğretim Kurulunca seçilip atanacağı açıkça düzenlenmiştir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenmesi konusunda yetki kuralları, Anayasa’nın 130. maddesindeki hüküm dikkate alınmaksızın belirlenemez. Daha somut bir ifadeyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla Anayasa’nın 130. maddesindeki açık hükümlere aykırı olarak dekanların atanması yetkisi, Cumhurbaşkanı’na, herhangi bir bakana veya Rektöre verilemez. Bu vesileyle mahfuz düzenleme yetkisi kapsamında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin diğer Anayasal hükümlere uygunluğunun da mutlaka dikkate alınması icap eder<sup>97</sup>.

Mahfuz yetki alanına ilişkin bir hususa daha temas etmek istiyoruz. Anayasa’da idarenin kuruluş ve işleyişine ilişkin iki tür düzenleme ilkesinin mevcut olduğu söylenebilir. *Birincisi*, Anayasanın 123/1. fıkrasına göre “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” İkincisi, Anayasa’nın 106/11 fıkrası icabı “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir.” Bu iki hüküm birlikte düşünüldüğünde idarenin Anayasa’nın 106/11. fıkrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile öngörülen kısmına ilişkin hususlar mahfuz düzenleme yetkisi kapsamında sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile geri kalan hususlar ise hem kanunla hem de Anayasa’nın 104/17. fıkrası kapsamında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Burada 123/1. fıkra hükmünün “kanunî idare” şeklinde de ifade

---

<sup>97</sup> Ibid., s. 22-23.

edilen ana ilkeyi, 106/11 fıkra hükmünün ise bu ana ilkenin istisnasını teşkil ettiği söylenebilir<sup>98</sup>.

Kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilecek konulara ilişkin olarak özetle şu belirlemeler yapılabilir: Anayasanın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde (m. 12-40) yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, Dördüncü bölümde (m. 66-74) yer alan siyasi haklar ve ödevler ve m. 161/7'de belirtilen konu olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemez. Olağan dönemlerde burada sözü edilen konular sadece kanunla düzenlenebilir. OHAL dönemlerinde ise burada sözü edilen yasaklar, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için söz konusu olmamaktadır.

Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/4. ve 118/6. fıkralarında belirtilen konular, olağan dönemlerde yürütme lehine sağlanan mahfuz düzenleme yetkisi kapsamında sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Bu konular, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile de düzenlenebilir.

Anayasa'nın İkinci kısmının Birinci ve İkinci bölümlerinde (m. 12-40) yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü bölümde (m. 66-74) yer alan siyasi haklar ve ödevler ve m. 161/7'de belirtilen konularla 104/9., 106/11., 108/4. ve 118/6. fıkralarında belirtilen konular dışında kalan ve yürütme yetkisine ilişkin olan bütün diğer konular hem kanunlarla hem de Anayasa'nın 104/17. fıkrası kapsamında çıkarılacak olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenebilir. Fakat bu son durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenecek bir konunun kanunla açıkça düzenlenmemiş olması icap eder. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde kanunlardaki hükümlerden farklı hükümlerin mevcut olmaması icap eder. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen bir

---

<sup>98</sup> SÖYLER, *age.*, s. 127.

konunun kanunla düzenlenmesi halinde de söz konusu kanun hükümleri ile çelişen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümleri geçersiz hale gelecektir. Şayet kanunla düzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılacak olursa ya söz konusu kanunun önce yürürlükten kaldırılarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanın oluşturulması sonra da bu konunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi gerekir ya da yürürlükte olan bir kanunda düzenlenen konuya ilişkin kanunla doldurulabilecek bazı boşluklar mevcut ise Anayasa’nın diğer hükümleri ile de çatışmamak şartıyla bu boşluklar 104/17. fıkrası kapsamında çıkarılacak olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile doldurulabilir.

## SONUÇ

2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye’de bir hükümet sistemi değişikliğine gidilerek parlamenter sistemden başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) sistemine geçilmiştir. Başkanlık sisteminin en temel özelliklerinden birisi yürütmenin monist bir yapıya sahip olmasıdır. Yeni hükümet sisteminde monist yapı icabı, yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı’nın (başkan) şahsında toplanmaktadır. Cumhurbaşkanı’nın yürütme faaliyetlerini yerine getirirken sahip olduğu en ehemmiyetli salahiyet, düzenleyici işlem yapma yetkisidir. Bu yetki sadece Türkiye’ye mahsus değildir. ABD’de de Başkan’ın bir kısmı kanun gücünde, bir kısmı kanunun altında yönetmelik vb. işlemlerle eş düzeyde, bir kısmı aslı düzenleme kapsamında bir kısmı da türev nitelikte işlemleri mevcuttur.

Türkiye’de de yeni hükümet sistemi kapsamında Cumhurbaşkanı’na sağlanan en etkili düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kanunlar arasındaki ilişki son derece önem arz etmektedir. Makalenin içinde izah

edildiği üzere üç tür Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mevcut olduğu görülmektedir. *Birincisi*, Anayasa'nın 104/17. fıkrası kapsamında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Bunlar kanuna aykırı olamaz, bunlarla kanunlarda değişiklik yapılamaz, daha sonra aynı konuda bir kanunî düzenleme yapıldığında hükümsüz hale gelir. *İkinci* tür Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Anayasa'da açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konulara (AY. m. 104/9, 106/11, 108/4. ve 118/6.) ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Bu konularda yürütme lehine münhasır düzenleme alanı meydana getirilmiş olmaktadır. Cumhurbaşkanı'na burada sözü edilen konularda mahfuz düzenleme alanı sağlanması hem ilk defa ortaya çıkmakta hem de Cumhurbaşkanı'nın özellikle bölünmüş hükümetler döneminde rahatlaması sağlanmakta en azından burada sözü edilen konularda Cumhurbaşkanı-yasama çatışmasına son verilmek istenmiş olmaktadır. *Üçüncüsü* OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleridir. Bu tür Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri çok az farklılıkla 2017 Anayasa değişikliği öncesi KHK'lara büyük ölçüde benzemektedir.

Diğer yandan 2017 Anayasa değişikliği öncesinde sadece OHAL KHK'ları aslî düzenleme yetkisi kapsamında çıkarılabilmekte idi. Yeni sistemde ise bütün Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Cumhurbaşkanı tarafından aslî düzenleme yetkisine istinaden çıkarıldığı görülmektedir. Bu da Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisini kullanmasını kolaylaştırmış olmaktadır. Aslî düzenleme yetkisi, idarenin düzenleyici işlemlerini türev işlem olmaktan çıkarmakta ise de özellikle 104/17. fıkra kapsamında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yine de kanunlara aykırı olmama yükümlülüğü devam etmektedir.

## KAYNAKÇA

**AKGÜN, Mert Hüseyin**, “Başkanlıktan Cumhurbaşkanlığı Sistemine: 2012 ve 2016 AK Parti Anayasa Önerileri”, *Seta Perspektif D.*, S. 163, Ocak 2017.

**ARDIÇOĞLU, M. Artuk**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu D.*, Y. 75, S. 3, 2017.

**ARIKAN, Cengiz**, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği*, Yetkin y., Ankara, 2011.

**ATAR, Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. B., Seçkin y., Ankara, 2018.

**ATAY, Ender Ethem**, *İdare Hukuku*, Seçkin y., Ankara, 2018.

**BOZTEPE, Mehmet**, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. 5, S. 1, Bahar 2018.

**CONTRUBIS, John**, “Executive Orders and Proclamations”, *CRS Report for Congress*, March 9, 1999, <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf>, (ET: 15.03.2019).

**ÇOLAK, Çağrı D.**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, December 2017.

**DURAN, Lütfi**, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi”, *İdare Hukuku ve İlimleri D. (İHİD)*, Y. 4, S. 1-3, İstanbul, 1985.

**ERDOĞAN, Mustafa**, *Anayasa Hukuku*, 7. B., Orion y., Ankara, 2011.

**ERDOĞAN, Mustafa**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Hukuk y., Ankara, 2018.

**ERDOĞAN, Mustafa**, “Başkanlık Sistemi, Latin Amerika Tecrübesi ve Türkiye”, Özgürlük Araştırmaları Derneği, *Liberal Perspektif Analiz*, S. 3, Aralık 2016.

**ESEN, Selin**, “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu D.*, S. 4, Y. 2016.

**GÖZLER, Kemal**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 23. B., Ekin y., Bursa, 2019.

**GÖZLER, Kemal & KAPLAN, Gürsel**, *İdare Hukuku Dersleri*, 19. B., Ekin y., Bursa, 2017.

**GÜL, Abdulhamit**, “Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, *Yeni Türkiye D.*, Y. 23, S. 94, Mart-Nisan 2017.

**GÜL, Cengiz**, “Çağdaş Başkanlık Modelinde Kişiselleşen İktidar Olgusuna Analitik Bir Yaklaşım”, *İÜHFMD*, C., LXIX, S. 1-2, İstanbul, 2011.

**GÜNDAY, Metin**, *İdare Hukuku*, 11. B., İmaj y., Ankara, 2017.

**GÜNEŞ, Turan**, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF y., Ankara, 1965.

**İBA, Şeref**, *Türk Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

**KAHRAMAN, Mehmet & BALKAN, Ali**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, Vol: 4, Issue: 19, Y. 2018.

**KARATEPE, Şükrü**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Savaş y., Ankara, 2018.

**KARATEPE, Şükrü**, *Sistem Söyleşileri Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Üzerine Röportajlar*, A Kitap Binyıl y., Ankara, 2017.

**KILIÇ, Muammer**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”,  
<http://www.hukukajansi.com/cumhurbaskanligi-kararnamesi-makale,1831.html>, (ET: 10.11.2017).

**KUBALI, Hüseyin Nail**, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul, 1971.

**KUTLU, Mustafa**, *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin y., Ankara, 2001.

**KUZU, Burhan**, *Her Yönü İle Başkanlık Sistemi Yeni Cumhurbaşkanlığı Modelimiz*, BKY-Babıali Kültür y., İstanbul, 2017.

**KUZU, Burhan**, *Anayasa Hukukumuzda Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

**KÜÇÜK, Adnan**, *Anayasa Hukuku*, 3. B., Orion y., Ankara, 2013.

**ÖZAY, İl Han**, *Günüşğında Yönetim*, Alfa y., İstanbul, 1994.

**ÖZBUDUN, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2013.

**ÖZBUDUN, Ergun**, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., Yetkin y., Ankara, 2018.

**ÖZKOL, Adil**, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.*, 26, Ankara, 1969.

**ÖZTÜRK, K. Burak**, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, yetkin y., Ankara, 2009.

**ÖZTÜRK, Kazım**, *1975 Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa*, Bilgi y., Ankara, 1975.

**SEZGİNER, Murat**, “Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türkiye’deki Görünümü”, *SÜHFD, C.*, 3, S. 1, 1990

**SÖYLER, Yasin**, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin y., Ankara, 2018.

**TANIYICI, Şaban & AKGÜN, Birol**, *Amerikan Başkanlığı Cumhuriyetten İmparatorluğa*, Orion y., Ankara, 2008.

**TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2018.

**TAŞDÖĞEN, Salih**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. 65, S. 3, Y. 2016.

**TEZİÇ, Erdoğan**, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014.

**TEZİÇ, Erdoğan**, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

**TEZİÇ, Erdoğan**, “Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri D.*, Y. 1, S. 2, Ağustos 1980.

**TÖGEL, M. Akif**, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı*, Adalet y., Ankara, 2016.

**TUNÇ, Hasan**, *Türk Anayasa Hukuku*, Gazi y., Ankara, 2018.

**ULUSOY, Ali**, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, s. 1-2, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, (ET: 07.02.2019).

**ÜLGEN, Özen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, S. 1, Ocak 2018.

**YANIK, Murat**, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 2. B., Adalet y., İstanbul, 2013.

**YAVUZDUGAN, Seçkin**, “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 3-4, 2004.



YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (*MÜHF-HAD*), C. 23, S. 2, Y. 2017.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta y., İstanbul, 1996.



**HAKEMLİ MAKALE**  
**ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKININ**  
**KOMŞULUK İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN SINIRLARI\***

**Dr.Öğr.Üyesi Buse AKSARAY\*\***

**ÖZ**

Mülkiyet hakkı eşya üzerinde kurulan, sahibine en geniş yetkileri tanıyan aynı haktır ve Roma hukukuna göre bu hakkı kullanan, başkasına zarar vermiş olmaz. Bununla birlikte başkalarının haklarının korunması amacıyla dönemler içinde hakkın kullanımı bakımından çeşitli sınırlamalar kabul edilmiştir. Özel hukuk bakımından bu sınırlamalar komşuluk ilişkileri kapsamında incelenecek, ayrıca taşınmaz lehine irtifak hakları, sulara, ağaçlara, inşaaata ve dumana ilişkin kurallar ve sınırlamalar belirlenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *Roma hukuku, mülkiyet hakkının sınırları, komşuluk, taşınmaz lehine irtifak hakları*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.04.2019  
Kabul Edildiği Tarih: 28.05.2019

\*\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.  
E-Mail: [buseaksaray@aydin.edu.tr](mailto:buseaksaray@aydin.edu.tr)  
ORCID ID: 0000-0002-6606-9946

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**LIMITATIONS ON OWNERSHIP**

**IN TERMS OF NEIGHBOUR RELATIONS IN ROMAN LAW**

**ABSTRACT**

Property right is the real right that ensures the broadest authority upon the property and according to Roman Law, the one who uses this right, would not bring any damage to others. Along with this, several limitations have been accepted in periods regarding usage of the right with the aim of protecting the others rights. In respect of private law, these limitations will be examined in terms of neighbourhood relations, besides predial servitudes will be identified along with the rules and restrictions with regards to water, trees, construction and smoke.

**Key Words:** *Roman law, limitations on ownership, neighbourhood, predial servitudes*

**KISALTMALAR**

aş.	aşağıda
bkz.	bakınız
bs.	basım
C.	Codex
Çev.	Çeviren
D.	Digesta
dn.	dipnot

Ed.	Editör
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mecmuası	
mm	milimetre
M.Ö.	Milattan önce
pr.	principium
s.	sayfa
v.d.	ve devamı
yy.	yüzyıl

## GİRİŞ

Roma hukuku bakımından dönemler içinde ihtiyaca göre içeriği değişen mülkiyet hakkı kavramı, hakkın sınırsızca kullanılacağına benimsendiği dönemlerde bile çeşitli prensiplerle sınırlamalara uğramıştır. Sınırlamalar toplumun ihtiyaçları gereği, kamu hukuku bakımından veya özel hukuk bakımından yapılmıştır. Özel hukuk bakımından yapılan sınırlamalar kapsamında çalışmanın konusu komşuluk hukukundan doğan prensipler çerçevesinde belirlenecektir.

XII Levha Kanunu ile başlayıp Klasik Hukuk Dönemi eserleriyle devam eden mülkiyet hakkının sınırları düzenlemeleri, *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde gelişimini büyük ölçüde tamamlayarak, günümüz hukuk sisteminde var olan komşuluk ilişkileri sebebiyle taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sınırlandırılması düzenlemelerine temel oluşturmuştur.

Komşu taşınmazlar arasındaki zorunlu geçit hakkı uygulaması başta olmak üzere, sayıları zaman içinde artan taşınmaz lehine irtifak hakları bu konu kapsamında öncelikle incelenmelidir. Bunlarla birlikte sular, ağaçlar, yapılacak inşaatlar ve duman konusunda getirilen özel düzenlemeler, sınırlandırmalar, tanınan dava hakları ve *praetor* uygulamasıyla getirilen koruma yöntemleri incelenmesi gereken diğer konulardır.

## I. ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET KAVRAMI VE MÜLKİYET HAKKININ SINIRLARI

### A. Mülkiyet Kavramı

Eşya üzerinde hâkimiyet ve en geniş yetkileri tanıyan ayni hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı ihtiyaçlara yönelik ifade biçimleriyle şekillenmiş ve hakkın hukuki niteliği

belirlenmiştir<sup>1</sup>. Kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi veren mülkiyet hakkı, aynı zamanda hak sahibine başkalarının bu hakka müdahale etmemesini isteme ve hakka konu olan şeyi kullanmalarına engel olma hakkı da vermektedir<sup>2</sup>.

## B. Mülkiyet Hakkının Sınırları

Kendi hakkını kullanan kişinin başkasına zarar vermiş olmayacağı kuralından ve başkasının eşya üzerindeki hakkı ihlal edilmediği sürece kendi eşyası üzerinde istediğini yapabilme gücü tanıyan mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden, menfaatleri doğrultusunda yararlanmak isteyen malikler arasındaki çatışmalar, mutlak ve sınırsız olmayan hakkın zaman içinde özel hukuk bakımından sınırlandırılmasına sebep olmuştur.

Bu bakımdan ilk dönemlerde mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının hukuki değil ahlaki sebeplerle mümkün olacağı görüşü yaygınken, zaman içinde hakkın kullanılmasının zarar doğurmayacağı prensibi yanında mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasını yasaklayan prensibin varlığının kabulü, hukuk düzeninin hakkın sağladığı ekonomik ve sosyal amaçlara aykırı kullanımını korumayacağı düşüncesini doğurmuştur<sup>3</sup>.

---

1 Mülkiyet hakkının Roma hukukuna özgü türleri olan *quiritis* mülkiyeti ve *praetor* mülkiyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Richard Honig, **Roma Hukuku**, Çev.: Şemseddin Talip, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938, s. 315-317; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev.: Ziya Umur, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 245-247; Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Çev.: Kudret Ayiter, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 117 v.d.; Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, 5. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 41 v.d.; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 132 v.d.

2 Koschaker, a.g.e., s. 115.

3 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ziya Umur, **Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 29-32.

Bu gelişmeyle birlikte mülkiyet hakkının sınırsız kullanımı ile genel ve özel menfaatler bakımından zarar doğması hukuk düzeni tarafından korunmaz<sup>4</sup> ve *praetor* uygulamaları ile gelişen farklı hukuk dönemlerinde çeşitli yöntemlerle engellenmeye çalışılmıştır<sup>5</sup>.

Buna bağlı olarak, Eski Hukuk Dönemi'nde XII Levha Kanunu ile ortaya çıkan<sup>6</sup> ve *Iustinianus* Dönemi'ndeki gelişimi ile günümüz hukukuna ilişkin sistemi hazırlayan<sup>7</sup> özel hukuk bakımından mülkiyet hakkının sınırları, komşuluk ilişkileri kapsamında incelendiğinde, bu incelemeye aralarında fiziksel yakınlık olan taşınmaz mallar konu olmakta ve sınırlamalar kamu hukuku sınırlamalarının aksine kişi iradesiyle ortadan kaldırılabilir<sup>8</sup>.

Mülkiyet hakkının yatay ve dikey kapsamı bakımından taşınmaz üzerinde var olan geniş hâkimiyet alanı, mülkiyet hakkı olmayan kişinin hakları ve menfaatleri doğrultusunda hukuk düzeni tarafından sınırlandırılabilir. Bununla birlikte sınırlandırma, hakkı sınırlanan maliki de koruyacak, sadece kendi taşınmazı sınırları içinde kabul edilen yetkisi, taşınmazdan elde edeceği menfaati arttıracak şekilde uygun ölçüde komşu taşınmazlara da yayılabilecektir.

4 Bu noktada zarar ifadesinden, malikin kendi taşınmazı üzerindeki faaliyetleri sebebiyle veya taşınmaz malikinin doğrudan komşu taşınmaza yönelik faaliyetleri sebebiyle komşu taşınmazın olumsuz etkilenmesi anlaşılmalıdır. Klasik Hukuk Dönemi'nde hukuka aykırılık doğurduğu yaygın olarak kabul edilmeyen bu durumlar, *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde açıkça yasaklanan faaliyetler olmuştur.

5 Salvatore Riccobono, "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *İÜHFMD*, Çev.: Ziya Umur, Cilt:22, Sayı:1-4, 1957, s. 384-385.

6 Mülkiyet hakkının mutlak olduğunun kabul edildiği bu dönemde bile hak, çeşitli yarar düşünceleri ile kısıtlanmıştır. Bilgi için bkz.: Karadeniz Çelebican, *a.g.e.*, s. 96.

7 Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları*, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2001, s. 48-49.

8 XII Levha Kanunu, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar bakımından az sayıda düzenleme içermekte ve zamanın koşulları gereği henüz çevreyi korumaya yönelik faktörler bu düzenlemeler bakımından sebep oluşturmamaktadır. Bkz.: İpek Sevda Söğüt, *Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtalar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 240-241.



Bu konuyla ilgili prensiplere hukuk metinlerinde sıklıkla yer verilmiştir. Bunlardan biri, prensibi ve istisnayı genel hatlarıyla şu şekilde düzenlemektedir:

*D. 8. 2. 1. pr. Paulus libro 21 ad edictum*

*“Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi protegendi prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.*

“Eğer iki ev arasında bir kamu arazisi veya kamuya ait bir yol bulunuyorsa bu durum aralarında bir geçit tesisine veya evlerden birini yükseltmeye ait bir irtifaka engel olmaz. Fakat binalardan birinin kirisinin komşunun duvarına dayandırılmasına, bina üzerinde çıkıntı yapılmasına, evlerden birinin suyunun akışının yönünün diğerine verilmesine, dam oluşunun diğer ev üzerinden geçirilmesine engel olur; çünkü arazi üzerindeki hava tabakaları serbest bırakılmalıdır.”

Bu doğrultuda mülkiyet hakkının, sınırları dönemler ve ihtiyaçlar doğrultusunda değişkenlik gösterse de, taşınmazın alt ve üst katmanlarını kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>9</sup>. Bu konudaki sınırlamalar da bu kapsam dikkate alınarak belirlenecektir.

## II. TAŞINMAZ LEHİNE İRTİFAK HAKLARI

### A. Genel Olarak

Roma hukukunun Eski Hukuk Dönemi'nden itibaren malikin komşuluk ilişkileri kapsamında başkasına zarar vermeden ve başkasının

9 Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 1999, s. 419.

mülkiyet hakkının sağladığı yetkilere katlanarak mülkiyet hakkını kullanacağı prensibi kabul edilmiştir. Bu dönemden başlayarak, Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarına kadar geçerli olan taşınmazlar arasında beş ayak<sup>10</sup> boşluk bırakılması zorunluluğu<sup>11</sup>, ekonomik yapıdaki ve nüfus yapısındaki değişimler sebebiyle bloklar ve çok katlı binalar yapılması ihtiyacı doğduğu için<sup>12</sup> uygulanmamaya başlanmıştır<sup>13</sup>. Birbirine bitişik şekilde inşa edilen binalar ya da sınırları çizilen araziler, komşuluk ilişkileri bakımından mülkiyet hakkını ihlâl ettiği oranda yeni düzenlemelere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır<sup>14</sup>.

Bu kapsamda kabul edilen taşınmaz lehine irtifak hakları, önce kırsal alanda daha sonra şehirlerde uygulanmaya başlanmıştır<sup>15</sup>, bu doğrultuda düzenlenen irtifak haklarından en eskisi başkasının taşınmazından geçme ya da su geçirme şeklinde ortaya çıkan geçit hakkı<sup>16</sup> olmuştur<sup>17</sup>.

10 *Pes* adı verilen Roma'ya özgü bu uzunluk ölçü birimi 296 mm'ye eşittir. (Ancient Roman Measures, (Çevrimiçi) [http://www.anistor.gr/history/Roman\\_Units.pdf](http://www.anistor.gr/history/Roman_Units.pdf), 03.02.2019.)

11 Taşınmazlar arasında öngörülen bu sınıra ilişkin dava hakları Klasik Hukuk Dönemi'nde sınıra ilişkin uyumsuzlukları çözmek, sınırları düzeltmek ve sınırı aşan toprak parçalarının kime ait olacağını belirlemek amaçlarıyla açılırdı. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde *actio finium regundorum* adı altında tek bir dava açılması uygulaması kabul edilmiştir. Bu dava ile taraflara kendilerine ait olan kısım verilmiştir. Honig, a.g.e., s. 338; Di Marzo, a.g.e., s. 289; Umur, **Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, s. 90-91. Ayrıca taşınmazlar arasında beş ayak boşluk bırakılması zorunluluğu, tarım ekonomisinin doğurduğu ihtiyaç gereği, komşu taşınmaza zarar vermeden sapan döndürülmesi amacıyla da kabul edilmiştir. Di Marzo, a.g.e., s. 249.

12 Karadeniz Çelebican, a.g.e., s. 98.

13 Tahiroğlu, a.g.e., s. 74.

14 Erdoğan, a.g.e., s. 104.

15 Bu konudaki ayrıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: W. W. Buckland, **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, 3. bs., Cambridge, Cambridge University Press, 1975, s. 261-264; Honig, a.g.e., s. 340; Ferdinand Mackeldey, **Compendium of Modern Civil Law**, New York, Piercy and Reed Printers, 1845, s. 338-339.

16 Bahar Öcal Apaydın, **Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 31.

17 Bundan sonraki süreçte ortaya çıkan geçit hakkı dışındaki irtifak hakları, aşağıda ilgili oldukları alana ilişkin sınırlamalar içinde incelenecektir. Sayılanlar dışında, komşu taşınmazdan maden

İlk dönemlerde tanınan irtifak haklarının, hakkı kullanan kişinin, hakkı tanıyanla birlikte taşınmazın maliki sayılmasına yol açtığı görülmektedir. *Res mancipi* mal olarak mülkiyet hakkı ile aynı usulde devredilen arazi üzerindeki irtifak hakları bu kapsamda kabul edilmektedir. Mülkiyet ve sınırlı aynı hak kavramlarının ayrıldığı süreç içinde ise irtifak hakları, mülkiyet hakkını sınırlayan fakat bölünmesine sebep olmayan haklar olarak tanınmıştır<sup>18</sup>.

Bunlarla birlikte taşınmaz lehine irtifak haklarının kurulabilmesi için, hakkın sürekli bir yarar amacına özgülmesi ve söz konusu taşınmazların hakkın amacına uygun şekilde komşu taşınmazlar olması<sup>19</sup> gerekmektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde içerik ve koşullarının değiştirilebilmesine rağmen tipe bağlılık esasına göre kurulabilen irtifak hakları, *Iustinianus* Dönemi'nde tipe bağlılık prensibinin kaldırılması sebebiyle ilgililerin ihtiyaçlarına göre çeşitli içeriklerde kurulabilmiştir<sup>20</sup>.

İrtifak haklarının mülkiyet hakkını ihlal edecek şekilde gizli hareketlerle hukuka aykırı şekilde kullanılmasının engellenmesi için *praetor* tarafından *interdictum quod vi aut clam* olarak adlandırılan hukuki imkân

---

olarak faydalamp elde edilen toprak, taş gibi maddelerin taşıyıp götürülene kadar komşu arazide ya da bu arazideki binada bırakılması gibi haklar tanıyan çok sayıda farklı irtifak hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte hasat veya meyve toplama zamanı gibi mevsimsel dönemler için geçerli irtifak hakları da bulunmaktadır. Bunlardan bazıları için bkz.: Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 480.

18 Koschaker, a.g.e., s. 117.

19 Bu konuda aranan yakınlık koşulu taşınmazların mutlaka bitişik olması gerektiği anlamına gelmemekte, irtifak hakkından beklenen yararın elde edilmesine yönelik olarak her hak için ayrıca belirlenmektedir. Konuya ilişkin görüşler için bkz.: Öcal Apaydın, a.g.e., s. 117 v.d.

20 Karadeniz Çelebican, a.g.e., s. 247. Ayrıca bu konudaki farklı görüşler hakkında bilgi için bkz.: Öcal Apaydın, a.g.e., s. 138 v.d.

tanınmıştır<sup>21</sup>. Bu kapsamda lehine irtifak hakkı kurulan taşınmazda bulunan komşu, irtifak hakkına katlanmakla yükümlü taşınmazın maliki bulunmasa bile, ilgisine veya taşınmazı devralacak kişiye kullanım durumunu bildirmelidir, aksi halde gizli hareketler sebebiyle söz konusu *interdictum*'a maruz kalmaktaydı<sup>22</sup>. Yasaklanmasına rağmen zorla ve gizlice kişinin kendi taşınmazı dışında bir taşınmazda gerçekleştirdiği çukur kazma, ağaç kesme, su kirletme gibi işlerin durdurulması ve zararın giderilmesi, işin yapılmasından itibaren bir sene içinde<sup>23</sup> bu yolla talep edilebilmiştir<sup>24</sup>.

## B. Zorunlu Geçit Hakkının Ortaya Çıkmasından Önceki Süreç ve Geçit Hakkı Uygulaması

Henüz bitişik şekilde inşa edilen binaların ve sınırları çizilen arazilerin ortaya çıkmadığı süreçte<sup>25</sup> arazileri birbirinden ayıran kısımlara çit konulabilirken, inşaat yapılması veya bir şey ekilmesi yasaklanmıştır<sup>26</sup>. Bununla birlikte bu süreçte bile bazı istisnai durumlarda, zorunlu geçit hakkının tanındığı görülmektedir. Bir başkasının arazisinde gömülü olan

21 Yasaklanması durumunda komşu taşınmaza gübre, çöp atılması zarar vermese bile yine aynı hukuki imkânla engellenmektedir. (D. 43. 24. 22. 3 *Venuleus libro secundo interdictorum*: “Si stercus per fundum meum tuleris, cum id te facere vetuissem, quamquam nihil damni feceris mihi nec fundi mei mutaveris, tamenteneri te quod vi aut clam Trebatius ait. Labeo contra, ne etiamis, qui dumtaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur.”

“Zarar vermesen ve tarlam bozulmasa bile, yasakladığım halde tarlama gübre, çöp atarsan, Trebatius'a göre quod vi aut clam interdictum'u açılır. Labeo, bu durumda interdictum'un tarladan geçene, kağı geçirene veya avlanana karşı da açılması gerekeceği için aksi görüştedir.”

22 Söğüt, a.g.e., s. 136-139.

23 Di Marzo, a.g.e., s. 292.

24 Umur, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), s. 95.

25 Evlerin bitişik şekilde inşa edilmesinin ve bir duvarın iki ev için ortak şekilde kullanılmasının inanç gereği mümkün olmadığı, evin tanrıların kutsal engeli olarak kabul edilen duvarların her ev için ayrıca özgülenmesi ve bu sebeple evler arasında mesafe bırakılması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Fustel De Coulanges, Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Çev.: İsmail Kılınç, Ankara, Epos Yayınları, 2011, s. 65.

26 Tahiroğlu, a.g.e., s. 75.

ölünün mezarına gitmek ve inancın gerektirdiği uygulamaları yapmak üzere malik tarafından *iter ad sepulchrum* olarak adlandırılan<sup>27</sup> zorunlu geçit hakkı tanınması gerektiği kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

Bir diğer zorunluluk sel baskını, toprak kayması, yol bakımı gibi sebeplerle komşu araziden geçilmesinin gerektiği durumlarda ortaya çıkar.

Yol kenarındaki arazi maliklerinin, XII Levha Kanunu'nda düzenlenen yol bakımını yapma zorunluluğuna kendi kusurlarıyla uymamaları durumunda, yolu kullanamayan maliklerin, istedikleri taşınmaz üzerinde geçit hakkını kullanmaları diğer bir zorunlu uygulama olarak ortaya çıkmaktadır.

Taşınmazların bitişik şekilde inşa edildiği süreçle birlikte anayola çıkmak ve anayoldan taşınmaza dönmek için başka yol bulunmadığı süreçte komşu taşınmazdan geçme hakkı sağlayan zorunlu geçit hakkı uygulamasına ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır<sup>29</sup>.

Geçit hakkı sadece başkasının arazisinden yaya olarak veya araçla geçmeyi değil, hayvan, eşya ve su geçirmeyi ve hatta başkasına ait sular

---

27 Di Marzo, a.g.e., s. 247-248.

28 XII Levha Kanunu düzenlemesinden önceki süreçte Roma ailesinin inancı gereği aile üyelerine ait mezar alanlarının büyük önem taşıması ve ölümlerin mezarlıklara değil aileye ait topraklara gömülmesi eski geleneği, ailenin sürekli olarak yerleştiği toprak parçalarına ölümlerini gömmelerine sebep olmuş, bu alanların bulunduğu topraklarda aileye ait mülkiyet hakkı, inanç gereği ailenin bu topraktan ayrılması gerektiği için devredilmemiştir. Mezarın bulunduğu toprağa ilişkin hakkın devri durumunda ise mezara ulaşmak ve inanca ilişkin ayinleri yerine getirmek için topraktan geçme hakkı tanınmıştır. XII Levha Kanunu'na konu olan bu durum, D. 47. 12. 5. pr.'de arazi sahiplerinin arazilerine mezar diktikleri durumda, araziyi satın devrettiklerinde bile mezar alanına ulaşmak için geçit hakkı olduğu şeklinde yer almıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: De Coulanges, a.g.e., s. 67.

29 Karadeniz Çelebican, a.g.e., s. 99.

üzerinden geçmeyi de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>30</sup>. Yaya olarak veya hayvanla geçme veya malzeme geçirme hakkının düz yerlerde sekiz ayak, dönemeçli yerlerde on altı ayak mesafe içinden yapılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>31</sup>. Başkasının arazisinden geçme ya da su geçirme şeklinde ortaya çıkan bu geçit irtifakları M.Ö. 2 yy. ile M.Ö. 1. yy. arasında *praetor*'ların tanıdıkları *interdictum*'lar yoluyla korunmuştur<sup>32</sup>.

### III. SULAR İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

#### A. Genel Olarak

Mülkiyet hakkının sınırları bakımından sular ile ilgili düzenlemeler birden fazla alanda yapılmıştır. Doğal yollarla ortaya çıkan yağmur suları ile ilgili özel düzenlemeler bulunduğu gibi, taşınmazların içinde kullanılan suların komşu taşınmazlara zarar vermesi durumuna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

Yukarıdaki taşınmazdan aşağıya dökülen ve atılan sular için aşağıdaki taşınmaz malikinin dava hakkı olup olmadığı çeşitli görüşlerle açıklanmıştır. Bunlardan çıkan sonuç taşınmazın kullanım amacına uygun ve makul ölçüyü aşmayan oranda su dökülmesi aşağıdaki taşınmaz malikine dava hakkı vermez. Bunun ötesindeki eylemler ise hukuka aykırı kabul edilecektir<sup>33</sup>.

Kişinin hukuka uygun şekilde kendi taşınmazında biriken suyu kullanması, herhangi bir tesisat yapmaksızın komşu taşınmazdan kendi taşınmazına su akıtması, kendi taşınmazını kazarken komşu taşınmazın

30 Honig, a.g.e., s. 342; Di Marzo, a.g.e., s. 307-308; Erdoğan, a.g.e., s. 107. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mackeldey, a.g.e., s. 343-344; Öcal Apaydın, a.g.e., s. 36, 39-40, 134-136.

31 Umur, Roma Hukuku Ders Notları, s. 480.

32 Öcal Apaydın, a.g.e., s. 46 vd. Ayrıca irtifak hakkı ile, başkasının taşınmazında herhangi bir faaliyet gerçekleştirme amacı olmadan taşınmazdan yarar sağlanması söz konusuysa maddi eşya gibi algılanan köy irtifaklarının aksine bu hak için *interdictum* koruması öngörülmediğine ilişkin bilgi için bkz.: Öcal Apaydın, a.g.e., s. 54-55.

33 İlgili metin için bkz.: a.g. s. 23.

kaynağını kendi taşınmazına akıtması zarar verme niyetiyle yapılmadığı sürece zarara ilişkin talep hakkı vermeyecektir<sup>34</sup>.

*Digesta* düzenlemesinde komşunun su kaynağına suyu kirletmek amacıyla bir şey döküldüğünde *praetor* tarafından tanınan *interdictum quod vi aut clam* ile hukuka aykırılığın giderilebileceği belirtilmiştir.

*D. 43. 24. n. pr. Ulpianus libro 71 ad edictum: "Is qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo interdicto quod vi aut clam eum teneri: portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset."*

"*Labeo*, komşunun su kaynağına suya zarar verme amacıyla bir şey dökmüş olan kimsenin *interdictum quod vi aut clam* ile sorumlu tutulduğunu söyler. Eğer suyla ilgili yapılan bir şey varsa, akan su arazinin bir parçası olarak kabul edilir."

Ayrıca kendi taşınmazına komşu taşınmazdan bütün yıl akan suyun varlığı durumunda su çeken kişinin, su çekmek için gerekli onarım ve temizliği yapmak isteyen kişinin engellenmemesi gerektiği *praetor* tarafından belirtilmiş ve koruma sağlanmıştır<sup>35</sup>.

Bu değerlendirmeler yapılırken yaygın olarak dikkate alınan görüşler, mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından mutlak olan bu hakka ilişkin istisnaların özellikle sularla ilgili konularda olması gerektiği yönündedir. Kullanılması kaçınılmaz olan ve varlığı yaşamın devamı için zorunlu olan suyun, düzenli olarak paylaşılması da mümkün olmadığından mülkiyet

34 Riccobono, a.g.e., s. 369.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Andreas Wacke, "Protection of the Environment in Roman Law", *Roman Legal Tradition*, Volume 1, 2002, (Çevrimiçi) <http://romanlegaltradition.org/>, s. 11-12; Söğüt, a.g.e., s. 144 v.d.

hakkının sınırlandırılması bakımından özel bir istisna olarak kabulü düşünülmüştür<sup>36</sup>.

Bunlarla birlikte söz konusu hakların ve benzerlerinin kullanılması irtifak hakkı kurulması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda irtifak haklarının kurulması, yararlanacak taşınmaz malikinin somut olaya göre belirli bir bedel ödemesi karşılığında mümkündür<sup>37</sup>.

### B. Yağmur Sularını Uzaklaştırma Davası (Actio Aquae Pluviae Arcendae)

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan biri yüksekte bulunan taşınmaz malikinin çeşitli kazılar, çukurlar ve setler yapması gibi bazı sebeplerle akışı değişen yağmur sularının<sup>38</sup>, aşağıda bulunan taşınmaza zarar vermesi halinde açılacak bir davanın XII Levha Kanunu ile tanımlanmış olmasıdır. *Actio aquae pluviae arcendae* isimli bu dava aynı zamanda, aşağıdaki taşınmaz malikinin, yağmur sularının uygun şekilde kendi taşınmazına akmasını engellemesi sebebiyle, yukarıdaki taşınmaza zarar gelmesi halinde de açılmaktadır<sup>39</sup>. Bu hukuka aykırılığın ortaya çıkması için aranan şart, söz konusu eylemlerin insan tarafından<sup>40</sup> ve zarar verme amacıyla yapılmış olmasıdır<sup>41</sup>.

36 Konuya ilişkin bilgi ve görüşler için bkz.: Riccobono, a.g.e., s. 354.

37 Marguerite Ronin, "Sharing Water in Roman Countryside: Environmental Issues, Economic Interests and Legal Solutions", *Water Management in Ancient Civilizations*, Ed.: Jonas Berking, Berlin, Edition Topoi, 2018, s. 109.

38 Yağmur suyu ifadesinden gökyüzünden inen ve yağmur ile çoğalan suyun anlaşılması gerektiği konusunda bilgi için bkz.: Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1968, s. 156-157. Ayrıca yağmur sularının daha sonra başka sularla karışsa bile bu kapsamda kabul edileceğine ilişkin bilgi için bkz.: Wicke, a.g.e., s. 9.

39 George Long, "Aquaе Pluviae Arcendae Actio", *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Ed.: William Smith, London, John Murray, 1875, s. 115-116.

40 Zarar verecek eylemin insan tarafından yapılması şartı davanın ortaya çıktığı XII Levha Kanunu zamanında var olan bir şart değildi. Bu durum davanın gelişim aşamalarından sonra dava şartı



Buna rağmen suyun akışını komşu taşınmaza zarar verecek şekilde değiştiren kişiye, kendi zararını önlemek veya araziyi ekim için hazırlamak üzere hareket etmişse dava açılmayacağı *Digesta*'da düzenlenmiştir.

*D. 39. 3. 2. 9. Paulus libro 49 ad edictum: "Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, aqi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed nesibi noceat."*

"Yine *Labeo* kişinin kendi taşınmazına gelen suyun akışını, yağmur suyunun taşınmaza zarar vererek akmasına engel olmak amacıyla değiştirmesi ile komşu taşınmaza zarar gelirse bu kişiye karşı *actio aquae pulviae arcendae* açılmayacağını söylemektedir. Bu görüş, eylemin zarar vermek amacıyla değil kendine gelecek zararı önlemek amacıyla yapıldığı öngörülürse yerindedir."

*D. 39. 3. 1. 15 Ulpianus libro 53 ad edictum: "In summa puto ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia vel quae pluvia crescit noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit."*

"Kısaca, eğer yağmur suyu ya da yağmur suyu ile karışan su, toprağı ekme amacıyla yapılanlar dışında doğal olmayan yollarla zarar veriyorsa, *actio aquae pulviae arcendae*'nin açılabileceğini düşünüyorum."

---

olarak kabul edilmiştir. Bilgi için bkz.: Söğüt, a.g.e., s. 165-166. Ayrıca suyun akışını etkileyen doğal oluşumların da dava konusu yapılabileceğine yönelik farklı görüşlerin olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: Watson, a.g.e., s. 161 v.d.

41 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Riccobono, a.g.e., s. 369-370.

Yine *Digesta* düzenlemesine göre suyun kuvveti sebebiyle yağmur sularının zarar vermesini engelleyen ve komşu taşınmazda bulunan doğal bir setin ya da yapılma zamanı veya yapan kişinin bilinmediği bir setin yıkılması durumunda komşunun setin yeniden inşasına veya inşaaya izin vermesine bu dava ile zorlanamayacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin yer aldığı metinde bulunan başka bir görüşe göre ise insanlar tarafından inşa edilen setlerin yeniden yapılmasına ve bunun için taşınmaza girilmesine izin verilmesi gerektiği hakkaniyet gereği uygun bulunmuştur<sup>42</sup>.

Yine *Digesta*'da, mevcut irtifak hakkına dayanarak söz konusu eylemleri gerçekleştiren kişiye bu davanın açılmayacağı kabul edilmiştir<sup>43</sup>.

Suyun akışını değiştiren yapıların mevcut malik dışında biri tarafından yapılmış olması durumunda malikin, zararı giderme yükümlülüğünden kurtulmak için taşınmazına girilerek durumun eski hale getirilmesine izin vermesi mümkündür<sup>44</sup>.

Yağmur sularının zarar vermesi hali dışında istisnai olarak düzenlenen özel bir durumda da bu davanın açılabileceği çoğunluk tarafından kabul edilmiştir<sup>45</sup>. İlgili *Digesta* metni düzenlemesine göre kuru temizleme dükkânından komşunun taşınmazına su akıtan kişinin suyu kanala akıtması ya da kirli su akıtması söz konusuysa bu dava açılabilmektedir<sup>46</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde dava, zararın giderilmesiyle birlikte zarar tehlikesi varsa gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik olarak da

---

42 Riccobono, a.g.e., s. 374-376.

43 Watson, a.g.e., s. 173.

44 Umur, *Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, s. 94.

45 Bilgi ve görüşler için bkz.: Söğüt, a.g.e., s. 281 v.d.

46 Ayrıca su geçirmeye yönelik irtifak hakkının korunmasının da bu dava yoluyla olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: Öcal Apaydın, a.g.e., s. 35.

açılabilir<sup>47</sup>. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde ise aşağıdaki taşınmazın yağmur sularından faydalanmasını engelleyen hallerde de açılmaya başlanmış ve uygulama alanı genişletilmiştir<sup>48</sup>.

### C. Ortak Duvarların Nemlenmesi

Komşu taşınmazın duvarları çeşitli sebeplerle neme maruz kalarak zarar gördüğünde doğacak hukuki sonuçlarla ilgili metinler *Digesta*'da yer almaktadır.

*D. 8. 5. 17. 2. Alfenus libro secundo digestorum: "Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare."*

"Eğer komşu duvara duvarı nemlendiren gübreler yığılmışsa onların nasıl kaldırılacağı soruluyor. Şu şekilde cevap veriyorum: Eğer gübre kamuya ait bir yere yığılmışsa komşu *interdictum* ile kaldırmaya zorlanabilir, eğer özel mülkiyete tabi bir yere yığılmışsa bunun için irtifak hakkının olması gerekir, eğer meydana gelebilecek zararı tazmin etmeyi *stipulatio* ile taahhüt etmişse bundan doğan zararının tazminini ister."

Bu düzenlemeye göre taşınmaz duvarının, komşu tarafından duvara yığılan gübre sebebiyle nemlenmesi durumunda, zararın irtifak hakkına

<sup>47</sup> Tahiroğlu, a.g.e., s. 81.

<sup>48</sup> Bu dönemde ülkenin sınırlarının genişlemesi ile birlikte yeni coğrafi bölgelerde tarım ve sulama konusunda farklı ihtiyaçların ortaya çıkmasının, davanın içeriğini etkilemesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 456-457; Tahiroğlu, a.g.e., s. 81-82; Ronin, a.g.e., s. 113.

dayanılarak<sup>49</sup> ya da zarar verenin *stipulatio* yoluyla zararın giderileceğini sözlü olarak taahhüt etmiş olması durumunda istenebileceği belirtilmiştir. Burada bahsedilen taahhüt, *cautio damni infecti* olarak adlandırılan zararın giderileceğine yönelik teminattır<sup>50</sup>. Mevcut yasal düzenlemelerin yetersizliği sebebiyle *praetor* tarafından çıkarılan bir beyanname ile kabul edilen bu teminat, belirli bir süre boyunca doğacak zararlar bakımından zarar görene dava açma hakkı vermektedir<sup>51</sup>.

Bu konuda *Digesta*'da benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

*D. 8. 2. 19. pr. Paulus libro sexto ad Sabinum: "Fistulam iunctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex caelo aquam capit, non iure haberi proculus ait: sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balineum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. sed neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut adsiduum umorem habeat et id noceat vicino, posse prohiberi eum."*

"*Proculus* komşunun ortak duvara yağmur suyunu akıtmak veya çeşmeden gelen suyu geçirmek için boru dayayamayacağını söylemektedir. Fakat duvarı nemlendirmesine ve yemek odasında veya yatak odasında kullanıldandan daha fazla su kullanılmasına rağmen, komşunun ortak duvar boyunca hamam yapmasına engel olunamaz. Bununla birlikte *Neratius*, eğer hamam devamlı şekilde nem yapıyorsa ve bu komşuya zarar veriyorsa engel olunabileceğini söylemektedir."

Bu düzenleme yağmur suyu veya çeşme suyu gibi suların geçmesi için kullanılacak boruların duvardan geçmesi sonucu neme sebep olması

49 Bu konudaki irtifak hakkı için bkz: aş. s. 15.

50 İnşaat yapımı konusundaki benzer uygulama için bkz.: aş. s. 18.

51 Özlem Söğütlü Erişgin, "Roma Hukukunda *Cautio Damni Infecti*", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 821.

durumunda, komşu taşınmaz malikinin buna engel olabileceğini belirtmektedir. Buna rağmen, ortak duvarın olduğu yere hamam yapılması, su kullanımını normal kullanımın ötesinde aşırı nemlenmeye sebep olmadığı sürece hukuka aykırılık oluşturmaz. Önemli olan normal kullanımın ötesinde olağandışı kullanım ile zarar verilmemiş olmasıdır. Bu noktada hukuka aykırılığın tespiti somut olaya uygun olacak şekilde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılmalıdır<sup>52</sup>.

## D. Sulara İlişkin İrtifak Hakları

### 1. Servitus Aquae Ducendae

Komşu taşınmaza ya da taşınmazdan su geçirmek için tanınan irtifak hakkı *servitus aquae ducendae* adını almaktadır. Bu irtifak hakkı hak sahibine, zarar vermemek şartı ile komşu taşınmazın altından ya da üzerinden borularla ve tek bir yöne doğru su geçirme hakkı verir. Bununla birlikte bu hakla suların taş oluklardan geçirilmesine izin verilmez<sup>53</sup>.

Ayrıca söz konusu hak, suyun hangi mevsimde veya günün hangi saatinde, ne kadar sürelerle geçirileceğine ilişkin detayları da içerebilmektedir<sup>54</sup>.

### 2. Servitus Aquae Hauriendae ve Servitus Pecoris ad Aquam Appulsus

Komşu taşınmazın kaynağından ya da kuyusundan su çekme hakkı tanıyan irtifak hakkı *servitus aquae hauriendae* adını almaktadır. Bu hakkın

<sup>52</sup> Bu konudaki doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, görüşler ve gelişimleri hakkında bilgi için bkz.: Söğüt, a.g.e., s. 244 v.d.

<sup>53</sup> Mackeldey, a.g.e., s. 345.

<sup>54</sup> Ronin, a.g.e., s. 109. Ayrıca mevsimlere göre suyun geçirilmesine ve kullanılmasına yönelik irtifak hakları için bkz.: Mackeldey, a.g.e., s. 345.

varlığı için aynı zamanda geçit hakkının da bulunması gerektiği kabul edilmiştir<sup>55</sup>.

Buna benzeyen bir diğer irtifak hakkı, hak sahibine komşu taşınmazda hayvanlarını sulama hakkı veren *servitus pecoris ad aquam appulsus* adlı irtifak hakkıdır<sup>56</sup>.

### 3. Servitus Stillicidii ve Servitus Fluminis

Komşu taşınmaza saçaklardan fazla suyun veya oluklardan yağmur sularının akmasına izin veren irtifak hakları *servitus stillicidii* ve *servitus fluminis*, aynı zamanda belirli miktarda suyun temizlik ve sulama için komşu taşınmazdan kendi taşınmazına akmasını talep etme hakkı vermektedir<sup>57</sup>.

### 4. Servitus Cloacae Mittendae

Komşu taşınmazda ya da taşınmazdan geçecek şekilde kanalizasyon kanalı inşa edilmesine ve böylece taşınmaza ait kanalizasyonun kamuya ait kanalizasyon kanalına bağlanmasına imkân tanıyan irtifak hakkı *servitus cloacae mittendae* adını almaktadır<sup>58</sup>. Bu irtifak hakkı aynı zamanda kanalın temizlenmesine ve onarılmasına engel olunmaması bakımından da koruma sağlamaktadır<sup>59</sup>.

---

55 Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 480.

56 Honig, *a.g.e.*, s. 342.

57 Mackeldey, *a.g.e.*, s. 342.

58 *D. 8. 1. 7. Ulpianus libro 13 ad legem Iuliam et Papiam: "Ius cloacae mittendae servitus est."*  
"Kanalizasyon kanalı inşa etme hakkı bir irtifak hakkıdır."

59 Watson, *a.g.e.*, s. 198.

## 5. Servitus Sterculinii

Komşu taşınmazla olan ortak duvara neme sebep olacak gübre yığma konusunda imkân tanıyan irtifak hakkına *servitus sterculinii* adı verilmektedir<sup>60</sup>.

## IV. AĞAÇLAR İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

### A. Genel Olarak

Taşınmazların sınırlarında bulunan ağaçların diğer taşınmaza geçmesi durumunda getirilen düzenlemeler komşuluk ilişkileri bakımından mülkiyet hakkının sınırlarından birini oluşturur. Bu durumda ağacın dalları, gövdesi veya kökleri diğer taşınmaza geçerek kullanımına ya da taşınmazdan beklenen faydanın elde edilmesine engel olmaktadır.

Bu noktada taşınmaz sınırlarına dikilecek ağaçlarla ilgili kurallar *Digesta*'da belirlenmiş, sınırlara dikilecek zeytin ve incir ağaçları için ağaç ile komşu taşınmaz arasında dokuz ayak, diğer ağaçlar için ise beş ayak mesafe bırakılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>61</sup>.

Bununla birlikte ağaçlarda bulunan meyvelerin komşu taşınmaza düşmesi durumunda uygulanacak kurallar da mülkiyet hakkını sınırlayan sebepler içinde kabul edilir.

### B. Ağaçları Kesme Davası (Actio de Arboribus Caedendis)

Ağaçlarla ilgili sınırlar çerçevesinde XII Levha Kanunu düzenlemesine göre topraktan on beş ayak yüksekliğe kadar olan dalların komşu taşınmaza

60 Sularla ilgili bu irtifak haklarına ihtiyaç duyulmasına sebep olan yerleşim ve yaşayış düzenine, daha sonraki süreçte ise ihtiyacın artmasına sebep olan çevresel ve ekonomik faktörlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Ronin, a.g.e., s. 110-112.

61 D. 10. 1. 13 *Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum* tam metni için bkz.: a.g. s. 19.

geçişine izin verilmişken, daha alçak olan dalların kaldırılması talep edilebilmektedir. Bu dallar kaldırılmadığında komşu taşınmaz malikine dalları keserek elde edilen odunun maliki olma hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde rüzgârın gücüyle komşu taşınmaza geçen ağaçlar için ağacın kaldırılmasını komşu taşınmaz malikinden talep etme imkânı da *Digesta*'da bu şekilde kabul edilmiştir.

*“D. 43. 27. 2 Pomponius libro 34 ad Sabinum: “Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere.”*

“Komşunun arazisindeki ağaç rüzgâr nedeniyle senin arazine girerse, ağacı bu şekilde tutma hakkı olmadığından, XII Levha Kanunu'nun da ön gördüğü şekilde kaldırılması için dava açabilirsin.”

*Actio de arboribus caedendis* isimli dava ile korunan bu haklar, konuya ilişkin *praetor*'un kabul ettiği *interdictum*'lar yoluyla sonraki dönemlerde genişletilmiştir<sup>62</sup>.

Bu değişikliklerin yansıdığı *Digesta* metinleri, ağaç dallarının sarktığı taşınmazların arazi ya da bina olması durumunda farklı düzenlemelere yer verildiğini göstermektedir. Araziye sarkan dalların on beş ayak yüksekliğe kadar kesilmesi talep edilebilirken binaya sarkan dalların varlığı durumunda tüm ağacın kesilmesi talep edilebilmektedir.

*D. 43. 27. 1. 9 Ulpianus libro 71 ad edictum: “Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri.”*

---

62 Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 423.



“*Interdictum*’un belirttiği iki durum arasındaki fark şudur: Eğer ağaç binaya sarkıyorsa kesilmelidir, araziye sarkıyorsa yerden on beş ayak yüksekliğe kadar kesilir.”

İlk İmparatorluk Dönemi’nde konuya ilişkin bir diğer genişleme ağaç kökleri ile ilgili olmuştur. Ağaç köklerinin komşu taşınmazın temeline zarar vermesi durumunda malikin kökleri kesme izninin var olup olmadığı tartışılmış, komşuların birbirlerinin haklarını gözeterek karşılıklı anlayış içinde ve hakkaniyete uygun davranmaları gerektiği kabul edilmiştir<sup>63</sup>.

### C. Meyveleri Toplama Davası (Actio de Glande Legenda)

XII Levha Kanunu düzenlemesine göre ağaçtan komşu taşınmaza düşen meyveler, ağaç maliki tarafından komşu taşınmaza girilmek suretiyle toplanabilmektedir ve taşınmaz maliki bu duruma izin vermek zorundadır<sup>64</sup>. Meyvelerin toplanması sırasında komşu taşınmaza zarar verilmeyeceğine yönelik *cautio damni infecti* adı verilen teminat gösterilmesi gerektiği de kabul edilmiştir<sup>65</sup>.

*D. 43. 28. 1. pr. Ulpianus libro 71 ad edictum: “Ait praetor: “Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto”.*

“*Praetor* der ki: “Komşunun arazisinden seninkine düşen palamutların üç gün içinde toplanmasına ve götürülmesine karşı koyulmasını yasaklıyorum.”

63 Tahiroğlu, a.g.e., s. 86-87.

64 Buna benzer bir düzenleme D. 10. 4. 15’te yer almakta, kişi başkasına ait taşınmaza gömülü hazinesini almak için zarar vermemek kaydıyla taşınmaza girme ve taşınmazı kazma talebini hakkaniyet gereği ileri sürebilmektedir.

65 Umur, Roma Hukuku Ders Notları, s. 423.

*D. 43. 28. 1. 1. Ulpianus libro 71 ad edictum: "Glandis nomine omnes fructus continentur."*

"Palamut ismi ile bütün meyveler ifade edilmektedir."

şeklindeki düzenlemelerle bütün meyveleri kapsadığı belirtilen ve komşu taşınmaza düşen meyvelerin üç gün içinde toplanmasına izin verilmesini amaçlayan bu hak *actio de glande legenda* isimli dava ile korunmuş, uygulaması *praetor*'un kabul ettiği *interdictum*'lar yoluyla sonraki dönemlerde genişletilmiştir. Bu kapsamda *praetor*, on beş ayaktan yüksek olan dallardan düşen meyvelerin toplanması için taşınmaza girilmesine engel olunmasını yasaklamıştır<sup>66</sup>.

## V. İNŞAAT İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

### A. Genel Olarak

Taşınmazlar üzerinde yapılan inşaat işleri sebebiyle ortaya çıkan sonuçlar bakımından mülkiyet hakkını sınırlayan düzenlemeler bulunmaktadır. XII Levha Kanunu'ndan itibaren başlayan süreçle dönemler boyunca hukuki boyutuyla konuya düzenlemelerde yer verilmiştir<sup>67</sup>.

Bu kapsamında yıkım ve kazı benzeri inşaat işleri sebebiyle komşu taşınmaza zarar verme olasılığının bulunduğu durumlarda inşaat işini gerçekleştiren malik, diğer taşınmazın malikine doğacak zararını gidereceğine ilişkin teminat vermek zorundadır. *Cautio damni infecti* adı verilen bu teminatla kusur sebebiyle doğan zararın giderileceği önceden taahhüt edilmiş olmaktadır<sup>68</sup>. Teminat vermekten kaçınma durumunda zarar görme olasılığı bulunan taşınmaz malikine zarar verecek taşınmaz üzerinde *praetor* tarafından *detentio* verildiği, belirli bir zaman içinde mevcut durum

66 Tahiroğlu, a.g.e., s. 88.

67 Genel hatlarıyla düzenlemeler için bkz.: Di Marzo, a.g.e., s. 248.

68 Honig, a.g.e., s. 338.

sona ermezse *detentio* yerine zilyetlik verildiği ve bu zilyetliğin zamanaşımı ile iktisaba yol açabileceği bilinmektedir<sup>69</sup>. Bu durum mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının da ötesinde kaybına dahi yol açabilmektedir<sup>70</sup>.

Bununla birlikte benzer sebeplerle aynı hakkın ihlali tehlikesi doğduğunda sebebin ortadan kaldırılması için zarar görme tehlikesi bulunan kişinin *operis novi nuntiatio* adı verilen ihtar etme ve yapılanın yıkılmasını talep etme hakkı kabul edilmiştir<sup>71</sup>. Bu durumda yapımına yeni başlanmış inşaatın zarar verme olasılığına teminat olması bakımından durdurulması söz konusudur ve uygulanması için sıradan bir tadilat işi değil mevcut durumu değiştiren, acil bir tehlikeyi engellemek için yapılmayan yeni bir inşaat işi olması gerekmektedir<sup>72</sup>.

Henüz XII Levha Kanunu zamanında taşınmazların sınırları konusunda çıkan anlaşmazlıklara yönelik tespit davası açılabileceği düzenlenmiştir<sup>73</sup>.

*D. 10. 1. 13 Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum: “Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam athenis solonem dicitur tulisse: nam illic ita est: Si quis maceriem iuxta praedium alienum aedidicet, finem, ne excedito: si murum, pedes intervallum esto: si aedes, pedum duorum. Si sepulchrum vel scrobem fodiat, quanta altitudo est, tantum intervallum esto: si*

69 Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, s. 455.

70 Teminata ilişkin düzenlemenin ortaya çıkışı ile ilgili süreçte Roma'nın değişen toplumsal yapısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Söğütü Erişgin, *a.g.e.*, s. 811-812.

71 Honig, *a.g.e.*, s. 338.

72 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Di Marzo, *a.g.e.*, s. 289-290; Umur, *Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynı Haklar)*, s. 91-92.

73 Erdoğmuş, *a.g.e.*, s. 55.

*puteum, ulnae. Oleam autem et ficum novem pedes ab alieno serito, reliquas arbores quinque pedes.”*

“Sınırların belirlenmesi davasında *Solon*’un aynı konuda *Atina*’da uygulanan kanunundan alınan şu kural hatırlanmalıdır: Eğer bir kimse komşunun arazisinin yanına bir çit yaparsa iki araziyi ayıran sınırları geçmemelidir, eğer arazisini duvarla çevirirse bir ayak, bir bina inşa ederse iki ayak, bir çukur kazarsa kazılan yerin derinliği kadar, bir kuyu kazarsa bir kulaç, bir zeytin veya incir ağacı dikerse dokuz, diğer ağaçlar için beş ayak mesafe bırakmalıdır.”

Bu *Digesta* düzenlemesine göre ise, taşınmaz sınırında yapılacak inşaat işleri için mesafelere yönelik kurallar belirlenmiştir. İnşa edilecek taş duvarların taşınmaz sınırını aşamayacağı, daha büyük duvarlar için duvar ile taşınmaz arasında bir ayak, inşa edilen bina için iki ayak, sınıra çukur kazılacaksa çukurun derinliği kadar, kuyu açılacaksa bir kulaç<sup>74</sup> mesafe bırakılması gerektiği belirtilmiştir.

İnşaat ile komşu taşınmazın hava ve ışık almasını engellemek *Digesta* düzenlemesi ile hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bunun için değerlendirme taşınmazda oturanların gün içinde yeteri kadar ışık görebilmelerine göre yapılacaktır<sup>75</sup>. Makul seviyeyi aşan engellemeler mülkiyet hakkı kullanımının sınırlarını aşmaktadır<sup>76</sup>.

Ayrıca inşaat sebebiyle beklenen menfaatin sağlanamadığı durumlarda hukuka aykırılığın doğduğunun kabul edildiği düzenlemeler bulunmaktadır.

74 *Ulna* adı verilen Roma’ya özgü bu uzunluk ölçü birimi yaklaşık dört ayak uzunluğundadır. (Ancient Roman Measures, (Çevrimiçi) [http://www.anistor.gr/history/Roman\\_Units.pdf](http://www.anistor.gr/history/Roman_Units.pdf), 12.03.2019.)

75 Riccobono, a.g.e., s. 378.

76 Di Marzo, a.g.e., s. 251.

Bunlarla birlikte taşınmaz lehine kurulan irtifak hakları içinde inşaat ile ilgili olup mülkiyet hakkını sınırlayan türler bulunmaktadır.

## B. Taşkın İnşaat

Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren taşınmaz duvarının komşu taşınmaz sınırlarına yarım ayaktan fazla olmamak kaydıyla taşması durumunda, komşu taşınmaz malikinin bu duruma katlanması gerektiği ve bu sebeple zararın giderilmesini talep edemeyeceği *Digesta* düzenlemesinden anlaşılmaktadır.

*D. 8. 5. 17. pr. Alfenus libro secundo digestorum: "Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportetius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se."*

"Eğer iki ev arasındaki ortak duvar komşunun evine yarım ayak veya daha fazla çıkıntı yapıyorsa komşu, iradesine aykırı olarak duvarın evine doğru taşması için bir hakkın olmadığını iddia etmek konusunda dava hakkına sahiptir."

Düzenlemeye göre komşu taşınmazın duvarının yarım ayaktan fazla şekilde taşkın inşaatına sebep olması hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Bunun dışında inşaat sebebi ile taşınmazla birleşen şeylerin üstün arza tabi olması prensibine dayanılarak taşınmaz malikinin mülkiyetine geçeceği kabul edilmiştir<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Kural ve hakkaniyet gereği iyiniyetli kişinin zararının giderilmesini talep etmesi veya şeyi söktüp alabilmesi yönündeki uygulama hakkında bilgi için bkz.: Riccobono, a.g.e., s. 362.

### C. Komşu Taşınmazın Rüzgârını Engelleyen İnşaat

*Iustinianus* Dönemi'nde kabul edilen emirnameye göre<sup>78</sup>, komşunun harman yerinde ekinleri ve samanları ayırması için gereken rüzgârı kesen inşaat ve benzerlerinin yapılması yasaklanmıştır. Bu sebeple kişinin kendi taşınmazı üzerinde yapacağı inşaat için komşu taşınmaz maliki lehine sınırlama konulmuş olmaktadır.

### D. İnşaata İlişkin İrtifak Hakları

#### 1. Servitus Oneris Ferendi

*Servitus oneris ferendi*, taşınmaz malikinin inşaatını komşu taşınmazla yaslama hakkı veren şehir irtifakı olup yükümlü taşınmaz malikine taşınmazın dayandığı kısmı iyi şekilde muhafaza etme zorunluluğu yüklemektedir<sup>79</sup>. Bu şekilde ortaya çıkan irtifak hakkı yüklü taşınmaz

---

78 C. 3. 34. 14. 1. *Imperator Justinianus: "Cum autem apertissimi iuris est fructus aridos conculcatione quae in area fit suam naturam et utilitatem ostendere, aliquis vicinum suum vetabat ita aedificium extollere iuxta suam aream, ut ventus excluderetur et paleae ex huiusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent, quasi vento suam vim per omnem locum inferre ex huiusmodi aedificatione vetito, cum secundum regionis situm et auxilium venti aream accedit. sancimus itaque nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat."*

"Komşunun, kuru tahılın ezildiği ve bu yolla fayda ve yararının güvence altına alınabileceği başkasına ait harman yerinin karşısına, bina inşa etmesini yasaklayan hukuk kuralıdır; böyle bir binanın inşası ile rüzgâr engellenir ve sonuç olarak saman tahıldan ayrılamaz, söz konusu bina tarafından engellenen rüzgârın her yere kuvvet uygulaması ve konumu sebebiyle harman yeri için hiçbir avantajı olmayacaktır. Bundan dolayı hiç kimsenin herhangi bir ev inşa etmesine de, rüzgârın yukarıda belirtilen amaç için uygun ve yeterli bir şekilde kullanılmasını önlemek için başka bir şey yapılmasına da izin verilmeyeceğine ve böylece harman yerini sahibi için yararsız ve tahıl ayrılması için kullanılamaz hale getirmeyeceğine karar veriyoruz."

79 Erdoğan, a.g.e., s. 105.

malikinin sadece katlanma yükümlülüğünü değil, aynı zamanda iyi şekilde muhafaza etme şeklinde ortaya çıkan aktif yükümlülüğünü de doğurur<sup>80</sup>.

## 2. Servitus Tigni Immittendi

*Servitus tigni immittendi*, komşu taşınmazın duvarının yürüyüş yolu oluşturmak veya bina güvenliğini arttırmak gibi amaçlarla kirişle kaplanmasına, taşınmazın kirişlerinin komşu taşınmazın duvarına dayanmasına<sup>81</sup> yönelik hak tanıyan bir irtifak hakkıdır. Kirişler ihtiyaç halinde lehine irtifak hakkı kurulan taşınmaz maliki tarafından değiştirilebilir; fakat sayılarının arttırılamayacağı kabul edilmiştir<sup>82</sup>.

Bu irtifak hakkının iki taşınmaz arasında kamu arazileri ve yolları bulunuyorsa bile kurulabileceği, söz konusu bölgelerin ve üzerindeki hava sahasının boş kalmasını engellememesi sebebiyle, kabul edilmiştir<sup>83</sup>.

## 3. Servitus Prociendi ve Servitus Protegendi

Lehine irtifak hakkı kurulan taşınmaz malikin, diğer taşınmazın hava boşluklarından faydalanarak balkon, veranda, koridor benzeri alanlar inşa etmesine imkân tanıyan irtifak hakkı *servitus prociendi* ve taşınmaza kulübe benzeri yükümlü alan, çatı eklenmesine imkân tanıyan irtifak hakkı *servitus protegendi* olarak adlandırılır<sup>84</sup>.

---

80 Bu konuda ve ayrıca aksi yönde görüşler olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: M. J. De Waal, "Servitudes", *A History of Private Law in Scotland*, Ed.: Kenneth G. C. Reid, Reinhard Zimmermann, Cilt 1, New York, Oxford University Press, 2000, s. 327; Koschaker, *a.g.e.*, s. 170; Mackeldey, *a.g.e.*, s. 337 dn. f, 339; Öcal Apaydın, *a.g.e.*, s. 94 vd.

81 Koschaker, *a.g.e.*, s. 170.

82 Mackeldey, *a.g.e.*, s. 339.

83 Bu konuya ve kamusal alanlara ilişkin diğer bilgiler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Öcal Apaydın, *a.g.e.*, s. 129-131.

84 Di Marzo, *a.g.e.*, s. 309; Mackeldey, *a.g.e.*, s. 340.

#### 4. Servitus Altius Non Tollendi, Servitus Luminum ve Servitus Prospectus

Lehine irtifak hakkı kurulan taşınmaz malikine, manzaradan ve havadan faydalanabilmek amacıyla komşu taşınmazın mevcut yüksekliğinden ya da belirli bir yükseklikten daha yükseğe inşaat yapılmasına engel olma hakkı tanıyan irtifak hakkı *servitus altius non tollendi* olarak düzenlenmiştir<sup>85</sup>.

Bununla bağlantılı olarak binanın ışık alması ve manzaradan faydalanması için komşu taşınmaz duvarına, ortak duvara ya da malikin kendi duvarı olsa da komşu taşınmaza bakacak şekilde gerekli pencerelerin ve inşaatın yapılması da başka irtifak haklarının konusunu oluşturur. *Servitus luminum* adını alan gerekli ışığı almak üzere pencere yapılmasına izin veren irtifak hakkı aynı zamanda gökyüzünü görme hakkı kapsamında<sup>86</sup> inşaat yaparak komşu taşınmazın ışığının kesilmesini engelleme amacını da taşımaktadır. *Servitus prospectus* adlı irtifak hakkı ise, taşınmaz malikine komşu taşınmazın manzarasını kapatacak inşaat yapmama konusunda yükümlülük yüklemektedir<sup>87</sup>.

## VI. DUMAN İLE İLGİLİ SINIRLAMALAR

### A. Genel Olarak

Mülkiyet hakkının kapsamı taşınmazın üzerindeki hava boşluklarını da kapsadığından duman ve koku sebebiyle oluşacak zararlar, su sebebiyle

---

85 İrtifak haklarının taşınmazlar arasında hakkın amacına uygun fiziki yakınlık bulunması durumunda kurulabilmesi kuralına dayanılarak, daha yüksek inşaat yapmamaya yönelik irtifakin iki taşınmaz arasında başka bir bina inşa edilmesi durumunda kendiliğinden sona ereceği kabul edilmiştir. Bu konuda bilgi için bkz.: Erdoğmuş, a.g.e., s. 108 dn. 16. Ayrıca dini eşya sayılan mezar taşları için bu irtifak hakkının kurulamayacağına ilişkin bilgi için bkz.: Öcal Apaydın, a.g.e., s. 128.

86 Watson, a.g.e., s. 194.

87 Bu irtifak haklarına ilişkin bilgiler için bkz.: Mackelvey, a.g.e., s. 341-342.



oluşacak zararlar gibi kabul edilerek<sup>88</sup> mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusundaki düzenlemelere dâhil edilmiştir<sup>89</sup>.

Mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler doğrultusunda kişinin taşınmazında yakacağı ateş sebebiyle evinin bacasından çıkan dumana komşu taşınmazın malikinin katlanması gerektiği *Digesta*'da belirtilmiştir.

*D. 8. 5. 8. 6. Ulpianus libro 17 ad edictum: "Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. Et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare."*

"*Pomponius*'un derslerinin kırk birinci kitabında bir kimsenin taşınmazı üzerinde, örneğin evinin bacasından ölçülü miktarda duman çıkartması durumunda dava açılıp açılmayacağı sorulmaktadır. Soruyu şöyle cevaplamaktadır: Kişinin kendi taşınmazında ateş yakmasına, oturmasına veya yıkanmasına ilişkin dava açılmayacağı gibi, buna ilişkin dava açılmaz."

Bu konuda sınır normal kullanım sonucu oluşabilecek dumanın mülkiyet hakkının kullanılması bakımından yerel adetlere göre makul seviyede kalmasıdır<sup>90</sup>. Özellikle zarar vermek amacıyla duman çıkarılmasının dava konusu olabileceği görüşü<sup>91</sup> de yine *Digesta*'da yer almaktadır. Buna göre aşağıdaki taşınmaz maliki yukarıdaki taşınmaz malikine zarar vermek amacıyla duman çıkarıyorsa hukuka aykırılık doğacaktır.

---

88 Wacke, a.g.e., s. 7.

89 Bu düzenlemelere gürlütü yapılmasına ilişkin engellemelerin dâhil edilip edilemeyeceği konusu ise açıkça düzenlenmiş değildir. (Söğüt, a.g.e., s. 296.)

90 Koschaker, a.g.e., s. 116.

91 Zarar vermek amacıyla yukarıdan aşağıya dökülen ve atılan şeyler ve sular için de aynı düzenleme geçerlidir.

*D. 47. 10. 44. Iavolenus libro nono ex posterioribus Labeonis: “Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur.”*

“Aşağıdaki yapının maliki yukarıdaki komşuyu dumana boğmak için duman çıkarırsa veya yukarıdaki komşu aşağıdaki yapının üstüne bir şeyler atarsa veya dökerse, *Labeo* zararın giderilmesine yönelik dava açılmayacağını söylemektedir. Eğer bunlar komşuya zarar vermek amacıyla yapılmışsa bunun doğru olmadığını düşünüyorum.”

Normal kullanımı aşan kullanım sonucu ortaya çıkan makul dumandan fazla duman yine *Digesta* düzenlemesine göre hukuka aykırılık doğuracağından zarara uğrayan taşınmaz maliki dava açma hakkına sahip olacaktır.

*D. 8. 5. 8. 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: “Aristo Cerellio vitali respondit non putare se ex taberna Casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam Casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur aristo*

*probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*”

“*Aristo, Cerellius Vitalis'e* verdiği cevapta bir irtifak hakkı nedeni ile izin verilmiş olmadıkça kendi peynir dükkânından üst taraftaki binayı etkileyecek biçimde duman çıkaramayacağını belirtmektedir. Ayrıca daha yüksekte bulunan bir taşınmazdan aşağıda bulunan taşınmaz üzerine su veya buna benzer şeylerin akıtılamayacağını, kişinin sadece kendi taşınmazı üzerinde etki edebilecek müdahalelerde bulunabileceğini ve başkalarına ait taşınmazlar üzerinde müdahalede bulunamayacağını savunmakta, burada dumanın suya benzer şekilde kabul edileceğini eklemektedir. O halde yukarıdaki taşınmazın maliki, aşağıdaki taşınmazın malikine karşı, onun bu müdahalelerde bulunmaya hakkı olmadığına dair dava açabilir. *Alfenus'un* kişinin kendi arazisi üzerindeki taşları işlerken parçalarını komşu taşınmaz üzerine düşürmeye hakkı olmadığını ve bunun dava edilebileceğini savunduğunu belirtmektedir. *Aristo* daha sonraki süreçte duman çıkaran peynir dükkânının *Minturnae* makamlarından kiralanmış olması durumunda yukarıdaki taşınmaz malikleri tarafından müdahalenin durdurulmasının talep edilebileceğini, *Minturnae* makamlarının kira sözleşmesinden dolayı sorumlu olduğunu belirtmektedir: *Aristo* ayrıca dumana sebep olan kişiye açılan davada, kişinin buna hakkı olmadığını iddia edilebileceğini eklemektedir. Diğer taraftan *Aristo'nun* görüşüne göre dahi böyle bir hakkın bulunduğu dair dava da açılabilir. Kaldı ki herhangi bir kimsenin kendi mülkiyetinde bulunan bir şeyi istediği biçimde kullanmasına engel olunursa zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler dahi uygulama alanı bulabilir.”

Söz konusu metin mevcut bir irtifak hakkı var olmadığı sürece işlerin yürütülmesi sırasında peynir dükkânından çıkan dumana yukarıda bulunan

taşınmaz malikinin katlanmak zorunda olmadığını belirtir. Aynı metindeki bir diğer görüş ise taşınmaz malikinin, taşınmazından kullanım amacına uygun faydayı elde etmek hakkına sahip olduğundan makul ölçüyü aşmadığı sürece bu şekilde sınırlandırılmayacağını belirtmektedir. Öyleyse kural somut olay adaletini sağlamaya yönelik şekilde, her iki tarafın hakkını dengeli şekilde korumaya yönelik amaçla belirlenecektir<sup>92</sup>.

İki durum arasında metinlerden anlaşıldığı üzere zarar görenin katlanma yükümlülüğü bakımından fark bulunmaktadır. Aradaki farkı oluşturan birinde mesken olarak kullanılan, diğerinde ticari işletme olarak kullanılan taşınmaz olması, mesken kullanımının ticari işletme kullanımı ile kıyaslandığında özel menfaatin korunması bakımından daha fazla önem taşıması, mesken kullanımında ortaya çıkan zararın ticari işletme kullanımına göre makul ölçüde kalmasıdır<sup>93</sup>.

## B. Dumana İlişkin İrtifak Hakları

### 1. Servitus Fumi Immittendi

Taşınmaz malikine komşu taşınmazın bacasından ya da taşınmazdan geçecek şekilde ağır duman ya da kötü kokulu buhar çıkarma hakkı tanıyan irtifak hakkı *servitus fumi immittendi* adını almaktadır<sup>94</sup>.

### 2. Servitus Cuniculi Balnearii Habendi

Taşınmaz malikine banyo buharını çıkarmak için komşu taşınmaza ait boruyu kullanma hakkı tanıyan irtifak hakkı, *servitus cuniculi balnearii habendi* adını almaktadır. *Digesta* düzenlemesinden buharın komşu

92 Mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından somut olay adaletinin sağlanması amacı konusunda hukuk okullarının farklı görüşleri olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: Riccobono, a.g.e., s. 372. Ayrıca konuya ilişkin kavram ve kuralların gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Karadeniz Çelebican, a.g.e., s. 101-102.

93 Aynı yöndeki bilgi ve görüş için bkz.: Söğüt, a.g.e., s. 260-261.

94 Mackeldey, a.g.e., s. 342.

taşınmazdan boruyla geçirilmesinin irtifak hakkı kurulması ile mümkün olacağı anlaşılmaktadır<sup>95</sup>.

*D. 8. 5. 8. 7. Ulpianus libro 17 ad edictum: "Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum quintilla cuniculum pergentem in ursi iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi."*

"Aynı yazar farklı bir şeye onay verir, *Quintilla* hamamdan buhar çıksın diye *Ursus Iulius*'un taşınmazının altından geçen bir boru inşa ettiğinde, buna yönelik bir irtifak hakkının oluşmuş olması uygun bulundu."

Ayrıca bu iş için kullanılan boruların onarımı ve temizlenmesine engel olunmaması için hukuki korumalar kabul edilmiştir.

