

**Ankara Hacı Bayram  
Veli Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram  
Veli University  
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

---

**Cilt XXIV, Ocak 2020, Sayı 1  
Vol. XXIV, January 2020, No. 1**

---

**Ankara 2020**

# ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University  
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

**Sahibi : Owner :**

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü\* Editor in Chief\*\***

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

**Editörler\*: Editors\*\* :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

**Editör Yardımcıları Deputy Editors**

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

**Yayın Kurulu\*: Editorial Board\*\* :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

**Yayın Sekreteri / Secretary of Publication**

Günay KANDEMİR

**ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068**

**Tasarım - Dizgi:** Kemal ERDOĞAN

**Basım Yeri:** Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

**Basım Tarihi:** Şubat 2020

\* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>  
e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com), [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr).

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

#### **DANIŞMANLAR KURULU**

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK  
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)  
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir. Ayrıca Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde

yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.

9.Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal tarama programında (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) azamî %10 benzerlik oranına sahip makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10.Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

11.Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

12.Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.  
Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.  
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.  
İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.  
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), erişim: 13.06.2010)  
Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.  
Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14.Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4  
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr) - [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW  
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has started to be applied. Also a DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles, which has

a maximum 10% similarity ratio (on condition that bibliographic materials, quoted materials and 2% small sources are excluded) in plagiarism scanning programme, are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers’ wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.  
Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.



Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. ([http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1\\_2\\_3.pdf](http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf), Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided. Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number. Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

**Contact Information:** Ankara Hacı Bayram Veli University

Faculty of Law Emniyet Mah.

Muammer Bostancı Cad. No: 4

(Beşevler Metrosu Yakını)

Beşevler/ANKARA/TURKEY

**Tel:** +90 312 216 20 72

**Fax:** +90 312 215 01 69

**web:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

**e-mail:** [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr), [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com)



**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**

**Cilt XXIV**

**Ocak 2020**

**Sayı 1**

**İ Ç İ N D E K İ L E R**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Soyadı Üzerine Güncel Hukukî Sorunlar <b>Süleyman YILMAZ / Gökçe Filiz ÇAVUŞOĞLU .....</b>	<b>3-30</b>
Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam – Doğrudan mı Dolaylı mı? <b>Ali DEMİRBAŞ.....</b>	<b>31-54</b>
Alacağın Devrinde Takas <b>Nalan KAHVECİ.....</b>	<b>55-92</b>
İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu <b>Esra KAŞAK/Muhammed Kiomers GANBARİ.....</b>	<b>93-126</b>
Mahkeme Kararları Işığında Ölüme Bağlı Tasarruf İle Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler <b>Özge ARPACI.....</b>	<b>127-168</b>
Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi <b>Şebnem NEBİOĞLU ÖNER.....</b>	<b>169-218</b>
Taksi, Dolmuş ve Benzeri Ulaşım Araçlarında Çalışanların Sigortalılıkları <b>Gizem SARIBAY ÖZTÜRK.....</b>	<b>219-254</b>

\* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

## KAMU HUKUKU

Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar <b>İzzet ÖZGENÇ</b> .....	257-284
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı <b>Özlem ÇELİK</b> .....	285-328
3213 Sayılı Maden Kanunu Uyarınca Maden Hukukunda Kamulaştırma Usulü <b>Muradiye ÇEVİKÇELİK</b> .....	329-360

**Ankara Hacı Bayram Veli University**  
**Faculty of Law Review**

**Vol. XXIV**

**January 2020**

**Number 1**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

*Current Legal Problems on Surname*

**Süleyman YILMAZ / Gökçe Filiz ÇAVUŞOĞLU..... 3-30**

*Comparative Advertising In Terms Of Consumer*

*Law – Is It Explicitly Or By Implication?*

**Ali DEMİRBAŞ.....31-54**

*Set-Off In The Assignment Of Claims*

**Nalan KAHVECİ..... 55-92**

*Revision In Statute Of Limitations In The*

*Swiss Obligation And Commercial Law*

**Esra KAŞAK/Muhammed Kiomers GANBARI..... 93-126**

*Criteria Developed In Distinction Of Legal Proceedings*

*Between Survivors And Testamentary Disposition, In*

*The Light Of Court Decisions*

**Özge ARPACI.....127-168**

*Allocation Of Family Residence To The Surviving*

*Spouse In The Regime Of Participation In Acquired Property*

**Şebnem NEBİOĞLU ÖNER .....169-218**

*The Social Security Of The People Working In Taxis,*

*Minibuses And Similar Public Transportation*

**Gizem SARIBAY ÖZTÜRK .....219-254**

---

\* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

## PUBLIC LAW

<i>Sexual Offences, The Philosophical Basis on which the Turkish Penal Code Regulations on Sexual Offences, Problems Arising From the Application of the Provisions of the Codes About Sexual Offences</i> <b>İzzet ÖZGENÇ</b> .....	<b>257-284</b>
<i>Right To Free Legal Assistance In Cases Of Civil Rights And Obligations In Turkish Law Under The Decisions Of The European Court Of Human Rights</i> <b>Özlem ÇELİK</b> .....	<b>285-328</b>
<i>The Expropriation Procedure In Mining Law According to the Mining Law Number 3213</i> <b>Muradiye ÇEVİKÇELİK</b> .....	<b>329-360</b>

**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ



# SOYADI ÜZERİNE GÜNCEL HUKUKÎ SORUNLAR

Süleyman YILMAZ\*

Gökçe Filiz ÇAVUŞOĞLU\*\*

## ÖZ

*Toplumun oluşumu, sınıf kavramı ile başlamıştır. İnsanlık tarihinin ise, sınıf kavramından bireyin kimliğine gidiş hali yaşanmıştır. Hem birey hem de sınıf, toplumu şekillendirmede önemli bir rol oynar. Bu sebeple, ikisinin de ayırt edilebilmesi gerekir. Geçmişte ve günümüzde yegâne ayırt etme aracı ise soyadıdır. Bu çalışmamızda öncelikle soyadı kavramının tanımı yapılmaktadır. Ardından soyadı kavramının getirmiş olduğu sorunlar ele alınmaktadır. Bunu yapabilmek için sırasıyla kadının, çocuğun ve erkeğin soyadları incelenmektedir. Kadının soyadının evlenme ve boşanma halindeki durumu ve mevcut düzenlemelerin anayasaya aykırı olup olmadığı tartışılmaktadır. Daha sonra, çocuğun soyadı ve Anayasa Mahkemesinin tutumu irdelenmektedir. Erkeğin soyadı konusu da detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. Son olarak soyadı kavramı üzerine yapılan tartışmalara çözüm sunduğumuz ortak soyadı ilkesi açıklanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Soyadı, Çocuk hakları, Kadın Hakları, Kamu Düzeni, Eşitlik

## CURRENT LEGAL PROBLEMS ON SURNAME

### ABSTRACT

*The formation of the society started with the concept of class. On the other hand, the history of humanity has gone from the concept of class to the identity of the individual. Both the individual and the class play an important role in shaping society. Therefore, both must be distinguished. The only means*

\* Doç. Dr., Ankara University, Faculty of Law, Department of Civil Law (syilmaz@law.ankara.edu.tr). **ORCID ID:** 0000-0002-7779-0528

\*\* Ankara University, Faculty of Law, LL.M. Candidate (filizcavusoglu@hotmail.com). **ORCID ID:** 0000-0002-6753-6032

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682733

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 24/01/2020

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 29/01/2020

*of differentiating in the past and present is the surname. In this study, first of all, the surname concept will be defined. Then the problems arising out of the surname concept will be discussed. In order to do this, the surnames of women, children and men will be examined respectively. The status of the woman's surname in marriage and divorce and whether the current regulations are unconstitutional or not will be explained. Then, the surname of the child and the attitude of the Constitutional Court will be examined. The subject of the man's surname will also be detailed. Finally, we will explain the common surname principle that we provide solutions to the discussions on the concept of surname.*

**Keywords:** *Surname, Children's Rights, Women's Rights, Public Interest, Equality*

## Giriş

İnsanlar, birey olarak bazı ihtiyaçlarını karşılayamadıklarını fark ettikleri an toplumu oluşturdular. Aynı zamanda adil bir düzen oluşturmak gayesiyle bazı haklarından feragat ederek haklarını devlet adındaki suni yapıya devrettiler. Devlet ise onları tanımak ve bir statüye sokmak adına insanlara bir ad vermiştir. Her sınıfın bir adının olması gerektiği ve her sınıftan gelen bireyin bu adla anılması gerektiği fikri insanlar arasında yerleşmiştir. Dolayısıyla her bir sınıf bir ad almıştır. Sonrasında toplumsal değişikliklerle birlikte aileler bir ad ile çağrılmaya başlanmıştır. Ailenin adı kişinin soyunu gösterdiği için aile adına soyadı denmiştir.

Soyadı, kişiyi bir aileye ait hissettiren; ona bir kimlik veren bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Kişi, soyadı sayesinde soyu ile bağ kurabilir ve soyunu öğrenebilir hale gelir. Kişinin soyunu öğrenme hakkı da bir insan hakkı olarak kabul edilmeye başlandığı için soyadı kavramı da önem arz eder hale gelmiştir.

Soyadı, kişinin doğduğu ailenin soyadını almasıyla başlayan ve bazı hallerde değiştirilebilen bir addir. Eşitlik, kamu düzeni, aile ve gelenekler gibi faktörlerin de göz önünde tutulmasıyla birlikte soyadı için getirilen düzenlemeler, farklı hukuk sistemlerinde değişik şekillerde ele alınmıştır. Ancak modern hukuk sistemlerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sebebiyle pek çok ülke, kadın-erkek eşitliğine uygun olarak soyadını düzenlemiştir.

Türkiye'deki düzenleme ise, kadının ve çocukların soyadına ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. Ancak bu düzenlemeler bazen değişen topluma tekrar uyarlanmaya ve yorumlanmaya ihtiyaç duymaktadır. Günümüzde bazı düşünürler<sup>1</sup> ve bazı yasalar<sup>2</sup>, ortak soyadına ihtiyaç duyulmayacağı, şu an ki düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, evlilikle beraber eşler dilerlerse kendi soyadlarını kullanmaya devam edebilir<sup>3</sup>. Yani evlilikle eşler ortak soyadı taşımak zorunda değildir.

Bireyin topluma karşı, toplum da bireye karşı korunması gerekir. Bu korunmayı kamu düzeni denilen ince çizgi oluşturur. Bu sebeple biz ortak bir soyadının olması ve çocukların da bu ortak soyadını taşıması gerektiği kanısındayız. Ancak sadece kocanın soyadının ortak soyadı olarak kullanıldığı bir düzenlemenin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira bu eşitlik ilkesine aykırıdır. Bizce aile ortak bir soyadı ile temsi edilmeli ve eşler bu ortak soyadını beraber seçmelidir.

Çocuğun soyadı ise ailenin evli olup olmadığına göre farklılık arz eder. Ayrıca boşanmanın çoğun soyadına bir etkisinin olup olmayacağı da güncel bir hukukî sorundur. Bu çalışmamızda hem kadın hem erkek ve hem de çocuğun soyadına ilişkin sorunlar ele alınmaktadır.

## I. Soyadı

### A. Soyadı Kavramı

Ad ve soyadı, insanın sadece ölümsüzlüğe kavuşmasına neden olmaz; aynı zamanda kişide bir aidiyet duygusu oluştur ve ona bir kimlik kazandırır. Bunun sonucu soyadı kavramı da en temel insan haklarından. Ayrıca soyadı kavramı; İnsan Hakları Sözleşmeleri'ne, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne konu olmuş önemli bir haktır.

Soyadı, bir kimsenin öz adından hemen sonra gelen, soyunu belirten ve taşınması zorunlu olan aile adıdır<sup>4</sup>. Soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilmez

---

<sup>1</sup> AYAN, s.40.

<sup>2</sup> Bkz. Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve İsviçre Hukuku.

<sup>3</sup> AYAN, s. 40 vd.

<sup>4</sup> MEIER/STETTLER, s. 353; OĞUZMAN / SELİÇİ /OKTAY-ÖZDEMİR, s. 107; DURAL /ÖĞÜZ, s.166; GERMEÇ, s. 67; ERDOĞAN, s. 705; MOROĞLU, s. 245; ÖZTAN, s.164; ABİK, s. 23, 31. AYM, E. 2011/51, K. 2012/32, T. 1.3.2012 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 15.11.2019).: “Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya

ve devredilmez bir haktır<sup>5</sup>. Hatta soyadının miras açılmadan mirasçılara intikal eden bir miras olarak değerlendirilmekte mümkündür<sup>6</sup>. Zira kişi doğduğu anda ailesinin soyadını alır.

21 Haziran 1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile her bir vatandaşının soyadı taşıma zorunluluğu getirilmiştir<sup>7</sup>. Bu sebeple soyadı taşımak hem bir hak, hem de bir ödevdir.

## B. Amacı

Soyadı, toplumda bir düzeni sağlamak, kişileri ayırt edilebilir kılmak adına getirilmiş bir düzenlemedir<sup>8</sup>. Genel olarak soyadının amacı, her bir aileye bir ad vererek kişilerin hem ait oldukları aileyi belirlemede kolaylık sağlamak, hem de toplumsal düzeni sağlamaktır<sup>9</sup>. Her bir aileye yeni katılan üye, ailenin adını alır ve böylelikle ailedeki bireyler vefat etseler bile soyadları yaşamaya devam eder<sup>10</sup>.

Soyadının düzenlenmesi kişilik haklarının<sup>11</sup> ve ailenin korunmasına hizmet etmektedir<sup>12</sup>. Soyadının ortaya çıkış amacının kamu düzeni olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira devletler yurttaşlarını birbirinden ayırmak, hatalı işlem yapmamak, yurttaşın işlemlerinin yapılmasını kolaylaştırmak amacıyla, soyadını, kimliği ayırt etmeye yarayan unsur olarak ortaya çıkartmıştır<sup>13</sup>.

## II. Soyadının Kullanımı ve Kazanılması

Dünyada soyadının yaygın kullanılış şekli, kişinin isminden sonra bir ek olarak soyadının kullanılmasıdır. Bazı kültürlerde ise soyadı, isimden önce

---

*yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır”.*

<sup>5</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 106; TACİR, s. 51.

<sup>6</sup> MOWAT, s. 323.

<sup>7</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 107; DURAL/ÖĞÜZ, s. 166; ÖZTAN, s. 164; BALSOY, Gülhan: s. 159.

<sup>8</sup> ÖZEN, s. 171-172.

<sup>9</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 167; AYAN, s. 20; ÖZEN, s. 172.

<sup>10</sup> BAYGIN, s. 97 vd.

<sup>11</sup> Kişilik haklarının tanımı için Bkz. DURAL / SARI, s. 162.

<sup>12</sup> ÖZEN, s. 171 vd.

<sup>13</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 167; BAŞOĞLU, s.352 vd.

de gelebilmektedir. Ancak genel eğilim addan sonra soyadının kullanılması şeklindedir.

Her bir yurttaşın soyadının olması gerektiği için, soyadının kazanılması konusu gündeme gelmiştir. Her bir aile, soyadını kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, kendilerine uygun bir soyadı seçip nüfusa bildirmişlerdir. Ancak toplumsal değişiklikler, yeni evlilikler gibi nedenlerle insanların soyadlarını değiştirmeleri gerekmiştir. Bu sebeple soyadı sadece soy bağı yoluyla değil, aynı zamanda evlenme yoluyla, evlat edinme yoluyla, idari kararlar, soyadı seçme<sup>14</sup> yoluyla da kazanılır hale gelmiştir<sup>15</sup>.

### III. Soyadı Kavramının Getirdiği Problemler

Soyadının kazanılması ve bazı hallerde de değiştirilebilmesi gerekmektedir. Özellikle evlenme, boşanma gibi durumlarda soyadı kullanımı ile ilgili hukukî sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kadınların, çocukların ve erkeklerin soyadı sebebiyle karşılaştıkları hukukî sorunlar aşağıda detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

#### A. Kadının Soyadı

##### 1. Genel Olarak

Kadının soyadını etkileyen üç önemli olay vardır. Bunlar, doğum, evlenme ve boşanmadır. Kadın, doğumu ile ailesinin soyadını alır. Evlenme ve boşanma halinde ise kadının soyadı değişmektedir. Kadın evlenene kadar ailesinin soyadını taşımaktadır. Evlendikten sonra, kadının soyu değişmemesine rağmen soyadı kanun gereği değişmektedir.

##### 2. Evli Kadının Soyadı

###### a. Genel Olarak

Eski Medeni Kanun döneminde, kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alması gerektiği kendi ailesinin soyadını kullanmaya devam

---

<sup>14</sup> TMK m. 27: “Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilan olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir”; 18. HD., E. 2006/562, K. 2006/1634, T. 2.3.2006 (Kazancı Veri Tabanı): “Adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hâkimden istenebilir ise de kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz”.

<sup>15</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 109 vd; ÖZTAN, s. 164.

edemeyeceği emredici şekilde düzenlenmişti. Modern akımlardan etkilenen yeni Medeni Kanunda, kadınların, kocalarının soyadlarının yanında ailelerinin soyadlarını da taşıyabileceği düzenlenmiştir<sup>16</sup>. Zira TMK. m. 187'e göre "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*".

Genel kabule göre, toplumda ailenin bir ortak soyadının bulunması gerekmektedir. Yeni bir aile kuran kadın ve erkeğin, ortak soyadını taşıması gerekir. Erkek, egemen bir kültürün de etkisiyle ailenin erkeğin soyadını alması gerektiği kabul edilmiş ve bu kabul yasalara yansımıştır<sup>17</sup>. Zira kadının soyadını düzenleyen TMK. m. 187'ye göre evlenen kadın, kocasının soyadını alır. Bu hükmün, emredici niteliği gereği, kadının eşinin soyadını almaktan başka bir seçeneği yoktur<sup>18</sup>. Ancak kadının talep etmesi durumunda kadın evlenmeden önceki soyadını da kocasının soyadı ile birlikte kullanmaya devam edebilir<sup>19</sup>. Bu durumda evli kadının iki tane seçimlik hakkı bulunmaktadır; ya kocasının soyadını kullanır ya da kendi kızlık soyadının arkasına kocasının soyadını alarak soyadını kullanır. Bunun dışında kadının kocasının soyadını almamayı tercih etme hakkı bulunmamaktadır<sup>20</sup>.

### **b. TMK. m. 187'nin Anayasaya ve Uluslararası Anlaşmalara Uygun Olup Olmadığı**

"*Adı olan her şey mevcuttur*"<sup>21</sup>. Bir şeyin adı değiştirildiğinde aslında onun varlığı ve kimliği ile oynanmış olur. Bu sebeptendir ki, tarih sahnesinde bir yerde otorite kurmak isteyenler, egemen kültürlerini orada göstermek için bölgelerin adlarını değiştirmişlerdir. Adı değiştirmek kimliği değiştirmektir. Ad sadece birkaç harften ibaret değildir. Bir kimsenin benliğini, kültürünü ve onu o yapan pek çok şeyin sembolüdür. Evlilik yoluyla kadının kimliğinin değiştirilmesinin ne kadar doğru olduğu bu yüzden hep tartışılmıştır. Zira bu durum, hem eşitlik hukukuna, hem de temel hak ve özgürlükler hukukuna aykırılık oluşturabilir. Anayasa hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de,

<sup>16</sup> GENÇCAN, s. 436.

<sup>17</sup> HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-OĞUZTÜRK, s. 54.

<sup>18</sup> ÖCAL-APAYDIN, s. 436.

<sup>19</sup> GÖZTEPE, s. 121 vd.; ÖCAL-APAYDIN, s. 436.

<sup>20</sup> ÖCAL-APAYDIN, s. 436.

<sup>21</sup> Bkz. Hamdi Tanpınar, Saatleri Ayarlama Enstitüsü.

insan haklarına saygılı devlet ilkesidir<sup>22</sup>. Kişinin soyadı taşıması da, soyunu bilme hakkı da, bir insan hakkı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, sadece kadından soyadını değiştirmesinin istenmesi, anayasaya aykırı kabul edilebilir.

Erkeğin soyadı değişmezken, kadından evlenmesi durumunda kimliğini değiştirmesini istemek, eşitlik hukukuna aykırı olabileceği düşünülebilir. Ancak, İsviçre hukuku, ailenin daha üst bir yapı olduğundan yola çıkarak, cinsiyet eşitliğini de bozarak, erkeğin soyadının alınmasının uygun olacağı yönünde düzenlemeler getirmiştir<sup>23</sup>. Ancak daha sonrasında, aile adı için cinsiyet eşitliğinin bir taraf lehine bozulmasının yıkıcı etkilerinden kurtulmak adına, İsviçre’de kadınların kızlık soyadları ile kocalarının soyadlarını beraber kullanabilecekleri kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Bununla birlikte günümüzde modern hukuk sistemlerinde kadının ve erkeğin soyadı konusunda eşit olması gerektiği kabul görmektedir<sup>25</sup>.

Anayasa m.10’da açıkça “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*” ifadesine yer verilerek cinsiyete dayalı bir ayrıcalığın yasalarla düzenlenemeyeceği ifade olunmuştur. Ayrıca, İstanbul Sözleşmesi, toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık ve şiddeti temel almış olmakla birlikte, toplumsal cinsiyet kavramını detaylı bir şekilde tanımlayan ilk uluslararası anlaşmadır<sup>26</sup>. Söz konusu anlaşma ile taraf devletler, kadın ve erkeğin toplumda her alanda hukuken eşit olacakları yönünde taahhüt vermiştir. Ancak Anayasaya ve İstanbul Sözleşmesi’ne rağmen, sadece kadının eşinin soyadını alabileceği öngörülmektedir. Bu durumda mevcut düzenleme kadın ve erkek arasındaki eşitliği bir taraf lehine bozduğu için Anayasaya ve İstanbul Sözleşmesi’ne aykırıdır.

### **c. Türk Yargısının ve AHİM’in Kadının Soyadına İlişkin İzlediği Tutum**

#### **aa. Türk Yargısı**

Kadın ve erkek eşitliğinin vurgulandığı bir diğer sözleşme ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Yalnızca cinsiyete dayalı farklı

---

<sup>22</sup> GÖREN, s. 90 vd.

<sup>23</sup> ÖCAL-APAYDIN, s. 430; AYAN, s. 40.

<sup>24</sup> ÖCAL-APAYDIN, s. 430; AYAN, s.40.

<sup>25</sup> ATASAYAN, s.200 vd.

<sup>26</sup> BAKIRCI, s. 135.

bir düzenlemenin Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, çok geçerli nedenlerin sunulması gerekmektedir<sup>27</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, emsal teşkil eden somut bir olayda, evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerine karşın evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını kullanamamalarının benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı farklı muamele olarak değerlendirilebileceğini vurgulamıştır<sup>28</sup>. Zira Yargıtay “*Hemen ifade edilmelidir ki; farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe 14. maddenin ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanması zorunludur*” demiştir<sup>29</sup>.

Söz konusu karar, kadının soyadı konusunda bir devrim niteliğindedir. Kadının, bekârken kullandığı soyadını kullanılmasının, aile birliğinin sağlanmasına negatif etkisi olacağı savunmasına karşı, aile birliğinin sağlanmasında ortak bir soyadın kullanılmasının etkinliği olmayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ortak soyadı kullanımının sadece geleneksel yaklaşımın sonucu olduğunu söylemiştir. Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, evli bireylerin ortak soyadı kullanmaması halinde, nüfus hizmetlerinin yürütülmesinde ortaya çıkabilecek birtakım aksaklıkların da teknik düzenlemeler ile aşılabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “*evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler densesnel ve makul bir nedeni olmadığını...*” kabul etmiştir.

## bb. AİHM

Avrupa Birliğinde, soyadı konusunda birçok devletin bu alandaki iç hukuk hükümlerini değiştirdiği görülmektedir. Fakat bazı üye devletlerin, bunu yapmadığı, ancak yapması gerektiği yönünde bir karar verilmiştir. Avrupa Birliği hukukuna göre, âdet ve yerel gelenek çeşitliliğine saygı duyulmasının gerekmektedir. Ancak bu saygının sınırını da ayrımcılık yasağı belirlemektedir. Soyadı konusunda, kadınlar aleyhine ayrımcılık yapan hükümler bulunan devletlerin, bu ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri almaları gerektiği ifade edilmiştir. Türkiye'deki düzenlemeler ise, bireyin ve eşitliğin ön planda olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulunmuştur.

<sup>27</sup> Schuler-Zraggen/İsviçre, 24 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A sayı 263, § 67.

<sup>28</sup> HGK, E. 2014/2-889, K. 2015/2011, T. 30.9.2015 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 14.11.2019).

<sup>29</sup> HGK, E. 2014/2-889, K. 2015/2011, T. 30.9.2015 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 14.11.2019).



Nitekim AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye<sup>30</sup>, Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye<sup>31</sup>, Tuncer Güneş/Türkiye<sup>32</sup>, ve Tanbay Tüten/Türkiye<sup>33</sup>, kararlarında cinsiyete dayalı farklı muamelelerin, AİHS 14 ve 8. maddelerine ve hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

Ünal Tekeli-Türkiye davasında Ünal Tekeli, evlendikten sonra eşinin soyadını almak istememektedir. Ancak 1990 tarihinde yaptığı evlilik sonucu eşinin soyadını rızası olmaksızın kanun gereği almıştır. Meslek hayatında bekârlık soyadı ile tanındığı için kızlık soyadını da kullanmaya devam etmiştir. Bu uygulamanın eşitlik hukukuna aykırılığını ileri süren Tekeli, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne uyuşmazlığı taşımıştır. Bunun sonucu Türkiye aleyhine karar verilmiştir.

Kadının soyadına ilişkin olan bir diğer karar, Tanbay Tüten- Türkiye kararıdır. Başvuran, yetkililerin evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını taşımasına izin vermemesinden şikâyet ederken, Türk yasalarının evli erkeklere, kendi soyadlarını taşımasına izin vermiştir, şeklinde beyanda bulunmuştur<sup>34</sup>. Bunun cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açtığını ve Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddeyle uyumsuz olduğu belirtilmiştir. Bu davanın sonucunda da Türkiye aleyhine karar verilmiştir<sup>35</sup>.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her konuda olduğu gibi kamu düzenini bu kadar etkileyen bir alanda da bireysel tutumunu bozmamış ve bireyin haklarını toplum düzenini nazara almadan korumaya çalışmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Türk kanunlarının soyadı konusunda eşitlik ilkesini yansıtmadığına yönelik tespiti isabetlidir. Ancak ailedeki ortak soyadı kavramını yok etmeye yönelik kararlar, toplumun yapı taşını oluşturan aileyi olumsuz yönde etkileyebilir. Bu da kamu düzeninin bozulması ile sonuçlanabilir.

### **3. Boşanmış Kadının Soyadı**

Boşanmanın hüküm ve sonuçlarından bir tanesi de soyadına ilişkindir. TMK. m. 173/I'e göre, boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını

---

<sup>30</sup> B. No: 29865/96, 16/11/2004.

<sup>31</sup> B. No: 7971/07, 28/5/2013.

<sup>32</sup> B. No: 26268/08, 3/10/2013.

<sup>33</sup> B. No:38249/09, 10/12/2013.

<sup>34</sup> DEMİR, s. 12.

<sup>35</sup> Bkz. Tanbay Tüten v. Turkey, B. No 38249/09.

yeniden alır. Ancak kadın evlenmeden önce dul idiyse, hâkimden bekârlık soyadını taşınmasına izin verilmesini isteyebilir.

Boşanma halinde, kadının talep etmesi durumunda, hâkim, kocasının soyadını kendi isminin önünde kullanmaya devam etmesine karar verebilir. Ancak kadının, bunun kocaya zarar vermeyeceğini ispatlaması ve kullanmada menfaati olduğunu ispatlaması gerekir (TMK. m. 173/II). Örneğin, kadın boşandığı eşinin soyadı ile ünlenmişse veya çocukları bulunuyorsa, anne çocuklarla aynı soyadını taşımak istiyorsa, kadının boşandığı eşinin soyadını taşımakta menfaati vardır denebilir.

## **B. Çocuğun Soyadı**

### **1. Medeni Kanundaki Düzenleme**

#### **a. Genel Olarak**

Türk Medeni Kanun'un 321. maddesinde “*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır*” hükmüne yer verilerek soyadı müessesesi düzenlenmiştir. Söz konusu kanun hükmü, defî yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ana ve babanın evli olması durumunda, çocuğun aile adını taşınmasını öngören kısmı anayasaya aykırı bulunmamıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi, bu maddenin birinci cümlesinde yer alan “... evli değilse ananın ...” ibaresini iptal etmiştir<sup>36</sup>.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda çocuğun soyadı, çocuğun evlilik içinde doğup doğmamasına göre şekillenmektedir<sup>37</sup>. Evlilik içinde ya da herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz içinde doğan çocuk, babasının soyadını alır. Evlilik dışında doğan çocuk, anasının ve babasının birbiriyle evlenmesiyle kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere bağlı olur ve babanın soyadını alır. Evlilik dışında ya da evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz günden sonra doğan çocuğun eskiden annesinin soyadını alacağı belirtilmişti<sup>38</sup>. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kanun evlat edinilen çocuğun ise evlat edinenin soyadını alacağına hükmetmiştir.

<sup>36</sup> AYM, 2/7/2009 tarihli ve E.: 2005/114, K.: 2009/105 sayılı kararı; KILIÇOĞLU, s.600.

<sup>37</sup> KILIÇOĞLU, s. 600.

<sup>38</sup> Bkz. Soyadı Nizamnamesi m. 15; ÖZDAMAR, s. 441 vd.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çocuğun hangi durumlarda ve şartlarda hangi soyadını alıp taşıyacağı yasalarla belirtilmiş olup anne veya babanın çocuğun soyadını seçmesi mümkün değildir<sup>39</sup>.

### **b. Evlilik İçinde Doğan Çocuğun Soyadı**

Çocuğun annesi ve babasının evli olması durumunda çocuk ailenin ortak soyadını alır. Bu durumda çocuklar babalarının soyadlarını alırlar<sup>40</sup>.

### **c. Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Soyadı**

Evlilik dışında ya da evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz günden sonra doğan çocuğun eskiden annesinin soyadını alacağı belirtilmişti. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu iptal kararı iki açıdan eleştirilmektedir. İlk olarak, söz konusu iptal kararı, aynı zamanda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin de örtülü olarak yürürlükten kaldırılması anlamına gelmektedir<sup>41</sup>. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ana ve baba evli değilse çocuğun anasının soyadını almasının çocuk yararına aykırılık oluşturabileceği düşüncesidir<sup>42</sup>. Bu iptalle sanki çocuğun babasının soyadını alması çocuğun daha menfaatine olacağı düşünüldüğü ifade edilmiştir<sup>43</sup>. Ancak pek çok ülkede evlilik bağı yoksa, çocuğun ananın soyadını alması gerektiği kabul edilmiştir. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı isabetlidir. Zira Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir*" denmiştir. Bu hüküm göz önünde bulundurulduğunda, evlilik dışı doğan çocuğun, annesinin veya babasının soyadını alacağını önceden belirlemek, çocuğun menfaati her olaya göre farklılık arz edebileceği için Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmektedir. Çocuğun evlilik dışında doğması durumunda, annesinin veya babasının soyadını taşıması konusunda, onun menfaatine bakılmalı ve ona göre soyadı belirlenmelidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin kararı çocuğun menfaatine uygun bir karardır.

---

<sup>39</sup> GERMEÇ, s. 68.

<sup>40</sup> AYAN, s. 23.

<sup>41</sup> AKKAYAN-YILDIRIM, s. 69-89; ACABEY, s.498.

<sup>42</sup> AYAN, s. 26 vd; GERMEÇ, s. 67.

<sup>43</sup> AYAN, s. 26 vd; GERMEÇ, s. 67.

Herhangi bir nedenle evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz içinde doğan çocuk da tıpkı evlilik içinde doğan çocuk gibi babasının soyadını alır. Evlilik dışında doğan çocuk, anasının ve babasının birbiriyle evlenmesiyle kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere bağlı olur ve babanın soyadını alır<sup>44</sup>.

#### **d. Evlat Edinilen Çocuğun Soyadı**

TMK m. 314'te yer alan düzenlemeye göre *“Evlâtlık küçük ise evlât edininenin soyadını alır. Evlât edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir. Ergin olan evlâtlık, evlât edinilme sırasında dilerse evlât edininenin soyadını alabilir”*. Bu durumda evlat edinilen küçük, ailenin soyadını alır. Ancak Ergin bir birey evlat ediniliyorsa kendisine seçim hakkı tanınmaktadır<sup>45</sup>. Evlat edinilen, ergin ise kendisine seçim yapma hakkı tanınır. Ergin evlat edinilen isterse evlat edininenin soyadını alır veya dilerse kendi soyadını kullanmaya devam eder.

### **2. Boşanmanın Çocuğunun Soyadına Etkisi**

Boşanmanın hüküm ve sonuçlarından bazıları kadının soyadına ve velayete ilişkindir. Kadın boşanma ile birlikte bekârlık soyadını kullanmaya başlar. Buna karşılık çocuğun soyadı, boşanma ile birlikte kendiliğinden değişmemektedir. Ancak bazı toplumsal değişimler, kadınların toplumdaki statüsünün değişmesi, çocuğun menfaati gibi durumlar sebebiyle boşanma sonucu çocuğun soyadının değiştirilebileceği kabul görmeye başlamıştır<sup>46</sup>. Burada, boşanmadan sonra çocuğun soyadına ilişkin olarak Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü incelemekte yarar vardır.

#### **a. Yargıtay'ın Çocuğun Soyadına İlişkin Vermiş Olduğu Karar**

Doktrinde<sup>47</sup>, çocuk menfaatinin öne çıkması gerektiği, dolayısıyla çocuğun soyadının da çocuğun menfaati olduğu durumlarda değişmesi gerektiği savunulurken, Yargıtay bu görüşe katılmamaktadır. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda: *“bir çocuğa soyadı verilmesi için o çocuğun doğum tarihinde anası ile babasının evli olup olmadığına bakılması gerekir. Doğum tarihinde ana ve baba evli ise çocuk ailenin diğer bir anlatımla babanın soyadını alacaktır. Çocuğun soyadı bu surette belirlendikten sonra,*

<sup>44</sup> AYAN, s. 26 vd.

<sup>45</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 172; BAYGIN, s. 214.

<sup>46</sup> KILIÇOĞLU, s. 601.

<sup>47</sup> Çok menfaatinin çocuk hukukunda önde olduğuna yönelik Bkz. SEROZAN, s.162 vd.

*onun soyadını velayet hakkına veya başka nedenlere dayanarak değiştirmek Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün değildir” demiştir<sup>48</sup>. Yargıtay’a göre, evliliğin sonradan boşanma ile sona ermesi halinde velayet hakkının anneye verilmiş olması çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden sayılmaz ve mevzuat da buna izin vermez<sup>49</sup>. Yargıtay, mevzuatın boşanma sonrası çocuğun soyadının değişmesine izin vermediğini belirttiikten sonra, mevzuat izin verseydi dahi sonradan gelişen sebeplerden dolayı çocuğun yararı açısından velayetin babaya yeniden verilmesi halinde bu kez baba velayet hakkına dayanarak tekrar çocuğun soyadını değiştirmek isteyebileceğini ve bununda kamu düzenine aykırılık oluşturabileceğini belirtmektedir. Zira Yargıtay’a göre, “velayet kimde ise çocuk onun soyadını taşıyacak o halde baba da bu haktan mahrum edilemez. Böyle bir uygulamanın nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliği ve istikrarı zedeleyeceği gibi asıl bu gibi uygulamalar çocuğun ruh hali üzerinde çok derin ve etkili travma yaratacaktır. Yargı mercileri bu durumu gözeterek ana ile babanın ya da ailelerin çocuk üzerinden inatlaşarak onun yararlarını hiçe sayıp, hukuken oluşmuş statüleri gerçek dışı ve yapay sebeplerle değiştirmeye çalışmalarına izin vermemeleri, söz konusu istemlerine alet olmamaları gerekir”<sup>50</sup>.*

Anayasa Mahkemesi, 1934 tarihli Soyadı Kanununun 4. maddesini de iptal ederek boşanmadan sonra velayet kendisine tevdi edilmiş annenin, kendi soyadını çocuğa verilebilmesinin yolunu açmıştır<sup>51</sup>. Buna rağmen Yargıtay, çocukların soyadının bu şekilde değiştirilmesini çocuk yararına aykırı gördüğü ve boşanan anneler tarafından açılan davalarda, yerel mahkemelerce verilen kabul kararlarını ve direnme kararlarını bozduğu görülmektedir<sup>52</sup>. Diğer bir ifade ile, Yargıtay nüfus sicillerinin sıkı sık değişime açık olması durumunun kamu düzenini bozacağını ve bu sebeple, boşanma sonucu velayeti elinde bulunduran tarafın çocuğun soyadını değiştirmeyi talep edememesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> HGK, E. 2013/18-2352, K. 2015/1710, T. 19.6.2015 (Kazancı, Erişim 6.11.2019).

<sup>49</sup> Bu yöndeki kararlar için Bkz. HGK, E. 2013/18-1755, K. 2015/1039, T. 13.3.2015 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019); HGK, E. 2013/18-1658, K. 2015/997, T. 11.3.2015 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019).

<sup>50</sup> Bkz. HGK, E. 2013/18-2352, K. 2015/1710, T. 19.6.2015 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019).

<sup>51</sup> AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, T. 8. 12.2011, RG. 14.02.2012.

<sup>52</sup> GERMEÇ, s. 68.

<sup>53</sup> Bkz. 18. HD.,E. 2009/10864,K. 2010/1097, T. 1.2.2010 (kazancı Veri Tabanı, Erişim 25.11.2019) :“4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. ( önceki 743 sayılı Yasanın 259.

## b. Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadına İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılı Mayıs ayından itibaren, boşanan ve çocuğunun velayetine sahip olan annelerin, çocuklarına kendi soyadlarını vermek için yapılan bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarında, annelerin yapmış olduğu taleplerin reddetmesinin hukuka aykırı bulduğu ve hak ihlâli olduğuna karar verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu kararı verirken üç temel unsuru göz önünde tuttuğu anlaşılmaktadır. Bunlar; aile hayatına saygı, eşitlik ve çocuğun menfaatidir.

Aile hayatına saygı ilkesi gereği, kadının da çocuğuna soyadını verebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira Anayasa Mahkemesine göre, *“Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede, çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir”*<sup>54</sup>. Boşanma sonrasında ise, velayeti alan anne ve çocuk arasında aile yaşamının kurulması önem arz etmektedir. Ancak anne ve çocuğun soyadının farklı olması bazı durumlarda ailenin kurulmasını olumsuz etkileyebilir. Bu da özel hayata saygı ilkesinin ihlâlüne sebep olabilir.

Bir diğer unsur ise eşitliktir. Eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilkedir<sup>55</sup>. Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan *“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”* hükmü uyarınca Anayasa'nın “genel esaslar” bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından

---

*) maddesi hükmüne göre doğru nesepli çocuk babanın ( ailenin ) soyadını taşır. Babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı, usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe, çocuğun da soyadı değişmez. Bu durumda somut olayda baba kendi soyadını değiştirmedikçe göre velayeti altındaki küçüklerin soyadlarının değiştirilmesi konusunda açtığı davanın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır”.*

<sup>54</sup> “Başvuru konusu olayda başvuruçunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Bu bağlamda boşanma davası sonucunda velayet hakkı kendisine tevdi edilmiş olan başvuruçuyu ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki aile yaşamının kurulması için yeterlidir”.

<sup>55</sup> ULUCAN, s. 371-372.

da geçerli olduğu açıktır. Eklemek gerekirse, Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca da yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler. Bir çocuğa soyadını sadece babanın verebilmesi ve annenin çocuğa soyadını verememesi kadın-erkek eşitliğine aykırılık yaratır. Bu da Anayasaya aykırıdır. Bunun sonucu Anayasa Mahkemesi de “Velayet hakkı ve bu bağlamdaki yetkilerin kullanımı da dâhil olmak üzere cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili birçok uluslararası hukuk belgesinde de yer almaktadır” demektedir<sup>56</sup>.

Anayasa Mahkemesinin değindiği son ilke ise çocuk menfaatidir. Zira Anayasa Mahkemesi çocukla ilgili işlemler yapılırken çocuğun menfaatinin de gözetilmesi gerektiğini de vurguladığı görülmektedir<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi, velayeti elinde bulunduran annenin çocuğa soyadını verebilmesi gerektiğinin, kadın-erkek eşitliği ilkesi ile ilişkili olduğu kanaatinde. Kanaatimiz, her ne kadar Anayasa Mahkemesinin sonucu isabetli ise de, çocuğun soyadı konusunun daha çok çocuk hakları ile ilgili olduğu yönündedir.

### **3. Çocuğun Soyadına Yönelik Değerlendirmelerimiz**

Anayasa Mahkemesi'nin, vermiş olduğu kararlarında, boşanma sonucu çocuğun soyadının değiştirilmesini, daha çok eşitlik ve aile hayatına saygı ilkesine dayandığı görülmektedir. Ancak, kanaatimiz, çocuğun menfaatinin daha önemli olduğu yönündedir. Çocuğun soyadı, Çocuk Hakları Sözleşmesi, eşitlik ilkesi ve özel hayatın gizliliği ilkesi göz önünde bulundurularak aşağıda ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

#### **a. Çocuk Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirme**

Çocuk hukukunda uluslararası toplum, çocuğun üstün yararı ilkesini benimsemiştir<sup>58</sup>. Söz konusu ilke, çocuğun üstün yararını belirlerken, onun

---

<sup>56</sup> AYM, B.2013/2414, K. 6/1/2016, Resmî Gazete Tarihi: 29 Mart 2016 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019).

<sup>57</sup> AYM, B. 2013/9880 T. 11.11.2015; AYM, 2. B., B. 2014/1826 T. 20.7.2017 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019).

<sup>58</sup> Bu ilke Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; TMK m.339/1, 346/1: Çocuk Koruma



bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>59</sup>. Ayrıca çocuk hukukuna hakim olan ilke, çocuğun yararının gözetilmesi ilkesidir<sup>60</sup>. Bu sebeple, çocuğun konu edinildiği bütün hukukî sorunlarda önce çocuğun yararı düşünülmelidir<sup>61</sup>. Bu sebeple sırf kadın-erkek eşitliği gerekçesiyle çocuğun soyadını belirlemek çocuk hukukuna aykırılık teşkil eder.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde "*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar*" denilmektedir. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 90/V hükmü uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası anlaşmalar ve kanunlar arasında itilaf çıkması durumunda uluslararası anlaşmalar uygulanır. Bu durumda çocukları ilgilendiren hiçbir düzenlemenin çocuk hakları sözleşmesine aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca kanunlar ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çakışması durumunda Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre, çocuk yararına yorum yapılmalı ve ona göre karar verilmelidir. Hal böyle olunca, boşanma durumunda çocuğun annesinin veya babasının soyadını kullanılmaya başlaması çocuğun ruhsal,

---

Kanunu m.4/b'de düzenlenmektedir.

<sup>59</sup> Bu ilkenin Türk hukukunda da uygulandığını gösteren yargı kararları için bkz. 2. HD., E. 2016/22821, K. 2018/9412, T. 18.9.2018 (Lexpera, Erişim 5.11.2019); 2. HD., E. 2016/21850, K. 2018/8934, T. 11.9.2018 (Lexpera, Erişim 5.11.2019); 2. HD., E. 2016/24853, K. 2018/11255, T. 17.10.2018 (Lexpera, Erişim 5.11.2019).

<sup>60</sup> BAYGIN, s. 271; SEROZANs.162; AKYÜZ, s.12.

<sup>61</sup> ÖZTAN, s.866; 2. HD.,E. 2019/2834,K. 2019/5028, T. 29.4.2019 (kazancı Veri Tabanı, Erişim 21.11.2019):"*Velayet düzenlemesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlâki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de, aynı yönde karar vermesi gerekir. Yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınmalıdır*"; 2. HD.,E. 2019/906, K. 2019/1745, T. 27.2.2019 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 21.11.2019).



ahlâki ve toplumsal hayattaki durumunu ne derece etkileyeceği araştırılmalı ve çocuğun menfaati hangi soyadını kullanmada ağır basıyorsa o soyadının kullanılmasına karar verilmesi Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne en uygun olan yoldur.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeden, iç düzenlemedeki hiçbir kanun hükmünün çocuğun ana veya babası tarafından bakımını zorlaştırmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda kanaatimizce, boşanma sonucunda ana ve çocuğun soyadının farklı olması hastane, ıslah evi, okul ve otel gibi yerlerde zorluk çıkartıyorsa, çocuğun velâyetini elinde bulunduran annenin soyadını alması Çocuk Hakları Sözleşmesi açısından en isabetli olan çözümdür. Bu durumda Yargıtay'ın, kamu düzenini ileri sürerek çocuğun annenin soyadını alamayacağını belirtmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmaktadır.

Çocukların velayetinin annede kalması durumunda, anne ve çocuğun soyadının farklı olması, çocukların ruhsal travma yaşamasına sebep olabilmektedir. Bu durumda çocuğun soyadının değiştirilerek annesinin soyadını alamaması çocuğun menfaatini ihlâl edecektir<sup>62</sup>.

### **b. Eşitlik İlkesi Uyarınca Değerlendirme**

Eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak, hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hakim, temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 10. maddesi “ayrımcılık yasağı” biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşınması nedeniyle, ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir<sup>63</sup>.

AİHM içtihadında<sup>64</sup> ise ayrımcılık yasağı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı

---

<sup>62</sup> TACİR, s. 50.

<sup>63</sup> AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/9/1996 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 6.11.2019).

<sup>64</sup> Bkz. S.A.S v. France, Başvuru no. 43835/11; Sejdić ve Finci v. Bosna–Hersek, Başvuru no. 27996/06.

muamelede bulunulması şeklinde tanımlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinin diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını, ancak her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayacağını, eş değer ya da benzer bir konumdaki diğer bireylere imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanmasının gerekli olduğunu, bu kapsamda farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiğini, böyle bir nedenin varlığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceğini, bu bağlamda Sözleşme'nin güvenceye aldığı bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olmasının da yeterli olmadığını, bunun yanı sıra kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının da zorunlu olduğunu belirten Mahkeme, taraf devletlerin, benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi hâllerde farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduğunu, bununla birlikte önemli bir ayrımcılık temeli olan cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gerektiğini vurgulamaktadır. Çocuğun sadece babanın soyadını alabileceğini kabul etmek ise eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeple Yargıtay'ın tutumu eşitlik ilkesine de aykırıdır.

### c. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi Uyarınca Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, çocuğun soyadının velâyet hakkının sahibi anne ile farklı olması durumunda, özel hayata saygı ilkesinin ihlâl edilebileceğini kabul etmiştir. Kanaatimizce bu görüş, isabetli bir görüştür. Zira çocuğun soyadının anne ile aynı olmaması durumunda, aile hayatının gizliliği ihlâl edilebilir. Pek çok devlet kurumunda, aile olunduğunun kanıtlanması için ayrıca bir çaba sarf edilmesi gerekebileceği gibi, bireylerin herkesin gözünden uzak ve ev hayatı olarak tabir edebileceğimiz hayatları da etkilenebilir. Örneğin, daha önce de belirtildiği üzere, velayeti elinde bulunduran anne ve çocuğun soyadı farklı olunca, çocuklar aile oldukları bilincini pekiştiremeyebilirler. Burada çocuğun yararı gözetilmelidir. Çocuğun aile hayatı ihlâl ediliyorsa, boşanma sonrası çocuk annesinin soyadını alabilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” ifadesine yer verilmiştir. Aile, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki

ilişki olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifade ile boşanma sonucu velayet annede kalmışsa bir aile yaşamının kurulması için yeterli şartlar sağlanmıştır denebilir. Zira aile olabilmek için anne, baba ve çocuk üçlemesine gerek yoktur. Nitekim AİHM’de vermiş olduğu bir kararda boşanma davası sonucunda velayet hakkı kendisine tevdi edilmiş olan başvuru ile çocuk arasındaki ilişkide aile yaşamının kurulması için yeterli olacağını belirtmiştir<sup>65</sup>.

Ebeveyniler ile çocuklar arasındaki ilişki, hukuken korunan önemli bir ilişkidir. Bu ilişki, sadece bir hukukî ilişki değildir; aynı zamanda bir duygusal ilişkidir<sup>66</sup>. Çocukların üstün yararı, çocuğun hayatı gibi pek çok etkenin bu ilişkide yer aldığı görülmektedir. Zira Yargıtay da bir kararında “*Her ne kadar analık ve babalık duygularını tatmin de önemli bir faktör ise de çatışma haline çocuğun yararını üstün tutmak zorunludur*” ifadesine yer vermiştir<sup>67</sup>. Bu durumda, çocuğun annesinin soyadını alıp alamamasında, özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılığın olup olmadığı, çocuğun özel hayatının gizliliğine müdahale edilip edilemediği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira çocuk üstün olarak korunmalıdır. Soyadının aynı olmaması, çocuğun ve velayeti elinde bulunduran annenin özel hayatını etkileyebileceği görülmektedir. İşte bu gibi durumlarda, çocuğun özel hayatı için annesinin soyadını alması uygun olarak değerlendirilmelidir.

### C. Erkeğin Soyadı

Evlilik durumunda kadın veya erkek bir soyadını ortak kullanmak zorundadır. Uygulamada genellikle kadının erkeğin soyadını aldığı görülmektedir. Ancak erkeğin de karısının soyadını almayı tercih edebileceği ve buna hukuken bir engelin bulunmadığı kanaatindeyiz.

TMK. m. 187’de, evlenme sonucu kocanın soyadının aile soyadı olması gerektiği düzenlenmiştir<sup>68</sup>. Ayrıca söz konusu düzenleme emredici nitelikte olduğu için taraflarının bunu üzerinde tasarruf edebilme hakları da bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Kanaatimizce bu durum, eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu sebeple, erkeğin de evlenince karısının soyadını alabilmesi gerektiğini, hatta bekârken kullandığı soyadı ile birlikte karısının soyadını taşıyabilmesi

---

<sup>65</sup> DURSUN, s.201.

<sup>66</sup> SERDAR, s. 739.

<sup>67</sup> 2. HD.,E. 2000/7431, K. 2000/8396,T. 20.6.2000 (Kazancı Veri Tabanı, Erişim 21.11.2019).

<sup>68</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155.

<sup>69</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155.

gerektiğini düşünmekteyiz.

Türk hukukunda evlenme ile erkeğin soyadı değişmemektedir. Hatta erkeğin bunu talep etmesi durumunda dahi nüfusta bu işlemin yapılmadığı görülmektedir. Ancak erkeğin de kadının soyadını alma hakkına sahip olması gerekir. Türk yargısının önüne gelen bir olayda Türk vatandaşı bir erkek İsviçre vatandaşı bir kadınla evlidir. İsviçre’de evelenen çift ailenin ortak soyadı olarak kadının soyadını seçmişlerdir. Türk vatandaşı olan erkek bekârlık soyadını terk ederek İsviçreli karısının soyadını kullanmaya başlamıştır. Ancak Türkiye’deki yazışmalarda bekârlık soyadı görüldüğü için bu durumunun değiştirilmesini ve *Kırgız* olarak gözüken soyadının *Vollenweider* olarak düzeltilmesini talep etmek üzere İstanbul 11. Asliye Hukuk Mahkemesine dilekçe vermiştir<sup>70</sup>. İlk derece mahkemesi, erkeğin soyadının değiştirilmesi ve karısının soyadını almasını hukuka uygun bulurken kamu yararı adına Cumhuriyet Savcılığı temyiz yoluna gitmiştir. Bunun üzerine mahkeme, erkeğin karısının soyadını almasının kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>71</sup>. Söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira 2001 tarihinde yürürlüğe giren TMK ve Anayasa, kadın-erkek eşitliğini sağlama amacı gütmektedir<sup>72</sup>. Kadın evlenince erkeğin soyadını alabiliyorsa, erkeğin de, eşitlik ilkesi gereği kadının soyadını alabilmesi gerekmektedir. Ayrıca kadın-erkek eşitliği kamu düzenindedir. O halde söz konusu kararın gerekçesi de kabul edilemez.

Türk hukuku, kadına eşinin soyadının yanında bekârlık soyadını da kullanabilme imkânını vermiştir. Ancak böyle bir imkân erkeklere verilmemiştir. Bizce bu uygulama da eşitliğe aykırıdır. Erkeklerin istemleri halinde eşlerinin soyadlarını alma veya eşlerinin soyadlarının yanında bekârlık soyadlarını kullanma hakkının da olması gerekir. Kadın-erkek eşitliğinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için, kanun koyucunun erkeğin de eşinin soyadını alabileceğini düzenlemesi önem arz etmektedir.

#### **D. Soyadı Sorununa Bir Çözüm: Ortak Soyadı**

##### **1. Genel Olarak**

Aile, bir toplumdaki en önemli sosyolojik kümedir. Aileyi tıpkı bir hücreye benzetebiliriz. Nasıl hücreler bir araya gelip dokuları oluşturuyorsa; aileler de

<sup>70</sup> ESEN, s. 439 vd.

<sup>71</sup> Karar için bkz. ÇELİKEL/NOMER, , s. 473-475; 18.HD. E.288/1997. K.1496/1997, T.25.2.1997; ESEN, 439.

<sup>72</sup> ESEN, s. 449.

bir araya gelip toplumu oluşturur. Ayrıca, nasıl ki bir hücredeki huzursuzluk diğer hücreyi de etkiliyorsa, bir ailedeki yapıda toplumu etkiler. Bu sebeple, aileye ilişkin her türlü düzenleme aynı zamanda kamu düzeni kavramı ile de ilişkilidir. Her ne kadar bireyin ön plana çıktığı, bireyin haklarının toplumdaki korunması gerektiği genel olarak kabul edilse de, bazı hallerde bireyler için toplumun düşünülmesi ve korunması da gerekmektedir.

Soyadı da kamu düzeninin sağlanması ve aile birliğinin kurulması adına önemli bir rol oynar. Bu nedenle, ailenin ortak bir soyadının olması gerektiğini düşünmekteyiz.

## **2. Eşlerin Soyadları Üzerindeki Etkisine Göre Soyadları Sistemleri**

### **a. Genel Olarak**

Evliliğin karı ve kocanın soyadı üzerindeki etkisi, iki tür sistemi doğmuştur. Bunlardan birincisi, ailenin ortak bir soyadının olmasının gerekmediği sistem; ikincisi ise, ailenin mutlaka ortak bir soyadının zorunlu olduğu sistemdir<sup>73</sup>.

Ortak bir aile soyadının zorunlu olmadığı hukuk sistemleri bulunmaktadır. Bu sistemler, bireyselleşme akımlarından etkilenmiştir. Buna göre, aile birliğinin ortak bir soyadı ile temsil edilmesi gerekli değildir. Örneğin; Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya ve 01 Ocak 2013 tarihinden itibaren İsviçre hukukunda kabul edilen uygulamaya göre ailenin ortak soyadının olması zorunlu değildir<sup>74</sup>.

Bazı sistemlerde ise ailenin ortak bir soyadı ile temsil edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Örneğin, Türk hukukunda ailenin zorunlu bir ortak soyadının olması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak Türk hukuku, ataerkil zihniyetin etkisi altında kalarak sadece erkeğin soyadının ortak soyadı olabileceğini kabul etmiştir.

### **b. Ortak Soyadı**

Her ne kadar bireyselleşen dünyada, bireyin hakları üstün tutulsa da, bazen toplum düzeni bireyin haklarını korumak adına üstün tutulmalıdır. Toplum ve birey arasındaki dengeyi korumak adına kamu düzeni kavramı ortaya çıkmıştır.

---

<sup>73</sup> AYAN, s. 40.

<sup>74</sup> AYAN, s. 40.

Kamu düzenin tam anlamıyla bir tanımı olmamakla birlikte, kamu düzeni, ülkedeki kurum ve kuralların işlerliğini, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini sağlamak ve insanlar arasındaki ilişkilerde huzuru oluşturmak, kuralların hukuk ve ahlâk kurallarına uygunluğunu sağlamak amacıyla oluşturulan düzen olarak tanımlanabilir<sup>75</sup>. Diğer bir anlatımla kamu düzeni, toplumun genelini için var olan uyum halidir. Bu sebeple kamu düzeni kaynağını toplumun yapısı ve adetlerinden de alır. Nitekim Yargıtay da bir kararında şöyle ifade etmiştir: “*Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlâk anlayışı, Türk Kanunlarının dayandığı temel adalet duygusu ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk normları, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri, millî hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır*”<sup>76</sup>. Üstelik taraflar kamu düzenine uymak zorundadır ve kamu düzeni ile ilgili konularda tarafların serbestçe tasarruf etme hakkı da bulunmamaktadır<sup>77</sup>.

Soyadı da kamu düzeni ile ilgilidir. Zira soyadı, kültürümüzde aileyi tanımlayan ve ona aidiyet hissi veren bir kavramdır. Bu nedenle soyadının kamu düzeninden kabul edilmesi gerekir. Bir aileyi belirtmekte soyadı kullanılmaktadır. Üstelik soyadı ailedeki aidiyet duygusunu da pekiştirmektedir. Ortak bir soyadının bulunmaması durumunun geleneklere aykırılık teşkil edeceği ve toplumda bir huzursuzluğa sebep olabileceği ve devlet kurumlarındaki işleyişe negatif etki edebileceği kanısındayız. Avrupa Bakanlar Komitesi, vermiş olduğu bir tavsiye kararında, soyadına ilişkin gelenekler ve yerel adetlere dayanan farklı yasal sistemler bulunsa da bu sistemlerin ayrımcı hükümler içermemesi durumunda kabul edilebileceğini

<sup>75</sup> ÇELİK-ŞEŞEN, s. 15; HGK., E. 2011/568, K. 2012/47, T. 8.2.2012 (Lexpera, Erişim 7.11.2019): “*Kamu düzeni doktrinde genel olarak, “bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlâki ve hukukî açılarından temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.” şeklinde tanımlanmaktadır. (Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan”, “Kamu Düzeni”, Ankara, 1988, sh.152)”*; Anayasa Mahkemesi’nin 28.1.1964 tarih ve E.1963/128, K.1964/8 sayılı kararı (Kazancı veri Tabanı): “*...kamu düzeni deyiminin, toplumun dirlilik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devletin ve Devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle, toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur...*”.

<sup>76</sup> Bkz. 18. HD., E. 2013/16914, K. 2014/5145, T. 20.3.2014 (Lexpera, Erişim 7.11.2019).

<sup>77</sup> YILMAZ, s.152.

öngörmüştür<sup>78</sup>. O halde Türk toplumunda geleneklerin devam edilip ailenin ortak bir soyadı ile temsil edilmesi gerektiği ve çocukların da bu ortak soyadını alması gerektiği, ancak bu düzenlemenin ayrımcılık oluşturmamasına dikkat edilmelidir. Zira bir hukuk devletinde bir kısma ayrımcılık yapılması kabul edilemez<sup>79</sup>.

Türk hukukunda mevcut sistem, ortak soyadını öngörse de mevcut düzenlemeler isabetsizdir. Bunun sebebi, Türk hukukunda ataerkil zihniyetin devam ederek sadece erkeğin soyadının ortak soyadı olabileceğinin kabul edilmesidir. Bu uygulama cinsiyet eşitliğine aykırıdır. Kanaatimizce, ortak bir soyadı taşınması aile için önem arz eder ve kamu düzeninin bozulmaması için önemlidir. Ancak sadece erkeğin soyadının alınması, hukuka uygun değildir. Zira Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ve kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. Devletin yegâne görevi, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamaktır. Bu durumda evli kadının soyadının açık rızası olmadan değişmesini bir zorunluluk olarak göstermek kabul edilir değildir. Zira Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi de vermiş olduğu bir kararında, eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasını yasal bir zorunluluk olmaktan çıkartmak üzere bir düzenlemeye gidilmesi ve bu yapılırken bazı örnek sistemlerin benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu sistemler kararda şöyle belirtilmiştir: “Eşlerin ortak bir soyadı, özellikle de eşlerden birinin soyadı, her iki eşin soyadlarının birleştirilmesiyle oluşan bir soyadı ya da her iki eşe de ait olmayan bir soyadı üzerinde anlaşması; her iki eşin de evlilikten önceki soyadlarını değiştirmemesi; yasalar uyarınca ortak soyadının her iki eşin soyadlarının birleştirilmesi suretiyle oluşturulması”<sup>80</sup>.

Kanaatimizce, aileyi oluşturan kadın ve erkek soyadını seçme konusunda özgür olmalıdır. Kadının veya erkeğin soyadını alma konusunda bir tercih haklarının verilmesi gerekmektedir. Nitekim bazı hukuk sistemleri, eşlerin ortak soyadı taşıma zorunluğunu getirmesine rağmen eşlerin ortak soyadlarını seçebileceğini de düzenlemiştir<sup>81</sup>. Örneğin, 31 Aralık 2012 tarihine

---

<sup>78</sup> Bkz. 28 Nisan 1995 tarihli ve 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararı ve 27 Ekim 1978 tarihli 878) 37 sayılı karar.

<sup>79</sup> ANAYURT, s. 448-449.

<sup>80</sup> 27 Ekim 1978 tarihli 878/ 37 sayılı karar, ayrıca Bkz. Ünal Tekeli vs Turkey davası.

<sup>81</sup> AYAN, s. 40.

kadar İsviçre’de uygulama böyleydi. İsviçre’de aileler kadının veya erkeğin soyadını ortak soyadı olarak seçebiliyordu<sup>82</sup>. Türkiye’de toplumların gelenek ve göreneklere, aile yapısı ve devletin işleyişi göz önünde bulundurulduğunda ortak bir soyadının olması gerektiği açıktır. Ancak eşitlik ilkesi gereği, kadının veya erkeğin soyadının hangisinin ailenin ortak soyadı olacağı seçimlik hak olarak taraflara verilmelidir. Aksi haldeki durum, Anayasada yer alan ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil eder.

Ortak soyadının savunmamızın altında yatan bir diğer etken ise aile kütükleridir. Aile kütükleri bireylerin adlarının, soyadlarının, anaların ve babaların ve büyükanne ve büyükbabalarının adlarını, soyadlarını, sağ olup olmadıklarını ve bunun gibi kişinin bilgilerini içeren kütüktür<sup>83</sup>. Soyadı üzerinde yapılan değişiklikler, aile kütüklerinin düzgün tutulmasını olumsuz etkileyebilir. Bu da kişinin soyunu öğrenmesini engelleyebilir. Ayrıca aile kütüklerinde yaşanacak bir sorun enstest aile ilişkilerin artması sonucunu da doğurabilir. Bu yöndeki kaygılarımızda ortak soyadının olması düşüncesini benimsememize neden olmuştur.

#### IV. Sonuç

Bir aileye verilen ve bir kimsenin öz adından sonra kullanılan, kişilerin soyunu belirlemeye yardımcı olan ve kanun gereği taşınması zorunlu olan ada soyadı denilmektedir. Soyadının kullanılmasının altında yatan amaç ise kişileri ayırt edebilir kılmak, aileyi belirlemede kolaylık sağlamak, toplumsal düzeni sağlamak ve kişide aidiyet duygusunu pekiştirmektir.

Kadının, erkeğin ve çocuğun soyadlarına ilişkin farklı düzenlemeler ve yargı kararları bulunmaktadır. Bu nedenle kadının, erkeğin ve çocuğun soyadı ayrı ayrı ele alınması gereken konulardır. Kadının soyadının evlenince eşinin soyadı olması gerektiği Türk hukukunda kabul edilen bir yaklaşımdır. Daha sonra, kadının bekârlık soyadını da kocanın soyadı ile birlikte kullanabileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ancak evliliğin kadının soyadını değiştirmemesi gerektiği düşüncesi ile AHİM’e yapılan başvurular kabul edilmiştir. AHİM, evliliğin soyadını değişmesi sonucunu doğurmaması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Buna rağmen Türk hukukunda, ortak soyadının kullanılması zorunluluğu değiştirilmemiştir.

<sup>82</sup> AYAN, s. 40; BAŞAKOĞLU, s.369 vd.

<sup>83</sup> ÖZTAN, s. 205.



Çocuğun soyadı ise, ailesinin evli olup olmamasına göre düzenlenmiştir. Kanun çocuğun soyadını evlilik içinde doğup doğmamasına göre farklı düzenlemiştir. Ayrıca kanun evlat edinilen çocuğun soyadına ilişkin de düzenlemeler öngörmüştür. Çocuğun soyadına yönelik tartışma, boşanma sonucu çocuğun soyadının değişip değişmeyeceğine yöneliktir. Anayasa Mahkemesi kadın-erkek eşitliği, aile hayatına saygı gibi ilkeleri ileri sürerek boşanma sonucu velayeti elinde bulunduran annenin çocuğun soyadını değişmesini talep edebileceğini kabul etmiştir. Söz konusu karar isabetli de olsa gerekçesinde bazı hukukî sorunlar taşımaktadır. Zira çocuğun olduğu bir birimde çocuk hukukuna göre gerekçe yazılmalıdır. O halde çocuğun menfaatine göre çocuğun soyadının boşanma ile değişebileceğinin kabulü gerekir.

Erkeğin soyadı ise üzerine düşünülmesi gereken diğer bir hukukî konudur. Zira evlenme sonucu kadınlar eşlerinin soyadlarını alabilirken erkeklere bu hak açıkça tanınmamıştır. Bu durum kadın-erkek eşitliği açısından sorunludur. Erkeğinde eşinin soyadını alabilme hakkı bulunmalıdır.

Kadın, erkek ve çocuk üçgeninde soyadı sorununa getirilebilecek en iyi çözüm yolu ortak soyadı sistemini devam ettirmektir. Ancak mevcut ortak soyadı sistemi değiştirilmelidir. Bu çalışmamızda kamu düzeni, ailenin korunması gibi sebeplerle ortak soyadının olması gerektiği, ancak mevcut sistemin ve algının değişmesi gerektiği savunulmuştur. Kanımızca, erkek de karısının soyadını alabilir veya kadında erkeğin soyadını alabilir. Ancak, mutlaka bir ortak soyadında kadın ve erkek birleşmelidir. Çocuklarda evlilik birliği süresinde ailenin ortak soyadını taşınmalıdır.

## KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.
- ACABEY, Beşir: Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı), D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, 2017.
- AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010.
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku,6.B., İstanbul 2018.
- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısımlar,2.B., Ankara 2018.
- APAYDIN-ÖCAL, Bahadır: Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturuldu mu?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, Sa. 2, 2015.
- ATASAYAN, Gözde: Kadının Soyadı Da Yok", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013.
- AYAN, Serkan: Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Sa. 4, 2012.
- BAKIRCI, Kadriye: İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, Sa.4, 2015.
- BALSOY, Gülhan: Meltem Türköz. Naming and Nation-Building in Turkey: The 1934 Surname Law, New York, Palgrave Macmillan, 2017, xiv 213 pages. New Perspectives on Turkey.
- BAŞOĞLU, Başak: Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8., 2017.
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, 1.B., İstanbul 2010.
- ÇELİK-ŞEŞEN, Hülya: Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, 1.B., Ankara 2018.
- ÇELİKEL, Aysel/NOMER, Engin: Devletler Hususi Hukuku-Örnek Olaylar-

- Mahkeme Kararları, 7.B., İstanbul 2001.
- DEMİR, Nazlı Hilal: The Surname of Married Women: An Everlasting Problem, Fasikül Hukuk Dergisi, 2017, Sa. 88.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1, 9.B., İstanbul 2014.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 15.B., İstanbul 2014.
- DURSUN, Gizem: AİHM Kararları Işığında Özel hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sa 167.
- ESEN, Emre: Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşin Soyadını Alamaması, MHB, Prof. Dr. Sevin Tolunere'e Armağan, sa 1-2, 2004.
- ERDOĞAN, İhsan: Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, Sa. 1-2, 1998, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan.
- GERMEÇ, Mahir Ersin: Çocuğun Soybağı ve Soyadı, Terazi Hukuk Dergisi, sa. 67, 2012.
- GÖREN, Zafer: Anayasa Hukuku, 2.B. Ankara 2015.
- GÖZTEPE, Ece: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, AÜSBFD, C.54, Sa .2, 1999.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, 2.B., Ankara 2016.
- MEIER, Philippe/ STETTLER, Martin: Droit de la Filiation, 4.B., Geneve-Zurich 2009.
- MOWAT, H. M.: The Law of Names, Canadian Law Times, 1900.
- MOROĞLU, Nazan: Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 99, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR-Saibe: Kişiler Hukuku, 14.B., İstanbul 2014.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Ankara 2011.

- ÖZDAMAR, Demet: Kadın Hukuku Mevzuatı, 2.B., Ankara 2012.
- ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku, 7.B., Ankara 1997.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6.B., Ankara 2015.
- SERDAR, İlknur: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- TACİR, Hamide: Evli Kadının Kendi Soyadını Kullanması Konusunda Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5., sa.1, 2017.
- ULUCAN, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, 2013.
- YILMAZ, Süleyman: Hukuk Başlangıcı, 1. B., Ankara 2019.

# TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAM – DOĞRUDAN MI DOLAYLI MI?\*

Ali DEMİRBAŞ\*\*

## ÖZ

*Karşılaştırmalı reklamda, çeşitli ürün ya da hizmetler, rakiplere ait ürün ya da hizmetlerle mukayese edilir. Rakibin şahsı, mal ve hizmetleri, açıkça ya da ima yoluyla karşılaştırmalı reklama konu olabilir. Bu yönüyle karşılaştırmalı reklam, diğer reklam türlerinden farklılık arz eder. Ayrıca karşılaştırmalı reklam, diğer reklam türlerine göre daha etkilidir.*

*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde karşılaştırmalı reklama dair düzenlemeler yer almaktadır. Bahsi geçen Yönetmelik'te, karşılaştırmalı reklamın tanımı yapılmış ve şartları belirlenmiştir. Esasen bu düzenlemeler; 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara Dair Yönerge'de ifadesini bulan hüküm ve esaslara dayanmaktadır. Ne var ki, söz konusu Yönetmelik uyarınca, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait marka ve diğer ayırt edici işaretlere yer verilmesi yasaklanmıştır. Başta bu husus olmak üzere, karşılaştırmalı reklama dair önemli görülen hususlar bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı reklam, Türk Ticaret Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Bununla birlikte konu, haksız rekabet hükümlerinden ziyade, tüketici hukuku açısından ele alınmıştır.*

***Anahtar Kelimeler:** tüketici, reklam, karşılaştırmalı reklam, marka ve reklam, ticari reklam*

## **COMPARATIVE ADVERTISING IN TERMS OF COMSUMER LAW – IS IT EXPLICITLY OR BY IMPLICATION?**

### **ABSTRACT**

*In comparative advertising, a variety of goods or services are compared to goods or services offered by competitors. The competitor's person, goods and services may*

\* Bu çalışma, 8-10 Mart 2019 tarihleri arasında Adana'da düzenlenen İKSAD 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi'nde "Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam" başlığıyla sunulan tebliğ esas alınmak suretiyle genişletilerek kaleme alınmıştır.

\*\* Dr. Öğr. Ü., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. E-mail: ali.demirbas@ihu.edu.tr.

**ORCID ID:** 0000-0001-8143-8036.

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682765

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 03/07/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 30/10/2019

*be the subject of a comparative advertisement, either explicitly or implicitly. In this respect, comparative advertising differs from other types of advertising. Comparative advertising is also more effective than other types of advertising.*

*The Code on Consumer Protection and the Regulation on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices include provisions on comparative advertising. In the aforementioned Regulation, the definition of comparative advertising has been made and its conditions have been regulated. These regulations are based on the provisions and principles stated in the Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising. However, in accordance with the said Regulation, comparative advertising is prohibited to include trade marks and other distinguishing marks of competitors in comparative advertisements. This is subject of this study, which is important for comparative advertising. Comparative advertising is also regulated in the Turkish Commercial Code. However, the issue has been discussed in terms of consumer law rather than unfair competition provisions.*

**Keywords:** *consumer, advertising, comparative advertising, trade mark and advertising, commercial advertising*

## GİRİŞ

Rekabetin ve pazarlama yöntemlerinin gelişip çeşitlendiği günümüzde işletmeler, sadece kendi ürün ve hizmetlerinin tanıtımını yapmakla yetinmemekte, bilakis kendi ürün ve hizmetlerini rakip ürün ve hizmetleriyle karşılaştırmak gibi daha etkin reklam türlerine de başvurmaktadırlar. Bu sayede tüketiciler de rakip firmaları ve aynı ihtiyacı karşılayan mal ve hizmetleri karşılaştırma imkanına kavuşmakta, diğer reklam türlerine nazaran daha fazla aydınlanmaktadırlar. Bu çerçevede Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>1</sup> (TKHK), ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar kapsamında (m. 61-63), aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklama konu olabileceğini hükme bağlamıştır (m. 61 V). Karşılaştırmalı reklama dair ayrıntılar ise, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği<sup>2</sup> (Yönetmelik) ile düzenlenmiştir. Tüketicilere yönelik her türlü ticari reklam ve haksız ticari uygulamaları kapsamına alan Yönetmelik, çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait ayırt edici unsurlara yer verilmesine imkân tanıyan ancak yürürlüğe girmesi baştan

<sup>1</sup> 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013, Sayı: 28835).

<sup>2</sup> RG 10.1.2015, Sayı: 29232.

itibaren ertelenen Yönetmelikteki kimi hükümler Aralık 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kapsamda karşılaştırmalı reklamın tanımında da değişikliğe gidilmiştir.

Esasen karşılaştırmalı reklam, Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>3</sup> (TTK) haksız rekabete ilişkin hükümleri arasında da düzenlenmiştir. Ne var ki karşılaştırmalı reklamın her yönüyle incelenmesi bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bu sebeple çalışmanın kapsamı, Aralık 2018 tarihinde Yönetmelikte gerçekleşen kimi hüküm değişikliklerinin tüketici perspektifinden incelenmesi ile sınırlı tutulmuştur. Haksız rekabet hükümlerine ise çalışmanın kapsamı ile sınırlı olarak temas edilmiştir. Buna göre, karşılaştırmalı reklamın tanımında değişikliğe gidilmesi, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait ayırt edici unsurlara yer verilememesi (doğrudan karşılaştırma yasağı) ve bununla bağlantılı olan hususlar bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

## **I. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMIN TANIMI VE DOĞRUDAN – DOLAYLI ŞEKLİNDE AYRIMI**

Bu başlık altında karşılaştırmalı reklamın tanımı ile doğrudan karşılaştırma – dolaylı karşılaştırma ayrımı üzerinde durulmuştur. Ancak, karşılaştırmalı reklam tanımına geçmeden önce “reklam” nedir sorusuna değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu nedenle, aşağıda öncelikle reklam tanımına yer verilmiş, ardından diğer hususlara geçilmiştir. Esasında bu başlık altında yapılan açıklamalar, çalışma konusuyla bağlantılı olarak karşılaştırmalı reklama dair genel bir bakış açısı sunmakta, takip eden başlıklar için de bir tartışma zemini oluşturmaktadır.

### **A. Reklamın Tanımı**

Bir mal veya hizmetin sürümünü artırma gayesiyle yapılan her türlü tanıtım, reklam olarak nitelenebilir<sup>4</sup>. Bu tanım uyarınca, ticari gayeyle ve iradi

---

<sup>3</sup> 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 14.2.2011, Sayı: 27846).

<sup>4</sup> İNAL, s. 13-14; İNAL/BAYSAL, s. 6; ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 968; ÖZDEMİR, s. 67; CEYLAN, s. 196; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 204. Karş. GÖLE, s. 35 (Yazar, reklam vasıtasıyla bir malın, hizmetin ya da ticari düşüncenin tüketicilere tanıtılmakta olduğuna dikkat çekmektedir); BOZBEL, (2006), s. 28, 31 (Yazar, reklamı “belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak üzere yapılan her türlü beyanlar” / “Bir ticari veya mesleki faaliyet dahilinde, mal veya hizmetlerin sürümünü veya mal veya hizmetlere olan talebi artırmayı hedefleyen her türlü beyan” olarak tanımlamaktadır); ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 418 [Yazar, reklamı “bir plan dahilinde, diğer insanları gerek tek tek fertler olarak gerek belirli bir gruba mensup kişiler olarak etkileyerek, belirli bir davranış biçimi için kazanmak üzere kullanılan araçtır” şeklinde tanımlamaktadır. Aynı tanım, bkz. AYDOĞDU, (2014), s. 193;

olarak tanıtım yapılması (beyanda bulunması) halinde, (ticari) reklamdaki söz etmek mümkün olacaktır<sup>5</sup>. Nitekim TKHK m. 61 I ve Yönetmelik m. 4 I n hükümlerine göre, “...bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından ... gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular...” ticari reklamı ifade etmektedir. Tüketici mevzuatında yer alan hükümler bakımından mehzaz niteliği taşıyan 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi<sup>6</sup> (Yönerge) m. 2(a) hükmüne göre de “reklam, taşınmaz mallar, haklar ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin tedarik edilmesini teşvik etmek amacıyla bir ticaret, meslek, zanaat veya meslek ile ilgili olarak herhangi bir şekilde yapılan beyanları [representation/Äußerung] ifade eder”<sup>7</sup>.

*Reklam sayesinde bir taraftan firmalar, mallarını, hizmetlerini ve markalarını tanıtma imkânı bulurlarken diğer taraftan tüketiciler, söz konusu mal, hizmet ve marka hakkında bilgi sahibi olurlar. Dolayısıyla reklam, üretici ile tüketiciyi buluşturan önemli bir araç konumundadır*<sup>8</sup>.

AYDOĞDU, (2015), s. 82]; ÇABRİ, s. 949-950; ORUÇ, s. 37-38; TEKELİOĞLU, s. 12; ŞAHİNCİ, s. 20 (Yazar, reklamı, “bir mal veya hizmetin tercih edilirlğini arttırmak için bir bedel karşılığında yapılan her türlü tanıtımdır” şeklinde tanımlamaktadır); EROL, s. 5 (Yazar, “Ticari reklamı genel olarak ticari menfaat elde etmek için yapılan her türlü duyuru olarak açıklanabilir” ifadelerini kullanmaktadır).

<sup>5</sup> İNAL, s. 14-15; İNAL/BAYSAL, s. 7; ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 969-970; CEYLAN, s. 196; KÖHLER in KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, UWG § 6 Rn. 59-63. Ticari reklamın unsurları hakkında ayrıca bkz. RÜZGAR, s. 7. Karş. BOZBEL, (2006), s. 29 vd.; GÖLE, s. 35-38 [Yazar, reklamın unsurları olarak, bir vasıtanın bulunmasını, tüketim malı ya da hizmetin veya bunları piyasaya sunan kişinin adının belirtilmesini ve reklamın tüketicilere seslenmesini göstermektedir (s. 35). Ancak yazar tarafından belirtilen bu görüşün, gelişen reklam ve pazarlama teknikleri karşısında geçerliliğini yitirdiği haklı olarak ifade edilmektedir (Bkz. BOZBEL, (2006), s. 29, dn. 17)]; ÖZDEMİR, s. 67-68; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 418; AYDOĞDU, (2014), s. 193; AYDOĞDU, (2015), s. 82; TEKELİOĞLU, s. 12 vd.; ŞAHİNCİ, s. 20-21.

<sup>6</sup> Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (OJ L 376/21, 27.12.2006).

<sup>7</sup> Hükmün İngilizce metni şu şekildedir: “‘advertising’ means the making of a representation in any form in connection with a trade, business, craft or profession in order to promote the supply of goods or services, including immovable property, rights and obligations” [Article 2(a) of Directive 2006/144/EC].

<sup>8</sup> YILMAZ, L., s. 1945.



## B. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı

Karşılaştırmalı reklam (*comparative advertising / vergleichende Werbung*), bir kimsenin sadece kendisini, ürettiği mal veya hizmetlerini tanıtmaması yerine, rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmetleri ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı kurmak suretiyle kendisini yahut mal veya hizmetlerini kalite, fiyat sair özellikler bakımından o ayarda / daha üstün / en üstün olduğu iddiasını ileri sürmek suretiyle öne çıkarması şeklinde ifade edilebilir<sup>9</sup>. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamdan bahsedilebilmesi için reklam şeklinde bir beyanın varlığı, rakip/rakiplerin kendisi veya mal ya da hizmetlerinin tanınabilir kılınması (rakiple irtibatın sağlanması) ve mukayesenin söz konusu olması gerekir<sup>10</sup>.

Nitekim Yönergede, karşılaştırmalı reklam, “*açıkça veya ima ile rakibi veya rakip tarafından sunulan mal veya hizmetleri tanınabilir kılan*”<sup>11</sup> her türlü reklamı ifade eder” [m. 2(c)] şeklinde tanımlanmaktadır<sup>12</sup>. Esasında Aralık

<sup>9</sup> MOROĞLU, s. 206-207; İNAL, s. 60 (Yazar, karşılaştırmalı reklamı, “Reklam, bir kimsenin sadece kendisinin, ürettiği malın veya hizmetin üstün niteliklerini belirtmesi şeklinde yapılabileceği gibi; rakibin şahsı, iş şartları yahut ürettiği mal ve hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin yahut mal ve hizmetlerinin rakibinkinden daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde de yapılabilir. İşte bu ikinci halde karşılaştırmalı reklam söz konusudur.” şeklinde ifade etmektedir. Aynı ifadelerle, bkz. İNAL/BAYSAL, s. 54); BOZBEL, (2006), s. 34, BOZBEL, (2011), s. 291 (Yazar, karşılaştırmalı reklamı, “Reklamda aynı zamanda rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle, kendisinin yahut mal veya hizmetlerinin rakibinkinden daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi de mümkündür. İşte bu sonuncu halde karşılaştırmalı bir reklam söz konusu olur” şeklinde ifade etmektedir); ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 1002 [Yazar, karşılaştırmalı reklamı, “bir ürün veya hizmetin, başka bir ürün veya hizmetle ya da başka ürünler ya da hizmetlerle karşılaştırılması suretiyle, reklamı yapılan ürün veya hizmetin, kalite, fiyat, işlev, edim, ciro vb. özellikler bakımından rakiplerin ürün ya da hizmetlerinden “daha üstün” olduğu (göreceli üstünlük, comparative) ya da “en üstün olduğu”nun (superlativ) ileri sürülmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır]; ORUÇ, s. 38-39.

<sup>10</sup> KÖHLER, s. 276-278; PINAR, (2003), s. 170-173; BOZBEL, (2006), s. 46-48; YILMAZ, L., s. 1951-1952; TEKELİOĞLU, s. 90-91.

<sup>11</sup> Yönergenin İngilizce ve Almanca metinlerinde “*identifies*”/“*erkennbar macht*” şeklinde geçen ifadenin karşılığı olarak doktrinde çeşitli karşılıklar kullanılmaktadır. Bu karşılıklara örnek olarak, “*belirten*” [İNAL, s. 63; BOZBEL, (2006), s. 168; İNAL/BAYSAL, s. 55]; “*tanıtan*” (ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 1009; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 882; TOKBAŞ, s. 88), “*tanımlayan*” (ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 1019) karşılıkları ifade edilebilir. Bu çalışmada ise zikredilen karşılıklardan farklı olarak, söz konusu ifadeyi daha iyi yansıtacağı düşüncesiyle “*tanınabilir kılan*” karşılığı kullanılmıştır. Nitekim doktrinde de bu karşılığın kullanıldığına rastlamak mümkündür. Bkz. YILMAZ, L., s. 1947 (Yazar, söz konusu ifadenin karşılığı olarak “*tanınabilir (teşhis edilebilir) kılan*” ifadesini kullanmıştır).

<sup>12</sup> Hükmün, İngilizce ve Almanca tam metinleri sırasıyla şu şekildedir: “*comparative*

2008 tarihli değişiklik öncesinde Yönetmelikte yer alan tanım da Yönergeyi esas almaktaydı. Söz konusu Yönetmelik hükmüne göre karşılaştırmalı reklam, “*Bir mal veya hizmetin tanıtımı esnasında, rakip mal veya hizmetlere ilişkin unsurların doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı reklamları... ifade eder.*” şeklinde tanımlanmaktaydı (Değişiklik öncesi Yönetmelik<sup>13</sup> m. 4 I ğ).

Görüldüğü üzere, Yönergede ve değişiklik öncesi Yönetmelikte yer alan karşılaştırmalı reklama dair tanımlar birbiriyle örtüşmektedir. Şu farkla ki, Yönergenin aksine Yönetmelikte sadece rakip mal veya hizmetlere yer verilmiş, rakibin şahsından ise bahsedilmemiştir. Bu farklılık, haklı olarak eleştirisi konusu olmuştur<sup>14</sup>.

Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletleri’nde de karşılaştırmalı reklam, alternatif markaları (brand) objektif olarak ölçülebilir şekilde nitelik veya fiyat üzerinden karşılaştıran ve alternatif markayı ismen, şeklen (illustration) veya diğer ayırt edici bilgi (information) yoluyla tanımlanabilir kılan (identifies) reklam olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

Karşılaştırmalı reklam, tüketicileri daha fazla aydınlattığından diğer reklam türlerine nazaran daha etkindir<sup>16</sup>. Bu yüzden de karşılaştırmalı reklam daha çok tercih sebebi olmaktadır.

### C. Doğrudan Karşılaştırma – Dolaylı Karşılaştırma Ayrımı

Karşılaştırmalı reklamdan bahsedilebilmesi için diğer şartlar yanında, rakiple ilişkilendirmenin sağlanması gerekir. Diğer deyişle, rakibin kendisi, ürün veya hizmeti, karşılaştırmalı reklama muhatap olanlar tarafından fark edilebilir olmalıdır. Bu ilişkilendirme, rakibi açıkça belirtmek suretiyle doğrudan yapılabileceği gibi, rakibi açıkça belirtmeden dolaylı olarak da yapılabilir. Son halde rakibin kendisi ve ayırt edici unsurları kullanılmış olmamakla birlikte, rakibin kendisi, mal veya hizmetleri reklama muhatap olan hedef kitle tarafından tanımlanabilir niteliktedir<sup>17</sup>.

---

*advertising’ means any advertising which explicitly or by implication identifies a competitor or goods or services offered by a competitor” [Article 2(c) of Directive 2006/144/EC]; “„vergleichende Werbung“ jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht” [Artikel 2(c) der Richtlinie 2006/114/EG].*

<sup>13</sup> RG 10.1.2015, Sayı: 29232.

<sup>14</sup> İNAL/BAYSAL, s. 58-59.

<sup>15</sup> SHARP, s. 1-2.

<sup>16</sup> BOZBEL, (2006), s. 27, 35.

<sup>17</sup> MOROĞLU, s. 207; PINAR, (2012), s. 148; BOZBEL, (2006), s. 104 vd.; YILMAZ, L., s.

Sözcüğü “A deterjanı B deterjanından daha iyi yıkar”, “X otomobili, Y otomobilinden daha az yakıt harcar” şeklinde üstünlük belirten bir reklamda kimle veya neyle ilişkilendirme yapıldığı aşıkardır ve doğrudan (açık) karşılaştırma söz konusudur<sup>18</sup>. Aynı şekilde rakibin ayırt edici işaretlerinin kullanıldığı hallerde de doğrudan karşılaştırma söz konusudur<sup>19</sup>. Buna karşılık, ilişkilendirmenin aşıkâr olmadığı, ancak kimin veya neyin kastedildiği anlaşılabilir şekilde sözcüğü sözle, fotoğrafla rakibi tanımlamak suretiyle ya da rakibi yahut mal veya hizmetlerini düşündürecek şekilde sözcüğü “en iyi”, “yegâne”, “diğerlerinden daha ucuz”, “neden daha fazla ödeyesiniz ki” gibi üstünlük belirtmek suretiyle de karşılaştırma yapılabilir<sup>20</sup>. İşte bu durumda, dolaylı (imayla/örtülü/kapalı) karşılaştırma söz konusu olur.

Nitekim Yönergede de bu ayırmadan hareketle karşılaştırmalı reklam, “*açıkça veya ima ile rakibi veya rakip tarafından sunulan mal veya hizmetleri tanınabilir kılan her türlü reklamı ifade eder*” [Yönerge m. 2(c)] şeklinde tanımlanmıştır. Hükmün; İngilizce metninde “*açıkça veya ima ile*” manasına gelen “*explicitly or by implication*” ifadesi kullanılırken, Almanca metninde “*doğrudan veya dolaylı*” anlamında “*unmittelbar oder mittelbar*” ifadesi kullanılmıştır. Belirtmek gerekir ki, Aralık 2008 tarihli değişiklik öncesi Yönetmelikte yer alan tanımda da “*doğrudan veya dolaylı*” ifadeleri kullanılmaktaydı. Dolayısıyla, “*doğrudan karşılaştırma – dolaylı karşılaştırma*” ayırımında doktrinde de birbirinin yerine kullanılan “*açık/açıkça/doğrudan karşılaştırma – kapalı/örtülü/imayla/dolaylı karşılaştırma*” şeklindeki kullanımlar eş anlamlı kullanımlardır.

Ekleme gerekir ki, karşılaştırmalı reklamda birden fazla tüm rakip, ürün veya hizmet karşılaştırması yapılabilir<sup>21</sup>. Sözcüğü bir GSM operatörünün Türkiye’de diğer bütün GSM operatörlerinden daha fazla kapsama alanına sahip olduğu iddiasına yer veren bir reklam da karşılaştırmalı reklamdır<sup>22</sup>.

---

1947-1948.

<sup>18</sup> İNAL, s. 63; CEYLAN, s. 201.

<sup>19</sup> KÖHLER in KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, UWG § 6 Rn. 83.

<sup>20</sup> MOROĞLU, s. 207; İNAL, s. 63; KÖHLER in KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, UWG § 6 Rn. 83.

<sup>21</sup> KÖHLER in KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, UWG § 6 Rn. 79-80; YILMAZ, L., s. 1948.

<sup>22</sup> YILMAZ, L., s. 1948.

## II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMIN TANIMINDA DEĞİŞİKLİĞE GİDİLMESİ

Başta ifade etmek gerekir ki, Yönergede ilk önce karşılaştırmalı reklamın tanımına, ardından ayrı bir maddede bentler halinde karşılaştırmalı reklama dair şartlara yer verilmiştir. Yönetmelikte de aynı yöntem izlenmiştir. Ne var ki Yönetmelikte yer alan tanım, Aralık 2018 tarihli değişiklik<sup>23</sup> sonucunda Yönergede yer alan tanımdan farklılaşarak, “*Tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamları... ifade eder*” şeklini almıştır (Yönetmelik m. 4 I ğ). Bu değişikliğin isabeti tartışılır niteliktedir. Zira bahsi geçen değişiklik, “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir*” şeklindeki TKHK m. 61 V hükmünde yer alan ifadelerin tanım olarak Yönetmelik metnine aktarılmasından ibarettir. Oysa ki, TKHK m. 61 V hükmünde, tanımdan ziyade, rakibe ait hangi mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklama konu olabileceği belirtilmektedir. Nitekim Yönerge m. 4(b) hükmünde de bu şarta yer verilmiş ve karşılaştırmalı reklamın, “*aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaç için tasarlanmış [aynı kullanım amacına yönelik] mal veya hizmetleri karşılaştırır*” şartını karşılaması aranmıştır [Yönerge m. 4(b)]<sup>24</sup>. Aynı şekilde Yönetmelik m. 8 I ç hükmüne göre de “*Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması*” gerekir<sup>25</sup>. Dolayısıyla, Yönerge m. 4(b) hükmünde belirtilen söz konusu şart, TKHK m. 61 V ve Yönetmelik m. 8 I ç hükümlerinde halihazırda bir şart olarak ifadesini bulmuşken, ayrıca Yönetmelik m. 4 I ğ hükmüne tanım olarak yansımıştır. Böylece, söz konusu şart ile tanım özdeş hale gelmiştir. Aslında bu durum şaşırtıcı değildir. Zira Yönetmelik m. 4 I ğ hükmünde yapılan tanım değişikliği ile hangi şartlar altında karşılaştırmalı reklam yapılabileceğini düzenleyen Yönetmelik m. 8 hükmünde yapılan değişiklikler, eş zamanlı ve birbirini tamamlayan değişikliklerdir. Şöyle ki, Yönetmelik m. 8’de yapılan

<sup>23</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 (RG 28.12.2018, Sayı: 30639).

<sup>24</sup> Article 4(b) of Directive 2006/144/EC: “it compares goods or services meeting the same needs or intended for the same purpose”; Artikel 4(b) der Richtlinie 2006/114/EG: “sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung”.

<sup>25</sup> Bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 (RG 4.1.2017, Sayı: 29938). Söz konusu değişiklik öncesinde Yönetmelik m. 8 I c hükmü şu şekildeydi: “*Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte olması ve aynı istek ya da ihtiyaca cevap vermesi*” (RG 10.1.2015, Sayı: 29232).

değişiklikle, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait ayırt edici unsurlara yer verilmesine imkân tanıyan Yönetmelik m. 8 II hükmü tümünden yürürlükten kaldırılmış, ayrıca Yönetmelik m. 8 I hükmüne “bent a” olarak yeni bir hüküm eklenmek suretiyle karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait ayırt edici unsurlara yer verilmesi yani doğrudan karşılaştırma yapılması açıkça yasaklanmıştır. Yine Yönetmelik m. 8 I kapsamında eski f bendinin yerini alan g bendinde, bu yönde değişikliğe gidilmiştir.

Yönetmelik m. 8 kapsamında yapılan söz konusu değişiklikler aşağıda ele alınmıştır. Ancak buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait ayırt edici unsurlara yer verilemeyecek olmasına bağlı olarak karşılaştırmalı reklamı tanımlayan Yönetmelik m. 4 I ğ hükmünde de aynı yönde değişikliğe gidilmek istenmiştir. Ne var ki, karşılaştırmalı reklamda rakibin şahsına ve ayırt edici unsurlarına yer verilmesini yani doğrudan karşılaştırma yapılmasını yasaklayan değişikliğin kendisi gibi, bu değişikliğe paralel biçimde yapılan tanım değişikliği de aynı gerekçelerle eleştiriye açıktır. Kaldı ki, yeni tanım, yukarıda ifade edildiği üzere Kanunda, Yönetmelikte ve Yönergede öngörülen bir hükmün tekrardan ibarettir. Oysaki Yönergede yer alan tanım, uygulamada ortaya çıkabilecek tüm karşılaştırmalı reklam biçimlerini ifade etmek maksadıyla geniş tutulmuş kapsayıcı bir tanımdır<sup>26</sup>. Dolayısıyla, değişiklikten önce Yönetmelikte ifadesini bulmuş olan bu tanımdan ayrılmamak gerekirdi.

### **III. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMDA RAKİPLERİN AYIRT EDİCİ UNSURLARINA YER VERİLEMESİ: DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMA YASAĞI**

Bu başlık altında öncelikli olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ve Yönetmelikte doğrudan karşılaştırma bakımından nasıl bir düzenleme öngörüldüğü, başka deyişle bu düzenlemelerde doğrudan karşılaştırmaya dair bir yasaklama getirilip getirilmediği incelenmekte, bunu takiben Türk Ticaret Kanunu’nda karşılaştırmalı reklama dair öngörülen düzenleme yine bu çerçevede irdelenmekte, son olarak da doğrudan karşılaştırma yasağı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

---

<sup>26</sup> KÖHLER in KÖHLER/BORNKAMM/FEDDERSEN, UWG § 6 Rn. 43; YILMAZ, L., s. 1947.

## A. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Doğrudan Karşılaştırma

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, sırasıyla, ticari reklam tanımlanmış (m. 61 I); reklamların, Reklam Kurulu kararlarına, hukuka ve ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmaları aranmış (m. 61 II); tüketiciyi aldatıcı ve istismar edici reklamlar ile örtülü reklam yasaklanmış<sup>27</sup> (m. 61 III-IV); karşılaştırmalı reklama cevaz verilmiş (m. 61 V); reklamda yer verilen iddialar hakkında reklam verenin ispat ile yükümlü olduğu belirtilmiş (m. 61 VI); reklamlar hakkındaki sınırlamalar, usul ve esaslar yönetmeliğe bırakılmıştır (m. 61 VIII). Haksız ticari uygulamalar başlıklı TKHK m. 62 hükmünde ise, haksız ticari uygulamalar tanımlanmış, özellikle aldatıcı ve saldırgan nitelikteki uygulamalar bu kapsamda kabul edilmiş; haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştiği hallerde m. 61 hükmünün uygulanacağı belirtilmiş; detaylar yönetmeliğe bırakılmıştır. TKHK m. 63 hükmünde ise, Reklam Kurulu düzenlenmiştir. Söz konusu düzelleme ile Reklam Kurulu'na, reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme, haksız ticari reklamlara karşı tüketicinin korunmasına dair düzenleme yapma, denetlemeler sonucunda durdurma / düzeltme / idari para cezası / tedbiren durdurma cezası verme şeklinde görev ve yetkiler verilmiştir (m. 63 I).

Bu çerçevede, karşılaştırmalı reklama dair Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan kısa düzenlemede, aynı kullanım amacına sahip rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklama konu olabileceği belirtilmekle yetinilmiş, bu karşılaştırmada rakiplerin ayırt edici işaretlerinin kullanılmasını yani doğrudan karşılaştırmayı yasaklayan bir ifadeye ise yer verilmemiştir. Söz konusu hükme göre, *“Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir”* (TKHK m. 61 V). Hükmün madde gerekçesinde de Yönerge metnine atıfla aynı ifadelere yer verilmiş ve reklamların dürüst rekabet ilkelerine uygun olmaları ve yanıltıcı olmamaları gerektiğine dikkat çekilmiştir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Reklam uyarısı bulunmadan reklam alanı dışında tanıtımın söz konusu olduğu örtülü reklam, TKHK m. 61 IV ve 6112 sayılı RTÜK m. 13 I ile yasaklanmıştır. Ne var ki, sinema ve televizyon için yapılan film, dizi, spor ve eğlence programlarında “ürün yerleştirme” uygulamaları RTÜK m. 14 I ile örtülü reklam yasağı kapsamından çıkarılmıştır. Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Bkz. EROL, s. 47-55, 103-104, 118-128.

<sup>28</sup> *“10/9/1984 tarihli Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara ilişkin Konsey Yönergesinin 3/a maddesi uyarınca aynı nitelikte veya aynı ihtiyaçları karşılayan mal ve hizmetleri objektif olarak karşılaştıran reklamlar yapılabilir. Ancak bunların dürüst rekabet ilkelerine uygun olmaları ve izleyicileri yanıltmamaları gerekir. Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin diğer*

Öncelikle belirtmek gerekir ki gerekçede atıf yapılan 84/450/EEC sayılı Konsey Yönergesi<sup>29</sup>, halihazırda yürürlükte bulunan 2006/114/EC sayılı Yönerge m. 10 ile yürürlükten kaldırılmış eski yönergedir. Dolayısıyla, söz konusu atfın, mülga 84/450/EEC sayılı Yönerge (97/55/EC sayılı Yönerge<sup>30</sup> m. 4 ile değişik m. 3a) yerine, o tarihte yürürlükte olan 2006/114/EC sayılı Yönergeye (m. 4) yapılması gerekirdi. Bu husus gözden kaçırılmıştır.

Esasında karşılaştırmalı reklama dair söz konusu Kanun hükmü yeni değildir; 2003 tarihli değişiklikle<sup>31</sup> 4077 sayılı (mülga) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>32</sup> (eTKHK) kapsamında da aynı hükme yer verilmişti. Söz konusu hükmün ifadesi, mevcut TKHK m. 61 V hükmü gibi, “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir*” şeklindeydi (4822 sayılı Kanun m. 23 ile değişik eTKHK m. 16 III). Karşılaştırmalı reklama dair ayrıntılar yine çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştı.

Görüldüğü üzere gerek eski kanunda gerek yürürlükteki kanunda aynı mal ve hizmetler bakımından karşılaştırmalı reklam yapılabileceği hükme bağlanılmakla yetinilmiştir. Doğrudan karşılaştırmayı yasaklayan bir ifadenin yer almadığı söz konusu düzenlemelerde ayrıntılar çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Yönetmelik ile getirilen ilgili düzenlemeler aşağıda incelenmiştir. Ancak şu kadarını ifade etmek gerekir ki, doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını engelleyecek nitelikte önemli bir düzenlemenin kanun yerine yönetmelikle yapılması eleştiriye açıktır.

### **B. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Açısından Doğrudan Karşılaştırma**

Yukarıda ifade edildiği üzere, hangi şartlar altında karşılaştırmalı reklam yapılabileceği Yönetmelikle düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre, karşılaştırmalı

---

*ayrıntılar ise Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikte saptanacaktır”.*

<sup>29</sup> Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (OJ L 250/17, 19.9.1984).

<sup>30</sup> Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising (OJ L 290/18, 23.10.1997).

<sup>31</sup> Bkz. 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 23 (RG 14.3.2003, Sayı: 25048).

<sup>32</sup> 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı (mülga) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 8.3.1995, Sayı: 22221).



reklamda, rakiplere ait marka ve diğer ayırt edici unsurlara yer vermemek (bent a); aldatıcı ve yanıltıcı olmamak (bent b); haksız rekabete yol açmamak (bent c); aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik mal veya hizmetleri karşılaştırmak (bent ç); tüketiciye faydalı hususları karşılaştırmak (bent d); karşılaştırılan mal veya hizmetlerin fiyatı da dahil maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliklerini objektif olarak karşılaştırmak (bent e); nesnel, ölçülebilir ve sayısal verilere dayanan iddiaları bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlamak (bent f); rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini ve diğer özelliklerini kötülememek ve itibarsızlaştırmamak (bent g); menşei belirtilmiş mal veya hizmetlere ilişkin karşılaştırmalarda mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olmasına dikkat etmek (bent ğ); rakip marka veya diğer ayırt edici işaretlerle karışıklığa yol açmamak (bent h); Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırılık oluşturmamak (bent ı) gerekmektedir<sup>33</sup> (Yönetmelik m. 8 I).

Görüldüğü üzere Yönetmeliğe göre karşılaştırmalı reklam, diğer koşullarla birlikte, “*Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi*” koşuluyla yapılabilir (Yönetmelik m. 8 I a). Oysa ki, Aralık 2018 değişikliğiyle, ayırt edici unsurlara karşılaştırmalı reklamda yer verilemeyeceğine dair birinci

<sup>33</sup> Söz konusu şartlara uyulmadığına dair dikkat çeken bir Reklam Kurulu kararı için bkz. Reklam Kurulu Başkanlığı, Dosya No: 2016/3640: “...açık hava reklam panolarında yayınlanan reklamda; “**Neden F2 daha lezzetli? Çünkü, haftalık değil, günlük hamur. Konserve değil, taze domates, Sıradan peynir değil, mozzarella.**” şeklinde ifadelere yer verildiği, bu itibarla, söz konusu reklamda, F2 pizzalarında haftalık hamur yerine günlük hamur; konserve yerine taze domates ve sıradan peynir yerine mozzarella peyniri kullanıldığı iddiası ile F2 restoranları tarafından üretilen pizzaların daha lezzetli olduğu şeklinde bir mesaj verildiği, “**Neden F2 daha lezzetli?**” şeklindeki sloganın piyasada faaliyet gösteren diğer pizza restoranları ve pizza ürünlerine yönelik dolaylı yoldan yapılan bir karşılaştırmayı içerdiği ve söz konusu ifade ile F2 pizzalarının diğer pizzalara kıyasla daha lezzetli olduğu şeklinde bir izlenim oluşturulduğu, ... Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin “Karşılaştırmalı reklamlar” başlıklı 8 inci maddesi kapsamında, ... inceleme konusu reklamda rakip firmaların pizza üretiminde haftalık hamur, taze domates yerine konserve domates ve sıradan peynirler kullandığı şeklinde bir imada bulunularak rakip firma ürünlerinin kötülendiği, dolayısıyla söz konusu mevzuat düzenlemesi dikkate alındığında, inceleme konusu reklamın karşılaştırmalı reklamlara tanınmış sınırların dışına çıkarak mevzuata aykırılık teşkil ettiği, ... “**Neden F2 daha lezzetli? Çünkü, haftalık değil, günlük hamur. Konserve değil, taze domates, Sıradan peynir değil, mozzarella.**” ifadesini içeren reklamda daha kaliteli malzemeler kullanıldığına ilişkin iddiayı destekler nitelikte ispatlayıcı bilgilere yer verilmediği, ayrıca firma tarafından da **tanıtımı yapılan pizza ürünlerinin üretiminde günlük taze hamur, taze domates ve mozzarella kullanıldığını çeşitli yöntemlerle ispatlayacak herhangi bir bilgi veya belge sunulmadığı, ... 5.812 TL ... idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine ...**” (Reklam Kurulu Toplantısı Basın Bülteni, 14.3.2017, Sayı: 258).



fıkraya eklenen bu hüküm öncesinde, Yönetmelik m. 8 II ve yine m. 8 I f hükümlerinde, rakiplere ait ayırt edici unsurlara karşılaştırmalı reklamda yer verilmesi imkânı açıkça öngörülmüştü. Söz konusu hükümler şu şekildeydi: “*Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir. Bu şekilde yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda herhangi bir kişi veya kurumun tanıklığına yer verilemez.*”<sup>34</sup> (m. 8 II); “*Rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırması*” (m. 8 I f).

Esasen Yönetmelik m. 8 II hükmü, hiçbir zaman uygulama alanı bulamamıştır. Söz konusu hükmün uygulanması, baştan itibaren ileri tarihlere ertelenmiş; nihayetinde hüküm, yürürlükten kaldırılmıştır. Şöyle ki, ilk etapta, Yönetmelik m. 8 II hükmünün, Yönetmeliğin yayımı tarihinden (10.1.2015) itibaren bir yıl sonra (10.1.2016) yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır (Yönetmelik m. 34). Ancak, söz konusu Yönetmelik hükmünün yürürlük tarihi, sonradan yapılan değişikliklerle, sırasıyla; 31.12.2016 tarihine<sup>35</sup>; 1.1.2018 tarihine<sup>36</sup> ve nihayet 1.1.2019 tarihine<sup>37</sup> ertelenmiştir. Ne var ki, 28.12.2018 tarihli son değişiklikle Yönetmelik m. 8 I fıkrasına “a bendi” eklenerek karşılaştırmalı reklamda rakiplerin marka ve diğer ayırt edici işaretlerine yer verilemeyeceği hükmü getirilmiştir<sup>38</sup>. Bu değişikliğe paralel olarak aksi yöndeki hükümler de madde metninden çıkarılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu ikinci fıkra yürürlükten kaldırılmış, ikinci fıkranın daha geç yürürlüğe girmesine dair düzenleme de artık bir anlam ifade etmediğinden Yönetmelik m. 34 hükmünden çıkarılmıştır<sup>39</sup>. Yine bu kapsamda birinci

---

<sup>34</sup> Son cümle (m. 8 II c.2) 2017 yılında maddeye eklenmiştir. Bkz. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 (RG 4.1.2017, Sayı: 29938).

<sup>35</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 (RG 25.12.2015, Sayı: 29573).

<sup>36</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 6 (RG 4.1.2017, Sayı: 29938).

<sup>37</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 (RG 31.12.2017, Sayı: 30287).

<sup>38</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 2 (RG 28.12.2018, Sayı: 30639).

<sup>39</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair

fıkranın f bendinde yer alan fikri ve sınai haklara dair ibare de yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, değişiklik öncesi Yönetmelik m. 8 I f hükmünün ifadesi, “*Rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması*” şeklindeyken, değişiklik ile birlikte üstü çizili ibare madde metninden çıkarılarak “*Rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması*” şeklini almıştır ve ayrıca hükmün bent numarası değiştirilmiştir (Yönetmelik m. 8 I g)<sup>40</sup>.

Eklemek gerekir ki, 4077 sayılı eTKHK döneminde yürürlükte olan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik<sup>41</sup> (eYönetmelik) ile de doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılması yasaklanmıştı. Söz konusu Yönetmeliğe göre, diğer şartlar yanında “*Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi*” şartının yerine getirilmesi halinde karşılaştırmalı reklam yapılması mümkündü (eYönetmelik m. 11 a)<sup>42</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki eYönetmelik ile 2003 yılında yürürlükten kaldırılan 1995 tarihli Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ<sup>43</sup> m. 9 hükmünde de karşılaştırmalı reklama yer verilmişti. Ancak söz konusu Tebliğ’de, doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını yasaklayan herhangi bir ifadeye yer verilmemişti. Söz konusu hüküm, “*Karşılaştırma içeren reklamlarda, karşılaştırmının yanıltıcı olmaması ve dürüst rekabet ilkelerine uyulması zorunludur. Karşılaştırma konularının doğrulanabilir gerçeklere dayanması ve hakkaniyete uygun seçilerek tüketicinin yanıltılmaması gerekir*” şeklindeydi. Dolayısıyla, Aralık 2018 değişikliğiyle, baştaki düzenlemeye geri dönülmüştür. Böylece, doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılması, 2003 yılından beri ilk önce eYönetmelik m. 11 ile ardından Yönetmelik m. 8 ile yasaklanmış, 2015-2018 yılları arasında bir süreliğine mevzuatta yer bulmuş olsa da hiç uygulama alanı bulamamıştır. Nitekim Reklam Kurulu, henüz Aralık 2018 tarihli değişiklik gerçekleşmeden

Yönetmelik m. 2, 6 (RG 28.12.2018, Sayı: 30639).

<sup>40</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 2 (RG 28.12.2018, Sayı: 30639).

<sup>41</sup> RG 14.6.2003, Sayı: 25138.

<sup>42</sup> eYönetmelik m. 11 hükmü şöyledir: “*Karşılaştırmalı reklamlara; a) Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, b) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir*”.

<sup>43</sup> RG 21.12.1995, Sayı: 22500.

önce vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında, Yönetmelik m. 8 II hükmünün yürürlüğünün ertelendiğine dikkat çekerek, rakibin markasına yer vermek suretiyle doğrudan karşılaştırma yapan reklam hakkında Yönetmeliğe aykırılık nedeniyle durdurma cezası vermiştir<sup>44</sup>.

### C. Türk Ticaret Kanunu Açısından Doğrudan Karşılaştırma

Başta ifade etmek gerekir ki, karşılaştırmalı reklama dair Yönetmelikte yer verilen şartlardan, karşılaştırma yapılırken objektif olunması, yanıltıcı olunmaması, rakibin kötülenmemesi, iddiaların kanıtlanabilir olması, rakip marka ile karışıklığa yol açılmaması, haksız rekabete yol açılmaması şeklindeki kimi şartlarla TTK m. 55 I a 5 kapsamında karşılaştırmalı reklamın bir haksız rekabet hali oluşturması için aranan şartlar paralellik arz etmektedir. Diğer deyişle, karşılaştırmalı reklamın; tüketici hukuku açısından aldatıcı reklam oluşturması için aranan şartlarla ticaret hukuku açısından dürüstlük kuralına aykırı reklam (haksız rekabet) oluşturması için aranan şartlar benzerlik arz etmektedir. Şöyle ki, Türk Ticaret Kanunu'nda, dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemi olarak, "*Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde;*

---

<sup>44</sup> Bkz. Reklam Kurulu Başkanlığı, Dosya No: 2018/3160: "...mağaza içi tanıtım çalışmalarına ait görüntülerde, tanıtımı yapılan C... ürünü ile karşılaştırmaya konu edilen ve "bilinen diğer bez" olarak tanıtılan bebek bezinin yan yana sergilendiği, ancak söz konusu görüntülerde karşılaştırmaya konu edilen bebek bezine ait logonun açıkça görüldüğü, bu durumun Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin "Karşılaştırmalı Reklamlar" başlıklı 8 inci maddesinin ikinci fıkrasının "(2) Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir." hükmüne, söz konusu madde hükmünün uygulanması ertelendiğinden, aykırı olduğu, ... Buna göre, ... hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 inci maddeleri dahilinde belirtilen hususlara ilişkin olarak, **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir." (Reklam Kurulu Toplantısı Basın Bülteni, 13.11.2018, Sayı: 278). Benzer bir karar için bkz. Reklam Kurulu Başkanlığı, Dosya No: 2015/364: "Söz konusu firmaya ait olan [www.XI.com.tr](http://www.XI.com.tr) adresli internet sitesi ile çeşitli gazete ve dergilerde gerçekleştirilen tanıtımlarda, [www.XI.com.tr](http://www.XI.com.tr) adresli internet sitesinin Türkiye'deki müzik siteleri arasında en çok ziyaret edilen internet sitesi olduğunun belirtildiği, ancak reklam görsellerinde araştırmaya konu olmuş rakip firmalara ait internet sitesi isimlerinin yer aldığı listenin de açık bir biçimde yayınlandığı tespit edilmiştir. ... Karşılaştırmalı reklamlarda rakip firmalara ait isim, marka ve logo gibi ayırt edici unsurların kullanılmasına cevaz veren hüküm, ilgili reklamların yayınlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girmemiş olmasına karşın, söz konusu tanıtımlarda rakip firma isimlerine yer verilmiş olmasının haksız rekabete yol açtığı ve karşılaştırmalı reklam hükümlerine aykırı olduğu... 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir." (Reklam Kurulu Toplantısı Basın Bülteni, 12.5.2015, Sayı: 236).

*başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek*” (alt bent 5) başlıca haksız rekabet hallerinden sayılmıştır (TTK m. 55 I a). Söz konusu hükümde geçen “... gerçeğe aykırı, yanıltıcı, ... kötüleleyici veya ... tanınmışlığından yararlanacak şekilde...” şeklindeki şartlar Yönetmelikte belirtilen kimi şartlarla örtüşmektedir. Bununla birlikte, TTK m. 54-55 hükümlerinde karşılaştırmalı reklamda doğrudan karşılaştırmayı yasaklayan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Nitekim Yargıtay kararlarında, reklamda rakip marka ve diğer ayırt edici unsurlara yer verilmiş olmasına rağmen, TTK m. 54-55 kapsamında karalama ve kötüleme gibi haksız rekabeti engelleyici nitelikte bir eylem olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olmadığına dikkat çekilmektedir<sup>45</sup>. Yargıtay’ın bu yaklaşımı, rakip markanın karşılaştırmalı reklamda kullanılmasının haksız rekabet oluşturmayacağı şeklinde İsviçre’de benimsenip savunulan görüşün, yeni TTK sisteminde Yargıtay tarafından da benimsenip benimsenmeyeceği sorusuna<sup>46</sup> bir bakıma yanıt vermektedir. Ne var ki Yargıtay’ın bu yaklaşımı, karşılaştırmalı reklamda rakibe ait ayırt edici unsurların kullanılmasını (doğrudan karşılaştırmayı) yasaklayan Yönetmelik m. 8 karşısında tartışmaya açıktır ve de TTK düzenlemesi ile Yönetmelik

<sup>45</sup> Bkz. Yargıtay 11. HD, 20.1.2016, E. 2015/6501, K. 2016/555: “... her iki tarafın da tescilli markalarının var olduğu ve markaların birbirine iltibashlı olmadığı, davalının piyasa yeni çıkan “...” adlı meşrubatın tanıtımı amacıyla basılan katalogda piyasada bulunan belli başlı gazoz markalarına yer verildiği, ... ‘un genç neslin yeni içeceği olduğunun ifade edildiği ve meşrubatın değişik olan şişesine de yer verilerek farkının vurgulandığı, katalogda her hangi bir karalama ve kötüleme ibaresine rastlanmadığı, aksine davalının kendi ayırt ediciliğini vurguladığı, davanın çözümünde esas alınması gereken ilkelerin TTK’nın 54 ve 55. maddeleri olduğu, haksız rekabet hükümlerine göre engellenebilecek eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı sayılmayacağı...” (www.lexpera.com.tr). Aynı şekilde, bkz. Yargıtay 11. HD, 27.11.2014, E. 2014/10317, K. 2014/18490: “Davacı vekili ... davalının, “...” dergilerinde ve bu dergilerin “...” eklerinde, “...” için verdiği karşılaştırmalı reklamlarda müvekkilinin şirket ismi, markası ve logosunu da belirtip müvekkilini tüketici tercihi için son sırada göstererek kriterlere uymadığı izlenimini verdiğini, karşılaştırmalı reklamlarda rakip markasının zikredilemeyeceğini, bu surette davalının müvekkili aleyhine haksız rekabet ettiğini ... Mahkemece, reklamlarda açıkça karşılaştırmaların ... Dergisi’nden alındığının belirtilerek kaynak gösterildiği, sıralamanın aynen korunduğu, söz konusu verilerin gerçek dışı olduğuna ilişkin bir delil bulunmadığı, reklam ilanında yapılan referansın rakibin ürünlerine, sunduğu satış hizmetlerine yönelik bir kötülemeyi içermediği, ... reklama esas alınan dergide yayınlanan ilanın tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı nitelikte olmadığı, ilanlardaki sıralamanın ... Dergisi’nin 2009/11 nolu sayısından alındığı ibaresinin çerçeve içerisinde gösterilmesinin ilanın yapılan araştırmaya dayandırıldığını açıkladığı, dava konusu dergilerde yayınlanan reklamların gereksiz kötüleme, halkı yanıltma ve ticari itibardan haksız yararlanma teşkil etmediği...” (www.lexpera.com.tr).

