

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 78 • Sayı/Number: 1 • Mart/March 2020

ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmua

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

Istanbul Law Review is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)

ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Doç. Dr. Ali Pahlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Ahmet Özsoy, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. İsmail Kırca, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Carsten Gerner-Beuerle, University College London, United Kingdom

Doç. Dr. Ivana Bajakić, University of Zagreb, Croatia

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli Yayın/International Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Yılda dört defa yayınlanır (Mart, Haziran, Eylül, Aralık)
Published four times a year (March, June, September, December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science 'WOS')/ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veritabanı

Baskı ve Cilt/Printing Office
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179

Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



İletişim/Correspondence
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
HYPERLINK "http://www.istanbul.edu.tr/" www.istanbul.edu.tr/hukuk

Tel: +90 (212) 440 01 05
Fax: +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr> / www.dergipark.gov.tr/iuhfm
Elektronik posta: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Adi Ortaklıklarla İlgili Takiplerde Haciz

The Seizures in the Pursuances of A Judgement Related With the

Unregistered (Ordinary) Partnerships..... 1
Vildan Peksöz

Araştırma makalesi/Research article

Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği

Validity of Child Marriages of Syrians Under Temporary Protection in

Comparative and Turkish Law 21
Ayşe Elif Uluoğlu Karataş

Araştırma makalesi/Research article

İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme

A Study Over the Protectability of Ideas and Concept Leading to Computer

Programs in Light of the Navitaire Judgement of the England and Wales

High Court of Justice 83
Arslan Kaya, Numan Sabit Sönmez

Araştırma makalesi/Research article

İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu

The Distinctive Features of Scandinavian Law and The Problem of Locating

It among the Legal Families of the World 99
Koray Güven

Araştırma makalesi/Research article

Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m 295)

Prohibition of the Sale by Auction of the Pledged Goods within the Period

of the Concordat 139
Anıl Köroğlu

Araştırma makalesi/Research article

5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası

Testator’s Simulation Before the Transfer of the Agricultural Lands in Succession

within the Scope of Law Numbered 5403..... 161
A. Nilay Şenol, Özge Uzun Kazmacı

Araştırma makalesi/Research article

Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444

Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla

Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sifatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler

Legal Thoughts on Determining the Primary Debtor Concerning Promissory

Notes Issued Through Authorized Representative of the Company within the

Scope of the Decision Dated 23.01.2017 and Numbered 2017/38-2017/444 of

the Court of Appeals for the 11th Circuit 193
Şafak Narbay, Şengül Al Kılıç

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları

Constitutional Limitations on the Subject of Presidential Decrees 225
Halit Yılmaz

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2020/1 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Eski adıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası olan dergimizle ilgili 2018 yılında isim ve sistem değişikliğine gidilerek, derginin etki alanının genişletilmesi ve ulaşılabilirliğinin sağlanması, özellikle yalnızca yurt içiyle sınırlı kalmaksızın dergimizin uluslararası bilinirliğinin artırılması için birtakım adımlar atıldı. Bu yeni süreci şekillendirmek ve sürece adapte olmak elbette belirli bir mesai istediğinden, bu sayımızdan önceki birkaç sayı sizlerle biraz da olsa gecikmeli şekilde buluştu. Ancak 2019/1 sayısından itibaren bu problemi aşarak, dergimizi zamanında okuyuculara sunmaktan memnuniyet duyuyor ve sonraki sayılar için de derginin zamanında ve düzenli şekilde çıkarılacağını şimdiden bildiriyoruz.

Dergimizin bu sayısı -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli sekiz makale içermektedir. Dergimizde yalnız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş ve ayrıca ilk defa 2019/1 sayısında benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir. Bundan sonraki sayılarda da OSCOLA atf kurallarına ve diğer yayın ilkelerimize göre uyarlanmış Türkçe ve İngilizce makaleler kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep her sayımızda daha da artmaktadır. Gerek bu talebin karşılanabilmesi gerek dergimize yayımlanması için gönderilen çalışmaların mümkün olduğunca güncel bir şekilde okuyucuyla buluşabilmesi adına dergimizde çeşitli yeniliklere gidileceğini 2019/2. sayımızda duyurmuştuk. Bu kapsamda, 2020/1 sayısından itibaren “online first” sistemine geçilmiş olup; yayımlanması amacıyla dergimize gönderilen çalışmalar, editör ve hakem incelemelerinden onay alarak mizanpaj aşamasını da tamamladıktan hemen sonra internet üzerinden erken erişime açılacaktır. Dergimize yönelik talebi karşılayabilmek ve akademik çalışmaları mümkün olduğunca güncel bir şekilde okuyucuya sunabilmek

amacıyla getirilen ikinci yenilik, yıllık çıkarılacak dergi sayısının artırılmasıdır. 2020 yılından itibaren yılın her bir çeyreğinde (Mart, Haziran, Eylül ve Aralık) olmak üzere dergimiz artık yılda dört sayı olarak çıkarılacaktır. Bu sayede yeni sayılar arasındaki süre azaltılacak ve uluslararası bir yayın olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nda çalışmalarını yayımlamak isteyen daha çok araştırmacı bu imkândan yararlanabilecektir.

Toplumsal bir olgu olan hukukun, toplumun içinde bulunduğu durumdan soyut bir Şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Covid-19 Pandemisi'nin ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına aldığı Şu günlerde dergimizin yayınlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm yazarlara samimi desteklerinden ötürü Őkranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda, sağlıklı görüşmek dileğiyle...

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Doç. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 27.02.2020
Revizyon Talebi: 13.03.2020
Son Revizyon Tarihi: 21.03.2020
Kabul: 09.04.2020

Adi Ortaklıklarla İlgili Takiplerde Haciz

Vildan Peksöz*

Öz

Adi ortaklık ilişkileri kapsamında elde edilen mal varlığı üzerinde, ortaklar elbirliği ile hak sahibidir. Bu kural gereğince, ortaklardan biri tek başına ortaklık mal varlığı üzerinde tasarruf edemez. Elbirliği ilkesinin bu özelliği sebebiyle, ortaklık ilişkisi kapsamında üstlenilen borçlara ilişkin haczin konusunu elbirliği ile hak sahibi olunan mal varlığının oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir. Bu kapsamda ZPO § 736 hükmünün Türk hukukunda karşılığı olmamasının bir eksiklik olup olmadığı çalışmada tartışılmaktadır. Zira bu hükümde adi ortaklık ortaklarının tamamına karşı elde edilen ilâmla, ortaklık mal varlığında haczin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu değerlendirmenin devamında, ortakların kişisel borçlarından dolayı elbirliği konusu mal varlığı değerlerinin haczinin mümkün olmadığı üzerinde durulmaktadır. Ardından ortaklık ilişkisi kapsamında üstlenilen borçlardan dolayı ortaklık mal varlığının haczedilme meselesi tartışılmıştır. Böyle bir haczin ortakların hepsine karşı başlatılan takiple mümkün olduğuna karar verilmiştir. Son olarak, ortakların hisse haczinden anlaşılması gerekenin ne olduğu üzerinde durulmuş ve bundan ortakların tasfiye payı veya kâr payı haczinin anlaşılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kişisel alacaklıların ortakların tasfiye payına veya kâr payına haciz koyabileceği ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Adi ortaklık, Elbirliği, Haciz, Hisse, Tasfiye payı

The Seizures in the Pursuances of A Judgement Related With the Unregistered (Ordinary) Partnerships

Abstract

The partners that make up an unregistered (ordinary) partnership are entitled to the assets and rights as joint owners which they hold as a partnership. Because of this principle, the partners can not dispose of these rights and assets. In considering this principle, it is necessary to determine if seizure of these things is possible or not. In this context, does the lack of an equivalent article of ZPO § 736 in Turkish codes let private creditors seize the properties of a partnership or not should be answered. The properties of the partnership can not be seized because of private debts of the partners. For satisfaction of personal creditors, liquidation and profit shares of partners can be seized. Also, it needs to be asked if properties which belong to partners jointly can be seized because of debts of all partners or not. To make this legally possible, all partners have to be parties in the pursuance of a judgement because joint ownership requires this.

Keywords

Unregistered (Ordinary) Partnership, Joint ownership, Seizure, Share, Liquidation share

* **Sorumlu Yazar:** Vildan Peksöz (Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: vildan.peksöz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-5903-6209

Atf: Peksöz V, "Adi Ortaklıklarla İlgili Takiplerde Haciz" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0001>



Extended Summary

The partnership established under private law is the relationship set up by contract between two or more persons in order to achieve a common aim by common efforts and means. The capacity to have rights and obligations in unregistered partnerships is not accepted under Turkish Law. That's why these partnerships can not be an owner of properties. The partners that make up an unregistered partnership are entitled to the assets and rights as joint owners which they hold as a partnership. Because of this principle, the partners can not dispose of these rights and assets individually. They have to act together to dispose of these properties.

The principle of joint ownership affects the pursuance of a judgement. For example, the partners might not pay debts which they have undertaken related to their partnership. When creditors want to start pursuance, they have to pursue individual partners, not the partnership. Because partnerships can not be parties in pursuance of a judgement. In such a pursuance, seizure of any properties which partners hold as joint owners is a problem.

In this article, it needs to be argued if the lack of an equivalent article of ZPO (German Civil Procedure Code) § 736 in Turkish codes lets private creditors seize properties of a partnership or not. Currently, according to ZPO § 736, with the help of a court decision against all partners, creditors can seize the properties of partnerships. The answer to this argument is that it is not possible for private creditors to seize properties of a partnership. Unless there is an equivalent article of ZPO § 736 in Turkish codes, the principle of joint ownership prevents private creditors from seizing these properties.

Another problem to be considered is whether creditors of partnership can seize properties which are held as joint owners or not. According to the defended opinion in this article, in pursuance against partners, creditors can seize properties of the partners because they hold these properties, rights, and assets within the relationship of the partnership. Also, they have debts within the relationship of the partnership. That's why it is necessary to hold the partners liable for such debts. For this reason, a creditor has to pursue all partners because partners have to dispose of properties jointly which they hold as joint owners.

Previous Turkish Supreme Court decisions were against this idea. However, in March 2019, the Court changed its position and accepted that creditors can seize properties of partners which they hold as joint owners.

As a result, the lack of ZPO § 736 in Turkish codes does not prevent creditors of partnership from seizing properties which partners hold as joint owners. Also under Turkish Law and German Law, ownership rules regarding unregistered partnerships

are not different. That's why under Turkish law we should proceed with ZPO § 736 in order to conform to the principle of joint ownership.

Legislators mention the seizure of share under Turkish Execution and Bankruptcy Code Article 94 and 121. So it needs to be asked if it is possible to seize shares of partners. Due to the principle of joint ownership, it is not possible to seize the shares of partners. Also, we can not determine the shares of partners without dissolving the partnership. As a matter of fact, it is the seizure of liquidation shares, which must be understood from share seizure. Finally, private creditors can seize liquidation and profit shares of partners, but not their shares in properties within the partnership.

Adi Ortaklıklarla İlgili Takiplerde Haciz

Giriş

Ortaklar adi ortaklık sözleşmesinde, katılım paylarını ortak bir amaç doğrultusunda birleştirmeyi ve bu amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermeyi üstlenirler. Adi ortaklıklar elbirliği ortaklığı olarak kurulurlar ve bu ortaklıkların tüzel kişiliği yoktur. Bu sebeple ortaklar, ortaklık mal varlığı üzerinde elbirliği ile hak sahibidir. Bunun yanında adi ortaklıkla ilgili işlemlerden doğan borçlardan ortaklık değil; ortaklar borç sahibi olur¹. TBK m 638, III'e göre, ortaklar ortaklık ilişkileri kapsamında üstlendikleri bu borçlardan müteselsilen sorumludur². Keza ortakların bu borçlardan sınırsız (tüm mal varlıklarıyla)³ ve birinci derece (dolaysız)⁴ sorumlulukları söz konusudur⁵.

Adi ortaklıkta ortakların elbirliği ile hak sahipliği yerine paylı hak sahipliğini benimsemeleri durumunda, TMK m 688, III'e göre payın devri, rehni ve haczi caizdir. Ancak adi ortaklıkta asıl kural, ortakların elbirliği ile hak sahipliğidir. Elbirliği ile hak sahipliğinde ise haciz açısından tartışılması gereken sorunlar bulunmaktadır. Bu çalışmada söz konusu sorunların tespiti ve çözümü üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda ZPO § 736 hükmünün Türk hukukunda olmamasının haciz bakımından bir

¹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp (Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku I*, (14. Bası 2019) 85, Nr 100a; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık* (2008) 416; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası 2016) 90; Fatih Bilgili, "Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum" (2002) Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günün Armağanı, Cilt I, 203; Güzin Üçışık, *Türk Hukukunda Kolektif Ortaklık Ortaklıkların Sorumluluğu* (1985) 20.

² Ortaklığın sorumlu olabilmesi için, tüzel kişiliğe sahip olması gerekir. Ortaklık tüzel kişiliğe sahip değilse ortakların sorumluluğundan bahsedilebilir (Üçışık 20).

³ Ortaklar ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı, sadece ortaklığa koymuş oldukları katılma payları ile değil; kişisel olarak tüm mal varlıkları ile sınırsız sorumludurlar (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası 2019) 854, Nr 2888). Sınırsız sorumluluk, ortağın ortaklığa koymayı taahhüt ettiği sermaye payıyla sınırlı olmaksızın ortaklığın borçlarının tamamından sorumlu olmasını ifade eder (Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (2013) 42). Adi ortaklıkta sınırsız sorumluluk için ayrıca bkz Ömer Ali Girgin, *Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk* (2017) 115-116. Alacaklının alacağının tamamı için borçlunun tüm mal varlığına başvurabilmesi mümkün olduğunda, borçlunun sınırsız sorumluluğu söz konusudur. Bu durumda ortağın sorumluluğunu sınırlayan bir kanun veya sözleşme hükmü yoktur (Üçışık 35). Sınırsız sorumluluk bakımından aynı yönde bkz Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku* (7. Bası 1993) 21. Bir kişinin tüm mal varlığı ile sorumlu olmasının kişisel sorumluluk anlamına geldiğine ilişkin bkz Nuşin Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme* (1968) 134.

⁴ Soysal Özenli, *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar* (1988) 101. Adi ortaklığa ait bir mal varlığı olmadığından, alacaklılar zorunlu olarak doğrudan ortakların mal varlığına başvurabilir (Bilgili/Demirkapı 41). Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından ortakların sorumluluğu birinci derecedir (Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası 2019) 59; Girgin 116).