## SONUÇ

Eşya üzerinde hâkimiyet ve sahibine en geniş yetkileri tanıyan aynı hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı ihtiyaçlara yönelik ifade biçimleriyle şekillenmiş ve hakkın hukuki niteliği belirlenmiştir.

Kendi hakkını kullanan kişinin başkasına zarar vermiş olmayacağı kuralından ve başkasının eşya üzerindeki hakkı ihlâl edilmediği sürece kendi eşyası üzerinde istediğini yapabilme gücü tanıyan mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden, menfaatleri doğrultusunda yararlanmak isteyen malikler arasındaki çatışmalar, mutlak ve sınırsız olmayan hakkın zaman içinde özel hukuk bakımından sınırlandırılmasına sebep olmuştur.

Buna bağlı olarak Eski Hukuk Dönemi'nde XII Levha Kanunu ile ortaya çıkan ve *Iustinianus* Dönemi'ndeki gelişimi ile günümüz hukukuna ilişkin sistemi hazırlayan, özel hukuk bakımından mülkiyet hakkının sınırları,

95 Söğüt, a.g.e., s. 261.

komşuluk ilişkileri kapsamında incelendiğinde bu incelemeye aralarında fiziksel yakınlık olan taşınmaz mallar konu olmaktadır.

Bu sınırlamalar kapsamında kabul edilen taşınmaz lehine irtifak hakları önce kırsal alanda, daha sonra şehirlerde uygulanmaya başlanmış, düzenlenen irtifak haklarından en eskisi geçit hakkı olmuştur. Geçit hakkı sadece başkasının arazisinden yaya olarak veya araçla geçmeyi değil, hayvan, eşya ve su geçirmeyi ve hatta başkasına ait sular üzerinden geçmeyi de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

İrtifak hakları, dava çeşitleri ve *praetor*'un tanıdığı hukuki yollar ile mülkiyet hakkının sınırlandırılması incelenirken sulara, ağaçlara, inşaata ve dumana ilişkin ayırım temel alınabilir.

Mülkiyet hakkının sınırları bakımından sular ile ilgili düzenlemeler, birden fazla alanda yapılmıştır. Doğal yollarla ortaya çıkan yağmur suları ile ilgili özel düzenlemeler bulunduğu gibi, taşınmazların içinde kullanılan suların komşu taşınmazlara zarar vermesi durumuna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

Yukarıdaki taşınmazdan aşağıya dökülen ve atılan sular için, aşağıdaki taşınmaz malikinin dava hakkı olup olmadığı çeşitli görüşlerle açıklanmıştır. Bunlardan çıkan sonuç, taşınmazın kullanım amacına uygun ve makul ölçüyü aşmayan oranda su dökülmesi, aşağıdaki taşınmaz malikine dava hakkı vermez. Bunun ötesindeki eylemler ise, hukuka aykırı kabul edilecektir. Bunlarla birlikte hakların ve benzerlerinin kullanılması, irtifak hakkı kurulması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

Mülkiyet hakkına sular bakımından getirilen sınırlamalardan biri de yüksekte bulunan taşınmaz malikinin çeşitli kazılar, çukurlar ve setler yapması gibi bazı sebeplerle akışı değişen yağmur sularının, aşağıda bulunan taşınmaza zarar vermesi halinde açılacak bir davanın, XII Levha Kanunu

ile tanımlanmış olmasıdır. *Actio aquae pluviae arcendae* isimli bu dava aynı zamanda aşağıdaki taşınmaz malikinin, yağmur sularının uygun şekilde kendi taşınmazına akmasını engellemesi sebebiyle, yukarıdaki taşınmaza zarar gelmesi halinde de açılmaktadır.

Taşınmazların sınırlarında bulunan ağaçların diğer taşınmaza geçmesi durumunda getirilen düzenlemeler, komşuluk ilişkileri bakımından mülkiyet hakkının sınırlarından bir diğerini oluşturur. Bu durumda ağacın dalları, gövdesi veya kökleri diğer taşınmaza geçerek kullanımına ya da taşınmazdan beklenen faydanın elde edilmesine engel olmaktadır.

Bu noktada taşınmaz sınırlarına dikilecek ağaçlarla ilgili kurallar *Digesta*'da belirlenmiş, sınırlara dikilecek zeytin ve incir ağaçları için, ağaç ile komşu taşınmaz arasında dokuz ayak, diğer ağaçlar için ise beş ayak mesafe bırakılması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte ağaçlarda bulunan meyvelerin, komşu taşınmaza düşmesi durumunda uygulanacak kurallar da mülkiyet hakkını sınırlayan sebepler içinde kabul edilir.

Taşınmazlar üzerinde yapılan inşaat işleri sebebiyle ortaya çıkan sonuçlar bakımından mülkiyet hakkını sınırlayan düzenlemelere, XII Levha Kanunu'ndan itibaren başlayan süreçle dönemler boyunca hukuki boyutuyla yer verilmiştir.

İnşaat ile komşu taşınmazın hava ve ışık almasını engellemek, *Digesta* düzenlemesi ile hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bunun için değerlendirme, taşınmazda oturanların gün içinde yeteri kadar ışık görebilmelerine göre yapılacaktır. Makul seviyeyi aşan engellemeler, mülkiyet hakkı kullanımının sınırlarını aşmaktadır. Ayrıca inşaat sebebiyle beklenen menfaatin sağlanamadığı durumlarda, hukuka aykırılığın doğduğunun kabul edildiği düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlarla birlikte taşınmaz lehine kurulan

irtifak hakları içinde, inşaat ile ilgili olup mülkiyet hakkını sınırlayan türler bulunmaktadır.

Mülkiyet hakkının kapsamı taşınmazın üzerindeki hava boşluklarını da kapsadığından, duman ve koku sebebiyle oluşacak zararlar da mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusundaki düzenlemelere dâhil edilmiştir. Bu konuda sınır normal kullanım sonucu oluşabilecek dumanın, mülkiyet hakkının kullanılması bakımından yerel adetlere göre makul seviyede kalmasıdır. Özellikle zarar vermek amacıyla duman çıkarılmasının dava konusu olabileceği görüşü de yine *Digesta*'da yer almaktadır. Buna göre, aşağıdaki taşınmaz maliki, yukarıdaki taşınmaz malikine zarar vermek amacıyla duman çıkarıyorsa hukuka aykırılık doğacaktır.



## KAYNAKÇA

**BUCKLAND, W. W.:** A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3. bs., Cambridge, Cambridge University Press, 1975.

**DE COULANGES, Fustel:** Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Çev.: İsmail Kılınç, Ankara, Epos Yayınları, 2011.

**DE WAAL, M. J.:** "Servitudes", A History of Private Law in Scotland, Ed.: Kenneth G. C. Reid, Reinhard Zimmermann, Cilt 1, New York, Oxford University Press, 2000, s. 305-329.

**Dİ MARZO, Salvatore:** Roma Hukuku, Çev.: Ziya Umur, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.

**ERDOĞMUŞ, Belgin:** Roma Eşya Hukuku, 5. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2012.

**HONİG, Richard:** Roma Hukuku, Çev.: Şemseddin Talip, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938.

**KARADENİZ Çelebican, Özcan:** Roma Eşya Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

**KOSCHAKER, Paul:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Çev.: Kudret Ayiter, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.

**LONG, GEORGE:** "Aquae Pluviae Arcendae Actio", A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, Ed.: William Smith, London, John Murray, 1875, s. 115-116.

**MACKELDEY, Ferdinand:** Compendium of Modern Civil Law, New York, Piercy and Reed Printers, 1845.

**ÖCAL APAYDIN, Bahar:** Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

**RİCCOBONO, Salvatore:** “Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi”, İÜHFM, Çev.: Ziya Umur, Cilt:22, Sayı:1-4, 1957, s. 350-397.

**RONİN, Marguerite:** “Sharing Water in Roman Countryside: Environmental Issues, Economic Interests and Legal Solutions”, Water Management in Ancient Civilizations, Ed.: Jonas Berking, Berlin, Edition Topoi, 2018, s. 107-115.

**SÖĞÜT, İpek Sevda:** Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtalar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

**SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem:** “Roma Hukukunda Cautio Damni Infecti”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 809-825.

**TAHİROĞLU, Bülent:** Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2001.

**UMUR, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 1999.

**UMUR, Ziya:** Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

**WACKE, Andreas:** “Protection of the Environment in Roman Law”, Roman Legal Tradition, Volume 1, 2002, (Çevrimiçi) <http://romanlegaltradition.org/>, s. 1-24.

**WATSON, Alan:** The Law of Property in the Later Roman Republic, Oxford, Clarendon Press, 1968.

[http://www.anistor.gr/history/Roman\\_Units.pdf](http://www.anistor.gr/history/Roman_Units.pdf)

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

## HAKEMLİ MAKALE

### ÖNALIM OLGUSUNA DAİR YENİ BİR KATEGORİ; EKONOMİK BAKIMDAN SATIŞA EŞDEĞER İŞLEM KAVRAMI ÜZERİNE MUKAYESELİ BİR İNCELEME\* (TBK m. 240/Art. 216c OR)

Dr. Öğr.Üyesi Sinan OKUR\*\*

#### ÖZET

Yeni Borçlar Kanunu, taşınmazlara ilişkin sözleşmesel önalım hakkına dair önemli yenilikler getirmiştir. Bu önemli yeniliklerden birisi de önalım olgusunu ilgilendirmektedir. Hangi durumlarda önalım olgusunun mevcut olduğu sorunu Türk Borçlar Kanunu m. 240'da düzenlenmiştir. Madde 240'a göre, taşınmazın üçüncü kişiye satıldığı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her işlemde önalım olgusu mevcuttur. Ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramı hayli soyut bir kavram olup izaha muhtaçtır. "Ekonomik bakımdan" ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği sorunu Türk hukuk literatüründe pek az dikkat çekmiştir. Bu yüzden bu çalışma kapsamında ekonomik olarak satışa eşdeğer işlem kavramıyla ne anlaşılması gerektiği sorusu tartışılacak ve cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Çalışmada öncelikle akdi ve yasal önalım hakkına ilişkin genel bir bakış sunulmuştur. Akabinde ise kavramın ve tartışmanın tarihsel gelişimi aktarılmıştır. Ayrıca kavramın yorumlanmasıyla ilgili farklı fikri yönelimler açıklanmış ve karşılaştırılmıştır. Yine önalım olgusu teşkil etme ihtimali olan olaylar, bu fikri yönelimler

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.01.2019

Kabul Edildiği Tarih: 26.03.2019

\*\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: [sinanokr@gmail.com](mailto:sinanokr@gmail.com)

ORCID ID: 0000-0002-3772-9415

ışığında analiz edilmiştir. Son olarak çalışmadan elde edilen sonuçlar özetlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Yeni Türk Borçlar Kanunu, sözleşmesel nalım hakkı, nalım olgusu, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer hukuki işlem kavramı.*

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**A NEW CATEGORY ON PRE-EMPTION EVENT; A COMPREHENSIVE DISCOURSE ON THE LEGAL TRANSACTION ECONOMICALLY EQUIVALENT TO A SALE(TCO 240/Art. 216c SCO)**

**ABSTRACT**

The new Turkish Code of Obligations (TBK, TCO) entails some important changes regarding the contractual rights of pre-emption. One of the most important changes pertains to the pre-emption event. The question in which cases a pre-emption event exists is regulated in Art. 240 of Turkish Code of Obligations. According to Art. 240, a right of pre-emption may be exercised on the sale of the immovable property or any other legal transaction economically equivalent to a sale (pre-emption event). The legal transaction, which is economically equivalent to a sale, is a highly abstract notion and needs to be clarified. The question of what is meant by the term "economically" has so far received little attention in Turkish legal studies. For this reason, within the scope of this study, the question of what should be understood with the concept of transaction that is economically equivalent to a sale will be discussed and will be tried to be answered. The paper firstly gives a brief overview of statutory and contractual pre-emption rights. In the following, the historical development of the term and discussion will be presented. In addition, theoretical considerations regarding the interpretation of the term are explained and compared. Furthermore, the possible cases, which may be a pre-emptive event, is analysed in the light of these theoretical considerations. Subsequently, conclusions acquired from the study are summarized.

**Keywords:** *The new Turkish Code of Obligations (TBK), contractual rights of pre-emption, pre-emption event, legal transaction which is economically equivalent to a sale.*

**EINE NEUE KATEGORIE IN BEZUG AUF VORKAUF FALL: EINE  
RECHTSVERGLEICHENDE STUDIE ÜBER DAS WIRTSCHAFTLICH EINEM  
VERKAUF GLEICHKOMMENDE RECHTSGESCHÄFT. (TOR Art. 240/ Art.  
216c OR)**

**ABSTRAKT**

In Bezug auf die vertraglichen Vorkaufsrechte an Grundstücken bringt das neue türkische Obligationengesetz (TBK, TOR) wichtige Neuerungen mit sich. Einer der wichtigsten betrifft den Vorkauf fall. Die Frage, in welchen Fällen ein Vorkauf fall vorliegt, wird in Art. 240 des türkischen Obligationengesetzes geregelt. Gemäß Art. 240 des türkischen Obligationengesetzes liegt ein Vorkauf fall vor, wenn das Grundstück verkauft wird sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Das Rechtsgeschäft, was einem Verkauf gleichkommt, stellt eine hoch-abstrakte und klärungsbedürftige Aussage dar. Der Frage, was unter dem Begriff «wirtschaftlich» zu verstehen ist und wann ein Rechtsgeschäft einem Verkauf gleichkommt, wurde bisher in der türkischen, juristischen Literatur wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Deswegen soll im Rahmen dieser Arbeit die Frage beantwortet und diskutiert werden, was unter dem wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommenden Rechtsgeschäft zu verstehen ist. In der Arbeit wird zuerst ein kurzer Überblick über gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte verschafft. Nachfolgend soll die historische Entwicklung des Begriffs und der Diskussion dargestellt werden. Daneben werden die verschiedenen Richtungen hinsichtlich der Interpretation des Begriffs erläutert und verglichen. Des Weiteren wird die mögliche Falle, die einen Vorkauf fall darstellen kann, im

Lichte dieser Richtungen analysiert. Anschließend wird Schlüsse der Arbeit zusammengefasst.

**Schlagwörter:** *Das neue Türkische Obligationengesetz, Vertragliches Vorkaufsrecht, Vorkaufsfall, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft.*



## I. Giriş ve Sorunun Ortaya Konması

İnsanın toplumsal aidiyeti, getirdiği imkanlarla birlikte birtakım sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Mülkiyet hakkı ise toplumsal yaşamın sunduğu, belki de zorladığı bir imkân olmanın yanı sıra, farklı sorumlulukları, yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. İnsanlığın hukuka dair tecrübesinin, bilhassa özel hukuka bakan tarafının mülkiyet hakkına dair sorunların, ihtilafların ve bu sorunlara aranan çözümlerin veya çözüm teşebbüslerinin hülasasından ibaret olduğunu söylemek abartılı bir ifade olmayacaktır. Maddi dünyaya ait bir değer olmasına rağmen mülkiyet hakkına atfedilen değer, söz konusu hakkın insanın asla vazgeçemeyeceği değerler/haklar kategorisinde ele alınmasını ve anayasal bir güvenceye kavuşmasını sağlamıştır.<sup>1</sup> Bununla beraber mülkiyet hakkına anayasal seviyede atfedilen önem, bazen kamu gücüyle bazen bizzat hak sahibinin kendi iradesiyle hakkın sınırlanmasına mâni teşkil etmemiştir. Söz konusu sınırlamalar içinde dikkat çeken bir sınırlandırma, malikin malını dilediği kişiye satma hakkı ile ilgili olup önalım (şüfa) hakkı olarak isimlendirilmektedir. Söz konusu takyidin kaynağı, ifade edildiği üzere bazen bizzat kanun bazen ise hakkın sahibinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu anlaşmadır. Kısaca, mal üçüncü bir şahsa satıldığında malı öncelikli olarak satın alma yetkisi<sup>2</sup> olarak tanımlanabilecek önalım hakkı, birçok hukuk

<sup>1</sup> BAŞPINAR, Veysel, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî ve Hukukî Temelleri. EÜHFD., C. 11 S. 1, Y.2016, s. 1-32; NOMER, Haluk Nami, ERĞÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Hakları), İstanbul, 2019, s. 185 vd.; ERĞÜNE, Mehmet Serkan, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017, s. 23 vd.; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014, s. 207.

<sup>2</sup> BURBULLA, Rainer, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Köln 2006, S. 1 ff.; PFÄFFLI, Roland/WERMELINGER, Armèdèò, Grundstückkauf, Kaufvertrag- Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht, SJZ, 113/2017, S. 513-521.

sisteminde olduğu gibi gerek Cumhuriyet öncesi Osmanlı-İslam hukukunda gerekse Cumhuriyet sonrası İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla başlayan süreçte değişik şekilleriyle var olagelmıştır.

İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (eMK) önalım hakkına yalnızca iki madde tahsis edilmiş; **m. 658'de mukaveleden mütevellit şufa hakkı, madde 659'da ise kanuni şufa hakkı düzenlenmiştir.** Fakat konuya, kanunda ayrılan madde sayısı yanıltıcı olup, bilhassa kanuni şufa hakkı onlarca Yargıtay kararının ve birden fazla içtihadı birleştirme kararının konusu olmuş, konu üzerine birçok bilimsel çalışma yapılmış ve kanundaki düzenlemenin yetersiz kalması sebebiyle pek çok sorun uygulama ve doktrin eliyle çözüme kavuşturulmuştur. Zaman içerisinde söz konusu duruma kayıtsız kalmayan kanun koyucu yargısal içtihatlarla şekillenen bazı sorunları kanunla düzenleme yoluna gitmiştir. Konu Medeni Kanun'un değiştirilmesine dönük tasarılar da gündeme gelmiş ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) bilhassa kanuni önalım hakkı eski Medeni Kanun'a nazaran daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu değişikliklerde İsviçre'deki 1991 tarihli İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nun bir kısım hükümlerini değiştirmeye dönük yasadan<sup>3</sup> istifade edilmiş, fakat bununla birlikte İsviçre kanun koyucusundan kısmen farklı bir yol izlenmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nda kanuni önalım hakkına öncelik verilmiş, sözleşmesel önalım hakkı ise kanuni önalım hakkına ilişkin hükümlere atıf yoluyla çözülmüştür (TMK m. 735/III). Uzun zaman sonra Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 12.1.2011 tarihinde kabul edilmesi ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte Türk kanun koyucusu, İsviçre'de eş zamanlı

<sup>3</sup> BG vom 4. Okt. 1991 über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf), in Kraft seit 1. Jan. 1994 (AS 1993 1404; BBl 1988 III 953). [https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1988/index\\_45.html](https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1988/index_45.html), E.T. 26.12.18.

olarak gerçekleşen reformun sözleşmesel önalım hakkına ve borçlar hukukuna bakan kısmını hayata geçirmiş ve Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkı için ayrıntılı hükümler sevk etmiştir (TBK m. 237-242). Mezkûr hükümler içinde m. 240 dikkat çekici bir ifade kullanmış ve önalım hakkının sadece satış halinde değil *ekonomik açıdan satışa denk her işlemde* kullanılabileceğini hüküm altına almıştır. Böylece önalım hakkının kullanılabilmesi için muhakkak bir satış sözleşmesinin varlığını arayan görüş<sup>4</sup> geçerliliğini yitirmiştir. Söz konusu ibarenin aynıyle iktibas edildiği İsviçre hukukunda, bazıları söz konusu ifadenin içtihatlarla şekillenen mevcut durumun kanunlaştırılmasından ibaret olduğunu savunurken, ekonomik yaklaşımı benimseyen bir diğer görüş, söz konusu ifade ile mevcut durumun tanzimini aşan bir niyet bulunduğunu, sağladığı yetkiler itibariyle satışa eş her bir işlemde önalım olgusunun mevcut olup olmadığının tartışılması gerektiğini, bu anlamda şekli anlamda mülkiyetin intikalinin mühim olmadığını savunmaktadır. Türk hukukunda ise önalım hakkına ilişkin yoğun literatüre<sup>5</sup> rağmen ekonomik açıdan satışa denk işlem ile ne anlaşılması

<sup>4</sup> BGE 44 II 362, E.1, RÜDLINGER, Oliver, Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf einer Gesellschaft (Share Deal), Abschlussarbeit, Zürich, 2018; Türk hukuku için bkz. YILDIZ, Ekrem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanuna Göre Önalım Davaları, İstanbul, 2009, s.32.

<sup>5</sup> FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Şufa Hakkı, İstanbul, 1959; SEBŪK, M. Tahir, Şufa, Vefa ve İştirah Hakları, İstanbul, 1951; EREN, Fikret, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD., C. XII, Y. 2008; ŞIPKA, Taman, Şükran, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul, 1994; AYDOĞDU, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara 2013; GŪMŪŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YŪHFD., C. VIII, S. 2, Y.2011, YŪHFD., C. IX, S. 1, Y. 2012; BURCUOĞLU, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, s. 283-298, İstanbul, 2011; KIRCA, Çiğdem, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun'daki Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağamı, C. II, 2002, s. 1179; HATEMİ, Hüseyin, Das Vorkaufsrecht im neuen türkischen ZGB/Yeni

gerektiği hususunda farklı eserlerde özet bazı bilgiler aktarılmış ise de bahsi geçen ibare Türk hukukunda bağımsız bir çalışmanın konusu olmamıştır. Bu sebeple bu çalışma ile ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlem ifadesiyle ne anlaşılması gerektiği ve bu sorunla ilintili birçok mesele ana sorundan kopmamak kaydıyla ele alınmaya çalışılmıştır.

## II. Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları

### 1. Genel Olarak

Taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkiler bazen doğrudan doğruya kanun tarafından bazen mülkiyet hakkına sahip malikin kendi serbest iradesiyle yaptığı bir takım hukuki işlemlerle bizzat malik tarafından sınırlandırılmaktadır.<sup>6</sup> Bu kısıtlamalar ya doğrudan doğruya kanuna dayanmakta veya malikin kendi rızası ile üçüncü kişilerle yapmış olduğu hukuki işleme istinad etmektedir.

---

Türk Medeni Kanunu'nda Önalım Hakkı, Türk-İsviçre Hukuk Haftası, (Ed.) ERDEM, Ercüment/ BOLLE, PIERRE-HENRI, İstanbul, 2004; YÜCEL, Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006; ERKAN, Umut Vehbi, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006; ÇAY, Cengiz Topel, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007; BELEÇ, Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007; AKALP-DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010; KUTLU, Nurgül, Önalım Hakkının Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010; KIZIR, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar Ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHF-HAD., C.22, S.3, Y. Aralık 2016, s. 1773-1796; DEMİRSATAN, Barış, Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD., C.11, S.145 – 146, Y. Eylül – Ekim 2016; DEMİRBAŞ, Feride, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, AÜHFD., C. 65 , S. 2, Y. 2016, s. 249-277; AVCI-BRAUN, Cihan, TBK m. 240, PN. 1 vd.: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2018; TUNABOYLU, Müslim, Önalım (Suf'a) Davaları, Ankara, 2013.

<sup>6</sup> Taşınmaz malikinin kendi iradesiyle yaptığı bu kısıtlamalar Türk Medeni Kanunu'nun 731 ile 761'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, s. 529 vd.

Kanundan doğan sınırlamalar hakkında Türk Medeni Kanunu, “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” üst başlığıyla m. 731’de şu şekilde bir hüküm öngörmüştür:

*“Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur.*

*Bu kısıtlamaların ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesine ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır.*

*Kamu yararı için konulan kısıtlamalar kaldırılamaz ve değiştirilemez.”*

Alıntılanan hükümden anlaşılacağı üzere, kanun taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları üst başlığında iki tür kısıtlamaya işaret etmiştir. Bu noktada **kamu hukuku karakterli**, diğer tabirle kamu menfaatinin esas alındığı, hakkın mahiyetinin kamu hukukuna mahsus ilkelerce belirlendiği, örneğin malikin bu sınırlamaları kendi arzusu ve serbest iradesiyle özgürce değiştiremediği, kaldıramadığı ve bu kısıtlamalara dönük ihlallerin giderilmesi noktasında yetkili merciin daha ziyade idari ve adli makamlar olduğu birtakım **sınırlamalar** olabileceği gibi, **özel hukuka ilişkin esasların hâkim olduğu**, taraf iradeleriyle bertaraf edilemeyen kamu hukuku nitelikli kanunlardan doğan kısıtlamalardan farklı olarak, taraf iradeleriyle değiştirilebilen **hukuki kısıtlamalar** da söz konusu olabilmektedir.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 545. Bu noktada yazarların özel hukuka ait esasların hâkim olduğu sınırlamaları ifade sadedinde kullandıkları “*özel hukuk kurallarına dayanmaktadır*” tabiri yanıltıcı olabilecektir. Zira, bir kısıtlamanın özel hukuk kurallarına dayanması veya özel hukuk kökenli olması anılan sınırlamayı yazarların kastettiği anlamda özel hukuk karakterli yapmayacaktır. Bir kısıtlamanın kamu hukuku mu, özel hukuk karakterli mi olduğunun tayini Kanun’un amacı veya korunan menfaatin çerçevesi ile belirlenmektedir. Bkz.

Kanun devam eden hükümlerde özel hukuk esaslarının hâkim olduğu ve fakat bizzat kanundan doğan kısıtlamaları izah sadedinde “devir hakkının kısıtlamaları” alt başlığı altında yasal önalım hakkını, tapu kütüğüne şerh verilmiş sözleşmeden doğan önalım, gerialım ve alım hakkını düzenlemiştir. Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere gerek doğrudan doğruya kanundan doğan kısıtlamalar için gerekse malikin serbest iradesine dayanan mülkiyetin naklini kısıtlayan hukuki işlemler için ortak bir müessese olarak önalım hakkı (şüfa hakkı) ön plana çıkmaktadır. Bu durumda öncelikle önalım hakkı tanımlanmalıdır. Önalım hakkını ya da eski adıyla şüfa hakkını<sup>8</sup> tarihsel süreç içerisinde tanımlama çabaları içinde en geniş tarif, Türk hukukunda konuya ilişkin en önemli monografilerden birisini kaleme almış bulunan F. Necmettin FEYZİOĞLU’na aittir. Yazar yaptığı tarifi

---

GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 594-595; Örneğin yazarların da ifade ettiği üzere (PN. 1942) kazı ve yapılarla ilgili TMK m. 739, dikilecek şeylerde uyulacak hükümlerle ilgili TMK m. 741, araziye sınırlık koyma mecburiyeti ile ilgili m. 749 özel hukukun en temel metni sayılan Türk Medeni Kanun’u hükümlerine dayanmalarına rağmen kamu hukuku karakterlidir. Ayrıca bkz. DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004, s. 42. Bu manada konuya ilişkin verilecek ilginç bir örnek **Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu** m. 8/İ/II’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Korunan menfaatin çerçevesi dikkate alındığında söz konusu kısıtlamanın kamu hukuku karakterli olduğu açıktır. Öte yandan satışa eşdeğer (denk) işlemlerde bahsi geçen önalım hakkının doğup doğmayacağı, aşağıda ayrıntılı biçimde tartışılacak olan sözleşmesel önalım hakkına ilişkin hükümlerin yasal önalım hakkı ile nasıl bir ilişki içinde olacağı sorusunun cevabı ile yakından ilgilidir.

<sup>8</sup> “ ‘Şüfa’ kelimesi koyu Arapça bir kelime olup, kanunda ahkonulduğu takdirde, zorunlu olarak “meşfu” gibi daha koyu bir terimin kullanılması da zorunlu olacaktır. Oysa doktrinde ve hatta son yıllardaki mahkeme içtihatlarında “şüfa” yerine, “önalım” terimi kullanılmaktadır. Bu terimde bu hakkın “öncelikle satın alma hakkı” olduğu açıkça belirtilmektedir. Zaten dilimize “derpiş etmek” anlamında “öngörmek” sözü çoktan beri yerleşmiş, hatta yasalarımıza bile girmiş bulunmaktadır. Bu nedenle şüfa terimi değiştirilerek onun yerine “önalım” terimi konulmuş “kanunî şüfa” ya “yasal önalım” “akd’i şüfa” ya ise hukukî terim olarak “sözleşmesel önalım” denilmiş, “meşfu” yerine “önalımlı” ve “şefi” yerine de “önalımcı” denilmiş ve böylece bu önemli müessesenin yeni kuşaklar tarafından rahat ve güzel bir şekilde anlaşılması sağlanmıştır.” (1972 Tarihli Medeni Kanun Tasarısının gerekçesinden): <http://app.e-uyar.com/gereke/index/c159b09-e748-4f41-8d6d-0f32e26fdb9>, E.T.: 23.12.2018.

bir tanımın boyutlarını aştığını daha ziyade bir izaha dönüştüğünü belirtmekle birlikte şufa hakkını şöyle tanımlamaktadır: “Şufa hakkı, **kanun veya akitten<sup>9</sup> doğan ve hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla hükümlerini husule getiren, sübjektif-ayni mahiyette öyle inşai bir haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara, salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan bedeli ödüyerek mesfuun mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş şufada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep salahiyetini bahşeder.**”<sup>10</sup> Kanundan veya akitten doğan önalım hakkı arasındaki ilişkiyi belirleyebilmek için, öncelikle gerek kanundan gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin genel birtakım bilgiler paylaşılmalıdır.

## 2. Kanundan Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkının önüne getirilen “kanuni” ibaresinden anlaşılacağı üzere, söz konusu hak tarafların kendi aralarında yaptıkları bir hukuki işleme değil doğrudan doğruya kanuna dayanmaktadır. Kanuni önalım hakkını kısaca tanımlamak gerekirse, paylı mülkiyette paydaşlardan birisinin payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlara tek taraflı irade beyanı ile söz konusu payın satışına ilişkin satış sözleşmesini kurma ve taşınmaz üzerindeki payın mülkiyetinin tescilini talep etme hakkı

<sup>9</sup> Esasen hukuki işlemde tabiri daha kapsamlı olup daha doğrudur. Zira kaynağı itibariyle hak sahibinin şahsi iradesine dayanan yani kanundan doğmayan önalım hakkının kaynağı sözleşmelerden ibaret değildir. Ölüme bağlı tasarruflarla da önalım hakkı tesisi mümkündür. Bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 634.

<sup>10</sup> FEYZİOĞLU, s. 5. Yazar ayrıca dört nolu dipnotta farklı tanımları vermekte ve bu tariflerin “Şufa hakkını bize tam bir şekilde tanıtmaktan oldukça uzak” olduklarını ifade etmektedir.

veren, yenilik doğuran bir haktır.<sup>11</sup> Kanuna dayanan önalım hakkının düzenlendiği TMK m. 732'ye göre, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. TMK m. 733'te ise cebrî artırımla satışlarda önalım hakkı kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Aynı madde önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerektiğini, belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmenin yazılı şekle tâbi olduğunu ve feragatin satıştan önce veya sonra yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu hakkın nasıl kullanılacağı ve süresine ilişkin ise hükmün son iki fıkrası, satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirileceğini ve satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay, herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle önalım hakkının düşeceğini hükme bağlamıştır.

TMK m. 734 ise hakkın “kullanılması” alt başlığı ile, eski Medeni Kanun ve İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) hükümlerinden farklı olarak, önalım hakkının tek taraflı ulaşması gerekli yenilik doğuran beyan ile değil alıcıya karşı açılacak yenilik doğuran dava ile kullanılacağını açık biçimde düzenlemiştir.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> GÖKSU, Tarkan, ZGB Art. 681 PN. 1 in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg) BREITSCHMID, Peter/RUMO-JUNGO, Alexandra, 2012, Basel; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 554.

<sup>12</sup> DOĞAN, s. 64; Kanun koyucu söz konusu değişikliği şu şekilde gerekçelendirmektedir. Buna göre hakkın kullanımı dolayısıyla, *“İstenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir.”* ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 212, değişikliğin sebebini alıntılanan gerekçeye dayanarak şu şekilde açıklamaktadır: *“Kanun Koyucu önalım hakkına ilişkin beyanla istenilen sonucun ancak dava yolu ile elde edilebileceğini göz önünde tutmak suretiyle böyle bir düzenleme yoluna gitmiştir.”*; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2016, s. 410, dipnot 702'de söz konusu değişikliğin gerekçesini alıntıladıktan sonra, hakkın kullanımının yenilik doğuran davaya bağlanmasını, yargısal bürokrasinin artmasına sebebiyet vereceği endişesiyle isabetli bir karar olarak nitelendirmemiştir. Bkz. EREN, Mülkiyet, s. 410-411; Düzenlemenin eleştirisi için ayrıca bkz. ARPACI, Abdulkadir, Eşya



Türk Medeni Kanunu, esasen Türk Borçlar Kanunu (m. 237 vd.) hükümlerinde düzenlenmiş ve kural olarak sadece borç ilişkisinin tarafları arasında cereyan eden ve etkileri ya da sonuçları itibarıyla nisbi nitelikteki önalım sözleşmesinin şerh verilmiş olması ihtimalini dikkate alarak, m. 735'te sözleşmeden doğan önalım hakkı başlığı ile tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkını düzenlemiştir. Buna göre şerh verilmiş sözleşmesel önalım hakkının şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabileceğini ve önalım hakkının hangi koşullar altında kullanılacağını belirtilmediği, doktrinde adi veya olağan şufa sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşme tipinde<sup>13</sup> taşınmazın üçüncü kişiye satışındaki koşulların esas alınacağı belirtilmiştir. Aynı maddede şerhin etkisi açıklanırken, şerhin etkisinin, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona ereceği ifade edilmiştir. İlgili maddenin aşağıda tartışılacak son fıkrası ise, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerinin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir.

#### **a) Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasına ve Vazgeçmeye İlişkin Hükümlerinin Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkına Uygulanması Sorunu**

Yapılacak tartışma için bir zemin oluşturması bakımından özellikle sözleşmesel önalım hakkına ilişkin düzenleme tarzının Türk hukukunda geçirdiği değişikliklere, İsviçre'deki değişiklikler de dikkate alınarak kısaca

---

Hukukumuzda Yeni Medeni Kanun'la Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 105; Söz konusu değişikliğin "*ratio legis*" nin anlaşılmadığı ve eski düzenlemeden dönülmesinin makul ve hukuk mantığına uygun bir sebebi olmadığı kanaati için bkz. AYBAY/HATEMİ, s. 189-190; AYAN, Eşya, s. 423.

<sup>13</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 199 vd.

değ inilmelidir. Daha doğ rusu sözleşmesel ö nalım hakkı ile kanuni ö nalım hakkı arasındaki münasebet bakımından tarihsel süreç birbirini takip eden üç farklı evreye ayrılarak incelenmelidir.

#### aa) İlk Evre

Tarihsel süreç açısından *ilk evre* 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (eMK) 1926 yılında kabulü ile başlayıp aynı kanunun yürürlükten kaldırıldığı ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 2002 tarihinde sona eren evredir. Bu evre, uygulamada ortaya çıkan sorunlar bir kenara bırakılırsa, kanun sistematığı açısından şu şekilde ö zetlenabilir.<sup>14</sup> Eski Medeni Kanun "Mülkiyet hakkının takyitleri" baş lığı altında ş ufa alt baş lığında öncelikle **m. 658'de mukaveleden mütevellit ş ufa hakkını; madde 659'da ise "bir gayrimenkulün hissedarları onun ş ayi bir hissesini satın alan üçüncü şahsa karşı kanuni ş ufa hakkını haizdir"** hükmüyle **kanuni ş ufa hakkını** hüküm altına almıştır. Söz konusu evrede eski Borçlar Kanunu'nun konu ile alakalı hükmü **mukaveleden mütevellit ş ufa hakkının şeklini** kayıt altına alan eBK m. 213/II den ibaret olup, söz konusu hükme göre mukaveleden mütevellit ş ufa hakkı için tahriri (yazılı) şek il kâfidir. Bu evrede konunun ağı rlık merkezi Medeni Kanun hükümleri olup, Türk hukukundaki düzenlemeler ile İsviçre hukukundaki düzenlemeler arasında ciddi bir benzerlik söz konusudur. Yapılan kısa izahtan anlaşılacağı üzere, eski Medeni Kanun'da ş ufa hakkı mukaveleden doğ an ş ufa hakkını önceleyen bir sistematığı esas alarak *akdi ş ufa hakkı- kanuni ş ufa hakkı* şeklinde bir ayırım üzerine inşa edilmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nun konu ile ilgili düzenlemesi ise yapılacak ö nalım sözleşmesinin şeklini düzenleyen eBK m. 213/II ile sınırlı kalmıştır.<sup>15</sup> Bu evrede sözleşmeden doğ an ö nalım hakkının gerek düzenleniş

<sup>14</sup> Söz konusu düzenleme üzerine kısa bir değerlendirme için bkz. HATEMİ, s. 165 vd.

<sup>15</sup> KIRCA, s. 1186.

yeriyle alakalı<sup>16</sup> gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkındaki düzenlemelerin paylı mülkiyetten doğan önalım hakkına uygulanması hususunda, sözleşmeden doğan önalım hakkına uygulamada çok az rastlanması<sup>17</sup> ve her iki hukuki müessesenin yapılarının farklı olması savunularak<sup>18</sup> bazı eleştiriler yöneltmiştir. Yargıtay uygulaması bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımını benimsemiş ve sözleşmesel önalımı düzenleyen eMK m. 658'i kıyasen kanuni önalım hakkına tatbik etmiştir.<sup>19</sup> Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının gerekçe bölümünde geçen şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir.

*“...Mukaveleden mütevellit şufa tabii tanzim yeri olan Borçlar kanununa alınmamış, müşterek mülkiyet münasebetine sıkı sıkıya bağlı bulunduğu için Medeni Kanun'da tanzimi zaruri bulunan kanuni şufa ile birlikte tanzim edilmiş ve her ikisine de şamil olmak üzere müşterek hükümler vaz edilmiştir. Bu müşterek hükümler 658. maddeye dercedilmiş ve ikinci bir tahrirden içtinap maksadıyla 659. maddede tekrar edilmemiştir. **Binaenaleyh 658. maddedeki hükümlerin kaffesi 659 uncu maddeye tatbiki gereken hükümlerdir.**”<sup>20</sup>*

Kararın son cümlesinde de çok açık biçimde belirtildiği üzere Türk doktrin ve uygulaması, İsviçre'den farklı olarak Türk hukukunda sözleşmesel önalım hakkının hemen hemen hiç uygulanmadığını kabulle birlikte *akdi*

<sup>16</sup> ŞİPKA, s. 6-7.

<sup>17</sup> FEYZİOĞLU, s. 77.

<sup>18</sup> ŞİPKA, s. 8.

<sup>19</sup> ŞİPKA, s. 7-8.

<sup>20</sup> YİBK, T. 26.12.1951, E. 1951/1, K. 1951/6, ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul, 1990, s. 184.

*şufaya* dair hükümlerin *kanuni şufaya* da tatbik edileceğini de belirtmekten geri durmamıştır.<sup>21</sup>

Bu evrede İsviçre doktrin ve uygulamasındaki sözleşmesel önalım hakkının kullanımına dair gelişmeler dikkate alınmış ve bazı eserlerin *kanuni şufa* hakkına dair açıklamalarında, Federal Mahkeme kararına istinaden sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilceği yerlerde, yani satış veya **satışa denk sayılabilen işlemin yapılması** halinde kanuni şufa hakkının kullanılabilceği, sözleşmesel önalım hakkının kullanılamayacağı yerlerde ise *kanuni şufa* hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir.<sup>22</sup>

Sonuç olarak bu evrede birtakım eleştiriler söz konusu olsa da *akdi şufa-kanuni şufa hakkı* açısından konunun düzenleniş yeri esasen Medeni Kanun olup, Borçlar Kanunu sadece akdi şufa hakkının kaynağı olan sözleşmenin şekli hususunda bir hüküm getirdiği için Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu hükümleri tartışmaya mahal verecek bir zıtlık içinde değildir.

### **bb) İkinci Evre**

*İkinci Evre* yeni Türk Medeni Kanunu'nun 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) ile birlikte uygulandığı evredir ki, bu evre Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 12.1.2011 tarihinde kabul edilmesi ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile sonlanmıştır. Yeni Türk Medeni Kanunu muhtevaya dair bazı değişikliklerle birlikte öncelikle sistematik konusunda bir değişiklik yapmış ve kanuni önalım hakkını sıra itibariyle öne alarak sözleşmesel önalım hakkına göre daha ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Toplam dört maddeden (732-735) meydana gelen değişikliklerde, ilk üç madde kanuni önalım hakkına özgülenmiş, sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili tek bir hükme (TMK m. 735) yer verilmiştir.

<sup>21</sup> FEYZİĞLU, s. 77.

<sup>22</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1 İstanbul, 1988, s. 39-40.

Borçlar Kanunu'ndaki önalım sözleşmesinin şeklini düzenleyen hüküm (eBK m. 213/II) ise muhafaza edilerek, Borçlar Kanunu'nda bir değişiklik yapılması cihetine gidilmemiştir. Buna göre sözleşmesel önalım hakkı açısından TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihteki önalım hakkını tanzim eden maddeler ile eski Borçlar Kanunu'ndaki tek hüküm birlikte değerlendirildiğinde hukuki manzara şu şekildedir. Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir ve yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacaktır. Bu evrede konunun düzenlenişi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin esas düzenlemelerin yer aldığı kanun vasfını koruduğunu, hatta yeni Türk Medeni Kanunu'nun, daha ayrıntılı hükümler sevk ettiğini, uygulamada kanuni önalım hakkı ile sözleşmesel önalım hakkına nazaran daha sık karşılaşıldığı<sup>23</sup> yönündeki eleştiriyi dikkate alarak kanun sistematüğinde kanuni önalım hakkına öncelik verdiğini söyleyebiliriz. Yasa koyucunun kanunun sistematüğinde yaptığı değişiklik hakkında 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Fakat söz konusu tercihin sebepleri 1984 tarihli Medeni Kanun tasarısında ifade edilmiştir. *"...ülkemiz uygulamasında kanunî önalım hakkı önemli bir yer işgal ettiği için, bu hak, şerh verilen akdî önalım hakkından daha önce düzenlenmiş ve kurallar buna*

<sup>23</sup> İsviçre'de durumun tam tersi istikamette olduğu yönünde: HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL., Dieter, ZGB Art. 681 PN 9 in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, Zürich 1977

*göre ifade edilmiştir. Bu husus, hakkın kullanılmasına ilişkin olan müteakip madde için de geçerlidir.*<sup>24</sup>

Yalnız, getirdiği yenilikler açısından İsviçre'deki değişiklikleri dikkate alan Türk kanun koyucusunun birkaç noktada İsviçre'deki değişikliklerden ayrıldığı söylenebilir. İlk nokta TMK içinde sözleşmesel önalım hakkına tahsis edilen m. 735 olup, İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) ve Borçlar Kanunu'nda (OR) değişiklik yapılmasını öngören revizyon sonrası sözleşmesel önalım hakkı İsviçre Medeni Kanunu'nun düzenleme alanından tamamen çıkarılarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun satışa dair hükümleri arasında müstakil bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. (OR 216-216e).<sup>25</sup> Netice itibariyle ne ZGB'de ne de OR'de adı geçen maddeye karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır.

Söz konusu düzenlemenin sebebi üzerine Kanunun gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Kanun koyucunun uygulamada çok daha sık karşılaşıyor olması sebebiyle kanun sistematikliğini değiştirerek gerek şekli açıdan kanuni önalım hakkını öne almak yoluyla, gerekse muhteva açısından daha ayrıntılı tanzim etmek suretiyle kanuni önalım hakkına öncelik vermesi anlaşılabilir olmakla birlikte, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağına dair hükmün sebebi ya da sebepleri üzerinde durulmalıdır. Çünkü bu sebebin tespiti üçüncü evrede ortaya çıkacak meselenin halli açısından gereklidir. Türk kanun koyucusunun niçin böyle bir düzenleme yaptığı konusunda kanunun gerekçesinde bir açıklık yoktur. Öyle görünüyor ki sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikleri Borçlar Kanunu'na yansıtmayan kanun koyucu, uygulamasına

<sup>24</sup> <http://app.e-uyar.com/gerekce/index/369f1c8a-9dd3-482a-81fa-89512308977f>, E.T. 23.12.18.

<sup>25</sup> KIRCA, s. 1186; ROBERTO, Vito, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 11/1993, S. 172 ff.

pek az rastlanıldığını düşündüğü sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili kanuni önalım hakkına yollama yapmak suretiyle sorunu geçici olarak çözmeye çalışmıştır.

### cc) Üçüncü Evre

Sözleşmesel önalım hakkına dair *son evre* ise 6098 sayılı TBK hükümlerinin 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle başlayan ve 4721 sayılı TMK hükümleri ile birlikte uygulandığı evre olup hali hazırdaki hukuki duruma karşılık gelmektedir. Yeni Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkı İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere oldukça yakın biçimde kanununun 237 ile 242'inci maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu m. 213/II deki önalım sözleşmesinin şekli ile ilgili düzenleme tarzı madde 237'nin son fıkrasındaki düzenleme ile muhafaza edilmiş ve bir değişiklik yapılmamıştır. Bir yenilik olarak ise süresi ve şerhi (TBK m. 238), devredilmesi ve miras yoluyla geçmesi (TBK m. 239), ileri sürülmesi (TBK m. 240), koşulları ve hükümleri (TBK m.241), kullanılması ve hükümleri (TBK m. 242) başlıkları altında ayrıntılı sayılabilecek yeni hükümler konulmuştur.

Şu hâlde bu evrede ortaya çıkacak en önemli sorun genel olarak şu şekilde formüle edilebilir: TBK'nın sözleşmesel önalım hakkını teferruatlı biçimde düzenleyen bu hükümleri karşısında, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerinin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağı öngören TMK m. 735/III hükmü nasıl değerlendirilecektir?

Sorunu bilhassa burada işlenen önalım olgusuna bakan tarafla tekrar formüle etmek gerekirse, kanuni önalım hakkının kullanımını taşınmaz üzerindeki payın tamamen veya kısmen *üçüncü kişiye satılması haline* hasreden TMK m. 732 ile "*Taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa*

*eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde”* kullanılabileceğini ifade eden TBK m. 240 hükmü birbirleriyle nasıl uyumlaştırılacaktır.

Esasen sorun Türk Borçlar Kanunu tasarısının henüz yürürlüğe girmedığı dönemde doktrinde dikkat çekmiş ve söz konusu hükümler arasında bir çelişkinin olmadığı ifade edilmiştir. Yine Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmesel önalım hakkına ilişkin özel nitelikteki hükümlerinin, Türk Medeni Kanunu’nun TMK m. 735/III atfıyla sözleşmesel önalım hakkına da uygulanması öngörülen ve genel nitelikte kabul edilebilecek hükümlerinden etkilenmeyeceği belirtilmiştir.<sup>26</sup>

Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte sorun tartışılmaya devam etmiş ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklı olmayan görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre TBK’nın aynı konudaki hükümlerinin, esasen kanuni önalım hakkına ilişkin olan fakat 735/III’ün atfıyla sözleşmesel önalım hakkına da uygulanan TMK hükümlerinin yerine geçtiği kabul edilmelidir.<sup>27</sup>

Bir diğer yaklaşıma göre TBK m. 237 vd. hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle TMK m. 735’nin bazı kısımları yürürlükten kalkmış olacaktır.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> BURCUOĞLU, s. 291.

<sup>27</sup> SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2017, s. 414.

<sup>28</sup> Sorunu her iki kanunun konuya ilişkin hükümlerini mukayese ederek irdeleyen GÜMÜŞ’e göre; (2011), s. 435 vd. tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkının, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabileceğini öngören TMK m. 735/I in ilk cümlesi, sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibinin bu hakkı şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya karşı kullanılmasını öngören TBK m. 242 hükmü karşısında yürürlükten kalkmıştır. s. 451. Bize göre her iki hüküm arasından metinde kullanılan ibarelerin dışında bir farklılık mevcut değildir. Her şeyden önce kanuni önalım hakkında davalı malın yeni malikidir, zira kanuni önalım hakkından doğan borç eşyaya bağlı bir borç teşkil ettiği için mülkiyet hakkını kazanan kişi davalıdır. Mülkiyet hakkı ise tescile bağlı olup, davanın kime karşı açılacağı tescilin yapılmış olup olmamasına göre değişiklik arz edeceğinden (EREN Mülkiyet, s. 423) TMK m. 735’te ifade edilen “*her malike karşı*” ifadesi ile kast edilen husus henüz alıcı adına tescil yapılmamışsa, davanın tapu sicilinde malik gözükken kimseye yani satıcıya karşı, tescil yapılmışsa yeni malike karşı açılmasıdır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004) s. 418). TBK m. 242 hükmü bir bütün olarak okunduğunda metinde geçen “*taşınmazın*



Sonraki tarihli TBK'daki açık hükmü karşısında, sözleşmesel önalım hakkının yalnızca satışlarda değil ekonomik açıdan satışa benzer işlemlerde de kullanılabilmesi hususunda herhangi bir şüpheye mahal yoktur. Daha teknik bir ifadeyle sözleşmesel önalım hakkının kullanımı konusunda, yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanacağını öngören TMK m. 735/III hükmü, en azından kanuni önalım hakkının hangi hallerde kullanılacağını düzenleyen kısmı açısından (TMK m. 732) yürürlükten kalkmıştır. Zira aynı konuyu düzenleyen farklı yasalardaki iki hüküm birbirleriyle çelişmekte olup, önalım hakkının kullanımını sadece satışa hasretmeyen ve ekonomik açıdan satışa denk işlemlerde de sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilmesini öngören TBK m. 240 hükmü gerek sonraki tarihli olması gerekse sorunu atıf yoluyla çözen hükme göre konuyu doğrudan düzenlemesi sebebiyle öncelikle uygulanacaktır.

#### **b) Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlemlerde Kanuni Önalım Hakkının Kullanılması Sorunu**

Sözleşmesel önalım hakkının kullanılmasının TBK m. 240 hükmüyle sadece satış halinde değil ekonomik olarak satışa eşdeğer her işlemde kullanılabilmesi tespitini takip eden soru, ekonomik açıdan satışa denk işlemlerde kanuni önalım hakkının da kullanılıp kullanılmayacağı ile alakalıdır.

---

*mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı*” kullanılacağını belirten ifade bu ihtimalleri dikkate alarak “*her malike*” ifadesini kullanan TMK m. 753'teki ifadenin daha açık biçimde ifade edilmesinden ibaret olup netice itibarıyla aynı şeyi söylemektedir. Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 558. Sonuç olarak TBK m. 242 TMK m. 735/1 deki ilk cümlelerin teyit, tekit ve tekrarı niteliğinde görülmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmesel önalım hakkına ilişkin kuralların Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkına uygulanabileceğini öngören bir hüküm bulunmamasına rağmen<sup>29</sup>, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR herhangi bir gerekçe sunmaksızın Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen 240-242'inci maddelerinin önalım olgusuna ilişkin benimsediği esasın kanundan doğan önalım hakkına da tatbik edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>30</sup> Aynı şekilde SİRMEN, sözleşmesel önalım hakkı için önalım olgusu teşkil eden her olayın kanuni önalım hakkı için de önalım olgusu teşkil etmesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>31</sup> GÜMÜŞ ise anılan sorunla ilgili örtülü bir boşluğun

<sup>29</sup> Hatta daha önce ifade edildiği üzere tersi istikamette bir yolla yasal önalım hakkına dair hükümlerin, sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağı yönünde bir hüküm ihdas edilmiştir. Bkz. TMK m. 535/III.

<sup>30</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 554, 556; SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2017, s. 421.

<sup>31</sup> SİRMEN, s. 421; Aynı yönde bkz. ERKAN, Umut Vehbi, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İnÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294. Retrieved from <http://dergipark.org.tr/inuhfd/issue/22418/239983> S.E.T. 13.06.19. Bununla birlikte yazar, bu görüşünü dile getirdiği paragrafa düşülen dipnotta, TBK m. 241'in gerekçesine atıfla üst hakkının ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem olarak kabul edildiğini tespit etmekte, bu tespiti müteakip üst hakkından doğan önalım hakkının Türk Medeni Kanunu'nda yer almadığını, dolayısıyla anılan gerekçenin Türk Medeni Kanunu ile açıkça çelişir nitelikte olduğunu iddia etmektedir. Kanaatimizce, yazarın da kabul ettiği gibi ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler kanuni önalım hakkı için de bir önalım olgusu teşkil ettiği takdirde ortada bir çelişki olmamalıdır. Üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınması ile bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulmasının önalım olgusu teşkil etmesi farklı hususlar olup, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan düzenleme üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınması ile ilgilidir. Bunun ise üst hakkı tesisinin önalım olgusu olarak kabulüyle doğrudan bir alakası yoktur. Diğer bir deyişle İsviçre'de 19 Aralık 1963 tarihinde yapılan değişiklik üst hakkı sahibine önalım hakkı tanınmasına ilişkin olup, önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulmasının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği meselesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yazarın kastettiği Türk Medeni Kanunu'nun yapımı esnasında TMK'ya alınmayan düzenleme bu değişiklik olmalıdır. Yoksa aşağıda değinileceği üzere, bir taşınmazın tamamı üzerinde üst hakkı tanınmasının önalım olgusu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu İsviçre hukukunda tartışmalı olup bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır.

varlığından hareketle ekonomik olarak satışa eşdeğer her işlemde yasal önalım hakkının da kullanılabilceğini belirtmektedir.<sup>32</sup>

Aktarılan görüşlerden çıkan sonuca göre, doktrindeki bir görüş, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkının kullanılmasına imkân veren bir önalım olgusu olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkında önalım olgusu olarak kabul edilmesi **aleyhinde şu hususlar ileri sürülebilir.** Kanuni önalım hakkına ilişkin tarihsel süreç dikkatle incelendiğinde, Türk kanun koyucusunun kanuni önalım hakkını öncelediği ve bağımsız bir düzenlemeye kavuşturduğu söylenebilir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu çabanın bir neticesi olarak kanuni önalım hakkı sistematik açıdan imtiyazlı bir duruma getirilmiş ve kanuni önalım hakkı, önalım hakkı açısından ağırlık merkezi kabul edilmiştir. Bu minvalde, sözleşmesel önalım hakkına ilişkin hükümlerin kanuni önalım hakkına uygulanacağına ilişkin yaklaşıma dönük eleştiriler dikkate alınmış ve kanun koyucu yeni Türk Medeni Kanunu'nda tam ters istikamette bir düzenlemeyle, kanuni önalım hakkına ilişkin düzenlemelerin sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağına ilişkin bir hüküm (TMK m. 735/III) getirmiştir. Netice itibarıyla önalım hakkının ağırlık merkezi kanundan doğan önalım hakkı olup, sözleşmesel önalım hakkı Türk kanun koyucusu nezdinde tali niteliktedir. Kaldı ki TBK'daki yeni düzenlemelerin sözleşmesel önalım hakkının kullanımına dair koşulları değiştirdiği ve yeniden düzenlediği kabul edilse bile, kanuni önalım

---

Yazarın değindiği ve üst hakkı sahibine önalım hakkı tanıyan yasa için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a682>

<sup>32</sup> GÜMÜŞ, s. 453.

hakkının kullanım koşullarının sözleşmesel önalım hakkına uygulanacağını öngören hüküm tamamen yürürlükten kaldırılmış değildir. Kanun koyucunun kanuni önalım hakkını ve hakkın kullanım koşullarını sözleşmesel önalım hakkından soyutlamaya ve bağımsızlaştırmaya çalışan tavrı karşısında sözleşmesel önalım hakkına ilişkin bir değişikliği kanuni önalım hakkına taşımak, kanun koyucunun açık iradesiyle çelişmek ve kanuni önalım hakkı lehine ilerleyen tarihsel süreci tersine döndürmek anlamına gelir.

Sözleşmesel önalım hakkının kullanımına imkân veren ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkı için de önalım olgusu teşkil edeceği hususunda İsviçre doktrin ve uygulaması dayanak olarak gösterilemez. Çünkü önalım olgusu açısından sözleşmesel ve kanuni önalım hakkı arasında kural olarak bir ayırım gözetmeyen İsviçre doktrin bu tavrının kaynağı, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki revizyon sonrası kanuna eklenen hükümdür (Bkz. 681/I, HS.2). Söz konusu hüküm sözleşmesel önalım hakkının kullanımına imkân sağlayan önalım olgusunun, aynı zamanda kanuni önalım hakkının da kullanımına imkân vereceğini öngörmektedir. İsviçre'de konu son derece tutarlı biçimde düzenlenmiş ve tarihsel süreç içindeki sözleşmesel önalım hakkını önceleyen tutum revizyon sonrası da devam etmiştir. Türk hukukunun aksine, İsviçre'de sözleşmesel önalım hakkının uygulaması oldukça yaygın olup, kanuni önalım hakkının kullanımı ile ilgili sözleşmesel önalım hakkına yapılan atıf bu durumun bir eseridir. Türk kanun koyucusu ise Türk uygulamasını dikkate alarak kanun sistematığı ve muhtevası açısından kanuni önalım hakkını esas almıştır. Bu durumda İsviçre'deki hukuki durum, kanunun tarihsel arka planı gözetilmeksizin Türk hukukuna olduğu gibi aktarılamaz.

Üstelik ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilmesini savunanlar dahi, Türk Medeni Kanunu'nun yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye

dair hükümlerinin sözleşmesel önalım hakkına tatbik edileceğine dair kuralın tamamen yürürlükten kaldırıldığını savunmamakta ve bazı konularda TMK'nın genel mahiyetteki hükümlerinin kısmi bir uygulama alanı bulacağını kabul etmektedirler. Şayet ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler, TBK hükümlerinin yasal önalım hakkına da tatbik edilmesi suretiyle yasal önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilecek olursa, önalım hakkı ile ilgili önalım olgusunun tespiti açısından yasal ve sözleşmesel önalım hakkında TBK hükümlerinin uygulandığı, başka konularda ise TMK hükümlerinin uygulandığı garip bir ilişki ortaya çıkacaktır.

Bir diğer husus kanuni önalım hakkının mülkiyet hakkına dönük ya da mülkiyet hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine bir müdahale niteliğinde oluşudur. Bu anlamda mülkiyet hakkını kısıtlayan müdahaleler konusunda bu müdahalelerin istisnai vasfı dikkate alınarak kanun metnindeki ifadeler bu kısıtlamaları malik lehine daraltan biçimde yorumlanmalıdır.<sup>33</sup> Zira mülkiyet hakkı esas, bu hakka yönelik sınırlamalar ise istisnaidir. Halbuki ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemler kanuni önalım hakkının kullanımına imkân veren önalım olgusu olarak kabul edilirse kanundan doğan bir sınırlama henüz muhtevası yeterince belirli olmayan, son derece tartışmaya açık bir kavramla genişletilmiş olacaktır. Bu ise Anayasa m. 35/II'de öngörülen mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların mutlaka kanunla yapılması gerektiği yönündeki ilkeye aykırılık teşkil edecektir. Bu anlamda mülkiyete yönelik müdahalenin mutlaka bir kanuna dayanması gereği/ilkesi, müdahalenin meşruluğu/hukukiliği açısından şekli anlamda bir kanuna dayanmanın yeterli olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Mülkiyet hakkını sınırlayan kanunun

---

<sup>33</sup> Krş. ŞİPKA, s. 21.

muhtevasına dönük şart ise “hukuki belirliliktir.”<sup>34</sup> Söz konusu ilke uyarınca, sınırlamanın kaynağı olan kanun muğlak olmamalı ve elastiki ifadeler içermemelidir.<sup>35</sup> Bu noktada sorulması veya müzakere edilmesi gereken husus, kanuni önalım hakkı bakımından “ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem” kavramı bu belirlilik şartını sağlayacak mıdır?

Sonuç olarak tarihsel süreç gözetilerek Türk kanun koyucusunun niyeti de dikkate alındığında, kanuni önalım hakkına ilişkin genel nitelikteki hükümlerin her iki tipe de uygulanacağı; TBK’nın sözleşmesel önalım hakkına dair açık biçimde farklı bir düzenleme içerdiği durumlarda ise TBK hükümlerinin öncelikle uygulanacağı; fakat bu ayrık düzenlemelerin TMK’da düzenlenen kanuni önalım hakkının kullanımına imkân sağlayan önalım olgusunun belirlenmesinde uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Hali hazırdaki kanun sistematığı de farklı bir çözüme müsaade etmemektedir. Yargıtay’ın konuya ilişkin tutumunu değerlendirmeye geçmeden önce, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkı bakımından önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceğine dair görüşe eklenmesi gereken son bir gerekçe Yargıtay’ın kanuni önalım hakkına dair kararlarındaki tutumudur.

<sup>34</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, s. 117-118 ve s. 120 vd. “*AIHM’in mülkiyet hakkı (ve diğer sınırlanabilir haklar) için geliştirdiği sınırlama rejiminde müdahalenin ulusal hukukta temeli olması demek, söz konusu hukuk normunun mutlaka “kanun” formunda olması demek değildir; daha alt dereceli normatif düzenlemeler de (örneğin yönetmelik) “kanunla öngörülmüş olma” unsurunu karşılamakta yeterlidir. Üstelik “kanunla öngörülmüş olma” unsuru yargıç yapımı hukuku, yani içtihadi hukuku dahi kapsayabilmektedir.*”

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında belirlilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır. “*Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.*” Bkz. AYM, T. 28/2/2013, K.2013/32, E. 2012/116. Kararın tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/resmigazete/metin/RG801Y2013N28734S201332/1> S.E.T. 13.06.19

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, konunun yargı kararlarında nasıl ele alındığı meselesinde, sorunun doğrudan ele alındığı bir Yargıtay kararına ulaşılamamıştır. Ancak bazı Yargıtay kararları yorum yoluyla soruna ışık tutabilir. Yüksek Mahkeme yakın tarihli bir kararında (Y. 14. HD, T. 21.5.2018, E. 2017/5585, K. 2018/3958), önalım hakkını *“Paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir hak”* olarak tanımlamıştır. Aynı karara göre, *“Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasa koyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu sebeple gerek öğretilerde gerekse Yargıtay İçtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz’ı gibi tasarruflarda önalım hakkının cereyan etmeyeceği kabul edilmiştir.”*

Yargıtay’ın konuya ilişkin bir başka kararı ise şu şekildedir. Karara konu olayda<sup>36</sup>, davacı, paydaş bulunduğu taşınmazda, S. ve Y isimli paydaşların trampa yapmak suretiyle; V. ve M. isimli paydaşların da satış yaparak paylarını davalı kooperatife intikal ettirdiklerini ileri sürerek; yapılan işlemin şüfa hakkını bertaraf etmeye yönelik bulunduğunu ve gerçek işlemin satış olduğunu vurgulayarak şüfalı payların iptali ile adına tescilini istemiştir. Yargıtay sorunu değerlendirdiği kararında, öncelikle önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçek bir satım akdinin bulunması gerektiğini, taraflar arasında yapılan sözleşmenin trampa olduğunu, unsurları itibariyle gerçekleşen trampadan sonra kooperatiften alınan yerleri eski paydaşların ((S. ve Y.) başka kooperatiflere satmasının oluşan trampanın varlığını

<sup>36</sup> TUNABOYLU, s. 611 (Y.6.HD. 18.02.2002-703/1119)

etkilemeyeceğini, dolayısıyla trampanın muvazaa sebebiyle iptalini gerektirir bir sebep bulunmadığını belirtmiştir. Kararın sonuç bölümünde ise, diğer paydaşların (V. ve M) yaptıkları satışlar açısından ise, kooperatifin satışın gerçekleştiği tarihte paydaş olduğu, paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açamayacağı ifade edildikten sonra, netice olarak davanın reddedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Olayda, kooperatifin, ilk önce kendisini paydaş duruma getirecek bir trampa işlemi yaptığı, daha sonra ise paydaş konumunu kullanarak diğer hisseleri de bu yolla satın aldığı anlaşılmaktadır. Kararda TBK'da öngörülen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı dikkate alınmaksızın trampanın unsurlarının varlığı yeterli görülerek önalım olgusunun varlığı reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay aktarılan kararlarında sorunu ele alma gereği bile duymamış, TBK yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararlarında kanuni önalım hakkını açık biçimde sadece gerçek anlamdaki satışlara hasretmiştir. Sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen TBK yürürlüğe girdikten sonra, sözleşmesel önalım hakkı açısından trampa sözleşmesi de önalım olgusu kapsamında değerlendirilebilecekken, yasal önalım hakkı ile ilgili olarak Yargıtay trampayı önalım olgusu olarak görmeyen klasik tutumunu sürdürmüştür. Trampanın konu edildiği onlarca farklı Yargıtay kararında, öncelikle yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için gerçek bir satışın varlığının şart olduğu vurgulanmış, bunun dışında trampanın ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı hususu müzakere edilmeksizin, sorun muvazaa çerçevesinde ele alınmıştır.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Y. 14. HD, T. 21.5.2018 E. 2017/5585, K. 2018/3958: "Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir.



Daha basit bir ifadeyle yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için ya gerçek bir satış ya da üçüncü kişinin önalım hakkını engellemeye dönük muvazaalı bir işlem olmalıdır. Bu anlamda örneğin trampa ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem teşkil edebilecek bir hukuki muamele olarak incelemeye tabi tutulmamıştır. Bu noktada kanuni önalım hakkı söz konusu olduğunda, Yargıtay'ın tutumunun net olduğu söylenebilir. Buna göre ya gerçek anlamda bir satış sözleşmesi vardır ya da önalım hakkını engellemeye dönük örneğin trampa görünümlü gerçekte satış olan muvazaalı bir muamele vardır. Yargıtay'ın kararlarında konuyu sürekli bu çerçevede ele aldığı söylenebilir. Dolayısıyla, Yargıtay kanuni önalım hakkını kullanmaya imkân veren bir seçenek olarak “ekonomik açıdan satışa eşdeğer” işlemleri önalım olgusu içinde değerlendirmemiş; TBK'ya dahil edilen satışa eşdeğer işlem şeklindeki önalım kategorisini TMK'daki yasal önalım hakkına taşımamıştır. Netice itibarıyla bahsi geçen tartışmaya ilişkin şu sonuca varılabilir: Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmesel önalım hakkına ilişkin kurallar Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkına uygulanmayacaktır. Diğer bir deyişle kanuni önalım hakkında işlemin ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı tartışılmaksızın öncelikle gerçek bir satış sözleşmesinin varlığı aranacaktır. Gerçek bir satış dışında önalım hakkının kullanımını

---

*Önalım hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasa koyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu sebeple gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz'ı gibi tasarruflarda önalım hakkının cereyan etmeyeceği kabul edilmiştir. Somut olaya gelince; trampa işlemine karşı önalım hakkı ileri sürülemez. Dairemizin 04.06.2014 tarihli, 2014/6607-7418 E-K bozma ilamında belirtildiği üzere, trampaya konu taşınmazların değerleri arasındaki nispetisizlik tek başına trampa danışıklığı olduğu, gerçek amacın satış olduğu sonucunu doğurmaz. Dosya kapsamında toplanan delillerden; trampa işleminin davacının önalım hakkını engellemek amacıyla yapıldığı, gerçekte satış işlemi olduğu kanıtlanamamıştır. Bu sebeple, anılan trampa işlemine karşı açılan davanın reddi gerektiği kuşkusuzdur.” Ayrıca bkz. Y. 14. HD, T. 26.6.2018, E. 2018/1059, K. 2018/4843; Y. 14. HD, T. 26.6.2018, E. 2018/809, K. 2018/4844*

sağlayan ikinci bir seçenek ise üçüncü kişilerce her türlü delille ispatı mümkün muvazaa iddiasıdır.

Önalım olgusunun belirlenmesinde ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramının kanuni önalım hakkına taşınması aleyhindeki fikrin kayıtsız kalınamayacak gerekçeleri bulunmakla birlikte, meseleyi yalnızca satış ve muvazaa penceresinden değerlendiren yaklaşımın doğurduğu sonuçların ne derece adil olduğu da şüpheyle karşılanabilir. Örneğin son aktarılan kararda, elbette trampa sonrasında hisselerini trampa eden paydaşların hisselerine karşılık olarak edindikleri eşyayı üçüncü kişilere satması kural olarak dikkate alınmaz. Ancak bu her durumda böyle midir? Bu noktada, şu sorular sorulabilir: Paylarını trampa eden paydaşların, payların devrine karşılık olarak edindikleri eşya üzerinde özel bir menfaatleri var mıdır? Ya da paydaşların hisselerine karşılık olarak edindikleri eşyayı kısa bir süre sonra üçüncü kişiye satmaları nasıl değerlendirilmelidir? Bu tip soruların sorulmasının anlamı ise açıktır. Zira söz konusu sorular ekonomik yaklaşımın ortaya attığı sorular olup ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla formüle edilmiştir. Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı üzerinden yapılacak bir değerlendirmede ise farklı ve daha adil bir sonuca ulaşılması muhtemeldir.

Fakat sebepleri yukarda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere hali hazırdaki hukuki durumun ve tarihsel gelişimin hakkaniyete daha yakın duran ekonomik yaklaşımın ürettiği çözüm tarzının aleyhine olduğu söylenebilir. Buna rağmen TBK'daki önalım olgusunun tayinine ilişkin çözümün TMK'da düzenlenmiş yasal önalım hakkında da benimsenmesi **lehinde şu gerekçeler ileri sürülebilir.**

Her şeyden önce Türk hukuku açısından çok sık karşılaşılan önalım hakkı tipi kanuni önalım hakkı olup, TBK'daki ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin yalnızca sözleşmesel önalım alım hakkı söz konusu

olduğunda önalım olgusu teşkil etmesi, söz konusu kavramı hukuk uygulaması açısından anlamsızlaştıracak ve uygulama imkanını oldukça daraltacaktır. Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun bütünüleyici bir parçası kabul edildiğine göre, her ne kadar kanunda önalım olgusu kavramı kullanılmasa da önalım hakkı kavramı ilk etapta müşterek bir kavram olup, detaydaki farklar gözetilerek olabildiğince yeknesak yorumlanmalıdır.

Öte yandan yasal önalım hakkının tanınmasındaki amaç, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında birçok anlaşmazlığa sebebiyet veren paylı mülkiyet durumunun ortadan kaldırılması ve paydaşların arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek olup, söz konusu hakkın kullanılmasında bu anlamda kamu menfaatinin de olduğu söylenebilir.<sup>38</sup> Bu amaçlar dikkate alındığında, ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı kullanılarak önalım olgusunun mümkün merteye geniş yorumlanmasında ve söz konusu durumların önalım olgusu kabul edilerek paydaşa önalım hakkı tanınmasında, böylece paylı mülkiyetin sonlandırılmasında veya ortak sayısının azaltılmasında kamunun menfaati olduğu dikkate alınmalıdır.

Bu itibarla olması gereken hukuk açısından yasal önalım hakkını doğuran önalım olgusu sadece satışa özgülenmemelidir. Türk hukukundaki yasal önalım hakkı bakımından önalım olgusunun ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı dikkate alınmaksızın dar yorumlanmasının sebebi, kanunlar arasındaki irtibatın veya uyumlaştırmanın sağlanamamış olmasıdır. Kanuni önalım hakkının mülkiyete dönük bir sınırlandırma veya müdahale teşkil ettiği dolayısıyla, AY m. 35/II gereğince bu sınırlandırmanın muhakkak

---

<sup>38</sup> AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KAHRAMAN, Derya, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, s. 553; AYAN, Mehmet, Kanuni Şufa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağamı, Konya 1995, s. 336.

belirlilik ve öngörülebilirlik kıstasını taşıyan şekli bir kanuna dayanması gerektiği yönündeki gerekçeye karşı ise şu söylenebilir. Türk medeni hukuku açısından bakıldığında özel hukuka bakan yönüyle mülkiyet hakkına dair ihtilaflarda veya kanunen öngörülen sınırlandırmaların içeriklerinin belirlenmesinde hâkimin ve içtihat hukukun önemli bir rol oynaması, hâkime tanınmış bir yetkiden ibaret olmayıp, aynı zamanda fiili bir zorunluluktur. Bu nedenle ekonomik açıdan ve sonuçları itibariyle satışa denk işlemlerin önalım olgusu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hâkimin yetkisi dâhilinde olan bir yorum meselesidir. TBK ve TMK arasındaki hükümlerin birbirleriyle bir uyum içinde olmadığı, bu uyumsuzluğun ise örtülü bir boşluk teşkil ettiği kabul edildiği takdirde, hâkimin bu boşluğu yorum faaliyetiyle bir çözüme kavuşturması gerektiğinde şüphe yoktur. Bu yorum faaliyetinin en önemli yönlendiricisi ve sabitesi ise hakkaniyet ve adalet düşüncesi olmalıdır. Oldukça karmaşıklaşan ekonomik ilişkilere bağlı olarak, satış sözleşmesinin muhtevasının da *primer (iptidai)* şeklinden uzaklaştığı muhakkaktır. Ayrıca kanunda düzenlenmeyen birçok sözleşme tipine *protip* sözleşme olan satışa ilişkin hükümlerin uygulandığı bilinmektedir. Şu hâlde satış sözleşmesini salt belli bir parasal meblağ karşılığında mülkiyetin karşı tarafa nakledildiği bir sözleşme olarak görmek, örneğin mülkiyetin misli bir eşya mukabilinde devredildiği durumları önalım hakkı bağlamında satışa eşdeğer görmemek günümüzün karmaşık ekonomik ilişkileri dikkate alındığında isabetli bir yaklaşım olmadığı gibi hakkaniyetli de değildir. Ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramı, karmaşıklaşan ekonomik ilişkiler karşısında, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan bu suretle kanun koyucuyu ayrıntılı somut düzenlemeler yapmaktan kurtaran şemsiye bir kavram olarak görülmelidir. Sonuç olarak biz- en azından olması gereken hukuk bakımından- ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkı bakımından da önalım

hakkının kullanımına imkân veren önalım olgusu içinde değerlendirilmesinin hakkaniyete daha uygun bir tutum olacağı kanaatindeyiz.

### 3. Sözleşmesel Önalım Hakkı

Bizzat malikin kendi iradesiyle gerçekleştirdiği sınırlamalar içinde önalım, geri alım ve alım hakkı ile malik, mülkiyet hakkının en temel içeriklerinden birisi olan ve esasen borçlar hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğü gereği malın mülkiyetini kural olarak dilediği kişiye devretme yetkisini sınırlandırmaktadır.<sup>39</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 237 ve devamı hükümlerinde düzenlenen bu hukuki imkân ile malik, nispi nitelikli sözleşmelerle malın devrine dair yetkilerini kendi özgür iradesiyle takyit etmektedir. Satış ilişkisi doğuran haklar başlığı altında düzenlenen hükümleri özetlemek gerekirse, öncelikli olarak nisbi nitelikte önalım sözleşmesinin, en çok on yıl olmak kaydıyla tapuya şerh verilebilmesi imkânı getirilmek suretiyle önalım sözleşmesinin taraflarına söz konusu nisbi hakkı, kuvvetlendirilmiş şahsi hakka, eşyaya bağlı bir borç haline getirme imkânı tanınmıştır (TBK m. 238).<sup>40</sup>

Buna göre esasen sadece taraflar arasında hüküm ifade eden bu sözleşmeler şerh verildikleri takdirde, malikin sözleşme ile karşı tarafa tanıdığı bu haklar, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir bir mahiyet kazanmakta, sözleşmenin akdedildiği karşı taraf bu sözleşmelerden doğan haklarını malın sonraki maliklerine karşı da ileri sürebildikleri için söz konusu hakkın ifasına muhatap çevre genişlemekte “şerhten sonra

<sup>39</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 199, dipnot 81'de MEIER-HAYOZ'un hukuki işlemde doğan önalım hakkının mülkiyeti devir hakkını kısıtladığı görüşünü isabetli bulmadığını nakletmektedir; Ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530 vd.

<sup>40</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 205.

taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü"<sup>41</sup> hale gelmekte ve eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğmaktadır.<sup>42</sup> Bu noktada vurgulanması gereken husus tarafların serbest iradelerine dayanan bu sözleşmelerin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemiş sözleşme tipleri olduğu, tapu kütüğüne verilmiş bir şerh olmadığı sürece, bu sözleşmelerden doğan hakkın adi bir alacak hakkı niteliğinde olduğudur. Buna göre örneğin şerh verilmemiş bir önalım sözleşmesinde malik önalım sözleşmesinden doğan yükümlülüğüne aykırı davranırsa, önalım hakkı sahibine tanınan hukuki imkân, uğradığı zararının tazminini isteyebilmesinden ibarettir.<sup>43</sup>

Hakkın devri hususunu tarafların ihtiyarına bırakan kanun, tarafların sözleşmede önalım hakkının devredilebileceğini kararlaştırabileceklerini ve önalım hakkının miras yoluyla intikale elverişli olduğunu düzenlemiştir (TBK m. 239). Buna göre taraflar şayet aksini kararlaştırmamış iseler, önalım hakkı kişisel bir hak olarak varlığını sürdürecektir. Ayrıca bu hakkın devri istikametinde yapılacak anlaşmaların geçerliliği, önalım sözleşmesinin yapıldığı şekle yani adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.<sup>44</sup>

Sözleşmesel önalım hakkının kullanma imkanının doğumunun, hangi hallerin mevcudiyetine bağlandığı konusunda evvela taşınmazın üçüncü kişilere satışı şeklinde ortaya çıkan klasik durum zikredilmiş; peşi sıra ise uygulamaya ve hâkime geniş takdir yetkisi veren *ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlem* kavramı da önalım olgusu içerisinde değerlendirerek önalım hakkının kullanımını sağlayan haller büyük ölçüde genişletilmiştir

<sup>41</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530.

<sup>42</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018), s. 530.

<sup>43</sup> MUTTI, Christoph, Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/1998, S. 29; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 641; EREN, Özel Hükümler, s. 204; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 207; Krş. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 256; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku, C. 2 Mülkiyet, Ankara, 2016, s. 420.

<sup>44</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 218; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 254; ARAL/AYRANCI, s. 207.