<sup>46</sup> Bkz. BOZBEL, (2011), s. 294.

düzenlemesinin, aynı konuda farklı mehzaz hukuklara sahip olmaları ve farklı düzenlemeler içermeleri nedeniyle kargaşa yaratmasına, diğer deyişle Yargıtay ve Reklam Kurulu kararları arasında farklı yönde kararlar çıkmasına güzel bir örnek oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere, karşılaştırmalı reklam TKHK m. 61 V ve Yönetmelik m. 8 dışında, TKK m. 55 kapsamında da düzenlenmiştir. Ancak, tüketici hukuku bakımından TKHK m. 61 V ve Yönetmelik m. 8 hükümlerinin mehazı Yönerge iken, haksız rekabet hukuku bakımından TTK m. 54-55 hükümlerinin mehazı, İsviçre’de 1.3.1988 tarihinde yürürlüğe giren 19.12.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun’dur<sup>47</sup> (1986 tarihli İsviçre UWG). Bu çerçevede, 1986 tarihli UWG m. 3 e hükmüne paralel olarak TTK m. 55 I a 5 hükmünde karşılaştırmalı reklama dair söz konusu düzenlemeye yer verilmiştir.

İfade etmek gerekir ki, 1986 tarihli İsviçre UWG’den yapılan iktibas, TTK m. 54-55 hükümleri ile sınırlı kalmıştır. Bu iktibasın diğer maddelere sirayet etmemesine neden olarak, TTK m. 56 vd. hükümlerin Türk doktrin ve mahkeme kararları ile İsviçre’den farklı, özgün bir haksız rekabet hukuku çerçevesinde gelişmesi karşısında bu birikimi terk ederek UWG’nin tamamını iktibas etmenin doğru olmayacağı ve İsviçre haksız rekabet hukukunun kendi hukuk sistemi içindeki özel nitelikleri gösterilmektedir<sup>48</sup>. Pek tabii bu durum, Türk Ticaret Kanunu’nda karşılaştırmalı reklama dair düzenleme yapılırken neden Yönergenin esas alınmadığı sorusunu akla gelmektedir. Yönergede yer alan ilgili hükümlerin, İsviçre UWG’ye nazaran daha ayrıntılı ve somut düzenlemeler öngördüğü dikkate alındığında bu soru daha da haklılık kazanmaktadır<sup>49</sup>. Nitekim doktrinde, karşılaştırmalı reklama dair düzenleme yapılırken İsviçre UWG yerine Yönergenin (ya da Alman UWG) esas alınması haklı bir arzu, hatta bir zorunluluk olarak ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Türkiye’nin

---

<sup>47</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (AS 1988 223).

<sup>48</sup> Bkz. Gerekçe, TTK m. 54-63 hükümlerine ilişkin genel açıklamalar. Nitekim doktrinde Tekinalp tarafından da 1956 tarihli eski TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin 1943 tarihli İsviçre UWG’den iktibas edildiğine, ancak 56 yıllık uygulama sürecinde Türk yüksek mahkeme kararları ve Türk doktrinindeki yayınlar sayesinde bu hükümlerin geniş çaplı olarak yorumlanıp gelişme gösterdiğine, yeni TTK hazırlanırken de kısmen bu birikimden ilham alındığına dikkat çekilmektedir. Bununla birlikte yazar, yeni TTK’nın ilgili hükümlerinin hazırlanmasında 1986 tarihli İsviçre UWG’den ve AB direktiflerinden de yararlanıldığını eklemektedir (Bkz. TEKİNALP, s. 87).

<sup>49</sup> Bkz. BOZBEL, (2006), s. 95-98; BOZBEL, (2011), s. 293; YILMAZ, A., s. 814, dn. 2.

<sup>50</sup> Bkz. BOZBEL, (2011), s. 293-294.

AB ile üyelik müzakeresi yürüttüğü düşünüldüğünde, topluluk müktesebatına uyum açısından Yönergenin esas alınması daha da anlam kazanmaktadır<sup>51</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1986 tarihli UWG'nin yürürlükten kaldırmış olduğu 1943 tarihli Haksız Rekabet Hakkında Federal Kanun'da<sup>52</sup> (1943 tarihli İsviçre UWG), haksız rekabet halleri arasında karşılaştırmalı reklam zikredilmemektedir. Nitekim büyük ölçüde 1943 tarihli İsviçre UWG'yi esas alan 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu<sup>53</sup> (eTTK) kapsamında da karşılaştırmalı reklama yer verilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu dönemde karşılaştırmalı reklam, yine bir haksız rekabet hali olarak eTTK m. 57 III kapsamında aldatıcı reklam niteliği taşıyabilmekteydi<sup>54</sup>. Diğer deyişle, söz konusu dönemde karşılaştırmalı reklam yasaklanmış olmayıp, belirli şartlar altında (haksız rekabetin genel koşullarına tabi olarak) cevaz verilen bir reklam türü olmuştur<sup>55</sup>. Buna karşılık Alman hukukunda karşılaştırmalı reklam kavramı, haksız rekabet hukuku kapsamında gelişmiştir. Karşılaştırmalı reklama dair Yönergede öngörülen hükümler de son olarak 3.7.2004 tarihli Haksız Rekabete Karşı Kanun'a<sup>56</sup> aktarılarak altıncı paragrafta düzenlenmiştir (Alman UWG § 6).

Dikkat edilirse hukukumuzda haksız rekabete ilişkin hükümler, İsviçre ve Almanya'da olduğu üzere, ayrı bir kanunda değil, TTK kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklam, bir taraftan Yönergeyi esas alan TKHK ve Yönetmelik bünyesinde diğer taraftan ilgili hükümler bakımından 1986 tarihli İsviçre UWG'yi esas alan TTK bünyesinde düzenlenmiştir. Aynı konunun iki farklı kaynak esas alınmak suretiyle ve de iki farklı düzenlemede hükme bağlanması haklı olarak eleştiriyi açtır<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> BOZBEL, (2011), s. 294.

<sup>52</sup> Bundesgesetz vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb (BS 2 951).

<sup>53</sup> 29.6.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 9.7.1956, Sayı: 9353)

<sup>54</sup> NOMER ERTAN, s. 156.

<sup>55</sup> MOROĞLU, s. 208-210; BOZBEL, (2011), s. 292.

<sup>56</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. Teil I Nr. 32 vom 07.07.2004 S. 1414).

<sup>57</sup> KENDİGELEN, s. 81, dn. 41 (Yazar, haksız rekabete ilişkin maddelerden; TTK m. 54 I'de kullanılan "bozulmamış rekabet" kavramının, rekabet hukukunun konusu olması hasebiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanına ilişkin olduğuna dikkat çektikten sonra, benzer bir eleştiriyi, TTK m. 55'de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı bazı davranışlar bakımından bu kez tüketici hukuku açısından dile getirmiş ve bu konuda bir ayrıma gitmeyi tartışmadan, özelden başka hukuk dallarını ilgilendiren kimi kavramlara haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde yer verilmesini eleştiriye açık bulmuştur).

#### D. Doğrudan Karşılaştırma Yasağının Değerlendirilmesi

Karşılaştırmalı reklamda doğrudan (açıkça) karşılaştırma yöntemi, dolaylı (imayla) karşılaştırma yöntemine nazaran gerek tüketiciler açısından gerek rakipler ve rekabet ortamı açısından daha fazla fayda barındırmaktadır. Zira, açık karşılaştırma halinde, tüketici daha fazla bilgi sahibi olmakta ve daha doğru seçim yapmaktadır. Yine bu sayede, belirsiz olan rakip kitle arasında karışıklık olması önlenmektedir. Zira bu durumda rakibin kim olduğu aşıkardır. Ayrıca doğrudan karşılaştırma, yeni ürünlerin geliştirilmesine ve fiyatların düşmesine katkı sağlamaktadır<sup>58</sup>. Buna karşılık doğrudan karşılaştırmanın yasaklanması halinde, yeni oyuncuların pazara girmesi güçleştiği gibi ilgili sektörde pazara hâkim olan ya da pazarı paylaşmış olan firmalar da korunmuş olmaktadır. Bu durumda rekabet ortamı zedelenmektedir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, dürüst rekabet ortamında elde edilmesi umulan yararlar, şartlarına uygun olarak yapılan doğrudan karşılaştırma halinde daha fazla tezahür etmektedir.

Karşılaştırmalı reklamda doğrudan karşılaştırma yapılmasını yasaklayan şartların rekabet ortamını koruyucu birer şart olarak Yönetmelikte yer aldıkları düşünülebilir. Ne var ki rekabet ortamını koruma kaygısıyla doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasını yasaklayan söz konusu şartlar nedeniyle tüketici çıkarlarının gereksiz yere zedelendiği gözden kaçırılmaktadır. Nitekim dolaylı karşılaştırmaya nazaran daha fazla faydası olan doğrudan karşılaştırmanın yasaklanması fikri doktrinde eleştirilmektedir<sup>60</sup>. Ayrıca, söz konusu yasağın Yönetmelikle getirilmiş olması ayrı bir eleştiri konusudur. Böylesine önemli bir düzenlemenin Kanun yerine Yönetmelikle idare (Bakanlık) tarafından getirilmiş olması, haklı olarak, isabetsiz bulunmaktadır<sup>61</sup>. Karşılaştırmalı reklama dair düzenlemelerin dağınık bir görünüm arz etmesi de bir başka eleştiri konusudur. Yeknesak bir uygulama için bu dağınıklığın giderilmesi gerekmektedir<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> İNAL/BAYSAL, s. 57, 74-75; İNAL, s. 61; MOROĞLU, s. 207; ÖZSUNAY/ÖZSUNAY, s. 1002-1003.

<sup>59</sup> İNAL/BAYSAL, s. 58, 74-75. Doğrudan ve dolaylı karşılaştırma lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. İNAL, s. 61-62; BOZBEL, (2006), s. 35-39.

<sup>60</sup> BOZBEL, (2006), s. 61; İNAL/BAYSAL, s. 55, 74; BOZBEL, (2011), s. 293.

<sup>61</sup> BOZBEL, (2006), s. 61; İNAL/BAYSAL, s. 58.

<sup>62</sup> BOZBEL, (2006), s. 61.



## SONUÇ YERİNE

Karşılaştırmalı reklam konusunun hem tüketici mevzuatında hem ticaret mevzuatında düzenlenmiş olması eleştiriye açıktır. Aynı şekilde, bu düzenlemelerde iki farklı kaynağın esas alınması ayrı bir eleştiri konusudur. Alman hukukunda karşılaştırmalı reklamın ayrı bir kanuni düzenlemeye sahip olan haksız rekabet hukuku kapsamında düzenlenmiş olması ve bu düzenlemede Yönergenin esas alınmış olması dikkate değerdir. Hukukumuzda da konunun, Yönerge esas alınmak suretiyle haksız rekabete dair hükümler arasında, ideal olarak da haksız rekabete dair ayrı bir kanun kapsamında düzenlenmesi, mevcut durumda olduğu üzere iki farklı mevzuat kapsamında düzenleme yapılmasının yeğlenmesi halinde ise Yönergenin esas alınması isabetli olurdu.

Doğrudan karşılaştırmanın; tüketiciyi daha fazla aydınlatması, belirsiz rakipler yerine belirli aktörler veya mal ya da hizmetler ile mukayese imkânı sağlayarak karışıklığı önlemesi gibi çeşitli açılardan, dolaylı karşılaştırmaya nazaran daha fazla fayda sağlamaktadır. Bu durum karşısında, Yönetmelikte doğrudan karşılaştırmanın yasaklanması eleştiriye açıktır. Söz konusu yasağın kanun yerine yönetmelikle öngörülmüş olması ayrı bir eleştiri konusudur. Gerek TKHK m. 61 V hükmünde gerek Yönetmelik m. 4 I ğ hükmünde rakiplerin mal ve hizmetlerinden bahsedilirken rakibin kendisinden söz edilmemektedir. Oysa ki Yönerge m. 2(c) hükmünde hem rakibin kendisinden hem de mal ve hizmetlerinden bahsedilmektedir. Bu husus da eleştiriye açıktır.

Bu çerçevede, Aralık 2018 tarihli değişiklik ile baştan itibaren uygulanması ertelenmekte olan doğrudan karşılaştırmaya imkân tanıyan hükümlerin yürürlükten kaldırılması, bunun yerine doğrudan karşılaştırmayı açıkça yasaklayan hükümlere Yönetmelikte yer verilmesi, yine bu doğrultuda karşılaştırmalı reklam tanımında değişikliğe gidilmesi, böylece Yönerge ile uyumlu olan Yönetmeliğin aksi yönde değişim göstermesi isabeti tartışılır nitelikte değişiklikler olmuştur.

Söz konusu değişiklikler ile güdülen amacın haksız rekabeti önlemek, rekabet ortamını zedelememek gibi kaygılar taşıdığı düşünülebilir. Bununla birlikte, doğrudan karşılaştırmanın, tüketici çıkarları yanında rekabet ortamını geliştirici yönde katkısı yadsınamaz. Zira doğrudan karşılaştırma halinde kimin, kime ait ürün ya da hizmetin karşılaştırmaya tabi tutulduğu net olarak ortadadır. Bu durum, karışıklığa mahal vermeden karşılaştırmanın yapılabilmesine olanak sağladığı gibi yeni aktörlerin piyasaya daha rahat girebilmelerine de



olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla, hukukumuzda karşılaştırmalı reklamda doğrudan karşılaştırmanın yasak olması, karşılaştırmalı reklamdaki beklenen faydaların tam olarak karşılanmasını engelleyici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

### KAYNAKÇA

- AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet, Ankara 2015. [Aydoğdu, (2015)]
- AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Kılavuzu – Hukuk Rehberi**, Oniki Levha, İstanbul 2014. [Aydoğdu, (2014)]
- BOZBEL, Savaş: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Seçkin, Ankara 2006. [Bozbel, (2006)]
- BOZBEL, Savaş: “Vergleichende Werbung im türkischen Recht”, **sic!** 2011/5, s. 291-300. [Bozbel, (2011)]
- CEYLAN, Ebru: “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003/2, s. 193-215.
- ÇABRİ, Sezer: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet, Ankara, 2016.
- EROL, Arzu: **Türk Hukukunda Örtülü Reklam**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- GÖLE, Celal: **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.
- İNAL, Emrehan: **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, Beta, İstanbul, 2000.
- İNAL, Emrehan / BAYSAL, Başak: **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, Oniki Levha, İstanbul, 2008.
- KARAKOCALI, Ahmet / KURŞUN, Ali Suphi: **Tüketici Hukuku**, Aristo, İstanbul, 2015.

- KENDİGELEN, Abuzer: **Türk Ticaret Kanunu**, 3. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- KÖHLER, Helmut / BORNKAMM, Joachim / FEDDERSEN, Jörn: **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 37. Auflage, C.H.Beck, München, 2019.
- KÖHLER, Helmut: “Was ist vergleichende Werbung”, **GRUR**, 2005/4, s. 273-280.
- MOROĞLU, Erdoğan: “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”, **Makaleler**, Oniki Levha, İstanbul, 2010.
- NOMER ERTAN, N. Füsün: **Haksız Rekabet Hukuku**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- ORUÇ, Murat: **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, Oniki Levha, İstanbul, 2009.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, **AÜEHFD**, 2004/3, s. 61-90.
- ÖZSUNAY, Ergun / ÖZSUNAY, Murat: **Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ed. Hakan TOKBAŞ / Özlem TÜZÜNER, Aristo, İstanbul, 2016.
- ŞAHİNCİ, Dilek: **İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2011.
- TEKELİOĞLU, Numan: **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- PINAR, Hamdi: **Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003. [Pınar, (2003)]
- PINAR, Hamdi: “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, **MÜHF-HAD**, 2012/2, s. 129-156. [Pınar, (2012)]
- RÜZGAR, Eser: **Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi**, Oniki Levha, İstanbul, 2013.
- SHARP, Cynthia W.: “The Intersection of Comparative Advertising and Trademark Laws in the United States and the European Union”, **Nordic**

**Journal of Commercial Law**, 2012/1, s. 1-33.

TEKİNALP, Ünal: “Grundzüge der türkischen Handelsrechtsreform 2011”,  
**Zeitschrift des bernischen Juristenvereins**, 2013/149, s. 81-95.

TOKBAŞ, Hakan (Derleyen): **Tüketici Hukuku İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri**, Aristo, İstanbul, 2015.

YILMAZ, Asuman: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı”, **İÜHFİM**, 2017/2, s. 813-825.

YILMAZ, Lerzan: “Avrupa Topluğunda Karşılaştırmalı Reklamları Düzenleyen 97/55/EG ile Değişik 84/450 Sayılı AT Direktifi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2007/5, s. 1945-1971.

ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2016.



## ALACAĞIN DEVRİNDE TAKAS

Nalan KAHVECİ\*

### ÖZ

TBK'nin 188. maddesine göre "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana karşı da ileri sürebilir. - Borçlu devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir." Çalışmamızın amacı, borçlunun hangi koşullarda alacağı devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabileceğinin belirlenmesidir. Ancak bu konunun incelenmesinden önce TBK 186 ve 188/I'in uygulama alanı belirlenmeye çalışılmıştır. Daha sonra borçlunun takas beyanının TBK 186'ya ve TBK 188/II'ye tabi olduğu durumlar ayrı ayrı inceleme konusu yapılmıştır. TBK 188/II hükmü, hem kaynak İsviçre Borçlar Kanununda ve hem de 818 sayılı Önceki Borçlar Kanununda yer alan bir düzenleme olmasına rağmen doktrinde eleştirilen bir hükümdür. Bu sebeple çalışmamızda son olarak TBK 188/II düzenlemesine getirilen eleştiriler, uluslararası hukuk metinlerindeki düzenlemeler de dikkate alınarak incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Takas, Alacağın Devri, Alacağın devrinde borçluya ait savunmalar, Alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştirilmeyeceği ilkesi, Alacağın devrinde borçlunun iyiniyetle ifası.

### SET-OFF IN THE ASSIGNMENT OF CLAIMS

#### ABSTRACT

According to Article 188, "Any objection that could have been made to the assignor's claim may also be made to the assignee if it applied at the time the debtor first learned of the assignment. - If the debtor held a countervailing claim that was not yet due at that time, he may nonetheless set it off against the assigned claim provided it did not fall due any later than the assigned claim." The purpose of our study is to determine the conditions under which the debtor can assert his right of set-off against the assignee. However, the application area of TCO art.186 and 188/I have been tried to be determined before examining this issue. Subsequently, the cases where the debtor's right of set-off is subject to TCO art. 186 and TCO art. 188/II have been subject to separate examination. TCO art. 188/II is a provision that is criticized in the

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi, e-posta: nalankahveci@hotmail.com

ORCID ID: 0000-0002-0831-7518

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.682765

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 29/09/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/11/2019

*doctrine, although it is a regulation both in the Swiss Code of Obligations and in the former Code of Obligations (Act 818). Therefore, in this study, the criticisms brought to regulation of TCO art. 188/II were examined also by taking into consideration the regulations in international law texts.*

**Keywords:** *Set-off, Assignment of claims, Objections raised by the debtor of the assignment of claims, The principle that the assignment of a claim may not exacerbate the position of the debtor, Performance in good faith in the assignment of a claim.*

## I. ALACAĞIN DEVRİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

### Alacağın Devri Kavramı Ve Türleri

Alacağın devri, Türk Borçlar Kanununun 183 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Alacağın devri kanunda, iradi devir, yasal devir ve yargısal devir olarak üç tür olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde asıl olarak iradi devir göz önünde tutulmuştur<sup>1</sup>. Bu sebeple kanundaki hükümler, yasal ve yargısal devirlerde, bu devirlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Alacağın iradi devri, devredenle devralan arasında yapılan ve alacağın, devreden malvarlığından devralanın malvarlığına geçmesini sağlayan bir sözleşmedir<sup>2</sup>. Alacağın yasal devri veya yargısal devri ise, tarafların herhangi bir anlaşmasına gerek olmaksızın, alacağın yasa gereği veya mahkeme kararı gereği bir başkasına geçmesidir. Bu durum TBK 185'te "*Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekilde ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.*" şeklinde belirtilmiştir.

### Hukuki Niteliği

Alacağı devredenle devralan arasında yapılan alacağın devri sözleşmesi, tasarruf işlemi niteliğindedir<sup>3</sup>. Çünkü bu sözleşme ile alacak, bir kişinin

<sup>1</sup> Bu çalışmada da alacağın devri kavramı ile alacağın iradi devri kastedilmektedir.

<sup>2</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3407; GUHL/KOLLER, No. 1-2; BUCHER, s. 536; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164-174, No.1; SCHWENZER, No. 90.02; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.240; EREN, s. 1248; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No.1655; DAYINLARLI, s. 90.

<sup>3</sup> SCHWENZER, No. 90.04; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; EREN, s.

malvarlığından çıkıp başka bir kişinin malvarlığına girmiş olmaktadır. Bu sebeple alacağı devreden kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

Bunun yanı sıra alacağın devri, bir kazandırıcı işlemdir ve her kazandırıcı işlem gibi alacağın devrinin de hukuki bir sebebi mevcuttur<sup>4</sup>. Alacağın devri işleminin hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemdir. Bu noktada alacağın devri ile alacağın devri sözü verme arasındaki farkının da kısaca ortaya konması gerekir: “*Alacağın devri sözü verme*” (pactum de cedendo), bir alacağın devredilmesi borcu yükleyen borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Dolayısıyla alacağın devrinin tasarruf işlemi niteliğinde oluşu onu, “*alacağın devri sözü verme*”den ayırır<sup>5</sup>.

Borçlandırıcı işlem niteliğindeki alacağın devri sözü vermenin hukuki sebebi ise, tarafların işlemle amaçladıkları sonuca göre belirlenir. Örneğin kişi, karşı taraftan herhangi bir edim elde etmek amacıyla alacağını temlik etmekteyse alacak sebebi (causa credendi) mevcuttur. Alacaklı, başka bir hukuki ilişkiden doğan borcunu ifa amacıyla alacağını devretmişse ifa sebebi (causa solvendi) söz konusu olur. Bu halde alacağın devri ifa yerini tutan edim veya ifa amacıyla edim niteliğindedir. Alacağın devri bağışlama amacıyla da yapılmış olabilir (bağışlama sebebi – causa donandi). Bunun yanı sıra alacağın devrinin sebebi inançlı bir işlem de olabilir. İnançlı temlik durumunda ya tahsil amacıyla temlik (Innkassozession) ya da teminat amacıyla temlik (Sicherungszession) söz konusu olur<sup>6</sup>.

Alacağın devri, alacaklı ile alacağı devralan arasında yapılan yazılı bir sözleşme ile gerçekleşir. Alacağın devredilmiş olması için borçlunun sözleşmeye katılmasına veya herhangi bir onay vermesine gerek yoktur. Borçlunun iradesi dışında gerçekleşen bir işlem sebebiyle durumunun kötüleşmesi kabul edilemeyeceğinden, alacağın devrinde borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı genel kuralı karşımıza çıkmaktadır.

---

1252; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No.1667.

<sup>4</sup> Ancak alacağın temlik işleminin sebebe bağlı olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüş, alacağın devrinin sebepten soyut olduğunu savunmaktayken, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 560, No. 1669; bir diğer görüş alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu yönündedir, bkz. EREN, s. 1254; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241-242; DAYINLARLI, s. 102.

<sup>5</sup> GUHL/KOLLER, 34, No.2; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3411; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, No. 16; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1678.

<sup>6</sup> GUHL/KOLLER, 34, No. 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3411 vd.; EREN, s. 1229-1230; DAYINLARLI, s. 93-94.

Dolayısıyla alacağın devri, borçlunun hukuki durumunda herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir.

### **Alacağın Devrinin Koşulları**

Alacağın devrinin koşulları, geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması, devredilen alacak hakkının mevcut olması ve bir devir engelinin olmamasıdır. Alacağın devri sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin iki ayırıcı özellik, devreden kişinin tasarruf yetkisine sahip olması ve devrin yazılı şekilde yapılmasıdır. Alacağın devri tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için, devreden tasarruf yetkisine sahip olmazsa alacağın devri geçersiz olacaktır. Bunun yanı sıra TBK 184/I gereği, alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

Buradaki şekil geçerlilik şeklidir. Yazılı şekle ilişkin TBK 13-16 hükümleri kural olarak burada da uygulama alanı bulur. İvazsız bir devir söz konusu ise yazılı şekil koşulunun gerçekleşmesi için yalnızca alacağı devreden kişinin imzasının bulunması yeterlidir; devralan kişinin imzasının bulunması gerekmez. Ancak devir sebebinin belirtildiği ivazlı devirlerde, alacağı devralan kişinin imzasının bulunması da geçerlilik şeklidir<sup>7</sup>. Geçerli bir devirden söz edebilmek için yazılı şekil, devrin bütün esaslı unsurlarını kapsamalıdır. Devreden ve devralanın kim olduğu, devre konu alacak ve tarafların devir iradesinin, sözleşme metninden anlaşılması gerekir<sup>8</sup>.

Tasarruf yetkisi ve yazılı şekil dışında alacağın devri sözleşmesi, sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabidir. Alacağın devrine ilişkin bir diğer koşul, devredilen alacak hakkının mevcut olmasıdır. Bir alacak hiç doğmamışsa, sona ermişse veya alacaklı tarafından başkasına devredilmişse artık o alacağın mevcudiyetinden söz edilemez. Böyle bir durumun varlığı halinde de alacağın devri gerçekleşmez. Sona ermiş veya devredilmiş alacakların, alacağın devri sözleşmesine konu olamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur<sup>9</sup>. Ancak henüz doğmamış olmakla birlikte ileride doğabilecek alacakların devri konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1693.

<sup>8</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 242 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No.1695; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3416-3417; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, SCHWENZER, No.90.13, 90.14; No.2; EREN, s. 1257.

<sup>9</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1710, No.1712.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNERGÖK, s. 35 vd.



Alacağın devrine ilişkin son koşul, bir devir engelinin olmamasıdır<sup>11</sup>. TBK 183/I, “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*” şeklindedir. Bu hükümde de açıkça belirtildiği üzere devir engelleri, kanundan, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanabilir. Kanundan doğan devir engellerine örnek olarak ürün kiracısının kullanım hakkını kiraya verenin rızası olmaksızın devredemeyeceği (TBK 366/I); konut ve çatılı işyeri kiracısının kullanım hakkını kiraya verenin yazılı rızası olmaksızın devredemeyeceği (TBK 322/II) ve ödünç alanın kullanım hakkını devredemeyeceğine ilişkin hüküm (TBK 380/II) gösterilebilir<sup>12</sup>.

## II. ALACAĞIN DEVRİ DURUMUNDA BORÇLUYA AİT SAVUNMALAR

### Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere alacağın devri, borçluya bu konuda bilgi verilmeksizin ve borçlunun rızasının alınması gerekmeksizin geçerli bir şekilde yapılabilmektedir. Dolayısıyla borçlunun, iradesi dışında gerçekleşen bir olay sebebiyle durumunun ağırlaşması kabul edilemez. Bu sebeple alacağın devrini bilmeyen borçlu, devreden alacaklının halen alacaklı sıfatına sahip olduğunu kabul ederek hareket edebilmelidir. Alacağın devrini bilmeyen borçlunun durumunun değişmemesi gerektiği ilkesinden hareketle, alacağın devrine ilişkin hükümlerde, borçluyu koruyucu hükümler getirilmiştir<sup>13</sup>. İsviçre-Türk

<sup>11</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 9. HD, 14.02.2019, E. 2019/392, K. 2019/173: “... Somut uyumsuzlukta; dava dışı araç sahibi ile davacı arasında yazılı olarak yapılan temlik sözleşmesi ile TBK'nın 183. vd. maddeleri hükümleri uyarınca dava dışı araç sahibinin aracının hasara uğraması nedeni ile davalıdan talep edebileceği değer kaybı alacağı davacıya temlik edilmiştir. Anılan yasa hükmüne göre, “kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir”. Davacı .... San ve Tic. Ltd. Şti.nin temlik aldığı alacak bakımından kanunda belirtilen devir engellerinin bulunduğundan söz etme olanağı yoktur. Davacının temlik işlemi, haksız fiilden doğan alacağın devri niteliğinde olup mahkeme gerekçesinde ifade edildiği üzere “açıkça bir sigortacılık faaliyeti” şeklinde değerlendirilemez. Temlikin geçerliliği için, devredilecek alacak hakkının hukuki sebebinin bir önemi olmadığı gibi alacak hakkının çekişmeli olması da temlike engel değildir. Bu durumda dava dışı araç malikinin hak ve alacaklarını hukukun geçerli temlik sözleşmesi ile alan davacı, taraf sıfatını kazanmıştır. Mahkemenin aksi yöndeki gerekçesinin yasal bir dayanağı bulunmayıp davacı vekilinin aktif taraf sıfatına ilişkin istinaf itirazları yerinde görülmiştir.” (www.kazanci.com)

<sup>12</sup> EREN, s.1260; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1718.

<sup>13</sup> VON TUHR/ESCHER, s. 857; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No.3473 vd.; EREN, s.1265; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1752; YHGK, 19.9.2012, E. 2012/11-341, K. 2012/587: “...Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davacı bankaya temlik olu-

hukukunda bu koruma hem TBK 186'da özel kural şeklinde hem de TBK 188/I'de genel kural olarak düzenlenmiştir<sup>14</sup>. TBK 186, TBK 188/I'e göre özel hüküm niteliğindedir, çünkü borçlunun devreden kişiye ödeme yapması, aynı zamanda ifa def'i olarak TBK 188/I'in de kapsamına girmektedir. Ancak örneğin zamanaşımı veya süre verme TBK 188/I anlamında defi kavramına dahil olmaktayken, TBK 186 anlamında ödeme kavramına dahil değildir<sup>15</sup>.

Dolayısıyla borçlunun yalnızca önceki alacaklıya ifasını düzenleyen ve özel hüküm niteliğinde olan TBK 186 hükmünün yanı sıra borçlu, TBK 188/I gereğince borçlunun devri öğrenmesinden önceki dönemde meydana gelen diğer bütün def'iler açısından da korunmaktadır. Bununla birlikte TBK 186'da her ne kadar yalnızca ödemededen söz edilmişse de ödeme ile aynı sonucu meydana getiren başka def'ilerin de alacağın devrinden sonra ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda, alacağın devrinden sonra meydana gelen def'ilerin hangilerinin 186'ya hangilerinin 188'e tabi olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü her iki hükmün uygulama koşulları birbirinden farklıdır. Konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Bu çerçevede TBK 188/I konuya ilişkin genel hüküm olduğundan, aşağıda öncelikle TBK 188/I kapsamına giren def'iler incelenecek, daha sonra TBK 186 ve TBK 188'in uygulama koşulları belirlenecek ve son olarak her iki hükmün uygulama alanına ilişkin doktrinde savunulan görüşler ortaya konacaktır.

*nan senede bağlı borcun tamamının davalılar tarafından ödenip ödenmediği noktasında toplanmaktadır. - Dava dışı kooperatif ile davalılar arasında tanzim olunan "Müşterek ve Müteselsil Borç Senedi" başlıklı senet metninin son paragrafında yer alan ibareyle alacağın davacı Ziraat Bankası'na temlik olunacağı açıkça belirtilmiş olup, aynı senet metninde borcun öncelikle Kooperatife ödeneceği de belirtilmiş durumdadır. - ...- Bunun yanı sıra, BK'nun 167. maddesi (6098 sayılı TBK 188. maddesi) uyarınca borçlu, temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri, temellük edene karşı da ileri sürme hakkına sahiptir. Dosya içeriğinde mevcut bulunan ve dava dışı S.S.1055 Sayılı Akhisar Merkez ve Çevre Köyleri Tütün Tarım Satış Kooperatifi yetkililerince tanzim olunan 07.12.2001 tarihli belgede, borçlu olan M. A.'in borcunu ödemediğinin açıkça belirtilmiş olması karşısında, borcun ifa edildiği savunmasını bu belgeye dayalı olarak temlik edene karşı ileri sürme hakkı bulunan borçlunun, talebin dayanağı olan senet metnindeki somut olaya özgü özel düzenleme uyarınca aynı savunmayı temlik alana karşı da ileri sürme hakkı vardır. - Bu durumda, temlik alan davacı banka tarafından bu dava ile halen talep edilebilecek bir borç bulunmadığı anlaşılmış olduğundan, aynı hususa işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gereklidir." (www.kazanci.com)*

<sup>14</sup> LARDELLI, s. 49 vd.; TBK 188/II hükmü çalışmamızdaki temel inceleme konusu olduğundan bu başlık altında TBK 186 ve TBK 188/I hükmü incelenecektir.

<sup>15</sup> LARDELLI, s. 59.

## TBK 188/I Kapsamına Giren Def'iler

TBK 188/I, “*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*” şeklindedir. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, borçlunun bu hakkının, devralanın iyiniyetinden bağımsız olduğudur. Bu sebeple devralan, devraldığı sırada borçluya ait bu savunma imkanlarından haberi olmadığı gerekçesiyle borçlunun savunmalarını ileri sürmesine engel olamaz<sup>16</sup>.

Hükümde yer alan “*savunma*” kelimesi, hem def'ileri hem de itirazları kapsamaktadır<sup>17</sup>. İsviçre’de de, devralanın ifa talebine karşı borçlunun def'ilerin yanı sıra itirazları da ileri sürebileceği tartışmasız kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

Bu hüküm çerçevesinde ileri sürülebilecek itirazlara örnek olarak, alacağın sebebi olan hukuki ilişkinin imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık, şekil eksikliği veya fiil ehliyetindeki eksiklik sebebiyle kesin hükümsüz olması ya da dönme veya sonraki kusursuz imkansızlık sebebiyle ortadan kalkması; geciktirici koşulun meydana gelmemesi; yasal temsilcinin küçüğün işlemine onay vermemesi; alacağın ifası, takas, iptal beyanı, ibra, yenileme, bozucu şartın gerçekleşmesi, devir sözleşmesinin<sup>19</sup>, devralanın fiil ehliyetinin olmaması veya şekle aykırılık gibi sebeplerle hükümsüz olması gösterilebilir. Bu noktada vurgulanması gereken husus, bir itiraz sebebi mevcutsa, devir anında herhangi bir alacak mevcut olmadığı için, alacağın devrinin de söz konusu olmayacağıdır<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> VON TUHR/ESCHER, 864; BUCHER, s. 567; DEVELİOĞLU, s. 87.

<sup>17</sup> VON TUHR/ESCHER, s. 865 vd.; BUCHER, s. 567-568; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3475 vd.; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, No. 4; EREN, s. 1266; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No.1779; KOLLER, (1985), No. 708; ARAL, s. 50-51; TBK 188/I hükmü emredici değildir, bu sebeple borçlunun, bu hükmün korumasından açıkça veya örtülü olarak feragat etmesi mümkündür, bkz. DEVELİOĞLU, s. 89.

<sup>18</sup> BUCHER, s. 567 vd.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3475 vd.; REETZ/BURRI, CHK, Art. 169, No.3 vd.;

<sup>19</sup> Bkz. ZK-SPIRIG, Art. 169, No. 21 vd.; GÜNERGÖK, s. 229 vd.; Tasarruf işlemi niteliğindeki devir sözleşmesine temel teşkil eden devir vaadi sözleşmesinden doğan eksikliklerin ileri sürülüp sürülemeyeceği ise, alacağın temlikinin sebepten soyut kabul edilip edilmeyeceğine bağlıdır. Alacağın devrinin sebepten soyut olduğu kabul edilirse, borçlu, alacağın devrine temel teşkil eden borçlandırıcı işleminden (pactum de cedendo) doğan eksiklikleri ileri süremeyecek; alacağın devri sebebe bağlı kabul edilirse, borçlu temel ilişkiden doğan geçersizlikleri de ileri sürebilecektir, bkz. HUGUENİN, s. 378, No. 1395; REETZ/BURRI, CHK, Art. 169, No.17; OR 2020 Art. 169 Abs.3’te, borçlunun devralana karşı, alacağın devrinin veya devre temel teşkil eden hukuki işlemin geçersizliğini ileri süremeyeceği hükmüne bağlanmıştır, bkz. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 Art.169, No. 8 vd.

<sup>20</sup> HUGUENİN, s. 378, No. 1397; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3477; REETZ/

Bu hüküm çerçevesinde ileri sürülebilecek def'ilere örnek olarak ödemelik def'i, zamanaşımı def'i<sup>21</sup>, muacceliyet eksikliği ve ayıp ve zapttan sorumluluk çerçevesinde sahip olunan haklar gösterilebilir<sup>22</sup>.

TBK 188/I'de borçlunun, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmalardan söz edilmekteyse de, doktrinde oybirliği ile kabul edildiği üzere, savunma imkanının *sebebinin* devrin öğrenilmesinden önce mevcut olması yeterlidir. Şöyle ki; savunma imkanı, ilk olarak devrin öğrenilmesinden sonra ortaya çıkmış olsa bile, savunma imkanının sebebi, borçlunun devri öğrenmesinden önce mevcut ise, TBK 188/I'in açık ifadesine rağmen, borçlunun bu savunma imkanını da ileri sürmesi mümkündür. Örneğin, borçlu ve alacağı devreden, bozucu bir şart kararlaştırmışlar ancak bu şart borçlunun devri öğrendiği tarihten sonra gerçekleşmişse, itiraz sebebi daha sonra ortaya çıkmış olmasına rağmen, borçlu borcunu ifa etmeyi reddedebilecektir. Aynı durum, satım konusu malın zaptında da söz konusu olur. Alıcı (borçlu), satım konusu mal, alacağın devrinin öğrenildiği tarihten sonra elinden alınmış olsa bile, zaptı devralana karşı ileri sürebilir. Çünkü bu def'inin dayanağı olan satıcının garanti borcu temel sebep olarak borçlunun devri öğrenmesinden önce mevcuttur<sup>23</sup>.

## **TBK 186'nın ve TBK 188/I'in Uygulama Koşulları**

### **1. TBK 186'ya İlişkin Değerlendirme**

TBK 186, "*Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya;... iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.*" TBK 186'ya göre, alacağı devreden borçluya ifada bulunan borçlu, iyiniyetli olması ve devrin devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemiş olması koşuluyla borcundan kurtulmuş olur<sup>24</sup>.

BURRI, CHK, Art. 169, No.6.

<sup>21</sup> Zamanaşımı süresinin işlemesi, alacaklının değişmesinden etkilenmez, bkz. REETZ/BURRI, CHK, Art. 169, No.4; SPIRIG, OR Art. 169, No. 32; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3476.

<sup>22</sup> BUCHER, s.568; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3476; REETZ/BURRI, CHK, Art. 169, No. 4; HUGUENIN, s. 378, No. 1395; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1783.

<sup>23</sup> VON TUHR/ESCHER, s. 867; BECKER, BK OR Art. 169, No.9; BUCHER, s. 568; REETZ/BURRI, CHK, Art. 169, No. 19; No.9; LARDELLI, s. 80; SCHWENZER, No.90.49; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169 No.6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255-256.

<sup>24</sup> LARDELLI, s. 53; SPIRIG, Art. 167, No.7; KOLLER, (1985), No. 679-680; OĞUZMAN/

Devir bildirimini, varması gereken irade beyanıdır. Bu çerçevede devir bildirimini kendisine ulaşılmış olan borçlu, bildirim öğrenmemiş olsa bile TBK 186 çerçevesinde devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulamaz<sup>25</sup>. Esasen olayların büyük çoğunda, devir bildirimini yapılmış olması durumunda, borçlunun iyiniyetinden de söz edilemeyecektir. Çünkü borçlu, TMK.m.3/II gereğince somut olayın koşullarına göre kendisinden beklenen özeni göstermediği için iyiniyetli olduğunu ileri süremeyecektir. Örneğin kısa bir süre için tatilde bulunan bir iş adamının, kendisini temsilen bildirimleri alacak bir temsilci atmadığı ve bu sebeple kendisine gönderilen bildirimden haberi olmadığı bir durumda iyiniyet iddiasında bulunması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda borçluya, devredene yaptığı ifa ile borçtan kurtulma imkanı tanınması, iki sebeple reddedilmektedir. Birinci sebep, devir bildirimini borçluya varmış olmasıdır. İkinci sebep ise borçlunun, devri bildirim yoluyla öğrenmiş olmasının gerekmesidir. Buradan hareketle, bir olayda borçlunun ihmali bilgisizliği söz konusuysa, bildirim yapılmamış olmasının ayrı bir uygulama alanı olmayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>26</sup>.

Ancak bildirim yapılmış olması durumunda borçlunun korunması açısından tartışmalı olan husus, devralanın, alacağının güvenilirliğine ilişkin menfaatinin, devirden kusuru olmaksızın haberdar olmayan borçludan daha fazla korunması gerekip gerekmediğidir. VON TUHR/ESCHER, borçlunun kusursuz bilgisizliği durumunda dahi, bildirim borçlunun korunmasını sınırlandırıcı bir etkisi olması gerektiğini çünkü Kanunun bildirim böyle bir sonuç bağlamakla, devralana güvenli bir araç temin etmek istediği görüşündedir<sup>27</sup>. GIRSBERGER'e göre ise, bildirim, borçlunun iyiniyetini yalnızca, koşulların gerektirdiği özen ölçüsü dikkate alındığında bildirim borçlu tarafından bilinmesi gerekmezse ortadan kaldırmalıdır<sup>28</sup>. Dolayısıyla bu görüşe göre, borçlunun kusursuz bilgisizliği söz konusuysa, borçlu, devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulmuş olacaktır.

---

ÖZ ve TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP ise, TBK 186'daki bildirim etkisinin ancak borçlunun öğrenmesi ile hüküm ifade edeceği şeklinde yorumlanmasının borçlunun korunması açısından daha uygun olacağı; bununla birlikte ihbara rağmen temlik öğrenmediğini borçlunun ispat etmesi gerektiği görüşündedir, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.II, No. 1762 ve TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257-258; Bu görüş, BGB §407'ye uygundur.

<sup>25</sup> LARDELLI, s. 53.

<sup>26</sup> LARDELLI, s. 55.

<sup>27</sup> VON TUHR/ESCHER, s. 858-859 ve dp.13.

<sup>28</sup> BSK OR I- GIRSBERGER, Art. 167, No.8; Aynı yönde GÜNERGÖK, s. 150 vd.

Alman hukukunda ise BGB §407’de, borçlunun, devirle ilgili bir bilgisi olmadığı sürece, devredene yapmış olduğu ifayı devralana karşı ileri sürebileceği düzenlenmiştir<sup>29</sup>. Dolayısıyla Alman hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak yalnızca borçlunun ihmali bilgisizliği, borçluya getirilen korumayı ortadan kaldırmaz; bildirim yapılmamış olması durumunda ihmali sebebiyle bilgisi olmayan borçlu da korunur ve somut bilgisi olmadığı sürece, borçlu devredene yapacağı ifa ile borçtan kurtulur. Borçluya tanınan bu koruma imkanı, borçlunun devri bilmesi gerektiği ileri sürülerek ortadan kaldırılamaz<sup>30</sup>.

## 2. TBK 188/I’e İlişkin Değerlendirme

TBK 188/I hükmü, “*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*” şeklindedir. Bu hükmün kapsamına, alacağın temlikinden önce mevcut olan def’ilerin yanı sıra, alacağın temlikinden sonra doğmuş olan def’iler dahildir. Alacağın devrinden sonra doğan def’ilere ilişkin tek koşul, bunların borçlunun devri öğrenene kadar meydana gelmiş olmasıdır<sup>31</sup>.

TBK 186’dan farklı olarak TBK 188/I’e göre borçlu devri öğrenene kadar, ihmali bilgisizliği olsa dahi korunmaktadır<sup>32</sup>. Dolayısıyla bu hüküm çerçevesinde devir bildirimini, borçluya getirilen korumanın sınırlandırılması konusunda kesin bir etkiye sahip değildir<sup>33</sup>. TBK 188/I hükmünün, alacağın devrinden sonra doğan def’iler bakımından BGB §407 ile uyumlu olduğu görülmektedir<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> BROX /WALKER, s. 394, No.23 vd.

<sup>30</sup> Borçlunun devri bildiğini ispat yükü devralan kişiye aittir. Ancak Alman hukukuna göre borçluya devir bildirimini ulaştırmış olduğu durumlarda ispat yükü yer değiştirmektedir. Devir bildirimini ulaşması durumunda borçlunun devri bildiği varsayılır. Ancak borçlunun devri bilmediğini ispatlama imkanı her zaman mevcuttur. Bunun yanı sıra borçlunun kendi bilgisizliğine dayanması, Alman içtihatlarına göre belirli koşullar altında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir, bkz. LARDELLI, s. 56-57.

<sup>31</sup> LARDELLI, s. 58.

<sup>32</sup> Mevcut hükümde borçlunun devri öğrendiği an esas alınmışken, OR 2020 Art. 169’da, devrin bildirildiği an esas alınmıştır. Bildirimi anı objektif olarak belirlenebilir olduğundan, OR 2020’deki düzenleme hukuki kesinliği sağlamaktadır, bkz. GIRSBERGER/HERMANN, No. 2.

<sup>33</sup> Bu hükümdeki borçlunun öğrenmesinin yalnızca “fiili öğrenme” olarak anlaşılması, borçluya yapılan ihbarın borçlunun hakimiyet alanına girmesinin de öğrenme olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. DEVELİOĞLU, s. 87.

<sup>34</sup> LARDELLI, s. 58-59.

## **TBK 186 ve TBK 188/I Hükümünün Uygulama Alanının Belirlenmesine İlişkin Görüşler**

Yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere TBK 186 ve TBK 188'in uygulama koşulları birbirinden farklıdır. TBK 186'nın uygulanabilmesi için borçlunun iyiniyetli olması ve kendisine herhangi bir bildirim yapılmamış olması gerekirken, TBK 188 borçlunun devri bilmemesi koşulunu aramaktadır<sup>35</sup>. Her iki hükmün uygulama koşullarının farklı oluşu, bazı defilerin hem TBK 186'nın hem de TBK 188'in kapsamına girdiği dikkate alındığında önemli bir uygulama sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

TBK 186 ve TBK 188/I hükmü arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi mevcuttur. Zira TBK 186'da düzenlenmiş olan borçlunun devreden kişiye ödeme yapması, aynı zamanda ifa def'i olarak TBK 188/I'in de kapsamına girmektedir. Özel hüküm genel hüküm ilişkisinde "*özel hükmün önceliği*" ilkesi geçerlidir. Çünkü aksinin kabulü halinde, borçlu devredene ifada bulunduğu, TBK 186 hükmü, TBK 188 karşısında herhangi bir uygulama alanına sahip olamayacaktır<sup>36</sup>.

Ancak TBK 186'da her ne kadar yalnızca ödemedен söz edilmişse de ödeme ile aynı sonucu meydana getiren başka def'ilerin de alacağın devrinden sonra ortaya çıkması mümkün olduğundan, alacağın devrinden sonra meydana gelen def'ilerin hangilerinin 186'ya hangilerinin 188'e tabi olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur: Doktrindeki bir görüşe göre, alacağın temlikinden sonra meydana gelen def'ilerin, TBK 186'daki koşullara tabi tutularak tek tip

---

<sup>35</sup> LARDELLI, s. 51.

<sup>36</sup> LARDELLI, s. 59.



değerlendirilmesini desteklemektedir<sup>37 38</sup>.

Federal Mahkeme'nin bu konudaki görüşü, takas, ibra veya yenileme gibi alacağın itfasını sağlayan diğer hukuki işlemlerin de TBK 186'ya göre değerlendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>39</sup>. Doktrinin bir kısmı, Federal Mahkemenin bu uygulamasını kabul etmektedir<sup>40</sup>.

LARDELLI<sup>41</sup> ise, TBK 186 ile TBK 188/I arasındaki norm yarışmasına ilişkin tarihi gelişime bakıldığında, devirden sonra meydana gelen def'ilerin tek

<sup>37</sup> SCHWENZER, No.90.42; Devrin borçluya bildirilmesinden önce borçlu ile devreden arasında yapılan ibra ve süre uzatma anlaşmasının, borçlunun ifası gibi değerlendirilmesi gerektiği ayrıca olası bir alacak davasında bildirimden önce devreden tarafından yapılan usuli işlemlerin de devralana karşı ileri sürülmesi gerektiği yönünde bkz. BUCHER, s. 562, Fn.99; KOLLER, TBK 186'da yalnızca ifadan sözedilmiş olsa da, borçluyu borçtan kurtaran diğer davranışların da - mesela borçlunun devredene karşı yapacağı takas beyanı- borcun ifası ile bir tutulduğunu ve ifanın borcun itfası amacıyla yapılan diğer hukuki işlemlerle de - devredenle yapılan ibra anlaşması, yenileme gibi- aynı olduğunu ifade etmektedir, bkz. (1985), No. 693; Bunun yanı sıra KOLLER, TBK 188'deki üçüncü kuralın (devir anında nüve olarak dahi mevcut olmayan defilere ilişkin kural) somutlaştırmasının TBK 186 olduğunu ve TBK 186'nın, TBK 188'in üçüncü kuralının pratik önemini ortadan kaldırdığını ifade etmektedir, bkz. KOLLER, (1985), No. 713-714; Ayrıca KOLLER, takas durumunda da TBK 188/II'deki "devri öğrendiği an" yerine sistematik sebeplerle TBK 186'nın koşullarının uygulanması gerektiği görüşündedir, (1985), No. 726 vd. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde KOLLER'in de bu görüşte olduğu kanaatine varılması mümkündür.

<sup>38</sup> Bu görüşe karşılık LARDELLI şu eleştirilerde bulunmuştur: TBK 186'nın ifadesi, devreden kişiye yapılan ifa ile sınırlı olduğundan, sözü edilen uygulama ancak kıyas yoluyla yapılabilir. Ancak TBK 186 ve TBK 188 arasında mevcut olan özel hüküm genel hüküm ilişkisinde kıyas yoluyla doldurulması gereken bir kanun boşluğu olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü alacağın temlikinden sonra doğan bütün defiler, TBK 188'e de tabi tutulabilir. Bu noktada en büyük sorun, TBK 188'in uygulama alanını, BGB 404'e kıyasen, devirden önce doğmuş olan defilere indirgeyip böylece ortaya çıkan boşluğun da TBK 186'nın kıyasen uygulanması yoluyla doldurulup doldurulamayacağıdır. Kıyasla bağlantılı olarak böyle bir indirgeme yapılabilmesi için, TBK 188 hükmünün Kanunkoyucunun amacı dikkate alındığında çok geniş ifade edildiğini kabul etmek gerekir, ancak böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü borçlunun, devri öğrenene kadar korunması ilkesi, devrin borçlunun bilgisi olmaksızın geçerli bir şekilde yapılabilmesi durumu ile zorunlu bir bağlılık içindedir; Yazar TBK 188'in uygulama alanının indirgenmesi yöntemine karşı ileri sürülen, TBK 186'nın genişletilmesi ve böylelikle TBK 188'deki "bilme" unsurunun amaçsız ve fonksiyonsuz bırakılması yöntemini de eleştirmektedir. Bu durumu özellikle KOLLER'in görüşü çerçevesinde (KOLLER, (1985), No. 726 vd.) takas alacağının doğumunun ve muacceliyetinin TBK 186'ya göre değerlendirilmesi kabul edildiğinde söz konusu olacağını ancak TBK 188/II hükmünün açık olduğunu ve bu hükmün açıkça TBK 188/I'e atf yaptığını ifade etmektedir, bkz. s. 71-72.

<sup>39</sup> BGE 131 III 586 E., 4.2.2: Federal Mahkeme bu kararında, eski uygulamasına uygun olarak karar verdiğini ifade etmiştir.

<sup>40</sup> ZK-SPIRIG, Art. 167, No.36; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, No. 18.

<sup>41</sup> LARDELLI, s. 72-73.



bir kural altında toplanmasının doğru olmadığını ileri sürerek, hangi def'lerin hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak BGB 407'de yer verilen "ifa fiili" ile "hukuki işlemin icrası" ayrımından hareketle bir kriter getirilebileceği görüşündedir. Buna göre ifa ikameleri (ifa yerine edim ve ifa uğruna edim) veya borçlunun devredene karşı takas beyanında bulunması ifa fiillerine dahildir. Bu sebeple bu işlemlere de TBK 186 uygulanmalıdır. Ancak ibra, süre verme, sulh, sözleşmesel temlik yasağı, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, mahkeme yeri tayini veya hakem anlaşması, ifa fiili kavramına dahil olmadığından bu hukuki işlemler için TBK 188'deki öğrenme anı kavramının uygulanması gerektiği görüşündedir.

Biz bu konuda Federal Mahkemenin uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu noktada ibra, TBK 186'ya tutulmaktayken, sulh sözleşmesinin TBK 188'e tabi tutuluyor olması doktrinde eleştirilmektedir. Zira sulh, kısmi bir ibra niteliğindedir. Kanaatimizce bu eleştiri yerindedir. Bu sebeple sulh sözleşmesinin de TBK 186'ya tabi tutulması gerektiği kabul edilebilir<sup>42</sup>.

Sonuç olarak inceleme konumuz olan takas çerçevesinde değerlendirildiğinde, borçlunun alacağın devrinden sonra devredene yaptığı takas beyanı ile borçtan kurtulabilmesi için TBK 186'daki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla borçlu, kendisine bildirim yapılmamış olması ve iyiniyetli olması koşuluyla, alacağı devreden kişiye yapacağı takas beyanı ile borcundan kurtulacaktır<sup>43</sup>.

### III. TAKAS HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

#### Takas Kavramı

Takas, Türk Borçlar Kanununun "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı" başlıklı üçüncü bölümünde, 139 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK 139/I'de, "İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir." hükmü getirilmiştir. Bu çerçevede takas, birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birinin, tek taraflı beyanı ile bu alacakları, az olan alacak tutarında sona erdirmesi olarak tanımlanabilir<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> LARDELLI, s. 73.

<sup>43</sup> Bkz. a.ş.a. IV B 1.

<sup>44</sup> KOLLER, (2007), s. 101; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3202; BSK OR

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere takas hakkının doğması için en az iki borcun varlığı gerekmektedir. Takas beyanında bulunanın, muhataptan olan alacağı “*takas alacağı*” veya “*aktif alacak*” olarak tanımlanmaktayken; takas beyanına muhatap olan tarafın takas eden taraftan olan alacağına “*esas alacak*” veya “*pasif alacak*” denir<sup>45</sup>.

### **Takas Beyanının Hukuki Niteliği**

TBK 143/I, “*Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer.*” şeklindedir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere İsviçre-Türk hukukunda takas, kural olarak<sup>46</sup> borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmektedir. Bu beyan ile tarafların birbirlerine olan aynı cins borçları az olan borç tutarında sona erdiğinden, takas beyanı bozucu yenilik doğuran işlem, bu beyanın dayanağı olan takas hakkı da bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir<sup>47</sup>.

Takasın gerçekleşmesi için takas beyanının karşı tarafa ulaşması yeterlidir, muhatabın beyanı fiilen öğrenmiş olup olmaması önem taşımaz. Bunun yanı sıra TBK 144 hükmündeki istisnaların haricinde, takasın gerçekleşmesi için karşı tarafın takas beyanını kabul etmiş olması da gerekli değildir<sup>48</sup>.

Takas kurumuna ilişkin olarak bir diğer önemli husus, takasın, borçlunun beyanından itibaren değil, karşılıklı borçların takas edilebilmesi şartlarının gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesidir<sup>49</sup>.

Kural takasın, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmesidir. Ancak Borçlar Hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü

I-PETER, Vor Art. 120-126, No.1; SCHWENZER, No. 77.01; EREN, s. 1300; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1841; ARAL, s.21; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012; DEVELİOĞLU, s. 5 vd; KARAMERCAN, s. 271 vd.

<sup>45</sup> DEVELİOĞLU, s. 6-7. ARAL, s. 22

<sup>46</sup> Bazı borçların takası ise ancak alacaklının rızasıyla mümkündür. Bu borçlar TBK 144’de düzenlenmiştir.

<sup>47</sup> KOLLER, (2007), s. 104; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3247; BSK OR I-PETER, Art.124, No. 1; SCHWENZER, No. 78.01; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1845; EREN, s. 1300; LARDELLI, s. 80; DEVELİOĞLU, s. 13.

<sup>48</sup> DEVELİOĞLU, s. 14.

<sup>49</sup> BUZ, s. 229 vd.; DEVELİOĞLU, s. 253 vd.; KOLLER, (2007), s. 104; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3251; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No.1847.

ilkesi çerçevesinde, tarafların bir takas sözleşmesi yapmaları da mümkündür. Taraflar arasında yapılacak takas sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği, sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabidir<sup>50</sup>.

Takas sözleşmesiyle takas yetkisinin kullanılmasına ilişkin yasal koşulların değiştirilmesi mümkündür. Örneğin taraflar karşı alacağın muacceliyeti yerine yalnızca ifa edilebilir olmasını kararlaştırabilirler<sup>51</sup>.

## Takasın Koşulları

### 1. Tarafların Birbirinden Alacaklı Olması (Karşılıklılık Koşulu)

Borcu sona erdiren diğer sebeplerden farklı olarak takas için iki kişinin karşılıklı olarak birbirlerine borçlu olması gerekir. Bir başka ifadeyle takas hakkı ancak, bir kişinin karşı tarafa hem borçlu olması hem de ondan alacaklı olması halinde doğar<sup>52</sup>. Bu sebeple alacaklardan biri henüz doğmamış veya takastan önce başka bir sebeple sona ermişse takas hakkı doğmaz<sup>53</sup>.

Buna göre takas beyanında bulunmak isteyen kişi, karşı taraftan alacaklı veya ona borçlu değilse takas hakkına sahip değildir. Örneğin (A)'nın (B)'den alacaklı, (B)'nin (C)'den alacaklı; (C)'nin de (A)'dan alacaklı olduğu bir durumda, (A) (C)'ye olan borcu ile (B)'den olan alacağını takas edemez. Bunun yanı sıra (A), (C)'ye olan borcu ile (B)'nin (C)'den olan alacağını da takas edemez. Ancak (B), (C)'den olan alacağını (A)'ya temlik etmesi

<sup>50</sup> EREN, s. 1301; ARAL, s. 29; KARAMERCAN, s. 280.

<sup>51</sup> Bu konuda bkz. EREN, s. 1301; DEVELİOĞLU, s. 40 vd.; Aynı türden olma koşulunun kaldırılması durumunda, yapılan sözleşmenin takas sözleşmesi değil, ifa yerine edim yoluyla borcun itfası olacağı ileri sürülmektedir, bkz. ARAL, s. 29-30.

<sup>52</sup> DEVELİOĞLU, s. 79 vd.; Ancak borçların aynı borç ilişkisinden doğması zorunlu değildir, KOLLER, (2007), s. 103; ARAL, s. 42-43; 3. HD. 24.02.2014, E. 2013/17632, K. 2014/2693: "...Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davacının davalıdan, davalının da davacıdan alacağı olduğu, davacı alacağı olan 21.963,00 TL'den davalının alacağı olan 11.677,80 TL'lik fark mahsup edildiğinde kalan 10.285,20 TL'nin davacıya, davalı belediye tarafından ödenmesi gerektiği bildirilmiştir. - Oysa ki; davalının davacıdan alacaklı olduğu belirtilen 11.677,80 TL'ye dair alacağın borçlu tarafı Sayıştay Başkanlığı'nın 1 Aralık 2011 tarih ve 910 Sayılı ilamıyla davacı değil, davalı belediyenin Sayıştay ilamında ismi geçen belediye çalışanlarıdır. - Hal böyle olunca mahkemece; takas için tarafların birbirlerine karşı aynı zamanda hem alacaklı hem de borçlu olmaları gerektiğine dair koşulun somut olayda gerçekleşmediği nazara alınarak, davalının takas talebinin reddine karar verilerek hasıl olacak sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir."(www.kazanci.com)

<sup>53</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1014 vd.; EREN, s. 1301-1302; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1851-1852; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3210; BSK OR I-PETER, Art. 120, No. 2; SCHWENZER, No.77.04.

durumunda, (A) artık (C)'ye karşı alacaklı sıfatına da sahip olacağından takas hakkını kullanabilir<sup>54</sup>. Dolayısıyla takas hakkından söz edebilmek için borçlu sıfatına sahip olan kişinin, aynı zamanda takas hakkının muhatabına karşı alacaklı sıfatına da sahip olması gerekir.

Ancak bu kuralın istisnası TBK 188'de alacağın devri için öngörülmüştür. TBK 188/I, "*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*" şeklindedir.

Bu hüküm gereğince borçlu devri öğrendiği zaman, devri yapan alacaklıya takas beyanında bulunma hakkına sahipse, yeni alacaklıya karşı da – yeni alacaklıdan herhangi bir alacağı olmamasına karşın – takas beyanında bulunabilecektir. Bu durumda, hem devredilmiş olan alacak hem de borçlunun devredenden olan alacağı takas beyanı ile birlikte sona erer. Bu sonuç, alacağın devrinin, borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı genel kuralının bir sonucudur<sup>55</sup>.

Takas edilecek alacakların aynı borç ilişkisinden doğmuş olması aranmaz. Hatta takas hakkı genellikle, farklı borç ilişkilerinden doğan borçların varlığı halinde söz konusu olur. Zira olayların büyük bir çoğunluğunda aynı borç ilişkisinden doğan alacaklar aynı tür olmayacaktır<sup>56</sup>.

## 2. Tarafların Birbirinden Olan Alacaklarının Konusunun Aynı Türden Olması

Bu koşul sebebiyle takasın en yaygın uygulama alanı para borçlarıdır<sup>57</sup>. Zira günümüzün gelişen ticari ilişkilerinde tarafların birbirlerinden para borcu dışında aynı türden alacak hakkına sahip olmaları hemen hemen hiç karşılaşılacak bir durumdur. TBK 139/I'de de para borcu önemi dolayısıyla ayrıca zikredilmiştir.

<sup>54</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1853; ARAL, s. 43 vd.

<sup>55</sup> BUCHER, s. 568-569; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255; DEVELİOĞLU, s. 86 vd.

OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1858; HUGUENIN, s. 379, No. 1399.

<sup>56</sup> KOLLER, (2007), s. 103; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1853; ARAL, s. 42.

<sup>57</sup> BSK OR I-PETER, Art. 120, No.10; SCHWENZER, No. 77.09; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1015 vd.; Yabancı para borcunun hangi koşullar altında takasa konu olabileceğine ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1861 ve ARAL, s. 61 vd.; DEVELİOĞLU, s. 133 vd.

Edimlerin baştan itibaren aynı cinsten olmalarına gerek yoktur. Örneğin, edimler başlangıçta farklı iken, para borcu dışında bir edim üstlenen tarafın temerrüde düşmesi üzerine, alacaklı olan taraf ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ederse, alacakların aynı türden olması koşulu gerçekleşmiş olur<sup>58</sup>.

Bununla birlikte paradan başka misli şeyler için de takas hakkının kullanılmasına bir engel yoktur. Örneğin (A)'nın (B)'den 15 kg. pirinç alacağı, (B)'nin de (A)'dan 100 kg pirinç alacağı varsa bu iki alacak takas edilebilir. Ancak her iki alacağın konusu aynı cinsten olsa bile tür farkı varsa, takas mümkün olmayacaktır<sup>59</sup>.

### **3. Takas Alacağının (Aktif Alacak) Muaccel, Esas Alacağın (Pasif Alacak) da İfa Edilebilir Olması**

TBK 139'da bu koşul "*her iki alacağın muaccel olması*" şeklinde ifade edilmişse de, bu koşul bakımından takas beyanında bulunan tarafın borcu ile alacağı arasında bir ayrım yapılmalıdır.

Buna göre, takas hakkını kullanmak isteyen kişinin alacağının (takas alacağı) muaccel olması zorunlu iken, kural olarak kendi borcunun ifa edilebilir olması yeterlidir<sup>60</sup>. Bu noktada muacceliyet ve ifa edilebilirlik kavramları önem taşımaktadır. İfanın modalitelerinden biri olan ifa zamanı kavramı; hem muacceliyet hem de ifa edilebilirlik anlamında kullanılmaktadır<sup>61</sup>:

İfa zamanının ilk anlamı muacceliyettir. Muacceliyet, alacaklının edimin ifasını isteyebileceği zamanı ifade eder. (TBK 90 vd.). Borcun muacceliyeti, borçlunun temerrüdü ve alacak zamanaşımı süresinin başlaması konusunda önem taşır.

İfa zamanının ikinci anlamı, ifa edilebilirliktir. Bu kavram da borçlunun edimi ne zaman yerine getirebileceğini ifade eder. Vadeye bağlı borçlarda alacaklı vadeden önce ifayı talep edemezse de, kural olarak borçlu vadeden önce borcu ifa yetkisine sahiptir. Çünkü aslolan borcun vadeden önce ifa edilebilmesidir. Borcun vadeden önce ifa edilebilmesi, vadenin borçlu lehine

---

<sup>58</sup> DEVELİOĞLU, s. 127.

<sup>59</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1860; DEVELİOĞLU, s. 136.

<sup>60</sup> KOLLER, (2007), s.103; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No.3227; BSK OR I-PETER, Art. 120, No.4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1017; EREN, s. 1304; ARAL, s. 65 vd.; DEVELİOĞLU, s. 140 vd.; KARAMERCAN, s. 282 vd.

<sup>61</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.800; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 994 vd.

konulduğu fikrine dayanır. Bu sebeple vadenin alacaklının da lehine olduğu veya durumun özelliğinin vadede ifayı gerektirdiği hallerde, borçlu borcunu daha önce ifa edemeyecektir. İfa edilebilirliğe ilişkin bu durum, TBK 96'da “Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu çerçevede takas beyanında bulunmak isteyen tarafın alacağının muaccel olması zorunludur. Ancak takas beyanında bulunmak isteyen tarafın borcunun ifa edilebilir olması yeterli olup muaccel olması aranmayacaktır<sup>62</sup>. Zira genellikle olduğu gibi vadenin borçlunun lehine getirilmiş olduğu hallerde, borçlu bu borcu vadeden önce ifa edebilecek iken, böyle bir borcu muaccel bir alacağı ile takas edememesi için bir sebep yoktur. Bununla birlikte istisnai hallerde vade karşı tarafın (alacaklının) lehine ise bu halde artık takas beyanında bulunmak isteyen kişinin borcunun da muaccel olması aranacaktır.

#### 4. Takas Alacağının Dava Edilebilir Bir Alacak Olması

Takas yapmak isteyen kişinin alacağının muaccel olması da takas hakkının doğması için tek başına yeterli değildir. Çünkü bir alacağın ifasının istenebilir olması ile muaccel olması birbirinden farklı kavramlardır. Takas beyanının muhatabının borcu eksik borç niteliğindeyse, alacaklı bu alacağı dava edemeyeceği için takas da edemeyecektir. Örneğin kumar ve bahisten doğan borçlar, eksik borç niteliğinde olduğu için, alacaklı bu alacağa dayanarak takas beyanında bulunamaz<sup>63</sup>. Zamanaşımına uğramış alacak da eksik borç niteliğindedir ancak TBK 139/III hükmü ile zamanaşımına uğramış alacakların takasında istisnai bir durum öngörülmüştür<sup>64</sup>. Söz konusu hüküm “Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir.” şeklindedir.

<sup>62</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1864; EREN, s. 1304; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1017 vd.; DEVELİOĞLU, s. 140 vd; BGB 387'nin ifadesi, İsviçre-Türk Doktrininde kabul edildiği şekildedir, bkz. BROX/WALKER, s. 141, No. 9.

<sup>63</sup> KOLLER, (2007), s. 104 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No.3232; SCHWENZER, No. 77.13; EREN, s. 1304; DEVELİOĞLU, s. 150 vd.

<sup>64</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1865.

Takas alacağıın dava edilebilir olması koşul olarak aranmaktayken, esas alacağın yani takas beyanına muhatap olan tarafın takas eden taraftan olan alacağıın dava edilebilir olması zorunlu değildir. Çünkü eksik borçlar, ifa ile sona erdirilebildiği gibi takas beyanı ile de sona erdirilebilir. Örneğin, (A)'nın (B)'ye 1.000 TL. kumar borcu var ve (B)'den de 1.000 TL. satım sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağı varsa, (A), kumar borcu sebebiyle takas beyanında bulunabilir<sup>65</sup>.

Takas alacağına karşı bir def'i ileri sürülebileceği durumlarda ise, karşı taraf def'i hakkını kullanırsa takas hükümsüzleşir<sup>66</sup>.

### 5. Takastan Feragat Edilmiş Olmaması

TBK 145'te, "*Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir.*" düzenlemesi mevcuttur. Esasen takas hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat edilebileceği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. TBK 145 hükmünde ise müstakbel takas hakkından hakkın doğmasından önce feragat edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde borçlu takas hakkı doğmadan önce bu hakkından feragat etmişse, takasın diğer koşulları gerçekleşmiş olsa bile takas hakkı doğmayacaktır<sup>67</sup>. Doktrindeki hakim görüşe göre, hükmün açık ifadesinin aksine takas hakkından feragat ancak anlaşma yoluyla gerçekleşir<sup>68</sup>.

### Takasın Sonuçları

Geçerli bir şekilde yapılan takas beyanı, beyanda bulunanın karşı tarafa olan borcu ile ondan olan alacağını, az olanı tutarında, geriye etkili olarak sona erdirir. Bu durum TBK 143/I'de "*Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer.*" şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, (A)'nın (B)'ye karşı takas hakkı, 10 Ocak tarihinde doğmuş olmasına rağmen, (A) 10 Martta takas beyanında bulunmuş olması durumunda, karşılıklı alacaklar 10 Ocak tarihi itibarıyla sona ermiş olacaktır<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> EREN, s. 1304; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1866; ARAL, s. 85.

<sup>66</sup> EREN, s. 1304; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1867; Def'i hakkının ne şekilde kullanılacağına ilişkin olarak bkz. ARAL, s. 84 vd.

<sup>67</sup> KOLLER, (2007), s. 106-107; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, No. 3235; OĞUZMAN/ÖZ, s. 579, No. 1873.

<sup>68</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 579, No. 1875; BSK OR I-PETER, Art. 126, No. 4; EREN, s. 1305; ARAL, s. 102 vd.; Ayrıca bkz. DEVELİOĞLU, s. 164.

<sup>69</sup> EREN, s. 1306; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, No. 1891.



Bu hüküm gereğince borç, takas hakkının doğduğu tarih itibariyle sona ermiş olacağından, borcun sona ermesinin sonuçları da takas hakkının doğduğu tarihe göre belirlenir. Buna göre örneğin faiz getiren bir borç takas edilmişse, takas hakkının doğduğu tarih itibariyle faizin işlemesi duracaktır. Takas beyanı, bir tarafın borçlu temerrüdünde olduğu bir zamanda yapılmışsa, temerrüt hali takas hakkının doğduğu tarihte ortadan kalkmış olur<sup>70</sup>.

#### IV. ALACAĞIN DEVRİ DURUMUNDA BORÇLUNUN TAKAS BEYANINDA BULUNMASININ MEVCUT DÜZENLEME ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

##### Genel Olarak

Alacağın devri durumunda takas beyanına ilişkin üzerinde durulması gereken ilk ayırım, borçlunun takas beyanını, alacağın devrinden önce mi yoksa sonra mı yaptığıdır. Borçlu alacağın devrinden önce takas beyanında bulunmuşsa, alacağın devrine ilişkin herhangi bir özel durum ortaya çıkmaz. Takasın geçerli olup olmadığı TBK 139 ve devamı hükümleri çerçevesinde belirlenir. Takas beyanı ile asıl alacak borçlunun takas alacağı oranında alacağın devrinden önce sona ermiş olacağı için, borçlu bu durumu TBK 188/I kapsamında alacağı devraldığını iddia eden kişiye karşı ileri sürebilir.

Borçlunun alacağın devrinden sonra takas beyanında bulunması durumunun ise, takas beyanının devreden alacaklıya mı yoksa devralana mı yapıldığı birbirinden ayrılarak incelenmesi gerekir:

Alacağın devrinden sonra takas beyanının devreden alacaklıya yapılması, TBK 186 hükmü çerçevesinde olacaktır. Alacağın devrinden sonra takas beyanının devralan kişiye karşı yapılması konusu ise TBK 188 çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>71</sup>. Söz konusu hüküm, “*Borçlu, devri öğrendiği sırada*

<sup>70</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, s. 232 vd. ve DEVELİOĞLU, s. 253 vd.

<sup>71</sup> LARDELLI, s. 81; DEVELİOĞLU, s. 90; 8. HD, 11.06.2013, E. 2013/4688, K. 2013/8900: “*Ö. K. ve F. A. K. vekili anılan kişilerin Ş. 3. İcra Müdürlüğü'nün 2010/41068 E. sayılı takip dosyasında icra kefilliği sebebiyle borçlarının S. B. 'e karşı başlattıkları Kadıköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/6825 E. sayılı takip dosyasındaki alacaklarından takasını istemiştir. Mahkemece davalı S. B. 'ün İstanbul 27. İcra Müdürlüğü'nün 2010/41068 E. sayılı dosyasındaki alacağının 5.4.2012 tarihinde temlik edildiği gerekçesiyle takas mahsup talebinin reddine karar verilmiştir. Hüküm borçlular vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 188. maddesinde “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borçluyla takas edebilir.” 818 Sayılı B.K. 'nun 167. maddesinde ise “ Borçlu, temlike vakf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri,*



*devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. - Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir.” şeklindedir.*

TBK 188/I kapsamında -karşılıklılık şartının eksikliğine rağmen- takas beyanında bulunma imkanı, yalnızca devredilen alacağın borçlusuna tanınmış bir haktır. Devralan kişinin, devredilen alacağı, borçlunun devredene karşı sahip olduğu alacağı ile takas etmesi, karşılıklılık şartı oluşmadığı için mümkün değildir<sup>72</sup>. Zira devralan kişi alacaklı sıfatına sahiptir ancak söz konusu alacağın borçlusuna karşı herhangi bir borcu bulunmamaktadır.

Alacağı devreden alacaklının aynı zamanda borçluya borcu varsa, -devirle birlikte karşılıklılık şartı kalkmış olacağından- alacağını devrettiği tarihten itibaren borçluya karşı takas beyanında bulunamayacağını kural olarak kabul etmek gerekir. Çünkü alacağı devreden, alacağın borçlusuna karşı borçlu olmakla birlikte artık ondan herhangi bir alacağı bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBK 186'dan hareketle, devreden alacaklı tarafından yapılan takas beyanına geçerlilik tanınması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur. Bu konu aşağıda incelenmiştir<sup>73</sup>.

Aşağıdaki başlık altında takas beyanının borçlu tarafından, alacağın devrinden sonra devreden alacaklıya ve devralan alacaklıya yapılabilmesinin koşulları incelenecek, ayrıca takas beyanının alacağın devrinden sonra devreden alacaklı tarafından yapıp yapılamayacağına ilişkin görüşler üzerinde durulacaktır.

---

*temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.” hükmü düzenlenmiştir.- .... Somut olayda temlik 5.4.2012 tarihinde noterde yapılmış, takas defii ise 9.4.2012 tarihli olup icra kefili konumunda olan Ö. K. ve F. A. K., S. B.'e karşı Kartal 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 28.12.2010 tarih, 2010/535 E-2011/579 K. sayılı ilamından kaynaklı alacakları sebebiyle takas-mahsup defini İstanbul 27. İcra Müdürlüğü'nün 2010/41068 (Şişli 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2010/41068 E) sayılı dosya alacağını temlik alan Z. Y.'e karşı da ileri sürebilir. Bu durumda takas definin incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken alacağın 5.4.2012 tarihinde temlik edildiğinden bahisle istemin reddi isabetsizdir.”(www.kazanci.com)*

<sup>72</sup> LARDELLI, s. 84; VON TUHR/ESCHER, s. 867, Dp. 67; DEVELİOĞLU, s. 88; KOLLER, (1985), No. 717, dp. 886.

<sup>73</sup> Bkz. IV B 2.

## Takas Beyanının Alacağın Devrinden Sonra Yapılması

### 1. Takas Beyanının Alacağın Devrinden Sonra Devreden Alacaklıya Yapılması (TBK 186)

Borçlu takas beyanını, alacağın devrinden sonra devreden kişiye yapmışsa, devredilen alacak ancak TBK 186 (OR Art.167)'daki koşullar çerçevesinde sona ermiş olur<sup>74</sup>. Buna göre, borçlu ancak alacağın devrinin devralan veya devreden tarafından kendisine bildirilmemiş olması ve iyiniyetli olması koşuluyla devredene yapacağı takas beyanı ile borçtan kurtulmuş olur. Böyle bir durumda takas alacağının en geç takas beyanının yapıldığı an itibari ile muaccel olması gerekir. Asıl alacağın ise muaccel olması zorunlu olmayıp ifa edilebilir olması yeterlidir<sup>75</sup>. Örneğin<sup>76</sup>, (B)'nin (A)'ya 3.000 TL. borcu var. (B), 1.10 tarihinde, A'ya karşı 1.000 TL. muaccel bir takas alacağına sahip oldu. 3.000 TL. 10.10 tarihinde (D)'ye devredildi. (B), 15.10 tarihinde A'ya karşı iyiniyetli olarak ve kendisine herhangi bir bildirim yapılmadan önce takas beyanında bulundu. Bu durumda (B) tarafından (A)'ya yapılan takas beyanı geçerlidir<sup>77</sup>.

Borçlunun, alacağın devrinden önceki dönemde takas hakkını kullanmış olması durumunda ise, alacağı devralan kişiye karşı TBK 188/I hükmü çerçevesinde borcun sona erdiği savunmasında bulunabileceği yukarıda açıklanmıştı<sup>78</sup>.

### 2. Takas Beyanının Alacağın Devrinden Sonra Devreden Alacaklı Tarafından Yapılmasına ilişkin görüşlerin incelenmesi

Alacağın devrinden sonra takas beyanının devreden alacaklı tarafından yapılması durumunda, iyiniyetli borçlunun TBK 186 hükmü çerçevesinde korunması gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır:

<sup>74</sup> TBK 186 hükmünün, borçlunun ifasının yanı sıra borçlunun takas beyanında bulunmasını da kapsadığı doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir, bkz. LARDELLI, s.82; ZK-SPIRIG, Art. 167, No.36; BSK OR I – GIRSBERGER, Art. 167, No. 18; KOLLER, (1985), No. 693; SCHWENZER, No.90.42; ayrıca bkz. yuk. II D.

<sup>75</sup> LARDELLI, s. 82.

<sup>76</sup> Örnekler için bkz. LARDELLI, s. 82 vd.

<sup>77</sup> LARDELLI, s. 82.

<sup>78</sup> DEVELİOĞLU, s. 90; bkz. yuk.IV A.

VON TUHR/ESCHER, bu soruya olumlu cevap vermektedir. Böyle bir durumda devralan kişinin alacağı kendiliğinden sona ermektedir<sup>79</sup>. KOLLER, yalnızca borçlunun TBK 188/II kapsamında devralana karşı takas imkanının ortadan kalktığı nadir durumlarda, devreden alacaklı tarafından yapılan takas beyanına TBK 186'nın uygulanması gerektiği görüşündedir. KOLLER, görüşünün gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Borçlunun TBK 188/II çerçevesinde devralana karşı takas beyanında bulunma imkanı olduğu durumlarda da, TBK 186'nın, devreden alacaklı tarafından yapılan takas beyanını kapsadığı kabul edilirse borçlunun, sahip olduğu alacağı, devredene karşı ileri sürme veya devralan kişinin alacağı ile takas etme konusundaki seçim hakkı sınırlandırılmış olacaktır<sup>80</sup>. Bu durum ise borçlunun aleyhine bir durum ortaya çıkardığından TBK 186'nın amacına aykırıdır. Bu sebeple TBK 186'nın, devreden alacaklı tarafından takas beyanında bulunulması durumuna, yalnızca borçlunun TBK 188/II kapsamında devralana karşı takas imkanının ortadan kalktığı durumlarda uygulanacağı kabul edilmelidir<sup>81</sup>. LARDELLI bu konuda, gerçekte alacağı devreden kişinin, kendisine ait olmayan bir alacağı takas beyanına konu etmesi sebebiyle geçersiz bir hukuki işlem söz konusu olduğunu, bu sebeple de geçersiz takas işleminin, alacağı devralana karşı ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır<sup>82</sup>.

Borçlunun korunması ilkesi dikkate alındığında, biz bu konuda borçlunun devralana karşı TBK 188/II kapsamında takas beyanında bulunamayacağı durumlarla sınırlı olarak, devreden tarafından yapılan takas beyanına TBK 186 gereğince geçerlilik tanınması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

### **3. Takas Beyanının Alacağın Devrinden Sonra Devralan Kişiye Yapılması (TBK 188)**

Yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere takasın koşullarından biri tarafların birbirlerinden karşılıklı alacaklı olması yani karşılıklılık koşuludur. Örneğin (A)'nın (B)'ye 5.000 TL. borcu varsa ve (B)'den de 3.000 TL. alacağı varsa -muacceliyet koşulunun da gerçekleşmesi kaydıyla- (A), (B)'ye olan borcunu, (B)'den olan alacağı ile takas edebilir. Bu durumda (A)'nın (B)'ye

---

<sup>79</sup> VON TUHR/ESCHER, s. 859.

<sup>80</sup> Oysa borçlu takas beyanında bulunmaya mecbur olmayıp, aksine takas beyanında bulunmak yerine devreden borçludan ifayı isteme hakkına da sahiptir ve borçlunun bunda pratik bir menfaati de olabilir, KOLLER, (1985), No. 694

<sup>81</sup> KOLLER, (1985). No. 695.

<sup>82</sup> LARDELLI, s. 83; Aynı görüşte GÜNERGÖK, s. 210.

olan borcu 2.000 TL.ye düşer. Ancak (B), (A)'dan olan 5.000 TL. tutarındaki alacağını (C)'ye devrederse, bu durumda (A), (B)'den alacaklı, ancak (C)'ye borçlu olur. Dolayısıyla alacağın devri durumunda, takasın koşullarından biri olan karşılıklılık koşulu ortadan kalkmış olmaktadır.

Bununla birlikte alacağın devri kurumunda temel ilke, devir işlemi ile borçlunun durumunun kötüleştirilemeyeceğidir. Zira alacağın devri borçlunun bu işleme katılımı olmaksızın gerçekleşmektedir ve borçlunun iradesi dışında gerçekleşen bir olay sebebiyle durumunun ağırlaşması kabul edilemez. Bu sebeple borçlu alacakla ilgili savunmaları, alacağı devralan kişiye karşı da ileri sürebilir. TBK 188/I, bu durumu düzenlemektedir<sup>83</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere takas beyanı da TBK 188/I kapsamında devralan kişiye karşı ileri sürülebilecek savunmalar arasında yer almaktadır. Bir başka ifadeyle TBK 188/I, karşılıklılık şartı mevcut olmamasına rağmen borçlunun alacağı devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilmesine imkan vermektedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm, takasta karşılıklılık şartını kaldıran istisnai bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır<sup>84</sup>.

TBK 188/I, “*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*” şeklindedir. TBK 188/I hükmünden de anlaşıldığı üzere borçlunun devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilmesi için, takas alacağını ya alacağın devrinden önce ya da alacağın devrini öğrenmesi anına kadar<sup>85</sup> kazanmış olması gerekir. Alacağın kazanılmış olması için, söz konusu alacağın hukuki sebebinin mevcut olması yeterlidir. Dolayısıyla alacak geciktirici şarta bağlanmış veya süreye tabi tutulmuş olsa bile, alacağın kazanılmış olması şartı gerçekleşmiş olacaktır<sup>86</sup>.

### **a. Takas Alacağının Alacağın Devrinden Önce Kazanılması**

Takas alacağının, alacağın devrinden önce kazanılmış olması durumunda da, takas alacağının muaccel olacağı tarih çerçevesinde çeşitli ihtimaller mevcuttur:

<sup>83</sup> DEVELİOĞLU, s. 86.

<sup>84</sup> LARDELLI, 83; BUCHER, s. 568-569; SCHWENZER, No. 90.50; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, No.9; ZK-SPIRIG, Art. 169, No.88; DEVELİOĞLU, s. 88; GÜNERGÖK, s. 211.

<sup>85</sup> KOLLER'e göre, “devri öğrendiği an” yerine sistematik sebeplerle TBK 186'nın koşulları uygulanmalıdır, bkz. (1985), No. 726 vd.; Aynı yönde ARAL, s. 73; ZK- SPIRIG, TBK 169 Abs.1'in açık hükmü karşısında, koşulun bu şekilde genişletilmesinin yerinde olmadığı görüşündedir, bkz. Art. 169, No. 91.

<sup>86</sup> LARDELLI, s. 84; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, No. 10; VON TUHR/ESCHER, s. 867-868.

**aa. Takas alacağı alacağın devrinden önce muaccel olmuşsa**, borçlu asıl alacağın muaccel olup olmamasından bağımsız olarak her durumda takas hakkını kullanabilir (TBK 188/I). Zira bu halde takasın koşulları, alacağın devrinden önce oluşmuştur. Alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştiremeyeceği ilkesi gereği, alacağın devredilmiş olması, borçlunun, mevcut olan takas hakkını kaybetmesine sebep olmayacaktır<sup>87</sup>.

Örneğin, (B)'nin (A)'ya 3.000 TL. borcu olsun. (B), 1.10 tarihinde (A)'ya karşı 1.000 TL. değerinde muaccel bir takas alacağı elde etti. (A) ise, 10.10 tarihinde 3.000 TL. tutarındaki esas alacağı (D)'ye devretti.

Bu durumda (B), 1.000 TL. tutarındaki ve alacağın devrinden önce muaccel olmuş takas alacağını kullanarak takas beyanında bulunma hakkına sahiptir. (B)'nin kime karşı takas beyanında bulunması gerektiği hususu ise, TBK 186'daki koşullar çerçevesinde belirlenmelidir. Bu olayda (D) veya (A), alacağın devrini (B)'ye örneğin 12.10 tarihinde bildirmiş olsalardı, (B) alacağın devrini öğrendiği için devreden alacaklıya karşı takas beyanında bulunamayacak, devralan kişiye karşı takas beyanında bulunması gerekecekti. Ancak alacağın devri (B)'ye bildirilmemişse ve (B) iyiniyetli ise bu durumda (B)'nin (A)'ya karşı yaptığı takas beyanı geçerli olacaktır (TBK 186)<sup>88</sup>.

**bb. Takas alacağı, asıl alacağın devrinden önce mevcut olmakla birlikte henüz muaccel olmamışsa**, borçlunun takas beyanında bulunabilmesi için, ya takas alacağı en geç borçlunun temlik öğrendiği ana kadar muaccel olmalıdır ya da –takas alacağı borçlunun temlik öğrendiği andan sonra muaccel olaksa- esas alacak, takas alacağıyla aynı anda veya takas alacağından daha sonraki bir tarihte muaccel olmalıdır (TBK 188/II)<sup>89</sup>.

Örneğin, (B)'nin (A)'ya 3.000 TL. borcu olsun. (B), 1.10 tarihinde A'ya karşı 1.000 TL. değerinde bir takas alacağı edindi. 10.10 tarihinde esas alacak (3.000 TL.) devredildi. Takas alacağının muacceliyet tarihi 15.10. (B), 20.10 tarihinde (D)'nin yaptığı bildirimle alacağın temlikini öğrendi.

Bu olayda, takas alacağı, borçlunun devri öğrendiği tarihten önce muaccel olduğundan ve borçlu kendi alacağı muaccel olduğunda takas beyan edebilecek durumda olduğundan, borçlunun mevcut takas imkanına olan

---

<sup>87</sup> LARDELLI, 84; KOLLER, (1985), No.723, dp.887; ARAL, s. 75.

<sup>88</sup> LARDELLI, 85.

<sup>89</sup> LARDELLI, s. 85; DEVELİOĞLU, s. 146 vd.; ARAL, s. 75-76.

güveni korunur ve borçlu devralana karşı takas beyanında bulunabilir (TBK 188/I)<sup>90</sup>.

Ancak takas alacağı hem devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra hem de asıl alacaktan sonra muaccel olacaksa, TBK 188/II hükmü gereği borçlu takas hakkına sahip olamayacaktır.

Bu durumda takas alacağı devirden önce mevcut olmakla birlikte, borçlunun devri öğrenmesinden sonra ve bunun yanı sıra devredilen alacaktan da sonra muaccel olduğu için, borçlu takas beyanında bulunamayacaktır. Bu hüküm çerçevesinde alacağın devrinde borçlunun durumunun kötüleştirilemeyeceği ilkesi sınırlandırılmış olmaktadır<sup>91</sup>.

Örneğin, (B) 1.10 tarihinde 1.000 TL.lik bir takas alacağına sahip olmuştur. (A) 10.10 tarihinde esas alacağı devretmiştir. Borçlu devirden 12.10 tarihinde haberdar olmuştur. Takas alacağı 15.10 tarihinde muaccel olacaktır. Dolayısıyla (B), devralan kişiye karşı en erken 15.10 tarihinde takas beyanında bulunabilir. Takas alacağı devirden önce mevcut olmasına rağmen, takas alacağı borçlunun devri öğrenmesinden sonra muaccel olduğu için TBK 188/II takas imkanını sınırlandırmaktadır. Bu olayda, TBK 188/II'ye göre takas ancak, takas alacağının asıl alacaktan daha sonra muaccel olmaması halinde mümkündür. Bu sebeple borçlu yalnızca, esas alacağın 15.10'da veya daha sonra muaccel olması halinde takas beyanında bulunma hakkına sahip olmaktadır<sup>92</sup>.

### **b. Takas Alacağının, Alacağın Devrinden Sonra Kazanılması**

TBK 188/I, "*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*" şeklindedir. Bu hüküm gereğince borçlu, alacağın devri ile devri öğrendiği tarih arasında, eski alacaklısına karşı kazandığı bir alacağı da, takas için kullanabilecektir<sup>93</sup>. Bu düzenlemenin amacı, borçlunun, devredene karşı bir takas alacağına sahip olduğuna ilişkin güvenini korumaktadır. Ancak TBK 188/I ile getirilen bu

<sup>90</sup> LARDELLI, s. 85-86; ARAL, s. 74; DEVELİOĞLU da, uygulanacak hükmün TBK 188/I olduğu kanaatindedir, s. 148.

<sup>91</sup> LARDELLI, 85-86.

<sup>92</sup> LARDELLI, 86-87.

<sup>93</sup> DEVELİOĞLU, s. 88-89; Takas alacağının, alacağın devrinden sonra kazanılmış olduğu durumda, borçlu özdeşlik ilkesi sebebiyle değil, güvenin korunması amacıyla korunmaktadır, bkz. LARDELLI, s. 89.

koruma, borçlunun takas alacağına alacağın temlikini öğrenmesinden sonra muaccel olması durumunda, TBK 188/II ile sınırlandırılmıştır.

Örneğin, (A) 10.10 tarihinde alacağını devretmiştir. (B) devreden alacaklıya karşı 15.10 tarihinde takas alacağına sahip olmuştur. Takas alacağı 20.10 tarihinde muaccel olacaktır. Borçlu ilk olarak 30.10 tarihinde temliki öğrenmiş ve devralana karşı takas beyanında bulunmuştur.

Bu ihtimalde borçlu takas hakkına sahiptir. Çünkü takas alacağı alacağın devrinden sonra kazanılmış olmasına rağmen, borçlunun devri öğrenmesinden önce muaccel olmuştur. Ancak borçlunun, alacağın devrini öğrenmesinden önce kazandığı takas alacağı, borçlunun devri öğrenmesinden sonra muaccel olsaydı, bu durumda devredilen alacağın muacceliyetine bakılması gerekecekti:

Örneğin, (A) 10.10 tarihinde alacağını devretmiştir. (B), devreden alacaklıya karşı 15.10 tarihinde takas alacağı elde etmiştir. Takas alacağı 30.10 tarihinde muaccel olacaktır. Alacağı devralan, 20.10'da borçluya alacağın devrini bildirmiştir.

Bu durumda takas alacağı, borçlunun temliki öğrenmesinden sonra muaccel olacağından, TBK 188/II'ye göre, takas ancak takas alacağının devredilen alacaktan daha geç muaccel olmaması koşuluyla mümkündür<sup>94</sup>. Dolayısıyla esas alacak 30.10 tarihinde veya o tarihten daha sonraki bir tarihte muaccel olacaksa, borçlu takas beyanında bulunabilecek; ancak esas alacak 30.10 tarihinden daha önceki bir tarihte muaccel olacaksa, borçlu takas beyanında bulunamayacaktır.

### **c. Borçlunun, Devri Öğrenmesinden Sonra, Devredene Karşı Bir Alacak Hakkı Kazanması**

Borçlu, temliki öğrendikten sonra alacağı devredene karşı bir alacak hakkı elde etmişse, TBK 188/I gereğince borçlu devralana karşı takas beyanında bulunamayacaktır. Bu sonuç, borçlunun alacağının, devredilen alacaktan önce muaccel olması durumu için de geçerlidir<sup>95</sup>.

### **TBK 188/II Hükmüne Getirilen Eleştiriler**

TBK 188/II ile borçlunun, devralana karşı takas beyanında bulunma imkanının sınırlandırılması, İsviçre Borçlar Hukukunun 1911 yılındaki

---

<sup>94</sup> LARDELLI, s. 89-90; ARAL, s. 76.

<sup>95</sup> LARDELLI, s. 90.

revizyonu ile getirilmiştir<sup>96</sup>.

Söz konusu revizyondan önce, borçlunun, muaccel olan kendi borcunun ifasını, takas alacağı muaccel olana kadar bekleterek, takas beyanında bulunup bulunamayacağı tartışma konusu olmuş; Federal mahkeme, takas alacağının esas alacağın muacceliyetinden sonra muaccel olduğu ve borçlunun bu anda alacağın devrini zaten biliyor olduğu durumda takas imkanını reddetmiş ve devralan lehine karar vermişti<sup>97</sup>. Kanunkoyucu da TBK 188/II hükmü ile Federal Mahkemenin bu uygulamasını benimsemiştir. Buna göre takas imkanının olup olmadığı, devrin öğrenilmesi anına ve de takas alacağının muacceliyeti anına bağlıdır<sup>98</sup>.

TBK 188/II hükmünün temelinde yatan düşünce, kendi alacağı muaccel olmayan borçlunun, alacak devredilmemiş olsaydı dahi takas beyanında bulunamayacak olması şeklinde açıklanmaktadır.

Doktrinde bu kuralı, borçlunun, devreden alacaklının, alacağını daha sonra tahsil edeceğine güvenemeyeceği gerekçesiyle haklı bulanlar vardır<sup>99</sup>. Ancak hüküm, ağırlıklı olarak eleştirilmiştir<sup>100</sup>:

VON TUHR/ESCHER'e göre, alacağı devreden kişi, kendi alacağı önce muaccel olmasına rağmen, alacağını borçluya ait alacağın muacceliyetinden önce talep etmemiş olsaydı, borçlu takas beyanında bulunabilecekti. Kendisine muaccel bir alacak temlik edilmiş olan kişinin, borçluya ait alacak muaccel olana kadar ifa talebinde bulunmaması durumunda sonucun farklı olması için bir sebep yoktur<sup>101</sup>.

LARDELLI'ye göre, bu hükümle ilgili dikkate alınması gereken husus, TBK 188/II hükmünün uygulanması sonucu, takas alacağı devirden önce

<sup>96</sup> DAYINLARLI, s. 223; OR 169/I ve II olmasaydı, borçlu, devralana ifade bulunmadan önce devredene karşı takas edilebilir bir alacak elde etmişse her zaman takas beyanında bulunabilirdi. Buna göre borçlu, kendi borcu muaccel olduğu zaman, devredene karşı elde ettiği alacak muaccel olana kadar bekleyebilirdi, bkz. BUCHER, s.569, dp. 128; karş. DEVELİ-OĞLU, s. 147, dp.597.

<sup>97</sup> BGE 25 II 324, 325.

<sup>98</sup> LARDELLI, s. 87-88; BGB 406 hükmünde de takas hakkı, TBK 188/II'dekine benzer bir şekilde sınırlandırılmıştır, bkz. BROX/WALKER, s. 396-397, No.30.

<sup>99</sup> OSER/SCHONENBERGER, Art. 169, No.6 (LARDELLI, s. 88, dp.407'den naklen); SCHWENZER, OR AT, No.90.50.

<sup>100</sup> VON TUHR/ESCHER, 868; s. 358; BUCHER, 569.

<sup>101</sup> VON TUHR/ESCHER, 868.



doğmuş olsa bile takas imkanının ortadan kalkmış olacağıdır. Kanun bu durumda, borçlunun devirden önce doğmuş olan bütün defilerini devralana karşı da ileri sürebileceği ilkesini gözardı etmektedir. Alacağın devri olmasaydı, borçlu takas alacağı muaccel oluncaya kadar bekleyebilir ve bu alacağını devredenin alacağı ile takas edebilirdi. Dolayısıyla yalnızca takasa ilişkin kurallar uygulanıyor olsaydı, muacceliyet anı sebebiyle herhangi bir sınırlama ortaya çıkmayacaktı<sup>102</sup>.

LARDELLI, TBK 188/II aracılığıyla takas hakkının sınırlandırılmasının, devralanın menfaatlerini aşırı derecede koruduğu görüşündedir. Oysa esas alacak ile aynı borç ilişkisinden doğan takas alacaklarında, özel olarak korunmaya değer olan menfaat, borçlunun takas imkanına sahip olduğuna ilişkin beklentisidir. Çünkü alacağı devralan için, aynı borç ilişkisinden doğan potansiyel takas alacakları kolaylıkla hesaplanabilir niteliktedir. LARDELLI, aynı borç ilişkisinden doğan takas alacağının mevcudiyeti durumunda, alacağı devralanın özel olarak korunma ihtiyacı olmadığından ve bu durumda aslında borçlunun korunması gerektiğinden hareketle TBK 188/II hükmünün, yalnızca sözleşmeye yabancı takas alacakları ile sınırlı olarak uygulanmasını önermektedir. Zira sözleşmeye yabancı takas alacakları söz konusu olduğunda, alacağı devralan kişinin korunması gerekir, çünkü bu alacağın ortaya çıkışı onun için öngörülebilir değildir<sup>103</sup>.

### **OR 2020 Art. 169/I ve II'deki Düzenlemenin İncelenmesi**

OR 2020'de ilgili hüküm uluslararası kurallardaki düzenlemelere paralel olarak esaslı biçimde değiştirilmiştir<sup>104</sup>. OR 2020 Art. 169/I ve II hükmü; *“İtirazlar ve Def’iler*

- 1. Borçlu, devrin kendisine bildirildiği anda devredene karşı sahip olduğu itiraz ve def’ileri, devralana karşı da ileri sürebilir.*
- 2. Devreden ile temel ilişkiden doğan itiraz ve def’iler, bildirim ulaştığı andan sonra doğmuş olsa bile, borçlu tarafından ileri sürülebilir.*

.....” şeklindedir.

---

<sup>102</sup> LARDELLI, s. 88; BUCHER, s. 569, dp. 126.

<sup>103</sup> LARDELLI, s. 88; Kanun metnine bakıldığında bu yorumun kabulünün mümkün olmadığı yönünde GÜNERGÖK, s. 216.

<sup>104</sup> KUHN, s. 365; GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 169, No. 7; Örneğin bkz. Art. 11:307 PECL, Art. 18 ZessÜ; Art. 9 FactÜ.

OR 2020 Art. 169 Abs. 2’de, mevcut düzenlemeden farklı olarak, borçlunun takas hakkının özel olarak düzenlenmesinden vazgeçilmiş; borçlunun itiraz ve def’ileri genel olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme yapılırken alacağın devri durumunda ileri sürülebilecek defi ve itirazlar, devredenle borçlu arasındaki temel ilişkiden doğanlar ve devredenle borçlu arasındaki temel ilişki dışında başka bir hukuki ilişkiden doğanlar olarak iki kategoride değerlendirilmiştir. Temel ilişki, devredilen alacağın hukuki sebebini teşkil eden ilişkidir. Borçlu temel ilişkiden doğan def’i ve itirazları, devrin kendisine bildirilmesinden sonra doğmuş olsa bile ileri sürebilmekteyken, başka bir ilişkiden doğmuş olan def’i ve itirazları ancak devrin bildirim anında bu itirazların mevcut olması koşuluyla ileri sürebilir<sup>105</sup>.

OR 2020 169 Abs. 2 gereğince takas alacağı, devredenle devralan arasındaki temel borç ilişkisinden doğmuşsa, takas alacağı devir bildiriminden ulaştığı tarihten sonra muaccel olsa bile, borçlu takas beyanında bulunabilir<sup>106</sup>. Ancak devredenle borçlu arasındaki temel ilişki dışında başka bir borç ilişkisinden doğan alacak, yalnızca bildirim anında takasın koşullarının mevcut olması durumunda takasa konu edilebilir. Dolayısıyla başka bir borç ilişkisinden doğan alacaklarda takas hakkı, yalnızca bildirim anında mevcut olması koşuluyla ileri sürülebilir<sup>107</sup>.

OR 2020 169 Abs.2 çerçevesinde temel ilişkiden doğan defilerin, borçluya bildirim ulaşmasından sonra doğmuş olsa bile ileri sürülebileceği şeklindeki düzenleme ile ilk bakışta mevcut hükümden daha geniş kapsamda bir düzenleme getirildiği düşünülebilir. Ancak mevcut doktrin ve içtihatlar göre, itiraz ve def’iler, ilk olarak devrin öğrenilmesinden sonra ortaya çıkmış olsa bile savunma sebebinin, borçlunun devri öğrenmesinden önce mevcut olması durumunda, borçlu bu savunma imkanına dayanabilmektedir. Dolayısıyla OR Art. 169’ün açık hükmüne rağmen doktrin ve uygulamada, savunma imkanının, borçlunun devri öğrendiği tarihte nüve olarak mevcut olması yeterli olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün bir sonucu olarak, borçlunun devri öğrendiği anda temel ilişki mevcutsa, OR 2020 Art. 169 Abs.2 anlamında bir defi her zaman mevcut olacaktır, çünkü borçluya ait her definin hukuki temeli bir borç ilişkisidir<sup>108</sup>. Bu nedenle OR 2020 169

<sup>105</sup> GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 169, No. 5-6.

<sup>106</sup> GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 169, No. 12.

<sup>107</sup> KUHN, s. 365; ayrıca bkz. GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 169, No. 17.

<sup>108</sup> Borçlu ile devreden arasındaki hukuki ilişkiden doğan gelişmelerin, devredene karşı zaman-

Abs.2'deki hüküm ile aslında sadece mevcut hukuki durum açık ve net bir şekilde ifade edilmiş olup mevcut uygulamaya göre herhangi bir genişleme söz konusu değildir<sup>109</sup>.

Doktrinde, OR 2020'deki çözüm tarzının borçlunun korunmasına hizmet etmesinin yanı sıra alacağın devri ilişkisindeki menfaat durumunu da daha adil bir hale getirdiği ifade edilmektedir: Geniş anlamda borç ilişkisi, haklar ve yükümlülükler programının tasfiyesine yöneliktir. Alacağın devri ise, bir alacağı, borç ilişkisinden ayırarak bu programa müdahale etmektedir. Özellikle tam iki tarafa borç yükleyen borç ilişkisinde, borçlu ve devreden arasındaki hukuki ilişkiden doğan gelişmeler, borçlunun devralanla olan ilişkisinde dikkate alınmazsa, yerinde olmayan bir sonuç ortaya çıkmış olur. Bu sebeple borçlu, devredenle olan borç ilişkisinde, devrin kendisine bildirilmesinden sonra meydana gelen gelişmeleri de devralana karşı ileri sürebilmelidir. Buna karşılık, borçlu ile devreden arasında başka bir ilişkiden doğan defî ve itirazlara ilişkin borçluya bu şekilde bir koruma sağlanması gerekli değildir<sup>110</sup>.

### **Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz**

TBK 188/II'ye ilişkin görüşlerin, OR 2020'deki düzenleme, mevcut düzenleme ve mevcut düzenlemeye yapılan eleştiriler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir:

OR 2020 ile önerilen düzenleme, temel borç ilişkisinden doğan savunma imkanları ile başka bir borç ilişkisinden doğan savunma imkanlarına farklı hukuki sonuçlar bağlamaktadır.

OR 2020'ye göre, temel borç ilişkisinden doğan takas hakkı, devrin bildiriminden sonra doğmuş olsa bile borçlu tarafından ileri sürülebilecektir. Yabancı borç ilişkisinden doğan takas hakkı ise, ancak devrin bildirildiği tarihi itibariyle mevcut olması koşuluyla ileri sürülebilecektir.

---

sal olarak herhangi bir sınır olmaksızın ileri sürülebilmesi, borçlu ile devreden devredilen alacak üzerinde keyfi olarak belirleme yapabilecekleri anlamına gelmez. Bu sebeple borçlu ve devreden arasında, devrin borçluya bildirilmesinden sonra yapılacak sözleşmenin ortadan kaldırılmasına, süre verilmesine, devredilen alacağın ibrasına ilişkin anlaşmalar devralana karşı ileri sürülemez. KUHN, s. 365.

<sup>109</sup> Ancak OR 2020'deki düzenlemenin, temel borç ilişkisinden doğan takas hakkı açısından, mevcut düzenlemeye göre borçlu lehine olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>110</sup> GIRSBERGER/HERMANN, OR 2020 169, No. 6.

Mevcut düzenlemede ise takas alacağı, devrin öğrenilmesinden önce muaccel olmuşsa borçlu, devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilecektir. Takas alacağı devrin öğrenilmesinden sonra muaccel olacaksa, borçlunun takas beyanında bulunabilmesi için, devrin öğrenilmesinden sonra muaccel olan takas alacağının, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşulu aranmıştır. Buna göre takas alacağının temel ilişkiden veya yabancı borç ilişkisinden doğup doğmadığı da önem taşımamaktadır. Bir başka ifadeyle borçlunun alacağı, temel borç ilişkisinden doğmuş olsa bile, devrin öğrenilmesinden sonra ve esas alacaktan sonra muaccel olmaksızın, borçlu takas hakkına sahip olamayacaktır.

Bu açıklamalar kapsamında değerlendirildiğinde, temel borç ilişkisinden doğan takas alacağı açısından, OR 2020'deki düzenlemenin, mevcut düzenlemeye göre borçlunun lehine olduğu görülmektedir. Zira temel borç ilişkisinden doğan takas alacağı ne zaman muaccel olursa olsun borçlu, devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilecektir. Ancak başka borç ilişkisinden doğan takas alacağı açısından OR 2020'deki düzenleme borçlunun aleyhinedir. Zira OR 2020'ye göre borçlu, yabancı borç ilişkisinden doğan alacağını, yalnızca alacağın devrinin bildirilmesinden önce takas edilebilir (muaccel) olması koşuluyla takas edebilecektir.

Mevcut TBK 188/II hükmü doktrinde, takas alacağının, alacağın devrinin borçlu tarafından öğrenilmesinden ve devredilen alacaktan sonra muaccel olması durumunda, borçluya takas hakkı tanınmaması sebebiyle eleştirilmekte; alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi gereğince, bu halde de borçluya takas hakkı tanınması gerektiği savunulmaktadır. Ancak OR 2020'deki düzenleme ile borçlunun yabancı borç ilişkisinden doğan alacaklarında takas imkanı, mevcut düzenlemeye göre daha da sınırlandırılmış olmaktadır.

Bu aşamada takas alacağının daha çok yabancı borç ilişkisinden doğduğuna dikkat çekilmelidir. Zira aynı borç ilişkisinden doğan alacakların aynı türden olması, çok sık rastlanan bir durum değildir. Takas hakkı genellikle, farklı borç ilişkilerinden doğan borçların varlığı halinde söz konusu olur<sup>111</sup>. Bu sebeple, alacaklı ve borçlu arasındaki takas imkanı, olayların büyük çoğunluğunda farklı borç ilişkilerinden doğacaktır. OR

<sup>111</sup> Aynı borç ilişkisinden doğan alacakların aynı türden olması, örneğin ayıplı mal teslimi durumunda, alıcının bedel indirimi veya tazminat istemesi durumunda söz konusu olabilir. Çünkü ancak bu halde alıcının bedel ödeme borcunun karşısında, para borcu söz konusu olacaktır.

2020'deki düzenleme, bu husus ile birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu düzenlemenin, çoğu durumda, borçlunun takas beyanında bulunma hakkının ortadan kalkması sonucunu meydana getirdiği söylenebilir. Çünkü OR 2020 Art. 169 Abs.1'e göre, farklı borç ilişkilerinden doğan alacakların, alacağın devrinin öğrenilmesinden sonra muaccel olması durumunda takas imkanı tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu sonucun, TBK 188/II hükmüne doktrinde getirilen eleştirilere uygun bir çözüm olmadığı açıktır.

Bunun yanı sıra alacağı devralan kişinin TBK 191 vd.nda düzenlenen alacağı devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde korunduğu dikkate alındığında, borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı ilkesi çerçevesinde borçluya takas hakkı tanınması, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak alacağın devrinde devredenin garanti sorumluluğu ve alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırılmayacağı ilkesi dikkate alındığında, görüşümüz doktrindeki eleştirilerin yerinde olduğu ve – temel ilişki veya başka ilişki şeklinde - herhangi bir ayırım yapılmaksızın, devrin öğrenilmesinden önce kazanılmış olan tüm alacaklarda, alacağın ne zaman muaccel olduğuna bakılmaksızın, borçluya takas hakkı tanınması gerektiği yönündedir.

## SONUÇ

Alacağın devrinde takas, TBK'nin 188. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak doktrin ve uygulamada oybirliği ile kabul edilen görüş gereğince, alacağın devrinden sonra takas beyanının devreden alacaklıya yapılması, TBK 186 hükmüne tabidir. Dolayısıyla kendisine alacağın devri bildirilmemiş borçlunun, devredene iyiniyetle yapacağı ifa ile borcundan kurtulacağını düzenleyen TBK 186 hükmü, alacağın itfasını sağlayan takasta da uygulama alanı bulur.

Borçlunun alacağın devrinden sonra devredene takas beyanında bulunması TBK 186 hükmüne tabi iken, alacağın devrinden sonra takas beyanının devralan kişiye karşı yapılması TBK 188 çerçevesinde değerlendirilmelidir.

TBK 188/I hükmünden de anlaşıldığı üzere borçlunun devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilmesi için, takas alacağını ya alacağın devrinden önce ya da alacağın devrini öğrenmesi anına kadar kazanmış olması gerekir. Alacağın kazanılmış olması için, söz konusu alacağın hukuki sebebinin mevcut olması yeterlidir. Dolayısıyla alacak geciktirici şartta bağlanmış veya

süreye tabi tutulmuş olsa bile, alacağın kazanılmış olması şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Takas alacağının, alacağın devrinden önce kazanılmış olması durumunda takas alacağı, alacağın devrinden önce muaccel olmuşsa, borçlu asıl alacağın muaccel olup olmamasından bağımsız olarak her durumda takas hakkını kullanabilir (TBK 188/I). Zira bu halde takasın koşulları, alacağın devrinden önce oluşmuştur.

Takas alacağı, asıl alacağın devrinden önce mevcut olmakla birlikte henüz muaccel olmamışsa, borçlunun takas beyanında bulunabilmesi için, ya takas alacağı en geç borçlunun devri öğrendiği ana kadar muaccel olmalıdır ya da –takas alacağı borçlunun devri öğrendiği andan sonra muaccel olacaksa- esas alacak, takas alacağıyla aynı anda veya takas alacağından daha sonraki bir tarihte muaccel olmalıdır (TBK 188/II). Ancak takas alacağı hem devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra hem de esas alacaktan sonra muaccel olacaksa, TBK 188/II hükmü gereği borçlu takas hakkına sahip olamayacaktır. Bu hüküm çerçevesinde alacağın devrinde borçlunun durumunun kötüleştirilemeyeceği ilkesi sınırlandırılmış olmaktadır.

Takas alacağı, alacağın devrinden sonra ancak borçlunun alacağın devrini öğrendiği tarihten önce kazanılmışsa, bu durumda da takas alacağının ne zaman muaccel olacağına bakılır. Takas alacağı, alacağın devrinden sonra kazanılmış olmasına rağmen, borçlunun devri öğrenmesinden önce muaccel olmuşsa, borçlu devralana karşı takas beyanında bulunabilir. Ancak borçlunun, alacağın devrini öğrenmesinden önce kazandığı takas alacağı, borçlunun devri öğrenmesinden sonra muaccel olmuşsa, TBK 188/II'ye göre, takas ancak takas alacağının devredilen alacaktan daha geç muaccel olmaması koşuluyla mümkündür.

TBK 188/II hükmü doktrinde ağırlıklı olarak eleştirilmiştir. Eleştiriler, alacağın devri olmasaydı, borçlunun takas alacağı muaccel oluncaya kadar bekleyebileceği ve bu alacağını devredenine alacağı ile takas edebileceği noktasında toplanmaktadır.

OR 2020'de ise ilgili hüküm uluslararası kurallardaki düzenlemelere paralel olarak esaslı biçimde değiştirilmiştir. OR 2020 Art. 169 Abs. 2'de, mevcut düzenlemeden farklı olarak, borçlunun takas hakkının özel olarak düzenlenmesinden vazgeçilmiş; borçlunun itiraz ve def'ileri genel olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme yapılırken alacağın devri durumunda ileri sürülebilecek defi ve itirazlar, devredenle borçlu arasındaki temel ilişkiden

doğanlar ve devredenle borçlu arasındaki temel ilişki dışında başka bir hukuki ilişkiden doğanlar olarak iki kategoride değerlendirilmiştir. OR 2020 169 Abs. 2 gereğince takas alacağı, devredenle devralan arasındaki temel borç ilişkisinden doğmuşsa, devir bildirimünün ulaştığı tarihten sonra muaccel olsa bile borçlu takas beyanında bulunabilir. Ancak devredenle borçlu arasındaki temel ilişki dışında başka bir borç ilişkisinden doğan alacak, yalnızca bildirim anında takasın koşullarının mevcut olması durumunda takasa konu edilebilir.

Mevcut düzenlemede ise, takas hakkı borçlunun devri öğrenmesinden önce muaccel olmuşsa, borçlu devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilecektir. Takas alacağı borçlunun devri öğrenmesinden sonra muaccel olacaksa, borçlunun takas beyanında bulunabilmesi için, devrin öğrenilmesinden sonra muaccel olan takas alacağının, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması aranmıştır. Buna göre takas alacağının temel ilişkiden veya yabancı borç ilişkisinden doğup doğmadığı da önem taşımamaktadır. Bir başka ifadeyle borçlunun alacağı, temel borç ilişkisinden doğmuş olsa bile, devrin öğrenilmesinden sonra ve esas alacaktan sonra muaccel olmaksızın, borçlu takas hakkına sahip olamayacaktır.

Bu açıklamalar kapsamında değerlendirildiğinde, temel borç ilişkisinden doğan takas alacağı açısından, OR 2020'deki düzenlemenin, mevcut düzenlemeye göre borçlunun lehine olduğu görülmektedir. Zira temel borç ilişkisinden doğan takas alacağı ne zaman muaccel olursa olsun borçlu, devralan kişiye karşı takas beyanında bulunabilecektir. Ancak başka borç ilişkisinden doğan takas alacağı açısından OR 2020'deki düzenleme borçlunun aleyhinedir. Zira OR 2020'ye göre borçlu, yabancı borç ilişkisinden doğan alacağını, yalnızca alacağın devrinin bildirilmesinden önce takas edilebilir (muaccel) olması koşuluyla takas edebilecektir.

Mevcut TBK 188/II hükmü doktrinde, takas alacağının, alacağın devrinden ve devredilen alacaktan sonra muaccel olması durumunda borçluya takas hakkı tanınmaması sebebiyle eleştirilmekte; alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırılamayacağı ilkesi gereğince, bu halde de borçluya takas hakkı tanınması gerektiği savunulmaktadır. Ancak OR 2020'deki düzenleme ile borçlunun yabancı borç ilişkisinden doğan alacaklarında takas hakkı, mevcut düzenlemeye göre daha da sınırlandırılmış olmaktadır. Takas hakkının, genellikle farklı borç ilişkilerinden doğan borçların varlığı halinde söz konusu olduğu dikkate alındığında, OR 2020'deki düzenlemenin, çoğu durumda, borçlunun takas beyanında bulunma hakkının ortadan kalkması sonucunu meydana getirdiği söylenebilir. Çünkü OR 2020 Art. 169 Abs.1'e göre, farklı

borç ilişkilerinden doğan alacakların, alacağın devrinin öğrenilmesinden sonra muaccel olması durumunda takas imkanı tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu sonucun, TBK 188/II hükmüne doktrinde getirilen eleştirilere uygun bir çözüm olmadığı açıktır.

Bunun yanı sıra alacağı devralan kişinin TBK 191 vd.nda düzenlenen alacağı devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde korunduğu dikkate alındığında, borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı ilkesi çerçevesinde borçluya takas hakkı tanınması, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır.

Sonuç olarak alacağın devrinde devredenin garanti sorumluluğu ve alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi dikkate alındığında, görüşümüz doktrindeki eleştirilerin yerinde olduğu ve – temel ilişki veya başka ilişki şeklinde - herhangi bir ayırım yapılmaksızın, devrin öğrenilmesinden önce kazanılmış olan tüm alacaklarda, alacağın ne zaman muaccel olduğuna bakılmaksızın, borçluya takas hakkı tanınması gerektiği yönündedir.

### KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin: **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.
- BASLER KOMMENTAR: **Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel/Bern/Zürich, 2011 (BSK OR I- Bearbeiter)
- BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich: **Allgemeines Schuldrecht**, Verlag Franz Vahlen, München, 2014.
- BUCHER, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 1988.
- BUZ, Vedat: “Takas Beyanının Geriye Etkisi Üzerine”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, 229-255.
- DAYINLARLI, Kemal: **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. şti, Ankara, 2010.



- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: **Takas**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER: **OR AT**, 10. Auflage, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.
- GUHL, Theo/KOLLER, Alfred: **Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts**, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- GIRSBERGER, Daniel/HERMANN, Johannes Lukas: **in: Claire Huguenin/ Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, OR 2020 169, s. 508-513.
- GÜNERGÖK, Özcan: **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- HUGUENIN, Claire: **Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- KARAMERCAN, Fatih: “Türk Borçlar Hukukunda Takas”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5 (1)**, Bahar 2018, s. 271-293.
- KOLLER, Alfred: “Die Verrechnung nach schweizerischem Recht”, **recht 2007**, s. 101-113. [KOLLER, (2007)].
- KOLLER, Alfred: **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Universitaetsverlag Freiburg, Schweiz, 1985. [KOLLER, (1985)].
- KUHN, Hans: Die Modernisierung des schweizerischen Abtretungsrechts – Bemerkungen zum Zessionsrecht im OR 2020, **SZW 2015**, s.351-374.
- LARDELLI, Flavio: **Die Einreden des Schuldners bei der Zession**, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (OĞUZMAN/ÖZ, C.I).
- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (OĞUZMAN/ÖZ, C.II).

REETZ, Peter/BURRI, Christof: **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

SCHWENZER, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Staempfli Verlag, Bern, 2009.

SPIRIG, Eugen: **ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr.V/1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1993 (ZK-SPIRIG)

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.

VON TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2**, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

# İSVİÇRE BORÇLAR VE TİCARET HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI REVİZYONU

Esra KAŞAK\*

Muhammed Kiomers GANBARI\*\*

## ÖZ

*İsviçre özel hukuku bir süredir, diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, revizyon çabaları içerisinde. Geniş kapsamlı bir değişimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz gibi görülmektedir. Ancak bu süreçte İsviçre, 2020'ye yeni bir zamanaşımı teorisi ile girmektedir. İsviçre borçlar ve ticaret hukukunda zamanaşımı sürelerini yeknesaklaştırmayı amaçlayan bir değişim yaşanmıştır. Bu yeniliklerin kimisi zamanaşımı açısından doktrinde ve içtihatlarda yaşanan gelişimlerin yansımasıdır. Başlı başına yeni olarak ifade edilebilecek düzenlemeler de revizyonla beraber gelmiştir. Özellikle zamanaşımından feragat ve müteselsil borçlulara ilişkin değişimler önem arz etmektedir. Bu noktada yapılan değişikliklerin Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak aktarılması mehzaz kanunumuzun yaşadığı değişimi göstermek açısından önemlidir. Ayrıca değişikliklerin Türk hukuku açısından da gerekli olup olmadığı meselesi de bu yolla incelenebilecektir. İnceleme kimi değişikliklerin hukukumuz açısından da geçerli olabileceğini; ancak bunların mutlaka kanun değişikliğini de gerektirmediğini gösterecektir. İfade etmek gerekir ki çalışma açısından değişiklikler temel düzeyde irdelenmiş ve her bir değişim, özünü ifade edecek surette açıklanmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** zamanaşımı, revizyon, zamanaşımının yeknesaklaştırılması, müteselsil borçlular, zamanaşımından feragat.

## REVISION IN STATUTE OF LIMITATIONS IN THE SWISS OBLIGATION AND COMMERCIAL LAW

### ABSTRACT

*Swiss civil law has been in revision for some time like as other European countries. It is unclear whether a comprehensive change will take place or not. In this process, however, Switzerland enters to 2020 with a new theory about statute of limitations. There has been a change in the Swiss obligation and commercial law*

\* Dr. Araştırma Görevlisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: esra.kasak@hbv.edu.tr

\*\* Araştırma Görevlisi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: muhammed.ganbari@hbv.edu.tr

ORCID ID\*: 0000-0001-8294-4408.

ORCID ID\*\*: 0000-0001-7984-0333.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.682769

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/01/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/01/2020

*that aims to unify the statute of limitations. Some of these changes are reflections of developments in the doctrine and case law about statute of limitations. Also, some arrangements that can be expressed as original arise from the revision. Particularly, the change about the waiver of the statute of limitations and the joint debtors are important. At this point, it is important to compare the changes with Turkish law to see the evolution in Swiss law. In addition, the question of whether the amendments are necessary in Turkish law or not will be examined in this way. It will show that some changes in the revision may also apply to our law, but they do not require an amendment. It should be said the changes were examined at a basic level in this study, but examination is enough to understand each change.*

**Keywords:** *statute of limitations, revision, uniform of statute of limitations, joint debtors, waiver of statute of limitations.*

## I. Dünyada ve İsviçre’de Revizyon Çabaları ve Değişim

Birleşmiş Milletler’in (BM) kuruluş amacı belki özünde bir dünya hukuku teşekkül ettirmek olmasa da süreç içerisinde bu yapı, dünyada hukukun gelişimine de yön verdi. Bu gelişim ve değişim yalnızca kamu hukuku alanıyla da sınırlı kalmadı. Tahkim ve arabuluculuk konusunda yaşanan gelişmeler ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) etki alanının genişlemesi, bu noktada akla gelen ilk örneklerdir. Gerçekten de CISG’nin ifa ihlalleri açısından benimsediği sistem BGB Revizyonu sayesinde Alman hukukuna girmiştir. Böylece ABD hukuku, BM üzerinden Kıta Avrupası’na da ilk büyük ihracını yapmıştır. Bu gelişme ile beraber CISG’nin ifa ihlalleri açısından benimsediği sistem Türk doktrinine de daha etkili surette tesir etmeye başlamıştır. Benzer şekilde İsviçre hukukunda da bu gelişmelerin izdüşümlerini görmek mümkündür. Bundan olsa gerekir ki OR2020 adıyla İsviçre Borçlar Kanunu’nda (OR) geniş bir revizyon öngören bir tasarı hazırlanmıştır. Ne var ki tasarı böylesi bir revizyona ihtiyaç duyulmadığının tespiti ile rafa kalkmış gözükmektedir<sup>1</sup>.

## II. Gerçekleşen Değişiklik ve İnceleme

### a. Değişiklikler

İsviçre Hukukunda her ne kadar OR2020 revizyonu gerçekleşmemiş ise de İsviçre Borçlar Kanunu’nda zamanaşımına dair bir değişiklik yapılmıştır.

<sup>1</sup> Bu konuda bkz. KAŞAK, Emredici Hükümler, s. 181; İsviçre hukukunda zamanaşımı hususunda yapılan revizyon çalışmalarının kronolojisi hakkında kısa bir inceleme için bkz. KRAUSKOPF, (2014), s. 66 vd.

29 Kasım 2013 tarihinde sunulan tasarı, 15 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Düzenlemenin yürürlük tarihi 1 Ocak 2020 olarak belirlenmiştir<sup>3</sup>.

### **b. İnceleme Yöntemi**

Çalışmada bu değişiklikler ve bunların Türk hukuku ile bağlantısı üzerinde durulmuştur. Yapılan değişiklikler zamanaşımı süresine ve zamanaşımı def'inden feragat ilişkindir. Nitekim düzenleme münferit noktalarda, sebepsiz zenginleşme, sözleşme ve haksız fiilde, zamanaşımını basitleştirmeyi amaçlamıştır<sup>4</sup>. Çalışmada her bir değişiklik Türkçe tercümesi ile beraber verilmiştir. Tercümelere Türk kanun koyucusunun kullandığı dil ve hukuk lisanımız esas alınarak manayı en iyi şekilde ifade etme kaygısı güdülmüştür.

Yapılan düzenlemeler üzerinde kısaca açıklamalarda bulunulmuş, akabinde ise Türk Hukuku açısından değerlendirmeler yapılmıştır. Çalışma sırasında maddeleri detaylı olarak incelemekten kaçınmak istenmiş ise de düzenlemelerin akla getirdiği ilk eleştirilere de yer verilmiştir. Ayrıca zamanaşımında yaşanan değişimin, nasıl uygulanacağı ve işlemekte olan zamanaşımı sürelerine etkisi ve özel kanun hükümlerinde yapılan değişiklikler gibi hususlara çalışmada yer verilmemiştir<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> AS 2018 5343; BBl 2018 3537.

<sup>3</sup> AS 2018 5347.

<sup>4</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, s. 236.

<sup>5</sup> Revizyon bir yürürlük maddesi içermektedir, bkz. AS 2018 5349; BBl 2018 3543; yine bu maddeye dair açıklamalara ilişkin bkz. MOSER, s. 53-54; PICHONNAZ, s. 747-748.

## II. Gerçekleşen Değişiklikler

### a. OR Art. 60 Abs. 1 1<sup>bis</sup> ve 2'de Meydana Gelen Değişiklik

*Art. 60 Abs. 1, 1<sup>bis</sup> und 2*

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt mit Ablauf von drei Jahren von dem Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.

<sup>1bis</sup> Bei Tötung eines Menschen oder bei Körperverletzung verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung mit Ablauf von drei Jahren von dem Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.

<sup>2</sup> Hat die ersatzpflichtige Person durch ihr schädigendes Verhalten eine strafbare Handlung begangen, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung ungeachtet der vorstehenden Absätze frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.

*Madde 60 Fıkra 1, Mükerrer 1 ve 2*

<sup>1</sup> Tazminat talebi<sup>6</sup>, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden başlayarak üç yılın ve herhâlde zarara yol açan davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

<sup>1Mükerrer</sup> Bir kişinin ölümü veya bedensel zarara uğraması durumunda, tazminat talebi, zarar gören tarafın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren üç yıl ve herhalde zarara yol açan davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

<sup>2</sup> Tazminattan sorumlu olan kimsenin zarara yol açan davranışı bir suç teşkil ediyorsa, önceki fıkralara bakılmaksızın, tazminat talebi en erken ceza dava zamanaşımının<sup>7</sup> gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı<sup>8</sup> ile bu (zamanaşımı) artık gerçekleşmeyecek ise; talep, kararın verilmesinden üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.

1 Değişiklik haksız fiilden doğan tazminat taleplerinin zamanaşımına uğramasına dairdir.

2 İlk fıkrada yapılan değişiklikle ilk olarak haksız fiilden doğan nispi zamanaşımı süresi bir yıldan üç yıla çıkarılmıştır<sup>9</sup>. Ayrıca mutlak zamanaşımının işlemeye başladığı an açısından özel bir düzenleme yapılmış ve “*zarara yol açan davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren*” ölçütü getirilmiştir. Bu ölçüt lafız olarak İsviçre hukukuna yeni girmiş olsa bile esaslı bir değişiklik gerçekleşmemiştir. Yalnızca maddenin dili, sürenin işlemeye başladığı an bakımından doktrine ve içtihatlarla uygun olarak güncellenmiştir<sup>10</sup>. Şöyle ki haksız fiil teşkil eden davranış tek sefere mahsus ve bir anda gerçekleşen neticesi harekete bitişik bir eylem olabilir. Bu halde zamanaşımının bu fiilden sonra işlemeye başlayacağı açıktır ve düzenlemede bu ifade edilmiştir. Haksız fiil teşkil eden davranışın mütemadi yani belirli bir zaman için devam eden bir davranış olması durumunda, zamanaşımı süresinin temadinin kesilmesinden sonra işlemeye başlayacağı fıkra ile düzenlenmiştir. Ancak bu husus maddenin eski halinde lafzen var olmamasına rağmen zaten doktrinde dile getirilen<sup>11</sup> bir hal olduğundan, esaslı bir değişikliğin söz konusu olmadığını ifade etmek gerekir. Ayrıca değiştirilen metinde “*Handlung*” ifadesi kullanılmasına karşılık; yeni metinde bunun yerine “*Verhalten*” ifadesine yer verilerek ihmalî davranışların da zamanaşımının başlayacağı anın tespiti

<sup>6</sup> Her ne kadar İsviçre kanun koyucusu maddi ve manevi tazminat talebini ayrı ayrı zikretse de Türk kanun koyucusu TBK’de -maddi ve manevi tazminat ayrımı yapmaksın- sadece “*tazminat talebinden*” bahsetmiştir. Çalışmada yukarıda ifade edildiği üzere Türk kanun koyucusunun diline uygun olarak yalnızca tazminat talebi ifadesi kullanılmıştır.

<sup>7</sup> TBK m. 72 ceza kanunlarındaki zamanaşımının uygulanacağını ifade etmiştir. Bununla “*Dava Zamanaşımı*” başlığını taşıyan TCK m. 66 kast edilmektedir, bkz. EREN, N. 2596; çalışma boyunca açıklayıcı olabilmek amacıyla “*ceza dava zamanaşımı*” ifadesi tercih edilmiştir.

<sup>8</sup> “*Strafurteil*” veya “*Verurteilung*” Alman Ceza Kanunu’nda “*mahkûmiyet kararı*”na karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır (YENİSEY, s. 301, 305). Bu sebeple çeviride buna uygun terminoloji tercih edilmiştir.

<sup>9</sup> Değişikliğe ilişkin gerekçede de haksız fiil zamanaşımının diğer ülkelerdeki düzenlemelere nazaran kısa olmasıdır, bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 236; revizyon öncesi öğretilerde de nispi zamanaşımı süresinin kısa olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktaydı bkz. CHK-MÜLLER, Art. 60 OR N. 10; ayrıca bkz. BSK OR I-DÄPPEN, Art.60 N.8a.

<sup>10</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 252.

<sup>11</sup> Bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 252; EREN, N. 2592 ve orada atıf yapılan İsviçre Federal Mahkemesi Kararı; ERDEM, s. 181; CHK-MÜLLER, Art. 60 OR N. 22.

bakımından dikkate alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak bu durum da esasen eski hükmün lafzına rağmen öğreti ve uygulamada bu şekilde kabul edilmekteydi<sup>12</sup>.

**3** Mükerrer birinci fıkra ile getirilen düzenleme tamamen yenidir. Buna göre haksız fiil neticesinde zarar gören hayatını kaybeder yahut bedensel bir zarara uğrar ise mutlak zamanaşımı süresi on yıl değil yirmi yıl olacaktır<sup>13</sup>. Mutlak sürenin işlemeye başlaması açısından ilk fıkra ile aynı ölçüt kabul edilmiştir; buna ilave olarak nispi zamanaşımı süresi üç yıl şeklinde belirlenerek birinci fıkra bakımından mevcut olan düşünce devam ettirilmiştir<sup>14</sup>.

**4** İkinci fıkra ile haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda suç oluşturması hali düzenlenmiştir. Bilindiği üzere haksız fiil teşkil eden davranışın, aynı zamanda suç olması durumunda ceza dava zamanaşımının uygulanacağı daha önceden de kanunca kabul edilmişti (eOR Art. 60/2<sup>15</sup>). Ancak nispi ve mutlak sürelerin ceza dava zamanaşımı ile ilişkisinin nasıl olacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır<sup>16</sup>. Düzenleme ile bu tartışmalara son verilmesi amaçlanmıştır. Buna göre artık hem nispi hem de mutlak sürenin ceza dava zamanaşımı süresi olacağı, her iki zamanaşımının da (nispi ve mutlak) uzadığı kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Hükümde geçen “*en erken*” ifadesinin bu amacı vermek için kullanıldığı da ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca eski dönemde haksız fiil zamanaşımı süresinin kesilmesinin ceza dava zamanaşımı ile ilişkisinin tartışmalı olduğu, artık ceza dava zamanaşımı süresinin diğer sürelerden bağımsız işlemesi karşısında yalnızca İsviçre Ceza Kanunu (StGB) Art. 97 ve 98’e göre kesilebileceği ifade edilmektedir<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Bu hususta bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 252.

<sup>13</sup> Esasen bu süre otuz yıl olmakla beraber Parlamento aşamasında, yirmi yıla indirilmiştir, bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 244; MOSER, s. 53.

<sup>14</sup> Bu hususta bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 253.

<sup>15</sup> Mutlak sürenin ilk aşamada otuz yıla çıkarılması planlandığından ceza dava zamanaşımının uygulanmasını öngören OR Art. 60/2’nin kaldırılması taslak çalışmaları sırasında düşünülmüş ise de daha sonra bu gerçekleşmemiştir bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 254-255. Bugün için yirmi yıllık süre karşısında bile OR Art. 60/2’nin pratik öneminin azaldığı yönünde bkz. VERDE, s. 88.

<sup>16</sup> EREN, N. 2601; ERDEM, s. 137.

<sup>17</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 255; ifade etmek gerekir ki elbette bu sürelerin uygulanması için OR’de düzenlenen zamanaşımı sürelerinden uzun olması gerekir, bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 255; aksi halde zaten düzenleme haksız fiil mağdurunun aleyhine olurdu.

<sup>18</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 255.

<sup>19</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 255-256.



Fıkranın ikinci cümlesi ise yeni bir düzenlemedir. Burada ceza yargılamasında verilen bir mahkûmiyet kararı sebebiyle zamanaşımı artık gerçekleşmeyecek ise ne olacağı sorusuna cevap verilmektedir. İsviçre Ceza Kanunu (StGB) Art. 97/3'e göre ilk derece mahkemesinin kararıyla beraber zamanaşımı süresi artık uygulanmaz. İşte bu düzenlemeye göre ilk derece mahkemesinin vereceği karar sebebiyle ceza dava zamanaşımı süresinin uygulanamayacağı bir hal söz konusu ise zarar görenin tazminat talep hakkı ilk derece ceza mahkemesinin kararından itibaren üç yıl içerisinde zamanaşımına uğrayacaktır. Bu üç yıllık süre OR Art. 135'e göre kesilebilecek ve OR Art. 137'e göre üç yıllık bir süre işleyecektir<sup>20</sup>. İlk derece mahkemesi kararını ceza dava zamanaşımı süresi bittikten sonra verirse, bu hüküm uygulanmayacaktır<sup>21</sup>. Beraat kararının StGB Art. 97/3 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hükümden anlaşılmamaktadır<sup>22</sup>.

İsviçre revizyonu hukukumuzda TBK m. 72/2'ye karşılık gelen OR Art.60/3'ü ise doktrinde dile getirilen eleştirilere rağmen kaldırmamıştır<sup>23</sup>.

**5 Türk Hukuku Açısından:** Hukukumuzda haksız fiilden doğan talep hakkı İsviçre hukukundan farklı olarak iki yıllık süreye tâbidir. Bu noktada mevcut bir yıllık farkın giderilmesine gerek olup olmadığı tamamen hukuk politikasının belirleyeceği bir meseledir. Halihazırda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, daha çok yeni sayılabilecek düzenlemesi ile bir yıllık zamanaşımı süresini, iki yıla çıkarmıştır. Bu sebeple kanun koyucumuzun tavrının ve süreye ilişkin yaklaşımının İsviçre'den farklı olduğu ve yeni bir düzenlemeye gerek olmadığı söylenebilir. Ayrıca azami zamanaşımı süresinin işlemesi açısından getirilen değişikliğin esasen yeni bir hali düzenlememesi sebebiyle, ölçütün hukukumuzda madde değişikliği ile aktarılmasına ihtiyaç olmasa gerekir. Aynı sonuca yorum yoluyla da ulaşılabilir.

Ceza yargılama zamanaşımı açısından hem nispi hem de mutlak sürenin tazminat zamanaşımı açısından uygulanması hukukumuzda da doktrinde kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Ne var ki meselenin İsviçre'de olduğu gibi açık bir surette düzenlenmesi Türk hukuku açısından da faydalı olacaktır. Bu noktada İsviçre düzenlemesi bizim açımızdan da bir örnek yahut değişim ihtiyacını gösteren bir sebep olacaktır.

---

<sup>20</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 256; VERDE, s. 84.

<sup>21</sup> VERDE, s. 84.

<sup>22</sup> VERDE, s. 84.

<sup>23</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 257.

<sup>24</sup> EREN, N. 2601.

## b. OR Art. 67 Abs. 1'de Meydana Gelen Değişiklik

*Art. 67 Abs. 1*

<sup>1</sup> Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs.

*Madde 67 Fıkra 1*

<sup>1</sup> Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak üç yılın ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

**1** Düzenleme sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin zamanaşımına uğramasına dairdir.

**2** Düzenleme ile esaslı bir değişiklik yapılmamış, yalnızca sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkının tâbi olduğu bir yıllık nispi zamanaşımı süresi üç yıla çıkarılmıştır; bu yönden haksız fiiller bakımından öngörülen nispi zamanaşımı süresi ile birlik sağlanmıştır<sup>25</sup>. Mutlak zamanaşımına dair süre ve sürelerin işleme açısından ise bir değişiklik yapılmamıştır.

**3** *Türk Hukuku Açısından:* Hukukumuzda sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı İsviçre hukukundan farklı olarak bir yıl değil iki yıldır. Bu noktada var olan bir yıllık farkın giderilmesine gerek olup olmadığı tamamen hukuk politikasının belirleyeceği bir meseledir. Halihazırda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun daha çok yeni sayılabilecek olan düzenlemesi ile hukukumuzda bir yıllık zamanaşımı, iki yıla çıkarılmıştır. Bu sebeple kanun koyucumuzun tavrının ve süreye ilişkin yaklaşımının İsviçre'den farklı olduğu ve yeni bir düzenlemeye gerek olmadığı söylenebilir.

<sup>25</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 258; değişikliğe ilişkin değerlendirmeler için bkz. BSK OR I-HUWILER, Art.67 N.6.

### c. Yeni Bir Düzenleme Olarak OR Art. 128a

#### 2a. Zwanzig Jahre

##### Art. 128a

Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung eines Menschen verjähren mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.

#### 2a. Yirmi Yıl

##### Madde 128a

Bedensel zarara ya da bir kimsenin ölmesine sebep olan sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talebi, zarar gören tarafın zararı öğrendiği günden itibaren üç yıl herhalde zarar veren davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren yirmi yıl sonra zamanaşımına uğrar.

1 Düzenleme ile beş ve on yıllık genel zamanaşımı sürelerinin yanına yirmi yıllık azami zamanaşımı süresi (*mutlak zamanaşımı*) ile sınırlı üç yıllık (*nispi zamanaşımı*) yeni bir zamanaşımı süresi eklenmektedir. Bu madde yeni ihdas edilmiştir. Esasen tasarı ile beş yıllık genel zamanaşımı süresinin kaldırılması planlanmışken, parlamento aşamasında bu süre (beş yıllık genel zamanaşımı) korunmuş ve bu düzenleme yapılmıştır<sup>26</sup>.

2 Düzenlemeye göre sözleşmeye aykırılık sebebiyle meydana gelen zarar bedensel bir zarar ise yahut da ölüme sebebiyet vermiş ise bu halde, bu zararın tazmini istemi üç yıllık nispi bir zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı süresi zarar görenin zararı öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak herhalde tazminat talebinin zarar verici fiilin gerçekleşmesinden itibaren yirmi yıllık bir mutlak zamanaşımı süresi ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bu suretle haksız fiilden doğan talepler ile sözleşmeye aykırılıktan doğan talepler bakımından öngörülen zamanaşımı süreleri yeknesaklaştırılmıştır<sup>27</sup>. Ancak bu husus yalnızca

<sup>26</sup> Bkz. KARAŞAHİN, s. 752.

<sup>27</sup> İsviçre hukukunda mevcut olan zamanaşımı sürelerinin gerek talebin hukuki sebebine göre değişmesi gerek çok sayıda özel hüküm bulunması sebebiyle karışık bir yapıyı haiz olduğu yönünde bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 240.

sözleşmeye aykırılığın bedensel bir zarara yahut da ölüme sebebiyet vermesi haliyle sınırlanmıştır.

**3 Türk Hukuku Açısından:** Düzenlemeyi Türk hukuku açısından değerlendirmek mümkün değildir. Zira kanunumuzda bu düzenleme benzeri bir hüküm bulunmamaktadır. Düzenleme Kıta Avrupası'nda yaşanan bir gelişmenin neticesidir. Sorumluluğun haksız fiil ve sözleşme kaynaklı olması şeklinde ikili düzen İsviçre hukukunun temel özelliklerinden olup bu düalist yapı kendisini zamanaşımı noktasında göstermektedir<sup>28</sup>. Sorumluluğun dayandığı hukuki sebebe dayalı olarak zamanaşımın farklılaşması terk edilmekte olup<sup>29</sup> bu anlayış İsviçre hukukuna da bu düzenleme ile girmektedir. Artık zararın niteliğine göre zamanaşımı süresi değişecektir. Zira bedeni zararlar ile ölüm halinde uygulanacak zamanaşımı süresi OR Art. 60/1bis ve OR Art. 128a hükümlerine tabi olacaktır. İki düzenlemedeki süreler de aynıdır. Buna karşın salt mal varlığı zararının varlığı halinde ise OR Art. 60/1 ve OR Art. 127 ve 128 uygulanacaktır.

Kanaatimizce düzenleme yerinde değildir. Şöyle ki haksız fiil ve sözleşmeye aykırılığın yarışması elbette mümkündür. Bu halde haksız fiil sorumluluğu karşısında sözleşmeye dayalı sorumluluğun daha avantajlı olduğu söylenebilir. Zira inceleme açısından meseleye yaklaşılacak olursa bu noktada sözleşmeye dayalı taleplerin daha uzun bir zamanaşımı süresine tâbi olması bir gerekçe olarak gösterilebilir<sup>30</sup>. İsviçre kanun koyucusu düzenleme ile bu gibi hallerde zarar görene dilediği sorumluluk sebebine dayanma imkânı tanırken zamanaşımı açısından aynı süreyi uygulama yoluna gitmiştir. Ancak İsviçre kanun koyucusunun benimsediği yeni sistem karşısında bir kimsenin salt mal varlığında meydana gelen zararın tazminine ilişkin talepler on yıllık bir zamanaşımına tâbi olacak<sup>31</sup> iken bedeni zarar ile ölüm halinde tazminat talepleri ise yalnızca üç yıllık bir zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Gerçi mutlak zamanaşımı süresi yirmi yıl bile olsa borca aykırılıkta zararın, fiilin ve failin öğrenilmesi zaten çoğu kez haksız fiile nispetle daha kolaydır. O halde mal varlığına dair zararlar, ölüm halinde duçar olunan zararlar ile bedensel zararlara nazaran kayırlmış hissi uyandırmaktadır. Kanaatimizce eğer bir yeknesaklık sağlanmak isteniyordu ise haksız fiilden doğan zararlar açısından yalnızca genel zamanaşımı sürelerine atıf yapmak yeterli olurdu.

<sup>28</sup> MOSER, s. 20.

<sup>29</sup> MOSER, s. 22.

<sup>30</sup> EREN, N. 3553.

<sup>31</sup> MOSER, s. 52; böylesi bir ayrımın anlaşılır olmadığı yönünde bkz. PICHONNAZ, s. 741.

Ayrıca düzenlemenin ceza yargılama zamanaşımı ile bağlantısının nasıl olacağı da yeni bir tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeye aykırılık neticesinde bir ölüm ya da bedeni zararın ortaya çıktığı durumlarda çoğu kez aynı zamanda bir suç işlenmiş olması ihtimali doğacaktır. Bu halde ceza yargılamasına ilişkin sürenin sözleşmeye aykırılık sebebiyle doğacak taleplere de uygulanıp uygulanmayacağı meselesi tartışmaya açık gibi görünmektedir.

#### **d. OR Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6–8’de Meydana Gelen Değişiklik**

*Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6–8*

*Madde 134 Fıkra 1 Bent 6-8*

<sup>1</sup> Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat:

<sup>1</sup> Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur:

6. solange eine Forderung aus objektiven Gründen vor keinem Gericht geltend gemacht werden kann;

6. objektif sebeplerle hiçbir mahkemede talepte bulunulmadığı süre için.

7. für Forderungen des Erblassers oder gegen diesen, während der Dauer des öffentlichen Inventars;

7. Resmi defterin tutulması süresince miras bırakanın alacakları veya ona yönelik talepler için.

8. während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderer Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, sofern die Parteien dies schriftlich vereinbaren.

8. Tarafların yazılı olarak kararlaştırmış olması şartıyla; sulh, arabuluculuk ya da diğer mahkeme dışı çözüm yöntemlerinde müzakere süreci için.

**1** Değişiklik ile zamanaşımının durması hallerine yenileri eklenmektedir.

**2** Zamanaşımının durmasına dair getirilen ilk yenilik Bent 6’dır. Buna göre objektif bir sebep ile hiçbir mahkemeden talepte bulunulması mümkün

değil ise bu halde talepte bulunulamayan süre için zamanaşımı işlemeyecektir. Gerçi İsviçre mahkemeleri önünde dava açılmaması zaten zamanaşımını durduran bir hal idi (eOR Art. 134/1/b.6). Ancak bu düzenleme ile ilgili hüküm değiştirilmekte ve “İsviçre” sınırlaması kalkmaktadır. Buna göre alacaklı zamanaşımı süresinin işlemeye başlamadığı veya durduğu iddiasına, talebini gerek yurt içindeki gerek yurt dışındaki bir mahkemeden talep edemediği zaman dayanabilir<sup>32</sup>. Yani artık bağımsız ve tarafsız herhangi bir mahkemede dava açılmaması gereklidir. Madde metninde yer alan “*mahkeme (Gericht)*” ifadesinin anlamı, İsviçre Anayasasının 30 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. Fıkrası ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır<sup>33</sup>. Düzenleme ile tahkim de mahkeme terimi içinde kabul edilecektir<sup>34</sup>. Ancak zamanaşımını, alacaklının şahsından bağımsız tamamen objektif sebeplerin durdurması anlayışı aynen korunmuştur<sup>35</sup>.

**3** Zamanaşımını durduran diğer bir hal Bent 7’de düzenlenmiştir. Buna göre miras bırakanın mallarına dair resmi defterin tutulması talebinden sonra, defter tutma işlemi devam ettiği sürece miras bırakanın alacaklılarının talepleri açısından zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Esasen İsviçre Medeni Kanun’u (ZGB) Art. 586/2, resmi defter tutulması durumunda miras bırakanın borçlarının tahsili işlemi yapılamayacağını ve bu sürede zamanaşımı süresinin de işlemeyeceğini hüküm altına almaktaydı. Ancak ZGB Art. 586/3 sebebiyle zamanaşımı süresinin miras bırakanın alacaklı olduğu durumlar açısından da işleyip işlemediği tartışması yapılmaktaydı<sup>36</sup>. Ne var ki ZGB Art. 586/2 zamanaşımına dair revizyonla beraber yürürlükten kaldırılmıştır<sup>37</sup>. Ele aldığımız bent, yürürlükten kaldırılan düzenlemeyi karşılayacak<sup>38</sup> şekilde OR’ye eklenmiştir. ZGB Art. 586/2’den farklı olarak zamanaşımı süresinin durmasının yalnızca miras bırakanın borçları açısından değil aynı zamanda miras bırakanın alacakları açısından da geçerli olacağı kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Yani ifade edilen tartışma da artık sona ermiştir.

<sup>32</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 259.

<sup>33</sup> STÖCKLI/BERGAMIN, s. 76.

<sup>34</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 259.

<sup>35</sup> Bkz. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 259-260.

<sup>36</sup> STÖCKLI/BERGAMIN, s. 76.

<sup>37</sup> AS 2018 5349; BBI 2018 3543.

<sup>38</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 260.

<sup>39</sup> Bu hususta çeşitli değerlendirmeler ve İsviçre öğretisinde mülga düzenleme ile ilgili görüşler için bkz. STÖCKLI/BERGAMIN, s. 76 ve dn. 10.

4 Zamanaşımını durduran son hal Bent 8'dir. Buna göre taraflar eğer yazılı olarak kararlaştırmış iseler arabuluculuk veya mahkeme dışı diğer alternatif çözüm yollarına ilişkin müzakereler boyunca geçecek sürede zamanaşımı süresi işlemeyecektir. Düzenleme ile tüm resmi ve gayri resmi alternatif çözüm yolları açısından zamanaşımının işlememesi amaçlanmıştır<sup>40</sup>. Elbette tartışmasız olsa gerektir ki zamanaşımı, yalnızca taraflar arasında duracak ve üçüncü şahıslar açısından böylesi bir durum söz konusu olmayacaktır<sup>41</sup>. Ayrıca hukuki olarak zamanaşımının kesin tespit edilebilmesi kaygısı sebebiyle tarafların bu hususta yazılı olarak anlaşmaları şart kılınmıştır<sup>42</sup>. Bu noktada yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu OR Art. 13'e yapılan vurgu ile açıkça ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

5 *Türk Hukuku Açısından*: Düzenlemenin Türk hukuku açısından değerlendirmesinde bentlere göre inceleme yapmak gerekirse:

İlk olarak Bent 6 ile getirilen halin olumlu bir düzenleme olduğu ve Türk hukukunda da iktibas edilebileceği kanaatindeyiz. Zira alacağın Türk mahkemelerinde dava edilememesi hali borç ilişkisinin yabancılik unsuru taşınması ve mahkemeler bakımından olağanüstü bir durumun varlığı durumlarıyla sınırlandırılmaktadır<sup>44</sup>. Buna karşılık maddi imkansızlıklar sebebiyle dava açılmaması hali ise bu kapsamda görülmemektedir<sup>45</sup>. İsviçre revizyonu, yalnızca dava açılacak mahkemeye dair sınırlamayı ortadan kaldırmaktadır. Sınırlamanın gerekliliği bizce de gelişen ve küçülen dünya karşısında tartışmaya açıktır.

İkinci olarak resmi defter tutulması açısından getirilen düzenlemenin Türk hukuku açısından önemi pek fazla olmasa gerektir. İfade edildiği üzere ZGB'de var olan mülga düzenleme benzer şekilde bizim hukukumuzda da mevcuttur (TMK m. 625). O halde İsviçre'deki değişiklik bizim açımızdan yalnızca maddenin yorumlanmasında ve doktrinde müdafaa edilen fikirlere dayanak olarak düşünülebilir.

---

<sup>40</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 260.

<sup>41</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 260.

<sup>42</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 260; aranan yazılı şekil şartı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. PICHONNAZ, s. 743.

<sup>43</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 260.

<sup>44</sup> ARAT, (2004), s. 215.

<sup>45</sup> ARAT, (2004), s. 216 ve orada dipnotta gösterilen yazarlar.

Son olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde müzakere süresince tarafların yazılı şekilde kararlaştırmaları durumunda zamanaşımı süresinin duracağına dair bir düzenleme bizim hukukumuzda da mevcuttur. Gerçekten de hukukumuzda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 16/2 ve 18A/15'te tarafların ihtiyari arabuluculuk görüşmeleri ile dava şartı arabuluculuğun söz konusu olduğu durumlarda arabuluculuk müzakereleri sırasında zamanaşımının işlemeyeceğini açıkça ifade edilmiştir. Bu halde İsviçre'deki revizyon belirttiğimiz sınır açısından zaten hukukumuzda var olan bir durumdur. Kaldı ki tarafların herhangi bir sulh veya alternatif çözüm görüşmesinde zamanaşımının işlemeyeceğine dair bir karar almaları düşünülebilir. Ayrıca ifade edilen kanun hükümlerinin geniş yorumlanmasıyla da İsviçre'de benimsenen anlayışa varılabilir. Ancak ifade etmek gerekir ki hukukumuzda TBK m. 153'te sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğu ve tarafların anlaşarak durmayı sağlayamayacakları ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Bu sebeple tüm alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin bir kanun değişikliği yapılması, alternatif çözümleri desteklemek açısından faydalı olabilir.

---

<sup>46</sup> ERDEM, s. 236-237.



### e. OR Art. 136'da Meydana Gelen Değişiklik

#### 2. Wirkung der Unterbrechung unter Mitverpflichteten

*Art. 136*

<sup>1</sup> Die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner oder den Mitschuldner einer unteilbaren Leistung wirkt auch gegen die übrigen Mitschuldner, sofern sie auf einer Handlung des Gläubigers beruht.

<sup>2</sup> Ist die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen, so ist sie es auch gegen den Bürgen, sofern die Unterbrechung auf einer Handlung des Gläubigers beruht.

<sup>3</sup> Dagegen wirkt die gegen den Bürgen eingetretene Unterbrechung nicht gegen den Hauptschuldner.

<sup>4</sup> Die Unterbrechung gegenüber dem Versicherer wirkt auch gegenüber dem Schuldner und umgekehrt, sofern ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer besteht.

#### 2. Zamanaşımının Kesilmesinin Birlikte Borçlulara Etkisi

*Madde 136*

<sup>1</sup> Zamaaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı alacaklı tarafından yapılan bir fiil ile kesilirse, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.

<sup>2</sup> Zamaaşımı asıl borçluya karşı alacaklı tarafından yapılan bir fiil ile kesilirse, kefile karşı da kesilmiş olur.

<sup>3</sup> Buna karşılık zamaaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

<sup>4</sup> Sigortacıya karşı doğrudan talep hakkı olan durumda, sigortacı ya da borçluya karşı zamaaşımı kesilince, diğerine karşı da kesilmiş olur.

**1** Değişiklik ile zamaaşımının kesilmesinin müteselsil borçluya ve kefile karşı etkisi yeniden düzenlenirken; sigortacıya karşı kesilmesi ise ilk kez hüküm altına alınmıştır.

2 Gerçekleşen değişikliklerden ilki birinci fıkrada müteselsil borçlulara ilişkindir. Müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı değişiklik öncesi İsviçre hukukunda diğer müteselsil borçlulara karşı da kesilmekteydi. Ancak yeni değişiklik ile “*alacaklı tarafından yapılan bir fiil ile*” sınırlaması getirilmiştir. Haliyle artık müteselsil borçlulardan biri kendisinin durumunu zamanaşımı yönünden ağırlaştıracak bir eylemde bulunursa, söz gelimi borcu ikrar etse bile bu durum, bu diğer müteselsil borçlulara tesir etmeyecektir<sup>47</sup>. İfade etmek gerekir ki değişiklik öncesi düzenleme müteselsil borçluların ayrı ayrı borçlular olduğu, her borçlu için ayrı borç söz konusu olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekteydi<sup>48</sup>. Kaldı ki düzenleme müteselsil borçlulardan birinin tek taraflı davranışı ile diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağına dair genel ilkeye<sup>49</sup> de ters düşmekteydi.

3 İkinci fıkra ile yapılan değişiklikle beraber asıl borçluya karşı zamanaşımının kesilmesi durumunda, kefile karşı da zamanaşımının kesileceği ilkesi temelde korunmuştur. Ne var ki bu noktada bir sınırlamaya gidilmiştir. Buna göre “*alacaklı tarafından yapılan bir fiil ile kesilirse*” denilmek suretiyle burada da zamanaşımının kesilmesi açısından alacaklının bir eylemi aranmıştır. Önceki düzenlemede asıl borçlunun bir davranışı ile zamanaşımının kesilmesi kefile karşı da sonuç doğurmaktaydı. Bu halde açıktır ki kefilin durumunun asıl borçlunun eylemi ile ağırlaşmaması yönünde bir değişiklik yapılmıştır.

4 Üçüncü fıkra aynen muhafaza edilmiştir.

5 Bu maddenin dördüncü fıkrası tamamen yeni bir düzenlemedir. Düzenlemeye göre sigortacıya karşı doğrudan talep hakkının var olması durumunda sigortacı ya da asıl borçludan herhangi birine karşı zamanaşımının kesilmesi durumunda diğerine karşı da zamanaşımı kesilmiş olacaktır.

6 *Türk Hukuku Açısından:* İsviçre revizyonu ile getirilen düzenlemeleri her düzenleme açısından ayrı ayrı ele alacak olursak:

İlk olarak müteselsil borçlulardan birinin aleyhine kesilen zamanaşımının diğerleri aleyhine de hüküm doğurabilmesi için alacaklının fiilinin şart

<sup>47</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 261; ayrıca bkz. KRAUSKOPF, (2019), s. 45.

<sup>48</sup> EREN, N. 3801; değişiklik ile ilgili olumlu değerlendirmeler için bkz. PICHONNAZ, s. 742.

<sup>49</sup> EREN, N. 3769.

kılınması kanaatimizce isabetlidir. Zira ifade edildiği üzere müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğerine karşı da kesilmiş sayılmasının tam teselsül ve eksik teselsül ayrımının kanunda kalan hatalı bir ardılı olduğu doktrinde dillendirilen bir eleştiridir<sup>50</sup>. Zira doktrinde müteselsil borçluluk aynı sebepten doğuyorsa yani tam teselsül uygulanıyorsa bu hükmün uygulanacağı (TBK m. 155/1), farklı sebeplerden doğuyorsa (eksik teselsülde) uygulanmayacağı ifade edilmiştir<sup>51</sup>. Haliyle yeni düzenleme ile olumlu surette bir gelişme yaşanmış ve eleştirilen hüküm makul denebilecek bir surette sınırlandırılmıştır. İlgili düzenleme hukukumuzda da etki etmelidir. Kanun değişikliğine gidilmeden kanunun lafzının dar yorumlanması suretiyle de İsviçre kanun koyucusunun yaptığı düzenlemeye varılabilir. Şöyle ki müteselsil borçlulardan birinin tek taraflı davranışı ile diğerinin durumunu ağırlaştıramayacağı kuralı (TBK m. 165) karşısında TBK m. 155/1'in yalnızca alacaklının fiilleri ile zamanaşımının kesilmesi durumları ile sınırlı olduğu kabul edilebilir<sup>52</sup>.

Asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımının, kefile karşı da kesilmesi açısından getirilen düzenleme ile yine alacaklının fiili zorunlu kılınmıştır. Bu halde asıl borçlunun tek taraflı davranışı ile kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı kararlaştırılmış durumdadır. Düzenleme olumlu olup, hukukumuz açısından da bu yönde bir düzenleme yapılması makul olacaktır. Zira asıl borçluya nazaran tali bir sorumluluk altında olan kefilin, asıl borçlunun her eylem ya da işleminin rizikosunu üstlenmesi beklenmemelidir. Bu açıdan İsviçre revizyonunun düzenlemesi kanaatimizce olumludur.

OR Art. 136/4 İsviçre hukuku açısından yeni bir düzenlemedir. Söz konusu düzenleme zarar verenin sigortacısı ya da zarar verenin kendisine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğerine karşı da sonuç doğurmasını hüküm altına almıştır. Sigortacıya karşı doğrudan başvuru hakkı bizim hukukumuzda da TTK m. 1478 ile kabul edilmiştir. Kanunumuz açısından zarar veren ile sigortacısı ayrı ayrı sebeplerden dolayı müteselsil borçlu olacaklardır<sup>53</sup>. Gerçekten de zarar verenin haksız fiili ya da sözleşmeye aykırılığı var olması gerekirken; sigortacının sorumluluğu doğrudan doğruya

---

<sup>50</sup> EREN, N. 2551.

<sup>51</sup> OĞUZMAN/ÖZ, N. 1956.

<sup>52</sup> Önceki Kanunu'muzun lafzından hareketle benzeri sonuç ve yorum için bkz. TEKİNAY, s.1058; İsviçre hukukunda da nitekim bu görüş doktrinde savunulmuştur, bkz. ARAT, (2018), s.334 ve orada atıf yapılan yazar.

<sup>53</sup> ÜNAN, s. 348; ACAR, s. 738.

kanundan kaynaklanacaktır<sup>54</sup>. Bu halde taraflar arasında bir eksik teselsül söz konusudur<sup>55</sup>. Esasen değişiklikten önceki dönemde bile müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince diğerine karşı da kesilmiş olmayacaktı. Ancak İsviçre revizyonu ile eksik teselsülün var olduğu bu halde müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğerine karşı da anlam ifade etmesi öngörülmüştür. Gerçi müteselsil borçlular açısından zamanaşımının kesilmesinde alacaklının fiilini arayan İsviçre kanun koyucusunun aynı şartı burada da arayıp aramadığı açık değildir. Eğer alacaklının eylemi aranmayacak ise, ki sistematikten bu anlaşılmaktadır, müteselsil borçlular açısından İsviçre’de benimsenen yeni anlayışa bir istisna, bu anlayışı getiren değişiklikle beraber gelmiş olacaktır. Hukukumuz açısından sigortacı ile zarar verenin aleyhine zamanaşımının kesilmesi TBK m. 155/1’e tâbi olup; kanaatimizce yeni bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Bu noktada yukarıda ifade edildiği üzere yine hükmün dar yorumlanmasının icap edip etmediği başlı başına bir tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Çünkü sigortacının ya da borçlunun fiili ile zamanaşımının kesilmesi durumunda diğerine karşı da zamanaşımının kesilmesinin alacaklı açısından avantajlı bir durum olduğu açıktır.

#### f. OR Art. 139’da Meydana Gelen Değişiklik

##### V. Verjährung des Regressanspruchs

###### Art. 139

Haften mehrere Schuldner solidarisch, so verjährt der Regressanspruch jenes Schuldners, der den Gläubiger befriedigt hat, mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem er den Gläubiger befriedigt hat und den Mitschuldner kennt.

##### V. Rücu Hakkının Zamanaşımı

###### Madde 139

Birden fazla borçlunun müteselsilen borçlu olması durumunda, alacaklıya ifade bulunan borçlunun rücu hakkı, alacaklıya ifade bulunduğu ve müteselsil borçluyu öğrendiği günden üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.

1 Daha önceden kaldırılan hüküm yeniden düzenlenmiştir.

2 Mülga OR Art. 139 hükmü TBK m. 158’e karşılık gelmekteydi.

<sup>54</sup> ACAR, s. 738.

<sup>55</sup> ACAR, s. 738.

Ancak İsviçre Federal Usul Kanunu (ZPO) ile beraber hüküm yürürlükten kalkmış durumdaydı<sup>56</sup>. Yeni düzenlemenin eski düzenleme ile bir benzerliği ya da alakası yoktur. Yeni düzenleme başkaca bir durumu “*Rücu Hakkının Zamanaşımı*” kenar başlığı ile ele almaktadır<sup>57</sup>.

Düzenleme ile İsviçre kanun koyucusu müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkilerinde zamanaşımının ne olacağını açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre müteselsil borçluların birbirlerine karşı sahip oldukları rücu hakları alacaklıya ifada buldukları tarihten itibaren üç yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacaktır.

**3 Türk Hukuku Açısından:** İsviçre hukukunda müteselsil borçlular açısından getirilen bu yeni düzenleme, doktrinde var olan bir görüşün yansımından ibarettir. Evvela müteselsil borçlulardan birinin borcu ifası durumunda borçlu alacaklıya ifada bulunduğu oranda alacaklıya halef olacaktır (TBK m. 62/2 ve TBK m. 168)<sup>58</sup>. Bu halde alacak sona ermemekte yalnızca alacaklı değişmektedir. Bu ihtimalde kanuni halefiyet söz konusu olduğundan alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin değişmemesi gerekmektedir<sup>59</sup>. Ancak müteselsil borçluluk halinde rücu hakkının doğumu ile işleyen yeni bir zamanaşımı süresinin var olduğu ifade edilmektedir<sup>60</sup>. Ne var ki işleyecek zamanaşımı süresinin hangi süre olacağı tartışmalıdır<sup>61</sup>. İfade etmek gerekir ki tartışmaya tam ve eksik teselsül yönünden yaklaşan ve buna göre değerlendirme yapanlar da mevcuttur<sup>62</sup>. İsviçre düzenlemesi ile rücu haline özgü bir zamanaşımı süresi benimsenmiştir. Hukukumuz açısından da doktrinde ifade edilen görüş benimsenir ise bu halde rücu hakkı açısından on yıllık bir zamanaşımı süresinin mi yoksa sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı gibi tartışmalar gündeme gelir<sup>63</sup>. Ayrıca eğer halef olunan alacağın tâbi olduğu zamanaşımının uygulanacağı

---

<sup>56</sup> KARAŞAHİN, s. 752.

<sup>57</sup> Hükümün yasalama süreci hakkında bkz. KRAUSKOPF, (2019), s. 42.

<sup>58</sup> EREN, N. 3784.

<sup>59</sup> KILIÇOĞLU, s. 135; TEKİNAY, s. 1045; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1931.

<sup>60</sup> KILIÇOĞLU, s. 136-137; NOMER, s. 250.

<sup>61</sup> NOMER, s. 250-251; benzeri şekilde zamanaşımı süresinin başlangıç anı da tartışmalıdır bkz. KURT, s. 143, 148 vd.

<sup>62</sup> Bkz. KURT, s. 142 vd.

<sup>63</sup> Eksik teselsül halinde on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. KURT, s. 147.

kabul edilirse de bu kez de halef olma anındaki işleyen zamanaşımından kalan süre devam edecektir<sup>64</sup>. Yorum yoluyla bir sonuca varmak ya da özel bir kanun düzenlemesi ile meseleyi çözümlmek gibi iki yol bulunmaktadır. Bu noktada İsviçre düzenlemesi özel bir düzenleme yoluna gitmiştir. Ne var ki düzenlemenin eksik ve tam teselsül ayrımını gözetip gözetmediği ve buna göre yorum yapılması gerekip gerekmediği, düzenlemeden anlaşılmamaktadır<sup>65</sup>. Hukukumuz açısından ise haksız fiillerde eksik ve tam teselsül ayrımı terk edilmiş<sup>66</sup> ve haksız fiilde müteselsil borçlulara ait özel bir düzenleme getirilmiştir. Gerçekten de TBK m. 72/2 “*Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*” demek suretiyle eksik ve tam teselsül ayrımı gütmeksizin meseleyi haksız fiillerde müteselsil sorumluluk açısından çözümlmektedir. Ancak diğer müteselsil borçluluk halleri için yukarıda ifade ettiğimiz tartışmalar hala gündemdedir. Kanaatimizce, herhalde eksik ve tam teselsül ayrımını gözetmeden özel bir düzenleme hukukumuz açısından da faydalı gibi gözükmemektedir.

---

<sup>64</sup> Tam teselsül halinde bu ihtimali benimseyen görüş için bkz. KURT, s. 143.

<sup>65</sup> PICHONNAZ, s. 742.

<sup>66</sup> KURT, s. 149-150.

**g. ORArt. 141 Randtitel, Abs. 1, 1<sup>bis</sup> ve 4'te Meydana Gelen Değişiklik**

**VII. Verzicht auf die Verjährungseinrede**

*Art. 141 Randtitel, Abs. 1, 1<sup>bis</sup> und 4*

<sup>1</sup> Der Schuldner kann ab Beginn der Verjährung jeweils für höchstens zehn Jahre auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.

<sup>1bis</sup> Der Verzicht muss in schriftlicher Form erfolgen. In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann lediglich der Verwender auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.

<sup>4</sup> Der Verzicht durch den Schuldner kann dem Versicherer entgegengesetzt werden und umgekehrt, sofern ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer besteht.

**VII. Zamanaşımı Def'inden Feragat**

*Madde 141 Fıkra 1, Mükerrer 1 ve 4*

<sup>1</sup> Zamanaşımının işlemeye başlamasından itibaren borçlu en fazla on yıl için zamanaşımı def'inden feragat edebilir.

<sup>1</sup> Mükerrer Feragat yazılı şekilde tabidir. Genel işlem koşullarında, yalnızca hazırlayan taraf zamanaşımı def'inden feragat edebilir.

<sup>4</sup> Borçlunun veya sigortacının feragati, sigortacı aleyhine doğrudan talepte bulunma hakkı olması kaydıyla diğeri aleyhine de sonuç doğurur.

<sup>1</sup> Düzenleme ile madde kenar başlığı olan “*Zamanaşımından Feragat*” ibaresi “*Zamanaşımı Def'inden Feragat*” olarak değiştirilmiştir<sup>67</sup>. Ayrıca zamanaşımından feragat ilke olarak sınırlamalar var olmakla beraber kabul edilmiştir.

<sup>2</sup> Fıkra 1 ile getirilen düzenlemeye göre “*zamanaşımının işlemeye başlamasından itibaren*” en fazla on yıl için zamanaşımından feragat edilebilecektir. Hükmün eski halinde zamanaşımından feragatin mümkün

<sup>67</sup> Değişiklik ile ilgili eleştirel bir değerlendirme için bkz. KRAUSKOPF, (2019), s. 46.

olmadığı ifade edilmekteydi. Ancak işlemeye başlayan zamanaşımından feragat edilip edilemeyeceği doktrinde tartışılmaktaydı. İsviçre Federal Mahkemesi<sup>68</sup> ise işlemeye başlayan (sözleşme imzalandıktan sonra) zamanaşımından feragatin mümkün olduğunu kabul etmiştir<sup>69</sup>, nitekim Federal Mahkemenin bu içtihadı yapılan düzenlemeyi de etkilemiştir<sup>70</sup>. Kaldı ki İsviçre kanun koyucusunun benimsediği yeni sistem doktrinde de ifade edilen görüşlerden biridir<sup>71</sup>. Düzenlemeye göre halihazırda işleyen zamanaşımından<sup>72</sup> yahut işlemiş ve dolmuş zamanaşımını ileri sürme hakkından on yıl için feragat edilebilecektir<sup>73</sup>. Ne var ki hüküm ile bir seferden fazla feragatin mümkün olduğu da ifade edilmektedir<sup>74</sup>. On yılı aşan bir feragat halinde ise kısmi hükümsüzlük söz konusu olacak ve feragat azami süreye indirilecektir<sup>75</sup>.

**3 Mükerrer Fıkra ile zamanaşımından feragatin<sup>76</sup> yazılı şekilde yapılması ve genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi ihtimali hüküm altına alınmıştır. Buna göre feragat yazılı yapılmalıdır<sup>77</sup>. Şekil şartı, OR Art. 13'e yapılan vurgu ile geçerlilik şartı olarak kabul edilmiş ve düzenleme hukuki kesinlik, güvenlik**

<sup>68</sup> Zamanaşımından feragat ile zamanaşımı sürelerinin değiştirilememesi ilkesinin beraber değerlendirilmesi ve zamanaşımından feragatin mümkün olup olmadığı meselesi hem Federal Mahkeme kararlarında tartışılmış hem de bu mesele hakkında doktrinde farklı fikirler ortaya atılmıştır. İsviçre hukukundaki tartışmalar ve içtihatların gelişimi için bkz. FELLMANN, s. 145 vd.

<sup>69</sup> Bkz. KARAŞAHİN, s. 731.

<sup>70</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 261.

<sup>71</sup> Aktaran EREN, N. 4104, ancak Eren, aksi görüşte olup işlemekte olan zamanaşımından feragat edilemeyeceğini savunmaktadır bkz. EREN, N. 4105; ayrıca bkz. PAKSOY, s. 91-92.

<sup>72</sup> Burada esasen feragat işleyen zamanaşımı süresinin uzaması sonucu doğuracaktır. Bu hususta bkz. PAKSOY, s. 104-105. Bu durumda zamanaşımının kesildiği yönünde bkz. FELLMANN, s. 156.

<sup>73</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 262.

<sup>74</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 262; FELLMANN, s. 154; feragatin etki süresinin nasıl olacağı, özellikle beş yıllık zamanaşımı süresi açısından değerlendirmeler için bkz. KARAŞAHİN, s. 747 vd.

<sup>75</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 262; PICHONNAZ, s. 745; FELLMANN, s. 154; yine sınırsız feragatlere ilişkin olarak bkz. FELLMANN, s. 161-162. Söz konusu indirilme işleminin nasıl yapılacağına dair açıklamalar için bkz. KAŞAK, Emredici Hükümler, s. 434 vd.

<sup>76</sup> Feragatin hukuki niteliğinin sözleşme mi yoksa tek taraflı beyan mı olduğu ve buna bağlı olarak nasıl yapılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada görüşler ve Federal Mahkeme'nin tutumu için bkz. FELLMANN, s. 158-159; ayrıca PAKSOY, s. 11 vd.

<sup>77</sup> Şekil açısından feragat edenin imzası aranacaktır, bkz. FELLMANN, s. 154.



ve ispat ile gerekçelendirilmiştir<sup>78</sup>. Ayrıca feragatin alacaklıya bildirilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Zamanaşımından feragatin genel işlem koşullarıyla yapılması halinde yalnızca genel işlem koşulunu düzenleyen taraf kendi aleyhine zamanaşımından feragat edebilecektir. Diğer bir deyiş ile kendisine genel işlem koşulları dayatılmış olan kimse zamanaşımından feragat edemeyecektir.

4 OR Art. 141/4 İsviçre hukuku açısından yeni bir düzenlemedir. Buna göre zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunma hakkı olduğu durumlarda, sigortacı ya da asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesi diğeri aleyhine de sonuç doğuracaktır<sup>80</sup>.

5 *Türk Hukuku Açısından:* Zamanaşımından feragat edilip edilmeyeceği noktasında hukukumuzda TBK m. 160, lafzen emredici nitelikte gibi görünen, bir düzenleme yapmıştır<sup>81</sup>. Nitekim doktrinde hükmün kamu düzenine dair olduğunu müdafaa edenler mevcuttur<sup>82</sup>. Buna karşılık İsviçre’de incelediğimiz değişikliklerden önce yapılan tüm değerlendirmelerin esasen bizim hukukumuz için de geçerli olabileceğini ifade etmek gerekir.

İsviçre hukukunda yapılan değişiklikleri değerlendirmek gerekirse, kanaatimizce düzenlemeler büyük bir değışim değıldir. İlk olarak madde kenar başlığı her ne kadar “*zamanaşımından feragat*” yerine “*zamanaşımı def’inden feragat*” şeklinde değıştirilmiş ise de madde hem zamanaşımı def’inden feragati hem de işlemekte olan zamanaşımından feragati düzenlemektedir. Bu yönüyle düzenleme başlık seçimi açısından başarısızdır.

Yine zamanaşımından feragatin mümkün olması şaşırtıcı bir reform değıldir. Nitekim bu mesele zaten doktrinde tartışmalıdır<sup>83</sup>. Doğmuş olan zamanaşımı def’inden feragat TBK m. 160/4 nazara alındığında mümkündür. Kaldı ki doktrinde de zamanaşımı dolduktan ve def’i hakkı doğduktan

---

<sup>78</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 262; düzenlemenin ispat ve hukuk güvenliği ile gerekçelendirilmesinin doğru olmadığı, yazılı şeklin isabetli olmadığı yönünde bkz. KARAŞAHİN, s. 750-751.

<sup>79</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 262.

<sup>80</sup> Sigorta ilişkilerinde sorumluluk ve sigortacı-sigortalı ilişkisi sebebiyle hükmün pratik bir değerinin düşük ve uygulama alanının dar olduğu yönünde bkz. FELLMANN, s. 157.

<sup>81</sup> KAŞAK, Emredici Hükümler, s. 309.

<sup>82</sup> EREN, N. 4105.

<sup>83</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 1964; PAKSOY, s. 65 vd.

sonra feragatin mümkün olduğu kabul edilmiştir<sup>84</sup>. Ayrıca kanaatimizce TBK m. 160/1, işlemekte olan zamanaşımından feragate engel değildir<sup>85</sup>. Zira alacaklı ile borçlu bir borç ilişkisinde yenileme, ikrar gibi yöntemlerle zaten alacağın zamanaşımına etki edebilmektedirler<sup>86</sup>. O halde işlemekte olan zamanaşımından feragat edilebilmesine de mani yoktur. Bizce TBK m. 160/1 yalnızca zamanaşımı süresi işlemeye dahi başlamadan peşinen zamanaşımından feragate dairdir<sup>87</sup>. Bu pencereden bakıldığında İsviçre hukukunda yapılan değişikliğe yorum yoluyla bizim hukukumuz açısından da varılabilir. Yalnızca on yıl için feragatin geçerli olabilmesi ise makul olup, Türk hukuku açısından da kanaatimizce uygulanabilir niteliktedir. Zira süresiz yahut daha uzun süreli bir feragat herhalde kişilik haklarını ihlal etse gerektir<sup>88</sup>. Bu sebeple İsviçre düzenlemesi bizim bu yorumumuzu da bir yerde haklı kılmaktadır. Ancak bu noktada TBK m. 147 açısından on yıllık süre elbette tartışmaya açıktır<sup>89</sup>. Nitekim İsviçre hukuku açısından bir görüş beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulandığı bir durumda, feragatin de en fazla beş yıl için olabileceğini savunmaktadır<sup>90</sup>.

Genel işlem koşullarıyla zamanaşımından feragatin yalnızca koşulları düzenleyen taraf aleyhine kabul edilmesinin kanaatimizce bizim hukukumuz açısından önemi yoktur. Evvela bizce zamanaşımından feragat ilke olarak zamanaşımı işlemeye başladıktan sonra mümkündür. Ancak bunun genel işlem koşullarıyla yapılması halinde TBK m. 25 kapsamında “*dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hüküm*” var olduğundan bahisle de aynı sonuca varılabilir<sup>91</sup>. Yine de İsviçre düzenlemesi bize yorumda ve olası bir kanun değişikliğinde yol gösterici olabilecek niteliktedir. Ancak ifade etmek gerekir ki hükmün uygulanma şansı

<sup>84</sup> EREN, N. 4103; TEKİNAY, s. 1072; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1962; ARAT, (2004), s. 198-199.

<sup>85</sup> İşlemiş süre için feragat edilebileceği yönünde bkz. TEKİNAY, s. 1072; ERDEM, s. 383. Bu görüşe göre işlememiş süre için feragat kesin hükümsüz olacaktır. Yine müstakbel zamanaşımı def'inden feragat ifadesi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 1964.

<sup>86</sup> Zamanaşımı sürelerinin kesinliğinin borcun doğum anına dair olduğu ve borcun doğumundan sonra tarafların süreye etki edebileceği yönünde bkz. ARAT, (2004), s. 198.

<sup>87</sup> Revizyondan önce bu yönde bkz. BGE 132 III 226; ayrıca PAKSOY, s. 79.

<sup>88</sup> Bu noktada İsviçre düzenlemesinden ayrılmak kanaatimizce makuldür.

<sup>89</sup> Esasen bu süreyi İsviçre kanun koyucusu kaldırmayı planlamışsa da bu gerçekleşmemiştir, bkz. KARAŞAHİN, s. 749.

<sup>90</sup> PICHONNAZ, s. 745.

<sup>91</sup> Türk hukukunda genel işlem koşullarının denetiminin aşamaları hakkında bkz. KAŞAK, Genel İşlem Koşulları, s. 198.

da çok düşüktür<sup>92</sup>. Zira genel işlem koşulu çoğu kez sözleşmenin kurulması anında karşımıza çıkacağından; zaten başlangıçta yani zamanaşımı işlemeye başlamadan gerçekleşen bir feragat söz konusu olacağından ilgili genel işlem koşulu geçersiz olacaktır.

Müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımından feragat etmesi diğerleri aleyhine sonuç doğurmaz (TBK m. 160/2). İsviçre kanun koyucusu, yaptığı değişiklik ile bu ilkeye bir istisna getirmiştir. Müteselsil borçlu durumunda olan borçlu ve onun sigortacısından herhangi birinin feragati diğeri aleyhine de hüküm doğuracaktır. Kanaatimizce böylesi bir düzenleme tarzına hukukumuz açısından ihtiyaç olup olmadığına hukuk politikası cevap verecektir. Zira mesele, müteselsil borçlulardan birinin sigortacı olması durumunda alacaklının daha avantajlı bir konum sahibi olmasının arzu edilip edilmediğidir.

---

<sup>92</sup> KARAŞAHİN, s. 751; benzer şekilde bkz. FELLMANN, s. 159.

## h. OR Art. 760'da Meydana Gelen Değişiklik

### D. Verjährung

#### Art. 760

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.

<sup>2</sup> Hat die ersatzpflichtige Person durch ihr schädigendes Verhalten eine strafbare Handlung begangen, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.

### D. Zamanaşımı

#### Madde 760

<sup>1</sup> Yukarıdaki düzenlemelere göre sorumlu olan kişilere karşı tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat ödemekle yükümlü kişiyi öğrendiği günden itibaren beş ve herhâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

<sup>2</sup> Tazminattan sorumlu olan kimsenin zarara yol açan davranışı bir suç teşkil ediyorsa, tazminat talebi en erken ceza dava zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bu (zamanaşımı) artık gerçekleşmeyecek ise; talep, kararın verilmesinden üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.

**1** Değişiklik anonim şirketlerde yöneticiler aleyhine açılan sorumluluk davaları bakımından öngörülen zamanaşımı süresine ilişkindir.

**2** Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, yükümlülüğe aykırı kusurlu bir fiil ile şirkete zarar verirse, bu zarar dolayısıyla hem şirkete hem pay

sahiplerine hem de şirketin iflası halinde alacaklılara karşı şahsen sorumlu olurlar. Bundan başka yönetim kurulu üyeleri pay sahipleri ve alacaklıların doğrudan doğruya bir zarara uğramasına yol açarlarsa, diğer sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla pay sahiplerine ve şirketin iflas etmesi şartı aranmaksızın alacaklılara karşı sorumludurlar<sup>93</sup>. Yönetim kurulu üyeleri hakkında öngörülen özel sorumluluk hükümleri arasında bir de ayrıca tazminat talepleri bakımından geçerli olacak zamanaşımı süresi hakkında bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre nispi zamanaşımı süresi beş yıl iken, mutlak zamanaşımı süresi on yıldır. Değişiklik ile bu sürelerde herhangi bir farklılığa gidilmemiştir. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, OR Art. 60/1’de nispi zamanaşımı süresi üç yıl olarak kabul edilmişse de OR Art. 760 bakımından beş yıl olarak belirlenen bu sürenin üç yıla indirilmesinin uygun görülmediği ifade edilmiştir<sup>94</sup>. Çünkü söz konusu revizyonun amaçlarından biri zamanaşımı sürelerini uzatmaktır; salt birliği sağlamak amacıyla mevcut bir zamanaşımı süresinin kısaltılması uygun görülmemiştir. Buna karşılık mutlak zamanaşımı süresinin başladığı anın tespiti bakımından OR Art. 60/1 ve 1<sup>bis</sup> ile birliğin sağlanması amacıyla “*vom Tage der schädigenden Handlung angerechnet*” ifadesi “*vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte*” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik ile bir yandan zamanaşımı süresinin başladığı günün tespiti bakımından ihmali davranışların da dikkate alınacağına, diğer yandan belirli bir süre devam eden, mütemadi davranışlar bakımından temadinin sona erdiği günün hesaplamada esas alınacağına kanun düzeyinde açıklık kazandırılmıştır.

**3** Hükmün ikinci fıkrasında öngörülen değişiklik, OR Art. 60/2’de yer alan değişikliğe uygundur. Bu açıdan yukarıda OR Art. 60/2’ye ilişkin yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

**4** *Türk Hukuku Açısından:* Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin davalar bakımından Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 560’ta özel zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Buna göre, sorumluluk davası, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve herhâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ayrıca bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu’na göre daha uzun dava zamanaşımına tâbi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır. TTK m. 560 esas itibarıyla, 6762 sayılı Kanun’un 309. maddesinin

<sup>93</sup> Yöneticilerin sorumluluğu bakımından yapılan dolaylı zarar doğrudan zarar ayrımı hakkında bkz. CAN, s. 10 vd.

<sup>94</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 263.

3. fıkrasının tekrarıdır; süreler bakımından herhangi bir değişiklik yapılmadan TTK'de benzer bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, 6762 sayılı Kanun'un geçerli olduğu dönemde yöneticilerin sorumluluğu bakımından öngörülen hem iki yıllık nispi<sup>95</sup> hem de beş yıllık mutlak zamanaşımı süresinin uzatılması gerektiği yönünde eleştiriler bulunmaktaydı<sup>96</sup>. Sorumluluk davaları bakımından öngörülen iki yıllık nispi ve beş yıllık mutlak zamanaşımı süresi, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak 6762 sayılı Kanun'a aktarılmış<sup>97</sup> ve TTK'de de bu süreler aynen muhafaza edilmiştir. Oysa anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin fiil ve işlemlerinin neticelerinin uzun yıllar sonra ortaya çıkabileceği dikkate alındığında, mutlak sürenin uzatılması, menfaat sahipleri bakımından yerinde bir değişiklik olacaktır.

Hükümde yapılan bir diğer değişiklik, zararı doğuran davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren mutlak sürenin hesaplanmaya başlamasına ilişkindir. TTK m. 560'ın lafzında açıkça yer almasa da mütemadi fiiller bakımından temadinin sona erdiği andan itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı kabul edilebilir<sup>98</sup>. Bunun yanı sıra yönetim kurulu üyeleri yalnızca icrai davranışları sebebiyle değil, ihmali davranışlarından dolayı da sorumlu olurlar. Bu sebeple zamanaşımı süresinin hesaplanmasında, ihmali davranışlar ile sorumlulukta hareket edilmesi gereken en son gün dikkate alınır. Bu açıdan TTK m. 560'ın lafzında açıklık olmaması sınırlandırıcı bir yorum yapılmasını gerektirmez.

<sup>95</sup> ATAN, s. 75.

<sup>96</sup> ÇAMOĞLU, s. 269; ATAN, s. 75; TANDOĞAN, s. 123.

<sup>97</sup> 6762 sayılı Kanun'a ilişkin Hükümet Tasarısında zamanaşımı süreleri OR Art. 760'tan mülhem olarak beş ve on yıl olarak öngörülmüştü; ancak hüküm memleketimizin ihtiyaçlarına uygun görülmediğinden Adalet Komisyonu tarafından değiştirildi. Değişikliğe ilişkin olarak 6762 sayılı Kanun'un 309. maddesine dair gerekçede "*Bu maddenin mehzalı olan İsviçre Kanunundan alınan müruruzaman müddetleri umumi müruruzaman müddeti olan 10 yıla göre kabul edilmiş bulunmaktadır. Hâlbuki bu durum memleketimizin ihtiyaçlarına uygun görülmediğinden meriyet kanununa konulan hükümle bütün şirketlerdeki mütalebelere ait müruruzaman beş yıla indirilmiş olduğundan onunla ahenkli olarak buradaki müruruzamanın da 5 yıla indirilmesi uygun görülmüştür.*" ifadelerine yer verilmiştir, bkz. Adliye Encümeni Mazbatası, s. 379.

<sup>98</sup> Öğretide AKDAĞ GÜNEY, s. 460'ta "*Zararın veya fiilin devam etmesi halinde ise süre son zarar verici fiilden itibaren işlemeye başlar*" ifadelerine yer vermektedir.

### i. OR Art. 878 Abs. 2'de Meydana Gelen Değişiklik

*Art. 878 Abs. 2*

*Madde 878 Fıkra 2*

2 Der Rückgriff der Genossenschafter unter sich verjährt mit Ablauf von drei Jahren vom Zeitpunkt der Zahlung an, für die er geltend gemacht wird.

Kooperatif ortaklarının birbirlerine olan rücu hakları bu hakka vücut veren ödemenin yapıldığı andan başlamak üzere üç yıl içinde zamanaşımına uğrar.

**1** Maddede yapılan değişiklik kooperatif ortaklarının rücu alacaklarına dairdir.

**2** OR Art. 878/2 hükmü kooperatif ortaklarının kişisel olarak kooperatif alacaklılarına ödeme yapmaları üzerine, iç ilişkide sorumlu olduklarından fazla miktarda yaptıkları ödemeler için diğer ortaklara karşı söz konusu olacak rücu taleplerine ilişkindir. Mülga düzenlemede bir yıl olarak öngörülen zamanaşımı süresi, OR Art. 60/1, 1<sup>bis</sup> ve 67/1 ile uyumlu olarak üç yıla çıkarılmıştır.

**3** *Türk Hukuku Açısından:* Kooperatif Kanunu (KoopK) m. 36/2'de ortakların birbirine olan rücu haklarının, bu hakka vücut veren ödemenin yapıldığı andan başlamak üzere bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır. Bu sürenin en azından TBK m. 72 ve 82 hükümleri ile birliğin sağlanması bakımından iki yıl olarak değiştirilmesi düşünülmelidir.

## j. OR Art. 919'da Meydana Gelen Değişiklik

### D. Verjährung

#### Art. 919

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.

<sup>2</sup> Hat die ersatzpflichtige Person durch ihr schädigendes Verhalten eine strafbare Handlung begangen, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.

### D. Zamanaşımı

#### Madde 919

<sup>1</sup> Yukarıdaki düzenlemelere göre sorumlu olan kişilere karşı tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat ödemekle yükümlü kişiyi öğrendiği tarihten itibaren beş ve herhâlde zararı doğuran davranışın meydana geldiği veya sona erdiği günden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

<sup>2</sup> Tazminattan sorumlu olan kimsenin zarara yol açan davranışı bir suç teşkil ediyorsa, tazminat talebi en erken ceza dava zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bu (zamanaşımı) artık gerçekleşmeyecek ise; talep, kararın verilmesinden üç yıl sonra zamanaşımına uğrar.

**1** Değişiklik kooperatif yöneticileri hakkında öngörülen şahsi sorumluluk davalarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkindir.

**2** OR Art. 919 hükmü, kooperatif yöneticileri hakkında öngörülen şahsi sorumluluk bakımından söz konusu olan zamanaşımı süresini düzenlemektedir. Bu düzenleme esasen OR Art. 760 ile bağlantılı olarak değiştirilmiştir, değişikliğe ilişkin gerekçede Art. 760'a ilişkin açıklamalara atıf yapılmakla yetinilmiştir<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, s. 264.



**3** *Türk hukuku Açısından:* 1163 sayılı KoopK m. 62’de kooperatifin yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olacakları öngörülmüş olmakla birlikte, sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı süresine dair bir hüküm konulmamıştır. Bu sebeple KoopK m. 98’in göndermesi sebebiyle anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

### **III. Sonuç**

İsviçre’de zamanaşımına dair yapılan revizyon kısaca değerlendirildiğinde şu sonuçlara varılabilir:

1. Revizyon ile büyük oranda zamanaşımı açısından bir yeknesaklaştırma yoluna gidilmiştir. Ancak bütün zamanaşımı sürelerinin denk ve tek bir süreye tabi tutulması söz konusu olmamıştır.

2. Sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil zamanaşımı süreleri açısından nispi olan kısa sürelerde bir uzama söz konusudur. Bu sürelerin kısa olduğu yönünde doktrinde yapılan eleştiriler karşılık bulmuştur.

3. Doktrinde dile getirilen kimi fikirler ve Federal Mahkeme Kararları revizyon düzenlemelerini etkilemiştir. Özellikle zamanaşımından feragat noktasında bu kendisini göstermektedir.

4. Zamanaşımının ispat ve hukuki güvenlik açısından taşıdığı önem göz önüne alındığında zamanaşımı sürelerinin nasıl düzenlenmesi gerektiği hukuk felsefesi açısından güncel bir sorun gibi gözükmektedir. Zira ispatın, elektronik araçların devreye girmesiyle artık daha kolay olması karşısında zamanaşımı sürelerinin daha uzun olması gerektiği söylenebilir. Buna karşılık bir hukuki ilişkide yahut fiilde muhatapları uzun zaman sonra karşı karşıya getirmenin hızla değişen dünyaya uymadığı da söylenebilir.

5. Zamanaşımı sürelerine dair bir düzenleme olmuş ise de zamanaşımının üstlendiği fonksiyonda bir değişim olmamıştır.

## KAYNAKÇA

- ACAR, Serdar: “Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2012, s. 733-748.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ARAT, Ayşe: “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 325-366. [ARAT, (2018)]
- ARAT, Ayşe: “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 12, Sayı 3-4, Yıl 2004, s. 193-228. [ARAT, (2004)]
- ATAN, Turhan: **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1967.
- CAN, Mehmet Çelebi: “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXI, Yıl 2017, Sayı 4, s. 3-32.
- ÇAMOĞLU, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- DÄPPEN, Robert K.: **Basler Kommentar ORI**, 7. A., Hrsg: Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Aufl., Basel 2020.
- ERDEM, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERTAŞ, Şeref: “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 3093-3104.

- FELLMANN, Walter: “III. Block: Verjährungsmanagement / Verzicht auf die Verjährungseinrede”, **Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht**, KRAUSKOPF, Frédéric (Hrsg.), 2018.
- HUWILER, Bruno: **Basler Kommentar OR I**, 7. A., Hrsg: Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser, Helbing Lichtenhahn Verlag, 7. Aufl., Basel 2020.
- KARŞAHİN, Yasin Alperen: “Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts”, **ZBJV** 155/2019, s. 731-756.
- KAŞAK, Fahri Erdem: “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XXIII, Yıl 2019, Sayı 3, s. 195-222. (KAŞAK, Genel İşlem Koşulları)
- KAŞAK, Fahri Erdem: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. (KAŞAK, Emredici Hükümler)
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Kanuni Halefiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- KRAUSKOPF, Frédéric: Neues Verjährungsrecht – Zielgerade oder Sackgasse?, **HAVE (Haftung und Versicherung)**, 2014, s. 66-68. [KRAUSKOPF, (2014)]
- KRAUSKOPF, Frédéric: Neues Verjährungsrecht: Merkpunkte für das Bauen, **Schweizerische Baurechtstagung 2019**, Hrsg: Hubert Stöckli, Verlag: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, s. 35-50. [KRAUSKOPF, (2019x)]
- KURT, Leyla Müjde: “Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı”, **TBB Dergisi** 2011 (95), s. 135-162.
- MOSER, Nicola: “I. Block: Haftung / Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung”, **Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht**, KRAUSKOPF, Frédéric (Hrsg.), 2018.
- MÜLLER, Christoph: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art.

- 1-183 OR, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Hrsg: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.
- NOMER, Haluk: “Halefiyet ile Rücû Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LV, Sayı 3, Yıl 1997, s. 243-260.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt I**, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- PAKSOY, Meliha Sermin: **Zamanaşımından Feragat (TBK 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- PICHONNAZ, Pascal: “Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte”, **SJZ** 115/2019, s. 739-748.
- STÖCKLI, Hubert/BERGAMIN, Christof: Die Bestimmungen zu Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, **HAVE (Haftung und Versicherung)**, 2014, s. 75-79.
- TANDOĞAN, Haluk: Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler, **BATİDER** III/1, 1965, s. 122-126.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993.
- ÜNAN, Samim: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku Cilt II Zarar Sigortaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- VERDE, Michel: “I. Block: Haftung / Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR”, **Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht**, KRAUSKOPF, Frédéric (Hrsg.), 2018.
- YENİSEY, Feridun/PLAGE, Gottfried: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

# MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA ÖLÜME BAĞLI TASARRUF İLE SAĞLAR ARASI HUKUKİ İŞLEMLERİN AYRIMINDA GELİŞTİRİLEN KRİTERLER

Özge ARPACI\*

## ÖZ

*Hukuki işlemler, hukuki sonuçlarını doğurdıkları ana göre ölüme bağlı tasarruflar ve sağlar arası hukuki işlemler olarak sınıflandırılmaktadır. Hukuki işlemin içeriğinde yer alan bir kazandırmanın sağlar arası bir kazandırma mı, yoksa ölüme bağlı bir tasarruf mu olduğu yönünde şüpheye düşülmesi olasıdır. Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasında bir çok farklılık bulunmakla birlikte, doktrin ve mahkeme kararları hukuki işlemin nitelendirilmesinde daha çok işlemin sonuçlarını doğurma anına yoğunlaşmaktadır. Oysa hukuki işlemin nitelendirilmesinde daha bir çok ayırım kriteri kullanılabilir. Ayrıca bazı hallerde somut olay adaleti ve favor testamenti ilkesi gereği, bu farklılıklardan soyutlanarak hakim karar vermesi daha hakkaniyetli olabilir. Dolayısıyla öncelikle bu iki hukuki işlemin (sonuçlarını doğurdıkları an bakımından farklılığı dışında) daha başka farklılıklarını saptamak, Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri ile Yargıtay'ın ilgili konudaki tutumlarını incelemek gerekmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Ayırım Kriterleri, Somut Olay Adaleti, Tarafların Menfaat Dengeleri, Favor Negotii, Favor Testamenti*

## **CRITERIA DEVELOPED IN DISTINCTION OF LEGAL PROCEEDINGS BETWEEN SURVIVORS AND TESTAMENTARY DISPOSITION, IN THE LIGHT OF COURT DECISIONS**

### **ABSTRACT**

*Legal proceedings are classified as legal proceedings between survivors and testamentary disposition depending on the moment of causing legal effects. It is like to have doubts as to whether an outcome of the legal proceeding is an outcome affecting survivors or it is a testamentary disposition. There are many differences*

---

\* Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: ozge.arpaci@hbv.edu.tr.

**ORCID ID:** 0000-0001-7871-7819

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682774

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 08/10/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 07/01/2020

*between testamentary dispositions and legal proceedings between survivors, and the doctrine and court decisions mostly focus on the moment of the emergence of the outcomes of a legal proceeding. However, many other various criteria can be used to classify a legal proceeding. In addition, in certain cases, decision rendered by a judge may be relatively fair through isolation from these differences as a requirement of the substantial justice and favour testament principle. Therefore, as a priority, it is required to determine other differences of two legal proceedings (other than the difference of the moment at which outcomes arise) and review the approach of German and Swiss Federal Courts and Court of Cassation in connection with this matter.*

**Keywords:** *Distinction Criteria, Substantial Justice, The Interest Balance of the Parts, Favor Negotii, Favor Testamenti*

## Giriş

Günlük hayatta kişiler; satım, kira, vekalet, bağışlama, hizmet, eser sözleşmeleri gibi sağlar arası hukuki işlemleri fazlasıyla gerçekleştirmelerine rağmen, ölümden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuran hukuki işlemleri gerçekleştirmeyi pek düşünmezler. Çünkü kişiler, ölüm olasılığını düşünmek istemezler ve hayatın bu gerçeğinden kaçma yolunu seçerler. Oysa ölüme bağlı tasarrufların da, tıpkı sağlar arası hukuki işlemler gibi, birçok faydası bulunmaktadır. Kişiler, ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla ölüm sonrasındaki işlerin arzu ettikleri şekilde yürütülmesini güvence altına alırlar. Böylece kişi hala hayattaymış gibi, son arzularını ölüme bağlı tasarruflarıyla saptadığı kişiler aracılığıyla hayata geçirmiş olur. Ayrıca ölüme bağlı tasarruflar sayesinde kişi, ölümünden sonra ortaya çıkabilecek miras kavgalarının da önüne geçmiş olur<sup>1</sup>.

Hem ölüme bağlı tasarruflar, hem de sağlar arası işlemler birer hukuki işlemdir. Bu işlemlerin hukuki işlem olmaları nedeniyle aralarında benzerlikler bulunduğu kadar, farklılıklar da bulunmaktadır. Bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf olarak mı, yoksa sağlar arası hukuki işlem olarak mı nitelendirilmesi gerektiği hususunda doktrin ve mahkeme kararlarında bazı belirgin farklılıklar ve kriterler kabul edilmiştir. Çalışmamızın asıl konusunu söz konusu bu farklılıklar ve mahkeme kararları ile doktrin tarafından geliştirilen ayırıcı kriterler oluşturmaktadır.

---

<sup>1</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 201 vd.

Çalışmamızda öncelikle sağlar arası hukuki işlem ve ölüme bağlı tasarruf kavramları ile ilgili olarak genel bilgiler yer almaktadır. Daha sonrasında ise, sağlar arası hukuki işlemler ile ölüme bağlı tasarruflar arasındaki belirgin farklılıklardan söz edilmektedir. Son olarak da, doktrinde ve mahkeme kararları nezdinde sağlar arası hukuki işlemler ile ölüme bağlı tasarrufların birbirlerinden ayırt edilmesi hususunda kabul edilen kriterler üzerinde durulmaktadır.

## **I. Ölüme Bağlı Tasarruf ve Sağlar Arası Hukuki İşlem Kavramları**

Hukuki bir sonuca yönelik irade beyanı veya beyanlarına hukuki işlem adı verilir. Hukuki işlemler hüküm ve sonuçlarını doğurdukları zaman bakımından ayırma tabi tutulmuşlardır. Buna göre, Türk hukuk sisteminde irade açıklamasının yöneldiği sonucun irade açıklamasında bulunan kişinin ölümünden önce ya da sonra sonuç doğurmasına göre yapılan ayırım uyarınca hukuki işlemler, sağlar arası hukuki işlemler ve ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılır<sup>2</sup>.

### **A. Sağlar Arası Hukuki İşlem Kavramı**

Hukuki işlem yapmak için yönelmiş irade, kişinin sağlığında hüküm ve sonuç doğuruyorsa ve onun terekesini değil de malvarlığını etkiliyorsa, söz konusu hukuki işlem sağlar arası hukuki işlem (die Rechtsgeschäften unter Lebenden) olarak adlandırılır<sup>3</sup>.

Sağlar arası hukuki işlemler, taahhüt işlemlerini (Verpflichtungsgeschäft); tasarruf işlemlerini (Verfügungsgeschäft); statü işlemlerini (Statusgeschäft) ve yetkiyi (Ermächtigung) kapsamaktadır<sup>4</sup>.

Bu doğrultuda taahhüt işlemleri, kişinin malvarlığının pasifinde bir artış meydana getiren işlemler olarak tanımlanabilir. Tasarruf işlemleri ise, kişinin malvarlığının aktifinde bulunan haklar üzerinde başkası lehine bir azalma, sınırlama, değiştirme yaratan hukuki işlemlerdir. Tasarruf işleminin yapılabilmesi, kişinin tasarruf yetkisine sahip olması şartına bağlanmıştır. Bu tasarruf yetkisi ise, bir hakka doğrudan doğruya etki ederek, o hakkı başkasına nakleden, ona külfet yükleyen, onu değiştiren veya onu sona erdiren (örneğin,

---

<sup>2</sup> ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 124; ÖZTAN, (2012), s. 90; EREN, (1966), s. 3.

<sup>3</sup> JUNGO, s. 43; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; ANTALYA, (2009), s. 110; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 125.

<sup>4</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 136 vd.

rehin hakkının tesisi veya mülkiyetin devri amacıyla bir malın teslim edilmesi vb.) bir yetkidir. Böylece bu yetkiye sahip olan kişi, bir malın kullanılması, değiştirilmesi veya tahrip edilmesi şeklinde bu yetkiyi kullanabileceği gibi; malın satılması, bağışlanması veya kullanılmasının bir başkasına devredilmesi şeklinde de kullanılabilir. Sağlar arası hukuki işlemler kapsamında olan statü işlemleri ise, sürekli bir toplum ilişkisi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek amacı (örneğin, evlenme veya evlat edinme sözleşmesi, bir vakfın veya derneğin kurulması gibi) ile gerçekleştirilen işlemlerdir. Aynı şekilde yetki de, sağlar arası bir hukuki işlem niteliğinde olup, yetki verenin hukuki alanında işlem yapması için bir başkasını yetkili kılması (örneğin, temsil için bir kişinin yetkili kılması, resmin yayımlanabilmesi için izin verilmesi gibi) olarak nitelendirilebilir<sup>5</sup>.

## B. Ölüme Bağlı Tasarruf Kavramı

Hukuki işlemin kurucu unsurları, tasarrufta bulunan kişinin sağlığında oluşup tamamlanmasına rağmen, hukuki işlemi yapmak için yönelmiş iradenin hüküm ve sonuçları irade açıklamasını yapan kişinin ölümünden sonra doğmakta ise söz konusu hukuki işlem, ölüme bağlı tasarruf (Verfügung von Todes wegen) olarak adlandırılmaktadır<sup>6</sup>.

Sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, ölüme bağlı tasarruf işlemi ile ölüme bağlı tasarrufu yapan kişinin malvarlığı değil, terekesi etkilenmektedir<sup>7</sup>. Bir başka ifadeyle ölüme bağlı tasarruf, miras bırakanın sağlığında herhangi bir hukuksal etki doğurmamakta ve henüz miras bırakanı bağlamamaktadır. Zira ölüme bağlı tasarruf, ancak miras bırakanın ölümünden sonra etkilerini doğurmaya başlamakta ve miras bırakanı değil mirasçıları

<sup>5</sup> HATEMİ, Miras Hukuku, s. 61 vd.; ÖZTAN, (2012), s. 91 vd.; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 125.

<sup>6</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; EREN, (1966), s. 3 vd.; ANTALYA, (2009), s. 110; EREN/AKTÜRK, s. 23; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 162; DURAL/ÖZ, s. 49; OĞUZMAN, s. 110; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 145 vd.

<sup>7</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, miras bırakanın malvarlığını sağlığında etkilemeyen, ölümünden sonra etkileyen tüm işlemler, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, tüm sonuçlarıyla ölüme bağlı tasarrufların sıkı hukuksal rejimine tabi tutulmalıdır (BGE 113 II 270), Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2113270.html>, erişim: 26.07.2019); Benzer karar için bkz. BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.; JUNGO, s. 43; SEROZAN, (2001), s. 1019 vd.



yükümlülük altına sokmaktadır<sup>8</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflar, sadece mirasçının belirlenmesine ilişkin hukuki işlemler değildir. Miras bırakan yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı atayabileceği, belirli bir mal bırakabileceği gibi; terekesinde tasarruf işlemi niteliğinde olmayan vasiyeti yerine getirme görevlisi de atayabilir<sup>9</sup>.

Ayrıca doktrine göre<sup>10</sup>, burada bahsi geçen “*tasarruf*” kelimesi, sağlar arası hukuki işlemlerin kapsamında yer alan tasarruf kelimesine göre farklı bir anlam taşımaktadır. Buna göre, bu kelime aslında hukuki işlem (ölüme bağlı hukuki işlem) olarak anlaşılmalıdır. Zira ölüme bağlı tasarruf kavramında yer alan “*tasarruf*” ifadesi, var olan bir hakka doğrudan etki yapan, onu devreden, değiştiren veya sona erdiren bir işlem değildir. Aksine bu ifade, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ifade edecek olan her türlü emir anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla miras bırakan ile lehine tasarrufta bulunulan kişi arasında, miras bırakanın ölümüne kadar hukuki bir ilişki doğmayacağından var olan bir hak bulunmamakta, aksine miras bırakanın ölümünden sonra istenebilen beklenen bir hak (die Anwartschaft) bulunmaktadır.

Aynı şekilde İsviçre hukukunda da, tasarruf (Verfügung) kelimesine yer verilmiş olup, doktrinde<sup>11</sup> bu kelimenin aslında miras bırakanın son arzuları (Letztwillig) olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca Alman ve Türk/İsviçre hukukunda, miras bırakanın tek taraflı olarak vasiyetnamesini her zaman geri alabilme veya değiştirme imkanından dolayı, vasiyetnamenin karşılığı olarak “*son arzu tasarrufları (letztwillige Verfügungen)*” (ZGB Art. 481, 498 vd.; BGB § 2065 vd.) terimi kullanılmaktadır. Nitekim miras sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir.

<sup>8</sup> BROX/WALKER, s. 50; ROTHENFLUH, s. 3; JUNGO, s. 43; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; SEROZAN/ENGİN, s. 217; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.; BGE 50 II 370, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2050370.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 8 vd.; BGE 84 II 247, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2084247.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 10 vd.

<sup>9</sup> KILIÇOĞLU, s. 30; ÖZTAN, (2008), s. 145.

<sup>10</sup> BROX/WALKER, s. 50 vd.; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; ROTHENFLUH, s. 2 vd.; DURAL, (1980), s. 8; HATEMİ, Miras Hukuku, s. 62; KÖPRÜLÜ, s. 122 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 216 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 163; DURAL/ÖZ, s. 49; ÖZTAN, (2008), s. 145 vd.; DURAL, (1967), s. 1; KILIÇOĞLU, s. 30; OĞUZMAN, s. 110; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 126.

<sup>11</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 68; DURAL, (1980), s. 14.

Ölüme bağlı tasarruflar, şekli anlamda ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>12</sup>. Buna göre, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, kişinin son arzularını açıklarken uyması gereken şekil kurallarına ilişkindir. Türk Miras hukuku sisteminde (TMK. m. 514 uyarınca), İsviçre hukukunda olduğu gibi, miras bırakan son arzularını *numerus clausus* ilkesi uyarınca ancak iki şekilde, vasiyetname (TMK. m. 531 vd.) ve miras sözleşmesiyle (TMK. m. 545 vd.) açıklayabilir<sup>13</sup>. TMK. 'nda bunların dışında, başka bir ölüme bağlı tasarruf şekli kabul edilmemiştir. Türk/İsviçre Medeni Kanunu, Alman ve Avusturya Medeni Kanunu'nun aksine, vasiyetname ve miras sözleşmesi arasında yer alan “*müşterek vasiyetnameleri (gemeinschaftliches Testament-BGB § 2265 vd.-ABGB § 1248 vd.)*”<sup>14</sup> ve “*karşılıklı ölüme bağlı kazandırma sözleşmeleri (gegenseitiger Erbvertrag-BGB § 2298)*”ni ölüme bağlı tasarrufa ilişkin bir irade açıklama şekli olarak kabul etmemiştir<sup>15</sup>. Türk/İsviçre hukuk sisteminde eşler, Alman hukukunun eşler için kabul etmiş olduğu müşterek (ortak) vasiyetnameyi seçemezler. Müşterek vasiyetnamede eşler, bu vasiyetname çeşidini birlikte kaleme alırlar ve karşılıklı olarak, birbirine bağlı ve bağımlı ölüme bağlı tasarrufta bulunurlar. Bir diğer ifadeyle, ortak vasiyetnamede birden fazla miras bırakan tek bir vasiyetnamede son arzularını açıklamaktadır. Türk/İsviçre hukukunda, ortak vasiyetname kabul edilmemekle birlikte, eşler aynı ölüme bağlı tasarruf metni içerisinde karşılıklı olarak birbirlerini mirasçı atamak istedikleri ya da çocukları yararına karşılıklı olarak mirastan feragat etmek istedikleri takdirde, bu isteklerini ortak vasiyetname ile değil, ancak miras sözleşmesi şeklinde yapabilirler<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> AYAN, s. 94; SEROZAN/ENGİN, s. 205; EREN/AKTÜRK, s. 50 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 166; DURAL/ÖZ, s. 1 vd.; TURANBOY, s. 25; KÖPRÜLÜ, s. 123 vd.; HATEMİ, Miras Hukuku, s. 63 vd.; Doktrinde söz konusu ayırım, geniş anlamda (şekli anlamda) ve dar anlamda (maddi anlamda) ölüme bağlı tasarruflar şeklinde de yapılmaktadır, Karş. EREN, (1966), s. 4 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 155.

<sup>13</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 205 vd.; AYAN, s. 94; EREN/AKTÜRK, s. 50 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 166; DURAL/ÖZ, s. 1 vd.; TURANBOY, s. 25; KÖPRÜLÜ, s. 123 vd.; HATEMİ, Miras Hukuku, s. 63 vd.; Miras sözleşmesi ile vasiyetname arasında benzerlikler olduğu kadar, farklılıklar da bulunmaktadır. İlgili hukuki işlemlerin benzerlik ve farklılıklarına ilişkin bilgi için bkz. DURAL, (1980), s. 15 vd.

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MICHALSKI, s. 100 vd.; BARTHOLOMEYCIK/SCHLÜTER, s. 168 vd.; BROX/WALKER, s. 100 vd.

<sup>15</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 68; HATEMİ, Miras Sözleşmeleri, s. 189 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 206; DURAL/ÖZ, s. 52 vd.

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 68;

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ise, vasiyet ve miras sözleşmesinin içeriğini oluşturmakta ve miras bırakanın ölümünden sonra yerine getirilmesini istediği son arzularını kapsamaktadır. Medeni Kanunu'nda şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar sınırlı sayıda (numerus clausus) düzenlendiği halde, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar açısından kanunda herhangi bir sınırlama yer almamaktadır<sup>17</sup>.

Böylece maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar; mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma, ikameler, ölüme bağlı tasarrufu koşullara veya yüklemelere bağlama, belirli mal vasiyeti, taksim kuralları öngörme, mirasçı atama, vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin etme, cenaze töreninin şekline ilişkin veya miras bırakanın çocuklarının eğitiminin nasıl olmasını istediğine ilişkin kurallar öngörme, vakıf kurma, evlilik dışı çocuğu tanıma vb. şeklinde gerçekleşebilir<sup>18</sup>.

## **II. Ölüme Bağlı Tasarruflar ile Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Birbirinden Farkı**

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler bazı noktalarda birbirlerinden ayırt edilebilir karakteristik özelliklere sahiptirler. Ancak işleme karakterini kazandıran bu özellikler, tek başına hukuki işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yeterli değildir. Sayılan bu özelliklerin yanı sıra taraf iradelerini, menfaatlerini ve somut olayın kendine has özelliklerini de dikkate almak hakkaniyet gereğidir<sup>19</sup>.

### **A. Hüküm ve Sonuçlarını Doğurdukları An Açısından Farkı**

Her iki hukuki işlem, işlemi yapanın sağlığında gerçekleştirilmekle birlikte; ölüme bağlı tasarruflar, ölüme bağlı tasarrufu yapan kişinin ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğururken; sağlar arası hukuki

---

DURAL, (2011), s. 165 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 129; SEROZAN/ENGİN, s. 206; TURAN, s. 4 vd.; KOYUNCU, s. 22 vd.

<sup>17</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 205; DURAL/ÖZ, s. 52 vd.

<sup>18</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 134; DURAL/ÖZ, s. 51 vd.; KILIÇOĞLU, s. 136 vd.; AYAN, s. 95; İMRE/ERMAN, s. 53 vd.; KÖPRÜLÜ, s. 123 vd.; GENÇCAN, s. 176 vd.; HATEMİ, Miras Hukuku, s. 62 vd.; TURANBOY, s. 24 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 205; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 167; EREN, (1966), s. 6 vd.

<sup>19</sup> Benzer görüş için bkz. JUNGO, s. 43; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; ROTHENFLUH, s. 17 vd.; ANTALYA, (2009), s. 114; SEROZAN, (1979), s. 17; DURAL/ÖZ, s. 50; ÖZTAN, (2008), s. 148 vd.

işlemler, işlem sahibinin sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğururlar<sup>20</sup>. Ölüm bağı tasarruflarda işlemin hüküm ve sonuç doğurması ölüm olayına bağı olduğundan, ölüm gerçekleşmedikçe beklenen bir hak oluşmamakta ve bu hak nedeniyle de dava açılmamaktadır<sup>21</sup>. Ayrıca sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, ölüm bağı tasarruf nedeniyle hak sahibi (mirasçı) olabilmek için, yasal mirasçılıkta da söz konusu olduğu gibi, miras bırakanın ölümünde hayatta olma koşulu aranmaktadır. Dolayısıyla miras bırakanın önce ölen lehine kazandırmada bulunulan kişi, bu işlemde yararlanmamaktadır. Miras bırakanın ölümünde sağ olan lehine kazandırmada bulunulan kişiye verilen hak ise, miras bırakanın ölümüyle kendiliğinden ve külliyen intikal etmektedir<sup>22</sup>.

Ölüm bağı tasarruflarda işlemin niteliği gereği, hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi ölüm olayına bağıdır. Çünkü burada ölüm, ölüm bağı tasarruf işleminin zorunlu ve kanuni bir şartı olup, işlemin “*causa*”sıdır<sup>23</sup>.

Ölüm bağı tasarruflar, kural olarak miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa da, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuran bütün işlemler ölüm bağı tasarruf olarak kabul edilmemelidir. Bu bağlamda bir sağlar arası hukuki işlemin hüküm doğurması, şart veya vade olarak ölüm bağı olduğu zaman söz konusu sağlar arası hukuki işlem, ölüm bağı tasarruf haline gelmemektedir<sup>24</sup>. Çünkü bu takdirde ölüm, işleme bağılanan arazi bir unsurdur, o işlemin “*causa*”sı değildir. Doktrinde<sup>25</sup>,

<sup>20</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; NIEDER, s. 129; ÖZTAN, (2008), s. 145; KILIÇOĞLU, s. 100; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.

<sup>21</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BROX/WALKER, s. 50 vd.; ANTALYA, (1999), s. 37 vd.; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.

<sup>22</sup> JUNGO, s. 57; ESCHER, Art. 515, s. 444 vd.; ROTHENFLUH, s. 4; SEROZAN, (2001), s. 1015 vd.; TURANBOY, s. 24; KILIÇOĞLU, s. 100; ANTALYA, (2009), s. 116; SEROZAN/ENGİN, s. 217 vd.

<sup>23</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; ANTALYA, (2009), s. 112; SEROZAN, (1979), s. 15; DURAL/ÖZ, s. 50; ÖZTAN, (2008), s. 145; SEROZAN/ENGİN, s. 217; BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.

<sup>24</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; NIEDER, s. 129; DURAL/ÖZ, s. 50; SEROZAN, (1979), s. 29 vd.; SEROZAN, (2001), s. 1015 vd.

<sup>25</sup> Ölümün ne zaman olacağı belirsiz olduğundan, ölüm şartına bağı bağışlama taahhüdü hususu, Alman hukuku ile Türk/İsviçre hukukunda farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

bu tarz işlemler “ölüme bağlı atipik sözleşmeler” olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin, bir satım sözleşmesinde edimlerden birinin ifa edilmesi taraflardan birinin ölümüne bağlanmış olabilir. Fakat yukarıda bahsi geçtiği üzere, bu durumda ölüme bağlı bir tasarruf söz konusu değildir. Zira buradaki ölüm, hukuki işlemin meydana gelebilmesi ve tamam olabilmesi için esaslı bir unsur değildir. Buradaki ölüm, sadece satım sözleşmesinde ifa zamanının gelmesi veya edimin yerine getirilme şartının gerçekleşmesidir. Aynı şekilde miras bırakanın terekesini etkilemeyen, fakat hüküm ve sonuçlarının ölüm olayına bağlandığı sözleşmeler de ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilemezler<sup>26</sup>.

Ölüme bağlı bağışlamalarda ise (yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalarda), işlem sağlar arasında gerçekleştirilmesine rağmen edimin ifası bağışlayanın ölümüne bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle, hukuki işlemin taahhüt aşaması sağlar arasında cereyan ederken, tasarruf aşaması bağışlayanın ölümünden sonra cereyan etmektedir. Dolayısıyla bağışlayanın ölümü, edimin ifası için geciktirici bir vade oluşturmaktadır. Türk/İsviçre ve Alman hukuku bu durumda ilgili bağışlamaya (TBK. m. 290, OR Art. 239 Abs. 1, OR Art. 245 Abs. 2; BGB § 2301 uyarınca) ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>27</sup>. Ancak TBK m. 290/f. 2’de, “yerine getirilmesi bağışlayanın

---

Alman hukuk sisteminde ölüme bağlı bağışlama taahhüdünün hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için (BGB § 2301 uyarınca), yararına bağışlamada bulunulan kişinin bağışlayanın ölümünde sağ bulunması şartı bulunmaktadır. Ayrıca ilgili hüküm uyarınca ölüme bağlı bağışlama taahhüdüne, ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanır. Türk ve İsviçre hukukunda (TBK. m. 290, OR Art. 245 uyarınca) bir ölüme bağlı bağışlamadan söz edilebilmesi için, yararına bağışlamada bulunulan kişinin bağışlayanın ölümünde sağ bulunması değil de, sadece bağışlayanın ölümüne bağlı tutulması söz konusudur. Türk/İsviçre hukukunda bu bağışlamalar, ölüme bağlı tasarruf hükümlerine tabidir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BROX/WALKER, s. 412 vd.; SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, § 2301, Rn. 4 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; NIEDER, s. 129 vd.; HATİPOĞLU, s. 119 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 230 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 163 vd.; SEROZAN, (2001), s. 1015 vd.

<sup>26</sup> DURAL, (1980), s. 9; ANTALYA, (2009), s. 111; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 163.

<sup>27</sup> BURANDT/ROJAHN, Rn. 106; NIEDER, s. 129; BROX/WALKER, s. 412 vd.; WITTMÜTZ, s. 63; JUNGO, s. 44; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 163 vd.; İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, edimin ifasının bağışlayanın ölümüne bağlandığı bir işlemi ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirerek, işleme ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümleri uygulamıştır. Mahkemenin kararına konu teşkil eden olaya göre, 17 yaşındaki torunu ile çok iyi anlaşılan bir büyükbaba, torunu adına bankada bir birikim hesabı açtırmaya karar vermiştir. Fakat olayda büyükbaba torununun banka hesabı üzerindeki tasarruf yetkisini kendi sağlığında kullanmasını istememiş, ancak kendi ölümünden sonra banka hesabı üzerindeki tasarruf yetkisinin torunu tarafından kullanılabileceğini öngörmüştür. Mahkeme, söz konusu hukuki işlemi OR Art. 245, Abs. 2 uyarınca ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmiştir. Çünkü

*ölümüne bağlı bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır*” ifadesi yer almaktayken, İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili maddesinde (OR Art. 245) “*vasiyet*” ifadesi yerine “*ölüme bağlı tasarruf*” ifadesi yer almaktadır. Ancak bağışlama, tıpkı miras sözleşmesi gibi iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalara, İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili maddesinin lafzı da dikkate alınarak, vasiyet hükümleri yerine miras sözleşmesi hükümlerini uygulamak daha yerinde olur<sup>28</sup>. Ayrıca Alman hukuk sistemine göre (BGB § 2301 uyarınca), yararına bağışlamada bulunulan kişinin miras bırakanın ölümü anında sağ bulunması gerekmektedir. Alman hukukunun aksine, Türk-İsviçre hukuk sistemine göre ise yararına bağışlamada bulunulan kişinin miras bırakanın ölümü anında sağ bulunması şartı aranmamakta, bunun yerine ölüme bağlı bağışlamadan söz edebilmek için sadece miras bırakanın ölümü şartının gerçekleşmesi yeterli görülmektedir. Fakat bağışlayana rücu şartı ile bir bağışlama (TBK. m. 292) söz konusu ise, bir başka ifadeyle bağışlayan bağışlama konusunun bağışlanan kişinin ölümü sonucunda kendisine dönmelerini geciktirici şart olarak yapılan sözleşmede öngörmüşse, bu durumda sağlar arası bir hukuki işlem mevcuttur. Çünkü ilgili işlem, hüküm ve sonuçlarını miras bırakanın sağlığında ve onun malvarlığı üzerinde meydana getirmektedir. Burada ölüm, yapılan işlemin zorunlu bir unsuru değildir<sup>29</sup>.

Aynı şekilde, miras bırakanın ölümünden sonra da geçerli olmasını istediği bir vekaletname, her ne kadar miras bırakanın iradesiyle ölümünden sonra da geçerliliğini koruması isteniyorsa ve sonuçlarını miras bırakanın ölümünden sonra da meydana getirmeye devam ediyor olsa da, bahsi geçen vekaletnamenin verilmesi, sağlar arası hukuki bir işlem olarak nitelendirilir.

---

büyükbabanın iradesi, hukuki işlemin onun ölümünden sonra etki doğurması yönündedir. Dolayısıyla hukuki işlemin taraflarının iradeleri işlemin nitelendirilmesinde ayırt edici olduğundan, bu işlem mahkeme tarafından ölüme bağlı tasarruf olarak addedilmiştir, BGE 89 II 87, Karara ilişkin bilgi için bkz. JUNGO, s. 45; Benzer başka bir karar için bkz. BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; NJW 1988, 2731, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 01.10.2019).

<sup>28</sup> Karş. KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 126; DURAL/ÖZ, s. 50 vd.; ANTALYA, (1999), s. 115; ÖZTAN, (2008), s. 149; Farklı yönde görüş için bkz. SEROZAN, (2001), s. 1019 vd.

<sup>29</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; SEROZAN/ENGİN, s. 231 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 149 vd.; ANTALYA, (2009), s. 114 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 164; HATİPOĞLU, s. 122 vd.; Ayrıca “*ölüme bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme*” için bkz. BROX/WALKER, s. 422 vd.; WITTMÜTZ, s. 112 vd.; EULBERG/EULBERG/MALTE, § 5, Rn. 1; SEROZAN, (2001), s. 1016 vd.

Temsil yetkisinin tereke üzerinde etki yaratması, ilgili işlemin sağlar arası işlem olarak nitelendirilmesini değiştirmez. Fakat miras bırakan, temsil yetkisinin ölümünden sonra ilk defa sonuçlarını yaratmasını arzu ediyorsa, bu durumda söz konusu işlem ölüme bağlı bir tasarruf olarak kabul edilmelidir<sup>30</sup>.

### **B. Tabi Oldukları Hükümler Açısından Farkı**

Ölüme bağlı tasarruflar, sıkı şekil şartlarına tabi, sıkı biçimde ölüme bağlı tasarrufu yapan kişiye bağlı, özel ehliyet ve geçersizlik kurallarına tabi, favor testamenti ilkesinin geçerli olduğu hukuki işlemler olduğu için, bunlara uygulanacak hükümler sağlar arası hukuki işlemlere uygulanan hükümlerden farklı olmalıdır. Bunu nazara alan kanun koyucu, her iki hukuki işlem için farklı hükümler derç etmiştir. Sağlar arası hukuki işlemler, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi iken; ölüme bağlı tasarruflar, Türk Medeni Kanunu'nun üçüncü kitabında düzenlenen Miras hukuku hükümlerine tabidir<sup>31</sup>. Ancak bir sözleşme niteliğinde olan miras sözleşmelerine, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin yanı sıra, TMK. m. 5 uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin hükümleri de miras sözleşmesinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanır<sup>32</sup>.

### **C. Ehliyet Açısından Farkı**

Ölüme bağlı tasarrufta bulunma veya bulunmama özgürlüğü, her gerçek kişinin hak ehliyeti sebebiyle sahip olduğu bir haktır. Her gerçek kişi, ölüme bağlı tasarruf düzenleme, ölüme bağlı tasarrufun türünü, konusunu ve muhatabını belirleme hususunda özgürlüğe sahiptir. Aynı şekilde, ölüme bağlı tasarrufu yapma özgürlüğüne sahip olan her gerçek kişi, ölüme bağlı tasarruf yapmama özgürlüğüne de sahiptir<sup>33</sup>.

Sağlar arası hukuki işlemlerde, fiil ehliyeti açısından işlemi gerçekleştiren kişinin tam ehliyetli olması (ayrıt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak) gerekmektedir. Ayrıca ergin olmayan veya kısıtlı olan kişiler de belli şartlar altında işlem ehliyetini haizdir. Ergin olmayan veya

---

<sup>30</sup> WITTMÜTZ, s. 22 vd.; JUNGO, s. 44; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 70; SEROZAN, (1979), s. 161 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 145 vd.; İMRE/ERMAN, s. 49; DURAL/ÖZ, s. 49 vd.; KILIÇOĞLU, s. 104 vd.

<sup>31</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 70; EREN/AKTÜRK, s. 3 vd.; ANTALYA, (2009), s. 115; KÖPRÜLÜ, s. 122.

<sup>32</sup> DURAL, (1980), s. 24.

<sup>33</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 204 vd.; AYAN, s. 100.



kısıtlı olan kişiler kanuni veya iradi temsilcileri vasıtasıyla hukuki işlemleri yerine getirebilecekleri gibi, şahsa sıkı sıkıya bağlı işlemleri bizzat kendileri gerçekleştirebilirler<sup>34</sup>. Oysa ölüme bağlı tasarruflarda, sağlar arası hukuki işlemlere nazaran farklı ehliyet kuralları öngörülmüştür. Ölüme bağlı tasarruflarda, ölüme bağlı tasarrufta bulunacak kişi ya tam ehliyetlidir ya da tam ehliyetsizdir. Sağlar arası hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin olarak yaratılan ve ara bir statü olan sınırlı ehliyetli gibi bir seçenek bulunmamaktadır<sup>35</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflarda hukuki işlem ehliyetine ilişkin olarak miras bırakan, hem vasiyetname hazırlarken, hem de miras sözleşmesi akdederken ayırt etme gücüne sahip bulunmalıdır. Ehliyete ilişkin aranan bu şart her iki ölüme bağlı tasarruf açısından olmazsa olmaz bir kuraldır. Ancak her iki ölüme bağlı tasarruf açısından aranan farklı şartlar da bulunmaktadır. Bu bağlamda, (TMK. m. 502 uyarınca) bir kişinin vasiyetname yapabilmesi için on beş yaşını doldurmuş olması (İsviçre Medeni Kanunu m. 467'e göre, 18 yaşını doldurmuş olması<sup>36</sup>, Alman Medeni Kanunu m. 2229'a göre ise 16 yaşını doldurmuş olması<sup>37</sup>) gerekmektedir. Dolayısıyla sağlar arası hukuki işlemlerde fiil ehliyeti bakımından henüz tam ehliyetli olmayan 15 yaşını doldurmuş kişiler dahi vasiyetname yapabilmektedir. Hatta TMK. m. 502 uyarınca vasiyetnameyi düzenleyen kişi açısından kısıtlı olmama şartının aranmaması sebebiyle, ayırt etme gücüne sahip ve 15 yaşını doldurmuş olan kısıtlı kişiler de vasiyetname düzenleyebilmektedirler. Miras sözleşmesinde ise işlem yapma ehliyeti miras bırakan ve sözleşmenin karşı tarafı açısından ikiye ayrılarak incelenmelidir. Buna göre, miras sözleşmesi yapma, miras bırakan açısından kişiye sıkı şekilde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu ve onun terekesini etkilediği için, miras bırakanın mutlaka tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla miras bırakanın, tıpkı sağlar arası hukuki işlemlerde arandığı gibi, sözleşmenin akdedildiği anda ayırt etme gücüne sahip, 18 yaşını doldurmuş ve kısıtlı olmaması gerekmektedir. Miras bırakanın küçük veya hakkında akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle veya özgürlüğü bağlayıcı ceza dolayısıyla kısıtlılık kararı verilmiş olması halinde, miras bırakan, miras sözleşmesini şahsen yapamayacağı gibi,

<sup>34</sup> Sağlar arası hukuki işlemlerde ehliyete ilişkin bilgi için bkz. ZEVKLİLER/HAVUTÇU/ERTAŞ/GÜRPINAR, s. 82 vd.; SEROZAN, (2014), s. 421 vd.

<sup>35</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 237.

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 127 vd.; JUNGO, s. 17 vd.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MICHALSKI, s. 79 vd.; BROX/WALKER, s. 53 vd.



temsilci vasıtasıyla dahi yapamaz<sup>38</sup>. Miras sözleşmesinin karşı tarafı açısından ise sağlar arası hukuki işlemlerde aranan fiil ehliyetine ilişkin genel kurallar uygulanır<sup>39</sup>.

#### **D. Geçersizliğin Yaptırımını Açısından Farkı**

Sağlar arası hukuki işlemlerde kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olan bir eksiklik (örneğin, TMK. m. 557/f. 1, f. 3 ve f. 4), ölüme bağlı tasarruflar açısından TMK. m. 557 uyarınca (OR Art. 519 vd.; BGB § 2078, § 2080), iptal edilebilirlik yaptırımına dönüşmüştür<sup>40</sup>.

Sağlar arası hukuki işlem, hukuka veya ahlaka, ehliyete ve şekle ilişkin kurallara aykırı ise o hukuki işlem kesin hükümsüzdür. Bunun aksine ölüme bağlı bir tasarrufta, ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti olmayan bir kişi, TMK. m. 557/f. 1 uyarınca ölüme bağlı bir tasarrufta bulunduğu takdirde, somut olaya hükümsüzlük yaptırımı yerine iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanır. Aynı şekilde, ölüme bağlı tasarrufun hukuka, ahlaka veya şekle aykırılık hallerinde de kesin hükümsüzlük yerine, iptal yaptırımı gündeme gelir. Dolayısıyla iptal edilebilir nitelikte olan bir ölüme bağlı tasarrufa ilişkin iptal davası belirli bir süre açılmadığı takdirde (TMK. m. 557, m. 558 uyarınca), ölüme bağlı tasarruf geçerli olarak varlığını sürdürür. Oysa sağlar arası hukuki işlemlerde, örneğin şekil şartına uyulmadan yapılan bir sağlar arası hukuki işlemde taraflar işlemin hükümsüzlüğünü (butlanını) her zaman talep edebilir ve aynı şekilde hâkim de bu eksikliği re'sen dikkate alır<sup>41</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemlerde irade sakatlıklarının sonuçları açısından paralellikler bulunduğu gibi, farklılıklar da bulunmaktadır. Şöyle ki; ölüme bağlı tasarruflarda irade sakatlığı halleri, ancak

---

<sup>38</sup> BROX/WALKER, s. 84 vd.; JUNGO, s. 17 vd.; DURAL/ÖZ, s. 55 vd.; İMRE/ERMAN, s. 59 vd.; ARBEK, s. 57 vd.; TURAN, s. 34 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 238 vd.; AYAN, s. 100 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 57 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 135 vd.

<sup>39</sup> Konuya ilişkin bilgi için bkz. DURAL/ÖZ, s. 57 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 62 vd.; AYAN, s. 102 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 141 vd.

<sup>40</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 118; ABT/WEIBEL, s. 617 vd.; JUNGO, s. 44; NIEDER, s. 136; EREN, (1966), s. 13 vd.; AYAN, s. 158.

<sup>41</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 132 vd.; JUNGO, s. 100 vd.; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 130 vd.; DURAL/ÖZ, s. 55 vd.; İMRE/ERMAN, s. 192 vd.; ARBEK, s. 57 vd.; TURAN, s. 34 vd.; KILIÇOĞLU, s. 187 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 165; SEROZAN/ENGİN, s. 224 vd.; AYAN, s. 157 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 146; OĞUZMAN, s. 233 vd.; ATLL, s. 80 vd.; RUHİ/RUHİ, s. 67 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 328 vd.

dava yoluyla ve mahkeme kararıyla iptal edilebilirken, sağlar arası hukuki işlemlerde sözleşme tarafının karşı tarafa iptal beyanını yöneltmesi işlemin iptal edilebilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarruflarda, sağlar arası işlemlerden farklı olarak, yanılmanın iptal edilebilmesi için esaslı yanılma olmasına gerek yoktur<sup>42</sup>. Sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, ölüme bağlı tasarruflarda (özellikle vasiyetnamede) aldatmanın kimin tarafından (karşı taraf veya üçüncü bir kişi) gerçekleştirildiğinin de bir önemi yoktur. Aynı şekilde, korkutmanın esaslı olması şartı da aranmaz. Dolayısıyla her türlü korkutma, ölüme bağlı tasarrufun iptali için yeterlidir<sup>43</sup>. Ayrıca irade sakatlığını ileri sürmek isteyen mirasçılar, böyle bir tasarrufu ancak miras bırakan sağlığında onaylamamışsa, mahkeme kararıyla iptal ettirebilirler<sup>44</sup>.