⁵ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (10 Auflage 2007) § 12, Nr 31, 315; Nr 69, 325; Alfred Siegwart, *Das Obligationenrecht*, 4. Teil: Die Personengesellschaften (1938) Art 544, 181, Nr 28; Werner von Steiger, *Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht*, Band VIII/1 (1976) 383; Christoph Pestalozzi/ Nedim Peter Vogt, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II* (5. Auflage 2016) 47, Nr 14; Walter Fellmann/Karin Müller, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, das Obligationenrecht*, Bd VI, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Die Einfache Gesellschaft, 8. Teilband (2006) Art 544 1093, Nr 142; Lukas Handschin/Reto Vonzun, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V/4a, Die einfache Gesellschaft* (2009), Art 544, 544, Nr 44; Frédéric Krauskopf/Soluna Giron (Schütz, Jürg Gian), *Personengesellschaftsrecht* (2015) Art 544, 130, Nr 13; Peter Jung, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage 2016), OR Art. 544, 72-73, Nr 9-11; Şener, *Adi Ortaklık*, 417; Şener, *Ortaklık*, 59, 85-87; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 85, Nr 100; Eren, *Borçlar*, 853-854, Nr 2885-2888; Barlas 91; Bilgili/Demirkapı 26-27, 41; Bilgili 203; Girgin 115-116. Bkz Yargıtay 12. HD. 8274/635, 19.1.2017 (Kazancı İçtihat Bankası).

eksiklik olup olmadığı tartışılmaktadır. Söz konusu tartışmanın sonucuyla bağlantılı olarak ortakların kişisel alacaklılarının ortaklık mal varlığı değerleri üzerinde haciz talebinin mümkün olup olmadığı ele alınmaktadır. Elbirliği konusu mal varlığı değerlerinin ortaklık borçları için haczi ise ayrı bir tartışma konusudur. Söz konusu tartışmanın ardından ortakların kişisel borçları sebebiyle ortaklık hissesinin haczinin uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir.

I. Ortakların Elbirliği ile Sahip Olduğu Mal Varlığının Haczi

A. Genel Olarak

Ortaklara karşı yapılacak takiplerin konusu, ortaklık ilişkisi kapsamında ortakların üstlendikleri borçları veya ortakların kişisel borçları olabilir. Bu sebeple ortaklara karşı yürütülen takibin alacaklı tarafında, ortakların ortaklık amacı kapsamında borçlandıkları alacaklıları veya kişisel alacaklıları yer alabilir. Örnek olarak, (A) ve (B) lokanta işletmek maksadıyla bir adi ortaklık kurmuştur. Ortaklık olarak işlettikleri bu lokantada kullanmak için elli litre, evlerinde kullanmak için de yirmişer litre zeytinyağını (D)'den satın alırlar. (A) ve (B)'nin lokantada kullanmak için aldıkları zeytinyağının borcundan ortaklık ilişkisi sebebiyle sahip oldukları mal varlığı ile sorumlu olup olmadığı hususu tartışılmalıdır. Bu borçtan dolayı, ortakların kişisel mal varlığına (D)'nin başvurusunun mümkün olup olmadığı da sorgulanmalıdır⁶. Bunun yanında sadece (A)'nın evinde kullanmak için aldığı zeytinyağının borcundan dolayı, (A) ve (B)'nin elbirliği ile sahip olduğu malların haczinin mümkün olup olmadığı da düşünülmelidir.

B. Ortağın Kişisel Borcu Sebebiyle Ortakların Elbirliği ile Sahip Olduğu Mal Varlığının Haczi

Ortaklardan birinin kişisel borcu sebebiyle adi ortaklığın mal varlığının haczinin mümkün olup olmadığına ilişkin açıklamalara, Alman hukukunda yer alan ZPO § 736 hükmü esas alınarak başlanması uygun olur. Anılan hükmün Türk hukukunda karşılığı yoktur. Bu durumun bir eksiklik teşkil edip etmediği tartışılmalıdır.

ZPO § 736 hükmüne göre, adi ortaklığın ortaklık mal varlığında icra takibi yapılabilmesi için tüm ortaklara karşı ilâm alınmış olması gerekir. Bu hüküm, ortakların elbirliği hâlinde hak sahibi oldukları mal varlığı üzerinde, serbestçe tasarrufta bulunamayacaklarına ilişkin BGB § 719 hükmünün icra hukukundaki

⁶ Benzer olay ve sorular için bkz Nicole Raster, *Die Verselbständigung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (2001) 56; Walter F Lindacher, "Grundfälle zur Haftung bei Personengesellschaften" (1982), JuS, 1982, 595, Fall 36.

karşılığdır⁷. Böylece elbirliği mülkiyetinin konusu mal varlığında, ortaklardan sadece birine karşı takip yapılması⁸ ve birinin kişisel alacaklısının ortaklık mal varlığında icra işlemi yaptırması engellenir⁹. Dolayısıyla ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, ortaklık mal varlığı değerlerine haciz koyduramaz¹⁰.

Ortakların tamamının adi ortaklıkla ilgili olmayan kişisel borçlarından dolayı, alacaklıların tüm ortaklara karşı ilâm alarak ortaklık mal varlığına başvurmasının mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır¹¹.

Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda ZPO § 736 hükmüne benzer bir düzenlemenin olmaması sebebiyle, ortaklardan birinin kişisel alacaklısının ortaklık mal varlığına başvurabilmesinin mümkün olduğu düşünülebilir. İsviçre hukukunda adi ortaklıktaki hak sahipliği rejiminin paylı mülkiyet olarak kabul edildiği dönemde, ortakların kişisel alacaklılarının ortakların paylarına başvurarak ortaklık mal varlığından doğrudan tatmin edilmeleri mümkündür¹². Ancak hak sahipliği rejiminin elbirliğine dönüşmesinden sonra ortakların kişisel alacaklılarının ortağın tasfiye

⁷ Johannes Wertenbruch, *Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung* (2000) 188; Mathias Morawietz, *Die rechts-und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess* (2011) 23-24; Baha Nurettin Güven, *Die Unterscheidung von Innen- und Aussengesellschaft bürgerlichen Rechts* (2010) 77-78. Alman hukukunda dış adi ortaklığın taraf ehliyeti kabul edildiğinden, ortaklığa karşı alınmış ilâmla ortaklık mal varlığında takip yapılabilir (Christian Seiler (Thomas Heinz/Hans Putzo), *Zivilprozessordnung* (38. Auflage 2017) § 736, 1014, Nr 4; Karsten Schmidt, “Die parteifähige BGB-Aussengesellschaft: noch immer ein schwieriger Fall!” (2007) 150; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, *Zivilprozessordnung* (9. Auflage 2017) § 50, 246, Nr 21; Güven 78. ZPO § 736 hükmünün lafzı buna engel değildir (Seiler (Thomas/Putzo), § 736, 1014, Nr 4). *Raster* adi ortaklığa taraf ehliyeti tanınmadan önce, adi ortaklık ve hak ehliyeti olmayan dernekler arasında kurduğu benzerlikten dolayı ZPO § 50 II gibi ZPO § 735’in de adi ortaklık için uygulanabileceğini, böylece adi ortaklığa karşı alınmış kararla adi ortaklığa karşı takip yapıp ortaklık mal varlığından alacaklının tatmin edilebileceğini savunmuştur. *Raster*’e göre, ZPO § 736 hükmü pratik olmayan ve sisteme aykırı hale gelmiş bir düzenlemedir (Raster 143, 150). ZPO § 736 hükmünde tüm ortaklara karşı karar alınması ortaklık mal varlığına başvurmak için gerekli kabul edilse de, artık ortaklığa karşı alınmış bir kararın da ortaklık mal varlığına başvurmak için yeterli olduğuna ilişkin bkz Eberhard Wieser, “Rechtsfähige BGB-Gesellschaft- Neue Rechtslage nach der BGH-Entscheidung” (8/2001), MDR, 422. Tüm ortakların ortaklık borçlarından kişisel sorumlu olmalarından dolayı, onlara karşı karar alınması adi ortaklığın taraf ehliyeti varken de caizdir (Seiler (Thomas/Putzo), § 736, 1014, Nr 4; Schmidt 158; Prütting/Gehrlein, § 50, 246, Nr 21; Güven 78).

⁸ Morawietz 23-24.

⁹ Güven 78.

¹⁰ Morawietz 23-24; Peter-Hendrik Müther, “Zivilprozessuale Probleme der ‘neuen’ BGB-Gesellschaft”, MDR, 628; Raster 64.

¹¹ Bir görüşe göre, ortakların ortaklık mal varlığı ile sorumlu olması, ortaklık amacı kapsamında üstlenilen borçlara (ortaklık borçlarına) ilişkindir. Ortakların kişisel alacaklıları ortaklık mal varlığına başvuramaz (tüm ortaklara karşı karar alınmış olsa dahi). Bu yönde bkz Raster 59, 144; Morawietz 24-25; Robert Heller, *Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Recht* (1989) 229; Stephan Göckeler, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs und Konkursverfahren* (1992) 201 vd. Alman İflas Kanunu’nun ortaklığın iflâsını mümkün görmesi neticesinde, ortaklık mal varlığının yalnızca ortaklık alacaklılarına tahsis edildiğine ilişkin bkz Raster 59; Morawietz 25. Ortakların kişisel mal varlığının ortaklık alacaklılarına karşı korunmasında olduğu gibi; ortakların kişisel alacaklılarından da ortaklık mal varlığı korunmalıdır (Raster 59). Alacaklının dava açarken ortaklık mal varlığına mı ortakların kişisel mal varlığına mı başvurmak istediğine karar vermesi ve hangi mal varlığına başvurmak istediğine dava dilekçesinde belirtmesi gerektiğine ilişkin bkz Raster 137. Diğer görüşe göre ortaklık mal varlığı ile sorumluluğu, ortaklık işlemi ile ilişkilendirmek gerekir. Ortaklık amacı dışındaki bir konuya ilişkin olarak, ortaklara karşı ortaklık mal varlığında takipte bulunulabilir. Bunun için alacaklının tüm ortaklara karşı ilâm alması yeterlidir. Alacaklının talebinin temelinde yer alan hukuki sebebin ne olduğu, ortaklık mal varlığına başvururken önemli değildir (Müther 627; Wieser 422-423; Wertenbruch, *Haftung*, 149-150). Tüm ortaklar birlikte hareket ederek, istedikleri gibi ortaklık mal varlığında tasarruf edebilirler ve kişisel alacaklılarını bu mal varlığından tatmin edebilirler (Wertenbruch, *Haftung*, 149-150). Miras ortaklığında, mirasçıların kişisel alacaklılarının terekeye başvurabilmesinin mümkün olduğuna dair bkz Wertenbruch, *Haftung*, 156-157. Alman Federal Mahkemesinin adi ortaklığın taraf ehliyetini tanımasından sonra da bu tartışma devam etmiştir. Bu yönde bkz Morawietz 25-26, 122-123; Wieser 422-423; Wertenbruch, *NJW*, 328.

¹² Fellmann/Müller, Art 544, 1114, Nr 221; Reto Vonzun, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften* (2000) 145.

payını haczettirerek tatmin olmaları sağlanmış¹³, kişisel alacaklıların ortaklık mal varlığına doğrudan başvurmaları engellenmiştir¹⁴. Böylece adi ortaklığın her ne kadar tüzel kişiliği olmasa da elbirliği ile hak sahipliği sayesinde ortakların mal varlığı ve ortaklığın mal varlığı birbirinden ayrılmıştır¹⁵.

ZPO § 736 hükmünün Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda karşılığı bulunmamasına rağmen, bu hükmün temelini oluşturan elbirliği ilkesinden dolayı, Alman hukukundaki gibi kişisel alacaklıların ortaklık mal varlığına başvuramaması Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda da kabul edilmelidir¹⁶. Zira elbirliği ilkesi sayesinde ortakların elbirliği mal varlığında münferit olarak tasarrufu engellenmiştir. Bu sebeple ortakların münferit kişisel alacaklıları da ortakların elbirliği ile sahip olduğu mal varlığında yer alan değerlere haciz koyduramaz¹⁷. Bunun yanında TBK m 638, II'ye göre, ortakların kişisel alacaklılarına, borçlu ortağın tasfiye payından talepte bulunma imkânı verilmiştir¹⁸. Bu hükmün temeli ortakların ortaklık mal varlığında, birlikte tasarruf etme zorunluluğuna dayanır¹⁹. Böylece TBK 638, II hükmü ile ortaklık mal varlığına bir ortağın kişisel alacaklısının doğrudan başvurması engellenmiştir²⁰. Keza ortakların kişisel alacaklılarının ortağın tasfiye payından alacağını tahsil edebilmesinden çıkan sonuçla, ortaklık alacaklıları ile ortakların kişisel alacaklıları birbirinden ayrılır²¹. Dolayısıyla ortakların kişisel alacaklılarının ortaklık mal varlığına başvurma hakları bulunmaz²².

¹³ Fellmann/Müller, Art 544, 1114, Nr 221; Jung OR Art 544, 69, Nr 3; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (2. Bası 2013) 454; Vonzun 145.

¹⁴ Fellmann/Müller, Art 544, 1114, Nr 221; Handschin/Vonzun, Art 544, 565, Nr 105; Krauskopf/Giron, Art 544, 129, Nr 10; Jung OR Art 544, 69, Nr 3; Vonzun 145; Alfred Müller, *Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft* (1938), 28; Kuru, *El Kitabı*, 454; Karahan/Akın 96.

¹⁵ Jung OR Art 544, 69, Nr 3; Isabella Chabloz/Michel Heinzmann (Çev. Tuncer Kazancı), "Actio Pro Socio: Usuli Bir Yaklaşım (Actio Pro Socio: A Procedural Approach)" (2017/1) MİHDER, C 13, S 36, 28. Bu durumun bir nevi ortaklık mal varlığının olduğunu gösterdiğine dair bkz Karahan/Akın 96.

¹⁶ Ortakların tek başına ortaklık mal varlığında tasarruf imkânı olmadığından, Alman hukukunda ZPO § 736 düzenlemesi bulunmasaydı da ortaklık mal varlığında icra takibi yapabilmek için tüm ortaklara karşı ilâm almak gerekirdi (Bayer Soergel/Walter Hadding, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht III (11. Auflage 1985) 126, Nr 53).

¹⁷ Nuşin Ayiter, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)* (1961) 156. Bir örnek kapsamında yapılan açıklamalar bakımından aynı yönde bkz Şener, *Ortaklık*, 26-27. "Adi ortaklıkta, ortağın kişisel alacaklıları borçlu ortağın şirketteki kâr payını veya adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payını haczettirebilir. Ne var ki, henüz adi ortaklığa ait kazancın ortaklar arasında taksim edilmediği veya ortaklığın tasfiyesi halinde borçlu ortağa isabet edecek tasfiye payının belirlenmediği bir aşamada, adi ortaklığın yaptığı iş karşılığında üçüncü kişiden alacağının haczi mümkün değildir." Yargıtay 3. HD, 1085/11995, 22.11.2018. Ayrıca bkz HGK, 12-1233/1014, 10.12.2014; HGK, 12-863/432, 3.4.2013 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸ Handschin/Vonzun, Art 544, 565, Nr 105; Fellmann/Müller, Art 544, 1115, Nr 226; Müller, A 28; Şener, *Ortaklık*, 26, 27. TBK m 638, II'ye göre, "Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler."