(TBK m. 240 f. 1).<sup>45</sup> Maddenin ikinci fıkrasında önalım hakkının kullanılamayacağı haller örnek kabilinden tahdidi olmamak üzere sayılmıştır. Söz konusu hükme göre bu haller şunlardır: taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülenmesi, cebrî artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz (TBK m. 241 f. 2/Art. 216 c Abs. 2OR).<sup>46</sup> Bu hallere ilaveten doktrinde sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılamayacağı hallere örnek olarak şu durumlar zikredilmektedir:<sup>47</sup>

Kat mülkiyeti kurulmuş bir gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden birinin veya kat irtifakı bağlanmış arsa payının satılması halinde diğer kat maliklerinin veya irtifak hakkı sahiplerinin öncelikle satın alma hakkı yoktur. Bir bağımsız bölümün paydaşlarından birinin kendi payını başkasına satması halinde öteki paydaşlar, öncelikle satın alma hakkını kullanabilirler. Sözleşmede bu maddenin aksine hüküm konulabilir (KMK m. 8).<sup>48</sup>

Hakkın nasıl kullanılacağı hususunda ise, büyük ölçüde kanuni önalım hakkına benzer biçimde, satıcı veya alıcının, satış sözleşmesinin yapıldığı ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmesi gerektiği, önalım hakkının kullanılmasından sonra satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmaması durumunda, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür (TBK m. 241). Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım

<sup>45</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 207.

<sup>46</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 210; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255.

<sup>47</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 210 vd.; Krş. ARAL/AYRANCI, s. 209.

<sup>48</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2018) s.560, Dipnot: 1225; ŞİPKA, s. 115; Kat irtifakı kurulması halinde konuya dair açıklamalar için bkz., USLU, Abdüssamet, Kat İrtifakı, Ankara, Şubat 2019, s.73-78.

hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanacağı (TBK m. 241 f. 3 (olağan/adi önalım hakkı), hükmünün zıt anlamından tarafların önalım sözleşmesinin tapuya şerhinde önalım hakkı sahibinin önalım hakkını hangi şartlar altında kullanabileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceği (mevsuf/nitelikli şufa hakkı) sonucu çıkarılabilecektir.<sup>49</sup> Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibinin muhatabının kim olduğu noktasında, kanunda bu hakkın şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyetinin alıcı adına tescil edilmiş olması durumunda alıcıya, aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve herhâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açılarak kullanılmak zorunda olduğu ifade edilmiştir (TBK m. 242).

### III. Önalım Olgusunun Mahiyetinin Belirlenmesi Sorunu

#### 1. Tanım

Önalım hakkının kullanılması açısından hakkın kullanılabilmesinin bağlandığı asli unsuru veya şartı<sup>50</sup> ifade eden ve Almanca Vorkaufsfall<sup>51</sup> diye

<sup>49</sup> EREN, Özel Hükümler, s.199.

<sup>50</sup> KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-318, Bern, 2012, S. 128, PN. 65; SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2010, S. 79, PN. 517; VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich, 1972, S. 76; Önalım sözleşmesini çift şarta bağlı satış olarak nitelendiren görüşün eleştirisi için bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 1/1, İstanbul, 2008, s. 276; BINDER, Markus, OR Art. 216c PN. 1 ff. in: HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. MÜLLER-CHEN, Markus/ HUGUENIN, Claire, Zürich, 2016 ; Kavramın hukuki mahiyetine dair detaylı tartışmalar için bkz. NOELPP, Christoph, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel, 1987, S. 40 vd. Önalım (şufa) hakkının şarta bağlı bir iştirah hakkı olduğu yönünde bkz. NOMER, Haluk, N., Vefa Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 76.



isimlendirilen ve Türkçe'ye önalım hakkının kullanımını sağlayan önalım **hadisesi**<sup>52</sup>/**hali**<sup>53</sup> /**olgusu**<sup>54</sup>/ **olayı**<sup>55</sup>/**vakası**<sup>56</sup> diye çevrilebilecek önalım hakkının kullanımının bağlandığı temel olay, öncelikle üçüncü kişi ile yapılacak geçerli bir taşınmaz satış sözleşmesi olarak anlaşılmıştır.<sup>57</sup> Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) Türk Medeni Kanunu'ndan (TMK) farklı olarak, yasal önalım hakkının hangi hallerde kullanılabilceği ile ilgili sözleşmesel önalım hakkına açık bir atıfla (Art.216c OR), sözleşmesel önalım hakkının kullanılabilceği durumlarda yasal önalım hakkının da kullanılabilceğini düzenlemiştir.<sup>58</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen maddesi ise, ZGB'nin önalım hakkının kullanımını taşınmaz satışı ile kayıtlayan hükmünden farklı olarak,

<sup>51</sup> GHANDCHI, Lilian, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich,1999, S. 187. Önalım olgusunun OR Art. 216c'de detaylı biçimde tanımlandığını ifade eden yazar, İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) bu kadar detaylı bir tanıma pek az rastlandığını belirtmektedir.

<sup>52</sup> FEYZİOĞLU, s. 183.

<sup>53</sup> SEBÜK, s. 71; HELVACI, İlhan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Ön-Alım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999- 2000, s. 409.

<sup>54</sup> EREN, Mülkiyet, s. 452.

<sup>55</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, (2004), s. 417, Dn. 984; ŞIPKA, s. 49; BAYGIN, Cem, Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, BÜHF-KHHD, S. 79- 80, Y. Mart- Nisan 2011, s. 17; AYDIN ÜNVER, Tülay, Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi, BÜHFD, C. 11, S. 145, Y. 2016, s. 833.

<sup>56</sup> DEMİRSATAN, s. 918.

<sup>57</sup> GÖKSU, Tarkan, ZGB Art. 681, PN. 3 in: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht; REY/STREBEL, ZGB Art. 681 PN. 2 ff. in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB (Hrsg.) HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./GEISER, Thomas, Basel, 2014.

<sup>58</sup> "...im übrigen können die gesetzlichen Vorkaufsrechte unter den Voraussetzungen geltend gemacht werden, die für die vertraglichen Vorkaufsrechte gelten." Söz konusu cümlemin tercümesi şu şekildedir: Kanuni alım hakkı ayrıca sözleşmesel önalım hakkının ileri sürülebildiği durumlarda dahi ileri sürülebilir.

sözleşmesel önalım hakkının ekonomik olarak taşınmaz satışına denk hukuki işlemlerde de kullanılabileceğini düzenlemiştir (Art. 216 c Abs. 1).<sup>59</sup>

İsviçre Medeni Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'na yapılan açık yollama sebebiyle, sadece payın üçüncü kişilere satışında değil, satışa denk işlemlerde veya fiili ve ekonomik olarak satış ile güdülen amacı gerçekleştirmeye müsait başka işlemlerde de kanuni önalım hakkının doğacağı anlaşılmaktadır. ZGB'de atıf yapılan İsviçre Borçlar Kanunu m. 216 c hükmü iki fıkradan müteşekkil olup ilk fıkroda önalım hakkının kullanımına meydan veren önalım olgusunun öncelikli olarak satış olduğu ifade edilmiş, devamında ise son derece genel bir ifadeyle ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin de önalım olgusu (Vorkaufsfall) teşkil edeceği ifade edilmek suretiyle önalım olgusunun kapsamı genişletilmiştir. İkinci fıkroda ise sözleşmesel önalım hakkının kullanılamayacağı haller tahdidi olmayacak biçimde kısaca sayılmıştır.<sup>60</sup>

## 2. Önalım Olgusunun Kapsamının Taraf İradeleriyle Değiştirilebilirliği

Önalım olgusu ile alakalı tartışılması gerek önemli sorunlardan birisi de tarafların irade muhtariyeti kapsamında, kanunda tanımlanan önalım olgusunu kendi özgür iradeleriyle değiştirip değiştiremeyecekleri sorunudur. Söz konusu değişiklik iki şekilde tezahür etmektedir. Tarafların yaptığı değişiklik, önalım olgusunun kapsamının genişletilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, tam tersi istikamette bazı işlemlerin önalım olgusu olarak

<sup>59</sup> STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: *Kurzkommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Hrsg.) BÜCHLER, Andrea / JAKOB, Dominique, Basel, 2012.

<sup>60</sup> FASEL, Urs, OR Art. 216c, PN.1 in: *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, Hrsg. HEINRICH, Honsell / PETER, Vogt Nedim / WOLFGANG, Wiegand (Hrsg.), Basel, 2011.

kabul edilmemesi suretiyle önalım olgusunun muhtevasının daraltılması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.<sup>61</sup>

### a) Önalım Olgusunun Kapsamının Daraltılması

İsviçre literatüründe kanunen önalım olgusu içinde değerlendirilen bazı hukuki işlemlerin taraf iradeleriyle önalım olgusu dışına çıkarılabileceği tartışmasız biçimde kabul edilmiştir. Örneğin taraflar aile fertlerinden birisine yapılacak satışın önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceği ve bu durumda önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir anlaşma yapabilirler.<sup>62</sup>

### b) Önalım Olgusunun Kapsamının Genişletilmesi

Tarafların özgür iradeleriyle alacakları bir kararla esasen kanunen yapılan tanım dikkate alındığında önalım olgusu içinde değerlendirilemeyecek bir hukuki işlemi önalım olgusu olarak nitelendirip nitelendiremeyecekleri sorunu İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Uygulama ve doktrinin bir kısmı tarafların bu imkana sahip olduklarını savunmaktadır.<sup>63</sup> Yalnız bu fikri savunanlar içinde bir kısmı, tarafların önalım olgusu olarak nitelendirdikleri hukuki işlemin, şerh edilecek haklardaki sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi gereği, şerh edilebilirliğini reddetmektedirler.<sup>64</sup> FOEX ayrıca kanunda açık biçimde önalım olgusu sayılmayacak haller olarak yazılan hukuki işlemlerin, taraf iradeleriyle önalım olgusu olarak

<sup>61</sup> RÜEGG, Jonas, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Zürich, 2014, S. 291, PN. 746.

<sup>62</sup> Bu durumda şerh imkânı sabit kalmaktadır. STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR; RÜEGG, S. 291, PN. 747; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar

<sup>63</sup> RÜEGG, S. 292, PN. 748 Fn. 1511; STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

<sup>64</sup> STARK, OR Art. 216c PN. 5, in: KURZKOMMENTAR

değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>65</sup> Buna karşın doktrindeki başka yazarlar, önalım olgusunun taraf iradeleriyle genişletilemeyeceği kanaatindedirler.<sup>66</sup>

Önalım hakkı hususunda bu genel bilgilerden sonra çalışmanın esas problemiğini teşkil eden önalım olgusunun konuyu ilgilendirdiği boyutuyla tarihsel gelişimine kısaca değinilmelidir.

### 3. Tarihsel Gelişim

İsviçre Federal Mahkemesi 1956 yılına kadar ki içtihatlarında<sup>67</sup> önalım olgusunun varlığı için sürekli olarak:

- Geçerli bir satış sözleşmesinin varlığını
- Bu satışın iradi olmasını<sup>68</sup>
- Eşya hukuku kuralları gereğince mülkiyetin naklini
- Mülkiyetin naklinin cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşmesini
- Mülkiyetin nakli karşılığında para veya herkesçe yerine getirilebilir bir karşı edimin kararlaştırılmasını<sup>69</sup>

- Malın mülkiyetinin nakledildiği kişinin şahsının<sup>70</sup> borç ilişkisi açısından bir önem arz etmemesini şart koşmuştur.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> RÜEGG, S.292, PN. 748.

<sup>66</sup> RÜEGG, S. 292, PN. 748.

<sup>67</sup> BGE 44 II 362 E. 1 S. 369; BGE 44 II 380 E. 2 S 387 f; WERREN, Eva, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunkt Betrachtung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2012, S. 32. (WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.; WERREN, Eva, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, Jusletter 17, September 2012, S. 6; Krş. GHANDCHI, S. 191.

<sup>68</sup> Von FİSCHER LEHMANN, Marie, ZGB Art 681 PN. 2, in: ZGB KOMMENTAR SCHWEİZERİSCHEN ZİVİLGESETZBUCH, (Hrsg.), KOSTKIEWICZ, Jolanta K./NOBEL, P./SCHWANDER, Ivo/WOLF, Stephan, 2001.

<sup>69</sup> HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar; REY/STREBEL, Art. 681 PN. 6, in: BSK ZGB II; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Agnes, Art. 216c PN. 3, in: OR KOMMENTAR SCHWEIZERİSCHES OBLIGATIONENRECHT, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland, Zürich, 2016.

<sup>70</sup> STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB

Federal Mahkeme önalım olgusunun ne zaman gerçekleştiği sorununu ilk defa konu edindiği kararında (BGE 44 II 362 ff.),<sup>72</sup> kanunda soruna dair açık bir cevap bulunmadığı için sorunun cevabının, hakkın mahiyetinden/ tabiatından çıkarılabileceğini ifade etmiştir. Buna göre önalım (Vorkauf) kavramından, önalım hakkının, ancak üçüncü kişiyle satış sözleşmesi (Verkauf) yapıldığı zaman kullanılabileceği anlaşılmaktadır. Malın bağış, bir şirkete sermaye olarak getirilmesi, malın miras sebebiyle mirasçılara intikali veya mirasçılar arasında paylaşılması gibi satış dışındaki bir sebebe dayanan ferağ ve devirlerde önalım olgusu gerçekleşmeyecektir. Aynı şekilde, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, mal kendisine intikal eden kişinin karşı edimi trampa veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinde olduğu gibi, önalım hakkı sahibinin ifa edemeyeceği şekilde belirlenmişse, önalım olgusunun varlığı reddedilmelidir.<sup>73</sup> Federal Mahkeme 1928 yılında verdiği bir başka kararında şu ifadelerle bu hususu tespit etmektedir. “*Önalım hakkının yükümlüsü [malik] üçüncü kişi ile [önalım hakkına konu eşyaya ilişkin] geçerli bir satış sözleşmesi yapar yapmaz, önalım olgusu vâki olmaktadır.*”<sup>74</sup> Federal Mahkeme bu minvalde verdiği muhtelif kararlarında özetle, önalım olgusunun varlığı için formel bir yaklaşımla *bir satış sözleşmesinin varlığını* şart koşmuştur.<sup>75</sup>

Federal Mahkeme 1959 yılındaki bir başka kararında (BGE 85 II 474 ff.), ortada bir satış sözleşmesi olmaksızın önalım olgusunun varlığının hangi

---

Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

<sup>71</sup> RÜDLINGER, S. 8.

<sup>72</sup> <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2044362.pdf>, E.T. 26.12.2018.

<sup>73</sup> LANZ, Raphael, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2000, S.14.

<sup>74</sup> BGE 54 II 323, 326.

<sup>75</sup> LANZ, S.16.

şartlara bağlandığını ilk defa tartışmıştır. Karara konu olayda mirasbırakan bir taşınmazı kardeşine vasiyet etmiş; fakat aynı zamanda malın üçüncü kişilere satılması durumunda yeğenine nitelikli bir önalım hakkı tanımış, mirasbırakanın ölümünü müteakip, taşınmaz maliki, öncelikle belli bir meblağ karşılığında önalım hakkından vazgeçmesi için murisin yeğenine teklifte bulunmuş fakat murisin yeğeni teklif edilen meblağı az bularak bu teklifi reddetmiş, taşınmaz maliki kardeş ise bu duruma öfkelenerek önalım hakkının kullanımını engelleyen fakat malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmesini sağlayan bir yolu nasılsa bulacağını açıklamıştır.<sup>76</sup> Daha sonra taşınmazı miras yoluyla iktisap eden taşınmaz maliki kardeş, üçüncü kişi lehine, 80 yıl süreli, mirasçılara devri ve üçüncü kişilere satışı mümkün, bağımsız ve sürekli nitelikte yani tapuya ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilecek bir üst hakkı tesis etmiş ve taraflarca bu üst hakkına karşılık olarak 2000 İsviçre frangı kararlaştırılmış, sözleşmede kararlaştırılan uzun süreye rağmen fiyat değişimi bir endekse bağlı kılınmamış bir süre sonra ise miktarını sadece taşınmaz maliki kardeş ile üst hakkı sahibinin bildiği (gizledikleri) toplu bir meblağ ödenerek üst hakkı bedeli sona erdirilmiştir. Üst hakkı tanıyan sözleşmeden haberdar olan önalım hakkı sahibi yeğen ise önalım hakkını kullanmak istemiştir.<sup>77</sup>

Federal Mahkeme söz konusu olayda, taşınmaz malikinin aslında üst hakkı kurmak istemediğini, taşınmazı satmak istediğini; üst hakkı tanıyan sözleşmenin içeriği dikkate alındığında, taşınmaz malikinin malın sadece çıplak ve şekli mülkiyetini kendinde tuttuğunu; ancak mülkiyetten doğan mühim yetkilerin tamamını üst hakkı sahibine devrettiğini, örneğin üst hakkı sahibinin malı kullanma ve maldan istifade yetkisinin hiçbir biçimde sınırlandırılmadığını, hatta taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde mülkiyet

<sup>76</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 40.

<sup>77</sup> LANZ, S. 17.

hakkından doğan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesisi etmek gibi sınırlamalar yapmak yetkisinden vazgeçtiğini, üst hakkı sahibine ise bu yetkinin sınırsız biçimde tanındığını, öncelikle vurgulamıştır.<sup>78</sup>

Federal Mahkeme'ye göre söz konusu hususlar dikkate alındığında, tarafların kanunen kendilerine tanınan hukuki imkanlar içinde kendi menfaatlerine en uygun olanı seçtikleri şeklinde değerlendirme yapılamaz. Bilakis taraflarca seçilen ve esasen meşru olan yol ile amaçlanan hedef, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını önlemek olup, taraflar bu gaye uğruna aslında amaçlarını gerçekleştirmeye çok daha uygun olan satış sözleşmesi yapmak yerine, geniş yetkiler içeren ve satış ile elde edilmesi muhtemel menfaatleri büyük ölçüde sağlayan üst hakkı sözleşmesi yapmışlardır.<sup>79</sup>

Daha önceki içtihatlarında önalım olgusunun varlığı için sürekli biçimde bir satış sözleşmesinin varlığını şart koşan Federal Mahkeme anılan kararında üst hakkı lehtarına tanınan ve oldukça geniş yetkiler içeren üst hakkının her ne kadar bir satış ilişkisi teşkil etmese de, kaçak bir yolla/kanuna karşı hile ile önalım hakkının dolanılması anlamına geldiğini ve söz konusu işleme bağlanan hukuki sonucun ise işlemin geçersizliği olmayıp, işlem geçerli kabul edilmekle birlikte önalım olgusunun da gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>80</sup> Mahkemeye göre tarafların üst hakkı kurmak suretiyle, üçüncü kişinin önalım hakkını kullanmasını engellemeye dönük tutumu, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Federal Mahkeme'nin sonunun çözümünde hareket noktası dürüstlük kurallarına

<sup>78</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 40-41.

<sup>79</sup> BGE 85 II 474 E. 4c S. 485.

<sup>80</sup> BGE 85 II 474 E. 4c S. 465

aykırılık olmakla birlikte sorunun çözümünde esasen şart müessesine başvurulmuştur. Buna göre, şartın dürüstlük kurallarına aykırı biçimde gerçekleşmesi engellendiği takdirde, şart gerçekleşmiş kabul edilecektir. Önalım hakkında ise, önalım olgusunun gerçekleşmesi hakkın geciktirici şartı mahiyetinde olup, bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellenmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.<sup>81</sup>

Federal Mahkeme'nin iki aşamalı bir çözüm olarak, ilk aşamada önalım olgusunun varlığını reddetmesi fakat sonraki aşamada ise dürüstlük kuralı üzerinden ulaştığı sonuç metodik olarak eleştiriye uğramış ve söz konusu üst hakkının gerek sözleşmesinin amacı gerekse etkileri bakımından satışa müsavi/eş olduğu belirtilerek, Federal Mahkeme'nin dürüstlük kuralı üzerinden yaptığı açıklamaların lüzumsuz olduğu ifade edilmiştir.<sup>82</sup> Bahsi geçen olay üzerinde iki temel yaklaşım tartışılacak olursa, sonuç odaklı yaklaşım ilk etapta önalım olgusunun gerçekleştiğini kabul etmeyecektir. Çünkü olayda şekli anlamda malın mülkiyetinin devri söz konusu değildir. Fakat olayın arka planı dikkate alındığında ve sözleşme ile amaçlanan hususun üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek olduğu düşünüldüğünde önalım olgusunun varlığı kabul edilecektir. Tersinden söylemek gerekirse, tarafların dürüstlük kuralına aykırı bir amaç gütmeyeceği ihtimalde, üst hakkı sözleşmesi ile malın mülkiyeti devredilmediği için önalım olgusu gerçekleşmiş sayılamayacaktır.<sup>83</sup> Ekonomik yaklaşım ise, bu arka planla doğrudan ilgilenmeyip, üst hakkı sözleşmesi ile üst hakkı lehtarının kendisine tanınan yetki cihetiyle taşınmaz maliki ile karşılaştırılabilir bir mevkie gelip gelmediğiyle ilgilenecektir. Diğer bir deyişle, üst hakkı sözleşmesinin içeriği ile üst hakkı sahibine tanınan yetkiler, mal satılmış olsaydı yeni malikin sahip

<sup>81</sup> BGE 85 II 474, 485. RÜDLINGER, S. 7.

<sup>82</sup> LIVER, Peter, ZBJV 96 (1960), S. 423.

<sup>83</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 41.



olacağı yetkiler ile büyük ölçüde örtüşüyorsa veya yakınsa ya da maldan istifade etme noktasında üst hakkı sahibi malın malikinden geri kalmıyorsa, üst hakkı sözleşmesi önalım olgusu olarak nitelendirilebilecektir.<sup>84</sup> Mevcut olayda üst hakkı sahibine tanınan yetkiler dikkate alındığında, üst hakkı sözleşmesinin önalım olgusu olarak değerlendirileceği şüphesizdir.

Federal Mahkeme'nin içtihatlarına konu olan olaylar içinde dikkat çeken bir diğer içtihadına<sup>85</sup> konu olayda ise sorun şu şekilde özetlenebilir: Şirket hisselerinin nerede ise tamamının bir ortağa ait olması durumunda ve şirket mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine bir önalım hakkı tanınması halinde, şirket hisselerinin neredeyse tamamına sahip olan kişi hisselerini üçüncü kişiye satarsa, önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanabilecek midir?

Federal Mahkeme önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağını tartıştığı kararında, hukuki işlemin tarafları olan şirketin ve tek ortağının ekonomik olarak özdeş olmasını dikkate almamış ve hukuki olarak şirket ve şirket hisselerinin tamamına sahip olan ortağın ve şirketin iki farklı hukuki özne olduğu ilkesinden hareket etmiştir.<sup>86</sup> Federal Mahkeme'ye göre, önalım olgusunun varlığı için satış akdi gerekli olup, şirket taşınmaz üzerinde bu tip bir tasarrufta bulunmamış ve malın mülkiyeti el değiştirmeyip şirketin mülkiyetinde kalmaya devam etmiştir. Sonuç olarak önalım olgusu gerçekleşmemiştir.<sup>87</sup> Federal Mahkeme'nin gerekçeleri nazara alındığında, sonuç odaklı yaklaşımın argümanları ile aynı olduğu görülecektir. Eşya hukuku anlamında malın mülkiyetinin naklini şart koşan sonuç merkezli

<sup>84</sup> Krş. WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 41.

<sup>85</sup> BGE 92 II 160 ff.

<sup>86</sup> LANZ, S. 20.

<sup>87</sup> LANZ, S. 20.

yaklaşımına göre hisse senetlerinin devri öncesinde ve sonrasında malik şirket olup değişmemiştir. Olayda hisse senetlerinin devri ile önalım hakkının kullanılmasına mani olunmak istendiğine veya hukuken korunmayan bir amaç takip edildiği yönünde bir işaret veya veri olmadığı sürece, önalım olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.<sup>88</sup> Ekonomik yaklaşıma göre ise şirket hisselerinin nerede ise tamamının bir ortağa ait olması durumunda, şirket hisselerinin neredeyse tamamına sahip olan kişinin hisselerini üçüncü kişiye satması halinde, her ne kadar şirket ve şirketin tek hissedarı ya da büyük ortağı farklı iki süje gibi gözükseler de, hisselerin satışı ile birlikte şirket mülkiyetinde bulunan taşınmaz üzerinde fiili ve ekonomik hakimiyet üçüncü kişiye geçmiş olacağı için, önalım olgusunun varlığı kabul edilmelidir.<sup>89</sup>

Federal Mahkeme'nin oldukça şekli gözüken bu yaklaşımı karşısında LIVER, söz konusu işlemin vergi hukuku bağlamında bir el değiştirme olarak kabul edilmesine rağmen, medeni hukuk bağlamında neden böyle olmadığını ve medeni hukukçuların ekonomik yaklaşımı neden gözden uzak tutmak zorunda olduklarını sorgulayıcı biçimde gündeme taşır.<sup>90</sup>

Özetlenmeye çalışılan safhada Federal Mahkeme kararlarına şekli bir yaklaşımın daha doğrusu bugün sonuç odaklı yaklaşım taraftarlarınca savunulan argümanların hâkim olduğu ekonomik yaklaşımın, hakkın kötüye kullanılması kapsamında kısmi bir uygulama alanı bulduğu söylenebilir.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.47.

<sup>89</sup> Krş. WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S.47.

<sup>90</sup> LIVER, Peter, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1966, Sachenrecht, ZBJV 104/1968, S. 12 ff.; aktaran: LANZ, S. 21.

<sup>91</sup> LANZ, S. 21.

Federal Mahkeme ekonomik yaklaşıma kapı açan mühim kararında (BGE 115 II 175 ff.)<sup>92</sup> ise, önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun, şekli bir yaklaşıma göre değil, *yapılan işlemin muhtevasının ve ekonomik boyutlarının dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini*, bu yüzden şeklen bir satış olmamasına rağmen, satışla hedeflenen ekonomik amacı gerçekleştirecek başka bir işlem yapıldığında dahi önalım olgusunun varlığına müspet cevap verilebileceğini ifade etmiştir. Buna göre, mühim olan malın üçüncü kişiye bir karşı edim mukabilinde devri olup, elde edilecek karşı edimle alakalı üçüncü kişinin şahsı bir ehemmiyet arz etmemelidir. Bu anlamda söz konusu ekonomik neticeyi gerçekleştirmeye müsait işlemler önalım olgusu olarak takdir edilmelidir.

Kararda görüldüğü üzere, Federal Mahkeme hakkın kötüye kullanılması müessesesine temas etmeksizin<sup>93</sup> açık bir biçimde ekonomik yaklaşımı esas almakla birlikte, önalım hakkını engellemeye dönük işlemleri tespit eden bir çabaya gerek duymamıştır. Ancak işlemin bu yaklaşım çerçevesinde önalım olgusu içinde değerlendirilemediği durumlarda ancak istisnai olarak önalım hakkını engellemeye dönük bir işlem olup olmadığına bakılacaktır.<sup>94</sup>

İsviçre uygulamasında durum özetlenen biçimdeyken, doktrinde konu ile alakalı yapılan tartışmalar açısından konuyla çok yoğun biçimde meşgul olan MEIER-HAYOZ'un 1961 yılında yayımlanan ve doktrini ciddi anlamda yönlendiren makalesi konuyla ilgili bir kilometre taşı teşkil etmektedir.<sup>95</sup> Yazar söz konusu makalede özetle, tarafların önalım sözleşmesinde neyin

<sup>92</sup> LANZ, S. 22-23.

<sup>93</sup> WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 6.

<sup>94</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 33.

<sup>95</sup> MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall, ZBGR 45/1964, S. 257 ff.

önalım olgusu olduğunu belirlemekte serbest olduklarını ve bir hukuki işlemin önalım olgusu olarak belirlenmesinde öncelikle taraf iradelerinin esas alınması gerektiğini, bir vakıanın önalım olgusu olarak değerlendirilmesi açısından satış hükümlerine göre kurulmuş bir satış sözleşmesinin varlığının şart olmadığını, daha ziyade ekonomik perspektifin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>96</sup> Yine yazara göre görünüşte bir satış olmasına rağmen gerçekte önalım olgusu gerçekleşmemiş olabileceği gibi, tam tersi olarak, zahiren bir satış bulunmamasına rağmen yapılan işlemle satış sözleşmesiyle amaçlanan ekonomik gaye güdülüyorsa, önalım olgusunun varlığı var kabul edilebilecektir. Son olarak yazar önalım olgusunu, şu şekilde tanımlamaktadır: Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın üçüncü bir kişiye herkes tarafından yerine getirilebilir bir karşı edim mukabilinde intikalini amaçlayan her hukuki işlem önalım olgusudur.<sup>97</sup>

Ezcümlle, 1991 yılındaki değişikliğe kadar büyük ölçüde MEIER-HAYOZ'un etkisiyle şekillenen öğretinin ana eğiliminin, önalım hakkının kullanımının bağlandığı vakayı ifade eden önalım olgusunun dar yorumlanmaması, geniş yorumlanması gerektiği, sadece satışa hasredilmemesi, mülkiyetin naklini amaçlayan her iki tarafa da borç yükleyen, karşı edimin paranın dışında misli bir eşya teşkil ettiği karşılıklı sözleşmelerin de önalım olgusu içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir.<sup>98</sup> Diğer bir ifadeyle, iktisadi bir yaklaşımın egemen olduğu bu anlayışa göre üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede, üçüncü kişinin borcu satış sözleşmesinin ayırıcı vasfı olarak para ediminin dışında misli bir eşya da teşkil edebilir. Aynı yaklaşıma göre, önalım hakkına konu malın

---

<sup>96</sup> LANZ, s. 27.

<sup>97</sup> MEIER-HAYOZ, (1964), S. 267, 270; LANZ, S. 27 ff.

<sup>98</sup> RÜEGG, S. 248, PN. 638.

malikinın üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmede yükümlülüğü malın mülkiyetinin naklini borçlanmış olmasıdır.<sup>99</sup>

Doktrinin sorunun cevabı bağlamında ortaya koyduğu çözüm önerisi, sorunun yani ekonomik açıdan satışa muadil/denk hukuki işlemlerin belirlenmesinde genel kayıtlarla ve ifadelerle hareket edilemeyeceği ve sorunun bu şekilde cevaplandırılmayacağı, öncelikli olarak şimdiye kadar oluşan mahkeme içtihatlarının ve öğretinin dikkate alınması gerektiğidir.<sup>100</sup> Buna göre bir hukuki muamelenin ekonomik açıdan satışa denk olup olmadığı hususu/sorunu, her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek bir çözüme ulaşılmalıdır. Fakat kanundaki genel ifade tarzından kanun koyucunun önalım hakkı sahibini önceleyen ve hakkın kullanımını kolaylaştıran bir yaklaşım içinde olduğu ve bu yaklaşımın bir neticesi olarak kullandığı genel ifadeyle hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir.<sup>101</sup>

İsviçre hukuk uygulamasında ve doktrininde yaşanan fikri gelişmeleri müteakip 1991 yılında yapılan revizyon sonrası kanuna eklenen ekonomik açıdan satışa muadil/eşdeğer hukuki işlem kavramı söz konusu ibarenin ne anlamda yorumlanması gerektiği hususunda iki temel yaklaşımın ortaya çıkmasına sebep olmuştur.<sup>102</sup>

İlk yaklaşım sonuç odaklı yaklaşım (Finale Betrachtungsweise) diğer yaklaşım ise ekonomik yaklaşımdır (Wirtschaftliche Betrachtungsweise). İki yaklaşım arasındaki en temel farkın şu noktada düğümlendiği söylenebilir. Sonuç merkezli yaklaşım bir hukuki işlemin önalım olgusu olarak

<sup>99</sup> RÜEGG, S. 249, PN. 639.

<sup>100</sup> FASEL, OR Art. 216c PN. 1, 5, in: BSK OR I.

<sup>101</sup> FASEL, OR Art. 216c PN. 5, in: BSK OR I.

<sup>102</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

değerlendirilebilmesi için malın mülkiyetinin eşya hukuku kurallarına göre üçüncü kişiye naklini şart görürken, ekonomik yaklaşım bunu şart olarak görmemekte, maldan beklenen ekonomik faydadan üçüncü kişilerin faydalanmasını sağlayan el değiştirmelerin dahi önalım olgusu olarak değerlendirileceğini ifade etmektedir.<sup>103</sup> Fakat Alman hukuku da dikkate alındığında konuya dair görüşler bu iki yaklaşımdan ibaret değildir. Aşağıda Alman hukuku da dikkate alınarak, konuya ilişkin görüşler aktarılmaya çalışılmıştır.

#### 4. Önalım Olgusunun Belirlenmesinde Ortaya Çıkan Yaklaşımlar

##### a) Sonuç Odaklı Yaklaşım (Finale Betrachtungsweise)

Sonuç odaklı yaklaşıma göre kanundaki ekonomik açıdan satışa denk ibaresi İsviçre yargısındaki ve doktrinindeki önalım hakkı ile alakalı oluşmuş mevcut görüşün bir kurala bağlanmasından ibarettir.<sup>104</sup> Bu yaklaşımın temsilcileri, ilginç bir biçimde, Federal Mahkeme'nin daha önce bahsedilen ve ekonomik yaklaşıma kapı açan mühim kararındaki (BGE 115 II 175 ff.), *“eşyanın karşı edim mukabilinde [üçüncü kişiye] devri”* ifadesini görüşlerine dayanak olarak sunmaktadırlar.<sup>105</sup> Bu görüşün takipçilerine göre önalım olgusunun belirlenmesinde rol oynayacak merkezi vasıf, hukuki işleme konu eşyanın bir edim mukabilinde üçüncü kişiye devredilmesidir. Diğer bir tabirle mühim olan husus, sözleşmenin amacının eşya hukuku hükümleri bağlamında sözleşme konusu malın mülkiyetinin nakline yönelik yönelmediğidir.<sup>106</sup> Kısaca önalım hakkı ile yüklü taşınmazın mülkiyetinin

<sup>103</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

<sup>104</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34; MEIER, Robert, Das neue Vorkaufs -, Kaufs - und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, in: AJP 3/1994, S. 139 ff., S. 144; RÜDLINGER, S. 17.

<sup>105</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

<sup>106</sup> REY, Heinz, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 39 ff. S. 52; WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 34.

herkes tarafından yerine getirilebilir bir edim mukabilinde üçüncü bir kişiye devredilmesi önalım olgusu açısından olmazsa olmaz bir şart olarak kabul edilmektedir.

### b) Ekonomik Yaklaşım (Wirtschaftliche Betrachtungsweise)

Ekonomik yaklaşım özellikle SCHURIG tarafından savunulan vergi hukukuna mahsus yaklaşımları da dikkate alan bakış açısını ifade etmektedir. Bu yaklaşıma göre bir hadisenin veya hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilebilmesinde belirleyici kıstas, malı temlik eden sözleşmeyle (örneğin trampa ile) hedeflenen doğrudan amaca, önalım hakkı alacaklısı ile yapıldığında da ulaşıp ulaşamadığıdır.<sup>107</sup> Bu anlamda sorun şu şekilde formüle edilebilir: önalım hakkı alacaklısı üçüncü kişi ile yapılan sözleşmedeki üçüncü kişinin borçlandığı karşı edimi yerine getirebilecek midir? Örneğin trampa sözleşmesinde karşı edim, önalım hakkı ile yüklü malın maliki mükellef açısından misli nitelikte olduğunda bu mümkün olacak, önalım alacaklısı da edimi yerine getirmeye muktedir olacaktır.<sup>108</sup> Bir diğer deyişle, önalım hakkı ile yüklü eşya üzerinde yapılacak sözleşme ile hedeflenen doğrudan amaca, üçüncü kişi ile değil de önalım hakkı alacaklısı ile yapıldığında da ulaşılabilmesi kaydıyla, önalım olgusunun varlığı kabul edilecektir.<sup>109</sup>

Ekonomik yaklaşım taraftarlarına göre, kanuna eklenen yeni hükmün amacı yalnızca İsviçre yargı ve doktrinince geliştirilen mevcut durumun kanunlaştırılmasından ibaret olmayıp, söz konusu hüküm önalım olgusunun

<sup>107</sup> SCHURIG, Klaus, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Diss. Köln, Berlin, 1975, S. 135, 160.

<sup>108</sup> BURBULLA, S. 21.

<sup>109</sup> SCHURIG, S. 134; BURBULLA, S. 21.

kapsamının genişletilmesini hedeflemektedir.<sup>110</sup> Önalım olgusu içinde değerlendirilecek işlemin amacı konusunda, bu amacın satış sözleşmesinin amacıyla aynı olması gerektiği konusunda sonuç odaklı yaklaşımla birleşen ekonomik perspektif, satış sözleşmesinin amacının ne olduğu noktasında sonuç odaklı yaklaşımdan ayrılmaktadır.<sup>111</sup> Ekonomik yaklaşıma göre, satış sözleşmesinin amacı savunulduğu gibi eşya hukuku bağlamında malın şekli anlamdaki mülkiyetinin nakli<sup>112</sup> değil, bilakis mal üzerindeki ekonomik ve fiili hakimiyetin ve bu hakimiyete bağlı yararlanmanın karşı tarafa geçirilmesidir. Bu yaklaşıma göre malın eşya hukuku anlamında mülkiyetinin üçüncü kişiye intikali, hukuki işlemin maddi içeriğini göz ardı ettiği için birtakım problemlere sebebiyet verecek ve örneğin önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tesisi, eşya hukuku bağlamında malın mülkiyeti nakledilmediği için önalım olgusu olarak değerlendirilemeyecektir, çünkü bu durumda malın çıplak mülkiyeti hala malın malikinde kalmakta ve taraflar mülkiyetin devrini hedeflememektedirler.<sup>113</sup> Dolayısıyla satış sözleşmesinin gayesi eşya hukuku bağlamında şekli mülkiyetin nakli değil, maldan aynen satış halinde gerçekleşen istifadeyi temin edecek fiili ve ekonomik hakimiyetin karşı tarafa geçirilmesidir.<sup>114</sup> Önalım olgusunun var olup olmadığı sorunu ise, olaydaki somut hukuki işlemle, maldan tam bir istifadeyi temin eden fiili ve ekonomik hakimiyetin karşı tarafa geçirilmesi gayesinin takip edilip edilmediğine göre cevaplanmalıdır. Şayet hukuki işlemle satış sözleşmesinin de amacı olan fiili ve hukuki hakimiyetin nakli hedefleniyorsa önalım olgusunun varlığı kabul

<sup>110</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35; RÜDLINGER, S. 17.

<sup>111</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35.

<sup>112</sup> REY, (1994), S. 52; LANZ, S. 34; WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 35-36.

<sup>113</sup> LANZ, S. 35.

<sup>114</sup> LANZ, S. 35.



edilmelidir.<sup>115</sup> Somut olayda önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği ancak olayın doğru bir biçimde yorumlanmasıyla mümkün olup gerek önalım hakkı yükümlüsünün gerekse önalım hakkına sahip olan kişinin menfaatleri bir denge zemininde karşılaştırılmalıdır.<sup>116</sup> Sonuç olarak önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak tesisi veya bu taşınmazın şahsi bir borca konu olması, mal üzerindeki fiili ve ekonomik hakimiyetin sınırlı aynı hak sahibine veya şahsi borç ilişkisinin diğer tarafına geçirilmiş olması kaydıyla, önalım olgusu olarak değerlendirilebilecektir.<sup>117</sup>

Ekonomik yaklaşım farklı gerekçelerle bazı eleştirilere uğramıştır. Söz konusu eleştirilerin özetle şu başlıklarda toplandığı söylenebilir. Kanuna karşı hile teşkil eden durumlar hakkında bir çözüm önerisi getirememesi, sözleşmeye sadık olan taraf ile dürüstlük kurallarına aykırı davranan kişiyi aynı muameleye tabi tutması, sözleşmenin doğrudan amacı ifadesinin yeterince sarih olmaması ve sözleşmenin dolaylı amaçlarından kolayca ayırt edilememesi, kavramsal belirsizlikler ve son olarak söz konusu yaklaşımın vergi hukukuna mahsus bir yaklaşım olması ve hadiseleri medeni hukuk perspektifinden ve kavramsallaştırmalarından soyutlayarak değerlendirmeye çalışması belli başlı tenkit başlıkları olarak ifade edilebilir.<sup>118</sup>

### **c) Sözleşmelerin Tipolojik Tasnifi: BYDLINSKI Tarafından Önerilen Yol**

Literatürde Avusturyalı hukukçu BYDLINSKI tarafından savunulan bu görüş satış sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafının önemsizliği

---

<sup>115</sup> LANZ, S. 35.

<sup>116</sup> MEIER-HAYOZ, (1964), S. 279; LANZ, S. 36.

<sup>117</sup> WERREN, Das vertragliche Vorkaufsrecht, S. 36.

<sup>118</sup> BURBULLA, S. 24. ff.

varsayımından hareket etmektedir. Bu görüşe göre satış sözleşmesinde satıcı için alıcı şahsın bir önemi olmayıp, satıcıyı sözleşmeyi yapmaya sevk eden husus karşı tarafın kişiliği veya sahip olduğu kişisel özellikler değildir. Tipik bir satış sözleşmesinde satıcı buna herhangi bir önem atfetmez.<sup>119</sup> Bu yüzden malın mülkiyetini üçüncü kişiye geçiren hukuki işlemin veya sözleşmenin tipik şeklinde, satıştan farklı olarak sözleşmenin karşı tarafının kişiliği ve ifa ettiği edim bir hususiyet arz ediyorsa, önalım hakkı ile mükellef kişinin ulaşmak istediği amaç açısından önemli ise, yapılan sözleşme önalım olgusu olarak tavsif edilemeyecektir.<sup>120</sup> Böylece trampa sözleşmesinde, bağışlama sözleşmesinde ve önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde önalım olgusu gerçekleşmezken, eser teslim sözleşmesinde ve önalım hakkı ile yüklü eşyanın malikinin, söz konusu malı, başka bir kimseye borcunu ödemek maksadıyla ifa yerine devrettiğinde önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacaktır.<sup>121</sup> Satış sözleşmesine fonksiyonel yaklaşan ve satış sözleşmesinde akdi muhatabın ve karşı edimin diğer satıcı için bir özellik arz etmediği fikrine dayanan ve satışın tipolojisine uygun sözleşmeleri önalım olgusu olarak değerlendiren bu görüş Alman hukukunda açık kıstaslar ortaya koyduğu gerekçesiyle taraftar bulmuştur.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> SCHERMAIER, Martin Josef, Die Umgehung des Vorkaufsrechts durch „kaufähnliche Verträge“, Archiv für die civilistische Praxis 196. Bd., H. 3 (1996), S. 256-275, S. 261.

<sup>120</sup> BYDLINSKI, in KLANG/GESCHNITZER, Kommentar zum ABGBIV/2, 1978, 746, 751 ff. (aktaran): SCHERMAIER, S. 261; BURBULLA, S. 22; Ayrıntılarda farklılaşan bir yaklaşımı İsviçre'de gözlemlemek mümkündür. FASEL, şayet hakkın kötüye kullanılması söz konusu değilse, malın mülkiyeti kendisine nakledilen üçüncü kişinin edimi şayet önalım hakkına sahip kişi açısından yerine getirilmesi mümkün olmayan bir form ve muhtevaya sahipse ki, örneğin trampa sözleşmeleri veya ölünceye bakma sözleşmesi bu kabildendir, bu durumda bu tip işlemler ekonomik açıdan satışa denk görülme suretiyle önalım hakkı sahibine bir önalım hakkı tanınmamalıdır. FASEL, OR Art. 216c PN. 4, in: BSK OR I.

<sup>121</sup> SCHERMAIER, S. 261, BYDLINSKI'nin ifadesinin bir noktada tamamlanmaya muhtaç olduğunu belirttikten sonra, karşı edimin misli karakterde olması şartıyla trampa sözleşmesinin de bu manada önalım olgusu teşkil edeceğini ifade etmiştir.

<sup>122</sup> BURBULLA, S. 30.

#### d) Tamamlayıcı Yorum Metodu

Tamamlayıcı yorum metodu Alman Medeni Kanunu (BGB) § 157'ye dayanmaktadır. Söz konusu madde sözleşmelerin yorumlanmasında örf adetini gözetilerek, dürüstlük kurallarının gerektirdiği şekilde yorum yapılmasını emretmektedir. Sözleşmenin tamamlanmasına dönük bir yorum teşebbüsü, her şeyden önce anılan sözleşmede bir boşluğun varlığını gerekli kılmaktadır.<sup>123</sup> Sözleşmedeki boşluğun kaynağı ve sebebinin ise bu noktada bir önemi olmayıp, tarafların söz konusu hususu sözleşmede düzenlememeleri bilinçli bir tercih olabileceği gibi bir dikkatsizlik neticesinde de doğmuş olabilir. Aynı şekilde söz konusu akdi boşluğun sözleşmenin kurulduğu tarihte var olması ile sonradan gelişen hadiseler sebebiyle ortaya çıkması arasında da bir fark bulunmamaktadır.<sup>124</sup> Akdi bir boşluk içeren sözleşme her şeyden önce ve her şeye rağmen sözleşme taraflarının değer ölçülerini, sözleşme ile güttükleri gayeyi ve sözleşmenin anlamını içeren birtakım normları yansıtmaktadır. Tamamlayıcı yorum ise örf adetini gözetilerek dürüstlük kuralları ışığında söz konusu normların geliştirilmesidir.<sup>125</sup> Tarafların farazi irade ve isteklerinden ziyade mühim olan, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç, örf adet ve dürüstlük kuralının gerekleri dikkate alındığında taraf menfaatlerinin adilce mukayesesi neticesinde nasıl bir karar alacaklarını tespit etmektir. Diğer bir deyişle yapılacak şey salt farazi taraf iradelerini tespititten ibaret değildir.<sup>126</sup> Son olarak sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında öncelikle kanunun tamamlayıcı

<sup>123</sup> MANSEL, Heinz-Peter, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 2018.

<sup>124</sup> MANSEL, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig (2018).

<sup>125</sup> MANSEL, BGB § 157, PN. 2 in: Jauernig (2018).

<sup>126</sup> MANSEL, BGB § 157, PN. 4 in: Jauernig (2018).

kuralları mümkün mertebe kullanılmalı, bu mümkün olmadığında tamamlayıcı yorum yoluna başvurulmamalıdır. Aksi takdirde kanundaki tamamlayıcı kuralların pratik bir önemi kalmayacaktır.<sup>127</sup>

Kısaca izah edilen tamamlayıcı yorum metodu, önalım anlaşmasının/sözleşmesinin yorumlanmasında daha doğrusu tarafların önalım sözleşmesinde önalım olgusu teşkil edip etmeyeceğini açıkça kararlaştırmadıkları hukuki işlemlerin (sözleşmelerin) vasfının tespit edilmesinde kullanılmak üzere GRUNEWALD tarafından teklif edilmiştir.<sup>128</sup> Dürüstlük kuralları ve örf adet çerçevesinde adil bir değerlendirme neticesinde farazi taraf iradelerini tespiti yönelmiş bu yorum metodunu Alman Federal Mahkeme'sinin bir kararına dayanarak önalım anlaşmalarına uygulayan yazara göre, önalım hakkı alacaklısı açısından bakıldığında eşyanın satılması veya hediye edilmesi arasında hakikatte bir fark bulunmamaktadır, zira önalım hakkının yükümlüsü malı hediye etmek istediğinde malı elinden çıkarmak yönündeki iradesini açık biçimde ortaya koymuş olmaktadır. Aynı şekilde önalım hakkı alacaklısı açısından da malın üçüncü kişiye hediye edilmesi ile satılması arasında bir fark bulunmamaktadır, zira onun da amacı malı elde etmektir.<sup>129</sup> Önalım hakkı yükümlüsünün malı yalnızca somut olaydaki üçüncü kişiye bağışlamak istediği, önalım hakkı alacaklısına bağışlama istemeyeceği yönündeki itiraz ise, BGB § 315 üzerinden bertaraf edilmektedir. Söz konusu maddeye göre, sözleşmedeki edimin tayini taraflardan birisine havale edilmişse, tereddüt halinde, edim hakkaniyete uygun biçimde belirlenecektir.<sup>130</sup> Sonuç olarak bu anlayışa göre, bağışlama

---

<sup>127</sup> MANSEL, BGB § 157, PN. 3 in: Jauernig (2018).

<sup>128</sup> GRUNEWALD, Barbara, Umgehungen schuldrechtlicher Vorkaufsrechte, in: Festschrift Für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang, Nörr Harm, Peter Westermann, S. 139.

<sup>129</sup> GRUNEWALD, S. 139.

<sup>130</sup> GRUNEWALD, S. 139.

sözleşmesi ve trampa sözleşmesi önalım olgusu teşkil edebilecektir.<sup>131</sup> Söz konusu metot değişik sebeplerle tenkit edilmiştir. Bu metoda dair ilk eleştiri tamamlayıcı yorum metoduna ihtiyaç olmadığı şeklindedir. Bu eleştiriye göre, taraflar özgür iradeleriyle önalım olgusu teşkil edecek sözleşmeleri genişletebilme imkanına sahiptirler. Söz konusu imkân gerek BGB § 463'ün emredici olmayışından gerekse sözleşme özgürlüğü ilkesinden doğmaktadır. Taraflar şayet bu imkânı kullanmamışlarsa, ihtilaf halinde tamamlayıcı yorum üzerinden hâkim soruna müdahil olmamalıdır.<sup>132</sup> Diğer bir eleştiri ise tamamlayıcı yorumun uygulanışının vardığı nokta açısından olup, tamamlayıcı yorum sözleşme konusunun genişletilmesine veya değiştirilmesine vasıta kılınmamalıdır. Tamamlayıcı yorumla hedeflenen husus her ne kadar sözleşmedeki akdi boşlukların tamamlanması ise de, tamamlayıcı yorum, taraflardan birisinin dikkatinden kaçan veya unuttuğu bir hususun onun lehine olacak biçimde sözleşmeye eklenmesine hizmet etmemelidir.<sup>133</sup>

Son eleştiri ise şu şekilde özetlenebilir. Şayet taraflar bir konuda kanuni düzenlemeden ayrılmamışlarsa, bu bahsi geçen konuda, tarafların kanuni düzenlemeyi benimsedikleri veya sorunun çözümünü kanuni düzenlemeye bıraktıkları anlamına gelir. Alman hukukundaki kanuni düzenleme ise, önalım hakkını satış sözleşmesine tahsis etmiş malın temlikini sağlayan diğer sözleşme tiplerini önalım olgusu olarak görmemiştir.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> GRUNEWALD, bununla birlikte trampanın konusunun taşınmazların değişimi olduğunda taraf menfaatlerinin değerlendirilmesinin birtakım zorluklar barındırdığını kabul etmekle birlikte, bu durumda da önalım olgusunun gerçekleşebileceğini savunmaktadır. S. 140.

<sup>132</sup> BURBULLA, S. 22-23.

<sup>133</sup> BURBULLA, S. 23-24.

<sup>134</sup> BURBULLA, S. 24.

### e) Dürüstlük Kuralı

Esasen ekonomik yaklaşım dahil hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, her yaklaşımda önalım olgusunun belirlenmesinde dürüstlük kuralının az çok belirleyici ve yönlendirici olduğunu, benimsenen metodun çıkmazları için sürekli başvurulmuş temel bir düstur olduğu söylenebilir. Aynı şekilde gerek önalım olgusunun belirlenmesinde gerekse ortaya çıkan sorunların çözümünde söz konusu yaklaşımlar ortaya çıkmadan önce dürüstlük kuralının bahsi geçen sorunları çözmede kullanıldığı, hatta izah edilen yaklaşımlara kaynaklık teşkil ettiği, ilham verdiği söylenebilir. Zira önalım olgusunun satışa hasredilmemesi gerektiği konusundaki tartışmalarda ilk dayanağın dürüstlük kuralı olduğu veya tersinden söylemek gerekirse dürüstlük kuralına aykırı davranışların bu tartışmayı başlattığı ileri sürülebilir. Önalım hakkı ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğu meselesine gelince mevzu şu şekilde özetlenebilir.

Önalım hakkı ile şarta bağlı işlem arasında kurulan benzerlik gereği, önalım borçlusunun önalım olgusunun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde engellemesi durumunda şart hükümlerine kıyasla önalım olgusunun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak Türk ve İsviçre borçlar kanunlarında yapılan düzenlemeyle, önalım olgusunun üçüncü kişilerle yapılan satışlarla sınırlandırılmaması ve ekonomik açıdan satışa denk veya muadil işlemlerin de önalım olgusu olarak kabul edilmesi ve bu suretle önalım olgusunun yayıldığı hukuki zeminin oldukça genişlemesi neticesinde, dürüstlük kuralına bu noktada duyulan ihtiyaç büyük ölçüde azalmıştır. Fakat bu dürüstlük kuralının tamamen önemini yitirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır, zira bilhassa üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla satış bedelinin yüksek gösterildiği bedelde muvazaa gibi bazı işlemlerde dürüstlük kuralı önemini

korumaktadır.<sup>135</sup> Alman hukuku için de kuralın önemini koruduğu ayrıca ifade edilmelidir.

### 5. Üçüncü Kişi ile Yapılacak Hukuki İşleme İlişkin Genel Koşullar

Gerek üçüncü kişi ile yapılacak bir satış sözleşmesi olsun gerekse ekonomik açıdan satışa denk bir işlem olsun, her iki hukuki işlem açısından da ortak vasıf, üçüncü bir şahısla geçerli bir sözleşmenin yapılmasıdır.<sup>136</sup> Bu sebeple çalışmada üçüncü kişi ile yapılacak sözleşmeye ilişkin genel koşullar öncelikle işlenecek, bunu müteakip önalım olgusu teşkil eden sözleşmeler daha geniş tabirle hukuki işlemler ele alınacaktır. Önalım olgusu teşkil eden her durumda üçüncü kişi ile geçerli bir sözleşme yapılmış ve tamamlanmış olmalıdır. Üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlem ancak tam bir geçerliliğe sahip olduğunda önalım olgusu gündeme gelecektir.<sup>137</sup> Dolayısıyla salt üçüncü kişi ile sözleşme öncesi görüşmeler yapılması önalım olgusunun gerçekleşmesi için kâfi olmayıp aynı şekilde önalım hakkı sözleşmesinin borçlu tarafının satış niyetini açık biçimde ortaya koyması da yeterli değildir.<sup>138,139</sup> Zira olağan önalım hakkında, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin koşulları önalım hakkına sahip kişi için de geçerli olacağı için sözleşme koşulları açık ve net

<sup>135</sup> RÜEGG, S. 228, PN. 586.

<sup>136</sup> BURBULLA, S. 71.

<sup>137</sup> BURBULLA, S. 71.

<sup>138</sup> SIMONIUS Pascal/ SUTTER Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995, PN. 56; STREBEL, Lorenz Joseph, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009, S. 95, PN. 295; MAIER-HAYOZ, Arthur, ZGB Art. 681, PN. 179 in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband, Grundeigentum II, Art. 680 –701 ZGB, Bern 1975; RÜEGG, S. 202 PN. 538.

<sup>139</sup> Alman hukukunda da sözleşme öncesi görüşmeler önalım olgusu açısından yeterli sayılmamıştır. BURBULLA, S. 71.

olmalıdır. Geçerli bir sözleşmenin kurulması şart olmakla birlikte, sözleşmeden doğan borcun ifası veya yapılan sözleşmenin ayakta tutulması<sup>140</sup> önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından şart değildir.<sup>141</sup> Sonuç olarak önalım olgusunun vukuu, hukuken geçerli bir sözleşmenin kurulmasına bağlı olup, aksi takdirde bir önalım olgusundan bahsedilemeyecektir. Örneğin sözleşmenin şekle aykırılık, ehliyetsizlik, kişilik haklarına, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırılık veya konusunun imkânsız olması sebebiyle kesin hükümsüz olması durumunda, önalım olgusu da gerçekleşmeyecektir.<sup>142</sup> Hatta önalım hakkı sahibinin söz konusu geçersiz sözleşmeye istinaden önalım hakkını dava yoluyla kullanması ve ileri sürmesi de bir etkiye sahip olmayacaktır.<sup>143</sup>

#### a) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmelerde Şekle Aykırılığın Önalım Olgusuna Etkisi

Önalım hakkını kuran sözleşmenin borçlu tarafının üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olduğu ihtimale kısaca değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere taşınmazların geçerli bir surette devri, devrin sebebini teşkil eden ve satışa ilişkin objektif ve sübjektif esaslı noktaları içeren sözleşmenin geçerli olmasına ve tapu memurunca yapılacak tescile bağlıdır. Şayet geçerli bir tescil yoksa, taşınmazın devri mümkün olmayıp devir işlemi kesin olarak hükümsüzdür. Yalnız gerek İsviçre Federal Mahkemesi gerekse Yargıtay uygulaması<sup>144</sup> şekle aykırılığın ileri sürülmesine dürüstlük kuralları çerçevesinde bir sınır çizmiş ve şekle

<sup>140</sup> STREBEL, S. 71, PN. 218.

<sup>141</sup> RÜEGG, S. 202, PN. 538.

<sup>142</sup> SIMONIUS/SUTTER, S. 367, PN. 57; WIEDERKEHR, Alphons, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1936, S. 127; STREBEL, S. 91, PN. 280.

<sup>143</sup> SIMONIUS/SUTTER, S. 367, PN. 57; STREBEL, S. 91, PN. 280; RÜEGG, S. 203, PN.539; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 185 in: Berner Kommentar.

<sup>144</sup> Bkz. ÇELİKTAŞ, Demet, Şekle Aykırılık Ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, DEÜHFD., (Kudret Ayiter'e Armağan), C.3, S.1-4, Y.1988, s. 593-641.



aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda şekle aykırılığın dürüstlük kurallarına aykırı biçimde ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>145</sup> Dolayısıyla önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin kanunen öngörülen şekle aykırı olması halinde, esasen geçersiz olan ve önalım olgusu teşkil etmeyen sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi şayet hakkın kötüye kullanılması içinde değerlendirilebiliyorsa, bahsi geçen ve aslında geçersiz olan sözleşme, geçerli bir sözleşme gibi önalım olgusu olarak kabul edilecektir.<sup>146</sup>

Alman hukukunda da üçüncü kişi ile yapılan sözleşme şayet şekle aykırılık sebebiyle geçersizse önalım olgusu gerçekleşmiş sayılmamakta ve önalım hakkı kullanılmamaktadır.<sup>147</sup> Bununla birlikte Alman hukukunda taşınmaz satışlarının şeklini düzenleyen maddede (BGB § 311b/II Satz. 2), taşınmaz satış sözleşmelerinin noterde yapılması gerektiği, fakat bu şekle riayet etmeksizin yapılan sözleşmelere istinaden tapu kütüğüne tescil yapılmışsa, sözleşmenin geçerli addedileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu tip bir durumda tapu kütüğüne tescil yapıldığı anda önalım hakkının kullanımı mümkündür.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> BGE 135 III, 295 ff. (299) E.3.2.

<sup>146</sup> RÜEGG, S. 203, PN. 540.

<sup>147</sup> BURBULLA, S. 71; GRUNEWALD, Barbara, BGB § 463, PN. 11 in: ERMAN Handkommentar, 2008, Band I; WESTERMANN, Harm. Peter., BGB § 463, PN. 11 in: MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH Kommentierung der §§ 433– 473 BGB, in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München, 2016.

<sup>148</sup> BURBULLA, S. 72.

## b) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmelerde Muvazaanın Önalım Olgusuna Etkisi

Bu anlamda değinilmesi gereken bir diğer husus, önalım hakkını engellemeye dönük muvazaalı işlemlerdir. Adi (olağan) önalım hakkında önalım borçlusunu üçüncü kişi ile yapacağı sözleşmede, önalım hakkının kullanılmasının önüne geçmek adına, sözleşmede kararlaştırılan satış bedelini oldukça yüksek tutabilir. Böylece üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin koşulları önalım hakkının alacaklısı için de bağlayıcı olacağı için, bu durumda önalım hakkını kullanmak önalım hakkı alacaklısı için cazip olmayacak ve muhtemelen önalım hakkını kullanmak istemeyecektir. Aynı şekilde önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin gerçekte satış olmasına rağmen bağış olarak gösterilmesi durumunda, sözleşmenin niteliğinde muvazaa söz konusu olacaktır. Peki böyle bir durumda, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak mıdır? Federal Mahkeme, bilhassa bedelde muvazaa halinde görünürdeki sözleşme gerçek taraf iradelerine uymadığı için, gizli işlem ise sözleşmenin esaslı bir unsuru olan bedel tapu memurunun düzenlediği resmi şekil içinde gösterilmediği için her iki sözleşmeyi de geçersiz kabul etmektedir.<sup>149</sup> Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda gerek doktrin gerekse yargı muvazaa söz konusu olduğunda, sonuçları itibarıyla bedelde muvazaa veya sözleşmenin niteliğinde muvazaa arasında bir ayrım gözetmemekte ve gizli işlem için şekil şartının arandığı durumlarda her iki işlemi de geçersiz kabul etmektedir. Bununla birlikte soruna başka bir madde üzerinden çözüm bulunmaya çalışılmış, dürüstlük kuralının şart müessesesindeki görünümü üzerinden sorun çözülmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde İsviçre'de geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, soruna İsviçre Borçlar

<sup>149</sup> WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; RÜEGE, S. 204, PN. 541.

Kanunu'nun şartla alakalı hükmü OR Art. 156 (TBK m. 175) uyarınca bir çözüm getirilmektedir.<sup>150</sup> Bahsi geçen maddeye göre taraflardan biri şartın gerçekleşmesine dürüstlük kuralına aykırı olarak engel oluyorsa, şart gerçekleşmiş kabul edilecektir. Söz konusu madde olaya uygulanacak olursa, çözüm tarzı şöyle formüle edilebilir. Şayet önalım hakkının yükümlüsü ve üçüncü kişi dürüstçe davranıp gerçek bedeli bildirmiş olsalardı, sözleşme geçerli olacak, dolayısıyla önalım olgusu gerçekleşmiş olacaktı. Halbuki önalım hakkı borçlusunun ve üçüncü kişinin dürüstlüğü aykırı davranışı yüzünden, önalım hakkının kullanılabilmesinin şartı olan geçerli satış sözleşmesi kurulamamıştır. Söz konusu şart borçlu olan önalım borçlusunu yüzünden dürüstlük kurallarına aykırı biçimde engellendiği için şart tahakkuk etmiş sayılacaktır. Dolayısıyla geçerli bir satış sözleşmesi olmamasına rağmen önalım olgusu gerçekleşmiş olacak, böylece önalım alacaklısı önalım hakkını kullanabilecek ve önalım sözleşmesi tarafların gerçek iradelerindeki bedel üzerinden kurulmuş olacaktır. Zaruret halinde bedel hâkim tarafından belirlenecektir. Önalım hakkını kullanma süresi ise, önalım olgusu daha önceki bir tarihte gerçekleşmesine rağmen, önalım hakkının alacaklısının muvazaalı işleminden haberdar olduğu tarihten itibaren başlayacaktır.<sup>151</sup>

Bu anlamda sıkça rastlanan bir hükümsüzlük sebebi olan muvazaanın da satış sözleşmesi daha doğrusu önalım hakkının kullanımı üzerine etkisi üzerinde kısaca durulmalıdır. Paydaşın önalım hakkını kullanmasına mâni olmak amacıyla, asli hüviyeti satış olan bir işlemin tapuda bağış olarak gösterilmesi halinde veya yine benzer bir gaye ile paydaşın kanuni önalım

<sup>150</sup> WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; SCHMID, Hans Peter, Das Vorkaufsrecht, Diss. Basel, 1934, S. 85; RÜEGG, S. 204, PN. 541.

<sup>151</sup> RÜEGG, S. 204, PN. 541.

hakkını kullanmasına mâni olmak amacına matuf olarak satış bedelinin yüksek gösterilmesi durumunda hukuki durum kısaca şöyle özetlenebilir. Öncelikle Türk hukukunda bedelde muvazaa ile sözleşmenin niteliğinde muvazaanın farklı çözümlere kavuşturulduğu belirtilmelidir.

Sözleşmenin niteliğinde muvazaa ile başlamak gerekirse, bu ihtimalde önalım hakkı borçlusunu ile üçüncü kişi, önalım hakkının kullanımına mâni olmak kastıyla sözleşmenin niteliğini farklı göstermektedir.<sup>152</sup> Örneğin gerçekte satış yapıldığı halde tapudaki işlemin bağış olarak gösterildiği sözleşmenin niteliğindeki nisbi muvazaa olarak isimlendirilen bu tip durumlarda Türk hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

**ESENER**, Federal Mahkeme'nin bulduğu çözümün Türk hukuku açısından da geçerli olduğunu şu satırlarla ifade etmektedir: *“Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde satış arkasında gizlenmiş olan şekil noksanı ile malul hibeleri muteber addetmeğe imkân yoktur.”*<sup>153</sup>

**FEYZİOĞLU**, aynı istikamette düşünmekle birlikte, yine Federal Mahkeme kararlarında olduğu gibi, tek çıkar yolun, hakkın kötüye kullanılması yasağı üzerinden şekle aykırılığın ileri sürülmesinin önüne geçmek olduğunu ve gizli satış işlemine dayanarak önalım talebine dayanmanın mümkün olduğunu belirtmektedir.<sup>154</sup>

**EREN'e** göre görünüşteki bağış işlemi muvazaa, bu işlemin arkasına gizlenen satış işlemi ise şekle riayetsizlik sebebiyle mutlak biçimde kesin olarak hükümsüzdür. Yine yazara göre netice itibarıyla önalım hakkının doğabilmesi için geçerli bir satış sözleşmesinin varlığı şart olduğuna göre, **bu**

<sup>152</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 403-404.

<sup>153</sup> **ESENER**, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956, s. 81.

<sup>154</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 411. Yazar bununla birlikte **ESENER'e** istinaden hakkın kötüye kullanılmasının geçersiz işlemi geçerli hale getirmediyini, sadece butlan iddiasında bulunan tarafın talebinin mesmû olmayacağını ileri sürmektedir.

durumda ortada geçerli bir satış sözleşmesinin bulunmaması sebebiyle önalım hakkı doğmayacaktır.<sup>155</sup>

Görüldüğü üzere Türk hukukundaki hâkim eğilim tarafından önalım hakkı ile yüklü taşınmaz ile ilgili üçüncü kişilerle yapılacak muvazaa işlemlerindeki taraflarca arzulanan gizli satış işlemi, büyük ölçüde İsviçre doktrin ve uygulamasının etkisiyle geçersiz kabul edilmekte ve ilk etapta önalım hakkının şartı olan önalım olgusu olarak kabul edilmemektedir, meğer ki söz konusu şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etsin.

Bedelde muvazaaya gelince, bu da iki şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>156</sup> Birinci ihtimal satış bedelinin olduğundan düşük gösterilmesidir ki, bu

<sup>155</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 208; Konunun esas mihreri önalım hakkına dair ortaya çıkan her sorunun etraflı biçimde ele alınması olmadığı için muvazaa konusunda bu özet bilgi ile kifayet edilmeye çalışılmış ve giriş bölümünde konu ana hatları ile işlenmeye çalışılmıştır. Fakat konuyu ilgilendiren problemlere de en azından işaret edilmeye çalışılmıştır.

<sup>156</sup> İki ihtimal arasında fark bulunmadığı yönünde bkz. ATAMULU, s. 230. İsviçre doktrin ve uygulaması dikkate alındığında yazarın görüşü isabetlidir. Ancak Türk hukuk doktrini ve uygulaması dikkate alındığında bu görüşe ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Bedelde muvazaanın sebebi daha az harç ödemekse bir görüşe göre, aradaki fark VUK'a göre cezalı olarak ödenmekte ve satış sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir (Bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, Ankara, s. 372). ATAMULU tarafından savunulan görüşe göre ise, VUK m. 371 hükmüne göre düzeltme talep edilmesi, hukuki işlemin geçerliliği ile ya da muvazaa müessesesi ile bağlantılı değildir. Bize göre bedelin olduğundan düşük gösterilmesinin sebebi sözleşmeyi karma bağış göstermek suretiyle üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek ise artık bedelde muvazaa değil sözleşmenin niteliğinde muvazaadan bahsedilebilir. Halbuki bedel olduğundan yüksek gösterildiğinde bu durum sözleşmenin niteliğinde bir değişikliğe sebebiyet vermeyecektir. Sonuçları bakımından Federal Mahkeme bedelin olduğundan düşük veya yüksek gösterildiği durumlar ile sözleşmenin niteliğinde yapılan muvazaa arasında bir ayırma gitmemekte, gizli işlem için bir şekil şartının arandığı her durumda görünürdeki işlemi ve gizli işlemi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmakta ve bu geçersizliğin ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlamaktadır. Netice itibarıyla Türk hukukunda bedelin olduğundan düşük gösterildiği durumlarda tarafların niyeti muvazaanın nasıl tavsif edileceğini belirleyici nitelikte olup, tarafların ana sâiki daha az harç ödemekse bir görüşe göre sözleşme geçerli kabul edilmekte iken, bir başka

noktada tarafların amacı çoğunlukla daha az vergi ödemek olup, devir için bildirilen değer taşınmazın emlak vergisinden az ise, aradaki fark VUK'na göre cezalı olarak ödenmekte ve satış sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir.<sup>157</sup> Satış bedelinin düşük gösterilmesi önalım hakkı ile nasıl bir ilinti içinde olabilir sorusuna gelince, bu soru şöyle cevaplanabilir. Bilindiği üzere hâkim görüş karma bağışın önalım olgusu olarak kabul edilmeyeceği yönündedir. Böyle olunca, önalım hakkı söz konusu olduğunda satış bedelinin düşük gösterilmesinin sebebi, düşük bedel üzerinden, sözleşmenin niteliğini farklı gösterme arzusudur ki, bu durumda bedelin yüksek gösterilmesi sonuç olarak sözleşmenin niteliğinde muvazaaya olarak mütalaa edilmeli ve nitelikte muvazaaya getirilen çözüm, tutarlı olmak adına buraya da uygulanmalıdır. Yani bedelin düşük gösterildiği durumlarda sözleşmenin niteliği değişeceği için esasen bu durumda sözleşmenin niteliğinde muvazaaya söz konusu olup gerek görünürdeki işlem gerekse gizli işlem geçersiz kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu tip bir muvazaaya önalım olgusuna vücut vermeyecektir, meğer ki şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etsin.

Alman hukukunda muvazaalı işlemler geçersiz kabul edilmekte ve geçersiz bir işlemin ise önalım olgusu içinde görülemeyeceği fakat önalım hakkının mahfuz olduğu ifade edilmektedir<sup>158</sup> Bununla birlikte nisbi muvazaada ve bedelde muvazaada değişik şekillerde muvazaalı işlemin de önalım olgusunun oluşumuna sebebiyet verebileceği savunulmuştur. Bu mealde savunulan fikirlerden ilkinde göre, şartın gerçekleşmesinin hukuka

---

görüğe göre ise bu durumda da sözleşme geçersiz olacaktır. Tarafların niyeti sözleşmeyi karma bağış olarak gösterip önalım hakkını engellemek ise sözleşmenin niteliğinde muvazaaya söz konusu olacak ve sözleşmenin niteliğinde muvazaaya bağlanan hukuki sonuç burada da uygulanacaktır. Sözleşmenin niteliğinde muvazaaya Türk hukukunda bağlanan hukuki sonuç ise gizli işlem için şekil şartının arandığı durumlarda her iki işlemin geçersizliğidir.

<sup>157</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 372 aksi yönde ve bir görüş için bkz. ATAMULU, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaaya, Ankara, 2017, s. 239.

<sup>158</sup> BURBULLA, S. 71.

aykırı biçimde engellenmesi halinde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı kuralı (BGB § 162/I) üzerinden gizli işlem geçerli sayılarak önalım olgusunun varlığı için gerekli ve geçerli satış ilişkisinin kurulduğu kabul edilecektir.<sup>159</sup> Bir diğer yol ise, BGB § 242 üzerinden şekle aykırılığın sonuçlarının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halidir. Bu fikre göre, ortada dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışın bulunduğu kesin olup, dürüstlük kurallarının aykırı davranan kimse hukuki işlemin bir şekle bağlanmasıyla getirilen korumadan vazgeçmiş sayılmalı ve yararlanamamalıdır. Sonuç olarak dürüstlük kuralına aykırı davranarak önalım hakkı alacaklısının hakkını engellemeye dönük davranışta bulunan kimse şeklin koruma işlevinden vazgeçmiş olup, gizli sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ileri sürememeli ve gizli sözleşme geçerli kabul edilmelidir.<sup>160</sup>

### c) Özel Durumlar

#### aa) Önsözleşme

Bir taşınmazın satışına dair yapılan önsözleşmenin, önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.<sup>161</sup> Satış vaadinin önalım olgusu teşkil etmesi gerektiğini savunan MAIER-HAYOZ görüşünü özetle şu gerekçelere dayandırmaktadır:<sup>162</sup> Satış vaadi öyle bir sözleşmedir ki, taraflar bu sözleşmeyle satış sözleşmesi yapmayı borçlanırlar. Söz konusu sözleşmede tarafların yükümlülükleri malın mülkiyetinin nakli ve bedelin ödenmesi olmayıp, bahsi geçen yükümlülükleri içeren bir satış sözleşmesinin yapılmasından ibaret olup, mezkûr yükümlülükler önsözleşmede belirlenmiş

<sup>159</sup> BURBULLA, S. 75.

<sup>160</sup> BURBULLA, S. 76; Daha az vergi ödemek için yapılan satışlar için bkz. BURBULLA, S. 77.

<sup>161</sup> REY/STREBEL, Art. 681 PN. 8 in: BSK ZGB II.

<sup>162</sup> MEIER-HAYOZ, Arthur, Der Vorkaufsfall, ...in Zürich gehaltenen Vortrag, 1964, S. 19; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 178 in: Berner Kommentar.

ya da belirlenebilir niteliktedir. Bu anlamda satış vaadi sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki fark, satış sözleşmesi malın mülkiyetinin intikalini doğrudan gerçekleştirmektedirken, satış vaadi sözleşmesi mülkiyetin intikalini ancak dolaylı olarak gerçekleştirmektedir. Yazara göre bu fark dışında, önalım olgusunun varlığı için aranan şartlar, önsözleşmede de gerçekleşmiştir.<sup>163</sup> Özellikle de hukuki güvenlik lehine ve önalım hakkı alacaklısını korumaya dönük koşullar önalım sözleşmesiyle de sağlanmış olacaktır. Bilhassa önalım yükümlüsü malik ile üçüncü kişi arasında vuku bulan hukuki işlemin varlık ve kapsamı hakkındaki doğru bilginin önalım sözleşmesi ile sağlanıyor olması, önalım hakkı sahibine karşı yapılacak tertibat ve hileleri engellemek açısından kâfidir.<sup>164</sup> MAIER- HAYOZ'un temsil ettiği bu görüşe göre, önalım borçlusunun üçüncü kişi ile taşınmazın devrine dair yaptığı önsözleşme, önalım hakkının kullanım şartı olan önalım olgusu içinde kabul edilmektedir, zira taraflar önsözleşme ile tek taraflı olarak sona erdiremeyecekleri iki taraflı bir yükümlülük altına girmişlerdir.<sup>165</sup> Önsözleşmenin önalım olgusu olduğunu düşünenlerin dayanak aldığı bir hakem kararına konu olay şu şekildedir:

A Basel kentinde kendisine ait X parseli üzerinde 1953 yılında B firması lehine 10 yıllığına bir önalım hakkı tanımış ve bu hak 10 yıllığına tapu kütüğüne şerh verilmiştir. 1954 yılında A noter huzurunda C ile bir satış vaadi sözleşmesi yapmış ve A malı satmayı C ise malı almayı yükümlenmiştir. Söz konusu sözleşmede yapılacak ana sözleşmedeki taraf yükümlülükleri (örneğin satış bedeli, parselin vasıfları) bütün detayları ile işlenmiş bunun

<sup>163</sup> MEIER-HAYOZ, (Vortrag), S. 19.

<sup>164</sup> MEIER-HAYOZ, (Vortrag), S. 19.

<sup>165</sup> GIGER, Hans, OR Art. 216 PN. 128; Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückskauf Art. 216–221 OR, Bern 1997; STREBEL, S. 95, PN. 296; REY, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2007, S. 323, PN. 1257 (REY (2007)); RÜEGG, S. 206, PN. 545.



üzerine tahkim kurulu söz konusu sözleşmenin önalım olgusu teşkil ettiği yönünde karar vermiştir. Kararın gerekçesi ise şu şekildedir. Önsözleşmenin muhteva cihetiyle, sözleşmeyle ilgili bütün ayrıntıları içermesi, söz konusu satış vaadini tarafların mezkûr sözleşmeyi nasıl isimlendirdiklerine bakılmaksızın bir satış sözleşmesi olarak kabul etmeyi gerekli kılmaktadır. Diğer bir deyişle pratik sonuçları itibariyle yapacağı etki bakımından ana sözleşme ile aynı sonuçları doğurmaya bu derece yakın bir kararlaştırmayı, önalım olgusu olarak görmemeyi anlamak güçtür.<sup>166</sup>

Önsözleşmeyi önalım olgusu kapsamında değerlendiren görüşe göre, önsözleşme taraflara borcun ifasını isteme hakkı vermekte dolayısıyla önsözleşme ile asıl sözleşme arasında sonuçları itibariyle bir fark bulunmamaktadır. Sonuçları itibariyle asıl sözleşme ile önsözleşme arasında bir fark bulunmaması ise, önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişi ile taşınmazın devri hususunda yaptığı önsözleşmeyi önalım olgusu olarak değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.<sup>167</sup> Önsözleşmenin sadece bir sözleşme yapma borcu doğurduğunu ifade eden görüşe göre ise, önsözleşmenin ifası davasında talep edilen şey sözleşmeyi kuracak irade beyanını açıklanmasıdır. Bununla birlikte bu görüşü savunanlar, usul ekonomisi açısından, önsözleşmedeki irade açıklamasına dönük talebin, asıl sözleşmedeki taleple birleştirilerek, asıl sözleşmedeki borcun ifasına da hükmedilmesinin istenebileceğini kabul etmektedir. Bu ise dogmatik açıdan değilse bile pratik açıdan tarafların asıl sözleşmeyi yapmaksızın, önsözleşme ile malın mülkiyetini devir edebilecekleri anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda

<sup>166</sup> KRAMER, Ernst, OR Art. 22 PN. 110 in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR, Bern 1991.

<sup>167</sup> RÜEGG, S. 207, PN. 546.

önsözleşmeyi önalım olgusu içinde değerlendirmemek, önalım alacaklısının bu hakkı hiçbir zaman kullanamaması anlamına gelecektir. Halbuki belirtildiği gibi taşınmaz üçüncü kişiye geçmiş olacaktır.