Sonuç olarak; ölüme bağlı tasarruflar, sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, şekil kurallarına, ahlaka ve adaba aykırı olsa veya işlemi yapan kişi gerekli fiil ehliyetine sahip olmasa da mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar geçerli bir işlem olarak kabul edilir. Ayrıca hâkim de ölüme bağlı tasarrufun iptal edilebilir nitelikte olduğu hususunu dosyada mevcut belgelerden fark etse dahi, re'sen dikkate alamaz. Bu düzenlemenin altında yatan sebep ise, miras bırakanın iradesine saygı duymak isteyen mirasçılara böyle bir imkân sağlayabilmektir.

### E. Yorum Açısından Farkı

Ölüme bağlı tasarrufların yorum ihtiyacı, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufta yer alan irade beyanının belirsiz olması veya birden fazla anlam taşıyan ifadeler içermesi halinde ortaya çıkar. Böyle bir durumda hakim,

<sup>42</sup> NIEDER, s. 136; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 129 vd.; AYAN, s. 164; İMRE/ERMAN, s. 194 vd.; DURAL/ÖZ, s. 219 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 71 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 241; RUHİ/RUHİ, s. 69 vd.; OĞUZMAN, s. 121; İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına göre, vasiyetnamenin saik hatası sebebiyle iptal edilebilmesi için, vasiyetnameyi hazırlayanın gerçek durumu bilseydi tasarrufunu bizzat iptal edeceğinin ispat edilmesi gerekmektedir, BGE 94 II 139, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2094139.html>, erişim: 26.07.2019); BGE 99 II 382, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099382.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 15 vd.; SEROZAN, (2001), s. 1018; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y2HD., 24.10.1977 T., 1977/6939 E., 1977/7274 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

<sup>43</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. MICHALSKI, s. 145 vd.; JUNGO, s. 19; ATLI, s. 119 vd.; DURAL, (1980), s. 268 vd.; DURAL/ÖZ, s. 219 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 80 vd.; İMRE/ERMAN, s. 198 vd.; AYAN, s. 165 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 243 vd.

<sup>44</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ARBEK, s. 91 vd.; TURAN, s. 31 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 224; EREN, (1966), s. 13 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 146.

ölüme bağlı tasarrufu yorumlayarak miras bırakanın gerçek iradesini bulmayı amaçlar. Ölüme bağlı tasarrufların yorumu açısından sağlar arası hukuki işlemlere oranla bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda ölenin son arzularını mümkün olduğunca ayakta tutma ilkesi geçerlidir. Sağlar arası hukuki işlemlerde irade beyanının yorumlanmasında somut olayın özelliklerine göre gerek TMK. m. 2 kuralı ışığında güven ilkesine (die Auslegung nach Treu und Glauben), gerekse TBK. m. 19 kuralı ışığında irade ilkesine (Willentheorie) başvurulmaktadır<sup>45</sup>.

Alman hukukunun aksine Türk/İsviçre hukukunda, ölüme bağlı tasarrufların yorumuna ilişkin olarak kanun koyucu doğrudan bir kanun hükmü derç etmemiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık halinde hakim ilgili ölüme bağlı tasarrufu yorumlamak noktasında yalnız bırakılmıştır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, bazı ilkelerden faydalanılmalıdır. Buna göre, ölüme bağlı tasarrufların (özellikle vasiyetnamelerin) yorumlanmasında, öncelikle tasarruf metni dikkate alınmalıdır. Ayrıca tasarruf metni yeterince açık değilse, diğer dış unsurlardan (örneğin, miras bırakanın hayattayken yaptığı açıklamalardan, yakınlarının beyanlarından, özel hayatına ilişkin mektuplarından, insan ilişkilerinden vb.) da yararlanılmalıdır. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında, gerek tasarruf metninden gerekse dış unsurlardan yola çıkılarak, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu düzenlediği tarihteki farazi iradesi (irade ilkesi) araştırılmalı ve favor testamenti ilkesi uyarınca miras bırakanın son arzuları ayakta tutulmaya çalışılmalıdır<sup>46</sup>.

Miras bırakanı yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf, onun ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracağından ve bu nedenle de işlemin yorumlanması aşamasında miras bırakanın iradesine de başvurulamayacağından, miras bırakanın aslında neyi dilediği kesinlikle saptanamaz. Keza ölüme bağlı tasarruflar (özellikle vasiyetnameler), genellikle miras bırakan tarafından duygusal bir yaklaşımla hazırlanır ve bu yüzden ister istemez karmaşık

<sup>45</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 1222 vd.; ROTHENFLUH, s. 5; SEROZAN, (1996), s. 425; KILIÇOĞLU, s. 183 vd.; ERGÜNE, s. 17 vd.

<sup>46</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. STAGL, s. 29 vd.; MOSER, s. 31 vd.; JUNGO, s. 43; ROTHENFLUH, s. 5; SEROZAN/ENGİN, s. 340 vd.; ERGÜNE, s. 57 vd.; KILIÇOĞLU, s. 185 vd.; AYAN, s. 154; OĞUZMAN, s. 211 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321 vd.; Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y3HD., 12.02.2019 T., 2017/14130 E., 2019/993 K.; Y3HD., 17.12.2018 T., 2018/7112 E., 2018/12816 K.; Y3HD., 25.12.2018 T., 2017/12958 E., 2018/13303 K.; YHGK., 14.05.2014 T., 2013/8-1077 E., 2014/664 K.; Y3HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K.; Y3HD., 06.12.2004 T., 2004/12296 E., 2004/13423 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

ifadeler içerebilirler. Aynı şekilde, miras bırakanın düzenlemiş olduğu ölüme bağlı tasarrufun hazırlanış tarihi ile sonuçlarını doğurduğu tarih arasında yıllar geçmiş olabilir. Böylece bu süre zarfında koşullar, miras bırakanın öngördüğünden çok daha fazla değişmiş olabilir. İşte bu nedenlerle; ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında, var olan eksikliği, aksaklığı veya gelişmeyi miras bırakan baştan itibaren bilseydi veya öngörebilseydi bu durumda neyi arzu ederdi, sorusuna cevap aranmalıdır. Söz konusu ilke “*irade ilkesi*”dir. Bu ilke, özellikle vasiyetnamelerin yorumlanması aşamasında önem kazanmaktadır. Çünkü vasiyetnameler, miras bırakan tarafından her zaman geri alınabilen tek taraflı hukuki işlemlerdir ve miras bırakanın karşısında güveninin korunması gereken bir beyan muhatabı bulunmamaktadır. Bu nedenle vasiyetnamelerin yorumlanmasında, dayanağını TMK. m. 2’de bulan güven ilkesi yerine, irade ilkesi esas alınmalıdır<sup>47</sup>. Miras sözleşmelerinde ise durum farklı olup, bu sözleşmelerin yorumlanmasında irade ilkesinin yerini güven ilkesi almalıdır. Zira miras sözleşmeleri iki taraflı bir sözleşmedir. Bu nedenle de her iki taraf için de bağlayıcı nitelikte olan sözleşmeler niteliğini haizdir<sup>48</sup>.

Miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufunun yorumlanmasında başvuru bir diğer ilke ise “*favor testamenti*”<sup>49</sup>dir. Bu ilkeye göre, miras bırakanın

<sup>47</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y3HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

<sup>48</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 72 vd.; ROTHENFLUH, s. 5; JUNGO, s. 43; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 117 vd.; SEROZAN, (1996), s. 425 vd.; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 327; TURANBOY, s. 25 vd.; DURAL/ÖZ, s. 217 vd.; ERGÜNE, s. 17 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 198 vd.; AYAN, s. 154 vd.

<sup>49</sup> Favor testamenti ilkesi, Türk Medeni Kanunu’nda açıkça kabul edilmemekle birlikte, kanunun bu ilkeyi yaşatan kuralları mevcuttur. Örneğin, TMK. m. 577/f. 2 uyarınca, “*tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, o topluluk içindeki kişiler; miras bırakan tarafından belirlenen bu amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.*” Aynı şekilde, favor testamenti ilkesi ışığında değerlendirilebilen diğer hükümler; TMK. m. 504/f. 2, TMK. m. 558/f. 3, ZGB Art. 482/Abs. 4, BGB § 2084’dür. Ayrıca Yargıtay da kararlarında “*favor testamenti*” ilkesini benimsemiştir. Yargıtay’ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir karara göre, “*aynı işlemle yapılan birbirleriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır. Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir. Miras sözleşmesi ve sair kurumlar çerçevesinde yorumlanmak mümkün oldukça, murisin son arzularını ayakta tutmak gerekir. Senedin vasiyetname şeklinde adlandırılması önem taşımaz. Unsurları mevcutsa işlemin miras mukavelesi olarak nitelendirilmesi ve her iki irade açıklamasının geçerli kabulü tarafların son arzularına uygun bir yorum tarzı olur. Davacıların murisleri Hasan ile Ayeşe’nin yaptıkları tasarruf, ortak mal üzerinde tasarruf olup, miras sözleşmesi olarak geçerlidir. Taraflardan birinin*

ölüme bağlı son arzusu, ne olursa olsun yaşama geçirilmelidir. Bu nedenle, miras bırakanın iradesini ortadan kaldırmak yerine, onu yaşatmak asıl olandır. Bu ilke gereğince gerekirse, geçersiz beyanın yerine geçerli bir beyan koyma yolu sonuna kadar zorlanmalıdır<sup>50</sup>.

## F. Temsilin Geçerliliği Açısından Farkı

Ölüme bağlı tasarruflar, sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilemez. Ölüme bağlı tasarruf, sadece tasarrufta bulunan kişi tarafından bizzat gerçekleştirilir. Zira ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı, kişiye (miras bırakana) sıkı suretle bağlı bir haktır. Eğer ölüme bağlı tasarruf yapmak isteyen kişi, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetine sahip değil ise, böyle bir tasarrufu bizzat gerçekleştiremeyeceği gibi, bu hakkını temsilci marifetiyle de gerçekleştiremez. Aksi takdirde temsilci marifetiyle gerçekleştirilmiş bir ölüme bağlı tasarruf kesin hükümsüzdür<sup>51</sup>.

Türk ve İsviçre Medeni Kanunu, Alman ve Avusturya Medeni Kanunu'nun aksine (BGB § 2065, ABGB Art. 564) ölüme bağlı tasarruflarda miras bırakanın temsilci kullanıp kullanamaması hususuna ilişkin olarak herhangi bir kanun hükmüne yer vermemiştir. Ancak ölüme bağlı tasarruflarda temsilci kullanma yasağı, şekle ilişkin düzenlemelerden (TMK. m. 531, m. 538, m. 546; ZGB Art. 498, Art. 505, Art. 512), Türk Medeni Kanunu'nun ölüme bağlı tasarrufları yapma ehliyetine ilişkin hükümlerin (TMK. m. 502 ve 503) lafzından ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Burada bahsi geçmekte olan temsilci kavramının kapsamına hem iradi, hem de kanuni temsilciler girmektedir.

Böylece ölüme bağlı tasarrufun miras bırakana sıkı surette bağlı olmasından dolayı (formelle Höchstpersönlichkeit kuralı gereğince),

---

*ölümünden sonra, diğerinin şartları oluşmadan tek taraflı feshi hüküm ifade etmez.*", Y2HD., 02.03.1990 T., 1990/9067 E., 1990/2434 K.; Benzer Yargıtay kararları için bkz. Y3HD., 12.02.2019 T., 2017/14130 E., 2019/993 K.; Y3HD., 17.12.2018 T., 2018/7112 E., 2018/12816 K.; Y3HD., 25.12.2018 T., 2017/12958 E., 2018/13303 K.; YHGK., 14.05.2014 T., 2013/8-1077 E., 2014/664 K.; Y3HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K.; Y3HD., 06.12.2004 T., 2004/12296 E., 2004/13423 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

<sup>50</sup> İMRE/ERMAN, s. 107; AYAN, s. 156; SEROZAN, (1996), s. 428 vd.; DURAL/ÖZ, s. 214 vd.; ERGÜNE, s. 74 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323 vd.

<sup>51</sup> MOSER, s. 73 vd.; HATEMİ, Miras Hukuku, s. 63; ANTALYA, (2009), s. 117 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 219 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 53 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 164; ANTALYA, (1999), s. 117 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 145; AYAN, s. 157.

<sup>52</sup> JUNGO, s. 44; ABT/WEIBEL, s. 455 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 53; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y2HD., 04.05.1978 T., 1978/3444 E., 1978/3580 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

miras bırakan ölümüne bağlı tasarrufun şekli şartlarını bizzat kendisi yerine getirmelidir. Aynı şekilde miras bırakan yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufun içeriğini de (materielle Höchstpersönlichkeit kuralı<sup>53</sup> gereğince) bizzat kendisi düzenlemeli ve bunu üçüncü kişilere bırakmamalıdır. Buna göre miras bırakan, hem miras sözleşmesinde hem de vasiyetnamede mirasçılarını ve onların miras paylarını kendisi belirlemelidir. Miras bırakan bu hakkını vasiyeti yerine getirme görevlisine veya üçüncü bir kişiye devredemez. Ayrıca ölümüne bağlı tasarrufların yapılması sırasında nasıl temsilci kullanılmıyor ise, ölümüne bağlı tasarruflardan rücu hakkının kullanımını da temsilciye bırakılamaz<sup>54</sup>.

Alman hukuku, Türk/İsviçre Medeni Kanunu'nun aksine, açık bir hükümle (BGB § 2065) ölümüne bağlı tasarrufu yapma ve bunun içeriğini belirleme yetkisinin kişiye sıkı bir biçimde bağlı olduğunu ve bunun üçüncü bir kişiye devredilemeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte BGB § 2154'e göre, bu prensip mal vasiyetlerinde esnetilmiştir. Buna göre miras bırakan, belirli bir mal vasiyetinde vasiyet alacaklısının belirli bir gruba dahil olması şartıyla bu kişinin seçimini üçüncü bir kişiye bırakabilir. Dolayısıyla miras bırakan, vasiyet ettiği malı önceden belirlemekle birlikte, bu mal vasiyetinin kendisi tarafından belirtilen kişiler arasında birine yapılmasını ve bu kişinin belirlenmesini üçüncü bir kişiye bırakabilir. Ancak Türk/İsviçre hukukunda ölümüne bağlı tasarrufların içeriğini belirleme ve tasarrufları düzenleme konusunda miras bırakanın temsilci kullanmasının yasak olması kuralı esastır. Bu yüzden Türk/İsviçre hukukunda hem mirasçı atanmasında, hem de mal vasiyetinde seçim yetkisi üçüncü bir kişiye devredilemez. Ölümüne bağlı tasarruflarda temsil yasağı kural olmakla birlikte, doktrinde bazı yazarlar<sup>55</sup> bu yasağın bazı durumlarda esnetilmesi gerektiği kanısındadır.

Ölümüne bağlı tasarruflarda temsil yasağı, sadece ölümüne bağlı tasarrufta bulunan kişi (vasiyetnameyi düzenleyen veya miras sözleşmesinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunan taraf) ile sınırlıdır. Bir diğer ifadeyle, örneğin miras sözleşmesinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunmayan, aksine sağlar arası bir edim yükümlülüğü yüklenen sözleşme tarafı için temsil mümkündür<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Bahsi geçen ilke, Alman hukukunda (BGB § 2065) açık bir kanun hükmüyle yürürlüktedir. Buna ilişkin olarak, Türk Medeni Kanunu'nda açık bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen, söz konusu ilke kabul edilmektedir.

<sup>54</sup> MICHALSKI, s. 81 vd.; JUNGO, s. 44; DURAL, (1980), s. 15; ANTALYA, (2009), s. 117 vd.; KILIÇOĞLU, s. 101; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 165; EREN/AKTÜRK, s. 54.

<sup>55</sup> İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 164 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 221 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 55 vd.

<sup>56</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 223.

## G. Şekil Açısından Farkı

Ölüme bağlı tasarruflar için kanun koyucu, sıkı şekil şartları (die Formstrenge-TBK. m. 531-549; ZGB Art. 498 vd.; BGB § 2231, § 2247, § 2276 vb.) öngörmüştür. Sıkı şekil şartlarının öngörülmesi miras bırakanın yararına değildir. Zira miras bırakan sıkı şekil şartları sayesinde tekrar tekrar düşünmeye sevk edilir ve temkinli davranmaya yönlendirilir. Ayrıca sıkı şekil şartları sayesinde, ölüme bağlı tasarruf miras bırakan tarafından açık ve net bir şekilde ifade edilmiş olur. Miras bırakanın son arzularının ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı düşünülürse, bu iradenin tereddüte yer bırakmayacak biçimde açıklanması ve belgelenmesi gerekmektedir. Böylece kanunda öngörülen şekil şartlarına aykırı olarak yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilir. Ancak şartları mevcut ise, iptal edilebilir bir ölüme bağlı tasarruf, geçersiz bir ölüme bağlı tasarruf yerine sağlar arası hukuki işlem haline getirilebilir. Böylece “*favor testamenti*” ilkesine sadık kalınarak hukuki işlemin ayakta tutulması sağlanır<sup>57</sup>.

Oysa sağlar arası hukuki işlemler için kanun koyucu, sözleşme özgürlüğünün gereği olarak şekil özgürlüğünü (der Grundsatz der Formfreiheit-TBK. m. 12/OR Art. 11, ZGB Art. 7) benimsemiştir. Zira kural olarak sağlar arası hukuki işlemlerde şekil serbestliği ilkesi kabul edilmekle birlikte, şekle bağlılık istisnai bir nitelik taşımaktadır<sup>58</sup>.

Sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, hem Türk/İsviçre hukukunda hem de Alman hukukunda (BGB §§ 1937, 1941, 2064 vd., 2265 vd., 2274 vd.) kanunda öngörülenler dışında şekli anlamda yeni bir ölüme bağlı tasarruf yaratılamaz. Diğer bir ifadeyle, ölüme bağlı tasarruflar sadece vasiyetname veya miras sözleşmesiyle gerçekleştirilebilir. Vasiyetname resmi, yazılı ve ancak istisnai hallerde sözlü şekilde yapılırken<sup>59</sup>, miras sözleşmesi

<sup>57</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; NIEDER/KÖSSINGER/KÖSSINGER, § 5, Rn. 79; MOSER, s. 42 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 226; EREN/AKTÜRK, s. 103; SEROZAN/ENGİN, s. 253; DURAL/ÖZ, s. 60; İMRE/ERMAN, s. 67 vd.; DURAL, (1967), s. 3 vd.; KILIÇOĞLU, s. 102; SEROZAN, (2001), s. 1018; Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Y3HD., 06.12.2004 T., 2004/12296 E., 2004/13423 K., Y3HD., 09.09.2013 T., 2013/12637 E., 2013/11957 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019); BGE 99 II 268, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099268.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 15 vd.

<sup>58</sup> ROTHENFLUH, s. 5; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 101 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 490 vd.; ARBEK, s. 63 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 219; NIEDER, s. 136; ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 146.

<sup>59</sup> İsviçre ve benzer şekilde Alman hukukunda, resmi vasiyetname (öffentliche Verfügung,



ancak resmi şekle uyularak yapılmalıdır. Bu kapsamda vasiyetnamenin geçerli olarak kurulabilmesi için miras bırakanın irade beyanında bulunması yeterli olup, lehine vasiyet gerçekleştirilen kişinin ayrıca bir beyanda (sağlar arası hukuki işlemlerde olduğu üzere icap ve kabul gibi) bulunmasına gerek yoktur. Miras sözleşmesi ise vasiyetnamenin aksine iki taraflı bir sözleşme olup, bu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, resmi vasiyetname şeklinde yapılması gerekmektedir. Sağlar arası hukuki işlemlerin geçerli bir biçimde kurulmasında olduğu gibi, taraflar birbirine uygun irade beyanlarını karşılıklı olarak bildirirler. Ancak sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, işlemin sıhhati için bu irade açıklamalarının mutlaka resmi memur önünde yapılması gerekmektedir<sup>60</sup>.

## H. Hukuki İşlem ile Bağlılık Açısından Farkı

Vasiyetname, miras bırakan tarafından yapıldığı andan itibaren her zaman değiştirilebilir. Aynı şekilde miras bırakan, açık veya örtülü olarak istediği zaman vasiyetnameden dönebilir. Dolayısıyla sağlar arası hukuki işlemlerin değiştirilmesinin veya bu hukuki işlemlerden dönülmesinin aksine, miras bırakanın vasiyetname ile bir bağlılığı yoktur. Tek taraflı irade beyanıyla kurulan bu ölüme bağlı tasarruf şekli, hiç kimsenin onayına ihtiyaç duyulmadan yine tek taraflı irade beyanı ile miras bırakanın ölümü anına kadar bizzat kendisi tarafından geri alınabilir<sup>61</sup>.

Miras sözleşmesinde ise, sözleşmenin kurulması için gerekli olan birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarının varlığı, tıpkı sağlar arası sözleşmelerde olduğu gibi, yine sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi, sözleşmeden dönülmesi veya sona erdirilmesi için gereklidir. Ancak bu kuralın da bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre, miras sözleşmesiyle lehine ölüme bağlı

---

Alman hukukunda *öffentliches Testament* ifadesi kullanılmaktadır.) ve yazılı vasiyetname (*eigenhändige Verfügung*, Alman hukukunda *eigenhändiges Testament* ifadesi kullanılmaktadır.) olağan vasiyetname çeşitleri (*ordentliche Testamentsformen*) iken; sözlü vasiyetname (*mündliche Verfügung*), olağanüstü vasiyetname (*ausserordentliche Testamentsform*) çeşididir, Karş. BROX/WALKER, s. 59 vd.; MICHALSKI, s. 85 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 103 vd.; MOSER, s. 46 vd.; GAUTSCHI, s. 13 vd.; DURAL, (1967), s. 3.

<sup>60</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 103 vd.; JUNGO, s. 75 vd.; BROX/WALKER, s. 50 vd.; GAUTSCHI, s. 105 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 227 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 103 vd.; İMRE/ERMAN, s. 67 vd.; DURAL/ÖZ, s. 61 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 207 vd.; OĞUZMAN, s. 163 vd.

<sup>61</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN/ENGİN, s. 269 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 125 vd.; KAHRAMAN, s. 946 vd.; AYAN, s. 103 vd.; OĞUZMAN, s. 218 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 231 vd.



kazandırma yapılan kişi, mirasçılıktan çıkarılmayı gerektiren bir davranışta bulunmuş ise, o takdirde miras bırakan tek taraflı olarak miras sözleşmesini geri alabilir<sup>62</sup>. Miras sözleşmelerinde, sağlar arası hukuki işlemlerden farklı olarak, miras bırakanın sözleşmeyle bağlılığı eksik bir bağlılıktır. Çünkü miras bırakan, miras sözleşmesinde belirtilen ölüme bağlı tasarruflar ile henüz hayatta iken bağlı değildir<sup>63</sup>. Bu tasarruflar, miras bırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağından, miras bırakan sağlığında isterse miras sözleşmesine aykırı olarak bütün mallarını tasarruf özgürlüğüne dayanarak elden çıkarabilir. Bu durumda miras sözleşmesinde kazandırmada bulunan sözleşmenin karşı tarafı, ancak miras bırakanın ölümünden sonra onun belirli ivazsız kazandırmalarına karşı tenkis davası açabilir<sup>64</sup>. Oysa diğer sağlar arası sözleşmelerde kural olarak taraflar, tek taraflı irade beyanları ile hukuki işlemin içeriğini tek başlarına değiştiremeyecekleri gibi, söz konusu hukuki işlemi sona da erdiremezler<sup>65</sup>.

### **İ. Tasarruf Özgürlüğü Açısından Farkı**

Sağlar arası hukuki işlemlerde, sözleşme taraflarının sahip oldukları malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf özgürlükleri bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, sağlar arası hukuki işlemlerde taraflar, malvarlıkları üzerinde tam irade serbestliğine sahip olup, malvarlığı değerlerini diledikleri kişiye, diledikleri oranda devredebilirler<sup>66</sup>.

Ölüme bağlı tasarruflarda ise bu durum mutlak bir özgürlük olmayıp, sınırlandırılmıştır. Çünkü ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişi, kanuni mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmemekle yükümlü olup, sadece söz konusu payların dışında kalan malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf özgürlüğünü

<sup>62</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/ÖZ, s. 115 vd.; EREN/AKTÜRK, s. 130 vd.; OĞUZMAN, s. 228 vd.; İMRE/ERMAN, s. 178 vd.; KILIÇOĞLU, s. 133 vd.; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 243 vd.; AYAN, s. 121 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 278 vd.; DURAL, (1980), s. 226 vd.

<sup>63</sup> İMRE/ERMAN, s. 178 vd.; DURAL, (1980), s. 14 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 146 vd.; AYAN, s. 117 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 206; OĞUZMAN, s. 226 vd.; Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.

<sup>64</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TEKDOĞAN, s. 129 vd.; GÜNAY, s. 109 vd.

<sup>65</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 616 vd.; ANTALYA, (2012), s. 54; EREN, (2013), s. 1223 vd.; ERDOĞAN, s. 233 vd.; YILDIRIM, s. 304 vd.;

<sup>66</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rn. 611a vd.; NIEDER/KÖSSINGER/KÖSSINGER, § 4, Rn. 1; BROX/WALKER, s. 51 vd.; ANTALYA, (2012), s. 53 vd.; AYAN, s. 37; EREN, (2013), s. 297 vd.; ERDOĞAN, s. 10 vd.; YILDIRIM, s. 96 vd.;

kullanmaktadır<sup>67</sup>. Bu bağlamda her mirasçı, saklı paylı mirasçı değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 506. maddesi bu duruma açıklık getirerek kimlerin saklı paylı mirasçı olduğunu ve bunların sahip oldukları saklı pay miktarlarını tahdidi (miras bırakanın altsoyu, ana ve babası, kardeşleri ve eşi) olarak belirlemiştir. Bu nedenle de, ölümüne bağlı tasarrufta bulunacak kişi, kanun tarafından belirlenen mirasçıları ve bunların saklı paylarını hesaba katmakla yükümlüdür. Eğer miras bırakan, kanunda öngörülen saklı pay kurallarını ihlal ederse, bu durumda tasarruf geçerli kalmaya devam eder; ancak saklı paylar oranında miras bırakanın yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarruflarda tenkise gidilir. Miras bırakanın saklı payı ihlal eden gerek vasiyetname, gerekse miras sözleşmesi ile yaptığı bütün ölümüne bağlı tasarruf işlemleri (mirasçı ataması, belirli mal vasiyeti, vakıf kurulması gibi) tenkise tabi olur<sup>68</sup>.

### III. Ölümüne Bağlı Tasarruflar ile Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Ayırt Edilmesinde Doktrin ve Mahkeme Kararlarıyla Geliştirilen Kriterler

#### A. Genel Olarak

Doktrinde, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, bir hukuki işlemin sağlar arası hukuki işlemlerden ayrılarak, ölümüne bağlı tasarruf olarak addedilebilmesi için gerekli bazı somut kriter arayışları olmasına rağmen, aranan kriterler tamamıyla bir hukuki işlemin nitelendirilmesinde yeterli olmamıştır.

Günümüzde, doktrinde baskın olan görüşe göre<sup>69</sup>, bir hukuki işlemin

<sup>67</sup> JUNGO, s. 20; MOSER, s. 16; SEROZAN/ENGİN, s. 201; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 165; RUHİ/RUHİ, s. 56; KILIÇOĞLU, s. 102; İMRE/ERMAN, s. 56; OĞUZMAN, s. 127.

<sup>68</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 64 vd.; TURANBOY, s. 25; KILIÇOĞLU, s. 102 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 146 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 225; RUHİ/RUHİ, s. 56 vd.; GENÇCAN, s. 177; TEKDOĞAN, s. 174 vd.; ARBEK, s. 93 vd.; İMRE/ERMAN, s. 56 ve 216 vd.; DURAL/ÖZ, s. 266 vd.; BGE 97 II 306, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2097306.html>, erişim: 26.07.2019).

<sup>69</sup> JUNGO, s. 43; ROTHENFLUH, s. 17 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; ANTALYA, (2009), s. 114; SEROZAN, (1979), s. 17; DURAL/ÖZ, s. 50; ÖZTAN, (2008), s. 148 vd.; BGE 144 III 83 vd., Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_412/2017, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_719/2015, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_140/2014, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 4A\_575/2009, Karara ilişkin bilgi için bkz. ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211\\_4A\\_575-2009.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211_4A_575-2009.html), erişim: 24.09.2019); BGE 113 II 270, Karara ilişkin

doktrin ve mahkemeye kararlarıyla geliştirilen kriterlerin birkaçını veya tümünü içermesi mutlaka bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Söz konusu kriterler, bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf olduğu yönünde sadece bir karine yaratmaktadır. Bu görüşe yakın olan İsviçre Federal Mahkemesi'nin de, önüne gelen somut olayda, öncelikli olarak taraf iradelerini (özellikle miras bırakanın iradesini) ve somut olayın tüm özelliklerini (eine Würdigung aller Umstände des konkreten Falles) dikkate aldığı görülmektedir. Dolayısıyla aşağıda bahsi geçen kriterler, hukuki işlemin nitelendirilmesinde yardımcı mahiyettedir. Doktrin, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla geliştirilen bu kriterler şu şekilde sıralanabilir:

1. Hukuki işleme yönelik irade açıklaması, hüküm ve sonuçlarını miras bırakanın ölümünden sonra doğurmalıdır<sup>70</sup>.
2. Ölüm, hukuki işlemin hukuki şartı veya sebebi olmalıdır<sup>71</sup>.
3. Lehine ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunulan kişi, miras bırakanın ölümü anında sağ olmalıdır<sup>72</sup>.
4. Miras bırakan yapmış olduğu kazandırmayla sağlığında herhangi bir

---

bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2113270.html>, erişim: 26.07.2019); JUNGO, s. 43; BGE 99 II 268, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099268.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 15 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; SEROZAN, (2001), s. 1018; BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; BGE 80 II 369, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2080369.html>, erişim: 26.07.2019); BGE 84 II 247, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2084247.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 10 vd.; BGE 129 II 664; BGE 131 III 217, Kararlara ilişkin bilgi için bkz. JUNGO, s. 43.

<sup>70</sup> BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; JUNGO, s. 43; SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, § 2084, Rn. 76; NIEDER, s. 129; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.; BGer 4A\_575/2009, Karara ilişkin bilgi için bkz. ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211\\_4A\\_575-2009.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211_4A_575-2009.html), erişim: 24.09.2019); BGE 144 III 83 vd., Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019).

<sup>71</sup> BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; ANTALYA, (2009), s. 112; SEROZAN, (1979), s. 15; DURAL/ÖZ, s. 50; ÖZTAN, (2008), s. 145; SEROZAN/ENGİN, s. 217; BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.

<sup>72</sup> ROTHENFLUH, s. 4; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y3HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

şekilde bağlı değildir ve miras bırakan sağ olduğu sürece tasarrufun etkisi gerçekleşmez<sup>73</sup>.

5. Miras bırakanın yapmış olduğu kazandırma miras bırakanın malvarlığını değil, terekesini etkilemelidir. Dolayısıyla miras bırakan ifayı mirasçılara yüklemektedir<sup>74</sup>.
6. Lehine tasarruf yapılan kişi, miras bırakanın sağlığında ifayı talep edemez. Bu kişi gerçek anlamda beklenen bir haktan yoksundur, bu kişinin sadece bir beklentisi vardır. Böylece lehine tasarruf yapılan kişiye karşı, miras bırakanın sağlığında herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir<sup>75</sup>.
7. Eğer sözleşmede taraflar karşılıklı ivazlı kazandırmada (Entgeltlichkeit der Zuwendung) bulunuyorlarsa, bu durum hukuki işlemin sağlar arası hukuki işlem olduğu yönünde yorumlanmalıdır<sup>76</sup>.

## **B. İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Kriterler**

İsviçre Federal Mahkemesi, günümüze kadar doktrin ve mahkeme kararlarıyla geliştirilen yukarıda bahsi geçen kriterleri, sağlar arası hukuki işlemler ile ölüme bağlı tasarrufların ayırımında kullanmakla birlikte, saptanan bu kriterlerin sınırlarını daha da genişletmiştir. Zira bu kriterler mahkeme için sadece yardımcı unsurlardır. Mahkeme, ayırıcı bu özelliklerden ziyade tarafların gerçek iradelerini ve somut olayın hal ve şartlarını tümüyle değerlendirerek bir kanaat oluşturmaktadır. Mahkemenin günümüze kadar verdiği kararlardan bu sonuç çıkarılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin

<sup>73</sup> ROTHENFLUH, s. 3; SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, § 2084, Rn. 76; BGE 99 II 268, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099268.html>, erişim: 26.07.2019); BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; ROTHENFLUH, s. 15 vd.; SEROZAN, (2001), s. 1018; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.; BGE 84 II 247, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2084247.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 10 vd.; BeckRS 2019, 4882, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 01.10.2019).

<sup>74</sup> JUNGO, s. 43; BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.

<sup>75</sup> ROTHENFLUH, s. 3; BROX/WALKER, s. 50 vd.; NIEDER/KÖSSINGER/KÖSSINGER, § 4, Rn. 1; NIEDER, s. 129.

<sup>76</sup> SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, § 2084, Rn. 76; Benzer görüş için bkz. ROTHENFLUH, s. 47 vd.

konuya ilişkin tutumunu sergileyen önemli ve emsal kabul edilen bazı mahkeme kararlarına aşağıda değinilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olaya göre<sup>77</sup>, kiracı ile kiraya veren (malik) arasında gerçekleştirilen on yıllık bir kira sözleşmesiyle, sözleşmenin bitiminde veya sözleşmede belirtilen 10 yıllık sürenin dolmasından önce kiralayanın ölümü halinde, taşınmazın kiracı tarafından belirli bir ücret karşılığında iktisap edileceği kararlaştırılmıştır. Daha sonra mahkemeye bu sözleşmenin miras sözleşmesi olduğu iddiasında bulunulmuştur. Mahkeme, burada kiracının alım hakkını haiz olduğunu ve bu hakkın doğumunun sözleşmenin son bulması veya kiralayanın ölmesi şartına bağlandığını belirtmiştir. Fakat mahkemeye göre, bir işlemin nitelendirilmesinde sözleşmeye konulan böyle bir şart etkili olmamalıdır; çünkü ortada sağlar arasında yapılan bir kira sözleşmesi mevcuttur. Sağlar arasında gerçekleştirilen böyle bir sözleşmeye kiralayanın ölmesi halinde taşınmazın on yıldan önce de iktisap edilebileceğine ilişkin bir şartın konulması, o hukuki işlemi ölüme bağlı tasarruf haline sokmamaktadır. Mahkemeye göre, bir hukuki işlem tasarrufta bulunanı sağlığında bağlıyor ise sağlar arası hukuki işlem; aynı hukuki işlem, tasarrufta bulunanı sağlığında bağlamıyor ise ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmelidir.

Mahkemenin benzer hüküm verdiği bir diğer kararına göre ise<sup>78</sup>, taraflar sözleşmeyle taşınmazın alım hakkı hususunda anlaşmışlar; ancak karşı tarafın bu alım hakkının ancak taşınmaz malikinin ölümü anında doğacağını kabul etmişlerdir. Dolayısıyla taraflar, sözleşme konusu edim yükümlülüğünün taşınmaz maliki tarafından değil, mirasçılar tarafından ifa edileceğini kararlaştırmışlardır. Ancak ilgili sözleşmeyi, miras sözleşmesine ilişkin şekil şartına uymadan gerçekleştirmişlerdir. Bu sözleşmenin akdedilmesinin ardından söz konusu alım hakkı, taşınmaz malikinin ölümünden sonra sonuçlarını doğuracak olmasına rağmen, taşınmaz maliki tarafından hemen tapuya şerh verilmiştir. Mirasçılar ise, daha sonra bu sözleşmenin miras sözleşmesine ilişkin şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğini ileri sürmüşlerdir. Fakat mahkeme, mirasçıların iddialarına rağmen, bu işlemi miras

---

<sup>77</sup> BGE 46 II 230, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046230.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 6 vd.

<sup>78</sup> BGE 50 II 370, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2050370.pdf>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 8 vd.; Benzer mahkeme kararı için bkz. BGE 84 II 247, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2084247.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 10 vd.

sözleşmesi değil, aksine sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirmiştir. Çünkü mahkemeye göre, alım hakkı tapuya şerh verdirilerek, o taşınmazın satılabilme kabiliyetine zarar verilmiştir. Dolayısıyla miras bırakan alım hakkını tapuya şerh verdirerek malvarlığını etkilemiştir, terekesini değil. Görüldüğü üzere, İsviçre Federal Mahkemesi sağlar arası hukuki işlemler ile ölüme bağlı tasarrufların ayırımında bir önceki kararında kullandığı kriterden yola çıkarak görüşünü tekrar etmiştir. Buna göre, eğer yapılan hukuki işlem ile kişinin malvarlığı etkileniyorsa ilgili hukuki işlem sağlar arası hukuki işlem iken, terekesi etkileniyorsa ilgili hukuki işlem ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi on yıl kadar sonra verdiği bir başka kararında ise<sup>79</sup>, kararlarında benimsediği ayırım kriterini uygulamaya devam etmekle birlikte, bu kriterin kapsamını genişletmiştir. Buna göre mahkeme, yukarıda bahsi geçen ayırım kriterlerinin yanı sıra, hukuki işlemin taraflarının iradelerinin araştırılmasına ve somut olayın tüm koşullarıyla değerlendirilmesine önem vermeye başlamıştır. Böylece mahkeme, hukuk güvenliği ve somut olay adaletini sağlayabilmek amacıyla, sözleşme taraflarının iradelerinin araştırılması ve somut olayın tüm koşullarıyla değerlendirilmesi gerektiğini benimsemiştir. Ancak mahkeme, yine de önceki kararlarında benimsediği ayırım kriterini de tamamen terk etmemiştir. Uyuşmazlığa ilişkin olayda Emil Ruesch, yıllardır yanında çalışan ev hizmetlisi Rosa ile bir satım sözleşmesi akdetmiştir. Bu sözleşmeye göre, satım sözleşmesine konu olan taşınmaz ancak Emil Rausch'un ölümünden sonra el değiştirerek mülkiyeti Rosa'ya geçecektir. Ancak sözleşmeye “*Vasiyetname (letztwillige Verfügung)*” başlığı atılmış ve kapatılarak Wil belediyesine teslim edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, somut olayda Emil Rausch sözleşmenin sonuçlarının ölümünden sonra doğmasını ve bundan malvarlığının değil, terekesinin etkilenmesini arzu etmiştir. Dolayısıyla yapılan sözleşme bir ölüme bağlı tasarruftur. Ancak bu sözleşme miras sözleşmesinin şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirilmemiştir. Buna rağmen mahkeme, miras sözleşmesinin unsurlarını taşıyan ancak şekil noksanı olan bu ölüme bağlı tasarrufu vasiyetname olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre, Alman hukukunda yer alan (BGB § 140 uyarınca<sup>80</sup>) “*tahvil ilkesi (Konversionsgrundsatz)*” somut

<sup>79</sup> BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69.

<sup>80</sup> Konuya ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BeckRS 2017, 140088, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 01.10.2019); Konuya ilişkin

olaya uygulanmalıdır. Böylece taraflar arasında gerçekleştirilen hukuki işlemin aynı amaca ve sonuca hizmet eden başka bir hukuki işleme dönüştürülerek ayakta kalması sağlanmalıdır. Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi, önceki kararlarında benimsediği ayırım kriterini bu kararında da tekrar etmiş olmakla birlikte, sözleşme taraflarının gerçek iradelerine de önem vermeye başlamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde<sup>81</sup> yankı uyandırmış ve diğer mahkeme kararlarında<sup>82</sup> emsal olarak kabul edilmiştir. Böylece bir hukuki işlemin sağlar arası ya da ölüme bağlı hukuki işlem olduğunun tespiti hususunda, hukuki işlemin taraflarının menfaat durumları ve iradeleri dikkate alınmaya başlanmıştır. Buna göre, özellikle iki taraflı hukuki işlemlerde, hukuki işlemin ne zaman hüküm ifade edeceği hususu tarafların iradeleri esas alınarak tespit edilmelidir. Kazandırmada bulunan taraf, sağlığında malvarlığının etkilenmesini ve yükümlülük altına girmesini istiyor ise, bu durumda hukuki işlem sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirilirken; ölümünden sonra terekesinin etkilenmesini ve mirasçılarının yükümlülük altına girmesini istiyor ise, bu durumda hukuki işlem ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf mu veya sağlar arası hukuki işlem mi olduğu hususunda, tarafların iradeleri ve somut olaydaki tüm koşulların değerlendirilmesi önem arz etmektedir<sup>83</sup>.

---

Yargıtay kararı için bkz. Y3HD., 09.12.2013 T., 2013/13211 E., 2013/17415 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

<sup>81</sup> JUNGO, s. 43; ROTHENFLUH, s. 17 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; BARTHOLOMEYCZIK/SCHLÜTER, s. 88; ANTALYA, (2009), s. 114; SEROZAN, (1979), s. 17; DURAL/ÖZ, s. 50; ÖZTAN, (2008), s. 148 vd.

<sup>82</sup> BGE 144 III 83 vd., Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_412/2017, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_719/2015, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 5A\_140/2014, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<https://swisslex.ch>, erişim: 30.09.2019); BGer 4A\_575/2009, Karara ilişkin bilgi için bkz. ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211\\_4A\\_575-2009.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/100211_4A_575-2009.html), erişim: 24.09.2019); BGE 113 II 270, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2113270.html>, erişim: 26.07.2019); JUNGO, s. 43; BGE 99 II 268, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099268.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 15 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; SEROZAN, (2001), s. 1018; BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; BGE 129 II 664; BGE 131 III 217, Kararlara ilişkin bilgi için bkz. JUNGO, s. 43.

<sup>83</sup> JUNGO, s. 43; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; ROTHENFLUH, s. 14 vd.



İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin yakın zamanda vermiş olduğu bir diğer kararına göre ise<sup>84</sup>, Georg Speissegger isimli kişi bazı taşınmazlarını tapuda yapılan bir sözleşmeyle Glogg isimli bir anonim şirkete devretmiştir. Taşınmazlarını devreden bu kişi, aynı sözleşmeyle diğer taşınmazlarının da üzerinde yine aynı şirkete on beş yıllık ve devredilemeyen bir alım hakkı tanımıştır. Fakat sözleşmeye göre bu alım hakkı, ancak satıcının ölümü halinde geçerli olacaktır. Bunun üzerine satıcı ölünce, şirket alım hakkını kullanmış; fakat mirasçılar bu sözleşmenin miras sözleşmesinin şekline uygun yapılmamış olması cihetiyle mahkemeden iptalini istemişlerdir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, her iki işlemin (satım işlemi ve uyuşmazlık konusu alım hakkı) arasında sıkı bir bağlantı olduğunu, sözleşmede vasiyetname ile mirasçı atamasından bahsedilmediği ve taraf iradeleri dikkate alındığında miras bırakanın sağlığında sözleşmeyle bağlanma niyeti olduğunu kabul ederek, söz konusu işlemi sağlar arası hukuki işlem olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre, somut olayda geçersiz bir ölüme bağlı tasarruftan ziyade, şartları mevcutsa geçerli bir sağlar arası hukuki işlemin varlığını kabul etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla somut olayda alım hakkı bir ölüme bağlı tasarruf niteliğindeyse de, miras sözleşmesinin şekline uygun yapılmadığı için iptal kabiliyetini haizdir. Ancak mahkeme, "*favor negotii*" ilkesi uyarınca, alım hakkına ilişkin sözleşmeyi ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmeyerek ayakta tutmaya çalışmıştır. Zira alım hakkının ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi halinde, mirasçılar tarafından iptal edilebilecektir. Alım hakkı sözleşmesinin sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirilmesiyle Speissegger'in iradesi hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak mahkeme, "*favor negotii*" ilkesine dayanarak, sözleşmenin geçersiz bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi yerine şartlarını taşıması halinde geçerli bir sağlar arası sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla mahkeme bu kararında, bir önceki kararında<sup>85</sup> yer alan görüşlerini pekiştirmiş ve bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf veya sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirilmesinde somut olayın tüm koşullarını nazara alarak karar vermiş ve bunların önem arz ettiğini vurgulamıştır.

<sup>84</sup> BGE 99 II 268, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2099268.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 15 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; SEROZAN, (2001), s. 1018.

<sup>85</sup> Karş. BGE 93 II 223, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); ROTHENFLUH, s. 13 vd.; BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69.



İsviçre Federal Mahkemesi benzer bir başka kararında ise<sup>86</sup>, edimin ifasının bağışlayanın ölümüne bağlandığı bir hukuki işlemi, ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirerek, işleme ölüme bağlı tasarruflara ilişkin hükümleri uygulamıştır. Mahkemenin kararına konu teşkil eden olaya göre, 17 yaşındaki torunu ile çok iyi anlaşılan bir büyükbaba, torunu adına bankada bir birikim hesabı açtırmaya karar vermiştir. Fakat büyükbaba, torununun banka hesabı üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamıştır. Bu kısıtlamaya göre, torunu birikim hesabında olan para üzerindeki tasarruf yetkisini büyükbabasının sağlığında kullanamayacak, ancak büyükbabasının ölümü halinde kullanabilecektir. Mahkeme, söz konusu hukuki işlemi OR Art. 245/Abs. 2 uyarınca ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmiştir. Çünkü büyükbabanın iradesi, işlemin ancak onun ölümünden sonra etki doğurması yönündedir. Nitekim mahkemenin son zamanlarda benimsediği kritere göre, önceden belirlenen ve normlaştırılmaya çalışılan somut kriterlerden ziyade, somut olayda hukuki işlemin taraflarının iradeleri işlemin nitelendirilmesinde önem arz etmektedir. Dolayısıyla hukuki işlemin nitelendirilmesinde, kriterlerden ziyade somut olaydaki koşulların değerlendirilmesi tercih edilmelidir.

Sonuç olarak; İsviçre Federal Mahkemesi başlangıçtaki kararlarında somut kriter arayışına girmiştir. Bu arayış sonucunda, hukuki işlemin sonuçlarını doğurma anı hukuki işlemin nitelendirilmesinde önemli bir kriter olarak benimsenmiştir. Mahkeme sonraki kararlarında, hukuki işlemde öngörülen yükümlülüklerden kimlerin etkilendiğini de dikkate almaya başlamıştır. Buna göre, eğer hukuki işlemde öngörülen edim ve karşı edim yükümlülüğü kişinin malvarlığı değerlerini etkiliyorsa ve kişi bu yükümlülüklerle sağlığında bağlı olma niyetindeyse ilgili hukuki işlem, sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirilmelidir. Aksine hukuki işlemde öngörülen edim ve karşı edim yükümlülüğü kişinin tereke değerlerini etkiliyorsa ve kişi bu yükümlülüklerle mirasçılarının bağlı olması arzundaysa ilgili hukuki işlem, ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmelidir. Ancak mahkeme, zaman geçtikçe bu somut kriter anlayışını (Ayrım kriteri-Abgrenzungskriterium) korumakla birlikte, güncel kararlarında ayrıca somut olayın unsurlarına önem vererek bu kriterin sınırlarını genişletmiştir. Çünkü mahkemenin benzer tüm somut olaylara sadece bahsi geçen ayrım kriterini uygulaması hakkaniyete aykırı kararların ortaya çıkmasına neden olabilirdi. Bir diğer ifadeyle, her iki hukuki

---

<sup>86</sup> BGE 89 II 87, Karara ilişkin bilgi için bkz. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2093223.html>, erişim: 26.07.2019); BREITSCHMID/EITEL/FANKHAUSER/GEISER/JUNGO, s. 69; JUNGO, s. 45.

işlemin ayırımını yapmamızı sağlayan ayırım kriterlerini önceden belirleyip normlaştırmak ve somut olayın özelliklerini göz ardı etmek adil olmayan neticelere yol açabilirdi. Dolayısıyla mahkeme bu tutumundan tamamıyla vazgeçmemekle birlikte, günümüzde somut olay adaleti gereği hukuki işlemin nitelendirilmesinde somut olayın tüm hal ve koşullarını dikkate almakta ve özellikle taraf iradelerini araştırmaktadır.

### C. Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Bir Kararı

Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG) aldığı bir kararda, ölümden sonra geçerli olan vekaletnameyi incelemiştir. Bu kararda miras bırakan yapmış olduğu vasiyetname ile lehine vasiyet yaptığı kişiyi Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 181. maddesinde yer alan "*kendi adına sözleşme yapma yasağı*"ndan muaf olduğunu belirtmiştir. Miras bırakan, lehine vasiyet yaptığı kişiye ölümden sonra geçerli olmak üzere vekaletname vermiş ve vasiyetnamesinde bu kişi lehine bıraktığı taşınmazı kişinin kendi adına tescil etmesini beyan etmiştir. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, bu kararında vasiyet hakkını bizzat yerine getirme olanağını tanıyan ölümden sonra vekaletname güçlüğünü ele almaktadır. Karara konu olan somut olaya göre, çocuğu olmayan ve boşanmış olan miras bırakan, noter marifetiyle yaptığı bir vasiyetname ile mirasını kardeşlerine ve kardeşlerinin çocuklarına bırakmıştır. Daha sonra başka bir noter marifetiyle yapmış olduğu vasiyetname ile de bir taşınmazını erkek yeğenine miras olarak bırakmıştır. Vasiyetnamesinde şu ifadeler yer almaktadır<sup>87</sup>: "*İşbu miras bırakılan kişi, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 181. maddesi sınırlandırmalarından muaf tutulmak suretiyle, kendisine miras bırakılan taşınmazı bizzat kendi üzerine geçirmeye ve de vasiyetin yürütülmesi için gerekli olan tüm açıklamaları diğer mirasçıların adına dahi olmak üzere yapmaya yetkilidir.*"

Miras bırakanın vefatından sonra lehine vasiyet yapılan kişi, öncesinde taşınmazın devri için beyanda bulunmuş, daha sonra taşınmazın tapudaki kaydının değiştirilmesini talep etmiştir. Fakat tapudaki memur, taşınmazın devri için diğer mirasçıların onayına ihtiyaç olduğunu ve ancak bu onayla değişikliği yapabileceğini bildirmiştir. Bunun üzerine, lehine vasiyet yapılan kişi, uyuşmazlığı mahkemeye taşımasına rağmen Eyalet Mahkemesi (LG) talebi reddetmiştir. Bunun üzerine, lehine vasiyet yapılan kişi mahkemenin bu kararını temyiz etmiş ve uyuşmazlık Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne taşınmıştır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi ise, tapuya kayıt koşullarının

<sup>87</sup> Karara ilişkin bilgi için bkz. WITTMÜTZ, s. 1 vd.

mevcut olduğu cihetiyle Eyalet Mahkemesi'nin kararını düzeltmiştir. Çünkü mahkeme, lehine vasiyet yapılan kişinin miras bırakanın kendisine vermiş olduğu vekalet ile taşınmazı kendi üzerine geçirebileceğine ilişkin olarak herhangi bir şüphe duymamıştır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne göre, öncelikle lehine vasiyet yapılan mirasçıya ölümden sonra bir vekaletname vermenin gerekliliğinin saptanması gerekmektedir. Bu konuda yapılacak olan saptama, sadece bu çıkış noktası ile sınırlandırılmamalıdır; ayrıca olaydaki diğer vasiyet şeklinde yapılmış olan bağışlamaların da dikkate alınması gerekir. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne göre vasiyet, miras bırakanın miras hukukuna ilişkin irade açıklaması olup, BGB § 1941 uyarınca miras sözleşmesi ile veya BGB § 1939 uyarınca vasiyetname ile düzenlenebilir. Miras bırakanın vasiyeti (ki burada miras bırakanın son arzusu olarak anlaşılmalıdır), miras bırakanın sağlığında sahip olduğu malvarlığından bağımsızdır ve onu etkilemez. Zira miras bırakanın vasiyeti, miras bırakanın ölümünden sonra onun terekesini etkiler. Miras bırakanın hak ve yükümlülükleri BGB § 1922/ Abs. 1 uyarınca mirasçılara külli halefiyet esası (die Universalsukzession) uyarınca geçmektedir. Fakat borçlar hukukuna ilişkin talepler BGB § 2174 uyarınca, sadece miras bırakanın terekesinden istenebilmektedir. Bu talepler ise, devri mümkün malların özellikle taşınmazların tahsisi üzerinden karşılanmaktadır. Buna göre, lehine vasiyet yapılan mirasçı, hakkını talep ve dava edebilmek için, bu talebini diğer mirasçılara yöneltmek zorundadır<sup>88</sup>.

Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne göre bu kişi, somut koşullar altında vasiyet malında menfaati olan tek kişi değildir. Miras bırakan kişinin sağ olduğu süre içerisinde hukuki işlemlerinden doğan haklara sahip saklı paylı kişiler ve alacaklılar, taleplerini ve alacaklarını, mirasçılara karşı miras açıldıktan sonra talep ve dava edebilirler. Ayrıca eksik kalan miras miktarını da, miras bırakan tarafından vasiyet edilen mallar üzerinden elde edebilirler. Ayrıca mahkemeye göre, mirastan alacakları olan kişilerin, lehine vasiyet yapılan kişilerin ve mirasçılarının menfaatlerinin de karşılıklı olarak ağırlıklarının belirlenmesi gereklidir. Fakat Alman Medeni Kanunu, her şeyden önce miras alacaklılarının menfaatlerini ön planda tutmaktadır. Gerçi lehine vasiyet yapılan kişi, vasiyetle bırakılan miras ödemesini mirasçılardan talep edebilir. Böylelikle bu kişi de miras bırakanın alacaklısı olur ve fakat taleplerin karşılanması sırasında miras bırakanın asıl alacaklılarının gerisinde durur. Ancak özellikle Alman İflas Kanunu'nun (InsO) 327. maddesi uyarınca, bu kişi de olası bir iflas halinde, miras bırakanın borçlarının da arkasında durmak zorunda kalır.

---

<sup>88</sup> WITTMÜTZ, s. 1 vd.

Ayrıca mahkemeye göre, vasiyetin konusunu oluşturup oluşturmadıklarından bağımsız olarak miras bırakanın asıl alacaklıları, mirasın tüm malvarlığı değerleri üzerinden haklarının karşılanması için harekete geçebilirler. Dolayısıyla öncelikle miras bırakanın alacaklılarını dikkate almak suretiyle Alman Medeni Kanunu, kendisine miras bırakılan malda lehine vasiyet yapılan kişinin özel menfaatlerini gözetmez. Miras bırakılan malvarlıklarının kendiliğinden intikal ettiği miras alacaklılarının da müdahalede bulunma imkanları vardır. Özellikle de mirasçılarının bizzat kendileri mirasla intikal eden malvarlığını devir ve temlik edebilirler. Bu ise, lehine vasiyet yapılan kişinin ifa talebi için önemli bir risk anlamını taşımaktadır<sup>89</sup>.

Mahkemeye göre, kanuni ve atanmış mirasçılar, lehine vasiyet yapılan kişinin borçlar hukukuna ilişkin talepleriyle bağılıdır. Bu talepler genellikle mirasçılar tarafından isteksiz bir biçimde ve hatta dava yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ayrıca mirasçılarının bu talepleri karşılama hususunda sorumluluklarını sadece terekeyle sınırlandırma imkanları bulunmaktadır. Lehine vasiyet yapılan kişi ile saklı paylı mirasçılarının hukuki statüleri karşılaştırıldığında ise aynı konumda oldukları görülmektedir. Fakat buna rağmen, saklı paylı mirasçılar, lehine vasiyet yapılan kişilere karşın terekenin borçları ve alacaklıların talepleri karşısında daha avantajlı durumdadırlar. Aynı şekilde, miras bırakanın ölümüne bağı sağlar arası bağışlamada bulunduğu kişiler ve üçüncü kişi yararına ölümüne bağı tasarrufta bulunduğu kişiler ile lehine vasiyet yapılan kişiler karşılaştırıldığında, lehine vasiyet yapılan kişi daha dezavantajlı durumda bulunmaktadır. Lehine vasiyet yapılan kişinin bu belirsiz hukuki durumunu güçlendirmek için yardımcı araçlara ve yardımcı konstrüksiyonlara ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin ilgili kararına bakılmalıdır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, miras bırakan kişinin vasiyet talimatına ilaveten bir ölüm sonrası vekaletnameyi, lehine vasiyet yapılan kişiye verdiği ve kendi adına sözleşme yapma yasağından muaf tuttuğu bir vasiyet hakkının mirasçılarının işbirliğinden bağımsız olarak yerine getirilmesini öngörmüştür. Bu karar ile mirasçılarının işbirliğinden bağımsız olarak, vasiyet talebinin yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Burada vasiyet alacaklısının öncelikli olarak mirasçılarının kusurlu işbirliğinden korunduğu göze çarpmaktadır. Böylece vasiyet alacaklısının durumu ilgili mahkeme kararıyla güçlendirilmiştir. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar sayesinde, lehine vasiyet yapılan kişiye miras bırakan tarafından verilen ve ölüm sonrasında

<sup>89</sup> WITTMÜTZ, s. 2 vd.

geçerli olan vekaletnamenin etkinliği miras bırakanın arzusu doğrultusunda arttırılmıştır<sup>90</sup>. Sonuç olarak, Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi bu kararıyla tarafların menfaat dengelerini sağlamaya ve miras bırakanın son arzularını yaşatmaya çalışmıştır.

## **D. İsviçre ve Alman Hukukunda Benimsenen Kriterlerin Türk Hukuku Bakımından Uygulanması**

### **1. Genel Olarak**

İsviçre ve Alman doktrin ve mahkeme kararlarıyla geliştirilen bu kriterler, Türk öğretisini ve mahkeme kararlarını da etkilemiştir. Doktrinde, geçmişten bugüne hukuki işlemin nitelendirilmesinde, “*hukuki işleme yönelik irade açıklamasının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an*” kriterinin daha çok nazara alındığı görülmesine rağmen<sup>91</sup>, günümüzde bazı yazarların<sup>92</sup> ilgili kriterlerden ziyade, taraf menfaatlerinin de dikkate alınması gerektiğini vurguladıkları görülmektedir. Buna göre, ilgili kriterler hukuki işlemin nitelendirilmesinde sadece yardımcı nitelikte olmalı ve hukuki işlemin sağlar arası mı, yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu yönünde bir karine yaratmalıdır. Somut olayda, gerekli nitelendirmenin yapılmasında esas olarak, tarafların menfaatleri önemli bir rol oynamalıdır. Kanaatimizce de, ilgili kriterlerin mahkemece uygulanması sonucunda ortaya çıkan karine, somut olayın tüm koşulları ve tarafların menfaat dengeleri değerlendirilerek pekiştirilmeli ve karinenin sağlanması yapılmalıdır.

Yargıtay da, aşağıda değinilen ilgili kararı<sup>93</sup> uyarınca, hukuki işlemin nitelendirmesinde, taraf menfaatlerini dikkate almış ve hukuki işlemin şekil kurallarının kurbanı olmasının önüne geçmeye çalışarak, ilgili işlemi elden geldiğince ayakta tutmayı amaçlamıştır.

### **2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Bir Kararı**

Uyuşmazlık konusu olaya göre, muris sattığı kahvehanenin bedeli olan 15 bin doları Antalya yolculuğu sırasında dava dışı olan bir kişiye teslim

---

<sup>90</sup> WITTMÜTZ, s. 6.

<sup>91</sup> Karş. TURANBOY, s. 24; HATİPOĞLU, s. 119; EREN (1966), s. 3; EREN/AKTÜRK, s. 49; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 162; İMRE/ERMAN, s. 49 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 125; OĞUZMAN, s. 110; KÖPRÜLÜ, s. 122.

<sup>92</sup> DURAL/ÖZ, s. 50 vd.; ANTALYA (2009), s. 110 vd.; ÖZTAN, (2008), s. 148 vd.; SEROZAN/ENGİN, s. 200 vd.; SEROZAN (2001), s. 1015 vd.; SEROZAN (1979), s. 17.

<sup>93</sup> YHGK., 29.11.2006 T., 2006/3-754 E., 2006/757 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

ederek, yolda başına birşey gelmesi halinde bu paranın kardeşine verilmesini istemiştir. Ancak muris, Kocaeli'ne döndükten sonra depremde göçük altında kalarak ölmüştür. Bunun üzerine söz konusu para, emanet edilen kişi tarafından murisin kardeşine teslim edilmiştir. Murisin davacı ve davalı kardeş dışında başka bir mirasçısı bulunmamaktadır. İlgili davada, davacı davaya konu edilen 15 bin doların yarısını istemektedir. İlk derece mahkemesi olan Kocaeli 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının talebini kabul ederek, paranın yarısının davacıya verilmesini öngörmüştür. İlk derece mahkemesinin bu kararı üzerine davalı, ilgili kararı temyiz etmiştir.

Yargıtay'ın ise uyuşmazlık konusu olay ile ilgili vermiş olduğu karara<sup>94</sup> göre, bir ölüme bağı tasarruf şekle aykırı yapılmış olsa bile, tarafların aslında sağlar arası bir hukuki işlemi kurmak istediklerini ve böyle bir işlemin ölüme bağı tasarruf hükümlerine bağlanmasının zorunlu olmadığını gösterebilir. Eğer kazandırıcı bir işlemin sağlar arası işlem mi, yoksa ölüme bağı tasarruf mu sorusu gündeme gelirse, bu sorunun çözümünde favor negotii (işlemi kurtarıcı, geçerli kılıcı yorum) ilkesi doğrultusunda, geçersiz bir ölüme bağı işlem yerine, geçerli bir sağlar arası işlemin varlığı kabul edilmelidir. Yargıtay ilgili kararında, ölüme bağı kazandırmaların mutlaka miras hukuku ilkelerine göre gerçekleştirilmesi yolunda bir zorunluluk bulunmadığını, dolayısıyla ölüme bağı bağışlama hakkında kıyasen ölüme bağı tasarruf hükümlerinin uygulanmasını öngören BK. m. 240/f. 2 kuralının, ölüme bağı kazandırmayı amaçlayan tüm sağlar arası işlemlerde genel geçer bir ilke olarak kabul edilmemesi gerektiğini dile getirmiştir. Yargıtay'a göre, ölüme bağı kazandırmayı amaçlayan üçüncü kişi yararına sözleşme dahil, ölüm sonrasında etkili vekalet ve temsil yetkisi sağlama işlemleri de, BK. m. 240/f. 2 açısından değerlendirilmemelidir. Yargıtay, somut olayda miras bırakanın terekesinden herhangi bir kazandırma söz konusu olmadığını, aksine ölüme bağı üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin gündemde olduğunu savunmaktadır. Zira aracısız kazandırmalar, ölüme bağı bağışlama kavramı (BK. m. 240 kuralı) çerçevesi içinde toplanabilecek kazandırmalardır. Bu nedenle aracılı kazandırmalar, ölüme bağı bağışlama kavramı ve BK. m. 240 kuralı dışında tutularak, ayrı bir çatı altına, ölüme bağı üçüncü kişi yararına sözleşme çatısı altına sokulmalıdır. Yargıtay ilgili kararında, münferit kazandırmanın beraberinde getirdiği menfaatler çatışmasında tereke ilgililerinin çıkarı ile kazandırmada bulunan miras bırakanın çıkarının tutarlı bir biçimde uyumlu

<sup>94</sup> YHGK., 29.11.2006 T., 2006/3-754 E., 2006/757 K., (<https://www.kazancihukuk.com>, erişim: 03.10.2019).

hale getirilmesi gerektiğini ve aynı sonucun ölümüne bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme için de geçerli olduğunu vurgulamıştır. Burada hem ölümüne bağlı kazandırmanın amacına ulaşmasına yardımcı olmak üzere sağlar arası işlem hükümleri, hem de bu kazandırma türünün beraberinde getirebileceği sakıncalarına karşı tereke ilgilileri korunmalıdır. Yargıtay'a göre, uyuşmazlık konusu olayda, bir yandan hukuksal işlemin geçerliliğini kurtarıırken, diğer yandan tereke ilgililerinin (davacının) çıkarlarını da kollayan bir çözüm yolu benimsenmelidir. Böylece çatışan menfaatler arasında denge sağlanmış olur ve miras bırakanın son dilekleri ayakta tutularak hayata geçirilmesi sağlanır. Uyuşmazlık konusu olan hukuki işlem Yargıtay'a göre, davalının kabulünü gerektiren bir bağışlama değildir, aksine vasiyet benzeri kendine özgü bir kazandırma olup, ölümüne bağlı 3. kişi yararına sözleşme niteliğindedir. 818 sayılı eski BK. m. 111 (6098 sayılı TBK. m. 129), üçüncü kişi yararına sözleşmenin tabi olacağı şekli düzenlemiş değildir. Bununla birlikte, tarafların yapmak istedikleri sözleşme için kanun hangi şekli öngörmüşse, bunun üçüncü kişi yararına yapılması halinde de aynı şekle uyulmak gerekir. Temel ilişkisi bir vekalet olması durumunda da bu çözüm değişecek değildir. Dolayısıyla ilgili işlem, şekle bağlı değildir. Yargıtay'a göre, ölümüne bağlı üçüncü kişi yararına sözleşme, ölümüne bağlı kazandırmayı amaçlayan sağlar arası işlem olup, şekle bağlı olmaksızın gerçekleştirilebilmektedir. Zira hukuksal işlemi elden geldiğince kurtarıcı yorum ilkesi ve şekil kurallarının elden geldiğince dar tutulup, kıyas yoluyla yaygınlaştırılmaması yolundaki ana kural, bu tür yorumu gerektirmektedir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin bahsi geçen bu kararına ilk derece mahkemesi direnme kararı almıştır. Bunun üzerine, ilgili uyuşmazlık konusu tekrar Yargıtay'a taşınmış ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin açıklamış olduğu sebepleri haklı görerek, ilk derece mahkemesinin direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere; Yargıtay, ölümüne bağlı kazandırmayı içeren bir hukuki işlemin nitelendirilmesinde ve bu nitelendirmenin sonucunda uygulanacak hükümlerin saptanmasında öncelikle favor testamenti ilkesi uyarınca hukuki işlemi ayakta tutmaya çalışmaktadır. Bunun için de Yargıtay, ölümüne bağlı kazandırmaların mutlaka miras hukukunun geleneksel işlemleri (vasiyetname, miras sözleşmesi gibi) aracılığıyla yerine getirilmesi gerektiğini, bunun sağlar arası işlemlerle de mümkün olabileceğini dile getirmektedir. Yargıtay, hukuki işlemin nitelendirmesinde muris tarafından yapılan kazandırmanın terekeyi etkileyip etkilemediğini dikkate almış ve yapılan kazandırmanın



kişinin malvarlığını etkilediği sonucuna varmıştır. Yargıtay, murisin son arzularını ayakta tutmaya çalışarak ilgili işlemi, 3. kişi yararına sözleşme aracılığıyla gerçekleştirilen ölüme bağlı bir kazandırma olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla Yargıtay ilgili işlemi ölüme bağlı tasarruf (vasiyetname veya miras sözleşmesi) olarak nitelendirmeyerek, işlemin şekil yönünden sakatlığının ileri sürülerek iptal edilmesinin önüne geçmiştir. Böylece bir yandan hukuki işlemin geçerliliğini korurken, diğer yandan mirasçılarının (davacının) menfaatini de korumayı amaçlayan bir çözüm yolu benimsemiştir. Yargıtay, bahsi geçen olayda favor negotii ilkesine dayanarak, söz konusu kazandırmayı şekil şartlarına uyulmadan yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf işlemi yerine, sağlar arası bir hukuki işlem olarak nitelendirerek ayakta tutmaya çalışmıştır. Sonuç olarak; Yargıtay, murisin son arzusu olan ölüme bağlı kazandırmanın, somut olay adaleti ve tarafların menfaat dengesi gereği, amacına ulaşmasına yardımcı olmak üzere, onu geçersiz bir ölüme bağlı tasarruf yerine geçerli bir sağlar arası hukuki işlem olarak nitelendirerek, onun murisle birlikte yok olmasını engellemiştir.

### Sonuç

Ölüme bağlı tasarruflar ile sağlar arası hukuki işlemler arasında bir çok yönden farklılık bulunmaktadır. Bu farklılıklar; işlemin hukuki sonuçlarını doğurma anı, ehliyet ve şekil kurallarına ilişkin farklılıklar, yorum kurallarının farklı uygulanması, tasarruf özgürlüğü, geçersizlik yaptırımlarının farklılığı, hukuki işlemle bağlılığın yoğunluğu gibi sınıflandırılabilir. Bahsi geçen bu farklılıklar, hukuki işlemin nitelendirilmesinde yeterli sayıda ve yoğunlukta olmasına rağmen, somut olaya uygulandığında hakkaniyete ve favor testamenti ilkesine aykırı sonuçların doğmasına sebep olabilmektedir.

Doktrinde ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, bir hukuki işlemin sağlar arası hukuki işlemlerden ayrılarak, ölüme bağlı tasarruf olarak addedilebilmesi için somut kriter arayışları olmuştur. Bir hukuki işlemin yukarıda bahsi geçen farklılıkların birkaçını veya tümünü içermesi mutlaka bir ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayabilir. Söz konusu farklılıklar, bir hukuki işlemin ölüme bağlı tasarruf veya sağlar arası hukuki işlem olduğu yönünde sadece bir karine yaratmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, başlangıçta kararlarında tespit ettiği bu kriterleri hukuki işlemin nitelendirilmesinde fazlasıyla uygulamıştır. Ancak son zamanlarda vermiş olduğu kararlardan da anlaşılacağı üzere, mahkeme yine ayırım kriterinden (Abgrenzungskriterium) vazgeçmemekle



birlikte, onun sınırlarını genişletmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, hukuki işlemin nitelendirilmesinde kullandığı bu kriterleri, artık sadece yardımcı kriter olarak kullanmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında, daha çok somut olayın tüm hal ve koşullarını dikkate almakta ve özellikle tarafların (özellikle miras bırakanın) gerçek iradelerini araştırmaktadır. Diğer kriterler ise mahkemeye hukuki işlemin nitelendirilmesinde sadece yardımcı mahiyettedir. Böylece miras bırakanın son arzuları onunla birlikte yitip gitmemektedir. Alman Yüksek Federal Mahkemesi de vermiş olduğu emsal kararlar, miras bırakanın son arzusu uyarınca, mirasçılar karşısında lehine vasiyet yapılan kişinin hukuki durumunu güçlendirmektedir. Mahkeme, miras bırakanın iradesini mirasçıların talebi doğrultusunda geçersiz saymaktansa, favor testamenti ilkesi gereği mirasçılar ile lehine vasiyet yapılan kişinin menfaatlerinin çatışmasını engelleyerek hayatta tutmaktadır. Aynı şekilde Yargıtay da, miras bırakanın son arzularını ayakta tutmaya çalışarak, somut olay adaleti gereği, gerekirse ölüme bağlı tasarruf işleminin izlerini taşıyan hukuki işlemi, sağlar arası hukuki işlem olarak sağaltıp geçerliliğini sürdürmeye çalışmaktadır.

#### KAYNAKÇA

- ABT, Daniel/WEIBEL, Thomas: **Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich, 2007.
- ANTALYA, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012. [ANTALYA, (2012)]
- ANTALYA, Gökhan: **Miras Hukuku**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. [ANTALYA, (2009)]
- ANTALYA, Gökhan: **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1999. [ANTALYA, (1999)]
- ARBEK, Ömer: **Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ATLI, Banu: **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- AYAN, Mehmet: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- BARTHOLOMEYCZIK, Horst/SCHLÜTER, Wilfried: **Erbrecht**, 11. völlig

- neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1980.
- BREITSCHMID, Peter/EITEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEISER, Thomas/JUNGO, Alexandra Rumo: **Erbrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- BROX, Hans/WALKER, Wolf Dietrich: **Erbrecht**, 23. vollständig neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2009.
- BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter: **Beck'sche Kurz Kommentare: Erbrecht**, Band 65, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 06.10.2019)
- DURAL, Mustafa: **El Yazısı ile Vasiyetname (Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967. [DURAL, (1967)]
- DURAL, Mustafa: "İsviçre/Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 3, S. 4, Y. 2011, s. 165-173. [DURAL, (2011)]
- DURAL, Mustafa: **Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980. [DURAL, (1980)]
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku-Miras Hukuku**, C. 4, Yenilenmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- ERDOĞAN, İhsan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. [EREN, (2013)]
- EREN, Fikret: **Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966. [EREN, (1966)]
- EREN, Fikret/AKTÜRK, İpek Yücer: **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ESCHER, Arnold: **Das Erbrecht**, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1959.
- EULBERG, Michael Ott/EULBERG, Birgit/MALTE, B. Bartsch: **Erbrecht**

- und Banken**, 3. Auflage, NWB Verlag, Bonn, 2018. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 06.10.2019)
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- GAUTSCHI, Edwin: **Die öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen nach dem schweizerischen ZGB**, Gebr. Leemann Verlag, Zürich, 1932.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- GÜNAY, Erhan: **Miras Hukukunda Tenkis (İndirim) Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- HATEMİ, Hüseyin: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004. [HATEMİ, Miras Hukuku]
- HATEMİ, Hüseyin: “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 189-193. [HATEMİ, Miras Sözleşmeleri]
- HATİPOĞLU, Cihan Yüksel: **Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, Yeni Medeni Kanuna, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku: Yasal Mirasçılık, Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Mirasın Geçmesi, Mirasın Taksimi**, Gözden Geçirilmiş 6. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2006.
- JUNGO, Alexandra Rumo: **Tafeln und Fälle zum Erbrecht unter Berücksichtigung des internationalen Erbrechts, des Ehegüterrechts und des Partnerschaftsgesetzes**, 3. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2010.
- KAHRAMAN, Zafer: “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 4, s. 945-964.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

- KOYUNCU, Ferhat: **Sözlü Vasiyetname**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: **Miras Hukuku Dersleri, Mirasçılar-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın İntikali**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- MICHALSKI, Lutz: **BGB-Erbrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2001.
- MOSER, Walter: **Über die Abgrenzung der Rechtsgeschäfte von Todes Wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden**, Buchdruckerei Kradolfer, Biel, 1926.
- NIEDER, Heinrich: "Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod", **Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg**, 1996/7, s. 129-153.
- NIEDER, Heinrich/KÖSSINGER, Reinhard/KÖSSINGER, Winfried: **Handbuch der Testamentgestaltung, Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemassnahmen**, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2015. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 06.10.2019)
- OĞUZMAN, M. Kemal: **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984.
- ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. [ÖZTAN, (2012)]
- ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008. [ÖZTAN, (2008)]
- ROTHENFLUH, Alex: **Zur Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden (Eine Darstellung von Doktrin und Rechtsprechung mit einem Beitrag zur Problemlösung anhand eines neuen Abgrenzungsmerkmals)**, Juris Druck und Verlag, Zürich, 1984.
- RUHİ, Canan/RUHİ, Cemal: **Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Auflage, Band 10, Verlag C. H. Beck, München, 2017. (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 06.10.2019)

- SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. [SEROZAN, (2014)]
- SEROZAN, Rona: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 425-437. [SEROZAN, (1996)]
- SEROZAN, Rona: “Sağlararası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1015-1021. [SEROZAN, (2001)]
- SEROZAN, Rona: **Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979. [SEROZAN, (1979)]
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- STAGL, Jakob Fortunat: **Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten, Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz**, 2. überarbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2005.
- TEKDOĞAN, Aydın: **Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TURAN, Gamze: **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- TURANBOY, K. Nuri: **Miras Bırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- WITTMÜTZ, Annette: **Möglichkeiten des Erblassers, eine Einzelzuwendung auf den Todesfall vorzunehmen**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2006.
- YILDIRIM, Abdülkerim: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 8. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2018.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: **Medeni Hukuk**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/ERTAŞ, Şeref/GÜRPINAR, Damla: **Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

### KISALTMALAR

Abs.	Absatz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Art.	Artikel
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGE	Bundesgerichts-Entscheidungen
BGB	Bundesgesetzbuch
BGHZ	Bundesgerichtshof-Zivilsachen
BK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
C.	Cilt
E.	Esas
InsO	Insolvenzordnung
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Obligationenrecht
s.	sayfa
S.	Sayı
Rn.	Randnummer
T.	Tarih
TBK.	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	Medeni Kanun
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
YHD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	Zivilgesetzbuch

# EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE AİLE KONUTUNUN SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİ

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER\*

## ÖZ

*Türk Medeni Kanunu'nda, ailede kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olmak üzere, evliliğin genel hükümleri alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş ve aile konutu müessesesi Türk Hukukuna kazandırılmıştır.*

*Aile konutu eşlerin aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olup, hukukumuzda yeni bir müessesedir. Ancak Türk aile yapısı içinde aile konutu diğer ülkelerden çok daha önemli bir konuma sahiptir.*

*Aile konutu kural olarak evlilik birliğinin devamı süresince korunur. Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu, eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin o güne kadar devam eden yaşam tarzının muhafazasını mümkün kılmak amacıyla; 240, 254, 255, 270 ve 652. maddelerle bazı özel kurallar getirmiştir. Bu düzenlemeler gereği sağ kalan eş, aile konutunun mülkiyetinin veya konut üzerinde intifa veya oturma hakkının miras payına veya tasfiye alacağına mahsuben kendisine özgülenmesini talep edebilmektedir. Böylece aile konutu koruması evlilik ötesine taşınmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Evlilik Birliği, Aile Konutu, Sağ Kalan Eş, Özgüleme, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

## **ALLOCATION OF FAMILY RESIDENCE TO THE SURVIVING SPOUSE IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY**

### **ABSTRACT**

*In the Turkish Civil Code, special amendments have been made in the field of general provisions of marriage for ensuring gender equality. Also, the regime of participation in acquired property was accepted as statutory regime and the institution of family residence was brought to Turkish Law.*

*Family residence is the house which the spouses stated as the centre of family life and is a new institution in Turkish Civil Law. But in the Turkish family structure, the family residence is more important than other countries.*

\* Dr./sebnemnebioglu@hotmail.com

**ORCID ID:** 0000-0002-3827-6032

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682787

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 19/08/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 06/11/2019

*As a rule, the family residence is protected during the continuation of marriage. The Turkish Civil Code has established some special rules with art. 240, 254, 255 and 279 to ensure the preservation and continuity of the surviving spouse's standards of living up to that day after the death of a spouse. Accordance with these regulations, the surviving spouse can demand allocation of the residence or an entitlement of usufruct or right of habitation to the account of his/her inheritance share or the share of the liquidation. So the protection of the family residence is transported beyond marriage.*

**Keywords:** *Marriage Union, Family Residence, Surviving Spouse, Allocation, The Regime Of Participation In Acquired Property*

## Giriş

Birçok yabancı hukuk sisteminde daha uzun bir geçmişe sahip olan aile konutu müessesesi, Türk Hukuku'na 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kazandırılmış olan yeni ve önemli bir hukuki müessesedir. Uygulamada henüz çok işlevsel olarak kullanılmamakla birlikte, ailenin ve ülke koşulları nazara alındığında özellikle kadın eşin çocuklarıyla barınma hakkının korunması bakımından kavram, çok önemli bir noktada durmaktadır.

Kişilerin konut ile olan bağılıkları hemen tüm hukuk sistemlerinde yasal anlamda koruma altına alınarak, kişilik haklarından ve temel haklardan sayılmıştır<sup>1</sup>. Aile konutunun kaybı, genellikle kadın eş ve çocukların zarar görmesine neden olmakta, bu durumlarda Anayasa'nın 41.maddesindeki düzenlemeye rağmen, kadın ve çocukların korunması noktasında zafiyet yaşanmakta, mevzuatımızda yer alan özel kanun<sup>2</sup> hükümleri de, koruma fonksiyonunu alt yapı ve uygulama güçlükleri nedeniyle yeterince yerine getirememektedir. Bu açıdan aile konutu, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamındaki güvencelerin etkin şekilde sağlanması bağlamında ihdas edilmiş olan önemli bir müessesedir.

Türk Hukuku'nda yeni bir müessese olmasına rağmen, Türk aile yapısı içinde aile konutu belki de diğer ülkelerden çok daha önemli bir konuma

<sup>1</sup> ŞIPKA, (2004), s. 55.

<sup>2</sup> Ailenin korunması kapsamında önemli hükümler içeren özel bir düzenleme olan 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 08.03.2012 tarihinde kabul edilerek, 28239 sayılı ve 20.03.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



sahiptir. Bir konutun satın alınması veya konuttan kiralama suretiyle yararlanılması eşler için büyük sıkıntılara yol açmakta, büyük ekonomik fedakârlıklar ve emek gerektirmektedir. Bu anlamda aile konutu eşlerin müşterek yaşantılarının en önemli malvarlığı değerlerinden biridir. Eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu konut ekseninde gerçekleştirdiği gerçeği karşısında, aile konutu maddi değerinin yanı sıra inkar edilemeyecek manevi önemi haizdir<sup>3</sup>.

Evlilik birliğinde bu denli önemli olan aile konutu müessesesi, hukukumuzda ilk olarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş, ilgili hükümlerle, aile konutunun seçilmesi, aile konutu üzerindeki kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlerin geçerliliği<sup>4</sup> ve sağ kalan eşe miras ya da paylaşımından doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde aynı hak tanınması konularında yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Birliğin devamı sırasında; aile konutunun seçilmesi, kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlere konu olması hususunda getirilen düzenlemeler kadar, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi imkânı da, bu kapsamda getirilen önemli koruyucu düzenlemelerden birisidir.

Çekirdek aile tipinin giderek yaygınlaşması sonucunda, ailede eşlerin önemi artmış, bu da hem aile hem de miras hukuku alanlarında ve özellikle evliliğin ölümle son bulduğu hallerde, sağ kalan eşi koruyucu düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.<sup>5</sup> Gerçekten evlilik birliği içerisinde kişiye en yakın olan kimse eşi olup, eşler beraberce bir yaşam seviyesine ulaşmaktadır<sup>6</sup>. Eşlerin hayatında bu denli önemli olan varlıkların, birliğin son bulması

---

<sup>3</sup> KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 7.

<sup>4</sup> TMK 194. madde uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 3 vd.; ŞİPKA, (2004), s. 467 vd.; ÇABRİ, s. 405 vd.; KAMACI, s. 128 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 130 vd. Ayrıca TMK 194. maddede yer alan sınırlandırmanın hukuki niteliği hususundaki görüş ve tartışmalar için bkz. ŞİPKA, (2004), s. 137 vd.; KAMACI, s. 130 vd.; BARLAS, (2008), s. 338 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 132 vd.; ÇABRİ, s. 405 vd.; DOĞAN, (2002), s. 292; Şerhin etkisi ve hukuki niteliği hakkında bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 19 vd.; ŞİPKA, (2004), s. 155 vd.; GENÇ ARIDEMİR, s. 135 vd.; ÇABRİ, s. 408 vd.; DÖNMEZ, s. 350 vd.; DOĞAN, (2002), s. 294 vd.; BARLAS, (2004), s. 125; BAĞCI, s. 165 vd.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1999), Nr. 59. SEROZAN, s. 591 vd.; REİSOĞLU, s. 68.

<sup>5</sup> DOĞAN, (2003), s. 652.

<sup>6</sup> KARLI, s. 890.

halinde kimin kullanımında kalacağı, özellikle, konutun mülkiyeti kendisinde olmayıp ekonomik yönden de güvenceli durumda olmayan eş açısından büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda, sağ kalan eşin korunmasının gerekliliğini nazara alan Türk Medeni Kanunu, 240. madde ile edinilmiş mallara katılma rejiminde, 255. madde ile paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, 279. madde ile mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesini düzenlemiştir. Aynı amaçla 652. maddede sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mirasçılık sıfatına bağlı bir yasal, aynı talep hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşımlı mal ayrılığı rejimine özgü olarak TMK 254. maddede düzenleme altına alınmıştır. TMK’da yer alan mal ayrılığı rejimi ise, eşlerin ekonomik menfaatlerinin tamamen birbirinden ayrı tutulduğu ve eşler arasındaki finansal bağımsızlığın tasfiye aşamasına da yansıtıldığı bir rejim olması nedeniyle, bu rejimde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi düzenlemesini içeren bir hükme yer verilmemiştir.

Tüm hukuk sistemlerinde temel haklardan sayılarak koruma altına alınan barınma hakkı kapsamında, aile hayatı için yadsınamayacak bir değeri haiz olan aile konutunun, ülkemizdeki evliliklerin ekserisinde yasal mal rejimi olarak geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında sağ kalan eşe özgülenmesi müessesesini inceleyeceğimiz çalışmamızda, mal rejimlerine ilişkin düzenlemeler hakkında genel bilgi verildikten sonra, sırasıyla sağ kalan eşe aile konutu üzerinde aynı hak tanınmasının koşulları, hüküm ve sonuçları ile maddede yer alan hakkın hukuki niteliği hususunda açıklamalarda bulunulacak, TMK 240. madde kapsamındaki özgüleme taleplerinde yetkili ve görevli mahkeme noktasındaki değerlendirmeler üzerinde durulacak ve diğer mal rejimlerindeki özgüleme koşulları ile benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması ile çalışma sonlandırılacaktır. Bu bağlamda, önemli bir müessese olmasına rağmen Türk Hukuk uygulamasında önem ve mahiyetinin henüz tam olarak ortaya konulmadığı düşünülen aile konutuna ilişkin düzenlemelerin, ayrıntıları ile değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

## **I – Türk Hukukunda Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Yasal Mal Rejimi**

Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Bu birliğin kurulmasıyla eşler arasında kişisel ilişkilerin yanı sıra mali ilişkiler de başlar. Eşlerin malvarlıkları üzerindeki hak sahipliği, bu malvarlığı değerleri üzerinde evlilik süresince yararlanma, tasarruf ve yönetim yetkileri, bu değerler çerçevesinde eşlerin üçüncü kişilerle ilişkilerinin yanı sıra, evlilik birliğinin

son bulması halinde bu malvarlığı değerlerinin akıbeti de üzerinde önemle durulması gereken bir konudur<sup>7</sup>.

Tüm bu sorulara mal rejimi hukuku kuralları çevresinde yanıt bulmaya çalışılmış, zamana ve toplumun ihtiyaçlarına paralel olarak farklılık arz eden mal rejimi kural ve çeşitleri ihdas edilmiştir<sup>8</sup>. Bu bağlamda medeni kanunlarda çeşitli mal rejimi sistemleri öngörülmüş ve özel hukuk alanında kural olan irade serbestisi ilkesine bağlı kalınarak, eşlere öngörülen seçimlik rejimlerden birini belirleme olanağı tanınmıştır. Eşlerce bir tercih yapılmamış olması halinde ise, eşlerin iradeleri tamamlanarak, bu rejimlerden birisinin seçilmiş olacağı kabul edilmiş ve belirlenen bu rejim “yasal mal rejimi” olarak adlandırılmıştır<sup>9</sup>.

Türk Hukuku’nda da eşlere tabi olacakları mal rejimini belirleme imkanı tanınmış olmakla beraber, genel eğilime uyularak yasal bir mal rejimi de kabul edilmiştir. Bu kabul 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi (TKM) döneminde “mal ayrılığı” şeklinde ortaya konulmuştur<sup>10</sup>. Mal ayrılığı rejimi, çağdaşlarına göre, özellikle kadın erkek eşitliğinin sağlanması noktasında ileri bir düzenleme olan TKM’de, kadın eşin hak kaybına uğramaması mülahasasıyla kabul edilmiş olmakla beraber, ülkedeki sosyal yapı ve geleneklerin uygulamada kadın aleyhine bir durumun ortaya çıkmasına neden olması sebebiyle ve dünya genelinde yaygınlaşan kadın erkek eşitliği düşüncesinin de etkisiyle, mal rejimi düzenlemelerinde değişiklik yapma ihtiyacı doğmuştur<sup>11</sup>. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, edinilmiş mallara katılma, mal ortaklığı, mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığı olmak üzere dört ayrı mal rejimi sistemi öngörülerek, edinilmiş mallara katılma sistemi yasal mal rejimi olarak benimsenmiştir<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> SARI, s. 1 vd.

<sup>8</sup> ACAR, s. 13; ÖZTAN, (1981), s. 55 vd.

<sup>9</sup> BÜYÜKTANIR, s. 6.

<sup>10</sup> TKM’de yer alan mal rejimi sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, s. 211 vd.

<sup>11</sup> BAŞPINAR, (1999), s. 52.

<sup>12</sup> Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin lehte ve aleyhte yapılan eleştiriler için bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 147; ULUSAN, s. 105; SAYMEN/ELBİR, s. 163; ŞİPKA, (1995), s. 360; KILIÇOĞLU, (1997), s. 41; AKINCI, s. 28 vd.; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 738; MOROĞLU, s. 5 vd.; GÜRKAN, s. 324; ODENDAHL, s. 475 vd.; HATEMİ, s. 94. Yazar bu sistem yerine, mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak benimsenmesi ve rejimin tasfiyesinde, evliliğin süresi ile kadın eşin durumu nazara alınarak, kadın eş değişen oranlarda bir boşanma tazminatı alacağı öngörülmesi suretiyle somut olay adaletine

Kanun koyucu yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini kabul ederken, hukukumuzda yeni bir müessese olan aile konutunu da, diğer hukuk sistemlerindeki değişiklikleri de nazara alarak, yasal mal rejimi çerçevesinde düzenleme gereği duymuştur.

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında TMK 240. madde hükmüyle, evliliğin ölümle son bulması halinde sağ kalan eş korunmaya çalışılarak, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, aile konutu ve ev eşyası üzerinde lehine aynı hak tesis edilmesini talep hakkı tanınmıştır. Evlilik birliğinin devamı sırasında da önemi nedeniyle koruma altına alınan aile konutunun, birliğin son bulması halinde kimin kullanımında kalacağı, özellikle konutun mülkiyeti kendisinde olmayıp ekonomik yönden de güvenceli durumda olmayan eş açısından büyük önem arz etmektedir. Diğer eşin ölümü sonrasında, sağ kalan eşin yeni bir yere yerleşmek ve yeni bir çevre edinmek ve ölen eşiyile birçok anılarını paylaştığı konutu terk etmek durumunda kalmak suretiyle, o ana kadar mevcut olan müşterek hayat tarzının önemli ölçüde değişmesinin sakıncalarından sağ kalan eşin korunmasının gerekliliğini nazara alan Türk Medeni Kanunu, 240. maddesi ile sağ kalan eşe o ana kadarki yaşantısını koruyabilme olanağı sağlamak<sup>13</sup>, sağ kalan eşin, evlilik birliği içerisindeki sosyal ve ekonomik durumunun eşinin ölümü sonrasında da devam etmesini mümkün kılmak ve kalan ömrünü, eşiyile uzun yıllar birlikte yaşadığı, acı ve tatlı birçok hatıralarla dolu aile konutunda, anılarıyla geçirmesine olanak sağlamak amacıyla, aile konutu üzerinde sağ kalan eşin aynı talep hakkı olduğunu düzenlemiştir<sup>14</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin üzerinde temellendirildiği ana ilkelerden ikisi; eşlerin mülkiyet haklarının ayrı oluşu ve tasfiye sonucunda doğacak olan katılma alacağının sadece borçlar hukukuna ilişkin bir alacak hakkı oluşturmasıdır<sup>15</sup>. Bu husus, TMK 240. maddenin gerekçesinde de “*edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağı istemi, ilke olarak belirli*

---

daha uygun bir çözüm tarzı benimsenebileceğini ifade etmektedir. İleri sürülen bu eleştiriler TMK'nın kabulü aşamasında, Yürürlük Kanunu'nun onuncu maddesiyle yumuşatılmaya çalışılmıştır. Mal rejimleriyle ilgili hükümlerin yürürlüğüne ilişkin esaslar için bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 280 vd.; ZEYTİN, Kadın Erkek Eşitliği, s. 1667 vd.; İPEKÇİ, s. 52 vd.

<sup>13</sup> Bu amaç TMK 240. maddenin gerekçesinde de belirtilmiş olup, gerekçe için bkz. EM/ SÖZEN/KAÇAK/YILMAZ, s. 301; GENÇCAN, Türk Medeni Kanunu, s. 1950.

<sup>14</sup> KAPUSUZ, s. 25.

<sup>15</sup> GÜMÜŞ, (2008), s. 402.

*malların özgülmesi hakkını kapsamaz*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir<sup>16</sup>. TMK 240. madde ile katılma alacağıın nakdi olarak talep olunabileceği kuralına bir istisna getirilerek, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde aynı hak talep edebilme imkânı düzenlenmiştir. Bu imkân, edinilmiş mallara katılma rejiminde, hak sahibi olan eşin sadece alacak hakkına sahip olması kuralının tek istisnasıdır<sup>17</sup>. Talep edilebilecek bu aynı hak intifa, oturma veya haklı sebeplerin varlığı halinde mülkiyet olabilecektir.

Bunun yanı sıra, Türk Hukukunda seçimlik mal rejimi olarak yer verilen diğer rejimler kapsamında da aile konutunun özgülmesine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiş; TMK 255. madde ile paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, 279. madde ile de mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesi imkânı tanınmıştır. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşımlı mal ayrılığı rejimine özgü olarak TMK 254. maddede düzenleme altına almıştır. Böylece, özellikle eşinin ölümüyle desteğini kaybeden eş korunmuş ve evlilik birliğinin dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü, evliliğin son bulmasının ötesine taşınmaya çalışılmıştır.

## **II - Sağ Kalan Eş Lehine Aile Konutu Üzerinde Aynı Hak Tanınmasının Koşulları**

### **1 - Eşler Arasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geçerli Olması**

Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olup olmadığının saptanması TMK 240. maddenin uygulanabilmesi açısından tespiti gerekli ilk koşul olup, eşler arasında bu mal rejimi ya evlenmeyle ya da eşlerin daha önceden tabi oldukları seçimlik rejimden vazgeçmeleri suretiyle başlar.

TMK 202. madde hükmü gereğince, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıl olup, eşlerin diğer seçimlik rejimlerden birini belirlememeleri durumunda, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, evlenme anından itibaren evlilik birliğinde geçerli sayılan mal rejimi olacaktır.

---

<sup>16</sup> EM/SÖZEN/KAÇAK/YILMAZ, s. 301.

<sup>17</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 201.

Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başlamasının bir diğer yolu, daha önce tabi oldukları seçimlik rejimden vazgeçmeleridir. Eşler TMK 205. madde hükmü uyarınca, evlenmeden önce noterde düzenleme veya onaylama şeklinde tanzim edecekleri ya da evlenme başvurusu esnasında evlendirme memurluğuna yazılı bildirimde bulunmak suretiyle yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle TMK'da öngörülen sözleşmesel rejimlerden birine tabi olabilirler. Ancak yasal mal rejimi dışında bir mal rejimini tercih etmiş olan eşler de, TMK 208. madde hükmü uyarınca her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler. Bu anlamda eşler daha önce belirledikleri seçimlik rejimden vazgeçip başka bir rejim belirlemedikleri takdirde, vazgeçmeye ilişkin sözleşme anından itibaren yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olurlar<sup>18</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme nedenlerine ise mal rejiminin sona erme nedenlerini düzenleyen TMK 225. maddeden yola çıkılarak ulaşılabilmektedir. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden birinin ölümü, başka bir mal rejiminin kabulü, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığının geçilmesine karar verilmesi hallerinde sona erecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin en yaygın sona erme hali, rejimin ölümle sona ermesidir. Eşlerden birinin ölümüyle evlilik birliği sona erer ve buna paralel olarak mal rejiminin de son bulduğunun kabulü gerekir. Ölümün yanı sıra ölüme benzer sonuçlar doğurduğu kabul edilen hallerde de edinilmiş mallara katılma rejimi son bulmuş sayılır. Bu durumlar TMK'nın 31 ve 32. maddelerinde düzenlenmiş olan ölüm karinesinin işlediği ve gaiplik kararının verildiği hallerdir.

Sağ kalan eşin, TMK 240. maddede yer alan talep haklarından yararlanabilmesi için, evliliğin ölümle son bulduğu anda eşler arasında bu rejimin uygulanıyor olması gerekmektedir<sup>19</sup>.

Eşler daha önce edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olsalar bile, eşin ölüm tarihi itibarıyla başka bir mal rejimi kabul edilmiş<sup>20</sup> veya hâkim

<sup>18</sup> KILIÇOĞLU, (2011), s. 89 vd.

<sup>19</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 240; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 61; GÜMÜŞ, (2008), s. 403; DOĞAN, (2003), s. 655 vd.; ZEYTİN, (2005), s. 231.

<sup>20</sup> Eşler, yasal mal rejimine tabi olmak istemiyorlarsa, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer seçimlik rejimlerden birisini de kabul edebilirler. Bkz. TMK md.202/II.

kararıyla başka bir mal rejimine geçilmişse<sup>21</sup>, artık TMK 240. madde hükmünün uygulanması mümkün değildir. Ülkemiz açısından TMK 240. madde hükmünün uygulanabilme olanağı oldukça fazladır. Zira mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığı yaygın olmayan ülkemizdeki evliliklerin ekserisi, bu yasal mal rejimine tabidir.

## 2 - Mal Rejiminin Ölümle Son Bulmuş Olması

TMK 240. madde hükmünün uygulanma koşullarından bir diğeri, eşler arasında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, eşlerden birisinin ölümüyle son bulmuş olmasıdır<sup>22</sup>. TMK 240. madde metninde açıkça “*sağ kalan eş*” ve “*ölen eş*” kavramlarının kullanılması da bu hususa işaret etmektedir. Evliliğin ölüm dışındaki nedenlerle son bulması halinde madde uygulama alanı bulmaz<sup>23</sup>.

Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin diğer sona erme nedenleri arasında saydığımız evliliğin boşanma veya iptal ile son bulması, eşler arasında anlaşılarak sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçilmesi veya hâkim kararıyla eşler arasındaki rejimin mal ayrığına dönüşmesi hallerinde, TMK 240. maddedeki imkânlardan yararlanılması söz konusu değildir<sup>24</sup>. Bu durumda, yani diğer sona erme hallerinde, eşlerin yararlanabilecekleri tek hüküm TMK 226/II. madde hükmü olup, bu hüküm de ancak aile konutunun eşler arasında paylı mal niteliğinde olması halinde uygulama alanı bulabilir<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> TMK'nun 206 vd. maddelerinde olağanüstü mal rejimi düzenlenmiş olup, haklı bir sebebin varlığı halinde, eşlerden birisinin talebi üzerine, hâkim kararıyla mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülebilmesi imkânı getirilmiştir. Haklı sebep olarak nitelendirilebilecek olan hususlar da örnek kabilinden yasada belirtilmiştir. Bkz. TMK md. 206/II.

<sup>22</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 84; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 61; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 45; GÜMÜŞ, (2008), s. 403; DOĞAN, (2003), s. 656; ZEYTİN, (2005), s. 231; HACISALİHOĞLU, s.46; KAPUSUZ, s. 28; YAĞCIOĞLU, s. 109.

<sup>23</sup> Aile konutu üzerinde TMK 240. maddeye dayalı talep haklarının, yalnızca ölüm halinde kullanılacak şekilde düzenlenmesi doktrinde bir kısım yazarlarca eleştirilmekte, ülkemizdeki evliliklerin birçoğunda edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olmasına rağmen, evliliklerin sona erme sebepleri arasında önemli bir yekûn tutan boşanma halinde, aile konutunun akıbetinin ne olacağı konusunda bu rejim içinde bir düzenleme getirilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu belirtilmektedir. Bkz. ŞEKER, Boşanma, s. 476; ŞİPKA, (2004), s. 101 vd.; MOROĞLU, s. 129; KAPUSUZ, s. 29; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 442; DEMİR, Evli Kadın, s. 60.

<sup>24</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 84; YAĞCIOĞLU, s. 109; DOĞAN, (2003), s. 656; GÜMÜŞ, (2008), s. 403; SARI, s. 283; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 441; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 24.

<sup>25</sup> YAĞCIOĞLU, s. 109.



Ölümün yanı sıra, ölüme benzer sonuçlar doğuran, ölüm karinesinin işlediği veya gaiplik kararı verildiği durumlarda da, TMK 240. madde hükmünün uygulanma koşullarının oluştuğu kabul edilir<sup>26</sup>. TMK 31. madde gereğince, bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacak, yine TMK 32. madde uyarınca, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilecektir. TMK'nın ölüm gibi sonuç doğurduğunu kabul ettiği bu hallerde de TMK 240. madde hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak, gaiplik halinde gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshine karar verilmiş olmaması halinde, sağ kalan eşin TMK 240. maddede yer alan aynı talep haklarından yararlanıp yararlanmayacağı doktrinde tartışmalıdır<sup>27</sup>.

Kanaatimizce, TMK 131/I. maddenin “*mahkemeye evliliğin feshine karar verilmedikçe*” şeklindeki açık hükmü ve salt gaiplik kararı verilmesinin evliliğin sona erme sebebi olmaktan çıkarılması vakıası karşısında, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin feshi kararı da verilmedikçe, TMK 240. madde hükmünden istifade imkânı bulunmayıp, gaiplik nedeniyle evliliğin feshinde, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber alınma tarihinden itibaren katılma rejiminin son bulunduğu kabulü gerekir.

<sup>26</sup> DEMİRBAŞ, s. 893; KILIÇOĞLU, (2004), s. 211.

<sup>27</sup> Gaiplik kararı ile birlikte evliliğin feshi kararı alınmadıkça, gaiplik kararı tek başına evliliğin sona ermesine yol açmayacağı için, TMK 240. madde hükmünden istifade edilemeyeceği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 211. Kılıçoğlu, gaiplik kararının evliliğin nüfus siciline feshinin işlenmesi suretiyle evliliğe son verme sebebi olmaktan çıkarıldığını, TMK m.131'de yer alan “*Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemeye evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.*” hükmünden hareketle, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin feshinin de talep edilmediği hallerde, evlilik birliğinin ve dolayısıyla mal rejiminin varlığını devam ettireceğini, bu nedenle ancak gaiplik kararı ile birlikte evliliğin feshinin de talep edilmiş olması ihtimalinde TMK 240. madde hükmünün uygulanabileceğini ifade etmektedir.; TMK md. 240'ın uygulanabilmesi için evliliğin feshi kararını arayan ve gaiplik kararıyla birlikte kendiliğinden mal ayrılığına geçileceği yönündeki görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 403, dp. 409.; Buna karşın, katılma rejiminin başka sona erme nedenlerinin de bulunup, evliliğin devam ediyor olmasına rağmen, mal rejiminin tasfiyesinin mümkün olabileceği, evliliğin feshinin talep edilmediği durumlarda da mal rejiminin sona ermiş sayılması gerektiği, zira mal rejimi tasfiye edilmedikçe mirasın paylaşılmasının da mümkün olmayacağı, oysa miras paylarının ve terekenin tespiti açısından öncelikle mal rejiminin tasfiyesinin gerekeceği ve TMK 240. madde hükmünden yararlanılabilmesi için, gaiplikle birlikte evliliğin feshi kararı alınması koşulunun aranmaması doğrultusundaki diğer görüşler için bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 403, dpn. 621; DOĞAN, (2003), s. 656; YAĞCIOĞLU, s. 110 vd.



Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesine ilişkin kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, TMK 240. maddenin evliliğin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde de uygulanabileceği yönünde düzenleme getirip getiremeyecekleri hususu da doktrinde tartışmalıdır<sup>28</sup>. Kanaatimizce, TMK 240. maddenin, bu hükümde öngörülen imkânın ölüm halinde kullanılabilmesine ilişkin açık lafzı ve Kanunda diğer sona erme nedenleri olan boşanma veya evliliğin iptali haline ilişkin olarak paylaşmalı mal ayrılığı rejimine münhasır bir düzenleme getirilmiş olması karşısında, eşlerin aile konutunun özgülenmesi imkânını, evliliğin ölüm dışındaki diğer sona erme hallerini de kapsayacak şekilde genişletebileceklerinin kabulü mümkün değildir. Ayrıca, mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığı yaygın olmayan ülkemiz açısından, bu tartışmanın pratik bir faydasının olmayacağı da aşikârdır. Yargıtay da birçok kararında, TMK 240. maddedeki düzenlemelerin ancak evliliğin ölümle sona ermesi halinde uygulanabileceği görüşünü ifade etmiştir<sup>29</sup>.

Bununla birlikte aile konutunun, evliliğin en az ölüm kadar yaygın bir sona erme nedeni olan boşanma ile sona ermesi durumunda nasıl değerlendirileceğine ilişkin bir düzenlemenin TMK'da yer almaması büyük bir eksikliklerdir. Bu hususta İsviçre Medenî Kanunu'nun 121. maddesinde yer alan hükme benzer bir düzenlemenin TMK'daki aile konutuna ilişkin hükümler arasına eklenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, TMK 240. maddenin evliliğin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde de uygulanabileceği yönünde düzenleme getirebilecekleri yönünde bkz. KAPUSUZ, s. 29; ZEYTİN, (2005), s. 231; Yazar evliliğin boşanma veya iptalle sona ermesinde TMK md.240'ın kıyasen uygulanamayacağını, ancak eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile yaptıkları düzenlemelerin saklı olduğunu belirtmektedir.; Bu hakkın kullanılmasının diğer sona erme nedenleri açısından mal rejimi sözleşmesi ile geçerli hale getirilemeyeceği hususunda bkz. ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 441; GÜMÜŞ, (2008), s. 409.

<sup>29</sup> Y.2.H.D., 03.11.2003 tarih, 2003/13969 E., 2003/14709 K. sayılı kararı için ve Y.2.H.D., 06.3.2003 tarih, 2003/1908 E., 2003/3062 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası; Y.2.H.D., 22.03.2005 tarih, 2005/1615 E., 2005/4471 K. sayılı kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası.

<sup>30</sup> İsviçre Medenî Kanunu'nun 121. maddesinde, evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda eşlerden birinin çocuklar veya diğer önemli nedenlerle aile konutuna muhtaç olması halinde, mahkemece kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, ihtiyacı olan eşe devredilebileceği; aile konutunun eşlerden birisine ait olması halinde ise, mahkemece diğer eşe aynı koşullar ve uygun tazminat mukabilinde veya nafaka borcuna mahsuben, belirli bir süreyle sınırlı oturma hakkı tanınmasına karar verilebileceği, önemli nedenlerin ortaya çıkması durumunda ise tanınan bu hakkın sınırlandırılabilirliği veya tamamen kaldırılabilirliği hususu düzenlenmektedir.

### 3- Aile Konutunun Ölen Eşin Mülkiyetinde Bulunması

#### A- Özgüleme Talebinin Yönelildiği Konutun Niteliği

TMK 240. madde hükmünün, sağ kalan eşin mevcut hayat tarzını eşinin ölümünden sonra da devam ettirebilmesini sağlama amacı dikkate alındığında, sağ kalan eşe tahsis edilecek konutun, diğer eşin ölümü tarihinde birlikte yaşadıkları konut olduğu açıktır. Madde metninde kullanılan “ölen eşine ait olup” ifadesi de, talebe konu edilen konutun mülkiyetinin ölen eşe ait olması gerekliliğine işaret etmektedir<sup>31</sup>. Konutun mülkiyetinin ölen eşe ait olması koşulu aranmakla beraber, aile konutunun ölen eşin edinilmiş veya kişisel malı olmasının önemi bulunmamaktadır<sup>32</sup>.

Sağ kalan eş, talebini aile konutuna ilişkin olarak kullanabilir. Bu konut evlilik birliğinin sona erme anı itibariyle eşlerin yaşadıkları konut olup, bu husus madde metninde “birlikte yaşadıkları konutta” ifadesiyle belirtilmiştir. Her ne kadar TMK 240. maddenin kenar başlığında “aile konutu” ifadesine yer verilmişse de madde metninde “birlikte yaşadıkları konut” ibaresinin yer alması nedeniyle, maddede yer alan konutun yalnızca aile konutuna mı işaret ettiği, yoksa eşlerin konutu diye adlandırılan diğer konutları da kapsayacak şekilde mi yorumlanması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>33</sup>.

Kanaatimizce; maddenin uygulama alanının eşlerin birlikte yaşadıkları, müşterek hayatlarının merkezi haline getirdikleri ve kaybı halinde sağ kalan eşin barınma hakkının zarar görüp, hayat standardının olumsuz yönde

---

Madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 13 vd.; ŞEKER, Boşanma, s. 474

<sup>31</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 84; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 45; YAĞCIOĞLU, s. 99; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403; DOĞAN, (2003), s. 659.

<sup>32</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 84; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 45; YAĞCIOĞLU, s. 99; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 403; DOĞAN, (2003), s. 659; ZEYTİN, (2005), s. 234; Ayrıca bkz. DEMİR, 4721 sayılı Kanunu, s. 133 vd.; ACABEY, (2007), s. 491 vd.; Ancak doktrinde, aile konutunun yalnızca ölen eşin edinilmiş malı olması halinde mal rejimi hükümlerine göre aynı hak talep edilebileceği; kişisel mal olması halinde ise miras hükümlerinin uygulanabileceğini belirten yazarlar da vardır. Bkz. ACABEY, (1998), s. 145 - 146.

<sup>33</sup> Maddenin uygulama alanının aile konutu ile sınırlı olmayıp, bu madde anlamında konut kavramının daha geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 412; ZEYTİN, (2005), s. 233; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 34; YAĞCIOĞLU, s. 99; Yazar, somut olayın özelliklerine göre yorum yapılarak, aile konutunun geniş anlamda, yani sağ kalan eş lehine yorumlanması gerektiğini, ancak ikincil nitelikteki konutların bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Karşı yöndeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 84; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 45-46; DOĞAN, (2003), s. 661.

etkileneyeği konutlar dışındaki konutları kapsayacak şekilde genişletilmesi maddenin amacına uygun olmadığı gibi, ölen eşin diğer mirasçıları aleyhine aşırı bir hak sınırlaması oluşturur. Madde başlığında aile konutu ifadesinin kullanılmasına karşın, madde metninde eşlerin birlikte yaşadıkları konut ibaresine yer verilmesinden yola çıkılarak aksi sonuca varılması aile konutu kavramının özüne aykırıdır. İkincil konut kapsamında değerlendirilen ve tatil, eğlence ya da dinlenme amacıyla kullanılan yazlık, dağ evi, devre mülk gibi konutlar ise her halükarda TMK 240. maddenin uygulama alanı dışındadır<sup>34</sup>.

### **B- Ölen Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hak Sahipliğinin Türleri**

Maddenin uygulanma şartları arasında, konutun ölen eşin mülkiyetinde bulunması koşulu aranmış ancak, bundan nasıl bir hak sahipliğinin anlaşılması gerektiği madde metninde belirtilmemiştir. TMK 240. maddede yer alan “*ölen eşe ait olma*” ifadesinin, ölen eşin kısmen de olsa konuta sahip olması şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Zira 1984 tarihli TMK tasarısında da, “*kısmen veya tamamen ölen eşe ait olması*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hususun TMK 240. maddede belirtilmemesinin nedeni, kanaatimizce kanun koyucunun kasıtlı susması şeklinde yorumlanmamalı, bilakis, maddenin sağ kalan eşin koruma amacı çerçevesinde yorum yapılarak hüküm, ferdi mülkiyet dışında maddenin özüne uygun olan diğer bir kısım hak sahipliği hallerini de kapsayacak şekilde ele alınmalıdır.

Aile konutunun ölen eşin ferdi mülkiyetinde olması durumunda TMK 240. madde hükmü kolaylıkla uygulama alanı bulabilecektir. Asıl sorun aile konutu üzerinde eşlerin veya ölen eşle beraber bir üçüncü kişinin elbirliği veya paylı mülkiyet şeklinde birlikte malik olma ihtimalleridir.

Aile konutu üzerinde eşlerin paylı mülkiyete sahip olmaları halinde, sağ kalan eşin TMK 240. maddede belirtilen talep haklarını kullanması mümkündür. Ancak sağ kalan eşin, ölen eşle konutun paylı mülkiyetine sahip olması halinde başvurabileceği tek hüküm TMK 240. madde hükmü değildir. Aile konutu üzerinde eşlerin paylı mülkiyet sahibi olmaları halinde, eşlerden birisinin, daha üstün bir yararı olduğunu ispat ederek, diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebileceğini öngören TMK 226. madde düzenlemesi karşısında, sağ kalan eş, isterse TMK 226. madde hükmünden yararlanıp, ölen eşin terekesinde yer alan mülkiyet payının bedelini ödemek suretiyle aile konutunun bir bütün halinde kendisine

---

<sup>34</sup> YAĞCIOĞLU, s. 99.

verilmesini talep edebilir. Burada hakların yarışması söz konusu olup, sağ kalan eşin TMK 226. maddede yer alan imkânı kullanması halinde, TMK 240. madde hükmü uygulanamaz<sup>35</sup>.

Aile konutunun ölen eşle birlikte üçüncü bir kişinin paylı mülkiyetinde olması durumunda, sağ kalan eşe paylı mülkiyet konusu olan aile konutu üzerinde aynı hak tanınması hususu tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce, sağ kalan eşin TMK 240. maddeye dayanan bir talepte bulunması, üçüncü kişilerin hukuki durumunda bir değişikliğe neden olmuyorsa, sağ kalan eşin TMK 240. madde kapsamında konut üzerinde lehine aynı hak tesisini talep edebileceğinin kabulü gerekir<sup>36</sup>.

Esasen aile konutunun ölen eşle beraber veya her iki eşin yanı sıra üçüncü kişilerin paylı mülkiyetinde olması halinde; TMK 693, 689/I ve 695/II.<sup>37</sup> madde hükümlerinin nazara alınması suretiyle bir değerlendirme yapılması durumunda, sağ kalan eşin paylı mülkiyet ilişkisindeki üçüncü kişilere zarar vermeksizin ve onların hukuki durumlarında değişiklik yapmaksızın, aile konutu üzerinde lehine aynı hak tesisini talep edebileceği sonucuna varmak mümkündür. Eşler ve üçüncü kişiler arasında, ölen eşin sağlığında, paylı malın kullanımına ilişkin bir anlaşmanın olması, sorunun daha kolay çözümünü sağlayabilecek, anlaşma olmaksızın paylı malın aynı tarzda kullanıla gelmiş olması halinde de, örtülü bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek, özgüleme konusunda aynı yorum tarzının benimsenmesi yerinde olacaktır.

<sup>35</sup> YAĞCIOĞLU, s. 99; KILIÇOĞLU, (2004), s. 85; DOĞAN, (2003), s. 660; GÜMÜŞ, (2008), s. 414.

<sup>36</sup> Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 85.; YAĞCIOĞLU, s. 101 vd.; Yazar, paylı mülkiyet konusu dubleks bir aile konutunda, üst katta paydaş olan eşlerin alt katta ise paydaş olan üçüncü kişilerin oturuyor olması halinde, eşlerden birinin vefatıyla sağ kalan eşin üst kat bakımından TMK 240. maddeye dayanarak talepte bulunabilmesini veya paylı mülkiyet konusu olan geniş bir aile konutunda eşlerin paydaş olduğu iki farklı ailenin oturup, bir ailedeki eşin ölümüyle sağ kalan eşin yararlandığı bölüm hakkında TMK 240. madde uyarınca talepte bulunmasını bu duruma örnek olarak göstermiştir. Bu durumda sağ kalan eşin TMK 240. maddeye dayanan bir talepte bulunması imkanı olmadığını, zira sağ kalan eşin, ölen eşin payının kendisine devri ile, payına dayanarak paylı mülkiyet konusu konutu tek başına kullanamayacağını, bu durumda üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilebileceğini, her ne kadar eşler evlilik birliğinin devamı boyunca aile konutunu üçüncü kişilerin haklarıyla bağdaşır bir şekilde kullanmış iseler de, paylı mülkiyete dair kullanma düzeninin her an değişebileceğinin gözden uzak tutulamayacağını belirten görüş için bkz. KAPUSUZ, s. 41 vd.; ZEYTİN, (2005), s. 234; DOĞAN, (2003), s. 660; SARI, s. 285.

<sup>37</sup> TMK'nın belirtilen maddeleri kapsamında; paylı mülkiyet ilişkisindeki her paydaş, diğerlerinin haklarıyla bağdaştığı ölçüde paylı maldan istifade edebilecek, paydaşlar paylı maldan yararlanma biçimini oybirliğiyle kararlaştırabilecek ve paylı malın sürekli kullanım tarzı, paydaşlar arasında örtülü bir anlaşmanın varlığına işaret edebilecektir.

Aile konutunun ölen eşle sağ kalan eş arasında elbirliği mülkiyetine tabi olması halinde de, sağ kalan eşin TMK 240. maddeye dayanan talep hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. Ancak, ölen eşin üçüncü kişi veya kişilerle aile konutuna ilişkin olarak elbirliği mülkiyeti ilişkisi içinde olması durumunda, sağ kalan eşin TMK 240. madde uyarınca özgüleme talebinde bulunamayacağı hususunda doktrindeki yazarların neredeyse tamamı arasında görüş birliği vardır<sup>38</sup>.