¹⁹ Fellmann/Müller, Art 544, 1057, Nr 17; 1114, Nr 221.

²⁰ ibid, Art 544, 1057, Nr 17; 114, Nr 221.

²¹ ibid, Art 544, 1081, Nr 102.

²² Fellmann/Müller, Art 544, 1081, Nr. 102; Handschin/Vonzun, Art 544, 565, Nr 105; Krauskopf/Giron, Art 544, 129, Nr 10; Müller, A 28; Eren, *Mülkiyet*, 141. "Adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında icra takibi yapılması halinde, borçlu ortağın kar veya tasfiye payı belirlenmeden ortaklığa ait mevcut bir hakkın haczine karar verilemeyeceğinden..." Yargıtay 12. HD, 23461/14891, 30.11.2017; 12. HD., 5318/294, 16.1.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

Alacaklı, ortakların müteselsil sorumluluğuna dayanarak onlardan birine veya birkaçına karşı takip yaparsa elbirliği konusu mal varlığı değerleri üzerinde haciz koyduramaz²³. Çünkü takibin borçlu tarafında ortakların tamamı yer almadığından elbirliği konusu mal varlığı üzerinde birlikte tasarruf şartı sağlanmış değildir. Bu durumda ancak ortağın kişisel mal varlığına²⁴ ve ortaklıktaki tasfiye payına haciz konularak alacak tahsil edilebilir²⁵.

Ortaklardan birinin kişisel alacaklısının elbirliği konusu mal varlığını haczettirmesi hâlinde, diğer ortaklar tarafından İİK m 96 vd'na göre istihkak iddiası ileri sürülebileceği gibi²⁶, elbirliği mülkiyeti konusu malın haczedildiği gerekçesiyle şikâyet yoluna da başvurulabilir²⁷. Bu yollardan birine başvurmak mümkündür. Her iki yola birlikte başvurulduğunda, şikâyet yolu ile istihkak davasının birleştirilmesi söz konusu olmaz²⁸. Ancak şikâyetin sonucu, istihkak davası için bekleyci mesele yapılabilmelidir²⁹.

C. Ortaklık Borcu Sebebiyle Ortakların Elbirliği ile Sahip Olduğu Mal Varlığının Haczi

Adi ortaklık mal varlığının haczine ilişkin verilen örnekte tartışılması gereken bir diğer hususun ortaklık borcu sebebiyle ortaklık mal varlığının haczi olduğu ifade edilmişti³⁰. Bu anlamda, söz konusu borç sebebiyle ortakların tamamına karşı takip yapılması ve ortakların hepsinin tasfiye payına haciz konulması söz konusu olabilir. Ancak ortakların tamamının tasfiye payı yerine ortakların elbirliği ile sahip olduğu mal varlığı değerlerine haciz konulmasının mümkün olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Alman hukukunda ZPO § 736 hükmü ile bu durum mümkün kabul edilmekle beraber, Türk hukuku bakımından bu hükmün olmayışı, söz konusu durumu tartışmalı hâle getirmektedir³¹.

²³ Fellmann/Müller, Art 544, 1127, Nr 266; Müller, A 133; Evrim Erişir, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliliyeti* (2007) 226.

²⁴ Fellmann/Müller, Art 544, 1127, Nr 267; Erişir 227.

²⁵ Müller, A 133.

²⁶ Yargıtay 8. HD, 3802/4714, 1.4.2013 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davası* (2005) 124. Bu durumda istihkak davası yoluna gidilemeyeceği, süresiz şikâyet yoluna başvurulması gerektiğine dair bkz Şener, *Adi Ortaklık*, 186-187. Hisse haczini mümkün gören görüşe göre, hisse haczi yapıldığında diğer ortaklar elbirliği ile hak sahibi oldukları gerekçesiyle istihkak iddiasında bulunamazlar (Mesut Ertanhan, "Elbirliği Mülkiyeti, Miras Ortaklığı ve Miras Hissesinin Haczi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi" (2019) C 7, S 13, 117).

²⁷ "Türk Borçlar Kanunu'nun 622 ve 623 ... maddeleri gereğince; adi ortaklıkta her ortak, şirketin iştirak hakkına sahip olduğundan, ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın, yıl sonunda bilançonun düzenlenmesi ile ortaya çıkan şirketdeki kar payını haczettirebilirler. Ayrıca, adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır. Açıklanan bu hükme göre, adi ortaklığın para ve malları üzerine haciz konulması halinde, bu husus, ortaklardan her biri tarafından İİK'nun 16/2. maddesi kapsamında süresiz olarak şikâyet konusu yapılabilir." Yargıtay 12. HD, 1464/9367, 8.10.2018; 12. HD, 24766/14892, 30.11.2017; 8. HD, 21193/14864, 8.9.2014 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁸ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra İflâs Hukuku*, (6. Bası 2019), 194.

²⁹ ibid 194.

³⁰ Bkz yuk. I. A.

³¹ İsviçre hukukunda VVAG Art 1'den dolayı ortaklık mal varlığında haciz yapılamayacağı, haczin konusunun tasfiye payı olabileceği ileri sürülmüştür. Federal Mahkemenin de bu yönde kararı olmakla beraber, Mahkeme aksi yönde de karar vermiştir. Aksi yöndeki kararına göre, tüm ortaklara karşı takibin yöneltilmesi hâlinde ortaklık mal varlığındaki değerler de haczedilebilir (BGE 124 III 508). *Fellmann/Müller*'e göre ise ortakların tamamına karşı takip yapılmışsa ve tasfiye paylarının haczi ve paraya çevrilmesi mümkün ise istisnai olarak bu duruma imkân verilmelidir. Fakat bu malın paraya çevrilmesi tek tek tasfiye paylarının paraya çevrilmesinden daha fazla gelir getirmelidir. Nitekim Alman hukukunda ZPO §736 hükmüyle ortakların tamamına karşı alınan ilâmla, ortaklık mal varlığında haciz imkânı kabul edilmiştir. Bu husustaki açıklamalar için bkz Fellmann/Müller, Art 544, 1128-1129, Nr 270-275. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, bütün ortaklar takip edilse dahi ortaklık mal varlığının haczinin mümkün olmayacağına dair bkz BGE 58 III 107, Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 84, Nr 99i, f.

Yargıtay bazı kararlarında, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı gerekçesiyle, ortakların borcu için elbirliği hâlinde sahip olunan mal varlığında haciz yapılmasına imkân olmadığı sonucuna varmaktadır³². Yargıtayın bu görüşüne katılmıyoruz³³. Zira adi ortaklık ilişkisi kapsamında ortakların üstlendikleri borçlardan dolayı elbirliği hâlinde hak sahibi oldukları mal varlığına başvurmak mümkün olmalıdır. Ortakların adi ortaklık olarak katıldıkları hukuki ilişkilerden doğan borçlardan sorumlu olmaları, onların adi ortaklık olarak sahip oldukları mal varlığı ile de sorumluluğunu gerektirmelidir. Nitekim sorumluluk kavramının anlamından³⁴ da bu sonuca ulaşılmalıdır. Keza ortaklar hem kişisel mal varlıkları hem de ortaklık olarak sahip oldukları elbirliği mal varlığıyla bu borçlardan sorumludur. Fakat bu sorumluluk sebebiyle ortaklık mal varlığı değerleri üzerinde haciz yapabilmek için ortakların tamamının genel haciz yoluyla takipte taraf olarak yer alması veya ilâmlı takipte ilâmın ortakların hepsine karşı alınması ve takipte de hepsinin taraf olarak bulunması gerekir³⁵. Bu şartlar sağlandığı takdirde, ortakların borcundan dolayı ortaklık mal varlığında haciz yapmaya engel yoktur³⁶. Ayrıca ortakların tamamı takipte yer aldığı bu durum elbirliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.

³² “Alacaklı vekilinin istemi üzerine Konya Selçuklu Belediye Başkanlığı’na gönderilen haciz ihbarnamesinde, her ne kadar borçlu olarak adi ortaklığı oluşturan şirketler gösterilmiş ise de, alacağın Selçuklu Kongre Merkezi yapım işine ilişkin ihale alacağından kaynaklandığı belirtilmiş olup, hacedilen alacağın adi ortaklığa ait olduğu anlaşılmaktadır. Adi ortaklıklarda, ortakların borçlarından dolayı takip yapılması halinde, ortağın ancak kâr payı veya tasfiye payına haciz konulması mümkün olup, tüzel kişiliği bulunmayan ortaklığa ait bir mal veya alacak üzerine haciz konulamaz.” Yargıtay 12. HD, 14198/26940, 5.11.2015. “Ortaklığın kendisini oluşturan şirketlerden ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunmaması ve adi ortaklığın 3. şahıslardaki alacak ve hakları üzerine haciz konulmasının mümkün bulunmaması sebebiyle” Yargıtay 12. HD, 21568/11532, 28.9.2017. Yargıtayın bazı kararlarında ise, haciz konusu borcun doğum sebebinin araştırılması gerektiğine yer verilmiştir. Bu yönde bkz “Borçlu şirket aleyhine yürütülen kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, Valiliğe İİK.nun 89. maddesine göre gönderilen 1. haciz ihbarnamesi ile borçlu şirketin her türlü doğmuş ve doğacak hak ve alacakları ile istihkakları üzerine haciz konulduğu görülmüştür. Borçlu tarafından Konya Valiliği nezdinde hacedilen alacağın adi ortaklığın alacağı olduğu iddia edilmektedir. Bu durumda Konya Valiliği nezdinde bulunup haciz konulan alacağın kaynağının ne olduğu, hangi ilişkidir kaynaklandığı ve borçlunun bireysel alacaklarının olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 12. HD, 11282/13016, 3.5.2016. “Bu sebeple adi ortaklıklarda, ortaklardan birinin kişisel borçlarından dolayı hakkında takip yapılması halinde, adi ortaklığın istihkakına haciz konulamaz ... Belediyesi nezdinde bulunup da üzerine haciz konulan alacağın kaynağının ne olduğunun, hangi ilişkidir kaynaklandığının, adi ortaklığa ait alacak mı yoksa borçlunun bireysel alacağı mı olduğunun araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 12. HD, 21478/13136, 26.10.2017 (Kazancı İçtihat Bankası).

³³ Yargıtayın elbirliği ile tasarruf olunan bir mal üzerinde haciz konamayacağına ilişkin 1945 yılında verdiği içtihadının hatalı olduğu, böyle bir mal üzerinde haciz imkânını tanınamamanın alacaklı için vahim sonuçlar doğurabileceği, ortakların malı başkasına devredebileceği görüşü için bkz Ayiter, *Elbirliği*, 158.

³⁴ Sorumluluk kelimesinin Borçlar Hukukunda iki anlamı vardır. Birinci anlamına göre, bir kişinin diğerine hukuka aykırı bir fiilden dolayı zarar vermesi hâlinde, ona karşı sorumlu olmasıdır. Diğer anlamına göre ise, borcunu yerine getirmeyen borçlunun mal varlığına alacaklının el koyabilmesidir. Yani borcunu ödemeyen borçlu, mal varlığı ile alacaklıya karşı sorumludur. Borçlunun bu anlamdaki sorumluluğu, alacaklının dava ve (özellikle) takip yoluyla borçlunun mal varlığına başvurması hâlinde söz konusu olur (Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (2008) 36-37, Nr 44-45; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 18-21).

³⁵ Pestalozzi/Vogt, Art 544, 46, Nr 7; Erişir 226-227.

³⁶ Adi ortaklıkla ilgili takipte ortakların elbirliği ile mülkiyetinde olan malın haczinin mümkün olduğu yönünde bkz Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 84, 99i, f. Elbirliği mülkiyetinin konusu olan eşyanın ancak ortaklığın borcu için haczedilebileceği yönünde bkz Eren, *Mülkiyet*, 141. Ortaklığın üçüncü kişi alacaklıları, alacaklarını tahsil etmek için her bir ortağın payı üzerine haciz koydurup tüm ortaklık mal varlığını satılarak alacaklarını tahsil edebilir. Tüzel kişilerde alacaklıların başvurabileceği ayrı bir mal varlığı mevcut iken; adi ortaklıkta bu şekilde ayrı bir mal varlığı yoktur. Ortakların kişisel alacaklıları ortaklık alacaklılarına göre dezavantajlı konumda olup, ortak olan alacaklıları sadece tasfiye bakiyesinden alabilir (Karahan/Akın 96). Aksi yöndeki görüşe göre, tüm ortaklara icra takibi yapılırsa bile ortaklık mal varlığında doğrudan haciz yapılamaz. Ortaklık mal varlığına doğrudan haciz imkânı tanınmış olması, ortaklığı karşı takip yapılmış olmasıyla aynı anlama gelir. Bu durum ise mümkün değildir (Müller, A 133-134).

Alacaklı, ortaklık ilişkisi haricinde kişisel bir sebepten dolayı tüm ortaklara karşı alacak hakkına sahipse bu alacağın tahsili için ortaklık mal varlığı değerlerinin haczi mümkün olmalıdır³⁷. Çünkü tüm ortakların bir borcu bulunmaktadır ve haczin talep edildiği mal varlığı ortaklığa değil; ortakların tümüne aittir³⁸.

Yukarıda bahsedilen Yargıtay uygulamasına ilişkin ilk kararda³⁹, davalı tarafta sadece tek bir ortak gösterilmemiş, ortaklığı oluşturan ortaklıklar takibin tarafı olarak yer almıştır. Bu olayda adi ortaklığın alacakları için gönderilen ihbarname, adi ortaklık ortaklarının elbirliği hâlinde sahip olduğu mal varlığına ilişkindir. Ortakların tamamına karşı yapılan takipte adi ortaklığın üçüncü kişilerdeki alacakları için İİK m 89 ihbarnamelerinin gönderilmesi mümkün olmalıdır. Ne var ki Yargıtay bu duruma imkân tanımamıştır. Ayrıca Yargıtay, önce adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığını belirtmekte ve adi ortaklığın mal varlığını kabul etmekte; sonra da bu mal varlığıyla ortaklık ilişkisi kapsamındaki borçlardan hem ortakların hem de ortaklığın sorumluluğunu engellemektedir. Bu durum açık bir çelişki oluşturur.

Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2019 tarihinde verdiği isabetli kararıyla bu uygulamanın aksini kabul etmiştir⁴⁰. Bu karara konu olayda, adi ortaklığın ticari faaliyette bulunduğu mallara karşılık temsilcisi aracılığıyla çek keşide edilmiştir. Kararda bu borcun “*ortakların şahsi borcu olmayıp, adi ortaklığın borcu*” olduğu ifade edilmiştir. Bu borcun adi ortaklığın borcu olması sebebiyle “*ortaklar müteselsilen sorumlu oldukları ve ortaklığın mal varlığı elbirliğiyle idare edildiğine göre, birlikte sorumluluk gereği adi ortaklığın borcu nedeniyle adi ortaklığa ait mal veya alacağa haciz konulabilir ve alacaklı tarafından ortaklığın mal varlığından tahsilat yapılabilir*”. Böylece Hukuk Genel Kurulunun bu içtihadı ile adi ortaklığın ortaklık ilişkileri kapsamındaki borçlara ilişkin yapılan takipte, ortakların elbirliği hâlinde sahip oldukları mal varlığı üzerinde haciz konulmasının önü açılmıştır.