Buna karşın hâkim sayılacak bir diğer görüş ise üçüncü kişi ile yapılan önsözleşmenin önalım olgusu teşkil edemeyeceğini, çünkü önsözleşme ile mülkiyetinin naklinin değil, mülkiyetin naklini yükümlendiren sözleşmeyi yapmanın borçlanıldığını ileri sürmektedir.<sup>168</sup>

Türk hukuku açısından da bahsedilen gerekçelerle, taşınmaz satış vaa-dinin önalım olgusu olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.<sup>169</sup>

### bb) Üçüncü Kişiy e Tanınan Alım (İştira) Hakkı

Üçüncü kişiy e tanınan alım hakkının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği tartışmalı olup, hâkim görüş ve İsviçre uygulaması, alım hakkı tanıyan sözleşmenin kurulmasının değil, sözleşmeden doğan alım hakkının

<sup>168</sup> BRÜCKNER, Christian, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 533, PN. 85; SUTTER, Thomas, Einige Überlegungen zum Vorkaufrecht, in: SJZ 81/1985, S. 277 ff. S. 279; WIEDERKEHR, S. 125; RÜEGG, S. 206, PN.545; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR.

<sup>169</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ŞIPKA, s. 63-69. ŞIPKA, konuya ilişkin görüşleri değerlendirdikten sonra taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin önalım olgusu olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Satış vaa-dinin önalım olgusu olarak değerlendirmeyen görüş için bkz. TANDOĞAN, (2012), s. 286; Satış vaa-dinin önalım hakkını doğuracağı görüşünün yanlış olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, s. 48; Yargıtay'ın tutumunun da bu istikamette olduğu söylenebilir, bkz. Y. 6. HD. 19.10.1967, 1817/4174. Söz konusu karara göre, "Önalım konusu payın davalı adına tesciline (satış vaa-dine dayanarak) ilişkin kararın kesinleşmesinden önce (yani şiffa hakkının doğmasından önce) tescil davasının kesinleşmesinden önce açılan davanın reddine karar vermek gerekir." Kararı aktaran ŞIPKA, s. 68. Aynı şekilde 2010 tarihli bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, "...gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye yapılan devrin, gerçek bir devir sayılmayacağını..." ifade etmiştir. Bkz. Y.HGK, 23.06.2010, 2010/6-341 E. 2010/346 K. Satış vaadi sözleşmesinin, önalım hakkını kullanmaya yol açacağı yönünde bkz. EREN, Yasal Önalım, s.113; Satış vaadi sözleşmesinin yapılmasının önalım olgusu olarak şiffa hakkının kullanılmasına yeteceği yönünde bkz. TEKİNAY, s. 23. Aynı şekilde bkz. DEMİRSATAN, s. 918; satış vaa-dinin önalım olgusu olarak değerlendiren görüşün gittikçe güçlendiği yönünde, bkz. BAYGIN, s. 19.

icrasının önalım hakkı teşkil ettiği kanaatindedir.<sup>170</sup> Çünkü alım akdiyle alım hakkı tanıyan sözleşmede, yalnızca bu hakkı tanıyan kimse borç altına girmektedir.<sup>171</sup> Bu fikre göre, alım sözleşmesinde kendisine alım hakkı tanınan alacaklı, tek taraflı irade beyanıyla malikle bir satış sözleşmesi kurma hakkı elde etmekte fakat, bu hakkı kullanmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu tamamen kendisinin isteğine kalmış bir konu olup, malikin malın üçüncü kişiye satışı ile alakalı yapmış olduğu alım sözleşmesi salt bir irade ortaya koymakla birlikte, bunun önalım olgusu olarak değerlendirilebilmesi için kâfi değildir.<sup>172</sup> Buna karşın azınlıkta kalan görüş ise, yalnızca alım hakkının hak sahibi tarafından tek taraflı olarak kullanılmasını ve icrasını değil, üçüncü bir kişiye alım hakkı tanıyan akdin inikadını dahi önalım olgusu olarak değerlendirmektedir. Azınlıkta kalan bu yaklaşım, görüşüne gerekçe olarak, alım sözleşmesinin borçlusunun taşınmazın satışına dair nihai iradesini geriye alınamaz biçimde ortaya koymasını ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle alım sözleşmesiyle üçüncü bir kişiye tek taraflı bir irade beyanıyla alım hakkı tanıyan kimse, en azından kendisi açısından satış iradesini ortaya koymuş olmaktadır.<sup>173</sup>

Alman hukukunda da üçüncü kişiye tanınan alım (iştirâ) hakkı önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından yeterli kabul edilmemiştir.<sup>174</sup>

<sup>170</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 180 in: Berner Kommentar; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: KURZKOMMENTAR; Krş. ŞIPKA, s. 93 vd.

<sup>171</sup> BRÜCKNER, S. 533, PN. 83; REY, (1994), S. 50 Fn. 58; STREBEL, S. 93, PN. 289; RÜEGG, S. 207; PN. 547.

<sup>172</sup> RÜEGG, S. 208, PN. 548.

<sup>173</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 180 in: Berner Kommentar; GIGER, OR Art. 216 PN. 126 in: Berner Kommentar; RÜEGG, S. 207 PN. 547.

<sup>174</sup> BURBULLA, S. 71

### cc) İrade Fesadı Halleri ve Aşırı Yararlanma

Üçüncü kişiyle yapılan sözleşmede, taraflardan birisi esaslı bir hataya duçar olursa veya taraflardan birisi aleyhine aşırı yararlanma söz konusu olursa, önalım olgusunun ne zaman gerçekleştiği sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü sözleşme sonradan gabin sebebiyle veya esaslı hata sebebiyle hataya düşen kişi tarafından iptal edilebilecek veya gabine uğrayan kişi tarafından sözleşme ile bağlı olunmadığı diğer tarafa bildirilerek ediminin geri verilmesi istenebilecektir. İsviçre doktrin ve uygulaması bu durumda, salt sözleşmenin imzalanmasının önalım olgusu teşkil ettiğini, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte önalım olgusunun vuku bulduğunu ileri sürmektedir. Bu fikre göre sözleşme şayet sonradan iptal edilirse, iptalle birlikte o hukuki işleme mahsus önalım hakkı daha doğrusu önalım hakkının kullanımı ile meydana gelen sözleşme de ortadan kalkmış olacaktır.<sup>175</sup> Fakat önalım hakkı sabit kalmaya devam edecektir.<sup>176</sup>

İrade fesadı hallerinde, söz konusu durumu iradi şartta benzetmek suretiyle, önalım olgusunun, iradesi fesada uğrayan kişinin sözleşmeye onay verdiği veya iptal etmeyeceğinin anlaşıldığı tarihte gerçekleştiğini ileri sürmek isabetli değildir. Her ne kadar irade fesadı halleri ile iradi şart arasında, her ikisinde de sözleşmenin devamının taraflardan birisinin kararına bırakılması cihetiyle bir benzerlik bulunsa da iradi şartta taraflar baştan itibaren bu durumu bilmekteyken, irade fesadı halleri de böyle bir bilgi baştan itibaren iradesi fesada uğrayan kişi için mevcut değildir. Öyle ki, diğer tarafın kendisine sözleşmeyi iptal etme hakkı veren durumu öğrenmesi, şart ve koşullara göre yıllar alabilir. Sonuç olarak, taraflar arasında sözleşmenin meydana gelmesini önalım olgusunun vukuu olarak kabul etmek

<sup>175</sup> RÜEGG, S. 209, PN. 550; BRÜCKNER, S. 534, PN. 87.

<sup>176</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 68i, PN. 185 in: Berner Kommentar.

son derece yerinde olacaktır.<sup>177</sup> Yapılan sözleşmeye istinaden önalım hakkını kullanan önalım hakkı alacaklısının, önalım hakkını kullanmaya dair beyanı, önalım beyanının borçlusunun üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi durumunda geçersiz olacak<sup>178</sup> ve önalım hakkını kullanmak üzere açılan yenilik doğuran dava konusuz kalacaktır. Çünkü artık ortada önalım hakkını kullanmanın şartı olan geçerli bir önalım olgusu bulunmamaktadır.

Buraya kadar izah edilen hususlar, irade fesadı halinin önalım hakkı yükümlüsünün şahsında gerçekleştiği ihtimal olup, irade fesadına uğrayan kişinin kendisiyle sözleşme yapılan üçüncü şahıs olması durumunda durum tartışmalıdır. Hâkim görüş, irade fesadına uğrayan kişinin, önalım yükümlüsü veya önalım yükümlüsünün kendisiyle sözleşme yaptığı üçüncü kişi olması arasında bir fark gözetmezken, bir başka görüşe göre, hâkim yaklaşım adilce olmayıp, üçüncü kişinin örneğin hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi karşısında, önalım alacaklısının hakkı ve durumu bundan etkilenmemelidir. Çünkü bu durumda bütün taraflar için tatmin edici bir çözüm ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyi iptal etmek isteyen üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Öte yandan üçüncü kişi ile sözleşme yapan kişi nihai iradesini açıklamış ve kurduğu sözleşmenin önalım hakkının kullanılmasını sağlayacağını hesaba katmış olmalıdır. Son olarak önalım hakkının alacaklısı, bu sözleşmeye istinaden önalım hakkını kullanmış olacaktır.<sup>179</sup>

Alman hukukunda üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin iptal edilebilirliği önalım hakkının geçerli bir biçimde kullanılmasına mâni olarak

---

<sup>177</sup> RÜEGG, S. 209, PN. 550.

<sup>178</sup> RÜEGG, S. 209, PN. 551.

<sup>179</sup> RÜEGG, S. 210, PN. 552.

görülmemektedir. İptal edilebilir bir sözleşme, iptal edilmediği sürece tam bir geçerliliğe sahiptir.<sup>180</sup> Asıl mesele ise, sözleşmenin iptali gerçekleştiğinde bunun önalım ilişkisi üzerinde hangi sonuçları doğuracağıdır. Alman hukukunda sorunun çözümünde iptalin hangi safhada gerçekleştiği dikkate alınmaktadır. Önalım hakkı kullanılmadan önce iptal gerçekleşmişse, BGB § 142 uyarınca iptalle birlikte hukuki işlem baştan itibaren geçersiz sayılacağı için iptal, önalım hakkı alacaklısı üçüncü kişiyi de etkileyecek ve önalım olgusu da sözleşmenin iptaliyle birlikte ortadan kalkacak, önalım olgusu ortadan kalkınca, önalım hakkı da sona erecektir.<sup>181</sup>

Önalım hakkı kullanıldıktan sonra üçüncü kişi ile yapılan ve önalım olgusu teşkil eden sözleşme iptal edilirse, sözleşmenin kim tarafından iptal edildiğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin önalım hakkının borçlusu (yani önalım hakkı ile yüklü malın maliki) tarafından<sup>182</sup> veya sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişi tarafından iptal edilmesine göre farklı sonuçlar doğmaktadır.<sup>183</sup>

Sözleşme şayet üçüncü kişi tarafından iptal edilirse, önalım hakkının kullanılması ile doğan satış sözleşmesi bu durumdan etkilenmeyecektir. Zira üçüncü kişinin hata veya hile sebebiyle kendisiyle yapılan satış sözleşmesini iptal ettiği durumda, malın maliki, malın satışı hususunda iradesini geçerli ve açık biçimde ortaya koymuş olduğu için, onun korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Sonuç olarak önalım hakkı alacaklısı önalım

---

<sup>180</sup> WESTERMANN, BGB § 463 PN. 17 in: Münchener Kommentar; BURBULLA, S. 99; D SCHMIDT, § 463 PN. 28, in: PRÜTTING Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd, BGB KOMMENTAR, Neuwied, 2006.

<sup>181</sup> BURBULLA, S. 102.

<sup>182</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BURBULLA, S. 104.

<sup>183</sup> BURBULLA, S. 103.

hakkını kullandığında sözleşmenin üçüncü kişi tarafından iptali önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu sözleşmeyi etkilemeyecektir.<sup>184</sup>

#### dd) Şarta Bağlı İşlemler

Şarta bağlı işlemler açısından eşyanın maliki ile üçüncü kişi arasında yapılan geciktirici şarta bağlı satış sözleşmesi İsviçre hukukunda kural olarak önalım olgusunun gerçekleşmesi noktasında yeterli kabul edilmektedir.<sup>185</sup> Yalnız bu yaklaşım geciktirici şarta bağlı şarta münhasır olup,<sup>186</sup> şarta bağlı işlemler açısından İsviçre doktrinindeki ve yargısındaki hâkim görüş sorununun çözümünde öncelikle iradi- tesadüfi şart ayrımı yapmaktadır. Bilindiği üzere iradi şartta sözleşmenin sonuçlarını doğurması taraflardan birisinin iradesi dahilinde olan bir şarta bağlanmıştır. Tesadüfi şartta ise şart koşulan olayın vukuu taraf iradelerinden tamamen bağımsız olup, şartın gerçekleşmesi hususunda taraf iradeleri etkin değildir.

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin tesadüfi geciktirici şarta bağlandığı durumda sözleşmenin yapılmasının önalım olgusu olarak kabul edilmesi kuralı tartışmasız kabul edilmekte,<sup>187</sup> diğer bir deyişle sözleşmenin kurulduğu tarihte, önalım alacaklısı önalım hakkını kullanabilmekte ve fakat kendisi ile önalım borçlusu arasında yapılan sözleşme de tesadüfi şarta bağlı olarak yapılmış sayılmaktadır.<sup>188</sup>

<sup>184</sup> BURBULLA, S. 112.

<sup>185</sup> STREBEL, S. 135, PN. 429.

<sup>186</sup> SIMONIUS/SUTTER, S. 368, PN. 59; Krş. ŞIPKA, s. 91.

<sup>187</sup> STREBEL, S. 135, PN. 429; SIMONIUS/SUTTER, S. 368, PN. 59; STARK, OR Art. 216c PN. 4, in: KURZKOMMENTAR

<sup>188</sup> RÜEGG, S. 212, PN. 557; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 190 in: Berner Kommentar; GIGER, OR Art. 216 PN. 132 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 535 PN. 90; SUTTER, S. 282;

Buna karşın şayet iradi bir şart söz konusu ise, önalım olgusunun gerçekleşme tarihi iradi şartın gerçekleşme tarihidir. İradi şartta tesadüfi şarttan farklı olarak, önalım olgusunun gerçekleşmesinin iradi şartın gerçekleşmesine bağlanmasının sebebi, önalım yükümlüsünün üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeye aslında ciddi olmayan ve önalım hakkının alacaklısı için dezavantajlı birtakım şartlar belirlemek suretiyle, önalım alacaklısının hakkı kullanıp kullanmayacağını test etmeye veya öğrenmeye çalışmasının önüne geçmektir. Kısaca önalım hakkı sahibi aleyhine manipülasyonların yapılması engellenmeye çalışılmıştır.<sup>189</sup>

Alman hukuku açısından hâkim görüş üçüncü kişi ile yapılan işlemin şarta bağlanmasını önalım olgusunun gerçekleşmesine mâni olarak görmemekte bununla birlikte geciktirici- bozucu şart ayırımı yapmaktadır.<sup>190</sup>

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşme şayet bozucu şarta bağlı olarak yapılmışsa, bu tarz bir sözleşme önalım olgusu olarak görülmektedir, zira sözleşmenin sonuçları doğmuştur. Fakat önalım hakkının kullanılması ile doğan yeni satış sözleşmesi dahi, bozucu şarta bağlı olarak doğmaktadır. Dolayısıyla bozucu şart gerçekleştiği takdirde önalım olgusunun gerçekleşmesi üzerine önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu satış sözleşmesi sona erecek ve malın iade edilmesi gerekecektir.<sup>191</sup>

Üçüncü kişi ile yapılan işlemin geciktirici şarta bağlı olarak yapıldığı durumlarda ise, hâkim görüş bu durumda da önalım olgusunun gerçekleştiği yönündedir.<sup>192</sup> Bununla birlikte BGB § 158/I uyarınca geciktirici şarta bağlı işlemlerde, hukuki işlem sonuçlarını şartın gerçekleşmesiyle birlikte doğurduğu için, önalım olgusunun sözleşmesinin kurulmasıyla mı yoksa

<sup>189</sup> RÜEGG, S. 212, PN.557; GIGER, OR Art. 216 PN. 133 in: Berner Kommentar.

<sup>190</sup> BURBULLA, S. 78.

<sup>191</sup> BURBULLA, S. 78-79; WESTERMANN, BGB § 463 PN. 18, in: Münchener Kommentar

<sup>192</sup> BURBULLA, S. 80.



şartın tahakkuku ile mi doğduğu hususu tartışmalıdır.<sup>193</sup> Hâkim görüş önalım hakkının kullanılabilceği zamanı, yani önalım olgusunun vücut bulduğu zamanı tespitinde sözleşmenin kurulduğu tarihi esas alırken,<sup>194</sup> bir diğcr görüş şartın tahakkuk ettiğı zamanın esas alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>195</sup>

### ee) Askıda Hükümsüz İşlemler

Önalım hakkı borçlusı malikin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin geçerliliğı, üçüncü kişinin ehliyet durumu sebebiyle bir veli, vasi ya da vesayet makamının icazeti yani sözleşmeye onay vermesine bağılı olabilir. Esasen TBK m. 241'de bu husus açıkça ifade edilmiş ve önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da *alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa*, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemler için velinin, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının ise taşınmaz satışları için vesayet makamının onayına ihtiyaç duyduğu ifade edilerek söz konusu hüküm örneklendirilmiştir. İsviçre'de mutat yargı uygulamasına uygun biçimde kanunda değışiklik yapılmış ve söz konusu hüküm kanuna eklenmiştir.<sup>196</sup> Konuyu biraz daha açıklığa kavuşturmak adına, sözleşmenin geçerliliğı için gereken onayın sözleşmenin yapıldığı üçüncü kişiden mi, yani alıcıdan mı, yoksa önalım hakkı yükümlüsünden mi kaynaklandığına göre sorun irdelenmelidir.<sup>197</sup>

Sözleşmenin askıda hükümsüzlüğünün sebebi, malı satın alan veya ekonomik olarak satışa denk bir işlem yapan şahsın sınırlı ehliyetsiz olması

<sup>193</sup> BURBULLA, S. 80.

<sup>194</sup> SCHURIG, S. 140; BURBULLA, S. 80.

<sup>195</sup> BURBULLA, S. 81.

<sup>196</sup> RÜEGG, S. 267, PN. 567.

<sup>197</sup> SIMONIUS/SUTTER, S. 369, PN. 61.

sebebiyle yaptığı işlemlerin bir makamın onayına bağlı olduğu ihtimalde, hâkim görüşe göre, sözleşme askıda hükümsüz olmasına rağmen, önalım olgusu sözleşmenin kurulduğu tarihte gerçekleşmiş sayılacaktır.<sup>198</sup> İsviçre yargısı, söz konusu hali şart kavramına kıyasla çözümlenmekte ve şarta bağlılığın önalım hakkının kullanımına mani olmadığını, fakat önalım hakkını kullanan kimsenin, sözleşmede kararlaştırılan şartın ilerde kendisine karşı da ileri sürülebileceğini kabul etmek zorunda olduğunu belirtmektedir. Böylece üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu veya onaylanmadığı safhada dahi, önalım hakkı sahibi önalım hakkını kullanabilecektir. Önemli olan satıcının üçüncü kişiye karşı malı satma iradesini geriye alnamaz biçimde açıklamış olmasıdır.<sup>199</sup> Sonuç olarak kanunda açık biçimde düzenlenen hükme göre, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanması noktasında, önalım yükümlüsünün üçüncü kişi ile sözleşme yapması kâfi olup, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin bir makamın onayına muhtaç olması önalım hakkının kullanımına mâni değildir. Önemli olan üçüncü kişi ile bir satış veya ekonomik açıdan satışa denk sözleşme yapılması ve söz konusu işlemde önalım yükümlüsünün satış iradesini açıkça ve geri alnamaz biçimde ortaya koymuş olmasıdır.<sup>200</sup> Yalnız önalım hakkını kullanan kişinin yaptığı işlem itibarıyla bir icazete muhtaç olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır.<sup>201</sup>

Sözleşmenin askıda hükümsüzlüğünün sebebi, önalım yükümlüsünden kaynaklanıyorsa, örneğin önalım yükümlüsü sınırlı ehliyetsiz ise veya satışa konu taşınmaz aile konutu ise bu durumda, hâkim görüşe göre, önalım olgusunun gerçekleşmesi vesayet makamından veya onay verecek kişilerden

<sup>198</sup> RÜEGG, S. 219, PN. 568; BRÜCKNER, S. 536, PN. 96.

<sup>199</sup> RÜEGG, S. 219, PN. 568.

<sup>200</sup> SIMONIUS/SUTTER, S. 369, PN. 61.

<sup>201</sup> RÜEGG, S. 219, PN. 569.

gelecek icazete bağlı olacaktır.<sup>202</sup> Diğer bir söyleyişle, kanunda bir hükme bağlanmayan bu ihtimalde, önalım olgusunun gerçekleşme zamanı, yetkili makamın kararını verdiği veya icazete yetkili kişinin onayını açıkladığı tarihtir.<sup>203</sup> Zira bu durumda açıklanan satış iradesi önalım olgusunun gerçekleşmesi açısından sürekli zikredilen geri alnamaz açıklık ve netlikte olmayıp, geçerliliği üçüncü bir kişi veya kurumun icazeti ile tamamlanmaya muhtaç durumdadır.

Yetkili makam veya kişinin icazetini açıkladığı tarihin önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmesi sebebiyle, önalım hakkı alacaklısının, önalım hakkını, ancak bu tarihten itibaren kullanabileceğinin kabul edilmesi tartışmaya açık bir husustur.<sup>204</sup> İsviçre yargısının yetkili makamdaki verilecek icazet sebebiyle askıda hükümsüz olan sözleşme ile (geciktirici) şarta bağlı sözleşme arasında bir benzerlik kurduğu ifade edilmişti. Şart noktasında ise bir ayırım yapılmış, tesadüfi şartlarda sözleşmenin kurulduğu tarih, iradi şartlar açısından ise şartın gerçekleştiği tarih önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmişti.

Geciktirici-tesadüfi şartla askıda hükümsüz işlem arasında kurulacak benzerlik sonrasında, geciktirici şarta bağlı işlemde önalım olgusunun gerçekleştiği tarih sözleşmenin kurulduğu tarih kabul edildiğine göre, yetkili makamın onayına kadar askıda hükümsüz olan satış işleminde de önalım olgusunun gerçekleştiği tarih, askıda hükümsüz işlemin gerçekleştiği tarih olmalıdır. Halbuki İsviçre uygulaması bu durumda önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak mahkemenin yani vesayet makamının kararını

<sup>202</sup> SIMONIUS/SUTTER, PN. 61; STREBEL, S. 71, PN. 219, 221.

<sup>203</sup> RÜEGG, S. 220, PN. 571-572.

<sup>204</sup> RÜEGG, S. 221, PN. 573.

açıkladığı tarihi esas almıştır. Bahsedilen benzerlik dikkate alındığında, sözleşmenin yapılması önalım olgusunun gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmeli, vesayet makamının onayı beklenmeksizin şufa hakkı alacaklısı hakkını kullanabilmelidir. Eğer vesayet makamı onay vermezse önalım olgusu da hükmünü yitirecek ve önalım alacaklısının önalım hakkını kullanmaya dönük beyanı geçersiz olacak veya önalım hakkını kullanmak üzere açmış olduğu yenilik doğuran dava düşecektir.<sup>205</sup>

İşlemin bir vesayet makamının onayına bağlı olmadığı, ancak bir şahsın örneğin aile konutunun satışında diğer eşin onayını gerektirdiği durumlarda ise, geciktirici-iradi bir şartla kıyas edileceği için, bu durumda, önalım olgusunun vukuunu icazete bağlayan hâkim görüş geciktirici iradi şartla aynı neticeye varmış olacak ve önalım olayı her iki durumda da icazetle-geciktirici iradi şartın tahakkuku ile gerçekleşmiş sayılacak ve önalım alacaklısı bu tarihten itibaren önalım hakkını kullanabilecektir.<sup>206</sup>

Alman hukuk uygulaması ve hâkim doktrine göre, üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinin bir icazete veya onaya ihtiyaç duyduğu durumlarda sözleşme askıda hükümsüz kabul edilmekte ve önalım hakkına mesned teşkil edecek geçerli bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.<sup>207</sup> Fakat şayet icazet verilmeden önce yani işlemin askıda hükümsüz olduğu evrede, önalım hakkı alacaklısı önalım hakkını kullanırsa, önalım hakkını kullandığına ilişkin irade beyanının sonuçları ne olacaktır? Sorun tartışmalı olmakla birlikte hâkim eğilim, önalım hakkını kullanmaya dönük beyanın diğer tabirle önalım hakkının kullanılmasının geçersiz olduğunu savunmaktadır.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> RÜEGG, S. 221, PN. 573.

<sup>206</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 574.

<sup>207</sup> BURBULLA, S. 113.

<sup>208</sup> BURBULLA, S. 113.

## ff) Üçüncü Kişi ile Yapılan Sözleşmenin Sona Ermesi

TBK m. 241'de önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa, bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir.<sup>209</sup> Kanunda kullanılan ifade satış sözleşmesinin ortadan kaldırılmasından bahsetmekte bu ifadeyle ne kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Satış sözleşmesinin ortadan kaldırılması ifadesi kullanıldığına göre kanunda kastedilen husus dar anlamda borcu sona erdiren ibra olmamalıdır. Zira borç ilişkisinin sona ermesinden bahsedildiğine göre bu ancak ikâle ile mümkün olmalıdır. Buna karşın İsviçre doktrin ve uygulaması satış sözleşmesinin kaldırılması ibaresine rağmen gerek ibrayı gerekse ikaleyi aynı kapsamda değerlendirmiştir.<sup>210</sup>

Öte yandan borç ilişkisinin tek taraflı olarak sona erdirildiği birtakım hallerin bu kapsamda değerlendirilmesi tartışma konusudur.<sup>211</sup> Bir görüş sözleşmenin kaldırılması ifadesini sadece ibra ve ikâle sözleşmesine hasrederken, bir diğer görüş, temerrüt halinde veya malın ayıplı olması halinde sözleşmeden dönülmesini de bu kapsamda değerlendirmektedir.<sup>212</sup> Örneğin temerrüt halinde verilecek sürenin neticesiz kalması sonrasında veya süre vermeye gerek olmayan hallerde kanun koyucu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara borcun ifasından vazgeçerek sözleşmeden dönme imkânı tanımıştır. Aynı şekilde satış sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül

<sup>209</sup> Krş. BINZ-GEHRING, Doris, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Frankfurt, 1975, S. 37; ALLGÄUER, Oskar, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche, Diss. Zürich, 1918, S. 117.

<sup>210</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 577. Bu noktada bazı sorular sorulabilir: Acaba ibra hibe anlamına gelebilir mi? Önalım borçlusunu bu durumda taşınmazı fiili olarak üçüncü kişiye hibe etmiş olmaz mı? Hibenin varlığının kabulü halinde ise önalım hakkının kullanılmayacağı açıktır.

<sup>211</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 576.

<sup>212</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 576.

hükümleri kapsamında alıcı ihbar ve muayene külfetini yerine getirmiş olmak kaydıyla sözleşmeden dönebilmektedir. Kanunda bu tip durumlarda borç ilişkisi sona ereceğinden bu haller sözleşmenin sona erdirilmesi ifadesi içinde düşünülmelidir, zira kanun koyucunun amacı sözleşmenin sona erdirilmesi suretiyle önalım hakkının kullanımının önüne geçmek gibi hakkın kötüye kullanılması teşkil eden durumlara engel olmaktır. Bu anlamda sözleşmenin temerrüt sebebiyle veya ayıp sebebiyle sona ermesi hallerini bu kapsamda değerlendirmemek söz konusu amacın gerçekleşmesine hizmet etmeyecektir.<sup>213</sup> Aynı şekilde tarafların anlaşarak sözleşmede diğer tarafa tek taraflı olarak sözleşmeden dönme imkânı verdiği durumlar da yine bu kapsamda düşünülmelidir.<sup>214</sup>

Kanunda dikkat çeken bir husus sözleşmenin sona erdirilmesinin, önalım hakkı kullanıldıktan sonra bir etkisi olmayacağıdır. İsviçre’de yapılan kanuni düzenleme öncesinde ve hatta kanuni düzenleme sonrasında bir görüş bu etkisizliğin başlangıç anı olarak önalım hakkı alacaklısının satıştan haberdar olduğu tarihi esas almış ise de<sup>215</sup> metnin lafzına bağlı kalan diğer görüş, metinde açıkça ifade edildiği üzere önalım hakkının kullanıldığı veya Türk hukuku açısından daha doğru bir ifadeyle önalım hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğuran davanın açıldığı tarihi esas almıştır.<sup>216</sup>

Alman hukukunda gerek yargı uygulaması gerekse doktrin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin sonradan sona ermesi yani ortadan kaldırılması halinde, önalım hakkının bundan etkilenmeyeceğini, bu anlamda sözleşme

<sup>213</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 579.

<sup>214</sup> RÜEGG, S. 222, PN. 577.

<sup>215</sup> Bu görüşün gerekçeleri için bkz. RÜEGG, S. 225, PN. 581, yazar daha da ileri giderek önalım alacaklısının haberdar olmasını bile şart koşmamış, yani satışın sona erdirilmesinin etkisiz kalacağı tarihi daha erken bir tarihe çekmiştir. Bu durumda satış gerçekleştiikten sonra, satışın sonradan ortadan kaldırılması zaman parametresi dikkate alınmaksızın önalım hakkını etkilemeyecektir.

<sup>216</sup> RÜEGG, S. 224, PN. 580.

ortadan kalkmadan önce önalım hakkının kullanılmış olup olmamasının da bir önemi olmadığını ifade etmektedir.<sup>217</sup>

### gg) Sözleşmede Sonradan Yapılan Değişikliklerin Önalım Hakkına Etkisi

Önalım olgusu teşkil eden sözleşmenin muhtevasının sonradan değiştirilmesi durumunda, örneğin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede fiyatın düşürülmesi veya yükseltilmesi durumunda, önalım hakkının bu değişiklikten nasıl etkileneceği sorusu doktrinde tartışmalıdır.<sup>218</sup>

İsviçre'deki uygulama tarafından benimsenen bir görüşe göre, her iki sözleşme de müstakil olarak bir önalım olgusu teşkil etmekte, yani önalım hakkı alacaklısı dilerse sözleşmenin ilk şekli için dilerse, değiştirilmiş hali üzerinden önalım hakkını kullanabilecektir.<sup>219</sup> Bir diğer fikre göre ise, hakkın kötüye kullanılması saklı kalmak kaydıyla, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmedeki değişiklik, önalım alacaklısının önalım hakkını kullanmadan önce bu değişiklikle alakalı bilgilendirilmesi şartıyla önalım alacaklısı için de bağlayıcı olacaktır.<sup>220</sup> Yani önalım hakkı alacaklısı önalım hakkını kullanmadan önce üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede bir değişiklik yapılmış ve bu değişiklik önalım hakkı sahibine bu tarihten önce haber verilmişse, önalım alacaklısı hakkını değişiklik yapılan sözleşmenin içeriğiyle bağlı olarak kullanacaktır.<sup>221</sup>

Bir diğer görüş ise belirleyici tarih olarak önalım hakkının kullanımını değil, önalım hakkının kullanıldığının öğrenildiği tarihi esas kabul

<sup>217</sup> WESTERMANN, BGB § 463, PN. 17 in: Münchener Kommentar; BURBULLA, S. 117.

<sup>218</sup> RÜEGG, S. 226, PN. 583.

<sup>219</sup> RÜEGG, S. 226, PN. 583.

<sup>220</sup> SCHMID, S. 85; WIEDERKEHR, S. 131.

<sup>221</sup> RÜEGG, S. 226, PN. 583.

etmektedir. Bu yaklaşıma göre, önalım alacaklısı önalım olgusundan yani üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden haberdar olmadığı sürece, yalnızca sözleşmenin değiştirilmiş hali, önalım olgusu olarak kabul edilecektir.<sup>222</sup> Önalım alacaklısı şayet üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden haberdar olursa, sonradan yapılan değişiklik yeni bir önalım olgusu teşkil edecek ve önalım alacaklısı bahsi geçen sözleşmeler içinde hangisi için önalım hakkını kullanacağı noktasında muhayyer olacaktır. Her bir durum için önalım hakkını kullanma süresi ayrı ayrı işleyecek ve önalım alacaklısının seçtiği sözleşmenin şartları, şayet adi önalım hakkı söz konusu ise, önalım hakkı da o sözleşmenin şartları üzerinden kurulmuş olacaktır.<sup>223</sup>

Alman hukukunda önalım hakkı alacaklısı, önalım hakkını kullanıncaya kadar meydana gelen bilhassa fiyat konusundaki değişikliklere katlanmak zorundadır. Söz konusu değişiklikler açısından esas alınacak zamanın önalım hakkının kullanıldığı zaman olarak kabul edilmesi doğal bir sonuçtur.<sup>224</sup> Zira önalım hakkı kullanıldıktan sonra önalım hakkı alacaklısının taraf olduğu bir sözleşme (önalım ilişkisi) meydana gelmekte olup bu sözleşmenin (hukuki ilişkinin) içeriği önalım borçlusunu ile üçüncü kişinin kendi aralarında alacakları bir kararla önalım hakkı alacaklısının izni olmaksızın değiştirilememelidir.<sup>225</sup>

<sup>222</sup> RÜEGG, S. 227, PN. 584.

<sup>223</sup> RÜEGG, S. 227, PN. 585.

<sup>224</sup> Bununla birlikte önalım hakkının açıklanacağı ana kadar sözleşmeden değişiklik yapılabileceğine dair kabulün hakkın kötüye kullanılması ve manipülasyonlara sebebiyet verebileceği yönünde Bkz. VOGT, Max, Muß der Vorkaufsberechtigte Änderungen des Drittkaufs bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts gegen sich gelten lassen? in: Festschrift für Horst Hagen (1999), S. 219-230 passim; Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınması gerektiği yönündeki fikir için bkz. BURBULLA, S. 118.

<sup>225</sup> BURBULLA, S. 117-118.



#### IV. Önalım Olgusu: Taşınmazın Üçüncü Kişiyeye Satışı veya Ekonomik Olarak Satışa Denk Hukuki İşlemler

Önalım olgusunun iki şekilde tezahür ettiği söylenebilir. İlki klasik unsur olan ve önalım olgusu için prototip teşkil eden ve malın mülkiyetini üçüncü kişiyeye geçirmeye yönelik satış sözleşmesidir. İkincisi ise ekonomik açıdan satışa denk (muadil) hukuki işlemlerdir. Bu unsurlar dikkate alınarak önalım olgusu için şöyle bir genel tanım yapılabilir. Para veya paraya muadil ekonomik bir değer karşılığında mülkiyetin medeni hukuk hükümleri uyarınca şeklen nakledildiği yani üçüncü kişi adına tescil edildiği ya da taşınmazın mülkiyeti şekli anlamda nakledilmeksizin, taşınmazın sağladığı ekonomik yararın ve yetkilerin ekonomik bir menfaat mukabilinde devredildiği her hukuki işlem önalım olgusu teşkil etmektedir.<sup>226</sup>

Önalım hakkının tabir caizse ön şartı olan önalım hadisesinin prototipi olarak<sup>227</sup> ortaya çıkan geçerli bir satışın vasıfları hususunda bu satışın “*iradi (isteğe bağlı), ivazlı ve cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşen*”<sup>228</sup> bir satış olduğu vurgulanmalıdır.<sup>229</sup> Bu satışın geçerli olmasını kısaca tekrar etmek gerekirse, sözleşmeler hukukuna hâkim olan ana ilkelerden birisi olan irade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen bir başka ilke, sözleşmelerin ahlaka, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması, aksi takdirde hukuki işlemin kesin hükümsüz olmasıdır. Dolayısıyla önalım hakkını doğuracak satış sözleşmesinin de aynı ilkelere tabi

<sup>226</sup> RÜEGG, S. 256, PN. 656.

<sup>227</sup> GIGER, OR Art. 216c, PN.2 in: Berner Kommentar.

<sup>228</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 207; REY/STREBEL, Art. 681, PN.5, in: BSK ZGB II.

<sup>229</sup> REY/STREBEL, Art. 681, PN.4, in: BSK ZGB II.

olduğu izahtan vâreste olup, bu tip geçersiz sözleşmeler önalım hakkının doğmasını sağlayamayacaklardır.<sup>230</sup>

Satışa denk (muadil) hukuki işlemlere gelince, öncelikle ifade etmek gerekir ki, gerek OR'de gerekse TBK'da ekonomik açıdan satışa denk tabiriyle genel bir ifade kullanılmış ve ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin ne olduğu açık biçimde sayılmamıştır. Bu anlamda satışla amaçlanan veya satış neticesinde ortaya çıkan ekonomik durumları ortaya çıkaran satışa denk (muadil) hukuki işlemlerin ne olduğu sorusu İsviçre'de büyük ölçüde Federal Mahkeme'nin içtihatları ile şekillenmiş ve 1994 yılında yürürlüğe giren revizyon sonrasında da sorunun belirlenmesinde mezkûr içtihatlar ve konuyla alakalı doktriner görüşlerin dikkate alınması yoluna gidilmiştir.<sup>231</sup> Soru kısaca şöyle formüle edilebilir: İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda satışa denk kabul edilen işlemler nelerdir veya ekonomik açıdan satışa denk işlem kavramından ne anlaşılmalıdır ?<sup>232</sup> Sorunun cevabında belirleyici nokta, ekonomik açıdan satışa denk (muadil) işlemin bir satış sözleşmesiyle hedeflenen amaçla karşılaştırılabilir bir amaç takip edip etmediğidir. Söz konusu tespit, mülkiyetin naklini merkeze alan sonuç odaklı yaklaşımdan farklı olarak, nihai olarak mülkiyetin ivazlı olarak nakledilip edilmemesi varılacak sonuç açısından belirleyici olmadığı gibi şart da değildir. Bu anlamda mühim olan, ekonomik açıdan satışa denkliği tartışılacak hukuki işlemdeki taraf yükümlülüklerinin, taşınmaz satış sözleşmesindeki taraf yükümlülüklerine eşdeğer (müsavi) olup olmadığıdır.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 207-208.

<sup>231</sup> REY/STREBEL, Art. 681, PN.4, in: BSK ZGB II.

<sup>232</sup> RÜEGG, S. 248.

<sup>233</sup> RÜEGG, S. 258, PN. 656.

## 1. Her İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Hukuki İşlem

Ekonomik açıdan satışa denk (muadil) bir hukuki işlemden bahsedilebilmesi için, kanunda kullanılan ibareden anlaşılacağı üzere, öncelikle iki taraflı bir hukuki işlemin varlığı gerekmektedir. Yapılan işlemin iki taraflı bir hukuki işlem olmasının yanında ayrıca, her iki tarafa da borç yükleyen bir hukuki işlem olması aranmaktadır. Esasen hukuki işlemin her iki tarafa borç yükleyen iki taraflı bir hukuki işlem olmasına ilişkin şartın önemi zıt anlamında kendini ortaya çıkarmaktadır. Bu şart karşısında ortada bir hukuki işlemin hiç olmadığı veya tek taraflı bir hukuki işlem olduğu durumlarda ekonomik açıdan satışa denk bir hukuki işlemden daha doğrusu, önalım olgusundan bahsedilemeyecektir.<sup>234</sup> Böylece örneğin vakıf kurma işlemi tek taraflı bir hukuki işlem olup, taşınmazın maliki bir vakıf kurarak önalım hakkına konu taşınmazı vakfa özgülerse, bu işlem bir önalım olgusu teşkil etmeyecektir.<sup>235</sup>

Bir diğer husus, taşınmaz satış sözleşmesine muadil hukuki işlemin her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, ekonomik yaklaşım gereği, satış sözleşmesindeki borçlandırıcı işlemin vasıfları veya edimler arasındaki tam bir mütekebuliyeti (karşılıklılığı) ifade eden genetik, kondisyonel ve fonksiyonel bir synallagma aranmamalıdır.<sup>236</sup>

Örneğin taşınmazın satışını konu edinen sözleşmede tarafların edimleri bir mütekebuliyet ilişkisi içinde olup, satıcı malın zilyetliğini ve mülkiyetini devretmekle yükümlüken, alıcı da buna karşılık olarak satış bedelini ödemek

<sup>234</sup> RÜEGG, S. 257, PN. 658 ff.; Krş. AYDOĞDU, s. 46

<sup>235</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 167 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 125, PN. 395; SUTTER, S. 279; RÜEGG, S. 19, PN.60.

<sup>236</sup> Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 211.

zorundadır. Satış sözleşmesi örneğinde tebarüz eden karşılıklılık, ekonomik yönden satışa muadil hukuki işlemde katı bir yaklaşımla ele alınmamalıdır.<sup>237</sup> Fakat hukuki işlemin her iki tarafa da borç yüklemesi şartının mefhumu muhalifi (zıt anlamı), tek tarafa borç yükleyen örneğin bağış gibi sözleşmelerin satışa denk (muadil) önalım olgusu içinde değerlendirilemeyeceğine delalet etmektedir.<sup>238</sup> Hakim görüşe göre, karma bağışlar da önalım olgusu içinde değerlendirilmemektedir, velev ki bağışlayan malik, önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanmaya mani olmak istesin. Önemli olan sonuçta gerçekten bağış niyetiyle hareket etmesidir.<sup>239</sup> Tespit edilmesi gereken bir diğer husus edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi çerçevesinde malın mülkiyetinin katılma alacağından doğan borcun ifası kapsamında diğer eşe malın mülkiyetinin nakledilmesi durumunda, önalım olgusunun doğmayacağıdır.<sup>240</sup>

## 2. Hukuki İşlemin Taraflarının Özdeş Olmaması

Bazen bir hukuki işlemin tarafları şeklen farklı gibi görünseler de her iki taraf da aynı irade tarafından yönetilmekte daha doğrusu taraflardan birisi, diğer tarafın hakkında kendi menfaatleri lehine karar alabilmektedir.<sup>241</sup> Örneğin ana ortaklık ile bağlı ortaklık arasında bu tarzda bir ilişki oluşması mümkündür. Satış sözleşmesinde alıcı ve satıcı iki farklı taraf olarak karşılıklı menfaatlerini birbirleriyle değiştirmektedirler. Satıcı malı vermekte alıcı ise buna mukabil bir bedel ödemektedir. Menfaatler birbirleriyle bir zıtlık bir karşılık içinde bulunmaktadır.<sup>242</sup> Halbuki hukuki işlemin taraflarının özdeş olduğu durumlarda şeklen iki farklı taraf gözüke de veya taraflar satış

<sup>237</sup> RÜEGG, S. 257, PN. 661.

<sup>238</sup> STREBEL, S. 118, PN. 378; RÜEGG, S. 258, PN. 662-663.

<sup>239</sup> RÜEGG, S. 261, PN. 673; Krş. AYDOĞDU, s. 49.

<sup>240</sup> RÜEGG, S. 258, PN. 664; AYDOĞDU, s. 48.

<sup>241</sup> RÜEGG, S. 259, PN. 666.

<sup>242</sup> RÜEGG, S. 259, PN. 667.

sözleşmesinin şekli şartlarını yerine getirmiş olsalar da aslında taraflar ekonomik olarak gerçekleştirecekleri fiiller için hukuki birtakım formları kullanmaktadırlar. Görünüşte satış şeklinde ortaya çıkan işlemde alıcı ve satıcı menfaatleri arasında var olması gereken zıtlık, karşıtlık bulunmadığı için, maddi anlamda bir satış sözleşmesi bulunmamaktadır. Daha doğrusu taşınmazda tecessüm etmiş, somutlaşmış olan değer tahavvülü veya değişimi değil, yalnızca aslında bir iradenin yönetimi altındaki malvarlığının yeniden yapılandırılması söz konusudur.<sup>243</sup> Örneğin tek ortaklı bir şirkette şirketin mülkiyetindeki önalım hakkına konu taşınmazın, şirketin tek ortağına satılması halinde bir önalım olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Veya ana şirkete bağlı bir şirketten, aynı ana şirkete bağlı başka bir şirkete yapılan satışlarda da aynı durum söz konusu olacak ve bu durum önalım olgusu olarak kabul edilmeyecektir.<sup>244</sup>

### 3. Üçüncü Kişinin Para veya Paraya Muadil Ekonomik Bir Değeri Borçlanması/İfası

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede üçüncü kişinin borcu, belli bir para borcunun ifası veya ekonomik olarak paraya muadil bir edimin yerine getirilmesi olmalıdır.

#### a) Üçüncü Kişinin Para Borcu

Üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede üçüncü kişinin borcunun para borcu olarak kararlaştırıldığı durumda taraf iradelerine göre kararlaştırılan para borcu önalım sözleşmesinin borçlusunun taşınmaz devri edimine **tam bir karşılık** teşkil etmelidir.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> RÜEGG, S. 259, PN. 667.

<sup>244</sup> RÜEGG, S. 259, PN. 668.

<sup>245</sup> RÜEGG, S. 261, PN. 672.

### aa) Üçüncü Kişiyeye Bağış

Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın üçüncü bir kişiyeye herhangi bir karşı edim belirlenmeksizin bağışlandığı durumlarda gerek her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığı için gerekse hukuki işlemde bağışlananın şahsı ön planda olduğu ve bağış sözleşmesinin yapılmasında etkili olduğu için, yapılan bağış sözleşmesi önalım olgusu içinde görülmeyecek ve önalım hakkı doğmayacaktır.<sup>246</sup>

Alman hukukunda da bağış sözleşmesinin önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyeceği tartışmasız biçimde kabul edilmektedir.<sup>247</sup>

### bb) Üçüncü Kişiyeye Yapılan Karma Bağış

Satış ve bağış sözleşmesinin unsurlarının bir araya getirildiği karma bağışta<sup>248</sup> ise taşınmazı edinen üçüncü kişinin edimi tam bir karşılık şeklinde olmayıp, satış kısmen ivazlı kısmen ivazsız gerçekleşmektedir. Karma bir bağışın kabulü için bir yandan edimler arasında açık bir orantısızlık şarttır. Öte yandan taraf iradeleri yapılan kazandırmanın kısmen ivazsız olması noktasında birbiriyle uyumlu olmalıdır. Tarafların bu yöndeki iradesi yani bağış arzusu, mülkiyeti devir borcu doğuran resmi şekilde düzenlenmiş senetten (TMK m. 706) anlaşılmalıdır.<sup>249</sup> İsviçre'deki hâkim görüş ve uygulama, karma bağıştaki bağış unsuru sebebiyle ekonomik açıdan satışa muadil bir hukuki işlemde bahsedilemeyeceğini, aynen bağışta olduğu gibi karma bağışta da

<sup>246</sup> SCHMÍD, S. 75; STREBEL, S. 118, PN. 378; AVCI-BRAUN, TBK m. 240, PN. 5; TBK-İstanbul Şerhi.

<sup>247</sup> SCHERMAIER, Martin Josef, BGB § 463 PN. 14, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480 (Kaufrecht); BURBULLA, S. 34 Fn. 173'te anılan yazarlar.

<sup>248</sup> Karma bağış kavramı için bkz. KOLLER, Alfred, Vorkaufsberechtigung bei Veräußerungsgeschäften, die Teil einer gemischten Schenkung sind, in: Teil VI - Obligationenrecht und weitere Rechtsgebiete (Hrsg), RUMO-JUNGO, Alexandra/ PÍCHONNAZ, Pascal/ HÜRLÍMANN-KAUP, Bettina/FOUNTOULAKÍS, Christiana, PN. 756 ff.

<sup>249</sup> RÜEGG, S. 261, PN.673.

bağışlananın kişiliğın ön planda olduğunu dolayısıyla karma bağışta önalım olgusunun mevcut olmadığını kabul etmektedir.<sup>250</sup> Daha açık bir ifadeyle, sözleşmeyi karma bağış haline getiren indirimli bedel malı edinen üçüncü kişinin şahsına özgü bir durumdur.<sup>251</sup> Hatta bizce doğru olmayan bir görüşe göre, önalım yükümlüsünün satış bedelindeki indirimi (tenzilatı) daha doğrusu bağış sırf önalım hakkının kullanılmasına mâni olmak gayesiyle yapması halinde de durum değişmeyecektir. Zira önemli olan üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin objektif şekli olup, bu anlamda önalım yükümlüsünün niyeti sözleşmenin niteliğinde bir muvazaaya sebebiyet vermediği sürece mühim değildir.<sup>252</sup> Daha önce belirtildiği gibi hâkim görüş karma bağışın önalım hakkına vücut vermeyeceği yönünde ise de azınlıkta kalan bir görüş belli kayıtlarla karma bağış önalım olgusu olarak nitelendirmektedir. Söz konusu görüş karma bağışın önalım olgusu teşkil ettiği duruma örnek olarak öncelikle karma bağış üzerinden önalım hakkı sahibinin haklarının engelleme amacına dönük teşebbüsleri ve bağış unsurunun sözleşmesel ilişkide yalnızca tâli bir edim teşkil ettiği durumları misal olarak getirmektedir.<sup>253</sup> Karma bağışta önalım hakkının doğabileceğine bir başka örnek ise, nitelikli (mevsuf) önalım hakkıdır. Bilindiği üzere nitelikli önalım

<sup>250</sup> SCHMİD, S. 75; KOLLER, Alfred, Vom Grundstückkauf im Allgemeinen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2017, PN. 79; GİGER, Berner Komm, PN. 18; REY, (1994), S. 50, Fn. 57; BRUCKNER, S. 533, PN. 85; ROBERTO, (1993), S. 173. WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 119, PN. 380; SUTTER, S. 279; ŞIPKA, s. 97.

<sup>251</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar.

<sup>252</sup> RÜEGG, S. 261 PN. 673; Farklı bir kanaat için bkz. MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 119, PN. 381; ISLER, S. 59; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR.

<sup>253</sup> ISLER, Leana, Maria, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich, 1989, S. 59; ISLER, S. 59; WERREN, Der Vorkaufsfall, S. 5.

hakkında önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını hangi şartlar altında kullanabileceğine dair somut kararlaştırmalar söz konusudur. Bu anlamda önalım hakkının hangi bedel üzerinden kullanılacağı da bellidir. Dolayısıyla, malik malı üçüncü kişiye aralarındaki şahsi ve özel ilişkiye dayanarak, mali gerçek değerinin altında satsa bile, önalım hakkı sahibi üçüncü kişi ile kararlaştırılan bedel üzerinden değil, daha önce kararlaştırılan bedel üzerinden önalım hakkını kullanacağı için, yapılan kazandırmanın üçüncü kişinin şahsına münhasır olduğu, önalım hakkı alacaklısının bundan istifade edememesi gerektiği şeklindeki, karma bağışın, önalım olgusu olarak değerlendirilmesinin önündeki itiraz, boşa çıkmış olacaktır. Çünkü önalım hakkı alacaklısı, önalım sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ödeyeceği için yani bedelin önceden belli olması sebebiyle, üçüncü kişinin şahsına özgü olarak yapılan indirimden istifade edememektedir.<sup>254</sup>

Buna karşın malın gerçek değerinden daha uygun bir bedel karşılığında satıldığı durumda, karma bağıştan farklı olarak satıcı üçüncü kişiye bağış suretinde bir kazandırma yapmak niyetinde olmadığı için daha doğrusu malın piyasa fiyatının altında satılmasının sebebi başka özel koşullar olduğu için önalım olayının varlığı kabul edilmektedir.<sup>255</sup> Netice olarak üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış mı, yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğu, önalım hakkı açısından son derece önemli bir husus olup, karma bağış niteliğinde kabul edilebilmesi için malın piyasa değerinden en az yüzde yirmi oranında daha düşük bir bedele satılması gerekmekte olup, bunun oranın altında oranlar salt bir fiyat indirimi olarak kabul edilmeli ve önalım olgusu kapsamında görülmelidir.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> ISLER, S. 59.

<sup>255</sup> RÜEGG, S. 262, PN.674.

<sup>256</sup> RÜEGG, S. 262, PN.674.



Alman hukukunda ise öncelikle taraf iradelerinin bu yönde olup olmadığına bakılmaktadır. Şayet taraflar diğer sözleşmelerin örneğin karma bağışın da önalım olgusu olarak sayılacağı hususunda anlaşmışlarsa, karma bağış da önalım hakkının doğumuna sebebiyet verecektir.<sup>257</sup> Bu tarzda bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumda ise, hâkim görüş karma bağışın önalım hakkının doğumunu sağlamayacağı kanaatindedir.<sup>258</sup> Bir başka görüş ise, hukuki işlemin bağış teşkil eden kısmının mı yoksa bir ivaza karşılık gelen kısmının mı ön planda olduğuna göre sorunun cevaplanması gerektiğini belirtmektedir. Önalım hakkı yükümlüsü için karşılaştırılan ivaz ön planda ise, bu ivaz önalım hakkı sahibi tarafından da yerine getirilebileceği için, karma bağış önalım hakkının kullanımına mâni teşkil etmemelidir. Buna karşın sözleşmede bağış unsuru ve kastı ön planda ise ve önalım hakkı sahibinin bağışlanan yerine geçmesi önalım yükümlüsünü tatmin etmiyorsa, önalım hakkının kullanımı için gerekli önalım olgusu doğmamış demektir.<sup>259</sup>

Hatır satışları olarak isimlendirilen, eşyanın fiyatını belirlemede taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin belirleyici olduğu ve buna göre belirlendiği durumlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk durum örneğin finansal krizde olan yeğenine katkıda bulunma amacıyla malın amca tarafından olduğundan yüksek bir fiyata satın alınmasıdır. İkinci durum ise kişisel sebeplerle malın piyasa değerinden düşük bir meblağa satılmasıdır.<sup>260</sup> İlk durumda yani malın piyasa fiyatının oldukça üzerinde satıldığı ihtimalde, önalım olgusunun gerçekleştiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.<sup>261</sup>

<sup>257</sup> BURBULLA, S. 36.

<sup>258</sup> BURBULLA, S. 36.

<sup>259</sup> BURBULLA, S. 37.

<sup>260</sup> BURBULLA, S. 38.

<sup>261</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 14, in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

Hatır satışlarında da aynen karma bağışta olduğu gibi karşılıksız bir kazandırma olduğunu savunan görüşe göre<sup>262</sup> hatır satışlarını karma bağışlardan ayrı bir muameleye tabi tutmak için bir sebep bulunmamaktadır.

SCHURIG, şahsi ilişkilerin ön planda olduğu satışlar bakımından, önalım hakkının kullanılmaması gerektiğini savunmaktadır.<sup>263</sup> Buna karşın hatır satışları ile karma bağış arasında ince bir fark bulunmaktadır. Hatır satışlarında muhtemelen bir başka satıcı da belirlenen fiyatla malı satmaya razı olabilecektir. Yani belirlenen fiyat hukuki ilişkiyi bir satış olmaktan çıkarmamakta ve kâr amaçlı hareket eden piyasa aktörleri için mümkün ve muhtemel bir hukuki ilişki vasfını kaybetmemektedir. Halbuki, karma bağışta ise fiyat piyasada söz konusu mal için belirlenen alt sınırın altına düşmekte ve bu seviyede bir kazandırma ancak kişisel birtakım motivasyonların eşlik etmesi durumunda mümkün olmaktadır. Daha doğrusu piyasada belirlenen sınırın altına düşen fiyat belirlemeleri için en makul açıklama olaydaki bağış kastıdır.<sup>264</sup> Sonuç olarak karma bağışta önalım hakkı doğmazken, hatır satışlarında önalım hakkı doğmaktadır.<sup>265</sup>

### **b) Üçüncü Kişinin Ekonomik Olarak Paraya Denk Bir Edimi Borçlanması/ İfası**

İsviçre'deki sözleşmesel ve kanuni önalım hakkında değişiklikler öngören yasanın gerekçesinde yapılan aksi yöndeki açıklamalara rağmen<sup>266</sup>, önalım hakkını devralan üçüncü kişinin edimi bir para olmak zorunda olmayıp ekonomik olarak paraya muadil misli eşyalardan da teşekkül

<sup>262</sup> SCHURIG, S. 137.

<sup>263</sup> BURBULLA, S. 38.

<sup>264</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 16 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>265</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 16 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>266</sup> BBI 1988 III 1079, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10050883>, E.T.: 26.12.18.

edebilir.<sup>267</sup> Ekonomik yaklaşım gereğince üçüncü kişinin ediminin para veya ekonomik olarak paraya eşdeğer bir misli eşya olması arasında fark olmamalıdır.<sup>268</sup> Misli eşya kavramı § 91 BGB’de açıkça tanımlanmıştır: Misli eşya, hukuki muamelelerde, münasebetlerde ekseriya/usulen/âdeten sayı, ölçü ve ağırlık gibi kıstaslara göre tayin edilen menkul eşyadır. Veya sayı, ölçü, ağırlık gibi kıstaslara göre belirlenmesi adet haline gelmiş taşınır eşyadır. Yalnız önalım hakkı kapsamında karşı tarafın edimi yalnızca misli eşya ile sınırlandırılmamalı, eşya vasfında olmayan yapma edimleri dahi şahsi olmamak kaydıyla (OR Art. 68) “misli” kavramı içinde değerlendirilerek ekonomik olarak paraya denk edimler içinde değerlendirilmelidir. Yine aynen para da olduğu üzere, kararlaştırılan edim gerek misli bir eşya olsun gerekse şahsi nitelikte olmayan bir yapma borcu olsun, satılan taşınmaza tam bir karşılık teşkil etmelidir.<sup>269</sup>

Doktrinde bir görüş biraz daha ileri giderek, üçüncü kişinin ediminin gayri misli nitelikte olduğu durumlarda dahi, bu gayri misli nitelikte edimin parasal bir değere dönüştürülebilmesi kaydıyla ekonomik olarak paraya denk bir değer kabul edilerek, üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemin önalım hakkının kullanımına imkan veren önalım olgusu oluşturacağını iddia etmektedir, meğer ki taşınmazın maliki için elde ettiği gayri misli nitelikteki karşı edimin kendisi bizzat parayla ifade edilemeyecek bir değer taşısın ve malikin söz konusu gayri misli karşı edimle ilgili özel bir menfaati olsun.<sup>270</sup> Bununla beraber karşı edimin gayri misli olduğu durumlarda, satıcının bu

<sup>267</sup> RÜEGG, S. 263, PN. 676; Krş. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar.

<sup>268</sup> RÜEGG, S. 263, PN. 676.

<sup>269</sup> RÜEGG, S. 263, PN. 676.

<sup>270</sup> RÜEGG, S. 263, PN. 677.

gayri misli eşyaya özel bir menfaatinin olduğu yönünde adi bir karine vardır. Fakat bu adi karine önalım hakkının alacaklısı tarafından tüm şartlar dikkate alınarak her zaman çürütülebilir.<sup>271</sup> Her hâlükârda taşınmazın satışında üçüncü kişinin karşı edimi parasal bir değere tekabül etmeli veya kıymeti parasal olarak takdir edilebilmelidir.<sup>272</sup>

#### aa) Üçüncü Kişi ile Yapılan Trampa Sözleşmesi Neticesinde Malın Mülkiyetinin Trampa Sözleşmesinin Diğer Tarafı Üçüncü Kişiye Nakli

Önalım hakkına konu taşınmaz üzerinde üçüncü kişi ile yapılan trampa sözleşmesinin önalım olgusu teşkil edip etmediği İsviçre doktrininde tartışmalıdır. OR gerekçesine ve İsviçre'deki birtakım yazarlara<sup>273</sup> göre trampa sözleşmesi kural olarak önalım olgusu olarak kabul edilmemektedir, meğer ki trampa sözleşmesi ile amaçlanan şey dürüstlük kurallarına aykırı biçimde önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi olsun.<sup>274</sup>

Sonuç odaklı görüşe göre aranan en temel şartlardan birisi olan, taşınmaz mülkiyetinin eşya hukuku kuralları bağlamında karşı tarafa nakli koşulu trampa sözleşmesinde gerçekleşmiş olsa bile, trampa sözleşmesinde, trampa sözleşmesine taraf üçüncü kişinin yerine getirdiği karşı edim herkesçe yerine getirilebilir bir edim olmadığı, yani parça borcu olduğu için taşınmazın mülkiyetinin nakline rağmen önalım olgusu vuku bulmayacaktır. Bu noktayı dikkate alan bir diğer görüşe göre ise trampada üçüncü kişinin karşı edimi

<sup>271</sup> RÜEGG, S. 263, PN. 677.

<sup>272</sup> RÜEGG, S. 263, PN.678.

<sup>273</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 172 in: Berner Kommentar; SUTTER, S. 279; Krş. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 255

<sup>274</sup> STREBEL, S. 98, PN. 305; Federal Mahkeme'nin bu yöndeki kararı (BGE 94 II 342, E.2) için bkz. RÜDLINGER, S. 8.

misli nitelikte olduğu sürece<sup>275</sup> veya gayri misli olsa bile önalım borçlusunun gayri misli eşyaya özel bir menfaati yoksa ya da özel bir önem arz etmiyorsa, trampa sözleşmesi de önalım olgusu olarak nitelendirilmelidir.<sup>276</sup> Buna göre üçüncü kişinin ediminin altın veya hisse senetleri gibi misli eşya olduğu durumda önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak, buna mukabil üçüncü kişinin edimi başka bir taşınmazın mülkiyetinin nakli gibi gayri misli bir parça borcu ise, kural olarak önalım olgusu gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Fakat önalım borçlusunun alacaklısı olduğu taşınmazı edinmeye dönük özel bir menfaati yoksa, amacı esas itibarıyla sattığı taşınmaza karşılık maddi bir değer edinmekse bu durumda da karşı edim gayri misli olsa da önalım olgusunun varlığına hükmedilecektir.<sup>277</sup> Sonuç olarak trampa sözleşmesinin bir önalım olgusu teşkil edip etmediği sorusunun cevabı, sözleşmede, taşınmazın mülkiyetinin karşı tarafa nakline karşılık kararlaştırılan üçüncü kişinin karşı edimin misli nitelikte olup olmadığı ile ilgilidir.<sup>278</sup> Karşı edim şayet misli nitelikte ise, yani, önalım hakkı sahibi de söz konusu edimi yerine getirmeye muktedir ise, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacaktır.

Trampa sözleşmesinde, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın maliki taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesine karşılık elde ettiği karşı

<sup>275</sup> REY (1994), S. 50 Fn. 55; SCHENKER, URS Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich, 2013, S. 245 ff., S. 259; SCHMID, S. 76-77; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Art. 216c PN. 4, in: OR Kommentar; AVCI-BRAUN, TBK m. 240, PN. 6, TBK-İstanbul Şerhi; GÜMÜŞ, misli mal olsa bile, önalım olayının gerçekleşmeyeceğini savunmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012, s. 163.

<sup>276</sup> STREBEL, S. 136, PN. 431; RÜEGG, S. 264, PN. 678.

<sup>277</sup> RÜEGG, S. 264, PN. 680.

<sup>278</sup> STREBEL, S. 100, PN. 313; Krş. ŞİPKA, s. 100. Yargıtay bir kararında (Y. 6. HD., 18.12.1953, 7986/6433), 'Taraflar arasında yapılan işlemde trampa vasfının galip bulunduğundan önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını' kabul etmiştir. Konuya dair diğer Yargıtay kararları için Bkz. YILDIZ, s. 137 vd.

edimi yani misli eşyayı, satarak kolayca paraya çevirebilecektir. Şu hâlde mal satılmış olsaydı karşı edim para olarak ifa edileceği için, bu tarz bir trampa sonuçları itibariyle satış ile aynı anlama gelecektir. Kaldı ki bu muhtevadaki bir trampadaki karşı edimi, önalım hakkı alacaklısı kişi de pekâlâ yerine getirebilecektir.<sup>279</sup> Trampanın üçüncü kişinin önalım hakkını engellemek için bir araç olarak kullanıldığı durumlarda ise, önalım olgusunun varlığının gerçekleştiği kabul edilmelidir.<sup>280</sup>

Değnilmesi gereken bir diğer husus, tarafların, iki taşınmaz için iki farklı satış sözleşmesi yaptıkları, fakat kararlaştırılan bedelleri takas ettikleri durumda, bu durumun önalım olgusu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur. Doktrin bu tarzda yapılan takas içerikli bir satışı, önalım olgusu olarak değerlendirmektedir.<sup>281</sup>

Alman hukukunda da trampa sözleşmesine genel yaklaşım İsviçre hukuku ile uyumlu olup, trampa sözleşmesinin önalım olgusu teşkil etmediği yönündedir.<sup>282</sup> Bununla birlikte bir ayırma gidilmekte ve karşı edimin BGB § 91 kapsamında misli eşya olduğu durumlarda, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir trampa sözleşmesine konu olmasının üçüncü kişinin önalım hakkını doğuracağı kabul edilmektedir. Yani trampa sözleşmesindeki karşı edim önalım alacaklısı tarafından da yerine getirilebiliyorsa, trampa önalım hakkını doğuracaktır.<sup>283</sup> Aksi takdirde yani trampa edilen taşınmaza mukabil karşı edim de gayri misli nitelikteyse, ki çoğunlukla böyledir, ana yaklaşıma

<sup>279</sup> SCHENKER, S. 259-260.

<sup>280</sup> Krş. SCHENKER, S. 260, örneğin malı satan kişinin edindiği malvarlığı değerleri ile ilgili kendisine söz konusu değerleri gelecekte belli bir fiyattan satma hakkı veren satış opsiyonu (Put-Option) verildiğinde, her ne kadar bir trampa söz konusu olsa da sonuçları itibariyle satışla hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacaktır.

<sup>281</sup> STREBEL, S. 98, PN. 308.

<sup>282</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13, in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2; WESTERMANN, BGB § 463 PN. 21, in: Münchener Kommentar.

<sup>283</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

bağlı kalınarak, trampa sözleşmesi önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyecektir.<sup>284</sup> Trampa sözleşmesinin önalım olgusu olarak değerlendirilmemesinin önalım hakkı sahibi aleyhine bir durum teşkil ettiği veya önalım hakkı sahibinin korunmadığı iddiası karşısında, tarafların daha önce yapmış oldukları önalım sözleşmesi ile trampanın önalım olgusu olarak kabul etme imkanları olduğu dile getirilmektedir.<sup>285</sup> Ortada bir satış mı yoksa trampa mı olduğu hususunda taraflarca yapılan nitelendirmeler veya isimlendirmeler mühim olmayıp, tarafların hukuki işlemle takip ettikleri ekonomik amaç önemsenmelidir. Mühim olan veya odaklanılması gereken soru, sözleşme içeriğine göre taraf yükümlülüklerinin bir eşyanın teslimi olup olmadığı veya tarafların eşyaların değiş tokuşunu (mübadelesini) hedefleyip hedeflemedikleridir.<sup>286</sup> İki taşınmaz için tarafların iki satış sözleşmesi yaptıkları ve iki farklı satış bedeli kararlaştırdıkları fakat satış bedellerini takas ettikleri durumda, tarafların hedefledikleri husus eşyaların mübadelesi olmayıp, bir bedel karşılığında taşınmazı edinmek olduğu için bu tarz bir sözleşme önalım olgusu olarak görülecektir.<sup>287</sup>

Özellikle otomobil satışlarında sıkça rastlanan bir durum olarak, taraflardan birisinin ediminin bir eşyanın teslimi artı parasal bir bedel, diğer tarafın edimin ise yalnızca bir eşyanın teslimi olduğu hallerde, taraf menfaatleri ve amaçları dikkate alınarak borcu eşya teslimi ve para ödenmesi olan taraf açısından hangi edimin asli edim olduğu belirlenmelidir.<sup>288</sup> Buna göre aracı satın alan kişinin asli edimi parasal nitelikte olup, ayrıca teslim

<sup>284</sup> BURBULLA, S. 31 ff.

<sup>285</sup> BURBULLA, S. 31 ff.

<sup>286</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>287</sup> Krş. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>288</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

ettiği araç tali nitelikte cüzi bir meblağa tekabül ediyorsa bir satış sözleşmesinin varlığından hareket edilebilir. Dolayısıyla bu durumda önalım hakkı doğacaktır. Durum tam tersi ise, yani önalım yüküsü olup aracı satın alan kişinin asli edimi kendine ait bir otomobili karşı tarafa teslim etmek olmakla birlikte cüzi bir bedelin ödenmesi de kararlaştırılmışsa, bir trampa olduğunu kabulle, önalım hakkı doğmayacaktır. İfade edildiği üzere asıl mesele taraflar nezdinde asli edimin ne olduğunu belirlemek olmakla birlikte edimler arasındaki niceliksel ilişki ulaşılabilecek sonuçta dikkate alınmalıdır.<sup>289</sup>

Yargıtay'ın konuya ilişkin tutumuna gelince, Yüksek Mahkeme'nin konunun gündeme geldiği ilk yıllardan itibaren istikrarlı biçimde trampa sözleşmesini önalım olgusu olarak görmediği bilinen bir husustur.<sup>290</sup> Dava taraflarınca yaygın bir yanlış olarak takas olarak nitelendirilen fakat aslında trampanın söz konusu olduğu bir kararda Yüksek Mahkeme trampa sözleşmesini önalım olayı olarak görmemiştir.<sup>291</sup> Yargıtay kararlarında, soruna çoğunlukla muvazaa açısından yaklaşıldığı muvazaa iddiası ispat edilmediği sürece, trampanın önalım olgusu teşkil edip etmediğinin tartışılmadığı, şayet muvazaa iddiası ispat edilmemişse, trampanın önalım hakkını doğuran önalım olgusu olarak kabul edilmediği görülmektedir.<sup>292</sup>

<sup>289</sup> Aksi yönde bkz. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 13 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>290</sup> Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2018), s. 538 dipnot 1145'teki kararlar.

<sup>291</sup> Y.6.H.D..18.02.2002-703/119, kararı aktaran, TURANBOY, s. 611.

<sup>292</sup> Yargıtay'ın bu minvalde birçok kararı bulunmaktadır. Aktarılan gözleme ilişkin bazı karar örnekleri için bkz.

Y. 14. H.D. T. 26.6.2018, E. 2018/809, K. 2018/4844; Y. 14. H.D. T. 26.6.2018, E. 2018/1059, K. 2018/4843;

Y. 14. H.D. T. 9.10.2018, E. 2016/2665, K. 2018/6479; Y. 14. H.D. T. 12.12.2018, E. 2016/3304, K.

2018/8939 (KHO). E.T. 03.06.2019



**bb) Üçüncü Kişi ile Yapılan Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi  
Neticesinde Malın Mülkiyetinin Bakım Borçlusunu Üçüncü Kişiye Nakli**

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşme olup her zaman ivazlı bir sözleşmedir (TBK m. 611, OR Art.521).<sup>293</sup> Bakım alacaklısının devretme yükümlülüğünü üstlendiği taşınmaz aynı zamanda önalım hakkına konu olan taşınmaz olabilir. İsviçre’de hâkim görüş ve uygulama, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin gereği olarak malın mülkiyetinin üçüncü kişiye naklini önalım olgusu olarak tavsif etmemektedir.<sup>294</sup> Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin önalım olgusu olarak nitelendirilmemesinin sebebi, her şeyden önce, bu sözleşmenin şahsi nitelikte bir borç ilişkisi olmasıdır.<sup>295</sup> Dolayısıyla üçüncü kişi durumundaki bakım alacaklısının edimi şahsi nitelikte olup misli bir borç olarak görülemez. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde malın mülkiyetinin karşı tarafa nakli karşılığında yerine getirilecek olan karşı edim, bakım borçlusunun şahsı ile çok yakından ilgili olup, bakım borçlusunun ifa edeceği edimi önalım hakkı sahibi yerine getiremez.<sup>296</sup> Önalım sözleşmesinin borçlusunun malın mülkiyetini devrettiği üçüncü kişi olan bakım borçlusunun edimine özel bir menfaati olduğunu varsaymak mümkündür. Ancak bir diğer görüşe göre bu aksi ispat edilebilir bir durumdur. Diğer bir deyişle önalım hakkının alacaklısı, üçüncü kişi konumundaki bakım borçlusunun edimini kendisinin de yerine

<sup>293</sup> STREBEL, S. 104, PN. 329.

<sup>294</sup> SCHMID, S. 76; SIMONIUS/SUTTER, S. 370 PN. 62; STREBEL, S. 105, PN. 331; SUTTER, PN. 279; RÜEGG, S. 264 PN.680; ISLER, S. 58; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: KURZKOMMENTAR; ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Art. 216c PN. 3, in: OR KOMMENTAR

<sup>295</sup> STREBEL, S. 104, PN. 330.

<sup>296</sup> REY, (1994), S. 50 Fn. 57; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 636.

getirebileceğini ispat edebilir. Buna göre önalım hakkına sahip olan kişi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım ve gözetim borcunun bizzat somut olaydaki borçlu tarafından yerine getirmesinde, önalım hakkının borçlusuna şahsın özel bir menfaati olmadığını ispatlamak suretiyle istisnai olarak da olsa önalım olgusunun gerçekleştiğini kanıtlayabilir.<sup>297</sup>

### cc) Üçüncü Kişi ile Yapılan Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi Neticesinde Malın Mülkiyetinin Ömür Boyu Gelir Sözleşmesi Borçlusuna Üçüncü Kişiye Nakli

Ömür boyu gelir sözleşmesi, gelir borçlusunun gelir alacaklısına, içlerinden birinin veya üçüncü bir kişinin ömrü boyunca belirli dönemsel edimlerde bulunmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 607/I, OR Art. 516 ff.). Ömür boyu gelir sözleşmesi bir ivaz mukabilinde yapılabileceği gibi ivaz olmaksızın da yapılabilir.<sup>298</sup> Gelir borçlusunun borcu genellikle para şeklinde olup, istisnai olarak yiyecek gibi misli eşya olabilir.<sup>299</sup> Ömür boyu gelir sözleşmesi bir ivaz mukabilinde yapılmış ise gelir alacaklısı kararlaştırılan edimi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu anlamda gelir alacaklısının edimi bir taşınmazın mülkiyetini gelir borçlusuna geçirmek olabilir. Sorun ise mezkûr taşınmazın bir önalım hakkına konu olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Daha basit ifade etmek gerekirse taşınmazın maliki önce yaptığı bir önalım sözleşmesiyle üçüncü kişiye bir önalım hakkı tanır, daha sonra ise aynı taşınmazı bir başkasıyla yaptığı ömür boyu gelir sözleşmesi gereği gelir borçlusuna devretmeyi yükümlenirse, önalım olgusu gerçekleşmiş kabul edilecek midir? İsviçre'deki hâkim görüşü<sup>300</sup> ömür boyu gelir sözleşmesinde

<sup>297</sup> RÜEGG, S. 265, PN. 682.

<sup>298</sup> STREBEL, S. 103, PN. 322 ff.; EREN, Özel Hükümler, s. 806.

<sup>299</sup> STREBEL, S. 102, PN. 321.

<sup>300</sup> SCHMID, S.76; STREBEL, S. 104, PN. 326; MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 171 in: Berner Kommentar; REY, (1994), S. 50, Fn. 57; REY, (2007), PN. 1263; SUTTER, S. 279; ISLER, S. 58; SIMONIUS/SUTTER, S. 370, PN. 62.

gelir alacaklısının karşı edim olarak önalım hakkına konu taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi halinde, ömür boyu gelir sözleşmesinde taşınmazın mülkiyetinin devrinin büyük ölçüde gelir borçlusunun şahsına bağlı olması ve ona olan ciddi bir güvenden kaynaklanması sebebiyle, örneğin bu yüzden gelir alacağı için bir güvence istememesi, önalım olgusunun varlığını reddetmektedir.<sup>301</sup>

Bir diğer görüş<sup>302</sup> ise öncelikle önalım hakkı yükümlüsü ile malın devredildiği üçüncü kişi arasındaki kişisel yakınlığın veya bu kişisel yakınlığa istinaden yapılan devirlerde bir bağış unsuru ön plana çıkmadığı sürece önalım olgusunun gerçekleşmesine etkisini reddetmektedir. Önalım hakkı ile yüklü taşınmazın malikinin üçüncü kişiye duyduğu güven sebebiyle taşınmazı devrettiği gerekçesine gelince, önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanabileceğini bilen önalım borçlusunu ömür boyu gelir sözleşmesi yaptığı kişiden olan alacağını bir güvenceye bağlanması şartıyla devretmişse, TBK m. 241/III gereği, önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi, taşınmazı, önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanacağı için güvence şartı bu durumda da söz konusu olacaktır. Dolayısıyla önalım hakkının borçlusunu olan taşınmaz maliki, ömür boyu gelir sözleşmesinde güvence istemek suretiyle, önalım hakkı alacaklısını da güvence vermeye mecbur edebilir. Bu durumda bahsedilen güven ve kişisel ilişki noktasında ömür boyu gelir sözleşmesinin borçlusunu ile önalım hakkının alacaklısı arasında bir fark kalmayacaktır. Öte yandan gelir borçlusunu kişinin borcu çoğu zaman para borcu olduğu, istisnai olarak misli eşya olduğu için, gelir sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında

<sup>301</sup> RÜEGG, S. 265, PN. 683; STREBEL, S. 104, PN. 328.

<sup>302</sup> RÜEGG, S. 266, PN. 684.

büyük ölçüde bir benzerlik olup, tek fark, birinde paranın irat şeklinde ödenmesi, diğesinde ise bir sermaye olarak ödenmesidir. Sonuç olarak ekonomik yaklaşıma göre satış ile ömür boyu gelir sözleşmesi birbirine denktir. Yine aynı görüşe göre, üçüncü kişi ile yapılan ömür boyu gelir sözleşmesinde gelir borcu ile taşınmazın değeri arasında yüzde yirmi veya bu orandan fazla bir fark varsa, bu durumda sözleşmenin karma bağış niteliğinde olduğu kabul edilerek önalım olgusunun gerçekleşmediğine hükmedilmelidir.<sup>303</sup>

Alman hukukunda önalım hakkı ile yüklü eşyanın ya da taşınmazın ömür boyu gelir sözleşmesine veya ölünceye kadar bakma sözleşmesine<sup>304</sup> konu olması halinde, Alman Federal Mahkemesi, mezkûr sözleşmeyi satış benzeri olarak nitelendirmiş ve söz konusu sözleşmeyi önalım olgusu içinde değerlendirmiştir.<sup>305</sup> Doktrin ise ömür boyu gelir sözleşmesindeki gerek yerine getirilecek edimin süre ve miktar itibariyle belirsizliği gerekse ömür boyu gelir sözleşmesinin alacaklı tarafı hakkında belirsizlikler sebebiyle (yaşam süresi, sağlık durumu vs.), önalım hakkı ile yüklü taşınmazın ömür boyu gelir sözleşmesine konu olması durumunda, önalım olgusunun doğuşuna ihtiyatla yaklaşmakta ve bazı şartlar altında önalım olgusunun varlığına müspet cevap vermektedir.<sup>306</sup> Bu fikre göre, önalım sözleşmesindeki borcun bizzat sözleşmedeki kişi tarafından yerine getirilmesinde ömür boyu

<sup>303</sup> RÜEGG, S. 266, PN.684.