Aile konutunda ölen eşin hak sahipliği kapsamında, ölen eşin aile konutu üzerinde sınırlı bir ayni hakka sahip olması ihtimali üzerinde de durulması gerekmektedir. İntifa, oturma ve üst hakkı gibi sınırlı ayni haklar bu kapsamda değerlendirilebilir. İntifa ve oturma hakkı, ölen eşin kişiliğine bağlı haklar olup, şahıs lehine tanınmış olduklarından ve ölüm ile sona erdiklerinden mirasçılara intikal etmezler. Bu nedenle sağ kalan eşin de bu kapsamda TMK 240. madde hükmüne dayalı olarak talepte bulunması düşünülemeyecektir<sup>39</sup>. Üst hakkı ise içerik itibarıyla mülkiyet hakkına en yakın sınırlı ayni hak türü olup, hak sahibine mülkiyet hakkının içeriğine benzer hak ve yetkiler verir. Ayrıca üst hakkının TMK 826/II uyarınca, aksi kararlaştırılmış olmadıkça devri veya mirasçılara intikali de mümkündür. Bu nedenle, ölen eşin aile konutu üzerinde üst hakkına dayalı bir yararlanma yetkisine sahip olduğu durumlarda, sağ kalan eş dilerse TMK 240. maddeye dayalı olarak üst hakkı üzerinde intifa veya oturma hakkı tesisini talep edebilir<sup>40</sup>, veya haklı nedene dayalı olarak<sup>41</sup> üst hakkının kendisine devrini de isteyebilir<sup>42</sup>. Ancak bir irtifakın başka bir irtifaka konu olabilmesi, sürekli ve bağımsız oluşuna ve tapuda ayrı bir sayfa açılmış olmasına bağlı olduğundan, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde intifa veya oturma hakkı talep etmesi halinde bu koşullar aranacak, ancak sağ kalan eş üst hakkının devrini talep etmişse, bu geniş anlamda mevcut sınırlı ayni hakkın olduğu gibi devri anlamına geleceğinden, üst hakkının bağımsız olması koşulu yeterli olacaktır<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 85; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 46; DOĞAN, (2003), s. 660; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 442; GÜMÜŞ, (2008), s. 414; Ancak Gümüş, sağ kalan eşin katıldığı ortaklık sözleşmelerinin istisna olduğunu belirtmektedir.

<sup>39</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 37.

<sup>40</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 42.

<sup>41</sup> Bkz. TMK md. 240/III.

<sup>42</sup> ACAR, s. 204.

<sup>43</sup> ACAR, s. 204.

Aile konutu üzerinde ölen eşin bir şahsi hakka sahip olması da mümkündür. Tüzel kişiliğe bağlı üyelik hakkına dayalı kullanım ile ariyet veya kira sözleşmesine dayanan şahsi haklar bu başlık altında değerlendirilebilir. Eşler aile konutundan ölen eşin şahsi bir hakka dayanan yararlanma yetkisi kapsamında da yararlanmış olabilirler. Bu durum özellikle aile konutunun bir tüzel kişiye ait olup, eşlerin ölen eşin üyelik sıfatına bağlı olarak konuttan yararlanması şeklinde ortaya çıkabilir<sup>44</sup>. Bu durumda, tüzel kişinin statüsünde üyelik hakkının devrini engelleyen bir düzenleme yer almıyorsa, sağ kalan eş intifa hakkı tesisini ya da üyelik hakkının kendisine devrini TMK 240. madde kapsamında talep edebilmelidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, eşin ölümünden önce de aile konutunun üyelik hakkına dayanarak kullanılmış olması olup, üyelik sıfatına bağlı bir kullanım söz konusu değilse, sağ kalan eşin bu imkândan istifade etmesi söz konusu olmayacaktır<sup>45</sup>.

Şahsi hak sahipliği kapsamında üzerinde durulması gereken bir başka durum, aile konutunun kira sözleşmesiyle sağlanmış olmasıdır. Esasen aile konutunun kira sözleşmesine dayalı olarak kullanılması halinde, konut ölen eşin mülkiyetinde olmadığı için sağ kalan eşin de TMK 240. madde kapsamında bir talepte bulunması mümkün değildir<sup>46</sup>.

Aile konutunun, özellikle Türk toplumunda yeni evli çiftlere konut sağlanması amacıyla ebeveyn veya diğer aile yakınlarına ait konutların karşılıksız kullandırılması şeklinde görünen ödünç ilişkisi (kullanım ödünç sözleşmesi) çerçevesinde kullanılması halinde ise<sup>47</sup>; ödünç alanın önemli olduğu böyle bir ilişkide, eşin ölümüyle ödünç ilişkisi sona erecek ve sağ kalan eşin TMK 240. madde hükmüne dayalı talepte bulunması mümkün olmayacaktır<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> ŞIPKA, (2004), s. 133.

<sup>45</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 44; KAPUSUZ, s. 42 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 408, dpn. 428; YAĞCIOĞLU, s. 106 vd.; ZEYTİN, (2005), s. 234.

<sup>46</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 85; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 46; DOĞAN, (2003), s. 659; Sorunun, eşin ölümünün kira sözleşmesine etkisi kapsamında çözülebileceği, eğer eşin ölümünden sonra kiralayan ve ölen eşin diğer mirasçıları kira sözleşmesini TBK'nın "*Kiracının ölmesi durumunda mirasçıları, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler.*" hükmü kapsamında sona erdirmeyip devam etmekte mutabakata varmış iseler, sağ kalan eşin de TMK 240. madde kapsamında kira sözleşmesinin kendisine devrini talep edebileceği, uzlaşma olmaması halinde ise bu imkânın kullanılmayacağı yönünde bkz. ZEYTİN, (2005), s. 234; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 44; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 409, dpn. 432.

<sup>47</sup> ŞIPKA, (2004), s. 110 vd.; GÜMÜŞ, (2007), s. 41, dpn. 56.; AYAN, (2004), s. 110.

<sup>48</sup> Ancak doktrinde, özellikle ölen eşin kişiliğinin ödünç ilişkisi için önem arz etmediği

#### 4 - Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı Hakkının Bulunması

TMK 240. maddede “*katılma alacağına mahsup edilmek suretiyle*” ifadesine yer verilerek, sağ kalan eşin bu madde kapsamında talepte bulunabilmesinin bir diğer koşulu belirtilmiştir. TMK 240. maddede belirtilen mahsubun gerçekleşebilmesi için öncelikle sağ kalan eşin katılma alacaklı olması gerektiği açıktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, her bir eşe diğer eşin sahip olduğu artık değer üzerinde bir katılma alacağı tanınmıştır. Katılma alacağı, edinilmiş mallar ile eklenecek değerlerin tespiti, kişisel ve edinilmiş mal grupları arasında gerekirse denkleştirme yapılması ve borçların mahsubu sonucunda belirlenen artık değer üzerinde söz konusu olabilir. Bu husus TMK 236/I. fıkrada “*Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar.*” hükmüyle belirtilmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye hükümleri arasında yer alan TMK 236/I. fıkrada, her eş veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde katılma alacağı hakkı olduğu düzenlenmiş olup, bu hak aynı değil şahsi bir haktır. Her ne kadar yine tasfiyeye ilişkin hükümler içerisinde yer alan TMK 239. maddede, katılma alacağı ve değer artış payının ayın veya para olarak ödenebileceği belirtilmişse de; bu hükümle kastedilen, katılma alacağının borçlusu olan tarafın veya onun mirasçılarının, borçlarını nakit olarak ödeme yerine ayın olarak ödeme imkânına sahip bulduklarıdır. Yoksa katılma alacaklısının borçludan nakit yerine ayın verilmesini talep hakkı yoktur<sup>49</sup>. Bu kuralın edinilmiş mallara katılma rejimindeki tek istisnası, incelemekte olduğumuz TMK 240. madde hükmüdür<sup>50</sup>. TMK 240. maddede yer alan istisna hükmü, sağ kalan eşin koruma amacıyla ihdas edilmiş olup, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ölen eşin katılma alacağının bulunması halinde, ölen eşin diğer mirasçıları ölenin katılma alacağına istinaden bu maddeye dayalı olarak özgüleme talebinde bulunamazlar<sup>51</sup>.

---

durumlarda veya sözleşmenin ölümle sona ermeyeceğinin taraflar arasında kararlaştırılmış olduğu hallerde, sözleşme eşin ölümüyle sona ermeyeceğinden, sağ kalan eşin de TMK 240. madde kapsamında ödünç sözleşmesinin devrini talep edebileceğini belirten yazarlar vardır. Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 109; Biz bu yorum tarzının, ödünç sözleşmesinin yapısına ve 240. maddenin düzenleme amacına uygun olmaması nedeniyle kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

<sup>49</sup> KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 60; DOĞAN, (2003), s. 653 vd.; KILIÇOĞLU, (2004), s. 197; ACABEY, (1998), s. 131; BÜYÜKTANIR, s. 109; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 174 – 175.

<sup>50</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 201.

<sup>51</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 406; GÜMÜŞ, (2008), s. 409; YAĞCIOĞLU, s. 114.



TMK 240. madde hükmü istisnai bir hüküm olup, bu istisnai hükümle korunan sağ kalan eşin, evlilik birliği içerisindeki emek ve çalışmasının ürünü olarak değerlendirilebilecek bir katılma alacağı yoksa bu hükümden faydalanma olanağı da bulunmayacaktır<sup>52</sup>.

Sağ kalan eşin TMK 240. madde hükmüne dayanarak talepte bulunabilmesi için, ölen eşin mirasçısı sıfatına sahip olmasına ise gerek yoktur. Sağ kalan eş çeşitli nedenlerle bu sıfatını kaybetmiş dahi olsa, bu madde uyarınca aynı hak tesisini talep edebilir. Zira bu husus, sağ kalan eşe aile konutunun mal rejimleri kapsamında özgülenmesiyle, mirasta terekenin paylaştırılması aşamasında özgülenmesi arasındaki en önemli farklardan birini oluşturmaktadır<sup>53</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm nedeniyle son bulmasında, sağ kalan eşe tanınan aile konutunun özgülenmesini talep imkânı karşılıksız olmayıp, katılma alacağının varlığına bağlıdır. Katılma alacağı devredilebilir nitelikte bir alacak olduğundan, sağ kalan eşin, eşinin ölümü üzerine bu alacağını devretmesi halinde, artık katılma alacağına mahsuben aile konutu üzerinde TMK 240. madde hükmü anlamında bir aynî hak talep etme imkânı kalmayacaktır<sup>54</sup>.

Katılma alacağının talep edilen aynı hakkın değerini karşılamaması durumunda, bedel ilavesi imkânı tanınmıştır. Mahsup ve gerekirse bedel ilavesi imkânının düşünülebilmesi için ise, öncelikle sağ kalan eşin katılma alacağının belirlenmesi gerekir. TMK'nın 232, 233 ve 235. madde<sup>55</sup> hükümleri birlikte ele alındığında, katılma alacağı hesaplanırken malların sürüm değerinin baz alınması, eğer ortada bir tarımsal işletme varsa bu malvarlığının da gelir değeri üzerinden tasfiye hesabına dahil edilmesi gerekmektedir<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 85; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 46; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 61.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 60; SARI, s. 286; ZEYİN, (2005), s. 235; GÜMÜŞ, (2008), s. 409; DOĞAN, (2003), s. 656; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 443.

<sup>53</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 85; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 46.

<sup>54</sup> DOĞAN, (2003), s. 657.

<sup>55</sup> TMK'nın 232. maddesinde, mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerlerinin esas alınacağı belirtilmiş olup, 233. madde ise tarımsal işletmelerin değerinin belirlenmesinde gelir değerini bir ölçü olarak ortaya koymuştur. TMK 235. maddede ise, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

<sup>56</sup> KILIÇOĞLU, (2009), s. 411.



Sağ kalan eşin artık değer alacağı tespit edilerek, diğer eşe olan boçlarından takas edilmeksizin, TMK 240. madde kapsamında talepte bulunabilmesi olanaklı olmayıp<sup>57</sup>, TMK 236/I. fıkırdaki yer alan “*Her eş veya mirasçılardan, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir.*” hükmü karşısında, eşlerin artık değer alacakları yasa gereği kendiliğinden takasa girecektir<sup>58</sup>. Zira madde metninde “*alacaklar takas edilir*” şeklinde net bir ifade kullanılarak, takasla ilgili genel hükümlerden<sup>59</sup> farklı bir ifade tarzı benimsenmiştir.

Katılma alacağı hesaplanırken malların sürüm değerinin esas alınacağı noktasında açık kanun hükümleri olmasına karşın, aile konutu üzerinde kurulacak aynı hakkın değer tespitinin hangi ana göre ve nasıl bir ölçü esas alınarak yapılacağı noktasında, kanun koyucu tarafından bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde baskın görüş, katılma alacağının hesaplanmasında kullanılan kriterlerin, talep edilen aynı hakkın değerinin hesaplanmasında da kullanılması gerektiği yönündedir<sup>60</sup>. Ancak tasfiyenin mahkeme eliyle yapılması ihtimalinde, karar aşamasına kadar yaşanabilecek fiyat değişimlerinin de engellenebilmesi açısından, aradan uzun zaman geçmişse, karar aşamasındaki değer nazara alınması hakkaniyete uygun sonuçlar elde edilmesine hizmet edecektir<sup>61</sup>. Tasfiye anı itibarıyla dikkate alınacak olan sürüm değeri; sübjektif etkilerden uzak olarak belirlenen aynı tür, miktar ve nitelikteki bir malın, belirli bir anda serbest piyasada arz ettiği ortalama satım değeridir<sup>62</sup>. Bu değer piyasa değeri olarak da adlandırılmaktadır<sup>63</sup>.

Aile konutuna ilişkin olarak TMK 240. maddede yer alan aynı haklardan mülkiyet hakkının talep edilmesi durumunda, konutun tasfiye anındaki sürüm değeri nazara alınarak hesaplama yapılacaktır. Ancak, intifa veya oturma haklarının talep edilmesi halinde, yine sürüm değeri esas alınacak, fakat bu hakların değerlerinin hesap edilmesinde geleceğe ilişkin bir hesaplama

---

<sup>57</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 59.

<sup>58</sup> Aksi yöndeki görüş için bkz. GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 220 – 221.

<sup>59</sup> Borcu sona erdiren bir sebep olarak takas konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, (2008), s. 591.

<sup>60</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 47; KAPUSUZ, s. 34; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 62; DOĞAN, (2003), s. 658; YAĞCIOĞLU, s. 118 vd.

<sup>61</sup> YAĞCIOĞLU, s. 118 – 119; KILIÇOĞLU, (2009), s. 411.

<sup>62</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 62.

<sup>63</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86.

yapılacaktır. Bu sürüm değerinin hesap edilmesinde, objektif şartlar altında, aile konutu üzerinde aynı koşullarla üçüncü bir kişiye aynı hakların tanınması halinde, elde edilebilecek olan gelirin ne olacağı temel alınacaktır<sup>64</sup>. Ancak bu hesaplama yapılırken dikkat edilmesi gereken bir başka unsur süre unsurudur. Sağ kalan eş ve mirasçılar arasında hakkın kullanımının belirli bir süreyle sınırlandırılmış olması halinde, sorunun çözümlenmesi nispeten kolay olup, sürüm değeri ile hakkın kullanılacağı yıl sayısının çarpımı, talep edilen hakkın değerini ortaya koyacaktır. Değer tespiti, bu hakların kullanım süresine ilişkin bir belirlemenin yapılmadığı durumlarda ise daha zordur. Bu durumda sağ kalan eşin kaideten ömür boyu bu haktan istifade edeceği düşünülerek, eşin ortalama yaşam süresi hakkında bir hesaplama yapılmaya çalışılacaktır. Bu konuda ülkemizde, P.M.F. diye adlandırılan ve uygulamada genellikle destekten yoksun kalma tazminatlarına ilişkin davalarda yararlanılan tablo kullanılmaktadır<sup>65</sup>.

Sağ kalan eşin sahip olduğu katılma alacağının, aile konutu üzerinde talepte bulunduğu aynı hakkın değerini karşılamıyor olması halinde ise, katılma alacağının değeri ile talep edilen aynı hakkın değeri arasındaki farkın, bedel ilavesi suretiyle denkleştirilmesi gerekecektir. Sağ kalan eşe tanınan bu imkân TMK 240/I. fıkra hükmünde yer alan “*yetmez ise bedel eklenmek suretiyle*” ifadesiyle açıkça dile getirilmiştir. İsviçre Hukuku’nda ise, denkleştirme yapılabileceğini beyan eden görüşlerin yanı sıra, katılma alacağı ve talep edilen hakkın değeri arasındaki farkın büyük olması halinde, sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde aile konutu üzerinde talepte bulunamayacağını belirten yazarlar bulunmaktadır<sup>66</sup>.

Sağ kalan eşin sahip olduğu katılma alacağının, aile konutu üzerinde talepte bulunduğu aynı hakkın değerini karşılamıyor olması halinde, bedel ekleme imkânı bulunmakla beraber, katılma alacağı olmaksızın, değer artış payı alacağına istinaden, TMK 240. maddede belirtilen imkânlardan yararlanıp yararlanamayacağı da doktrinde tartışmalıdır<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 62.

<sup>65</sup> P.M.F. (Population Masculine et Feminine) adı verilen ve ortalama yaşam sürelerini belirten bu tablo hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; GÖKYAYLA, s. 332 vd.; İsviçre’de ise; Stauffer/Schaetzle denilen ve yine ortalama yaşam süreleriyle ilgili cetvelden yararlanılmaktadır. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 62.

<sup>66</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 59.

<sup>67</sup> Doktrinde özellikle değer artış payının da katılma alacağı gibi aynı olarak ödenebileceği düzenlemesine işaret eden bir kısım yazarlar, TMK 240. madde hükmünde, sağ kalan

Kanaatimizce, TMK 240. madde hükmünün “*katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle*” şeklindeki açık lafzı karşısında, sağ kalan eşin tasfiye neticesinde hiç katılma alacağı olmaksızın, salt değer artış payı alacağına dayanarak aynı hak talep edebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, mal rejiminin tasfiyesinde sağ kalan eşin talep edebileceği bir katılma alacağının bulunmaması ya da sağ kalan eşin katılma alacağı borçlusu olması halinde, TMK 240.maddede yer alan hakları kullanması mümkün olmayacaktır. Sağ kalan eşin katılma alacağının olmayıp sadece değer artış payı alacağının bulunması halinde, TMK 240. maddede yer alan hakları kullanamayacağı açık olmakla beraber, sağ kalan eşin katılma alacağının yanı sıra değer artış payı alacağı da varsa, özellikle değer artış payı alacağının denkleştirme hususunda kullanılması suretiyle, TMK 240. madde hükmünden yararlanılması mümkün olacaktır.

Katılma alacağına bedel eklenmek suretiyle talepte bulunmak mümkün olmakla beraber, katılma alacağının miktarının TMK 240. maddede yer alan hakların kullanılması bakımından bir etkisi olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu bağlamda, katılma alacağı ve talep edilen aynı hakkın değeri arasında bir oran belirlenmesi veya hâkime takdir hakkı tanınması gerektiği yönünde görüşler olduğu gibi, böyle bir belirlemenin Kanunun düzenleme amacıyla bağdaşmayacağını belirten görüşler de bulunmaktadır<sup>68</sup>. Bu noktada

---

eşin değer artış payı alacağına istinaden de belirtilen imkânlardan yararlanabileceğine yer verilmemiş olmasını eksiklik olarak görerek, değer artış payının varlığı halinde mutlak olarak TMK 240. madde hükmünün uygulanabileceği görüşünü savunmaktadırlar. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 59; ÖZTAN, (2004), s. 303; ZEYTİN, (2005), s. 235; Bir diğer görüş, sağ kalan eşin katılma alacağının olmayıp sadece değer artış payı alacağı olması halinde, değer artış payı alacağının üzerinde aynı hak tesisi talep edilecek olan aile konutuna yapılan katkıdan doğması şartıyla, TMK 240. madde hükmünün uygulanabileceğini belirtmektedir. Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 115; GÜMÜŞ, (2008), s. 410; Diğer bir görüş ise, değer artış payına mahsuben TMK 240. madde hükmünde belirtilen imkânlardan yararlanılabileceğinin, eşler tarafından mal rejimi sözleşmesi ile kabul edilebileceğini, böyle bir düzenleme olmaksızın, değer artış payı alacağına mahsuben TMK 240. madde hükmünün uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. GEÇCAN, Mal Rejimleri, s. 221- 222; İsviçre Medeni Kanunu'nun 219. maddesinde ise, mahsup karşılığı özgüleme (...auf anrechnung zugeteilt...) ibaresi kullanılmış olup, mal rejimleri hükümleri uyarınca özgüleme taleplerinde hem katılma alacağı hem de değer artış payı alacağına mahsuben uygulama yapılması kabul edilmektedir. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 58, 59.

<sup>68</sup> Eksiklik halinde bedel ilavesi de yapılmak suretiyle, katılma alacağının miktarı ne olursa olsun aynı hak talep edilebileceğinin kabulünün hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği, katılma alacağı ile aynı hakkın değeri arasında karşılaştırma yapılması noktasında hâkime takdir hakkı tanınması veya katılma alacağının talep edilen aynı hakkın örneğin 1/4, 1/3 gibi belirli bir oranını oluşturmadığı durumlarda, bu hakkın kullanılamayacağı yönünde bkz.

Kanunun, sağ kalan eşin katılma alacağının değeri ile talep edilen aynı hakkın değeri arasındaki farkın bedel eklenmek suretiyle denkleştirilerek TMK 240. maddede yer alan olanaklardan yararlanılabileceğini ifade eden açık hükmü karşısında ve Kanunun sağ kalan eşin koruma amacı çerçevesinde, katılma alacağının var olması şartıyla, katılma alacağı miktarı az da olsa, gerekirse bedel ilavesi suretiyle sağ kalan eşin aile konutu üzerinde aynı hak talebinde bulunabileceği yönündeki kanaatimizi ifade etmek istiyoruz<sup>69</sup>.

Sağ kalan eş, gerektiğinde bedel de eklemek suretiyle, bedel ödeme borcunu hemen yerine getirmelidir. Kanunda, bu durumda eşe süre tanınacağına dair bir hüküm yer almamakta olup, hak sahibi eşin TMK 240. maddede belirtilen haklardan istifade için dava açtığı durumlarda, hâkimin, aynı hak değerinin katılma alacağıyla karşılanmayan kısmının mahkeme vizesine depo edilmesine karar vermesi gerekmektedir. Sağ kalan eşe TMK 240. madde kapsamında mülkiyet hakkının tanınmasında, aynı hakkın karşılığı tam olarak ödenmeden mülkiyetin devri mümkün olmayacak, intifa veya oturma hakkı tesis edilmesi hallerinde ise, belirli bir faiz karşılığında sağ kalan eşe ödemeyi tamamlama hususunda süre verilebilecektir<sup>70</sup>.

### 5 - Sağ Kalan Eşin Eski Yaşantısını Devam Ettirme Amacının Olması

Sağ kalan eşin TMK 240. maddede yer verilen özgüleme olanağından istifade edebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları aile konutunda eski yaşantısını devam ettirme amacının bulunması gereklidir<sup>71</sup>. Bu husus madde metninde de “...sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için..” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Bu koşul, doğrudan maddenin düzenleme amacına işaret etmektedir<sup>72</sup>. Eşinin ölümü sonrasında, o ana kadar mevcut olan müşterek hayat tarzının önemli ölçüde değişmesinin sakıncalarından sağ kalan eşin korunmasının gerekliliğini nazara alan Türk Medeni Kanunu, 240. maddesi ile aile konutu üzerinde sağ kalan eşin aynı talep hakkı olduğunu düzenlemiştir. Bu hükümle

DOĞAN, (2003), s. 658; HACISALİHOĞLU, s. 49, dph.182.

<sup>69</sup> Aynı yönde bkz. KAPUSUZ, s. 35; YAĞCIOĞLU, s. 118.

<sup>70</sup> GÜMÜŞ, (2008), s. 410; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 63.

<sup>71</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 47; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 444; DOĞAN, (2003), s. 661; GÜMÜŞ, (2008), s. 411.

<sup>72</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 47; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 444.

sağ kalan eşe o ana kadarki yaşantısını koruyabilme olanağı sağlamak<sup>73</sup>, evlilik birliği içerisindeki sosyal ve ekonomik durumunun eşinin ölümü sonrasında da devam etmesini mümkün kılmak ve kalan ömrünü, eşiyile uzun yıllar birlikte yaşadığı, acı ve tatlı birçok hatıralarla dolu aile konutunda geçirmesine olanak sağlamak amaçlanmıştır<sup>74</sup>. Bu nedenle söz konusu koşul, maddenin uygulanması açısından vazgeçilmez önemi haizdir.

Sağ kalan eş, TMK 240. madde kapsamında talepte bulunabilmek için, bu koşulun varlığını ispat etmelidir. Ancak, sağ kalan eşin koruma gibi sosyal ve insani bir amaçla sevk edilen düzenleme kapsamında, eşinin ölümüyle ruhen sarsıldığı kabul edilen sağ kalan eşin, ispat noktasında sıkı şekil şartlarıyla yormak da doğru olmayacaktır. Bu nedenle, eşin talebi normal yaşam deneyimlerine göre makul olup, eski yaşantısını devam ettirebilmek noktasında aile konutuna ihtiyacı olduğu anlaşılabilirse, bu durumun eski yaşantısını devam ettirme amacının varlığı bakımından fiili bir karine olarak kabul edilmesi gerekecektir<sup>75</sup>. Ancak eski yaşantıyı devam ettirme amacı soyut bir kavram olup, her somut olayda bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği, olayın sübjektif özelliklerinin de dikkate alınması suretiyle tespit edilmelidir. TMK 240. madde koşulları değerlendirilirken, sağ kalan eşin “*bizzat kullanma ihtiyacı*” göz önünde tutulacaktır<sup>76</sup>.

Sağ kalan eş, eşinin ölümünden sonra, ancak TMK 240. madde kapsamında talepte bulunmadan önce, ölen eşiyile birlikte paylaştığı aile konutunu kullanma ve eski yaşantısına devam etme amacıyla olmadığını birtakım davranışlarıyla açıkça ortaya koymuşsa, artık bu koşulun varlığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>77</sup>. Bunun gibi, sağ kalan eşin açık bir davranış olmamakla beraber; örneğin sağlık sorunları nedeniyle, imkânlar

---

<sup>73</sup> Bu amaç TMK 240. maddenin gerekçesinde de belirtilmiş olup, gerekçe için bkz. EM/ SÖZEN/KAÇAK/YILMAZ, s. 301.

<sup>74</sup> KAPUSUZ, s. 25.

<sup>75</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 29; ZEYTİN, (2005), s. 232. Yazar, Kanunun amacının, sağ kalan eşin ölen eşle o güne kadar olan yaşantısına devam etmesine imkân tanımak, onu yeni bir yere yerleşme ve yeni bir çevre edinmenin sakıncalarından korumak olduğunu, ancak eşin ölümünden sonra sağ kalan eşin yaşantısının eskisi gibi olamayacağını açıkça belli olup, bu şartın çok ciddiye alınmaması gerektiğini, bu şartın gerçekleşeceğini tanık ve diğer ispat vasıtalarıyla ispat etmesinin sağ kalan eşten beklenmesinin yerinde olmayacağını ifade etmektedir.

<sup>76</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rizası, s. 47.

<sup>77</sup> Bu duruma, sağ kalan eşin diğer eşin vefatından sonra evlenmiş ya da evlilik dışı bir ilişki içerisinde başka birisiyle yaşamaya başlamış olması örnek olarak gösterilebilir.

elvermediği için aile konutunda yaşamaya devam edemeyeceği aşıkârsa, belirtilen amacın gerçekleşmediğinin kabulü gerekir<sup>78</sup>.

Sağ kalan eşin, eşinin ölümünden sonra, ancak TMK 240. madde kapsamında talepte bulunmadan önce evlenmiş ya da evlilik dışı bir ilişki içerisinde başka biriyle yaşamaya başlamış olması, ölen eşiyile birlikte paylaştığı aile konutunu kullanma ve eski yaşantısına devam etme amacı olmadığını göstermesine karşın, eşin daha sonra başka birisiyle evlenmesi veya evlilik dışı birlikte yaşam sürmesi, talep anı itibariyle gerçekleşmiş olan şartın ortadan kalktığı şeklinde yorumlanamaz<sup>79</sup>. Ancak sağ kalan eş lehine TMK 240. maddede yer alan aynı hakların tesis edilmesi sonrasında, hemen başka bir konuta taşınmış, aile konutunu bir başkasına kiraya vermiş veya mülkiyet hakkı elde ettiği durumlarda konutu edinmesinin akabinde derhal satmışsa, bu durum somut olayın özelliklerine göre, ölen eşin diğer mirasçılarının sağ kalan eşin eski yaşantısına devam etme amacı olduğu konusunda yanlışlığa düşmeleri veya bizzat sağ kalan eşin davranışlarıyla aldatılmış olmaları şeklinde yorumlanarak, onların hata veya hileye dayanarak hakkın iptali için dava açmalarına neden olabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sağ kalan eş tarafından öngörülemeyen nedenlerin gerçekleşmemiş olmasıdır<sup>80</sup>. Sağ kalan eşin talep hakkını kullandığı, fakat henüz lehine aynı hak tesisi yapılmadığı süreçte bu tür durumların ortaya çıkmasının ise, TMK 240. madde hükmünün uygulanmasını tamamen veya kısmen engelleyeceği açıktır<sup>81</sup>.

Sağ kalan eş kişisel durumu ve bundan sonraki yaşantısındaki ihtiyaçlarını nazara alarak talepte bulunacak, sağ kalan eşin bu ihtiyaçları ve eşinin ölümünden sonraki yaşam seviyesi, maddede yer alan aynı hakların talep ve tesisinde, talep ve tesis edilecek aynı hakkın türü bakımından belirleyici olacaktır. Sağ kalan eşe kural olarak intifa veya oturma hakkı tanınır. Hakkı sebeplerin varlığı halinde ise mülkiyet hakkı tesisine karar verilebilir.

Sağ kalan eşin, diğer eşin vefatı sonrasında yaşadığı üzüntü, hayatında meydana gelen köklü değişiklikler ve buna bağlı olarak şekillenen ruhsal

<sup>78</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 47; GÜMÜŞ, (2008), s. 411; ZEYTİN, (2005), s. 232.

<sup>79</sup> ZEYTİN, (2005), s. 232; SARI, s. 287.

<sup>80</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 29.

<sup>81</sup> Örneğin; ani rahatsızlığı nedeniyle çok katlı bir aile konutunun üst katlarını kullanamama durumu ortaya çıkan sağ kalan eşe, konutun alt katında oturma hakkı tesis edilmesi şeklinde bir düzenleme yapılabilecektir.

durumu nazara alındığında, aile konutuna yönelik olarak bir talepte bulunup bulunmama veya talepte bulunacaksa tesisini isteyeceği aynı hakkın türü hususunda, diğer eşin vefatının hemen sonrasında karar vermesi beklenemez. Bu nedenle sağ kalan eşin henüz karar verememiş olması halinde tasfiye bir süre ertelenir, ancak ölen eşin diğer mirasçıları sağ kalan eşten belirli bir süre zarfında karar vermesini isteyebilir veya bu yönde bir süre tanınmasını hâkimden talep edebilir<sup>82</sup>.

## 6 - Sağ Kalan Eşin Aile Konutuna İlişkin Aynı Hak Talebinin Bulunması

TMK 240. madde kapsamında sağ kalan eşe tanınan aynı haklar, diğer eşin ölümüyle birlikte sağ kalan eşe kanunen geçmemekte, sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde aynı hak tesisi için, aynı hak kurulmasını talep etmiş olması gerekmektedir<sup>83</sup>. Sağ kalan eş TMK 240. maddenin kendisine tanıdığı imkânlardan yararlanıp yararlanmamak veya tesisini talep ettiği aynı hak türünü belirlemede muhayyer olup, ölen eşin diğer mirasçıları tarafından bir tercih yapmaya zorlanması mümkün değildir<sup>84</sup>.

Yargıtay da “*Konut tahsisi ile ilgili istem olmadığı gibi, aile konutu koşulları da oluşmadığı halde yazılı şekilde özgüleme kararı verilmesi yasaya aykırıdır.*”<sup>85</sup> diyerek, talep olmadan özgüleme kararı verilemeyeceğine dikkat çekmiştir.

TMK 240. madde kapsamında belirtilen talep hakkı, münhasıran sağ kalan eş tarafından kullanılacak olup, onun şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu nedenle bu talep hakkının başkasına devri veya sağ kalan eşin mirasçılarına intikali söz konusu olmaz. Sağ kalan eşin katılma alacağını devretmesi durumunda ise, TMK 240. madde hükmünün uygulanma imkânı ortadan kalkar. Eğer sağ kalan eş vesayet altında ise, TMK 462. madde hükmü gereğince, bu hak vesayet makamının izni ile kullanılabilir<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 440; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 30; ZEYTİN, (2005), s. 232.

<sup>83</sup> KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 61; DOĞAN, (2003), s. 659; GÜMÜŞ, (2008), s. 411; ZEYTİN, (2005), s. 236; BULUT, s. 439 – 440; SARI, s. 287; YAĞCIOĞLU, s. 122; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 223.

<sup>84</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 64; DOĞAN, (2003), s. 659; ÖZTAN, (2004), s. 303; GÜMÜŞ, (2008), s. 411; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 440.

<sup>85</sup> Y.2.H.D., 3.2.2003 tarih, 2003/152 E., 2003/1419 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

<sup>86</sup> DOĞAN, (2003), s. 659; GÜMÜŞ, (2008), s. 404.



Aile konutu diğer eşin ölümü halinde onun terekesi içinde yer alan bir malvarlığı değeri haline gelmektedir. Bu nedenle sağ kalan eşin TMK 240. madde kapsamında belirtilen taleplerini, ölen eşin mirasçılarında oluşan miras ortaklığına karşı ileri sürmesi gerekecektir. Ortaklığa temsilci atanmış olması halinde ise, talebin bu temsilciye karşı da ileri sürülebileceği hususu açıktır. Ancak terekenin tüm mirasçılar tarafından gerçek reddi veya borca batık olması nedeniyle, tasfiyenin tereke mahkemesi (Sulh Hukuk Mahkemesi) tarafından yürütüldüğü durumlarda<sup>87</sup>, sağ kalan eşin bu yöndeki talebini mahkemeye iletmesi gerekmektedir<sup>88</sup>.

Talebin ne şekilde yapılacağı hususunda Kanun bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu nedenle şekil serbestisi ilkesi gereğince, sağ kalan eş bu talebini ölen eşin miras ortaklığına veya tereke temsilcisine sözlü veya yazılı olarak iletebilir. Ancak, ileride ispat zorluğu yaşanmaması açısından bu talebin yazılı olarak ileri sürülmesi sağ kalan eş açısından daha avantajlıdır<sup>89</sup>.

Kanunda bu talebin ileri sürülebileceği bir süre sınırlaması getirilmemekle birlikte, talebin en erken diğer eşin ölümünden itibaren ve mal rejiminin tasfiyesinin sona erme anına kadar ve en geç aile konutu üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulmadan, yani aile konutu miras ortaklığının mülkiyetinden çıkarılıncaya kadar ileri sürülmesi gerekmektedir<sup>90</sup>.

Sağ kalan eşin talepte bulunması halinde bu talebiyle ne kadar süreyle bağlı kalacağı ve talebin geri alınmak istenmesi halinde nasıl bir yol izleneceği konusunda, Borçlar Hukukunun taleple bağlılık ile icap ve kabulün geri alınmasına dair düzenlemeleri<sup>91</sup> uygulama alanı bulur. Ancak, sağ kalan eşin

<sup>87</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, (2007), s. 266 vd.;

<sup>88</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 28; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 404; KAPUSUZ, s. 47 ve dph. 192.

<sup>89</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407; ÖZTAN, (2004), s. 303.

<sup>90</sup> Miras ortaklığının mülkiyetindeki aile konutunun yok olması halinde de artık sağ kalan eşin TMK 240. madde kapsamında bir talepte bulunması imkânı kalmayacak, hakkın kullanılması imkânsız hale geldiğinden hak da sona erecektir. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 67; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 404; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 440; ZEYİN, (2005), s. 237; GÜMÜŞ, (2008), s. 404, 416. Gümüş, TMK 240. madde kapsamında sağ kalan eş tarafından bir talepte bulunulduktan sonra, ölen eşin diğer mirasçılarının yapabilecekleri başka devirlerin önlenmesi amacıyla, aile konutunun tapu kütüğündeki sayfasına TMK 1010/b.1'e dayalı olarak tasarruf sınırlaması şerhi verilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 416.

<sup>91</sup> TBK, icap kelimesini öneri olarak değiştirmiş olup, öneri ve kabulün bağlayıcılığı hususunda bkz. TBK md.3 vd.; İcap, kabul ve bağlayıcılık süreleri hususunda ayrıca bkz.



talebi karşısında, ölen eşin diğer mirasçılarının TMK 240/III. fıkraya uyarınca itiraz etmeleri halinde, sağ kalan eşin talebiyle bağlılığı sona erecektir<sup>92</sup>.

Sağ kalan eşin talebini hangi süre zarfında ileri sürebileceğinin yanı sıra, eşin bu talebi açısından zamanaşımı süresinin ne olacağı sorusu da gündeme gelmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin katılma alacaklarından doğan talep haklarının zamanaşımı süresinin ne olacağı hususunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. TMK 178. maddesinde yer alan “*Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*” düzenlemesi ise, boşanmanın fer’i niteliğinde olan tazminat ve nafaka taleplerine ilişkin olup, katılma alacaklarına doğrudan uygulanabilecek nitelikte değildir. Yine TMK’nın 241. maddesinde dava hakkının “*alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşeceği*” hükmü yer almakta olup, bu düzenleme de alacaklı eşin üçüncü kişilere karşı dava hakkına uygulanabilecek nitelikte olduğundan, genel olarak katılma alacağı taleplerine tatbiki mümkün değildir.

Bu nedenle, katılma alacağının tabi olacağı zamanaşımının ne kadar olacağı sorununun, genel hükümlerden hareketle çözülebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesinden doğan talepler, TMK 5. maddedeki yollama da nazara alınarak, TBK 146. maddede yer alan on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacak, yasal mal rejiminin geçerli olup, eşler arasında bir mal rejimi sözleşmesinin bulunmaması halinde ise, mal rejiminin sona ermesi ve katılma alacağının varlığının öğrenilmesi tarihinden itibaren bir yıl ve her durumda, mal rejiminin sona erdiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle bu tür borçlar zamanaşımına uğrayacaktır. Bu yorum tarzı TMK 178. madde hükmüyle de uyumlu bir çözüm şeklindedir<sup>93</sup>. Yargıtay kararlarında da aynı çözüm tarzının benimsendiği görülmektedir<sup>94</sup>.

---

KILIÇOĞLU, (2008), s. 37 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 45 vd.

<sup>92</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 66.

<sup>93</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 254 vd.; KILIÇOĞLU, (2010), s. 1289-1298; DOĞAN, (2003), s. 668; Bu konuda ayrıca bkz. ZEYTİN, Zamanaşımı, s. 945 vd.

<sup>94</sup> Y.8.H.D., 01.06.2010 tarih, 2010/1695E., 2010/2923 K. sayılı kararı için bkz. Meş’e İctihat ve Mevzuat Bankası.

## 7 - Aile Konutunun, Ölenin Altsoyundan Birinin Aynı Meslek veya Sanatı İcra Edeceği Konut Olmaması ve Tarımsal Taşınmazlara İlişkin İstisna

Sağ kalan eşin, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanması mümkün değildir. Bu düzenleme ile ölen eşin altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesinin söz konusu olduğu hallerde, sağ kalan eşin bu bölümler üzerinde TMK 240. maddede yer alan haklarını kullanmasının önüne geçilmiş olup, bu sınırlamanın amacı, meslek veya sanatın ifasındaki iktisadi menfaate sağ kalan eşin bu madde kapsamında korunan menfaatine nazaran öncelik tanınmasıdır<sup>95</sup>.

Maddede belirtilen meslek veya sanattan kasıt; avukatlık, doktorluk, küçük çaplı veya endüstriyel boyutta işletmeler, terziilik, fırıncılık gibi sürekli gelir getiren faaliyetler olup, gelir amacı gütmeyen, özellikle hobi vasfında yapılan faaliyetler, bu kapsamda mütalaa edilemez<sup>96</sup>.

Madde metninde, “*Sağ kalan eş..... bu hakları kullanamaz*” ifadesine yer verilerek kesin bir dil kullanılmış olup, maddenin açık lafzı karşısında, bu hususta aksine bir anlaşma yapılması mümkün değildir<sup>97</sup>.

Bu istisna hükmüne dayalı olarak sağ kalan eşin aynı hak talebinin engellenebilmesi için, aile konutunun altsoy tarafından kullanılacak olan bölümünün, sağlığında sağ kalan eş tarafından aynı meslek veya sanatın ifasında kullanılmış olması aranır<sup>98</sup>. Murise ilişkin bu şartın yanı sıra, murisin vefatından sonra altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra ediyor veya edecek olması da zorunludur<sup>99</sup>. Ancak bu fiili durum yeterli olmayıp, hâkimin 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında, aile konutunun işyeri olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin hukuki durumu da araştırması gerekmektedir<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 100.

<sup>96</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 102.

<sup>97</sup> Aksi yönde görüşler için bkz. ZEYTİN, (2005), s. 238; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 101.

<sup>98</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 86; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 48; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 62; ZEYTİN, (2005), s. 239.

<sup>99</sup> KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 48; DOĞAN, (2003), s. 665.

<sup>100</sup> Bkz. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesi.

Bu kapsamda, altsoyun, murisle aynı meslek veya sanatı devam ettirmeyip miras bırakandan farklı bir meslek veya sanatla ilgileneceği açıkça anlaşılıyorsa, bu istisnanın uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>101</sup>. Ayrıca altsoyun murisle aynı meslek veya sanatı devam ettirme noktasında yeterliliği bulunması da gerekmektedir<sup>102</sup>. Bunun yanı sıra, altsoyun murisle aynı meslek veya sanatı yürütüyor olması veya yürütecek yeterliliğe sahip olmasına rağmen, bunu üçüncü bir kişiye devredeceği açıkça anlaşılıyorsa, yine bu imkândan yararlanılması mümkün değildir<sup>103</sup>.

Kanunda “*altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde*” ifadesinin kullanılması karşısında, aile konutunun kullanılmasının altsoy için nasıl bir ihtiyaç arz etmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce, Kanun’un açık lafzı ve hükmün uygulama alanının aşırı derecede daraltılmaması düşüncesiyle, meslek veya sanatın icrası için konutun o bölümüne olan olağan ihtiyacın maddede belirtilen sınırlamanın devreye girmesi için yeterli görülmesi, bu gerekliliğin zorunluluk derecesinde ihtiyaç duyulması şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir<sup>104</sup>.

Sağ kalan eş, söz konusu meslek veya sanatın icrası için gerekli olan bölümlerde talep haklarını kullanamayacak, ancak aile konutunun diğer kısımlarında aynı hak talebinde bulunabilecektir. Bu durumda sağ kalan eş, bu bölümleri kapsayacak surette intifa veya oturma hakkı talep etme imkânına sahip değilse de, aile konutunun diğer kısımlarında lehine bir oturma hakkı tesis edilmesini isteyebilir<sup>105</sup>.

TMK 240/IV. fıkrada yer verilen sınırlamanın uygulanabilmesi açısından, aile konutunun altsoy tarafından kullanılacak olan bölümünün, sağlığında sağ kalan eş tarafından aynı meslek veya sanatın ifasında kullanılmış olması ve murisin vefatından sonra altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra ediyor veya edecek olması gerekmektedir.

---

<sup>101</sup> DOĞAN, (2003), s. 665.

<sup>102</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 105.

<sup>103</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 104.

<sup>104</sup> Aynı yönde bkz. DOĞAN, (2003), s. 665; Belirtilen bölümlerin o meslek veya sanatın icrası açısından zorunlu olup, bu bölümler kullanılmaksızın murisin yürüttüğü meslek veya sanatın icrasına devam edilmesinin çok masraflı veya imkânsız yakın derecede zor olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. DURAL/ÖZ, s. 490; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 106.

<sup>105</sup> DURAL/ÖZ, s. 490; DOĞAN, (2003), s. 665.

TMK 240/IV. fıkra hükmünde getirilmiş olan sınırlama sadece ölen eşin altsoyu bakımından geçerli olup, altsoy dışında bir mirasçı için geçerli olmayacak, ayrıca murisin altsoyundan birisinin tek başına bu uygulamayı talep imkânı olup, murisin altsoyunun tamamının birlikte hareket etmesi aranmayacaktır<sup>106</sup>.

Altsoyun bu talebi, sağ kalan eşin TMK 240. madde kapsamında lehine aynı hak tesisini talep etmiş olması halinde sağ kalan eşe, sağ kalan eşin henüz böyle bir talepte bulunmamış olması halinde ise miras ortaklığına karşı ileri sürülebilecek ve herhangi bir şekle tabi olmayacaktır<sup>107</sup>.

TMK 240/IV. fıkranın son cümlesinde tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümlerinin saklı olduğu ifade edilerek, ikinci bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisna hükmünün amacı, tarımsal taşınmazlara ilişkin işletmelerin devamını sağlamaktır. Kanun'da “*Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır*” düzenlemesi yer almakla birlikte, istisna hükmünün yollama yaptığı miras hukuku hükümleri (TK 659 ilâ 662. md.) 6537 Sayılı Kanun'un 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda dikkate alınması gereken hükümler 5403 sayılı Kanun'un 8/B, 8/C ve 8/Ç maddeleri olup, mirasçı sıfatına sahip ve işletmeye ehil olmak koşuluyla sağ kalan eş de, tarımsal taşınmazların özgülenmesine ilişkin hükümlerden istifade edebilir.

## 8 - Aksine Bir Anlaşmanın Yapılmamış Olması

TMK 240/I. fıkranın son cümlesinde yer alan “*...mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır*” ifadesi nazara alındığında, eşler arasında yapılacak bir mal rejimi sözleşmesi ile TMK 240. madde düzenlemesinin aksinin kararlaştırılabileceği açıktır. Bu hükümde sağ kalan eşe tanınan hakların mal rejimi sözleşmesi ile sınırlandırılması, değiştirilmesi, hakların çevresinin genişletilmesi, bu hakların kullanımının belirli bir süreyle kısıtlanması hatta tamamen ortadan kaldırılması mümkündür<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> DOĞAN, (2003), s. 665; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 105.

<sup>107</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 108.

<sup>108</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 87; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 48; DOĞAN, (2003) s. 666-667; KAPUSUZ, s. 58; HACISALİHOĞLU, s. 54; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 408; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 444; ÖZTAN, (2004), s. 302; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 75; GÜMÜŞ, (2008), s. 416; Gümüş, TMK md. 240 hükmünün emredici olmakla beraber, eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi ile TMK md. 240'ı mal rejimini sona erdiren ölüm dışındaki durumlarda da uygulanabilir kılamayacaklarını belirtmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 409, 416.

Özellikle, TMK 240. maddede mülkiyet hakkı talebi, haklı sebeplerin varlığına bağlandığı ve ikincil nitelikte düzenlediği için, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmasını arzu eden eşler, haklı sebep koşulunu da bertaraf etmek için bu tür bir düzenlemeyi tercih edebilecektir<sup>109</sup>. Mal rejimi sözleşmesi TMK 205/I. fıkra hükmüyle yazılı şekil şartına bağlanmış olup, bu sözleşmenin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması gerekmektedir<sup>110</sup>. Eşler bu şekildeki düzenlemeleri mal rejimi sözleşmesiyle getirebilecekleri gibi, miras sözleşmesi içinde de benzer düzenlemelere yer verebilirler.

Ölen eşin aile konutunu konu alan bir ölüme bağlı tasarruf yapmış olması halinde, sağ kalan eşin TMK 240. maddeye dayalı olarak talepte bulunup bulunamayacağı ise tartışmalıdır. Normal şartlar altında mal rejiminin tasfiyesi terekenin paylaşılmasından önce tamamlanacağı için, sağ kalan eş TMK 240. maddede yer alan haklardan istifade edebilecektir<sup>111</sup>. Ancak lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmış olan kişi veya kişilerin de bu tasarrufun gereğinin yerine getirilmesini talep edecekleri gerçeği göz önüne alınarak, doktrinde sorunun çözümü için farklı öneriler getirilmiştir.

Kanaatimizce, TMK 557. madde kapsamında, ölen eşin TMK 240. maddenin açık hükmüne yani Kanuna aykırı olan ölüme bağlı tasarruflarının iptali yoluna gidilebileceğinin kabulü yerinde olacaktır<sup>112</sup>. Zira, a k s i n i n kabulü halinde, Kanun'da istisnai bir madde olarak öngörülen TMK 240. maddenin sağ kalan eşi koruma amacı ve bu istisna hükmüyle evlilik içindeki yardım ve dayanışma yükümlülüğünün evlilik sonrasına da taşınması gayreti, eşlerden birinin inisiyatifıyla bertaraf edilecek, kanunen sağ kalan eşe açıkça tanınan talep hakları yoruma dayalı ve haksız surette elinden alınabilecek, böylece Kanun hükmü dolanılmış olacaktır<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> DOĞAN, (2003), s. 667.

<sup>110</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 87; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 48; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 444; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 12; KAPUSUZ, s. 58; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 402; ZEYTİN, (2005), s. 233; GÜMÜŞ, (2008), s. 403.

<sup>111</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr.22.

<sup>112</sup> Bu kapsamda, hukuk kurallarının hukuki niteliklerine göre ayrımı hususunda bkz. ÖZTAN, (2003), s.18 vd.; ÖZSUNAY, s.52 vd.

<sup>113</sup> Böyle bir tasarrufun TMK 240. maddeye yani Kanunun açık hükmüne aykırı olması nedeniyle TMK md.557/ b.3 kapsamında iptalinin istenebileceği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 241; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 62; ÖZUĞUR, (2007), s. 73; HAYRAN, s. 339; BAŞPINAR, (2005), s. 685, dpn.82; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 177; TMK 240. madde hükmünün ölen eşin ve sağ kalan eş dışındaki diğer mirasçıların sözleşme yapma ve tasarruf

### III - Hüküm ve Sonuçları

TMK 240. maddenin uygulanma koşullarının gerçekleşmesi durumunda, sağ kalan eş aile konutu üzerinde kural olarak intifa ya da oturma hakkı talep edebilir, mülkiyet hakkı tesisi ise ancak haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olur. Kanunda böyle bir sıra öngörülmesinin nedeni, sağ kalan eşin koruma amacı gerçekleştirilirken, ölen eşin diğer mirasçıları ile arasındaki yarar dengesinin de gözetilmesidir<sup>114</sup>. Böylece sağ kalan eşe öncelikle intifa veya oturma hakkı tanınarak, çıplak da olsa mülkiyet gibi sahibine en geniş yetkiler tanıyan aynı hak, sağ kalan eşin ölümüyle bir üçüncü kişinin eline geçme riski olmaksızın ölen eşin mirasçılarının uhdesinde kalacaktır. İsviçre Medeni Kanunu'nun bu hükmü karşılayan 219. maddesinde de aynı hak türlerinden bahsedilmiştir. Ancak İsviçre doktrininde bir kısım yazarlar, 219. maddede yer verilmiş olmamasına rağmen, tarafların anlaşmalarıyla, sağ kalan eş lehine tapuya şerh verilebilecek bir kira hakkının da tanınabileceğini savunmaktadır<sup>115</sup>.

#### 1 - İntifa veya Oturma Hakkı

TMK'nın 240. maddesi, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde öncelikle intifa veya oturma hakkı talep edebileceğini düzenlemiştir. Bu irtifaklar belirli bir kişi lehine kurulan ve o kişiyle kaim olan irtifaklardır. Bu nedenle başkalarına devredilmeleri veya mirasçılara intikal etmeleri söz konusu değildir. TMK'nın 240. maddesinin sağ kalan eşin öncelikle intifa veya oturma haklarını tercih edebileceği şekilde düzenlenmesi, hem sağ kalan eşin hem de diğer mirasçıların menfaat dengesine birçok somut olayda daha uygun düşmektedir. İntifa veya oturma hakkı tesis edilmesiyle, örneğin, sağ kalan eşin ilerleyen yaşı nedeniyle, aile konutunun ileride ölen eşin mirasçıları dışında ilgisiz bir üçüncü kişinin eline geçmesi önlenemeyecek, sağ kalan eş çoğunlukla katılma alacağının tamamından vazgeçmesi hatta bedel eklemesi gerekmeksizin, o ana kadar yaşantısını sürdürdüğü aile konutunu kullanmaya

---

özgürlüğünü kısıtlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilemeyeceği, bu nedenle TMK 557. madde anlamında hukuka aykırı bir tasarruftan söz edilemeyeceği, ancak mirasçılar ile üçüncü kişilerin sağ kalan eşe zarar vermeyi amaçlayan ve konusu ahlaka aykırı olan hileli anlaşmalarının bu durumun istisnası olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 407 – 408; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 405 - 406.

<sup>114</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 87; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 48; GÜMÜŞ, (2008), s. 414; DOĞAN, (2003), s. 661.

<sup>115</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 55.

devam edebilecek ve kalan katılma alacağıyla da diğer ihtiyaçlarını karşılama imkânı bulacaktır<sup>116</sup>.

Sağ kalan eş, intifa veya oturma haklarından birisini tercih noktasında özgür olmakla birlikte, eski yaşantısını devam ettirme amacı doğrultusunda ihtiyacını karşılamaya yetecek olan aynı hak türüne yönelmesi gerekmektedir. Örneğin, eşinin ölümünden sonra yaşlılığı veya hastalığı nedeniyle büyük bir konutun bakım ve giderlerini karşılayacak durumda olmayan eş, intifa hakkı yerine konutun bir bölümü üzerinde oturma hakkı tesisini tercih etmelidir. Sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla birlikte, konutun çıplak mülkiyeti diğer mirasçılarda kalacak, konuttan tam olarak yararlanma ve konutu kullanma yetkisi ise sağ kalan eşe geçecektir.

Mal rejimlerinin tasfiyesinde sağ kalan eşe tanınmış olan intifa hakkının, TKM'nın 444. maddesinde mirasçı olması hasebiyle eşe tanınan “sağ kalan eşin kanuni intifa hakkı” ile karıştırılmaması gerekir. TKM'nın 444. maddesinde, sağ kalan eşin birinci zümre ile mirasçı olması halinde ¼ mülkiyet hakkı yerine ½ intifa hakkını seçebilmesine imkân tanınmış ve diğer zümrelerle birlikte mirasçı olması halinde ise, mülkiyet hakkı yanında belirli oranda intifa hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup bu madde, 3444 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır. TMK'nın 240. maddesi ile sağ kalan eşe aile konutu üzerinde tanınan hak ise; bir mirasçılık hakkı olmayıp, mirasçılık belgesinde sağ kalan eşin bu husustaki seçimini araştırma ve buna göre veraset ilamı düzenleme zorunluluğu olmadığı gibi, veraset ilamı düzenlenmiş olsun veya olmasın, sağ kalan eş aile konutu üzerinde lehine intifa hakkı tesis edilmesini talep edebilecektir<sup>117</sup>. Ayrıca, sağ kalan eşin kanuni intifa hakkı herhangi bir karşılık gerektirmezken, TMK'nın 240. maddesi ile sağ kalan eşe aile konutu üzerinde tanınan intifa hakkının tesisi için, bu hakkın değerinin, katılma alacağına mahsup edilmek veya katılma alacağına hakkın değerini karşılamaması durumunda bedel eklenmek suretiyle ödenmesi gerekmektedir.

TMK'nın 806. maddesinde yer alan, sözleşmede aksine hüküm bulunmaması veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiğinin anlaşılmıyor olması halinde, intifa hakkının kullanılmasının başkasına devredilebileceği düzenlemesi karşısında, sağ kalan eşin lehine

---

<sup>116</sup> DOĞAN, (2003), s. 662; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 90-92.

<sup>117</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 87 – 88; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 49. Bu iki hakkın birçok açıdan benzeştiği yönündeki görüş için bkz. DOĞAN, (2003), s. 671.



tanınan intifa hakkını başkasına devredip devredemeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş<sup>118</sup>, sağ kalan eş tarafından, lehine tesis edilen intifa hakkının devrinin mümkün olmadığını, zira maddenin düzenleme amacının buna müsaade etmeyeceğini belirtirken, bir diğer görüş, sağ kalan eşin lehine intifa hakkı tesis edilmesi halinde aile konutunu bizzat kullanabileceği gibi başkasına da devredebileceğini, örneğin aile konutunun tamamını veya kullanmadığı kısımlarını bir başkasına kiraya verebileceğini savunmaktadır<sup>119</sup>.

Kanaatimizce, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde lehine tesis edilen intifa hakkını devredemeyeceğinin kabulü gerekir. Zira TMK 240. maddede sağ kalan eşe eski yaşam seviyesini koruyacak ve ihtiyaçları için yeterli olacak ölçüde bir seçim yapması için, üç değişik hak türü öngörülmüş olup, kişisel durumu nedeniyle konutun bir bölümünü kullanabilecek olan eşin o bölüm üzerinde bir oturma hakkı tesisini talep etmek yerine, konutun tamamı üzerinde intifa hakkı elde ederek, bu hakkı daha sonra miras ortaklığına yabancı olan üçüncü şahıslara devretmesi, taraflar arasındaki yarar dengesini ölen eşin diğer mirasçıları aleyhine bozacağı gibi, iyi niyetle ve Kanunun düzenleme amacıyla da bağdaşmaz<sup>120</sup>.

Oturma hakkı ise, taşınmaz üzerinde kurulacak intifa hakkından farklı olup, intifa hakkı taşınmazdan tam yararlanma yetkisi verirken, oturma hakkı binanın tamamında veya bir kısmında oturma yetkisi vermektedir<sup>121</sup>. Sağ kalan eşin tercihini oturma hakkı yönünde kullanması üzerine, aile konutunun tamamı veya bir bölümünde sağ kalan eş için yararlanma yetkisi doğacak, konutun çıplak mülkiyeti ise ölen eşin diğer mirasçılarında kalacaktır. Oturma hakkı, niteliği itibariyle başkalarına devredilemeyecek bir hak olup, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde lehine intifa hakkı kurulmasından sonra konutu kendisi kullanabileceği gibi başkasına da devretmesinin mümkün olduğunu belirten

<sup>118</sup> KAPUSUZ, s. 52; YAĞCIOĞLU, s. 123 vd.; GÜMÜŞ, (2008), s. 414.

<sup>119</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 408, dph. 430; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 48; DOĞAN, (2003), s. 662.

<sup>120</sup> Aynı yönde bkz. KAPUSUZ, s. 52; YAĞCIOĞLU, s. 123 vd.; GÜMÜŞ, (2008), s. 414; Sağ kalan eşin lehine intifa hakkı tesis edilmesi halinde aile konutunu bizzat kullanabileceği gibi başkasına da devredebileceğini, örneğin aile konutunun tamamını veya kullanmadığı kısımlarını bir başkasına kiraya verebileceğini ifade eden görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 408, dph. 430; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 48; DOĞAN, (2003), s. 662.

<sup>121</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 667.



bir kısım yazarlarca dahi, lehine aile konutu üzerinde oturma hakkı kurulan sağ kalan eşin, bu hakkını bizzat kullanması gerektiği belirtilmektedir<sup>122</sup>.

Oturma hakkının, sağ kalan eşin sürdürmek istediği yaşam seviyesi ve ihtiyaçlarına göre konutun bir bölümü üzerinde kurulabilmesi, bu hakkın tesis edilmesinin birçok somut olayda öncelikle tercih edilmesine neden olmaktadır<sup>123</sup>.

## 2 - Mülkiyet Hakkı

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin ya da diğer mirasçıların talebiyle, aile konutu üzerinde intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınması mümkün olup, intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınmasını talep yetkisi sadece sağ kalan eş için değil, ölen eşin diğer yasal mirasçıları için de öngörülmüştür<sup>124</sup>. Yasal mirasçılar bu taleplerini hep birlikte ileri sürmek zorundadırlar<sup>125</sup>.

Aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkı tesisinde belirleyici kavram şüphesiz “*haklı sebep*” unsurudur. Haklı sebeplerin neler olduğu ya da nasıl tespit olunacağı hususunda madde metninde bir açıklık bulunmayıp, sağ kalan eş ve ölen eşin diğer yasal mirasçılarının, aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine mülkiyet tesisi hususunda anlaşmış olmaları halinde sorun çıkmayacaktır. Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise, konu yargı yoluyla çözümlenmeye çalışılacak ve hâkim somut olayın özelliklerini nazara alarak, haklı nedenlerin neler olduğunu ve somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini tayin ve tespit edecektir. Bu husus madde gerekçesinde de “*Her somut olaya göre bu sebeplerin haklı olup olmadığı*”

---

<sup>122</sup> DOĞAN, (2003), s. 662.

<sup>123</sup> YAĞCIOĞLU, s. 124. Yazar, sağ kalan eşin eski yaşantısını konutun bir bölümünde sürdürmüş olması halinde o bölümlle sınırlı olarak talepte bulunması halini veya birden fazla ailenin yaşadığı bir konutun sadece daha önce kullanılan kısmında sağ kalan eş lehine oturma hakkı tesis edilmesi halini bu duruma örnek olarak göstermektedir.

<sup>124</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 88; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 49; DOĞAN, (2003), s. 663; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 441; GÜMÜŞ, (2008), s. 414; ZEYTİN, (2005), s. 237; GENÇCAN, Mal Rejimleri, s. 267.

<sup>125</sup> GÜMÜŞ, (2008), s. 414; ÖZTAN, (2004), s. 304; ŞEKER, Eşin Ölümü, s. 441; Doktrinde bazı yazarlarca, TMK 240/III. fıkrada haklı sebeplerin ileri sürülmesiyle sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkının yerine mülkiyet hakkı tanınmasının talep edilebileceği belirtilmiş olmakla beraber, bazen sağ kalan eşe intifa veya oturma haklarından birisinin tanınmasının da diğer mirasçıların haklarını etkileyebileceği, bu nedenle intifa veya oturma haklarından birinin tercih edilmesi noktasında da diğer mirasçılara haklı sebeplerin varlığını ileri sürebilme imkânı tanınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 127.

*hâkim tarafından değerlendirilecektir*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>126</sup>. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken, önüne gelen her olayı kendi sübjektif özelliklerine göre değerlendirmek ve taraflar arasında kanun koyucu tarafından korunmaya çalışılan dengeyi gözetmek durumundadır<sup>127</sup>.

Sağ kalan eşin oldukça genç olması<sup>128</sup>, diğer mirasçılar ile miras bırakanın yakınlığı, katılma alacağı ile aile konutunun kullanım sermaye değeri arasındaki ilişki, aile konutunun diğer eşin edinilmiş veya kişisel malı olma durumu, mülkiyet hakkı tanınması halinde diğer haklarla arasındaki değer farkının ödenmesi imkânı<sup>129</sup>, sağ kalan eşin altsoyunun olmaması<sup>130</sup>, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunup bulunmadığı, ölen eş ile sağ kalan eşin mirasçılarının aynı olup olmadığı<sup>131</sup>, sağ kalan eşin miras hakkı<sup>132</sup>, terekede aile konutu ve ev eşyasından başka mal bulunup bulunmadığı<sup>133</sup> gibi hususlar, haklı sebeplerin varlığını tayininde hâkim tarafından değerlendirmesi gereken başlıca durumlar olup, somut olayın şartları içinde dikkate alınması gereken unsurlar çoğaltılabilir.

#### IV – TMK 240. Maddede Yer Alan Talep Hakkının Hukuki Niteliği

TMK'nın 240. maddesinde öngörülen hakkın hukuki niteliği konusunda, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>134</sup>.

<sup>126</sup> EM/SÖZEN/KAÇAK/YILMAZ, s. 301.

<sup>127</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 90; Medeni Hukuk kurallarının uygulanmasında hâkimin takdir yetkisi hususunda bkz. AYAN, (2009), s. 73 vd.

<sup>128</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 88; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 49 - 50.

<sup>129</sup> ZEYTİN, (2005), s. 237.

<sup>130</sup> GÜMÜŞ, (2008), s. 415.

<sup>131</sup> SARI, s. 284.

<sup>132</sup> ÖZUĞUR, (2005), s. 780.

<sup>133</sup> İMRE/ERMAN, s. 479.

<sup>134</sup> Sağ kalan eşe tanınan talep hakkını yenilik doğuran hak olarak nitelendiren görüş için bkz. ZEYTİN, (2005), s. 236; SARI, s. 287; SCHLEISS, s. 165 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 404 - 405; DOĞAN, (2003), s. 669 - 670; Sağ kalan eşe tanınan bu hakkın, ölen eşin diğer mirasçılara karşı kullanılabilen bir yasal alım hakkı olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, (2004), s. 88; KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası, s. 42 - 43; Bu hükmün sağ kalan eşe sadece miras şirketine karşı ileri sürebileceği şahsi nitelikte bir talep hakkı, bir öncelik hakkı tanıdığı yönünde bkz. BUZ, s. 147 - 150; Bu düzenlemenin sağ kalan eşe borçlandırıcı bir talep hakkı tanıdığı yönünde bkz. GÜMÜŞ, (2008), s. 190 - 191; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1992), Nr. 10; Yağcıoğlu da bu hakkın, kanundan doğan borçlandırıcı bir talep hakkı olduğunu düşünmekte ancak, sağ kalan eş ve ölen eşin diğer yasal mirasçıları arasında uyuşmazlık olması halinde açılacak davanın bir eda davası olup, bu dava sonucunda verilecek kararın da bir eda kararı olacağını, sağ kalan eşin bu karara istinaden ilgili aynı

Kanaatimizce, sağ kalan eşin TMK 240. madde kapsamında tek taraflı bir irade beyanıyla istediği hukuki sonuca direkt ulaşma imkânı olmayıp, sağ kalan eşin TMK 240. madde ile tanınan talep haklarına dair irade açıklamasıyla, bu hakkın katılma alacağına mahsuben ve yetmemesi halinde bedel eklenmek suretiyle tanınabileceğine dair yasanın açık hükmü de nazara alınarak, taraflar arasında bir satım ilişkisi kurulduğunun kabulü gerekir. Sağ kalan eşin kanuni alım hakkından farklı özelliklere sahip olan bu yasal alım hakkı, sadece mülkiyet hakkının kazanılmasını değil, intifa veya oturma hakkının tanınmasını da kapsamakta olup, bu hak hukuki niteliği itibarıyla yasal alım hakkıdır<sup>135</sup>.

### **V - Aile Konutunun TMK 240. Madde Kapsamında Özgülenmesi Taleplerinde Yetkili ve Görevli Mahkeme**

Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin davalarda yetkili mahkeme, TMK'nın 214. maddesi kapsamında, ölen eşin son yerleşim yeri mahkemesidir. Zira TMK'nın 214. maddesinde, eşler veya mirasçılar arasında bir mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda, mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin, boşanmaya, evliliğin iptaline veya hâkim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkemenin ve diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmektedir. Ölen eşin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu hükmü, kesin bir yetki kuralı olup, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır<sup>136</sup>.

Aile konutunun edinilmiş mallara katılma rejiminde sağ kalan eşe özgülenmesi davalarında görevli mahkeme ise, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 2 ve 4. maddeleri gereğince Aile Mahkemesidir<sup>137</sup>. Aile Mahkemesi kurulmamış

---

hakkın tescili noktasında tapu sicil memuruna talepte bulunacağını ve ilgili aynı hakkın sicile tescille kazanılmış olacağını, bu nedenle yapılacak tescilin kurucu bir tescil olacağını ifade etmektedir. Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 43.

<sup>135</sup> Ayrıca, önalım sözcüğünün sehven madde metninde yer aldığını düşünmekle beraber, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde sağ kalan eşe aile konutu üzerinde benzer hak tanıyan TMK 255. maddenin gerekçesinde yer alan “eşe bir tür yasal önalım hakkı tanınmış” ifadesinin de yasal alım hakkı görüşünü desteklediğini düşünüyoruz. Bkz. EM/SÖZEN/KAÇAK/YILMAZ, s. 310.

<sup>136</sup> ÖZUĞUR, (2007), s. 94 vd., 265.

<sup>137</sup> Y.2.H.D., 12.11.2008 tarih, 2008/15987 E., 2008/15044 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası; Y.2.H.D., 16.06.2008 tarih, 2008/5310 E., 2008/8734 K. sayılı kararı için bkz. UYAP İçtihat Programı.

olan yerlerde ise bu görev, Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerince yerine getirilecektir. Zira 4787 sayılı Kanunun 4. maddesinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işlere Aile Mahkemelerinin bakacağı, 2. maddesinde ise Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerince bakılacağı hükmü yer almaktadır. Sağ kalan eşin edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamındaki özgüleme talebine ilişkin düzenleme de TMK'nın belirtilen hükümleri içerisinde yer aldığından, Aile Mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Ayrıca, Aile Mahkemesi bulunmayan yerlerde, görevli olan Asliye Hukuk Mahkemelerinin, bu tür davalara Aile Mahkemesi sıfatıyla bakmaları gerekmektedir<sup>138</sup>.

#### **VI - Diğer Mal Rejimlerindeki Özgüleme Koşulları, Benzerlik ve Farklılıklar**

Ülkemizdeki evliliklerin birçoğunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, bu rejime ilişkin hükümler arasında yer verilen TMK 240. madde ile, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi hususunu ayrıntı ve istisnaları ile birlikte düzenlemiştir. Bunun yanı sıra, Türk Hukukunda seçimlik mal rejimi olarak yer verilen diğer rejimler kapsamında da aile konutunun özgülenmesine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiş olup; 255. madde ile paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde, TMK 279. madde ile de mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesi imkânı tanınmıştır. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşımlı mal ayrılığı rejimine özgü olarak TMK 254. maddede düzenleme altına alınmıştır.

Paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde edinilmiş mallara katılma rejiminde yer alan düzenlemeye benzer şekilde, TMK 255. maddede, sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebileceği, haklı sebeplerin varlığı halinde intifa veya oturma hakkı tanınacağı ve sağ kalan eşin bu talep haklarını kullanamayacağı haller hüküm altına alınmıştır.

<sup>138</sup> ARSLAN, s. 289 vd.

TMK'nın 255. maddesinin ilk fıkrasında; eşlerden birinin ölümü hâlinde, paylaşma konusu olan mallar arasında eşlerin birlikte yaşadıkları konutun bulunması durumunda, sağ kalan eşin konut üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklenmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. TMK 255. maddenin ikinci fıkrasında, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. TMK 255. maddenin üçüncü fıkrasında ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde sağ kalan eşe aile konutunun özgülenmesi imkânı getiren düzenlemeye benzer şekilde, sağ kalan eşin, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamayacağı belirtilmiş, ayrıca tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklı tutulmuştur.

TMK 255. maddede yer alan aynî haklar, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesini edinilmiş mallara katılma rejiminde düzenleyen TMK 240. maddede öngörülen haklarla aynıdır. Ancak hakların sıralaması açısından farklı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. TMK 255. maddede böyle bir sıra öngörülmesinin amacı, sağ kalan eşe aile konutu üzerindeki talep imkânlarının, paylaşmadan doğan hakkının yanı sıra miras hakkına mahsuben de tanınması nedeniyle, TMK 255. madde hükmü ile, mirasın paylaşılmasında sağ kalan eşe miras hakkına mahsuben aile konutu üzerinde aynî hak talep imkânı veren TMK 652. madde düzenlemesi arasında paralellik sağlanmaya çalışılması olarak yorumlanmaktadır<sup>139</sup>. Yine TMK 240. maddenin ikinci fıkrasında, sağ kalan eşin, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde de mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği hükmü yer almışken, 255. maddede, ev eşyası üzerinde sağ kalan eşe intifa hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme isabetli değildir, zira ev eşyası üzerinde sağ kalan eşe intifa hakkı tanınması halinde, kullanılmakla ekonomik ömrü ve değeri azalan bu eşyalar diğer mirasçıların eline geçtiğinde neredeyse kullanılamaz hale gelmiş olacak ve ev eşyalarının bu haliyle diğer mirasçılara kalması haksız sonuçlara yol açabilecektir<sup>140</sup>.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde aile konutu, yukarıda da belirttiğimiz üzere evliliğin ölümle sona ermiş olmasının yanı sıra, iptal veya boşanma kararı ile sona ermesi halinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu kapsamda TMK'nın

---

<sup>139</sup> DOĞAN, (2003), s. 679 vd.

<sup>140</sup> KILIÇOĞLU, (2004), s. 90.

254. maddesinde, evliliğin iptal veya boşanma kararı ile sona ermesi halinde ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan aile konutunu hangi eşin kullanacağı ile bu hususta eşler arasında anlaşma sağlanamaması halinde hâkim müdahalesinin talep olunabileceği ve aile konutunun kiralanma suretiyle edinilmiş olması halinde iptal veya boşanma kararı sonrası durumuna ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi ve seçimlik rejimlerden paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde sağ kalan eşe aile konutu üzerinde tanınan haklar, değişik koşullarla ancak benzer şekilde mal ortaklığı rejiminde de tanınmıştır.

Mal ortaklığı rejiminde aile konutu, rejimin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi ve diğer tasfiye şekilleriyle sona ermesine göre, TMK 279. maddede iki ayrı şekilde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu düzenlemelere göre; mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde, eşlerin birlikte yaşadıkları konutun ortaklık mallarına dâhil olması durumunda, sağ kalan eş, payına mahsuben aile konutunun mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecek, haklı sebeplerin varlığı halinde ise, sağ kalan eş veya ölenin diğer yasal mirasçılarının istemiyle aile konutu üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınması mümkün olabilecektir. Mal ortaklığı rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple son bulması halinde ise, eşlerden her biri üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle aynı talepleri ileri sürebilme imkânına sahiptir. Bu açıdan, eşlerin birlikte yaşadıkları konutun ortaklık mallarına dâhil olması durumunda ve talep halinde, sağ kalan eş lehine TMK 240. maddede öngörülen haklar (intifa veya oturma, mülkiyet) aynı sıra dâhilinde bu rejimde de tesis edilebilecektir.

## **VII – Sonuç**

Aile konutu ve bu vasıta ile aile ve eşler evlilik birliğinin devamı süresince korunduğu gibi, evlilik birliği sonrasında da bu koruma çeşitli hükümler vasıtası ile devam etmektedir. Diğer eşin ölümü sonrasında, sağ kalan eş yeni bir muhite yerleşmek, yeni bir çevre edinmek, ölen eşle birçok anılarını paylaştığı konutu terk etmek durumunda kalmakta, bu nedenle o ana kadar mevcut olan müşterek hayat tarzı önemli ölçüde değişmektedir. Eşin ölümü sonrasında aile konutunun kaybının sağ kalan eş açısından oluşturduğu bu sakıncaları dikkate alan TMK, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin özel düzenlemeler öngörmüştür. Bu kapsamda 240. madde ile edinilmiş mallara katılma rejiminde, 255. madde ile paylaşmalı mal

ayrılığı rejiminde ve 279. madde ile mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesi, 652. maddede ise sağ kalan eşin aile konutu üzerinde mirasçılık sıfatına bağlı bir yasal, aynı talep hakkı bulunduğu hususu düzenlenmiştir. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptal ile sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine özgü olarak 254. maddede düzenleme altına almıştır. Böylece, özellikle eşinin ölümüyle desteğini kaybeden eş korunmuş ve evlilik birliğinin dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü, evliliğin son bulmasının ötesine taşınmaya çalışılmıştır.

Mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığı yaygın olmayan ülkemizdeki evliliklerin büyük kısmında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olduğundan, özellikle TMK 240. maddenin uygulama alanı ve koşulları ile hüküm ve sonuçlarının belirlenmesi önemlidir.

TMK 240. madde ile katılma alacağının nakdi olarak talep olunabileceği kuralına bir istisna getirilerek, sağ kalan eşe aile konutu üzerinde aynı hak talep imkânı verilmiştir. Bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde, hak sahibi olan eşin sadece alacak hakkına sahip olması kuralının tek istisnasıdır. Sağ kalan eşin TMK 240. madde hükmünden yararlanabilmesi için; öncelikle eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olması, rejimin eşlerden birinin ölümü ile son bulmuş olması, aile konutunun mülkiyetinin ölen eşe ait olup, sağ kalan eşin tasfiye sonrası katılma alacağına sahip bulunması ve sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirme amacıyla bu hükmeye dayalı olarak talepte bulunması gerekmektedir. Ayrıca maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, aksine bir anlaşmanın yapılmamış olması ve son fıkrada yer alan aile konutunun ölenin altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra edeceği konut olmaması şeklindeki düzenlemeler ile tarımsal taşınmazlara ilişkin istisna da olumsuz koşullar olarak, maddenin uygulanma şartları arasında kabul edilmektedir.

TMK 240. madde kapsamında sağ kalan eş aile konutu üzerinde kural olarak intifa ya da oturma hakkı talep edebilecek, sağ kalan eşin ya da ölen eşin diğer mirasçıların aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkı tesis edilmesini talep edebilmeleri ise ancak haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olacaktır. Haklı sebeplerin neler olduğu ya da nasıl tespit olunacağı hususunda madde metninde bir açıklık bulunmayıp, bu nedenlerin neler olduğu yasada belirtilmeyerek, haklı neden oluşturabilecek durumların yorumu isabetli şekilde uygulamaya bırakılmıştır.



Aile konutuna ilişkin hem evliliğin genel hükümleri, hem de mal rejimi ve mirasın tasfiyesi bağlamında çeşitli düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, bu düzenlemelerde aile konutuna ilişkin ortak bir dilin benimsenmemiş olması, maddelerin uygulama kapsamı noktasında farklı yorumlara neden olmaktadır. Evlilik süresince aile konutuna ilişkin koruma öngören TMK 194. maddenin kenar başlığında olduğu gibi madde metninde de “*aile konutu*” ifadesinin yer almış olması, bu madde açısından tartışmaları asgariye indirmektedir. Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin TMK 240. maddenin kenar başlığında, “*aile konutu*” ifadesinin yer almasına rağmen, madde metninde “*birlikte yaşadıkları konut*” ibaresinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Söz konusu terminoloji farklılığı da, maddede kastedilenin aile konutu mu yoksa eşlerin birlikte yaşadıkları tüm konutlar mı olduğu noktasında tartışmalara neden olmaktadır. Bu nedenle TMK 240. madde de dâhil olmak üzere, aile konutuna ilişkin düzenlemeler içeren hükümlerde ortak bir dilin benimsenmesi uygulamadaki tereddütlerin ortadan kaldırılmasına hizmet edecektir.

Mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığı yaygın olmayan ülkemizde, evlilik birliklerinin birçoğunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu ve ölüm dışındaki diğer sona erme nedenleri olan boşanma veya evliliğin iptalinin de oldukça yaygın olduğu nazara alındığında, aile konutunun özgülenmesini talep imkânının yalnızca bu rejimin ölüm nedeniyle tasfiyesi halinde öngörülmüş olması da bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Ancak, edinilmiş mallara katılma rejiminde de, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin boşanma veya iptalle neticelenmesi durumunda aile konutunun akıbetini düzenleyen 254. madde hükmüne benzer bir düzenlemenin yer alması sorunun çözümüne tam anlamıyla hizmet etmeyecektir. Zira 254. maddenin son fıkrasının kaleme alınış tarzı, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde, kira sözleşmesine taraf olmayan eşin de, hâkim kararıyla sözleşme ilişkisine dâhil edileceği izlenimi vermektedir. Bahsedilen ihtiyaca cevap verebilecek bir düzenleme ancak İsviçre Medeni Kanunu 121. maddede<sup>141</sup> yer verilen düzenleme benzeri bir hükümle

<sup>141</sup> Evliliğin son bulması sonrasında, konut üzerinde mülkiyet hakkı sahibi veya kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş ve özellikle çocukların korunması amacıyla İsviçre Medeni Kanunu’nda yer verildiği belirtilen hükümde; eşlerden birinin çocuklar veya diğer önemli nedenlerle aile konutuna muhtaç olması halinde, mahkemece kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, ihtiyacı olan eş devredilebileceği; bu tarihe kadar kiracı olan eşin kira bedellerinde iki yıldan fazla olmamak şartıyla, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği ya da erdirilebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumlu olacağı,



karşılanaabilecek olup, TMK 254/IV. fıkra hükmü bu ihtiyacı karşılamaktan çok uzaktır. Zira evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanması halinde aile konutunun kullanım hakkını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu 121. maddede, mahkemece kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, ihtiyacı olan eşe devredilebileceği ifadesine yer verilmek suretiyle, hâkim kararıyla kira sözleşmesinin taraflarında değişiklik yapılabileceği hususu açıkça belirtilmiştir. TMK 254/IV. fıkra metninde ise, hakim gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir denilmek suretiyle, boşanan veya evlilikleri iptalle sonuçlanan eşler, bitmiş bir evlilikte aynı kira sözleşmesinin tarafları olarak yan yana getirilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesi benzeri bir hükümle tüm mal rejimlerini kapsayacak şekilde, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanması durumunda aile konutunun kullanımının düzenlenmesi, ancak bu düzenleme yapılırken, boşanan veya evlilikleri iptalle sonuçlanan eşleri karşı karşıya getirmeyecek ve hâkime gerektiğinde sözleşmenin taraflarında değişiklik yapma yetkisi tanıyacak tarzda bir düzenleme öngörülmesi daha isabetli olacaktır.

Aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi imkânı, aileyi ve özellikle kadın eşini koruma amacı göz önünde bulundurularak ihdas edilmiştir. Bu nedenle, özellikle ülkemiz şartlarında ekonomik yönden daha az güvenceli olan kadın eşin etkin şekilde korunabilmesi amacıyla, söz konusu kavram ve ilgili düzenlemelerin hukuk uygulamasındaki tanınırlığı ve etkinliğinin artırılması gereği ortadadır. Bu yapılırken, elbette diğer mirasçılar ile sağ kalan eşin yarar dengesinin gözetilmesi zaruri olup, Kanunun bu dengenin gözetilmesi noktasında benimsediği hüküm ve istisnaların yerli yerinde kullanılması durumunda, gerekli dengenin sağlanacağı açıktır.

---

kira bedelini ödeyen kiracı eşin bunu diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcu ile takas edebileceği, aile konutunun eşlerden birisine ait olması halinde ise, mahkemece diğer eşe aynı koşullar ve uygun tazminat mukabilinde veya nafaka borcuna mahsuben, belirli bir süreyle sınırlı oturma hakkı tanınmasına karar verilebileceği, önemli nedenlerin ortaya çıkması durumunda tanınan bu hakkın sınırlandırılabilmesi veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Madde ve uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEKER, Boşanma, s. 474.

## KAYNAKÇA

- ACABEY, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Ünal Narmanhoğlu’na Armağan**, C. IX, Sa. Özel, s. 491–534. [ACABEY, (2007)]
- ACABEY, Mehmet Beşir: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, İzmir, 1998. [ACABEY, (1998)]
- ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, II. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- AKINCI, Şahin: “Medeni Kanun’da Kadın ve Aile”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sa. 1-2, s. 15-31.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Aile Hukuku**, XII. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ARSLAN, Aziz Serkan: “The Family Courts And Trial Procedures In Turkish Law”, **Law & Justice Review**, V. I, I. 1, s. 289-309.
- AYAN, Mehmet: **Medeni Hukuka Giriş**, II. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2009. [AYAN, (2009)]
- AYAN, Serkan: **Evlilik Birliğinin Korunması**, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004. [AYAN, (2004)]
- BAĞCI, Ömer: “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, Sa. 2, s. 145-156.
- BARLAS, Nami: **Makalelerim**, C.I, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2008. [BARLAS, (2008)]
- BARLAS, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 115–143. [BARLAS, (2004)]
- BAŞPINAR, Veysel: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, Sa. 1–2, s. 46–59. [BAŞPINAR, (1999)]

- BAŞPINAR, Veysel: “Yeni Türk Medeni Kanunu”, **Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 669–690. [BAŞPINAR, (2005)]
- BULUT, Harun/GÜRSOY, Serhan: **Aile Mahkemeleri Uygulaması**, I. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004.
- BUZ, Vedat: **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, I. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- BÜYÜKTANIR, Tahir: “Türk Medeni Kanunu’nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2002, Sa. 1, s. 103–131.
- ÇABRİ, Sezer: “Aile Konutu Şerhi”, **Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Çizgi Basım, İstanbul, 2007, s. 401–421.
- DEMİR, Pınar Özlem: “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 221. Maddesinin Yorumu”, **Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 133 vd. (DEMİR, 4721 sayılı Kanun)
- DEMİR, Pınar Özlem: **Yeni Medeni Kanun’da Evli Kadınların Hukukî Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004. (DEMİR, Evli Kadın)
- DEMİRBAŞ, Harun: “Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Aynî Hak Tanınması İmkânı Veren TMK. 240 ve 652’nin Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 889-904.
- DOĞAN, Murat: “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, Sa. 3–4, s. 651–696. [DOĞAN, (2003)]
- DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VI, Sa. 1-4, s. 285-300. [DOĞAN, (2002)]
- DÖNMEZ, Murat: “Aile Konutunun Haczi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 77, s. 349–358.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, II. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C.IV**,

III. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

EM, Ali/SÖZEN, Ayten/KAÇAK, Nafiz/YILMAZ, Zümra: **Açıklamalı, Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu**, IV. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: **Aile Hukuku**, III. Baskı, İstanbul, 1986.

GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2002/7 Sayılı, 11.06.2002 Tarihli Genelgesi’nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 127–148.

GENÇCAN, Ömer Uğur: **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar - İlgili Mevzuat, 2. Cilt**, II. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007. (GENÇCAN, Türk Medeni Kanunu)

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Mal Rejimleri Hukuku**, I. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007. (GENÇCAN, Mal Rejimleri)

GÖKYAYLA, Emre: **Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, I. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2008. [GÜMÜŞ, (2008)]

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, II. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2007. [GÜMÜŞ, (2007)]

GÜRKAN, Ülker: “Karının İktisaden Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXX, Sa. 1–4, s. 324 vd.

HACISALİHOĞLU, Abdurrahman: **Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ve Şerhi**, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

HATEMİ, Hüseyin: **Aile Hukuku**, I. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: **Das Familienrecht, Berner Kommentar, Band II, 2.Teilband Die Wirkungen Der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB**, Stampfli Verlag AG, Bern, 1999. [HAUSHEER, REUSSER, GEISER, (1999)]

HAUSHEER, Heinz / REUSSER, Ruth / GEISER, Thomas: **Das Familienrecht, Berner Kommentar, Band II, 3.Teilband Das Güterrecht der Ehegatten, I. Unterteilband, Der Ordentliche Güterstand Der Errungenschaftbeteiligung Art. 196-220 ZGB**, Stampfli Verlag AG, Bern, 1992. [HAUSHEER, REUSSER, GEISER, (1992)]

HAYRAN, H. Burhan: **Mal Rejimleri Şerhi**, I. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, VII. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010..

İPEKÇİ, Nizam: **Mukayeseli Yeni Medeni Kanun ve Değişikliklerin Kapsamı**, I. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2003.

KAMACI, Mahmut: “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı”, **Yargıtay Dergisi.**, C. XXX, Sa. 1-2, s. 113-138.

KAPUSUZ, Gökçen: **Mal Rejimleri ve Miras Hukuku’nda Aile Konutu**, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

KARLI, Özlem: “TMK. Mad. 652’ye Göre Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. I, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 889–904.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, X. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008. [KILIÇOĞLU, (2008)]

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, II. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002. (KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi)

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: “Eşler Arasında Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri”, **Yargıtay’ın 128., Ankara Üniversitesinin 50., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 70. Kuruluş Yıldönümü, Ortak Bilimsel Toplantı 23-24 Mayıs 1996**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1997, s. 19-52. [KILIÇOĞLU, (1997)]

- KILIÇOĞLU, M.Ahmet: “Eşlerin Birbirinden Alacakları”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 395–414. [KILIÇOĞLU, (2009)]
- KILIÇOĞLU, M.Ahmet: “Katılma Alacağında Zamanaşımı”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.I**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1289–1298. [KILIÇOĞLU, (2010)]
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katkı-Katılma Alacağı**, I. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011. [KILIÇOĞLU, (2011)]
- KILIÇOĞLU, M.Ahmet: **Medeni Kanun’umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004. [KILIÇOĞLU, (2004)]
- KILIÇOĞLU, M.Ahmet: **Miras Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007. [KILIÇOĞLU, (2007)]
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: **Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, I. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. (KILIÇOĞLU, Diğer Eşin Rızası)
- MOROĞLU, Nazan: **Medeni Kanunda Mal Rejimleri, 14 Soru 14 Cevap**, I. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- ODENDAHL, Hanswerner: “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Mal Rejimi Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma”, **Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 475-496.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, IV. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe: **Eşya Hukuku**, V. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- ÖZSUNAY, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, V. Baskı, Güryay Matbaacılık, Ankara, 1986.
- ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, IV. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004. [ÖZTAN, (2004)]
- ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, XI. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003. [ÖZTAN, (2003)]

- ÖZTAN, Bilge: “Medeni Kanunun Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Değişiklik Önerisi”, **Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1981, s. 55 -112. [ÖZTAN, (1981)]
- ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Mal Rejimleri**, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007. [ÖZUĞUR, (2007)]
- ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, Cilt 1**, I. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2005. [ÖZUĞUR, (2005)]
- REİSOĞLU, Seza: “Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, **Bankacılar Dergisi**, Sa. 40, s. 67-74.
- SARI, Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, I. Baskı, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SAYMEN, Ferit/ELBİR, Hakkı: **Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, II. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960.
- SCHLEISS, Richard: **Hausrat Und Wohnung In Güterstandauseinandersetzung Und Erbteilung (Nach Den Neuen Art.219, 244 Und 612a ZGB)**, Dissertation, Bern, 1989.
- SEROZAN, Rona: “Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 591-594.
- ŞEKER, Muzaffer: “Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimi Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, Sa. 1, s. 435-450. (ŞEKER, Eşin Ölümü)
- ŞEKER, Muzaffer: “İsviçre Hukuku’nda Aile Konutunun Boşanma Halinde İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi, Art.121 ZGB”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sa. 3-4, s. 473-487. (ŞEKER, Boşanma)
- ŞİPKA, Şükran: **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, II. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004. [ŞİPKA, (2004)]

- ŞIPKA, Şükran: “Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, Mitos Yayınları, İstanbul, 1995, s. 353-364. [ŞIPKA, (1995)]
- ULUSAN, İlhan: “Evlilik Hukukumuzda Mal Ayrılığı Rejiminin Yol Açtığı Sorunlar ve Bu Alanda Önerilen Çözüm Yolları”, **Milli Egemenlik Sempozyumu**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayını, Ankara, 1996.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku, C. II**, I. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı**, I. Baskı, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre: **Medeni Hukuk**, VI. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ZEYTİN, Zafer: “Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 945-961. (ZEYTİN, Zamanaşımı)
- ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, I. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005. [ZEYTİN, (2005)]
- ZEYTİN, Zafer: “Türk Medeni Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 1649-1678. (ZEYTİN, Kadın Erkek Eşitliği)



# TAKSİ, DOLMUŞ VE BENZERİ ULAŞIM ARAÇLARINDA ÇALIŞANLARIN SİGORTALILIKLARI

Gizem SARIBAY ÖZTÜRK\*

## ÖZ

Ticari taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçları günlük hayatımızda önemli bir yer tutmaktadır. Bu araçların ve araçlarda çalışan kişilerin sayıları günden güne artış göstermektedir. Adı geçen araçların bir kısmında araç sahipleri kendileri, bir kısmında araçları sahibinden kiralamak suretiyle kendi adlarına işletenler ve bir kısmında ise iş sözleşmesiyle işçiler çalışmaktadır. Şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışma, çoğu zaman gece-gündüz devam etmekte, çalışanların günlük mesaipleri gündüz, akşam veya gece şeklinde değişmektedir. Hatta bir kişi gün içinde farklı saatlerde birden fazla araçta çalışabilmektedir. Çalışanların çoğu ne yazık ki kayıt dışı çalışmaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ek. m. 6 ile 01.03.2011 tarihinden itibaren uygulanmak üzere, ticari taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanların kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir ayda 10 günden az çalışanlarına, primlerinin kendileri tarafından ödenmesi kaydıyla, özel bir sigortalılık sağlanmıştır. Çalışmamızda taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışan kişilerin sosyal sigortalılıkları ve dolayısıyla da sosyal güvenliklerine ilişkin hükümler değerlendirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Taksi şoförleri, toplu taşıma araçlarında çalışanlar, kayıt dışı çalışma, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ek. m. 6.

## THE SOCIAL SECURITY OF THE PEOPLE WORKING IN TAXIS, MINIBUSES AND SIMILAR PUBLIC TRANSPORTATION

### ABSTRACT

Commercial taxis, minibusses and similar public transportation vehicles play a significant role in our daily lives. The quantity of these vehicles and individuals working in these vehicles increases every day. Some owners of these transportation vehicles utilize their own vehicles and some operate these vehicles on their own

---

\* Dr., İTÜ İşletme Fakültesi, İşletme Mühendisliği Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (saribay@itu.edu.tr)

ORCID ID: 0000-0001-8038-6713

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.682789

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/01/2020

*behalf by leasing from the proprietor. In a portion of the vehicles mentioned above, individuals work with a labour contract. In urban public transport, work is frequently carried out day and night, and the employees' shifts change from day to day. Some days the shifts are in the evening and the next the night. In fact, one person can work in more than one vehicle at various occasions during the day. Social Security and Universal Health Insurance Act No. 5510, via Annex Article 6 and as of 01.03.2011, a special insurance is available to employees who work with a part time contract in commercial transportation vehicles for a period of less than 10 days in a month, provided that their premiums are paid by themselves. In this study, the provisions regarding the social insurance and thus social security of the people working in commercial transportation vehicles will be evaluated.*

**Keywords:** *The people working in taxis, the people working in public transportation vehicles, undeclared work, Social Security and Universal Health Insurance Act No. 5510, Annex Article 6.*

## I. GİRİŞ

Meslek odalarının kayıtlarına göre ülkemizde yaklaşık 3 bin taksi durağı, 60 bin ticari taksi ve 100 bine yakın da ticari taksi şoförü bulunmaktadır<sup>1</sup>. Kayıt dışılık nedeniyle resmi kayıtlarda görünmeyen sayının bu rakamların çok üzerinde olduğu bilinmektedir. Diğer taraftan dolmuş ve benzeri ulaşım araçlarında çalışan kişi sayısı da azımsanmayacak kadar çoktur. Sözü edilen kişilerin sosyal güvenliklerine ilişkin sorunlar yıllardır çözülmeyi beklemektedir.

Şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışma çoğu zaman gece gündüz devam etmekte, çalışanların günlük mesaipleri gündüz, akşam veya gece şeklinde değişmektedir. Hatta bir kişi gün içinde değişik saatlerde birden fazla araçta çalışabilmektedir. Klasik çalışma şekillerinden oldukça farklı olan bu iş, çalışma süreleri açısından olduğu kadar, kişilerin sürekli trafikte olmaları sebebiyle iş kazası riskinin yoğunluğuyla da dikkat çekmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na 6111 sayılı Kanunun 51' inci maddesiyle "Bazı kısmi süreli çalışanların sigortalılıkları" başlıklı Ek. m. 6 eklenmiştir<sup>2</sup>. Ek. m. 6 ile şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanların sigortalılığına ilişkin olarak yeni hükümler getirilmiştir. Anılan düzenleme, 01.03.2011 tarihinden itibaren uygulamaya

<sup>1</sup> MÜLAYİM.

<sup>2</sup> 6111 sayılı Kanun (RG, S. 27857 (Mükerrer), T. 25.02.2011).

konulmuştur. Kanun koyucu, kendi deyimiyle, kayıtdışılığın önüne geçmek için, Ek. m. 6 kapsamına giren kişileri çalışmalarına göre kısmi ve tam süreli olarak ikiye ayırmış, ay içerisinde belirli bir sürenin altında çalışanlar için farklı hükümler getirmiştir.

Ek. m. 6'da, ticari taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışan kişilerden bir veya birden fazla kişi yanında kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanların, kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle, sigortalı olabilecekleri düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Ek. m. 6 hükmüne ilişkin madde gerekçesine göre, *“Kayıtlı çalışmanın artırılması amacıyla ticari taksi dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerlerinde kısmi süreli iş sözleşmeleriyle ay içerisinde bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve bir kişiye tabi olarak çalışma saati süresine göre belirlenen gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sosyal güvenliklerinin madde kapsamında sağlanması öngörülmektedir”*<sup>4</sup>.

Öğretide Ek. m. 6 ile sosyal güvencesiz çalışan taksi, dolmuş, özel halk otobüsü şoför ve muavinlerinin güvencesiz yaşamlarının bir nebze güvenceli hale getirilmeye çalışıldığı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Ancak kanaatimizce kayıtlı çalışmayı artırmak için asıl yapılması gereken, denetimlerin artırılması suretiyle kayıt dışı çalışanları sistemin içine almaktır<sup>6</sup>. Kayıtlı çalışmanın artırılması için denetimler sırasında trafik polisinin ehliyet, ruhsat ve trafik sigortası sorarken, araçta çalışanın sigortasını da rutin olarak kontrol etmesi çok daha uygun bir çözüm olurdu. Söz konusu denetimlerin sıklaştırılması beklenen hedefe ulaşmayı hızlandırır<sup>7</sup>.

Çalışmamızda taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında iş sözleşmesiyle çalışan kişilerin sosyal sigortalılıkları ve dolayısıyla da sosyal güvenliklerine ilişkin hükümler değerlendirilmeye çalışılacak ve yeri geldikçe olması gereken hukuk bakımından eleştirilerde ve önerilerde bulunulacaktır.

---

<sup>3</sup> GÜZEL /OKUR /CANIKLIOĞLU, s. 135; MÜLAYİM; SEGEKAM.

<sup>4</sup> 6111 sayılı Kanuna ilişkin Tasarının 50. Maddesinin gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss606.pdf>, erişim: 2.3.2019.

<sup>5</sup> TUNCAY /EKMEKÇİ, s. 328.

<sup>6</sup> CANIKLIOĞLU /ÖZKARACA, s. 645.

<sup>7</sup> ŞAKAR, (2011), s. 9-10.

## II. ARAÇ SAHIPLERİ İLE ARACI KENDİ ADINA VE HESABINA İŞLETENLER

Taksi, dolmuş ve benzeri araçların bir kısmında araç sahipleri araçlarını kendileri kullanmaktadır. Belirtilen kişiler, iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak değil, kendi adına ve hesabına çalışmaktadır. Elbette uygulamada, gün içerisinde kendisi çalıştığı gibi işçi çalıştıran ve bu nedenle işveren statüsünü haiz kişiler de bulunmaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası hükümlerine göre, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, m. 4/1, (b) kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar (5510 sK. m. 4/1,b). 2011/36 sayılı SGK Genelgesinde<sup>8</sup> de adı geçen kişilerin m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayıldıkları belirtilmiştir. Hükme göre, gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar, Kanunun m. 4/1, (b) bendinin (2) numaralı alt bendi kapsamında sigortalı sayıldıklarından; taksi, dolmuş ve minibüslerde şoförlük mesleğini geçim kaynağı olarak seçmiş olduğunu ve sürekli olarak icra ettiğini beyan edip ilgili meslek odasına, kooperatiflere, meslek odasının bulunmadığı yerlerde ise şoförler odasına üye olanlar, esnaf ve sanatkar sicil müdürlüğüne kayıt yaptırmak mecburiyetinde olup, m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalıdır (2011/36 sayılı Genelge m. 2.4.1).

Araç sahipleri gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olmaları nedeniyle m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Bu kişilerin sigortalılığı, gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi oldukları tarih itibariyle başlar (5510 m. 7/1, (b)). Başlangıç tarihi, vergi dairelerince sigortalı işe giriş bildirgesi düzenlenerek on beş gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilir. Sistem içerisinde sigortalılığın sağlanması için araç sahiplerinin kendilerini bildirmeleri aranmadığından, sözü edilen kişilerin sosyal güvenlik kapsamı dışında kalmaları söz konusu değildir. Adı geçen araç sahiplerinin sosyal güvenlikleri tam olarak sağlanmıştır<sup>9</sup>.

Şehir içinde ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki diğer toplu taşıma araçlarının sahibi olanlar gibi bu araçları sahibinden kiralamak suretiyle kendi adlarına işletenler de yer almaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu

<sup>8</sup> SGK Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü'nün 05.04.2011 tarihli, 2011/36 sayılı, "6111 sayılı Kanun Uyarınca Yapılacak Sigortalama ve Borçlanmaya İlişkin İşlemler" konulu Genelgesi.

<sup>9</sup> YILMAZ /ÇAKAR, s. 5.

gereğince hazırlanan Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne göre, araç sahibi dışında başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işletmesi ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunması halinde, bu işlerden dolayı vergi mükellefiyetlerinin tesis edilmesi nedeniyle, aracı kendi adına ve hesabına işletenler, 5510 sayılı Kanun m. 4/1, (b) kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar (2011/36 sayılı Genelge m. 2.4.1, 2). Dolayısıyla şehir içinde ticari taksi, dolmuş ve benzer nitelikteki diğer toplu taşıma araçlarını sahibinden kiralamak suretiyle kendi adlarına işletenler de araç sahipleri gibi, 5510 sayılı Kanun'da bağımsız çalışanlar; eski sistemde ise Bağ-Kur'lu olarak isimlendirilmek suretiyle zorunlu olarak sosyal güvenlik kapsamına alınmışlardır.

Uygulamada ticari taksi sahiplerinin taksi plakalarını altı ay veya bir yıllığına kiraya verdikleri, ticari taksinin işletilmesini tamamen aracı kiralayan kişiye bıraktıkları görülmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin hasılat kirası olduğu kabul edilmektedir (TBK. m. 357-378). Ticari taksi sahiplerinin bir kısmı ise esas olarak takside kendisi çalışmakta; ancak günün belli bir diliminde (çoğu zaman gece) aracı başka bir şoföre tahsis etmektedir. Çalışma karşılığında elde edilen gelir ne olursa olsun sabit bir miktar taksi sahibine ödenmekte veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliğine bağlı olarak elde edilen gelirin belli bir oranı taksi sahibine verilmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin hasılat kirası mı yoksa iş sözleşmesi mi olduğu meselesi ise somut olayın koşullarına göre titizlikle değerlendirilmesi gereken bir sorundur. Yapılan değerlendirmenin sonucuna bağlı olarak, kişinin iş sözleşmesi ile çalıştığı sonucuna varılırsa, Ek. m. 6'lı olması mümkün olacak; taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin hasılat kirası olduğu kanaatine varıldığı takdirde ise kişi m. 4/I, (b) kapsamında sigortalı sayılacaktır<sup>10</sup>.

### **III. ARAÇLARDA ÜCRETLİ VE İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLAR**

#### **1. Ek. m. 6'nın Kapsamı**

##### **a. Ek. m. 6 Kapsamında Olanlar**

Taksi, dolmuş ve buna benzer şehir içi toplu taşıma araçlarında iş sözleşmesiyle ücretli çalışanlar; tam ve kısmi süreli çalışma yapanlar olmak

---

<sup>10</sup> Ticari taksi şoförü ile taksiiyi sürekli yahut günün belirli saatlerinde kiralayan kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hakkında bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, E. 2015/9-3561, K. 2018/77, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=45&t=444434>, erişim: 24.05.2019.

üzere ikiye ayrılmaktadır. Adı geçen kişilerden ücretli olarak ay içinde bir veya birden fazla kişi yanında kısmi süreli iş sözleşmesiyle, 10 günden az süreyle çalışanların sigortalılıkları Ek. m. 6 ile özel olarak düzenlenmiştir.

Ek. m. 6 hükmü ile çalışmanın tespitinde, çalışanların çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısının 10 günden az veya en az 10 gün olması temel ayırt edici unsur olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, ay içindeki çalışma süresinin nasıl hesaplanacağı önem arz etmektedir. Ancak Kanunda sözü edilen konuda açık bir hüküm yoktur. 5510 sayılı Kanunun “Prime esas kazanç” başlıklı m. 80/I, (h) hükmü yol gösterici olacaktır. Düzenlemeye göre, “Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını göstermektedir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunmaktadır. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilmektedir” (m. 80/I, (h)). 4857 sayılı İş Kanununa göre haftalık çalışma süresi genel olarak 45 saattir (m. 63). Kanunda günlük çalışma süresinden söz edilmemişse de, hafta tatili bir gün olduğundan cumartesi gününün iş günü olduğu da göz önünde tutulduğunda, haftalık toplam çalışma süresi altı güne bölünmeli ve günlük çalışma süresi (7,5) saat olarak belirlenmelidir. Dolayısıyla Ek. m. 6 kapsamındaki kişinin haftada veya ay içinde kaç gün çalıştığının tespiti için kişinin ay içindeki toplam çalışma süresinin günlük çalışma süresi olan (7, 5)’a bölünmesi gerekmektedir<sup>11 12</sup>. Yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanmaktadır (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 101/ 3).

<sup>11</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 646.

<sup>12</sup> Nitekim SSİY.’nin, “Kısmi süreli çalışmalarda prim ödeme gün sayısı” başlıklı 101. maddesi, “İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7, 5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7, 5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır.” şeklindedir (f.III).

Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan, “Kısmi süreli çalışma, işveren ile sigortalının yazılı olarak yapılan iş sözleşmesinin niteliğine bağlı, aylık ücret karşılığı çalışma biçiminde imzalanmışsa, sigortalı haftalık çalışma süresine bakılmaksızın tam ay olarak bildirilir.” şeklindeki hüküm Sosyal Sigorta İşlemlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Bkz. RG.,17.04.2012, 28267).

Örneğin Ek. m. 6 kapsamındaki kişi, ortalaması 7,5 saatten 9 güne denk gelecek şekilde çalıştıktan sonra, 1 saat daha çalışsa, toplamda 68,5 saat çalışmasına rağmen son güne denk gelen 1 saatlik çalışma 1 güne tamamlanmakta ve önceki 9 günlük çalışmayla birlikte ayda 10 günlük çalışma söz konusu olmaktadır. Buna göre, kişinin Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olması için ay içinde toplam 67,5 saatten fazla çalışmamış olması gerekmektedir.

Ek. m. 6 hükmü ile çalışmanın tespitinde, çalışanların çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı, hükmün uygulanacağı kişileri belirleyici olduğundan, “10 günden az” çalışmanın ne anlama geldiği üzerinde de durulmalıdır. Hükmün lafzını dikkate aldığımızda, 9 gün ve altında çalışanların Ek. m. 6 kapsamına gireceği anlaşılmaktadır. Ancak öğretilerde kanun koyucunun birçok Kanunda anılan rakamı da dahil ettiği<sup>13</sup> göz önüne alınarak tam 10 gün çalışanların da Ek. m. 6’ya tabi olabilecekleri ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Kanaatimizce “10 günden az” tabiri, 9 gün ve altında çalışmadır. Zira, hükmün lafzı tereddüte imkan vermediği gibi, Genelge ve Kanundaki ifade de birebir örtüşmektedir.

Ek. m. 6, kanun kapsamına alınacak çalışanların, şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışmasını öngörmektedir. Dolayısıyla şehir içi toplu taşıma işyerleri kavramının da aydınlatılması gerekmektedir. Karayolu Taşıma Yönetmeliği’nde<sup>15</sup> bir şehrin belediye sınırları içinde kalan alan, şehir içi olarak tanımlanmıştır (m. 4/yy). Herhangi bir ilin herhangi bir noktasından veya yerleşim biriminden başlayıp diğer bir ilin herhangi bir noktasında veya yerleşim biriminde biten taşımalar ise şehirlerarası taşıma sayılmakta olup Ek 6’ncı maddeye tabi müracaatlarda bu husus dikkate alınarak işlem yapılmaktadır<sup>16</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 2013/11 sayılı Genelge ile 5510 sayılı Kanunun Ek. m. 6 hükmünün kapsamına girecek kişileri detaylandırmıştır. Genelgeye göre, 5510 sayılı Kanunun Ek 6’ncı maddesinde ticari taksi,

---

<sup>13</sup> Örneğin, 5510 sayılı Kanun m. 6/I-b’deki “üçüncü dereceye kadar hısımlar” ibaresinin, üçüncü derece dahil olarak düzenlenmesi, 4857 sayılı İş Kanunu m. 68/I-b’deki “yedibuçuk saate kadar” ibaresinin yedibuçuk saat dahil olarak anlaşılacağı açıkça düzenlenmiştir (ŞAKAR, (2011), s.10’da dn. 4).

<sup>14</sup> ŞAKAR, (2011), s. 3-4.

<sup>15</sup> RG, S. 20295, T. 08.01.2018.

<sup>16</sup> 2013/11 sayılı Genelge, Üçüncü Bölüm, 2.1



dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarında kısmi süreli çalışanlar sigortalı sayılmakta olduğundan, şehir içi toplu taşıma araçlarının (taksi, dolmuş, otobüs) geliş ve gidiş saatlerini kaydeden, bekleyen yolcuların sıra düzenini sağlayan ve araçlara binme işini organize eden kişiler (değnekçi, kahya, simsar, çığırkan vb. isimlerle adlandırılan) ücretlerini günlük ya da haftalık olarak dolmuş hattındaki şoförlerden almakta olduklarından, bunların Ek 6'ncı maddeye tabi sigortalılık talepleri de kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

Diğer taraftan, zorunlu eğitim kapsamındaki okul öncesi ve diğer öğrenci taşıma hizmetlerini düzenli ve güvenli hale getirmek amacıyla taşıma yapacak gerçek ve tüzel kişilerin yeterlilik ve çalışma şartları belirlenmiş olup, araçlarda okul öncesi çocukları ve/veya ilköğretim öğrencilerini taşıyan okul servis araçlarında, araç içi düzenini sağlayan, öğrencilerin araca iniş ve binişlerinde yardımcı olan rehber personel bulundurulması zorunludur<sup>18</sup>. 2013/11 sayılı Genelgeye göre, kısmi süreli olarak çalışan bu kişiler, müracaatları halinde Ek 6'ncı madde kapsamında sigortalı olabileceklerdir<sup>19</sup>. Şehir içi toplu taşıma işlerinin ihale yoluyla alınması halinde, araçlarda çalışan sigortalılar hakkında ise Ek 6'nci madde hükümlerinin uygulanması mümkün değildir<sup>20</sup>. Kanaatimizce bu tür hususların Genelgeyle değil de Kanun ile düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

### **b. Ek. m. 6 Kapsamı Dışında Kalanlar**

Taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında ücretli ve tam süreli olarak, başka bir deyişle ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve üzerinde olanlar, Ek. m. 6 kapsamı dışında bırakılmışlardır. Anılan kişiler, iş sözleşmesi ile çalışanların sigortalılığını düzenleyen genel hüküm olan m. 4/1, (a) kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında ücretli ve tam süreli olarak çalışan kişileri çalıştıran araç sahipleri veya aracı işletenler ise işveren sıfatı ile çalışanları sigortalı yapmak zorundadır. Sosyal güvenliğe ilişkin tüm yükümlülükler ilgili işverenler üzerinde devam etmekte; örneğin taksi veya dolmuşun sahibi ya da işleticisi sigortalı işe giriş bildirgesi

<sup>17</sup> 2013/11 sayılı Genelge, Üçüncü Bölüm, 28/2/2014 tarihli ve 2014/5 sayılı Genelge ile Ek olarak getirilmiştir.

<sup>18</sup> 28/8/2007 tarihli ve 26627 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği m. 5/I, b.

<sup>19</sup> 2013/11 sayılı Genelge, Üçüncü Bölüm, m. 2/son.

<sup>20</sup> 2013/11 sayılı Genelgeye Ek, 3/7/2015 tarihli ve 2015/19 sayılı Genelge.



vermekte, işyeri tescilini, çıkış işlemlerini yapmakta ve sigorta primlerini ödemektedir.

Ek. m. 6 hükmünde, iş sözleşmesiyle ve ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan çalışanlar esas olarak düzenlemekle birlikte, aynı maddede kimlerin Ek. m. 6'lı olamayacağı tek tek sayılmıştır.

Ek. m. 6/VII hükmüne göre, 5510 sayılı Kanun kapsamında tam süreli çalışma ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi olan sigortalılar ile 506 sayılı Kanunun geçici 20' nci maddesi kapsamındaki sigortalılar ve kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanlar, birinci fıkrada belirtilen çalışma durumları nedeniyle ayrıca sigortalı olmazlar. 2013/11 sayılı Genelgede<sup>21</sup> de, Ek 6' ncı madde kapsamında sigortalı olabilmek için Kanunda yazılanlara ek olarak Kanunun 4' üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerine tabi sigortalı olmamak ve isteğe bağlı sigortalı olmamak gerektiği belirtilmiştir<sup>22</sup>.

Konuya ilişkin mevzuata göre, taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışan kişinin, 5510 sayılı Kanunun Ek 6. maddesi kapsamında sigortalı olabilmesi için Ek 6. maddede belirtilen araçlarda bir veya birden fazla işveren tarafından ay içerisinde 10 günden daha az süre ile çalıştırılması gerekmektedir. Diğer taraftan, kişi yapılan çalışmalar dışında iş sözleşmesine tabi, kendi adına ve hesabına bağımsız veya kamu görevlisi olarak veya 506 sayılı Kanunun Geçici 20'ye (banka sandıklarına) tabi çalışmamalı, 18 yaşını doldurmuş olmalı<sup>23</sup>, isteğe bağlı sigortalı olmamalı, ve Kurum'dan kendi sigortalılığından dolayı gelir veya aylık almamalıdır.

İlgili hükümleri tespit ettikten sonra, Ek. m. 6'lı olamayacağı belirlenen kişilerden bir kısmının, Ek. m. 6 kapsamına gireceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtelim. Bunlardan ilki, Ek. m. 6 kapsamına girecek bir işte çalışmakla birlikte, bir de kısmi süreli çalışması olanlardır. Örneğin uygulamada Ek. m. 6 sigortalısı toplamda 10 günün altında kalmak üzere başka bir işverenle kısmi süreli iş sözleşmesi imzalamadan bir iki günlük işler için anlaşmakta; fakat Ek. m. 6 sigortalısı olduğunu yeni işverene bildirmediği için kişinin m. 4/I, (a)'lı olarak işe girişi yapılmakta veya kişi m.

---

<sup>21</sup> SGK'nın Sigortalılık İşlemleri Hakkında 2013/11 sayılı Genelgesi.

<sup>22</sup> Benzer yönde bkz. ALPER, s. 106.

<sup>23</sup> ŞAKAR, (2017), s. 101.

4/I, (a)'lı olarak kısmi süreli bir işte çalışmaktayken, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olabileceği bir araçta çalışmaya başlamaktadır. İlk ihtimalde, kişinin m. 4/I, (a)'lı olarak başka bir işe girmesi halinde, Ek. m. 6 sigortalılığı sona ermektedir. İkinci ihtimalde ise m. 4/I, (a)'lı olarak çalışmaktayken, Ek. m. 6 kapsamında sayılması gereken çalışmasından ötürü, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olması mümkün olmamaktadır. İlgili mevzuata da yer vermek suretiyle, aşağıda konuya ilişkin görüşümüz açıklanmaya çalışılmıştır.

Ek. m. 6/VII, “Bu Kanun kapsamında **tam süreli çalışma ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi olan sigortalılar** ile 506 sayılı Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sigortalılar ve kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanlar, **birinci fıkrada belirtilen çalışma durumları nedeniyle ayrıca sigortalı olmazlar**” şeklinde.

Kanun koyucu tam süreli çalışanların, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olamayacağını düzenlemiş, ardından “ile” bağlacı ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi sigortalıların da aynı şekilde Ek. m. 6'lı olamayacağını eklemiştir. Hüküm kelime kelime okunduğunda, tam süreli çalışmalar zikredilmesine rağmen kısmi süreli çalışmalar zikredilmediği için, kişinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışırken, Ek. m. 6 kapsamına girecek bir başka çalışmasının olması halinde, bu çalışmanın Ek. m. 6 kapsamında kalacağı anlaşılmaktadır. Buna karşın, Ek. m. 6/VII'de, tam süreli çalışanlardan sonra gelen “ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlar” ibaresi çelişki yaratmaktadır. Zira uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak, tam süreli veya kısmi süreli çalışma ile mümkündür. O halde Ek. m. 6/VII'nin başında neden tam süreli çalışmanın ayrıca zikredildiği anlaşılmamaktadır. Kanun koyucu sadece uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışması olanların Ek. m. 6'lı olamayacağını düzenleseydi, kanaatimizce yerinde olmamakla birlikte, hüküm çelişkili olmazdı.

Ek. m. 6/VII'nin ifade ettiğimiz çelişkili lafzı, 2011/36 sayılı Genelge 2.4.1.1'de verilen bir örnekte detaylandırılmıştır. Örneğe göre “Şehir içinde dolmuş şoförü olarak ayda 9 gün, ticari takside de ayda 15 gün şoför olarak çalışan sigortalı Ek 6' ncı madde kapsamında talepte bulunmuştur. Sigortalı 15 günlük çalışması nedeniyle 4' üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayıldığından dolmuş şoförlüğü nedeniyle 9 günlük çalışmasından dolayı Ek 6' ncı madde kapsamında sigortalı olamayacaktır. Ancak, sigortalıya ay içinde eksik kalan 15 gün 4' üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında isteğe bağlı sigorta primi ödeyebileceği

ya da aynı statü üzerinden 41 inci maddenin (i) bendi uyarınca borçlanma yapabileceği hakkında bilgi verilecektir”<sup>24</sup>.

Öğretide, kişinin dolmuş şoförü olarak yaptığı çalışma nedeniyle Ek. m. 6’dan yararlanmasının mümkün olmadığı mevcut mevzuata göre açıkça da, yapılan çalışmanın m. 4/I, (a) kapsamında kabul edilmesi ve dolmuş şoförünü çalıştıran işverenin prim ödeme yükümlülüğünün olması gerektiği belirtilmiştir. Zira, artık Ek. m. 6’nın kapsamına giren bir çalışan söz konusu olmadığına göre, şoförün 9 günlük çalışmasına ilişkin sigorta primleri, işveren tarafından genel esaslara göre ve tüm sigorta kolları için Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenmelidir. Lafzı çok müsait olmasa da, bu düzenlemenin Ek. 6. maddenin kapsamı dışında kalma ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği, aksine bir yorumun kayıtdışı sigortalı çalıştırmaya bir kanun hükmü ile olanak sağlayacağı, bunun isabetli olmadığı açık olduğu ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Adı geçen görüş, haklı olarak Ek. m. 6 ve Genelgenin ilgili düzenlemesinin, yorum yoluyla düzeltilmesi gerektiğinden hareketle, uygulamaya yönelik bir çözüm getirmiştir.