Söz konusu karardaki karşı oy yazılarından birinde, adi ortaklığın TOKİ nezdinde oluşan istihkak alacağı üzerinde ortakların elbirliği ile hak sahibi olduğu ve bu alacak hakkının haczedilemeyeceği görüşü ifade edilmiştir. Takip konusu borcun ortaklardan birinin üçüncü kişiye borcu olması ile borcun adi ortaklığın faaliyetinden kaynaklanması arasında bir fark olmadığı ileri sürülmüştür. Kanunda da böyle bir ayrıma gidilmediği, İİK m 94’te hisse haczi ile TBK m 638, II’de tasfiye payı haczinin düzenlenmesine rağmen takip konusu borcun ortaklığın borcu olması hâlinde, ortaklığa ait mal, hak ve alacaklar üzerinde münferiden haciz konulabileceğine ilişkin aykırı bir hüküm olmadığı vurgulanmıştır.

³⁷ Jung OR Art 544, 70, Nr 4.

³⁸ ibid.

³⁹ Yargıtay 12. HD, 14198/26940, 5.11.2015 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁰ 12-763/344 (Kazancı İçtihat Bankası).

İİK 94 ve TBK 638, II hükümleri ortakların kişisel alacaklılarına ortaklıkla ilgili sahip olunan değerler üzerinde haciz yapma imkânı vermektedir. Ortakların kişisel alacaklıları tek bir ortağa karşı yaptıkları takipte, ancak tasfiye ve kâr payına haciz koyabilirken⁴¹; ortakların elbirliği hâlinde sahip olduğu mal varlığı değerlerini haczedemez. Buna karşın, ortaklar adi ortaklık ilişkisi kapsamında hak kazanabiliyor ve borç altına girebiliyorsa bu borçlardan hem kendi kişisel mal varlığı hem de ortaklık olarak sahip oldukları elbirliği konusu mal varlığı ile sorumlu olurlar. Kanun koyucunun açıkça ortakların elbirliği hâlinde sahip oldukları mallar üzerinde haciz yapılabileceğini düzenlememiş olması, varılan bu sonuca engel değildir. Hisse haczinin ve tasfiye payının haczinin ayrıca düzenlenmesi de aslında bu sonucu haklı çıkarır niteliktedir. Zira kişisel alacaklıların elbirliği mülkiyetinde tek başlarına haciz yapamamalarından dolayı, onlara böyle bir imkân vermek gerekmiştir. Fakat ortaklık alacaklılarının elbirliği mal varlığı üzerinde haciz yapabilmeleri için bir yasal düzenlemeye ihtiyaçları yoktur. Kaldı ki bu durum, ortakların elbirliği konusu mallar üzerinde birlikte tasarrufta bulunma ilkesine aykırılık teşkil etmez. Çünkü elbirliği mülkiyeti konusu mallar üzerinde ortakların birlikte tasarruf zorunluluğu, takipte de devam eder; haciz bu mallar üzerinde tüm ortaklara karşı yapılmaktadır. Mademki ortaklar birlikte tasarrufta bulunarak bu mallar üzerinde işlemler yapabiliyorlar, ortaklık işlemlerinden hak kazanıyorlar veya borç altına giriyorlar, o hâlde bu mallarla söz konusu borçlardan da sorumlu olmalıdırlar.

Karardan ortakların üçüncü kişilerdeki mal ve alacak haklarının haczinin de mümkün olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Uygulamada adi ortaklıkların ortaklarının ismiyle ve adi ortaklık ifadesiyle ya da hukukî ilişkilerde kullandıkları ortak isim altında mevduat hesabı açtıkları görülür. Bu hesaptaki mevduata ortakların borçları sebebiyle haciz konulabilir. Fakat ortaklardan birinin borcundan dolayı, mevduat hesabındaki para haczedilemez⁴². Zira ortaklar hesaplarındaki bu para üzerinde elbirliği ile hak sahibidir. Bankalardaki veya diğer üçüncü kişilerdeki mal ve hakların haczi için de ortakların tamamına karşı takip yapmak gerekir.

Ortakların elbirliği hâlinde sahip oldukları mal, hak ve alacaklar üzerinde ortaklık alacaklısının haciz yapabilmesi bakımından da, ortağın kişisel alacaklısının ortaklık mal varlığında haciz uygulatamamasında olduğu gibi, ZPO § 736 hükmüyle aynı sonuca varılmıştır. Bir diğer ifadeyle ZPO § 736 hükmüne benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda olmaması, ortaklık mal varlığının ortaklık borcu sebebiyle haczine engel teşkil etmez.

⁴¹ “Ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın şirketteki, yıl sonunda bilançonun düzenlenmesi ile ortaya çıkan kâr payını haczetirebilirler. Ayrıca, adi ortaklığın tasfiye edilmesi halinde borçluya isabet edecek tasfiye payının da haczi mümkün bulunmaktadır.” Yargıtay 12. HD, 4259/9664, 30.5.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴² “Adi ortaklığı oluşturan şirketlerden herhangi birinin borcu nedeniyle adi ortaklık hesaplarına haciz konulmasının mümkün olmadığı, ancak adi ortaklığın tasfiyesi halinde borçlu ortağa düşecek paydan veya kâr payından söz konusu alacağı istenebileceği...” Yargıtay 11. HD, 5128/2048 12.3.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

II. Ortağın Kişisel Borcu Sebebiyle Elbirliği ile Sahip Olunan Mal Varlığındaki Hissenin Haczi

Ortaklar adı ortaklık mal varlığında elbirliği ile hak sahibi olduğundan, ortakların tasarrufta bulunabileceği ve alacaklıların başvurabileceği hisseleri yoktur⁴³. Bununla birlikte kanun koyucu, elbirliği ortaklığında “hisse”den⁴⁴ bahsetmiş ve bu “hisse”nin haczedilebileceğini İİK 94 ve 121 hükümlerinde öngörmüştür.

Ortakların ortaklık ilişkisi kapsamında üstlendikleri borçlardan tüm mal varlıkları ile sorumlu olmaları sebebiyle, kişisel mal varlıkları da bu sorumluluğa dâhildir⁴⁵. Bunun yanında ortaklık hissesi ortağın kişisel mal varlığında bulunduğundan, ortağın kişisel alacaklısının “hisse”den anlaşılması gereken değerleri haczedebileceği söylenebilir⁴⁶. Ne var ki kanun koyucunun hissenin haczine imkân verir nitelikteki düzenlemesine rağmen, tek bir ortağın kişisel alacaklısının elbirliği mülkiyeti konusu mal varlığına (hisseye) haciz koydurması mümkün değildir⁴⁷. Çünkü elbirliği mülkiyetinde ortakların belirli hisseleri olmadığından, ortağın ortaklık hissesi

⁴³ Karin Müller, *Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft* (2003), 85. Karş Ayiter, *Elbirliği*, 111-112. Elbirliği mal varlığı için “uyuyan/gizli hisse” kavramının kullanımı yönünde bkz Ayiter, *Elbirliği*, 112.

⁴⁴ Ortak sıfatı, kişinin bir kişi ortaklığı içindeki konumunu, bütün hak ve sorumluluklarını ifade eden geniş bir kavramdır. Oysa hisse, ortağın haklarının yalnız bir tarafıdır (Ayiter, *Elbirliği*, 112-113). Elbirliği mal varlığındaki hisse, ortakların mal varlıksal taleplerinin toplamıdır (Fellmann/Müller, Art 544,1067, Nr 54). Üyelik anlamındaki hisse bir ortaklığa aidiyeti ve ortaklık ilişkisinde doğan hak ve yükümlülükleri ifade eder. Buradaki haklar yönetim ve temsil gibi kişisel ortaklık haklarını ve kâr ve tasfiye payı gibi mal varlığı haklarını içerir. Kişisel ortaklık hakları ortaklığın amacını gerçekleştirilmeye yönelik haklardır ve bir başkasına devredilemez. Mal varlığı hissesi ise ortaklık mal varlığına yönelik taleplerin tamamını ifade eder. Mal varlığı hissesinin devredilmesi ortaklık sıfatını kazandırmaz. Ancak devralan, mal varlığı haklarını elde edebilir. Bu anlamda, TBK m 623 hükmünde ifade edilen kazanç ve zarardaki pay kavramı mal varlığı hissesini ifade eder. TBK m 632, II’de ortaklıktaki payın devrinde bahsedilen pay kavramı ise ortağın ortaklık ilişkisinde doğan hak ve yükümlülüklerinin toplamını, üyelik anlamındaki hisseyi karşılar (Gökçen Topuz, *Hisse Haczi ve Satışı* (2009), 72-73). Ortaklık/üyelik, esas anlamda bir kişinin ortaklığa aidiyetine ilişkin hukukî durum iken; ortaklık hissesi bu pozisyonun maddi ifadesidir. Üyelik hem hukukî ilişki hem de haktır (Müller, K 144, 204).

⁴⁵ Bilgili/Demirkapı 42; Özneli 101. Adı ortaklığın taraf ehliyetinin kabul edilmesinden sonra, adı ortaklığa karşı alınmış bir ilâmla ortakların kişisel mal varlığına başvurulamayacağı kabul edilmektedir (Petra Pohlmann, “Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts-Folgen für Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit-” (2008), WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Heft 28, 1421; Wertenbruch, *NJW*, 329; Mütter 990; Lindacher, *Haftung* 1982, 595; Seiler (Thomas/Putzo), § 736, 1014, Nr 5; Morawietz 128; Wieser 422; Güven 78). Çünkü ortaklığa karşı alınmış ilâmda ortaklar borçlu olarak yer almaz; ortaklığın kendisi borçludur (Wieser 422; Pohlmann 1281). Alacaklı, ortaklığın ve ortakların kişisel mal varlığına başvurmak istiyorsa ortaklar karşı ilâm almalıdır (Wertenbruch, *NJW*, 329; Wieser 422, 423).

⁴⁶ Ortağın kişisel alacağı sebebiyle ZPO § 859 I’e göre ortaklık hissesinde haciz yapılabilir. Nitekim bu hisse, ortağın kişisel mal varlığına aittir (Mütter 627-628; Hüsstege (Thomas/Putzo), § 736, 1013, Nr. 3). Hissenin kişisel mal varlığına ait olduğuna dair bkz Pestalozzi/Vogt, Art 544, 46, Nr 7; Seiler (Thomas/Putzo), § 736, 1013, Nr 3.

⁴⁷ Kuru, *El Kitabı*, 454; Pestalozzi/Vogt, Art 544, 46, Nr 7; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası 2019) 256; İsmet Sungurbey, “Miras Payının ya da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyeye Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Haczine İlişkin Pratik Sorunlar” (1984), *Yasa Hukuk Dergisi*, C 7, S 11, 1531; Nihat Güman, *Elbirliği Mülkiyeti İle Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (2010) 196. Öğretideki aksi görüşe göre, her mirasçının miras hissesi bellidir ve veraset ilamında bu oran yer alır. Bir bütün olarak miras hissesi veya belirli bir mal ya da hak üzerindeki miras hissesi, borçlunun haczi mümkün olan ve belli bir ekonomik değer ifade eden mal ve haklardan sayıldığından bu hissenin haczi mümkündür. Bu duruma İİK m 94 izin vermektedir (Ertanhan 107, 115-116).

olarak ifade edilen kısım üzerinde tek başına tasarrufta bulunma imkânı da yoktur⁴⁸. Bu yüzden her ne kadar hissenin haczedildiği belirtilse de, esasında ortaklık mal varlığındaki haczin konusunu hisse değil, elbirliği ortaklığının son bulması hâlinde ortağa düşecek olan tasfiye payı oluşturur⁴⁹. Keza TBK m 638, II'ye göre “Ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki payı üzerinde kullanabilirler.” Ayrıca TBK m 639, I, b. 3'te, tasfiyedeki payın paraya çevrilmesi adi ortaklığın sona erme sebeplerinden biri olarak öngörülmüştür.

Tasfiye payı, ortağın ortaklık ilişkisinden kaynaklanan ve üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir mal varlığı hakkıdır⁵⁰. Alacak hakkı niteliğinden dolayı, tasfiye payının İİK m 89'a göre haczedilebilmesi de mümkündür⁵¹.

Tasfiye payının haczinden başka alacaklı, ortağın ortaklıktaki diğer mal varlıksal haklarını da haczedebilir. Bu anlamda, TBK m 630, III gereğince yılda en az bir defa yapılacak hesap sonucu ortağın hak kazanacağı kâr payına, İİK 89 hükmüne göre haciz koydurulabilir⁵². Ayrıca ortağın faiz, masraf ve avans alacakları da bu yolla haczedilebilir⁵³. Ortağa kural olarak ücret verilmemekle beraber, idareci ortağa yaptığı hizmetlerinden dolayı ücret ödenmesi veya katılım payı olarak emeğini koymuş

⁴⁸ Siegwart, Art 544, Nr 13; Ayiter, *Elbirliği*, 113-114; Eren, *Borçlar*, 83, Nr 2884; Barlas 104; Aslan 122. Ayrıca bkz Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 59, Nr 82. Yargıtayın yerinde olmayan bir kararı için bkz “B.K. 'nun 534. maddesinde bir ortağın alacaklıları haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki hissesi üzerinde kullanabilecekleri yazılı ise de, bu hüküm ortaklığa ait mal üzerinde haciz konulmasına engel değildir. Çünkü o malın içinde borçlu ortağın da hissesi vardır. Öte yandan İ.İ.K.nun 94. maddesinde ortağın hissesine haciz konulabileceği öngörülmüştür. Bu durumda olayda ortaklığın varlığı kabul edildiği takdirde borçlu ortağın payına ait haczin devamına, başka bir deyişle davanın davacı üçüncü kişi ortağın ortaklıktaki 1/2 payı oranında kabulü gerekirken...” Yargıtay 17. HD, 2499/3135, 7.4.2011 (Kazancı İçtihat Bankası). Ortaklık payının hissenin diğer ortakların rızasıyla devredilmesi durumunda, mal varlığı değerlerinin haczinin sonuçsuz kalacağına ilişkin bkz Topuz 78-79, 97.