<sup>304</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak Alman Medeni Kanunu'nda ölünceye kadar bakma akdi düzenlenmiş değildir. İsviçre'de ölünceye kadar bakma akdini karşılamak için kullanılan *Verpfändungsvertrag* Alman hukukunda bilhassa miras hukukunda her iki durumu da kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılmaktadır. Mukayesede fonksiyonel denklik gözetilerek açıklamaların ömür boyu gelir sözleşmesi üzerinden yapılması, benzer bir yaklaşımın ölünceye kadar bakma sözleşmelerine de taşınmasına mâni teşkil etmemelidir.

<sup>305</sup> BURBULLA, S. 44.

<sup>306</sup> BURBULLA, S. 44.

gelir sözleşmesi alacaklısının özel bir menfaati yoksa ve bu borcu önalım hakkı alacaklısı da yerine getirebilecekse, diğer bir ifadeyle önalım hakkı alacaklısı ömür boyu gelir sözleşmesinde kararlaştırılan süresi belirsiz edimi yerine getirmeye hazırsa, ömür boyu gelir sözleşmesinin alacaklısı olup, önalım yüklüsü taşınmazı üçüncü kişiye devreden malik, malın örneğin mirasçısı olan ömür boyu gelir sözleşmesi borçlusu şahısta yani mirasçısında kalması gibi bir amaç gütmüyorsa, önalım olgusu gerçekleşmiş sayılacak ve önalım hakkını kullanma imkanı doğmuş olacaktır.<sup>307</sup>

#### dd) Şirketler Hukuku Kapsamında Yürütülecek Faaliyetlerin Önalım Olgusu Bağlamında Değerlendirilmesi

Şirketler hukuku bağlamında ortaya çıkan belli başlı ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bir şirketin kuruluşunda hisse senetleri hususunda iştirak taahhüdünde bulunan kimsenin bu borcun ifası kapsamında önalım hakkına konu taşınmazı, hisse senetleri karşılığında aynı sermaye olarak getirmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde kısaca durulmalıdır. İsviçre'deki hâkim öğreti önalım hakkına konu olan taşınmazın iştirak sermayesi olarak bir anonim şirkete verilmesi halinde önalım olgusunun gerçekleşemeyeceğini kabul etmektedir.<sup>308</sup> Gerekece olarak ise, taşınmazı sermaye olarak getiren kişinin buna karşılık bir para almadığı, önalım hakkı sahibinin de şirketçe ifa edilen karşı edimi (olayda hisse senetlerinin devri) ifaya muktedir olmadığı gösterilmektedir.<sup>309</sup> Azınlıkta kalan bir görüş ise, önalım hakkına konu taşınmazın şirket kuruluşunda hisse senetleri karşılığında sermaye olarak aktarımını önalım olgusu olarak

<sup>307</sup> BURBULLA, S. 44-43.

<sup>308</sup> ISLER, S. 58; ROBERTO, S. 173; SUTTER, S. 279; STREBEL, S. 147, PN. 475; FASEL, OR Art. 216c PN. 6, in: BSK OR I, BGE 126 III 187. Ayrıntılı bilgi için bkz. FASEL, OR Art. PN.10, in: BSK OR I.

<sup>309</sup> SCHENKER, S. 254; FASEL, OR Art. PN.6 in: BSK OR I; RÜEGG, S. 267, PN. 686.

nitelendirmektedir.<sup>310</sup> Üçüncü bir görüş<sup>311</sup> ise sermaye olarak getirilen taşınmaz karşılığında edinilen hisse senetlerinin, toplam paylar içindeki oranından hareket etmektedir. Buna göre şayet sermaye olarak getirilen taşınmaz karşılığında hisse senetlerinin önemli bir kısmı taşınmaz malikine devrediliyorsa, hukuki işlemin tarafları arasında bir özdeşlik oluşacağı için bu önalım olgusu sayılmamalıdır. Şirkete taşınmazını hisse senetleri karşılığında sermaye olarak getiren hissedarın yanında başka ortaklar da hisse senetlerinin en az yüzde ellisine sahipse bu durumda taşınmazın hisse senetleri karşılığında şirkete sermaye olarak getirilmesi ekonomik olarak satışa denk hukuki işlem olarak takdir edilmeli ve önalım olgusu içinde mütalaa edilmelidir. Önalım hakkı yükümlüsü olan taşınmaz maliki ile hukuki ilişkiye geçen üçüncü kişinin ediminin muhakkak para olması gerekmediğini düşünen, misli şeylerin hatta duruma göre gayri misli şeylerin dahi karşı edim teşkil edebileceğini varsayan bu görüşe göre hisse senetleri de pekâlâ paraya çevrilebilir nitelikte olduğu için taşınmaz karşılığında hisse senetlerini edinen önalım yükümlüsü ortak hisse senetlerini dilediği zaman paraya çevirebilecektir. Hisse senetlerinin satışına sınır getiren örneğin ortaklığın onayına bağlayan sınırlamalar da (OR Art. 685a), nihai olarak bir sınırlama olup bu hakkı tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Şirketin taşınmazın sermaye olarak getirilmesi karşılığında elde edilen hisse senetleri hukuki işlemde şirketin karşı edimi olduğu için “önalım hakkı sahibi de bu borcu yerine getiremeyecektir” şeklindeki itiraza ise benzer biçimde cevap verilmekte ve bu karşı edimin de paraya çevrilebilir nitelikte olduğu savı ileri sürülmektedir.<sup>312</sup>

<sup>310</sup> RÜEGG, S. 267, PN. 686.

<sup>311</sup> RÜEGG, S. 267, PN. 687-688.

<sup>312</sup> RÜEGG, S. 268, PN. 688-689, 993. Önalım hakkına konu taşınmazın sermaye olarak getirildiği durumun önalım olgusu olarak değerlendirilmesi halinde önalım hakkının şerh verilip verilememesine göre farklı ihtimaller ortaya çıkacaktır. OR Art. 634'e göre taşınmaz mülkiyetinin

Konu Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğine yapılacak tartışmalar için hareket noktası, anonim şirkete aynı sermaye konulmasını düzenleyen TTK m. 342 hükmüdür. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

*“Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.”*

Söz konusu madde şirkete aynı sermaye olarak getirilecek malvarlığı unsurlarının üzerinde *sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir* bulunmamasını şart koşmuştur. Bilhassa maddenin gerekçesinden hareketle, söz konusu madde ile hedeflenen gayenin, ortaklık alacaklılarını korumayı hedefleyen sermayenin korunması ilkesi olduğu ifade edilmektedir.<sup>313</sup>

Maddenin sorunun çözümüne bakan yönü ise, kanunun sınırlı aynı hakların varlığını taşınmazın sermaye olarak getirilmesine mâni gören hükmü karşısında, tapuya şerh verilmiş kişisel hakların daha doğrusu tartışmanın

---

sermaye olarak ticaret siciline tescili ile birlikte, ortaklık taşınmazın kendi adına tapu sicilinde tesciline ilişkin şarta bağlı olmayan bir hak kazanmaktadır. Halbuki tapuya şerh verilmiş bir önalım hakkı açısından bu mümkün değildir. Zira önalım hakkı sahibi bu hakkını şirket dahil üçüncü kişilere karşı kullanabilecek ve şirket malın mülkiyetini esasen önalım hakkı alacaklısının önalım hakkını kullanmaması şartına bağlı olarak kullanmaktadır. Bu ise ifade edildiği üzere OR Art. 634'te aranan malın şirket adına koşulsuz tescili şartını sağlamamaktadır. Bu durumda ticaret sicil memuru şerh edilmiş önalım hakkını ortaklık adına sermaye olarak kaydedemeyecektir. Şerh edilmemiş önalım hakkı bakımından ise böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

<sup>313</sup> ŞENER, Oruç, Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 313, 314, 318; ÇONKAR, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul, 2016, s. 93, yazarın benzer bir hükmün mukayeseli hukukta daha doğrusu diğer hukuk sistemlerinde karşılığının bulunmadığı yönündeki ifadesi OR Art. 634 dikkate alındığında tereddütle karşılanabilir.

odağındaki tapuya şerh verilmiş önalım hakkının da aynı muameleye tabi tutulup tutulamayacağıdır.

Öğretide bir görüş TTK m. 342'de ifade edilen hallerin tahdidi nitelikte olduğu ve maddenin istisnai bir karakter taşıdığı fikrinden hareketle şerh edilmiş kişisel hakların kıyas yoluyla madde kapsamında değerlendirmesinin yerinde olmayacağını ileri sürmektedir.<sup>314</sup> Anılan görüş bu konudaki düşüncesini temellendirme amacıyla şerh edilmiş kişisel hak-irtifak hak ayırımına işaretler, tapuya şerh edilmiş önalım, gerialım hakkı ile yüklü bir taşınmaza ilişkin hak sahibinin hakkını şirkete karşı kullanması sonrasında, her ne kadar şirketin getirilen sermayeden ayın olarak yararlanma imkanı ortadan kalkacaksa da, mezkur ayının parasal karşılığı ortaklık malvarlığında kalmaya devam edeceği için sermayenin korunması açısından esaslı bir problemden bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir. Zira şirkete karşı önalım hakkını kullanan kimse malın mülkiyetini devretmekle birlikte bu devir karşılıksız değildir. Halbuki rehinle yüklü bir taşınmazda, rehinli taşınmazın şirkete sermaye olarak getirilmesi halinde, ortaklık rehinin paraya çevrilmesi durumunda bir bedel talep edemeyecektir.<sup>315</sup> Yazarın dikkatinden kaçan husus bilhassa önalım hakkı ile ilgili olarak nitelikli bir önalım hakkı söz konusu olduğunda sermaye olarak getirilen ve değeri bilirkişi marifetiyle tespit edilen taşınmazla ilgili sermaye değeri ile şirketin alacağı bedel arasında bir fark oluşabileceğidir.

Örneğin üzerinde Ü lehine 300. 000 TL bedelle nitelikli önalım hakkı tesis edilen ve tapuya şerh edilen bir taşınmazın, maliki M tarafından, X-AŞ'ye aynı sermaye olarak getirildiğini varsayalım. Malın şirkete sermaye olarak getirildiği tarihte bilirkişi marifetiyle taşınmaza biçilen değer 400. 000 TL

---

<sup>314</sup> ÇONKAR, s. 95.

<sup>315</sup> ÇONKAR, s. 98 dn. 148.



olduğu ihtimalde, önalım hakkının kullanılması durumunda şirket 100. 000 TL sermaye kaybına uğrayacaktır. Sonuç olarak nitelikli önalım hakkının kullanımı sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde arzulanmayan birtakım sonuçlara yol açabilecektir.

Sonuç olarak tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın aynı sermaye olarak getirilmesi durumunda, ticaret sicil memuru etkisi kuvvetlendirilmiş kişisel hakları TTK m. 342'nin amacını dikkate alarak, mezkûr taşınmazın aynı sermaye olarak tescilini reddetmelidir. Böylece tapuya şerh edilmiş önalım hakkı ile yüklü taşınmazın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda, sicil memuru TTK m. 342'ye kıyasen tescili reddettiğinde, taşınmazın anonim ortaklığa aynı sermaye olarak getirilmesinin önalım olgusu teşkil edip etmediği konusundaki tartışma anlamını kaybedecektir.

Taşınmazın tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığa sermaye olarak konulması durumunda, İsviçre'de hâkim görüş<sup>316</sup> bunun bir önalım olgusu teşkil etmediği yönünde olup, karşı görüş ise bunun bir önalım olgusu teşkil ettiği yönündedir.<sup>317</sup> İsviçre hukukunda adi ortaklıkta taşınmazı sermaye olarak getiren kişi malik olarak kalmaya devam etmekte fakat diğer ortaklar da taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkını elde etmektedirler. Bunu bir satış olarak değerlendiren görüşe göre karşı edim, taşınmazı sermaye olarak getiren malikin, şirkete ortak olmasıdır.<sup>318</sup>

<sup>316</sup> STREBEL, S. 146, PN. 473; Türk hukuku için bkz. ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, s. 73.

<sup>317</sup> RÜEGG, S. 268, PN. 690.

<sup>318</sup> RÜEGG, S. 268, PN. 690.

Konunun Türk hukuku açısından değerlendirilmesine gelince, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, şirkete ortaklar tarafından getirilen mallar ortaklığın malı olmayıp bütün ortaklar elbirliği halinde mala ortak olmaktadır.<sup>319</sup> Taşınmazın adi şirkete sermaye olarak getirilmesi, İsviçre hukukundaki hâkim görüş uyarınca önalım olgusu olarak kabul edilmemelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 745 uyarınca, tasfiye hâlinde bulunan şirketin borçları ödendikten sonra kalan varlığı, esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır.<sup>320</sup> Bu tasfiyenin gerçekleştirilmesi kapsamında kalan malvarlığı içindeki önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın mülkiyeti ortaklardan birisine devredilebilir.<sup>321</sup> Bu noktada aynen taşınmazın sermaye olarak konulmasında olduğu gibi, bu durumun önalım olgusu vasfı taşıyıp taşımadığı sorunu gündeme gelecektir. İsviçre Federal Mahkemesi anonim şirketin tasfiyesi bağlamında şirket malvarlığındaki taşınmazın mülkiyetinin bir hissedara naklini önalım olgusu olarak kabul etmemektedir.<sup>322</sup>

Bir başka görüş ise Federal Mahkeme'nin söz konusu kararına konu ortaklığın tek ortaklı bir şirket olduğunu, bu tip durumlarda hukuki işlemde taraf özdeşliği sebebiyle hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilmediğini, halbuki Federal Mahkeme'nin söz konusu kararının şirket ortaklarına yapılan bütün devirlerin önalım olgusu kapsamı dışına çıkartılarak genelleştirildiğini ifade ederek konuya dair mevcut yaklaşımı eleştirmiştir.<sup>323</sup> Aynı yaklaşıma göre, şirketin sona ermesi hâlinde her pay

<sup>319</sup> PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017, s. 37, PN. 14; ŞENER, s. 29.

<sup>320</sup> STREBEL, S. 148, PN. 478.

<sup>321</sup> STREBEL, S. 148, PN. 478.

<sup>322</sup> FASEL, OR Art. 216c PN. 9, in: BSK OR I; SCHENKER, S. 253; STREBEL, S. 148, PN. 478; BGE 126 III 187 E. 2b.

<sup>323</sup> RÜEGG, S. 269, PN. 692.

sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına dair başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılacaktır (OR 660 Abs. 2, 745, TTK 507, 543). Tasfiye payı alacağı kural olarak para olarak ödenmekle birlikte, genel kurulun onaylaması ve ortağın da kabul etmesi halinde şirkete ait bir aktif eşya borcu olarak ifa edilebilecektir.<sup>324</sup> Dolayısıyla şirketin edimi kural olarak bir para borcudur. Taşınmazın mülkiyetinin nakli esasen para borcu şeklinde ödenecek olan tasfiye payı alacağının yerine gerçekleştirilmekte olup, önalım olgusunun varlığı kabul edilmelidir.<sup>325</sup>

Alman hukukunda önalım yüklüsü eşyanın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi önalım olgusu olarak değerlendirilmemektedir.<sup>326</sup> Eşyanın şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda iki kriter açısından güçlükler yaşanacaktır. Şirketin eşyayı sermaye olarak getirilmesi karşılığında ifa ettiği karşı edimin ve bizzat şirketin taraf sıfatının ikame edilmezliği sebebiyle birtakım problemler ortaya çıkacaktır.<sup>327</sup> Söz konusu eşyayı şirkete sermaye olarak getirmek suretiyle, şirkete karşı sermaye koyma yükümlüğünü yerine getiren malik, bu yükümlülüğün ifası kapsamında ya eşyanın mülkiyetini şirkete geçirecek ya da eşyayı şirketin kullanım ve istifadesine sunacaktır. Söz konusu taşınmazı şirkete sermaye olarak getiren önalım hakkı yükümlüsü ortağın, bu eylemiyle birtakım amaçlar güttüğü muhakkaktır. Halbuki önalım

---

<sup>324</sup> BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung- unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Zürich - Basel - Genf 2009, S. 2350, [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch), E.T. 24.12.18

<sup>325</sup> RÜEGG, S. 269, PN. 692.

<sup>326</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 14 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2: WESTERMANN, BGB § 463 PN. 23 in: Münchener Kommentar.

<sup>327</sup> BURBULLA, S. 41.

hakkı alacaklısı, malikin taşınmazı şirkete sermaye olarak getirmek suretiyle gözettiği amaçları gerçekleştirmeye muktedir değildir.<sup>328</sup> İstisnai olarak önalım yüküsü mala özel bir anlam atfedilmediği, malikin asıl amacının salt şirkete bir sermaye koymak olduğu durumda önalım olgusunun varlığı kabul edilebilecektir. Örneğin malikin sonradan şirket tarafından satılacak olan, önalım hakkı ile yüklü bir mücevher parçasını kuruluş sermayesini sağlamak amacıyla bir şirkete sermaye olarak getirirse, önalım hakkı alacaklısı mücevherin değerini gerek malike gerekse şirkete karşı yerine getirmeye muktedir olduğu için, bahsi geçen istisnai durum gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu istisnai hal dışında Alman hukukunda önalım hakkı ile yüklü eşyanın şirkete sermaye olarak getirilmesinin önalım hakkının doğumuna sebebiyet vermeyeceği kabul edilmektedir.<sup>329</sup>

#### (a) Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Bir şirketin başka bir şirketi devralması veya iki ya da daha fazla ortaklığın yeni bir ortaklık bünyesinde birleşmeleri halinde, birince ihtimalde devrolunan şirketin malvarlığı tasfiye olmaksızın kül ve bütün olarak devralan ortaklığa geçmekte, ikinci ihtimalde ise birleşen ortaklıklar tasfiye edilmeksizin kül ve bütün olarak yeni kurulan ortaklığa geçmektedirler.<sup>330</sup> Birleşme neticesinde, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin payları, devrolunan şirketin ortaklarının kendiliğinden iktisap edilmektedir. Her iki ihtimalde de külli halefiyet söz konusu olduğu için hâkim görüş, birleşme halinde önalım olgusunun gerçekleşmediği kanaatindedir.<sup>331</sup> Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, birleşmelerin ana ve bağlı şirketler arasında vuku bulduğu hallerde, hukuki

<sup>328</sup> BURBULLA S. 41.

<sup>329</sup> BURBULLA, S. 42, Fn. 214.

<sup>330</sup> ŞENER, s. 124 vd.; PULAŞLI, s. 69 vd.

<sup>331</sup> STREBEL, S. 151, PN. 492; SUTTER, S. 279; AYDOĞDU, s. 112.

işlem taraflarının özdeşliği sebebiyle önalım olgusunun gerçekleşmediğini savunmak yerinde ise de, taraf özdeşliğinin bulunmadığı şirket birleşmelerinde bir şirket bünyesindeki taşınmazın birleşme kapsamında başka bir şirketin mülkiyetine geçmesi ekonomik olarak satışa muadil bir işlem olarak kabul edilmelidir. Zira devreden ortak buna mukabil hisse senetleri veya para almaktadır. Ortağın, devrettiği şirkete mukabil, devralan şirkette, birtakım yönetim ve katılım hakları elde ettiği durum ise istisna olarak görülerek ekonomik yönden satışa denk tutulmamalıdır.<sup>332</sup>

### (b) Şirket Hisselerinin Satımı

Bir anonim anonim ortaklıkta veya gayrimenkul (yatırım) ortaklığında önalım hakkına konu gayri menkulün ortaklığın mülkiyetinde bulunması ve bu gayri menkulün şirket sermayesinin önemli bir kısmına tekabül etmesi halinde, şirkete ait hisselerin çoğunluğunun devri önalım olgusu teşkil edecek midir?<sup>333</sup>

Tartışmanın<sup>334</sup> merkezindeki İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olayda, bir gayri menkul ortaklığı 500 hisseye sahip olup bu hisselerin 496'sı S'ye diğer 4 hisse ise S'nin ailesine aittir. Şirketin kurulduğu gün şirket, üç adet gayri menkul satın almış, parsellerden birisinin bir bölümünü G'ye satmış ve parselin geri kalan kısmı üzerinde ise G'ye bir önalım hakkı tanımıştır. 4 yıl sonra paraya ihtiyacı olan S, hisselerinin tamamını 2 yıl süreli bir geri alım

<sup>332</sup> RÜEGG, S. 270, PN.694 ff.

<sup>333</sup> WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 42.

<sup>334</sup> Tartışmaya dair detaylı bilgi için bkz. RÜDLINGER, S. 18.

hakkını (vefa hakkını) kendisinde tutarak, üçüncü bir kişiye satmış bunun üzerine G önalım olgusunun gerçekleştiği iddiasıyla dava açmıştır.<sup>335</sup>

Federal Mahkeme söz konusu olayla ilgili kararında özetle, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın konu edildiği işlemin önalım olgusu teşkil edebilmesi için, taşınmazın maliki ile üçüncü arasında yapılacak satış veya satışa denk bir işlemin varlığının şart olduğunu, halbuki söz konusu olayda ortaklığın önalım hakkı ile yüklü taşınmazı üçüncü kişiye satmadığını, ortaklığın hala söz konusu taşınmazın sahibi kalmaya devam ettiğini, sonuç olarak mevcut olayda bu şartın gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Aynı karara göre ortaklık ile ortak iki farklı hukuki süje olup her biri kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmeli ve taraflar davranışlarıyla ve hukuki işlemleriyle diğerini borç altına sokamamalı ve onun mameleki ilişkilerini değiştirememelidir. Şirket hisselerine hâkim olan ortağın şirket hisselerini üçüncü kişiye satması dolayısıyla şirket üzerindeki hakimiyetinin sona ermesi sebebiyle, konuya ekonomik bir perspektifle yaklaşıldığında şirket ile ortağının ekonomik olarak tek bir süje olması hukuken iki farklı süje oldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla hâkim hissedar ile üçüncü kişi arasında yapılan işlem, şirket ile üçüncü kişi arasında yapılan işlemle eşdeğer görülemez ve söz konusu işlem önalım olgusu olarak kabul edilemez. Çünkü ortaklık hissedarlara karşı hukuki bağımsızlığını korumakta, hak ve hisselerin satılması veya hisselerin sahibinin değişmesi ortaklığın önalım hakkı ile yüklü taşınmaza ilişkin hak ve yetkileri içinde bir değişikliğe sebebiyet vermemekte, ortaklık malik kalmaya devam etmektedir.<sup>336</sup> Sorunun çözümüne dair doktrinde farklı yaklaşımlar mevcut olup, bir kısım yazarlar söz konusu

<sup>335</sup> BGE 92 II 160; KOBIERSKI, Marlene, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern, 2012 S. 131; RÜDLINGER, S.7.

<sup>336</sup> BGE 92 II 160, E. 3, 166; RÜDLINGER, S. 8.

durumun önalım olgusu teşkil ettiğini iddia ederken,<sup>337</sup> bir diğer grup ise Federal Mahkeme ile aynı istikamette düşünmektedir.<sup>338</sup>

Daha önce ifade edildiği üzere, önalım hakkı ile yüklü taşınmaza ilişkin hukuki işleme taraf olan üçüncü kişinin edimini hukuki işlemin önalım olgusu olarak nitelendirilmesi açısından para ile sınırlamayan ve misli nitelikte olduğu sürece satışın para unsurundan vazgeçen sonuç odaklı yaklaşım, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın malikinin borcu açısından ise taşınmazın mülkiyetinin naklini şart koşturmaktadır. Federal Mahkeme'nin söz konusu kararında sonuç odaklı yaklaşımdan hareket ettiği<sup>339</sup> ve şekli anlamda mülkiyetin bizzat malın maliki tarafından üçüncü kişiye nakledilmesini önalım olgusu açısından vazgeçilmez bir şart olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Böylece sonuç odaklı yaklaşıma göre hareket edildiğinde, gayri menkul, şirketin mülkiyetinde kalmaya devam ettiği için, şirket hisselerinin satışı önalım olgusu teşkil etmeyecektir. Şirket mülkiyetinde bulunan bir mal üzerinde hukuki işleme dayanan bir önalım hakkı kurulduğu her durumda, şirket hisselerinin üçüncü kişiye satışı önalım olgusu olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>340</sup>

Ekonomik yaklaşıma göre ise şirketin malvarlığının bu gayri menkulden ibaret olması kaydıyla, bu tarz bir satış, ekonomik açıdan satışa

---

<sup>337</sup> FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; GIGER, OR Art. 216 PN. 18, in: Berner Kommentar; Malvarlığına ilişkin kontrol yetkisinin aktarıldığından hareketle: WYSS, Alexander/KÖCHLI, Roland Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, PN. 13, in: Jusletter vom 5. Dezember 2011; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: Kurzkomentar; RÜDLINGER, S. 8.

<sup>338</sup> BRÜCKNER, S. 533, PN. 84; RÜDLINGER, S. 46.

<sup>339</sup> RÜEGG, S. 249, PN. 639.

<sup>340</sup> WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 42; BRÜCKNER, PN. 84.

denk bir hukuki işlem teşkil edecek ve önalım hakkı kullanılabilir. <sup>341</sup> Şirketin sahip olduğu tek malvarlığı değerinin söz konusu önalım hakkına konu olan taşınmaz olması sebebiyle, şirket hisselerinin satış değeri, gayri menkulün değerine eş olacağından bu tarz bir satışta önalım hakkının kullanımı güçlük arz etmeyecektir. <sup>342</sup> Fakat satılan şirketin mülkiyetinde birden fazla gayri menkulün bulunduğu durumlarda, önalım hakkına konu taşınmaz, sadece şirket malvarlığının bir kısmına tekabül ettiğinden ötürü birtakım güçlükler ortaya çıkabilecektir. Fakat icap ettiği takdirde, şirketin satışı için ödenecek toplam miktar içinden önalım hakkı ile yüklü gayri menkulün bedeli önalım hakkının kullanımını engelleyecek bir meblağa ulaşmamak kaydıyla tefrik olunabilir. <sup>343</sup>

Hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, dürüstlük kuralına aykırı biçimde hakkın kötüye kullanılması teşkil eden ve önalım hakkının kullanımını engellemeye dönük teşebbüs kapsamına giren hisse satışları, önalım olgusu olarak kabul edilmelidir. <sup>344</sup>

### ee) İfa İkameleri: İfa Yerine veya İfa Amacıyla Edim

Borçlar hukukunda taraflara tanınan özgürlük gereği taraflar ifa tarihinde karşılıklı anlaşarak borcun konusuna ilişkin ilk anlaşmadan

<sup>341</sup> Aksi takdirde öncelikle bir şirketin kurulması ve önalım hakkı ile yüklü taşınmazın şirkete sermaye olarak getirilmesi sonrasında ise şirket hisselerinin tamamının üçüncü kişiye satılması şeklinde iki safhadan teşekkül eden bir yolla önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi kolaylaştırılmış olacaktır. Bkz. RÜEGG, S. 282, PN. 726. Yazarın bu yöndeki itirazı yersiz gözükmektedir. Zira önalım hakkını önlemeye dönük hakkın kötüye kullanımı teşkil eden teşebbüsler, dürüstlük kuralına takılacaktır. Elbette hakkın kötüye kullanımı bunu iddia eden kişi tarafından ispat edilmelidir.

<sup>342</sup> FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 2017, S. 184.

<sup>343</sup> FASEL, OR Art. 216c PN.7, in: BSK OR I; Krş. WYSS/KÖCHLİ, PN. 13.

<sup>344</sup> Krş. SIMONIUS/SUTTER, S. 373, PN. 66.



ayrılabilirler.<sup>345</sup> Konuyu biraz daha açmak gerekirse, taraflar kural olarak borç ilişkisinde yükümlendikleri edimi yerine getirmek suretiyle borçlarından kurtulurlar. Fakat sonradan meydana gelen birtakım değişiklikler sebebiyle, taraf menfaatleri başka bir edimle de tatmin edilebiliyorsa, asıl kararlaştırılan edimden farklı bir edimle ifa mümkündür. Genel olarak ifa ikameleri olarak isimlendirilen durum iki şekilde gerçekleşmekte, ya taraflarca kararlaştırılan yeni edimin ifasıyla borç sona ermekte ya da yeni edim karşı tarafça değerlendirilerek, ortaya çıkan sonuca göre borç sona ermekte veya kısmen sona ermektedir. Birinci halde ifa yerine geçen edim ikinci halde ise ifa amacıyla edim söz konusu olmaktadır.<sup>346</sup> Konunun sorunu ilgilendiren boyutuna gelince, önalım yüküsü taşınmazın mülkiyeti şayet malik tarafından bir borç için ifa yerine edim olarak üçüncü bir şahsa devredilirse, bu durum önalım olgusu olarak değerlendirilecek midir? İsviçre hukukunda ki hâkim görüş bu durumda önalım hakkının doğduğunu kabul etmektedir.<sup>347</sup>

İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da ifa yerine edim kapsamında taşınmazın üçüncü bir kimseye devri önalım olgusuna vücut vermektedir.<sup>348</sup>

Kanaatimizce ifa yerine edim kapsamında taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesinde, önalım yükümlüsü kişiye ifa edilmiş veya edilecek alacağın ne tür bir alacak olduğu belirleyicidir. Taşınmaz malikinin alacaklı olduğu

<sup>345</sup> FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2018, S. 632.

<sup>346</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 943.

<sup>347</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 157 in: Berner Kommentar; STREBEL, S. 100, PN. 314; BRÜCKNER, S. 533, PN. 83; GIGER, OR Art. 216 PN. 120,123, in: Berner Kommentar; STARK, OR Art. 216c PN. 1, in: KURZKOMMENTAR; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZGB Art. 681 PN 32, in: Zürcher Kommentar. Ayrıca bkz. BAYGIN, s. 18.

<sup>348</sup> SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 17 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2; BURBULLA, S. 40.

edim şayet şahsi nitelikte ise örneğin hizmet sözleşmesindeki işçiden hizmet alacağı söz konusu ise, bu alacağa karşılık olarak kararlaştırılan ücret yerine taşınmazın devri önalım olgusu olarak görülmemelidir.<sup>349</sup> Maddi nitelikteki edimler yerine yapılan taşınmaz devirleri ise önalım olgusu içinde değerlendirilmelidir. Zira bunlar önalım hakkı alacaklısı tarafından da bir güçlkle karşılaşmaksızın kolayca yerine getirilebilir.<sup>350</sup>

#### **4. Önalım Hakkı ile Yüklü Taşınmaz Malikinin Taşınmazın Mülkiyetini Üçüncü Kişiyeye Geçirme Borcu veya Taşınmazın Sağladığı Ekonomik Yarar ve Yetkilerin Üçüncü Kişiyeye Devri**

Önalım olgusuna vücut veren iki ihtimal dikkate alındığında her bir ihtimal için satıcının borcu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk ihtimal önalım olgusunun klasik şekli olup üçüncü kişi ile taşınmazın mülkiyetinin devri hakkında bir satış sözleşmesi yapılmasıdır. Aşağıda ayrıntılı biçimde işlenecek olan ikinci ihtimal ise ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işlemde satıcının borcunun ne şekilde tezahür edeceği ile ilgili olup, bu ihtimalde ekonomik yaklaşım perspektifinden taşınmaz malikinin malın şekli anlamda mülkiyetini üçüncü kişiyeye nakletmesi aranmaksızın, taşınmazın sağladığı ekonomik yarar ve yetkilerin üçüncü kişiyeye devredilip devredilmediği, farklı ihtimaller üzerinde tartışılmıştır.

##### **a) Taşınmaz Mülkiyetinin Şekli Anlamda Üçüncü Kişiyeye Devredilmesi ve Tapu Kütüğüne Tescil Edilmesi Yükümlülüğü**

Taşınmaz satış sözleşmesi ile satıcı malın mülkiyet ve zilyetliğini devretmeyi üstlenmekte, buna mukabil alıcı da kararlaştırılan bedeli satıcıya ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.<sup>351</sup> Eşya üzerinde fiili hakimiyetin

<sup>349</sup> Krş. SCHERMAIER, BGB § 463 PN. 15 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2.

<sup>350</sup> BURBULLA, S. 40.

<sup>351</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 175.

kurulması (TMK m. 973) anlamına gelen zilyetlik, eşyanın veya eşya üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur (TMK m. 977). Malın mülkiyetinin üçüncü kişiye nakliyle birlikte, devralan yeni malik, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir (TMK m. 683). Malikin eşya üzerindeki hakimiyet hakkı mal üzerinde her türlü hukuki ve fiili tasarruf yetkisini haiz olmasıdır.<sup>352</sup> Malikin malı fiilen kullanması, değiştirmesi, tahrip etmesi, mal üzerindeki fiili/maddi tasarrufları ifade ederken, malı üçüncü kişilere devretmesi veya üzerinde malı yükümleyen sınırlı aynı haklar tesis etmesi, ürün veya adi kira sözleşmesi yapılmak suretiyle kullanma ve yararlanma hakkının devri hususunda sözleşmeler ise hukuki tasarrufları ifade etmektedir.<sup>353</sup>

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere malikin eşya üzerindeki yetkilerini fiili/maddi ve hukuki yetkiler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

### **b) Taşınmazın Sağladığı Ekonomik ve Fiili Tasarruf Yetkisinin Üçüncü Kişiye Devri Yükümlülüğü**

Satış sözleşmesine denk hukuki işlemin tespitinde satış sözleşmesinin amacını büyük ölçüde malın şekli anlamda mülkiyetinin devrinden soyutlayan ve satış sözleşmesinin amacını malın sağladığı ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin karşı tarafa devri şeklinde anlayan ekonomik yaklaşıma göre,<sup>354</sup> sorulması gereken soru, mülkiyetten doğan asli yetkilerin yani mal

<sup>352</sup> RÜEGG, S. 272, PN. 699.

<sup>353</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, s. 275; ESENER Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 172; EREN, Mülkiyet, s. 17; SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, Zürich, 2003, S. 136, PN. 658.

<sup>354</sup> LANZ, S. 35.

üzerindeki hukuki<sup>355</sup> ve fiili tasarruf yetkisinin karşı tarafa verilip verilmediğidir.<sup>356</sup> Ekonomik yaklaşım çerçevesinde, söz konusu ekonomik ve fiili tasarruf yetkilerinin devri mukabilinde karşı taraf da bir karşı edimin ifasıyla yükümlü olup, bu tartışılan hukuki durumun önalım olgusu teşkil edebilmesinin, mal üzerinde ekonomik ve fiili tasarruf yetkisi edinen diğer taraf bakımından şarttır.<sup>357</sup>

### aa) İrtifak Hakkı

Mülkiyet hakkı mâlike birtakım yetkiler tanımakta ve malik mülkiyet hakkını kendisinde saklı tutmak kaydıyla mülkiyet hakkından doğan bu yetkilerini üçüncü bir kişiye tahsis edebilmektedir. Sınırlı aynı haklar olarak isimlendirilen bu tahsis içinde, hak sahibine irtifaka konu eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya söz konusu eşyadan istifade yetkisi veren veya malike bir çekinme borcu yükleyen haklara irtifak hakkı denmektedir.<sup>358</sup>

Farklı açılardan tasnif edilen irtifak hakkı öncelikle söz konusu irtifakın üçüncü kişilere devredilebilirliği dikkate alınarak eşyaya bağlı veya şahsa bağlı irtifak olarak ikiye ayrılmaktadır. Yine irtifak hakkı sahibine tanınan yetkinin muhtevassından hareketle, söz konusu hakkın sahibinin tam bir yararlanma yetkisinin bulunup bulunmamasına göre başka bir tasnife tabi tutulmaktadır. Bu tasnife göre bazı irtifak hakları hak sahibine irtifaka konu taşınmazdan, intifa hakkında olduğu üzere tam bir istifade yetkisi verirken; oturma, geçit ve kaynak hakkı gibi bir kısım irtifak haklarında ise hak sahibinin eşyadan yararlanma hakkı sınırlı tutulmuştur. Bir diğer bakış açısıyla, irtifak hakkının hak sahibine tanıdığı yetkinin muhtevası dikkate

<sup>355</sup> Malın mülkiyetini üçüncü kişiye devretme hukuki yetkisi hariç.

<sup>356</sup> RÜEGG, S. 273, PN. 701.

<sup>357</sup> RÜEGG, S. 273, PN. 702.

<sup>358</sup> ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir, 2018, s. 512, PN. 2285, 2301, irtifak hakkının TMK 779 ile yapılan tanımı hususunda eleştiriler için bkz. ESENER/GÜVEN, s. 367

alınarak, irtifak hakkının hak sahibine eşyadan istifade etme hakkı gibi olumlu bir yetki mi tanıdığı yoksa, hakkın içeriğinin yalnızca malikin kendine tanınan birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınma mecburiyeti mi olduğuna göre, olumlu irtifak veya olumsuz irtifak olarak isimlendirilmektedir. Son ayrımı biraz daha açmak adına şöyle bir örnek verilebilir: Örneğin intifa hakkında hak sahibine tanınan yetki olumlu olup, hak sahibinin eşyadan istifadesi hak sahibinin harekete geçmesine bağlı iken, inşaat yapmama veya manzara kapatmama irtifakı gibi haklarda hak sahibi olumlu bir davranışta bulunmamakta bilakis malik pasif kalmakta, yani bir şeyi yapmamakta, aslında mülkiyet hakkı içinde mündemiç birtakım yetkileri kullanmaktan kaçınmaktadır.<sup>359</sup>

#### **bb) Üst Hakkı**

Üçüncü kişiye ait bir arazi üzerinde veya altında inşaat yapmak veya arazi üzerindeki mevcut bir yapıyı muhafaza ederek yapı üzerinde malik olma hakkı veren irtifak, üst hakkı olarak tanımlanmaktadır (TMK m. 726, 826).<sup>360</sup> Üst hakkının nasıl kazanılacağına dair kanunda özel bir düzenleme bulunmaması hasebiyle, irtifak hakkının nasıl kazanılabileceğini düzenleyen hükümler (TMK m. 780, 781) üst hakkına da tatbik edilecek ve üst hakkı tapu memuru nezdinde yapılacak resmi sözleşme ve tescille kazanılacaktır. Üst hakkı kural olarak bağımsız nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece üçüncü kişilere devredilebilir ve mirasçılara geçer. Fakat taraf iradeleri aksi istikamette olursa, taraflar sözleşme ile üst hakkının üçüncü kişilere devrini ve mirasçılara intikalini yasaklayabilirler. Üst hakkının kullanılacağı süre en az 30 yıl için kararlaştırılmışsa, söz konusu süre üst hakkının sürekli

<sup>359</sup> ERTAŞ, s. 512, PN. 2301vd.

<sup>360</sup> ERTAŞ, s. 532, PN. 2402; ESENER/GÜVEN, s. 367.

vasfını kazanmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla üçüncü kişilere devredilebilen ve mirasçılara geçebilen üst hakkı şayet en az 30 yıl için kurulduysa bağımsız ve sürekli nitelikte kabul edilecek ve tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilecektir. Böylece üst hakkı sahibi, üst hakkı üzerinde taşınmaz rehni veya aynı hak tesis edebilecektir.<sup>361</sup> Üst hakkı sahibi, üst hakkına konu yapılar üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkilere sahiptir (TMK m. 726).<sup>362</sup> Hatta söz konusu yapılarla alakalı, bu yapıları yıkma, yenileme ve yeniden inşa etme hakkına sahiptir.<sup>363</sup>

Önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikte bir üst hakkının önalım olgusu teşkil edip etmeyeceği, sonuç odaklı yaklaşıma veya ekonomik yaklaşıma göre değişiklik arz edecektir. Eşya hukuku bağlamında, herkes tarafından yerine getirilebilir bir edim mukabilinde malın şekli anlamda mülkiyetinin üçüncü kişiye naklini şart koşan sonuç odaklı yaklaşıma göre, önalım yüklüsü taşınmaz üzerinde tesis edilecek bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, önalım olgusu içinde değerlendirilemeyecektir. Zira malın mülkiyeti üst hakkı sahibine geçirilmemiştir.<sup>364</sup> Bununla birlikte, dürüstlük kurallarına aykırı biçimde önalım hakkını kullanmaya dönük teşebbüsler hukuk düzenince korunmayacağı için, oldukça geniş yetkiler tanıyan bir üst hakkı tesisi dürüstlük kuralı dikkate alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.<sup>365</sup> Sonuç olarak İsviçre’de sonuç odaklı düşünen görüş<sup>366</sup> önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını önlemek amacıyla üçüncü bir kişiye taşınmaz üzerinde

<sup>361</sup> ERTAŞ, s. 533, PN. 2410.

<sup>362</sup> ESENER/GÜVEN, s. 433.

<sup>363</sup> BGE III II 134 ff. (139) E. 3.

<sup>364</sup> WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 37.

<sup>365</sup> WERREN, Der vertragliche Vorkaufsrecht, S. 37.

<sup>366</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; Sutter, s. 279.

üst hakkı tanınması durumu hariç, üst hakkı tesisini önalım olgusu olarak değerlendirmemektedir.<sup>367</sup>

Ekonomik yaklaşım açısından ise sorulması gereken soru, taşınmaz üzerinde tesis edilen üst hakkı, hak sahibine tanıdığı yetkiler itibarıyla bir taşınmaz malikinin hukuki statüsü ile karşılaştırılabilir bir durum sağlamış mıdır? Diğer bir deyişle, üst hakkı tesisi ile, satış sözleşmesinin de amacını teşkil eden ve mala ilişkin ekonomik ve fiili tasarrufta bulunma imkanı olarak ifade edilebilecek yetkinin üçüncü kişiye intikali gerçekleşmiş midir?<sup>368</sup> Taraf menfaatlerinin karşılaştırılmasını gerekli kılan bu yorum tarzına göre örneğin üst hakkı tesisi için kararlaştırılan bedelle taşınmazın piyasa bedeli karşılaştırıldığında, bedeller arasındaki yakınlık veya aynılık, üst hakkı tesisi ile satışla amaçlanan hedefin gerçekleştiği yönünde bir işaret olarak mülahaza edilebilir. Zira üst hakkı sahibi, malın satış değerine yaklaşan bir edimi ancak, malike tanınan yetkiler kendisine tanındığında ödemeyi kabul edecektir.<sup>369</sup> Üst hakkı tesisini önalım olgusu olarak değerlendiren görüşün bir diğer gerekçesi ise, üst hakkı sahibine kanunen tanınan önalım hakkıdır (Art. 682 Abs. 2 ZGB). Üst hakkı tesisi önalım olgusu olarak nitelendirilmediğinde, üst hakkı sahibine kanundan doğan bir önalım hakkı tanındığı için, söz konusu kanundan doğan önalım hakkı ise sözleşmesel önalım hakkına tercih edileceği için, sonuç olarak üçüncü kişiye tanınan sözleşmesel önalım hakkı, taşınmaz üzerinde üst hakkı tesis etmek suretiyle haksız biçimde engellenmiş

<sup>367</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 533, PN. 85; Etkileri itibarıyla satış sözleşmesi ile aynı neticeleri doğurmadığı sürece, STREBEL, S. 126, PN. 400; STARK, OR Art. 216c PN. 2, in: KURZKOMMENTAR.

<sup>368</sup> WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38.

<sup>369</sup> WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38.

olacaktır.<sup>370</sup> Konuyla ilgili ekonomik yaklaşıma dayanan bir görüş ise bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tesisini, bu üst hakkının tapuya bir taşınmaz olarak kaydedilip edilmediğini önemsemeksizin, önalım olgusu olarak tavsif etmektedir.<sup>371</sup> Son olarak sözleşmesel önalım hakkı bakımından şu noktaya dikkat çekilmelidir. TBK m. 241'in gerekçesinde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarına atıfla, taşınmazın tamamı üzerinde kurulacak bir üst hakkının satışa eşdeğer işlemlerin başlıca örneğini teşkil ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gerekçesi dikkate alındığında, Türk hukuku bakımından sözleşmesel önalım hakkı söz konusu olduğunda önalım hakkına konu taşınmazın tamamı üzerinde tesis edilecek bir üst hakkının önalım olgusu teşkil ettiği yönünde bir tereddüt bulunmamalıdır.

### cc) İntifa Hakkı

TMK madde 794'e göre intifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilen ve aksine düzenleme olmadıkça hak sahibine, hak konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlayan şahsa bağlı bir irtifak hakkıdır.<sup>372</sup> Sahibine en geniş yetkileri veren irtifak olan intifa hakkına<sup>373</sup> konu eşya, üçüncü kişinin önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz da olabilecektir. İstisnalar saklı kalmak kaydıyla, intifa hakkı, hak sahibine tasarruf yetkisi vermemektedir (TMK m. 797, 806). Şahsa bağlı bir irtifak olması sebebiyle üçüncü kişilere devri ve mirasçılara intikali mümkün değildir (TMK m. 806). Fakat intifa hakkının kiraya verilmesi mümkündür.<sup>374</sup> İntifa hakkı sahibi, intifa konusu taşınmazın ekonomik özgülüne yönünü malike önemli zarar verecek şekilde değiştiremez; özellikle onu yeni bir şekle

<sup>370</sup> WERREN, Der Vertragliche Vorkaufsrecht, S. 38-39.

<sup>371</sup> STREBEL, S. 127, PN. 401.

<sup>372</sup> Bkz. ÖZEN, Burak, Türk Medeni hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 2008, s. 19 vd.

<sup>373</sup> ESENER/GÜVEN, s. 403; ÖZEN, s. 20; ANTALYA, Gökhan, Eşya Hukuku, C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Genel İlkeler, İstanbul, 2017, s. 82.

<sup>374</sup> ERTAŞ, s. 519, PN. 2347; ESENER/GÜVEN, s. 403.



dönüştüremeyeceği gibi, onda önemli bir değişiklik de yapamaz (TMK m. 817).<sup>375</sup> İntifa hakkı, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer. Tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok yüz yıl devam edebilir (TMK m. 797).

İsviçre'de hâkim görüş, intifa hakkı tesisinin, önalım olgusuna vücut vermediği istikametindedir.<sup>376</sup> İntifa hakkı tesisinin, önalım olgusu içinde değerlendirilmemesine gerekçe ise, intifa hakkı sahibinin hakka konu eşya üzerinde esaslı bir tadilat yapamaması, esaslı inşa faaliyetine girişmemesidir. Taşınmaz malikinin bu yetkiyi kendinde saklı tutması, intifa hakkı sahibinin taşınmaz üzerinde hakiki ve ekonomik anlamda tasarruf yetkisine sahip olmadığını göstermektedir.<sup>377</sup>

Buna karşın azınlıkta kalan bir görüş belli şartlar altında önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesisinin önalım olgusu olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir.<sup>378</sup> Esasen söz konusu yaklaşımın verdiği örnek, temelde önalım hakkının dürüstlük kurallarına aykırı olarak engellenmesi ile uyuşmaktadır. Taşınmaz üzerinde uzun süreli - örneğin 80 yıllık-üst hakkı tesisinin malın mülkiyetinin nakline benzer sonuçlar doğurduğunun kabulünden hareketle, hisse senetleri üzerinde de uzun süreli - örneğin 20 yılı aşan - intifa hakkı tesisinde, malike kalan iktisadi kıymetin

<sup>375</sup> ESENER/GÜVEN, s. 407.

<sup>376</sup> MAIER-HAYOZ, ZGB Art. 681, PN. 173 in: Berner Kommentar; BRÜCKNER, S. 433, PN. 85; STREBEL, S. 126, PN. 397; RÜEGG, S. 262, PN.713; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: Kurzkomentar; BINDER, OR Art. 216c, PN. 6, in: Handkommentar; krş. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 616.

<sup>377</sup> RÜEGG, S. 276, PN. 713.

<sup>378</sup> SCHENKER, S. 261; AYDOĞDU, s. 53.

asgari seviyede olduğu, dolayısıyla uzun süreli intifa hakkı tesisinin, önalım olgusu olarak görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>379</sup>

#### dd) Oturma Hakkı

Oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi veren başkasına devredilemeyen ve mirasçılara da geçmeyen şahsi nitelikte bir irtifak hakkıdır (TMK m. 823). Binadan yararlanma hakkı, oturma ile sınırlı olan oturma hakkı sahibinin taşınmaz üzerindeki hakimiyeti, taşınmaz malikine nazaran oldukça sınırlı olduğu için, önalım hakkı ile yüklü taşınmaz üzerinde bir başkası lehine oturma hakkı kurulması önalım olgusu olarak telakki edilmemektedir.<sup>380</sup>

#### ee) İnşaat Yapmama İrtifakı

Olumsuz bir irtifak olarak taşınmaz malikinin kendi arazisine inşaat yapmaktan içtinap etmesi, çekinmesi ve inşaat yapmama anlamına gelen inşaat yapmama irtifakı, taşınmaz malikinin kendi arazisi üzerine inşaat yapma hakkı gibi esaslı bir hakkı kısıtlamakta, fakat aynı arazi üzerinde lehine irtifak tanınan kişiye de böyle bir hak tanınmamaktadır. Bu sebeple, inşaat yapmama irtifakı, önalım hakkının kullanımı sağlayan önalım olgusu kapsamında mütalaa edilmemektedir.<sup>381</sup> Bir diğer görüşe göre ise somut olay değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir.<sup>382</sup> Sonuç odaklı yaklaşım benimsendiğinde ise, mülkiyetin nakli gerçekleşmediği için önalım olgusu gerçekleşmeyecektir.

<sup>379</sup> SCHENKER, S. 262.

<sup>380</sup> STREBEL, S. 126, PN. 399; BRÜCKNER, S. 533, PN. 85; RÜEGG, S. 276, PN. 711; STARK, OR Art. 216c PN. 3, in: Kurzkomentar; AYDOĞDU, uzun süreli oturma hakkı tanınmasını satışa eşdeğer görmektedir.

<sup>381</sup> RÜEGG, S. 275, PN.708.

<sup>382</sup> STREBEL, S. 155, PN. 502, her olay için inşaat yapmama yasağının önalım olgusu anlamına gelip gelmediğinin ayrıca mütalaa edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

## ff) Taşkın İnşaat

Taşkın yapı arazi üzerine inşa edilen yapının, arazinin sınırlarını aşarak başkasına ait araziye taşınması durumu ifade eden teknik bir terimdir.<sup>383</sup> Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde örneğin araziye temas eden yapılar için üst hakkı veya araziye temas etmeyen yapılar için ise yapının taşmasına katlanma irtifakı<sup>384</sup> gibi bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı olmamasına rağmen, özellikle itirazın zamanında yapılmamasından ötürü<sup>385</sup> veya irtifak hakkı kurulmadan önce malik tarafından bir taahhüdün varlığı sebebiyle<sup>386</sup> arazi maliki bu taşmaya katlanmakla yükümlü ise, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (TMK m. 725).

Kanun metni dikkate alınarak iki farklı ihtimal ayırt edilmelidir.

Birinci ihtimalde taşkın yapının sahibi, yapının taşıdığı arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahiptir. Bu ihtimalde taşan kısım ait olduğu taşınmazın bütünleyici parçası olacak, fakat yapının taşıdığı arazinin çıplak mülkiyeti malikte kalmaya devam edecektir.<sup>387</sup>

<sup>383</sup> Taşkın yapı kavramının haksız inşaat kavramından farkı için bkz. ŞENOL, Hilal, Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı (Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015, s. 41.

<sup>384</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, İstanbul, 2004, s. 402.

<sup>385</sup> Zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmelidir (TMK m. 725/II).

<sup>386</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004), s. 402.

<sup>387</sup> RÜEGG, S. 274, PN. 706; ESENER/GÜVEN, s. 260.

İkinci ihtimalde ise, taşkın yapının maliki iyiniyetli olmak kaydıyla bir irtifak hakkına sahip değilse ve arazi sahibi itiraz süresini geçirmişse, ya uygun bir tazminat karşılığında lehine bir irtifak hakkı tesisini ya da o kısmın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilecektir.

Öncelikle vurgulanması gereken husus taşkın yapı sahibi lehine bir irtifak tanınması halinde bu irtifakın tek başına devredilemeyeceği ve başka aynı haklarla takyit edilemeyeceğidir. Ancak hak sahibi taşınmaz ile birlikte bu irtifakın da devri mümkündür.<sup>388</sup> Bir görüşe göre taşkın yapı sahibi lehine tanınan irtifakla birlikte, taşkın yapı sahibi, taşınlan arazi yani yükümlü taşınmaz üzerinde fiili hakimiyet kurmakta, kendine ait taşınmazla birlikte söz konusu irtifakı üçüncü kişilere satabilme imkân ve yetkisini kazanmakta ve bu suretle yapının taşıdığı arazi üzerinde sınırlı da olsa bir tasarruf yetkisini haiz olmaktadır. Bu görüşe göre taşınlan arazi üzerinde taşkın yapı sahibi lehine irtifak tesisi, ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin üçüncü kişiye devri anlamına geleceği için, irtifak hakkına karşılık olarak bir bedel alınması koşuluyla önalım olgusunun vuku bulduğu kabul edilmelidir.<sup>389</sup>

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu anlamda öncelikle söz konusu hakkın mahiyeti hakkında kısa bir açıklama yapılmalıdır. Yapı malikine taşın kısım üzerinde tanınacak hak, *arazi maliki için kanundan doğan ve arazi malikinin rızasına dayanmayan eşyaya bağlı bir borç niteliğindedir.*<sup>390</sup> Diğer bir deyişle söz konusu yükümlülük taşınmaz maliki açısından mülkiyet hakkıyla ilgili *kanundan doğan dolaylı bir kısıtlamadır.*<sup>391</sup> Dolayısıyla önalım hakkını doğuran satış veya ekonomik açıdan satışa denk hukuki işlemlerin iradi/isteğe bağlı olması gerektiği

<sup>388</sup> RÜEGG, S. 275, PN. 707.

<sup>389</sup> RÜEGG, S. 275, PN. 707.

<sup>390</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, (2004), s. 404.

<sup>391</sup> REY/STREBEL, ZGB Art. 674 PN. 9 in: BSK-ZGB II.

yönündeki şart<sup>392</sup> kanundan doğan ve içeriği hakimın takdir yetkisine bırakılmış bu tarz bir hukuki işlemde tahakkuk etmeyecektir. Zira isteğe bağlı satış, devletin satışın yapılması noktasında müdahil olmadığı daha doğrusu zor gücünü kullanmadığı satıştır.<sup>393</sup> Öte yandan hâkim tarafından taşınmazın mülkiyetinin nakline değil de bir irtifak hakkı kurulmasına karar verildiği durumlarda sonuç odaklı yaklaşım gereğince malın şekli anlamda mülkiyeti geçmediği için önalım olgusundan bahsedilemeyecektir.

Fakat tüm bu gerekçelerden bağımsız olarak dikkate alınması gereken asıl husus, kanun koyucunun taşınmaz maliki ile taşkın inşaat sahibinin menfaat çatışmasındaki hukuk politikası açısından ortaya koyduğu tercihini ve bunun sebeplerini doğru yorumlamaktır. Esasen taşkın inşaat halinde taşınmaz malikinın mülkiyet hakkı daha doğrusu malvarlığı üzerinde, konu, kişi, zaman bakımından dilediği gibi, serbestçe tasarrufta bulunma hakkı ile; bu mal üzerinde yapının haksız olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen yapı malikinın menfaatleri bir çatışma halinde olup, kanun koyucu, tercihini, malikin malvarlığı üzerinde muhteva, konu, zaman itibarıyla dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi aleyhinde kullanmıştır. Mülkiyet hakkına gerek Anayasa ile gerekse farklı özel kanunlarla atfedilen önem düşünüldüğünde, böyle bir tercihin meşruiyeti veya haklılığı ancak ciddi ve daha çok korunmaya layık bir menfaatin mevcudiyetini gerektirmektedir. Taşılan kısım üzerinde bir irtifak hakkı kurulması veya o kısmın mülkiyetinin yapı malikine devredilmesi önalım olgusu olarak değerlendirildiği takdirde, yapı maliki ile önalım hakkı alacaklısı sahibi arasında bir menfaat çatışması söz konusu olacaktır. Arazi malikinın mülkiyet

<sup>392</sup> STREBEL, S. 97, PN. 302; EREN, Özel Hükümler, s. 207.

<sup>393</sup> STREBEL, S. 97, PN. 302, Fn. 423.

hakkı üzerindeki tasarruf özgürlüğü gibi Türk özel hukukuna ait en temel esaslardan birisi karşısında bile, iyiniyetli yapı malikinin menfaatini koruyan bu tercih karşısında, yapı maliki lehine mahkeme kararı ile irtifak hakkı tesisinin veya mülkiyetin naklinin, önalım olgusu kabul edilerek, yalnızca taraf iradelerine dayanan önalım hakkını öncelemenin tutarlı bir yaklaşım olmayacağı ortadadır. Sonuç olarak taşkın inşaat halinde iyiniyetli yapı malikine irtifak hakkı tesisinin veya mülkiyetin naklinin önalım olgusu olarak değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

## V. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Hukuki Durum

### 1. Belirli Mal Bırakma Vasiyeti

Miras bırakan, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir (TMK m. 514). Malvarlığının mirasçılara diğer tabirle külli halef olan kimselere geçmesi durumunda, önalım olgusunun doğmadığı daha önce ifade edilmişti. Fakat vasiyetname yoluyla yapılan ölüme bağlı tasarruflara da kısaca değinilmelidir. Vasiyetname ile ilgili olarak tespit edilmesi gereken ilk husus vasiyetnamenin tek tarafı bir hukuki işlem olduğu, dolayısıyla vasiyetname ile yapılacak mirasçı atamanın veya belirli mal bırakma işlemlerinin önalım olgusunun gerçekleşmesine sebebiyet vermeyeceğidir.<sup>394</sup> Ancak belirli mal bırakılmasında, lehine kazandırmada bulunulan ve cüz'i halef olan belirli mal vasiyeti alacaklısı (lehtar), aldığı mala karşılık, vasiyet borçlusuna yani tasarrufu yerine getirme yükümlüsüne karşı<sup>395</sup>, bir karşı edim ifa etmek zorundaysa hukuki durum ne olacaktır?<sup>396</sup> Bu

<sup>394</sup> RÜEGG, S. 284, PN. 732, PN. 638; LANZ, S. 36.

<sup>395</sup> Belirli mal vasiyetinde, belirli mal vasiyetinin borçlusuna yasal ve atanmış mirasçılar olabileceği gibi ya da mirasbırakan tarafından özel olarak belirlenmiş bir mirasçı olabilir. Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 236; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, Ankara, 2018, s. 363; Bununla birlikte ifade edildiği üzere mirasbırakan vasiyet borçlusuna veya borçlularını

durumda mirasbırakanın ölümüyle birlikte lehine belirli mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısı, tasarrufu yerine getirmekle yükümlü yasal ve atanmış mirasçılara karşı taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesine yönelik bir alacak hakkına, buna karşın yasal ve atanmış mirasçılar ise taşınmazın mülkiyetinin lehine belirli mal vasiyet edilen kişiye geçirilmesi karşılığında bir karşı edim alacağına sahip olacaklardır.

Özellikle mirasbırakanın bıraktığı mal ile lehine belirli mal vasiyet edilen vasiyet alacaklısının tasarrufu yerine getirme yükümlülerine, yani yasal ve atanmış mirasçılara karşı ifa edeceği karşı edim arasında değersel bir eşitlik varsa hukuki durum nasıl değerlendirilecektir? Örneğin, mirasçı olmayan üçüncü bir kişi lehine önalım hakkı ile yüklü bir taşınmazın vasiyet edilmesi ve lehine belirli mal vasiyet edilen belirli mal alacaklısının, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü, vasiyet borçlusu yasal ve atanmış mirasçılara karşı, taşınmazın piyasa değerine uygun bir karşı edim borcu yüklenmesi halinde hukuki durum ne olacaktır?<sup>397</sup> Hemen ifade etmek ve tekrar vurgulamak gerekir ki, belirli mal vasiyetine karşılık olarak, lehine belirli mal bırakılan vasiyet alacaklısının ifa etmek zorunda olduğu bir karşı edim kararlaştırılmamışsa, aynen bağışlamada olduğu üzere, bu durumda da lehine

---

serbestçe belirleme imkanına sahiptir. EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 143.

<sup>396</sup> STREBEL, S. 133, PN. 419; GÜRSOY, bir mal vasiyetinden bahsedilebilmesi için, lehtarın iktisap ettiği mameleki menfaati ivazsız olarak iktisap etmesinin ve murisin bu kasıtlı hareket etmesinin şart olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÜRSOY, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955, s. 18; TMK m. 517/I'de kullanılan "kazandırmada" kelimesinden hareketle belirli mal vasiyetinin kural olarak karşılıksız olması gerektiği yönünde bkz. İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 228.

<sup>397</sup> RÜEGG, S. 284, PN. 733.

vasiyette bulunulan kişinin şahsı ön planda olacağı için, bu durumun önalım olgusu teşkil etmeyeceği aşıkardır.<sup>398</sup>

Fakat bir karşı edim kararlaştırılmışsa, STREBEL tekrar ikili bir ayrıma gitmekte ve kararlaştırılan karşı edimin kısmi veya tam bir karşılık teşkil etmesine göre konuyu değerlendirmektedir.

Karşı edimin, vasiyet edilen değer karşısında kısmi bir karşılık teşkil etmesi durumunda, yine lehine vasiyet edilen kişinin şahsı ön planda olacağı için diğer bir deyişle hukuki işlem bağış niyeti barındırdığı için bu durumda önalım olgusu gerçekleşmeyecektir.<sup>399</sup> Bir bağış mı olduğu yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğu hususu aynen üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış mı, yoksa salt bir fiyat indirimi mi olduğunun tespitinde olduğu gibi yapılmalıdır. Buna göre, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin karma bağış niteliğinde kabul edilebilmesi için malın piyasa değerinden en az yüzde yirmi oranında daha düşük bir bedele satılması gerekmekte olup, bunun oranın altında kalan oranlar salt bir fiyat indirimi olarak kabul edilmeli ve önalım olgusu kapsamında görülmelidir. Lehine belirli mal bırakılan kimsenin yerine getirmek zorunda olduğu karşı edim vasiyet edilen belirli mal karşısında kısmi bir karşılık teşkil ediyorsa, söz konusu karşılığın, kısmi bir bağış mı olduğu yoksa bir fiyat indirimi mi olduğu bu yöntemle tespit edilebilir.<sup>400</sup> Sonuç olarak belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısı, tasarrufu yerine getirme yükümlüsü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, kendisine vasiyet edilen (bırakılan) belirli mala yani önalım hakkı ile yüklü taşınmaza karşılık, kısmi bir karşı edim ifa etmek zorundaydı ve bu kısmi

---

<sup>398</sup> STREBEL, S. 133, PN. 420.

<sup>399</sup> STREBEL, S. 133, PN. 422.

<sup>400</sup> STREBEL, S. 134, PN. 424.



karşılık salt bir fiyat indiriminden ibaretse, önalım olgusunun varlığına hükmedilebilir. Aksi takdirde önalım olgusunun varlığı reddedilecektir.<sup>401</sup>

Belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısının, tasarrufu yerine getirme yükümlüsü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, aldığı mala karşılık olarak ifa ettiği etmek zorunda olduğu edim tam bir karşılık teşkil ediyorsa, diğer bir tabirle mirasbırakanın vasiyet alacaklısı üçüncü kişi lehine vasiyet ettiği mal ile lehine belirli mal vasiyet edilen kişinin tasarrufu yerine getirme yükümlüsü yasal ve atanmış mirasçılara yani vasiyet borçlusuna karşı ifa edeceği karşı edim arasında değersel bir eşitlik varsa hukuki durum nasıl değerlendirilecektir?

STREBEL, bu durumda satış sözleşmesine benzer bir hukuki işlemin tesis edildiğini, tek farkın icap ve kabulün açıklandığı zamanla ilgili olduğunu ifade etmektedir. Buna göre malın maliki mirasbırakan, ölüm tarihinde geçerli olacak bir icap ortaya koymakta, vasiyet alacaklısının vasiyeti kabulüyle birlikte borçlandırıcı işlem meydana gelmektedir.<sup>402</sup> Yazar, bu anlayışın bir uzantısı olarak, vasiyet borçlusuna olan yasal ve atanmış mirasçılardan miras kabul etmesiyle veya ret hakkının düşmesiyle söz konusu alacağın muaccel olacağını; vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesiyle veya mirasçılardan miras reddetmesiyle borcun sona ereceğini ileri sürmektedir.<sup>403</sup> Sonuç olarak belirli mal bırakılmasında, belirli mal vasiyeti alacaklısının, vasiyet borçlusuna, tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olan yasal ve atanmış mirasçılara karşı, kendi lehine vasiyet edilen mala karşılık olmak üzere ifa ettiği edim, terekedeki önalım hakkı ile yüklü vasiyet edilen mala tam bir

<sup>401</sup> STREBEL, S. 134, PN. 424.

<sup>402</sup> STREBEL, S. 134, PN. 427.

<sup>403</sup> RÜEGG, S. 284, PN. 733.

karşılık teşkil ediyorsa yapılan hukuki işlem olgusu önalım teşkil etmektedir.<sup>404</sup>

## 2. Miras Sözleşmesi

TMK m. 527' ye göre miras sözleşmesi ile mirasçı atamak veya mal vasiyeti yapmak mümkündür. Bu işlemler vasiyetnamede olduğu gibi tek taraflı bir hukuki işlem değil, iki taraflı bir hukuki işlem olup, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç duyarlar.<sup>405</sup> Mirasbırakan üçüncü kişi ile yaptığı ve muhtevasında üçüncü kişiyi mirasçı olarak atadığı veya onun lehine belirli mal bıraktığı sözleşmede, karşı taraf herhangi bir borç altına girmemekte ise, ivazsız, buna karşın bir borç altına girmekteyse ivazlı miras sözleşmesi söz konusu olmaktadır.<sup>406</sup> Önalım olgusu açısından, ivazsız miras sözleşmeleri bağışlamaya kıyasla bir karşı edim olmadığı için dikkate alınmayacaktır. İvazlı miras sözleşmeleri ise sözleşme ile üçüncü kişi lehine belirli bir mal mı bırakıldığı yoksa üçüncü kişinin mirasçı olarak mı atandığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

### a) Konusu Belirli Mal Bırakma Olan İvazlı Miras Sözleşmesi

Konusu belirli mal bırakma olan ivazlı miras sözleşmesinde, söz konusu mal üzerinde başka bir kimsenin önalım hakkı söz konusu olabilir. Miras sözleşmesinde mirasbırakanın ölümü ile söz konusu taşınmazın mülkiyetinin kendisine intikal ettirilmesine dönük bir alacak hakkı elde eden üçüncü kişi, mirasbırakana karşı, mirasbırakan yaşarken yerine getirmek zorunda olduğu para şeklinde veya ekonomik olarak taşınmazın değerine denk bir edimin ifasını borçlanmış olabilir. Mirasbırakanın edimi ile lehine mal bırakılan

<sup>404</sup> STREBEL, S. 135, PN. 428.

<sup>405</sup> İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2011, s. 172.

<sup>406</sup> DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2011, s. 99, PN. 494.

kişinin edimi arasında ekonomik açıdan bir denklik bulunduğu takdirde, önalım olgusunun varlığı kabul edilmektedir.<sup>407</sup>

### b) Konusu Mirasçı Atama Olan İvazlı Miras Sözleşmesi

Belirli mal vasiyetinden farklı olarak mirasçı atamada mirasbırakan mirasının tamamı veya belli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atamakta (TMK m. 516) ve atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanmakta ve aynen yasal mirasçılar gibi külli halef olmaktadırlar (Krş. TMK m. 599).<sup>408</sup> Mirasçı atamanın bir ivaz mukabiline gerçekleştiği durumda, atanmış mirasçının mirasçı olarak atandığı malvarlığı içinde önalım hakkı ile yüklü bir taşınmaz bulunuyorsa, önalım hakkı doğmuş olacak mıdır ?

Önalım olgusu açısından malın üçüncü kişiye cüzi halefiyet yoluyla intikalini şart koşan görüşe göre, mirasçı atama durumunda malvarlığının bir ivaz karşılığında atanmış mirasçıya geçmesi külli halefiyet ilkesi çerçevesinde gerçekleşeceği için, önalım olgusu gerçekleşmeyecektir. Buna karşın, ekonomik yaklaşımı benimseyen görüş, atanmış mirasçının mirasçı olarak tayin edilmesi karşılığında yerine getirdiği edimin veya ivazın, mirasçı olarak tayin edildiği miras ile ekonomik olarak eşdeğerde olup olmamasına göre, soruyu farklı cevaplandırmaktadır. Buna göre atanmış mirasçının mirasçı olarak tayin edilmesi halinde, karşı edim olarak yerine getirdiği ivaz, atanmış mirasçının mirasçı olarak atandığı tereke oranı ile ekonomik olarak eşdeğer ise önalım olgusunun mevcudiyeti kabul edilmelidir.<sup>409</sup> Aksi takdirde yani ekonomik bir eşdeğerlilik söz konusu değilse, örneğin karma bir bağış söz

<sup>407</sup> RÜEGG, S. 286, PN. 739.

<sup>408</sup> DURAL/ÖZ, s. 138, PN. 668.

<sup>409</sup> RÜEGG, S. 289, PN. 743.

konusu ise, bahsi geçen ekonomik eşdeğerlilik şartı eksik olduğu için önalım olgusunun varlığına hükmedilemeyecektir.<sup>410</sup> Mirasçı atama işleminde belirli mal bırakmadan farklı olarak, atanmış mirasçıya hangi malın veya ne kadar malın kaldığı belli olmadığı için, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın da atanmış mirasçıya kalıp kalmayacağı mirasçı ölünceye kadar belli olmayacaktır. Şayet mirasçı atamasının nitelendirilmesi noktasında önalım olgusunun varlığına müspet cevap verilecek olursa, önalım olgusunun gerçekleştiği tarih mirasçı atama sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, önalım hakkı ile yüklü taşınmazın terekede bulunması kaydıyla, mirasbırakanın öldüğü tarihtir, zira taşınmazın mülkiyeti atanmış mirasçıya bu tarihte geçecektir.<sup>411</sup>

#### IV. Sonuç ve Değerlendirme

Çalışmanın giriş bölümünde ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla ne anlaşılması gerektiği bir sorun olarak ortaya konmuştu. Bu sorunla ilintili veya bu soruya verilecek cevaba göre şekillenecek pek çok soruna çalışma boyunca değinilmeye çalışıldı. Her bir sorun için ulaşılan tali sonuçları burada tekrar özetlemek bir makalenin sınırlarını zorlayacağı için sonuç bölümünde ön plana çıkan birkaç tali sorunla birlikte ana soruna dair varılan kanaatin paylaşılması ile yetinilecektir. Türk hukuku açısından sözleşmesel önalım hakkının uygulanması İsviçre'deki ana yönelimin aksine zayıf kalmış, kazâi içtihatlar daha ziyade kanuni önalım hakkı etrafında şekillenmiştir.

<sup>410</sup> RÜEGG, S. 289, PN. 743. Atanmış mirasçının yerine getireceği edimin değerini tespit pek güçlük arz etmezken, mirasbırakanın atanmış mirasçıyı mirasçı olarak atadığı mirasın değerini belirlemek çok kolay olmayacaktır.

<sup>411</sup> RÜEGG, S. 289, PN. 744; OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yasar Karayalçın'a 65. Yas Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415.

Somut durumu dikkate alan Türk kanun koyucusu, Türk Medeni Kanunu'nda kanuni önalım hakkını sistematik olarak incelemiş ve kanuni önalım hakkı ile ilgili kullanmaya ve vazgeçmeye dair hükümlerin sözleşmesel önalım hakkına da uygulanacağını belirterek sözleşmesel önalım hakkı ile ilgili eski Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yapma yönüne gitmemiştir. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda ise sözleşmesel önalım hakkı İsviçre'dekine benzer biçimde ayrıca düzenlenmiş, fakat maalesef sözleşmesel önalım hakkı ile kanuni önalım hakkı arasındaki ilişkinin yeni düzenleme sonrası nasıl bir hal alacağına dair sarıh (açık) bir hüküm öngörmemiştir. Bu sebeple sözleşmesel önalım hakkında yeni bir önalım kategorisi olarak ortaya çıkan ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkında da bir önalım olgusu olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Hâkim görüşçe benimsenen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlemlerin kanuni önalım hakkında da önalım olgusu olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş, kanuni önalım hakkının Cumhuriyet sonrası tarihsel gelişimi, kanunun açık biçimde sözleşmesel önalım hakkını yasal önalım hakkına tabi kılmak isteyen yaklaşımı ve kanun sistematığı dikkate alındığında ciddi itirazlara kapı açabilecektir. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından hâkim görüş savunulabilir.

Çalışmanın ana meselesini teşkil eden ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu benimsenen yaklaşıma ve yorum yöntemine göre farklılık gösterecektir. Malın şekli anlamda da mülkiyetinin naklini şart gören sonuç odaklı yaklaşım, daha önce değinildiği üzere içtihatlarla beliren hukuki durumu meşrulaştırmanın ötesine geçmemekte, söz konusu kategoriyi, yıllara yaygın biçimde,

çoğunlukla dürüstlük kuralı üzerinden ulaşılan sonuçların kanuni bir zemine oturtulmasından ibaret görmektedir.

Buna karşın ekonomik yaklaşım ise ittifak halinde, önalım olgusu teşkil etmeyeceği kabul edilen durumlarda bile, mala ilişkin ekonomik ve fiili tasarruf yetkisinin üçüncü kişiye intikalini önalım olgusu olarak değerlendirmek için yeterli görmüş, örneğin önalım hakkı ile yüklü eşyanın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda önalım olgusunun gerçekleşebileceğini savunmuştur.

Ekonomik yaklaşım iki noktada sonuç odaklı yaklaşımdan ayrılmaktadır. İlk nokta, malın şekli anlamda mülkiyetinin üçüncü kişiye geçirilmesinin, hukuki işlemin önalım olgusu olarak değerlendirilmesi açısından şart olarak görülmemesi, ikinci nokta ise hukuki işlemin taraflarının hukukten iki farklı süje olmaları dikkate alınmaksızın fiili ve ekonomik duruma odaklanılmasıdır. Kara Avrupası hukuk sisteminde temkinle yaklaşılacak hukukun ekonomik analizi<sup>412</sup> benimsendiğinde, hali hazırda önalım olgusu olarak benimsenmeyen birçok hukuki işlemin önalım kategorisine gireceği muhakkaktır.

Öte yandan BYLDLINSKI tarafından savunulan görüşün bütün yaklaşımlar üzerinde az çok etkili olduğu ve birçok durumda dikkate alındığı söylenebilir. Söz konusu yaklaşım sözleşmenin karşı tarafının kişiliğinin ve ifa ettiği edimin bir hususiyet arz ettiği durumlarda, kural olarak önalım olgusunun varlığını reddetmektedir.

GRUNWALD tarafından tamamlayıcı yorum metoduna göre ise önalım hakkı alacaklısı açısından bakıldığında eşyanın satılması veya hediye edilmesi

---

<sup>412</sup> Hukukun ekonomik analizi hukuk ekonomik ilişkisinde bilhassa Amerika'da oldukça rağbet gören bir yaklaşım olup söz konusu yaklaşım tarihsel gelişimine ilişkin bir özet için bkz. GHANDCHI, S. 199, FN. 572.

arasında hakikatte bir fark bulunmamaktadır, zira önalım hakkı yükümlüsü, malı hediye etmek istediğinde malı elinden çıkarmak yönündeki iradesini açık biçimde ortaya koymuş olmaktadır. Aynı şekilde önalım hakkı alacaklısı açısından da malın üçüncü kişiye hediye edilmesi ile satılması arasında bir fark bulunmamaktadır, zira onun da amacı malı elde etmektir. Söz konusu yorum metodunda ise, özgür iradeleriyle önalım olgusu teşkil edecek sözleşmeleri genişletebilme imkanına sahip olan tarafların bu imkânı kullanmamalarına rağmen, taraflar arasında doğacak ihtilaflarda tamamlayıcı yorum yoluyla hâkimin soruna müdahil olması eleştirilmiştir. Son olarak özel hukukta kullanılacak her türlü hakkın ana sınırını teşkil eden dürüstlük kuralını, hiçbir yaklaşımın göz ardı etmediği söylenebilir.

Kanunda kullanılan ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla birlikte dürüstlük kuralının veya dürüstlük kuralı üzerinden sorunu çözme çabasının alan kaybettiği de bir gerçektir, zira artık konuya dair özel bir düzenleme mevcut olduğu için sorun öncelikle bu özel düzenleme üzerinden çözülmeye çalışılacaktır.<sup>443</sup> Zira kanuna eklenen ekonomik açıdan satışa eşdeğer işlem kavramıyla amaçlanan husus zaten, önalım hakkının kullanılmasının önüne geçmek kastıyla yapılacak düzenlerin, kanuna karşı hilelerin önüne geçmektir.<sup>444</sup>

Kanaatimizce, ekonomik yaklaşımın şekli anlamda mülkiyetin naklini şart görmeyen ve hukuki işlemin tarafları açısından hukuki ayrılığı değil ekonomik özdeşliği dikkate alan yaklaşımı kısmen isabetli bir görüştür. Yine bize göre, bilhassa İsviçre kanun koyucusunun söz konusu madde ile ilgili

<sup>443</sup> SCHWARZ'ın "*Sadece hüsnüniyet ve hakkın suiüstimaline dayanan bir hukuk tatbikatı...*" şeklindeki ifadesi bu soruna işaret eder niteliktedir. SCHWARZ, A.B. Medeni Hukuka Giriş, Terc. Bülent DAVRAN, İstanbul, 1942, sah. 197-198, aktaran: OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük, s. 409.

<sup>444</sup> YAVUZ, /ACAR, /ÖZEN, s. 255.

kanuna eklediği ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem kavramı, salt mevcut hukuki durumun kanuni bir zemine oturtulmasından ibaret olmayıp, söz konusu ifadeyle, ekonomik yaşamda hızla artan muamele çeşitliliği dikkate alınarak, ilerde meydana gelecek farklı ihtimaller karşısında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Ekonomik açıdan satışa eşdeğer bir işlem olup olmadığı sorusuna genel bir cevap vermek oldukça zor olup, her bir hukuki işlem somut verilerle değerlendirilmelidir.<sup>445</sup> Fakat kullanılan ifade ile kanun koyucunun önalım hakkı sahibine yakın durduğu ve mümkün mertebe önalım hakkının kullanımını kolaylaştırmak istediği göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>446</sup> Sonuç olarak hâkim, kanunda kullanılan elastiki ifadeyi dikkate alarak somut olay adaletini sağlayacak yaklaşımı bizzat kendisi seçmelidir.