Ek. m. 6/VII’de yer alan çelişkili ifadenin, Genelgeyle sosyal güvenlik hukukunun temel prensiplerini bertaraf edecek şekilde örneklenmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Sosyal güvenlik hukukunda kural, sigorta ilişkisinin zorunlu olarak kurulmasıdır. Kişinin herhangi biri işte çalışması halinde, ücret alması, ücretten prim kesilmesi ve dolayısıyla da sigortalı olma zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi durumda Ek. m. 6 kapsamına girecek kişinin yine aynı hüküm uyarınca kayıt dışına itilmesi söz konusu olacaktır. Ek. m. 6 ile kendine özgü bir sigortalılık oluşturulduğu açıktır. Ancak kendine özgü olma, sosyal güvenlik hukukunun temellerini yerinden oynatmamalıdır. 2013/11 sayılı Genelgede de benzer örnekler verilmiş ve kişinin Ek. m. 6’lı olamaması halinde, kişiye isteğe bağlı sigortalı olabileceğinin veya borçlanma yapabileceğinin bildirileceği ifade edilmiştir. Kişinin hangi gerekçeyle isteğe bağlı sigortalı olacağı yahut bu süreyi neden borçlanacağı anlaşılamamaktadır. Uygulama açısından konuyu değerlendirdiğimizde de sonuç farklı olmayacaktır. Ay içinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle 20 gün çalışmış kişinin geliri, zaten 20 günlüktür. Kural olarak işçinin emeğinden başka geliri

---

<sup>24</sup> 2013/11 sayılı Genelgede verilen başka bir örnek de benzer şekildedir. Örneğe göre, “20 gün kısmi süreli sözleşmeyle uzun vadeli sigorta kollarına çalışan kişi, ayrıca ticari taksidde ay içinde 10 günden az çalışmaktadır. Sigortalının taksidde yaptığı çalışma gereğince Ek. m. 6’lı olması mümkün değildir” (Üçüncü Bölüm, Ek. m. 6 Kapsamında Çalışanlar).

<sup>25</sup> CANIKLIOĞLU/ ÖZKARACA, s. 643, benzer yönde KÖME AKPULAT, s. 1207.

olmadığı için, çalışılmayan, dolayısıyla ücret alınmayan ve boşta kalan 10 günlük sürenin priminin sigortalı tarafından isteğe bağlı ödenmesini yahut sigortalının eksik süreyi borçlanmasını beklemek hiç de gerçekçi değildir. Sözü edilen kişiye, kalan sürelerde Ek. m. 6 kapsamına girecek şekilde iş bulması halinde, çalışması ve ücret alarak geçimini sağlamasının yanında primlerini de ödeyebilme imkanı tanınmalıdır. Tüm bu gerekçelerle, Ek. m. 6/VII’de yer alan “tam süreli çalışma ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi olan sigortalılar ...” şeklinde devam eden hükümden “uzun vadeli sigortalı” ibaresinin çıkartılması gerektiği kanaatindeyiz. Değişikliğin yapılması halinde, kişi ay içinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışırken, bir de şehir içi toplu taşıma işinde çalışırsa, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olabilecek ve sosyal güvenliğin zorunluluğu ilkesi zedelenmeyecek, kayıt dışı çalışma azalacaktır.

Ek. m. 6/VII gereği, Ek. m. 6 kapsamında olamayacak bir diğer grup kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olan kişilerdir. Böyle bir sonuç da, sosyal güvenlik hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Öğretide, sürekli iş görmezlik geliri alan bir sigortalının Ek. m. 6’nın kapsamı dışında kalmakla birlikte, on günden az olan çalışması nedeniyle tüm sigorta kollarına tabi olacağı ve sosyal sigorta primleri, genel hükümler uyarınca ödeme yükümlüsü işveren olmak üzere, sigortalı ve işveren tarafından karşılanacağı ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Olması gereken hukuk açısından söz konusu görüşe tamamen katılmakla birlikte, kanaatimizce yürürlükteki hukuk açısından sürekli iş göremezlik geliri almaktayken, şehir içi toplu taşıma araçlarında yaptığı on günden az diğer çalışması sebebiyle m. 4/I, (a)’lı olması ve/veya işverenin herhangi bir prim ödeme yükümlülüğünün bulunması mümkün değildir. Yapılması gereken, Ek. m. 6/VII’de yer alan “kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanların” Ek. m. 6 sigortalısı olamayacağı yönündeki ifadenin hükümden çıkartılmasıdır. Böylece sadece sürekli iş göremezlik geliri alanların değil, yaşlılık aylığı alanların da Ek. m. 6 kapsamına girecek bir işte çalışması halinde, yaptıkları çalışma kayıtdışı kalmayacaktır.

Kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık alanların Ek. m. 6 sigortalılığından yararlanamayacağı hükmü<sup>27</sup> çerçevesinde, örneğin ölüm geliri veya ölüm aylığı alanların Ek. m. 6 sigortalısı olup olmayacağına da değinmek gerekmektedir. Sosyal güvenlik sistemimizde ölüm aylığı veya

<sup>26</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 644.

<sup>27</sup> Ek. m. 6/VIII ve 2011/36 sayılı Genelge gereği.

ölüm geliri, sigortalının kendi sigortalılığı nedeniyle alabileceği bir gelir olmadığından, ölüm geliri veya ölüm aylığı alanların, Ek. m. 6 sigortalısı olmaları mümkündür.

Ek. m. 6'lı olamayacağı belirlenen kişilerden, Ek. m. 6 kapsamına gireceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuz bir diğer grup, isteğe bağlı sigortalı olduğu dönemde, Ek. m. 6 kapsamında bir işte çalışmaya başlayanlardır.

Sosyal Güvenlik Kurumunun 2013/11 sayılı Genelgesinde, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olmak için isteğe bağlı sigortalı olmamak gerektiği düzenlenmiştir. Kanunda yer almayan böyle bir koşulun Genelge ile getirilmesi sorgulanmalıdır. Zira bu yaklaşım, zorunlu sigortalılığın asıl, isteğe bağlı sigortalılığın ikincil olması ilkesine ters düşmektedir. Hüküm, isteğe bağlı sigortaya zorunlu sigortalılık karşısında üstünlük sağlamaktadır. Bu sebeplerle Kanuna aykırı olduğu gibi sosyal güvenlik hukukunun genel ilkelerine de aykırıdır<sup>28</sup>. Kişinin çalışması varsa, çalışması karşılığında kişi ücret alacak, sigortalı olacak ve sigortalı için prim ödenecektir. Ek. m. 6 kapsamındaki çalışmanın sona ermesi halinde ise isteğe bağlı sigortalı olarak devam etmek elbette mümkündür.

2013/11 sayılı Genelgedeki isteğe bağlı sigortalılık ibaresi, sigortalı olarak çalışmakla birlikte, ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayan sigortalılar için söz konusu olabilen bir isteğe bağlı sigortalılık olarak anlaşılırsa, Ek. m. 6 sigortalısının isterse Ek. m. 6'dan isterse de isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilebilir. Ancak Ek. m. 6'da bunun aksinin kabulünü gerektirecek ifadeler yer almaktadır. Örneğin, maddenin ilk fıkrası bir tercih hakkı bulunduğuna ilişkin hiçbir emare içermeyecek şekilde kaleme alındığı gibi, aynı yerde açıkça kimlerin Ek. m. 6'lı olabilecekleri zikredilmiştir. 8. fıkrada da Kuruma, Ek. m. 6 sigortalısı olacak kişileri çalıştıranlara ve çalıştıranların bağlı olduğu meslek odası, birlik veya benzeri kuruluşlara belirli süreler içinde sigortalıların işe başlama ve işten ayrılışlarını bildirmeleri hususunda zorunluluk getirme yetkisi tanınmıştır. Yine 9. fıkrada ise bildirim ve kontrol yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür<sup>29</sup>. Dolayısıyla burada Ek. m. 6 sigortalısının isterse Ek. m. 6'dan isterse de isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlanabileceği yönünde bir tercihin getirildiğini kabul etmek, ne yazık ki mümkün gözükmemektedir.

---

<sup>28</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 644, 661.

<sup>29</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 662.

Olması gereken hukuk bakımından ise 2013/11 sayılı Genelgenin “Kanunun Ek. m. 6. Maddesi Kapsamında Çalışanlar” başlıklı Üçüncü Bölümünde yer alan Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olmak için isteğe bağlı sigortalı olmama koşulunun kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz. Genelgede yer verilen ibare kaldırılana kadar ise Genelge ile Kanuna aykırı bir hüküm getirilemeyeceğinden hareketle; isteğe bağlı sigortalılığı bulunan kişinin, Ek. m. 6 kapsamında çalışmaya başlaması halinde, isteğe bağlı sigortalılığın kalkarak kişinin Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olduğunun kabul edilmesi, çalışılmayan günleri ise isteğe bağlı sigortadan tamamlayabileceğinin kendisine bildirilmesi yerinde olacaktır.

Diğer taraftan, her ne kadar geniş yorum yapmak suretiyle aksi savunulabilecek olsa da, 5510 sK. m. 41/i’de düzenlenen borçlanma imkanı 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreler için getirildiğinden, kişinin iş sözleşmesi ile çalışması halinde uygulanabilir. Oysa taksi, dolmuş gibi toplu taşıma araçlarında çalışanların tamamı 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışmamaktadır. Zira 4857 sayılı İşK. m. 4/I, (ı)’ya göre 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde çalışanlar, İş Kanunu kapsamı dışındadır. İş Kanunu kapsamı dışında kalan kişilere, haklarında özel bir Kanun düzenlenmemişse, Türk Borçlar Kanununun (TBK’nın) iş sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Nitekim şehir içi taksi ve dolmuşları gibi toplu taşıma işyerlerinde çalışanlara ilişkin özel bir Kanun bulunmadığı için, anılan kişilere, TBK’nın ilgili hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla dikkat edilmesi gereken bir diğer sorun, TBK. kapsamında kalan ve şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanların, ay içinde eksik kalan süreleri borçlanmasının mümkün olmayabileceğidir. Bu noktada 5510 sK. m. 41/i dar yorumlanırsa, Ek. m. 6’lı olamadığı için kendisine borçlanma imkanı verilebilecek kişinin, TBK’lı olması sebebiyle sıkıntı yaşayabileceği bir not olarak düşünülmelidir.

Mevcut mevzuat değerlendirildiğinde, Ek. m. 6 kapsamı dışında tutulan bir diğer grubun ise taksi, dolmuş gibi şehir içi toplu taşıma araçlarında, birden çok çalıştıran yanında, her biri 10 günden az olmak üzere çalışma yapanlar olduğu anlaşılmaktadır. Zira Ek. m. 6/I gereği, ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerlerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, **bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.** Hükmün lafzından, 30 gün üzerinden prim ödenme koşulunun, “sigortalı olma koşulu”

olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Prim ödemenin sigortalılık koşulu olarak düzenlenmesi, sigortalılığın zorunluluğu ilkesine aykırı olsa da, Ek. m. 6 kendine özgü bir sigortalılık hali olarak değerlendirilebilir. Kaldı ki, prim ödemenin sigortalılık koşulu olarak düzenlenmesi 5510 sK. ile isteğe bağlı sigortalılık için de kabul edilmiştir. İsteğe bağlı sigortalılığı düzenleyen m. 51 ve m. 52’de benzer şekilde, geriye doğru 12 ay içinde ödenmeyen süreler sigortalılık süresinden sayılmamaktadır.

Konuyla ilgili hükümleri değerlendirdiğimizde, dikkat çeken bir diğer madde Geçici m. 29 olacaktır. Geçici m. 29 ile Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olanlara, geçici bir süre için, daha az gün karşılığı prim ödemelerine rağmen otuz gün üzerinden prim ödemiş gibi sayılma imkanı getirilmiştir. Kanaatimizce, adı geçen hükümden de, Ek. m. 6’lı olabilmek için prim ödemenin zorunlu olmadığı şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir. Geçici m. 29 ile 30 gün üzerinden prim ödemek suretiyle sigortalı olacağı kabul edilen kişiye, sadece bir süre için prim ödeme konusunda kolaylık sağlanmıştır. Bu noktada, yerinde bulmamakla birlikte, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olacak kişinin birden çok araçta, her birinde 10 günden az süreyle çalışması halinde, sadece ilk bildirilen çalışma, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı kabul edilebilir. Nitekim, sosyal güvenlik merkezlerindeki uygulamanın da aynı şekilde olduğu görülmektedir. Oysa, Ek. m. 6 gibi, kendine özgü bir sigortalılık hali olarak düzenlenen Ek. m. 9 kapsamında ev hizmetlerinde çalışan kişilerin aynı ayda birden çok işveren yanında çalışması halinde, her bir çalışma Ek. m. 9 kapsamında sayılmaktadır. Aşağıda öncelikle Ek. m. 9 hükmüne yer verilecek, ardından her iki hüküm üzerinden karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır.

5510 sayılı Kanun Ek. m. 9 “Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalılar hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanır” şeklindedir. Ek. m. 9 ile ev hizmetlerinde çalışanların **aylık çalışma saati süresine göre 10 gün ve fazla çalışmaları**, aynı Ek. m. 6 kapsamında çalışanlar gibi, m. 4/I, (a) kapsamında kabul edilmiştir. Ay içinde 10 günün altındaki çalışmalar için ise özel hükümler getirilmiştir.

Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında **ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar** için çalıştırıldıkları süreyle orantılı olarak çalıştıranlarca 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç



alt sınırının %2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir.” “...Bu fıkra kapsamına girenler, adlarına ödenen priminin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının %32,5 oranında **prim ödeyebilir**. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, %12,5'i genel sağlık sigortası primidir. Bu süre içinde **ödenmeyen primin ödenme hakkı düşer.**” (Ek. m. 9/II). Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9'uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ<sup>30</sup> m. 5/I'de de **sigortalıların aynı ay içinde birden fazla gerçek kişi yanında, ay içinde 10 günden az ve/veya 10 gün ve daha fazla süre ile çalışabileceği** düzenlenmiştir. Tüm bu hükümlerin değerlendirilmesi neticesinde, ev hizmetinde çalışan kişinin, bir çalıştıran yanında ayda 10 günden az çalıştıktan sonra, aynı ay içinde bir başka çalıştıran yanında daha 10 günden az çalışırsa, her çalışması için Ek. m. 9 sigortalısı olabildiği anlaşılmaktadır. Sigortalılarının uzun vadeli sigorta kollarından faydalanıp faydalanmayacakları meselesi, Ek. m. 9 kapsamındaki sigortalıların tercihlerine bırakılmıştır. Ek. m. 6'lılar ise ilk çalışmada zaten 30 günlük primi sigortalılık koşulu olarak ödedikleri için kazançları 30 gün olmasa da, 30 gün üzerinden (Geçici 29 saklı kalmak üzere) prim ödemektedirler. Kaldı ki, Ek. m. 6'ya ilişkin hiçbir kaynakta “Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9'uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ m. 5/I'de yer alan “sigortalıların aynı ay içinde birden fazla gerçek kişi yanında, ay içinde 10 günden az ve/veya 10 gün ve daha fazla süre ile çalışabileceği” benzeri bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu sebeplerle Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar, bir çalıştıran yanında ay içindeki 10 günden az çalışma süresine sahip sonraki çalışmalar için Ek. m. 6'lı kabul edilmemektedir ve kanaatimizce bu durum yerinde değildir. Ek. m. 6'lılardan farklı olarak, Ek. m. 9 kapsamındaki sigortalı, birden fazla kısmi süreli sözleşme ile 10 günden az süreyle çalıştırıldığında, çalıştığı günlerin tamamı için aldığı ücret üzerinden sigorta primini ödemektedir. Daha açık bir deyişle, sigortalı birden fazla çalıştıran yanında, ayda her biri 10 günden az olmak üzere hem çalışma imkanına sahip olmakta ve geçimini sağlamakta hem de çalışması karşılığında sigorta primlerini ödeme gücüne erişmektedir.

Taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanların birden çok işveren yanında, ayda toplamda 10 günden fazla çalışmaları halinde, Ek. m. 6'lı olamayacağı, anılan kişilerin m. 4/I,(a)'lı olacağı yönündeki Ek. m.6 hükmü, m. 4/I, (a)'lı olmanın aslında sigortalının daha lehine olması gerekçesiyle yerinde görülebilir. Ancak ülke gerçekleri göz önüne alındığında

<sup>30</sup> RG, S. 29313, T. 01.04.2015.



gerçeğin farklı olduğu anlaşılacaktır. Taksi, dolmuş gibi şehiriçi toplu taşıma araçlarında iş sözleşmesiyle ay içerisinde çalışma saati süresine göre bir veya birden fazla işveren tarafından, toplamda ayda 10 günden fazla çalışıldığında, taksi sahiplerinin /taksiyi işletenlerin şoförü m. 4/I, (a) çerçevesinde sigortalı yapmaları gerekmektedir ki, bu ihtimalde, araç sahipleri/aracı işletenler işveren sayılacaklar ve işverene ait tüm yükümlülükler bu kişiler üzerinden beklenecektir. Şoförün birden çok işverenin taksisinde çalıştığı ve taksi sahibine diğer çalışmalarını haber vermediği ihtimalde, işverenlerin sosyal sigorta yükümlülüklerine ilişkin uygulamalar bakımından büyük sorunlar ortaya çıkacaktır. Çalışanın birden çok işverenin yanında ancak her birinde ayda 10 günden az çalışması halinde, işçi haber verse dahi, başkaca bir teşvik yahut denetim getirilmediği müddetçe, taksi sahipleri ne yazık ki, çoğunlukla çalışanları sigortalatmayacak, sistem nasıl geldiyse öyle devam edecektir. Hedef kayıt dışılığı önlemek ve sigortalıların sosyal güvenliklerini tam olarak sağlamak olduğundan, elbette öncelikli önerimiz Ek. m. 6'nın kaldırılarak, etkin bir denetim mekanizmasının geliştirilmesi, adı geçen kişilerin tamamının m. 4/I, (a)'lı olması ve taksi, dolmuş ve benzeri şehir içi taşıma araçlarında çalışanların kendine özgü durumları için de istisnai hükümler getirilmesidir. Ancak mevcut sistem üzerinden düzeltme yapılacaksa, “Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanununun Ek 9’uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ m. 5/I’de yer alan “sigortalıların aynı ay içinde birden fazla gerçek kişi yanında, ay içinde 10 günden az ve/veya 10 gün ve daha fazla süre ile çalışabileceği” benzeri bir düzenleme, açık bir Kanun hükmü olarak, Ek. m. 6’ya eklenmelidir. Başka bir deyişle, her bir çalıştırana yanında ayda 10 günden az çalışmanın varlığı halinde, kişinin her bir çalışması için Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olmasına imkan verilmeli, sigortalı olmak için çalışılmayan süre de dahil olmak üzere toplamda 30 günlük prim ödeme şartı kaldırılmalı ve 30 gün üzerinden prim ödeme tercihe bağlı kılınmalıdır. Böylece kişinin Ek. m. 6’lı olabileceği işlerde çalışıp, kalan sürenin primini 30 güne tamamlayıp tamamlamama kararı kendi takdirine bırakılmalıdır. Aksi halde, sigortalı 10 günden az süreyle Ek. m. 6 kapsamına girecek bir araçta çalışması halinde, Ek. m. 6 sigortalısı olduktan sonra, aynı ay içindeki 10 günden az diğer bir araçtaki çalışması için Ek. m. 6 sigortalısı olamamaktadır. Dolayısıyla kişi bir çalıştırana yanında çalışmasına rağmen, bu çalışması kapsam dışında kalacaktır. Kanun yoluyla kayıt dışı çalışmanın desteklenmesi şeklinde yorumlanabilecek bu düzenlemenin yerinde görülmesi, kanaatimizce mümkün değildir.

## 2. Sigortalılığın Başlangıcı

5510 sayılı Kanunun Ek 6' ncı maddesi kapsamında sigortalı olmak isteyenler öncelikle, işvereniyle "kısmi süreli iş sözleşmesi" imzalamalıdır. Ardından 2011/36 sayılı Genelgenin 13 nolu ekinde bulunan "Şehir İçi Toplu Taşıma Araçlarında Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" ve araç sahibiyle çalışan arasında imzalanan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştıkları ilin sosyal güvenlik il müdürlüğüne/sosyal güvenlik merkezine müracaat edeceklerdir. Çalışanın ay içerisinde birden fazla toplu taşıma aracı sahibinin yanında çalışması veya yeni bir toplu taşıma aracı sahibiyle çalışmaya başlaması halinde, her bir araç sahibiyle imzalanan kısmi süreli iş sözleşmeleri Kuruma verilecektir.

Ticari araç sahipleri tarafından 10 günden az çalıştırılan kişilerin Ek 6' ncı madde kapsamında sigortalı sayılması durumunda 10 günden az çalışılan süre için ticari araç sahibi tarafından başka bir bildirim yapılmayacaktır (2011/36 sayılı Genelge m. 2.4.1.1).

"Şehir İçi Toplu Taşıma Araçlarında Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" nde toplu taşıma aracı sahibinin (taksi, dolmuş ve diğer toplu taşıma araçları) ay içinde 10 günden az çalıştırdığı sigortalıya ilişkin beyanı ile Ek 6' ncı madde kapsamında sigortalı olacak kişinin beyanı bulunur. Söz konusu bildirge ayrıca toplu taşıma aracı sahibinin bağlı olduğu oda (şoförler odası, minibüsçüler odası, otobüsçüler odası ve diğer) ya da meslek Kooperatiflerince onaylanır. Toplu taşıma aracı sahibinin beyanı ve bağlı olduğu odanın onayının bulunmadığı bildirgelerin işleme alınması mümkün değildir (2011/36 sayılı Genelge m. 2.4.1.1).

5510 sayılı Kanunun Ek 6' ncı maddesi kapsamında sigortalı olmak için müracaat eden ticari araçlarda kısmi süreli olarak çalışanların sigortalılığı "Şehir İçi Toplu Taşıma Araçlarında Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" nin Kuruma verildiği tarih itibariyle başlatılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinin belirlenmesinde SSİY'nin 124 üncü maddesi hükümleri doğrultusunda işlem yapılır (2011/36 sayılı Genelge m. 2.4.1.1). Bu demektir ki, adi posta veya Kuruma doğrudan yapılan başvuru ve bildirimlerde, başvuru veya bildirim Kurumun gelen evrak kayıtlarına intikal tarihi başvuru veya bildirim tarihi olarak kabul edilir. Taahhütlü, iadeli taahhütlü, acele posta servisi, PTT Alo Post veya PTT Kargo ile yapılan başvuru ve bildirimlerde ise başvuru veya bildirim postaya veya kargoya verildiği tarih; başvuru veya bildirim tarihi olarak dikkate alınır.

2011/36 sayılı Genelge'de de açıkça Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olmak "isteyenlerden" söz edilmektedir. Öyle ki hükme göre, Kanunun Ek 6'ncı maddesi kapsamında sigortalı olmak "isteyenler", "Şehir İçi Toplu Taşıma Araçlarında Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" ve araç sahibiyle şoför arasında imzalanan kısmi süreli iş sözleşmesi ile şoförlük mesleğini yaptıkları ilin sosyal güvenlik il müdürlüğüne/sosyal güvenlik merkezine müracaat edeceklerdir (2.4.1.1).

2013/11 sayılı Genelgede verilen örnekte aynen şu ifadeler yer verilmiştir: "Kanun kapsamında 1/3/2011 tarihinden önce çalışması bulunmayan sigortalı (M), 2/2/2012 tarihinde gerekli onayları taşıyan belge ile Ek 6'ncı madde kapsamında sigortalı olmak için müracaat etmiştir. (M)'nin sigortalılığı 2/2/2012 tarihi itibariyle başlatılacaktır". Bildirim yapıncaya kadar geçen sürenin tespitinin istenmesi mümkün değildir". Oysa 5510 sayılı Kanuna göre iş sözleşmesi ile çalışanların sigortalılıkları, çalışmaya başladıkları an itibariyle başlar (m. 7/I, a). İşverenlerin çalışmaya başlamadan önce çalışacak kişileri, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmeleri gerekir (m. 8/I, a). Sigortalılığın başlaması için kişinin bu yönde bir irade beyanı olmasa dahi kişinin hukuken sigortalılığı gerçekleşmiş sayılır. Hatta sigortalının işverence bildirilmemiş olmasının dahi sigortalılığın başlamasına bir etkisi yoktur. Daha açık bir deyişle Kuruma yapılan sigortalı işe giriş bildirimini kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir<sup>31</sup>. Ek. m. 6 sigortalılığının, kendine özgü bir sigortalılık ilişkisi, istisnai bir düzenleme, hatta özel bir türde isteğe bağlı sigortalılık ilişkisi yarattığını ifade etmek hatalı olmayacaktır. İş sözleşmesi ile çalışmaya dayalı bir ilişkinin isteğe bağlı sigortalılık gibi düzenlenmiş olmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz<sup>32</sup>.

Şehir içi toplu taşıma araçlarının (taksi, dolmuş, otobüs) geliş ve gidiş saatlerini kaydeden, bekleyen yolcuların sıra düzenini sağlayan ve araçlara binme işini yönlendiren kişilerin Kanunun Ek. 6'ncı maddesine göre sigortalılıklarının sağlanmasına yönelik müracaatlarında ise ücret aldığı araç sürücüsü ile zabitanın onayı yeterlidir<sup>33</sup>. Okul öncesi çocukları ve/veya ilköğretim öğrencilerini taşıyan okul servis araçlarında rehber personel

---

<sup>31</sup> Bkz. SÖZER, s. 31-32; DOĞAN, s. 430-431; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 147-149; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 147-151; ARICI, s. 272-273; UŞAN, s. 119; KÖME AKPULAT, s. 1208.

<sup>32</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 657; benzer yönde KÖME AKPULAT, s. 1208.

<sup>33</sup> 2014/5 sayılı Genelge "Kanunun Ek 6 ncı Maddesi Kapsamında Çalışanlar" başlıklı üçüncü bölümü, "2.1- Sigortalılığın başlangıcı" maddesi.

olarak çalışanların Ek 6'ncı madde kapsamında yapılacak müracaatlarında öğrencilerin bir ücret karşılığı taşımalarını üstlenen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanan taşımacı onayı ile taşımacılık özel izin belgesini onaylayan belediye onayı aranmaktadır<sup>34</sup>. Dolayısıyla adı geçenlerin onayı, çalışanın sigortalılığını başlatmaktadır.

5510 sayılı Kanunun Ek 6'ncı maddesi kapsamında sigortalı olmak için müracaat edenlerin ünitelerce öncelikle Kanunun 4'üncü maddesi kapsamında sigortalılığının bulunup bulunmadığı araştırılır. Ek 6'ncı maddeye müracaat ettiği tarihten önceki ay 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışması var ise işten ayrılış bildirgesi verilip verilmemesi sorgulanır. İşten ayrılış bildirgesi verilmemiş olanlar ile 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılığı olup çıkış işlemi yapılmamış olanların Ek 6'ncı madde kapsamındaki talepleri reddedilir. Kanunun Ek 6'ncı maddesine göre müracaat eden sigortalıların müracaat tarihi itibarıyla önceki sigortalılığının sona erip ermediğine bakılmaksızın Ek 6'ncı madde kapsamındaki sigortalılığının başlatıldığı tespit edilenlerden zorunlu sigortalılıkları Ek 6'ncı maddeye müracaat ettiği gün sona erenlerin, Ek 6'ncı maddeye tabi sigortalılıkları, takip eden gün başlatılır (2013/11 sayılı Genelge, üçüncü Bölüm, 3.2)<sup>35</sup>.

Kendi sigortalılıklarından dolayı aylık alan sigortalılara ilişkin olarak, 2013/11 sayılı Genelgede bir örnek verilmiştir. Örneğe göre hizmet akdine tabi ve ay içinde 10 günden az çalışması nedeniyle Kanunun Ek 6'ncı maddesine göre taksi şoförü olarak çalışmaktayken 21/11/2012 tarihinde aylık bağlanması talebinde bulunan sigortalının Ek 6'ncı madde kapsamındaki sigortalılığı 21/11/2012 tarihinde sona erdirilmiş, kişiye 1/12/2012 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlanmıştır. 15/2/2013 tarihinden itibaren taksi şoförlüğü yapmaya devam eden sigortalının aylık alması nedeniyle Ek 6'ncı madde kapsamında sigortalı sayılmasına imkan bulunmadığından, 15/2/2013 tarihinden itibaren işvereni tarafından Kanunun (a) bendi kapsamında sosyal güvenlik destek primine tabi tutulması gerekmektedir<sup>36</sup>. Nitekim örnekte de Ek. m. 6 sigortalılığının sona erme tarihinin, hükme aykırılığın gerçekleştiği tarih olarak ifade edilecek olan aylık bağlanma talep tarihi olduğu tespit edilmelidir.

<sup>34</sup> 25/10/2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği m. 5/2, (c) ve m. 5/4.

<sup>35</sup> 01/09/2016 tarih, Sayı: 84228040/ 642 ve 2013/11 sayılı Genelgeye 2016/20 sayılı Genelge ile ek olarak getirilmiştir.

<sup>36</sup> Ek, 28/2/2014 tarihli ve 2014/5 sayılı Genelge.

### 3. Prim Oranı, Prim Ödeme Gün Sayısı ve Prim Ödeme Yükümlüsü

Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olanların, prime esas kazanç alt ve üst sınırı (asgari ücretin 6,5 katı) arasında olmak üzere<sup>37</sup> kendileri tarafından belirlenecek günlük kazancın 30 katının % 32,5'i oranında SGK'ya prim ödemeleri gerekmektedir (Ek. m.6/ IV). Ek. m. 6, sigortalılığı kendine özgü bir sigortalılık düzenlemek suretiyle, prim ödeme yükümlüsünün sigortalı olduğunu belirtmiştir. Oysa aynı işi yapan ve fakat ayda 10 gün ve üzerinde çalışan sigortalılar (m. 4/I,a'lılar) için prim ödeme yükümlüsü işverendir.

Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olan çalışanın ödeyeceği prim oranının % 20'si malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'i genel sağlık sigortası primidir. İşsizlik sigortasına tabi olmayı isteyenlerin, sigortalı ve işveren hissesi oranındaki işsizlik sigortası primini ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödememeleri halinde, o aya ait işsizlik sigortası primini ödeme hakları düşmektedir (Ek. m. 6/IV)<sup>38</sup>.

Ek. m. 6'ya tabi sigortalılardan hükmün yürürlüğe girdiği yıl olan 2011 için prime esas günlük kazanç alt sınırı olan günlük asgari ücretin 18 katı prim matrahı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere prim alınması öngörülmüştür (5510 sK. m. Geçici m. 29). Başka bir deyişle on günden az çalışan Ek. m. 6 sigortalılarının primlerini alt kazanç sınırından ödemeleri halinde, geçici bir süre için, daha az gün karşılığı prim ödemelerine rağmen otuz gün üzerinden prim ödemiş gibi sayılacakları kabul edilmiştir. 2011 yılından itibaren devlet katkısı uygulanmaktadır. Aylık 18 gün üzerinden prim alınmaya başlanmıştır. Anılan sigortalılar, 18 günün karşılığında 5510 sayılı Kanun m. 4/1, (a) kapsamında 30 günlük prim ödeme gün sayısı kazanmışlardır (30 günlük sigortalı sayılmışlardır). 2019 için, Ek. m. 6 sigortalılarının ödemeleri gereken aylık prim tutarı; prime esas günlük kazanç tutarınının 26 katı üzerinden hesaplanmakta, 26 günlük ödenen prim 30 gün olarak kabul edilmektedir. Prime esas kazancın hesaplanacağı gün sayısı her yıl bir puan artırıldığından, 2023 yılında 30 güne ulaştığında tamamlanacak ve devlet katkısı da sona erecek ve sabitlenecektir. Sigortalılar 2023 yılına kadar, ay içerisinde daha az çalıştıkları halde kısmi süreli değil ve her yıl kademeli olarak artan şekilde prim ödemek suretiyle, her ay için 30 gün üzerinden emeklilik hakkını elde

---

<sup>37</sup> Prime esas kazanç alt ve üst sınırı, 5510 sK. m. 82'de düzenlenmiştir.

<sup>38</sup> İşsizlik sigortası hakkında değerlendirme aşağıda; "III, 4. Sigortalıların Faydalanacakları Sigorta Kolları" başlığı altında yapılacaktır.

etmekte ve sağlık yardımlarından yararlanmaktadır. Böylece ödemedikleri bir süreyi de sigortalı olarak kazanmış sayılmakta, bu süreler yaşlılık ve ölüm aylığına hak kazanmada, malul sayılmada etkili olmaktadır<sup>39</sup>.

Sigortalının ay içinde birden fazla işte çalışmasına rağmen, toplam çalışması Ek. m. 6 kapsamında kalıyorsa, her bir sözleşme için primler ayrı ayrı 30 güne tamamlanmayacak; sigortalı, toplamda 30 günlük prim ödeme gün sayısı edinecektir.

Geçici madde 29, bu maddenin yürürlüğe girdiği yıl başlanmak suretiyle, kademeli şekilde artacak şekilde Ek. m. 6 sigortalısından prim alınacağını düzenlemiştir. Ek. m. 6 sigortalısının primlerini 30 güne tamamlayıp tamamlamamak noktasında seçimlik bir hakkının olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, ayda 10 günden az çalışan kişinin, özellikle 2023'den sonra devlet katkısı da sona ereceği için, prim ödeme gün sayısını 30 güne çıkartıp çıkartmamayı, tercihe bağlı kılmamak kanaatimizce yerinde olmamıştır.

Öğretide, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olan kişiler, aylık prim ödeme gün sayısını 30'a çıkarmamışlarsa, bu kişilerin sosyal güvenceden yoksun kalacakları belirtilmiştir<sup>40</sup>. Söz konusu ifadeden, adı geçen görüşün prim ödeme gün sayısını 30'a çıkarıp çıkarmamak noktasında Ek. m 6 sigortalısına seçimlik bir hak tanındığı kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. Ek. m. 6 sigortalısının prim ödeme gün sayısını 30'a çıkarıp çıkarmama tercihinin kendisine ait olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmakla birlikte, mevcut düzenlemeden tercihin Ek. m. 6 sigortalısına bırakılmadığını anlamaktayız. Zira Ek. m. 6'da şehir içi toplu taşıma araçlarında kısmi süreli iş sözleşmesiyle, ay içerisindeki çalışma gün sayısı 10'dan az olan kişilerin sigortalılıklarının, kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödenmek suretiyle sağlandığı ifade edilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, anılan koşulun sigortalılık koşulu olarak düzenlendiği kanaatindeyiz<sup>41</sup>. Öğretide ifade edilen görüşün vardığı sonucu yerinde bulmakla birlikte, Ek. m. 6 ve Geçici m. 29'un tereddüte mahal vermeyecek açıklıkta sigortalıya prim ödeme gün sayısını 30'a çıkarıp çıkarmamak noktasında tercih imkanı tanınması daha yerinde olacaktır. Zira, tüm Ek. m. 6'luların prim ödeme gün sayılarını 30'a çıkarmak zorunda olduğu kabul edildiğinde, sigortalının ödemediği dönemler

<sup>39</sup> LEVENT; SEGEKAM; MÜLAYİM.

<sup>40</sup> TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 328.

<sup>41</sup> Değerlendirme için bkz. III, 1, b. Ek. m. 6 Kapsamı Dışında Kalanlar.

için gecikme zammı işleyecek, sigortalının belki de hiç ödemeyeceği bir borç yükü altında olduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla, bu yükün altına girmek istemeyen kişi, Ek. m. 6 kapsamına girmek yerine, çalışmasını bildirmemeyi ve kayıtdışı kalmayı tercih edebilecektir.

Kanunun Ek. 6. maddesi kapsamında, on günden az çalışan sigortalıların primlerini alt kazanç sınırından değil de daha yüksek bir kazanç üzerinden ödemeleri halinde ise Geçici m. 29'un uygulama alanı bulup bulmayacağı, daha açık bir deyişle primlerini alt kazanç sınırı üzerinden ödemeyenlerin de ödemedikleri sürelerin priminin ödenmiş gibi sayılıp sayılmayacağı meselesi aydınlatılmalıdır. Kanaatimizce hükmün sadece primlerini alt kazanç sınırından ödeyen sigortalılara uygulanması yerinde olacaktır. Zira, hükmün hem lafzı açıktır hem de esasen primi ödenmeyen sürelerin primi ödenmiş gibi kabul edildiğinden, prime esas kazanç tutarı yükseldikçe Kurumun sigortalıya veya hak sahiplerine bağlayacağı aylığın miktarı da artacak, prime esas kazanç tutarı yükseldikçe hak sahiplerinin alacağı aylık miktarı artacağından primlerini alt kazanç sınırından daha yüksek bir kazanç üzerinden ödeyenlerin gelecekte alacakları aylık miktarı, kurumun aktüeryal dengesini bozacaktır<sup>42</sup>.

Ek. m. 6 sigortalısının tabi olacağı yükümlülükler ve haklar m. 4/I, (a)'lılardan tamamen farklıdır. Sosyal güvenlik hukukunda kural olarak 'iş sözleşmesi' ile çalışanlar yönünden prim ödeme yükümlüsü işverendir. Ek. m. 6 kapsamındakiler için ise prim ödeme yükümlüsü olarak sigortalı gösterilmiş, işverene hiçbir yükümlülük getirilmemiştir. Dolayısıyla araç sahibi işveren ile Ek. m. 6 kapsamında çalışan sigortalı arasında ayda 10 günden az çalışmayı içeren bir iş sözleşmesi yapılırsa, araç sahibinin çalışan için SGK'ya herhangi bir prim ödemesi gerekmemektedir. İş sözleşmesi ile çalıştığı için primleri işvereni ve kendisi tarafından karşılanacak ve tüm sigorta kollarına tabi olacak şekilde sosyal güvenceye kavuşturulması gereken kişiler, Ek. m. 6 ile hem prim ödeme yükümlüsü haline getirilmekte hem de daha az hak sağlanarak sosyal güvenceye kavuşturulmuş olmaktadır. Bu sistemde bir kişinin hangi kapsamda sigortalı sayılacağı aylık çalışması sona erdiğinde kesinleşmiş olacaktır ki, bazı durumlarda sigortalıyı Kuruma bildirmesi gereken işveren bakımından bir gecikme de söz konusu olabilecektir. Özellikle çağrı üzerine çalışmada bu olasılık sıklıkla gerçekleşebilecektir<sup>43</sup>. Şöyle ki, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesinde, işçinin ayda kaç saat

---

<sup>42</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 660-661.

<sup>43</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 647.



çalışacağı önceden kararlaştırılabileceği gibi, çalışma süresine ilişkin hiçbir belirlenimin yapılmamış olması da mümkündür. Bu ihtimalde, İşK. m. 14/2 gereği, kişinin haftada 20 saat çalıştığı kabul edilecektir. Tarafların haftalık çalışma süresini baştan belirledikleri yahut hiç belirlemedikleri ihtimalde haftalık çalışma süresinin 20 saat olarak kabul edilecek olması sebebiyle, kişinin ayda 10 günden az veya çok çalışacağı baştan bilinebilir. Dolayısıyla söz konusu ilk iki ihtimalde sıkıntı yaşanmayacaktır. Sorun yaratacak ihtimal ise taraflarca kısmi süreli iş sözleşmesi ile işçinin ayda toplamda 10 günden az çalışacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, uygulamada işçinin çalışmasının ayda 10 günün üzerine çıkmasıdır. Bu durumda, işveren tarafından m. 4/I, (a) çerçevesinde sigortalı yapılması gereken işçi işe başladığında değil, ay sonunda Kuruma bildirilmiş olacaktır. İşverenin yaptırımı bağlanmaması açısından, sistemin bu açığının kapatılması gerekmektedir. Örneğin aylık çalışmanın beklenmeyen şekilde, 10 günü geçmesi üzerine, işverene belirli bir süre tanınmak suretiyle bildirim yapma ve diğer yükümlülüklerini tamamlama imkanı getirilebilir.

Öğretide Ek. m. 6 sigortalısının SGK'ya göre m. 4/a kapsamında 'işçi' sayıldığı, işlerini kendi işyerinde değil işverenin gösterdiği biçimde ve yerde yaptığı belirtilmiştir. Böyle iken, hiç olmazsa çalıştığı günlerin prim yükünden niçin öteki 4/a 'lılar gibi işverene de pay verilmediğinin ve o günlerin prim yükünün neden tümüyle işçi üzerinde bırakıldığıının, ayrı bir anlaşılabilirlik konusunu oluşturduğu üzerinde durulmuştur<sup>44</sup>. İş sözleşmesi ile çalışan bir kişinin sırf ay içindeki çalışma süresinin on gün veya daha az olması nedeniyle genel sigortalılık düzeninin dışına çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi ve bu konuda sıkı ve yaygın bir denetim sisteminin uygulanması, anılan kişilerin sigortalılıklarının, m. 4/I, (a) bendine göre zorunlu sigortalılık çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Ancak; taksi ve dolmuş şoförlerinin kendine özgü çalışmaları dikkate alınarak, gerektiği ölçüde, istisnai hükümlerin de getirilmesi uygun olacaktır.

Diğer taraftan, kanun hükmü ile primini çalışana ödetme imkânı yasal olarak getirilmişken; taksi, dolmuş, minibüste çalışan sigortalıların işverenlerinin tam süreli sözleşmeyle işçi çalıştırıp bildirge, prim belgesi verme ve prim ödeme yükümlüsü olmayı tercih etmesini beklemek, Türkiye

<sup>44</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 136; UZUN.

<sup>45</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 644-647.



koşullarında pek de gerçekçi gözükmemektedir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, Ek. m. 6 hükmünün ne yazık ki, kayıtlı çalışmayı artırmaktan ziyade, işverenlerin kayıt dışına atılması işlevini gördüğü zamanla anlaşılacaktır.

#### 4. Sigortalıların Faydalanacakları Sigorta Kolları

Ek 6. madde kapsamındaki sigortalılara; malullük ve yaşlılık aylığı, ölümleri halinde ise hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanacak, ayrıca kendileri ya da bakmakla yükümlü oldukları kişiler, genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık yardımlarından yararlanacaklardır (Ek. m. 6/III). Dolayısıyla uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmak açısından m. 4/1, (a)'lılar ile Ek. m. 6'lular açısından herhangi bir fark yoktur<sup>47</sup>. Ancak Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin, genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanabilmesi için 67' nci maddede sayılan diğer şartların (başka bir deyişle son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmasının) yanı sıra sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihte 6183 sayılı Kanununun 48' inci maddesine göre tecil ve taksitlendirerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması gerekmektedir (Ek. m. 6/VI). Bu demektir ki, Ek. m. 6 sigortalısından 60 günden fazla prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması şartı aranmaktadır. Oysa, m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalının genel sağlık sigortasından yararlanması için prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun bulunmaması şartı aranmamaktadır. Ek. m. 6' lılar için böyle bir ek şart getirilmiş olmasını anlamak mümkün değildir<sup>48</sup>. Öyle ki, kanun koyucu bu kişileri, primlerin ödenmesi hususunda m. 4/(a)'lı kapsamında değil m. 4/(b)' li kapsamındaki sigortalılar gibi değerlendirmiştir<sup>49</sup>. Burada kendine özgü bir sigortalılık ilişkisi kurulmuştur. Ay içindeki çalışma gün sayısı 10 gün veya daha fazla olan çalışanların prim ödeme yükümlüsü işverendir. İşverenlerin primleri zamanında ödememesi halinde dahi, sigortalı sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedir. Ay içindeki çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar (Ek. m. 6'lular) ise genel sağlık sigortası primlerini kendileri ödemekte ve daha da ötesi 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunması halinde, kendileri ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler sağlık hizmetlerinden yararlanamamaktadır<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> ŞAKAR, (2011), s. 9.

<sup>47</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 650.

<sup>48</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 651; KÖME AKPULAT, s. 1201.

<sup>49</sup> MÜLAYİM.

<sup>50</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 652.

Diğer taraftan Ek. m. 6 sigortalılarına, yukarıda açıklanan prim borcu bulunmama koşulu dışında, genel sağlık sigortası açısından m. 4/I, (a)'lıların tabi olduğu esaslar uygulanacaktır. Örneğin Ek. m. 6 sigortalıları da, zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde doksan günlük zorunlu sigortalılıkları varsa, sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren doksan gün süreyle bakmakla yükümlü oldukları kişiler dahil sağlık hizmetlerinden yararlandırılacaklardır (m. 67/IV). Zira, Ek. m. 6/V'de açıkça, bu madde kapsamında ödenen primlerin, Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar, 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hukuki durumdan farklı olarak, kısa vadeli sigorta kolları olan iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarından yararlanamayacaklardır<sup>52</sup>. Zira, Ek. m. 6/III'e göre, bu madde kapsamındaki sigortalılar hakkında; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası ve istekleri halinde işsizlik sigortası hükümleri uygulanır. Daha açık bir deyişle, Ek. m. 6/III'de, sigortalının hangi sigorta kollarından hangi şartlarla yararlanacağı belirlenmesine rağmen, kısa vadeli sigorta kolları zikredilmemiştir.

Kanun koyucu yine 6111 sayılı Kanunla eklenen Ek. m.5 hükmünde, tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlar açısından, Ek. m.6 kapsamında sigortalılara benzer bir düzenleme getirmiş, ancak Ek. m.5'te ise bu sigortalılar hakkında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel sağlık sigortası hükümlerinin yanında **iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının da uygulanacağını** öngörmüştür (f.III)<sup>53</sup>.

Tüm bu hükümlerden hareketle, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olanlara, kendine özgü bir sigortalılık hali tanımlandığını ve bu kişilerin kısa vadeli sigorta kollarından hariç tutulduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Kısa vadeli sigorta kolları kapsamına giren hallere ilişkin sağlık yardımlarının 5510 sayılı Kanun sisteminde genel sağlık sigortası çerçevesinde sağlandığı için, bu durumun sağlık yardımları açısından bir sakınca yaratmadığı düşünülebilir. Ancak Ek. m. 6 sigortalıları, kısa vadeli sigorta kollarından

<sup>51</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 652.

<sup>52</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 655.

<sup>53</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 656.

sağlanan parasal yardımları alamazlar. Özellikle şoförlerin çalışma şartları itibari ile sürekli trafikte olmaları, birçok riski beraberinde getirmektedir. Örneğin araçlarında buldukları sırada trafik kazası geçiren veya gasp ve şiddete maruz kalan Ek. m. 6 sigortalılarının iş kazası sigortasından yardım almaları; ölümleri hâlinde iş kazası sigortasından yakınlarına gelir bağlanması mümkün değildir. Ancak aylık çalışması 10 gün ve üzerinde olan çalışanların, taksi ve dolmuş sahibi tarafından sigortası yaptırıldıkları için bu kişiler adına %2 oranında kısa vadeli sigorta kolları (iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası) primleri her ay (sigortalı ve işveren hisseleri) SGK'ya yatırılmaktadır. Adı geçen çalışanların, araçta buldukları sırada başlarına gelen tüm olaylar (gasp, darp, kaza) iş kazası sayılmaktadır. Ölen taksi ve dolmuş çalışanlarının başta eşleri olmak üzere çocukları ile anne ve babalarına herhangi bir prim ve yaş şartı aranmaksızın SGK tarafından ölüm geliri bağlanması söz konusu olmaktadır<sup>54</sup>. Oysa Ek. m. 6'dan önce, iş sözleşmesinin türü ve çalışma süresinin önemi olmaksızın, iş sözleşmesi ile araçlarda çalışanlar, m. 4/I, (a) bendi kapsamında zorunlu sigortalı sayıldıkları için işverenleri prim ödemek bir yana, SGK'ya işe giriş bildirdesini dahi vermemiş olsa, iş kazası ve meslek hastalığı yardımlarından faydalanabiliyorlardı<sup>55</sup>. Ek. m. 6 düzenlemesinde kısa vadeli sigorta kollarının kapsam dışında bırakılmış olmasının önemli bir eksiklik olduğu, anılan maddenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı ve temel sosyal güvenlik haklarını da ihlal ettiği ifade edilebilir<sup>56</sup>.

İşsizlik sigortası açısından ise Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar, "istekleri halinde" işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanabilirler (Ek. m. 6/III). Kanun koyucu işsizlik sigortası priminin ödenmesi konusunda kişileri serbest bırakmıştır. Ek. m. 6 sigortalısı, hem kendisine hem de işverene ait olan toplam % 3 oranındaki işsizlik sigortası primini isterse ödeyebilir ve işsiz kaldığında, şartları da uygunsa, işsizlik sigortası fonundan faydalanabilir<sup>57</sup>. Oysa aylık çalışma gün sayısı 10 gün veya daha fazla olan sigortalılar, zorunlu olarak işsizlik sigortasının kapsamındadır (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 46/II). Nitekim işsizlik sigortasının zorunluluk niteliği gereği, doğal olan da budur. Ek. m. 6 sigortalılarının işsizlik sigortasından istekleri halinde faydalanabilmeleri yönündeki hüküm, işsizlik sigortasının

---

<sup>54</sup> KARAKAŞ.

<sup>55</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 656.

<sup>56</sup> TEZEL; KÖME AKPULAT, s. 1204; UZUN; MÜLAYİM.

<sup>57</sup> MÜLAYİM.

zorunluluğu ilkesine aykırıdır<sup>58</sup>. İlgili kısımlarda üzerinde durduğumuz üzere, Ek. m. 6 sigortalılığının kendine özgü bir sigortalılık ilişkisi kurduğu, temel esaslardan ayrıldığı burada da görülmektedir. Ancak, kanun koyucunun Ek. m. 6 sigortalılarına işsizlik sigortasını zorunlu tutmamasının, Ek. m. 6 sigortalılarının lehine olduğu belirtilebilir. Zira işsizlik sigortasından yararlanmak için son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olma ve iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün iş sözleşmesiyle çalışmış olma<sup>59</sup> şeklinde sıkı koşullar söz konusudur. Ek. m. 6 sigortalılarının işsizlik sigortasına ilişkin koşulları sağlaması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla yararlanma imkanı bulamayacakları bir sigorta kolu için prim ödememe imkanı ya da bu sigorta koluna tabi olmayı istemeleri halinde, otuz gün üzerinden prim ödeyerek sigortadan yararlanma imkanı sağlandığı şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Ancak, öğretide kısmi süreli iş sözleşmesi ile oldukça kısa süreli çalışanlar açısından dahi var olan bu sigorta kolunun, prim ödeme konusunda sadece Ek. m. 6'lı sigortalılar için ayrı düzenleme getirmesini haklı bir gerekçe olarak değerlendirmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Aynı görüşe göre, kısmi süreli sözleşme ile çalışanlar için m. 51/II'de öngörülen, ay içindeki çalışmalarının otuz günden eksik kalan kısmının primlerini isteğe bağlı sigorta kapsamında ödeyebilme olanağı, 6111 sayılı Kanunla uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası gibi işsizlik sigortası primleri için de geçerli olduğundan, Ek. m. 6 ile yeni bir imkanın sağlandığından söz edilemez<sup>60</sup>. Yukarıda anılan görüşü hukuka uygun bulmakta ve Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalıların, sadece "istekleri halinde" işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanabilmelerini mümkün kılan Ek. m. 6/III'ün, işsizlik sigortasının zorunluluğu ilkesine aykırı olduğunu kabul etmekteyiz. Tüm bunlara rağmen; Ek. m 6 sigortalılarının işsizlik sigortasından tercihe bağlı olarak yararlanmalarını düzenleyen Ek. m. 6/III, kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir. Zira, tüm primleri sigortalıların ödeyecekleri şekilde tasarlanmış olan sistemin, en azından yararlanmaları çok mümkün olmayacak olan işsizlik sigortası primini ödemekten kaçınma imkanı sağlayacak şekilde bir seçenek sunması, uygundur. Elbette ideal olan işsizlik sigortasının zorunluluğudur. Fakat idealin savunulması için diğer hükümlerin

<sup>58</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 653. İşsizlik sigortasının zorunluluk niteliği için bkz. ANDAÇ, s. 41; BAŞTERZİ, s. 93; ÖZKARACA, s. 22.

<sup>59</sup> 4447 sayılı Kanun m. 50/II'de yer alan "prim ödeyerek sürekli çalışmış" ibaresi, 17/1/2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle "hizmet akdine tabi" şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>60</sup> CANİKLİOĞLU/ÖZKARACA, s. 653-654; benzer yönde KÖME AKPULAT, s. 1209.

de genel düzenin dışına çıkmamış olması gerekir. Başka bir deyişle, Ek. m. 6 sigortalılığı, m.4/I,(a)'lılığın sağladığı tüm imkanları Ek. m. 6'lılara da sağlasaydı, elbette değerlendirmemiz farklı olurdu.

### 5. Ek. m. 6 Sigortalılığının Sona Ermesi

Ek. m. 6'ya göre sigortalının sahip olduğu hak ve yükümlülükler, birinci fıkrada belirtilen şekildeki çalışma durumlarının son bulmasından itibaren sona erer (Ek. m. 6/III). Dolayısıyla; ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerlerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan çalışmanın son bulması veya hesaplanan çalışma gün sayısının 10 gün ya da üzerinde olduğunun tespit edilmesi halinde, çalışanın bu kapsamdaki sigortalılığı ortadan kalkar.

Ek. m. 6 sigortalısının sigortalılığının sona ermesi, sigortalıyla işveren arasındaki iş ilişkisinin taraflardan birinin sözleşmeyi feshi, sözleşmedeki işin bitmesi yahut tarafların anlaşarak iş ilişkisini sona erdirdiklerinin SGK'ya bildirilmesiyle gerçekleşir<sup>61</sup>. Ancak, sigortalılığın sona ermesi için Kuruma bir bildirim yapmak şart değildir<sup>62</sup>. Burada sona erme tarihinin, hükme aykırılığın gerçekleştiği tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyişle, sona erme tarihi, örneğin Ek. m. 6 sigortalısının m. 4, I, (a) bendi kapsamında tam süreli çalışmaya başladığı tarih olmalıdır.

Ek. m. 6 sigortalısının bu sigorta kapsamında birden çok işverenle iş ilişkisi sürerken, birinin devam etmesi koşuluyla, diğerlerinin feshi veya işten ayrılışlarının bildirilmesi halinde, o çalışanın Ek. m. 6 sigortalılığı devam eder. Zira Ek. m. 6 sigortalılığının işten ayrılmayla bitmesi için, sigortalının tüm kısmi süreli iş sözleşmelerinin bitmiş ya da feshedilmiş, bütün işlerinden ayrılışlarının bildirilmiş olması gerekmektedir. Ek. m. 6 kapsamında bildirilmiş bir tek iş bile Ek. m. 6 sigortalılığının devam etmesi için yeterlidir<sup>63</sup>.

Çalışanın sigortalılığı, Ek. m. 6'nın birinci fıkrasında belirtilen şekildeki çalışma durumlarının son bulması dışında da sona erebilir. Ek. m. 6/VII ve

---

<sup>61</sup> 2013/11 sayılı Genelgede değişiklik yapan 2016/20 sayılı Genelgeye göre *Kanunun Ek 6 ncı Maddesi Kapsamında Çalışanlar*" başlıklı üçüncü bölümün "4- Sigortalılığın sona ermesi" alt başlığının birinci paragrafının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Ayrıca, Ek 6 ncı madde kapsamında çalışanların sigortalıkları işten ayrıldıklarının kendileri veya bunları çalıştıran kişilerin/işverenlerin bildirimini halinde de sona erdirilir."

<sup>62</sup> CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 661.

<sup>63</sup> UZUN.

2013/11 sayılı Genelgede<sup>64</sup> bazı kişilerin Ek. 6'ncı madde kapsamında sigortalı sayılmayacakları düzenlenmiştir. Hükümlerin mevhumu muhalifi gereği, Ek 6'ncı madde kapsamında sigortalı sayılmayacakların, Ek. m. 6 sigortalısı olması halinde, bu kişilerin sigortalılıkları sonradan sona erer. Bu haller: Ek. m. 6 sigortalısının; Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (b) ve (c) bentleri kapsamında uzun vadeli sigorta kollarına tabi sigortalı çalışması, isteğe bağlı sigortalı olması<sup>65</sup>, 506 sayılı Kanunun geçici 20'nci maddesi kapsamındaki sigortalı olması ile kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almasıdır. Dolayısıyla zikredilen durumların gerçekleşmesi halinde de, kişinin Ek. m. 6 sigortalılığı sona erecektir<sup>66</sup>.

2014/32 sayılı Genelge ile 2013/11 sayılı Genelgenin ikinci kısmında yapılan düzenlemelere göre “Kanunun Ek 6'ncı maddesi Kapsamında Çalışanlar” başlıklı üçüncü bölümün “4- Sigortalılığın sona ermesi” alt başlığının birinci paragrafındaki “işten ayrılması” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve ölümü” ibaresi eklenmiştir. Hükümden hareketle, Ek. m.6 sigortalılığını sona erdiren bir diğer durumun sigortalının ölümü olduğu sabittir.

## 6. Gecikme Cezası ve Zammı ile İdari Para Cezası

Kanun koyucu Sosyal Güvenlik Kurumuna, bu madde kapsamındaki sigortalıların bu Kanunun diğer hükümlerine göre uzun vadeli sigorta kollarına tabi olma durumlarını dikkate alarak prim ödeme gün sayılarını ve prim ödeme sürelerini belirleme, bu sigortalıları çalıştıranlara ve çalıştıranların bağlı olduğu meslek odası, birlik veya benzeri kuruluşlara Kurumca belirlenecek süre içinde bu sigortalıların işe başlama ve işten ayrılışlarını bildirme, bu madde veya bu Kanunun uzun vadeli sigorta kollarını ihtiva eden sigortalılık statüleri kapsamında sigortalılık kontrolünden sonra çalıştırılmaları, çalıştırıldıkları süre içerisinde sigortalılıklarının devam edip etmediği ve Kurumca verilecek sigortalılık belgelerinin periyodik kontrolünü sağlama hususunda zorunluluk getirme yetkisi, vermiştir (Ek. m. 6/VIII).

Hükümün devamında, bu madde kapsamında bulunan sigortalıları çalıştıranlar ile çalışanların üye olduğu meslek odası, birlik veya

<sup>64</sup> SGK'nın Sigortalılık İşlemleri hakkında 2013/11 sayılı Genelgesi.

<sup>65</sup> İsteğe bağlı sigortalı olmanın, Ek. m. 6 kapsamında sigortalı olmayı sona erdireceğine ilişkin eleştiriler için bkz. CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA, s. 661-662.

<sup>66</sup> Ek. m. 6/VII ve 2013/11 sayılı Genelge'de yer verilen ve Ek. m. 6 sigortalılığını sona erdiren hallerle ilişkin değerlendirmemiz, “III, 1, b” başlığı altında yapıldığı için, burada tekrardan kaçınılmıştır.

benzeri kuruluşlara bu madde uyarınca getirilecek bildirim ve kontrol yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde de 102' nci madde uyarınca idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir (Ek. m. 6/IX).

5510 sayılı Kanunun atıf yapılan 102. maddesine göre ise Ek 6' ncı maddeye göre yapılması gereken bildirim veya kontrol yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, her bir fiil için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır (5510 sK. m. 102/1)<sup>67</sup>.

Diğer taraftan 2013/11 sayılı Genelge ile de "Kanunun Ek 6' ncı maddesi kapsamındaki sigortalıların, her aya ait primlerini ilgili ayı takip eden ayın sonuna kadar Kuruma ödemeleri gerektiği belirtilmiştir. Yasal süresi içinde ödenmeyen primlere Kanunun 89' uncu maddesi gereğince ödenme tarihine kadar gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanacaktır (Üçüncü Bölüm, 5-Primlerin Hesabı, Gün sayısı ve Ödenmesi)<sup>68</sup>.

Kanun koyucu Ek. m.6'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini ifade etmişse de, konu hakkında bir Yönetmelik hâlâ çıkarılmamıştır (Ek. m 6/son).

#### IV. SONUÇ

Yüksek oranda kayıt dışılığın olduğu taksi, dolmuş ve buna benzer şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışan kişileri çalışma şekilleri açısından üçe ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki araç sahipleri, ikincisi araçları sahibinden kiralamak suretiyle aracı kendi adlarına işletenler ve üçüncüsü araçlarda iş sözleşmesi ile ücretli çalışanlardır.

Kanun koyucu 5510 sayılı Kanuna getirdiği Ek. m. 6 hükmü ile şehir içinde ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarında ücretli olarak, bir veya birden fazla kişi yanında, ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanların, kendileri tarafından ve 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle, sigortalı olabileceklerini düzenlemiştir. İş sözleşmesi ile çalışanları, çalışma gün sayısı ayda 10 günden az ve çok şeklinde ikiye bölmek suretiyle getirilen sistem, kanaatimizce birçok yönden eleştiriye açıktır.

Ek. m. 6 gereği, şehir içinde ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki toplu taşıma araçlarında birden fazla çalıştıran yanında ve her bir çalıştıranda

---

<sup>67</sup> 6111 sayılı Kanunun 45. maddesiyle 13/2/2011'de ek olarak getirilmiştir.

<sup>68</sup> 01/09/2016 tarih, Sayı: 84228040/ 642 ve 2013/11 sayılı Genelgede Değişiklik konulu Genelge.



ayda 10 günden az çalışmak üzere toplamda ayda 10 günden fazla çalışan kişinin, Ek. m. 6'lı olması mümkün değildir. Oysa ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığını düzenleyen Ek. m. 9 kapsamında her bir çalıştırana nezdinde ayda 10 günden az çalışma halinde, kişinin her bir çalışması için Ek. m. 9 sigortalısı olması mümkündür.

Aynı yönde olmak üzere, Ek. m. 6/VII ve 2013/11 sayılı Genelgeyle, Ek. m. 6 kapsamına girebilecek bir kısım kişilerin Ek. m. 6'lı olamayacağı düzenlenmiştir. Özellikle kısmi süreli bir çalışması olan veya isteğe bağlı sigortalı olan kişinin, ayrıca Ek. m. 6 kapsamına girecek bir işte çalışması halinde, Ek. m. 6'lı olabilmesi kanaatimizce mümkün olmalıdır. Ek. m. 6'da yapılacak değişikliklerle, olumsuz sonuçlar yaratan bu düzenlemeler yeniden düzenlenmelidir.

Çalışma süresi ayda 10 günden az dahi olsa, kişi kısmi süreli çalışıyorsa (tam süreli sözleşmelerde olduğu gibi), bu kişinin işvereni onu çalışmaya başlamadan önce Kuruma bildirmelidir. Yine kişi çalışmaya başlamakla kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı olmalıdır. Sigortalı olmayı tercih edip etmeme şeklinde bir ayırım söz konusu olmamalıdır. Ek. m. 6'da düzenlenen sigortalılıkta, zorunluluk ilkesinden ayrılmıştır. Ek. m.6'luların sigortalılığı, genel kural olan fiilen işe başlamayla değil, çalışmanın kuruma bildirildiği gün başlamaktadır (Ek. m. 6/II). Bu çerçevede iş sözleşmesi ile çalışmaya dayalı bir ilişkinin isteğe bağlı sigortalılık gibi düzenlenmiş olması da kanaatimizce yerinde değildir.

Ayda on günden az çalışan Ek. m. 6 sigortalılarının primlerini alt kazanç sınırından ödemeleri halinde, geçici bir süre için, daha az gün karşılığı prim ödemelerine rağmen otuz gün üzerinden prim ödemiş gibi sayılacakları kabul edilmiştir. Ek. m. 6 hükmünün en olumlu yanı olarak değerlendirdiğimiz bu düzenlemenin, prime esas kazancın hesaplanacağı gün sayısı her yıl bir puan artırıldığından, 2023 yılında 30 güne ulaşılacağı ve devlet katkısının sona ereceği, dolayısıyla anılan faydanın 2023 yılında ortadan kalkacağı belirtilmelidir.

Diğer taraftan Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin, genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanabilmesi, son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmalarının yanı sıra, sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının bulunmamasına bağlıdır (Ek. m. 6/VI). Oysa, m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalının genel sağlık



sigortasından yararlanması için prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun bulunmaması aranmamaktadır. Ek. m. 6' lılar için böyle bir ek şart getirilmiş olmasını anlamak mümkün değildir.

Ek. m. 6 kapsamındaki sigortalılar, kısa vadeli sigorta kollarından hariç tutulmuştur (Ek. m. 6). Özellikle şoförlerin çalışma şartları itibari ile sürekli trafikte olmaları, birçok riski beraberinde getirmektedir. Ek. m. 6 düzenlemesinde kısa vadeli sigorta kollarının kapsam dışında bırakılmış olmasının önemli bir eksiklik olduğu, anılan maddenin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı ve temel sosyal güvenlik haklarını da ihlal eder cinsten olduğu belirtilmelidir.

5510 sayılı Yasanın Ek 6. maddesi, ilgili maddenin gerekçesinde ifade edildiği üzere, kayıtdışı çalışmayı azaltmayı amaçlamaktadır. Ancak hükümde sosyal güvenlik hukukunun temel prensiplerine aykırı düzenlemeler olduğu gibi, Ek. m. 6'nın kayıtdışı çalışmayı azaltması pek mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce, öncelikle taksi, dolmuş gibi şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanların diğer iş sözleşmeleriyle çalışanlarla aynı hükümlere tabi olması ve denetimlerin artırılması suretiyle, adı geçen kişilerin sosyal güvenliklerinin tam olarak sağlanması gerekmektedir. Ancak mevcut Ek. m. 6 üzerinden ilerlenecekse, çalışmamızda değerlendirmeye çalıştığımız Ek. m. 6 üzerindeki değişiklikler yapılmak suretiyle, hükmü gerçek amacına ulaştır hale getirmek gerekmektedir. Ek. m. 6'nın tümünden kaldırıldığı çözümde, adı geçen kişilerin çalışmalarına özgü, istisnai hükümlerin belirlenmesi elbette yerinde olacaktır.

### KAYNAKÇA

ALPER, Yusuf: **Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku**, VIII. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2016.

ANDAÇ, Faruk: **İşsizlik Sigortası**, I. Baskı, Tühis yayınları, Ankara, 1999.

ARICI, Kadir: **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, I. Baskı, Gazi Yayınevi, Ankara, 2015.

BAŞTERZİ, Süleyman: **İşsizlik Sigortası**, I. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1996.

- CANIKLIOĞLU, Nurşen/ÖZKARACA, Ercüment: “Sanatçıların Sosyal Güvenliği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 637-664. (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/>, erişim: 2.3.2019)
- DOĞAN, Kübra: “Sosyal Sigorta İlişkisinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme”, **İş Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 3, 1993, s. 428-436.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, XVII. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- KARAKAŞ, İsa: “Taksici ve dolmuşçular! SGK sigortasında bu püf noktaları kaçırmayın”, (<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/isa-karakas/603192.aspx>, erişim: 2.3.2019).
- KÖME AKPULAT, Ayşe: “Sanatçıların Sosyal Güvenliği”, **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S.LXXIV, Özel Sayı, C.2, İstanbul, 2016, s. 1185-1209 (<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhfm/>, erişim: 2.3.2019).
- LEVENT, Recep: “Ticari Olarak Çalışan Şoförlerin Sosyal Güvenliği”, (<https://www.isvesosyalguvenlik.com/ticari-olarak-calisan-soforlerin-sosyal-guvenligi/>, erişim: 2.3.2019).
- MÜLAYİM, Oğuz: “Ticari Taksi Dolmuş Ve Benzeri Ulaşım Araçlarında Şoför Olarak Kısmi Süreli Çalışan Kişilerin Sigortalılıkları”. (<http://www.alomaliye.com/2012/06/25/ticari-taksi-dolmus-sofor-kismi-sureli-calisanlarin-sigortaliliklari/>, erişim: 2.3.2019).
- ÖZKARACA, Ercüment: **İşsizlik Sigortası Kapsam ve Yardımları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- SEGEKAM: “Geçmişten Günümüze Taksi Şoförlerinin Durumu”. (<http://segekam.com/calisma-dunyasi/sigortali/taksicilerin-sigorta-cikmazi.html>, erişim: 2.3.2019).
- SÖZER, Ali Nazım: **Sosyal Sigorta İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayın No:0906, İzmir, 1991.
- ŞAKAR, Müjdat: **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, XII. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017 (ŞAKAR, (2017)).

- ŞAKAR, Müjdat: “Taksi, Dolmuş ve Minibüs Şoförlerinin Sigortalılığı”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 217, Ocak 2011. (<https://docplayer.biz.tr/24110811-Taksi-dolmus-ve-minibus-soforlerinin-sigortaliligi.html>, erişim: 2.3.2019) ((ŞAKAR, (2011)).
- TEZEL, Ali: “Taksi şoförleri pirimlerini kendi cebinden ödeyecek”. (<https://www.bloomberght.com/ht-yazarlar/ali-tezel/865559-taksi-soforleri-pirimlerini-kendi-cebinden-odeyecek>, erişim: 2.3.2019).
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, XIX. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- UŞAN, Fatih: **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, II. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- UZUN, Yaşar: “5510 sayılı Yasanın Ek 6. Maddesi Kapsamında Sanatçıların İşe Giriş, Çalışma Süreci ve İşten Çıkış Uygulamaları” (<http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/hyasaruzun/001/>, erişim: 2.3.2019).
- YILMAZ, Mustafa/ÇAKAR Erden: “Şoförlerin Sosyal Güvenliği Nasıl Sağlanacak”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 217, Ocak, 2011 (<https://www.ozdogrular.com/v1/content/view/14892/254/>, erişim: 2.3.2019).



**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

**CİNSEL SUÇLAR,**  
**Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin**  
**Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin**  
**Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar**

**İzzet ÖZGENÇ\***

**ÖZ**

*Türk Ceza Kanununda yer alan cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin dayandığı felsefi yaklaşım esas alınmadan uygulama geliştirilmesinin, çeşitli sorunlara sebebiyet vereceği kaçınılmaz bir gerçektir. Doğru bir uygulama gerçekleştirebilmek için, öncelikle, cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin dayandığı felsefi yaklaşımı ortaya koymak gerekir. Bu yaklaşım sorunu dolayısıyladır ki, yüksek mahkeme içtihatlarında cinsel davranışlara yönelik rızanın cinsel suçlar bakımından bir “hukuka uygunluk sebebi” oluşturduğu yönündeki yanlış gerekçelendirmelere devam edilmektedir. Keza, bir kusurluluğu etkileyen ve hatta bazı durumlarda ortadan kaldıran sebep olarak haksızlık hatasına ilişkin kanun hükümlerinin özellikle cinsel suçlar bakımından uygulanmasındaki çekingenlik, ortaya bir dizi sorunlu mahkumiyet hükmü ve hükümlü sorunu çıkarmıştır.*

*Bu sorunların TCK'nın mevcut hükümleri çerçevesinde geliştirilen içtihatlarla çözümlenmesi mümkün ve gerekirken, söz konusu çekingenlik, yasama faaliyetiyle, yani geçici madde şeklinde de olsa, kanuni düzenlemeyle “çözümlenmesi” çabalarını tetiklemiştir.*

*Çalışmamızda, özellikle cinsel istismar suçunun mağduru ile failinin bilahare “evlendirilmeleri” bağlamında ortaya çıkan sun’î “sorunun” kanuni düzenlemeyle “çözümlenmesine” çalışılmasının yanlışlığına ve doğru çözüme ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** *Cinsel dokunulmazlık, Cinsel saldırı, Cinsel istismar, Cinsel taciz, Cinsel davranış, Cinsel ilişki, Evlenme engeli, Evlenme yasağı*

---

\* Prof.Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**ORCID ID:** 0000-0002-1805-8572

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682799

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 12/12/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 09/01/2020

**SEXUAL OFFENCES,*****The Philosophical Basis on which the Turkish Penal Code Regulations on Sexual Offences, Problems arising from the application of the provisions of the Codes about Sexual Offences*****ABSTRACT**

*It's an inevitable fact that developing a practice without considering the philosophical approach on which regulations related to the sexual offences in the Turkish Penal Code are based would cause various problems. In order to provide a correct implementation, first of all, it is necessary to examine the philosophical approach on which the regulations on sexual offences are grounded. It is due to this approach-related problem that the wrong justification in the Court of Cassation's case-law that the consent to sexual behavior constitutes a "justification defense" for sexual offences still continues. Likewise, timidity in the application of the provision on the mistake of law, which is an excuse defense that removes or mitigates the culpability of the actor; especially in respect to sexual offences has given rise to several problematic convictions.*

*Although it is possible and necessary to solve these problems with the case-law developed pursuant to the current provisions of the Turkish Penal Code, aforementioned hesitancy has triggered efforts to "resolve" these problems through legislative action -in other words, by means of legal regulation, even in the form of provisional article-*

*In this article, there are explanations with regard to the incorrectness of trying to "solve" the factitious "problem", which occurs within the context of "wedding" the victim of the sexual abuse of children to the perpetrator of the offence, through legal regulation, and about the correct solution.*

**Keywords:** *Sexual inviolability, Sexual assault, Sexual abuse of children, Sexual harassment, Sexual behavior, Sexual intercourse, Impediment to marriage, Prohibition for marriage*

**Giriş:**

Türk Ceza Kanununda yer alan cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin dayandığı felsefi yaklaşım esas alınmadan uygulama geliştirilmesinin, çeşitli sorunlara sebebiyet vereceği kaçınılmaz bir gerçektir. Doğru bir uygulama gerçekleştirebilmek için, öncelikle, cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerin dayandığı felsefi yaklaşımı ortaya koymak gerekir. Bu yaklaşım sorunu



dolayısıyla ki, yüksek mahkeme içtihatlarında cinsel davranışlara yönelik rızanın cinsel suçlar bakımından bir “hukuka uygunluk sebebi” oluşturduğu yönündeki yanlış gerekçelendirmelere devam edilmektedir. Keza, bir kusurluluğu etkileyen ve hatta bazı durumlarda ortadan kaldıran sebep olarak haksızlık hatasına ilişkin kanun hükümlerinin özellikle cinsel suçlar bakımından uygulanmasındaki çekingenlik, ortaya bir dizi sorunlu mahkumiyet hükmü ve hükümlü sorunu çıkarmıştır.

Bu sorunların TCK’nın mevcut hükümleri çerçevesinde geliştirilen içtihatlarla çözümlenmesi mümkün ve gerekirken, söz konusu çekingenlik, yasama faaliyetiyle, yani geçici madde şeklinde de olsa, kanuni düzenlemeyle “çözümlenmesi” çabalarını tetiklemiştir.

**I. Anayasa Mahkemesinin 10.10.2019** tarihli ve 2015/17914 başvuru numaralı Bireysel Başvuru Kararına (RG: 27 Kasım 2019/30961) konu teşkil eden olayda; M, teyzesi T ile eniştesi E arasında Babaeski Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan boşanma davasında tanık olarak dinlenir. M, bu tanıklık açıklamaları sırasında, E tarafından, çocukluk yaşlarından beri, henüz on dört yaşını doldurmadan önce başlayan, müteaddit defa tekrarlanan, cinsel arzularının tatmini amacına yönelik muameleye maruz bırakıldığını beyan eder.

M, bu açıklamaları çerçevesinde, henüz on dört yaşını doldurmamış olduğu bir zamanda T’nin daveti üzerine gittiği İstanbul’daki evlerinde kaldığı on beş gün kadar devam eden misafirlik sürecinde, E’nin cinsel birleşmeye varmayan ve fakat, fiziki temasla gerçekleştirdiği çeşitli cinsel davranışlarına müteaddit defa maruz kaldığını ve her defasında fiili gerçekleştirdikten sonra, E’nin kendisine “*bu yaşadıklarımızı kesinlikle teyzene anlatma, yoksa seni yaşatmam*” gibi sözler söylediğini beyan eder.

Keza M, memleketine döndükten sonra da, E’nin müteaddit defa telefonla arayarak kendisiyle, cinsel arzularını tatmin amacına yönelik cinsel içerikli sohbetler yaptığını ve bu sohbetlerden sonra kendisine “*konuştuklarımızı başkasına anlatırsan seni yaşatmam*” gibi sözler söylediğini beyan eder.

M, on dört yaşını tamamladığı bir zamanda, T ve E’nin memleketlerine gelerek kendilerine misafir olduğunu, bu süre zarfında da E’nin cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olan ve fakat cinsel birleşmeye varmayan fiillerine maruz kaldığını beyan eder.

M, yaptığı tanıklıkta bütün bu olup bitenleri annesi A’ya anlattığını söyler.

Ancak, bu olaylarla ilgili olarak daha önce adli mercilere herhangi bir ihbar ve şikâyetle bulunulmaz.

Bu olay nedeniyle psikolojisi bozulan M, eğitimine devam edemez.

**II.** 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yapılırken, bazı temel kabullerden yola çıkılmıştır. Bu temel kabuller sırasıyla şunlardır:

**1.** Kanunda, tanımlanan cinsel suçlar bağlamında korunan hukuki değer, **kişilerin cinsel dokunulmazlığı** olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda Kanunda “cinsel özgürlük” ibaresi kullanılmamıştır. Bu, bilinçli bir tercihtir.

Buna göre, kişiler cinsel arzularının tatmini amacıyla başkalarının vücut dokunulmazlığını ihlâl edemezler. Kişiler, cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik partnerini belirlerken, fizikî ve ruhî gelişmişlik düzeyi, cinsiyet, akrabalık ilişkisi ve medeni hal gibi bazı doğal ve hukuki sınırlama ölçütlerine riayet etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu sınırlama ölçütlerine riayet edilmemesi, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik fiili hukuka aykırı kılmakla birlikte, bu bağlamdaki her hukuka aykırı fiil, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmez, yani suç oluşturmaz.

**2.** Keza, Türk Ceza Kanunundaki cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde, ilgili suçun işlenişi bakımından fail veya mağdurun erkek veya kadın olması bir ayırım ölçütü olarak dikkate alınmamıştır.

Mağdurun çocuk olup olmaması, cinsel saldırı suçu (TCK, m. 102) ile cinsel istismar suçu (TCK, m. 103) arasındaki ayırımın temel ölçütü olarak kabul edilmiştir.

**3.** Cinsel saldırı suçu (TCK, m. 102) ile cinsel taciz suçu (TCK, m. 105) arasındaki ayırımın temel ölçütünü, fiziksel temas oluşturmaktadır.

Cinsel istismar suçu (TCK, m. 103) bakımından ise, fiziksel temasın gerekli olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir.

Bir anlayış, alelittlak fiziksel temasa gerek olmadan cinsel istismar suçunun işlenebileceğini kabul etmektedir. Buna göre, on beş yaşını tamamlamamış olan veya tamamlamış olmakla birlikte zihinsel gelişiminde sorun bulunan çocuklara karşı fiziksel temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Türk Ceza Kanununun cinsel suçlara ilişkin ilk düzenlemelerinde bu düşünce esas alınmıştır.

İkinci bir anlayış ise, cinsel istismar suçunun da cinsel saldırı suçu gibi ancak mağdurun bedenine fiziksel temasta bulunmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışlarla işlenebileceğini kabul etmektedir. Bu anlayışa göre, yaşı ne olursa olsun, çocuğa karşı fiziksel temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar ancak cinsel taciz suçunun nitelikli halini oluşturur. Bu itibarla, henüz on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı fiziksel temas olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Türk Ceza Kanununun cinsel suçlara ilişkin hükümlerinde değişiklik yapan 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun hazırlanışında bu düşünce egemen olmuştur. Nitekim, söz konusu Kanunun, TCK, m. 102’de değişiklik yapan 58. maddesinin gerekçesinde;

*“Türk Ceza Kanununun 102 ve 103’üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105’inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105’inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103’üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır”*

yönünde açıklamaya yer verilmiştir<sup>1</sup>.

Kanaatimizce, 6545 sayılı Kanununla TCK, m. 105, f. 1’de yapılan değişiklikten sonra, orta bir yol izlemek gerekir.

Türk Ceza Kanununda **“on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış”** ve keza, on beş yaşını tamamlamış olan ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan **“çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar”**, cinsel istismar olarak değerlendirilmiştir (TCK, m. 103, f. 1)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, sh. 20 vd.

<sup>2</sup> Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 7.1.2019 tarihli ve E. 2015/3907, K. 2019/25 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; A ve B, çocuk olan mağdureyi sevk ve idarelerindeki araçla kaçırmışlar. Olay yerinde A araç dışında beklerken, B mağdureye soyunmasını söyler. Bunun üzerine mağdure kıyafetlerini çıkarmaya başlar ve bu arada B mağdurenin fotoğrafını çekmeye çalışır. Ancak bu arada polis olaya müdahale eder.

İlk derece mahkemesi A ve B hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, bu olayda A ve B'nin fiillerinin "5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu, bu suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olduğu ve mağdurenin kovuşturma evresinde sanıklardan şikayetçi olmadığını belirtmesi karşısında; vaki şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamlı yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması"nı, Kanuna aykırı bulmuştur.

#### **Hukuki değerlendirmelerimiz:**

Karara konu teşkil eden olayda işlenen suçlar, temel şekli ve nitelikli unsurları itibarıyla şunlardır:

**Birinci suç:** A + B → M'ye karşı, **Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma** suçu (TCK, m. 109).

Bu suç, **birden fazla kişi tarafından birlikte** işlenmiştir. Nitelikli unsur (TCK, m. 109, f. 3, bent b).

Suçun mağduru **çocuktur**. Nitelikli unsur (TCK, m. 109, f. 3, bent f).

Ayrıca, bu suç **cinsel amaçla** işlenmiştir. Nitelikli unsur (TCK, m. 109, f. 5).

**İkinci suç:** A + B → M'ye karşı, **Çocuğun cinsel istismarı** suçu (TCK, m. 103).

Bu suç, **birden fazla kişi tarafından birlikte** işlenmiştir. Nitelikli unsur (TCK, m. 109, f. 3, bent b).

Karar metninden, açıkça anlaşılacakla birlikte, fiilin işlendiği tarih itibarıyla çocuğun on beş yaşını tamamlamış olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

**Henüz 15 yaşını tamamlamamış** çocuğa karşı işlenen cinsel amaçlı -fiziki temas olsun veya olmasın- bütün fiillerin **Çocuğun cinsel istismarı** (TCK, m. 103) suçu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Ancak, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununla TCK'nın cinsel suçlara ilişkin hükümlerinde ve özellikle m. 105, f. 1'de yapılan değişiklikler karşısında, **on beş yaşını tamamlamamış** olan çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların da, *Cinsel taciz* suçunu oluşturacağı yönünde bir izlenim ortaya çıkmıştır.

**15 yaşını tamamlamış** çocuğun kaçırılmış olması, bu çocuğa karşı *cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle direnemeyecek duruma getirilmiş* olduğunu göstermektedir.

Türk Ceza Kanununun ilk düzenlemesinde, **on beş yaşını tamamlamış** olan ve fakat, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle direnemeyecek duruma getirilmiş çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar da, **Çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturmakta idi.

Ancak, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla TCK'nın cinsel suçlara ilişkin hükümlerinde ve özellikle m. 105, f. 1'de yapılan değişiklikler, **on beş yaşını tamamlamış** olan ve fakat, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle direnemeyecek duruma getirilmiş çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların da, *Cinsel taciz* olarak değerlendirilmesinin yolunu açmıştır.

Nitekim, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin değerlendirme konusu yaptığımız kararında, bu düşünce benimsenmiştir. Kararda, kaçırılmış ve bu nedenle artık direnemeyecek duruma getirilmiş olan çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlar da *Cinsel taciz* suçu olarak nitelendirilmiştir.

Oysa, TCK, m. 103, f. 1, bent b düzenlemesi karşısında, on beş yaşını tamamlamış olan,

Buna göre, TCK, m. 103, f. 1, bent a kapsamına giren çocuklara karşı gerçekleştirilen, **fiziksel temas olsun veya olmasın, her türlü cinsel davranış**, cinsel istismar olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık, TCK, m. 103, f. 1, bent b kapsamına giren, on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğa karşı “*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*” ve **fiziksel temas suretiyle “gerçekleştirilen cinsel davranışlar”**, cinsel istismar olarak değerlendirilmelidir. Bu itibarla, TCK, m. 105, f. 1’de söz konusu edilen cinsel taciz suçunun nitelikli halinin mağduru, ancak TCK, m. 103, f. 1, bent b kapsamına giren, on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuk olabilecektir. Ancak bu suretle, TCK, m. 103, f. 1’deki cinsel istismar suçunun tanımı ile, m. 105, f. 1’de söz konusu edilen cinsel taciz suçunun mağdur bakımından nitelikli unsurunu birbiriyle uyumlu, telifi kabil bir şekilde yorumlamak mümkün olabilir.

4. 5237 s. TCK’nın sisteminde, henüz on beş yaşını doldurmamış olan çocukla cinsel ilişki aleltilak, **cinsel istismar suçunu** (TCK, m. 103) oluşturmaktadır. Ancak, bu suçun **faili** olabilmek için, kişinin on beş yaşını doldurmuş olması gerekir. On beş yaşını henüz doldurmamış olan kişilerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeleri bağlamında bu kişilerin ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilemez. Ancak, bu çocukların cinsel birlikteliğini sağlayan kişilerin **cinsel istismar suçundan** (TCK, m. 103) dolayı ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir.

5. On beş yaşını doldurmuş olan çocuklar cinsel özelliklerinin ve yeteneklerinin farkında olmakla birlikte, kişiliklerinin henüz yeterince gelişmemiş olması,

---

temyiz gücü bulunan ve fakat, cebiri, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir nedenle **direnemeyecek duruma getirilmiş** çocuğa karşı **fiziki temas olmadan** gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel taciz değil, **cinsel istismar** suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

**Çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi halinde, **soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı olmadığı** açıktır.

Olayda hangi suçun işlendiği kabul edilirse edilsin, ister çocuğun cinsel istismarı suçu, ister cinsel taciz suçunun işlendiği kabul edilsin, **suç tamamlanmıştır**. Çocuk, istek doğrultusunda çamaşırlarını çıkarmaya başlamıştır. Çamaşırlarını tamamen çıkarmış olup olmaması, olay bağlamında olduğu kabul edilen suçun tamamlanması için önem taşımamaktadır.

Olayda A ve B’yi her iki suçtan dolayı müşterek failer olarak sorumlu tutmak gerekir. Özellikle ikinci suç bakımından B’nin araç dışına çıkarak beklemesi de, bu suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla değil, **müşterek fail** sıfatıyla sorumluluğunu gerektirmektedir. Zira, fiilin işlenişi üzerinde A ve B müşterek hakimiyet tesis etmişlerdir.

başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla; bu kişilerle rızaen cinsel ilişkiye girmek, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 104, f. 1). Başka bir deyişle, yeni TCK, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara, bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunmak yönünde cinsel bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle, **on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rıza açıklaması, reşit kılınmadığı sürece, kendisiyle cinsel ilişkide bulunan bir başkasının fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir**<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> On beş yaşını tamamlamış olan çocuklarla cinsel ilişkiye giren kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için, mağdurun şikayette bulunması gerekir. Bu itibarla, **mağdurun şikayette bulunmaması veya bilahare şikayetten vazgeçmiş olması, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir**. Bir ceza muhakemesi hukuku müessesesi olan şikayet, sadece bir soruşturma ve kovuşturma koşulu oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin **8.3.2018** tarihli ve 2014/15959 bireysel başvuru sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; başvuru, vücudundaki gelişme ve değişikliklerden şüphelenmesi üzerine, 9.4.1996 doğumlu kızı F'yi 27.7.2013 tarihinde doktora götürerek muayene ettirir. Bu muayenede F'nin yaklaşık yedi aylık hamile olduğu anlaşılır. F'nin, 2012 yılının Kasım ayından beri kendisinden birkaç yaş büyük olan A ile arkadaş olduklarını ve bu arkadaşlık sürecinde müteaddit defa cinsel ilişkiye girdiklerini anne ve babasına anlatması üzerine, ailesinden kişiler, A ve ailesinden sair kişilerle görüşerek bu duruma bir çözüm bulmaya çalışırlar. Ancak, bu arada F, 28.7.2013 tarihinde intihara eder.

Başvuru, A'nın tutum ve davranışlarıyla kızı F'yi intihara yönlendirdiğini iddia ederek, hakkında suç duyurusunda bulunur. Soruşturma kapsamında yapılan DNA testinde, F'nin hamile kaldığı ceninin babasının A olduğu anlaşılır.

Manavgat Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından; F'nin cinsel birliktelik yaşadığı tarihlerde on beş yaşından büyük ve A ile cinsel ilişkisinin rızaya dayalı olması karşısında, cinsel istismar suçunun oluşmadığı; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ise şikayette bulunulmadığı için A hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mümkün olmadığı; A'nın F'yi intihara yönlendirme suçunu işlediği yönündeki iddianın dayandığı somut ve objektif delil bulunmadığı gerekçesiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

*“Başvurucu baba; kızının hamile olduğunu, dolayısıyla cinsel ilişkiyi kendisinin öğrendiği tarihten itibaren süresinde yaptığı şikayet üzerine kovuşturma başlatılmamasından şikayetçidir.”* (pn. 55)

Ancak Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçelerle başvuru konusunun söz konusu olayda mağdur sıfatını haiz olmadığı ve şikâyet hakkını kullanamayacağı yönünde karar vermiştir:

*““Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu, 5237 sayılı Kanun’da “kişilere karşı suçlar”ı hüküm altına alan ikinci kısmın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit halinin takibi şikayete tabidir. **Şikayet hakkı** ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değer sahibi olan **çocuğa aittir**. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler; mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikayet hakkına sahiptirler. **Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikayet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikayet hakkı suçun mağduru çocuğun şikayet hakkından bağımsız bir hak değildir. Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır.**”* (pn. 56)

Ancak bu suçun failinin çocuk olmaması gerekir. Bu itibarla, on beş yaşını

*“Başvuruya konu olayda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden bizzat müteveffa tarafından hak düşürücü süre içinde yapılmış bir şikayet bulunmaması nedeniyle ceza takibatının mümkün olmadığına karar verilmiştir. Mağduru olduğu suç yönünden doğrudan doğruya şikayet hakkına sahip olan müteveffanın hak düşürücü süre içinde fiil ve faili bilmesine karşın cezai takip yapılması yönünde bir irade beyan etmediği anlaşılmakta olup bireysel başvuru yapma yönünde bir iradesi olmadığından da söz edilemeyecektir.”* (pn. 57)

*“Kişiye sıkı surette bağlı olan, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun etkili şekilde soruşturulmadığı iddiası yönünden başvuruçunun şikayetin konusundan doğrudan etkilenmiş olduğu, başka bir ifade ile bireysel başvuru anlamında mağdur olduğu söylenemez.”* (pn. 58)

#### **Hukuki değerlendirmemiz:**

TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan “*Reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçu bakımından bir soruşturma ve kovuşturma şartı olan şikayet, mağdur veya suçtan zarar gören tarafından kullanılabilir. Söz konusu suçun mağduru, fiilin işlendiği tarih itibarıyla on beş yaşını tamamlamış olan ve fakat reşit olmayan kız veya erkek çocuktur; başka bir ifadeyle, mümeyiz, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan kız veya erkek çocuktur. Bu nedenle söz konusu suç bakımından F, şikayet hakkını kullanabilir. Ancak, F’nin şikayet hakkını kullanabilmesi için, son fiilin işlendiği yani son cinsel birleşmenin meydana geldiği tarihten itibaren altı ayın geçmemesi gerekir. Her ne kadar F yedi aylık hamile ise de, A ile arasında müteaddit defa cinsel ilişkisinin gerçekleşmiş olması dolayısıyla, son cinsel birleşme tarihinin belirlenip, şikayet hakkının kullanılması bakımından sürenin geçip geçmediğini buna göre tespit etmek gerekir (Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesinin **11.5.2016** tarihli ve 2013/3262 bireysel başvuru sayılı kararı, pn. 103 [RG. 12 Ekim 2016/29855]).

Kanuni temsilci ancak temyiz (ayırt etme) gücüne sahip bulunmayan çocukla ilgili olarak şikayet hakkını haizdir. Örneğin sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun failinin de çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlı kılınmıştır (TCK, m. 103, f. 1, dördüncü cümle). Başka bir ifadeyle, sarkıntılık düzeyinde kalmış istismar suçunun çocuk tarafından işlenmesi halinde, bu fail hakkında ancak şikayet üzerine soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir. Çocuk tarafından işlenen sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunun mağduru, henüz on beş yaşını tamamlamamış olan veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk olduğu için, şikayet hakkı bu çocuğun kanuni temsilcisi, yani velisi veya vasisi tarafından kullanılabilir. (Temyiz gücüne sahip bulunmayan mağdur çocukla ilgili şikayet hakkının veli veya vasi tarafından kullanılacağı hususunda bkz. Yargıtay CGK, **2.12.2014**, E. 2014/3-28, K. 2014/537).

Buna karşılık temyiz gücüne sahip bulunan çocuk, mağduru olduğu suçtan dolayı şikayet hakkını ancak kendisi kullanabilir. Bu çocuğun yerine kanuni temsilcinin şikayet hakkı bulunmamaktadır (Temyiz gücüne sahip mağdur çocuğun şikayet hakkını bizzat kullanabileceği hususunda bkz. **15.4.1942** tarihli ve 14/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı; Yargıtay CGK, **2.3.2004**, E. 2004/2-44, K. 2004/58). Temyiz gücüne sahip olup olmamanın, fiilin işlendiği tarih itibarıyla değil, şikayetin yapıldığı tarih itibarıyla dikkate alınması gerekir.

İşaret etmek gerekir ki, hukuk sistemimizde, temyiz gücüne sahip olsun veya olmasın, çocuğun mağduru olduğu suçtan dolayı açılan kamu davasında kanuni temsilciye (veli veya vasiye), bu sıfatı dolayısıyla davaya katılma yetkisi verilmemektedir (Bkz. CMK, m. 237 vd.). Özellikle temyiz gücüne sahip bulunmayan mağdur çocuklar bakımından bunun önemli bir



doldurmuş olmakla birlikte henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin

eksiklik oluşturduğunu düşünmekteyiz. Dikkat edilmelidir ki, mümeyyiz olmayan mağdur çocuğun kanuni temsilcisi tarafından davaya katılma yönünde talepte bulunulması ve bu talebin kabulü halinde, katılan sıfatını haiz olan kanuni temsilci değil bizzat çocuk olmaktadır (Bkz. Yargıtay CGK, **13.3.2018**, E. 2015/14-136, K. 2018/98).

Uygulamamızda, mümeyyiz çocuğun mağduru olduğu şikayete bağlı suçtan dolayı kanuni temsilcinin “şikayeti” üzerine de soruşturma başlatılabilmektedir. Bu durumda, kanuni temsilcinin “şikayet”ini **ihbar** olarak değerlendirmek gerekir. Bu ihbar üzerine başlatılan soruşturmada ilk yapılması gereken iş, mümeyyiz çocuğun ifadesi alınarak, şikayet hakkını kullanıp kullanmadığının kendisine sorulmasıdır.

Mümeyyiz çocuk, şikayet hakkını kullanmak istemezse ya da bilahare şikayetten vazgeçerse, artık kanuni temsilcinin “şikayet”ine itibar edilerek soruşturma ve kovuşturmayaya devam edilemez. Bu itibarla, her ne kadar mümeyyiz çocuğun mağduru olduğu suçtan dolayı kanuni temsilcinin ihbarı üzerine soruşturma ve kovuşturma başlatılsa da, çocuğun şikayet hakkını kullanmaması veya şikayette bulunmakla birlikte bilahare şikayetini geri alması halinde, soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, kovuşturma evresinde ise düşme kararı verilmesi gerekir.

Ancak uygulamamızda, temyiz gücüne sahip bulunan çocuğun mağduru olduğu suçtan dolayı bizzat şikayet hakkını kullanabileceği kabul edilmekle birlikte, şikayetten vazgeçebilmesi için, kanuni temsilcisinin muvafakati aranmıştır (Bkz. Yargıtay 5.CD, **7.7.2003**, E. 2002/5666, K. 2003/4359).

Veli veya vasi, ancak mümeyyiz olmayan çocuğun mağduru olduğu suçtan dolayı bu çocuğun kanuni temsilcisi sıfatıyla şikayet hakkını haizdir. Bu durumda veli veya vasi, suçun mağduru kendisi olmadığı için, bu sıfatla şikayet hakkına sahip değildir.

Kanuni temsilci olarak veli veya vasi, TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan “*Reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçunun mağduru değildir. Bu nedenle söz konusu suçla ilgili olarak şikayet hakkını haiz değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, kanuni temsilcinin bu konudaki “şikayet”ini ihbar olarak değerlendirmek gerekir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesinin söz konusu bireysel başvuru kararında iki ihtimal düşünülebilir.

Birinci ihtimal olarak; şikayet hakkını kullanmamış olan F, şikayet süresini geçirdikten sonra ölür. Bu durumda, kanuni temsilcinin ihbarına istinaden soruşturma başlatılmış olsa bile, ihbar konusu suç, şikayete bağlı bir suç olduğu için, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi gerekir.

İkinci ihtimal olarak; F, mağduru olduğu suçla ilgili olarak şikayet hakkını kullanmadan ve şikayet süresi henüz geçmeden ölür. TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan suçun mağduru, mümeyyiz (temyiz, ayırt etme gücüne sahip) olduğu için, daha açık ifadeyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip bulunduğu için, ancak kendisi şikayet hakkını haizdir. Bu ihtimalde de kanuni temsilcinin şikayet hakkından bahsetmek mümkün değildir. Belirtilen nedenle, bu ihtimalde de, kanuni temsilcinin ihbarı üzerine başlatılan soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi gerekir.

Söz konusu olayda, mağdur F’nin intiharı ile, ölüm öncesinde yaşadığı olaylar arasında doğal bir oldu olarak nedensellik ilişkisi kurulması mümkündür. Ancak, her ne kadar F yaşadığı olayların etkisiyle intihar etme yönünde bir tercihte bulunmuş ise de, intihar etmek suretiyle gerçekleşen ölüm neticesini A’ya veya başka herhangi birine objektif olarak isnat etmek, hukuken mümkün değildir.



birbiriyle olan karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkileri, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmalıdır<sup>4</sup>. Bu grup yaş küçükleri arasındaki cinsel ilişki sorunu, ancak toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebilir<sup>5</sup>.

**6.** Aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel (ensest) ilişki, bir haksızlık oluşturmakla birlikte, özel hayat alanı içinde gerçekleştiği sürece, ceza hukukunun müdahale alanı dışında tutulmuştur. Ancak, on beş yaşını tamamlamış olan çocukla rızaya dayalı ensest ilişki, suç olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda madde **gereğince**de şu açıklamalara yer verilmiştir<sup>6</sup>:

*“Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. “Ensest” ilişkilerin, birinci fıkrada tanımlanan suça nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesi amaçlanmaktadır.*

*Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkinin, 103’üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır.”*

**III.** Tüm bu bilgiler ışığında, yukarıda özetlemiş olduğumuz Anayasa Mahkemesinin **10.10.2019** tarihli ve 2015/17914 başvuru numaralı Bireysel Başvuru Kararına konu teşkil eden olayda işlenen suçlar şunlardır:

<sup>4</sup> Kimin fail, kimin mağdur olduğunu belirleme imkanı bulunamayan bir suç tanımı olamaz. Bu nedenle, söz konusu suç ancak on sekiz yaşını doldurmuş olan kişiler tarafından işlenebilir. Buna göre, söz konusu suçun faili, on sekiz yaşını doldurmuş olan bir kişi; mağduru ise, on beş yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan bir kişi olabilir. Madde metninin hukuk biliminin gereklerine uygun olarak yapılan bu yorumuna göre, fail veya mağdurun cinsiyeti önemli değildir.

Ancak bu yorum biçimi itibarıyla madde metninde aranan şikâyet şartının kimin tarafından gerçekleştirileceğinin de hukuki bakımdan izahı mümkün olabilir.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku, 15. bası, Ağustos 2019, sh. 380 vd.; **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**, cilt 1 (Kanunlar), 24. bası, sh. 292; ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. bası, Ankara, Ocak 2006 (Adalet Bakanlığı yayını), m. 104 altında yer alan açıklamalar.

<sup>6</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, sh. 22.

**Birinci suç:** E → M, **Çocukların cinsel istismarı** suçu (TCK, m. 103, f. 1, bent a).

M henüz on dört yaşındadır. E'ye karşı on beş yaşını tamamlayıncaya kadar cebir veya tehdide gerek olmadan fiziksel temasla gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturur.

E ile M arasında üçüncü derecede kayın hısımlığı mevcuttur. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisine dayanan bu nitelikli unsur nedeniyle, E hakkında TCK, m. 103, f. 1'e göre belirlenen temel ceza f. 3, bent c hükmüne istinaden yarı oranında artırılacaktır.

Maruz kaldığı bu fiiller sebebiyle M'nin psikolojisinin bozulması ve eğitimine devam edememesi, cinsel istismar suçunun temel şeklinden dolayı TCK, m. 103, f. 1, birinci cümle hükmüne göre verilecek olan temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

Dikkat edilmelidir ki, karardan anlaşıldığı kadarıyla, E, gerçekleştirdiği cinsel davranışlar kapsamında M ile cinsel ilişkide bulunmamıştır.

Cinsel istismar fiilleri müteaddit defa işlendiğine göre, E hakkında bu suçtan dolayı zincirleme suç (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

**İkinci suç:** E → M, **Cinsel taciz** suçu (TCK, m. 105, f. 1).

TCK'nın cinsel suçlara ilişkin hükümlerinde değişiklik yapan 6545 s. Kanununun esas aldığı düşünceye göre, E'nin M'ye karşı fizikî temas olmaksızın gerçekleştirdiği cinsel davranışlar, M ile yaptığı telefon görüşmeleri sırasında kullandığı ifadeler, cinsel istismar suçu çerçevesinde değerlendirilmeyip, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

Bu suç, **çocuğa karşı** işlenmiştir. Mağdurun sıfatı itibarıyla bir **nitelikli unsur** söz konusudur (TCK, m. 105, f. 1).

Keza, söz konusu suç, telefonla görüşme suretiyle yani "**elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle**" işlenmiştir (**nitelikli unsur:** TCK, m. 105, f. 2, bent d).

Ayrıca M'nin, maruz kaldığı bu fiiller sebebiyle eğitimine devam edememesi, cinsel taciz suçu bakımından bir **neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal** oluşturmaktadır. Bu durumda cinsel taciz suçundan dolayı verilecek olan temel cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz (TCK, m. 105, f. 2, son cümle).

Söz konusu fiilleri müteaddit defa işlediğine göre, E hakkında cinsel taciz suçundan dolayı **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

Oysa, yukarıda açıkladığımız kanaatimiz çerçevesinde, E'nin gerek fizikî temas suretiyle gerek telefon görüşmeleri sırasında kullandığı ifadeler itibarıyla henüz on beş aşını tamamlamamış olan M'ye karşı gerçekleştirdiği bütün bu fiillerin, cinsel istismar suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Bu itibarla, olayda ayrıca cinsel taciz suçu oluşmamıştır ve cinsel istismar suçunun yanı sıra ayrıca cinsel taciz suçundan dolayı mahkûmiyet hükmünün kurulmasına gerek yoktur.

**Üçüncü suç:** E → M, **Tehdit** suçu (TCK, m. 106, f. 1, birinci cümle)

Henüz on beş yaşını tamamlamamış olan kişiye karşı cinsel istismar suçunun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi, bu suç bakımından bir nitelikli unsur olarak belirlenmiştir (TCK, m. 103, f. 4).

E, M'yi olup bitenleri başkasına anlatmaması ve olayın açığa çıkmaması için tehdit etmiştir. Ancak, bu tehdit olgusunun, zincirleme surette devam eden cinsel istismar fiillerinin işleniş bakımından mağdurun direncini kırma yönünde bir etki meydana getirme özelliği taşıdığından da dikkate alınması gerekir. Bu durumda, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerini dikkate alarak, E hakkında, ayrıca tehdit suçundan dolayı hüküm kurmak yerine, cinsel istismar suçundan dolayı verilecek olan cezanın TCK, m. 103, f. 4 hükmüne istinaden artırılması yoluna gitmek gerekir.

Olayda E'nin ayrıca tehdit suçundan dolayı TCK, m. 106, f. 1, birinci cümle hükmüne istinaden cezalandırılması yoluna gidilmiş olsaydı; tehdit fiillerinin müteaddit defa işlenmiş olması itibarıyla, E hakkında bu suçtan dolayı da **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekirdi.

**Şayet E, M'nin on beş yaşını tamamlamasından sonra da bu fiillerine devam etmiş olsaydı**, bu durumda E'nin fiillerini değişik perspektiflerden ele alıp değerlendirmek gerekir.

E'nin on beş yaşını tamamlamış olan M'ye karşı gerçekleştirdiği fiillerin cinsel istismar suçu çerçevesinde değerlendirilebilmesi için, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

E, her defasında M'yi olup bitenleri başkasına anlatmaması ve olayın açığa çıkmaması için tehdit etmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu tehdit

olgusunun, zincirleme surette devam eden cinsel davranışların gerçekleştirilişi bakımından mağdurun direncini kırma yönünde bir etki meydana getirme özelliği taşıdığını da dikkate almak gerekir. Bu durumda, E'nin M'ye karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışların on beş yaşını tamamladıktan sonra devam edenleri de **cinsel istismar** suçunu oluşturmaya devam eder (TCK, m. 103, f. 1, bent b).

Bu durum, söz konusu suçla ilgili olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınır.

E'nin cinsel ilişkiye varmayan bu cinsel davranışlarına M tarafından rıza gösterildiğinin kabul edilmesi halinde, bu cinsel davranışlar **hukuka aykırılık** özelliğini kaybetmez, fakat suç oluşturmaz. Zira, TCK, m. 104, f. 1'de tanımlanan suç oluşturana fiil, cinsel ilişkidir.

**E, on beş yaşını tamamladıktan sonra M ile rızaen cinsel ilişkide bulunmuş olsaydı**, M'nin bu yöndeki rızasının hukuki geçerliliği olmayacağı için, fiili **reşit olmayanla cinsel ilişki** (TCK, m. 104) suçunu oluşturacaktı. Bu durumda, M'nin teyzesiyle evli olduğu için E bakımından bir **evlenme engeli mevcuttur**. Ancak, bu engele rağmen, M ile E arasında bir **evlenme yasağı bulunmamaktadır**. Zira, Türk Medeni Kanununa göre, “*kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında*” evlenme yasaklanmıştır. (m. 129, bent 2). Bu nedenle, belirtilen durumda TCK, m. 104, f. 2 hükmü uygulama kabiliyetini haiz değildir.

E'nin, henüz on beş yaşından küçük iken cinsel bakımdan istismar etmeye başladığı M'nin on beş yaşını tamamlamasından sonra da bu fiillerine rızaen cinsel ilişkide bulunmak suretiyle devam etmesi halinde, zincirleme olarak işlenen fiiller önce cinsel istismar suçunu, bilahare ise, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluştururdu. Bu ihtimalde, hafiften daha ağıra doğru değil, ağırdan daha hafife doğru işleyen bir süreç söz konusudur. Her iki suç oluşturana fiiller, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmiştir. Her ne kadar, mağdur on beş yaşını tamamlamasından sonraki fiiller, cinsel istismar suçunu değil de, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluştursa bile; **işlenen fiillerin doğal mahiyetinde bir değişiklik bulunmamaktadır**. Bu nedenle olayda, E hakkında cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından dolayı ayrı ayrı cezaya hükmetmek (gerçek içtima) yerine, **zincirleme suç** hükümlerini uygulayarak, sadece **cinsel istismar suçundan** dolayı hüküm kurulmasının ve bu suçtan dolayı verilen **cezanın** TCK, m. 43, f. 1 hükümlerine göre **artırılmasının**, daha doğru olacağını

düşünmekteyiz<sup>7</sup>.

**IV.** Olayda E'nin M'ye yönelik cinsel davranışları devam ederken, anne A durumdan haberdar olmuştur; fakat buna kayıtsız kalmıştır.

Olayda zincirleme şekilde “*işlenmekte olan bir suç*” söz konusudur. İşlenmekte olan bir suçta yetkili mercilere bildirmemek, TCK, m. 278'de tanımlanan “**Suçta bildirmeme**” suçunu oluşturur. A, bu suçta işlemiştir.

Söz konusu suç bakımından olayda, bir nitelikli unsur gerçekleşmiştir. Bildirimi ihmal edilen suçun **mağdurunun on beş yaşının bitirmemiş bir çocuk olması**, suçta bildirmeme suçta bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsurdur (TCK, m. 278, f. 3).

Ancak, Söz konusu olayda A ile cinsel istismar suçunun faili E arasında ikinci dereceden kayın hısımlığı mevcuttur. Ceza Muhakemesi Kanununa göre, “*şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları*” tanıklıktan çekinebilirler (CMK, m. 45, f. 1, bent d).

Kanunda, tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerle ilgili olarak suçta bildirmeme suçta bağlamında bir **şahsi cezasızlık sebebi** kabul edilmiştir (TCK, m. 278, f. 4).

A ile eniştesi E arasında **ikinci dereceden kayın hısımlığı** mevcuttur.

Ancak, anne A'nın henüz on dört yaşını tamamlamamış olan kızı M ye karşı işlenen cinsel istismar fiillerinden haberdar olmasına rağmen duruma kayıtsız kalması, ayrıca velayet ilişkisinden kaynaklanan bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali mahiyeti taşımaktadır. Bu velayet ilişkisi dolayısıyla ki, anne A, kızı M'ye karşı işlenen cinsel istismar suçunun işlenişini önlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirmemesi dolayısıyla **A, E'nin icraî davranışlarla M'ye karşı işlediği cinsel istismar suçuna ihmali davranışla iştirak etmiştir.**

Nitekim, TCK, m. 278, f. 4, ikinci cümlede, “*suçta önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı*” tutulmuştur.

Bu durumda, A, E'nin M'ye karşı işlediği cinsel istismar suçuna **yardım eden (şerik)** (TCK, m. 39) sıfatıyla iştiraktan dolayı sorumlu tutulmalıdır<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. bası, sh. 618, dn. 1123.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **Suç Örgütleri**, 12. bası, Ankara, Ocak 2019, sh.

V. Türk Medeni Kanununa göre, “*erkek veya kadın onyediyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir.*” (m. 124).

Keza, “*kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında*” evlenme yasaklanmıştır (Türk Medeni Kanunu, m. 129).

Yukarıda da belirtildiği gibi, E'nin evli olması ve M'nin yaşının küçük olması bir **evlenme engeli** oluşturmakla birlikte; aralarında **evlenme yasağı** söz konusu olmadığı için, bilahare E'nin boşanması ve M'nin de evlenme yaşına gelmesi halinde, evlenebilirler.

Ancak bu evliliğin, E'nin M'ye karşı işlemiş bulunduğu suçlardan dolayı ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

**VI. Adalet Bakanlığının** gündeminde olan bir kanun çalışmasında, cinsel suç mağdurlarıyla faillerinin bilahare “evlenmeleri”, “**evlendirilmelerinin sağlanması**” halinde, ceza soruşturma ve kovuşturmalarının veya en azından, hükmolunan cezanın infazının durdurulması ve bilahare de tamamen ortadan kaldırılması yönünde bir kanuni düzenleme yapılması istenmektedir.

Siyaseti ve emrindeki bürokrat “hukukçu”ları bu şekilde bir kanuni düzenleme yapma ihtiyacı hissettiren, değiştirilmesi için akademisyen sıfatıyla bütün girişimlerimize rağmen, **Yargıtay'ın ısrarlı bir şekilde sürdürdüğü yanlış uygulamalar** olmuştur.

Bu yanlış uygulamaların arka planındaki zihniyeti anlamak için, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan **765 sayılı Türk Ceza Kanununun İNSANLIK DIŞI 434. maddesi** hükmünün ve bu hükmün uygulanmasına ilişkin örnek içtihatları tekrar gündeme getirmek ihtiyacı doğmuştur.

Söz konusu 434. madde hükmü aynen şöyleydi:

“**Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda, koca hakkında hukuku âmme dâvası ve hüküm verilmiş ise, cezanın çektirilmesi tecil olunur.**

**Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua**

214, dn. 7, 8, 9 ve 10.

getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

**Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416'ncı maddeler hakkında da caridir.**

**Evlenen maznun veya mahkûm hakkında hukuku âmme dâvasının veya cezanın tecilini müstelzim olan hâller, fiilde methali olanlar hakkında dâva ve cezanın düşmesini müstelzimidir.”**

Bu düzenlemeye ilişkin 11.6.1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanunun “**gerekçe**”sinde şu açıklamalara yer verilmişti:

*“Kız ve kadın kaçırma hadiselerinde, kaçırılan kız veya kadın ile maznunun evlenmesi halinde takibat tecil olunur ve hüküm sadır olmuş ise ceza çektirilmez. Fakat bunun için bir şart vardır. Kız veya kadın on sekiz yaşını geçmiş ise kendisinin ve bu yaştan aşağı ise velisinin davadan vazgeçmiş olması lazımdır. Evlenme vuku bulmasına rağmen, kız veya kadının yaşı on sekizden aşağı olduğu için bu hususta kanuni selâhiyeti haiz olan velisi davadan vazgeçmez ise takibat devam eder. Ceza verilmiş ise hüküm infaz olunur. Bu hal, bir kere teessüs etmiş olan bir ailenin huzurunu selbetmesi itibariyle tecviz olunamayacağı gibi, on beş yaşını bitirmiş olan küçüklerin evlenmelerinde hakimin izni şart olmasına (Kanunu Medeni, madde 88) ve evlenme kişiyi reşit kılacağına (Kanunu Medeni, madde 11) nazaran, evlenmiş olan bir kızın veya kadının kocası lehine davadan vazgeçmemesi kanunlarımız arasında kabili telif olmayacak şekilde bir tezat vücuda getirmektedir. Bu sebeplerle 434. madde değiştirilmiştir.”*

Dikkat edilmelidir ki, her ne kadar söz konusu maddenin birinci fıkrası ve gerekçesi “*kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın*”dan söz etmekte ise de; özellikle üçüncü fıkrası hükmü dikkate alındığında, bu hükmün **yaşı ne olursa olsun, “ırza tecavüz”e uğrayan, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının mağdureleri** bakımından uygulama kabiliyetini haiz olduğu açık bir şekilde anlaşılır.

Söz konusu madde hükmü, 1889 İtalyan Ceza kanununun 352. maddesi hükmünden iktibas edilmişti.

Buna göre, “**ırza tecavüz**”e uğrayan **mağdure** ile **sanıklardan biri** arasında “evlenme”nin sağlanması halinde, devam etmekte bulunan soruşturma ve

kovuşturma “evlenen” erkek<sup>9</sup> bakımından durdurulurdu<sup>10</sup>, diğer suç ortakları bakımından ise, düşerdi yani **kapatılırdı**<sup>11</sup>. “Evlenen” erkeğin haksız olarak boşanmaya neden olması halinde, soruşturma ve kovuşturmaya kaldığı yerden devam olunuyordu<sup>12</sup>. Ancak dava ile ilgili olarak düşme kararı verilmişse, artık yapılacak bir şey kalmamaktaydı.

Mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş ise, “evlenen” erkek bakımından cezanın infazı ertelenirdi<sup>13</sup>. Ceza zamanaşımının dolması halinde, mahkûmiyet “vaki olmamış” sayılıyordu. Ceza zamanaşımı dolmadan önce, erkeğin haksız olarak boşanmaya neden olması halinde, ceza infaz edilirdi.

İştirak halinde işlenen “ırza tecavüz” suçlarında, mağdurenin **suç ortaklarından herhangi biriyle “evlenmesi”** sağlandığı takdirde, **diğer bütün suç ortakları bakımından dava veya ceza düşmekteydi, yani soruşturma ve kovuşturma tamamen, bir daha açılmamak üzere kapatılmakta; hükmolunan ve kesinleşen ceza da vaki olmamış sayılmakta idi**<sup>14</sup>. “Evlenen” erkek bilahare mağdureyi haksız bir şekilde boşasa bile, artık diğer suç ortakları bakımından soruşturma ve kovuşturmaya devam edilemez ve hükmolunan ceza infaz edilemezdi<sup>15</sup>.

Belirtmek gerekir ki, insanlık dışı bu madde hükmü, **Anayasa Mahkemesi** tarafından da hukuki olmayan gerekçelerle hukuka ve Anayasaya “uygun” bulunmuştu<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> “**ırza tecavüz**” suçunun **kadın** tarafından örneğin henüz 14 yaşını doldurmamış olan erkek çocuğa karşı işlenmesi halinde, bu madde hükmü uygulanmıyordu.

<sup>10</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, **26.2.2007**; 1356/1510.

<sup>11</sup> Bu durumda yargılama gideri de sanıklara yükletilmemekteydi: Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 15.4.1985, 1671/1564; aynı Daire, **25.1.2001**; 3815/182; aynı Daire, **26.11.1998**, 3828/4500.

<sup>12</sup> Açılan boşanma davasında, karşılıklı kusurun varlığı kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi halinde, “evlenen” erkek hakkında “**ırza tecavüz**” **suçundan** dolayı açılmış ve durma kararı verilmiş olan davaya devam edilerek **beraat** kararı verilmesi gerekiyordu. Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, **17.5.1985**, 1933/2179; aynı Daire, **5.12.2000**, 8387/6758; aynı Daire, **22.3.1999**, 5302/1078; aynı Daire, **22.10.1998**, 3325/3848.