⁴⁹ Kuru, *El Kitabı*, 453, 454; Pestalozzi/Vogt, Art 544, 46, Nr 7; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 256; Ayiter, *Elbirliği*, 114, 156; Sungurbey 1530, 1531; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Bası 2013), 550, 551; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası 2020), 34; Güman 124, 129; Özenli 63; Aslan 122, 123. Karş. Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 59, Nr 82. Ayrıca bkz Fellmann/Müller, Art 544, 1116, Nr 228; 1068, Nr 54. Bkz Yargıtay 17. HD, 1663/6941, 7.6.2016 (Kazancı İçtihat Bankası). Hisse haczinin konusunu, borçlunun ortaklık ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve yükümlülüklerini ifade eden üyelik anlamındaki hissenin oluşturduğuna dair bkz Topuz 79. Haczin konusunu üyelik haklarının oluşturduğuna ve ortaklık mal varlığındaki hissenin haczedilemeyeceğine ilişkin bkz Dauner-Lieb/Langen/Hanke, § 725, Nr. 3. Ortağın hissesinin haczinden anlaşılması gereken, ortağın ortaklıktaki mal varlıksal haklarının ve tasfiye payının haczidir (Güman 124). Tasfiye payının haczine ilişkin bkz Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (2. Bası 2019) 230. Adi ortaklıkta ortağın iştirak hissesinin, tasfiyedeki hissesinin ve tasfiye sonunda bir şey kalırsa ortağa düşecek olan miktarın belirlenmesine yaradığına dair bkz Atalı/Ermenek/Erdoğan 119. Ortağın kişisel alacaklısının hakkını, o ortağın tasfiye payını haczettirecek kullanabileceği yönünde bkz Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 87, Nr 102; Eren, *Mülkiyet*, 141.

⁵⁰ Topuz 73. Adi ortaklığın tasfiyesinde, ortaklığın alacakları tahsil edilip borçları ödenir. Daha sonra aktifler toplanıp pasifler çıkarılır ve geriye bir mal varlığı kalırsa kalan bu mal varlığı tasfiye bakiyesinden öncelikle ortaklık ilişkisi kapsamında alacaklı olanlar alacaklarını alır. Geriye kalan bir şey olursa borçlu ortağın alacaklıları alacaklarını alabilir (Muşul 552).

⁵¹ Topuz 78; Güman 200.

⁵² Kuru, *El Kitabı*, 454; Muşul 550; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası 257; Murat Yavaş, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89)* (2005) 167; Topuz 78; Güman 127, 190. Karş. Aslan, 123. Ortağın kişisel alacaklısının ortağın tasfiye payını ve kâr payını haczettirebileceğine, bunun dışında adi ortaklığa ait diğer değerlere haciz koyduramayacağına dair bkz Şener, *Adi Ortaklık*, 185. Kâr payının haczedilebileceğine ilişkin bkz Atalı/Ermenek/Erdoğan 230; Özenli 63. Ortağın kişisel alacaklısı TBK m 636, II'den yararlanabilir (Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) 87, Nr 102). “Şirketin karına iştirak hakkına sahip olduğundan ortağın kişisel alacaklıları, borçlu ortağın şirketteki kâr payını İİK.nun 89. maddesine göre haczettirebilirler.” HGK, 12-1233/1014, 10.12.2014.

⁵³ Muşul 551; Güman 125-128, 190; Yavaş 167. Borçlunun adi ortaklıktaki masraf, avans, faiz ve kâr payı alacakları aynı zamanda taşınır mal niteliğinde olduğundan İİK m 88'e göre de haczedilebilir (Güman 191).

ortağa ücret ödenmesi kararlaştırılabilir⁵⁴. Bu hâllerde ortağın ücret alacağına haczi söz konusu olabilir⁵⁵.

Adi ortaklık ortaklarının ortaklık ilişkisi kapsamında sahip oldukları mal varlığında elbirliği mülkiyeti yerine paylı mülkiyet rejimini benimsemesi mümkündür (TMK m 703, I; TBK m 638, I). Bu durumda her bir ortağın diğer ortaklardan ayrı ve belirlenmiş payı bulunduğundan ortağın alacaklısı bu paya haciz koydurabilir (TMK m 688, III)⁵⁶.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle, ortaklardan birinin kişisel alacaklısı veya ortaklık alacaklısının takibi ortaklardan birine veya birkaçına karşı yönelmişse, ortağın elbirliği mülkiyeti konusu mal varlığında hissesi olduğu gerekçesiyle bu mal varlığı değerlerini haczedemeyeceği ifade edilmelidir. Söz konusu alacaklı, ortağın ortaklıktaki mal varlıksal hakları üzerinde haciz uygulayabilir. Bu anlamda İİK 94 hükmünde yer alan hisse haczinden anlaşılması gereken de ortaklığın tasfiyesi neticesinde ortağa düşecek olan tasfiye payıdır⁵⁷. Dolayısıyla İİK m 94'ün ifadesinden yola çıkılarak elbirliği ile hak sahibi olunan mal varlığında adi ortaklık ortaklarından birinin kişisel alacaklısının tatmin edilmesi için tüm mala haciz konulmamalı ve ortağın borcu için bu mal satılmamalıdır. Aksi takdirde elbirliği ilkesine zarar verilmiş olur⁵⁸.

Ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi İİK m 121'e göre yapılır. Hükme göre icra mahkemesi tasfiye payının açık artırma ile satılmasına karar verebilir⁵⁹. Bu

⁵⁴ Güman 125.

⁵⁵ Güman 125. Alacaklı, ortaklığın günlük kazancından ortağa düşecek paya haciz koyduramaz (Kuru, *El Kitabı*, 454; Güman 127; Aslan 123). İdareci ortağa ücret verilmesi kararlaştırıldığında, ortağın kişisel alacaklısı bu ücreti İİK m 83'e göre haczettirebilir (Yavaş 167; Güman 185). İİK m 355 ve m 356 hükümleri de uygulama alanı bulur (Güman 185). Alacaklı, borçlu ortağın adi ortaklıktaki tasfiye payına haciz koydurmadan önce faiz, ücret ve kâr payının haczini talep etmelidir. Bu değerler haczedilmeden hisse/tasfiye payı haczi yapılmamalıdır (Siegwart, Art 544, 179, Nr 22; Fellmann/Müller, Art 544, 1115, Nr 228; Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen Artikel 3). Türk hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından alacaklının tercih hakkı olduğuna ilişkin bkz Topuz 95. Alacaklı borçlunun ortaklıktaki mal varlıksal haklarını haczederek alacağını elde edebiliyorsa, ortağın tasfiye payını haczetmesinde hacizde ölçülülük ilkesinden dolayı icra müdürü imkân vermemelidir (Güman 124).

⁵⁶ Bu hususta ayrıca bkz. Kuru, *El Kitabı*, 454; Şener, *Ortaklık*, 25; Eren, *Borçlar*, 852-853, Nr 2883; Bahtiyar, 34; Güman, 124.

⁵⁷ Elbirliği ortaklığında ortakların belirlenmiş hisseleri olmadığından ortağın alacaklısı, birer alacak hakkı olan ortaklığın tasfiyesi sonunda ortağa düşecek olan paya veya ortağa düşecek kâr payına ya da ortağın ortaklık sıfatından kaynaklanan diğer mal varlığı haklarına haciz koydurabilir. Bu bakımdan İİK m 94 ve m 121'de ifade edilen hisse kavramının ortaklık anlamındaki hisse olduğu; yani ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin toplamı anlamına geldiği ifade edilmiştir. Bu anlamda ortağın şahsına bağlı haklar devredilemez ve paraya çevrilemez. Mal varlığı hakları ise haczin konusunu oluştururlar (Topuz 74-75, 79-80).

⁵⁸ Bu düzenlemenin elbirliği mülkiyetine ilişkin ilkelere uyumlu olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre elbirliği mülkiyetinde hisseler ayrılmış bir dağılım olmadığından, haczin hangi hisse bakımından konulduğu belli olmadığı gibi, tüm mal üzerine haciz şerhi konulması da diğer ortaklara zarar verebilir (Baki Kuru, *İcra ve İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler* (1962) 25-26; Topuz 109). Anılan hükmün dar yorumlanması gerektiği ve madde metninde adi ortaklıkla ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmediği için, adi ortaklığa ilişkin tapu siciline şerh düşülmesinin gerekmediği yönünde bkz Topuz 109. Ayrıca bkz Öznenli 63 ve dn 21.

⁵⁹ Mirasçılardan biriyle bir üçüncü kişi arasında borçlandırıcı işlem yapılması mümkündür. Bu sebeple mirasın paylaşılmasından önce miras hissesinin artırma ile paraya çevrilmesi mümkündür. Kaldı ki İİK m 121, II hükmüne göre icra mahkemesi, gerekli tedbiri yerine getirebilir. Dolayısıyla icra mahkemesi, ortaklığı gidermeden hissenin satılabilmesine karar verebilir (Ayiter, *Elbirliği*, 158). Ayrıca bkz İlhan Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (4. Bası 1982), 466-468.

hüküm kapsamında, adi ortaklığın tasfiyesinin en çabuk ve ortakların menfaatlerine en uygun şekilde yapılması için icra müdürü gereken tedbirlere karar verme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla icra müdürü, alacaklıya adi ortaklığın tasfiyesini talep etme yetkisi verebilir⁶⁰. Zira adi ortaklığın bir elbirliği ortaklığı olması sebebiyle, ortaklığın tasfiye edilmesi gerekir ki bu sayede, ortağın tasfiye payı ortaya çıkabilsin ve alacaklı da bu paydan alacağını tahsil edebilsin⁶¹.

Sonuç

Adi ortaklık ilişkileri kapsamında sahip olunan mal varlığı üzerinde ortakların elbirliği ile hak sahibi olmaları, haczin konusu bakımından önem taşır. Ortakların adi ortaklık ilişkisi kapsamında üstlendikleri borçlardan dolayı elbirliği mülkiyetinin konusunu oluşturan değerler haczedilebilir. Fakat bunun için tüm ortaklara karşı takip başlatmak gerekir. Buna karşın ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, ortaklık mal varlığına bu alacak için başvuramaz. Çünkü elbirliği mülkiyeti üzerinde ortağın paylı ortaklıktaki gibi devredilebilir veya haczedilebilir bir payı bulunmaz. Kişisel alacaklı, ortağın tasfiye payına, kâr payına, ücret veya masraf alacağı gibi mal varlıksal haklarına haciz koydurarak alacağının tahsil edilmesini sağlayabilir.

Böylece yukarıda (A), (B) ve (D) ile ilgili verilen zeytinyağı örneğinde şu sonuçlara ulaşılmıştır: (A) ve (B), hem lokantalarında hem de evlerinde kullanmak için aldıkları zeytinyağının borcundan dolayı elbirliği ile sahip oldukları mal varlığı ile sorumludur. Aynı zamanda (A) ve (B) kişisel mal varlıkları ile de bu borçtan sorumluluk altında kabul edilirler. Dolayısıyla (D), hem ortakların kişisel mal varlığında hem de ortakların elbirliği ile sahip oldukları mal varlığında haciz talep edebilir. Ancak ortaklık mal varlığına her iki ortak da takip edilmek şartıyla başvurulabilir. Sadece (A)'nın evinde kullanmak için aldığı zeytinyağı borcundan dolayı, (A) ve (B)'nin adi ortaklık olarak sahip olduğu mal varlığı değerleri haczedilemez. Bu borç için (D), (A)'nın tasfiye payına veya diğer mal varlıksal haklarına haciz koydurabileceği gibi, (A)'nın kişisel mal varlığına da haciz koydurabilir.

⁶⁰ “Bir ortağın alacaklıları, haklarını ancak ortağın tasfiyedeki payı veya kâr payı üzerinde kullanabilirler. Adi ortaklığın feshediliğine ve tasfiyesi için gerekli işlemlerin yapılmasına icra müdürlüğünce karar verilemez. İİK'nun 121. maddesi gereğince mahkemeden karar alınarak müteakip işlemlere devam edilmesi gerekirken, icra müdürlüğünce ortaklığın feshediliğine karar verilerek tasfiye için gerekli işlemlerin yapılması için ortaklara müzekkere yazılmasına karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 12. HD, 29097/7998, 7.3.2013. “İİK.121.m.dayalı olarak ... İcra Hukuk Hakimliğinin 2016/14 D.İş sayılı yetki kararına istinaden, “... Yapı Mimarlık İnşaat Taahhüt Nak. San. Tic. Ltd. Şti ve ... İş Ortaklığının” tasfiyesi ile...” Yargıtay 3. HD, 7300/292, 17.1.2019 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz Yargıtay 3 HD, 2575/4756, 25.3.2014. Ayrıca bkz Kuru, *El Kitabı*, 640-641; Güman 314-315.

⁶¹ Adi ortaklığa ait mallar üzerinde elbirliği mülkiyeti ilişkisinin kaldırılması ve bu malların satışının sağlanması için alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verilemez. Zira adi ortaklık tamamen tasfiye edilip borçları ödenmeden, borçlu ortağa ne düşeceği belli değildir (Kuru, *El Kitabı*, 641). Uygulamada İİK m 121'e göre görüşü sorulan mercinin yaygın olarak ortaklığın giderilmesine yönelik yetki verdiğine ilişkin bkz Şakir Balcı “Elbirliği Mülkiyetinde Pay Haczettiren Alacaklının Usulden ve Esastan Yararlanma Yöntemleri” (2004), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 118. Ortaklığın giderilmesi davası ile karşılaşan mirasçıların TMK m 644'e göre elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürme davası açabilmesi ve bu davanın ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde bkz Balcı 123. İİK m 121'e göre ortaklığın giderilmesi davası açılması yönünde bkz Sungurbey 1531.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası 2019).
- Aslan K, *Hacizde İstihkak Davası* (2005).
- Atalı M, Ermenek İ, Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası 2019).
- Ayiter N, *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme* (1968).
- Ayiter N, *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)* (1961) (Elbirliği).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası 2020).
- Balcı Ş, “Elbirliği Mülkiyetinde Pay Haczettiren Alacaklının Usulden ve Esastan Yararlanma Yöntemleri” (2004) 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 117-124.
- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası 2016).
- Bilgili F, Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri* (2013).
- Bilgili F, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum” (2002) Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, 197-215.
- Chabloy I, Heinzmann M (Çev. Tuncer Kazancı İ), “Actio Pro Socio: Usuli Bir Yaklaşım (Actio Pro Socio: A Procedural Approach)” (2017/1) MİHDER, C 13, S 36, 23-50.
- Dauner-Lieb, Barbara, Langen, Werner/Hanke, Jessica: BGB Schuldrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası 2019) (Borçlar).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (4. Bası 2016) (Mülkiyet).
- Erişir E, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti* (2007).
- Ertanhan M, “Elbirliği Mülkiyeti, Miras Ortaklığı ve Miras Hissesinde Haczi” (2019) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 7, S 13, 99-136.
- Fellmann W, Müller K, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Die Einfache Gesellschaft, 8. Teilband* (2006).
- Girgin Ö A, *Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk* (2017).
- Göckeler S, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren* (1992).
- Güman N, *Elbirliği Mülkiyeti İle Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi* (2010).
- Güven B N, *Die Unterscheidung von Innen- und Aussengesellschaft bürgerlichen Rechts* (2010).
- Handschin L, Vonzun R, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art 530-551 OR* (2009).
- Heller R, *Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Recht* (1989).
- Jung P, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Auflage 2016) (Herausgeber: Roberto, Vito/ Trüeb, Hans Rudolf).
- Karahan S, Akın M Y, *Şirketler Hukuku* (2. Bası 2013).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I* (2008).
- Krauskopf F, Giron S (Schütz, Jürg Gian), *Personengesellschaftsrecht, Art 530-619* (2015).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası 2013) (El Kitabı).