---

<sup>445</sup> Aynı yönde bkz. AYDOĞDU, s. 113; BAYGIN, s. 18.

<sup>446</sup> FASEL, OR Art.216c PN. 5, in: BSK OR I.



## KISALTMALAR CETVELİ

§	: Vorschrift
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Abs.	: Absatz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Alt	: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidendes Schweizerisches Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
BÜHFD.	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	: OR
Diss.	: Dissertation
E.	: Erwägung(en)
E.T.	: Erişim Tarihi
Dn.	: Dipnot
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

<b>E.</b>	: Esas
<b>eBK</b>	: Eski Borçlar Kanunu
<b>eMK</b>	: Eski Medeni Kanun
<b>EÜHFD.</b>	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>f.</b>	: fıkra
<b>f.</b>	: und folgende
<b>ff.</b>	: fortfolgende
<b>Fn.</b>	: Fussnote(n)
<b>FS</b>	: Festschrift
<b>GÜHFD.</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HK</b>	: Handkommentar
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber
<b>HS</b>	:Hauptsatz
<b>İnÜHFD</b>	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>i.V.m.</b>	: in Verbindung mit
<b>K.</b>	: Karar
<b>Krş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>m.</b>	: madde
<b>MÜHF-HAD.</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>OR</b>	: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des

Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil:  
Obligationenrecht

- PN.** : Paragraphnummer/Paragraf Numarası
- s.** : Sayfa
- S.** : Sayı
- S.** : Seite (Almanca Metinlerde)
- T.** : Tarih
- TBK** : Türk Borçlar Kanunu
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- VUK** : Vergi Usul Kanunu
- Y.** : Yargıtay (Yargıtay kararlarında)
- Y.** : Yıl (Makale ve diğer eserlerde)
- YİBK.** : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
- YÜHFD.** : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- SZW** : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt-  
recht (Zürich)
- ZBGR** : Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
- ZBJV** : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
- ZGB** : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
- Ziff.** : Ziffer

## KAYNAKÇA

- AKALP-DEMİRTABAK, Didem**, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KAHRAMAN, Derya**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018.
- ALLGÄUER, Oskar**, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich, 1918.
- ANTALYA, Gökhan**, Eşya Hukuku, C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Genel İlkeler, İstanbul, 2017.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.
- ARPACI, Abdulkadir**, Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.
- ATAMULU, İsmail**, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara, 2017.
- AYAN, Mehmet**, Kanuni Şüfa Hakkı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, Konya 1995, s. 335-368 (AYAN, Kanuni Şüfa)
- AYAN, Mehmet**, Eşya Hukuku, C. 2 Mülkiyet, Ankara, 2016 (AYAN, Eşya)
- AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2014.
- AYDIN ÜNVER, Tülay**, Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi, BÜHFD, C. 11, S. 145, Y. 2016, s. 829-857.
- AYDOĞDU, Murat**, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, 2013.

**BASLER KOMMENTAR** Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, Hrsg. HONSELL, Heinrich /VOGT, Peter Nedim /WIEGAND, Wolfgang, (Hrsg.), Basel, 2011 (Yazar, Art. PN. in: BSK OR I )

**BASLER KOMMENTAR**, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB (Hrsg.) HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./GEISER, Thomas, Basel, 2014 (Yazar, Art. PN. in: BSK ZGB II )

**BAŞPINAR**, Veysel, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Olağanüstü Hallerde Mülkiyet Hakkı Sınırlamasının Fikrî ve Hukukî Temelleri, EÜHFD., C.11, S.1, Y.2016, s. 1-32.

**BAYGIN**, Cem, Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış, BÜHF-KHHD, Mart-Nisan 2011, S. 79- 80, s.7-30.

**BELEÇ**, Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

**BERNER KOMMENTAR**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR, Bern, 1991 (Yazar, OR Art., PN. in: Berner Kommentar)

**BERNER KOMMENTAR**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband, Grundeigentum II, Art. 680 –701 ZGB, Bern, 1975 (1991 (Yazar, ZGB Art., PN. in: Berner Kommentar)

**BERNER KOMMENTAR**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der

Grundstückkauf Art. 216–221 OR, Bern, 1997, (Yazar, OR Art., PN. in: Berner Kommentar)

**BINZ-GEHRING, Doris**, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern, 1975.

**BÖCKLİ, Peter**, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung- unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Zürich - Basel – Genf, 2009.

**BRÜCKNER, Christian**, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2001, S. 520-550.

**BURBULLA, Rainer**, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Diss. Bochum, Köln/Berlin/München, 2006.

**BURCUOĞLU, Haluk**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, İstanbul, 2011, s. 283-298.

**ÇAY, Cengiz Topel**, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Konusunda Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler (Yenilik Doğuran Dava Düzenlemesi), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

**ÇELİKTAŞ, Demet**, Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, DEÜHFD., (Kudret Ayiter'e Armağan), C.3, S.1-4, Y.1988, s. 593-641.

**ÇONKAR, M. Halil**, Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, İstanbul, 2016.

**DEMİRSATAN, Barış**, Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, BÜHFD., C.11, S.145 – 146, Y.Eylül – Ekim 2016, s. 905-946.

**DEMİRBAŞ, Feride**, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, AÜHFD., C. 65, S.2, Y. 2016, s. 249-277.

**DOĞAN, Murat**, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004.

**DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut**, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2015.

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018 (EREN, Genel Hükümler).

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017 (EREN, Özel Hükümler).

**EREN, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2016 (EREN, Mülkiyet).

**EREN, Fikret**, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD., C. XII, Y. 2008, s. 103-126 (EREN, Yasal Önalım).

**EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek**, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019

**ERGÜNE, Mehmet Serkan**, Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017.

**ERKAN, Umut Vehbi**, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

**ERKAN, Umut Vehbi**, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal

Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması, İÜHFD, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294.

**ERMAN BGB, WESTERMANN, Harm P.**, Band II, Köln, 2008 (Yazar, BGB § , PN. in: ERMAN Handkommentar)

**ERTAŞ, Şeref**, Eşya Hukuku, İzmir, 2018.

**ESENER, Turhan**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956.

**FEYZİOĞLU, Feyzi** Necmeddin, Şufa Hakkı, İstanbul, 1959.

**FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2018.

**GEMALMAZ, Burak H.**, Mülkiyet Hakkı- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 6, Ankara, 2018.

**GHANDCHI, Lilian**, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich, 1999.

**GRUNEWALD, Barbara**, Umgehungen schuldrechtlicher Vorkaufsrechte, in: Festschrift Für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag herausgegeben von Hermann Lange, Knut Wolfgang, Nörr Harm, Peter Westermann.

**GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmesel önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi, YÜHFD., C. VIII, S. 2, Y. 2011, YÜHFD., C. IX, S. 1, Y. 2012, s. 435-453.

**GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012 (GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.)



**GÜRSOY, Kemal Tahir**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955.

**GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol**, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.

**HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT**, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184-318, Hrsg. **MÜLLER-CHEN, Markus/ HUGUENIN, Claire/ GIRSBERGER** (Yazar, OR Art. PN. , in: Handkommentar)

**HATEMİ, Hüseyin**, Das Vorkaufsrecht im neuen türkischen ZGB/Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Önalım Hakkı, Türk-İsviçre Hukuk Haftası, (Ed.) **ERDEM, Ercüment/ BOLLE, PIERRE-HENRI**, İstanbul, 2004, s. 165-171.

**HELVACI, İlhan**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeden Doğan Önalım, Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri (İsviçre Borçlar Kanunu Madde 216/Fıkra 2, Fıkra 3, Madde 216a-216e), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Y.1999- 2000, s. 397-417.

**HONSELL, Heinrich**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern, 2017.

**ISLER, Leana, Maria**, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich, 1989.

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

**İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan**, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, 2019.

**İSTANBUL ŞERHİ**, Türk Borçlar Kanunu Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2018, (Ed.) **SEROZAN, Rona/ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, Murat.** (Yazar, TBK m. PN.: TBK İstanbul Şerhi)

**J. VON STAUDİNGERS** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480, Kaufrecht (Yazar, BGB § 463 PN. 17 in: Staudinger (2014) BGB, Buch 2)

**JAUERNIG**, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 2018.

**KIRCA, Çiğdem**, Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun'daki Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, 2002, 1179-1203.

**KİZİR, Mahmut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHF-HAD., C.22, S.3, Y. Aralık 2016, s. 1773-1796.

**KOBIERSKI, Marlene**, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern, 2012.

**KOLLER, Alfred** (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern, 2017.

**KOLLER, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art.184-318, Bern, 2012.

**KOLLER, Alfred**, Vorkaufsberechtigung bei Veräußerungsgeschäften, die Teil einer gemischten Schenkung sind, in: Teil VI - Obligationenrecht und weitere Rechtsgebiete (Hrsg.), **RUMO-JUNGO, Alexandra/ PICHONNAZ, Pascal/ HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/FOUNTOULAKİS, Christiana**, S. 751-759.

**KURZKOMMENTAR – SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH**, (Hrsg.) **BÜCHLER, Andrea/JAKOB, Dominique**, Basel, 2012. (Yazar, OR Art. 216c PN. 1, in: Kurzkomentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch)

**KUTLU, Nurgül**, Önalım Hakkının Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010.

**LANZ, Raphael**, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern, 2000.

**MADER, Peter** Vorkaufsrechte und Umgehung, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf, 2002, S. 305-320

**MEIER, Robert**, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, in: AJP 3/1994, S. 139 ff.

**MEIER-HAYOZ, Arthur**, Der Vorkaufsfall (In Zürich gehaltenen Vortrag) 1964.

**MEIER-HAYOZ, Arthur**, Der Vorkaufsfall, in: ZBGR 45/1964, S. 257-284.

**MUTTI, Christoph**, Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte in der Zwangsverwertung, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/1998, S. 29-31.

**MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH** Kommentierung der §§ 433– 473 BGB, in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München, 2012.

**NOELPP, Christoph**, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel, 1987.

**NOMER, Haluk Nami, ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Hakları), İstanbul, 2019.**

**NOMER, Haluk, Nami, Vefa Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.**

**OĞUZMAN, M. Kemal, Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yasar Karayalçın'a 65. Yas Armaganı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407-415. (OĞUZMAN, Dürüstlük, s. )**

**OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978.(OĞUZMAN/SELİÇİ (1978))**

**OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, İstanbul, 2004 (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2004)).**

**OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR (2018)).**

**OR-KOMMENTAR SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland,2016 (YAZAR, OR, Art. PN. in: OR-Kommentar)**

**ÖZENLİ, Soysal, Uygulamada Önalım (Şufa) Davaları, İstanbul, 1990.**

**PFÄFFLI, Roland/WERMELINGER, Armèdèò, Grundstückkauf, Kaufvertrag- Vorkaufsrecht, Kaufrecht und Rückkaufsrecht, in: SJZ 113/2017 S. 513-521.**

**PRÜTTING Hanns/WEGEN, Gerhard/WEINREICH, Gerd, BGB KOMMENTAR, Neuwied, 2006.**

**PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2017.**

**REY, Heinz**, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen,  
in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 39-72

**REY, Heinz**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band  
I, Bern, 2007.

**ROBERTO, Vito**, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des  
Obligationenrechts, recht 11/1993, S. 172 ff.

**RÜDLINGER, Oliver**, Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf  
einer Gesellschaft

(Share Deal), Abschlussarbeit, Zürich, 2018

**RÜEGG, Jonas**, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken,  
Zürich, 2014.

**SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay**, Miras Hukuku ve Uygulama  
Çalışmaları, Ankara, 2018.

**SCHENKER, URS** Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und  
Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&ATransaktionen, in: Tschäni  
Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich, 2013, S. 245-285

**SCHERMAIER, Martin Josef**, Die Umgehung des Vorkaufsrechts durch  
„kaufähnliche Verträge“, Archiv für die civilistische Praxis 196. Bd., H. 3 (1996),  
S. 256-275.

**SCHMID, Hans Peter**, Das Vorkaufsrecht, Diss. Basel, 1934.

**SCHMID, Jörg/ HÜRLIMANN-KAUP, Bettina**, Sachenrecht, Zürich,  
2003.

**SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert, OR BT**, Schweizerisches  
Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich, 2010.

**SEBÜK, M. Tahir**, Şufa, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul, 1951.

**SIMONIUS Pascal/ SUTTER Thomas**, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995.

**STREBEL, Lorenz Joseph**, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich, 2009.

**SUTTER, Thomas**, Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht, in: SJZ 81/1985, S. 277-282

**ŞENER, Oruç, Hami**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017.

**ŞENOL, Hilal**, Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı (Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2015.

**ŞIPKA, Taman, Şükran**, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı, Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul, 1994.

**TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, İstanbul, 2008.

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

**TUNABOYLU, Müslim**, Önalım (Suf'a) Davaları, Ankara, 2013.

**USLU, Abdüssamet**, Kat İrtifakı, Ankara, 2019.

**VOGT, Max**, Muß der Vorkaufsberechtigte Änderungen des Drittkaufs bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts gegen sich gelten lassen? in: Festschrift für Horst Hagen (1999), S. 219-230.

VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich, 1972.

WERREN, Eva, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunktbehandlung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, in: Magister, Editions Weblaw, Bern, 2012.

WERREN, Eva, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, in: Jusletter 17. September 2012, S. 1-13

WIEDERKEHR, Alphons, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1936.

WYSS, Alexander/KÖCHLI, Roland Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen in: Jusletter vom 5. Dezember 2011. S 1-9.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

YILDIZ, Ekrem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Önalım Davaları, İstanbul, 2009.

YÜCEL, Sevtap, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2006.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014.

ZGB KOMMENTAR SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, (Hrsg.), KOSTKIEWICZ, Jolanta K./NOBEL, P./SCHWANDER, Ivo/WOLF, Stephan, 2001. (Yazar, ZGB Art. PN. in: ZGB Kommentar).

ZÜRCHER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das

Eigentum, Art. 641–729, Zürich, 1977. (Yazar, ZGB Art. PN. in: Zürcher Kommentar).

### İnternet Kaynakları

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

[www.legalis.ch](http://www.legalis.ch)

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

[www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)

<http://relevancy.bger.ch>

[www.admin.ch](http://www.admin.ch)

<https://beck-online.beck.de>



## HAKEMLİ MAKALE

### DOLAYLI- DOLAYSIZ ZİLYETLİK KAVRAMLARININ AYIRT EDİLMESİ \*

Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ \*\*

#### ÖZET

Zilyetlik, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun m. 973 ile m. 996 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 887/1 hükmünde zilyetlik; bir şey üzerinde fiili hakimiyet olarak tanımlanmıştır. Zilyetlik, doktrinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmakta ve bu sınıflandırmalara göre farklı zilyetlik türleri oluşturulmaktadır. Bu sınıflandırmalardan birisi de eşya üzerindeki hakimiyetin ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin ayrımdır. Bu ayrıma göre; zilyetlik, iki türdür: dolaylı ve dolaysız zilyetlik. Dolaylı ve dolaysız zilyetlikte temel olan unsur, zilyedin eşya üzerinde dolaysız doğruya fiili hakimiyet kurması ile ilgilidir. TMK, dolaylı ve dolaysız zilyetlik kavramlarına yer vermemiş, doktrin ise dolaylı ve dolaysız zilyedin belirlenmesinin önemli olduğunu özellikle zilyetliğin korunmasında bu hükümlerden yararlanılması gerektiği ifade edilmiştir. 743 Sayılı Medeni Kanunda yer verilmeyen bu ayırım, Alman Medeni Kanununda dört madde (§ 868-871) ile düzenlenmiştir. 4721 sayılı TMK da ise bu kavramlara açıkça yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Zilyetlik, dolaylı zilyetlik, dolaysız zilyetlik, zilyetlik çeşitleri, fiili hakimiyet.*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 13.06.2019

\*\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: [selin81hukuk@gmail.com](mailto:selin81hukuk@gmail.com)

ORCID ID: 0000-0001-7483-6394

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**DISTINGUISH THE CONCEPTS OF THE DIRECT OR INDIRECT  
POSSESSION**

**ABSTRACT**

Possession, Turkish Civil Code 4721 m. M. 996 is regulated. TMK m. Article 887/1; "it was expressed as a veritable domination over something. Zilyetlik, which is defined as actual domination on something, is subjected to different classifications in the doctrine. One of these classifications is the distinction based on whether there is direct dominance over the goods. The basic element of direct and indirect possession is related to the direct sovereignty of the possession on the goods. TMK did not include the concepts of indirect and direct possession, and the doctrine stated that it was important to determine the direct and indirect property, and that these provisions should be used in the preservation of especially the possession. This distinction, which is not included in the Civil Code No. 743, is regulated by three articles (m.868-871) in the German Civil Code. These concepts are explicitly given in TMK 4721.

**Key Words:** *Possession, indirect possession, direct possession, varieties of possession, actual domination.*

## I. GENEL OLARAK

Zilyetlik; bir eşya üzerinde fiili hakimiyetin iradi olarak ele geçirilmesiyle başlayan ve onun, irade ile veya irade dışı kaybına kadar süren fiili ve hukuki durumdur<sup>12</sup>. Zilyetlik<sup>3</sup>; aynı eşya üzerinde zilyetliğin sayısına göre ve niteliğine göre, zilyetlerin sayısına göre, amacına göre, konusuna göre ve bir hakka dayanıp dayanmamasına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur<sup>4</sup>. Bu ayrımlardan dolayı- dolaysız zilyetlik ayrımı ve bu ayrım yapılırken göz önünde bulundurulması gereken hususlar çalışmamızın temelini oluşturmaktadır.

Zilyetliğin dolaylı ve dolaysız zilyetlik şeklinde bir ayrıma tabi tutulması, Alman Medeni Kanununda açıkça düzenlenmiştir. Bu ayrım, 743 Sayılı Medeni Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen doktrin

---

<sup>1</sup> OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 57; SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.25-27; AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku, C. I-II, Ankara 1972, s. 135-136; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 2016, s. 67; AYDIN, Aybay/HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 70; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veyssel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2018, s.122; AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 107; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 41; ERMAN, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s. 9; SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s. 97; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2012, 55; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 27; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2018, s. 40; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Galip Servet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s. 36; ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku, C.II, Zilyetlik, İstanbul 2018, s. 7; NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 1-2; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya : Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 53.

<sup>2</sup> Zilyetlik, Alman Medeni Kanununun § 854 paragrafında; fiili hakimiyet olarak tanımlanmıştır.; Jhering: Grund des Besitzshuitzes, Jena 1869, s. 1 vd.

<sup>3</sup> Yargıtay da zilyetliği; “bir malı iktisadi gayesine uygun şekilde kullanmak ve bunun üzerinde müstakil hakimiyet icra etmek” şeklinde tanımlamaktadır. Y. 7. HD, 09.12.1954; 3815/1074, AKINTÜRK: s. 107.

<sup>4</sup> NOMER/ERGÜNE: s. 11-19; AYBAY/HATEMİ: (Eşya Dersleri): s. 72-79; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 62-68; ERTAŞ: s. 34-37; ESENER/GÜVEN: s. 60-65; SEROZAN: s. 108-116; ERMAN: s. 11-13; AYBAY/HATEMİ: (Eşya Hukuku), s. 40-44; AKINTÜRK: s. 129-137; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 116-139; SİRMEN: s. 48-53; AYAN: s. 81-92.

tarafından varlığı kabul edilen ve doktrinde kullanılan bir ayrımdı<sup>5</sup>. Doktrinde bu ayrımı kullanırken, Alman Hukukundan esinlenmiş idi. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun düzenlenmesi sırasında kanunu hazırlayanlar, Alman Hukukunun ve hakim doktrinin etkisinde kalarak bu ayrımı düzenleyen yeni bir madde sevk etmişlerdir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun kabul edilmesi ile birlikte m. 975 hükmünde açıkça “dolaylı-dolaysız zilyetlik” ayrımına yer verilmiştir. Madde hükmüne göre; “*bir şeyde fiili hakimiyetini dolaysız doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Kanun koyucunun bu ayrımı yapması ile Türk Hukukunda bir şey değişmemiştir, sadece söz konusu ayrım bu şekilde yasal bir dayanağa kavuşmuştur. İsviçre Kanun koyucusu da bu sebeplerle yasal düzenlemelerinde bu ayrıma yer vermemiştir<sup>6</sup>. Ayrıca bu ayrımın yapılmasında temel alınacak ölçütlerin neler olduğu da madde hükmünde belirtilmemiştir. Madde metninde dolaylı ve dolaysız zilyetlik ayrımında kullanılması gereken ölçütün fiili hakimiyetin kullanılış biçimi olduğu ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Dolaylı ve dolaysız zilyetlik ayrımı, doktrinde vasıtalı veya vasıtasız zilyetlik şeklinde de nitelendirilmektedir<sup>8</sup>. Bunun sebebi, zilyetliğin bir vasıta

<sup>5</sup> AYBAY/ HATEMİ: (Eşya Hukuku), s. 41; AYAN: s.86; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 55; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 122; AKINTÜRK: s. 134; ESENER/GÜVEN: s. 61.

<sup>6</sup> ÜNAL /BAŞPINAR: s 122; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 134.

<sup>7</sup> Kanun koyucu madde hükmünün gerekçesinde; yürürlükteki kanunda ve kaynak İsviçre Kanununda bu konuda bir hüküm sevk edilmediğini, bu kavramın kullanılmasının Alman Medeni Kanunundaki dolaylı- dolaysız zilyetlik kavramı ile İsviçre Medeni Kanunundaki asli-feri zilyet kavramı ile karıştırıldığı ifade edilmiştir. Asli-feri zilyetlik ayrımının, zilyedin mal üzerinde iddia ettiği hakka göre yapılan bir ayrım olduğu belirtilmiştir. Dolaylı-dolaysız zilyetlik ayrımının temelinde ise malın zilyedin fiili hakimiyetine bulunup bulunmamasına göre bir ayrım yapıldığı, bu ayrımın özellikle zilyetliğin korunmasında önemli olduğu ve zilyedin kuvvet kullanma hakkından öncelikli olarak dolaysız zilyetlerin yararlanacağı belirtilmiştir. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-975>, E.T.: 07.06.2019.

<sup>8</sup> ÜNAL/BAŞPINAR: s. 122; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 68; ERTAŞ: s. 35; ESENER/ GÜVEN: s.61; ERMAN: s.12; AKINTÜRK: s. 134; AYAN: s.86; AKİPEK, Jale: Menkul Davası, Ankara 1959.

yani aracı kullanılıp kullanılmadan bir ayrıma tabi tutulduğunun ifade edilmeye çalışılmasıdır.

Bir şeye zilyet olan kimse, zilyedi olduğu eşyayı dolaysız yani doğrudan doğruya araya herhangi bir kimse girmeksizin kullanabiliyorsa, zilyetliğinin dolaysız; bir şeye zilyet olan kimse zilyetliğini bir başka kişi aracılığı ile sürdürüyorsa zilyetliği dolaylıdır. Eşyası üzerindeki fiili hakimiyeti bir başkası aracılığı ile kullanan kimse de aynı şekilde dolaylı zilyettir<sup>9</sup>. Malını bir başkasına kiraya veren kişinin zilyetliği dolaylıdır. Kiracı, kiraya veren ile akdettiği kira sözleşmesine dayanarak kiralananı dolaysız kullanma imkânına sahip olması sebebiyle dolaysız, kiraya veren kiralananın kullanım hakkını bir sözleşmeye dayanarak kiracıya devrettiği için kiralanan üzerindeki zilyetliği dolaylı olacaktır<sup>10</sup>. Alman Medeni Kanununda da §868 hükmünün başlığı “*dolaylı zilyetlik*” tir. Madde hükmünde; intifa hakkı sahibi, rehinli alacaklı, kiracı, emanetçi veya benzer bir ilişki dolayısıyla süreli zilyetlik sıfatına hak kazanan veya zilyetlikle yükümlü olan kimsenin dolaysız zilyet, bu ilişki de muhatabı olan kimsenin de dolaylı zilyet olacağı ifade edilmiştir<sup>11</sup>.

Eşya üzerindeki fiili hâkimiyetini bir başkasının yardımına gerek olmadan dolaysız kullanan kimse ise dolaysız zilyettir. Örneğin; kiracının, ödünç alan kişinin, intifa hakkı sahibinin hakları bu şekildedir. Alman Medeni Kanununda da intifa, rehin, kiracı ve vasi durumundaki kişilerin dolaysız zilyet olduğu ifade edilmiştir<sup>12</sup>. Alman Medeni Kanunu dolaysız

<sup>9</sup> WIELAND, C. (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Aynı Haklar, Ankara 1950, m.920, s.784; SAYMEN /ELBİR: s.45; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ: s. 173-174; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR: 66; AYTER, Nurşin: Eşya Hukuku, Ankara 1983, s.13; SİRMEN: s. 50; AYAN: s.86; AYBAY/HATEMİ: (Eşya Hukuku): s. 41; ESENER/GÜVEN: s.61; SEROZAN: s. 109; ERMAN: s.12; ERTAŞ: s.35; NOMER/ERGÜNE: s.15; ÜNAL/BAŞPINAR: s.121.

<sup>10</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR: s. 66.

<sup>11</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/869.html> , E.T.: 05.05.2019.

<sup>12</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/869.html> , E.T.: 05.05.2019.

zilyedin nasıl olabileceği konusunda belirlemeler yapmışken, hukukumuzda böyle bir belirleme yapılmamıştır.

Dolaysız zilyet, dolaylı zilyedin zilyetliği kendisine devretmesi ile birlikte zilyetliği kullanma imkânına sahip olmaktadır. Bu sebeple, zilyetlik konusu olan bir şeyin zor kullanarak elde edilmeye çalışılması halinde kuvvet kullanma yetkisi de dolaysız zilyede ait bir hak<sup>13</sup>.

## II. DOLAYLI ZİLYET

Dolaylı zilyetlik, zilyedin sıfatına bakılmaksızın zilyetliğini bir başka kişi aracılığı olmadan kullanıp kullanmaması ile ilgili bir durumu ifade etmektedir<sup>14</sup>. Malı üzerindeki fiili hâkimiyetini bir başkası aracılığı ile sürdüren kimsenin zilyetliği dolaylıdır.

Dolaylı zilyet; zilyetliğinde bulunan bir eşyayı sınırlı bir aynı veya şahsi bir hak kurmak üzere bir başkasına devreden zilyettir<sup>15</sup>. Bu sebeple dolaylı zilyet çoğu zaman malik sıfatına sahiptir.

Dolaylı zilyet ayrımında öne çıkan unsur; fiili hakimiyetin yürütülüş şeklidir. Yani, dolaylı zilyetlik belirlenirken, eşyayla kurulu ilişkinin yoğunluk derecesine bakılmaktadır. Eşyaya ilişkin hakimiyet, dolaylı bir şekilde manen devam ettirilmelidir. Dolaylı zilyet birden çok kişi olabilecektir. Malik olan kimse malını kiraya verdiği zaman zilyetliği kiraya verdiği eşyası üzerinde dolaylı olarak devam edecektir. Kiracı da kiraladığı şeyi bir başkasına kiraya verir ve kiraladığı şeyi teslim ederse, birinci kiracı da malik gibi dolaylı zilyet

<sup>13</sup> ESENER/GÜVEN: 78; SİRMEN: s. 68; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 87.

<sup>14</sup> SİRMEN: s. 50; ERMAN: s. 12; ESENER / GÜVEN: s.61-62; AKINTÜRK: s.136; AYAN: s. 86; AYBAY/HATEMİ: (Eşya Hukuku), s. 41; ÜNAL/BASPINAR s.121-122; SEROZAN: s.109; ERMAN: s.12; ERTAŞ: s.35; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 67; NÖMER/ERGÜNE: s. 15.

<sup>15</sup> SCHAUNSEE, Meyer von: Über den Besitz, wie er im schweizerischen Zivilgesetzbuch normiert ist, ZBG, 1951/1957, s. 60 vd.

sifatına sahip olacaktır<sup>16</sup>. Bu durumda hem kiraya veren hem de kiracı alt kiralayana karşı dolaylı zilyet, alt kiracı ise dolaysız zilyet durumunda olacaktır.

Zilyetlik kavramı, mülkiyet kavramının uzantısı niteliğindedir. TMK m. 985 hükmünde de “*taşının zilyedi onun maliki sayılır*” diyerek bu hususa işaret edilmiştir. Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşının maliki sayılırlar. Taşınır bir şeyi elinde bulunduran kimse üçüncü şahıslara karşı meydana gelen görünüş sebebiyle eşyanın maliki kabul edilmektedir. Doktrinde mülkiyet karinesi olarak kabul edilen bu durumun varlığı halinde, mülkiyet karinesinden bütün zilyetler yararlanacaktır<sup>17</sup>. Dereceli zilyetlikte ise mülkiyet karinesinden yararlanacak olan, dolaylı ve asli zilyettir. Dolaysız zilyet, mülkiyet karinesini dolaylı zilyede karşı kullanamaz. Dolaysız zilyet; asli ve dolaylı zilyedin mülkiyet karinesinden yararlanabilecektir. Ancak bunun için dolaysız zilyedin iyi niyetli olması gerekmektedir. Dolaysız zilyet, asli zilyetliği başkasına ait şey üzerinde bizzat kendisinin nisbi veya sınırlı aynı hakka sahip olduğunu üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir<sup>18</sup>. TMK m. 986/2 hükmüne göre; bir kimsenin bir taşınıra kişisel hak veya sınırlı aynı hak iddiası ile zilyet olduğu durumlarda o hakkın varlığı karine olarak kabul edilmelidir. Bu durumun aksini iddia eden ispatlamakla yükümlüdür.

---

<sup>16</sup> STARK, Emil/LINDENMANN, Barbara: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, Art 919-941 ZGB, 4. Auflage Bern 2016, Art 919, N.2 vd.*

<sup>17</sup> AKINTÜRK: 166; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 135; HOMBERGER, Arthur: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Besitz und Grundbuch, 2. Auflage, Art. 919, N.1-5; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 214; NOMER/ERGÜNE: s. 51-52; ESENER/GÜVEN: s. 89; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 101.*

<sup>18</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 153, ÜNAL/BAŞPINAR: s. 218.

Dolaysız zilyet bu durumu dolaylı zilyede karşı ileri süremez<sup>19</sup>. BGB §1007 de bu husus dereceli zilyetlikte mülkiyet karinesinden dolaylı zilyedin yararlanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Mülkiyet karinesinin üç sonucu vardır: zilyetliğin korunması, taşınır davası açılabilme imkanı<sup>20</sup> ve zilyetliğin kazanılması. Dolaysız zilyet, mülkiyet karinesi aracılığı ile bu imkanlardan yararlanabilecektir<sup>21</sup>.

Dolaylı zilyedin malı hâkimiyet alanında bulundurmaması onun hâkimiyetini sona erdirmez. Dolaylı zilyet, dolaysız zilyet aracılığı ile zilyetliğini korur ve devam ettirir. Dolaysız zilyet, dolaylı zilyedin zilyetliğini tanımadığı anda dolaylı zilyedin zilyetliği sona erecektir<sup>22</sup>.

Dolaylı zilyet, kural olarak, eşyanın kaderini belirleme yetkisine sahiptir. Dolaylı zilyet, taşınırlarda devrettirici, temlik ettirici etkiye sahiptir. Dolaylı zilyet, eşyanın mülkiyetini sadece dolaylı zilyetliği bir başkasına devrederek nakledebilir<sup>23</sup>.

Dolaylı zilyet, eşyayı dolaysız zilyede teslim etmekle onun üzerinde önceden mevcut olan asli zilyetliğini korumuş olur. Dolayısıyla zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanımı da sadece dolaylı zilyede aittir. Bunun için dolaylı zilyedin, asli zilyet de olması gerekir<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> ESENER/GÜVEN: s. 87-88; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 214-215; SİRMEN: s.78-79; AYAN: s.135-136; SEROZAN: s. 151-156; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 101-103; NOMER/ERGÜNE: s.51-53; ERTAŞ: s.59-60; AKINTÜRK: s. 167.

<sup>20</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BURCUOĞLU, Haluk: "Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukuki Dayanağı, Zilyetliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanmayacağı", İÜHFİM, C. XLV-XLVII, S.1-4, s. 493 vd.

<sup>21</sup> AKINTÜRK: s. 170-171; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 214-215.

<sup>22</sup> SİRMEN: s.50; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 123; AKINTÜRK: s. 137; ESENER/GÜVEN s.62; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 67; NOMER/ERGÜNE: s.16.

<sup>23</sup> ÜNAL/BAŞPINAR: s.123; ESENER/GÜVEN: s. 62; SİRMEN: s.50; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 67; AKINTÜRK: s. 136; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.56.

<sup>24</sup> ÜNAL/BAŞPINAR: s. 124; AKINTÜRK: s. 136.



Dolaylı zilyet zilyetlikten doğan davaları açma hakkına sahip de olsa eşyanın kendisine değil, dolaysız zilyedine teslim edilmesini talep edebilecektir. Dolaylı zilyet, dolaysız zilyede karşı zilyetlik davalarını açamaz sadece aralarındaki hukuki ilişkiden doğan davalar ile mülkiyet hakkından doğan istihkak davasını açabilir<sup>25</sup>.

### III. DOLAYSIZ ZİLYET

Dolaysız zilyet; bir mal üzerindeki fiili hâkimiyeti bir başkasına ihtiyaç duymadan devam ettiren zilyettir. Dolaysız zilyet, zilyetliğin kendisine dolaylı zilyet tarafından verilen bir hak olduğunu bilir ve ona karşı sorumluluğu olduğunun farkındadır. Dolaysız zilyet, dolaylı zilyet ile aralarındaki hukuki ilişki ortadan kalkınca eşyayı ona geri vermekle yükümlüdür.

Dolaysız zilyet, bir eşyayı bir başkasından sınırlı ayni veya şahsi hakka dayalı olarak devralmış olan kimsedir. Dolaysız zilyetliğin zilyetliğini dayandırdığı hak, ayni veya şahsi hak olabileceği gibi aile hukukundan doğan bir hak<sup>26</sup> dahi olabilecektir<sup>27</sup>.

Dolaysız zilyet, eşya üzerinde iki temel hakka sahiptir. Bu haklardan ilki; zilyet olma yetkisini dolaysız zilyede veren ayni, şahsi veya aile hukukundan doğan hak ve ikinci hak da zilyetlik hakkının varlığıdır. Dolaysız zilyede zilyetlik hakkını veren ayni, şahsi veya aile hukukundan doğan hakkın geçerli bir şekilde doğmuş olması da zorunlu değildir<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> AKINTÜRK: s. 136.

<sup>26</sup> Yargıtay, velayet altındaki küçüğe ait taşınmaz payı üzerinde velinin zilyetliğini, dolaysız zilyetlik olarak kabul etmiştir. Y. 7 HD. 02.12.1954, 3630/9613, AKINTÜRK: s. 136.

<sup>27</sup> OLGAÇ, Senai: Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1967, s. 805.

<sup>28</sup> ESENER/GÜVEN: s.62; NOMER/ERGÜNE: s. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 66-67.

Dolaysız zilyet, zilyetlikten doğan yetkilerin tümünü kullanma imkânına sahiptir. Zilyetliğini gasp eden veya zilyetlikten doğan haklarını kullanmasını engelleyen dolaylı zilyede karşı dahi dava açma ve zilyetliğin korunmasına ilişkin bütün vasıtalarından yararlanma hakkına sahiptir. Dolaysız zilyet; zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkını kazanamaz<sup>29</sup>

#### IV. DOLAYLI VE DOLAYSIZ ZİLYEDİN AYRILMASINDA KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

##### A. GENEL OLARAK

Dolaysız ve dolaylı zilyet ayrımında kullanılan temel ölçüt; fiili hakimiyetin eşya üzerindeki kullanım tarzıdır. Çoğunlukla malik konumunda olan dolaylı zilyet, dolaysız zilyede hukuken geçerli ve korunan bir hak tanınmalı, dolaylı zilyet sadece fiili hakimiyeti devretmeli, malik olma iradesini korumalıdır.

##### B. BİR HAKKIN VARLIĞI

Dolaysız zilyet ile dolaylı zilyet arasındaki ilişkinin temelinde; fiili hakimiyetin bir başkasına devrini sağlayan bir hak bulunmaktadır. Zilyetliğin varlığı için, bir kimsenin bir eşyayı fiili hakimiyeti altında bulundurması, eşya üzerinde fiili hakimiyetini kullanması yeterlidir. Zilyetlik için, fiili hakimiyet altında bulunan eşyanın mutlaka zilyedin mülkü olması gerekmez. Hakimiyet kurulan eşyanın bir başkasına ait olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan üçüncü kişiler bakımından eşya üzerinde fiili hakimiyetin varlığının tespit edilip edilememesidir<sup>30</sup>. Yani üçüncü bir kişi görünüş itibari ile eşyanın zilyedinin kim olduğunu belirleyebilmelidir.

<sup>29</sup> ÜNAL/BAŞPINAR: s. 123; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 66.

<sup>30</sup> AKINTÜRK: s. 107-108; NOMER/ERGÜNE: s. 13-14; SİRMEN: s.62; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP: s. 64-65; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 287.

Zilyetlik hakkı, eşya üzerinde fiili hakimiyet olması ve zilyet olma isteğinin varlığı halinde söz konusu olur.

Uygulamada genellikle hakkın tanınmasının açıkça bir rızaya veya geçerli olarak kurulan bir sözleşmeye dayandığı ya da sınırlı ayni hak yoluyla veyahut ayni hakla mümkün olduğu görülmektedir. Hak, ayni hak olabileceği gibi, sınırlı ayni hak veya aile hukukundan kaynaklanan bir hak olması da mümkündür. Taraflar arasında fiili hakimiyetin geçişini sağlayan hakkın geçerli şekilde kurulması zorunlu değildir. Örneğin; hakkın devrinin yazılı sözleşme ile yapılmasının zorunlu olduğu hallerde, devir adi şekilde yapılmış ancak bu sözleşme ile hak devredilmiş ise hakkını devreden dolaylı zilyet, hakkı bizzat kullanma imkanına sahip olan da dolaysız zilyet olmuştur.

### C. BAĞIMLILIK UNSURU

Dolaysız zilyedin, bir eşyayı bir başkasından sınırlı veya şahsi hakka dayanarak alması sebebiyle, dolaysız zilyetlik ancak çift zilyetlikte söz konusu olacaktır. Bu sebeple de dolaysız zilyet, aynı zamanda asli zilyet olamaz. Dolaysız zilyet asli zilyet olursa, dolaylı zilyetlik ilişkisi sona ermiş olur<sup>31</sup>.

Dolaysız zilyette zilyetliğini bir başkasına devrederek, dolaylı zilyet durumuna gelebilecektir. Bu durumda eşyanın iki veya daha fazla dolaylı zilyedi var demektir.

Bir eşya üzerinde dolaylı zilyetlik olmadan dolaysız zilyetlik olmaz.

### D. DOLAYLI ZİLYEDİN İZİNİ

Dolaysız zilyetlik ilişkisinin kurulması, dolaylı zilyedin iznini gerekli kılmaktadır. İzin; açık, anlaşılır ve taraflar arasında tereddüde yer vermeyecek

---

<sup>31</sup> AKINTÜRK: s. 136.

şekilde olmalıdır. İzin, yazılı olması veya herhangi bir şekle tabi olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Alman Medeni Kanunu §870 dolaylı zilyedin eşyanın zilyetliğini kendisinde saklı tutarak zilyetliği bir başkasına devredebileceğini düzenlemiştir. Devrin yapılabilmesi için iznin aranması gerektiği ifade edilmese de malikin izni olmadan devrin olamayacağı açıktır.

### E. FİİLİ HÂKİMİYETİN KULLANIM TARZI

Fiili hakimiyet<sup>32</sup>, eşya ile şahıs arasındaki maddi bağı ifade etmektedir. Zilyetliğin maddi unsurunu oluşturduğu ifade edilen fiili hakimiyet Roma Hukukunda “corpus” şeklinde ifade edilmekteydi<sup>33</sup>.

Dolaylı ve dolaysız zilyet kavramlarının belirlenmesinde kullanılan temel ölçüt, fiili hakimiyetin kullanım tarzıdır. Dolaylı ve dolaysız zilyetlik nisbi kavramlardır. Dolaysız zilyette aynı dolaylı zilyet gibi aynı eşya üzerinde başkası lehine aynı veya şahsi hak kurarak eşyanın ona devredilmesini sağlayabilecektir. Bu durumda dolaysız zilyet eşyayı devrettiği kişinin elinde bulunan eşyayı fiilen zilyet olan kişi vasıtasıyla kullanmaya başlayacaktır.

<sup>32</sup> Yargıtay; fiili hakimiyet kavramını zilyetliğin tespit edilmesinde en önemli ölçüt olarak kullanmaktadır. Bir kararında“.... Zilyetlik, eşya ile kişi arasında eylemli (fiili) bir bağ, yani ilişki olup ve buna bağlı olarak da fiili hakimiyet altında bulundurmaktan doğan hukuki yetki ve vecibeleri de gösteren ve düzenleyen hukuki bir müessesedir. Kanunda sözü edilen fiili hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir. Bu korumanın sosyal huzur ve sükunun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından biri de fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Hukuk düzeni, böylece toplumun esenliğini korumak istemiştir. Kendilerini haklı görenler bile başkasının fiili hakimiyetine belli bir çerçeve içinde saygı göstermeye mecburdurlar. (HGK'nun 12.5.1982 gün. 1979/8-589 Esas, 1982/482 Karar)...”. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), E.T.: 05.05.2019. Yargıtay söz konusu kararında; zilyetliğin fiili hakimiyet ile dolaysız ilişkili olduğunu, fiili hakimiyetin meydana geliş şeklinin önemli olmadığını ifade ederek, bir görünüş olarak nitelendirilebilecek olan fiili hakimiyetin korunması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>33</sup> AKINTÜRK: s. 109; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 96; ERTAŞ: s. 28-29; ESENER/GÜVEN: s. 55; SİRMEN: s. 40; HOMBERGER: Art 919, N. 1-5.

Eşyanın dolaylı zilyedi konumuna geçer. Bir başkasına dolaylı zilyet olan kişi, kendisinden sonra gelenlere karşı dolaylı zilyet olur<sup>34</sup>.

Dolaylı zilyetlik ve dolaysız zilyetlik birbirlerine sıkı sıkıya bağlı kavramlardır. Bir eşya üzerinde dolaylı zilyetlik söz konusu olmadıkça dolaysız zilyetlik olmaz<sup>35</sup>. Dolaylı zilyetlik ilişkisinin devam edebilmesi için ise dolaysız zilyedin eşya üzerindeki maddi hakimiyetini devam ettirmesi gerekmektedir.

Fiili hakimiyet; İsviçre Medeni Kanununun m.919 hükmünün Almanca çevirisinde “tatsachliche Gewalt” (fiili iktidar), Fransızca metninde ise “maitrise effective” (fiili hakimiyet) şeklinde ifade edilmiştir<sup>36</sup>.

Zilyetlik kavramının belirleyicisi olan fiili hakimiyet unsuru; TMK m. 973 hükmünde; “*bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir*” şeklinde tanımlanmıştır. TMK ise m. 974 hükmünde, “*zilyet, bir sınırlı aynı hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için bir başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur*” hükmü ile zilyetliğin TMK anlamında fiili hakimiyetin fiili olarak elinde bulundurma şeklinde nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>37</sup>.

Bir kimsenin bir şey üzerinde zilyetliğinin olup olmadığı belirlenirken o şey üzerinde fiili hakimiyeti kurup kuramaması belirleyicidir<sup>38</sup>. Zilyetlik için sıkı bir fiziki bağ da zorunlu değildir. Bir kimse evinin önüne aracını park

<sup>34</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR: s. 67; SİRMEN: 50; AKİPEK: s. 143.

<sup>35</sup> AKINTÜRK: s. 137.

<sup>36</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ: s. 53; ESENER/GÜVEN: s. 55.

<sup>37</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ: s. 53

<sup>38</sup> Fiili hakimiyetin ne anlama geldiği TMK da açıklanmamıştır. Fiili hakimiyetin, eşya ile kişi arasındaki maddi ilişkiyi ifade eder. Savigny’e göre, fiili hakimiyetin belirlenmesinde tek ölçütün, bir kimsenin bir eşya üzerinde etkide bulunabilmesine imkan veren maddi yakınlık olarak nitelendirmiş, ancak iş ilişkilerini, sosyal anlayışları ve görüşleri dikkate almamaktadır. SAVIGNY: Traite de la possession, Paris 1870, s. 186 vd.,; AKINTÜRK: s. 109.

ettiği zaman aracı üzerindeki zilyetlikten vazgeçmiş sayılmayacak, aracı park eden kişi arabanın zilyedi olmaya devam edecektir. Bir hırsız gelip arabayı çalsa artık araba üzerindeki fiili hakimiyet ortadan kalkacağından dolayı zilyetlik de sona erecektir. İşe bisikleti ile giden birisi akşam evine geldiğinde bisikletini evin kapalı garajına koyuyorsa, fiili hakimiyet devan ettiği için zilyetlik de devam edecektir. Aynı şekilde yurtdışına tatile giden birisinin evinin içinde bulunan eşyaları üzerindeki zilyetliği devam etmektedir. Yurtdışına giderken ev eşyalarını satan bir kişinin eşyaları üzerindeki fiili hakimiyeti sona erdiği için, zilyetliği de sona erecektir.

Bir eşyayı elinde bulunduran zilyedin hâkimiyet alanı içerisinde bulunan bütün eşyaların zilyedi olması gibi bir zorunluluk yoktur<sup>39</sup>. Bir kimsenin bir eşya üzerindeki zilyetliği belirlenirken o eşyanın hâkimiyet alanına giriş şekline göre değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>40</sup>. Bir kişinin kapısına bırakılan ekmek o kişinin hâkimiyet alanına girdiği için o eşyanın zilyedi sayılmaktadır. Buna karşın evdeki oğluna kızan birisinin terliğini oğluna atması sonucu terliğin komşunun evine girmesi durumunda komşu terliğin zilyedi sayılmayacaktır. Terliği atan kişi terlik üzerindeki fiili hakimiyet iradesinden vazgeçmemektedir.

Fiili hakimiyetin belirlenmesinde bazı ölçütler kullanılmaktadır<sup>41</sup>. Bu ölçütlerden en yaygın olanları; maddi ilişki diye nitelendirilen kişi ile eşya yakınlığı, kişi ile eşya arasındaki yakınlığın belirli bir süre devam etmesi ve

<sup>39</sup> ESENER-/GÜVEN: s. 56-57.

<sup>40</sup> ERTAŞ: s. 35.

<sup>41</sup> "Fiili hakimiyetin belirlenmesi ile ilgili doktrinde iki görüş ileri sürülmüştür. Savigny tarafından savunulan eski görüşe göre; fiili hakimiyet, eşya üzerinde fiili kudreti uygulayarak, onun üzerinde dolaysız doğruya tesir icra edebilecek durumda olması şeklinde ifade etmektedir. Buna karşın ileri sürülen modern görüş ise; fiili hakimiyetin varlığı konusunda genel hayat tecrübelerini esas almaktadır"; ÜNAL/ BAŞPINAR: s. 96-97; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ: s. 109 vd.

son olarak bu kişi ile eşya arasındaki yakınlığın üçüncü kişiler tarafından da görülebilir nitelikte olmasıdır<sup>42</sup>.

Kişi ile eşya arasındaki yakınlık bazen çok sıkı olabileceği gibi bazen de daha az sıklıdır. Kol saati, gözlük gibi eşyalarda kişi ile eşya arasındaki yakınlık yoğun iken, kişinin arabası ile arasındaki yakınlık daha azdır. Maddi ilişki olarak nitelendirilen bu durumda eşyanın niteliği yakınlığın sıkı veya daha sıkı olmasını sağlamaktadır.

Fiili hakimiyetin belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisi de eşya üzerindeki zilyetliğin belirli bir süre devam etmesidir<sup>43</sup>. Sokakta el ilanını dağıtan birini gören bir kişinin bu el ilanını alıp okuduktan sonra elinden atması durumunda el ilanını o kişinin zilyetliğine girmiş sayılmamalıdır. Geçici veya tesadüfi birliktelikler bu anlamda zilyetliğin varlığı için yeterli değildir. Yakınlık ilişkisi, eşyanın niteliğine, günlük hayata ve değer yargılarına göre belirlenecektir. Kişinin eşya ile arasındaki bağı devam ettirme niyeti de bu konuda belirleyicidir. Örneğin; saatini sadece tamir için bırakan kişi saatin fiili hâkimiyetinden vazgeçmemiş sadece belirli bir işin yapılması için o eşyayı bir başkasına kendi rızası ile teslim etmiştir. Buna karşın, kişi aynı saatçiye saatini satılması için bırakmış olsaydı, fiili hâkimiyetini kendi istek ve iradesi ile sona erdireceği için zilyetliği de sona erecekti. TMK m. 976 hükmünde; *“fiili hâkimiyetin geçici sebeplerle kullanılmaması veya kullanma imkânının ortadan kalkması zilyetliği ortadan kaldırmaz”* düzenlemesine yer vermiştir. Kişinin bir eşyasını bir yerde unutup daha sonra nereye koyduğunu hatırlaması üzerine o eşyasını geri alması halinde zilyetlikten vazgeçme gibi bir durum söz konusu değildir.

---

<sup>42</sup>HOMBERGER: N.1-5; STARK/LINDENMANN: Art 919, N.2 vd., ANTALYA, Gökhan: Eşya Hukuku, C.II, Zilyetlik, İstanbul 2017, N.66 vd; AKINTÜRK: s.109.

<sup>43</sup>ESENER/ GÜVEN: s. 56-57; AKINTÜRK: s. 112.

Zilyet, eşya üzerinde açıkça görülebilecek bir hâkimiyete sahip olmalıdır<sup>44</sup>. Zilyet bu durumu kendi davranışları veya hal ile hareketleri ile ortaya koymalıdır<sup>45</sup>.

Zilyetliğin belirlenmesinde kullanılan temel ölçüt, fiili hâkimiyet unsuru da olsa fiili hâkimiyetin bizzat zilyet tarafından kullanılması zorunlu değildir. Bir başkası aracılığı ile de kullanılması mümkündür<sup>46</sup>.

Fiili hâkimiyeti ele geçirme iradesine sahip olabilmek için, ayırt etme gücünün varlığı yeterlidir. Hukuki işlem ehliyeti ve iradenin beyan edilmesi gerekmemektedir<sup>47</sup>. Fiili hakimiyeti elinde bulunduran kimsenin, bunu iradi olarak yaptığı, hayatın normal akışı içerisinde kabul edilmelidir. Aksini iddia eden bunu ispatlamalıdır<sup>48</sup>.

Yargıtay bir kararında; dolaylı ve dolaysız zilyetliğin tanımına yer vermiş ancak bu iki zilyetliğin birbirinden ayrılması için hangi ölçütlerin kullanılması gerektiği ifade edilmemiştir<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> ESENER/GÜVEN: s. 13; AKINTÜRK: s.112.

<sup>45</sup> HOMBERGER: Art. 920, N. 4.

<sup>46</sup> HOMBERGER: Art. 920, N. 4; STARK/LİNDENMANN: Art 919, N.3.

<sup>47</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR: s. 54; SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s. 100; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 144; LIVER, Peter: Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum, (Herausgegeben von Gutzwiller, Max/Hinderling, Hans/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Piotet, Paul/Secrétan/Von Steiger, Werner/Vischer, Frank), Basel und Stuttgart 1977, s. 427.

<sup>48</sup> ERTAŞ: s. 132; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR: s. 54.

<sup>49</sup> "...14.11.2008 tarihinde yapılan keşifte hazır bulunan mahalli bilirkişi Panoyotaki Graşi alınan beyanında taşınmazın 1958 yılında Nikola ve Regina isimli karı koca tarafından zeytinlik olarak kullanıldığını, 5-10 yıl sonra çocukları İstirati Frango'ya bağışladıklarını, Frango'nun da bu taşınmazı 1970'li yıllara kadar kullandığını, 1970 yılında ada'dan ayrıldığını ancak eniştesi Panoyot İpseftel'i taşınmaz üzerindeki zilyetliğini sürdürmesi için vekil tayin ettiğini, Panoyot'un 1980 yılına kadar bu şekilde zilyetliğini sürdürdüğünü, 1980'li yıllarda Panoyot'un da ada'dan ayrıldığını ifade etmiştir. Aynı bilirkişi taşınmazın 2000'li yıllarda İstarati Frango tarafından Boztepe soyadlı kişilere satıldığını açıklamıştır. Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi 1980 yılından sonra satıcı İstirati'nin taşınmaz üzerinde asli ve ferî biçimde zilyet olmadığı anlaşılmaktadır. TMK'nun 977.maddesine göre, bir şeyde fiili hakimiyetini dolaysız doğruya sürdüren kimse dolaysız, başka bir kişi aracılığıyla sürdüren kimse ise dolaylı zilyettir...."<sup>49</sup>. Y. 8 HD., 2009/844E., 2009/1481 K., [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), E.T.: 06.07.2018. Yargıtay, söz konusu kararında,



Alman Federal Mahkemesi önüne gelen bir davada<sup>50</sup>; "...davaya konu olan olayda taraflar, bir binek otomobil olan VW Passat Kombi teslimatın gerçekleşip gerçekleşmediği ve gerçekleşmedi ise bununla ilgili tazminat ödenmesi konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Sorun; her iki tarafın da arabanın sahibi olduğunu iddia etmesidir. 2000 yılında, motorlu taşıta ait olan ruhsatta aracın sahibi olarak kayıtlı bayan M isimli şahıs araç için 3000 mark araç kredisi almıştır. Aynı gün, MS isimli şahıs, M isimli bayan adına 3000 mark değerinde bir senet hazırlayarak, kendisine borçlu olduğunu ve aracın ruhsatını ve anahtarını güvenlik olarak aldığını belirten bir senet hazırlamış ve bu senedi imzalamıştır. Ayrıca, hazırlanan senette şu ifadelerle yer verilmiştir: "geri ödeme Mart 2000'de başlar ve Mayıs 2000'in sonuna kadar tamamlanır. Geri ödeme tarihinin sonunda borç toplamı, aracın bedelini karşılamazsa araç, alacaklının mülkiyetine geçecektir. Aracın ruhsatı ve aracın ikinci anahtarı, imza sırasında senet sahibine teslim edilir". Aracın anahtarı daha sonra teslim edilmiştir. Fakat aynı gün verilen motorlu araç ruhsatı tarafların anlaşmasının aksine MS isimli şahısta kalmıştır. Tarafların anlaşmasının teminat ile ilgili herhangi bir somut hak ve yükümlülük doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bir mülkiyet ilişkisini kabul etmek için, mülkiyete neden olan herhangi bir yasal ilişkinin sonucu yeterli olacaktır.

---

zilyetliğin sürdürülmesi için vekil tayin edilmesi durumunda dolaysız zilyet enişte, dolaylı zilyet ise İstirati Frango'dur. Eniştesi tarafından taşınmazın satılması sonrasında, satılan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak veya hakkın devrini sağlayan bir durum söz konusu olmadığından İstirati Frango'nun zilyetliğinin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

<sup>50</sup> Alman Federal Mahkemesi davanın daha iyi anlaşılabilmesi için; m. 1006 hükmünden de yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre; " mal sahibinin mülkiyet hakkının sahibi olup olmadığının belirlenmesinde;

(1) Taşınmaz mal sahibinin, mülkün sahibi olduğu varsayılır. Ancak, para veya hamiline ait menkul kıymetler dışında, çalınan, kaybedilen veya başka şekilde kaybedildiğinde bir önceki mal sahibi için bu durum geçerli değildir.

(2) Bir önceki mal sahibinin yararına, mülkiyet süresi boyunca mülkün sahibi olduğu kabul edilir.

(3) Dolaylı zilyetliğin belirlenmesinde, varsayım dolaylı zilyetlik lehine uygulanmalıdır".

Özellikle, geri ödeme yükümlülüğüne uyulmaması halinde mülkiyetin devrine ilişkin bir koşul belirtilmesi yeterli değildir. Bu durum taraflar arasında oluşan güven ilişkisinin doğmasının da bir sonucudur. Sonuç olarak, gayrimenkulün sahipliğinin gayrimenkulün edinildiği andan itibaren geçerli olacağı kabul edilmelidir. Taraflar arasında ayrıca yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde mülkiyetin devredilmeyeceğine ilişkin bir anlaşma bulunmamaktadır. Mülkiyetin iyi niyetli bir şekilde edinilmesi, aracın mülkiyetinin devri sonucuna yol açmamalıdır. Bu durumda aracın anahtarının teslim edilmesi ile birlikte bayan M dolaysız zilyet, aracın ruhsatının MS de kalması sebebiyle de MS isimli şahıs dolaylı zilyet olmuştur. Senato, kararını verememiştir (§ 563 III ZPO), çünkü mülkiyet karinesinin kime ait olduğunu belirlemek için daha fazla bilgiye ihtiyaç vardır. Alman Medeni Kanununun II. 1006. bölümünden doğan sonuçlar, davalarda yer alan tüm taraflar tarafından şimdiye kadar göz ardı edilmiştir, böylece taraflara bunu düşünme ve davayı daha ileri götürme fırsatı verilmelidir<sup>51</sup>...". Mahkeme, söz konusu kararında, zilyetliğin devrine yarayan araçların teslim edilmesi durumunda, zilyetliğin anahtarın devredildiği şahsa ait olduğunu kabul etmiştir. Ruhsatın verilip verilmemesi zilyetliğin devri bakımından önemli değildir. Aracın sahibi ruhsat sahibi olarak dolaylı zilyet durumuna gelmiştir.

Alman Mahkemesi bir başka kararında; "...Başvuranın 11.10.2012-55 II 24/10 Potsdam Bölge Mahkemesinin kararına karşı şikayeti reddedilir. Başvuran, şu anda ölen O. B'nin yarı mülkiyet payının sahiplerinin hariç tutulmasını talep etmektedir. Başvuran, vasiyetçinin 30 yılı aşkın bir süredir toplam mülkün, yani başvurudan etkilenen ölenlerin ortak mülkiyetinin kendi ellerinde olduğunu iddia etmiştir. O. B'nin ölümünden bu yana,

---

<sup>51</sup> BGH, NJW-RR 2005, s. 281, [www.beckonline.com](http://www.beckonline.com), E.T.: 30.04.2019.

rızasını isteyecek bir kayda rastlanmamıştır. K. B.'nin mülkiyet hakkı, kısmen sadece bir kopyada belgelerin sağlanmasının mümkün olduğu çeşitli belgelerden kaynaklanmaktadır. Aradan uzun zaman geçmesi sebebiyle, orijinal belgeler ve bunun yerine bir yemin içinde ilgili gerçekleri sigortalayabilecek kişiler mevcut değildir. K. B.'nin şu durumlardan yararlanarak mülkiyeti ispatlaması gerekmektedir: Eylül 1958'de, çocuksuz evlilikten sonra tek varisi olarak, kayınpederlerinin ölümü ile aynı soydan tek gelen O. B. dir. Yük Dengeleme yöntemine göre, arazinin tek sahibi olarak Nisan 1972'de (Anlage AST 8) yetkili makamlar tarafından mülkiyet hakkının varlığı kabul edilmiştir. Alman yeniden birleşmesinden sonra, görev ve vergilerin ödenmesi için arazinin tek sahibi olarak kullanılmıştır. 1950-1952 yılları arasında kira idaresi (ek ast 22 ve 23) Devlet idaresi döneminde bile, KB'ye mülkün mülkiyeti verildi. K.B. Alman Medeni Kanununa göre (BGB) başvuru sahibi veya hukuk selefi olarak 30 yıl kendi mülkiyetinde kullanımını gerçekleştirdiğini inandırıcı bir şekilde yapmamıştır. Devlet İdaresinin emri ve tatbikatı nedeniyle, K. B. 31.12.1992 tarihine kadar mülk sahibi olmak için herhangi bir başvuruda bulunmamıştır. 30 Ekim 2012 tarihinde bölge Mahkemesine başvuran başvuranın itirazı, 19 Ekim 2012 tarihinde kendisine verilen bu karara karşı yöneltilmiştir. Dava açma hakkına sahip olan taraf, söz konusu mülke 30 yıldır sahip olduğunu kanıtlayabilen kişidir (§443, 444 FamFG). Süre hesaplanırken, vasiyetçinin ve mirasçının o mülke sahip olma süresi dikkate alınır. Bir şeyin bir kimsenin elinde bulundurulması, zilyetliğin varlığı için de gereklidir. Malik, mülkiyet hakkının varlığını (dolaylı zilyetlik dahil) herhangi bir biçimde ispatlayabilecektir. (Münchner Kommentar/Joost, BGB, Aufl. 2004, § 872 Rn. 2 ff; Staudinger / Gutzeit, BGB, Ed. 2011, § 872 Rn. 2, 4).

a. Burada, başvuranın lehine, yasal selefi olan arazinin sahibi-kocasının ortak mülkiyeti ile ilgili olarak - Eylül 1966'da devlet idaresi düzeninin zamanına kadar zilyet olduğu varsayılmalıdır. K. B.'nin Almanya'ya taşınmasının bir sonucu olarak artık GDR'DE işgal edilen arazinin dolaysız sahibi olmadığı doğrudur. Bu tarihten sonra sadece kiracı olabilecektir. Kiracı böylece dolaylı zilyet haline gelmiştir (§868 BGB).

Alman Medeni Kanununun §868 BGB hükmü, Alman Medeni Kanunu (zgb) (01.01.1976) yürürlüğe girene kadar GDR'DE de uygulanmaktadır. 30.09.1966'dan sonra K. B. artık arazinin (dolaylı) zilyedi değildir. Dolaylı zilyetlik, ilişkisi içerisinde birden fazla zilyedin olabileceği kabul edilmektedir. ( § 871 BGB) (Staudinger / Joost, bir. A. O., § 871 Rn. 1).

Federal mahkeme çeşitli vesilelerle karar verdiği gibi (bkz., örneğin, 04.02.1999, III ZR 268/97 = bghz 140, 355 kararı), kamulaştırma ve diğer mülkiyet kaybına ek olarak, GDR kamu yönetimi Enstitüsü - "ekonomik kamulaştırma" için bir araç olarak eylem önde gelen planı kullanılmıştır. Mülkiyet hakları resmi olarak etkilenmemiş olmasına rağmen, sahibi mülkünü elden çıkarmak ve kişisel fikirlerine göre ticari olarak kullanmak için her fırsatı kaybetmiştir.

Mülkü kullanan (kiracı) ve onun alt sahibi (Devlet Yöneticisi) zincirinde, bu üçüncü taraf sahipleri ve kendi sahipleri olarak dolaylı zilyedi olarak kabul edilecek olan, her bir dolaylı zilyettir. (Staudinger / Joost, bir. A. O., § 871 Rn. 2)...<sup>52n</sup>. Söz konusu kararda, zilyetliğin ispatlanması bakımından kullanılabilir ölçütlerden bahsedilmiş, kira sözleşmesinde kiraya verenin dolaylı zilyet, kiracının ise dolaysız zilyet olduğu ifade edilmiştir. Kiracı alt

---

<sup>52</sup> BECK, C.H.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Sachenrecht §854-1296, WEG, Erbbaug, 7. Auflage 2017.

kira yoluyla devralan kiracı sayısını arttırdıkça, her kiracı dolaylı zilyet, kiralananı fiilen kullanan kiracı ise dolaysız zilyet olacaktır.

Alman Mahkemesi kararlarında da fiili hâkimiyet unsuru dışında dolaylı ve dolaysız zilyetliği ayırmaya yarayan bir ölçütten bahsedilmemiştir.

## F. DOLAYLI- DOLAYSIZ ZİLYET AYRIMININ ÖNEMİ

Dolaysız- dolaylı zilyetlik ayrımının en önemli sonucu; zilyetliğin korunması bakımındandır. Zilyetliğin sağladığı korumadan ilk yararlanacak olan, dolaysız zilyettir. Dolaylı zilyet de zilyetliğin sağladığı korumadan yararlanabilir, ancak dolaylı zilyedin korumadan yararlanması çoğunlukla dava yoluyla gerçekleşmektedir. Zilyetliğe dayanan geri verme davasını, zilyet olarak kabul edilen tüm zilyetler (asli, feri, dolaylı, dolaysız, tek başına, birlikte zilyet) açabilecektir<sup>53</sup>. Dolaylı zilyet açacağı geri verme davasında, kural olarak o şeyin dolaylı zilyede verilmesini istemelidir. Dolaysız zilyet malı geri alamaz veya geri almak istemez ise dolaylı zilyet malın kendisine verilmesini isteyebilecektir<sup>54</sup>. Türk ve İsviçre Hukukunda bu konuda düzenleme olmadığı, Alman Medeni Kanununa göre dolaylı zilyedin, eşyanın dolaysız feri zilyede geri verilmesini isteyebileceği, dolaysız feri zilyedin zilyetliği istemediği hallerde eşyanın kendisine verilmesini talep edecektir<sup>55</sup>.

Dolaysız zilyedin zilyetliğini dolaylı zilyet gasp ederse, örneğin; kiraya veren kiraladığı eve gizlice girmeye çalışırsa veya ödünç verdiği kitabı gece

---

<sup>53</sup> SİRMEN: s. 71; AKINTÜRK: s. 137.

<sup>54</sup> STARK/ LINDENMANN: Art. 926-929, N. 55; OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 67.

<sup>55</sup> WIELAND: s. 804; STARK/LINDENMANN: Art. 927 n.9; Aksi Görüş: AYGÜN, Yaşar: Zilyetliğin Korunması Davaları, YHD, 1978, s.38.

yarısı geri almak isterse, dolaysız zilyet ona karşı da zilyetliğe dayanan geri verme davası açabilecektir<sup>56</sup>.

Dolaysız zilyet eşyayı fiilen elinde bulundurma nedeninin ortadan kalkmasına rağmen eşyayı iade etmezse, örneğin kira süresi sona ermesine rağmen kiralananın iade edilmemesi halinde olduğu gibi taraflar arasında zilyetliğin gasp edilip edilmediğinin belirlenmesi gerektiğinden zilyetliğe dayanan geri verme davası açılmaz<sup>57</sup>.

Dolaylı zilyet, fiili hakimiyeti bizzat kullanamadığı için, çoğu zaman tecavüzü defetmek için kuvvete başvuramaz. Dolaysız zilyet aleyhine de dolaylı zilyet zilyetliğin korunması için dava açamayacaktır. Dolaysız zilyet sadece üçüncü kişilere karşı değil, dolaylı zilyede karşı da kuvvet kullanarak zilyetliğini koruyabilecektir<sup>58</sup>.

Dolaysız zilyet durumunda olmayan malik, malik olmayan haksız zilyede karşı istihkak davası açmalıdır. Davanın amacı; malikin mülkiyet hakkına dayanarak, malın dolaysız zilyetliğine kavuşmasını sağlamaktır<sup>59</sup>.

Dolaylı zilyet, eşyanın kaderini belirleme yetkisine sahiptir. Dolaylı zilyet eşyanın kaderini belirleme yetkisini kullanarak, kendisinin dolaylı zilyetliğinde, başkasının dolaysız zilyetliğinde bulunan eşya üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.

Dolaylı ve dolaysız zilyet ayrımının bir diğer sonucu ise zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasıdır. Dolaylı zilyet eşyayı dolaysız zilyede teslim etmek suretiyle o eşya üzerinde daha önceden mevcut olan asli zilyetliğini korumaya devam eder. Asli zilyetliğini korumaya devam ettiği için de

---

<sup>56</sup> SİRMEN: s. 71.

<sup>57</sup> HOMBERGER: Art. 927, N.22; STARK/ LINDENMANN: Art. 926-929, N. 60; SİRMEN: s.71.

<sup>58</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 67; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 123.

<sup>59</sup> STEINAUER: C.I, N. 1020; MEIER- HAYOZ: Art.641, N.39.

zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılması yetkisi dolaylı zilyede aittir. Dolaysız zilyet ise eşyayı bir başkasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak kullandığı için onun zamanaşımı ile hak kazanımı söz konusu olmaz<sup>60</sup>.

Dolaylı ve dolaysız zilyet ayrımının belirlenmesi zilyetliğin devredilmesi bakımından da önemlidir. Zilyet, malın, araçların veya fiili hakimiyetin kendisine bırakılması suretiyle dolaysız zilyet olabilecektir. Temsilci aracılığı ile zilyetliğin kazanılmasında, hükmen teslimde, zilyetliğin havalesinde, emtiayı temsil eden senetlerin teslimi halinde yeni zilyet, dolaylı zilyet olacaktır<sup>61</sup>.

## SONUÇ

Eski Medeni Kanun döneminde, dolaylı- dolaysız zilyetlik ayrımına yer verilmemiştir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte dolaysız ve dolaysız zilyetlik kanun koyucu tarafından kanunda bir madde ile düzenlenmiştir.

Çalışmamızda dolaysız ve dolaylı zilyetlik ayrımında kullanılacak ölçütlere yer verilmiş, bu konu ile ilgili yargı kararları da eklenmeye çalışılmıştır.

Dolaysız- dolaylı zilyetlik ayrımının en önemli sonucu; zilyetliğin korunması bakımındandır. Zilyetliğin sağladığı korumadan ilk yararlanacak olan dolaysız zilyettir. Dolaylı zilyet de zilyetliğin sağladığı korumadan yararlanabilir, ancak dolaylı zilyedin korumadan yararlanması çoğunlukla dava yoluyla gerçekleşmektedir. Zilyetliğe dayanan geri verme davasını, zilyet

<sup>60</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ: s. 136 vd; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 124.

<sup>61</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR: s. 71-84; ERMAN: s.13; NOMER/ERGÜNE: s.23-35; ESENER/GÜVEN: s. 67-75; SİRMEN: s.55-65; ÜNAL/BAŞPINAR: s. 146-165; AYBAY-HATEMİ: s. 45-49.

olarak kabul edilen tüm zilyetler (asli, ferî, dolaylı, dolaysız, tek başına, birlikte zilyet) açabilecektir.

Dolaylı ve dolaysız zilyet ayrımının bir diğér sonucu ise zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasıdır. Dolaylı zilyet eşyayı dolaysız zilyede teslim etmek suretiyle o eşya üzerinde daha önceden mevcut olan asli zilyetliğini korumaya devam eder. Asli zilyetliğini korumaya devam ettiği için de zamanaşımı yoluyla mülkiyetin kazanılması yetkisi dolaylı zilyede aittir. Dolaysız zilyet ise eşyayı bir başkasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak kullandığı için onun zamanaşımı ile hak kazanımı söz konusu olmaz.



## KAYNAKÇA

**AKINTÜRK, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**AKİPEK, Jale-/AKINTÜRK, Turgut-/ATEŞ, Derya :** Eşya Hukuku, İstanbul 2018.

**ANTALYA, Gökhan:** Eşya Hukuku, C.II, Zilyetlik, İstanbul 2017.

**AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin:** Eşya Hukuku, İstanbul 2014.

**AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin:** Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.

**AYGÜN, Yaşar:** Zilyetliğin Korunması Davaları, YHD, 1978.

**AYITER, Nurşin:** Eşya Hukuku, Ankara 1983.

**BURCUOĞLU, Haluk:** “Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukuki Dayanağı, Zilyetliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanmayacağı”, İÜHFMD, C. XLV-XLVII, S.1-4, s. 493-535.

**ERMAN, Hasan:** Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

**ERTAŞ, Şeref:** Eşya Hukuku, İzmir 2014.

**ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret:** Eşya Hukuku, Ankara 2012.

**LIVER, Peter:** Schweizerisches Privatrecht, Das Eigentum, (Herausgegeben von Gutzwiller, Max/Hinderling, Hans/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Piotet, Paul/Secrétan/Von Steiger, Werner/Vischer, Frank), Basel und Stuttgart 1977, s. 427.

**HOMBERGER, Arthur:** Kommentar zum Schweizerischer Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Besits und Grundbuch, 2. Auflage, Zürich 1933, Art. 919.

**BECK, C.H.**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 7: Sachenrecht § 854-1296, WEG, ErbbauRG, 7. Auflage 2017.

**NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, İstanbul 2017.

**OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2013.

**OLGAÇ, Senai:** Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1967.

**SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid:** Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

**SCHAUENSEE, Meyer von:** Über den Besitz, wie er im schweizerischen Zivilgesetzbuch normiert ist, ZBG, 1951/1957.

**SEROZAN, Rona:** Eşya Hukuku I, İstanbul 2014.

**SIRMEN, Lale:** Eşya Hukuku, Ankara 2018.

**STARK, Emil W./LINDENMANN, Barbara:** Berner Kommentar, Kommentar zum Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besits und Grundbuch, 1. Teilband, Der Besitz, Art. 919-941, ZGB, 4. Auflage, Bern 2016.

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Galip Servet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla:** Eşya Hukuku, İstanbul 1989.

**ÜNAL, Mehmet- Başpınar/Veyssel:** Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2018.

**WIELAND** (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Ayni Haklar, Ankara 1950.

[www.beckonline.com](http://www.beckonline.com)

## HAKEMLİ MAKALE

### YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASI, DENKLEŞTİRME SÜRESİ VE BUNDAN DOĞAN HUKUKİ SORUNLAR \*

Arş.Gör.Dr.Mehtap YÜCEL BODUR \*\*

#### ÖZET

Çalışma sürelerinde esneklik tiplerinden biri de çalışmamızın konusunu oluşturan yoğunlaştırılmış iş haftasıdır. Yoğunlaştırılmış iş haftasının hukukumuzdaki örneği ise denkleştirme süresidir. Denkleştirme süresi, işverenlere, fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmaksızın bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde çalışma yaptırma imkânı sağlar. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işçileri işten çıkarmadan maliyetleri azaltmanın bir yolu da bu düzenlemedir. Çalışmada yoğunlaştırılmış iş haftası kavramı derinlemesine incelenmektedir. Avantaj ve dezavantajları belirtilmektedir. Bazı ülke hukuklarında denkleştirme süresinin nasıl uygulandığı örneklendirilmektedir. Türk iş hukukunda denkleştirme uygulamasının özellikleri ve şartları konusu ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. İş Kanununun 63. maddesine göre, “Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.” Denkleştirme uygulamasına ilişkin düzenlemeden kaynaklanan

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2019

\*\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [mehtap.yucel@hbv.edu.tr](mailto:mehtap.yucel@hbv.edu.tr)

ORCID ID: 0000-0002-9761-7765

birtakım hukuki sorunlar bulunmaktadır. Çalışma kapsamında bu sorunlar izah edilmekte ve çözüm yolları önerilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** *Yoğunlaştırılmış iş haftası, denkleştirme süresi, iş hukuku, 4857 sayılı İş Kanunu madde 63.*

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**COMPRESSED WORKING WEEK, EQUALIZATION PERIOD AND ITS  
LEGAL PROBLEMS**

**ABSTRACT**

One of the types of flexibility in working hours is the compressed working week which is the subject of our study. The example of the compressed working week in our law is the equalization period. The equalization period allows employers to work on normal working hours in some weeks without having to pay overwork. This is a way of reducing costs, especially in times of economic crisis, without laying off workers. The concept of compressed working week is examined in depth. Advantages and disadvantages are indicated. In some country law, how the equalization period is applied is exemplified. In the Turkish labor law, the subject and conditions of the equalization practice are explained in detail. According to Labour Code no. 4857 article 63 "The normal weekly working period may be differently assigned to working days of the week, on the condition that it does not exceed eleven hours a day, upon agreement of the parties. In this case, the average weekly working period of the worker shall not exceed normal weekly working period within a period of two months. The equalization period may be increased by up to four months through collective labour contracts." There are a number of legal problems arising from the regulation on equalization practice. In this work these problems are explained and solutions are suggested.

**Keywords:** *Compressed working week, equalization period, labour law, Labour Code no. 4857 article 63.*

## GİRİŞ

Çalışma süreleri, iş hukukunun gelişim süreci boyunca, devletin çalışma yaşamına en çok müdahale ettiği konulardan biri olmuştur. Bunun nedeni iş sağlığı ve güvenliğinin korunması, işçinin kişisel gelişiminin sağlanması ve sosyal yaşamının düzenlenmesi açısından çalışma sürelerinin sınırlandırılmasının elzem olmasıdır<sup>1</sup>. Çalışma süresinin sınırlandırılması iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantılı olduğu kadar istihdam politikasıyla da ilintilidir. Bu sınırın belirlenmesi bir sosyal politika aracı olduğundan sadece mevcut işçiler için değil tüm toplum için önemlidir<sup>2</sup>.

Çalışma sürelerinin sınırlandırılması yönündeki müdahalelerle, haftalık çalışma süresi Batı hukuklarında 35 saate kadar inmiştir. Ancak özellikle son yıllarda teknolojik gelişmeler ve küreselleşmeye bağlı rekabet ortamı süreci tersine çevirmiştir. İşletmenin rekabet gücünü korumak ve artırmak, teknolojideki gelişmeler, işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi haline getirmek ve istihdamın teşvik edilip işsizliğin azaltılması iş sürelerinde

---

<sup>1</sup>CANİKLIÖĞLU, Nurşen, 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Toprak İşveren, s.1-15.(Çalışma Süresi) <http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2019), s.1; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 16.Baskı, İstanbul 2018, s.778; EYRENCİ Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, 150-186, (Forum), s.156; ARICI, Kadir, Çalışma Sürelerinin Hukukî Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s.70 vd.; EYRENCİ Öner/ TAŞKENT Savaş/ ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2016, s.253; ODAMAN, Serkan: Liberal İş Hukuku Mantığı Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Denkleştirme Uygulamasına Yönelik Bazı Tespitler, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, Sayı 1, Özel Sayı, 67-90, s.68; HAFIZOĞLU, Ece Sıla, Çalışma Süreleri, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Cilt 2, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, 123-164, s.124.

<sup>2</sup> CANİKLIÖĞLU, Çalışma Süresi, s.4.

esneklik arayışına gidilmesinin başlıca nedenleridir<sup>3</sup>. İşgücünün verimli şekilde kullanılmasına olanak sağlayan esnekleşme talepleri öncelikle çalışma süreleri hakkındadır. 1475 sayılı İş Kanununun çalışma süreleri konusunda oldukça katı hükümler içerdiği yönündeki eleştirilerden sonra, 4857 sayılı Kanunda bu gelişmelerden uzak kalınmamış ve esnek hükümlere yer verilmiştir<sup>4</sup>. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne göre çalışma süresi, işçinin işinin başında geçirdiği süredir (m.3/1).