<sup>13</sup> Bu durumda söz konusu mahkûmiyet hükmü **tekerrüre de esas teşkil etmemekte idi**.

<sup>14</sup> Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, **16.11.2000**, 2446/6256; aynı Daire, **24.6.1999**, 1847/3281; aynı Daire, **21.6.1999**, 1884/3162; aynı Daire, **23.10.1998**, 3331/3811; **7.10.1998**, 3230/3551.

<sup>15</sup> Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt III, Ankara, 1980, sh. 196.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi’nin **9.10.1997** tarihli ve E. 1996/77, K. 1997/64 sayılı Kararı (**RG: 18 Haziran 1998/23376**).



Aynı hüküm, Türk Ceza Kanununa ilişkin Hükümet (Dönmezer) Tasarısında da dili güncellenmek suretiyle yer almakta idi:

*“Dava veya cezanın ertelenmesini gerektiren etkin pişmanlık*

*Madde 327- Kaçırılan veya alıkonulan ile **sanık veya hükümlülerden biri** evlendiğinde, mahkemece fail hakkındaki kamu davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi ertelenir.*

*Evlenme tarihinden itibaren beş yıl içinde, fail tarafından haksız olarak meydana getirilmiş bir nedenle boşanmaya hükmedilirse, kovuşturma yenilenir; evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.*

*Bu madde hükümleri 315 ilâ 318 inci maddelerde yazılı suçlar (“Zorla ırza geçme”, “Zorla ırza tasaddi” gibi suçlar) hakkında da uygulanır.*

*Evlenen sanık veya hükümlü hakkında kamu davasının ve cezanın ertelenmesini sonuçlandıran haller, **failin suç ortakları hakkında kamu davasının ve cezanın düşmesini gerektirir.**”*

Madde gerekçesinde özellikle son fıkra hükmüyle ilgili olarak yer verilen açıklamalar, bu düzenlemeyle önemli bir suiistimal kapısının açık tutulduğunun işaretlerini taşımakta idi:

*“Son fıkrada, evlenen sanık veya hükümlüler hakkında kamu davasının veya cezanın ertelenmesini gerektiren hâllerin, fiilde ortak olanlar hakkındaki kamu davası veya cezanın **düşmesini** gerektireceği hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla sonradan boşanma olsa bile adı geçenler hakkındaki kovuşturma yenilenmeyecek, cezanın infazına girililmeyecektir.”*

Yargıtay’ın ısrarlı talebine rağmen, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda bu veya benzeri madde hükmüne yer verilmemiştir.

Bu bağlamda uygulamamızda yaşanan sorunların esas kaynağı Yargıtay uygulamamızdır. Yargıtay, bu bağlamda yaşanan sorunların çözümüne yönelik olarak TCK, m. 30, f. 4’te düzenlenen haksızlık hatasına ilişkin hükümleri uygulamamakta ısrarcı tutumunu devam ettirmektedir.

Açıkça belirtmek gerekir ki, **cinsel istismar suçunun bir çocuk tarafından cebir, tehdit veya hile olmaksızın işlendiği durumlarda**, özellikle çocuk fail bakımından TCK’nın haksızlık hatasına ilişkin hükümlerini uygulamak gerekir.

Aşağıdaki Yargıtay kararları, sorunun kaynağını ortaya koyduğu gibi, açıklamaya çalıştığımız ve savunduğumuz çözüm yolunun haklılığını teyit etmektedir.

**Karar no 1:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **15.9.2015** tarihli ve E. 2013/14-749, K. 2015/277 sayılı kararına konu teşkil eden olayda 22.6.1993 doğumlu Gözde, aynı köyde doğmuş ve kendisinden birkaç yaş büyük olan Mehmet ile arkadaşlıklar. Bu arkadaşlıkları zamanla duygusal arkadaşlığa dönüşür, 2008 yılında evlenmek amacıyla birlikte kaçarlar ve aralarında müteaddit defa cinsel birleşme gerçekleşir.

Ceza Genel Kurulu, çocuk yaşta olan (üçüncü grup yaş küçüğü) Mehmet'in, 14 yaşından gün alan ve fakat bu yaşı henüz tamamlamayan Gözde ile cinsel ilişkiye girmesi fiili bağlamında,

*“sanığın mağdureyi uzun süredir tanınması ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup somut olayda TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir”*

gerekçesiyle, Esas Mahkemesinin Mehmet hakkında verdiği çocuğun cinsel istismarı suçundan (TCK, m. 103) mahkumiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.

Dikkat edilmelidir ki, dosyada Gözde ile Mehmet'in bilahare **10.7.2011** tarihinde **evlenmiş** olduklarına ve bu birlikteliklerinden, birincisi evlilik öncesinde 21.7.2010 tarihinde, ikincisi ise evlilik birliği içinde 20.5.2014 tarihinde dünyaya gelmiş **iki çocuk** sahibi olduklarına dair bilgi mevcuttur. Başka bir ifadeyle Ceza Genel Kurulu, Mehmet hakkında hükmolunan 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasının onanması yönünde karar verirken bu bilgilere vakıftır.

Karara konu teşkil eden olayda, mercilerce Mehmet tarafından suçun maddi unsurlarında, yani Gözde'nin yaşı ile ilgili olarak, hataya düşülüp düşülmediği tartışma konusu yapılmıştır. Bu tartışmanın arkasındaki düşünceye göre, şayet Mehmet on beş yaşını tamamlamış olduğunu zannederek Gözde ile cinsel birliktelik gerçekleştirmiş ise, cinsel istismar suçuna ilişkin olarak kastı bulunmamaktadır. Bu durumda Mehmet'in fiilini TCK, m. 104, f. 1 kapsamında değerlendirmek gerekecektir. Somut olayda Gözde'nin şikayeti olmadığı için Mehmet'in cezalandırılması cihetine gidilemeyecektir.

Burada sorun, bir kast sorunu değildir. Bu tür olaylarda fail, cinsel birliktelik

gerçekleştirdiği mağdurenin henüz on beş yaşını tamamlamadığını bilebilir. Ancak, fail, mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilmesine rağmen, fiziki yapısı itibarıyla cinsel bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunma olgunluğuna eriştiğini düşünerek hareket etmiş olabilir. Somut olayda fail mağdureyle olan cinsel birlikteliğini içinde yaşadığı toplum telakkileri itibarıyla “meşruiyet” zeminine oturtma çabası içindedir. Nitekim fail, mağdurenin Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre 16 yaşını tamamlaması üzerine mahkemeye başvurarak yargı kararıyla reşit kılınmasını sağlamış ve bilahare de mağdure ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre akdedilen nikâhla evlenmiştir.

Bu durum karşısında, aralarında sadece birkaç yıl yaş farkı bulunan failin, mağdureyle cinsel birlikteliği bağlamında gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmadığını ve bu konudaki hatasının kaçınılmaz olduğunu kabul etmek gerekir.

Fail ile mağdure arasında evlilik birliğinin gerçekleşmiş olmasına ve bu cinsel birliktelikten dünyaya gelmiş iki çocuğun bulunmasına rağmen, artık reşit kılınmış eş bakımından koca, dünyaya gelmiş iki çocuk bakımından baba olmanın sorumluluğunu taşıyan kişinin mahkum olduğu **5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasının** kesinleşmesini sağlayan, Ceza Genel Kurulu’nun oy çokluğuyla verdiği söz konusu karar, hukukla izah edilemez.

Türk yargısı bu çerçevede ortaya çıkan sorunları, failin kastı bağlamında tartışarak bir sonuca bağlamaya çalışırken, TCK, m. 30, f. 4’de düzenlenen haksızlık hatası bağlamında değerlendirmeye yanaşmamaktadır. Söz konusu hukuki sorunun çözümüyle ilgili olarak Türk yargısının bu çekingenliği, egemen siyaseti bu sorunun, hukuki olmayan başka uygulamalara sebebiyet vermesi pahasına da olsa, yasama faaliyetiyle çözümlenmesi arayışlarına sevk etmiştir ve etmektedir.

**Karar no 2:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **5.11.2013** tarihli ve E. 2013/14-573, K. 2013/432 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 18.10.1992 doğumlu olan M, S ile tanışıp arkadaşlık yapmaya başlar ve aralarında evlenmeye karar verirler. 2007 yılı Haziran ya da Temmuz ayında cinsel ilişkiye girerler. M’nin hamile olduğunun anlaşılması üzerine S ile birlikte kaçmaya karar verirler ve 7.8.2007 tarihinde kaçarak birlikte yaşamaya başlarlar.

M ile S, daha sonra ailelerin araya girmesi sonucu “imam nikahı” yaparak evli gibi birlikte yaşamaya devam ederler.

Bu olayla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aşağıdaki içtihadta bulunmuştur:

“Kanun koyucu 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin (TCK, m. 103’te tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçunu) oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan Kanununun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK’nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan **mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak**, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK’nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince **beraatına karar verilmesi gerekecektir. ...**

**S ile M, aynı okulda öğrencidirler. Yaklaşık bir yıl süreyle arkadaşlık yaparlar. Lise üçüncü sınıf öğrencisi olan S, kendisi ile birlikte aynı okulda lise birinci sınıf öğrencisi olan M’nin 15 yaşından küçük olduğunu bilmektedir.**

**Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan M ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve M’yi alıkoyan S’nin çocukların cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.”**

Söz konusu olayda M'nin henüz on beş yaşını tamamlamamış olduğunu S'nin bildiği kabul edilebilir. S, M'nin on beş yaşını tamamladığını da düşünebilir. Mağdur bakımından özellikle birkaç ay ve hatta birkaç gün sonra on beş yaşın tamamlanacağı durumlarda, bu hatadan söz edilebilir. Mağdurun yaşı konusunda hatanın olup olmadığı her somut olayın şartlarına göre belirlenecek olan bir husustur.

Bu gibi durumlarda sorunu, gerçekleştirdiği fiil bakımından failin bir haksızlık hatasına düşüp düşmediği sorunu olarak ayrıca ele almak gerekmektedir.

Karara konu teşkil eden olayda **mağdure lise birinci sınıfta öğrencidir; fail de aynı lisede son sınıf öğrencisidir.** İlk Derece Mahkemesi ve Ceza Genel Kurulu, bu olayda failin mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğünü kabul etmemiştir.

**Karar no 3:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **25.2.2014** tarihli ve E. 2013/14-349, K. 2014/ 96 sayılı kararına konu teşkil eden olayda 19.6.1992 tarihinde **Çorum Devlet Hastanesinde doğan** M, B ile arkadaş olur. Duygusallığın da eşlik ettiği bu arkadaşlıkta B, M'yi 17.6.2007 tarihinde anne ve babası ile birlikte kaldığı eve götürür ve arasında cinsel ilişki gerçekleşir.

Bu fiil sebebiyle B ile anne ve babası hakkında cinsel istismar suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılır. B, savunmalarında M'nin yaşının küçük olduğunu bilmediğini ileri sürer.

İlk derece mahkemesi bul olayda B hakkında çocuğun cinsel istismarı suçundan TCK, m. 103, f. 2, m. 62 ve m. 53 hükümleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan TCK, m. 109, fıkra 1, fıkra 3 bent f, fıkra 5, m. 62 ve m. 53 hükümleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis; babası A ve annesi H hakkında çocuğun cinsel istismarı suçuna yardım eden sıfatıyla iştirakten dolayı 3 yıl 4 ay hapis; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım eden sıfatıyla iştirakten dolayı 1 yıl 3 ay hapis cezasına hükmetmiştir (Çorum Ağır Ceza Mahkemesi, 4.12.2007, 227-287).

Yargıtay 14. CD ise, söz konusu mahkumiyet hükmünü çeşitli gerekçelerle bozmuştur (14. CD, 11.12.2012, 6358-12851). Konumuzla ilgili olarak Özel Daire kararında,

*“suç tarihinde 14 yaş 11 ay 28 günlük olan mağdure ile sanık B'nin anlaşıp birlikte kaçarak B'nin ailesi ile birlikte yaşadığı eve geldikleri ve burada rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlendikleri ve bir çocuklarının olduğu olayda, B'nin aşamalarındaki*

*ifadelerinde, suç tarihinde mağdurenin kendisine 16 yaşında olduğunu söylediğini ve onu 16 yaşında olarak bildiğini beyan etmesi karşısında, TCK'nun 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları, sanığın ulaşmak istediği amaç ile mağdurun içinde bulunduğu sonuç da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,”*

hukuka aykırı bulunmuştur.

Bu bozma kararına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir (20.2.2013, 154666). İtiraz gerekçesinde;

*“765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirilmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suçta dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmelidir”*

şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda “B'nin suç tarihi itibarıyla on beş yaşını ikmal etmesine iki gün kalmış olan M'nin on beş yaşından büyük olduğunu düşünmesi hayatın olağan akışına uygun olup, mağdurenin suç tarihinde fiziki görüntüsü itibarıyla onbeş yaşından büyük olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinden, yerel mahkeme hükmünün, somut olayda 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğinden

*bahisle bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı*”nı **doğru** bulmuştur<sup>17</sup>.

**Karar no 4:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **2.6.2015** tarihli ve E. 2014/14-47, K. 2015/178 sayılı Kararına konu teşkil eden benzer olayda; 1.6.1992 günü hastane doğumlu olarak dünyaya gelen ve lise birinci sınıf öğrencisi olan ondört yaşını tamamlamamış olan Neşe ile kendisinden **dokuz yaş** büyük Erdal bir buçuk yıllık arkadaşlığın ardından birçok kez cinsel ilişkiye girerler; Neşe’nin hamile kalması üzerine evlenmek isterler; ancak Neşe’nin yaşının küçük olması nedeniyle resmî nikah işlemlerini yapamazlar; ardından dini nikâhla evlenip Erdal’ın anne ve babasının evinde birlikte yaşamaya başlarlar.

Neşe 16.5.2007 tarihinde bir çocuk dünyaya getirir ve çocuk Erdal’ın nüfusuna kaydedilir. Bilahare Neşe ve Erdal, 10.2.2009 tarihinde resmi nikâhla evlenirler.

Bu olayda Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesi Erdal hakkında;

a) Çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halini müteselsilen işlediğini kabul ederek, TCK, m. 103, f. 2; m. 43, f. 1 ve m. 62 hükümleri uyarınca **sekiz yıl dört ay hapis cezasına**,

b) Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlediğini kabul ederek, TCK, 109, f. 1, 3, 5 ve m. 62 hükümleri uyarınca, ayrıca **iki yıl altı ay hapis cezasına**, hükmetmiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise, Erdal’ın Neşe’nin yaşına ilişkin olarak hataya düşüp düşmediğinin araştırılmadığı gerekçesiyle, bu mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Ancak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu bozma kararına itiraz etmiştir. Başsavcılığın görüşüne göre, Neşe’nin yaşına ilişkin olarak Erdal’ın “kaçınılmaz” bir hatası söz konusu değildir.

Ceza Genel Kurulu, bu olayda TCK, m. 30’da düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma şartlarının mevcut olmadığı ve failin, çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103) ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK, m. 109) suçlarından cezalandırılması yönünde kurulan mahkumiyet hükmünün hukuka uygun olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Birinci olaydan farklı olarak, bu olayda failin, mağdure ile arasındaki yaş farkının fazlalığı karşısında, gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki

---

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi de, **25.3.2015** tarihli ve 2014/6419 sayılı bireysel başvuru sayılı kararında, aynı yönde değerlendirmelerde bulunmuştur.



hatasının **kaçınılabilir** olduğu değerlendirilmesinde bulunulmalıdır.

**Karar no 5:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **13.12.2016** tarihli ve E. 2016/14-941, K. 2016/1236 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; NŞ, **kendisinden 11 yaş küçük olan**, 19.7.2000 doğumlu, lise birinci sınıf öğrencisi M ile 2013 yılında duygusal yönü olan arkadaşlık kurar ve bu arkadaşlık sürecinde M ile cinsel ilişkiye girer.

İlk derece mahkemesi bu olayda NŞ hakkında çocuğun cinsel istismarı suçundan TCK, m. 103, f. 2; m. 43, f. 1; m. 62; m. 53 hükümleri uyarınca 16 yıl 8 ay hapis cezasına hükmetmiştir (Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 3.3.2015, 12-42)

Yargıtay 14. CD ise, söz konusu mahkumiyet hükmünü onamıştır (14. CD, 2.12.2015, 5771-11238).

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bu olayda failin, mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğünü, mağdurenin fiziki görüntüsü itibarıyla 15 yaşını tamamlamış olduğunu zannederek fiili işlediğini savunması karşısında, suçun maddi unsurlarında hata hükümlerinden (TCK, m. 30, f. 1) yararlanması gerektiği gerekçesiyle bu onama kararına itiraz etmiştir (31.1.2016,180197).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, İlk derece mahkemesinin hükmünü ve Yargıtay 14. Ceza Dairesinin onama kararını **doğru** bularak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını reddetmiştir<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Buna karşılık, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin **10.4.2017** tarihli ve E. 2014/8911, K. 2017/1941 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; **10.12.1985** doğumlu A ile **amcasının kızı** olan **1.9.1996** doğumlu B'nin, **ailelerinin muvafakatiyle** ve **10.11.2008** tarihinde "imam nikâhı" ile "evlilikleri" sağlanır. B, bu birliktelikten hamile kalır. B'nin bu hamilelik sürecinde başvurduğu hastanede, hamileliğinin **henüz on dört yaşını doldurmadan önce** gerçekleştiğinin ortaya çıkması üzerine, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

Kahramanmaraş Devlet Hastanesinde yaşı ile ilgili olarak düzenlenen Kurul Raporunda, olayın meydana geldiği tarih (**10.11.2008**) itibarıyla B'nin "**yaklaşık 12 yaş 10 aylık**" olduğu" tespitinde bulunulmuştur.

Bunun üzerine A hakkında "çocuğun cinsel istismarı" suçunu zincirleme olarak işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır.

Dava sürecinde Mahkemece başvuru Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun düzenlediği Rapora göre ise, B'nin **9.4.2009** tarihi itibarıyla, "**13 yaşını bitirmiş olup, 14 yaşın içerisinde olduğu**" tespit ve değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Söz konusu dava sürecinde B'nin anne ve babasının, "mağdur" olarak ifadeleri alınmıştır.

A, yapılan sorguları sırasında olayın meydana geldiği tarih itibarıyla B'nin "yaşının 17 olduğunu" zannederek fiili işlediğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda, A'nın, B'nin yaşına ilişkin hataya düştüğü ve bu hatasının kastını ortadan kaldırdığı kabul edilerek, **beraatine** hükmedilmiştir.



## Sonuç

Hukuk uygulamamızda cinsel suçlar bağlamında çeşitli sorunların olduğu bilinen bir husustur. Cinsel suçlarla ilgili olarak Kanunda öngörülen cezaların ağırlığı, cinsel suç faillerinin özellikle infaz sürecinde gözetim ve denetiminin sağlanması, önemli bir sorundur. Bunun dışında, özellikle cinsel istismar suçunun mağduru ile failinin bilahare “evlendirilmeleri” bağlamındaki sun’î “sorunun”, geçici madde şeklinde de olsa, kanuni düzenlemeyle “çözümlemesine” çalışılması, ancak **yeni sorunların** ortaya çıkmasına sebebiyet verir<sup>19</sup>.

---

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, söz konusu beraat kararını onamıştır.

<sup>19</sup> İşaret etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi de suç failinin istismar suçunun mağduru ile bilahare evlenmesinin ceza hukuku sorumluluğu üzerinde etkisinin olmadığını, işlenen fiilin haksızlık muhtevasını ortadan kaldırmadığını, dolaylı bir şekilde kabul etmiştir: **18.4.2019** tarihli ve 2016/30913 bireysel başvuru sayılı Karar; **6.12.2017** tarihli ve 2014/1214 bireysel başvuru sayılı Karar.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNDA MEDENİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN DAVALARDA ÜCRETSİZ AVUKAT YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI

Özlem ÇELİK\*

## ÖZ

*Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de avukat yardımından ücretsiz bir şekilde faydalanma hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine göre, avukat yardımından ücretsiz bir şekilde faydalanma hakkı, yalnızca ceza hukukuna ilişkin davalarda söz konusudur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bazı durumlarda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkının tanınmasını, mahkemeye erişim hakkı kapsamında görerek kabul etmektedir. Mahkemenin bu konudaki içtihadı, büyük ölçüde Airey/İrlanda kararı ile şekillenmiştir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı incelenecektir.*

*Anahtar Kelimeler : Adil Yargılanma Hakkı, Mahkemeye Erişim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Adli Yardım, Medeni Hak ve Yükümlülük*

## **RIGHT TO FREE LEGAL ASSISTANCE IN CASES OF CIVIL RIGHTS AND OBLIGATIONS IN TURKISH LAW UNDER THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

### **ABSTRACT**

*One of the elements of the right to a fair trial is the right to free legal assistance. According to Article 6 of the European Convention on Human Rights, the right to free legal aid is only available in criminal proceedings. However, in some cases concerning civil rights and obligations, the European Court of Human Rights recognizes the right to free legal aid under the right to effective access to court. Case law of European Court of Human Rights on this issue has been largely shaped by the decision of Airey/*

---

\* **Dr. Öğr. Üyesi,** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, osenturk@selcuk.edu.tr.

**ORCID ID:** 0000-0001-8258-9880

**DOI** : 10.34246/ahbvuhfd.682807

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 08/03/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 06/11/2019

*Ireland. In this study, the right to free legal aid will be examined in proceedings involving civil rights and obligations within the framework of the case-law of the European Court of Human Rights*

**Keywords:** *Right to a Fair Trial, Right of Access to a Court, European Court of Human Rights, Legal Aid, Civil Rights or Obligations.*

## GİRİŞ

Günümüz anayasalarının ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin pek çoğunda yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de avukat yardımından faydalanma hakkıdır. 1982 Anayasasının 36. maddesinde de yer alan adil yargılanma hakkı, bu maddede açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Ayrıca hakkın bazı unsurlarına Anayasanın farklı maddelerinde yer verilmiştir. Dolayısıyla Türk Anayasa Hukuku açısından, adil yargılanma hakkının ve unsurlarının belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu konudaki içtihatları önemli bir yer tutmaktadır.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan avukat yardımından faydalanma hakkı, temelde Sözleşmenin 6. maddesi ile ceza yargılamalarına mahsus olarak düzenlenmiştir (m. 6/3-c). Buna göre, bir suç ile itham edilen herkes "...kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek" hakkına sahiptir<sup>1</sup>.

Bu noktada, avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun kişilerin özel hukuk davalarında<sup>2</sup> da ücretsiz bir şekilde avukat yardımından faydalanma haklarının olup olmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Adil yargılanma hakkının medeni hak ve yükümlülükleri de ilgilendiren kısmı ise Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş

<sup>1</sup> Çalışmanın konusu, 6. maddenin birinci fıkrası kapsamında "medeni" olarak nitelendirilebilen uyuşmazlıklara ilişkin davalarda, adli yardımın zorunlu olup olmadığı meselesidir. Bu nedenle, 6. maddenin üçüncü fıkrası bu makalede incelenmemiştir.

<sup>2</sup> AİHM, medeni hak ve yükümlülük kavramını iç hukuktaki anlamından bağımsız bir şekilde yorumlamaktadır. Bu nedenle çalışmada "özel hukuk davaları" kavramı yerine "medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar" terimi kullanılacaktır.

olmakla birlikte, bu fıkrada avukat yardımından faydalanma hakkı açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkını, bazı durumlarda “mahkemeye erişim hakkı” yani Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirmektedir.

Bu çalışmada, Türk Hukukunda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı, AİHM kararları ışığında incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle “medeni hak ve yükümlülük” ve “mahkemeye erişim hakkı” kavramları açıklanacaktır. AİHM içtihatlarına göre medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda avukat yardımından yararlanma hakkı konusunda açıklamalar yapıldıktan sonra ise konu Türk Hukuku açısından değerlendirilecektir.

## **I. ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE MEDENİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI**

### **A. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı**

Hukuk devletinin bir gereği olan adil yargılanma hakkı, insan haklarının korunması ilkesinin de temelini oluşturur. Adil yargılanma hakkı bir yandan kişilerin bağımsız bir mahkemeye başvurma haklarını garanti altına alırken, bir yandan da uyuşmazlıkların çözümünde adil bir yargılama usulü sağlar. İnsan hakları ihlallerine karşı önemli bir koruma sağlayan bu ilke, aynı zamanda devlet gücü karşısında maddi bir koruma sağlamak için de vazgeçilmez bir unsurdur. Dolayısıyla, “insan haklarının korunması adil yargılanma hakkı ile başlar ancak onunla bitmez” demek mümkündür<sup>3</sup>. Anayasa Mahkemesi’ne göre de adil yargılanma hakkı, “kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir<sup>4</sup>.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen en eski metin, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na “Haklar Bildirgesi” ile eklenen, 5. ve 6. Değişiklik<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> CLAYTON/TOMLINSON, s.1.

<sup>4</sup> E. 2015/53, K. 2016/26, K.T. 07.04.2016, RG Tarih-Sayısı: 28.07.2016-29784.

<sup>5</sup> Beşinci değişikliğe göre; “...hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak”tır. 6. Değişikliğe göre: “Bütün ceza davalarında sanık suçun işlendiği eyalet ve daha önce yasaca saptanacak bölgenin tarafsız bir jürisi tarafından, hızlı ve

ile karşımıza çıkmaktadır<sup>6</sup>. Daha sonra İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesinde de bu ilkeye yer verilmiştir<sup>7</sup>. Adil yargılanma hakkı ile ilgili detaylı koruma sağlayan ilk uluslararası belge ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir<sup>8</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile düzenlenen adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili davalarda tarafların, ceza yargılamasında ise suç ile itham edilen şüphelilerin ya da sanıkların usule ilişkin haklarını garanti altına almaktadır<sup>9</sup>. İç hukukta verilen kararların adil olup olmaması meselesi, kural olarak adil yargılanma hakkının koruması kapsamında değildir. Adil yargılanma hakkı, yargılama usulüne başka bir ifade ile adil bir karar verilmesi için gerekli koşulların sağlanmasına ilişkindir<sup>10</sup>.

---

kamuya açık yargılanmak, suçlamanın türü ve nedeni konusunda bilgi sahibi olmak; kendi aleyhindeki tanıklarla yüzleşmek; kendi lehinde tanıklar sağlamak için tanıkların zorla mahkemeye getirilmesi ve savunma için bir avukat tutma hakkına sahip olacaktır". Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Türkçe çevirisi için bkz. (<http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, erişim 18.04.2017).

<sup>6</sup> CLAYTON /TOMLINSON, s. 2.

<sup>7</sup> Beyannamenin 10. maddesi şu şekildedir: "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır".

<sup>8</sup> CLAYTON /TOMLINSON, s. 2.

<sup>9</sup> Sözleşmenin 6. maddesine göre: "1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasını ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak".

<sup>10</sup> İNCEOĞLU (2013), s. 8.

Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda hem de ceza yargılamalarında uygulanan bazı hakları düzenlemektedir. Bunlar; kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde ve makul sürede yargılanma hakkı, yargılamanın hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkıdır. Ancak AİHM, Sözleşmede yer alan hakların göstermelik ve teorik bir şekilde korumamak, hakların pratikte ve etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, maddeleri özerk bir biçimde yorumlamaktadır<sup>11</sup>. Bu nedenle Mahkeme, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi, gerekçeli karar, susma ve kendini suçlamama, duruşmada hazır bulunma ve etkili katılım hakkı gibi bazı hakları, 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında kabul etmektedir<sup>12</sup>.

Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası ise sadece ceza davalarını kapsamaktadır<sup>13</sup>. İkinci fıkrada masumiyet karinesi, 3. fıkrada ise ceza yargılamasında sanıklara asgari olarak tanınması gereken haklar sayılmıştır. Ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı da 6. maddenin 3. fıkrasında sayılan haklardan biridir. Üçüncü fıkra sadece ceza davalarında uygulanabildiği için, ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı da sanıklara tanınması gereken haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bazı davalarda da mahkemeye etkili erişim hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, avukat yardımından ücretsiz bir şekilde faydalanma hakkının tanınmasının gerekli olabileceğini kabul etmektedir<sup>14</sup>.

Adil yargılanma hakkına, 1982 Anayasasının 36. maddesinde yer verilmiş olmakla birlikte, hak bu maddede açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Ayrıca adil yargılanma hakkının AİHS'de, AİHM içtihatları ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer verilen bazı unsurları, Anayasanın farklı maddelerinde

---

<sup>11</sup> VITKAUSKAS/DIKOV, s. 7.

<sup>12</sup> İNCEOĞLU (2013), s. 209-210; AKTEPE ARTIK, s. 73; CLAYTON/TOMLINSON, s. 121.

<sup>13</sup> Ancak AİHM bazı şartlarda bu fıkranın medeni yargılamada da uygulanabileceğini kabul etmektedir. MOLE/HARBY, s. 6.

<sup>14</sup> *Aerts/Belçika*, Başvuru no. 25357/94, 30.07.1998, par. 60; *Airey/İrlanda*, Başvuru no. 6289/73, 09.10.1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>, Erişim, 02.07.2019 par. 24 ve 26. *Airey/İrlanda* kararının daha önce yapılmış bir özet çevirisi için bakınız. ÖZMAN, s. 132-136.

düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında adil yargılanma hakkına yönelik bir tanımlama yapmaktan kaçınmış, ancak hakkın unsurlarına yönelik değerlendirmeler yapmıştır<sup>15</sup>.

## B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Medeni Hak ve Yükümlülük” Kavramı

Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı Mahkeme tarafından özerk olarak yorumlanmaktadır. Ancak Mahkeme bu konuda bir tanım yapmaktan kaçınmış, her davanın kendi şartlarına göre bir değerlendirme yapmıştır. AİHM, medeni hak ve yükümlülükler kavramını yorumlarken, iç hukukta yapılan tanımlamalar ile kendisini bağlı görmemiş, hakkın Sözleşme anlamında “medeni nitelikte” olup olmadığını incelemiştir<sup>16</sup>. Mahkemeye göre, “bir hakkın Sözleşme’de ifade edilen anlamı ile medeni hak olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine başvurarak belirlenmelidir<sup>17</sup>”.

Mahkeme’ye göre bu madde, kural olarak “bireyler arasında gerçekleşen ve iç hukukta medeni olarak nitelendirilen uyuşmazlıklara” uygulanacaktır<sup>18</sup>. Başka bir ifade ile özel şahıslar arasındaki ilişkilerden

<sup>15</sup> Buna göre “makul sürede yargılanma hakkı”, “kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması”, “mahkemeye erişim hakkı”, “kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı”, “kanuni hâkim güvencesi”, “kanun yoluna başvurma hakkı”, “tanık dinletme ve sorgulama hakkı”, “silahların eşitliği”, “çelişmeli yargılama”, “avukatla temsil edilebilme hakkı” gibi haklar adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmiştir. E. 2015/53, K. 2016/26, K.T. 07.04.2016, RG Tarih-Sayısı: 28.07.2016-29784; E. 2016/10, K. 2016/36, K.T. 05.05.2016, RG Tarih-Sayısı: 03.06.2016-29731; E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 10.2.2016, RG Tarih-Sayı: 23.2.2016 – 29633; E. 2015/36, K. 2015/87, K.T. 08.10.2015, RG Tarih-Sayı: 28.10.2015-29516; E. 2016/37, K. 2016/135, K.T. 14.07.2016, RG Tarih-Sayı: 23.09.2016-29836; E. 2016/29, K. 2016/134, K.T. 14.7.2016, RG Tarih-Sayı: 23.09.2016-29836; E. 2015/53, K. 2016/26, K.T. 07.04.2016, RG Tarih-Sayısı: 28.07.2016-29784; E. 2015/18, K. 2016/12, K.T. 10.02.2016, RG Tarih-Sayı: 17.05.2016-29715; E. 2016/19, K. 2016/17, K.T. 16.03.2016, RG Tarih-Sayı: 08.04.2016-29678; E. 2014/122, K. 2015/123, K.T. 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016-29640; E. 2014/195, K. 2015/116, K.T. 23.12.2015, RG Tarih-Sayı: 29.01.2016-29608.

<sup>16</sup> *James ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 8793/79, 21.02.1986, par. 81.

<sup>17</sup> Sözleşme’nin 6. maddesinin 1.fıkrası; tarafların sıfatından, uyuşmazlığın ne şekilde karara bağlanacağını düzenleyen mevzuattan ve bu konuda yargılama yetkisine sahip makamın niteliğinden bağımsız olarak uygulanır. Sadece söz konusu hakkın niteliği önemlidir. *Georgiadis/Yunanistan*, Başvuru no. 21522/93, 29.05.1997, par. 34; *König/Almanya*, Başvuru no. 6232/73, 28.06.1978, par. 89-90; *Ringeisen/Avusturya*, Başvuru no. 2614/65, 16.07.1971, par. 94.

<sup>18</sup> *Airey / İrlanda*, par. 21.



kaynaklanan haklar kural olarak medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir<sup>19</sup>. Örneğin, sözleşme hukuku, ticaret hukuku, tazminat hukuku, aile hukuku, iş hukuku ve mülkiyet hukukuna ilişkin davalar bu kapsamdadır<sup>20</sup>.

“Medeni hak ve yükümlülük” kavramının üye devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir şekilde yorumlanmasının bir sonucu olarak Mahkeme, kamu hukuku ile ilgili bazı davaları da 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirmiştir<sup>21</sup>. Dolayısıyla iç hukukta kamu hukuku alanına dâhil edilen bir uyuşmazlık, Sözleşme anlamında medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilmektedir<sup>22</sup>. Devlet ve birey arasındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanan davalarda idare makamlarının, özel bir şahıs gibi hareket etmesi veya egemenlik yetkisini kullanmasının, uyuşmazlığın medeni nitelikte kabul edilebilmesi üzerinde bir etkisi yoktur<sup>23</sup>. Mahkeme’ye göre, bu tür davaların sonuçları kişilerin şahsi hak ve yükümlülükleri üzerinde belirleyici olacaksa, dava konusu hak 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Ayrıca uyuşmazlık konusu hakkın medeni nitelikte kabul edilebilmesi için, özel hukuka ilişkin unsurların kamu hukukuna ilişkin unsurlardan daha baskın olması gerekir<sup>25</sup>. Ancak, AİHM 6. madde kapsamında belirtilen hak ve yükümlülüklerin “medeni” olup olmadığını belirlerken, genel ve soyut bir tanım yapmaktan kaçınmıştır<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> MOLE/HARBY, s. 12-13.

<sup>20</sup> Örneğin: 6 Temmuz 1971 tarihli *Ringeisen/Avusturya*; 19 Şubat 1998 tarihli *Edificaciones March Gallego S.A./İspanya*; 8 Aralık 1983 tarihli *Axen/Almanya*; 21 Şubat 1975 tarihli *Golder/Birleşik Krallık*; 9 Ekim 1979 tarihli *Airey/İrlanda*; 28 Kasım 1984 tarihli *Rasmussen/Danimarka*; 6 Mayıs 1981 tarihli *Buchholz/Federal Almanya Cumhuriyeti*; 8 Aralık 1983 tarihli *Pretto/İtalya* kararları. MOLE/HARBY, s. 13.

<sup>21</sup> İNCEOĞLU (2013), s. 210; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 277 vd.

<sup>22</sup> Aslında AİHS’nin 6. maddesinde genel olarak adli-yargı idari yargı ayrımı yapılmamıştır. Bunun temel sebebi ise Sözleşmeye taraf devletlerin bazılarının, adli yargı-idari yargı ayrımına yer vermeyen Anglo-sakson hukuk sistemlerini benimsemiş olmasıdır. TEZCAN, s.469.

<sup>23</sup> König/Almanya, par. 90.

<sup>24</sup> *Pudas/İsveç*, Başvuru no. 10426/83, 21.10.1987, par. 35; *Deumeland/Almanya*, Başvuru no. 9384/81, 29.05.1986, par. 60; *Baraona/Portekiz*, Başvuru no. 10092/82, 08.07.1987, par. 42.

<sup>25</sup> *Deumeland/Almanya*, Başvuru no. 9384/81, 29.05.1986, par. 74.

<sup>26</sup> *Benthem/Hollanda*, Başvuru no. 8848/80, 23.10.1985, par. 35.

AİHM'in kamu hukuku kaynaklı uyuşmazlıklarda, dava konusu hakkın medeni nitelikte olup olmadığına ilişkin değerlendirme yaptığı pek çok karar vardır<sup>27</sup>. Örneğin, mülkiyet hakkına ilişkin davaların pek çoğunda, 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanması söz konusu olmuştur. Kamulaştırma imar izinleri gibi mülkiyet hakkını ilgilendiren<sup>28</sup> ya da sonucu ile mülkün kullanımını ve faydalanma durumunu etkileyen<sup>29</sup> davalarda adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler uygulanır. Mahkeme, ticari faaliyet hakkının kısıtlanması ya da faaliyet ruhsatının iptal edilmesi gibi bazı davaları da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olarak kabul etmiştir<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Örnek bazı kararlar için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 270-273.

<sup>28</sup> AİHM *Sporrong ve Lönnroth/İsveç* kararında kamulaştırma izinlerinin başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarını etkilediğini dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanabileceğini belirtmiştir. Başvuru no. 7151/75, 23.09.1982, par. 83. Mahkeme, taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmelerinin onaylanmasına ilişkin bir davada dava konusu hakkın medeni nitelikte olduğuna karar vermiştir. *Ringeisen/Avusturya*, Başvuru no. 2614/65, 16.07.1971, par. 110. Ayrıca bkz. *Poiss/Avusturya*, Başvuru no. 9816/82, 23.04.1987, par. 48; *Bodén/İsveç*, Başvuru no. 10930/84, 27.10.1987, par. 32.

<sup>29</sup> *De Geoffre De La Pradelle/Fransa* davası, başvuru sahibinin arazisinin de içinde bulunduğu bir bölgenin sit alanı ilan edilmesi ve başvuru sahibinin mülkünün kullanımının bazı alanlarda sınırlandırılması ile ilgilidir. Bölgenin sit alanı ilan edilmesine ilişkin işlemlerin başlatıldığı başvuruya bir mektup ile bildirilmiş bu işlemler resmi gazetede yayımlanan bir kararname ile sonlandırılmıştır. Başvuru kararnameye karşı Danıştay'da dava açmış ancak zaman aşımı nedeniyle başvurusu reddedilmiştir. AİHM kararında, bölgenin sit alanı ilan edilmesi ve sonrasında yapılan işlemlerin başvuruya tebliğ edilmesi usulünün oldukça karmaşık olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahibinin idari işleme karşı dava açabilmesi için yapılan bilgilendirme işlemi açık, etkili ve pratik bir yöntem değildir. Bu nedenle AİHM, mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. *De Geoffre De La Pradelle/Fransa*, Başvuru no. 12964/87, 16.12.1992.

<sup>30</sup> İsveçli bir limited şirket olan Tre Traktörer Aktiebolag (TTA), 30 Temmuz 1980'de TTA, Helsingborg'daki Le Cardinal restoranının yönetimini devralmış ve aynı gün bira, şarap ve çeşitli alkollü içecekler servis etmek için ruhsat almıştır. TTA ile ilgili olarak Vergi Dairesi'nin yaptığı denetim sonucunda tespit edilen usulsüzlükler sebebiyle, restoranın içki ruhsatının yeniden değerlendirilmesi gerekmiştir. İlçe İdare Kurulu, ruhsatın iptalinin gerekli olmadığını tespit etmiş ve şirkete ihtar vererek daha sonraki bir tarihte şirketin içki ruhsatını yenilemiştir. Bu karara karşı Helsingborg Sosyal Konseyi'nin, Ulusal Sağlık ve Refah Kurumu'na başvurması sonucunda İl İdare Kurulu'nun kararı bozulmuştur. İsveç hukukuna göre, Ulusal Sağlık ve Refah Kurumu'nun kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. AİHM, ruhsatın iptal edilmesi işleminin TTA tarafından işletilen restoranın müşteri çevresi ve değeri üzerinde olumsuz etkilerinin olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahibinin içki ruhsatının mevcut olması, işletmenin ticari faaliyetlerini sürdürmesi için başlıca şartlardan biridir. İsveç'te toptan alkol dağıtımı Devlet tekelindedir; ancak lokantalarda ve barlarda alkollü içki servisi çoğunlukla özel kişilere ve şirketlere ruhsat verilmesi yoluyla sağlanır. Bu durumda, ruhsat sahibi olan ve kâr elde etme amacına sahip olan ilgili kişi ve şirketler ile müşterileri arasındaki sözleşmeye dayalı bir ticari faaliyet vardır. Bu nedenle

Mahkeme, ilgili iç hukukta kamu hukuku alanında yer alsın bile, aile hukukunu ilgilendiren davalarda da uyumsuzluğun temelindeki hakkın medeni nitelikte olduğuna karar vermiştir<sup>31</sup>.

AİHM, kamu görevlileri ile devlet arasındaki bazı uyumsuzlukları da

ruhsat yoluyla TTA'ya verilen haklar, 6. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde “medeni hak” niteliğindedir. *Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç* Başvuru no. 10873/84, 07.07.1989. AİHM *König/Almanya, favasında ise*, özel bir klinik işleten, mesleğe aykırı davranışları sebebiyle, klinik işletme ve doktorluk yapma yetkisi elinden alınan başvurunun, bu haklarının medeni nitelikte olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararda özel klinik işletmenin ve doktorluk mesleğinin bazı bakımlardan sözleşmeye dayanan bir ticari faaliyet olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, klinik işletmenin yine bazı bakımlardan kâr amacı güden bir ticari faaliyet olduğunu ve mülkiyet hakkı ile yakından ilgili bir hak olduğunu vurgulamıştır. *König/Almanya*, Başvuru no. 6232/73, 28.06.1978. AİHM *H./Belçika* davasında, başvuru müvekkillerine kasıtlı olarak yanlış bilgi verdiği için barodan çıkarılmış olan bir avukattir. Başvuru, barodan çıkarıldıktan on yıl sonra istisnai bazı hallerde baroya tekrar kabul edilebileceğine ilişkin kanun hükmüne dayalı olarak, baroya kaydolmak için iki defa başvuruda bulunmuş ancak bu başvuruları reddedilmiştir. Bu karara karşı başvuru yolu bulunmaması ve başvurunun etkili savunma yapamaması gerekçesi ile Mahkeme, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme Belçika’da avukatlık mesleğini çeşitli yönlerini inceleyerek, bu hakkı Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında medeni bir hak olarak nitelendirmiştir. Mahkeme’ye göre Baro üyelerinin çalışmaları sadece mahkemelerinin işleyişine katkıda bulunmaktan ibaret değildir. Mahkeme kararında, avukatların -zorunlu müdafilik dışında- müvekkillerini gönüllü olarak seçtiğine, müvekkilleri ile arasında bir özel hukuk ilişkisinin varlığına, bir avukatın bürosunun ve müvekkillerinin mülkiyet hakkı ile ilgili olduğuna vurgu yapmıştır. *H./Belçika*, Başvuru no. 8950/80, 30.11.1987, par. 47-48. AİHM şehirlerarası taşımacılık ruhsatının iptaline ilişkin bir davada da uyumsuzluk konusu hakkın sözleşmeye dayanan bir ticari faaliyet olduğunu kabul etmiştir. *Pudas/İsveç*, Başvuru no. 10426/83, 27.10.1987, par. 37, 38. Ayrıca bkz. *Fredin/İsveç (No.1)*, Başvuru no. 12033/86, 18.02.1991, par.63.

<sup>31</sup> *W./Birleşik Krallık* davası, başvurunun çocuğunun sosyal hizmet kurumu tarafından devlet korumasına alınması, evlatlık verilmek üzere koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ve çocuk ile tabii anne baba arasındaki kişisel ilişkinin kısıtlanması ve sona erdirilmesi ile ilgilidir. Mahkeme bu davada, sosyal hizmetler kurumu ile başvuru arasındaki uyumsuzluğun “medeni” nitelikte olduğunu kabul etmiştir. *W./Birleşik Krallık*, Başvuru no. 9749/82, 08.07.1987, par. 77-79. *Keegan/İrlanda* davası, başvuru babanın evlilik dışı doğan çocuğunun evlatlık verilmesi ile ilgilidir. O dönemde İrlanda hukukuna ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre, evlilik dışı doğan bir çocuğun tabii babasının, çocuğun evlatlık verilme sürecine katılabilmesi ve evlatlık verme kararına karşı dava açabilmesi mümkün değildir. Mahkeme bu davada, uyumsuzluk konusu hakkın “medeni” nitelikte olduğuna ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Keegan/İrland*, Başvuru no. 16969/90, 26.05.1994, par. 57-60. Başka bir davada Mahkeme, çocuğu Sosyal Konsey tarafından bakıcı aile yanına yerleştirilen başvuru annenin, çocuğu ile görüşme imkânını sınırlayan idari kararlar aleyhine yargısal yollara başvuramaması nedeniyle, mahkemeye başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. *Eriksson/İsveç*, Başvuru no. 11373/85, 22.06.1989, par. 80-82. Ayrıca bkz. *Olsson/İsveç*, Başvuru no. 10465/83, 24.03.1988, par. 88-91.

medeni nitelikte kabul etmiştir<sup>32</sup>. Kamu görevlileri ile devlet arasındaki uyumsuzluklarda, 6. Maddenin 1. fıkrasının uygulanabilirliği konusunda AİHM'in iki temel kararı vardır. Bunlar Pellegrin/Fransa kararı ile Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya kararlarıdır. Pellegrin/Fransa kararında Mahkeme idari uyumsuzluklarda Sözleşmenin 6. maddesinin uygulanamayacağını belirtmiştir<sup>33</sup>. Vilho Eskelinen ve Diğerleri ile ilgili davada, Pellegrin kararındaki kıstaslarını açıklamış ve bu kıstasları biraz daha genişleterek uygulamıştır. Buna göre kamu görevlileri ile devlet arasındaki bir uyumsuzluğun, 6. maddenin 1. fıkrasının koruması dışında bırakılabilmesi için, ilgili durumda iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça yasaklanmış olması ve bu yasaklamanın devletin menfaati bakımından haklı gösterilebilmesi gerekir. Yasaklamanın devletin menfaati bakımından haklı gösterilebilmesi için; uyumsuzluğun konusunun devlet otoritesinin kullanılması ile ilgili olması ve uyumsuzluğun devlet ile memur arasındaki özel bağdan kaynaklandığının ispatlanması gerekir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> VITKAUSKAS/DIKOV, s. 15. İNCEOĞLU (2013), s. 211, dn. 10; AKINCI, s. 146-151.

<sup>33</sup> TEZCAN (2017), s.769.

<sup>34</sup> CLAYTON/TOMLINSON, s. 134. Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya kararının gerekçesi kısaca şu şekildedir: Pellegrin kararından önce Mahkeme, devlet memurlarının işe alınma, kariyer ve hizmetinin sona ermesine ilişkin uyumsuzlukların, kural olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına girmediğine karar vermiştir. Ancak istisnai olarak, memurların "işe alınmaları" veya "kariyerleri" ile ilgili olmayan, çalışmanın sona erdirilmesinden sonra ortaya çıkan maddi haklar ile ilgili bazı davalarda, uyumsuzluğu medeni nitelikte kabul etmiştir. Mahkeme bu kararlarda, taleplerin maddi nitelikte olduğu, emekli aylıkları konusunda devletin bir takdir yetkisinin olmadığı ve devletin konununun özel hukuktaki işverenle benzediği gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme Pellegrin davasında, bu konudaki belirsizliğe çözüm getirmek için, "kamu görevi" terimini özerk bir şekilde yorumlamış ve kamu çalışanlarının görevlerinin niteliğine ilişkin bir ölçüt belirlemiştir. "Genel yarara ilişkin veya kamu hukukunca verilen gücün kullanımına katılmayı içeren görevlerde bulunanlar, devletin egemen gücünün bir kısmını ellerinde tutmaktadır. Bu nedenle devletin, bu memurlardan özel bir güven ve sadakat bağıyla bağlanmalarını istemekte meşru menfaati vardır. Öte yandan kamu yönetimi unsuru içermeyen diğer kadrolar bakımından böyle bir menfaat bulunmamaktadır". Bu nedenle Mahkeme, polis, asker gibi görevlerde bulunan kişiler ile devlet arasındaki uyumsuzlukların, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Dolayısıyla, devletin ya da diğer kamusal toplulukların genel çıkarlarının korunmasıyla görevli olup, kamu gücünü ellerinde bulunduranlar dışındaki kadrolar bakımından, 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanması mümkündür. Bu ölçütün tek istisnası ise emeklilik maaşları ile ilgilidir, çünkü emeklilik halinde, kamu görevlisinin devletin egemen gücünü kullanması mümkün değildir ve devlet ile arasındaki özel bağ ortadan kalkmış olmaktadır. Ancak Vilho Eskelinen davası ile getirilen yeni kıstasa göre, kamu görevlilerinin 6. maddenin korumasından faydalanamaması için, iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu kıstaslardan ilki, ilgili devletin iç hukukunda uyumsuzluğa konu olay hakkında mahkemeye başvurma hakkının tanınmamasıdır. İkinci kıstasa göre ise,

Kamu görevlileri ile ilgili uyuşmazlıkların medeni nitelikte görülmesi ile ilgili bir diğer durum, bir devletin sahip olduğu yargı bağımsızlığına kapsama giren meseleler ile ilgili olarak, diğer bir devletin mahkemelerinde dava açılmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>35</sup>. Örneğin AİHM Cudak/Litvanya kararında, bu konu ile ilgili bir değerlendirme yapmış ve iş akdinin haksız feshi nedeniyle tazminat almaya ilişkin uyuşmazlığı Sözleşmenin 6/1. maddesi kapsamında görmüştür. Dava konusu olaya göre, Litvanya vatandaşı olan Başvurucu Polonya elçiliğinde sekreter-santral memuru olarak çalışmaktadır. Başvurucu, iş arkadaşlarından biri tarafından cinsel tacize uğradığı iddiası ile Litvanya’da Ombudsman’a başvurmuş ve haklı bulunmuştur. Bu süreçten sonra Başvurucu, izinsiz olarak işe gelmediği gerekçesi ile işten çıkarılmıştır. Litvanya mahkemeleri, işverenin yargı bağımsızlığına sahip olduğu gerekçesi<sup>36</sup> ile iş akdinin haksız olarak feshi ile ilgili davaya bakmayı reddetmiştir. AİHM, dava konusu uyuşmazlık devlet ile kendi memuru arasındaki bir durumdan kaynaklanmasa bile, bu olayda Vilho Eskelinen kıstaslarına atıf yapmıştır<sup>37</sup>.

Mahkemenin medeni nitelikte gördüğü uyuşmazlıkların diğerleri ise; devlet aleyhine açılan bazı tazminat davaları<sup>38</sup>, anayasa mahkemelerinde

yargı yolunun kapatılmasına yönelik bu kısıtlamanın devletin menfaati bakımından haklı bir gerekçeye dayanması gerekir. Uyuşmazlığın konusunun devlet otoritesinin kullanılması ile ilgili olduğunu ya da uyuşmazlığın devlet ile memur arasındaki özel bağdan kaynaklandığını ispatlamak görevi de ilgili devlete aittir. Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya, Başvuru no.63235/00, 19.04.2007, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakfı’nın desteğiyle yapılan çeviri; (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-116508>, erişim 28.03.2017), par. 43-63. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve Vilho Eskelinen ve Diğerleri davasındaki kıstasların yorumlandığı Baka/Macaristan kararının değerlendirilmesi için bkz. AKBULUT, s. 225-254.

<sup>35</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 289 vd.

<sup>36</sup> AİHM, “Devletlerin ve Maliki Oldukları Malların Yargı Bağımsızlığına Dair Sözleşme”ye atıf yaparak, devletlerin yurt dışındaki diplomatik misyonunda görevli personelin hizmet sözleşmelerinin bağımsızlık kapsamı dışında olduğunu belirtmiştir. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 289.

<sup>37</sup> *Cudak/Litvanya*, Başvuru no. 5869/02, 23.03.2010, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakfı’nın desteğiyle yapılan çeviri; (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119645>, erişim 28.03.2017). Aynı yönde bkz. *Sabeh El Leil/Fransa*, Başvuru no. 34869/05, 29.06.2011, par. 36-42; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 289. Bununla birlikte, Vilho Eskelinen kararının, Devlet ile kendi memurları arasındaki ilişkileri ilgilendirdiğini dolayısıyla mevcut davadan farklı olduğunu da vurgulamıştır. Aynı yönde bkz. *Sabeh El Leil/Fransa*, Başvuru no. 34869/05, 29.06.2011, par. 36-42.

<sup>38</sup> *Edtions Periscope/Fransa* davasında, başvuru idari yargıda yaklaşık on yıl sürede sonuçlanan bir tazminat davası nedeniyle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava konusu olay vergi muafiyetleri ile ilgilidir ve iç hukukta idari yargı organlarının yargılama yetkisi kapsamındadır. AİHM, başvuruunun maddi zararının

görülen davalar<sup>39</sup> ile sosyal yardımlar<sup>40</sup> ile ilgili davlardır.

Anayasa Mahkemesi de “medeni hak ve yükümlülük” kavramını yorumlarken, büyük ölçüde AİHM içtihatlarından faydalanmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, devletin askere alma kararı ile ilgili bir başvuruyu, hakkın medeni hak ve yükümlülük kapsamında nitelendirilemeyeceği gerekçesi ile reddetmiştir<sup>41</sup>. Bunun yanında Mahkeme başka bir kararında, askerlik

karşlanması talebi söz konusu olduğu için, dava konusu hakkın “medeni” nitelikte olduğuna karar vermiştir. *Editions Periscope/Fransa*, Başvuru no. 11760/85, 26.03.1992, par. 40. Ayrıca bkz. *Georgiadis/Yunanistan*, Başvuru no. 21522/93, 29.05.1997, par. 27-36. AİHM başka bir davada, Zürih Kantonunda bir havaalanının yakınında oturan başvurucuların, idareye karşı açtıkları tazminat davasındaki hak taleplerinin kişisel veya aynı nitelikte bir hakka ilişkin olduğunu belirtmiş ve uyumsuzluğu Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında “medeni nitelikte” kabul etmiştir. *Zimmermann ve Steiner/İsviçre*, Başvuru no. 8737/79, 13.07.1983, par. 7, 22, TEZCAN, s. 471.

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesinin kararı, medeni haklara ilişkin olarak olağan mahkemelerde görülen bir dava üzerinde belirleyici bir etkiye sahipse, Anayasa Mahkemesi önünde yapılan yargılamalar da 6. maddenin kapsamı içinde değerlendirilecektir. Ruiz-Mateos/İspanya davasında, Rumasa adlı şirketler grubunun kamulaştırılması ve sonrasında yapılan yargılamalar üzerine, şirket hissedarları adil yargılanma ve makul sürede yargılanma haklarının ihlali iddiası ile AİHM’e başvurmuştur. Başvurucular kamulaştırılan şirketlerinin iadesi için hukuk mahkemesinde dava açmış ve bu davada kamulaştırma ile ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM bu davada, hukuk mahkemesi ve Anayasa Mahkemesindeki yargılamaların konusu arasında yakın bir bağ olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, itiraz edilen hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali, hukuk mahkemelerin Ruiz-Mateos ailesinin taleplerini kabul etmesine neden olacaktır. Bu nedenle davada, 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanabileceğine karar vermiştir. *Ruiz-Mateos/İspanya*, Başvuru no. 12952/87, 23.06.1993, par. 59, 60.

<sup>40</sup> *Schuler-Zraggen/İsviçre* davası, malullük aylığı bağlanan başvurucunun, daha sonraki bir tarihte yapılan sağlık kontrolünden sonra malullük aylığının kesilmesi ve sonrasındaki yargısal süreç ile ilgilidir. AİHM daha önce verdiği kararlarında sosyal yardımların, 6. madde kapsamına girmediğine karar vermiştir. Ancak bu davada daha önce verdiği kararlara da atıf yaparak, üye devletlerin mevzuatlarının değişmesi ve eşit muamele ilkesi uyarınca, sosyal yardımlar da dâhil sosyal sigortaların tüm alanında 6. maddenin uygulanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, dava konusu uyumsuzluk kamu hukuku özellikleri taşımaktadır ancak başvuranın geçim kaynaklarına yönelik bir müdahale söz konusudur. Olayda başvurucu ile idari makamlar arasında sadece idari bir ilişki söz konusu değildir, başvurucunun bireysel ve ekonomik bir hak talebi vardır. Bu nedenle Mahkeme, 6. maddenin 1. fıkrasının bu davada uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. *Schuler-Zraggen/İsviçre*, Başvuru no. 14518/89, 24.06.1993, par. 8-22, 46. Aynı yönde bkz. *Salesi/İtalya*, Başvuru no. 13023/87, 26.02.1993, par. 17-19.

<sup>41</sup> Bu başvuruda, başvurucu askerliğe elverişli olmadığı halde, askerlik hizmeti yaptırılmasından dolayı uğradığı zararın tazmini için dava açmış, ancak bu dava süre aşımı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu bunun üzerine, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme’ye göre, “...devletin bir bireye, salt egemenlik yetkisini kullanarak tanıdığı hak ya da yüklediği yükümlülüklerin “medeni hak ve yükümlülük” kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir. AİHM de “medeni



hizmetini yaparken yaralanan bir kişinin açtığı tam yargı davasında, dava konusu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülükler içerisinde yer aldığını kabul etmiştir<sup>42</sup>.

### C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı

İnsan haklarına saygı ilkesinin gerçekleşmesi ve insan haklarının korunmasının sağlanması için, etkili yargısal yolların bulunması zorunludur. Hakkı ihlal edilen kişilerin mahkemeye erişim haklarının olması, bu kişiler için son derece önemli olduğu gibi, insan haklarının korunması ilkesinin de vazgeçilmez bir unsurudur<sup>43</sup>. Mahkemeye erişim hakkı genel olarak, bireylerin iddiaları hakkında karar verecek mahkemelerin bulunması ve bireylerin iddialarını mahkemeye sunabilme haklarının sağlanması olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda mahkemeye erişim hakkını, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olarak nitelendirmek mümkündür. Daha geniş anlamıyla mahkemeye erişim hakkı, sadece bir mahkemeye başvurmak değil, adil yargılamaya ilişkin standartlar ile uyumlu olarak yargılama yapılması ve karar verilmesi anlamına gelmektedir. Mahkemeye erişim hakkı dar anlamda, adli yardımdan yararlanma hakkı olarak da tanımlanabilir<sup>44</sup>. Yaygın anlamı ile mahkemeye erişim hakkı, yargısal koruma ile eşanlamlıdır. Buna göre, mahkemeye erişim, bağımsızlığı ve tarafsızlığı

---

hak” kavramının özel bir kişi olmaktan ziyade vatandaş olmanın bir gereği olarak bireyde var olan ve özü itibarıyla kamu hukukuna ilişkin bulunan hak ve yükümlülükleri içermediğini ifade etmektedir. Askerlik ve askere alma işlemleri de devletin egemenlik yetkisinin tezahürü olan ve müdahaleye kapalı bulunan çekirdek alanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda Anayasa’da vatandaşlık bağından kaynaklanan kamusal bir hak ve ödev olarak düzenlenen askerlik hizmetinin “medeni hak ve yükümlülük” kapsamında olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bir kişinin zorunlu askerlik hizmeti yükümlüsü olup olmadığı, kimlerin bu hizmeti yerine getirmekten muaf tutulacağı ya da muafiyet koşullarının ne olacağı, bu hizmetin hangi statüde ve ne kadar süre ile yerine getirileceği, askere sevk işlemlerinin hangi yöntem izlenerek ve ne şekilde yürütüleceği, bu süreçteki uygulamaların ne olacağı gibi meseleler özü itibarıyla askerlik hizmeti yapma yükümlülüğüne ilişkin olduğundan “medeni hak ve yükümlülük” kapsamında değildir” (*Yusuf Gürkan Başvurusu*, Başvuru no. 2014/11067, 18.10.2017, **RG** Tarih-Sayı: 24.11.2017, par. 35-38). Anayasa Mahkemesi’nin AİHM içtihatları ile aynı yöndeki başka bir kararı için bkz. *Kamil Koç Başvurusu*, Başvuru No. 2012/660, 07.11.2013.

<sup>42</sup> Buna göre, asker kişilerin, askeri idarenin eylem ve işlemlerinden doğan kişisel zararlarının tazminini medeni hak ve yükümlülükler içerisinde yer almaktadır. *Tanju Taş Başvurusu*, Başvuru No. 2014/9052, 11.12.2014, **RG** Tarih-Sayı: 12.05.2015-29353, par. 34.

<sup>43</sup> Mahkemeye erişim hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 8. maddesinde de düzenlenmiştir.

<sup>44</sup> FRANCIONI, s. 1. AYDIN, s. 272.

sağlanabilen ve hukuka uygun olarak oluşturulmuş bir mahkeme önünde çözüm arayabilme hakkıdır. Bu tanıma göre, mahkemeye erişim hakkı, hukuku uygulama ve yorumla gücüne ve sorumluluğuna sahip, yürütmeden bağımsız mahkemelerin varlığını gerektiren hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkelere dayanmaktadır<sup>45</sup>.

AİHM, mahkemeye erişim hakkını, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir<sup>46</sup>. Mahkemeye erişim hakkı 6. maddede açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte, birinci fıkradan bu sonucu çıkarmak mümkündür<sup>47</sup>. AİHM verdiği kararlarda, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin iddiaların mahkeme önüne getirilmesi hakkının, 6. maddenin 1. fıkrasında teminat altına alındığını belirtmiştir. Mahkeme *Golder/Birleşik Krallık* davasında verdiği kararda, 6. maddenin 1. fıkrasının yalnızca görülmekte olan bir davadaki usule ilişkin güvenceleri kapsamadığını, bu güvencelerden faydalanmanın temel şartı olan mahkemeye başvurma hakkını da kapsadığını kabul etmiştir. AİHM'ye göre, mahkemeye başvurma hakkı güvence altına alınmazsa, yargılamanın adil, aleni ve süratli olması gibi ilkelerin de hiçbir anlamı yoktur<sup>48</sup>. Ayrıca Mahkemeye göre, mahkemeye erişim hakkının yalnızca bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda bu hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi de gerekmektedir. Mahkemeye erişim hakkının etkili olabilmesi için, hakkı ihlal edilen bireylerin, açık ve elverişli bir imkâna sahip olmaları da gerekir<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> FRANÇIONI, s. 3

<sup>46</sup> Mahkeme'ye erişim hakkı temelde özel hukuk davaları ile idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanmakla birlikte, ceza davalarına ilişkin olarak da uygulanabilmektedir. Ancak mahkemeye erişim hakkı, mağdurlara sınırsız bir şekilde ceza davası açma hakkı tanımamaktadır. Mahkemeye erişim hakkı, mağdurun medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin bir iddiası olmadığı sürece, mağdura şahsi ceza davası açma imkânı tanımaz. Bu hak ayrıca, kamu davasına konu olabilecek bir suçun mağduruna, savcudan kamu davası açmasını isteme hakkı da tanımaz. TÜSİAD RAPORU, s. 25; İNCEOĞLU (2013), s. 216.

<sup>47</sup> Mahkemeye erişim hakkı ceza davalarına ilişkin olarak da uygulanabilmekle birlikte, çalışmanın konusu gereği bu hak medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak incelenmiştir.

<sup>48</sup> *Golder/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 4451/70, 21.02.1975, par. 35. Ayrıca bkz. AKTEPE ARTIK, s. 76-77; İNCEOĞLU (2013), s. 215; CLAYTON/TOMLINSON, s. 140-141; GÖLCÜKLÜ, s. 208.

<sup>49</sup> *Golder/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, cezaevinde bulunan bir mahkûmun, bir cezaevi yetkilisine iftira davası açmak için avukatı ile görüşmesine izin verilmemesi durumunda, 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Golder/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 4451/70,



AİHM kararları incelendiğinde, mahkemeye erişim hakkının temelde iki farklı açıdan değerlendirildiği görülmektedir. Mahkemeye erişim hakkı ilk olarak uyuşmazlığın bir mahkeme önüne ötürülebilmesini yani dava açma hakkının varlığını gerektirir. Dolayısıyla dava açma hakkını aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkına aykırı olacaktır. Mahkemeye erişim hakkının ikinci boyutu ise, mahkeme kararlarının uygulanmasına<sup>50</sup> yani hükmün icrasına ilişkindir<sup>51</sup>.

Dava açma hakkına yönelik sınırlamalar, doğrudan veya dolaylı olarak uygulanabilmektedir. Örneğin küçüklere, akıl hastalığı veya zayıflığı olanlara, hükümlülere yönelik sınırlamaların meşru bir amaca yönelik olduğu, AİHM tarafından kabul edilmektedir. Ancak meşru bir amaca yönelik bu sınırlamalar da hakkın özünü ortadan kaldırmamalı ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır<sup>52</sup>.

Dava açma hakkının önündeki ekonomik engeller<sup>53</sup>, yargılama usulünün karmaşık olması<sup>54</sup>, davaların sürüncemede kalması, hak

---

21.02.1975, par. 40. Başka bir davada AİHM, idari bir davaya itiraz etmek için başvurucuya açık, pratik ve etkili bir yol sağlanmadığı için, mahkemeye erişim hakkının olmadığına ve 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. *De Geouffre De La Pradelle/Fransa*, Başvuru no. 12964/87, 16.12.1992, par. 34-35. Ayrıca bkz. *Bellet/Fransa*, Başvuru no. 23805/94, 04.12.1995, par. 36.

<sup>50</sup> Yargı kararlarının uygulanmaması durumunda, mahkemeye erişim hakkının da bir anlamı olmayacaktır. AİHM, herhangi bir mahkeme tarafından verilen kararın icrasını, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmektedir. *Hornsby/Yunanistan*, Başvuru no. 18357/91, 19.03.1997, par. 40.

<sup>51</sup> Bu makalenin konusu ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı olarak belirlendiği için, çalışmamızda temelde dava açma hakkına yönelik sınırlamalar ile ilgili olarak açıklamalar yapılmış, mahkeme kararlarının uygulanmaması meselesine değinilmemiştir. Hükmün icrası hakkı için bkz. AKTEPE ARTIK, s. 156 vd.

<sup>52</sup> İNCEOĞLU (2013), s. 216.

<sup>53</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesi, ceza yargılaması alanındaki kanun yolu başvurularından harç alınmasını düzenleyen ve harcının ödenmemesi hâlinde temyiz incelemesinin yapılmamasına sebep olan bir kanun hükmünü iptal etmiştir. Mahkemeye göre, kanun koyucu yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınmasına ilişkin bir düzenleme yapabilir. Ancak bu tür düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, “harcın miktarının makul olması, harcın alınmasında haklı bir amacın olması, ulaşılmak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması ve ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması” gerekir. E. 2011/54, K. 2011/142, K.T. 20.10.2011, RG Tarih-Sayı: 29.12.2011-28157.

<sup>54</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesi, verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarına, kararın verildiği tarihten itibaren iki hafta içinde itiraz edilebileceğini öngören kanun hükmünü, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme kararında, “dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilebilmesi için kararın verildiği tarih esas alınarak tebliğ veya tefhim öngörmeyen kuralın, mahkemeye ulaşmada

düşürücü sürelerden kaynaklanan bazı sorunları da dolaylı engeller arasında değerlendirmek mümkündür. Dava açma hakkının önündeki ekonomik engellerin başında ise, avukat yardımından faydalanamama, yargılama harçlarının yüksek olması ve adli yardıma ilişkin uygulamaların yetersizliği örnek gösterilebilir<sup>55</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir, bu hak doğası gereği devlet tarafından düzenlenmeyi zorlu kılar. Dolayısıyla bu hak, toplumun ve bireylerin ihtiyaç ve kaynaklarına, zamana ve mekâna göre değişebilen düzenlemeleri gerektirir. Sözleşmeciler devletler, bu düzenlemeleri yaparken belli bir takdir payına sahiptir. Ancak bu sınırlamaların, bireylerin erişim hakkının özüne zarar verecek bir şekilde veya ölçüde olmaması gerekir. Ayrıca sınırlamaların 6. maddenin birinci fıkrasına uygun olması için, meşru bir amaca yönelik olması ve ulaşılmak istenilen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir oranın bulunması gerekir<sup>56</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ise mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olarak nitelendirilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre mahkemeye erişim hakkı; adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen ve bireylerin iddia ve savunmalarını, yargı mercilerinde ileri sürebilmelerine ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmelerine imkân sağlayan bir haktır<sup>57</sup>. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren,

---

açık ve pratik bir imkân" sunmadığını kabul etmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, hukuk yargılamasında yetkisizlik ve görevsizlik kararlarının, taraflardan birinin ya da her iki tarafın yokluğunda veya mahkeme tarafından taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden verilebileceğini belirtmiştir. Bu şekilde verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının tebliğ veya tefhim edilmesi şartı da aranmadığından, tarafların verilen kararları öğrenme imkânı son derece sınırlı olmaktadır. Mahkemeye göre, "bu hallerde verilen kararı öğrenme imkânı olmayan tarafın, dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etme imkânı da bulunmayacaktır". E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 10.2.2016, RG Tarih-Sayı: 23.2.2016 – 29633.

<sup>55</sup> İNCEOĞLU (2013), s. 216-217.

<sup>56</sup> *Ashingdane/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 8225/78, 28.05.1985, par. 57; CLAYTON/TOMLINSON, s. 141.

<sup>57</sup> Anayasa Mahkemesine göre; "kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir". E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 10.2.2016, RG Tarih-Sayı: 23.2.2016 – 29633.

bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilecektir<sup>58</sup>. Anayasa Mahkemesi dava açma hakkını aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek düzenlemeleri, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur<sup>59</sup>. Yine Mahkeme'ye göre bu hak devlete, “etkili yargısal başvuru yolu oluşturma ödevi yüklemektedir”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> *Tanju Taş Başvurusu*, Başvuru No. 2014/9052, 11.12.2014, **RG** Tarih-Sayı: 12.05.2015-29353, par. 36.

<sup>59</sup> Daha önce de belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi de “bir uyumsuzluğu bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürme” hakkını mahkemeye erişim hakkının bir unsuru olarak nitelendirmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararına konu olan dava konusu kurala göre, Başbakan ve İçişleri Bakanı tarafından üst düzey komutanların soruşturulmalarıyla ilgili verdikleri kararlar aleyhine Cumhurbaşkanı'na itiraz edilebilmektedir. Bu kural, Cumhurbaşkanı'nın itiraz makamı olarak verdiği kararlara karşı da yargı yolunu kapatmaktadır. Anayasa Mahkemesi itiraz üzerine verilen kararların Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler arasında olmadığını tespit ettikten sonra, bu kararların yargı denetimi dışında tutulmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Mahkeme, “ilgililer yönünden yargı yolunu kapatarak mahkemeye erişim hakkını engelleyen dava konusu” kuralın hak arama özgürlüğüne de aykırı olduğuna karar vermiştir. **E.** 2014/89, **K.** 2015/3, **K.T.** 14.1.2015, **RG** Tarih-Sayı: 24.6.2015-29396.

<sup>60</sup> Anayasa Mahkemesi bir davada, mahkemeye erişim hakkının yalnızca bulunmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda etkili olması gerektiği gerekçesi ile dava konusu kuralı iptal etmiştir. Bu davada, kamulaştırmaz el atma işlemleri ile ilgilidir. Kamulaştırmaz el atma sürecinde, malikin teklif edilen bedeli düşük bulması durumunda yargı yoluna başvurması mümkündür. Böyle bir davada, davacının, “idarenin daha önce belirlediği hisse bedelini sorgulaması ve bunu yargı organları nezdinde tartışma konusu yapması mümkün değildir. İdarenin yıllar önce belirlediği hisse bedelinin doğru olduğu kabul edilerek, buna sadece faiz işletilmek suretiyle tazminat miktarı saptanmaktadır. ...Dava konusu kural, idarece takdir edilen bedelin uygulama tarihi itibarıyla da doğru olup olmadığının sorgulanmasını ve açılacak davada bunun tartışma konusu yapılmasını engellemektedir. Bu durum, davada taşınmazın gerçek değerinin tespitini imkânsız hâle getirdiğinden ve ayrıca davacının başarı şansını zayıflattığından adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir”. **E.** 2013/95, **K.** 2014/176, **K.T.** 13.11.2014, **RG** Tarih-Sayı: 13.3.2015-29294. Anayasa Mahkemesine göre, mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği ancak mahkemeye erişim hakkının varlığı hak arama özgürlüğünü gerçekleştirmek için yeterli değildir. Şekli olarak dava açma hakkı tanıyan ancak mahkemeye erişimi etkisiz hale getiren ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde zorlaştıran düzenlemeler hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Anayasa Mahkemesi, idari para cezaları ile ilgili olarak itiraz yolu ile önüne gelen bir davada, bireyleri idari para cezasına karşı dava açma hakkından caydırıcı nitelikte olan bir kuralı iptal etmiştir. “5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin beşinci fıkrasında, idarî para cezalarının Sosyal Güvenlik Kurumuna itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçünün tahsil edileceği ve peşin ödemenin idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceği” düzenlenmiştir. Ancak peşin ödeme sonrasında, “idarî para cezasına karşı idareye itiraz veya yargı yoluna başvurulması ve bu başvurunun reddine karar verilmesi durumunda, daha önce tahsilinden vazgeçilmiş olan dörtte birlik ceza tutarının tahsil edileceği” öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, dava konusu

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, “bir uyuşmazlığı bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürme”nin yanı sıra “mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme”yi de mahkemeye erişim hakkının bir unsuru olarak nitelendirmiştir<sup>61</sup>.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasada adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme’nin 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir<sup>62</sup>. Anayasa Mahkemesi, 36. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemesi sebebiyle, hak arama özgürlüğünün ve mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı meselesini de değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, bu hak mutlak bir hak değildir, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları vardır. Ayrıca yine Mahkemeye göre, “hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir<sup>63</sup>”. Ancak, bu sınırlamalar

---

kural nedeniyle bu tür cezalara karşı hak arama hürriyetini kullanan kişilere bir tür yaptırım uygulandığı, kuralın bireyleri itiraz veya dava yoluna başvurmadan caydırdığı gerekçelerine dayanmıştır. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/40, K. 2013/139, K.T. 28.11.2013, RG Tarih-Sayı: 09.05.2014-28995.

<sup>61</sup> “Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır”. E. 2014/92, K. 2016/6, K.T. 28.01.2016, par. 12 ve par. 109, RG Tarih-Sayı: 03.03.2016-29642. Anayasa Mahkemesinin benzer kararları için bkz., E. 2015/25, K. 2015/81, K.T. 10.9.2015, RG Tarih-Sayı: 21.10.2015-29509; E. 2014/194, K. 2015/55, K.T. 17.06.2015, RG Tarih-Sayı: 26.6.2015-29398; E. 2014/89, K. 2015/3, K.T. 14.1.2015, RG Tarih-Sayı: 24.06.2015-29396.

<sup>62</sup> *Tanju Taş Başvurusu*, par. 31; *Ertuğrul Dalbaş Başvurusu*, Başvuru No. 2014/7805, K.T. 25.10.2017, RG Tarih-Sayı: 23.11.2017-30249, par. 49; *Yaşar Çoban Başvurusu*, Başvuru no. 2014/6673, 25.07.2017, RG Tarih-Sayı: 29.09.2017-30195, par. 54; *Yusuf Gürkan Başvurusu*, Başvuru no. 2014/11067, 18.10.2017, RG Tarih-Sayı: 24.11.2017, par. 31.

<sup>63</sup> “Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır”. E. 2014/112, K. 2014/203, K.T. 25.12.2014, RG Tarih-Sayı: 21.5.2015-29362. Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkı ile ilgili bireysel başvuru kararlarında da bu ifadeleri kullanmış olmakla birlikte, temel hak ve hürriyetler yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Bir hak veya hürriyet için geçerli olan sınırlama sebebinin başka bir hürriyet için uygulanabilmesi mümkün değildir. Anayasada sınırlama sebebi belirtilmeyen özgürlüklere ilişkin sınırlamalar, objektif sınırlar içerisinde kaldığı sürece anayasaya uygundur. Sınırlama sebebi olmayan bir hürriyetin bunun dışındaki bir gerekçe ile sınırlanabilmesi de mümkün görünmemektedir (Sınırlama sebebi öngörülmemen özgürlükler ile ilgili olarak bkz. ATAR, s. 142). Bu tür davalarda mahkemeye erişim hakkı veya adil yargılanma hakkı ile ilgili

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz<sup>64</sup>. Dolayısıyla getirilecek sınırlandırmaların, “hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması” gerekir<sup>65</sup>.

olabilecek başka bir maddeye dayanılması şüphesiz mümkündür. Örneğin Anayasanın 40., 125. ve 138. maddeleri adil yargılanma hakkı ile ilgili kurallar içermektedir, ancak bu maddelerdeki sınırlamalar sadece bahsedilen maddeler için geçerlidir. Anayasa Mahkemesi sınırlama sebebine yer verilmeyen hürriyetlere ilişkin kararlarında genellikle “doğal sınırlar” kavramına dayanmaktadır. (Aynı yönde kararlar için bkz. E.2010/83, K.2012/169, K.T. 01.11.2012, **RG** Tarih-Sayı: 22.02.2013-28567; *Esra Nur Özbey Başvurusu*, Başvuru No. 2013/7443, 20.05.2015, **RG** Tarih-Sayı: 10.08.2015-2944, par. 71. *Tanju Taş Başvurusu*, Başvuru No. 2014/9052, 11.12.2014, **RG** Tarih-Sayı: 12.05.2015-29353, par. 54. *Ahmet Raha Pakkan Başvurusu*, Başvuru No: 2014/17994, 10.01.2018, **RG** Tarih-Sayı: 09.02.2018-30327. *Yusuf Bilin Başvurusu*, Başvuru No. 2014/14498, 26.12.2017, **RG** Tarih-Sayı: 21.02.2018-30339, par. 53).

<sup>64</sup> Örneğin Anayasa Mahkemesi, Orman Kadastro Komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresinin, askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken otuz güne düşürülmesini, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, “kadastro çalışmalarının hızlanmasını ve bir an önce sonuca bağlanmasını sağlamak gibi kamu yararı taşıyan meşru bir amaçla ilan ve buna bağlı olarak dava açma sürelerinin sınırlanması ulaşılmak istenilen amaca gerçekleştirmek için hem gerekli hem de elverişlidir”. Mahkeme ayrıca, kadastro mahkemelerinde açılacak davalar için otuz gün, genel yetkili mahkemelerde açılacak davalar için ise on yıllık zamanaşımı sürelerinin bulunduğunu ve bunun dava açma hakkını aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek kadar kısa olmadığını belirtmiştir. “Bu nedenle hak sahiplerinin dava açma haklarını kullanabilmeleri bakımından ölçülü ve bir an önce haklarına kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, bu kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin korunmasını sağlamaya elverişlidir”. E. 2014/92, K. 2016/6, K.T. 28.01.2016, par. 12 ve par. 109, **RG** Tarih-Sayı: 03.03.2016-29642. İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne giden başka bir davada, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 393. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “verildiği tarihten itibaren” ibaresinin iptali talep edilmiştir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde uygulanması talep edilmezse, tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Burada ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını istemek için öngörülen bir haftalık süre, kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren değil, mahkemece verildiği tarihten itibaren başlatılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu kuralın mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, müdahaleyi ölçülülük ilkesine ve öze dokunma yasağına aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, davacının davasının özenle takip yükümlülüğü vardır ayrıca tedbir kararının uygulanmasının süresi içinde istenmemesi halinde de yeniden tedbir talebinde bulunmak mümkündür. Bu kararda Celal Mümtaz Akıncı'nın sunduğu karşı oy gerekçesinde, iptali istenilen kural ile öngörülen usulün karmaşık olduğu, yeniden tedbir talebinde bulunmak için tekrar harç yatırmanın gerekli olduğu konuları üzerinde durulmuştur. E. 2014/112, K. 2014/203, K.T. 25.12.2014, **RG** Tarih-Sayı: 21.5.2015-29362.

<sup>65</sup> *Tanju Taş Başvurusu*, par. 37. Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, karar düzeltme isteminin reddedilerek başvuru aleyhine 203,00 TL para cezasına hükmedilmesinin, başvuru için ağır bir yük olmadığına karar vermiştir. “Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin füzuli yere meşgul edilmeksizin

## II. AİHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE MEDENİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN DAVALARDA ÜCRETSİZ AVUKAT YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI

Daha önce de belirtildiği gibi, avukat yardımından ücretsiz bir şekilde faydalanma hakkı, AİHS'nin 6. maddesi ile bir suç ile itham edilen kişilere tanınmıştır. AİHM'e göre de Sözleşmeye taraf devletlerin, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin tüm uyuşmazlıklarda, adli yardım sağlamak yönünde bir yükümlülükleri yoktur<sup>66</sup>. Ancak AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkının tanınmasını, bazı durumlarda mahkemeye erişim hakkı kapsamında görerek kabul etmektedir. Buna göre, devletlerin iç hukukları tarafından avukat ile temsilin zorunlu kılınması<sup>67</sup> ya da davanın veya usulün karmaşıklığı sebebiyle bu tür yardımların yapılmamasının mahkemeye etkili erişimi engellemesi söz konusu ise, Devlet adli yardım sağlamak zorundadır<sup>68</sup>. Ücretsiz avukat yardımının sağlanmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul edebilmenin ön şartı ise, iç hukukta ücretsiz avukat yardımı talebinin yargı organlarına iletilmiş olmasıdır<sup>69</sup>.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda avukat yardımından ücretsiz bir şekilde yararlanma hakkının açıklanması için, Airey/İrlanda kararının incelenmesi gerekmektedir<sup>70</sup>. Bu davada AİHM, ayrılık

---

uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla karar düzeltme istemlerinin reddi halinde uygulanan ve yüksek miktarda olmayan cezalar başvuru üzerinde aşırı bir yük oluşturmadığı gibi, bu yola başvurulmasını imkânsız hale getirmediği veya aşırı derecede zorlaştırmadığından mahkemeye erişim hakkının ihlali iddiası kabul edilemez". *Faik Gümüş Başvurusu*, Başvuru no. 2012/603, 20.02.2014, par. 36.

<sup>66</sup> *Bertuzzi/Fransa*, Başvuru no. 36378/97, 13.02.2003, par. 23.

<sup>67</sup> *Aerts/Belçika*, Başvuru no. 25357/94, 30.07.1998, par. 60.

<sup>68</sup> *Airey/İrlanda*, par. 26.

<sup>69</sup> *Melek Sima Yılmaz/Türkiye*, Başvuru no. 37829/05, 30.09.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124049>, erişim 22.05.2017.

<sup>70</sup> Bu davaya konu olan olayları şu şekildedir: İrlanda vatandaşı olan Bayan Airey, 1953'te evlenmiştir ve başvuru tarihinde dört çocuğu vardır. Komisyon raporunun kabul edildiği sırada devletten işsizlik yardımı almakta olan başvuru, Temmuz 1978'den itibaren çalışmaya başlamıştır. Haftalık kazancı Aralık 1978'de 39.99 İrlanda Lirasıdır. 1974'te kocasından haftalık 20 lira nafaka almaya başlamış, bu miktar 1977'de 27 lira, 1978'de 32 liraya çıkarılmıştır. Ancak 1978'de kamyon şoförü olarak çalışan kocası işini kaybettiği için bu nafakayı ödemeyi durdurmuştur. Bayan Airey, kocasının alkolik olduğu, kendisini sık sık

davasında avukat yardımından faydalanamayan başvuruçunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dava konusu olayda Başvuruçucu (Bayan Airey), kocasının kendisine ve çocuklarına fiziksel ve psikolojik şiddet uyguladığı gerekçesiyle İrlanda Yüksek Mahkemesinden resmi ayrılık kararı almaya çalışmıştır<sup>71</sup>. Başvuruçucu, bu süreçte adli yardım sistemi olmadığı ve avukat tutmak için gerekli masrafları karşılayamayacak durumda olduğu için, başarısız olmuştur. Bu dönemde İrlanda’da, resmi ayrılık kararı yalnızca Yüksek Mahkeme tarafından verilebilmektedir. Yüksek Mahkeme’de, tarafların davlarını bizzat veya bir avukat aracılığı ile yürütebilmesi mümkündür. Ancak AİHM’in<sup>72</sup> 1972 Ocak ayından 1978 Aralık ayına kadar olan süreçte İrlanda’da başlatılan 255 ayrılık işleminin istisnasız her birinde başvuranların bir avukat tarafından temsil edildiğini tespit etmiştir<sup>73</sup>.

tehdit ettiği, fiziksel şiddet uyguladığı iddiasıyla, Ocak 1972’de dava açmıştır. Cork Şehri Bölge Mahkemesi, Bay Airey’i müessir fiilden suçlu bulmuş ve para cezasına çarptırmıştır. Haziran ayında kocası ortak ikametgâhı terk etmiş ve bir daha dönmemiştir (par. 8). Bayan Airey, 1971 yılında kocası ile bir ayrılık anlaşmasına varmaya çalışmış, ancak kocası bu anlaşmayı imzalamayı reddetmiştir. Haziran 1972’de Bayan Airey kocasının kendisine ve çocuklarına fiziksel ve psikolojik şiddet uyguladığı gerekçesiyle resmi ayrılık kararı almaya çalışmış ve bu amaçla birkaç avukata danışmıştır. Başvuruçucu, bu süreçte adli yardım sistemi olmadığı ve avukat tutmak için gerekli masrafları karşılayamayacak durumda olduğu için, başarısız olmuştur. Bayan Airey 1976’da evliliğinin feshi için dini mahkemeye başvurmuştur. Bayan Airey’in bu fesih talebi, Mahkeme’ye başvuru tarihi itibarıyla sonuçlanmamıştır. Bu talep kabul edilse bile verilecek karar, Başvuruçunun medeni durumunu etkileyecek nitelikte değildir (par. 9).

<sup>71</sup> İrlanda’da o dönemde bazı şartlar altında bir evliliğin başlangıçtan itibaren hükümsüz ve geçersiz olduğuna Yüksek Mahkeme tarafından karar verilebilmesine rağmen, evliliğin sona ermesi anlamında boşanma yoktur. Nitekim o tarihte Anayasanın 41.3.2. maddesinde “Bir evliliğin feshini kabul eden hiçbir kanun yasalaştırılamaz” hükmü vardır. Ancak karı/koca ya yasal olarak bağlayıcılığı olan ve aralarında akdettikleri bir ayrılık sözleşmesi ya da mahkeme tarafından verilen resmi ayrılık kararı ile birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Bu durum, İrlanda’da boşanmanın bir çeşidi olarak bilinen “mensa et thoro” olarak da adlandırılmaktadır. Bu kararın evliliğin hukuki varlığı üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bu karar yalnızca, başvuran kişinin evlilik ile ilgili zina, işkence veya doğal olmayan uygulamalar gibi üç suçtan birini kanıtlaması halinde verilebilir. Ayrıca Miras Kanununun 120 (2) maddesi gereğince, aleyhine yargısal ayrılık kararı verilen eş, diğer eşin malvarlığı üzerinde mirasçılık haklarını kaybeder (par. 10).

<sup>72</sup> 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 11. Ek Protokolle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı yerine, tam zamanlı çalışan bir mahkeme oluşturulmuştur (GÖZLER, s. 497). Airey kararının verildiği tarihte, Komisyon ve Divan şeklinde bir ayırım yapılırken, 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesi ile, AİHM olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Ancak, çalışmamızda kavram birliğinin sağlanması açısından “Divan” kavramı yerine “Mahkeme” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>73</sup> *Airey/İrlanda*, par. 11.



Ayrıca İrlanda Yüksek Mahkemesi'ndeki yargılama masrafları, başvuru kişinin ekonomik durumuna göre oldukça yüksektir<sup>74</sup>. Bu tarihlerde İrlanda'da özel hukuk davaları için adli yardım sistemi de bulunmamaktadır<sup>75</sup>.

Bu davada başvuru, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemeye erişim hakkını düzenleyen, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Başvuru, dava maliyetlerinin aşırı yüksek olması sebebiyle, ayrılık davası açmak için Yüksek Mahkeme'ye başvurmadan önceki usul işlemlerini yapmadığını ve bunun 6. maddenin birinci fıkrasının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür<sup>76</sup>. Mahkeme ise dava konusunun “medeni hak ve yükümlülükler” kapsamında olduğunu tespit ettikten sonra mevcut davada 6. maddenin birinci fıkrasının uygulanabileceğine karar verilmiştir. Mahkeme'ye göre, 6. maddenin 1. fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili herhangi bir iddiası hakkında mahkeme veya hâkim huzurunda dava açma hakkını korur. 6. maddenin 1. fıkrasına göre, Bayan Airey'in, ayrılık kararı alınması yönünde dilekçe vermek için Yüksek Mahkemeye erişme hakkı vardır<sup>77</sup>.

Bu iddialar karşısında Hükümet, başvuru kişinin ayrılık kararından hiçbir yarar sağlayamayacağını<sup>78</sup> ve başvuru kişinin avukat yardımı olmadan Yüksek Mahkeme'ye başvuru hakkının olduğunu ileri sürmüştür. AİHM ise, başvuru kişinin Yüksek Mahkeme önüne bir avukatın yardımı

<sup>74</sup> Komisyon 9 Mart 1978 tarihli raporunda, mahkeme masraflarının ihtilafsız davalarda yaklaşık £500- £700, ihtilafli davalarda ise £800 - £1.200 arasında olduğunu, tam miktarın ise tanıkların sayısı ve sorunun içerdiği karmaşıklık gibi bazı faktörlere bağlı olduğunu belirtmiştir. Ancak davacı eşin davayı kazanması halinde, davacının usulüne uygun olarak yaptığı ve makul olan tüm masrafların davalı tarafından ödemesine hükmedilmektedir (*Airey/İrlanda*, par. 11).

<sup>75</sup> Ancak 22 Şubat 1979 tarihindeki oturumda Hükümetin avukatı, Hükümetin kural olarak aile hukuku konularında hukuki yardım verilmesi konusunda karar aldığını ifade etmiştir. Hükümet ayrıca, 1979 yılı bitmeden gerekli tedbirlerin alınmasının planlandığını Mahkemeye bildirmiştir (*Airey/İrlanda*, par. 11).

<sup>76</sup> *Airey/İrlanda*, par. 20.

<sup>77</sup> *Airey/İrlanda*, par. 22.

<sup>78</sup> Mahkeme'ye göre, ayrılık davası İrlanda Hukuku tarafından kabul edilen hukuki bir yoldur ve bu yol için öngörülen bütün şartları yerine getiren herkes için kullanılabilir olmalıdır. Hangi hukuki yolu seçeceğine birey karar verir. Sonuç olarak, Bayan Airey'in özel şartları açısından değerlendirildiğinde, tercih ettiği hukuki başvuru yolunun, diğer başvuru yollarına nazaran uygun bir yol olup olmadığının önemi yoktur (*Airey/İrlanda*, par. 23).



olmaksızın çıkma hakkının olmasının yeterli olmadığı görüşündedir. Mahkemeye göre<sup>79</sup>; “Sözleşmede hakları teorik veya hayali değil, pratik ve etkili korumak amaçlanır. Bu durum adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda sahip olduğu önem dikkate alındığında, mahkemeye erişim hakkı için özellikle geçerlidir. Bu nedenle Bayan Airey’in avukat yardımı olmadan yüksek Mahkeme huzuruna çıkmasının, davasını yeterli ve uygun bir şekilde sunmasında etkili olup olmadığı saptanmalıdır”. Mahkeme başvurusunun kocasının avukatla temsil edilirken, kendisinin avukatının olmamasını onun için bir dezavantaj olarak görmüştür. Mahkeme Airey kararında ayrıca, 1972-1978 yılları arasında İrlanda’da benzer davaların istisnasız hepsinde davacıların avukat ile temsil edildiğini tespit ederek, avukat ile temsil edilmeyen başvurusunun, mahkemeye erişim hakkından etkili bir şekilde faydalanamadığına karar vermiştir<sup>80</sup>.

AİHM’e göre, mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanması için bazı durumlarda devletlerin pasif kalmaması, hakkın gerçekleşmesi için pozitif bir tutum sergilemesi gerekmektedir. AİHM, devletlerin hakkın gerçekleşmesi için pozitif bir tutum sergilemesi gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır<sup>81</sup>: “Hükümet bu davanın Golder davasından farklı olduğunu ileri sürmüştü, Golder davasında başvurusunun Bakanlığın bir kararı nedeniyle avukata danışmasının devlet tarafından engellendiğini ve bu nedenle mahkemeye erişim hakkından alıkonulduğunu belirtmiştir. Hükümet devamında mevcut davadakinin aksine Devlettten kaynaklanan bir yasağın ve erişimi engellemek için devlet tarafından kasıtlı bir girişim bulunmadığını; iddia edilen mahkemeye erişim eksikliğunün yetkili makamların herhangi bir hareketinden kaynaklanmadığını fakat yalnızca Bayan Airey’in kişisel durumundan kaynaklandığını, Sözleşme uyarınca İrlanda’nın sorumlu tutulabileceği bir konu olmadığını iddia etmiştir. İki davanın olayları arasındaki bu farka rağmen, Mahkeme Hükümet ile aynı fikirde değildir. Öncelikle, olaydaki engelleme de tıpkı hukuki bir engel gibi sözleşmeyi ihlal edebilir... Ayrıca, Sözleşmede düzenlenen ödevlerin yerine getirilmesi için, Devlet tarafından bazı tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu tür durumlarda, Devlet basit bir şekilde pasif

---

<sup>79</sup> Airey/İrlanda, par. 24.

<sup>80</sup> Bkz. Airey/İrlanda, par. 24.

<sup>81</sup> Airey/İrlanda, par. 25.

kalamaz, devletin ‘ihmalî’ ve ‘faaliyeti’ arasında bir ayırım yapılmaz. Mahkemelere erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanması yükümlülüğü bu tür bir yükümlülüktür”.

Mahkeme bu tür davalarda, davalarını bizzat yürüten kişilere karşı mahkemenin tutumunu da değerlendirmektedir. Ancak hâkimlerin, avukatla temsil edilmeyen bireylerin davalarında daha özenli veya dikkatli davranması da her durumda yeterli olmayacaktır. Mahkeme, temelde usulün karmaşıklığı, yargılama masraflarının yüksekliği ve ispat araçlarının çeşitliliği gibi hususlar açısından mahkemeye erişimin etkililiğini tartışmaktadır. Airey/İrlanda kararında Mahkeme, bu nitelikteki bir uyuşmazlıkta, davalarını bizzat yürüten kişilere hâkimler yardım etse bile, başvuruçunun kendi davasını etkili bir biçimde savunabileceğini düşünmenin gerçekçi olmayacağını belirtmiştir. Zira, Yüksek Mahkeme huzurunda temsil edilebilmek için ödenecek ücretlerin yüksek olması ve dava açmadaki usul işlemlerinin oldukça karmaşık olması sebebiyle, Yüksek Mahkeme’ye erişim oldukça zordur<sup>82</sup>.

Bu davada tartışılması gereken bir diğer konu da İrlanda Hükümetinin ileri sürdüğü bir itiraza ilişkindir. Hükümete göre, medeni haklar ile ilgili bütün davalarda devletin ücretsiz yasal yardım sağlaması mümkün değildir. Ayrıca Hükümete göre “Sözleşme, Sözleşmeci devletlerde sosyal ve ekonomik gelişmeleri sağlamak amacıyla yorumlanamaz”<sup>83</sup>. Ancak Mahkeme bu

<sup>82</sup> İrlanda’da ayrılık kararına, usulün oldukça basit olduğu Yerel Mahkemelerce hükmedilememekte, bu karar usulün daha karmaşık olduğu Yüksek Mahkeme tarafından verilmektedir. İrlanda aile hukuku uzmanı Alan J. Shatter’e göre, Yüksek Mahkeme huzurunda temsil edilebilmek için ödenecek ücretlerin yüksek olması ve dava açmadaki usul işlemlerinin oldukça karmaşık olması sebebiyle, Yüksek Mahkeme’ye erişim oldukça zordur. Dahası bu tür davalar karmaşık hukuki hususlar içermesine ek olarak, zinanın, doğal olmayan uygulamaların veya somut olaydaki gibi eziyetin kanıtlanması gerekir. Bu tür iddiaları ispatlamak için, bilirkişi delili sunmak zorunlu olabilir, tanık bulmak, çağırarak ve sorgulamak gerebilir. Bu sebeple Mahkeme, Bayan Airey’in durumundaki bir insanın kendi davasını etkili bir şekilde yürütemeyeceği görüşündedir. İrlanda’da 1972 Ocak ayından 1978 Aralık ayına kadarki süreç içinde başlatılan ayrılık davası işlemlerinin istisnasız hepsinde başvuranların bir avukat tarafından temsil edilmesi, bu görüşü doğrular niteliktedir. Bu gerekçelerle Mahkeme’ye göre, Başvuruçunun Yüksek Mahkeme huzuruna bizzat çıkma ihtimalinin olması, mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde sağlamada yeterli değildir. Bundan dolayı Mahkeme, Yüksek Mahkeme’ye başvuru yolunun, 26. madde belirtilen etkili bir iç hukuk yolu olmadığı sonucuna ulaşmıştır” (*Airey/İrlanda*, par. 24).

<sup>83</sup> “Hükümete göre, medeni haklar ile ilgili bütün davalarda devletin ücretsiz yasal yardım sağlaması mümkün değildir. Gerçekte ücretsiz yasal yardım Sözleşmenin ceza soruşturması ile ilgili olan ve kendisi de sınırlı olan 6. maddesinin 3(c) fıkrasında açıklanmıştır. Ayrıca

görüşe katılmamıştır: “Mahkemeye sosyal ve ekonomik hakların daha fazla gerçekleştirilmesinin, söz konusu devletlerin -özellikle mali durumlarına geniş ölçüde bağlı olduğunun farkındadır. Öte yandan Sözleşme bugünün şartları ışığında yorumlanmalıdır ve Sözleşme ilgilendiği alanlar söz konusu olduğunda gerçek ve pratik bir yolla bireyi korumak için tasarlanmıştır. Sözleşme aslında medeni ve siyasi hakları düzenlemiş olmakla birlikte, bunların sosyal ve ekonomik sonuçları olması da kaçınılmaz bir durumdur. Bu nedenle Komisyon gibi Mahkeme de Sözleşmeyi yorumlarken sosyal ve ekonomik haklar alanına girileceği endişesinin belirleyici bir faktör olmaması gerektiğini düşünmektedir. Zira Sözleşmenin kapsadığı konular ile sosyal ve ekonomik haklar alanını ayıran kesin çizgiler yoktur”<sup>84</sup>.

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda mahkemeye etkili erişim hakkını düzenlemekle birlikte, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların tercihini Taraf Devletlere bırakmaktadır. Örneğin Mahkemeye göre, “İrlanda’da aile hukuku alanında oluşturulması öngörülen adli yardım kurumu, bu araçlardan birini oluşturur. Fakat yargılama usulünün basitleştirilmesi gibi başka yollar da vardır”<sup>85</sup>.

AİHM’e göre, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı, mutlak değildir. Bu tür davalarda, adli yardım verilmesi konusunda devletler bazı şartlar belirleyebilir. Steel ve Morris/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, üye devletlerin, davacının maddi durumu veya dava sürecindeki başarı olasılığı ile ilgili şartlara bağlı olarak adli yardımı düzenleyebileceğini belirtmiştir<sup>86</sup>. Ancak avukat ile

---

komisyonun yürürlükteki içtihatlarına göre 6. maddenin 1. fıkrası böyle bir ücretsiz yasal yardım hakkını garanti etmez. Hükümet ayrıca, İrlanda’nın Sözleşmeyi onaylandığı zaman ceza yargılamalarındaki hukuki yardım yükümlülüğünün sınırlandırılması amacıyla, 6. maddesinin 3(c) fıkrasına çekince koyduğunu belirtmiştir. Bu nedenle Hükümet, hukuk davalarında da hukuki yardım sağlama yükümlülüklerinin evleviyetle bulunmadığını ileri sürmüştür. Sonuç olarak Hükümete göre Sözleşme, Sözleşmeciler devletlerde sosyal ve ekonomik gelişmeleri sağlamak amacıyla yorumlanamaz” (*Airey/İrlanda*, par. 26).

<sup>84</sup> *Airey/İrlanda*, par. 26.

<sup>85</sup> Herhangi bir olayda, alınması gereken önlemleri devletlere dayatmak bir yana, işaret etmek bile Mahkemenin görevi değildir. Sözleşme sadece, bireylerin 6. maddenin 1. fıkrasına aykırı olmamak şartıyla, mahkemeye etkili erişim hakkından yararlanmasını gerektirir. Bu nedenle 24. paragrafın sonunda görünen sonuç, medeni haklar ile ilgili her uyumsuzluk için ücretsiz yasal yardım sağlanması zorunluluğunu içermez” (*Airey/İrlanda*, par. 26).

<sup>86</sup> *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 68416/01, 15.05.2005, par. 62. AİHM, adli yardım talebinin temyiz başvurusunun ciddi bir temeli bulunmadığı gerekçesiyle

temsil zorunluluğunun bulunduğu bir davada, avukat yardımı sunarken davanın başarı ihtimalinin değerlendirilmesi yerinde değildir<sup>87</sup>.

AİHM'e göre, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda, ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkından bahsedilebilmesi için, şartların tamamının göz önünde bulundurulması gerekir. Mahkemeye göre, adil yargılanma hakkının varlığı için adli yardımın gerekli olup olmadığı konusu, her davanın kendine özgü şartlarına göre değerlendirilmelidir. Adli yardımın zorunlu olup olmadığı konusu değerlendirilirken, ilgili hukukun ve usulün karmaşıklığı, başvuranın kendisini temsil etme kapasitesi, konunun başvuran açısından taşıdığı önem gibi konular da göz önünde bulundurulmalıdır<sup>88</sup>. Örneğin *McVicar/Birleşik Krallık* davasında AİHM, Airey kriterlerini uygulamış, ancak başvurunun iyi eğitilmiş ve deneyimli bir gazeteci olması, yargılama usulünün karmaşık olmaması gibi sebeplerle, başvurucuya adli yardım yapılmamasını 6. maddenin 1. fıkrasına aykırı bulmamıştır<sup>89</sup>. *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* davası ise, ünlü bir hazır yemek zinciri şirket hakkında ciddi suçlamalara yer veren bir broşür dağıtan başvuru hakkında açılan hakaret davası ile ilgilidir. Mahkeme bu davada başvuruçulara adli yardım verilmemesini, davanın oldukça karmaşık olduğu ve hukuki yardımdan faydalanma konusunda taraflar arasında önemli bir eşitsizlik bulunduğu gerekçeleriyle,

---

reddedilmesinin, 6. maddenin 1. fıkrasını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. *Essadi/Fransa*, Başvuru no. 49384/99, 26.02.2002, (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=2752>, erişim 22.05.2017).

<sup>87</sup> Aerts/Belçika, Başvuru no. 25357/94, 30.07.1998, par. 60.

<sup>88</sup> *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 68416/01, 15.05.2005, par. 61.

<sup>89</sup> Bu davaya konu olan olaylar kısaca şu şekildedir: Gazeteci olan başvuruçucu bir makalesinde, bir sporcu hakkında performans artırıcı ilaçlar kullandığı iddiasını ileri sürmüştür. Bu makalesi ile ilgili olarak açılan hakaret (karalama) davasında, adli yardım yapılmadığı için avukat yardımından faydalanamamıştır. Dava neticesinde başvuruçunun bu tür ifadeler kullanması yasaklanmış ve yargılama masraflarını ödemesine hükmedilmiştir. Başvuruçucu AİHM'e yaptığı başvuruda, karşı tarafın nispeten zengin ve ünlü bir kişi olduğunu, yargılama usulünün karmaşık olduğunu ve bu tür davalarda adli yardım verilmediğini ileri sürmüştür. AİHM, başvuruçunun daha önce bir ceza davasında kendisini başarılı bir şekilde savunduğunu tespit etmiştir (par. 51). AİHM'e göre, hakaret davasında ispat yükünün başvuruçuda olması, başvuruçuya adli yardım sağlanmasının zorunlu olacağı anlamına gelmemektedir. Bu davada başvuruçunun tanık dinletmesi, uzman yardımından faydalanması ve davacının kanıtlarını çürütmesi gerekecektir. Bununla birlikte, AİHM, başvuranın, inandırıcı görüşler sunabilecek, iyi eğitilmiş ve deneyimli bir gazeteci olduğunu belirtmiştir (par. 53). AİHM, ayrıca hakaret davasının, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında zorunlu adli yardımı gerektirecek derecede karmaşık olmadığını da belirtmiştir (par. 55). *McVicar/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 46311/99, 07.05.2002.

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olarak nitelendirmiştir<sup>90</sup>. P., C. ve S./Birleşik Krallık davasında ise, başvuranların avukat yardımını olmaksızın kendilerini etkili bir şekilde temsil etmelerinin mümkün olmadığı gerekçesi ile, Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>91</sup>. AİHM, başka bir kararında bir avukat aleyhine dava açmak isteyen başvurucunun avukat yardımından faydalanamaması durumunu, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre, davalının bir avukat olduğu gerçeği karşısında, davacının davasını şahsen sürdürebilmesi imkânının olması,

<sup>90</sup> Bu başvurunun yapıldığı dönem boyunca, Bayan Steel, haftada yaklaşık 65 sterlin (GBP) kazanarak yarı zamanlı olarak bir barda çalışıyor ve gelir desteği alıyordu. Eski bir posta işçisi olan Bay Morris ise, gelir desteği alan ve dört yaşındaki oğluna tek başına bakan bir ebeveydi. Başvuranlar, Uluslararası bir örgüt olan Greenpeace ile bağlantılı olmayan Londra Greenpeace adlı bir örgüt bünyesinde çevresel ve sosyal konular üzerine kampanyalar yürütüyorlardı (par. 9). Başvuranlar, Mc Donald's şirketi hakkında oldukça ağır suçlamalar içeren bir broşür dağıtmışlar ve bu nedenle de haklarında bir hakaret davası açılmıştır. İngiliz hukukuna göre hakaret davalarında adli yardım verilmediği için adli yardım talepleri reddedilmiştir. Başvurucular davanın başlangıç aşamasında ve sonrasında gönüllü bazı avukatlardan yardım almışlarsa da temelde davayı bizzat yürütmüşlerdir (par. 16). Mahkeme kararında, İngiliz hukukuna göre iddia sahiplerinin her bir iddiasını ispatlamasının zorunlu olduğu hakaret davalarında, yargılama usulünün karmaşık olduğunu belirtmiştir. AİHM, başvuranlar aleyhine açılan hakaret davasının 313 işgünü sürmesi, temyiz duruşmalarının 23 gün sürmesi, bilimsel sorunlar ile ilgili 40.000 sayfalık delilin olması, toplam 130 tanığın ifadesine başvurulmuş olması gibi sebepler ile davanın oldukça uzun sürdüğü ve karmaşık olduğunu belirlemiştir. Tüm bunlara rağmen başvuruçuların bazı iddialarını yerel mahkeme huzurunda kanıtladıkları da belirlenmiştir (par. 65-68). AİHM'e göre devletlerin silahların eşitliği ilkesini sağlama konusunda bir yükümlülüğünün olması için, taraflardan birinin diğeri karşısında ciddi anlamda dezavantajlı bir konumda olması gerekir (par. 62). AİHM böylesine karmaşık bir davada, başvuranlara gönüllü avukatlar tarafından verilen kısmi yardımların, bu davada deneyimli bir avukat tarafından sürekli olarak temsil edilmelerinin yerini alamayacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, başvuranların ve McDonald's şirketinin sahip olduğu hukuki yardım seviyeleri arasındaki farklılığı da göz önünde bulundurmuştur (par. 69). Sonuç olarak, AİHM, adli yardım verilmemesi sebebiyle başvuranların davalarını etkili bir şekilde mahkemeye sunma fırsatı bulamadıklarını belirtmiş, bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin ve dolayısıyla AİHS'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par 72). *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 68416/01, 15.05.2005.

<sup>91</sup> Başvuruya konu olan evlat edinme davası ile ilgili olarak, başvuruçular başlangıçta ücretsiz avukat yardımından faydalanmış ancak yargılama devam ederken bu avukat davadan çekilmiştir. AİHM ise, davanın karmaşıklığı ve konunun başvuranlar için taşıdığı önem ve davanın oldukça duygusal bir nitelik taşımaması sebebiyle, başvuranların kendi davalarını yürütemeyeceklerini kabul etmiştir. Mahkeme, başvuranların çocuklarıyla olan ilişkileri için bu kadar önemli sonuçları olan duruşmalar sırasında, bir avukatın yardımını almalarının vazgeçilmez bir gereklilik olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, ailenin AİHS'nin 6/1 maddesi gereğince mahkemeye adil ve etkili bir erişimi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu hükmün ihlali söz konusudur. *P., C. ve S./Birleşik Krallık*, Başvuru no. 56547/00, 16.10.2002, par. 95, 100.

mahkemeye etkili erişim hakkını garanti etmez<sup>92</sup>.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkının tanınması, her durumda mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlandığı anlamına gelmez. Örneğin, devlet tarafından görevlendirilen avukatın davayı takip etmesi sırasında özensiz davranması veya hiçbir işlem yapmaması ya da yapamaması halinde de mahkemeye erişim hakkının zarar görmesi mümkündür<sup>93</sup>. Avukatlık mesleği devletten bağımsızdır, dolayısıyla devlet tarafından atanan avukatın eylemlerinden devleti sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak devletlerin, avukatlık mesleğinin bağımsızlığı ile kişilerin mahkemeye erişim haklarının sağlanması konusunda makul bir denge kurması gerekmektedir. Bertuzzi/Fransa kararına göre, adli yardım kapsamında atanan avukatın görevini yapmadığının ilgili otoriteye bildirilmesi halinde, yeniden bir görevlendirme yapılması gerekir. Aksi takdirde, mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanması mümkün değildir<sup>94</sup>. Bu konu ile ilgili başka bir kararında ise AİHM, temyiz başvuru süresinin dolmasına altı gün kala adli yardım kapsamında atanan avukatın temyiz başvurusunda bulunmayacağını bildirmesi üzerine, başvuranın temyiz başvurusunda bulunmasını sağlamak için hiçbir tedbir alınmamasını, Sözleşmenin ihlali niteliğinde görmüştür<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Bertuzzi/Fransa, Başvuru no. 36378/97, 13.02.2003, par. 28, 31.

<sup>93</sup> TBB'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu'nda kabul edilen ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Meslek Kurallarınının 46. maddesine göre; "Adli müzaheretle görülen işler, başkaca işlere gösterilen özenle yürütülür".

<sup>94</sup> Bu konuda bkz. Bertuzzi/Fransa, Başvuru no. 36378/97, 13.02.2003, par. 30. AİHM, bu kararında bir avukat aleyhine dava açmak isteyen başvurusunun avukat yardımından faydalanamaması durumunu, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlali olarak nitelendirmiştir. Dava konusu olaya göre, başvuru bir avukat aleyhine dava açmak için hukuki yardım talebinde bulunmuş, bu kapsamda atanan üç avukat da davalı avukat ile yakın ilişkilerini gerekçe göstererek davaya bakmaktan çekinmiştir. Mahkeme, atanan avukatın geri çekildiğinin bildirilmesi halinde, ilgili otoritelerin yeni bir avukat görevlendirmesinin gerektiğini belirtmiştir.

<sup>95</sup> Dava konusu olaya göre, başvuranın Eylül 2002'de kocası ölmüş ve dul aylığı talebinde bulunmuştur. Ancak başvuranın bu talebi sosyal güvenlik yetkililerince kabul edilmemiş, başvuranın yerel mahkemede açtığı dava ve temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi, başvuru ve kocasının 1994 yılında fiilen ayrıldıkları, başvuranın hastalandığında kocasına bakmadığı hatta sağlık durumunun kötü olduğundan bile Mart 2002'de haberdar olduğu gerekçeleriyle, dul aylığı için gerekli yasal şartları taşımadığına karar vermiştir. Bunun üzerine başvuru, Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusu yapmak için adli yardım talebinde bulunmuştur. Başvurucuya adli yardım kapsamında bir avukatın

Kanaatimizce de avukat ücretlerini ödeyemeyecek durumda olan bireylerin, kendi davalarını sürdürebilmelerinin fiili olarak mümkün olmadığı durumlarda, mahkemeye erişim hakkı ciddi anlamda zarar görecektir. Bu durum aynı zamanda Sözleşme ile düzenlenen ayrımcılık yasağına da aykırı olacaktır<sup>96</sup>. Mahkemeye erişim hakkı ile bağlantılı olarak uygulandığı sürece, medeni hak ve yükümlüklere ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı bulunmalıdır. Başka bir ifade ile bu tür davalarda avukat yardımından faydalanamayan bireyin mahkemeye erişim hakkı önemli ölçüde engelleniyorsa veya imkânsız hale geliyorsa, devletlerin adli yardım sağlama yükümlülüğü olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanması için, bu tür davalarda yargılama usulünün basitleştirilmesi de bir çözüm olarak düşünülebilir<sup>97</sup>. Ancak bu yolun medeni hak ve yükümlülüklerle

görevlendirilmesi kararının tebliği ile birlikte otuz günlük temyiz süresi başlamıştır. Avukat, temyiz süresinin dolmasına altı gün kala, temyiz başvurusunun başarı şansı olmadığını yazılı olarak bildirmiştir. Temyiz süresinin dolmasına üç gün kala başvuru ve avukatı sözlü olarak görüşmüş ve avukat yazılı görüşünü tekrar etmiş ve temyiz başvurusunda bulunmamıştır. Mahkeme bu kararda, avukatlık mesleğinin bağımsızlığına değinmiştir. AİHM devletlerin, mahkemeye etkili erişim hakkının varlığı ile hukuk mesleğinin bağımsızlığı arasında bir denge sağlanması sorumluluğunun olduğuna işaret etmiştir (par. 111, 112). AİHM, avukatın temyiz başvurusunda bulunmayacağı konusunda başvurucuyu bilgilendirilmesi için, iç hukukta bir süre belirlenmediğini ifade etmiştir. Başvurucu ve avukatı görüştüğünde, zamanaşımın dolmasına üç gün kalmıştır ve mevcut davada başvurusunun adli yardım çerçevesinde yeni bir avukat bulması imkânsızdır. Bu davada AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı somut ve ekili bir şekilde sağlanmamıştır (par. 108-117). *Stalkowska/Polonya*, Başvuru no. 8932/05, 22.03.2007.

<sup>96</sup> Mahkeme başvuru konusu haklardan birinin tek başına ihlal edildiği sonucuna ulaşırsa, Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen “ayrımcılık yasağı” ile ilgili bir değerlendirme yapmaya gerek görmemektedir. Örneğin *Airey/İrlanda* kararında Mahkemeye göre: “...14. madde, Sözleşme ile korunan hakları tamamlayan bir unsur olup, bu maddenin bağımsız bir varlığı yoktur. Sözleşmenin koruduğu haklar 14. madde ile birlikte veya tek başına ihlal edilebilir. Eğer Mahkeme, başvuru konusu haklardan birinin tek başına ihlal edilmediği sonucuna varırsa, 14. madde ile birlikte inceleme yapar. Ancak başvuru konusu haklardan birinin tek başına ihlal edildiği sonucuna ulaşırsa, tekrar 14. madde ile birlikte bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Ancak söz konusu hakkın kullanılmasında açıkça eşitsiz bir muamele olması durumu davanın temelini oluşturuyorsa, başka bir maddeye dayalı olarak ihlal kararı verilse bile, 14. madde ile birlikte de ele alınarak incelenebilir. Olayda böyle bir durum olmadığı için, Mahkeme, ayrımcılık yasağı bakımından incelemenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır” (*Airey/İrlanda*, par. 30).

<sup>97</sup> Bu konuda başka bir çözüm yolu olarak hukuki yardım sigortası düşünülebilir. Adalet Bakanlığınca hazırlanan 2015 tarihli Yargı Reformu Strateji Belgesinde yer alan hedefler arasında, hukuki yardım sigorta sisteminin etkinleştirilmesi de vardır. Bu belgeye göre hukuki yardım sigortası; “sigortalının ödeyeceği prim karşılığında, prim ödediği dönem içerisinde karşılaşılabileceği hukukî risk ve sorunlara karşı avukatlık hizmeti veya hukukî yardım almasını sağlar. Sigorta, sigortalının davayı kaybetmesi hâlinde karşı tarafa ödeyeceği



ilişkin bütün davalarda sağlanmasının uygulamada mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

### III. AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNDA MEDENİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN DAVALARDA ADLİ YARDIM

Adli yardım kurumunun amacı, bireylerin maddi durumlarından bağımsız olarak mahkemelere erişim haklarını teminat altına almaktır. Başka bir ifade ile adli yardım, maddi bakımdan yeterli imkânları olmayan bireylerin mahkemeler nezdinde hakkını arayabilmesini sağlamayı amaçlar. Adli yardım ile ödeme gücünden yoksun olan bireylerin yargılama harç ve giderlerinden geçici<sup>98</sup> olarak muaf tutulması ve kendisini bir avukat ile temsil ettirebilmesi sağlanmış olur<sup>99</sup>. Dolayısıyla adli yardımın, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, sosyal devlet ve hukuk devleti kavramları ile doğrudan bir ilişkisi vardır. Adli yardımlar vasıtasıyla, kişilerin mahkemeye erişimi kolaylaşır. Bu durum, hukukun herkese eşit bir şekilde uygulanmasına imkân sağlayarak hukukun üstünlüğü ilkesini kuvvetlendirir.