- Kuru B, *İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler* (1962).
- Lindacher W F, “Grundfälle zur Haftung bei Personengesellschaften” (1982), JuS, 1982, Heft 1, 36-41vd; Heft 5, 349-357 vd; Heft 8, 592-597.
- Meier-Hayoz A, Forstmoser P, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, (10. Auflage 2007).
- Morawietz M, *Die rechts-und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess* (2011).
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Bası 2013).
- Müller A, *Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft* (1938).
- Müller K, *Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft* (2003).
- Müther P H, “Zivilprozessuale Probleme der ‘neuen’ BGB-Gesellschaft” (17/2002), MDR, 987-991.
- Özenli S, *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar* (1988).
- Pekcantez H, Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, *İcra İflâs Hukuku*, (6. Bası 2019).
- Pestalozzi, Vogt, (Honsell H/Vogt N P/Watter R) *Basler Kommentar*, Obligationenrecht II, Art 530-964 OR, (5. Auflage 2016).
- Pohlmann P, “Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts-Folgen für Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit-” (2002), WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Heft 28, 1421-1432.
- Poroy R, Tekinalp Ü/Camoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası 2019).
- Postacıoğlu İ, *İcra Hukuku Esasları* (4. Bası 1982).
- Prütting H, Gehrlein M, *Zivilprozessordnung* (9. Auflage 2017).
- Raster N, *Die Verselbständigung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (2001).
- Schmidt K, “Die parteifähige BGB-Aussengesellschaft: noch immer ein schwieriger Fall!” (2007) Facetten des Verfahrensrechts Liber amicorum Walter F. Lindacher zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007, 143-159.
- Soergel B, Hadding W, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 4, Schuldrecht III, § § 705-853 (11. Auflage 1985).
- Sieewart A, *Das Obligationenrecht*, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Art 530-619 (1938).
- von Steiger W, *Schweizerisches Privatrecht*, Handelsrecht, Band VIII/1 (1976).
- Sungurbey İ, “Miras Payının ya da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyi Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Hacizine İlişkin Pratik Sorunlar”, (1984) Yasa Hukuk Dergisi, C 7, S 11, 1517-1533.
- Şener O H, *Adi Ortaklık* (2008) (Adi Ortaklık).
- Şener O H, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası 2019) (Ortaklık).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H, Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası 1993).
- Thomas H, Putzo H, *Zivilprozessordnung* (38. Auflage 2017) (Hüsstege, ZPO §§ 50-66; Seiler, ZPO § 736).
- Topuz G, *Hisse Haczi ve Satışı* (2009).
- Üçışık G, *Türk Hukukunda Kollektif Ortaklıkta Ortakların Sorumluluğu* (1985).
- Vonzun R, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften* (2000).
- Yavaş M, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi* (İİK m. 89) (2005).

Wertenbruch J, “Die Parteifähigkeit der GbR-die Aenderungen für die Gerichts-und Vollstreckungspraxis” (2002), NJW, 324-329 (NJW).

Wertenbruch J, *Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung* (2000) (Haftung).

Wieser E, “*Rechtsfähige BGB-Gesellschaft- Neue Rechtslage nach der BGH-Entscheidung*” (8/2001), MDR, 421-423.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.02.2020
Revizyon Talebi: 05.03.2020
Son Revizyon Tarihi: 26.03.2020
Kabul: 26.04.2020

Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği

Ayşe Elif Ulusu Karataş^{*}

Öz

Bu çalışmada; Türkiye’de geçici koruma altında bulunan Suriyelilerin yaptıkları ve giderek artan çocuk yaşta evliliklerin hukuki boyutu ele alınacaktır. Bu kapsamda; Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce veya geldikten sonra yaptıkları çocuk yaşta evliliklerin geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin meselelere, Türk kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde mukayeseli hukuktan da yararlanılarak çözüm getirilmeye çalışılacaktır. Bu meseleler arasında; Türk hukukuna göre, “geçici koruma statüsü” verilen ve “mülteci” olarak kabul edilmeyen Suriyelilerin “şahsi statüsü”ne uygulanacak hukukun tespiti üzerinde özel olarak durulacaktır. Bunun yanında; evlenme yaşına uygulanacak hukukun Suriye hukuku olarak belirlendiği hallerde, Suriye hukukunda yer alan evlenme yaşına ilişkin hükümlerin uygulanmasında Türk kamu düzenine aykırılık istisnası ve bu kapsamda “çocuğun üstün menfaatinin korunması” ilkesinin rolü de özel olarak değerlendirilecektir. Ayrıca, çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukunda tanınmamasının neticeleri, AİHS m 8 uyarınca “aile hayatına saygı hakkı” çerçevesinde değerlendirilecektir. Bunlara ek olarak; İsviçre, Hollanda ve Alman hukuklarında, çocuk yaşta evliliklerle mücadele etmek üzere son yıllarda gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleri incelenecektir. Bu mevzuat değişikliklerinden; özellikle, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin geçerliliğine yetkili yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzenine aykırılık değerlendirmesini dışlamaya yönelik hükümler içeren düzenlemeler ele alınacak ve Türk hukukunda bu kapsamda atılabilecek adımlara örnek teşkil edip etmeyecekleri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Çocuk yaşta evlilik, Geçici koruma statüsü, Mülteci, Suriyeliler, Evlenme yaşı, Evlenmeye uygulanacak hukuk, Millî hukuk, Kamu düzeni, Çocuğun üstün menfaati, Aile hayatına saygı hakkı

Validity of Child Marriages of Syrians Under Temporary Protection in Comparative and Turkish Law

Abstract

Due to the increasing numbers this article focuses on the legal aspects of child marriages contracted by Syrians under “temporary protection” in Turkey. In this context, the legal issues regarding the determination of applicable law to the validity of child marriages conducted in Turkey or abroad by the Syrians will be investigated within the framework of Turkish Private International Law with a comparative law perspective. Among these legal issues, special emphasis will be put on the governing law of the personal status of Syrians in Turkey since they are granted “temporary protection status” and not recognized as “refugees” under Turkish law. Another special emphasis will be put on the public policy (ordre public) exception during the application of Syrian law and rules on marriage age and the role of “the protection of the best-interests-of-the-child” principle. Furthermore the impact of the non-recognition of child marriages will be explored in the context of “the right to respect for family life” of ECHR Art 8. In addition, the legislative measures recently adopted to combat and prevent the recognition of child marriages under Swiss, Dutch and German laws will be revealed. These legislative measures, especially those aimed at eliminating the public policy exception in determining the applicable law to the validity of child marriages contracted abroad will be analyzed. An evaluation will be reviewed to decipher whether they can be considered as the next steps to be adopted by Turkish law.

Keywords

Child marriage, Temporary protection, Refugees, Syrians, Marriage age, Applicable law, Personal status, Public policy, The best interests of the child, The right to respect for family life

* **Sorumlu Yazar:** Ayşe Elif Ulusu Karataş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: eulusu@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2221-5339

Atf: Ulusu Karataş AE, “Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği” (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0002>



Extended Summary

The recent influx of immigrants from Syria has led to an increase in child marriage practices across Turkey as in many other European countries. Turkey, being a party to the international conventions and a member of the Council of Europe, is under the obligation to take all measures to prevent and eliminate child marriage practices across Turkey, regardless of the nationality of the children in its country.

Among various aspects, this article focuses on the legal aspects of child marriages contracted by Syrians under *temporary protection* in Turkey. In this context, the legal challenges regarding the determination of applicable law to the validity of child marriages concluded in Turkey or abroad by Syrians will be tried to be resolved under international private law rules in Turkey. Also, the legislative measures recently adopted under Swiss, Dutch and German laws to prevent the recognition of child marriages will be analyzed to make proposals in Turkish law.

Due to the qualification of the marriage-age as an issue related to the marriage capacity under Turkish law (*lex fori*), applicable law to the marriage-age is *the national laws of each spouse at the moment of marriage* (TrIPL¹ Art 13). In the application of this provision to Syrians under *temporary protection*, it should be clarified first whether TrIPL Art 4/1(a) is applicable to them in the determination of their *national law*. Art 4/1(a) which is similar to the 1951 Refugee Convention Art 12 states that; regarding the legal actions concluded by *refugees* and *stateless persons* in Turkey, the law of the country of domicile or the law of the country of habitual residence or, law of the country where they are located at the beginning of the proceedings shall be applied instead of their national laws. The debate here is, whether the term *refugee* in this provision includes the temporary protection status or not. This article suggests that, Art 4/1(a) should be interpreted to *include* temporary protection status since the parliamentary report has put forward the *ratio legis* of the provision as *regulating the legal actions of all de-facto stateless persons who cannot benefit from the diplomatic protection of the country which they are citizens for any reasons during their stay in Turkey*².

In this regard, *the marriages concluded in Turkey by Syrians under temporary protection* shall be governed by Turkish law as the law of their country-of-residence. In Turkish law, the marriage age is 17, but if a person does not reach the majority (18 years-old), it is only allowed with the permission of a legal representative. However, under exceptional circumstances, it may be allowed by a judge permit at the-age-of

¹ Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Turkish International Private and Procedural Law Code), Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007-26728. Latest version see at <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>.

² Bkz MÖHUK Tasarısı Madde Gerekçeleri, Madde 4, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 7/7/2006 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>> Erişim Tarihi 08 February 2020.

16 (TrCC³ Art 124/2). According to the Turkish Supreme Court decisions marriages which are contracted under the exceptional marriage age of 16 are null and void⁴. However *marriage-age in the marriages concluded abroad* shall be governed by Syrian law as the “national law” of the Syrian spouse(s), since Art 4/1(a) is applicable only to the legal actions concluded in Turkey. The provisions of the Syrian Law of Personal Status 1953, allows 13-years-old (and even younger if they’re already pregnant) girls to marry (Art 18).

As the exceptional marriage age is 16 according to Turkish law, in cases where at the time of recognition the Syrian spouse is under 16 years old, it shall be determined whether the recognition of such marriages by application of the rules of Syrian law would be *manifestly* contrary to Turkish *public policy* under TrIPL Art 5 and if so which law should be applied to the consequences of such an invalid marriage. This article suggests that; it is not possible and appropriate to draw a minimum age limit in child marriages, since the application of *public policy* exception requires an individual case-by-case determination regarding the circumstances of each case and a manifest violation of Turkish *public policy* under TrIPL Art 5. Moreover, in child disputes, *the best interests of the child* also shall be taken into account in all circumstances. Hence, the refusal of the recognition of a child marriage based on the *public policy* exception should not cause greater harm for the child victim, especially regarding the effects of the marriage. In this respect, in cases where at the time of recognition one of the Syrian spouses is under the-age-of 16, *public policy* exception should not lead to an automatic non-recognition of the marriage and the assessment should be done in a manner to strike a fair-balance between the values of Turkish society and the protection of *the best interests of the child*. However, it is also concluded that, as the sexual acts with children under the-age-of 15 are criminalized as sexual child abuse under TrPC⁵ Art 103/1(a), the application of Syrian law which allows marriages under the-age-of 15 may very likely be found manifestly contrary to Turkish public policy and such marriages where at the time of recognition one of the Syrian spouses is under 15-years old may not be recognized under Turkish law. In cases where a manifest violation of Turkish *public policy* has been decided, it is suggested under TrIPL Art 5, the consideration must firstly be put on Syrian law (*lex causae*) and if no solution can be found it shall be referred to Turkish law (*lex fori*). Therefore, regarding the law applicable to the effects and consequences of non-recognised child marriages, Syrian law rules should be applied; according to which, the marriages contracted under the minimum marriage-age shall be found voidable but not void.

³ Türk Medeni Kanunu (Turkish Civil Code), Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001-24607. Latest version see at <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁴ Yargıtay 2 HD, 4235/7649, 03.05.2011; Yargıtay 2 HD, 4315/5370, 14.04.2003; Yargıtay 2 HD, 6049/14441, 30.10.2006. See Ömer Uğur Gençcan, *Aile Mahkemesi Davaları* (2. Bastı, Yetkin Yayınları 2016) 93.

⁵ Türk Ceza Kanunu (Turkish Penal Code), Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2001, RG 12.10.2004-25611. Latest version see at <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

It is also concluded that, under Art 8 and Art 12 of EHCR and ECtHR resolutions, any non-recognition of a child marriage does not constitute a violation of “*the right to respect for family life*”. However, since *de-facto* relationships which considered as “family life” are also protected under EHCR Art 8; it is underlined that the protection measures taken for the minor spouse upon the non-recognition of a child marriage by Turkish courts must be in accordance with the principle of proportionality to not constitute a violation of EHCR Art 8.

Lastly, legislative measures which aim at implementing the *lex loci celebrationis* instead of the “national laws of each spouse” (Swiss IPRG Art 44, 45a; Dutch BW Art 10:28-10:32:c; German EGBGB Art 13/3) as the law applicable to the marriage capacity and terms of marriage concluded in the country and eliminating the *public policy* exception by bringing a general prohibition for the recognition of child marriages contracted abroad (IPRG Art 45a; BW Art 10:32:c; EGBGB Art 13/3) adopted in Swiss, Dutch and German conflict-of-law rules in the context of preventing and combating child marriages are not found to be consistent with the principle of the protection of *the best interests of the child* in international private law. It is suggested that the best tool at preventing and combating the child marriage in international private law is the *public policy* exception which enables to strike a fair-balance between the values of the country and *the best interest of the child* by a case-by-case analysis.

Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği

Giriş

Suriye krizinin patlamasıyla birlikte, Suriye Arap Cumhuriyeti'nden gelen zorunlu göç akını, başta Türkiye olmak üzere, diğer Avrupa ülkeleri bakımından da, özellikle kız çocuklarının maruz kaldıkları “çocuk yaşta evlilikler” problemini beraberinde getirmiştir. Türkiye’de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ (TMK) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda² (TCK) gerçekleştirilen değişiklikler ve alınan önlemlerle azalma eğilimine girmiş olan “çocuk yaşta evlilik” sorunu, Suriyeli göç akını ile birlikte tekrar yükselişe geçmiştir.