Çalışma sürelerinde esneklik tiplerinden biri de çalışmamızın konusunu oluşturan yoğunlaştırılmış iş haftasıdır. Yoğunlaştırılmış iş haftasının hukukumuzdaki örneği ise denkleştirme süresidir. Özellikle, 1475 sayılı Kanunda yer alan çalışma sürelerinin haftanın günlerine eşit şekilde paylaşılması zorunluluğu ve buna bağlı olarak günlük çalışma sürelerinin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi, işverenlerin işgücüne ihtiyaçlarının yoğun ya da az olduğu dönemleri belirleyerek, işçileri bu ihtiyaç doğrultusunda farklı bir şekilde çalıştırma olanağı tanımamaktaydı. Bu nedenle 4857 sayılı Kanunda, iş sürelerinin haftanın günlerine farklı şekilde bölünmesi yanında, denkleştirme süresi öngörülerek, işverenlere, fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmaksızın

<sup>3</sup> EYRENCİ, Öner, Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik Flexibilitaet Im Arbeitsleben, İzmir 1994, 159-173, (1994), s.163-164; ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s.275; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.254; HAFIZOĞLU, s.124.

<sup>4</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.1; SÜZEK, s.778; YILDIZ, Gaye Burcu, Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2011, 203-231, s.218 vd; BAYCIK, Gaye, Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, Sayı 1, Özel Sayı,223-262, s.234; EYRENCİ, Forum, s.157; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, s.672; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.257; ODAMAN, s.68; CENTEL, Tankut, Çalışma Sürelerinde Esneklik Öngören Hükümlerin Uygulanması, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul 2013, 59-67, s.59. HAFIZOĞLU, s.125. ALPAGUT, Gülsevil, Ücret ve İşin Düzenlenmesi, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2006, 15-69, s.15.



bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde çalışma yaptırımlarına imkân sağlanmıştır<sup>5</sup>.

Belirtilmelidir ki küreselleşme ve teknolojik gelişme ile ortaya çıkan yeni piyasa koşullarında rekabet etme zorluğu iş sürelerinde esnekleşme arayışlarını da beraberinde getirmiştir. Ancak üretim yöntemleri ve iş organizasyonunun günün koşullarına uydurulması çabaları işçi bakımından kabul edilemez derecede kuralsızlaştırma anlamına da gelmemektedir. Ulusal düzenlemelerde getirilen sınırlamalar bu doğrultuda yorumlanmalıdır<sup>6</sup>.

Yoğunlaştırılmış iş haftası (compressed working week) ifadesi İş Kanunumuzun denkleştirmeyi düzenleyen 63. maddesinin gerekçesinde kullanılan bir ifadedir. Ayrıca Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde de bu ifade kullanılmaktadır. Çalışmada yoğunlaştırılmış iş haftası kavramı derinlemesine incelenmiş ve buna yönelik olumlu ve olumsuz eleştiriler belirtilmiş, Türk iş hukukunda yoğunlaştırılmış iş haftasının örneklerinden birini teşkil eden denkleştirme süresi konusu ayrıntılı olarak irdelenmiştir.

## I. SIKIŞTIRILMIŞ/YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASI KAVRAMI

Küreselleşme ve teknolojideki gelişmeler rekabetçi baskının da yoğunlaşmasına neden olmaktadır. Bu durum iş hukukunda etkisini en çok hukuken geçerli olan “normal” veya “standart” çalışma sürelerinin değişmesinde göstermektedir. Günümüzde günde 24 saat haftada 7 gün

---

<sup>5</sup>CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.1; SÜZEK, s.779; ASTARLI, s.283; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.672; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.254; GÜVEN Ercan/AYDIN Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Eskişehir 2017, s.257.

<sup>6</sup>ULUCAN, Devrim, Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 7, Eylül 2007, 5-10, s.5; Aynı yönde bkz. YILDIZ, s. 205; SUBAŞI, İbrahim, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 301-360, s.302 ve 312; SÜZEK, s.18.

çalışılan bir modele doğru gidilmektedir<sup>7</sup>. Bu çalışma modelini besleyen uygulamalardan biri, vardiya sistemi yani postalar halinde çalışma, diğeri ise yoğunlaştırılmış iş haftasıdır.

Hukukumuz bakımından sıkıştırılmış iş haftası ile yoğunlaştırılmış iş haftasının farklı hususları ifade ettiği; yoğunlaştırılmış iş haftası ile denkleştirme döneminde yoğun çalışılan haftaların anlatılmak istendiği, oysa sıkıştırılmış iş haftasının haftalık çalışma süresinin çalışma süreleri azaltılmaksızın daha az iş gününe dağıtılması olduğu yönünde ayrıntılı kavramsal incelemeler yapılmıştır<sup>8</sup>. Kanaatimizce yoğunlaştırılmış iş haftası sıkıştırılmış iş haftasını da, denkleştirme dönemi de içeren bir üst başlık olarak değerlendirilebilir<sup>9</sup>. Bir diğer ifade ile bunlar yoğunlaştırılmış iş haftasının türleri olarak incelenebilir. Çalışma sürelerinde benzer yönde yeni gelişmeler oldukça bu başlık altında alt başlıklar oluşturulması kolaylaşır. Böylece kavram kargaşasının da önüne geçilmiş olur. Çalışmada yoğunlaştırılmış iş haftası çalışma süresinin hem haftalık hem de aylık olarak sıkıştırıldığı bütün modeller için ortak olarak kullanılmış ve örneklendirilmiştir. Yani kavram; hem sıkıştırılmış iş haftası için hem de denkleştirme dönemi için kullanılmıştır. Zira ikisinde de

<sup>7</sup> TUCKER, Philip, Compressed working weeks, Conditions of Work and Employment Series No. 12, International Labour Office, Geneva, 2006, 1-56, s.v.

<sup>8</sup> ÖKTEM SONGU, Sezgi, Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007 (Tez), s.181.

<sup>9</sup> Esasında aynı sonuca varan yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.457. Yazarlar "Sıkıştırılmış iş haftası olarak da isimlendirilen yoğunlaştırılmış iş haftası, haftalık toplam iş süresinin, haftalık iş günleri sayısı azaltılarak daha az iş gününe dağıtılması ve bu nedenle de sıkıştırılması suretiyle yapılan bir çalışmayı ifade etmektedir ... Kanununun 63. Maddesi gerekçesinde ifade edildiği gibi günlük en fazla on bir saatlik çalışma süresi üzerinden alt iş günü çalışıldığı takdirde 66 saat, beş iş günü çalışıldığı takdirde 55 saat haftalık çalışma şeklinde yoğunlaştırılmış iş haftası Kanun hükümlerine göre olanaklıdır." ifadeleri ile görüşümüzle paralel yönde bir görüş belirtmektedir. Yine ARICI, s.86-87; GÜNAY, Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, 1-17, (Esneklik), s.10; EYRENCİ, (1994), s.168 görüşümüzle aynı sonuca varmaktadır.

birinde haftalık, birinde ortalama haftalık çalışma süresi kanuni sınırlar içinde kalmaktadır. Yalnızca çalışma bazı gün ya da haftalarda yoğun bir biçimde yapılmaktadır.

Geleceğin çalışma biçimlerinden biri olarak değerlendirilen<sup>10</sup> sıkıştırılmış iş haftası toplam iş süresinin klasik 5 veya 6 iş gününe değil, daha az sayıda 3 veya 4 iş gününe sıkıştırılarak dağıtılmasıdır. Sıkıştırılmış iş haftası çalışmanın sıkıştırılan iş günlerine eşit olarak bölünmesi yanında 2 haftalık ya da aylık toplam iş süresinin, örneğin 2 haftalık çalışmanın 10 güne veya 1 aylık çalışmanın 20 güne toplanması şeklinde çeşitlendirilmektedir<sup>11</sup>. Bu anlamıyla denkleştirmede de sıkıştırılmış iş haftaları söz konusu olabilmektedir. Bu konuda öğretilerde bir görüş, sıkıştırılmış iş haftasını, “günlük 8 saatten fazla çalışma ile haftalık çalışma süresinin 5 tam günden az olması” şeklinde tanımlamaktadır<sup>12</sup>. Ancak bu tanım öğretilerde, haftalık 26-42 saat arasında yapılan tam süreli çalışmada günde 9-10-12 saat yapılacak çalışmaları ifade ettiği, ancak kısmi süreli çalışmada da sıkıştırılmış iş haftasının mümkün olabileceği, kısmi süreli çalışmalar için günlük çalışma süresinin genişletilmesinin örneğin günde 8 saate kadar olan çalışmalar için de söz konusu olabileceği yönünde eleştirilmiştir<sup>13</sup>. Bu konuda bir başka görüş de

<sup>10</sup> BOLAT, Tamer/SEYEMEN, Oya Aytemiz/BOLAT, Oya İnci, Örgütlerde Esnek Çalışma Uygulamaları ve Buna İlişkin Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Getirilen Düzenlemelerin İncelenmesi, Gazi Üniversitesi İİBFD, Cilt 8, Sayı 1, 2006, 1-30, s.11.

<sup>11</sup>ARICI, s.86-87; GÜNAY, Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, 1-17, (Esneklik), s.10; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.457; EYRENCİ, (1994), s.168.

<sup>12</sup> WEDDERBURN, Alexander (Edited by), Compressed Working Time, Bulletin of European Studies on Time, Number 10, Ireland 1996, s.8; PARLAK, Zeki/ ÖZDEMİR, Süleyman: Esneklik Kavramı ve Emek Piyasalarında Esneklik, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı 60, 2011/1, 1-60,

<http://www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset> (Erişim Tarihi: 02.04.2019), s.34.

<sup>13</sup> WEDDERBURN, s.8.

sıkıştırılmış iş haftasını, haftalık toplam çalışma sürelerinin bir haftalık iş gününden daha az sayıda işgününde tamamlanması olarak tanımlamaktadır<sup>14</sup>.

Sıkıştırılmış iş haftasında, günlük çalışma saatleri artırılmakta ve böylece haftalık çalışılan gün sayısı azaltılmaktadır. Bu çalışma düzeninde haftalık çalışma saatlerinde bir azalma olmamaktadır. O halde sıkıştırılmış iş haftasında esas olan çalışma sürelerinin azaltılmaksızın daha az iş gününe dağıtılmasıdır<sup>15</sup>. Bu çalışma düzeninin en yaygın kullanım biçimleri,

günde 10 saat haftada 4 gün;

günde 12 saat haftada 3 gün; (günde en fazla 11 saat çalışmayı kabul eden bizim hukuk sistemimizde olanaklı değildir)

günde 9 saat, haftada 4 gün ve 1 gün 4 saatlik çalışma;

günde 9 saatlik çalışmanın 4 ve 5 günlük çalışmalarda dönüşümlü olarak uygulanması,

hafta sonu 2 gün 12'şer saat çalışma,

8 gün 9 saat ve 1 gün 8 saatlik çalışma ile 2 haftada 80 saatlik çalışma,

5 gün günde 8 saat ve 6. gün ek 4 saat yani 44 saat yerine 4 gün günde 11 saat çalışma<sup>16</sup> olarak sıralanmaktadır.

<sup>14</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.34; EYRENCİ, (1994), s.168.

<sup>15</sup> ARICI, s.86; PARLAK/ÖZDEMİR, s.34; International Labour Office: Compressed workweeks, Conditions of Work and Employment Programme Social Protection Sector, Information Sheet No. WT-13, August 2004

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_170701.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170701.pdf) (Erişim Tarihi: 05.08.2013) (Compressed workweeks), s.1.

<sup>16</sup> ARICI, s.86; BOLAT/SEYMEYEN/BOLAT, s.10-11; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; Compressed workweeks, s.1; Compressed work week Arrangements and Common Questions, March 2011, employment.alberta.ca/esfactsheets (Erişim Tarihi: 05.08.2013) (Alberta), s.2;

Compressed work week, A Guide To Job Flexibility At MIT: Tools for Employees and Supervisors Considering Flexible Work Arrangements, Massachusetts Institute of Technology, June 2004.

Diğer bir ifade ile bu şekilde günde 8 saat ve 5 gün çalışılan 40 saatlik bir çalışma haftası yerine günde 10 saat, 4 gün çalışmak ve 1 gün daha fazla tatil yapmak mümkün olmaktadır. En yaygın uygulama haftalık çalışma sürelerinin 4 işgününde tamamlanmasıdır. Sağlık sektöründe genellikle haftada 3 gün 12 saat çalışılıp 4 gün tatil yapılmasının oldukça sık olduğu belirtilmektedir<sup>17</sup>.

Sıkıştırılmış iş haftası, sağlık işletmeleri, polis ve itfaiye teşkilatı, imalat endüstrisi ve sürekli akım endüstrilerinde, iletişim ve ormancılık sektörlerinde yaygındır<sup>18</sup>. Genellikle işçinin evi ile işyeri arasında uzak mesafeler olan işlerde görülür. Örneğin petrol sanayinde, ticari gemilerde ve havayolu sektöründe sıklıkla görülmektedir<sup>19</sup>. Sıkıştırılmış iş haftası 250 ve daha fazla işçinin çalıştığı büyük işletmelerde, 25-99 işçinin çalıştığı orta ölçekli işletmelerden daha yaygındır<sup>20</sup>. Ayrıca erkek işçiler arasında daha fazla kabul görmektedir. Kadınlar günlük ev işleri ve çocuk bakımına daha fazla zaman ayırabilmek için sıkıştırılmış/yoğunlaştırılmış çalışmayı pek tercih etmemektedirler. Yine yaşlı işçiler arasında genel sağlık durumlarının elvermemesi itibarıyla sıkıştırılmış çalışma çok yaygın değildir<sup>21</sup>.

---

[http://hrweb.mit.edu/system/files/all/worklife/flexible\\_work\\_arrangements.pdf](http://hrweb.mit.edu/system/files/all/worklife/flexible_work_arrangements.pdf) (Erişim Tarihi: 05.06.2013), s.15;

Is time on your side? An overview of flexible working time options <http://www.flexibility.co.uk/flexwork/time/time-options.htm> (Erişim Tarihi: 01.02.2019).

<sup>17</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; Aynı görüşte WEDDERBURN, s.50.

<sup>18</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; Compressed workweeks, s.1.

<sup>19</sup> Compressed workweeks, s.1.

<sup>20</sup> TUCKER, s.2; Compressed workweeks, s.1.

<sup>21</sup> TUCKER, s.29; WEDDERBURN, s.50.

## II. YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASI UYGULAMASININ ORTAYA ÇIKIŞI

Sıkıştırılmış/Yoğunlaştırılmış iş haftası yeni ortaya çıkmış bir hukuki kavram değildir<sup>22</sup>. İlk olarak 19. yüzyılın ortalarında, İngiltere’de, tekstil sektöründe ortaya çıkmıştır ve bu yolla haftalık çalışma süresi 5,5 günden 5 güne indirilerek, işçilere iki gün tatil hakkı sağlanmıştır. II. Dünya Savaşı yıllarından itibaren endüstri ülkelerinde 3, 4 veya 4,5 günlük yoğunlaştırılmış çalışma biçimlerine rastlanılmıştır. 1940’larda ABD’de ve Avustralya’da görülen sıkıştırılmış/yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasında 1970’li yıllara kadar pek artış olmamış, bu tarihten sonra artış kaydedilmiştir. Bu tarihlere kadar Kara Avrupası’nda pek ilgi görmeyen sıkıştırılmış/yoğunlaştırılmış iş haftası ABD’de daha fazla uygulanmıştır<sup>23</sup>. Sıkıştırılmış/Yoğunlaştırılmış iş haftası hala en fazla Kuzey Amerika’da uygulanmaktadır<sup>24</sup>. 1970’te İngiltere’de motorlu araç üretiminde çalışan mühendisler 4 gün 40 saat çalışma talebinde bulunmuşlar ve bu tarihten itibaren her geçen yıl sıkıştırılmış/yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamaları artmıştır<sup>25</sup>. Sendikaların günde 8 saat, 5 gün çalışma için verdikleri mücadele bazı sendikaların anlarında 15 yıl öncesine kadar hala çok güçlü idi. Örneğin İtalya’da günde 8 saatten fazla çalışmaya izin verecek sistem hoş görülmemekteydi. Ancak Hollanda da ise sendikalar daha esnek bir bakış açısına sahipti ve yoğunlaştırılmış iş haftasına sıcak bakmakta idiler<sup>26</sup>. Günümüzde ise 2003 tarihli 88 sayılı AB Yönergesi ile yoğunlaştırılmış iş haftası düzenlemeye

<sup>22</sup> WEDDERBURN, s.7.

<sup>23</sup> ARICI, s.86-87; ÖKTEM SONGU, Tez, s.87.

<sup>24</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.35.

<sup>25</sup> WEDDERBURN, s.12.

<sup>26</sup> WEDDERBURN, s.7.

kavuşturulmuş ve aşağıda ayrıntılı bir biçimde belirtilecek olan belli sınırlar dâhilinde uygulanmasına müsaade edilmiştir.

### III.YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASINA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

#### A. AVANTAJLARI

Sıkıştırılmış/Yoğunlaştırılmış iş haftasında haftalık ortalama çalışma süresi değişmezken çalışılan gün sayısı azalmaktadır. Böylece işçi açısından birincil fayda boş gün kazanmasıdır<sup>27</sup>. İnşaat sektöründe çalışan işçiler arasında yapılan bir araştırmada işçilerin çoğu daha fazla boş zaman edinmelerine rağmen ücretlerinin düşmemesi nedeniyle yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasından çok memnun olduklarını belirtmişlerdir<sup>28</sup>. İşçilerin boş günü arttığından bu sayede işçiler hem kendilerini geliştirmeye hem de ailelerine daha fazla zaman ayırabilmektedir<sup>29</sup>. İşçinin çocuk bakımı veya yaşlı bakımı için olan maliyetlerini azaltabilir<sup>30</sup>. Bu anlamda yoğunlaştırılmış iş haftası iş yaşam dengesi kurmaya yardımcı bir enstrümandır<sup>31</sup>.

Yoğunlaştırılmış iş haftası işe daha az gidip gelme anlamına geldiğinden de işe gidip-gelme harcamalarından tasarruf imkânı vermektedir<sup>32</sup>. Böylece işçinin hem ulaşım giderleri hem de işe geliş gidiş için

<sup>27</sup> ARICI, s.86-87; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; BOLAT/SEYMEN/BOLAT, s.11; Compressed work week, s.15; Compressed workweeks, s.2; WEDDERBURN, s.10; TOWNSEND, Keith J./BROWN, Kerry A./ BRADLEY, Lisa M./LINGARD, Helen,C., When Working Five Days a Week Seems Radical: Compressed Working Weeks in the Australian Construction Industry, Proceedings 22nd Conference of the Association of Industrial Relations Academics of Australia and New Zealand - Workers, Corporations and Community: Facing Choices for a Sustainable Future, 429-437(Çalışmada s.1-11), Melbourne 2008, s.5.

<sup>28</sup> TOWNSEND,/BROWN/ BRADLEY/LINGARD, s 5-6; Ücret kaybı olmaksızın daha az işgünü çalışma hakkında bkz. WEDDERBURN, s.10; Compressed work week, s.15.

<sup>29</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.35.

<sup>30</sup> Compressed work week, s.15; WEDDERBURN, s.10.

<sup>31</sup> TUCKER, s.vii.

<sup>32</sup> ARICI, s.86-87; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35.

trafikte geçirdiği vakit azalmaktadır<sup>33</sup>. Ayrıca yoğunlaştırılmış iş haftası işçinin nöbet ve vardiya değişimlerine ilişkin sorunlarını azaltır<sup>34</sup>. Uzun çalışma saatleri ve daha az sayıda vardiyanın olması kurum içi iletişimi de, diğer kurumlarla iletişimi de artırma fırsatı sunar<sup>35</sup>. Yoğunlaştırılmış iş haftasının işçi açısından bir diğer faydası ise mesleki eğitim imkânı için daha fazla zaman ayrılabilmesidir<sup>36</sup>. Ekonomik kriz dönemlerinde işçi sayısında azalmaya gitmek yerine denkleştirme uygulamasının tercih edilmesi<sup>37</sup> de son çare ilkesine uygun bir güvenceli esneklik yöntemi olacaktır.

Denkleştirme uygulaması, işin başlangıç ve bitim saatlerinin dışında, günlük çalışma süresinin uzunluğunun da işçi tarafından belirlendiği, günlük çalışmanın fazlası ve eksiğinin belirli bir zaman diliminde daha az veya fazla çalışmak suretiyle denkleştirilebildiği esnek bir çalışma türü olan kayan iş süresinin hukukumuzda uygulamasına da imkân vermektedir<sup>38</sup>.

İşveren bakımından ise yoğunlaştırılmış iş haftasının olumlu özelliklerinin başında işlerin yoğun olduğu dönemlerde, fazla çalışma ücreti ya da vardiya zammı ödenmeksizin işyerinin daha uzun süre üretimde bulunmasına olanak sağlaması gelmektedir<sup>39</sup>. Ayrıca bu çalışma biçimi işyeri

<sup>33</sup> ARICI, s.86-87; Compressed work week, s.15; Compressed workweeks, s.2; WEDDERBURN, s.10; TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5; BOLAT/SEYEMEN/BOLAT, s.11.

<sup>34</sup>TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5; BOLAT/SEYEMEN/BOLAT, s.11.

<sup>35</sup> TUCKER, s.4; TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5.

<sup>36</sup> ARICI, s.86-87; ÖKTEM SONGU, Tez, s.87; WEDDERBURN, s.10.

<sup>37</sup> CENTEL, s.121.

<sup>38</sup> SOYER, Polat, İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2003 Yılı Toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, 185-198, (Esneklik Sağlayan), s.190; SOYER, Polat, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Türk-İş 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Bolu 2003, 12-36 (İşin Düzenlenmesi), s.27; GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, (Fazla Saatler), s. 31 ve 83; ASTARLI, s.288; EYRENCİ, (1994), s.165; BAYCIK, s.239.

<sup>39</sup> ŞEN, Sabahattin, Esnek Üretim ve Esnek Çalışma, TÜHİS, Kasım 1999-Şubat 2000, 24-55, s.48; TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5.



ve donanımdan daha fazla faydalanılmasını sağlamaktadır<sup>40</sup>. İşletme cari giderlerinin azaltılması, bakım-onarım işlerinin işin durmasına sebep olmadan yapılması gibi kolaylıklar sağlamaktadır. Ayrıca bir kısım işgücünün çalışma hayatına girmesini de teşvik edicidir<sup>41</sup>. Yoğunlaştırılmış iş haftası atipik çalışma saatleri içinde daha az kesinti ile verimliliği artırabilir<sup>42</sup>. Düzenli ve istikrarlı bir iş haftası sağlar. Daha az sayıda denetim personelini yeterli kılar. Sıkı işgücü piyasalarında vasıflı işçilerin geçici olarak çalıştırılabilmeleri için iyi bir fırsattır<sup>43</sup>. İşe geç kalma ve devamsızlığı azaltır. Ayrıca işyerinin açık olduğu gün sayısı azaldığı için enerji masraflarını da aza indirgeyecektir<sup>44</sup>.

## B. DEZAVANTAJLARI

Yoğunlaştırılmış iş haftasının hem işçiler için hem işverenler için bazı olumsuz yönleri de mevcuttur. Yoğunlaştırılmış iş haftası modelinde, çalışma süresinin kısa bir zaman dilimine sığdırılmasıyla günlük iş süresinin uzaması, işçinin daha fazla yorulmasına ve buna bağlı olarak işçi sağlığı açısından işçilerin olumsuz etkilenmesine yol açabilecektir<sup>45</sup>. Yoğunlaştırılmış iş haftasında işçilerin yorgunluğu nedeniyle hem iş kazalarının arttığı hem de iş veriminin düştüğü görülmektedir<sup>46</sup>. Özellikle çalışan anneler ile yaşlı işçiler

<sup>40</sup>Compressed work week, s.15; TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5; BOLAT/SEYMEN/BOLAT, s.11.

<sup>41</sup> ARICI, s.86-87. ÖKTEM SONGU, Tez, s.87.

<sup>42</sup> Compressed work week, s.15; TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5; WEDDERBURN, s.10.

<sup>43</sup> WEDDERBURN, s.10.

<sup>44</sup> TOWNSEND/BROWN/BRADLEY/LINGARD, s.5; WEDDERBURN, s.10.

<sup>45</sup> TOPCUK, Yılmaz, Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006, s.43; ARICI, s.87; ŞEN, s.48; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; WEDDERBURN, s.50.

<sup>46</sup> BOLAT/SEYMEN/BOLAT, s.11; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; WEDDERBURN, s.50; GÜNAY, Esneklik, s.11; TOZLU, Emine: Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının

için uzun vardiyalar son derece yorucu olabilmektedir<sup>47</sup>. Bu yorgunluğun kronik sağlık sorunlarına da yol açabileceği belirtilmektedir. Kronik yorgunluk, genel bir yorgun olma hali ve yeterli uyunsa da geçmeyen bir enerji eksikliğidir. Akut yorgunluk ise yeterli dinlenme ve uyumakla geçen bir yorgunluk türüdür. Yoğunlaştırılmış çalışanlarda akut yorgunluk şikâyetine de sıkça rastlanmaktadır<sup>48</sup>. Yoğunlaştırılmış çalışanlar hakkında tartışılan hususlardan biri de uyku düzeni bozukluklarıdır. Ancak araştırmalar yoğun konsantrasyon gerektiren bir iş olmadığı müddetçe iyi planlanmış bir yoğunlaştırılmış çalışmanın kronik uyku düzeni bozukluğuna yol açmaması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle yoğunlaştırılmış çalışma çizelgeleri uyku düzeni bozulmalarını en aza indireyecek biçimde hazırlanmalıdır<sup>49</sup>.

Ayrıca bazı sendikalar, yasal fazla çalışmayı ortadan kaldıracığı endişesiyle, geleneksel hedeflerinin aksine işlediği gerekçesiyle yoğunlaştırılmış çalışmaya karşı çıkmaktadırlar<sup>50</sup>. Uzun işgünü nedeniyle işçiler stresten mustarip olabilir ve iş haftası içinde aile sorumluluklarını yerine getirmede zorluklarla karşılaşabilirler<sup>51</sup>. Yoğunlaştırılmış çalışan hemşireler arasında yapılan istatistikî çalışmalarda yoğunlaştırılmış çalışmanın boş geçen zamanın verimli kullanılmasını da olumsuz etkilediği gözlenmiştir<sup>52</sup>.

---

Karşılaştırılması, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, 2011, 99-116, s.113; Compressed workweeks, s.2; ASTARLI, s.295.

<sup>47</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; WEDDERBURN, s.50.

<sup>48</sup> TUCKER, s.3.

<sup>49</sup> TUCKER, s.vii.

<sup>50</sup> PARLAK/ÖZDEMİR, s.36; WEDDERBURN, s.11.

<sup>51</sup> Compressed workweeks, s.2; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.254; WEDDERBURN, s.50.

<sup>52</sup> TUCKER, s.29; WEDDERBURN, s.50.

Yoğunlaştırılmış iş haftasının bir diğer olumsuz özelliği bu şekilde çalışanların ikinci bir iş arayışına girebileceği ihtimalidir<sup>53</sup>. Buna ek olarak, uzun çalışma saatleri genel olarak güvenlik, ısıtma ve aydınlatma gibi giderleri karşılamak için işverenlere ek maliyetler yüklemektedir<sup>54</sup>. Yine çalışanların bireysel farklılıklarının daha az tanınması, işe gecikme ve devamsızlık oranlarında artışlar, üretim oranlarında azalmalar, toksik maddeler ve/veya fiziksel tehlikelere daha fazla maruz kalma, kurumsal işlemlerin çalışma haftasından daha uzun olması durumunda zamanlama problemleri<sup>55</sup>, toplantıların zamanlaması ve projelerin koordinasyonunda zorluklar<sup>56</sup>, yöneticilerin planlama ve denetim yükünün artması, birkaç gün eksik çalışma nedeniyle, haftanın tüm iş günlerinde çalışan işletmelerle rekabette yeterince başarılı olunamayabileceği riski yoğunlaştırılmış iş haftasının dezavantajları olarak sıralanmaktadır<sup>57</sup>.

#### IV. YOĞUNLAŞTIRILMIŞ İŞ HAFTASI TÜRÜ OLARAK DENKLEŞTİRME

İşçinin çalışma süresinin iş gününe, haftanın çalışılan günlerine, ayın her bir haftasına veya yılın aylarına dağıtılması anlamına gelen çalışma süresinin konumunda çağdaş düzenlemelerle esnekleştirme yoluna gidilmektedir<sup>58</sup>. Kimi haftalarda yoğun kimi haftalarda daha az çalışarak çalışma süresinin konumunda esnekleşmeyi sağlayan mekanizmalardan biri

<sup>53</sup> TOPCUK, s.43; ARICI, s.87; ŞEN, s.48. WEDDERBURN, s.11.

<sup>54</sup> Compressed workweeks, s.2; WEDDERBURN, s.11.

<sup>55</sup> WEDDERBURN, s.11.

<sup>56</sup> Compressed work week, s.15.

<sup>57</sup> TOZLU, s.113.

<sup>58</sup> ASTARLI, s.281; BAYCIK, s.234.

de denkleştirme esasıdır<sup>59</sup>. Denkleştirme, bir veya birden çok haftadan oluşan bir zaman dilimi içerisinde işçinin “ortalama haftalık çalışma süresi”nin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı bir esnek çalışma yöntemi olarak tanımlanabilir<sup>60</sup>. İşletmelerde bazı dönemlerde işlerin yoğunlaşması, bazı dönemlerde ise durgun olması mümkündür. İşlerin yoğun olduğu dönemlerde işveren işçilere fazla çalışma yaptırarak talebi karşılamak zorundadır. İşveren açısından bu durum fazla çalışma ücreti de ödemediği ekstra maliyet anlamına gelir. İşte bu gibi durumlara özgü olarak işverenlere işçinin de onayını almak suretiyle “denkleştirme süresi kararlaştırmak” şeklinde yeni bir olanak tanınmaktadır<sup>61</sup>. Denkleştirme modeliyle bir ölçüde fazla çalışma uygulaması gereksiz hale gelmektedir. İşçi fazla çalışma yaparak ek gelir elde etmek isteyecektir. Ancak işsizliğin boyutunun artması nedeniyle bazı işçilerin fazla çalışma yaparak ek gelir elde etmeleri yerine, o işi başka işçilerin görmesi suretiyle onun işsiz kalmasının engellenmesinin daha sosyal bir çözüm olacağı belirtilmektedir<sup>62</sup>.

### A. BAZI ÜLKE HUKUKLARINDA DENKLEŞTİRME UYGULAMASI

Çoklu çalışma haftaları olarak da tanımlanan denkleştirme süresi uygulamasına çağdaş düzenlemelerde de yer verilmektedir. Denkleştirme süresi konusunda AB Hukukundaki düzenleme 93/104 ve 2000/34 sayılı Yönergeleri yürürlükten kaldıran 2003/88 sayılı Çalışma Sürelerinin

<sup>59</sup>SÜZEK, s.780; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.1; ASTARLI, s.283; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.674-675; BAYCIK, s.236; ODAMAN, s.75; CENTEL, s.60; ALPAGUT, s.19.

<sup>60</sup> ÖKTEM SONGU, Sezgi, Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2006, 169-188, (Örtülü) s.179; ODAMAN, s.75.

<sup>61</sup>CANIKLIOĞLU, Nurşen, Çalışma Sürelerinde Esneklik, (Esneklik) [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/CANIKLIOGLU-TUSIAD-ISKANUNUNUNESNEKLIGEILISKINHUKUMLERI.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/CANIKLIOGLU-TUSIAD-ISKANUNUNUNESNEKLIGEILISKINHUKUMLERI.pdf) (Erişim Tarihi: 04.03.2013), s.6; SÜZEK, s.795.

<sup>62</sup> ULUCAN, s.7.

Düzenlenmesine İlişkin AB Yönergesi'dir. Yönergenin "Haftalık Azami Çalışma Süresi" başlıklı 6. maddesine göre;

*"Üye Devletler, işçilerin sağlık ve güvenliğini koruma ihtiyacını göz önünde bulundurarak aşağıdakileri temin edecek gerekli önlemleri alır:*

- (a) Haftalık çalışma süresi, kanunlar, yönetmelikler, idari düzenlemeler veya endüstrinin iki tarafı arasındaki sözleşmeler yahut toplu sözleşmeler ile sınırlandırılır;*
- (b) Fazla mesai de dâhil olmak üzere her bir 7 günlük ortalama çalışma süresi; 48 saati aşamaz."*

O halde Yönerge ile AB hukukunda haftalık çalışma süresi azami 48 saat ile sınırlandırılmıştır. Ancak burada önemli olan fazla çalışma süresi dâhil 48 saatin aşlamayacağıdır. Yönergenin "Denkleştirme Süreleri" başlıklı 16. maddesine göre ise;

*"Üye Devletler aşağıdaki denkleştirme sürelerini belirleyebilirler:*

- (a) 5. Maddenin (haftalık dinlenme süresi) uygulanmasında, 14 günü geçmeyen bir denkleştirme süresi;*
- (b) 6. Maddenin (haftalık azami çalışma süresi) uygulamasında, 4 ayı geçmeyen bir denkleştirme süresi,*
- 7. Maddede belirtilen yıllık ücretli iznin süreleri ve hastalık izinlerinin süreleri ortalama hesaplamasında dikkate alınmayacaktır;*
- (c) 8. Maddenin (gece çalışma süresi) uygulaması hususunda, endüstrinin iki tarafına danışıldıktan sonra yahut toplu sözleşmeler veya ulusal ya da bölgesel seviyede endüstrinin iki tarafı arasında*

*sonuçlandırılan sözleşmeler aracılığıyla belirlenen bir denkleştirme süresi.*

*5. maddede belirtilen 24 saatlik haftalık asgari dinlenme süresi referans süresinin içinde kaldığı takdirde, ortalamanın hesaplanmasında dikkate alınmaz.”*

Bu maddeye göre haftalık çalışma süresi 4 ayı geçmeyen bir denkleştirme dönemi içinde bazı haftalar 48 saatin üzerinde, bazı haftalar 48 saatin altında çalışılacak şekilde ortalama 48 saat çalışma öngörülmüştür. Ayrıca burada önemli bir belirleme de yıllık ücretli izin ve hastalık izinlerinin süresinin denkleştirme süresinin ortalaması hesaplanırken dikkate alınmayacak olmasıdır. “Denkleştirme sürelerine ilişkin istisnalarla ilgili sınırlar” başlıklı 19. maddeye göre ise;

*“17. Maddenin 3. fıkrasında ve 18. Maddede belirtilen, 16. maddenin b fıkrasında derogasyon kullanma seçeneği altı ayı aşan bir denkleştirme süresinin oluşumuyla sonuçlanmayabilir.*

*Bununla birlikte, Üye Devletler, işçilerin sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin genel ilkeye bağlı kalmak koşuluyla, objektif ya da teknik sebepler veya işin düzenlenmesi ile ilgili sebeplerden ötürü, toplu sözleşmeler veya endüstrinin iki tarafı arasında akdedilen sözleşmelere, hiçbir durumda 12 ayı geçmeyen denkleştirme süresinin belirlenmesine izin verme seçeneğine sahiptir.”*

O halde Yönergeye göre, haftalık çalışma süreleri hesaplanırken, bir denkleştirme dönemi üzerinden ortalama olarak haftalık çalışma süresi belirlenebilmektedir. Normal şartlarda söz konusu denkleştirme döneminin 4 ayı aşmaması gerekir. Yine de belirli faaliyetlerde bu dönem, kanunlarla 6 aya kadar uzatılabilmekte ve toplu sözleşmeler ile 12 ayı geçmeyecek şekilde genişletilebilmektedir.

Genel olarak denkleştirme dönemi, Üye Devletlerce başarılı bir şekilde uygulanmaktadır ve son dönemde bazı Üye Devletlerde uyumun artırılması için yasal değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Ancak Komisyon tarafından hazırlanan Aralık 2010 tarihli analize göre bazı AB Üye Devletleri halen Yönergenin ilgili hükümleri ile uyum göstermemektedir. Bulgaristan ve Almanya mevzuatları tüm faaliyetler için denkleştirme döneminin 6 ay olarak alınmasına izin vermektedir. Almanya, Macaristan, Polonya ve İspanya toplu iş sözleşmesi olmaksızın 12 aylık bir denkleştirme dönemi tespit edilmesine izin vermektedir<sup>63</sup>.

Alman hukukunda Çalışma Süreleri Yasası md.3'e göre günlük azami çalışma miktarı 8 saattir, bu süre 6 takvim ayı veya 24 haftalık bir dönem içinde günlük çalışma süresi ortalaması 8 saati aşmamak kaydıyla 10 saate kadar artırılabılır<sup>64</sup>. 6 ay 26 hafta ettiğinden 24 hafta daha kısa süreli bir denkleştirme dönemidir<sup>65</sup>. 60 saatlik (altı iş gününde on saat) haftalık çalışma süresi sağlandığına göre 24 haftalık bir denkleştirme süresi için, işçiye izin verilen toplam çalışma süresi 1152 saattir<sup>66</sup>. Burada cumartesi günleri de denkleştirme süresine dâhildir<sup>67</sup>. Tatil günleri, hastalık izinleri vb. günlerin

---

<sup>63</sup> Çalışma Süresine ilişkin 2003/88/EC sayılı Yönergenin AB Üye Devletleri Tarafından Uygulanması Hakkında Avrupa Komisyonu Raporu Özet Bilgi Notu, <http://www.mess.org.tr/content/Calisma%20Surelerine%20iliskin%20AB%20Yonergesinin%20Uygulama%20iliskin%20Komisyon%20Raporu%20Ozet%20Bilgi%20Notu.pdf> (Erişim Tarihi: 8.3.2013), s.3.

<sup>64</sup> KOBERSKI, Wolfgang, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, § 182 Begriffe, Dauer der Arbeitszeit, Rn.65; KOCK, Martin, BeckOK Arbeitsrecht, Rols/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 51. Edition, 01.03.2019, ArbZG § 3 Arbeitszeit der Arbeitnehmer, Rn.4; NEUMANN, Dirk, Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung 79. EL Juni 2018, ArbZG § 3 Arbeitszeit der Arbeitnehmer, Rn.8.

<sup>65</sup> NEUMANN, Rn.8.

<sup>66</sup> KOCK, Rn 5.

<sup>67</sup> KOBERSKI, Rn.68; NEUMANN, Rn.10.

denkleştirme hesaplamasına dâhil edilip edilemeyeceği konusunda kanunda boşluk vardır. Çoğunluk görüşü hesaba dâhil edilmemesi yönündedir<sup>68</sup>. Esasında Alman Çalışma Süreleri Yasasında 1.9.2018 tarihi itibarıyla birtakım değişiklikler de yapılmıştır. Örneğin artan iş ihtiyacı durumunda haftalık 20 saat fazla çalışma yapılabileceği, günlük 12 saatin geçilemeyeceği ve bu durumda 17 haftalık bir süre içinde ortalama haftalık 48 saatlik sürenin aşılmaması gerektiği yönünde yeni bir denkleştirme düzenlemesi daha getirilmiştir<sup>69</sup>.

Ancak Yönerge hükümlerini çekincesiz bir şekilde mevzuatına alan ülkeler de vardır. Örneğin Şubat 2009'da Portekiz'de çalışma sürelerinde esneklik sağlama amacıyla yeni bir kanun yürürlüğe konmuştur. Burada yoğunlaştırılmış iş haftası günlük 12 saate kadar varan ve haftada 4 gün çalışma anlamına gelen bir çalışma süresi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca 4 ya da 6 aylık, toplu iş sözleşmesi ile 12 aya kadar uzatılabilen haftalık ortalama 48 saat çalışmanın aşılmadığı bir denkleştirme dönemi tanınmaktadır<sup>70</sup>.

ABD'de ise Adil Çalışma Standartları Kanunu'na göre haftalık 40 saatlik çalışmanın üstünde fazla çalışma ücretine hak kazanılır<sup>71</sup>. ABD'de bazı şirketlerin sabit giderleri azaltmak amacıyla 4 gün çalışmayı zorunlu hale getirdiği ve 5. gün kapalı kalmayı tercih ettiği rapor edilmektedir. ABD'de en yaygın uygulamanın 9/80 veya 9/8 çalışma programı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre işçiler her hafta 4 gün 9 saat çalışmakta, cuma günü

<sup>68</sup> KOBERSKI, Rn. 69; KOCK, Rn.7; NEUMANN, Rn.10.

<sup>69</sup> Gesetzliche Änderungen hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsruhe per 1.9.2018, [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/Tax/Legal\\_News\\_aenderungen-arbeitszeit\\_19072018\\_DE.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/Tax/Legal_News_aenderungen-arbeitszeit_19072018_DE.pdf) (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

<sup>70</sup> PLANTENGA, Janneke/ REMERY, Chantal, Flexible Working Time Arrangements And Gender Equality A Comparative Review Of Thirty European Countries, Belgium 2010, s.21.

<sup>71</sup> Compressed work week, s.15.



ise iki haftada bir 8 saat çalışmaktadır. Böylece iki hafta da bir cuma günü tatil olmaktadır<sup>72</sup>.

Kanada'da (Alberta eyaletinde) Çalışma Standartları Kanunu'nun 20. maddesindeki koşulların sağlanması halinde işçinin ücreti aynı kalmak koşuluyla günlük çalışma süresinin artırılıp haftalık çalışma gününün azaltılması halinde yoğunlaştırılmış iş haftası söz konusu olmaktadır. Burada aranan şartların başında, yoğunlaştırılmış iş haftası bir dönem için kabul ediliyorsa (bir döngünün parçası ise), dönem içinde çalışılacak haftaların tümünün gösterilmesi zorunluluğu gelmektedir. İşçi günde en çok 12 saat, haftada ise 44 saat çalıştırılabilir. Ancak eğer bir dönem içinde yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanacak ise bu 44 saatlik çalışma uygulanmaz. Bazı haftalarda 44 saati aşan bir çalışma söz konusu olabilir, ancak diğer haftalarda daha az çalışma yaparak dönem içinde ortalama 44 saati aşmayacak bir düzenleme söz konusu olmalıdır<sup>73</sup>. Yani denkleştirme dönemi haftalık ortalama 44 saat çalışma yapılan bir dönemdir.

## B. TÜRK HUKUKUNDA DENKLEŞTİRME UYGULAMASI

1475 sayılı Kanunun "İş Süresi" başlıklı 61. maddesinde genel bakımdan iş süresinin haftada en çok 45 saat olduğu ve bu sürenin, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil edilen işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı emredici bir biçimde yer almaktaydı. Doktrinde çalışma yaşamının ihtiyaçlarına uygun bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilen bu hüküm 4857 sayılı İş Kanununda yerini "Çalışma Süresi" başlıklı

<sup>72</sup> WEDDERBURN, s.50.

<sup>73</sup> Alberta, s.1.

63. maddeye bırakmıştır<sup>74</sup>. Bu hüküm uyarınca “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.” Ayrıca fazla çalışmayı düzenleyen 41. maddede 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, normal haftalık iş süresini aşmamak koşuluyla bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı belirtilmiştir. Yine 76. madde ile nitelikleri gereği günlük ve haftalık çalışma sürelerinin 63. maddede öngörüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmayan iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinin günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak uygulanmasını sağlayacak usullerin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca hazırlanacak yönetmeliklerle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Yoğunlaştırılmış iş haftası yukarıda izah edildiği üzere, sıkıştırılmış iş haftalarını ve denkleştirmede yoğun çalışılan dönemleri ortak bir biçimde ifade etmektedir. Zira haftalık ya da denkleştirmede olduğu gibi aylık toplam çalışma süresinin, haftalık iş günleri sayısı azaltılarak bazı günler ya da haftalarda daha yoğun bazı gün ya da haftalarda çalışmama ya da az çalışma şeklinde daha az iş gününe dağıtılması yoluyla yapılan çalışmadır. Bu halde beş ya da altı işgünlük çalışma üç ya da dört işgününe düşebilmektedir. Ancak Türk iş hukukunda çalışma süreleri ile ilgili kuralların nispi emredici olması

---

<sup>74</sup> SÜZEK, s.778; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.1; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.257.

neniyle yoğunlaştırılmış iş haftasının bu şekilde uygulanması kural olarak mümkün değildir<sup>75</sup>. Çünkü 4857 sayılı İş Kanununda çalışma süresi iş günlerine farklı dağıtılabilmeyle birlikte günlük onbir saati geçemez. Haftalık 45 saat çalışmanın esas olduğu işyerlerinde günde en fazla on bir saat çalışma mümkün olacağından dört işgünü içinde haftalık çalışmanın tamamlanması söz konusu olmayacaktır<sup>76</sup>. Ancak haftalık 66 saat yahut 55 saatlik bir yoğunlaştırılmış çalışma metodu “denkleştirme” müessesesiyle olanaklı hale gelmiştir<sup>77</sup>. O halde 4857 sayılı Kanunun 2003/88 sayılı Yönerge ile de uyum içinde olan 63. maddesinin getirdiği yenilik; çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi anlamına gelen, haftalık çalışma süresinin günlere eşit bölünmesi zorunluluğunu kaldırması ve yoğunlaştırılmış iş haftasının uygulanabilmesini sağlamasıdır. Buna göre taraflar, 2 aylık bir sürede ortalama olarak haftalık çalışma süresinin (45 saat) aşılmaması kaydıyla bazı haftalarda 45 saatin üzerinde çalışılması ve bu çalışılan sürenin fazla çalışma sayılmaması konusunda anlaşabileceklerdir. Örneğin haftanın 5 günü çalışılan bir işyerinde taraflar anlaşarak, işçinin ilk 3 hafta 55 saat, sonraki 3 hafta 35 saat çalışmasını kararlaştırdıklarında ortalama haftalık çalışma süresi 45 saat aşılmamış olacağından bir denkleştirme uygulaması söz konusu olacaktır.

<sup>75</sup> Ayrıca günde 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işler ile günde 7,5 saatten fazla çalıştırmayacak 15 yaşını doldurmamış çocuklar bakımından yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanma imkânı bulunmamaktadır. (ARICI, s.88) MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.457.

<sup>76</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.457.

<sup>77</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.457 ve 1068; ASTARLI, s.292; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.189; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.26. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.677.

## 1. DENKLEŞTİRME UYGULAMASININ ÇEŞİTLERİ VE ÇEŞİTLERİNE GÖRE ŞARTLARI

Denkleştirme uygulaması haftalık işgünlerine bölünebilen işlerde İş Kanununun 63. maddesi ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde düzenleme bulmuştur. Haftalık işgünlerine bölünemeyen işlerde denkleştirme uygulaması ise İş Kanununun 76. maddesine dayanılarak çıkarılan Haftalık İşgünlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

### a. HAFTALIK İŞGÜNLERİNE BÖLÜNEBİLEN İŞLERDE DENKLEŞTİRME

İş Kanununun m.63/1'in ilk cümlesinde ifadesini bulduğu üzere genel bakımdan kural, haftada en çok kırk beş saat olan çalışma süresinin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanmasıdır. Ancak bu kuralın aksi kararlaştırılabilir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Tarafların denkleştirme uygulamasına gidebilmesi için iki aylık süre içinde ya da toplu iş sözleşmeleri ile dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresini aşmaması gerekir.

Denkleştirme işyerinin bütününde/ bir kısmında/ bir kısmındaki bir grup işçiye yahut tek bir işçiye dahi uygulanabilir<sup>78</sup>. Ayrıca her bir işçi bakımından farklı denkleştirme süreleri ve biçimleri de belirlenebilir<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> SÜZEK, s. 782; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.7; EKONOMİ, Münir, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, 1-14, s.8; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, Mart 2010, 27-44, s.35; SUBAŞI, s.332; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.676; ASTARLI, s.292-293; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.188; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; GÜNAY, Fazla Saatler, s.92; SENYEN KAPLAN, E.Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018, s.359; GÜVEN/AYDIN, s.258;

Denkleştirme süresi için getirilen koşul ve sınırlamalar şu şekilde listelenebilir:

- 1.Haftalık çalışma süresinin haftanın işgünlerine eşit olmayan bir biçimde dağıtılması,
2. İşveren ile işçinin anlaşarak kararlaştırdıkları bir dönem içinde olması,
- 3.Haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati, günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması,
- 4.Bu sürenin 2 ay olması, toplu iş sözleşmesi ile 4 aya kadar uzatılabilmesi.

#### aa.Çalışma Süresinin Belirlenmesi

Denkleştirme uygulamasının ilk şartı olan haftalık çalışma süresinin haftanın işgünlerine eşit olmayan bir biçimde dağıtılması konusu doktrinde bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İş Kanunu md. 63/2'de *“Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz.”* hükmü yer almaktadır. İkinci cümlenin başında geçen **“bu halde”** ibaresinin düzenlemeyi sadece yoğunlaştırılmış iş haftası ve denkleştirme kuralının uygulanabildiği hallerle sınırlı tuttuğu, bu nedenle denkleştirme kuralı uygulanmadığı takdirde, haftalık çalışma süresinin hiçbir zaman eşit olmayan şekilde iş günlerine dağıtılamayacağı doktrinde bir görüş tarafından savunulmaktadır. *“Bu halde”* ifadesini iki esasın birlikte uygulanacağı şeklinde değerlendiren bu görüş

---

EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.262; ODAMAN, s.77; HAFIZOĞLU, s.138; ÖKTEM SONGU, Tez, s.199; EYRENCİ, Forum, s.162.

<sup>79</sup> ASTARLI, s.293.

göre denkleştirme süresi uygulamaya konulmadan, haftalık çalışma süresi eşit olmayan biçimde bölünemez ve bazı haftalar eşit, bazı haftalar eşit olmayan şekilde dağıtılamaz<sup>80</sup>.

Doktrindeki bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise haftalık çalışma süresinin iş günlerine farklı dağıtılması sadece denkleştirme söz konusu olduğunda kullanılabilir bir yöntem değildir. Bu hem denkleştirme ile mümkündür hem de denkleştirme dışında taraflar anlaşarak süreyi farklı dağıtabilirler<sup>81</sup>. Bu konuda Anayasa Mahkemesi denkleştirme uygulamasının Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili açılan iptal davasında verdiği iptal kararının gerekçesinde *“Kurallar esnek çalışma konusunda, iki ayrı olanak tanınmaktadır. Birincisinde, haftalık normal çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine dağıtılabilir. İkincisinde ise, haftalık ortalama çalışma süresi içinde kalınarak, bazı haftalarda normal çalışma süresi aşılabilecektir.”*<sup>82</sup> ifadelerine yer vermiştir. Bu açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesinin kuralı algılayışının da aynı doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır. Ancak toplu iş sözleşmesinde açıkça haftalık çalışma süresinin çalışma günlerine eşit olarak dağıtılacağı ve bunun aksinin kararlaştırılmayacağı belirtilirse daha farklı bir düzenleme yapılması artık mümkün olmayacaktır<sup>83</sup>.

## bb. Tarafların Anlaşması

Denkleştirme uygulamasının ikinci şartı işveren ile işçinin anlaşarak kararlaştırdıkları bir dönem içinde olmasıdır. Bunun için tarafların anlaşması

<sup>80</sup> EKONOMİ, s.8; NARMANLIOĞLU, s.35; ÖZVERİ, Murat, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Legal, 2006/2, s.204-205.

<sup>81</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.675; SÜZEK, s.780; ASTARLI, s.288; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1223-1224; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi s. 6-7; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.257; ODAMAN, s.78; HAFIZOĞLU, s.134.

<sup>82</sup> AYM Kararı, E. 2003/66, K.2005/72, T.19.10.2005 (26710 sayı, 24.11.2007 T. Resmi Gazete).

<sup>83</sup> SOYER, Esneklik Sağlayan, s.188; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; GÜNAY, Fazla Saatler, s.93.

yeterli görülmekte, işin niteliği, gereği yahut benzeri bir koşul aranmamaktadır<sup>84</sup>. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin "Denkleştirme Esasına Göre Çalışma" başlıklı 5. maddesine göre "*tarafaların yazılı anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışılması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir. Denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenir.*" Burada açıklanması gereken iki husus bulunmaktadır. Bunların birincisi denkleştirme talebinin hangi taraftan gelebileceği, ikincisi ise tarafların anlaşmasının şekli şartı hususudur.

Çalışma Süreleri Yönetmeliği md.5'ten çıkan ilk sonuç, tarafların denkleştirme yapmaya karar vermesi, ancak bu dönemin uzunluğunu kararlaştırmamış olması durumunda bunu belirleme yetkisinin işverende olduğudur<sup>85</sup>. Denkleştirme talebinin sadece işverenden gelebileceği kanısı ise hatalıdır. İşçiye de denkleştirme yapabilme yetkisi tarafların anlaşmasıyla devredilmiş olabilir. Kanunda öngörülen sınırlamalar işçi tarafından denkleştirme hallerinde de uygulama alanı bulacaktır<sup>86</sup>.

Tarafların anlaşması hususunda ise öncelikle belirtmek gerekir ki işveren tek taraflı olarak denkleştirme uygulayamaz. Denkleştirme uygulamasının mümkün olabilmesi için işçinin onayı gerekmektedir. Bu onay

<sup>84</sup> EYRENCİ, Forum, s.159; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.258; Tarafların anlaşmasının aranmasının denkleştirme uygulamasının uygulama alanını azalttığı yönünde bkz. CENTEL, s.61.

<sup>85</sup> ASTARLI, s.296; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.677; GÜVEN/AYDIN, s.257.

<sup>86</sup> ASTARLI, s.289.

iş sözleşmesinin yapılması sırasında verilebileceği gibi iş sözleşmesinin devamında da her an verilebilir<sup>87</sup>. O halde, sözleşme kurulurken denkleştirmeye ilişkin bir hüküm koymak suretiyle değişiklik kaydı öngörülebilir<sup>88</sup>.

Öğretide işverene toplu iş sözleşmesiyle de bu yönde bir yetki verilebileceği kabul edilmektedir. Bu durumda doktrinde, toplu iş sözleşmesinin bu hükmü işyerinde çalışma düzenine ilişkin hüküm niteliğinde ve parasal nitelik taşımayan hükümlerden olacağından, o işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesiyle bağlı olmayan işçilerin de işverence uygulanacak denkleştirme süresine tabi olacağı belirtilmektedir<sup>89</sup>. Ancak doktrindeki bir başka görüşe göre toplu iş sözleşmesi ile rızanın alınabilmesi kabul edilmekte, fakat toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışındaki işçiler için bir “rıza”nın var olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir. Kanunca aranan rızanın işçinin iradesi dışında işverene verilmesinin uygun olmayacağı belirtilmektedir<sup>90</sup>. Ayrıca konunun işyeri düzenine dahil olma ile ilgili olmadığı bu nedenle bütün işçiler bakımından bağlayıcı olamayacağı ve parasal nitelik taşıdığı gerekçeleri de ileri sürülmektedir<sup>91</sup>. Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre toplu iş sözleşmelerinin, yasadaki düzenlemeleri ancak işçi lehine değiştirebileceği

<sup>87</sup> SÜZEK, s.780; CANIKLIOĞLU, Esneklik, s.12; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1218; SUBAŞI, s.326; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.180; ASTARLI, s.300; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.676; BAYCIK, s.238; HAFIZOĞLU, s.135; EYRENCİ, Forum, s.160; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.260-261; ODAMAN, s.80; ENGİN, Murat: Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 5, Mart 2007, 69-75, s.72.

<sup>88</sup> ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.370-371.

<sup>89</sup> SÜZEK, s.780; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi s. 9; NARMANLIOĞLU, s.35; SUBAŞI, s.328; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.676; ÖZVERİ, s.202; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.261; ODAMAN, s.84; EYRENCİ, Forum, s.161; SENYEN KAPLAN, s.358; AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 3. Baskı, Ankara 2008, s.1911.

<sup>90</sup> ASTARLI, s.301; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1218; ALPAGUT, s.19-20; ODAMAN, s.80; ÖKTEM SONGU, Tez, s.189; HAFIZOĞLU, s.159.

<sup>91</sup> ALPAGUT, s.20.



gerçeği ile bağdaşmadığından toplu iş sözleşmesi ile rızanın alınamayacağı belirtilmelidir<sup>92</sup>. Burada her ne kadar sendikanın üyeleri için yükümlülük getiren bir kural getirebilmesi mümkün olsa da bu ancak kanunda düzenlenmeyen hususlara ilişkin olabilir. İş Kanununda düzenlenen bir hükme ilişkin toplu iş sözleşmesi ile ancak işçinin lehine düzenleme yapılabilir. Kanun koyucu denkleştirmeye ilişkin toplu iş sözleşmesi ile yalnızca denkleştirmenin süresinin 2 aydan 4 aya çıkarılabileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Ancak işçinin toplu iş sözleşmesi ile onayının alındığının varsayılması, fazla çalışma ücreti alamaması anlamında aleyhe bir düzenleme olduğundan toplu iş sözleşmesi ile onayının alınması mümkün olmamalıdır. İşçilerin açık yazılı rızaları aranmalıdır. Aksi halde toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları aşılmış olur.

Tarafların anlaşması konusunda İş Kanununun 63. maddesinde denkleştirme uygulaması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olması ancak Yönetmelikte yazılı şekil şartının aranması, Yargıtay'ın ise bazı kararlarında örtülü anlaşma ile denkleştirmenin mümkün olabileceği yönündeki kararları<sup>93</sup> konuyu tartışmalı hale getirmektedir.

Öğretide yazılı şekil şartının aranmaması gerektiğini belirten bir görüş olduğu gibi, yazılı şekil şartının muhakkak olması gerektiği yönünde karşı bir görüş de bulunmaktadır. Yazılı şekil şartının aranmaması gerektiği yönündeki bir görüşe göre, İş Kanununda şekil şartı öngörülmediğinden ve Kanunun bu

<sup>92</sup> BAŞBUĞ, Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, s.23.

<sup>93</sup> YHGK, T.18.7.2007, 9-582/557. YHGK, T.21.3.2007, 9-150/160. YHGK, T.14.6.2006, 9-374/382. YgHD E..2006/7802, K.2006/29417, T.8.11.2006; YgHD, E.2010/9024, K.2010/7984, T.25.3.2010; YHGK, E.2007/9-797, K.2007/809, T.31.10.2007; YgHD, E.2005/30404, K.2005/33340, T.13.10.2005. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) Kararların eleştirisi için bkz. ÖZVERİ, s.193-205. Özveri ile aynı yönde, EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.261, dn.27.

hükmü getirmekteki amacı esnekleştirme olduğundan, yazılı şekil şartı arayan Yönetmelik Kanun hükmüne aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle denkleştirmede yazılı şekil şartı aranmaması daha uygun görülmektedir<sup>94</sup>. Aynı yönde başka bir görüş ise yazılılık şartının Kanunda yer almadığından dikkate alınmaması gerektiğini, Yönetmelikle böyle bir şartın getirilemeyeceğini, bu nedenle sözlü hatta örtülü denkleştirmenin kabul edilebileceğini savunmaktadır<sup>95</sup>. Yine bu yönde bir başka görüşe göre ise yazılılık koşulu, sözleşme yapma özgürlüğünü sözleşmenin biçimi bakımından sınırlayan bir koşuldur ve bunun kanunda düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla, Kanunda olmayan bir sınırlamanın Yönetmelikle öngörülmesi mümkün olmamalıdır. Öte yandan, denkleştirme döneminin yaratabileceği sakıncalar ve işçi üzerindeki olası olumsuz etkileri nedeniyle, Kanunda bu yönde bir hükmün yer almasının isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>96</sup>.

Yönetmelikle getirilen yazılı şekil şartının muhakkak uygulanması gerektiği yönünde de öğretide görüşler bulunmaktadır. Bu yönde bir görüşe göre Yönetmelikle de yazılı şekil şartı getirilebilir ve bu hükmün uygulanmasından kaçınılmamalıdır<sup>97</sup>. Ayrıca işyeri iç yönetmeliği, personel yönetmeliği vb. eklerin işçiye usulünce bildirilmiş olması halinde denkleştirmenin bu yolla da kabul edileceği belirtilmektedir<sup>98</sup>. Kanaatimizce Yönetmelikte böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, iş sözleşmesi devam ederken geçilen denkleştirme uygulaması çalışma sürelerine ilişkin bir esaslı

<sup>94</sup> SÜZEK, s.780; AKYİĞİT, s.1911; BAYCIK, s.237-238.

<sup>95</sup> GÜNAY, Fazla Saatler, s.93.

<sup>96</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi s. 9.

<sup>97</sup> ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.183; ASTARLI, s.300; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.260; EYRENCİ, Forum, s.160.

<sup>98</sup> ASTARLI, s.300; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.182; SENYEN KAPLAN, s.358.

değişiklik olduğundan<sup>99</sup> İK md.22 uyarınca yazılı olarak işçinin rızasının alınması gerekecekti.

Nöbet usulü çalışmaların denkleştirme kapsamına alınması ve bunun örtülü denkleştirme olduğunu karara bağlamanın yerinde olmadığı, bir gece çalışıp bir gece dinlenmek şeklindeki nöbet usulü çalışmaların denklistirmeye konu olmayacağı da doktrinde belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak denklistirmenin çalışma düzeninde geçici bir durumu ifade ettiği, oysa nöbet usulünde çalışmanın normal düzeninin bu şekilde olduğu gösterilmektedir<sup>100</sup>.

Yargıtay ise kararlarında<sup>101</sup> *“Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanununun 63.maddesi gereğince denklistirmenin varlığı kabul edilir.” “Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denklistirme söz konusu olur.”* gibi ifadelerle tarafların denklistirme

<sup>99</sup> Aynı yönde; ENGİN, s.73; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.184; BAŞBUÇ, s.49; ALP, s.198; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219; ASTARLI, s.303; GÜVEN/AYDIN, s.258; BAYCIK, s.238; ODAMAN, s.82; HAFIZOĞLU, s.135; EYRENCİ, Forum, s.161.

<sup>100</sup> ASTARLI, s.45.

<sup>101</sup> YHGK E.2006/9-374, K. 2006/382, T.14.06.2006: Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenen uyuşmazlık konusu olayda, *“davacı işçi, İzmit Hereke ve Babatepe radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız olarak çalıştığını, nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelene kadar dinlendiğini ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi alacağı talep etmektedir. Buna karşılık, davalı şirket davacının bu istasyonda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını iddia etmektedir. Özel daire kararına göre: Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi, kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi n saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur...Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denklistirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçi günde n saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanununun 63.maddesi gereğince denklistirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemenin yukarıda usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”*(www.kazanci.com)

uygulaması hakkında örtülü olarak da anlaşabileceklerini kabul etmektedir. Ancak Yargıtay'ın yazılı onayın gerektiğine dair kararı da bulunmaktadır<sup>102</sup>.

### cc. Günlük Onbir Saat Çalışma Süresinin Aşılması

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine bölünürken günde onbir saatin aşılması yolundaki hüküm mutlak azami süre olarak anlaşılmalıdır<sup>103</sup>. Burada onbir saatin anayasal dinlenme hakkını zedelemesi, bu hakkı ölçüsüz sınırlandırması, işçilik maliyetlerini kısararak rekabet üstünlüğü sağlama çabasının sosyal devlet ilkesine aykırı olması gibi nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ve AYM'ne iptal istemiyle dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararında<sup>104</sup> md.63/2'nin incelenmesi sonucunda *“Çalışma süresinin düzenlenmesinde genel olarak iki tür yaklaşımdan söz edilebilir. Birincisi, endüstri devriminin ürünü olan çalışma süresini kısaltmak ve bununla ilgili katı kurallar getirmektir. İkinci yaklaşım ise, iş hayatındaki gelişmeler ve teknoloji alanındaki yeniliklerin bir sonucu olarak çalışma süresinin düzenlenmesinde taraflara mümkün olduğu kadar geniş bir hareket alanı sağlamaktır. İkinci yaklaşım, esnek çalışma kavramıyla yakından ilgili olup, işin ve ihtiyaçların zamanında en üst seviyede karşılanması amaçlanmaktadır. Günümüzde, iş hayatındaki olgular ve pek çok nedenle, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde ikinci yaklaşım ön plana çıkmaktadır. 63. maddenin ikinci fıkrasında yasal dayanağını bulan denkleştirme yöntemi, çalışma süreleri konusunda esneklik sağlayan bir uygulamadır... Denkleştirmede esas alınan azami sürede, işçinin ortalama günlük ya da*

<sup>102</sup> Y9HD, 23.11.2015, 21301/33167 (www.kazanci.com)

<sup>103</sup> SÜZEK, s.781; EYRENCİ, Forum, s.159; ENGİN, s.74-75; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.261; ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, 2007/3, 57- 79, s.61; CANIKLIOĞLU, Esneklik, s.18; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1220; GÜVEN/AYDIN, s.257; HAFIZOĞLU, s.136.

<sup>104</sup> AYM Kararı, E. 2003/66, K.2005/72, T.19.10.2005 (26710 sayı, 24.11.2007 T. Resmi Gazete).

*haftalık çalışma süresinde işçi aleyhine değişiklik söz konusu olmamaktadır. Yasa'da işçinin günlük çalışma süresi bakımından öngörülen 11 saatlik azami süre sınırlaması denkleştirme için de geçerlidir. İşçinin 11 saate ulaşabilecek çalışma süresi, denkleştirme esasının gereği olarak diğer günlerindeki çalışma sürelerinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Haftanın çalışılan günleri için söz konusu olan ve tarafların anlaşması koşuluna bağlı olarak uygulanabilecek denkleştirme esaslarının düzenlendiği kuralın, çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 50. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir..." ifadelerine yer verilmiştir.*

Yine denkleştirmenin sonucuna ilişkin m.41/1'in Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili AYM kararında "...Anayasa'ya aykırı olmadığı görülen denkleştirme esasının bir sonucu olarak iki ya da dört aylık dönem içinde haftalık 45 saatlik çalışma sürelerinin toplamda aşulamayacağı gözetildiğinde, bu dönem içinde bazı haftalarda 45 saatin aşılmasında, aşan süre fazla çalışma süresi olarak değerlendirilemeyeceği gibi, dönemsel süreç içinde işçinin çalışma ve dinlenme hak ve süreleri de dikkate alındığında bu durumun angarya olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 18. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir..." ifadelerine yer vermiştir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağını belirtmek gerekir<sup>105</sup>. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarına göre işçinin birinci gün 9, ikinci gün 15 saat çalışıp 24 saat dinlendiği bir

<sup>105</sup> ÇİL, s.61; CANİKLİOĞLU, Esneklik, s.18; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1220.

olayda örtülü denkleştirme kabul edilmiştir<sup>106</sup>. Ancak bu karar günlük onbir saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamayacağı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir<sup>107</sup>. Bu nedenle onbir saati aşan çalışmalarda fazla çalışma ücretine hükmedilmesi “yasanın gizli ifadesinde mevcuttur<sup>108</sup>”. Günlük onbir saati aşan çalışmalarda haftalık 45 saat aşılmaya bile fazla çalışma ücretine hak kazanılacaktır<sup>109</sup>. Son dönemde Yargıtay’ın kararları da aynı doğrultudadır<sup>110</sup>.

Denkleştirme döneminde haftalık azami çalışma süresine bir sınır getirilmemiş olması, böylece işçinin günde onbir saatten haftada 66 saat çalışması doktrinde bir görüş tarafından uygun görülmemektedir. Bu görüşe göre çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinin sınırı iş sağlığı ve güvenliğidir. İşçilerin haftada 66 saat çalışması iş sağlığı ve güvenliği açısından sorun doğurabileceğinden<sup>111</sup> makul bir sınırlama değildir. Bu nedenle bizce de haftalık çalışma süresine makul bir sınırlama getirilmesi gerekmektedir<sup>112</sup>.

Belirtilmelidir ki Kanunun denkleştirme dönemi için taraflara tanıdığı işçinin bir denkleştirme haftasında 66 saate kadar çalışmasına olanak veren bu hak denkleştirme dönemi içinde tüketilmezse buradan artan sürenin bir sonraki denkleştirme dönemine devredilmesi mümkün değildir<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> Y9HD, E.2006/9766, K.2007/98, T.22.01.2007 (www.kazanci.com)

<sup>107</sup> ULUCAN, s.9; ASTARLI, s.306; GÜNAY, Fazla Saatler, s.106; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.189; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.26.

<sup>108</sup> ULUCAN, s.10; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.186.

<sup>109</sup> ENGİN, s.75; YILDIZ, s.219; ULUCAN, s.10; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.186; GÜNAY, Fazla Saatler, s.106; BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, s.164.

<sup>110</sup> 4857 Sayılı Kanun döneminde günlük onbir saati aşan çalışmalar haftalık çalışma süresine bakılmaksızın fazla çalışma kabul edilir yönünde: Y9HD, E.2006/7802, K.2006/29417, T.8.11.2006; Y9HD, E.2010/9024, K.2010/7984, T.25.3.2010; Y9HD, E.2009/40748, K.2010/18856, T.15.6.2010; YHGK: E.2006/9-374, K.2006/382, T.14.6.2006; YHGK, E.2007/9-797, K.2007/809, T.31.10.2007( [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>111</sup> ARICI, s.87; BAYCIK, s.236; HAFIZOĞLU, s.136; EYRENCİ, Forum, s.164.

<sup>112</sup> SÜZEK, s.782; HAFIZOĞLU, s.136; BAYCIK, s.236; EYRENCİ, Forum, 164; YILDIZ, s.219.

<sup>113</sup> ASTARLI, s.308.

#### dd. Denkleştirme Süresi

İş Kanunu md.63/2'ye göre Denkleştirme süresi, bu uygulamanın başladığı günden itibaren iki aylık süredir, ancak toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Denkleştirmeye bir süre sınırı getirilmesinin nedeni iş sağlığı ve güvenliğidir. Çünkü yoğunlaştırılmış çalışma döneminin uzunluğu yorgunluk ve dikkat eksikliği, buna bağlı olarak da iş kazalarına sebebiyet vermektedir<sup>114</sup>. Hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan bu süreler azamidir; uzatılamaz, ancak kısaltılabilir<sup>115</sup>. Uzatılması ancak toplu iş sözleşmesi yoluyla mümkündür. İş sözleşmesi ya da işverenin tek yanlı iradesiyle uzatmak mümkün değildir<sup>116</sup>. Doktrinde bir görüşe göre hüküm mutlak emredicidir ve tek taraflı olarak kısaltılması da söz konusu değildir<sup>117</sup>. Denkleştirme süresinin aynı takvim yılına denk gelmesi gerekmemektedir, örneğin kasım- şubat denkleştirme dönemi olarak belirlenebilir<sup>118</sup>. Ancak bu dönemin birbirini izleyen aylar olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile denkleştirmede sürenin aralıksız uygulanması, iki aylık süre içinde blok bir

<sup>114</sup> BOLAT/SEYMEN/BOLAT, s.11; PARLAK/ÖZDEMİR, s.35; WEDDERBURN, s.50; GÜNAY, Esneklik, s.11; TOZLU, s.113; Compressed workweeks, s.2; ASTARLI, s.295; EYRENCİ, Forum, s.162.

<sup>115</sup> SÜZEK, s.781; CANIKLIOĞLU, Esneklik, s.11; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.676; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.187; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; ASTARLI, s.296; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.162; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.262; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219; HAFIZOĞLU, s.138; SENYEN KAPLAN, s.359.

<sup>116</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219; SUBAŞI, s.329; ASTARLI, s.295; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.187; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; NARMANLIOĞLU, s.35.

<sup>117</sup> GÜNAY, Fazla Saatler, s.89.

<sup>118</sup> SOYER, Esneklik Sağlayan, s.187; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI//BAYSAL, s.1220; SUBAŞI, s.327; ASTARLI, s.297; ODAMAN, s.77; EYRENCİ, Forum, s.162.

çalışma şeklindedir. İki farklı ay dönemi denkleştirme dönemi olarak belirlenemez<sup>119</sup>.

İki ya da dört aylık sürenin sonu, yoğunlaştırılmış iş haftasının başladığı güne denk gelen iki ya da dört ayın son günüdür<sup>120</sup>. Denkleştirme süresi en fazla iki ya da dört aylık dönemde tamamlanmış olmalıdır. Emredici bu düzenlemeye aykırı olarak, taraflar anlaşarak daha uzun bir denkleştirme süresi kararlaştırırsalar dahi, bu konudaki anlaşma geçersiz sayılacaktır<sup>121</sup>. İki aylık sürenin kısa bir süre olduğu, hem 2003/88 sayılı AB yönergesine uyum sağlamak açısından hem de hükmün uygulanabilirliğini sağlamak açısından bu sürenin yasal olarak 4 aya çıkarılmasının daha isabetli olacağı yönünde doktrinde görüşler bulunmaktadır<sup>122</sup>. Bu konuda bir başka görüş ise sendikalaşma oranının düşüklüğü ve istihdamda arz talep dengesizliği gerekçeleriyle denkleştirmenin üç aya toplu iş sözleşmesi ile altı aya çıkarılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir<sup>123</sup>. Turizmde denkleştirme süresi İK md.63'te 6715 sayılı Kanunla 6.5.2016 tarihinde yapılan bir değişiklikle artırılmıştır. Buna göre turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir. Öğretide bu yönde bir esnekliğin uygun olduğunu belirten bir görüş bulunmaktadır<sup>124</sup>. Ancak kanaatimizce günde onbir saat haftalık 66 saat

<sup>119</sup> SOYER, Esneklik Sağlayan, s.188; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; ASTARLI, s.297; EYRENCİ, Forum, s.162.

<sup>120</sup> SÜZEK, s.781; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.7; SUBAŞI, s.329; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.676; SENYEN KAPLAN, s.360.

<sup>121</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.7.

<sup>122</sup> SÜZEK, s.781-782; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.9; BAYCIK, s.236-237; ODAMAN, s.76; YILDIZ, s.219. Ancak bu konuda Yıldız, görüşe katılmakla birlikte mevcut düzenlemeyi de giüncelci esneklik kavramı çerçevesinde uygun bulduğunu belirtmektedir. Aksi yönde; HAFIZOĞLU, s.137-138.

<sup>123</sup> EYRENCİ, Forum, s.164.

<sup>124</sup> SÜZEK, s.782.



çalışmanın mümkün olduğu ve yoğun dönemin çoğunluğunda bu şekilde bir çalışmanın gerçekleşeceği açıktır. AB Yönergesinde fazla çalışmalar da dâhil haftalık ortalama 48 saatin aşılması gerektiği yönünde bir üst sınır bulunmaktadır. Oysa bizim hukuk sistemimizde böyle bir üst sınırlama getiren düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle denkleştirme süresinin uzatılması gerektiği yönündeki görüşlere işçi sağlığı ve iş güvenliği gerekçesi ile katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Ayrıca yoğunlaştırılmış iş haftasının denkleştirme dönemi içinde hangi zamanda yer alması gerektiğine ilişkin de Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmelik hükmünde denkleştirmenin işyerinde yaratabileceği belirsizliği ortadan kaldırmak için bu sürenin başlangıç ve bitişinin işverence belirleneceği düzenlenmiştir. Öğretide Yönetmelikte, bu belirlemenin işyerinde ilan edilmesine ilişkin bir hükmün de yer almasının daha yararlı olacağı belirtilmektedir<sup>125</sup>. Bu halde yoğunlaştırılmış iş haftaları denkleştirme süresinin başında ya da sonunda yahut herhangi bir döneminde yer alabilir<sup>126</sup>. Yani denkleştirme uygulamasının önce yoğunlaştırılmış, ardından azaltılmış çalışma haftası olarak düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca bu konudaki yetki de işverendedir. Gerçekten, işveren, denkleştirme uygulamak için işçinin onayını almak zorundadır. Ancak bu onayı aldıktan sonra, çalışma düzenini, Kanunun belirlediği sınırlar içinde istediği gibi kurma olanağına sahiptir. Dolayısıyla, hangi dönemde yoğunlaştırılmış iş haftası, hangi dönemde azaltılmış iş haftası olacağı

<sup>125</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.7; EYRENCİ, Forum, s.161.

<sup>126</sup> SÜZEK, s.782; ASTARLI, s.312; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.188; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.25; GÜNAY, Fazla Saatler, s.85; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1221; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8; ODAMAN, s.85; HAFIZOĞLU, s.139; ÖKTEM SONGU, Tez, s.201; ALPAGUT, s.22.

konusunda ayrıca işçinin onayına gerek yoktur<sup>127</sup>. İhtiyaca göre bu süre istenildiği gibi planlanabilir<sup>128</sup>.

Denkleştirme dönemi bakımından kanun koyucu yılda bir ya da birkaç defa yapılabilir şeklinde bir sınırlama getirmediğine göre, denkleştirme uygulanan bir işyerinde işveren bu dönemin bitmesinin hemen ardından, işçilerle anlaşarak yeni bir denkleştirme dönemi de uygulayabilir<sup>129</sup>. Hatta ilk dönemin başına azaltılmış çalışma haftasını, sonra yoğunlaştırılmış çalışma haftasını, hemen başlattığı ikinci denkleştirme döneminin başına bu defa önce yoğunlaştırılmış çalışma haftasını ardından da azaltılmış çalışma haftasını koyabilir. Böylece daha uzun bir dönemde işçilere yoğunlaştırılmış çalışma haftası uygulayabilir<sup>130</sup>. Kanunda bu konuda bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>131</sup>. Böylece iki aylık denkleştirme süresi öngörülmesi ile güdülen amaç dolaylı olarak bertaraf edilebilir<sup>132</sup>. Ancak bu konuda doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş Kanunun ruhundan yola çıkmakta ve işçi sağlığının korunması için Kanunda bu yönde açık bir sınır yer almasa da işçide iş sağlığı ve güvenliği açısından bir tehlikeye yol açmayacak şekilde denkleştirmenin esas alınması gerektiğini belirtmektedir<sup>133</sup>. Kanun koyucunun iş sağlığı güvenliği bakımından amacının iş ilişkisinin herhangi bir 4 aylık döneminde 65,4 gün aralıksız fazla çalışmanın aşılammaması olduğu ifade edilmektedir<sup>134</sup>. Kanaatimizce bu hak sınırsız olarak görülmemeli,

<sup>127</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8.

<sup>128</sup> CANİKLİOĞLU, Esneklik, s.15.

<sup>129</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8; TOPCUK, s.45; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1220; NARMANLIOĞLU, s.35; SUBAŞI, s.327; ALPAGUT, s.22.

<sup>130</sup> CANİKLİOĞLU, Esneklik, s.16; ALPAGUT, s.22.

<sup>131</sup> CANİKLİOĞLU, Esneklik, s.11; ALPAGUT, s.22.