Türk Hukukunda, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı ile ilgili değerlendirmeler, özel hukuk davaları ve idari yargıdaki bazı davalar ile ilgili olarak yapılacaktır<sup>100</sup>. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrası gereğince adli yardıma ilişkin hususlarda, Hukuk Muhakemeleri

---

yargılama giderleri ve avukatlık ücretleri ile yargılama harçlarını da kapsamaktadır". Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, **Yargı Reformu Stratejisi**, s. 96. Bu yol ile mahkemeye erişim hakkını sağlayabilmek için, öncelikle gerekli olan şart, insan haklarının korunması açısından adli yardımın zorunlu olduğu durumlarda, hukuki yardım sigortası ile karşılanmayan masrafların devlet tarafından karşılanmasının sağlanmasıdır. Bunun dışında, bu sigorta ile ilgili toplumsal farkındalığı arttırmak, kişilerin düşük bir ücret karşılığında sigortadan faydalanmasını sağlamak ve mahkemeye erişim hakkının gerçekleşmesini sağlayacak bir sistem oluşturulması gerekir. Hukuki yardım sigortası şirket, dernek, sendika gibi tüzel kişiler tarafından tercih edilebilir, ancak yeterli maddi imkânlara sahip olmayan gerçek kişiler bu şekilde bir sigorta yaptırmasının düşük bir ihtimal olduğu kanaatindeyiz.

<sup>98</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 711.

<sup>99</sup> Çalışmanın kapsamı gereği, bu bölümde medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılacak olup, bir davanın gerektirdiği diğer mali külfetler konusuna kısaca değinilecektir.

<sup>100</sup> Askeri yargıdaki bazı davalar da istisnai olarak "medeni hak ve yükümlülük" kapsamında nitelendirilse bile, 2017 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile askeri yargı kaldırıldığı için, bu konuda ayrı bir değerlendirme yapılmayacaktır.



Kanunu (HMK) hükümleri uygulanacaktır<sup>101</sup>. Benzer şekilde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 62. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda adli yardım talepleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümlere göre karara bağlanmaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde adli yardım kurumundan kısaca bahsedeceğiz<sup>102</sup>.

HMK'deki hükümler dışında, Avukatlık Kanunu'nda da adli yardım kurumu avukatlar bakımından ayrıca düzenlenmiştir<sup>103</sup>. Avukatlık Kanunu'nda yer alan hükümlerin amacı, adli yardımı tümüyle düzenlemek değildir, bu kurallar HMK'de yer alan adli yardım kurumunu tamamlayıcı ve destekleyici niteliktedir<sup>104</sup>. Avukatlık Kanunu'na göre, mahkemece kendisine avukat atanmasına karar verilen kişiye bir vekil atanır. Ayrıca adli yardım bürosu tarafından talebi haklı görülen kişiler yararına, adli yardım kararının alınması için gerekli işlemler tayin edilen bir avukat aracılığıyla yapılır<sup>105</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan adli yardıma ilişkin hükümler, 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle adli yardım konusunun 2013 değişikliklerinden önceki ve sonraki durum açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

### **A. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İlk Şekline Göre Adli Yardım**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6459 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki ilk haline göre, "Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, ... haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler" (Eski m. 334/1).

---

<sup>101</sup> İdari yargıda mahkemeye erişim hakkı konusunda kapsamlı bilgi için bkz. AKINCI, s. 131 vd.

<sup>102</sup> İdari yargıda davalı her zaman kamu idaresi olduğundan, adli yardımdan yalnızca davacı yararlanabilmektedir. KÖKSAL, s. 103. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda adli yardım yalnızca başvurucuya yapılmaktadır.

<sup>103</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 713.

<sup>104</sup> POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 994.

<sup>105</sup> POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 994.

Bu durum, AİHM içtihatları doğrultusunda, 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile değişilmiştir<sup>106</sup>. Zira AİHM, adli yardım talep eden kişilerin haklılığı kriterinin aranmadığı bir sistem tavsiye etmektedir<sup>107</sup>. AİHM adli yardım konusunda, devletin parasının makul bir başarı şansı olan taleplere tahsis edilmesinin meşru olduğunu kabul etmiştir. *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, üye devletlerin, davacının maddi durumu veya dava sürecindeki başarı olasılığı ile ilgili şartlara bağlı olarak adli yardımını düzenleyebileceğini belirtmiştir<sup>108</sup>. Ancak bu adli yardım talebinde bulunan kişinin talebinin, iddianın temelsiz olduğu veya kişinin iddiasında haklı olmadığı gerekçesi ile reddedilmemesi gerekir. Örneğin Belçika aleyhine yapılan bir başvuruda AİHM, adli yardım talebinin davanın esasına ilişkin iddianın haklı olmadığı gerekçesi ile reddedilmesini, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Bunun üzerine Belçika’da adli yardım konusunda “açıkça dayanaktan yoksun olmama” şartı yürürlüğe konulmuştur<sup>109</sup>. Ancak avukat ile temsil zorunluluğunun bulunduğu bir davada, avukat yardımı sunarken davanın başarı ihtimalinin değerlendirilmesi yerinde değildir<sup>110</sup>.

HMK’nin 6459 Sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 337. maddesinde, adli yardım taleplerinin reddi kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmemiştir<sup>111</sup>. AİHM, adli yardım talebinin reddi kararına karşı itiraz yolunun olmamasını, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur. AİHM’e

<sup>106</sup> Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) 465. maddesine göre de kişilerin adli yardımdan faydalanabilmesi için, haklı olduklarına dair delil göstermeleri şartı aranıyordu.

<sup>107</sup> 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun’un gerekçesi için bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf>, erişim 22.05.2017).

<sup>108</sup> *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 68416/01, 15.05.2005, par. 62. Başka bir kararında AİHM, adli yardım talebinin temyiz başvurusunun ciddi bir temeli bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin, 6. maddenin 1. fıkrasını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. *Essaadi/Fransa*, Başvuru no. 49384/99, 26.02.2002, (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=2752>, erişim 22.05.2017).

<sup>109</sup> *Bakan/Türkiye*, Başvuru no. 50939/99, 12.06.2007, özet çeviri için bkz. ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-120699"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{)), erişim 22.05.2017).

<sup>110</sup> Aerts/Belçika, Başvuru no. 25357/94, 30.07.1998, par. 60.

<sup>111</sup> HMK 337. maddesinin ilk haline göre: “Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir. Adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Ancak, adli yardım talebi reddedilirse, sonradan gerçekleşen bir sebebe dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir. Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz”. HUMK 469. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir.

göre<sup>112</sup>: “Türk Hukuku talebin yerindeliği hakkındaki mahkemenin takdirine itiraz etme imkânı sunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 469. maddesindeki hükümler uyarınca adli yardım talebine ilişkin karar kat’i olup bu karara karşı hiçbir yasal başvuru yolu mevcut değildir. Bu nedenle adli yardım talebi taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır. Taraflar duruşma sırasında dinlenmemekte ve itirazda bulunma imkânına sahip bulunmamaktadırlar”.

HMK’nin 339. maddesinin ilk haline göre, adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunmaktaydı. Mahkemeye erişim hakkı yönünden, bu konuda bir istisna da öngörülmemiştir. Ancak, adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebiliyordu. Yargılama giderlerinin dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunmasına ilişkin bu kural, bu masrafları karşılayamayacak durumda olan kişilerin mahkemeye erişim haklarının ellerinden alınmasına sebep olmaktadır.

### **B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 2013 Yılında Yapılan Değişikliklere Göre Adli Yardım**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun mevcut haline göre, “kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan” kimselere adli yardım yapılması mümkündür<sup>113</sup> (HMK m. 334/1). HMK’ye göre, “ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini” de hükmün kesinleşmesine kadar yapılacak adli yardımın kapsamına girmektedir (HMK m. 335/1-ç).

HMK’de adli yardımdan faydalanabilmek için “yoksulluk” şartının yanı sıra “talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” şartı aranmaktadır. Anayasa Mahkemesi “talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” şartını yorumlarken, büyük ölçüde AİHM içtihatlarına dayanmaktadır<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Bakan/Türkiye, Başvuru no. 50939/99, 12.06.2007, ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-120699"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{)), erişim 22.05.2017).

<sup>113</sup> İddia ve savunmalarda, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takiplerinde bu haktan faydalanabilmek mümkündür (HMK m. 334/1).

<sup>114</sup> *Orhan Ersoy Başvurusu* (3), Başvuru No. 2013/7322, 20.03.2014, **RG**, 10.05.2014, par. 28.

Zira bu kriteri HMK'ye ekleyen 6459 Sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında, değişikliğin AİHM kararları doğrultusunda yapıldığı anlaşılmaktadır<sup>115</sup>. Daha önce de ifade edildiği gibi, AİHM adli yardım konusunda, adli yardım talebinde bulunan kişinin talebinin, iddianın temelsiz olduğu veya kişinin iddiasında haklı olmadığı gerekçesi ile reddedilmemesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>116</sup>. Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda, HMK'de yer alan "taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" şartını, "ilk bakışta başvurunun başarısız olacağına açıkça görülmemesi" şeklinde yorumlamıştır<sup>117</sup>.

Adli yardım talebi hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir, ancak talep olması halinde inceleme duruşmalı olarak yapılır (HMK m. 337/1). 2013 değişikliğine göre, adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebinin açıkça belirtilmesi gerekir. Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye itiraz etmek mümkündür. İtirazın incelenmesi ise, kararına itiraz edilen mahkeme tarafından değil, farklı bir hukuk mahkemesi tarafından yapılmaktadır<sup>118</sup>.

Adli yardım kararı ile davanın gerektirdiği mali külfetlerden muaf tutulma durumu geçicidir. Dolayısıyla karardan dolayı ertelenen tüm giderler, dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Ancak adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, ertelenen giderlerin tamamını bu kişilerden derhal tahsil etmek, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmaz<sup>119</sup>. Bu yüzden adli yardımdan faydalanan tarafın haksız çıkması halinde, mahkeme uygun görürse yargılama giderlerinin taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebilir (HMK m. 339/1). Ayrıca, 6459 Sayılı Kanun ile HMK md. 339'a eklenen 2.

<sup>115</sup> 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un Gerekçesi için bkz. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf>, erişim 22.05.2017).

<sup>116</sup> Bakınız, dipnot 109.

<sup>117</sup> *Orhan Ersoy Başvurusu* (3), Başvuru No. 2013/7322, 20.03.2014, **RG**, 10.05.2014, par. 30.

<sup>118</sup> "Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir" (HMK m. 337/2).

<sup>119</sup> YILMAZ, s. 1474.

fıkraya göre; adli yardım kararından dolayı ertelenen masrafların tahsili, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacaksa, mahkeme, adli yardımdan faydalanan tarafın ödemediği muaf tutulmasına karar verebilir (HMK m. 339/2). Adli yardım kapsamında baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti ise, yargılama gideri olarak Hazine'den ödenir (HMK m. 340)<sup>120</sup>.

6459 Sayılı Kanun ile HMK'nin adli yardıma ilişkin hükümlerinde yapılan bu değişiklikler, AİHM'nin içtihatları ile uyum içerisindedir. Ancak halen bazı eksiklikler olduğunu söylemek de mümkündür. Konu ile ilgili eksikliklerden birisi, yabancı uyruklu kişiler hakkında medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olarak görülen bir davada, adli yardım taleplerinin kabul edilip edilmeyeceği meselesi ile ilgilidir. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin 3. fıkrası ile yabancılar bakımından adli yardım talebinin kabul edilmesi, diğer şartların yanı sıra karşılıklılık esasının gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilecek bir davada, yabancı uyruklu bir kişinin adli yardım talebinde bulunması durumunda, bu talebin reddedilmesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda AİHM, yabancılara adli yardım verilmemesini mahkemeye erişim hakkının ya da ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirebilir. Örneğin AİHM bir kararında, Belçika'da yerleşim yeri olmayan yabancı uyruklu başvuru sahibinin, adli yardım hakkından mahrum bırakılmasını Sözleşmenin ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin ülkedeki statüsünü yasal hale getirme çabası ve davanın önemini (babalık davası) göz önüne alarak, Belçika'nın Sözleşmenin 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>121</sup>. Bu davada Mahkeme, vatandaş olmayanların adli yardım alma konusunda mutlak bir hakka sahip olmadıklarını kabul etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, davanın konusu ve özel şartları açısından bir değerlendirme yapmıştır. Örneğin iç hukuktaki yargılamada adli yardım talebi, başvuru sahibinin geçerli bir ikamet iznine sahip olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Ancak o sırada başvuru sahibinin ikamet

---

<sup>120</sup> Adli yardım kapsamında baro tarafından görevlendirilen avukatın ücretini, aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil etmesi mümkün olmayabilir. Adli yardım kapsamında görevlendirilen avukat, sözleşme serbestisi içinde olmadan, kamusal bir hizmet yapmaktadır. Bu sebeple en azından bir endişe taşımadan asgari olarak ücretini alabilmesi gerekir. YILMAZ, s. 1474.

<sup>121</sup> *Anakomba Yula/Belçika*, Başvuru no. 45413/07, 10.06.2009 (kararın İngilizce çevirisi yoktur), aktaran ALİVERTİ, s.293, dn. 10.

izninin yenilenme aşamasında olduğu gerçeği göz önüne alınmamıştır. Ayrıca babalık davası açma hakkı bir yıllık bir zamanaşımına tabi olduğu için başvuruçunun adli yardım talep etmek için ikamet izninin yenilenmesini beklemesi de mümkün değildi. Mahkeme ayrıca adli yardım verilmesi bakımından, ikamet izni olan ve olmayan yabancılar arasında ayırım yapılmasını, Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>122</sup>.

Bu konuda Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı insan haklarının korunması ilkesi açısından önemli bir örnektir. Anayasa Mahkemesi yabancı uyruklu bir kişi tarafından yapılan bireysel başvuruda, başvuruçunun adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için karşılıklılık şartının aranmaması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, adli yardım talebinin karşılıklılık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, “bireylerin hak ve özgürlüklerini merkeze alan bireysel başvurunun ruhuyla” bağdaşmamaktadır<sup>123</sup>. Kanaatimizce de Anayasa Mahkemesinin bu kararı yerindedir. Zira 6216 sayılı Kanun’a göre diğer usul kanunlarda yer alan hükümler, bireysel başvurunun niteliğine uygun düştükleri ölçüde uygulanmalıdır (m. 49/7). Yabancı uyruklu bir kişi tarafından yapılan bireysel başvuruda, başvuruçunun adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için karşılıklılık şartının aranması insan haklarının korunması düşüncesi ile çelişebilmektedir. HMK’nin, yabancılar bakımından adli yardım talebinin kabul edilmesini karşılıklılık esasının gerçekleşmesi şartına bağlayan maddesinin de (m. 334/3) bu doğrultuda değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, HMK

<sup>122</sup> AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI VE AVRUPA KONSEYİ (2011), s. 78, 108.

<sup>123</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 49. maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü’nün 62. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle, adli yardım talepleri 6100 sayılı Kanun’da yer alan hükümlere göre karara bağlanmaktadır. 6100 sayılı Kanun’un 334. maddesinin 3. fıkrası ile yabancılar bakımından adli yardım talebinin kabul edilmesi, diğer şartların yanı sıra karşılıklılık esasının gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Ancak yine 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinin 7. fıkrasına göre, diğer usul kanunlarda yer alan hükümler, bireysel başvurunun niteliğine uygun düştükleri ölçüde uygulanacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine göre, “bu kapsamda bir değerlendirmeye gidildiğinde temel hak ve özgürlüklerinin kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan yabancı bir kişinin sunduğu adli yardım talebinin, sadece karşılıklılık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin, bireylerin hak ve özgürlüklerini merkeze alan bireysel başvurunun ruhuyla bağdaşmayacağı anlaşılmıştır”. *Nadalı Agheli Kohne Shahrı Başvurusu*, Başvuru No. 2014/12633, Karar Tarihi: 09.09.2015, RG, Tarih- Sayı: 04.11.2015-29522, par. 16-20.

gereğince bir yabancı'nın adli yardımdan faydalanamaması durumunda Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bir başvuruda, Mahkemenin ihlal kararı vermesi kuvvetle muhtemeldir.

Adli yardımın uygulanması ile ilgili ortaya çıkabilecek bir diğer mesele ise, özel hukuk tüzel kişilerinin taraf oldukları davalarda, adli yardım hakkından faydalanıp faydalanamayacakları hususudur. Örneğin şirketler (tüzel kişiliği olmaması sebebi ile adi şirketler hariç), dernekler ve vakıflar, taraf oldukları bazı davalarda adli yardım imkânlarından faydalanamamaları durumunda mahkemeye erişim haklarının zarar görmesi mümkündür<sup>124</sup>. AİHS, tüzel kişilerin de Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında sağlanan korumadan faydalanabileceğini kabul etmiştir<sup>125</sup>. Ancak AİHM, bu konuda Sözleşmeye taraf devletler arasında bir uzlaşma hatta ortak bir eğilim bile olmadığını ifade etmiştir<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Konu ile ilgili olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da bir kararı vardır. Almanya'da, enerji şirketi olan DEB (Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH), iki direktifin yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı maddi kayıpların tazmini için dava açmıştır. Şirket aynı zamanda, uygulanacak usul kanununun gerektirdiği avukat ve yargılama ücretlerini ödeyemeyecek durumda olduğunu da belirtmiştir. İlgili mevzuat gereğince bu tür davalarda, davacılar için avukat ile temsil edilmek zorunludur, ancak tüzel kişiler için adli yardım istisnai bazı durumlarda verilmektedir. Alman Mahkemesi konuyu Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göndermiştir. Adalet Divanı mesele ile ilgili olarak, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda bir değerlendirme yapmıştır. AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 47. maddesi uyarınca tüzel kişilerin adli yardım alması imkânsız değildir. Adalet Divanına göre, tüzel kişilere adli yardım verilmesi kural olarak mümkündür, ancak bu durum uygulanabilir kurallar ve şirketin durumu ışığında değerlendirilmelidir. Yardım taleplerini değerlendirirken ulusal mahkemeler, (i) dava konusuna; (ii) başvuranın makul bir başarı ihtimali olup olmadığına; (iii) başvuru için söz konusu davanın önemine; (iv) uygulanacak kanunun ve usulün karmaşıklığına; (v) başvuranın kendini etkili bir şekilde temsil etme kapasitesine ve (vi) yargılama masraflarının mahkemelere erişim hakkına engel olup olmadığı hususlarına dikkat etmelidir. Tüzel kişilerle ilgili olarak ise mahkemeler şu hususları dikkate almalıdır: (i) Söz konusu tüzel kişinin şekli ve kâr amacı güden veya kâr amacı gütmeyen bir yapıda olup olmadığı; (ii) ortakların veya pay sahiplerinin mali kapasiteleri ve (iii) bu ortakların veya hissedarların yasal süreci başlatmak için gerekli olan meblağı temin etme kapasitesi. AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI VE AVRUPA KONSEYİ (2016), s. 62.

<sup>125</sup> Mahkemeye göre tüzel kişiler, başvuruları kamu yararına açılmış bir dava (actio popularis) kapsamında değilse, 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında sağlanan korumadan faydalanabilir. Başka bir ifade ile tüzel kişinin açtığı davanın, "bir ülkenin bütün vatandaşlarına uygulanabilir bir yasanın veya tarafı olmadıkları bir mahkeme kararının sadece varlığından şikâyet" etme niteliğinde olmaması gerekir. *L'Erablière A.S.B.L./Belçika*, Başvuru no. 49230/07, 24.2.2009, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakfı'nın desteğiyle yapılan çeviri; ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-119497"\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), erişim 22.05.2017).

<sup>126</sup> *Granos Organicos Nacionales S.A./Almanya*, Başvuru no. 19508/07, 24.09.2012, par. 47.



Türkiye’de ise adli yardım kurumunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334. maddesinin 2. fıkrası, kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan faydalanabileceğine ilişkin bir hüküm içermektedir<sup>127</sup>. Ancak diğer özel hukuk tüzel kişilerine adli yardım yapılabilmesine imkân tanımamaktadır. Bu nedenle, mülkiyet hakkı veya örgütlenme özgürlüğünü etkileyen bir davada şirketlere veya derneklere adli yardım yapılmaması halinde, Sözleşmenin ihlali söz konusu olabilecektir. AİHM’e göre, sadece kâr amacı gütmeyen tüzel kişilere adli yardım yapılması, sınırlama objektif ve haklı bir sebebe dayandığı sürece, mahkemeye erişim hakkını ihlal etmez. Örneğin kâr amacı güden şirketler, adli harcamalarını yükümlü oldukları vergi miktarlarından düşebiliyorlarsa, sınırlamanın makul olduğu kabul edilebilir<sup>128</sup>.

Son olarak adli yardım kurumunun etkili bir şekilde işleyebilmesi için, adli yardımın zamanında sağlanmasının da önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Adli yardım zamanında sağlanamadığı için kişinin başka hakları kullanmaktan yoksun kalması sebebiyle de mahkemeye erişim hakkı ihlal edilebilir. Ayrıca adli yardımın zamanında sağlanmaması nedeniyle, makul sürede yargılanma hakkının da ihlal edilmesi mümkündür<sup>129</sup>. Bu nedenle adli yardımın sağlanması bakımından uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi için tedbirler alınmalıdır. Ayrıca devlet tarafından görevlendirilen avukatın davayı takip etmesi sırasında özensiz davranması veya hiçbir işlem yapmaması ya da yapamaması halinde de mahkemeye erişim hakkı zarar görecektir. Bu nedenle adli yardım kapsamında görevlendirilen avukatın, görevini yerine getirmediği veya gerekli özeni göstermediği yönünde ilgili otoriteye yapılan bir şikâyet olması halinde, tedbir alınmasının gerekli olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

AİHM, avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun kişilerin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin bazı davalarda ücretsiz bir şekilde

<sup>127</sup> Bu maddeye göre: “Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler”.

<sup>128</sup> *VP Diffusion Sarl/France*, Başvuru no. 14565/04, 26.08.2008, AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI VE AVRUPA KONSEYİ (2016), s. 60-61.

<sup>129</sup> Konu ile ilgili bkz. AKTEPE ARTIK, s. 107.



avukat yardımından faydalanma haklarının olduğunu kabul etmektedir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda avukat yardımından faydalanamayan bireyin mahkemeye erişim hakkı önemli ölçüde engelleniyorsa veya imkânsız hale geliyorsa, devletlerin adli yardım sağlama yükümlülüğü olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Örneğin devletlerin iç hukukları tarafından avukat ile temsilin zorunlu kılınması ya da davanın veya usulün karmaşıklığı sebebiyle bu tür yardımların yapılmamasının mahkemeye etkili erişimi engellemesi söz konusu ise, devlet adli yardım sağlamak zorundadır. Ancak AİHM adli yardımı tek bir çözüm yolu olarak dayatmamakta, mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanması için, bu tür davalarda yargılama usulünün basitleştirilmesinin de bir çözüm yolu olduğunu kabul etmektedir. Ücretsiz avukat yardımının sağlanmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul edebilmenin ön şartı ise, iç hukukta ücretsiz avukat yardımı talebinin yargı organlarına iletilmiş olmasıdır.

AİHM'e göre, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin bir davada bireylerin avukat yardımı olmadan bizzat mahkemeye başvurabilme hakkının bulunması da yeterli değildir, aynı zamanda bu yolun etkili olup olmadığı saptanmalıdır. Avukat yardımı yapılmamasının mahkemeye etkili erişimi engellemesi durumu genellikle söz konusu davanın veya usulün karmaşıklığı sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda avukat tutmak için yeterli maddi olanaklara sahip olmayan tarafın, davasını bizzat takip etme konusunda yasal bir engel olmasa bile, davasını kendisinin takip edebilmesi mümkün olmamaktadır. Bu durum ise mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil etmektedir. AİHM davanın veya usulün karmaşık olup olmadığı meselesini her davanın ve olayın şartlarına göre değerlendirmektedir. Örneğin Mahkeme, davanın konusuna, tarafların kendisini temsil edebilme kapasitesine, başvuranın dava sürecindeki başarı olasılığına, uygulanacak kanunun ve usulün karmaşıklığına, ispat araçlarının çeşitliliğine, başvuru için söz konusu davanın önemine ve yargılama masraflarının mahkemelere erişim hakkına engel olup olmadığına dikkat etmektedir. Ancak bir davada avukat ile temsil zorunluluğu varsa, ücretsiz avukat yardımı sunulurken, bu hususların değerlendirilmemesi gerekir.

Türk Hukukunda HMK'nin adli yardıma ilişkin hükümlerinde AİHM'nin içtihatları doğrultusunda değişiklik yapılmıştır. Ancak Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan ve mahkemeye erişim hakkının etkili bir şekilde sağlanmasını engelleyen bazı sorunların ortaya çıkması her zaman

mümkündür. Örneğin adli yardım kapsamında görevlendirilen avukatın davayı takip etmesi sırasında özensiz davranması veya hiçbir işlem yapmaması gibi durumlarda, Devletin sorumluluğunun ortaya çıkmaması için tedbirlerin alınması gereklidir. Uygulamadan kaynaklanan bu tür sorunların çözümlenmesinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun da etkili olacağı kanaatindeyiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yabancılara yapılacak adli yardımı karşılıklılık esasının gerçekleşmesi şartına bağlanmış olması nedeniyle de hak ihlali ortaya çıkabilir. Kanuna göre, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilecek bir davada, yabancı uyruklu bir kişinin adli yardım talebinde bulunması durumunda, bu talebin reddedilmesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda AİHM, yabancılara adli yardım verilmemesini mahkemeye erişim hakkının ya da ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde görebilecektir. Son olarak, tüzel kişilere yapılacak adli yardım ile ilgili kısıtlama içeren hükmün, AİHM içtihatları doğrultusunda yeniden düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- ADALET BAKANLIĞI STRATEJİ GELİŞTİRME BAŞKANLIĞI, **Yargı Reformu Stratejisi**, Nisan 2015, ([http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi\\_reformu\\_stratejisi.pdf](http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi_reformu_stratejisi.pdf), erişim 22.05.2017).
- AKBULUT Emre, “Kamu Görevlileriyle İlgili İdari Davalarda Adil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği, Pellegrin’den (1999) Baka’ya (2016) İHAM Perspektifi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl. 7, Sayı. 29, Ocak 2017, s. 225-254.
- AKINCI Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKTEPE ARTIK Sezin, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- ALİVERTİ Ana, “Austerity and Justice in the Age of Migration”, **Access to Justice and Legal Aid: Comparative Perspectives on Unmet Legal Need**, (Editör: Asher Flynn, Jacqueline Hodgson), 1. Baskı, Hart Publishing, Portland, Oregon 2017.
- ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI VE AVRUPA KONSEYİ (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe), **Handbook on European Law Relating to Access to Justice**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2016.
- AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR AJANSI VE AVRUPA KONSEYİ, (European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe), **Handbook on European Non-Discrimination Law**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2011.
- AYDIN Bihter, “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 15 (Ekim 2013), s. 271-296.
- CLAYTON Richard/TOMLINSON Hugh, **Fair Trial Rights**, 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford New York, 2010.
- FRANCIONI Francesco, “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, **Access to Justice as a Human Right**, (Editör:

- Francesco Francioni), 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford New York, 2007.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma”, **AÜSBFD**, Cilt 49, Sayı 1-2, Yıl: 1994, s. 199-234.
- GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, Ekin, Bursa, 2017.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- İNCEOĞLU Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (Editör, Sibel Inceoğlu), 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.
- KÖKSAL Mustafa, “Adli yardım (Müzaheret) Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 4, Sayı 40, Aralık 2009, s. 97-112.
- KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **Medenî Usul Hukuku**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- MOLE Nuala/HARBY Catharina, **Adil Yargılanma Hakkı**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Kitapçıkları No:3, Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.
- ÖZMAN Aydoğan, “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf>, erişim 23.08.2019.
- POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, **Medenî Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TEZCAN Durmuş, “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, İstanbul, 2003, s. 469-484.
- TEZCAN Durmuş, “AİHM’de İçtihat Değişikliği Yaşanan Üç Konu ile İlgili Bazı Gözlemler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Cilt 23, Sayı 3, Yıl: 2017, s. 767-772.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM M. Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, R. Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

TÜSİAD RAPORU, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003.

VITKAUSKAS Dovydas/DIKOV Grigoriy, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması**, (Çeviren: Serkan Cengiz), MRK Baskı, Ankara, 2013.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.



# 3213 SAYILI MADEN KANUNU UYARINCA MADEN HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA USULÜ

Muradiye ÇEVİKÇELİK\*

## ÖZ

*Madenler, fiziki koşullar sebebiyle buldukları arazide üretilmek zorundadır. İşletme aşamasında, ruhsat alanında gerekli bina ve tesisler inşa edilerek işletme faaliyetlerine başlanacaktır. Ancak ruhsat alanının özel hukuk kişinin mülkiyetinde olması halinde, ruhsat sahibine söz konusu taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma imkânının sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda Maden Kanunu'nda ruhsat sahibi lehine özel hukuk kişisine ait taşınmaz üzerinde irtifak ve/veya intifa hakkı tesis edilebileceği veya taşınmazın kamulaştırılabileceği ifade edilmiştir. Ruhsat alanının kamulaştırılması, idarenin taşınmaz malı cebren elde etmesi dolayısıyla mülkiyet hakkının özüne dokunan bir uygulamadır. Dolayısıyla, kamulaştırma işleminin maden hukukuna özgü yönlerinin ortaya konulması bir gerekliliktir. Bu makale kapsamında öncelikle kamulaştırma kurumuna ilişkin temel noktalara değinilecektir. Sonrasında ise kamulaştırmaya ilişkin Maden Kanunu'nun 46. maddesinde yer alan ayrıksı düzenlemeler ele alınacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Maden Hukuku, Kamulaştırma, Maden İşletme Ruhsatı, Kamu Yararı, Geri Alma Hakkı.

## THE EXPROPRIATION PROCEDURE IN MINING LAW ACCORDING TO THE MINING LAW NUMBER 3213

### ABSTRACT

*Minerals, because of physical conditions, must be produced in the land where they are located. In the operation phase, the necessary buildings and facilities will be built in the license area and operational activities will begin. However, if the license area is the property of the private person, the licensee must be given the opportunity to work on the real estate. In this context, it is stated in the Mining Law that right of easement and/or right of usufruct can be established on the real estate of the private person in favor of the licensee or that the real estate can be expropriated. The expropriation of the license area is an application that touches the essence of the right of property. Because the administration obtains real estate by force. Therefore, it is a necessity to reveal the expropriation process in the Mining Law. In this article,*

\* Ar. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı,  
e-posta:mcevikcelik@erbakan.edu.tr,

ORCID ID: 0000-0002-6502-4076.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.682811

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16/09/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/11/2019

*firstly, the outlines of the expropriation will be addressed. Subsequently, the especial regulations in Article 46 of the Mining Law on expropriation will be discussed.*

**Keywords:** Mining Law, Expropriation, Mining License, Public Interest, Right to Restitution.

## GİRİŞ

Maden kavramı, uygulamada ve doktrinde üzerinde uzlaşılan bir tanım mevcut olmamakla birlikte, genel olarak, iç ve/veya dış doğal etkenlerle yer kabuğunda oluşan ve ekonomik değere sahip olan mineraller şeklinde ifade edilmektedir<sup>1</sup>.

Hukuki, ekonomik ve siyasi alanda oldukça önem taşıyan madenler için hukukumuzdaki temel düzenleme Anayasa'nın "*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*" başlıklı 168. maddesidir<sup>2</sup>. Her ne kadar 168. maddede tabii servet ve kaynaklar ifadesi tanımlanmamış ve söz konusu kavramın kapsamına giren maddeler sayılmamış olsa da, maden kavramının tabii servet ve kaynaklardan biri<sup>3</sup> ve belki de en önemlisi olduğu aşikârdır. Zira madenler insanlık tarihine yön veren pek çok gelişmenin itici gücü olmasının yanı sıra<sup>4</sup>, milyonlarca insanın ölümüne yol açan ve dünyayı kana bulayan savaşların da en önemli nedenlerinden birisidir.

<sup>1</sup> Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olan Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün sitesinde yer alan Maden Terimleri Sözlüğü'nde maden kavramı şöyle tanımlanmıştır: "*1) Yer kabuğunun kimi bölgelerinde çeşitli iç ve dış doğal etkenler nedeni ile oluşan, ekonomik yönden değer taşıyan mineral bileşimi. 2) Kendine özgü bir parıltısı olan, genellikle elektriği ve ısıyı ileten, oksijenle birleşerek bazal etki veren (basit cisim) element. 3) Maden ocağı, -işletmesi*" Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü: Maden Terimleri Sözlüğü, (<http://www.etimaden.gov.tr/maden-terimleri-sozlugu/m-harfi-ile-baslayanlar#>, Erişim Tarihi: 25.08.2019).

<sup>2</sup> "**Madde 168** – *Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.*"

<sup>3</sup> GÖĞER, s. 38-40; GÜNAY, s. 19; KIRBAŞ, s. 25.

<sup>4</sup> Madencilik faaliyetlerinin önemine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ÇİTİL, s. 35-38.



Taşıdığı ekonomik ve stratejik önem karşısında madenler, hukukumuzda pek çok yasal düzenlemede ele alınmaktadır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan temel düzenleme ise 3213 sayılı Maden Kanunu (MK)<sup>5</sup>’dur.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, yukarıda verilen tanım maden kavramının bilimsel bir ifadesidir. Her ülke, kendi politikaları doğrultusunda mevzuatında “*maden*” olarak adlandırdığı kavramın kapsamını belirlemede özgürdür. Bu durum bilimsel açıdan maden olarak değerlendirilen bir maddenin hukuki açıdan maden sayılmaması ve maden kanunu kapsamında değerlendirilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Aynı doğrultuda bilimsel açıdan maden olarak değerlendirilmeyen bir maddenin hukuki açıdan maden sayılıp maden kanunu kapsamına dâhil edilmesi mümkündür<sup>6</sup>. Mevzuatımızda da “*maden*” kavramı, Maden Kanunu’nun 2. maddesi ile tanımlanmış ve madenler beş gruba ayrılarak ele alınmıştır<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> 15.06.1985 tarih ve 18785 sayılı Resmi Gazete.

<sup>6</sup> GÜLAN, (2008), s. 129.

<sup>7</sup> “Madenler:

**Madde 2 –** (Değişik: 26/5/2004 – 5177/1 md.) *Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir.*

*Madenler aşağıda sıralanan gruplara göre ruhsatlandırılır:*

**I. Grup madenler**

a) *İnşaat ile yol yapımında kullanılan ve tabiatta doğal olarak bulunan kum ve çakıl.*

b) *Tuğla-kiremit kili, Çimento kili, Marn, Puzolanik kayaç (Tras) ile çimento ve seramik sanayilerinde kullanılan ve diğer gruplarda yer almayan kayaçlar.*

**II. (Değişik: 10/6/2010-5995/1 md.) Grup madenler**

a) (Değişik: 4/2/2015-6592/1 md.) *Kalsit, Dolomit, Kalker, Granit, Andezit, Bazalt gibi kayaçlardan agregâ, hazır beton ve asfalt yapılarak kullanılan kayaçlar.*

b) *Mermer, Traverten, Granit, Andezit, Bazalt gibi blok olarak üretilen taşlar ile dekoratif amaçla kullanılan doğal taşlar.*

c) (Ek: 4/2/2015-6592/1 md.) *Kalsit, Dolomit, Kalker, Granit, Andezit, Bazalt gibi kayaçlardan entegre çimento, kireç ve kalsit öğütme tesisinde kullanılan kayaçlar.*

**III. Grup madenler**

*Deniz, göl, kaynak suyundan elde edilecek eriyik halde bulunan tuzlar; karbondioksit (CO<sub>2</sub>) gazı (jeotermal, doğal gaz ve petrolü alanlar hariç) Hidrojen Sülfür (7/3/1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanunu hükümleri mahfuz kalmak kaydıyla).*

**IV. Grup madenler**

a) *Kaolen, Dikit, Nakrit, Halloysit, Endellit, Anaksit, Bentonit, Montmorillonit, Baydilit, Nontronit, Saponit, Hektorit, İllit, Vermikülit, Allofan, İmalogit, Klorit, Sepiyolit, Paligorskit (Atapuljit), Loglinit ve bunların karışımı killer, Refrakter killer, Jips, Anhidrit, Alümit (Şap), Halit, Sodyum, Potasyum, Lityum, Kalsiyum, Magnezyum, Klor, Nitrat, İyot, Flor, Brom ve*

Anayasa'nın 168. maddesi ve Maden Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca madenler devletin hüküm ve tasarrufu altındadır<sup>8</sup>. Bu durum Anayasa'nın 168. maddesinde “*Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir*”, Maden Kanunu'nun 4. maddesinde ise “*Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir*” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hükümler hukukumuzda madenler açısından

*diğer tuzlar, Bor tuzları (Kolemanit, Uleksit, Borasit, Tinkal, Pandemit veya bünyesinde en az %10 B2O3 içeren diğer Bor mineralleri), Stronsiyum tuzları (Selestin, Stronsiyanit), Barit, Vollastonit, Talk, Steattit, Pirofillit, Diatomit, Olivin, Dunit, Sillimanit, Andaluzit, Dumortiorit, Disten (Kyanit), Fosfat, Apatit, Asbest (Amyant), Manyezit, Huntit, Tabii Soda mineralleri (Trona, Nakolit, Davsonit), Zeolit, Pomza, Pekştayn, Perlit, Obsidyen, Grafit, Kükürt, Flüorit, Kriyolit, Zımpara Taşı, Korundum, Diyasporit, Kuvars, Kuvarsit ve bileşiminde en az %80 SiO2 ihtiva eden Kuvars kumu, Feldispat (Feldispat ve Feldispatoid grubu mineraller), Mika (Biyotit, Muskovit, Serisit, Lepidolit, Flogopit), Nefelinli Siyenit, Kalsedon (Sileks, Çört).*

*b) Turba, Linyit, Taşkömürü, (...) Antrasit, Asfaltit, Bitümlü Şist, Bitümlü Şeyl, (...)Kokolit ve Sapropel (Petrol Kanunu hükümleri mahfuz kalmak kaydıyla).*

*c) Altın, Gümüş, Platin, Bakır, Kurşun, Çinko, Demir, Pirit, Manganez, Krom, Civa, Antimuan, Kalay, Vanadyum, Arsenik, Molibden, Tungsten (Volframit, Şelit), Kobalt, Nikel, Kadmiyum, Bizmut, Titan (İlmenit, Rutil), Alüminyum (Boksit, Gipsit, Böhmüt), Nadir toprak elementleri (Seryum Grubu, Yitriyum Grubu) ve Nadir toprak mineralleri (Bastnazit, Monazit, Ksenotim, Serit, Oyksenit, Samarskit, Fergusonit), Sezyum, Rubidyum, Berilyum, İndiyum, Galyum, Talyum, Zirkonyum, Hafniyum, Germanyum, Niobyum, Tantalyum, Selenyum, Telluryum, Renyum.*

*ç) (Ek: 4/2/2015-6592/1 md.) Uranyum, Toryum, Radyum gibi elementleri içeren radyoaktif mineraller ve diğer radyoaktif maddeler.*

*V. Grup madenler Elmas, Safir, Yakut, Beril, Zümrüt, Morganit, Akuvamarin, Heliodor, Aleksandirit, Agat, Oniks, Sardoniks, Jasp, Karnolin, Heliotrop, Kantaşı, Krizopras, Opal (İrize Opal, Kırmızı Opal, Siyah Opal, Ağaç Opal), Kuvars kristalleri (Ametist, Sitrin, Neceftaşı (Dağ kristali), Dumanlı Kuvars, Kedigözü, Avanturin, Venüstaşı, Gül Kuvars), Turmalin (Rubellit, Vardelit, İndigolit), Topaz, Aytaşı, Turkuaz (Firuze), Spodümen, Kehribar, Lazurit (Lapislazuli), Oltutaşı, Diopsit, Amazonit, Lületaşı, Labrodorit, Epidot (Zeosit, Tazonit), Spinel, Jadeit, Yeşim veya Jad, Rodonit, Rodokrozit, Granat Minarelleri (Şpesartin, Grosüller Hessianit, Dermontoit, Uvarovit, Piroop, Almandin), Diaspor Kristalleri, Kemererit.*

*VI. (Ek: 10/6/2010-5995/1 md.; Mülga: 4/2/2015-6592/1 md.)*

*Bu gruplarda yer alan madenlerin özellikleri ile bu maddede yer almayan bir madenin grubunun tespitine ait esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*

*Bu Kanuna göre verilen ruhsatlar başka amaçla kullanılmaz.”*

<sup>8</sup> Doktrinde ve yargı kararlarında “*devletin hüküm ve tasarrufu altında olma*” ifadesinin anlamı ve içeriği üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. En genel ifadeyle devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, “*devletin, devlet olma vasfı dolayısıyla egemenliği altında bulundurduğu yerlerdir*”. ŞİMŞEK, s. 96; Bu husustaki tartışmalar için bkz. SÖYLER, s. 62-66.

kamu mülkiyeti sisteminin<sup>9</sup> kabul edildiğinin bir göstergesidir<sup>10</sup>.

Madenler açısından kamu mülkiyeti sisteminin kabul edilmesi, madenin bulunduğu arazi sahibinin mülkiyet hakkının<sup>11</sup> sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Zira madenlerin mülkiyetinin arazın mülkiyetinden ayrı tutularak devletin hüküm ve tasarrufu altına sayılması, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının dikey kapsamına<sup>12</sup> müdahale niteliği taşımaktadır. Mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceğini ifade eden Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası karşısında, mülkiyet hakkının dikey kapsamına Anayasa'nın 168 ve Maden Kanunu'nun 4. maddesi ile getirilen sınırlandırmalar hukuka uygundur. Zira madencilik faaliyetlerinin yürütülmesinde kamunun yararı olduğu aşikârdır<sup>13</sup>.

Ülkemizde Maden Kanunu uyarınca madenlerin işletilmesinde ruhsat usulü<sup>14</sup> uygulanmaktadır. Madencilik faaliyetinde bulunmak isteyen kişiler, öncelikle idareye başvurarak maden arama ruhsatı almak zorundadırlar<sup>15</sup>. Arama döneminde ruhsata dayanılarak yürütülen arama faaliyetleri neticesinde, keşfedilen maden yatağındaki madeni çıkarmak ve bu amaçla çeşitli tesisler

<sup>9</sup> GÜLAN'a göre, "hüküm ve tasarruf" ifadesi yeterince açık değildir. Ancak bu ifade ile özel mülkiyetin kastedilmediği aşikârdır. GÜLAN, (1999), s. 84.

<sup>10</sup> AZRAK, s. 3-4; ERDOĞAN, s. 48; FİNDİKLİGİL, s. 78-80; GÖĞER, s.136; KALABALIK, s. 309; ÖĞÜTÇÜ, s. 206; TELLİ, s. 48-49; TÜRK, s. 83-85. YILDIZ, s. 1976.

<sup>11</sup> "...Mülkiyet hakkı yatay ve dikey olarak taşınmazda kanunla yapılan sınırlamalar dışında sahibine tam bir kullanma ve buna elatma halinde ise eksiksiz koruma sağlar..." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 05.04.2007, E. 2007/1236, K. 2007/3613, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>12</sup> Mülkiyet hakkının dikey kapsamı 4721 sayılı Medeni Kanun'un 718. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "Madde 718- Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.

*Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer."*

<sup>13</sup> GÜLAN, (2008), s. 238; ÖZTOPRAK, s. 53-54; TELLİ, s. 77; ÇİTİL; s. 29; GÜNAY'a göre ise "Her türlü Madencilik faaliyeti kamu yararına değildir, somut olayın durumuna göre kamu yararı olup olmadığına karar verilmelidir" GÜNAY, s. 83.

<sup>14</sup> Ruhsat usulü, kanunda açıkça öngörülme kaydıyla, bir kamu hizmetinin idarenin tek taraflı işlemiyle ve işlevsel denetimi altında özel hukuk kişilerine gördürülmesidir. GÜLAN, (1987), s. 69, GÜNDAY, s. 362; Ruhsat kurumunun, kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. KARAHANOGULLARI, s. 324-326.

<sup>15</sup> Maden Kanunu'nun 16. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; II. grup (b) bendi, III. grup, IV. grup madenler ile V. grup madenler arama ruhsatı ile aranacaklardır. I. grup, II. grup (a) ve (c) bendi madenler içinse doğrudan işletme ruhsatı verilecektir.

kurmak isteyen kişilerin idareye başvurarak maden işletme ruhsatı almaları gerekmektedir<sup>16</sup> (MK m. 24).

Maden arama veya işletme ruhsatı alınması, ruhsat sahibine ruhsata konu alan üzerinde doğrudan madencilik faaliyetlerinde bulunmak konusunda bir yetki vermemektedir. Zira Anayasa'nın 35. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, mülkiyet hakkı yalnızca kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla tipik bir idari işlem olan ruhsat işlemi<sup>17</sup> ile kişilerin mülkiyet haklarının sınırlandırılması mümkün değildir. Bu kapsamda ruhsat sahibine ruhsata konu alanda madencilik faaliyetlerinde bulunabilmesi için Maden Kanunu'nda iki farklı yol öngörülmüştür: İrtifak veya intifa hakkının tanınması ve kamulaştırma. Bu çalışmanın konusunu maden hukukuna özgü yönleriyle Maden Kanunu'nun 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma işlemi oluşturmaktadır. Maden hukukunda kamulaştırma işleminin kendine has yönlerinin daha iyi anlaşılması amacıyla, öncelikle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu (KK)<sup>18</sup>'nda öngörülen usul ve esaslar kısaca ele alınacaktır. Sonrasında ise Maden Kanunu'nun 46. maddesi çerçevesinde, kamulaştırma işleminin maden hukukunda farklılık arz eden yönleri üzerinde durulacaktır.

## I. KAMULAŞTIRMA<sup>19</sup>

Kamulaştırma, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu yararını gerçekleştirmek için ihtiyaç duydukları özel kişilere ait taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının, gerçek değerini peşin ödemek kaydıyla ve maliklerin rızalarına bakmaksızın, kanunda gösterilen usul ve esaslar

<sup>16</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 109-110; GÖĞER, s. 207; TELLİ, s.102.

<sup>17</sup> Ruhsat işlemi, özel, somut ve kişisel bir düzenleme niteliği taşıdığı için birel işlem olarak adlandırılmaktadır. Birel işlem kapsamında yapılan şart işlem-sübjektif işlem ayrımında ise ruhsat işlemi şart işlem olarak değerlendirilmektedir. Zira şart işlem ile bir kişi veya nesne, önceden genel, soyut ve kişilik dışı kurallarla belirlenmiş bir hukuki statüye sokulmakta veya o hukuki statüden çıkarılmaktadır. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 330-331.

<sup>18</sup> 08.11.1983 tarih ve 18215 sayılı Resmi Gazete.

<sup>19</sup> 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu kapsamında yapılacak kamulaştırmalara ilişkin usul ve esasların ayrıntılı olarak ele alınması ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak niteliktedir. Dolayısıyla maden hukukuna özgü yönlerinin karşılaştırma yapılarak daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla bu başlık altında kamulaştırma süreci genel hatlarıyla ele alınacaktır.

doğrultusunda kamu gücü<sup>20</sup> kullanarak elde etmeleridir<sup>21</sup>. Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma, 35. maddede yer alan mülkiyet hakkına önemli bir müdahaledir<sup>22</sup>. Zira 35. madde ile kamu yararı gerektirdiğinde mülkiyet hakkının kanunla sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Oysa kamulaştırma ile özel hukuk kişinin mülkiyet hakkı sınırlandırılmamakta, tamamen ortadan kaldırılmaktadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla kamulaştırma işlemi mülkiyet hakkının özüne dokunan bir uygulamadır<sup>24</sup>. Ancak Anayasa'nın 46. maddesinde ve Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen usul ve esaslara uygun hareket etmek kaydıyla, devlet veya kamu tüzel kişilerinin kamu yararının gerektirdiği hallerde özel hukuk kişilerinin taşınmaz mülkiyetine müdahalelerde bulunmaları hukuka aykırı bir nitelik taşımayacaktır<sup>25</sup>. Zira bu aşamada özel mülkiyetin cebren iktisabı, keyfi ve zorbalıkla yapılan bir iktisap değildir<sup>26</sup>.

Kamulaştırma ile söz konusu taşınmaz maliki, kamu yararını gerçekleştirmek uğruna mülkiyet hakkından fedakârlıkta bulunmak ve

<sup>20</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, eski tarihli bir kararında, kamulaştırmanın hukuki niteliğine ilişkin ortaya atılan teorilerden biri olan zorla satın alma teorisine kararını dayandırmış ve kamulaştırmanın satım sözleşmesinin özel bir türü olduğunu şöyle ifade etmiştir: "... Kamulaştırma alıcı kamu idaresinin yahut da 6309 sayılı Yasada gösterildiği gibi özel bir kişinin veya kuruluşun isteği üzerine idare tarafından açıklanan tek taraflı bir işlemle bir taşınmazın mülkiyetinin Anayasa ve Yasada gösterilen yollarla idareye temlik edilmesidir. Bu işlem niteliğine göre alım satımın bir özel türüdür. Davacının malı böyle bir işlem gereğince idarece alınınca malının parasını derhal ve peşinen ödemesi gerekir. Bu işlem yapılmazsa alıcı idare kendiliğinden mütemerrit duruma düşer. Çünkü alım satım işlemlerinde her iki tarafın mal parasını koşul olarak aynı zamanda ödemesini Yasa buyurmuştur..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 06.04.1976, E. 1976/2856, K. 1976/3659, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1976, s. 711; Zorla satın alma teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DÜREN, s. 17; ÖZYÖRÜK, s. 99; ZEVKLİLER, s. 950; Bugün için kamulaştırma, kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari bir tasarruf olup kamu hukuku işlemi niteliği taşımakta ve kamulaştırma sürecinde taşınmaz sahibinin rızasının olup olmaması önem arz etmemektedir. DÜREN, s.18.

<sup>21</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 591; ARTUKMAÇ, s. 11; ATAY, s. 810; GÖVEN, s. 248-249; GÖZLER, s. 646; ŞAHİN, s. 607; GÜNDAY, s. 250; KIRATLI, s. 55; KIRBAŞ, s. 61; KUTLU, s. 6-7; ÖZYÖRÜK, s. 230; ZEVKLİLER, s. 938.

<sup>22</sup> Kamulaştırmanın mülkiyetten doğan ödev niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. DÜREN, s. 19-21; KUTLU, s. 10-12; ZEVKLİLER, s. 946-948.

<sup>23</sup> DÜREN, s. 9.

<sup>24</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 591.

<sup>25</sup> KUTLU, s. 52.

<sup>26</sup> KIRATLI, s. 55.

toplumdaki diğer bireylere kıyasla daha ağır bir külfete katlanmak zorundadır<sup>27</sup>. Kamulaştırma işlemi ile taşınmaz sahibi aleyhine bozulan dengenin tekrar sağlanması sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Zira temel hak ve özgürlükleri tanıyıp güvence altına alan hukuk devletinde, kamu yararı amacıyla hareket edilse dahi, toplumdaki bir bireyin diğer bireylere kıyasla daha ağır külfetlere karşılıksız olarak katlanması beklenemez<sup>28</sup>. Bu doğrultuda Anayasa'nın 46. maddesinde, kamulaştırılacak taşınmazın gerçek karşılığının peşin<sup>29</sup> ve nakden<sup>30</sup> ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu kamulaştırma bedelinin ödenmesiyle, taşınmazı kamulaştırılan özel hukuk kişinin katlandığı fedakârlık denkleştirilmektedir<sup>31</sup>.

Anayasa'nın 46. maddesi ile düzenlenen bir diğer husus, özel mülkiyette bulunan taşınmazlar üzerinde idari irtifak<sup>32</sup> kurulmasıdır. Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesi ile amaç için yeterli olduğu durumlarda özel mülkiyette bulunan taşınmaz malın tamamen veya kısmen kamulaştırılması yerine, taşınmaz üzerinde idari irtifak tesis edilmesi yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir<sup>33</sup>. İrtifak hakkının tesisinde ise kamulaştırma usulü uygulanacaktır.

Kamulaştırma, idari işlem niteliği taşımakla birlikte, önce idari sonrasında ise adli olmak üzere iki farklı aşamadan geçilerek tesis

<sup>27</sup> ULUSAN, s. 114-118; ZEVKLİLER, s. 946.

<sup>28</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 116.

<sup>29</sup> Kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi kuraldır. Öte yandan Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca, "*tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm*" amaçlarıyla yapılacak kamulaştırmalarda, taksitlendirme süresinin beş yılı aşmaması, taksitlerin eşit olması ve taksitler için kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faizinin uygulanması kaydıyla kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesinin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Ancak kamulaştırılan taşınmazı doğrudan kendisi işleten küçük çiftçiye ait kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi gerekmektedir.

<sup>30</sup> Kamulaştırma bedelinin nakden ödenmesi kuraldır. Ancak Kamulaştırma Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda trampa yoluyla kamulaştırma yoluna başvurulabilir.

<sup>31</sup> DURAN, s. 48; KALABALIK, s. 309; KUTLU, s. 43; GÜNDAY, s. 382, ONAR, CİLT III, s. 1709.

<sup>32</sup> İdari irtifak, kamu yararı için veya kamusal alan lehine özel kişilere ait taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardır. ARTUKMAÇ, s. 15; GÖZLER, s. 665; KUTLU, s. 63; ÖZYÖRÜK, s. 25; ÖZDAMAR, s. 324.

<sup>33</sup> Taşınmazın kısmen kamulaştırılması veya taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi kamu yararını gerçekleştirmek için yeterliyken, taşınmazın bütünüünün kamulaştırılması konu ve amaç unsurları açısından hukuka aykırı olacaktır. Zira gerçek ihtiyaçtan fazla kamulaştırma yapıldığı takdirde, fazladan kamulaştırılan kısım için kamu yararı bulunmamaktadır. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 600; KALABALIK, s. 315; ÖZYÖRÜK, s. 96.

edilmektedir<sup>34</sup>. Her ne kadar hukukumuzda genel idari usul kanunu bulunmasa da, kamulaştırma işleminin gerek idari gerekse adli aşamasına ilişkin usul ve esaslar Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir<sup>35</sup>. İdare, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale niteliği taşıyan kamulaştırma yetkisini kullanırken anayasa ve kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun davranmalı ve herhangi bir mağduriyete sebebiyet vermemeye gayret etmelidir.

## 1.1. Kamulaştırmanın Aşamaları

### 1.1.1. Kamulaştırmanın İdari Aşaması

İdari aşamada ilk olarak, idare tarafından kamulaştırma bedelini karşılamaya yetecek ödeneğin sağlanması gerekmektedir. Zira Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinin 4. fıkrası, yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanmasına cevaz vermemektedir. Yeterli ödenek ile kastedilen *“taşınmazın gerçek değerinin ödenmesi ölçütü dikkate alınarak belirlenecek tahmini bedeldir”*<sup>36</sup>.

Yeterli ödenek temin edildikten sonra, Kamulaştırma Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca tespit edilecek yetkili idare tarafından kamu yararı kararı alınması ve alınan bu kararın 6. maddede yer alan makamlar tarafından onaylanması gerekmektedir. Zira *“özel mülkiyet, bedeli, tam karşılığı olarak ödense de, kamu yararı söz konusu olmadığı müddetçe feda edilemeyecek kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır”*<sup>37</sup>. Kamu yararı kararı<sup>38</sup> ile idarenin faaliyetlerini yürütmek için bir taşınmaza ihtiyacı olduğu belirlenmekte<sup>39</sup> ve kamulaştırma yapması için idareye izin verilmektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla kamu yararı kararı, kamulaştırma işleminin sebep ve amaç unsurunu teşkil

---

<sup>34</sup> DÜREN, s. 25; KALABALIK, s. 310; KIRATLI, s. 57; ÖZYÖRÜK, s. 138; *“...Kamulaştırma işlemi daha önce teknik bir idari işlem iken, 2001'de, 2942 sayılı KK'da yapılan değişiklik sonucunda, adli süreç ile bütünleşen karma bir işlem niteliğine dönüşmüştür...”* KUTLU GÜRSEL, s. 1006.

<sup>35</sup> KALABALIK, s. 300.

<sup>36</sup> ATAY, s. 824; *“Kamulaştırılacak taşınmazın bedelinin tespiti daha ilerideki aşamada belirlenebileceğinden buradaki ödenek herhalde tahmini bir bedel olacaktır”* ŞAHİN, s. 625.

<sup>37</sup> KIZIL (Erkelli), s. 210.

<sup>38</sup> *“Hangi hallerde kamu yararı olduğu, ekonomik ve sosyal gelişmelerle doğru orantılı olarak değişmektedir”* DÜREN, s. 9.

<sup>39</sup> ATAY, s. 824-825.

<sup>40</sup> ÇAĞLAYAN, s. 455; ÇAKMAK, s. 472.



eden<sup>41</sup> soyut bir karardır<sup>42</sup>. Kamu yararı kararının alınmasıyla kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkı karşısında meşruiyet kazanmaktadır<sup>43</sup>. Kamulaştırma süreci neticesinde verilecek kamulaştırma kararı ile idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz, sınırları, vasıfları, malik ve zilyetleriyle somutlaştırılacaktır<sup>44</sup>.

Kamuyararı kararının alınması ve onaylanmasından sonra, kamulaştırılacak taşınmaz<sup>45</sup>, ilgili taşınmazının durumu, malik veya zilyetlerinin tespit edilmesi gerekir (KK m. 7/1). Böylelikle idare, taşınmazı kısmen mi yoksa tamamen mi kamulaştıracakını<sup>46</sup>, ihtiyaç duyduğu taşınmazın kamulaştırılması sürecinde kimi veya kimleri muhatap alacağını belirlemektedir<sup>47</sup>. Diğer taraftan idare, ilgili vergi dairesinden kamulaştırılacak taşınmazın vergi beyan ve değerlerini isteyecektir. İlgili vergi dairesi, en geç bir ay içinde, taşınmazın vergi beyan ve değerini, vergi beyan ve değeri yok ise beyan yerine geçmek üzere takdir edilecek değeri idareye verecektir (KK m. 7/2).

Kamulaştırılacak taşınmazın tespit edilmesinden sonra, ilgili idare tarafından kamulaştırma kararı alınacak ve bu kararın tapu siciline şerh edilmesi taşınmaz malın kayıtlı olduğu tapu idaresine bildirilecektir (KK m. 7/3). Söz konusu tescil ile taşınmaz için alınan kamulaştırma kararından üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır<sup>48</sup>. Şerh tarihinden itibaren

<sup>41</sup> GÖVEN, s. 258; GÜNAY, s. 258; KALABALIK, s. 301-311; KUTLU, s. 59; ŞAHİN, s. 625; TEZCAN, s. 380.

<sup>42</sup> DÜREN, s. 30; KIZIL (Erkelli), s. 211.

<sup>43</sup> İNCEOĞLU, s. 72.

<sup>44</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 604; ARTUKMAÇ, s. 31; KALABALIK, s. 311.

<sup>45</sup> İdare kamulaştırılacak taşınmazı tespit ederken gerekli incelemeleri yapmalı, mevzuatta belirtilen usul ve esasları dikkate almalıdır. Danıştay 6. Dairesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, madencilik faaliyetleri için kamulaştırılacak taşınmazın tespitinde idarenin gerekli araştırma ve tahlilleri yapmadığını ifade ederek bakanlık olurunu iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararını şu gerekçelere dayandırmıştır: “... Öncelikle, kamulaştırılması istenen taşınmazın ... A.Ş'nin işletme ruhsatı içerisinde olup olmadığı, işletme ruhsatı içerisinde ise yukarıda anılan Yönetmelik hükmüne göre atık depolama havuzunun kaçınıcı sınıf tesis olduğunun belirlenerek yerleşim yerlerine uzaklığının yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu hususlar araştırıldıktan sonra, çevreye olası etkilerinin engellenmesine yönelik tedbirlerin alındığı ileri sürülerek buna ilişkin bilgi ve belgeler sunulduğundan ek bilirkişi raporu alınarak tesisin yerleşim yerlerine, tarım arazilerine, yer altı sularına, bölgenin faunasına ve florasına, zarar vermeyecek tedbirlerin alınıp alınmadığının ortaya konulması suretiyle dava hakkında karar verilmesi gerekmektedir...” Danıştay 6. Daire, T. 25.09.2018, E. 2016/3777, K. 2018/ 7044, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>46</sup> DÜREN, s. 34.

<sup>47</sup> KIRBAŞ, s. 68.

<sup>48</sup> Kamulaştırma kararının tapuya tescil edilmesi ne mülkiyetin idareye geçmesi sonucunu



altı ay içinde, mahkemeden alınacak kamulaştırma bedelinin tespiti ve idare adına tescili talebinde bulunulduğuna dair belge tapu müdürlüğüne sunulmaz ise kamulaştırma kararına ilişkin şerh tapu sicilinden resen silinecektir (KK m. 7/3).

İdare, ihtiyaç duyulan taşınmazı, kıymet takdir komisyonunun belirleyeceği bedel üzerinden –ancak komisyonca belirlenen tahmini bedel belirtilmeksizin– malikten satın alma yoluna öncelikle başvurmak zorundadır (KK m. 8/1). Uzlaşma komisyonu tarafından yürütülecek müzakereler neticesinde malik ile anlaşma sağlanırsa, söz konusu anlaşma bir tutanak ile kayıt altına alınacaktır (KK m. 8/5). İdare, tutanakta kararlaştırılan bedeli hazır ederek malikten tapuda idare adına ferağ vermesini, tutanağın düzenlenmesinden itibaren en geç kırk beş gün içinde istemelidir (KK m. 8/6). Malikin tapuda ferağ vererek taşınmazın idare adına tescil edilmesi üzerine, kamulaştırma bedeli taşınmaz malikine ödenecek ve böylelikle ilgili taşınmaz adli aşamaya geçmeye gerek kalmaksızın kamulaştırılmış olacaktır.

Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi kapsamında yürütülen müzakereler neticesinde, idarenin taşınmaz malikiyle bir anlaşmaya varamamış olması da mümkündür. Bu durumda kamulaştırılacak taşınmazın satın alma usulüyle elde edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla idarenin taşınmazın kendi adına tescili için adli süreci başlatması gerekmektedir.

### **1.1.2. Kamulaştırmanın Adli Aşaması**

İdare, bir önceki başlıkta değinildiği üzere, kamulaştırılmasına karar verilen taşınmazı elde etmek için öncelikle malikle anlaşarak satın alma yoluna başvurmalıdır. Malikle yürütülecek müzakere neticesinde uzlaşma sağlanamaz ise idare, kamulaştırmanın idari aşamasına ilişkin belge ve tutanakları da ekleyerek bir dilekçe ile taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine başvuracak ve kamulaştırma bedelinin mahkemece tespit edilerek taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesini talep edecektir (KK m. 10/1). İlgili asliye hukuk mahkemesi, idarenin başvurusundan itibaren en geç otuz gün sonrası için bir duruşma günü tespit edecek ve duruşma gününü, idarenin dilekçesini ve eklerinden birer örneği meşruhatlı davetiye ile malike tebliğ edecektir<sup>49</sup> (KK m. 10/2). Yapılan araştırmalar neticesinde taşınmaz

---

doğurur ne de taşınmazın üçüncü kişilerce iktisabını engeller. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 604; GÖZLER, s. 659; KUTLU, s. 98-99; ŞAHİN, s. 628.

<sup>49</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesine göre, 10. madde doğrultusunda mahkemece yapılan tebligat, davet ve ilan tebligattan sonra, ilgili taşınmazın başkasına devir ve ferağı

malikinin adresi bulunamazsa ilan yoluyla tebligat yapılacaktır. Ayrıca idareye de duruşma günü tebliğ edilmelidir (KK m. 10/2).

Malik, Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca, tebligattan itibaren 30 günlük süre içerisinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açabilir. İptal davası açma hakkı yalnızca taşınmaz malikine tanınmıştır, zilyet ve diğer ilgililerin ise iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Malik iptal davası açmadan önce, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 11. maddesi doğrultusunda idareye başvurma hakkına da sahiptir<sup>51</sup>.

Mahkeme tarafından belirlenen ve taraflara tebliğ edilen duruşma gününde, hâkim öncelikle tarafları kamulaştırma bedeli konusunda anlaşmaya davet eder. Tarafların belli bir miktar üzerinde anlaşması durumunda söz konusu miktar kamulaştırma bedeli olarak kabul edilir (KK m. 10/5). Ancak taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa hâkim, bilirkişi incelemesi ve keşif yaptırarak kamulaştırma bedelini kendisi tespit eder (KK m. 10/6-7-8).

Tarafların üzerinde anlaştıkları bedelin veya tarafların anlaşamaması durumunda hâkim tarafından tespit edilen kamulaştırma bedelinin, mahkemece belirlenen banka hesabına yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun mahkemeye verilmesi için idareye on beş günlük süre verilecektir (KK m. 10/8). Bu sürenin, bir defaya özgü olmak kaydıyla, gerekli durumlarda uzatılması mümkündür. Kamulaştırma bedelinin yatırıldığına dair makbuzun mahkemeye sunulması durumunda mahkeme, taşınmazın idare adına tescil edilmesine ve kamulaştırma bedelinin taşınmaz malikine ödenmesine karar

---

veya temlikli yasaktır.

<sup>50</sup> KAYA, s. 338; "...Ancak, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun Dava Hakkı başlıklı 14. maddesinde, kamulaştırma işlemlerine karşı, kamulaşturmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından, iştirak halinde veya müşterek mülkiyette ise paydaşlar tarafından dava açılabilmesi vurgulanmış olduğundan, altın madeni sahasında acele kamulaştırılacak taşınmaz bulunmayan İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün, davacının taşınmazın acele olarak kamulaştırılmasına dair işlemlerin iptali istemiyle dava açmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar, Danıştayın yerleşik kararlarında, çevre, tarih ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyeti geniş yorumlanarak, özellikle yörede ikamet eden vatandaşların da dava açma ehliyetlerinin bulunduğu kabul edildiği görülmekte ise de, kamulaştırma ve acele kamulaştırma işlemlerinin mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olmaları sebebiyle kamu yararını değil bireysel yararı ilgilendirdiği açıktır..." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 19.04.2012, E. 2009/1936, K. 2012/500, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>51</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 606.

verecektir. Mahkemece verilen tescil kararı kesin olup, aleyhine istinaf veya temyiz yoluna başvurulamaz. Ancak taraflar bedele ilişkin karar aleyhine istinaf veya temyiz yoluna başvurabileceklerdir (KK m. 10/8).

## 1.2. İdarenin Kamulaştırmadan Vazgeçmesi

Kamulaştırma bir idari işlemdir. Dolayısıyla idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin genel kurallar uyarınca geri alınabilecektir<sup>52</sup>. Ancak kamulaştırılan taşınmaz idarenin mülkiyetine, kamulaştırma bedeli ise mal sahibinin malvarlığına dâhil olduğu için kamulaştırma işleminin geri alınmasının özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur<sup>53</sup>. Keza idare, kamulaştırma işlemlerinde herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmasa da taşınmaz için takdir edilen kamulaştırma bedelini yüksek bulması, mali imkânsızlık gibi nedenlerle kamulaştırmadan vazgeçebilir<sup>54</sup>. Dolayısıyla Kamulaştırma Kanunu'nun 21 ve 22. maddelerinde kamulaştırmadan vazgeçme usulü düzenlenmiştir.

İdarenin kamulaştırmanın her aşamasında<sup>55</sup>, kamulaştırma kararını veren ve onaylayan yetkili merciin kararıyla kamulaştırmadan tek taraflı olarak kısmen veya tamamen vazgeçmesi mümkündür (KK m. 21). Dava sırasında kamulaştırmadan vazgeçilmesi halinde idare yargılama giderlerine mahkûm edilecek ve mal sahibi tekrar taşınmazına kavuşacaktır<sup>56</sup>. Bu madde ile kamulaştırmadan vazgeçme hakkı yalnızca kamulaştırma kararı veren idareye tanınmıştır<sup>57</sup>.

Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesi ise kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra idarenin vazgeçmesi durumunda uygulanacak usulü düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca idare, kamulaştırmanın

---

<sup>52</sup> GÜNDAY, s. 274.

<sup>53</sup> GÖZLER, s. 664; ONAR, CİLT III, s. 1569.

<sup>54</sup> DÜREN, s. 77.

<sup>55</sup> “Kamulaştırma Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan “kamulaştırmanın her safhası” ifadesi ile kamulaştırılacak taşınmazın idare adına tesciline kadarki süreç anlaşılmalıdır” YILDIRIM, s. 9.

<sup>56</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 608.

<sup>57</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.09.2002, E. 2002/18-620, K. 2002/649, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kesinleşmesinden<sup>58</sup> itibaren beş yıl içinde<sup>59</sup> taşınmaza ihtiyaç kalmaması haline kamulaştırmadan vazgeçebilecektir. Taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına olmak kaydıyla başka bir ihtiyaca tahsis<sup>60</sup> edilmemesi, idarenin taşınmaza ihtiyacının kalmadığını göstermektedir. Bunun üzerine idare, taşınmaza ihtiyacının kalmadığını ve isterlerse taşınmazı geri alabileceklerini mal sahibine veya mirasçılara bildirmek zorundadır<sup>61</sup> (KK m. 22/1). İdarenin bu hususta takdir yetkisi bulunmamaktadır<sup>62</sup>.

İdarece yapılan bildirim üzerine, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırılan taşınmazı geri almak isterlerse, bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde, aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte kamulaştırma bedelini iade etmeleri gerekmektedir (KK m. 22/1). Üç aylık süre, hak düşürücü süre niteliği taşımaktadır<sup>63</sup>. Mal sahibi veya mirasçıları, idarenin teklifini kabul edip etmeme hususunda serbestiye sahiptir.

Kamulaştırılan taşınmaza kamulaştırmayı yapan idare dışında bir başka idarenin ihtiyaç duyması durumunda, 22. madde hükmü uygulanmayarak Kamulaştırma Kanunu'nun 30. veya 1050 sayılı Muhasebe Umumiye

<sup>58</sup> Kamulaştırma kararının kesinleşmesi, kamulaştırma satın alma usulü ile yapılmışsa anlaşma tutanağının imzalanmasıyla, anlaşma sağlanamazsa asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen tescil kararıyla gerçekleşmektedir. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 608.

<sup>59</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesinin 3. fıkrası "*Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz*" şeklindedir.

<sup>60</sup> ONAR'a göre tahsis, "*bir Devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya bir âmme hizmetine bağlayan, diğer tâbirle, hususî emlakî, orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya âmme hizmetinin vasıtası haline getiren idari bir tasarruftur*". ONAR, Cilt II, s. 1340-1341.

<sup>61</sup> "... Davalı ..., dava konusu 18 ada 66 parselden 2008 yılında yapılan imar uygulaması sonucu ifrazen oluşan 24.695,60 m2 yüzölçümlü 2084 ada 1 parsel yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi bu taşınmazı kamu yararı amacı doğrultusunda kullanmayarak 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 22. maddesi uyarınca taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde keyfiyetin idarece mal sahibine veya mirasçılara 7201 Sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulmasına ilişkin yükümlülüğü yerine getirmeden bu taşınmazı özel kişilere devrederek davacı idarenin mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek Anayasanın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak mülkiyet hakkını ihlal etmiştir..." Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, T. 20.10.2018, E. 2017/13781, K. 2018/25577, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>62</sup> YILDIRIM, s. 14.

<sup>63</sup> SOLMAZ, s. 72; "...Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen 3 aylık süre hak düşürücü bir süredir. Bu süre içerisinde bedeli yatırmayan malikin geri almaktan kaçındığı kabul edilmelidir..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 08.10.1997, E. 1997/7-519, K. 1997/788, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kanunu<sup>64</sup>'nun 23. maddesi uyarınca işlem yapılacaktır (KK m. 22/4). Bu hüküm ile idarenin taşınmazlarından en uygun şekilde yararlanılması amaçlanmaktadır<sup>65</sup>.

### 1.3. Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı

Kamu yararı kararında belirtilen sebebin gerçekleşmemesi veya gerçekleşme imkânının ortadan kalması durumunda, kamulaştırılan taşınmazın malikinin veya mirasçılarının taşınmazı geri alma hususunda kazandığı hakka mal sahibinin geri alma hakkı denilmektedir<sup>66</sup>. Kamulaştırmayı düzenleyen Anayasa'nın 46. maddesinde, mal sahibinin geri alma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Geri alma hakkı esas olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında geri alma hakkını anayasal bir hak olarak nitelendirmektedir<sup>67</sup>. Zira kamu yararı kararında belirtilen sebebin gerçekleşmemesi veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalması halinde, kamulaştırma işlemi hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır. Bu durumda mal sahibine taşınmazı geri alma hakkının tanınması, hukuk devleti ilkesinin sonuçlarından biridir<sup>68</sup>.

Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, mal sahibini geri alma hakkının doğabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi<sup>69</sup>, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren

---

<sup>64</sup> 09.06.1927 tarih ve 606 sayılı Resmi Gazete.

<sup>65</sup> SOLMAZ, s. 80.

<sup>66</sup> ARTUKMAÇ; s. 135; ATAY, s. 838; GÖZLER, s. 664; GÜNDAY, s. 271.

<sup>67</sup> "...Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de bir takım kurallar koyan ve yine Anayasa'nın koyduğu açık kuralın dayandığı hukuk ilkeleri dahi, Anayasa kuralı gibi bağlayıcıdır. Burada gerek 38. Maddenin yazılışında ve kabul edilmesindeki zorunluluktan, gerekse 36 ve 38. Maddelerin birlikte incelemesinden belirdiği üzere kamulaştırılan malın kamu yararına uygun kullanılmaması durumunda eski mal sahibine geri verilmesinin Anayasal bir gerek olduğu ortaya çıkmaktadır..." Anayasa Mahkemesi, T. 25.10.1969, E. 1967/41, K. 1969/57, 12.3.1971 tarih ve 13776 sayılı Resmi Gazete; Geri alma hakkının, malikin önceki mülkiyetine bağlı bir hak olduğu ve Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğine dair karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49, 11.06.2015 tarih ve 29383 sayılı Resmi Gazete.

<sup>68</sup> SOLMAZ, s. 12; Kamulaştırmanın beş yıllık süreyle kısıtlanmasının kamu yararına uygun sonuçlar doğurmayacağına ilişkin görüş için bkz. DÜREN, s. 80-82.

<sup>69</sup> Kamulaştırma bedelinin asliye hukuk mahkemesinin kararıyla belirlendiği durumlarda kamulaştırma bedeli, karara karşı süresi içinde yargı yoluna başvurulmaması durumunda bu sürenin dolmasıyla, karara karşı süresi içinde yargı yoluna başvurulmuş ise yargı yolunda yapılan inceleme neticesinde verilen kararın tebliği ile kesinleşmektedir. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 610; Kamulaştırma satın alma usulüyle yapılmışsa, kamulaştırma

beş yıl geçmesi ve beş yıllık süre içerisinde, taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacı doğrultusunda hiçbir işlem veya tesisat yapılmaması veya taşınmazın kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması.

23. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine, mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte iade ederek kamulaştırılan taşınmazı geri alma hakkına sahiptir. Ancak söz konusu geri alma hakkı, beş yıllık sürenin bitiminden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. Zira bir yıllık süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup<sup>70</sup>, bu süre içinde kullanılmayan geri alma hakkı ortadan kalkacaktır. Beş ve bir yıllık süreler geçtikten sonra, mal sahibi veya mirasçılar idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaktır (KK m. 23/3).

## II. MADEN HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMA USULÜ

Madencilik faaliyetleri, altyapısı hazırlanmış bir alanda değil, madenin bulunduğu alanda yürütülmek zorunda olup<sup>71</sup> yer seçim şansı bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Belirli bir alanda madencilik faaliyetlerinde bulunmak isteyen kişiler, idareye başvurarak arama veya işletme ruhsatı almalıdırlar. Ancak maden arama veya işletme ruhsatı almak, ruhsat sahibine ruhsata konu alan üzerinde doğrudan madencilik faaliyetlerine başlama konusunda bir yetki vermemektedir<sup>73</sup>. Zira ruhsat alanı genellikle ruhsat sahibi dışında başka bir özel hukuk kişinin mülkiyetinde yer almaktadır<sup>74</sup>. Dolayısıyla

---

bedelinin kesinleşmesi kamulaştırmanın kesinleşmesiyle birlikte gerçekleşmektedir. SOLMAZ, s. 89.

<sup>70</sup> SOLMAZ, s. 106.

<sup>71</sup> FINDIKLIGİL s. 100; GÜLAN, (2008), s. 231-232; TBMM, s. 100.

<sup>72</sup> ÇAĞATAY/ ALİEFENDİOĞLU, s. 224.

<sup>73</sup> "...Somut olayda, davalı şirket tarafından davacı ile aralarında düzenlenen ve çekişmeli taşınmazı kullanmasını haklı kılan sözleşme, vs. sunulmamış ve bu yönde bir savunma yapılmadığı gibi kamu yararı kararı alındığına ve kamulaştırdığına dair de bir bulgunun varlığı kanıtlanmış değildir. Öyleyse, sadece maden işletme ruhsatı alınmış olmasının çekişmeli taşınmazın tasarrufu yönünde ruhsat sahibine bir hak bahsetmeyeceği tartışmasızdır..." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 25.02.2010, E. 2010/334, K. 2010/2074, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; "...Yetkili mercilerden alınmış olsa dahi maden işletme ruhsatı hukuk devletinde kutsal olduğu kabul edilen özel mülkiyete el atma hakkını vermez. Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde olaya bakıldığında, davalı şirketin davacıların paydaşı olduğu taşınmazda hisir madeni çıkarmak suretiyle taşınmaza haksız olarak el attığı, taşınmazın tamamen kullanılamaz hale geldiği dosya kapsamı ile sabittir..." Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, T. 05.03.2009, E. 2009/1430, K. 2009/2785, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>74</sup> GÜNAY, s. 105.

ruhsat sahibine, madencilik faaliyetlerinde bulunabilmesi için ruhsat alanında kısmen veya tamamen tasarruf yetkisinin tanınması gerekmektedir<sup>75</sup>.

Maden Kanunu'nun 46. maddesiyle, ruhsat sahibinin madencilik faaliyetlerinde bulunabilmesi için ruhsata konu alanda<sup>76</sup> kendisine irtifa ve/veya intifa hakkı tesis edilmesini veya ruhsat alanının kamulaştırılmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Gerek arama döneminde gerekse işletme döneminde ruhsat alanı üzerinde ruhsat sahibi lehine irtifak hakkı<sup>77</sup> tesis edilebilecektir<sup>78</sup>. Zira Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, “amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir”. Ancak bazı durumlarda madencilik faaliyetlerinde bulunmak isteyen ruhsat sahibi lehine ruhsat alanı üzerinde irtifak ve/veya intifa hakkı tesis edilmesi, ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalmakta ve taşınmazın kısmen veya tamamen kamulaştırılması bir gereklilik haline gelmektedir<sup>79</sup>.

Maden hukuku kapsamında kamulaştırma, Maden Kanunu'nun 3. maddesine göre “işletme ruhsat süresi boyunca ruhsat alanında kalan özel mülkiyet arazilerine madencilik faaliyeti için alınan kamulaştırma kararı”; Maden Yönetmeliği'nin (MY)<sup>80</sup> 4. maddesinin çç bendinde göre, “işletme ruhsat süresi boyunca ruhsat alanında kalan özel mülkiyet arazilerinde yapılacak madencilik faaliyeti için alınan kamu yararı kararı ve

---

<sup>75</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 141; GÖĞER, s. 136; Ruhsat alanında hareket etme hakkı kendisine tanınmadan madencilik faaliyetlerine başlayan şirkete uygulanan idari yaptırım kararı aleyhine açılan iptal davası, Danıştay 8. Dairesi tarafından reddedilmiş ve idari işlem hukuka aykırı görülmemiştir. Danıştay 8. Daire, T. 12.11.1992, E. 1992/244, K. 1992/2781, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>76</sup> “...Maden Kanunu'nun 46. maddesinde belirtilen irtifak hakkı tesisine ilişkin düzenlemenin özel mülkiyete konu taşınmazlara yönelik olduğu, bu düzenlemeye dayalı olarak kamu idarelerine ait taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesis edilemeyeceği açıktır...” Danıştay 8. Daire, T. 18.02.2014, E. 2010/4154, K. 2014/1039, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>77</sup> Ruhsat sahibi lehine tesis edilecek irtifak, idari irtifak niteliğini taşımaktadır. Zira Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca idari bir işlemle irtifak kurmaktadır. TOPALOĞLU, (2015), s. 77.

<sup>78</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 144.

<sup>79</sup> GÜLAN'a göre, madencilik faaliyetleri açısından kamulaştırma yerine irtifak ve/veya intifa hakkı tesis edilmesinin isabetli olup olmayacağı araştırılmalıdır. GÜLAN, (2008), s. 204; SOLMAZ'a göre, madencilik faaliyetlerinde kamu yararı belirli sürelerde geçerli olduğu için, kamulaştırma yerine irtifak hakkı tesis edilmesi yoluna başvurulması hakkaniyete uygun olacaktır. SOLMAZ, s. 18.

<sup>80</sup> 21.09.2017 tarih ve 30187 sayılı Resmî Gazete.



4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu gereğince işlemlerin sonuçlandırılmasını” ifade etmektedir.

Madenler gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 704. maddesinde taşınmazlar arasında sayılmamaları, gerekse Anayasa ve Maden Kanunu uyarınca devletin hüküm ve tasarrufu altında olmaları nedeniyle doğrudan kamulaştırma işleminin konusu oluşturamazlar. Ancak madenin bulunduğu taşınmazın özel hukuk kişisinin mülkiyetinde olması halinde, söz konusu taşınmazın kamulaştırılması mümkündür.

Ruhsat alanlarının kamulaştırılması hususunda Maden Kanunu’nun 46. maddesi ile birtakım özel düzenlemeler yapılmış ve kamulaştırma işlemlerinin Kamulaştırma Kanunu’nda belirtilen usul ve esaslar doğrultusunda yapılacağı ifade edilmiştir. Maden Kanunu’nun 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma usulü, özel kişiler lehine yapılacak kamulaştırmanın tipik bir örneğini teşkil etmektedir.

Özel hukuk kişileri, kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçladıkları durumlarda dahi doğrudan kamulaştırma yapma yetkisine sahip değildir<sup>81</sup>. Zira Anayasa’nın 46. maddesiyle kamulaştırma yapma yetkisi yalnızca devlet ve kamu tüzel kişilerine verilmiştir. Dolayısıyla özel hukuk kişileri tarafından alınan kamulaştırma kararları yok hükmündedir<sup>82</sup>. Ancak bazı durumlarda özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetlerin sağladığı kamu yararı sebebiyle, özel kişiler –örneğin; kamu hizmeti imtiyazcısı, petrol hakkı sahibi, maden işletme ruhsatı sahibi– lehine kamulaştırma yapılması mümkündür<sup>83</sup>.

Kamulaştırma Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrası, “özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır” şeklindedir. Dolayısıyla devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından özel kişiler lehine kamulaştırma yapılabilmesi, bu hususta ilgili özel kanunda açık bir hükmün

<sup>81</sup> KUTLU GÜRSEL, s. 1007.

<sup>82</sup> “...kamu kurumu olmayıp özel hukuk tüzel kişisi olan İzmir Yüksek İslam Enstitüsü Yapıtırma ve Koruma Derneğinin özel yasa hükmü bulunmaksızın okul yeri kamulaştırma kararı alması açıkça yasaya aykırıdır; hiçbir hukuki değer taşımaz. Bu nedenle dava konusu kamulaştırma kararının hükümsüz (yok) sayılmasına...”, Danıştay 6. Dairesi, T. 13.05.1981, E. 1980/1388, K. 1981/1547, Danıştay Dergisi, 1982, S. 44-45, s. 259.

<sup>83</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 597; ARTUKMAÇ, S. 24; ATAY, s. 810-811; GÜNDAY, s. 252; KUTLU, s. 58.



varlığını gerektirmektedir<sup>84</sup>. Özel kanunla herhangi bir yetkilendirme olmaksızın devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından özel kişiler lehine yapılacak kamulaştırmalar ise yetki unsuru bakımından hukuka aykırı bir nitelik taşıyacaklardır<sup>85</sup>.

Özel kişiler lehine yapılacak kamulaştırmalarda temel amaç kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Diğer bir ifadeyle, özel hukuk kişileri tarafından kamu hizmetlerinin yürütülmesi esnasında ihtiyaç duyulan taşınmaz mallar, özel hukuk kişileri yararına değil kamu yararı için kamulaştırılmaktadır<sup>86</sup>. Anayasa'nın 35. maddesi, mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasına cevaz vermektedir. Zira, kamu yararı kamulaştırmayı meşrulaştırmaktadır<sup>87</sup>. Dolayısıyla özel hukuk kişileri lehine yapılacak kamulaştırmalarda da kamu yararı kararının alınması bir zorunluluktur<sup>88</sup>.

Özel hukuk kişileri lehine kamulaştırmalarda kamu yararı kararı vermeye yetkili makam, özel hukuk kişinin yürüttüğü hizmet açısından denetime bağlı oldukları köy, belediye, il özel idaresi veya bakanlıktır (KK m. 5/1-c). Kamu yararı kararı verecek olan makam, resen harekete geçme imkânına sahip değildir. Dolayısıyla lehine kamulaştırma yapılan kişi gerçek kişi ise bu kişinin, özel hukuk tüzel kişisi ise tüzel kişinin yönetim kurulu veya idare meclisinin, yoksa yetkili yönetim organlarının kamu yararı kararı vermeye yetkili olan idareye başvurmaları gerekmektedir. Bu madde kapsamında köy, belediye veya il özel idare tarafından verilen kamu yararı kararı vali

---

<sup>84</sup> GÖZLER, s. 649; KALABALIK, s. 313; "...Maddedeki "Hususi şahıslar lehine mahsus kanunlarına müsteniden yapılacak istimplâklar" deyimini bu konuda herhangi bir tereddüde yer bırakmıyacak açıklık ve kesinliktedir. Özel kanunu yetki vermiyorsa, özel kişiler yararına dâva konusu hükme dayanılarak kamulaştırmaya gidilmesi düşünülemeyeceği gibi bu hüküm bulunmasa, yahut kaldırılmış veya iptal edilmiş olsa dahi özel kanunun verdiği kamulaştırma yetkisi yürürlükte kaldıkça kamulaştırma hükmünün işleyeceğinde şüphe yoktur..." Anayasa Mahkemesi, T. 28.12.1965, E. 1963/66, K. 1965/67, 19.4.1966 tarih ve 12278 sayılı Resmi Gazete.

<sup>85</sup> SOLMAZ, s. 24.

<sup>86</sup> KUTLU, s. 59; TOPALOĞLU, (2011), s. 328; "...Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, 3213 Sayılı Maden Kanunu uyarınca yapılacak olan kamulaştırma işlemlerinde acele kamulaştırma yoluna başvurulabilmesi için, işletme sahibi özel girişimcinin yararının değil, belli süreli maden işletme çalışmaları konusunda gerçekleşecek olan kamu yararının karşılanması gereksiniminin, taşınmaz malikinin yararından üstün olması ve acelelik koşulunun kamu düzenine dair olması gerekmektedir..." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 10.04.2012, E. 2009/1936, K. 2012/500, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>87</sup> GÖVEN, s. 247.

<sup>88</sup> KAYA, s. 98-99; KUTLU, s. 57; ÖZYÖRÜK, s. 140.

tarafından onaylanacaktır (KK m.7/1-h). Cumhurbaşkanı ve bakanlıklar tarafından verilecek kamu yararı kararlarının ise onaylanmasına gerek yoktur (KK m.7/2).

### 2.1. 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. Maddesinde Öngörülen Kamulaştırma Usulünün Kapsamı

Maden Kanunu'nun 46. maddesinde öngörülen ruhsat alanının kamulaştırılması usulünün uygulama alanı, yine aynı maddede yer alan bazı hükümlerle sınırlandırılmıştır.

Kanun'un 46. maddesinin 11. fıkrası "*I. Grup madenler ve micir ile kaba inşaat, baraj, gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddesi için kamulaştırma hükümleri uygulanmaz*" şeklindedir. Bu hüküm uyarınca, maden hukukuna özgü kamulaştırma yoluna, Kanun'un 2. maddesinde yer alan bütün maden ve maden grupları açısından başvurulamayacaktır.

Maden Kanunu'nun 2. maddesinde madenler I. grup, II. grup, III. grup, IV. grup ve V. grup şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur<sup>89</sup>. I. grubun kapsamına giren madenler Kanun'un 2. maddesinde "*a) inşaat ile yol yapımında kullanılan ve tabiatta doğal olarak bulunan kum ve çakıl*" ve "*b) tuğla-kiremit kili, çimento kili, marn, puzolanik kayaç (tras) ile çimento ve seramik*" şeklinde sayılmıştır. Kanun'un 46. maddesinin açık hükmü gereğince, I. grup madenler açısından kamulaştırma yoluna başvurulamayacaktır. II. grup, III. grup, IV. grup ve V. grup madenler içinse "*micir ile kaba inşaat, baraj, gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddesi*" hariç olmak kaydıyla kamulaştırma yoluna başvurulması mümkündür. Kamulaştırma imkânının belirli maden ve maden grupları ile sınırlandırılmasının temel sebebi, diğer madenlere kıyasla daha yaygın bulunan madenler için kişilerin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahalede bulunulmasının önlenmesidir<sup>90</sup>. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, diğer maden gruplarına kıyasla doğada yaygın bulunan, katma değeri düşük ve başka bir bölgeden kolayca sağlanması mümkün<sup>91</sup> madenler açısından kamulaştırma usulüne başvurulmasında kamu yararı olmadığını zımni bir şekilde ifade etmiştir. Dolayısıyla "*I. Grup madenler ve micir ile kaba inşaat, baraj,*

<sup>89</sup> Söz konusu maden gruplarının kapsamı için bkz. 7. dipnot.

<sup>90</sup> ÇANGA, s. 401.

<sup>91</sup> TOPALOĞLU, (2011), s. 329.

*gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddesi” için madencilik faaliyetlerinde bulunmak isteyen ruhsat sahipleri, taşınmaz maliki ile anlaşmak zorundadır<sup>92</sup>. Aksi halde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın kamu yararı kararı alarak kamulaştırma işlemlerine başlama hususunda bir yetkisi bulunmamaktadır<sup>93</sup>.*

Maden Kanunu'nda 7020 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>94</sup> ile yapılan değişiklik ile “*maden bölgesi*” kavramı mevzuatımıza girmiştir. Maden bölgeleri “*birbirine bitişik veya yakın maden sahalarında, yapılan üretimin çevresel etkileri, şehirleşme, işletme güvenliği, rezervin verimli işletilmesi ve benzeri sebeplerden dolayı yapılacak proje ve planlama çerçevesinde Genel Müdürlüğün teklifi ve Bakan onayı ile*” ilan edilebilmektedir (MK m. 29/7). Kanun'un 46. maddesinin 11. fıkrasından farklı olarak, maden bölgesinde özel hukuk kişisi ruhsat sahibi lehine yapılacak kamulaştırmalarda maden ve maden grupları açısından bir sınırlama bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle maden bölgesi ilan edilen alanlarda bütün maden gruplarına dair işletme ruhsatları için kamulaştırma yoluna başvurulabilecektir (MK m. 29/13).

Maden hukukuna özgü kamulaştırma usulünün bir diğer sınırı Maden Kanunu'nun 46. maddesinin 5. fıkrasında yer almaktadır. İlgili hüküm “*işletme ruhsatı safhasında işletme faaliyetleri için gerekli olan özel mülkiyete konu taşınmaz, taraflarca anlaşma sağlanamaması ve işletme ruhsatı sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça kamu yararı bulunduğu karar verilmesi halinde kamulaştırılır*” şeklindedir. Maden Yönetmeliği'nin 74. maddesinin ilk fıkrasında da aynı hüküm tekrarlanmıştır.

Kanun'un 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma yoluna, yalnızca işletme ruhsatı aşamasında ve işletme faaliyetleri için gerekli taşınmazlar açısından başvurulabilecektir<sup>95</sup>. Diğer bir ifade ile işletme ruhsatının alınması ve işletme faaliyetleri için ihtiyaç duyulması, kamulaştırma talep etme hakkının ön şartını teşkil etmektedir<sup>96</sup>. Dolayısıyla işletme ruhsatı alınmış olsa

---

<sup>92</sup> Danıştay 8. Daire, T. 25.02.2014, E. 2013/5309, K. 2014/1273, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

<sup>93</sup> ÇİTİL, s. 206.

<sup>94</sup> 27.05.2017 tarih ve 30078 sayılı Resmi Gazete.

<sup>95</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 147; TELLİ, s. 108-109.

<sup>96</sup> ÖZTOPRAK, s. 93.

dahi, söz konusu ruhsat alanında işletme döneminde yürütülmek istenen arama faaliyetleri için bu madde kapsamında kamulaştırma yoluna gidilemeyecektir<sup>97</sup>. Kanun'un açık hükmü gereğince, arama ruhsatı aşamasında kamulaştırma yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır<sup>98</sup>. Ruhsat sahibi, arama döneminde özel mülkiyete konu ruhsat alanında arama faaliyetlerinde bulunmak için Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'ne müracaat ederek irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi talep etmelidir<sup>99</sup>.

Maden Kanunu'nun 3. maddesinde ve Maden Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yer alan tanımlamalarda kamulaştırmanın ruhsat alanında kalan özel mülkiyete tabi taşınmazlar için mümkün olduğu ifade edilmiştir. Ancak gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te kamulaştırmayı düzenleyen hükümlerde işletme faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan özel mülkiyete tabi taşınmazların kamulaştırılacağı belirtilmiştir. Mevzuatta yer alan iki farklı ifade, işletme ruhsat alanının dışında yer alan ancak işletme faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlar da kamulaştırılabilecek midir, sorusunu da beraberinde getirmiştir.

TOPALOĞLU'na göre, işletme faaliyetlerinin yürütülmesi noktasında gerekli olan bütün özel mülkiyete konu taşınmazlar kamulaştırılabilecektir<sup>100</sup>. Ancak Kanun'un 24. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, "*arama ruhsatlı sahalara, geçici tesis alanı ile arama süresince belirlenen görünür ve/veya muhtemel rezerv alanı üzerine, arama ruhsatının diğer kısımları taksir edilerek, işletme ruhsatı verilir*". İşletme faaliyetlerinin yürütüleceği temel alan işletme ruhsat alanıdır. Dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale niteliği taşıyan kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir. Kaldı ki 46. maddenin 3. fıkrasında işletme ruhsat sahibine

<sup>97</sup> TANRIVERMİŞ, s. 157; TOPALOĞLU, (2011), s. 328-329.

<sup>98</sup> GÖĞER, s. 130.

<sup>99</sup> "... 3213 sayılı Maden Yasası'nın 46. maddesinin 1. fıkrasında "*maden arama dönemi içerisinde arama sahası özel mülkiyete konu gayrimenkul üzerinde kullanma amacına münhasır olmak üzere belli süreler için madenci, Bakanlığa müracaat ile irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi isteyebilir*". 2. fıkrasında ise "*irtifak ve/veya intifa hakkı karşılığı, Kamulaştırma Kanunu'na uygun olarak seçilecek bilirkişiler tarafından tespit edilir*" hükümleri konulmuştur. Bu yasal düzenlemeye göre, maden işleticisinin özel mülkiyete konu olan bu yer üzerinde bedelini ödemek suretiyle irtifak hakkı kurması gerekmektedir..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 21.04.2003, E. 2003/2711, K. 2003/5002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>100</sup> TOPALOĞLU, (2011), s. 330.

bir imkân daha tanınmıştır: “işletme ruhsat sahasında ve/veya mücavirinde kurulacak tesislerde kullanılacak ve ruhsat sahası dışından getirilecek olan su, doğalgaz, elektrik ve haberleşme hatları için ruhsat sahibi Genel Müdürlüğe müracaat ederek irtifak ve/veya intifa hakkı tesisi isteyebilir”. Dolayısıyla kamulaştırma imkânı yalnızca işletme ruhsat alanında kalan özel mülkiyete konu taşınmazlar açısından söz konusu olmalıdır<sup>101</sup>. Yapılacak değerlendirme neticesinde işletme faaliyetleri için gerekli olduğu tespit edilen özel mülkiyetteki diğer taşınmazlar açısından ise koşullar gerçekleşmişse irtifak hakkının tesis edilmesi talep edilebilecektir.

## 2.2. Satın Alma Usulünün Denenmesi

İşletme ruhsat sahibi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’ndan ruhsat alanının kamulaştırılmasını talep etmeden önce, taşınmaz malikiyle anlaşarak satın alma yoluna başvurmak zorundadır. Taşınmaz malın mülkiyetinin zorla elde edilmesi yöntemi olan kamulaştırma usulüne son çare olarak başvurulması gerekmektedir. İşletme ruhsat sahibi, ruhsat alanında yer alan özel mülkiyete konu taşınmazı satın alma iradesini ruhsat sahibine belirli bir usul çerçevesinde iletmelidir. Zira ruhsat sahibinden, kamulaştırma talebinde bulunmadan önce, işletme faaliyetleri için gerekli taşınmaz malı satın alma iradesini malike ilettiğini belgelemesi istenmektedir<sup>102</sup>.

Maden Yönetmeliği’nin 74. maddenin 2. fıkrasının f bendinde, “ruhsat sahibince kamulaştırılması istenilen arazi sahiplerine anlaşmak üzere noter aracılığı ile yapılmış 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre gönderilen ihbarname”nin kamulaştırma talebine eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu hüküm uyarınca ruhsat sahibinin satın alma talebini içeren ihbarnameyi noter vasıtasıyla tebliğe çıkarması ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu<sup>103</sup> hükümleri uyarınca tebligatın yapılması gerekmektedir. Aksi durumda satın alma yolunun tüketildiğinden bahsedilemeyecektir.

## 2.3. Yetkili Makam ve Kamulaştırma Talebi

Maden Kanunu kapsamında ruhsat sahibi lehine yapılacak kamulaştırmalarda yetkili makam Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’dır<sup>104</sup>(MK m. 46/5). Ancak Bakanlığın resen harekete geçerek

---

<sup>101</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 147-148.

<sup>102</sup> TOPALOĞLU, (2011), s. 330.

<sup>103</sup> 19.02.1959 tarih ve 10139 sayılı Resmi Gazete.

<sup>104</sup> FINDIKLIGİL, s. 101; GÜLAN, (2008), s. 202.

kamulaştırma işlemlerine başlama hususunda yetkisi bulunmamaktadır. Malike taşınmazı satın alma iradesini noter aracılığıyla ihbar ettiren fakat anlaşma sağlayamayan ruhsat sahibi, ruhsat alanında işletme faaliyetlerinde bulunabilmek için Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğüne başvurarak ruhsat alanının kamulaştırılmasını talep etmelidir<sup>105</sup>. Zira ruhsat sahipleri ile mal sahiplerini karşı karşıya bırakmak, sürecin uzamasına ve madenlerin çıkarılıp ekonomiye kazandırılmasının engellenmesine yol açacaktır<sup>106</sup>.

Ruhsat sahibi tarafından yapılacak kamulaştırma talebine Maden Yönetmeliği'nin 74. maddenin 2. fıkrasında yer alan belgelerin eklenmesi gerekmektedir. Maddede sayılan belgeler şunlardır:

*a) Kamulaştırma talebi ile ilgili dilekçe,*

*b) Tüzel kişilerde kamulaştırma ile ilgili karar,*

*c) Kamulaştırılması düşünülen alanın imar ve kullanım durumu, süresi, rezerv durumu, kamulaştırma sonrası ruhsat alanındaki faaliyetlerin ekonomiye katkısı ile ilgili karşılaştırmalı bilgileri içeren proje,*

*ç) Kamulaştırılması talep edilen alan ve bu alan üzerindeki taşınmazların miktar ve nitelikleri, bu alanın 6 derecelik dilime esas koordinatları, sahiplerinin isim ve adresleri, arazilerin tapu ve çap suretlerini gösterir tapu sicilinden onaylı listesi,*

*d) Taşınmaz üzerinde kamulaştırma sonrası yapılması düşünülen üretim tesisleri ve işletmenin durumunu gösterir vaziyet planı,*

*e) Üretimden sonra arazinin restorasyonu hakkındaki bilgileri ve haritası,*

*f) Ruhsat sahibince kamulaştırılması istenilen arazi sahiplerine anlaşmak üzere noter aracılığı ile yapılmış 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre gönderilen ihbarname,*

*g) Kamulaştırılması talep edilen arazinin çevresindeki yerleşim alanları ve arazi konumları.”*

Ruhsat sahibi tarafından yapılacak başvuru yerinde görülürse, talep kabul edilerek kamulaştırma işlemlerine başlanacaktır. Özel hukuk kişisi

<sup>105</sup> TOPALOĞLU, (2011), s. 330-331.

<sup>106</sup> GÖĞER, s. 136-137.

lehine yapılacak kamulaştırmalarda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kamu yararı kararı alınacaktır. Kamulaştırma Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, Bakanlıklar tarafından verilen kamu yararı kararlarının onaylanmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ruhsat alanının özel hukuk kişisi lehine kamulaştırılmasına ilişkin verdiği kamu yararı kararı ayrıca onaylanmaksızın<sup>107</sup> söz konusu karar ilgili valiliğe gönderilecektir. İlgili valilik, kamulaştırma işlemlerini 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri doğrultusunda sonuçlandıracaktır (MY m. 75/8).

#### 2.4. Kamulaştırma Bedeli

Kamulaştırma işlemlerinde ilk adım, kamulaştırma için yeterli ödeneğin temin edilmesidir. (KK m. 3/4). Yeterli ödenek temin edilmeksizin kamulaştırma işlemlerine başlanması mümkün değildir. Özel hukuk kişileri lehine yapılacak kamulaştırmalarda ise kamulaştırma bedeli kısmen veya tamamen özel kişiler tarafından karşılanmaktadır<sup>108</sup>. Bu doğrultuda Maden Kanunu kapsamında özel hukuk kişisi lehine yapılan kamulaştırmalarda, kamulaştırma sürecine ilişkin masrafların ve kamulaştırma bedelinin ruhsat sahibi tarafından karşılanması gerekmektedir (MK m. 46/6).

Ruhsat alanının kamulaştırılması aşamasında ruhsat sahibinden kamulaştırma masrafları ve bedelinin istenmesi, özel hukuk kişisi lehine yapılan kamulaştırmalara ilişkin genel prensiplere uygundur. Maden Kanunu'nun 46. maddesinin 10. fıkrasında istisnai bir düzenleme yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca *“hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufundaki yerlerde yapılan madencilik faaliyetleri için bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra kira, ecrimisil alınmaz”*.

Kanun'un 46. maddesinin 6. fıkrası ile 10. fıkrası arasındaki bu farklılık oldukça önemli bir sorunu beraberinde getirmektedir. Zira özel hukuk kişisinin mülkiyetinde olan bir taşınmaz üzerinde işletme faaliyetlerinde bulunmak isteyen ruhsat sahipleri kamulaştırma bedeli ve diğer masrafları karşılamak zorundayken, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar ile hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde işletme faaliyetlerinde bulunmak isteyen ruhsat sahipleri kira, ecrimisil gibi herhangi bir bedel ödemek

---

<sup>107</sup> BÜYÜKTAVŞAN, s. 42.

<sup>108</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 597-598; SOLMAZ, s. 24.



zorunda değildir<sup>109</sup>. Bu durumda ruhsat sahipleri arasında makul olmayan mali yükümlülük farkı meydana gelmektedir<sup>110</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin “*madencilik faaliyetlerini geliştirmek, özendirme, teşvik etmek, alacağın tahsilini kolaylaştırmak gibi kamu yararı amacıyla*” getirildiğini ve bu hususta düzenleme yapma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin olduğunu ifade ederek söz konusu hükmü hukuka aykırı görmemiştir<sup>111</sup>.

Ruhsat sahipleri arasındaki eşitsizliğin dengelenmesi amacıyla Maden Kanunu’nun 14. maddesine 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>112</sup> ile “*hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak madencilik faaliyetlerinden Devlet hakkı % 30 fazlasıyla alınır*” hükmü eklenmişti. Ancak 6592 sayılı Maden Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>113</sup> ile yapılan değişiklikle bu hüküm kaldırılmıştır. Kanun’un gerekçesinde ilgili hükmün kaldırılmasına dair bir açıklama yer almasa da, genel olarak söz konusu maddede yapılan değişikliklerle devlet haklarının belirlenmesi hususunda uygulama birliği sağlandığı ifade edilmiştir<sup>114</sup>. Şu an için Maden Kanunu’nda ruhsat sahipleri arasında meydana gelen eşitsizliği dengeleyici bir mekanizma bulunmamaktadır.

## 2.5. Kamulaştırılan Taşınmazın Kullanılması

Maden Kanunu’nun 46. maddesi uyarınca kamulaştırılan taşınmaz Hazine adına tescil edilmekte ve işletme ruhsat sahibine tahsis edilmektedir.

<sup>109</sup> ÇEVİKÇELİK, s. 149; “...Tüm bu düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, davacı şirketin uyumsuzluk konusu hazine taşınmazını, Maden Kanunu hükümlerine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden Dairesi Başkanlığından almış olduğu işletme ruhsatına dayanarak kullandığı, maden işletme ruhsatında belirtilen saha içindeki çalışmalarından dolayı füzuli şağil olarak nitelendirmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla ecrimisil istenilmesinde mevzuata uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından, İstanbul 2. İdare Mahkemesinin, davacıyı füzuli şağil olarak nitelendirmesinde yasal isabet görülmemiştir...” Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 16.02.1996, E. 1994/401, K. 1996/92, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 29.03.2011, E. 2011/1651, K. 2011/3839, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>110</sup> GÜLAN, (2008), s. 203.

<sup>111</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 15.01.2009, E. 2004/70, K. 2009/7, 11.06.2009 tarih ve 27255 sayılı Resmi Gazete.

<sup>112</sup> 24.06.2010 tarih ve 27621 sayılı Resmi Gazete.

<sup>113</sup> 18.02.2015 tarih ve 29271 sayılı Resmi Gazete.

<sup>114</sup> “...Devlet haklarının belirlenmesi ve Genel Müdürlükçe duyurulması sağlanarak emsal fiyatlarda uygulama birliği sağlanmıştır...”



Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyeti Hazineye aittir. Madencilik faaliyetleri sona erdiğinde taşınmaz mülkiyeti Hazineye kalmaya devam edecektir<sup>115</sup>. Tahsis işlemi, kamulaştırma işlemi ile Hazine adına tescil edilen taşınmazın, mülkiyeti Hazineye kalmak kaydıyla, madencilik faaliyetlerinde kullanılmak amacıyla ruhsat sahibine bırakılmasına yönelik bir idari işlemdir<sup>116</sup>.

Kamulaştırılan taşınmaz, “*ruhsat hukuku devam ettiği sürece*” ruhsat sahibine tahsis edilecektir (MK m.46/7). Tahsis süresi, işletme ruhsat süresi ile sınırlıdır. İşletme ruhsatının herhangi bir şekilde sona ermesi halinde tahsis işlemi de sona erecektir. Keza işletme ruhsatının devri halinde tahsis işleminin devralan adına değişmesi gerekmektedir<sup>117</sup>.

Kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılması gerekmektedir<sup>118</sup>. “*Ruhsat sahibinin kamulaştırılan alanı kamulaştırma amacı dışında kullanması ve/veya ruhsat alanını madencilik faaliyetleri dışında kullanması ve/veya kullandırması*” haksız yere hak iktisabı sayılır ve bu hususta verilecek beyanlar gerçek dışı ve yanıltıcı beyan olarak kabul edilir (MK m. 10/7). Bununla birlikte ruhsat sahibi lehine kamulaştırılan taşınmazda, kamulaştırma amacı dışında yürütülen faaliyetler durdurulacaktır (MY m. 75/4).

## 2.6. Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı

Mal sahibinin taşınmazı geri alma hakkı, kural olarak, özel hukuk kişileri lehine yapılacak kamulaştırmalar için de geçerlidir<sup>119</sup>. Eski malik, kendisine yapılan bildirimden itibaren altı ay içinde geri alma hakkını kullanabilir. Ancak altı ay içerisinde geri alma hakkının kullanılmaması üzerine, taşınmaz Hazineye kalacaktır (MK m.46/8).

## SONUÇ

Maden arama veya işletme ruhsatı almak ruhsat sahibine, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde olan ruhsat alanında madencilik faaliyetlerinde

---

<sup>115</sup> GÜLAN, (2008), s. 202-203.

<sup>116</sup> KIRBAŞ, s. 135; ONAR, Cilt II, s. 1345; Tahsis, genel olarak, idari bir işlemle gerçekleşmektedir. Bununla birlikte hukukumuzda kanun, yönetmelik, imar planları ve idari sözleşmeler ile tahsis müessesesinin ortaya çıktığı da görülmektedir. GÜLAN, (1999), s. 98-99; ONAR, Cilt II, s. 1345-1349.

<sup>117</sup> Zira kamulaştırılan taşınmazın ruhsat sahibine tahsisi ile işletme ruhsatına bağlı eşyaya bağlı borç statüsü yaratılmaktadır. TOPALOĞLU, (2011), s. 334; GÖĞER, s. 173.

<sup>118</sup> FINDIKLIGİL, s. 104; ÖZYÖRÜK, s. 97.

<sup>119</sup> FINDIKLIGİL, s. 104.

bulunma hususunda yetki vermemektedir. Ruhsat sahibinin özel mülkiyete tabi ruhsat alanındaki madencilik faaliyetlerinin hukuka uygun sayılabilmesi için Maden Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca lehine irtifak ve/veya intifa hakkı tesis edilmesi veya söz konusu taşınmazın kamulaştırılması gerekmektedir. Ruhsat sahibi lehine taşınmaz üzerinde irtifak veya intifa hakkı tesis edilmesi malikin mülkiyet hakkını sınırlarken, ruhsat alanının ruhsat sahibi lehine kamulaştırılması malikin mülkiyet hakkını sona erdirmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma yoluna, Anayasa ve diğer mevzuat hükümleri doğrultusunda son çare olarak başvurulmalıdır.

Maden hukukunda kamulaştırma usulüne yalnızca işletme ruhsatı aşamasında ve işletme faaliyetleri için gerek duyulduğu takdirde başvurulabilmektedir. Ancak kamulaştırma usulüne başvurulmadan önce, ruhsat sahibi lehine irtifak ve/veya intifa hakkının tesis edilmesinin işletme faaliyetleri açısından yeterli olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Mevzuatımızda idarenin işleyişini ve karar alma sürecini düzenleyen genel idari usul kanunu şu an için bulunmamaktadır. Ancak çeşitli kanunlarda idari usule ilişkin düzenlemelere rastlanabilmektedir. Kamulaştırma işleminin idarece tesis edilmesine ilişkin aşamalar ise Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maden hukukunda işletme ruhsat alanlarının kamulaştırılmasında Kamulaştırma Kanunu'nun uygulanacağı ifade edilmekle birlikte, Kanun'un 46. maddesinde birtakım ayrık düzenlemelere yer verilmiştir.

Gerek kamulaştırma talep edilebilecek madenlerin sınırlandırılması, gerek kamulaştırma masraf ve bedelinin ruhsat sahibi tarafından karşılanması, gerekse mal sahibinin taşınmazı geri alma hakkı noktalarında Maden Kanunu ile Kamulaştırma Kanunu arasında birtakım farklılıklar olsa da değişmeyen en önemli husus kamu yararı kararının alınmasıdır. Zira her ne kadar Maden Kanunu'nun 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma usulü, özel hukuk kişileri lehine yapılacak kamulaştırmanın bir örneğini teşkil etse de yetkili idare tarafından kamu yararı kararı alınması bir gerekliliktir. Zira kamu yararı kararı, idarenin cebren özel mülkiyete müdahale etmesine izin vererek söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUKMAÇ, Sadık: **Kamulaştırma Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977.
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- AZRAK, Ali Ülkü: “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, 1980, s. 3-9.
- BÜYÜKTAVŞAN, Muhammed Taha: Kamulaştırmada Malikin Hakları ve Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- ÇAĞATAY, S. Seda/ ALİEFENDİOĞLU, Yeşim: “Metal Madencilik Faaliyetleri Arazi Edinim Süreci: Erzincan İli İliç İlçesi, Çöpler Altın Madeni”, **Social Sciences Research Journal**, Volume 8, Issue 1, March 2019, s. 223-241.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Âkibeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, Aralık 2011, s. 453-466.
- ÇAKMAK, Naci Münci: **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÇANGA, Halit Erol: **5177 Sayılı Açıklamalı Maden Kanunu ve Yönetmelikleri**, Yurt Madenciliğini Geliştirme Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.
- ÇEVİKÇELİK, Muradiye: **Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÇİTİL, Bünyamin: **Tüm Yönleriyle Maden Hukuku (Cumhurbaşkanlığı Sistemi KHK ve Kararnameleri Işığında)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DURAN, Lütfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

- DÜREN, Akın: **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- ERDOĞAN, Kemal: **Rödöfans Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü: Maden Terimleri Sözlüğü <http://www.etimaden.gov.tr/maden-terimleri-sozlugu/m-harfi-ile-baslayanlar#>, Erişim Tarihi: 25.08.2019.
- FINDIKLIGİL, Yavuz: **Maden Hukuku**, İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul, 1966.
- GÖĞER, Erdoğan: **Maden Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- GÖVEN, Yusuf: “Kamulaştırma İşlemlerinde “Kamu Yararı””, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 1, Ocak 1999, s. 247-262.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÜLAN, Aydın: Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1987.
- GÜLAN, Aydın: **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.
- GÜLAN, Aydın: **Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri Mevzuat ve Yargı kararları Işığında Eleştirel Bir Yaklaşım Denemesi**, Lamure, İstanbul, 2008.
- GÜNAY, Ömer: **Maden Hukuku Kavramlar- İlkeler- Tanımlar (Güncel Danıştay Kararlarıyla)**, Güncellenmiş İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2017.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- İNCEOĞLU, Sibel: “Anayasa ve Kanunlarda Kamulaştırmanın Düzenlenişi”, **Argumentum**, Cilt 1, Sayı 5, Aralık 1990, s. 70-76.
- KALABALIK, Halil: “Genel İdari Usül Kanunu Bulunmayan Ülkemizde Kanunla Usüle Bağlanmış Bir İşlem: Kamulaştırma Üzerine Bir İnceleme”, **Yönetim ve Ekonomi: Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, 1998, s. 299-346.
- KARAHANOGULLARI, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KAYA, Cemil: “Kiracıların Sübjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay

- Kararlarının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 335-347.
- KAYA, Cemil: **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KIRATLI, Metin: “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt XXVII, Sayı 4, Aralık 1972, s.53-81.
- KIRBAŞ, Sadık: **Devlet Malları**, İkinci Baskı, Adım Yayıncılık, Ankara, 1988.
- KIZIL (Erkelli), Neşe: “Kamulaştırma Fenomeni”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 209-216.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem: “Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Kamulaştırma ve Ruhsat(İzin) Verme Yetkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2017, s. 999-1018.
- KUTLU, Meltem: **İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 24, Ankara, 1992.
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt II, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZDAMAR, Demet: “Maden Hakkı ve Maden İrtifakı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını: Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL’e Armağan**, 2001, s. 319-335.
- ÖZTOPRAK, Sezin: **(6592 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerle Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: **Kamulaştırma Hukuku**, Günay Matbaacılık, Ankara, 1948.
- SOLMAZ, Eren: **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- SÖYLER, İlhami: “Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm ve Tasarrufundaki Yerler”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 83, 2011, s. 57-68.

- ŞAHİN, Cenk: “Kamulaştırma”, İl Han Özay, **Günlüğünde Yönetim İçinde**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ŞİMŞEK, Suat: “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 92, 2014, s. 93-115.
- TANRIVERMİŞ, Harun: “Madencilik Faaliyetlerinde Arazi Edinimi, kamulaştırma ve Değerleme Üzerine”, **Madencilik Türkiye Dergisi**, Sayı 75, 2018, s. 156-166.
- TELLİ, Serap: **İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler**, S Yayınları, Ankara, 1989.
- TEZCAN, Murat: “Kamulaştırma Yoluyla Mülkiyet Transferi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 108, 2013, s. 377-382.
- TOPALOĞLU, Mustafa: **Maden Hukuku**, Karahan Kitabevi, Adana, 2011.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Yeni Yasal Düzenleme ve Maden İrtifakları”, **Türkiye Madenciler Derneği Sektörden Haberler Bülteni**, Sayı 58, 2015, s. 76-80.
- TÜRK, Hikmet Sami: “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 36, Sayı 1-4, Ocak 1979, s.83-119.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM): Madencilik Sektöründeki Sorunların Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss544.pdf> (Erişim tarihi: 10.09.2019).
- ULUSAN, İlhan: “Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 43, S. 1-4, 1977, s. 101-130.
- YILDIRIM, Turan: “Kamulaştırmadan Vazgeçme”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı 101, 2013, s. 7-23.
- YILDIZ, Taşkın Deniz: “Türk Maden Mevzuatı Evriminde Madenlerin Mülkiyeti ve Rejimi”, **22rd International Mining Congress & Exhibition of Turkey**, 16-19 Nisan 2019, Antalya, s. 1959-1980.
- ZEVKLİLER, Aydın: “Kamulaştırma, Satımın Özel Bir Çeşidi Midir?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan**, No: 411, Ankara, 1977, s. 935-958.