UNICEF’in 2017 yılına ait verilerine göre; Türkiye’de 20-24 yaş arası genç kadın nüfusunda, 18 yaş altı evlilik veya evlilik dışı yaşam birlikteliği oranı % 15, 15 yaş altı yaşam birlikteliği oranı ise %1 olarak tespit edilmiştir³. Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) 2016 yılı verilerine göre; 2016 yılında gerçekleştirilen evliliklerin %17,9’u 18 yaş altında gerçekleştirilmiştir. Bu oran neredeyse her 5 evlilikten birinin çocuk yaşta evlilik olduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca, yine 2016 TÜİK verilerine göre, 18 yaş altında evlilik oranı kadınlarda %28,2 iken; erkeklerde %5,6 oranındadır⁴. 2018 yılı TÜİK verilerine göre ise, 2018 yılında Türkiye’de 15-17 yaş grubunda 11 bin 636 çocuk anne olurken; 167 kız çocuğunun 15 yaşından küçük anne olduğu belirlenmiştir⁵. 16-17 yaş grubunda evlenen kız çocuklarının oranı ise, % 3,8 olarak açıklanmıştır⁶. Türkiye’de 18 yaş altı evliliklerin çoğunluğu ve asgari evlenme yaşı olan 16 yaş altı birlikteliklerin hiçbiri resmi evlilik olarak gerçekleşmediğinden ve resmi kayıt altına alınamadığından; UNICEF ve TÜİK’in verilerindeki bu oranlar gerçek durumu yansıtamamaktadır. Ancak bu verilere göre dahi, Türkiye, diğer Avrupa devletlerine nazaran, çocuk yaşta evlilik oranı en yüksek ülkedir⁷.

Türkiye’nin çocuk yaşta evlilik oranı verilerinin bu kadar yüksek olmasının bir sebebi de, yukarıda belirttiğimiz üzere, Suriyeli göç akınıdır. Suriyeli kız çocukları, ya Suriye’den evlilik yapmış olarak gelmekte veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra evlilik yapmaktadır. Suriyeliler Türkiye’ye kitle halinde giriş yaptıklarından ve medeni halleri beyan esasına dayandığından, Suriye’den evlenmiş olarak 18 yaş altı kaç kız

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

² Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2001, RG 12.10.2004-25611.

³ UNICEF Data, ‘Child Marriage’ (2018) <<https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-marriage/>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁴ TÜİK, Republic of Turkey Ministry of Family and Social Policy, ‘Family Structure Survey’ (2016) <<http://www.turkstat.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁵ Servet Yanatma, ‘Türkiye’de 2018’de 11 binden fazla çocuk doğum yaptı; 167’si 15 yaşından küçük’ *Euronews* (5 July 2019) <<https://tr.euronews.com/2019/07/05/turkiye-de-2018-de-11-binden-fazla-cocuk-dogum-yapti-167-si-15-yasindan-kucuk-tuik-nufus>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁶ TÜİK, ‘İstatistiklerde Çocuk’ (2018) <<http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30708>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁷ Karşılaştırmak için bkz UNICEF Data, (n 3).

çocuğunun geldiğine ilişkin sağlıklı bir veriye ulaşılamamaktadır. Keza Suriyelilerin, Türkiye'ye girdikten sonra, Türk hukukundaki evlenme yaşına ulaşmadan yaptıkları çocuk yaşta evlilikler bakımından da, resmi kayda girmediğinden, sağlıklı bir istatistik verilememektedir. Bu nedenlerle, Türkiye'de geçici koruma statüsü altındaki kız çocukları arasında evlenme yaşına ve oranına ilişkin veriler çeşitli kurumlarca yürütülen saha çalışmalarına dayanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK/UNHCR) tarafından, 2014 yılında Türkiye'deki iltica kamplarında gerçekleştirilen, kadın, erkek, kız ve erkek çocuklardan oluşan 200 kişilik bir odak grup çalışmasında, Suriye'de çocuk yaşta evliliklerin genellikle kırsal kesimde 13 yaşa kadar düştüğü, şehirlerde ise en erken 15 veya 16 yaşlarında olduğu; geçici barınma merkezlerinde ise bu yaşın 13'e kadar düştüğü tespit edilmiştir. Araştırmada katılımcılar, finansal zorluklar ve güvenlik sağlama gerekçeleri ile kız çocuklarını çocuk yaşta evlendirdiklerini ifade etmişlerdir⁸. BM Kadın Birimi tarafından 2018 yılında Türkiye'de gerçekleştirilen ve 15 yaş ve üzeri 1290 Suriyeli kadın ve kız çocuğu ile yapılan görüşmelere dayanan analizde; 18 yaş altı evlilik oranının %50,3; 15 yaş altı evlilik oranının ise %23 olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, okula gitme oranı, 12-14 yaş arası kız çocuklarında % 60 iken; 15-17 yaş arasında bu oran %23'e düşmekte ve bu düşüşün başlıca sebebi olarak çocuk yaşta evlilik gösterilmektedir⁹. Dolayısıyla, iltica, kız çocukları bakımından çocuk yaşta evlilik oranını yükseltmekte ve iltica edenler de Türkiye'deki çocuk yaşta evlilik oranını yükseltmektedir¹⁰.

BMMYK'nın, Türkiye'ye yönelik Suriyeli sığınmacı akınına ilişkin alınması gereken önlemlere ilişkin olarak hazırladığı 2014-2015 yıllarına ilişkin değerlendirme raporunda da; Türkiye'de geçici koruma statüsü altında bulunan Suriyeli kız çocuklarının maruz kaldıkları en önemli tehlikenin çocuk yaşta evlilik olduğuna, çocuk yaşta evliliklere ilişkin herhangi bir veri bulunmadığına ve iltica koşulları sebebiyle Türkiye'de çocuk yaşta evlilik riskinin Suriye'de olduklarından daha fazla olduğuna dikkat çekilmiştir¹¹.

Bu oranlar Türkiye'nin tekrar yükselişe geçen ve özellikle kız çocuklarını etkileyen çocuk yaşta evlilik sorunu ile karşı karşıya olduğunu göstermektedir. Bu

⁸ CARE International UK, 'To Protect Her Honour-Child marriage in emergencies-the fatal confusion between protecting girls and sexual violence' (2015) 7 <https://insights.careinternational.org.uk/media/k2/attachments/CARE_Child-marriage-in-emergencies_2015.pdf> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁹ UN WOMEN, 'Türkiye'de Geçici Koruma Altındaki Suriyeli Kadın ve Kız Çocukların İhtiyaç Analizi' (2018) Grafik 8 <http://sgdd.org.tr/wp-content/uploads/2018/08/The_Needs_Assessment_TR_WEB.pdf> Erişim Tarihi 11 February 2020.

¹⁰ Ürdün'de UNICEF tarafından 2014 yılında yapılan bir araştırmada; 2011 yılında Suriyeli sığınmacılar arasında 15-17 yaş arası kız çocuklarının dâhil oldukları kayıtlı evlilik oranı %11 iken; 2013 yılında bu oranın %25'e ve 2014 yılının ilk çeyreğinde ise %32'ye yükseldiği kaydedilmiştir. Bkz UNICEF, 'A Study on Early Marriage in Jordan' (2014) 8, 22-23 <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNICEFJordan_EarlyMarriageStudy2014.pdf> Erişim Tarihi 11 February 2020.

¹¹ UNHCR Evaluation Service, 'Evaluation of UNHCR's Emergency Response to the influx of Syrian Refugees into Turkey' (2016) 52-55 <<https://www.unhcr.org/58a6bbca7.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

çalışmada, Türkiye'nin gelecek 20 yılını sosyolojik olarak etkilemesi muhtemel, Suriyelilerce gerçekleştirilen çocuk yaşta evliliklerin hukuki boyutu ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle, çocuk yaşta evlilik kavramı ve sonuçları ile çocuk yaşta evlilik uygulamasının uluslararası belgelerdeki yeri ele alınacak ve ardından, uluslararası koruma sağlayan Avrupa ülkelerinde çocuk yaşta evlilik uygulamalarının önlenmesine yönelik getirilen mevzuat değişiklikleri incelenecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, Suriyelilerin Türkiye'ye gelmeden önce veya Türkiye'ye geldikten sonra gerçekleştirdikleri çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukuna göre geçerliliği, başka bir ifadeyle, bu evliliklerin Türk hukukunda tanınıp tanınmayacağı meselesi, Türk milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde, özellikle geçici koruma altındaki Suriyelilerin milli hukukunun tespiti, Türk kamu düzenine aykırılık ve aile hayatına saygı hakkının korunması boyutlarıyla ele alınacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

I. Çocuk Yaşta Evlilik ve Uluslararası Hukuki Çerçeve

A. Çocuk Yaşta Evlilik Kavramı ve Sonuçları

“Çocuk yaşta evlilik” (*child marriage*); 18 yaşını doldurmamış bir çocuk ile bir başka çocuk veya yetişkin arasındaki resmi evlilik veya gayri resmi birliktelikleri ifade etmektedir¹². “Çocuk yaşta evlilik”leri ifade etmek üzere; “küçük yaşta evlilik”, “erken yaşta evlilik” veya “zorla evlilik” ifadeleri de kullanılmaktadır¹³.

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından; 18 yaşını doldurmamış bir çocuğun, yaşı gereği, evleneceği kişiye veya evliliğinin zamanlamasına ilişkin olarak, “*serbest, bağımsız ve tam bir rıza*” vermeye ehil olmadığı kabul edildiğinden,

¹² Bkz UN CEDAW/CRC, ‘Joint General Comment No 31 of the CEDAW / No 18 of the CRC on the Rights of the Child on harmful practices’, (2014) UN-Doc CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18 para 20; PACE, ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages’ (2005) Resolution No 1468 para 7; PACE, ‘Resolution on Forced Marriage in Europe’ (2018) Resolution No 2233 para 3. Türkiye'nin de taraf olduğu, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca; çocuğun tabi olduğu hukuka göre daha erken yaşta reşit olma hali hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m 3/1(a) uyarınca ise “çocuk”; daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişidir. Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

¹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda; “çocuk” kavramı tanımlanmamıştır. Türk Medeni Kanunu'nda, fil ehliyetinin şartlarının düzenlendiği TMK m 11 uyarınca, erginlik yaşı olan 18 yaşını doldurmamış kişiler için “küçük” ifadesi kullanılmaktadır. Evlenme ehliyetinin düzenlendiği TMK m 126'da da küçüğün evlenmesinden bahsedilmektedir. Bu nedenle, Türk hukuk literatüründe, 18 yaşını doldurmamış çocukların evlilikleri için genellikle, “küçük yaşta evlilik” ifadesi tercih edilmektedir. Bkz Dilşad Keskin, ‘Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi’ (2011) 15(4) GÜHFD 65, 70-71. İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB), evlenmenin mutlak butlan sebeplerinin düzenlendiği Art 105/6'da da, 18 yaşını doldurmamış eş bakımından, eşlerden birinin “küçük” olması ifadesi kullanılmaktadır. Bunun yanında; küçük yaşta evliliğin mutlak butlan sebebi olarak İsviçre Medeni Kanunu'na girmesini sağlayan ve 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe giren “15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkından Federal Kanun” (*Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten*) uyarınca, 18 yaş altı “küçük yaşta evlilikler”, “zorla evlilik” türü olarak nitelendirilmiştir. Hollanda Medeni Kanunu'nda (Burgerlijk Wetboek) evlilik yaşı ile ilgili değişiklikler getiren ve 5 Aralık 2015 tarihinde yürürlüğe giren “7 Ekim 2015 tarihli Zorla Evlilikle Mücadele Kanunu” (*de Wet tegenaan huwelijksdwang*) da, 18 yaş altı evlilikleri, “zorla evlilik” türü olarak nitelendirmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) da, evlenmenin iptal edilebilirlik sebeplerinin düzenlendiği §1314'te, 18 yaşını doldurmamış eş bakımından, eşlerden birinin “küçük” olması ifadesi kullanılmaktadır. Bunun yanında; Alman Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı ile ilgili değişiklikler getiren ve 22 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren “17 Temmuz 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu”nda (*Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*) “çocuk yaşta evlilikler” ifadesi tercih edilmiştir.

“çocuk yaşta evlilikler”, “zorla evliliğin” bir türü olarak nitelendirilmektedir¹⁴. Gerçekten de pek çok kız çocuğu, evlenmenin anlam ve amacını anlayabilecek, evlenmeye bağlı yükümlülük ve ödevleri kavrayabilecek yeteneğe sahip olmaksızın, geleceğine dair diğer seçeneklerinden habersiz, çocuk yaşta evliliği kaderi sayarak, kendi isteğiyle evlenmeyi kabul etmiş olabilir. Ancak bu istek, hukuki anlamda serbest, bağımsız ve bilinçli bir rıza açıklaması olarak sayılmamalıdır.

UNICEF’in araştırmalarına göre, dünya genelinde çocuk yaşta evlilik uygulamasına, kız çocukları, erkek çocuklarından daha fazla maruz kalmaktadır. UNICEF’in Mart 2018 verilerine göre; 20-24 yaş arası dünya genç kadın nüfusunun %21’i, 18 yaşından önce; %5’i ise, 15 yaşından önce evlenmek veya gayri resmi birliktelik yaşamak durumunda kalmış kadınlardan oluşmaktadır. Dünya genelinde, 15 ila 19 yaş arası, her altı ergen kız çocuğundan biri, resmi veya gayri resmi birliktelik yaşamaktadır. Halen, her yıl, 12 milyon kız çocuğu, 18 yaşını doldurmadan evlendirilmektedir. Bu oranlar, 650 milyon kız çocuğu ve kadına tekabül etmektedir¹⁵. Bu veriler göstermektedir ki; “çocuk yaşta evlilik” uygulaması, kız çocuklarının, erkek çocuklarına oranla çok daha fazla maruz kaldığı, kökleşmiş cinsiyet eşitsizliğinin sonuçlarından biridir.

Kız çocuklarını, çocuk yaşta resmi veya gayri resmi birliktelik yaşama riskine maruz bırakan ve aslında birbirini de tetikleyen pek çok sebep bulunmaktadır. Yoksulluk, başlık parası, evliliğin korunma sağlayacağına olan inanç, aile şerefi, namus, sosyal çevre, çocuk yaşta evlilikleri hoş gören gelenek-görenekler ve dini inançlar ile yetersiz kanuni düzenlemeler başlıca sebepler olarak gösterilmektedir¹⁶.