<sup>132</sup> CANİKLİOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, 149-199, (III. Yıl), s.159.

<sup>133</sup> ASTARLI, s.315; CANİKLİOĞLU, III. Yıl, s.160; HAFIZOĞLU, s.139.

<sup>134</sup> ASTARLI, s.316.

denkleştirme uygulaması temel çalışma şekli haline getirilmemelidir<sup>135</sup>. Bu yöndeki eğilimler hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülmelidir.

İşçi normalde 45 saat x 8 haftada 360 saat çalışabilecektir. Bu nedenle her gün 11 saat çalıştırılacak işçi (360/11) 33 iş günü çalıştırılıp, denkleştirme süresi olan 48 günde 15 işgünü boş gün kazanacaktır<sup>136</sup>. Burada boş gün ibaresinin serbest zaman ile karıştırılmaması gerekir. Serbest zaman, fazla saatlerle çalışmanın bedeli olarak verilmesi gereken bir süredir (md.41/4). Öğretide de belirtildiği gibi, serbest zaman artırımlı olarak verilirken, boş zaman sadece çalışılan süreyi karşılayacak kadar olmalıdır. Ayrıca, serbest zamanın altı ay içinde kullanılması gerekirken, boş zamanın denkleştirme süresi içinde verilmesi gerekir<sup>137</sup>.

Boş gün olarak ifade edilen gün esasında önceden çalışılmış olan gündür. Bu nedenle de işçinin gerek kıdemine bağlı haklarda gerek yıllık izin hakkında dikkate alınmalıdır. Ancak kıdeminde dikkate alınacak olan bu boş gün çalışma süresi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü işçi bu boş günü tatil günü olarak istediği gibi değerlendirme olanağına sahip olmaktadır<sup>138</sup>. Bunun pratikteki önemi özellikle bu dönemde uğranılan kazaların iş kazası olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamasıdır<sup>139</sup>.

İşçinin çalışması karşılığı edindiği boş günlerin yıllık ücretli izin, hastalık, evlenme, yakınlarının ölümü vb. sebeplerle izinli sayıldığı günlerle

<sup>135</sup> Aynı yönde ASTARLI, s.304.

<sup>136</sup> ULUCAN, s.6; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1222; ASTARLI, s.307.

<sup>137</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8; EYRENCİ, Forum, s.163.

<sup>138</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 4, 2004, 1-37, s.19; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1222; ASTARLI, s.317; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8.

<sup>139</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.8; ODAMAN, s.87.

bir ilgisi bulunmadığından bu günlerle mahsubu mümkün değildir<sup>140</sup>. Ancak bu kuralın istisnası olarak işçinin haklı nedene dayanmayan devamsızlığı gösterilmektedir<sup>141</sup>.

Ayrıca denkleştirme döneminde işçiye ödenecek ücrette bir farklılık olmamalıdır. Yani yoğunlaştırılmış çalışma haftasında işçiye daha fazla ücret, azaltılmış çalışma haftasında da daha az ücret ödenmez. Denkleştirmede, denkleştirme süresi içinde haftalık normal çalışma süresi aşılmış olmayacağı için yoğunlaştırılmış iş haftasında da ücret ödeme zamanı ve miktarında bir değişiklik olmayacaktır<sup>142</sup>. Denkleştirme döneminde haftalık ortalama 45 saatin aşılması durumunda hak kazanılacak fazla çalışmaya ilişkin bilgiler ise aşağıda<sup>143</sup> incelenmiştir.

## **b. HAFTALIK İŞGÜNLERİNE BÖLÜNEMEYEN İŞLERDE DENKLEŞTİRME**

Bazı işlerin niteliği gereği, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünmesinde zorluklar bulunmaktadır. Özellikle taşımacılıkta çalışan işçilerin çalışma sürelerinin haftanın günlerine eşit olarak bölünmesi oldukça güçtür. Bu nedenle Kanunda 76. maddede bu gibi işler için özel düzenlemeler yapılması öngörülmüştür<sup>144</sup>. "Haftalık İşgünlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği" bu amaçla çıkarılmıştır. Yönetmelik m.1'deki "*Bu Yönetmeliğin amacı, karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve*

<sup>140</sup> EYRENCİ, Forum, s.163; SOYER, Esneklik Sağlayan, s.189; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.26; ASTARLI, s.318.

<sup>141</sup> SOYER, Esneklik Sağlayan, s.189; SOYER, İşin Düzenlenmesi, s.26.

<sup>142</sup> ULUCAN, s.6; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1221; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.677; ASTARLI, s.294; EKMEKÇİ, Ömer, Yeni İş Kanununun Getirdikleri, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, TİSK Yayınları, İzmir, 2003, 43- 52, s. 46; CANIKLIOĞLU, Esneklik, s.18; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.10; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.262; ALPAGUT, s.22.

<sup>143</sup> Bkz. Başlık 2, madde 12.

<sup>144</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.11; GÜVEN/AYDIN, s.258-259; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.165.

*akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde çalışma dönemine ve iş sürelerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.”* şeklindeki hüküm ile de haftalık işgünlerine bölünmesinde zorluk bulunan işler örnek olarak sayılmıştır. Burada işin niteliği gereği haftanın çalışılan günlerine eşit bölünmesi imkânsız olmamakla birlikte oldukça zordur<sup>145</sup>. Yönetmelik md.5'in son fıkrasında belirtildiği gibi haftalık işgünlerine bölünemeyen işlerde yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışılması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir.

Yönetmeliğe göre, Yönetmelik kapsamına giren işlerin yürütüleceği çalışma dönemi, işin niteliğine göre, en çok altı ayı geçmemek üzere, işveren tarafından belirlenir (md.4). Burada md.3'e göre çalışma dönemi, işin yapılmasının gerektirdiği en az iki, en çok altı aylık bir denkleştirme süresini ifade eder. Bu Yönetmelik hükümleri iki yönüyle İş Kanunundan ayrılır. Birincisi denkleştirme süresinin altı ay olması ile bu gibi iş ya da işyerlerinde çalışanlar bakımından daha geniş bir dönem esas alacak şekilde denkleştirme yapmaya olanak tanır<sup>146</sup>. Altı aylık dönem azami bir dönemdir. İşveren dilerse daha kısa bir dönemde de denkleştirme yapabilir. Ayrıca haftalık işgünlerine bölünebilen işlerde denkleştirmeden farklı olarak burada belirtilen bu altı aylık sürenin toplu iş sözleşmesi ile daha da uzatılmasına

<sup>145</sup> SEVİMLİ, Ahmet, Karayolu Taşımacılığı Sektöründe İş Kanununa Tabi Olarak Çalışan Sürücülerin Çalışma ve Dinlenme Süreleri Konusundaki Hukuki Sorunlar, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr.Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 444-476, s.462.

<sup>146</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.11.

imkân yoktur<sup>147</sup>. İşveren iki ilâ altı aylık denkleştirme dönemi belirlemediği hallerde yapılan taşıma işi İş Kanundaki çalışma sürelerine ilişkin genel düzenlemelere tabi olacaktır. Yönetmeliğin denkleştirmeye ilişkin hükümleri kendiliğinden uygulama alanı bulmaz<sup>148</sup>.

İş Kanunundan ayrılan ikinci nokta ise denkleştirme yapılabilmesi için işçinin onayına ihtiyaç duyulmamasıdır. Bu konudaki hüküm çok açıktır. Normal olarak denkleştirme uygulanabilmesi için, işçinin onayının alınması gerekirken, bu gibi işlerde işçinin onayının alınması gerekmemektedir<sup>149</sup>.

Günlük çalışma sürelerinin uygulanmasında, günlük iş süresi 11 saati, gece çalışma süresi 7,5 saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların günlük çalışma süresi ise 9 saati geçemez (md.6/1, a). Çalışma sürelerinin belirlenmesinde takograf kayıtlarının esas alınması elverişli bir yöntem olacaktır<sup>150</sup>. Belirtilmelidir ki uygulamada Yönetmeliğin öngördüğü şekilde bir denkleştirme örneğine rastlamak oldukça güçtür<sup>151</sup>.

## 2. DENKLEŞTİRME UYGULAMASINDAN KAYNAKLANAN BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜMLERİ

1. Kanunda denkleştirmenin sebebi konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle işveren işçinin onayını almak suretiyle, üst sınır objektif iyiniyet kuralları olmak kaydıyla, herhangi bir nedenle denkleştirme uygulayabilir<sup>152</sup>. Bunun tek istisnası Kanunda açık düzenleme bulan bir

<sup>147</sup> CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.12; HAFIZOĞLU, s.142.

<sup>148</sup> SEVİMLİ, s.462.

<sup>149</sup>SEVİMLİ, s.461; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.165; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s.11; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.263; HAFIZOĞLU, s.142.

<sup>150</sup> SEVİMLİ, s.464.

<sup>151</sup> SEVİMLİ, s.462.

<sup>152</sup> ASTARLI, s.293.

denkleştirme örneği olan telafi çalışmasıdır. İş Kanunu m.64/1'de denkleştirme yapılabilecek sebepler öngörülmüştür<sup>153</sup>.

2. Haftalık iş süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmesi mümkündür. Bu halde haftalık çalışma süresini aşan 45 saate kadar çalışmalar “fazla sürelerle çalışma” olarak adlandırılmaktadır (İK md.41/3). Fazla sürelerle çalışma halinde denkleştirmeye gidilip gidilemeyeceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte denkleştirme esasının kabul edildiği 63. maddede “haftalık normal çalışma” süresinden söz edildiğine göre, tarafların 45 saatin altında haftalık çalışma süresi belirlemeleri halinde denkleştirmenin kararlaştırılan haftalık çalışma süresine göre yapılması gerekecektir. Örneğin, sözleşme ile belirlenen azaltılmış haftalık iş süresinin 40 saat olduğu düşünüldüğünde, ilk hafta 35 saat ikinci hafta 45 saat çalışılması durumunda denkleştirme yapıldığında, işçinin fazla sürelerle çalışmadığı şeklinde sonuca gidilmelidir. Aynı örnekte işçi ilk hafta 35 saat, ikinci hafta 65 saat çalıştığında ve denkleştirme uygulandığında, 5 saat fazla sürelerle çalışmış ve 5 saat de fazla çalışmış olmaktadır<sup>154</sup>. Bu konuda Yargıtay verdiği bir kararında “Fazla sürelerle çalışma halinde denkleştirmeye gidilip gidilemeyeceği, Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte denkleştirme esasının kabul edildiği 63. maddede “haftalık normal çalışma” süresinden söz edildiğine göre, tarafların 45 saatin altında haftalık çalışma süresi belirlemeleri halinde denkleştirmenin kararlaştırılan haftalık çalışma süresine göre yapılması gerekecektir.” ifadelerine yer verilmiştir<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> ASTARLI, s.293.

<sup>154</sup> ÇİL, s.60; NARMANLIOĞLU, s.35.

<sup>155</sup> Y9HD, E.2010/9024, K.2010/7984, T.25.3.2010. (www.kazanci.com)

3. İş sözleşmesi devam ederken geçilen denkleştirme uygulaması çalışma sürelerine ilişkin bir esaslı değişikliktir<sup>156</sup>. Bu halde sözleşmenin başında denkleştirmenin 1 ay olarak belirlendiği ve bu hususta tarafların anlaştığını düşünelim. Ancak daha sonra işverenin Kanunda müsaade edilen 2 aya denkleştirme süresini çıkarmak istediğini varsayalım. Kanunda öngörülen süre içinde yapılacak bu değişiklik yine de esaslı olacaktır ve işverence tek taraflı olarak uzatılamayacaktır<sup>157</sup>. Zira Kanunda öngörülen süre içinde dahi olsa bu işçinin yoğun çalışacağı dönemi belirlediği için, işçinin çalışma koşullarında bir esaslı değişiklik olacaktır.

4. İş Kanununda gece çalışmalarında denkleştirmeye yer verilmemiştir. Bu nedenle ancak gündüz yapılan çalışmalar bakımından yoğunlaştırılmış çalışma söz konusu olabilecektir<sup>158</sup>. Oysa Kanunun yapımında göz önünde bulundurulmuş 2003/88 sayılı AB Yönergesinde md.16 ile gece çalışmada denkleştirme de belli sınırlar içinde mümkün görülmektedir<sup>159</sup>. Esasında gece çalışmada denkleştirme olamaması Kanunun gece çalışmalarının 7,5 saati geçemeyeceği yönündeki açık ve nispi emredici nitelikteki hükmünden kaynaklanmaktadır. Ancak İş Kanununda 2015 yılında yapılan bir değişiklikle (Ek cümle: 4/4/2015-6645/37 md.) turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilceği hüküm altına alınmıştır. O halde artık bu sektörler bakımından gece çalışmada denkleştirmenin de mümkün olduğunu söyleyebiliriz<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> Aynı yönde; ENGİN, s.73; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.184; BAŞBUĞ, s.49; ALP, s.198; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219; ASTARLI, s.303; GÜVEN/AYDIN, s.258.

<sup>157</sup> EYRENCİ, Forum, s.162.

<sup>158</sup> ASTARLI, s.290; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.677; HAFIZOĞLU, s.147.

<sup>159</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1218; ASTARLI, s.290.

<sup>160</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.677.



5. Kısmi süreli çalışmalarda denkleştirme uygulamasının mümkün olup olmadığı yönünde Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bir yasak olmadığından kısmi süreli çalışanlar yahut job share çalışanlarda da denkleştirme uygulanabilir<sup>161</sup>. Esasında iş hukuku sistemimizde kısmi süreli çalışmada hem fazla çalışma hem fazla sürelerle çalışma İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği md.8 ile yasaklanmıştır. O halde fazla çalışmanın yasak olduğu işlerde yoğunlaştırılmış çalışmanın da mümkün olmadığı görüşü akla gelebilir. Ancak neticede denkleştirmede fazla çalışma söz konusu değildir. Denkleştirme yolu ile yoğun çalışılan haftalarda kısmi süreli çalışanların fazla çalışma yapamayacağı yönündeki hüküm dolaylı olarak aşılmış olmaktadır.

6. Mevsimlik işler bakımından denkleştirme uygulaması konusunda farklı yönde bir düzenleme olmadığından burada da denkleştirme mümkündür. Turizm sektöründe 4-6 ay; turizm dışında 2-4 aylık denkleştirme süresi içinde yoğunlaştırılmış çalışma yapılabilir. Burada sürelerle riayet etmek kaydıyla, mevsim içinde yoğun günler; mevsim dışına sarkan ve zaten işin olmadığı döneme boş günler denk gelebilir. Mevsimlik işler kural olarak belirsiz süreli sözleşmeye konu olabildiği için turizmde 4-6 aylık, diğer sektörlerde 2- 4 aylık süre içinde mevsim dışına boş günlerin denk getirilmesi vicdani olarak yaralayıcı olsa da, hukuka aykırı olmayacaktır. Türk hukukunda yalnızca turizm konusunda tartışılmış ve esnetilmiş olan mevsimlik işlerde denkleştirme konusu, Alman hukukunda özel düzenlemeye tabi tutulan bir husus olmuştur<sup>162</sup>.

<sup>161</sup> Alberta, s.5.

<sup>162</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCEL, Mehtap, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s.24-26.

Arbeitszeit BAT 15. paragrafında yılın belirli bir zamanında düzenli bir şekilde mevsime bağlı olarak oldukça yoğun çalışma gerektiren işletmelerde düzenli çalışma süresinin haftalık 60 saate kadar ve günlük en çok 10 saate kadar uzatılabileceğini, burada uygun bir mevsim dengesi olması gerektiğini ve denkleştirme neticesinde ortalama haftalık çalışma süresinin 38.5 saat olması gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>163</sup>. Çalışma Süreleri Yasasının (ArbZG) 15. maddesi ise işçinin günlük çalışma süresinin 8 saati aşamayacağını, ancak işçinin 6 aylık veya 24 haftalık bir dönem içinde haftalık ortalama 48 saati geçmemek kaydıyla bu sürenin artırılabileceğini düzenlemektedir. Ayrıca bu hükme göre denetim makamı mevsim veya kampanya işyerleri için mevsim veya kampanya dönemindeyken daha uzun günlük çalışma süresi için izin vermeye yetkilidir. Denkleştirmenin çalışma süresinin uygun kısaltılması ile diğer zamanlarda gerçekleştirilmesi şarttır. Eğer toplu sözleşme mevsim veya kampanya işyerleri için ilgili çalışma süresi düzenlemelerini içeriyorsa 15. maddeye göre bir istisna olarak denetim makamı izin veremez<sup>164</sup>. Eğer 8 saatin üzerinde günlük çalışma süresinin uzatılması bir başka gün çalışma süresinin uygun kısaltılması ile dengelenirse denetim makamı mevsim ve kampanyadayken mevsim ve kampanya işletmeleri için günlük 8 saatin üzerinde çalışılmasına izin verebilir<sup>165</sup>. Bu uzamada, bahsedilen işletme tipleri için sadece devam eden mevsim ya da kampanyada normalin dışında bir çalışmanın gerçekleşmesi yüzünden geçen zaman dikkate alınır. 15. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi aynı şekilde günlük azami çalışma süresi için bir sınır içermemektedir. Burada belirleyici olan işçi sağlığının zarar

---

<sup>163</sup> KITTNER, Micheal, ZWANZIGER, Bertram, Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 3. Auflage, Frankfurt 2005, s.2405; YÜCEL, s.24.

<sup>164</sup> HENSSLER, Martin/WILLEMSSEN, Heinz Josef/ KALB, Heinz Jürgen, Arbeitsrecht Kommentar, Köln 2004, s.367; YÜCEL, s.25.

<sup>165</sup> BAECK Ulrich, DEETSCH Markus, Arbeitszeitgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2004, 436 vd.; YÜCEL, s.25.

görmemesidir. Ancak burada esas itibarıyla çalışma süresinin çalışma nöbeti başına 12 saatten fazla olmasına izin verilemez<sup>166</sup>. Kanun denkleştirme için ilgili zaman dilimini belirlememiştir. Mevsim ya da kampanyada istisnalar takvim yılına dayandığı için ilgili takvim yılında bir kısmen denkleştirmenin söz konusu olduğu düşünülmektedir. Ancak bu zorunlu değildir. Mevsimlik işyerinin türüne göre ilgili takvim yılında bir denkleştirme yapmak zor olabilir. Denkleştirmenin 15. maddenin 4. fıkrasındaki sınırlar dikkate alınarak (6 ay ya da 24 haftalık bir süre içinde haftalık ortalama 48 saatin aşılması) uygun bir zamanda yapılması da yeterlidir<sup>167</sup>. Düzenlemenin anlam ve amacına göre denkleştirme esas olarak gelecek mevsim ya da kampanyanın başlamasından önce yapılmalıdır. Denetim makamının izni burada şart olduğundan denkleştirme süresi izin kararında tespit edilmelidir. Talepte bulunan kişi makamın onayladığı bir denkleştirme süresi önerebilir. Denetim makamı eğer öneri işçi sağlığını korumaya uygunsa, orantılılık ilkesine göre öneriyle bağlıdır<sup>168</sup>.

7. İş Kanunu kapsamında zorunlu olarak fazla çalışma yapılan dönemler için denkleştirme esasının uygulanamayacağı doktrinde belirtilmektedir<sup>169</sup>. Gerçekten denkleştirme kurallarının belirlendiği 63. madde normal fazla çalışmalarla ilgili hükümler içermektedir. Aksi yönde öğretide işçinin zorunlu fazla çalışma halinde de denkleştirme esasının uygulanabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır<sup>170</sup>.

<sup>166</sup>BAECK/DEETSCH, 437; YÜCEL, s.25.

<sup>167</sup> BAECK/DEETSCH, s.437; YÜCEL, s.26.

<sup>168</sup> BAECK/DEETSCH, s.438; YÜCEL, s.26.

<sup>169</sup> ÇİL, s.63.

<sup>170</sup> GÜNAY, s.1520.

8. Denkleştirme uygulaması konusunda kanaatimizce bir sorun da burada denkleştirme yapılmasına yıl bazında bir sınırlama getirilmediğinden kötüye kullanımının mümkün olmasıdır. Denkleştirme uygulamasının bir çalışma tarzı biçimine bürünmesi ihtimali doğmaktadır. Yoğun çalışılan dönemler birbirine iliştirildiğinde örneğin önce boş zaman, sonra yoğun çalışmanın yer aldığı bir denkleştirme dönemini önce yoğun çalışma, sonra boş zamanın geldiği bir denkleştirme dönemi izlediğinde ardı ardına çok uzun bir süre işçi günlük onbir saat çalıştırılabilecektir. Bu durum ise işçi sağlığını tehlikeye sokacaktır<sup>171</sup>. Yıl bazında kaç defa denkleştirme uygulamasına gidilebileceği yönünde bir sınırlama getirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

9. Denkleştirme süresinin bu süreye rastlayan hastalık ve izin süreleri kadar uzatılıp uzatılmayacağı konusu da tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş denkleştirme süresinin bu süreye rastlayan hastalık ve izin süreleri kadar uzatılmayacağı yönündedir. Bu görüşe göre belirlenen denkleştirme süresi sabit bir süre olup, bu sürenin işçinin hastalığı ya da yıllık izin hakkının kullanılması gibi nedenlerle uzatılması söz konusu değildir<sup>172</sup>. Aksi yöndeki bir diğer görüş ise bu durumda denkleştirme tanınmasının anlamsızlaşacağından hareketle uzatılması gerektiğini ve denkleştirme süresinin çalışılmayan süreler kadar uzatılacağını belirtmektedir<sup>173</sup>. Esasında bu yorum 2003/88 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 16. maddesinin b fıkrasına daha uygundur. İlgili hükümde yıllık ücretli iznin süreleri ve hastalık

---

<sup>171</sup> Aynı yönde, ASTARLI, s.304.

<sup>172</sup> GÜNAY, Fazla Saatler, s.86; SUBAŞI, s.329; ÖKTEM SONGU, Tez, s.195; EYRENCİ, Forum, s.163.

<sup>173</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1219-1220; ASTARLI, s.297 vd; ÇİL, s.60; Alberta, s.6; EKONOMİ, s.9; ODAMAN, s.77; HAFIZOĞLU, s.141.

izinlerinin süreleri ortalama çalışma süresinin hesaplamasında dikkate alınmayacağı öngörülmüştür<sup>174</sup>.

10. Denkleştirme süresinde işçinin hafta tatiline hak kazanması konusu da tartışmalıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre işçiye verilmesi gereken boş zamana, işçinin sözleşmeden ya da Kanundan doğan izin ve tatillerinin de eklenmesi gerekir<sup>175</sup>. Yargıtay ise denkleştirmede daha fazla süre ve hafta tatilini kapsayacak şekilde dinlenme yapıldığından ayrıca hafta tatili çalışma ücretinin hesap edilemeyeceği yönünde haftalık 77 saat çalışmaları kabul eden ve denkleştirmeye tabi tutan kararlar vermektedir<sup>176</sup>. Ancak İş Kanunu m.46 yedi günlük süre içinde en az 24 saat hafta tatili verilmesi gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Doktrinde bir görüşe göre 4857 sayılı İş Kanununda da 1475 sayılı Kanunda olduğu gibi hafta tatiline hak kazanmak için altı işgünü çalışmış olma koşulunun aranmamasının nedeni 63. maddede düzenlenen denkleştirme döneminde yoğunlaştırılmış iş haftasından sonra gelen ve eksik gün çalışılan haftalarda eksik çalışmaya rağmen ücretli hafta tatiline hak kazanmanın güvence altına alınmasıdır. Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde işçilere hafta tatili verilmesi yasal zorunluluktur<sup>177</sup>. O halde Yargıtay'ın bahse konu kararlarında 77 saat çalışmada 1 gün hafta tatili kabul edilmeli ve 66 saat üzerinden denkleştirme yoluna gidilmelidir<sup>178</sup>. Belirtilmelidir ki hem yoğun çalışılan

<sup>174</sup> Alman hukukundaki durum için bkz. başlık A. Bazı Ülke Hukuklarında Denkleştirme Uygulaması.

<sup>175</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.8; HAFIZOĞLU, s.139; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1220; EYRENCİ, Forum, s.162-163.

<sup>176</sup> Y9HD E.2005/651, K.2005/30272, T.9.09.2005; YHGK E.2006/9-374, K. 2006/382, T.14.06.2006. (www.kazanci.com)

<sup>177</sup> ENGİN, s.74; EYRENCİ, Forum, s.162.

<sup>178</sup> ENGİN, s.74; Aynı yönde, bkz. SUBAŞI, s.330 dn.67; ASTARLI, s.306; ÖKTEM SONGU, Örtülü, s.183.

haftada hem az çalışılan haftada işçilere hafta tatili verilmesi gerekmektedir<sup>179</sup>.

11. İşçilere denkleştirme döneminde hak kazandıkları boş zamanlarında fazla çalışma yaptırılıp yaptırılamayacağı konusu da öğretide tartışmalıdır. Bu konuda fazla çalışmalar da dâhil haftalık çalışma süresinin bir üst sınır ile belirlenmemiş olması denkleştirme döneminde işçi bakımından oldukça sıkıntılı görülmektedir. Bunu çözmek açısından doktrindeki bir görüşe göre, işçinin yoğunlaştırılmış çalışma sonrası kazandığı boş zamanında işçi esasında o günlerdeki çalışmasını peşinen yaptığı için o günlerde işçi çalışıyor sayılmaktadır. Çalışıyor sayılacağı günlerde işçiye ikinci bir çalışma yaptırılamaz. Bu nedenle boş günlerinde fazla çalışma yaptırılması mümkün değildir<sup>180</sup>. Aynı yönde bir başka görüşe göre İş Kanununun 104. maddesine göre “*Bu Kanunun 63. maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran işveren hakkında idari para cezasına hükmolunur.*” O halde işçiye denkleştirme döneminde boş zamanında fazla çalışma yaptırılması uygun değildir<sup>181</sup>. Ancak öğretide aksi yöndeki bir başka görüşe göre işçiye boş zamanında fazla çalışma yaptırılabilir<sup>182</sup>. Keza, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması nedeniyle denkleştirme haftasında çalışılmayan günlerde de telafi çalışması yapılabileceği düşünülmektedir. Zira, denkleştirme süresinde çalışılmayan günler izin süresi olarak değerlendirilmemektedir<sup>183</sup>.

12. Denkleştirmede haftalık ortalama 45 saat aşırsa, bu durumda işverene verilecek idari para cezasının yanı sıra fazla çalışma söz konusu

<sup>179</sup>MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1220; GÜNAY, Fazla Saatler, s.89.

<sup>180</sup> ULUCAN, s.8; EKONOMİ, s.9.

<sup>181</sup> ASTARLI, s.319-320.

<sup>182</sup> SOYER, Esneklik Sağlayan, s.208.

<sup>183</sup> TOPCUK, s.47.

olacaktır. Bu fazla çalışmanın hesaplamasının nasıl yapılacağı bir sorun olarak akla gelebilir. Öncelikle belirtilmelidir ki fazla çalışmaya karşılık işçi dinlenme de talep edebilir. Ancak dinlenme talebi varsa bu dinlenme ancak denkleştirme süresi bittikten sonra başlayacaktır. Denkleştirme içinde dinlenme olarak kullanmak isteyemeyecektir. Esasında fazla çalışmanın ortaya çıkıp çıkmayacağı denkleştirme dönemi bitmeden tam olarak anlaşılabilir. Ancak denkleştirmenin kalan süresinde tamamen boş geçirilecek olsa dahi haftalık ortalama 45 saat aşılmış ve böylece fazla çalışmanın doğduğu aşikâr olabilir. İşte böyle durumlarda denkleştirmenin kalan süresi içinde fazla çalışmaya karşılık dinlenme talebi denkleştirme dönemi sonrasına bırakılmalıdır. Bir diğer sorun ise fazla çalışmanın hangi aya mâl edileceği ve ödemenin hangi aya ilişkin olacağıdır. Burada haftalık ortalama 45 saatin aşıp aşılmadığını belirlemek için denkleştirme döneminin bitmesi gerekmektedir. Bu yüzden fazla çalışma ücreti denkleştirme dönemi sona erdiği tarihte ve bu tarihteki ücret üzerinden ödenmelidir. Zira aradaki dönemde ücret artmış olabilir<sup>184</sup>.

Bu konuya ilişkin son bir sorun da denkleştirme süresi içindeki fazla çalışmanın nasıl hesap edileceğine ilişkindir. Örneğin tarafların 2 aylık denkleştirme süresi içinde yoğunlaştırılmış iş haftalarıyla çalışma konusunda anlaşmışlarını, işçinin ilk iki hafta 66 saat, sonraki dört hafta 50 saat, son iki hafta da 15 saat çalıştırıldığını varsayalım. Bu örnekte işçi, iki aylık denkleştirme süresinde toplam 362 saat (66 + 66 + 50 + 50 + 50 + 50 + 15 + 15) çalışmıştır. Haftalık ortalama çalışma süresi de  $362/8=45,25$  saattir. Buna göre iki aylık dönemde her hafta 15 dakika fazla çalışma olmak üzere toplam 2 saat

<sup>184</sup> Aynı yönde, EKMEKÇİ, s. 46.

(15x8=120 dakika) fazla çalışma yapmıştır<sup>185</sup>. Bu durum iki ay içerisindeki sekiz haftada her bir hafta 45 saatin üzerinde çalışma yapıldığı anlamına gelmektedir. Yani örneğin, altı haftalık denkleştirme süresi çalışılan bir işyerinde, ortalama haftalık çalışma süresi 46 saat olarak hesaplandığında; fazla çalışma ücretinin hesabı 1 saat üzerinden değil, 6x1=6 saat olarak yapılacaktır<sup>186</sup>.

13. Denkleştirme süresi sona ermeden iş sözleşmesinin feshi durumunda, fesih tarihi denkleştirmenin sonu olarak düşünülüp fazla çalışılan süre bu tarihe göre hesaplanmalıdır<sup>187</sup>. Esasında böylece denkleştirme süresi içinde çalışılan süre kendi içinde denkleştirmeye tabi tutulup hesap yapılmaktadır<sup>188</sup>. Şayet iş sözleşmesini işçi feshediyorsa yahut işveren haklı nedenle feshediyorsa geride kalan haftalardaki 45 saatin üzerindeki çalışmaları için fazla çalışma ücreti isteyemeyeceği yönünde de öğretide bir görüş bulunmaktadır<sup>189</sup>. Ancak kanaatimizce işçinin denkleştirme tamamlanmadan her ne sebeple olursa olsun iş sözleşmesinin sona ermesi onun bir ücret alacağı kaldığı anlamına gelmektedir. Ücret alacağının ise iş sözleşmesinin sona erme sebeplerine bağlı olarak talep edilebileceği savunulamaz. Belirtilen durumun tersi gerçekleşirse, yani önce boş zaman tanımı ardından yoğunlaştırılmış çalışmaya geçmeden fesih söz konusu olursa doktrinde bir görüşe göre denkleştirmeye tabi tutulamamış ve çalışma süreleri içinde de değerlendirilemeyen boş zaman için işçi ücrete hak kazanamayacaktır. Şayet bu döneme dair ücret ödendiyse sebepsiz

<sup>185</sup> BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.162.

<sup>186</sup> BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.171.

<sup>187</sup> SÜZEK, s.783; TOZLU, s.108; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1222; ASTARLI, s.318; SENYEN KAPLAN, s.359-360; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.262; GÜVEN/AYDIN, s.258; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.11; EYRENCİ, Forum, s.163; HAFIZOĞLU, s.140; ÖKTEM SONGU, Tez, s.204; ALPAGUT, s.23.

<sup>188</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.11.

<sup>189</sup> ODAMAN, s.86.



zenginleşme kapsamında işverene iadesi gerekecektir<sup>190</sup>. Ancak bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre bu durumda da yine fesih tarihi denkleştirmenin sona erdiği tarih olacak ve denkleştirme süresi içinde çalışılan süre kendi içinde denkleştirmeye tabi tutulup hesap yapılacaktır<sup>191</sup>.

14. Denkleştirme dönemine ilişkin sosyal güvenlik hukuku yönünden primlerin nasıl ödeneceği meselesi de akla gelen sorunlardan biridir. Burada bazı haftalarda haftalık 45 saatten daha az, bazı haftalarda daha fazla çalışma söz konusudur. Sosyal güvende aylık prim ve hizmet belgeleri bulunmaktadır. Dolayısı ile bildirimler 30 gün üzerinden yapılır. Ancak denkleştirme dönemi 30 günü aşan bir dönem olabilir. Böyle bir durumda bildirelerin ne şekilde verileceği sorunu doğacaktır. Her ay 30 gün üzerinden ve o ay daha az çalışılan dönemlerde eksik, ya da fazla çalışılan dönemlerde fazla çalışma bildirilen şekilde bildirge verilmeyecek; o ay ne kadar çalıştığına bakılmaksızın haftalık 45 saat aylık 30 gün üzerinden tam bir biçimde bildirim yapılması en makul çözüm olacaktır<sup>192</sup>. Zira esasında denkleştirme döneminde aylık ücreti de miktar olarak değişmeyeceğinden ve hak ettiği ücret üzerinden sigorta primi kesileceğinden bu çözüm hukuken tutarlı da olacaktır. Ancak denkleştirme dönemi sonunda fazla çalışma yapılmış olduğu anlaşılırsa, fazla çalışmanın hangi aya mâl edileceğine ilişkin kanunlarda bir hüküm yer almadığı için sorun doğabilecektir. Bu konuda bir görüşe göre denkleştirme süresinin blok halinde uygulanması nedeniyle aylara eşit olarak bölünmesi ve her aya eşit olarak mâl edilmesi uygulama kolaylığı

<sup>190</sup> ASTARLI, s.319; Bu durumda da yine iş sözleşmesinin sona erme sebebine göre bir sonuç bağlanması gerektiği yönünde bkz. ODAMAN, s.86.

<sup>191</sup> CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s.11; HAFIZOĞLU, s.140; EYRENCİ, Forum, s.164; Bu durumu hukuki ancak hakkaniyete aykırı bulan bir görüş için bkz. ALPAGUT, s.23 dn. 16.

<sup>192</sup> SÜRAL, Nurhan, Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu, İşveren Dergisi, Cilt 43, Sayı 4-5-6, Ocak-Şubat-Mart 2005, s.78.

sağlayacaktır. Bu durumda ise denkleştirme dönemi sonunda fazla çalışılan aylara ilişkin geriye dönük ek aylık prim ve hizmet belgesi vermek gerekecektir. Bu halde zorunlu olarak da ek prim belgesinin verilmesi ve priminin geç yatırılması ve idari para cezası ile karşılaşılması söz konusu olacaktır. Bu konuda bir düzenlemeye gidilerek ek belge verenlere prim belgesinin geç verildiği gerekçesiyle idari para cezası uygulanmaması ve primler için gecikme zammı uygulanmamasına yönelik yasal düzenlemenin yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>193</sup>. Ancak kanaatimizce işin niteliği itibarıyla fazla çalışma denkleştirme dönemi bittiğinde ortaya çıkacağından geriye dönük ek bildirme verilmesine gerek olmayacaktır. Zira hukuken fazla çalışma ücretine hak kazanılan an denkleştirme süresinin sonu olacaktır. Bu nedenle denkleştirme süresinin sonundaki ayda verilecek aylık prim ve hizmet belgesinde fazla çalışmanın da beyan edilmesi gerekecektir. Böylece bu çözüm 11. maddede belirtilen sorunun çözümü ile de paralel olacaktır.

## SONUÇ

Çalışma sürelerinde esneklik tiplerinden biri de çalışmamızın konusunu oluşturan yoğunlaştırılmış iş haftasıdır. Yoğunlaştırılmış iş haftasının hukukumuzdaki örneği ise denkleştirme süresidir. Yoğunlaştırılmış iş haftası çalışmanın sıkıştırılan iş günlerine eşit olarak bölünmesi yanında haftalık ya da aylık toplam iş süresinin sıkıştırılması şeklinde çeşitlendirilmektedir. Yoğunlaştırılmış iş haftasının hem işçi açısından hem işveren açısından avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır.

Denkleştirme, bir veya birden çok haftadan oluşan bir zaman dilimi içerisinde işçinin “ortalama haftalık çalışma süresi”nin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı bir esnek çalışma yöntemi olarak

---

<sup>193</sup> TOPCUK, Yılmaz, Yoğunlaştırılmış - Denkleştirilmiş Haftalarda Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliği, <https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=800> (Erişim Tarihi: 10.04.2019)

tanımlanabilir. İş Kanununun 63. maddesine göre, *Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.* Ayrıca fazla çalışmayı düzenleyen 41. maddede 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, normal haftalık iş süresini aşmamak koşuluyla bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı belirtilmiştir. Haftalık işgünlerine bölünmeyen işlerde denkleştirmede ise çalışma dönemi, işin niteliğine göre, en çok altı ayı geçmemek üzere, işveren tarafından belirlenir.

Denkleştirme uygulamasında gerek düzenlemelerden gerek uygulamadan kaynaklanan birtakım sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunlara öngörülen çözüm yolları kısaca şu şekilde sıralanabilir:

Tarafların anlaşması konusunda İş Kanununun 63. maddesinde denkleştirme uygulaması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olması ancak Yönetmelikte yazılı şekil şartının aranması, Yargıtay'ın ise örtülü anlaşma ile denkleştirmenin mümkün olabileceği yönündeki kararları konuyu tartışmalı hale getirmektedir. Kanaatimizce uygulamada olanın ve Yargıtay'ın da kabul ettiğinin aksine toplu iş sözleşmesi ile işçinin rızası alınmamalıdır. Bu toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarını aşmaktadır. Rızanın yazılı olması, denkleştirme çalışma şartlarında bir esaslı değişiklik

olduğundan yönetmelik hükmünde yer alması idi dahi aranması gereken bir şarttır diye düşünmekteyiz.

AB Yönergesinde fazla çalışmalar da dâhil haftalık ortalama 48 saatin aşılması gerektiği yönünde bir üst sınır bulunmaktadır. Oysa bizim hukuk sistemimizde böyle bir üst sınırlama getiren düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle denkleştirme süresinin uzatılması gerektiği yönündeki görüşlere işçi sağlığı ve iş güvenliği gerekçesi ile katılmadığımızı belirtmek isteriz. İşçi ve işveren kararlaştırılan dönem bittikten sonra yeni bir denkleştirme dönemi daha öngörebilirler. Kanunda bu konuda bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce bu hak da sınırsız olarak görülmemeli, denkleştirme uygulaması temel çalışma şekli haline getirilmemelidir. Bu yöndeki eğilimler hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülmelidir. Yıl bazında kaç defa denkleştirme uygulamasına gidilebileceği yönünde bir sınırlama getirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Telafi çalışması hariç, işveren işçinin onayını almak suretiyle, üst sınır objektif iyiniyet kuralları olmak kaydıyla, herhangi bir nedenle denkleştirme uygulayabilir. Fazla sürelerle çalışma halinde de denkleştirmeye gidilebilir. İş sözleşmesi devam ederken geçilen denkleştirme uygulaması çalışma sürelerine ilişkin bir esaslı değişikliktir, Kanunda öngörülen süre içinde dahi olsa işveren tek taraflı olarak kararlaştırılan süreyi uzatamayacaktır. Turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde gece çalışmasında denkleştirme de mümkündür. Neticede denkleştirmede fazla çalışma söz konusu olmadığından denkleştirme yolu ile yoğun çalışılan haftalarda kısmi süreli çalışanların fazla çalışma yapamayacağı yönündeki hüküm dolaylı olarak aşılabılır. İş Kanunu kapsamında zorunlu olarak fazla çalışma yapılan dönemler için denkleştirme esasının uygulanamaz. Yıllık ücretli iznin süreleri ve hastalık izinlerinin süreleri ortalama çalışma süresinin hesaplamasında

dikkate alınmamalıdır. Hem yoğun çalışılan haftada hem az çalışılan haftada işçilere hafta tatili verilmesi gerekmektedir.

Turizm sektöründe 4-6 ay; turizm dışındaki mevsimlik işlerde 2-4 aylık denkleştirme süresi içinde yoğunlaştırılmış çalışma yapılabilir. Burada sürelere riayet etmek kaydıyla, mevsim içinde yoğun günler; mevsim dışına sarkan ve zaten işin olmadığı döneme boş günler denk gelebilir. Mevsimlik işler kural olarak belirsiz süreli sözleşmeye konu olabildiği için turizmde 4-6 aylık, diğer sektörlerde 2- 4 aylık süre içinde mevsim dışına boş günlerin denk getirilmesi vicdani olarak yaralayıcı olsa da, hukuka aykırı olmayacaktır.

Denkleştirmede haftalık ortalama 45 saat aşılırsa, bu durumda işverene verilecek idari para cezasının yanı sıra fazla çalışma söz konusu olacaktır. Fazla çalışmaya karşılık işçi dinlenme de talep edebilir. Ancak dinlenme talebi varsa bu dinlenme ancak denkleştirme süresi bittikten sonra başlayacaktır. Haftalık ortalama 45 saatin aşıp aşılmadığını belirlemek için denkleştirme döneminin bitmesi gerekmektedir. Bu yüzden fazla çalışma ücreti denkleştirme dönemi sona erdiği tarihte ve bu tarihteki ücret üzerinden ödenmelidir. Zira aradaki dönemde ücret artmış olabilir.

Denkleştirme süresi sona ermeden iş sözleşmesinin feshi durumunda, fesih tarihi denkleştirmenin sonu olarak düşünülüp fazla çalışılan süre bu tarihe göre hesaplanmalıdır. Esasında böylece yoğun çalışılan dönem fesihden önce olsa da olmasa da denkleştirme süresi içinde çalışılan süre kendi içinde denkleştirmeye tabi tutulup hesap yapılmaktadır.

SGK yönünden aylık prim ve hizmet bildiregeleri her ay 30 gün üzerinden ve o ay daha az çalışılan dönemlerde eksik, ya da fazla çalışılan dönemlerde fazla çalışma bildirilen şekilde bildirge verilmeyecek; o ay ne kadar çalıştığına bakılmaksızın haftalık 45 saat aylık 30 gün üzerinden tam bir

biçimde bildirim yapılması en makul çözüm olacaktır. kanaatimizce işin niteliği itibariyle fazla çalışma denkleştirme dönemi bittiğinde ortaya çıkacağından geriye dönük ek bildirge verilmesine gerek olmayacaktır. Zira hukuken fazla çalışma ücretine hak kazanılan an denkleştirme süresinin sonu olacaktır. Bu nedenle denkleştirme süresinin sonundaki ayda verilecek aylık prim ve hizmet belgesinde fazla çalışmanın da beyan edilmesi gerekecektir.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan:** İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 3. Baskı, Ankara 2008.
- ALP, Mustafa:** İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- ALPAGUT, Gülsevil:** “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul 2006, 15-69.
- ARICI, Kadir:** Çalışma Sürelerinin Hukukî Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992.
- ASTARLI, Muhittin:** İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- BAECK, Ulrich/DEETSCH, Markus:** Arbeitszeitgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2004.
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap:** İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018.
- BAŞBUĞ, Aydın:** İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008.
- BAYCIK, Gaye:** “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, Sayı 1, Özel Sayı, 223-262.
- BOLAT, Tamer/SEYMEN, Oya Aytemiz/BOLAT, Oya İnci:** “Örgütlerde Esnek Çalışma Uygulamaları ve Buna İlişkin Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Getirilen Düzenlemelerin İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi İİBFD, Cilt 8, Sayı 1, 2006, 1-30.

**CANİKLİOĞLU, Nurşen:** Çalışma Sürelerinde Esneklik, (Esneklik) [http://www.tusiad.org/\\_rsc/shared/file/CANIKLIOGLU-TUSIAD-ISKANUNUNUNESNEKLIGEILISKINHUKUMLERI.pdf](http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/CANIKLIOGLU-TUSIAD-ISKANUNUNUNESNEKLIGEILISKINHUKUMLERI.pdf) (Erişim Tarihi: 04.03.2013)

**CANİKLİOĞLU, Nurşen:** “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren, 1-15.(Çalışma Süresi) <http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

**CANİKLİOĞLU, Nurşen:** “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, 149-199. (III. Yıl)

**CENTEL, Tankut:** “Çalışma Sürelerinde Esneklik Öngören Hükümlerin Uygulanması”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, İstanbul 2013, 59-67.

**ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat:** İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018.

**ÇİL, Şahin:** “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, 2007/3, 57- 79.

**EKMEKÇİ, Ömer:** “Yeni İş Kanununun Getirdikleri”, Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, TİSK Yayınları, İzmir 2003, 43- 52.

**EKONOMİ, Münir:** “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma”, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, 1-14.

**ENGİN, Murat:** “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 5, Mart 2007, 69-75.



**EYRENCİ, Öner:** “Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi”, Çalışma Hayatında Esneklik Flexibilitaet Im Arbeitsleben, İzmir 1994, 159-173. (1994)

**EYRENCİ, Öner:** “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, 150-186. (Forum)

**EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2016.

**GÜNAY, Cevdet İlhan:** “Çalışma Sürelerinde Esneklik”, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, 1-17. (Esneklik)

**GÜNAY, Cevdet İlhan:** Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007.(Fazla Saatler)

**GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk:** Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Eskişehir 2017.

**HAFIZOĞLU, Ece Sıla:** “Çalışma Süreleri”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt 2, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Cilt 15, Sayı 1, Ocak 2016, 123-164.

**HENSSLER, Martin/WILLEMSSEN, Heinz Josef/KALB, Heinz Jürgen:** Arbeitsrecht Kommentar, Köln 2004.

**KITTNER, Micheal/ZWANZIGER, Bertram:** Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 3. Auflage, Frankfurt 2005.

**KOBERSKI, Wolfgang:** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4 . Auflage 2018.

**KOCK, Martin:** BeckOK Arbeitsrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 51. Edition, 01.03.2019.

**MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi:** “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 4, 2004, 1-37.

**MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş:** İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

**NARMANLIOĞLU, Ünal:** “İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, Mart 2010, 27-44.

**NEUMANN, Dirk:** Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung 79. EL Juni 2018.

**ODAMAN, Serkan:** “Liberal İş Hukuku Mantığı Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Denkleştirme Uygulamasına Yönelik Bazı Tespitler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2014, Cilt 20, Sayı 1, Özel Sayı, 67-90.

**ÖKTEM SONGU, Sezgi:** Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007. (Tez)

**ÖKTEM SONGU, Sezgi:** “Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay’ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2006, 169-188. (Örtülü)

**ÖZVERİ, Murat:** “4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Legal, 2006/2, 193-203.

**PARLAK, Zeki/ ÖZDEMİR, Süleyman:** “Esneklik Kavramı ve Emek Piyasalarında Esneklik”, Sosyal Siyaset Konferansları, Sayı 60, 2011/1, 1-60.

<http://www.iudergi.com/tr/index.php/sosyalsiyaset> (Erişim Tarihi: 02.04.2019)

**PLANTENGA, Janneke/REMERY, Chantal:** Flexible Working Time Arrangements And Gender Equality A Comparative Review Of Thirty European Countries, Belgium 2010.

**SENYEN KAPLAN, E.Tuncay:** Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018.

**SEVİMLİ, Ahmet:** “Karayolu Taşımacılığı Sektöründe İş Kanununa Tabi Olarak Çalışan Sürücülerin Çalışma ve Dinlenme Süreleri Konusundaki Hukuki Sorunlar”, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr.Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, 444-476.

**SOYER, Polat:** “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2003 Yılı Toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, 185-198. (Esneklik Sağlayan)

**SOYER, Polat:** “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Türk-İş 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Bolu 2003, 12-36.(İşin Düzenlenmesi)

**SUBAŞI, İbrahim:** “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 301-360.

**SÜRAL, Nurhan:** “Esnekliğin Sosyal Güvenlik Boyutu”, İşveren Dergisi, Cilt 43, Sayı 4-5-6, Ocak-Şubat-Mart 2005,76-79.

**SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, 16.Baskı, İstanbul 2018.

**ŞEN, Sabahattin:** “Esnek Üretim ve Esnek Çalışma”, TÜHİS, Kasım 1999-Şubat 2000, 24-55.

**TOPCUK, Yılmaz:** Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006.

**TOPCUK, Yılmaz:** Yoğunlaştırılmış - Denkleştirilmiş Haftalarda Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliği, <https://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=800> (Erişim Tarihi: 10.04.2019)

**TOWNSEND, Keith J./BROWN, Kerry A./ BRADLEY, Lisa M./LINGARD, Helen C.:** When Working Five Days a Week Seems Radical: Compressed Working Weeks in the Australian Construction Industry, Proceedings 22nd Conference of the Association of Industrial Relations Academics of Australia and New Zealand - Workers, Corporations and Community: Facing Choices for a Sustainable Future, 429-437(Çalışmada 1-11), Melbourne 2008.

**TOZLU, Emine:** “Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, 2011, 99-116.

**TUCKER, Philip:** “Compressed working weeks”, Conditions of Work and Employment Series No. 12, International Labour Office, Geneva 2006, 1-56.

**ULUCAN, Devrim:** “Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri ile İlgili Bazı Düşünceler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 7, Eylül 2007, 5-10.

**WEDDERBURN, Alexander** (Edited by): “Compressed Working Time”, Bulletin of European Studies on Time, Number 10, Ireland 1996.

**YILDIZ, Gaye Burcu:** “Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2011, 203-231.

**YÜCEL, Mehtap:** Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.

**Compressed work week Arrangements and Common Questions,** March 2011, [employment.alberta.ca/esfactsheets](http://employment.alberta.ca/esfactsheets) (Erişim Tarihi: 05.08.2013) (Alberta)

**Compressed work week, A Guide To Job Flexibility At MIT: Tools for Employees and Supervisors Considering Flexible Work Arrangements,** Massachusetts Institute of Technology, June 2004. [http://hrweb.mit.edu/system/files/all/worklife/flexible\\_work\\_arrangements.pdf](http://hrweb.mit.edu/system/files/all/worklife/flexible_work_arrangements.pdf) (Erişim Tarihi: 05.06.2013)

International Labour Office: **Compressed workweeks,** Conditions of Work and Employment Programme Social Protection Sector, Information Sheet No. WT-13, August 2004 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_170701.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170701.pdf) (Erişim Tarihi: 05.08.2013) (Compressed workweeks)

**Is time on your side? An overview of flexible working time options** <http://www.flexibility.co.uk/flexwork/time/time-options.htm> (Erişim Tarihi: 01.02.2019)

**Çalışma Süresine İlişkin 2003/88/EC Sayılı Yönergenin AB Üye Devletleri Tarafından Uygulanması Hakkında Avrupa Komisyonu Raporu**  
**Özet** **Bilgi** **Notu**  
<http://www.mess.org.tr/content/Calisma%20Surelerine%20iliskin%20AB%20>

oYonergesinin%20Uygulamasina%20iliskin%20Komisyon%20Raporu%20Ozet%20Bilgi%20Notu.pdf (Erişim Tarihi: 8.3.2013)

**Gesetzliche Änderungen hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsruhe**  
**per** **1.9.2018,**

[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/Tax/Legal\\_News\\_aenderungen-arbeitszeit\\_19072018\\_DE.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/Tax/Legal_News_aenderungen-arbeitszeit_19072018_DE.pdf) (Erişim Tarihi: 02.05.2019)

Yargıtay kararları için; [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

## ÇEVİRİ

OSMANLI TÜRKÇESİ ASLINDAN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİNE ÇEVİRİ  
SEYYİD BEY, HAK MEFHÛMUNUN VE KUVVE-İ MÜEYYİDESİNİN SÛRET  
TELAKKÎSİ HAKKINDA İSLAM FELSEFE-İ HUKUKUYLA AVRUPA  
FELSEFE-İ HUKUKU ARASINDA BİR MUKAYESEYE DAİR KONFERANS  
[1922 (1338)] \*

DÂRÜLFÜNUN EDEBİYAT FAKÜLTESİ MECMUASI, İSTANBUL, KADER  
MATBAASI

CİLT: II, SAYI: 4, SAYFA: 354-356

Cengizhan KIRNIK \*\*

### TAKDİM

Dar“ül Fünun Edebiyat Fakültesi Mecmuasında yer alan bu yazı, Mehmed Seyyid Bey tarafından verilen konferansın bir değerlendirmesidir.

Mehmed Seyyid Bey İzmir’de doğdu. 1904 yılında 18. devre birincisi olarak Mekteb- i Hukuktan mezun olduktan sonra İzmir’de iki yıl kadar avukatlık yaptı. Dârülfünun Hukuk Fakültesi’nde başladığı usûl-i fıkıh müderrisliği aralıklarla ölümüne kadar devam etti. II. Meşrutiyet, İstiklâl Harbi ve Cumhuriyet döneminde etkin roller aldı. Usûl-i Fıkıh Dersleri I (İstanbul 1328-1329), Usûl-i Fıkıh Dersleri II (İstanbul 1330), Usûl-i Fıkıh, Cüz’-i Evvel: Medhal (İstanbul 1333) Mehmed Seyyid Bey’in başlıca eserleridir.<sup>1</sup>

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 12.06.2019

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

E-Mail: [cengizhankirnik@gmail.com](mailto:cengizhankirnik@gmail.com)

ORCID ID: 0000-0001-9654-1618

<sup>1</sup> <https://islamansiklopedisi.org.tr/seyyid-bey>

Seyyid Bey bu konferansında Avrupa'nın hak nazariyesini anlattıktan sonra İslam hukukunun hak anlayışına da değinmektedir. Seyyid Bey'e göre İslam hukukunun hak anlayışı Avrupa hukukunun hak anlayışından üstündür. Seyyid Bey, Avrupa'daki durum hakkındaki değerlendirmesinde Avrupa hukukunun çöküntüde olduğundan bahsetmiş bunu da sonradan gelen anlayışın öncekileri yıkması ve yerine daha sağlam bir yapı meydana getirememesine bağlamıştır.

Dikkati çeken şey, bundan 2 yıl sonra Mecliste Hilafetin kaldırılması için ikna edici bir konuşma yapacak olan Seyyid Bey'in İslam hukukunu ve onun hak kavramını Avrupa hukukundaki hak kavramı anlayışından üstün bulması ve bu konuda hiçbir tereddüt taşımamasıdır. Bu fikri Hilafetin Mahiyet-i Şer'iyesi hakkındaki nutkunun son bölümünde çok açık ve kuvvetli bir şekilde vurgulamıştır. Hatta burada sunduğumuz metnin daha ilk satırlarında Seyyid Bey gazetelerdeki bazı yazılara atıf yaparak ele aldığı meselenin önemine değinmektedir.<sup>2</sup>

Seyyid Bey'in bu yazısı, aynı zamanda o güne kadar bu konuda ortaya konan ilk eseridir. İstanbul Hukuk Fakültesi'nin bir mensubu olarak Seyyid Bey'in 1922 tarihli Avrupa ve İslam hukukunun karşılaştırılmasını yaptığı bu konuşma Avrupa kanunlarının tercüme edilerek yürürlüğe gireceği dönem düşünüldüğünde çok büyük önem arz etmektedir.

İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) Osmanlıca Makaleler arasında bulunan gerçek metin daha önce belirtildiği üzere Mehmed Seyyid Bey'in yapmış olduğu konferansın değerlendirmesidir. Prof. Dr. Fethi Gedikli bu konferansın tam metnini günümüz Türkçesiyle yayımlamıştır.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Fethi Gedikli, Mehmed Seyyid Bey Ve Hak Kavramı Üzerinden İslâm Hukuk Felsefesi İle Avrupa Hukuk Felsefesi Arasındaki Mukâyesesi, İÜHFM, C. LXXII, S. 1, s. 110.

<sup>3</sup> Gedikli, s. 110 vd.



## Hak Mefhûmunun Ve Kuvve-i Müeyyidesinin Sûret Telakkîsi Hakkında

### İslâm Felsefe-i Hukûkuyla Avrupa Felsefe-i Hukûku Arasında Bir Mukâyeseye Dair Konferans

Hukûk medresesi müderrislerinden Seyyid Bey Efendi'nin Dar'ül Fünûn konferans salonunda [(Hak) mefhûmunun ve kuvve-i müeyyidesinin sûret telakkîsi hakkında İslâm felsefe hukûkuyla garp felsefe hukûku arasında mukâyese] ye dair verdikleri konferans ahiren tab' olunmuştur. Müellif-i muhteremin konferansın başında beyan buyurdıkları gibi (Hak) mefhûmunun menşei ve mahiyeti meselesi en mühim bir mesele-i felsefedir. Şimdiye kadar bu hususta garp feylosoflarının muhtelif efkârıyla İslâm fukahasının (Hak) hakkındaki telakkîsinin mukâyesesine dair Türkçemizde hemen hiçbir eser yoktu. Bu itibarla Seyyid Bey Efendi'nin tabi edilen bu konferansları cidden şayan-ı ehemmiyettir.

Müellif-i muhterem evvelen(?)\*\*\* (Hak) kelimesinin lügavî ve ıstılâhî manâlarını izah eyliyor ve (Hak) mefhûmunu [Bir insan için her vecih ile sabit ve ona muhtas olan şey] diyerek tarif eyliyorlar. Seyyid Bey Efendinin salâhiyet (POUVOİR) ya (Hak) mefhûmundan ayırdıkları, daha doğrusu (Hak) ya melzûmi olan salâhiyet ile tarif etmedikleri için lügavî manasına istinadıyla yukarıdaki tarifi kabul eyliyorlar. Fakat bize öyle geliyor ki (Hak) mefhûm basitini muhakkak tarif etmek lazım ise onu melzûmi olan salâhiyet ile mukabile bulunan vazife ile tahdîd ve tayin etmek icap eder. Çünkü Seyyid Bey Efendi'nin tercih eylediği tarif (Hak)kın insanlar arasındaki münasebetten doğmuş olduğunu tabir-i ahirle ictimaî mahiyetini

\*\*\* Çeviride emin olunamadığı için (?) ifadesi kullanılmıştır.

katiyen arayı eyleyememektedir. O tarifıyla zan olunabilir ki (Hak) insan ile bir şey arasındaki münasebettir. Nitekim müellif-i muhterem de “Hak tahakkuk etmek için bir kere insan sonra bir şey daha sonrada ikisi arasında bir ittisâl ve ihtisâs” bulunan diyorlar. (sayfa 5) Hâlbuki hak mefhûmu evvel emirde insanları ve onlar arasındaki münasebeti tazammun eder. Cemiyet içinde yaşayan ferdin yapmaya kendisini salâhiyettar gördüğü ameller kastedildikçe “hak” kın müşahhas CONCRET tarifi yapılamaz. Öyle zannediyoruz ki (Hak)kın menşei aranırken düşünülecek nokta eşya ile fert arasındaki ittisal hacizin sebebi değil, insanlar arasındaki salâhiyet-i mütekabele “itikadının mahiyetidir.” “Hakk- ı mülkiyeti” bile insanların eşya üzerindeki salâhiyet-i mütekabelelerinden başka bir şey değildir.

(Hak) Mefhûmunun ehemmiyetini göstermek üzere müellif şu sûretle izahatta bulunuyor. “Bu esas [yani (Hak)kın mahiyeti] sağlam ve la yetezelzel bir surette tespit edilmeyecek olur ise üzerine tesis edilecek bina-i hukûk-i daimi inhidama mahkûm demek olur. Nitekim Avrupa“da vaktiyle tesis edilmiş olan müessesat-ı hukûkiyye sağlam ve metin esas üzerine bina kılınmamış olduğundan hemen cümlesi münhedim olmuş, onların yerine yeniden tesis edilenlerin bir kısmı bugün inhidama yüz tutmuştur.” Biz bu fikre iştirak eylemiyoruz. “Hak” mefhûmu hakkında muhtelif telakkîlerin olması mükevvenat hakkındaki nokât-ı nazarın, imanların muhtelif olmasına müstenittir. (Hak)kın menşei esasi meselesi insan ve gaye insanat hakkımızdaki kanaatimize, bu da âlim ve mükevvenat hakkımızdaki telakkîmize sıkı sıkıya bağlıdır. Bu hususta muhtelif kanaatler hâkim oldukça (Hak) mefhûmunun menşei ve mahiyeti hakkında da muhtelif nazariyat mevcut olacaktır. Avrupa“daki müessesat-ı hukukundaki inhidam etmesi, yahut inhidama yüz tutmasını amil-i esasisini (Hak) mefhûmunun mahiyetine dair itikad ve nazariyat-ı muhtelif de görmüyoruz. Bilakis inhidam eden yahut inhidama yüz tutan müessesat-ı hukûkiyyenin tevlit

ettiği ıztırabat yeniden yeniye (Hak)kın mahiyetini araştırmaya insanları sevk edip durmuştur.

Müellif (Hak) mefhûmu hakkında garp müelliflerin belli başlı bütün nazariyyâtını telhis ve bunları tenkit ve İslâm fukahasının bu husustaki nazariyyâtıyla mukâyese ediyorlar ve (Hak)kı ya sırf menfaat ve kuvvete irca' eyleyen basit menfaatçi nazariyyât-ı tenkit eylerken şu mütalaaya serdediyorlar: insanın bir maddiyet, behimiyet ciheti olduğu gibi bir de maneviyat, melekîyyet, ruhaniyet ciheti vardır. Bu yalnız bizde değil âle“lumûm Avrupa“da da böyledir. Avrupa hukemâsında ekserisi maddiyûn mezhebine salik olduklarından mâ-adâsı da insanın manevi bir mevcudiyeti bulunduğuna, binaen aleyh insanın aynı zamanda metafizik bir bünyeyi haiz olduğuna kaildirler.” Bu cümlede gösteriyor ki müellif (Hak) mefhûmunun münhasıran ef“al ve münasebet-i hukûkiyyeden istihrac edilemeyeceğine, insanın bünyevi maneviyesi, gaye- i insaniyet hesaba katılmayınca (Hak)kın mahiyeti anlaşılamayacağına kaildir. Garb efkâr ve nazariyyâtında hep bu esaslı fikir dairesinde tenkît ediyor.

Müellif (Hak) ya hubb-u gayra, ictimaî fedakârlığa istinâd ettirenlerin fikirlerinden bahsederken “Bu fikir bir iman kuvvetini iktisap ederse doğru olabilir. Aksi takdirde laftan, kuru bir mütala-i felsefiyeden ibaret kalır.” fikrini serdeyiyor. Yalnız biz bu mütalaayı Seyyid Bey Efendi“nin mevzuuyla mü(s)nasip\*\*\*\* görmüyoruz. Çünkü mesele (Hak) mefhûmunun menşe-i mahiyetini aramak değil mi? Bu nevi feylosoflar “Hak mefhûmu insandaki ictimaî meyelandan, hubb-u gayrdan, taattuf

---

\*\*\*\* “s” harfi çeviriyi yapan tarafından “münasip” kelimesinin kullanılmasının daha uygun olduğu düşünülmüş ayrıca belirtilmiştir.

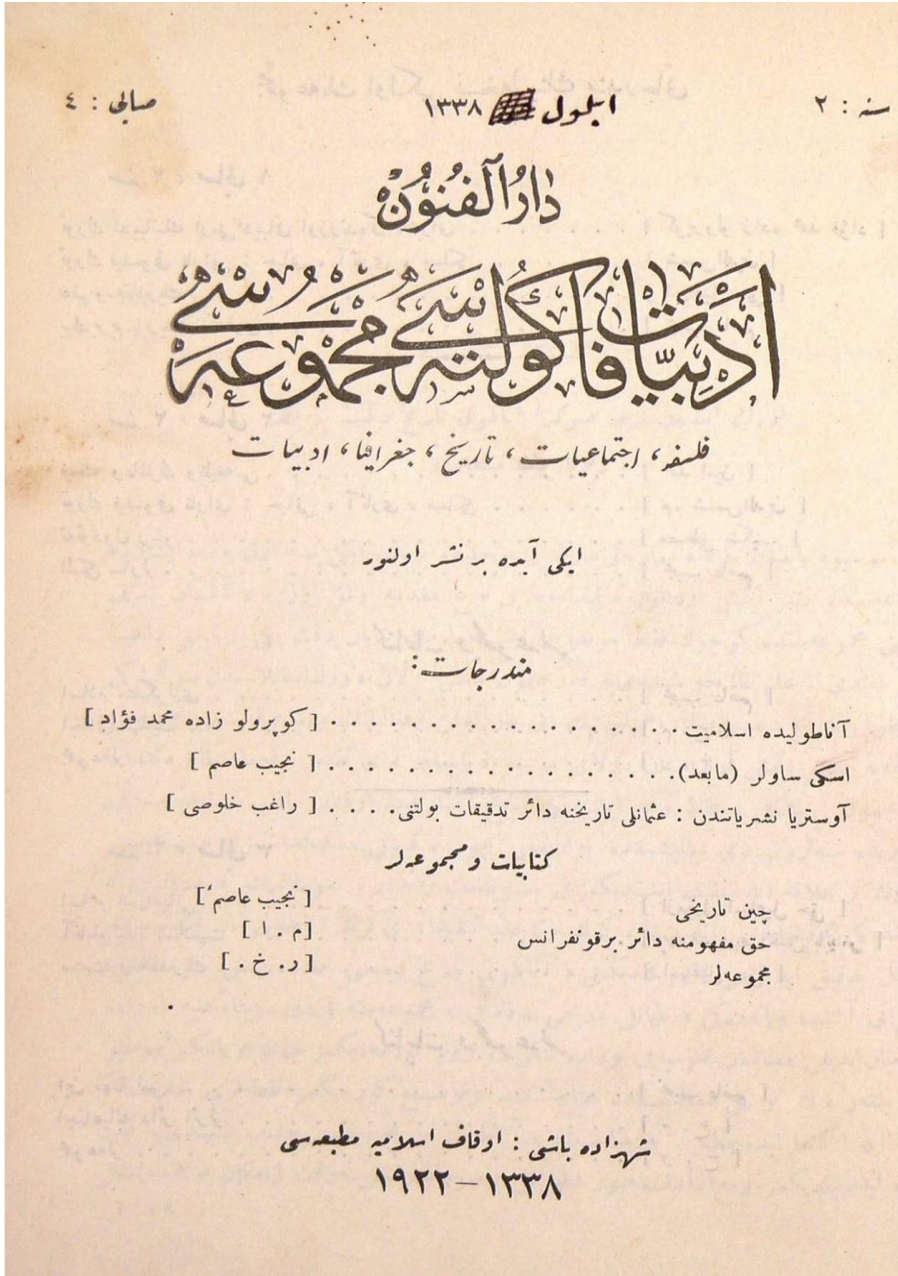
SYMPATİE'dan mütevellidir” diyorlar ki bu fikir İslâm fukahasını kabul eylediği esaslara da çok yakındır. Çünkü “İnsanda behimiyyet ciheti olduğu gibi bir melekiyyet ciheti vardır. Evvelkisi beşeriyet ikincisi insaniyet cihetidir.” Sözü de bu nev“ feylosof ve ruhiyât âlimlerinin nazariyyâtını başka kelimelerle ifade eylemektir. Yalnız garbın bu nev“ âlimleriyle İslâm fukahası arasındaki esaslı fark birincilerin (Hak) mefhûmunun temelini ihtisat SENTİMENT ta aramaları ikincilerinin bunu bir akl-ı selim bir zihin meselesi addetmeleridir. Bundan birkaç asır evvel ihtisatın mahiyetine dair ruhiyet malumatı mahdud olduğu için bu tarz telakkîde tabii idi. Herhalde Seyyid Bey Efendi“nin bu noktada “İnsanda böyle ictimaî meyelan taattuf vardır yahut yoktur. Hak mefhûmunun menşeî bu olabilir yahut olamaz” Tarzında beyan, fikir ilimleri lazımdı zannındayız. Yoksa hubb-u gayrın cemiyet içinde bir akide olup olmaması bu felsefi mütalaa ile alakası yoktur. Hubb-u gayrı taattuf tabii bir his ve meyelan ise onun tabii tezahürü olacak ve (Hak) mefhûmu da bu tezahürattan biri bulunacaktır.

Müellifin İslâmiyet“te de (Hak)kın menşesine dair mütalaaat âlimanesinden öğreniyoruz ki bu fukaha hak mefhûmunu evvel emirde yaşamak ihtiyacına saniyen karşımızdakiler de bu hakkı teslime bizi sevk eden insandaki “melekiyyet” cihetine istinat ettiriyorlar. Fukahanın “melekiyyet” ciheti dedikleri bu gün ruhiyette hubb-u gayra ve meyelan ictimaî dediğimiz şeyden başka bir şey değildir. Fukaha menba (Hak) ya bu suretle ferdi addetmeyle gelmiyorlar. Bir ayet-i kerime mefadından istihraç ederek bunu bir emanet ilahiye ad ve binaen aleyh-i kuds-i ilahi görüyorlar. Bu suretle (Hak)kın ferdin ihtiyarına fevkine is“ad ve vazife ile birleştirmiş oluyorlar.

Seyyid Bey Efendi fakihinin bu nazariyyâtının neticesini bize şu suretle anlatıyor: “İslâmiyet bu istiklâli [yani hakkın sırf ferdi olmasını] kabul etmiyor..... Onun için insana hakk-ı intihar vermiyor. Emvalini

külliyen itlaf etmesine müsaade etmiyor..... Fert için, efrâd-ı sâireye karşı cemiyete karşı hak olan hürriyet kendi hakkında Allah"a karşı bir vazife oluyor."

(40) Sayfa içinde felsefe-i hukûka ait olan mühim bir meselenin büyük salâhiyet ilmiye ile telhisi mahsulü olan bu asrı bütün felsefe meraklılarına da tavsiye eylemeyi bir vecibe addederiz.



کتابیات

۲۵۴

من مفرمناک وقوه مؤیده سنک صورت  
تلقیسی حقنده اسلام فلسفه حقوقیه اروپا  
فلسفه حقوقی آراسنده بر مقایسه به دائر قونفرانس

استانبول ۱۳۳۸  
قدر مطبعه سی

مرسی سید بک

حقوق مدرسه سی مدرسارندن سید بک افندیك دارالفنون قونفرانس صالوننده [ (حق) ]  
مفهومناک وقوه مؤیده سنک صورت تلقیسی حقنده اسلام فلسفه حقوقیه غرب فلسفه حقوقی آراسنده  
مقایسه [ به دائر وبردکاری قونفرانس اخیراً طبع اولونمشدر . مؤلف محترمك قونفرانسك باشنده  
بیان بویوردقاری کی (حق) مفهومناک منشائی وماهیتی مسئله سی لك مهم بر مسئله فلسفه در .  
شیمدی به قدر بو خصوصده غرب فیلسوفلرینك مختلف افکاریه اسلام فقها سنک (حق) حقنده کی  
تلقیسنك مقایسه سنه دائر تورکجه مزده همان هیچ بر اثر یوقدی . بو اهتبارله سید بک افندیك  
طبع ایدیلمن بو قونفرانسلری جدأ شایان اهمیتدر .

مؤلف محترم اولاً (حق) کله سنک لغوی و اصطلاحی معنلری ایضاح ایلیور و (حق)  
مفهومی [ بر انسان ایچون هر وجه ایله ثابت و آکا مختص اولان شی ] دییه رك تعریف ایلیورلر.  
سید بک افندی صلاحیت (Pouvoir) ی (حق) مفهومندن آیردقاری ، دها دوغریسی (حق) ی  
ملزومی اولان صلاحیت ایله تعریف ایتمدکاری ایچون لغوی معنایه استناد ایله به قاریکی تعریف قبول  
ایلیورلر . فقط بزه ایله کلپورکه (حق) مفهوم بسیطی تحقق ایتمك لازم ایسه اون  
ملزومی اولان صلاحیت ایله ، مقابلی بولونان وظیفه ایله تحدید و تعیین ایتمك ایجاب ایدر . چونکه  
سید بک افندیك ترجیح ایله کیکی تعریف (حق) لك انسانلر آراسنده کی مناسبندن دوغمش اولدیغنی ،  
تعبیر آخرله اجتماعی ماهیتی قطعاً اراهه ایله مه مکده در . او تعریفله ظن اولونابیلرکه (حق) انسان  
ایله بر شی آراسنده کی مناسبندر . نته کیم مؤلف محترمده «حق تحقق ایتمك ایچون بر کره انسان  
سوکر ا برشی ، دها سوکراده ایکیسی آراسنده بر اتصال واختصاص بولونان» دییورلر . [ صحیفه ۵ ]  
حالبوکه حق مفهومی اول امرده انسانلری و اونلر آراسنده کی مناسبتی تضمن ایدر . جمعیت ایچنده  
یاشایان فردک یا یقه کندیسنی صلاحیتدار کوردیکی عمللر قصد ایلدیکجه «حق» لك مشخص Concret  
تعریفی بابیلاماز . اوله ظن ایلیوردزکه (حق) لك منشائی آرایرکن دوشونوله چك نقطه اشیا ایله  
فرد آراسنده کی اتصال حاجزك سببی دکل ، انسانلر آراسنده کی صلاحیت مقابله «اعتقادینك ماهیتیدر .  
» (حق ملکیت) بیله انسانلرک اشیا اوزرنده کی صلاحیت متقابلرندن باشقه بر شی دکلدر .

(حق) مفهومناک اهمیتنی کویستمک اوزره مؤلف شو صورتله ایضاحانده بولونوبور: «بواساس  
[ یعنی (حق) لك ماهیتی ] صاعلام ولایتزلزل بر صورتده تثبیت ایدیله به چك اولور ایسه اوزرینه  
تأسیس ایدیله چك بناء حقوقی دائماً انهدامه محکوم دیک اولور . نته کیم آروپاده وقتیه تأسیس  
ایدیلش اولان مؤسسات حقوقیه صاعلام ومتین اساس اوزرینه بنا قیلنمش اولدیغندن همانجه سی  
منهم اولمش ، اونلرک برینه یکیدن تأسیس ایدیلملرکده بر قسی بوگون انهدامه بوز طومتمشدر »  
بز بوفکره اشتراک ایله میورز . «حق» مفهومی حقنده مختلف تلقیلرک اولماسی مکونات حقنده کی



نقاط نظرک ، ایمانلرک مختلف اولماسنه مستنددر . (حق) ک منشائی ، اساسی مسئلهسی انسان وغایه انسانیت حقنده کی قناعتزه ، بوده بوتون عالم ومکونات حقنده کی تلقیمزه سبقه صیقیه باغلیدر . بو خصوصده مختلف قناعتلر حاکم اولدقجه (حق) مفهومک منشاء و ماهیتی حقندهده مختلف نظریات موجود اولدققدر . اوروباده کی مؤسسات حقوقیه نیک انهدام ایتمیسی ، یاخود انهدامه یوز طوطمه سنک عامل اساسیسی (حق) مفهومک ماهیتنه دائر اعتقاد ونظریات مختلفهده کورمیورز . بالعکس انهدام ایدن یاخود انهدامه یوز طوتان مؤسسات حقوقیه نیک تولید ایتدیکی اضطرابات یکیدن یکیه (حق) ک ماهیتی آراشدیرهغه انسانلری سوق ایدوب دورمشدر .

مؤلف (حق) مفهومی حقنده غرب مؤلفلرینک بللی باشلی بوتون نظریاتی تلخیص وبونلری تنقید واسلام فقهاسنک بوخصوصده کی نظریاتیله مقایسه ایلورلرو (حق) ی صرف منفعت وقوته ارجاع ایلین بسیط منفعتی نظریاتی تنقید ایلرکن شو مطالعه یی سرد ایدیورلر : « انسانلک برمادیت ، بهییت جهتی اولدینی کبی برده معنویت ، ملکیت ، روحانیت جهتی واردر . بویالکر بزده دکل ، علی العوم اوروبادهده بویله در . اوروپا حکماسنکده اکثریسی ، مادیون مذهبنه سالک اولانلردن ماعداسی ده انسانک معنوی بر موجودیت بولوندیننه ، بناءً علیه انسانک عینی زمانده متافیزیک بر بنیه یی حائر اولدینغه قائلدرلر . » بوجهلده کوستریورکه مؤلف (حق) مفهومک منحصراً افعال ومناسبات حقوقیه دن استخراج ایدیلهمیه چکننه ، انسانک بنیه معنویه سی ، غایه انسانیت حسابه قاتیلیمینجه (حق) ک ماهیتی آکلاشیلایمیه جفته قائلدر . غرب افکار ونظریاتی ده هب بو اساسلی فکر دائره سنده تنقید ایلور .

مؤلف (حق) ی حب غیره ، اجتماعی فداکارلغه استناد ایتدیرلرک فکرلرندن بحث ایدرکن « بوفکر بر ایمان قوتی اکتساب ایدرسه دوغری اولا بیلیر . عکس تقدیرده لافدن ، قوری بر مطالعه فلسفیه دن عبارت قایلر » فکری سرد ایلور . یالکر بز بو مطالعه یی سید بک افندیکنک موضوعیله متناسب کورمیورز . چونکه مسئله (حق) مفهومک منشاء و ماهیتی آرامق دکلکی ؟ بونوع فیلسوفلر « حق مفهومی انسانده کی اجتماعی میلانن ، حب غیردن ، تعطف Sympathie دن متولددر » دیورلرکه بوفکر اسلام فقهاسنک قبول ایلدیکی اساسلردهه چوق یاقیتدر . چونکه « انسانده بهییت جهتی اولدینی کبی بر ملکیت جهتی واردر . اولکیسی بشریت ، ایکنجیسی انسانیت جهتیدر » [ ص ۳۶ ] سوزی ده بونوع فیلسوف وروحیات عالمرینک نظریاتی باشقه کله لره افاده ایلکدر . یالکر غربک بونوع عالمرله اسلام فقهاسی آراسنده کی اساسلی فرق برنجیلرینک (حق) مفهومک تملی احتساسات Sentiment ده آراملری ، ایکنجیلرینک بونی بر عقل سلیم ، بر ذهن مسئله سی عد ایتلریدر . بونون بر قاج عصر اول احتساسانک ماهیتنه دائر روحيات معلوماتی محدود اولدینی ایچون بو طرز تلقی ده طبیی ایدی . هر حالده سید بک افندیکنک بونقطه ده « انسانده بویله اجتماعی میلان ایچون واردر ، یاخود بوقدر . حق مفهومک منشائی بو اوله بیلیر ، یاخود اولاماز » طرزنده بیان فکر ایللری لازمدی ظنندیز . یوقسه حب غیرک جمعیت ایچنده بر عقیده اولوب اولماسنک بوفلسفی مطالعه ایله علاقه سی بوقدر . حب غیر ، تعطف طبیی بر حسن ومیلان ایسه اونک طبیی تظاهری اولاجق و (حق) مفهومی ده بوتظواهر ایدن بری بولوناجقدر . مؤلفک اسلامیتده (حق) ک منشائنه دائر مطالعات عالمانه سندن اوکره نیورز که فقها حق مفهومی