Çocuk yaşta evlilikler, kız çocuklarının yaşamlarını, sağlıklarını ve gelecek beklentilerini ciddi anlamda tehdit etmekte ve bu bakımından toplum sağlığı ve refahı açısından da çok ciddi zararlara sebebiyet vermektedir. 18 yaşından önce evlenmek durumunda kalmış kız çocukları arasında, aile içi şiddete maruz kalma ve okula devam etmeme oranı, evlenmemiş yaşlıtlarına nazaran daha yüksektir¹⁷. Çocuk yaşta evlilik yapan kız çocukları, genellikle henüz ergenlik dönemindeyken hamile kaldıklarından, hamilelik ve doğum sırasında sağlık problemleri yaşama ve ölüm riskleri artmaktadır. Nitekim çocuk yaşta evliliklerin yaygın olduğu ülkelerde, 15-19 yaş arası ergen kız çocuğu ölümlerinin ana sebepleri erken yaşta hamilelik ve doğumda yaşanan sorunlar olarak gösterilmektedir¹⁸. Çocuk yaşta evlilik uygulaması, kız çocuklarının, aileleri ve arkadaşlarından ayrı kalmalarına ve yalnızlaşmalarına

¹⁴ CEDAW/CRC ‘Joint General Comment’ (n 12) para 20; PACE ‘Resolution on Forced Marriage in Europe’ (n 12) para 3.

¹⁵ UNICEF Data (n 3).

¹⁶ UNICEF Data (n 3); UNFPA, ‘Marrying Too Young End Child Marriage’ (2012) 11 <<https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MarryingTooYoung.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020; ECPAT International, ‘Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage: challenges, achievements, best practices & implementation gaps’, (2013) <https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=%2FDocuments%2FIssues%2FWomen%2FWRGS%2FForcedMarriage%2FNGO%2FECPATInternational%2Edoc&action=view> Erişim Tarihi 11 February 2020.

¹⁷ UNFPA (n 16) 11.

¹⁸ UNFPA (n 16) 11.

da sebebiyet verebilmekte ve bu suretle kız çocuklarının psikolojik gelişimini de olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Dahası, gayri resmi birliktelik içerisinde olan kız çocukları; miras ve vatandaşlık kazanma haklarının tanınmaması ve toplumsal dışlanma gibi sebeplerle, resmi birliktelik içerisindeki kız çocuklarından hukuken ve sosyolojik olarak daha korunmasız durumda kalmaktadır. Tüm bu olumsuz neticeler, çocuk yaşta evlendirilmiş kız çocuklarını, evlenmemiş yaşlıtlarına nazaran daha kötü ekonomik ve sağlık şartlarına maruz bırakmakta ve bu şartlar, onların çocuklarının da yaşam standartlarına sirayet etmektedir. Bu sebeplerle, çocuk yaşta evliliklerin, kız çocuklarının sağlığı, geleceği ve aileleri üzerindeki bu olumsuz etkileri, toplumun kalkınması ve refahı önünde de ciddi bir engel teşkil etmektedir¹⁹.

“Çocuk yaşta evlilik” uygulaması; bir kişinin evlenme hususunda serbest, bağımsız ve tam rızasının var olması gerekmesi bakımından, bir “insan hakları” meselesi olduğu gibi; aynı zamanda bir kamu sağlığı meselesidir. Ayrıca çocuk yaşta evlilikler, kız çocuklarının erkek çocuklarına nazaran daha fazla maruz kalması sebebiyle, bir “toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” (*gender-based violence*) türü olduğu gibi; kadın ve çocuk hakları bakımından da bir “zararlı uygulama” (*harmful practice*) çeşididir²⁰. Bu itibarla, çocuk yaşta evlilik uygulaması; temel insan hakları, kadın hakları ve çocuk hakları ile ilgili pek çok milletlerarası sözleşmenin, doğrudan veya dolaylı olarak kapsamına girmekte ve bir ihlal sebebi olarak değerlendirilmektedir.

B. Çocuk Yaşta Evliliği Yasaklayan Milletlerarası ve Bölgesel Belgeler

Çocuk yaşta evlilik uygulaması, temel insan hakları metinlerinden olan 1948 tarihli “BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname”nin (UDHR)²¹ 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, “*evlenme akdi ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızası ile yapılır*” hükmü kapsamında bir temel insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir²².

Çocuk yaşta evlilik uygulamasını açıkça yasaklayan tek evrensel insan hakları sözleşmesi, Türkiye’nin de 1985 yılından beri taraf olduğu, 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”dir (CEDAW)²³. Sözleşme’nin 16. maddesinin 2. fıkrası; “*Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesinin hiçbir kanuni etkisi olmayacak ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi*

¹⁹ UNICEF Data (n 3); UNFPA (n 16) 11-12.

²⁰ UN Women, ‘Inter-Agency Assessment: Gender-Based Violence and Child Protection Among Syrian Refugees in Jordan with a Focus on Early Marriage’ (2013) 29 <<https://data2.unhcr.org/ar/documents/download/39522>> Erişim Tarihi 11 February 2020; UNICEF Data (n 3); ECPAT International (n 16) 10; CEDAW/CRC ‘Joint General Comment’ (n 12) para 17; PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 1.

²¹ The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), UN General Assembly Resolution 217 A, Paris 10 December 1948.

²² PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 6; UN General Assembly Resolution 843 (IX) of 17 December 1954, ‘Status of Women in Private Law: Customs, Ancient Laws and Practices Affecting The Human Dignity of Women’ <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/095/78/IMG/NR009578.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi 11 February 2020; ECPAT International (n 16) 2; UNFPA (n 16) s. 10.

²³ UNHCR Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman, New York, 18 December 1979 (CEDAW). RG 14.10.1985/18898.

ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için yasama dahil gerekli tüm önlemler alınacaktır” hükmünü ihtiva etmektedir. Sözleşme’de asgari evlenme yaşı belirtilmemiştir. Buna karşılık; Sözleşme’nin İzleme Komitesi, taraf devletlere, erkek ve kadınlar için 18 yaşı, asgari evlenme yaşı olarak kanunlaştırmaları konusunda çağrıda bulunmuştur²⁴. Ayrıca yine 16. maddenin 1. fıkrasında; kadınların evlenmede erkeklerle eşit hakka sahip olmasının ve özgür olarak eş seçme ve “serbest ve tam rıza” ile evlenme haklarının taraf devletlerce sağlanacağı hüküm altına alınmıştır²⁵.

Çocuk yaşta evliliklerin ortadan kaldırılması ile ilgili taraf devletlere yükümlülükler getiren bir diğer önemli milletlerarası sözleşme ise, Türkiye’nin de 1995 yılından beri taraf olduğu, 1989 tarihli “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”dir (CRC)²⁶. Her ne kadar Sözleşme’de açıkça “evlilik”ten bahsedilmese de; çocuk yaşta evlilik uygulaması, Sözleşme’de yer alan diğer çocuk hakları ile ilintilidir. Çocuk yaşta evlilik uygulaması, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 24. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması” yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmekte ve zararlı bir uygulama olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu hükmün yanı sıra; CRC m 13/1 uyarınca, “çocuğun düşüncesini serbestçe açıklama hakkı” ve CRC m 19/1 uyarınca, “çocuğun her türlü istismar ve kötü muameleden korunması hakkı” da, “çocuk yaşta evlilik uygulaması” ile ilintili hak ve yükümlülüklerdir.

Türkiye’nin 2012 yılından beri taraf olduğu, 2011 tarihli “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” (İstanbul Sözleşmesi)²⁸ de; “zorla evlendirme”yi bir kadına karşı şiddet türü olarak nitelendirilerek Sözleşme kapsamına alınmıştır. Sözleşme’nin 37. maddesinde; taraf devletlerin, zorla evlendirmelerin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacakları hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Sözleşme’nin 32. maddesinde; taraf devletlere, zorla gerçekleştirilen evliliklerin, mağdura herhangi bir parasal veya idari yük getirmeksizin, geçersiz ve hükümsüz kılınabilmesini veya sona erdirilmesini temin edecek yasal ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar Sözleşme açıkça “çocuk yaşta evlilikler”den bahsetmese de; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin kararlarında “çocuk yaşta

²⁴ UN CEDAW, ‘General Comment No 21: Equality in Marriage and Family Relations’ (1994) UN-Doc A/39/38 para 36.

²⁵ Bunların yanında; CEDAW 2. maddesi uyarınca, “kadınlara ayrımcılık oluşturan mevcut yasa, adet ve uygulamaları ortadan kaldırma”; 3. maddesi uyarınca, “kadının tam gelişmesi ve ilerlemesini sağlamak için, tüm alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama” ile 5. maddesi uyarınca, “her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadınla erkeğin kalıplaşmış rollerine dayanan ön yargıları, geleneksel ve diğer bütün uygulamaları ortadan kaldırma” yükümlülüğü de, çocuk yaşta evlilik uygulamasının ortadan kaldırılmasını kapsamına almaktadır.

²⁶ Convention on the Rights of the Child (CRC). RG 27.01.1995/22184.

²⁷ CEDAW/CRC ‘Joint General Comment’ (n 12) para 14; ECPAT International (n 16) 3; UNFPA (n 16) 10.

²⁸ Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, 12 April 2011. RG 08.03.2012/28227(Mükerrer).

evlilikler” bir “zorla evlendirme” türü olarak kabul edildiğinden²⁹, kanaatimizce, “çocuk yaşta evlilikler”in de İstanbul Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.

Yukarıda saydığımız milletlerarası belgeler yanında; Türkiye’nin 1964’ten beri taraf olduğu, 1956 tarihli “Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme”³⁰ uyarınca; “*bir kadının, reddetmek hakkı olmadan, anne ve babasına, vâsisine, ailesine veya diğer herhangi bir şahıs yahut topluluğa nakdî veya aynı bir ivaz mukabilinde evlendirilmesi va’adinde bulunulması veya evlendirilmesi*” (m 1/(c)(i)) ve “*bir çocuğun veya 18 yaşından aşağı temyiz kudretini haiz bir kimsenin gerek anne ve babası, yahut bunlardan biri, gerekse vârisi tarafından, şahsını veya işini istismar maksadiyle bedel mukabilinde veya bedelsiz diğer bir şahsa devrine müsait olan herhangi bir uygulama ve gelenek*” (m 1/(d)), “köleliğe benzer uygulama ve gelenekler” arasında sayılmış ve bu itibarla “çocuk yaşta evlilikler” Sözleşme uyarınca yasaklanmıştır.

Ayrıca, yine Türkiye’nin 1988’den beri taraf olduğu, 1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi”³¹ kapsamında; BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin ve BM İnsan Hakları Konseyi’nin çeşitli raporlarında, çocuk yaşta evlilikler, gayriinsani ve küçültücü muamele olarak nitelendirilmiş ve taraf devletlerin 18 yaştan önce evlenmeyi yasaklayan kanun ve düzenlemeler yapma ve çocuk yaşta evlilik uygulamasını önleme yükümlülüğünde olduklarının altı çizilmiştir³².

Bölgesel düzeyde bakıldığında da, Türkiye’nin kurucu üyesi olduğu Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin (AKPM), “çocuk yaşta evlilikler” ve “zorla evlilikler” ile ilgili, 2005 ve 2018 tarihli kararları mevcuttur³³. Bu kararlarda; çocuk yaşta evliliklerin, bir insan hakkı ihlali ve aynı zamanda bir zorla evlendirme türü teşkil ettiği ifade edilerek; Konsey üyesi devletlerin iç hukuk mevzuatlarında, asgari evlenme yaşını kadın ve erkekler için 18 yaşa yükseltmeleri ve yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evlilikleri tanımalarını engelleyici, (mağdur tarafından başka türlü ileri sürülemeyecek evlenmenin sonuçlarına ilişkin hakların güvence altına alınabilmesi amacıyla, tanımının, mağdurun üstün yararına olduğu haller hariç olmak üzere) değişiklikler yapmaları tavsiye edilmiştir³⁴.

²⁹ PACE ‘Resolution on Forced Marriage in Europe 2018’ (n 12) para 3.

³⁰ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery. RG. 06.01.1964/11599.

³¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. RG. 10.08.1988/19895.

³² UN OHCHR, ‘Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage’ (2014) UN-Doc A/HRC/26/22 para 11-15; UN HRC, ‘Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment’ (2016) UN-Doc A/HRC/31/57 paras 63, 74/c.

³³ PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12); PACE ‘Resolution on Forced Marriage in Europe 2018’ (n 12).

³⁴ PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) paras 1, 3, 14.

Netice itibariyle, Türkiye, yukarıda açıkladığımız milletlerarası sözleşmelere ve Avrupa Konseyi'ne taraf bir devlet olması itibariyle, çocuk yaşta evlilik uygulamasını, ülkesinde bulunan çocukların milliyetine bakmaksızın önlemek ve ortadan kaldırmak için her türlü önlemi alma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüklerine aykırı davranması, insan hakları ihlali teşkil edecektir.

II. Mukayeseli Hukukta Çocuk Yaşta Evliliklerinin Önlenmesine Yönelik Mevzuat Değişiklikleri

Çocuk yaşta evlilik uygulamasını önlemeye ve yasaklamaya yönelik uluslararası belgeleri incelerken belirttiğimiz üzere; AKPM'nin 2005 tarihli Tavsiye Kararı'nda, Avrupa Konseyi üyesi devletlere, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanınmasını engelleyecek mevzuat değişiklikleri yapmaları tavsiye edilmiştir³⁵. Ancak Avrupa devletlerinin iç hukuk düzenlemelerine bakıldığında, Suriye krizi sebebiyle Avrupa'ya iltica akınının yoğunlaştığı 2013 yılına kadar, söz konusu devletlerin, milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında, yabancı ülkelerde yapılan evliliklerin geçerliliğine ilişkin olarak herhangi bir değişiklik yapmadıkları görülmektedir. 2013 yılından itibaren ise, çocuk yaşta evliliklerin Avrupa ülkelerinde artmaya başlaması üzerine, pek çok Avrupa devleti, gerek medeni hukuk gerekse milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında, bu evlilikleri engellemeye ve geçersiz kılmaya yönelik değişiklikler yapmaya başlamıştır.

Aşağıda Türk hukuku gibi, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ve Suriye krizi sürecinde iltica akınının yoğunlaştığı, İsviçre, Hollanda ve Almanya'nın, iç hukuk mevzuatlarında, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklere yönelik değişiklikler incelenecektir.

A. İsviçre Hukuku

İsviçre'de, Hollanda ve Almanya'dan daha önce, çocukların korunmasını sağlamak ve çocuk yaşta evliliklerle mücadele etmek üzere; önce "19 Aralık 2008 tarihli Yetişkin Koruma, Kişi Hakları ve Çocuk Hakları Kanunu" (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht*)³⁶ ve daha sonra "15 Haziran 2012 tarihli Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanun" (*Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten*) kabul edilmiş ve bu Kanun 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁷.

³⁵ PACE 'Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005' (n 12) para 14.

³⁶ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)* vom 19 Dezember 2008 (AS 2011 725) mit Wirkung seit 1 Januar 2013.

³⁷ *Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten* vom 15 Juni 2012 (AS 2013 1035) in Kraft seit 1 Juli 2013.

Kanunun isminden de anlaşılacağı üzere, İsviçre kanun koyucusu, 18 yaşın altındakilerin gerçekleştirdikleri çocuk yaşta evlilikleri, bir “zorla evlilik” türü olarak nitelendirmiştir. Zorla Evliliklere Karşı Tedbirler Hakkında Federal Kanun, başta İsviçre Medeni Kanunu (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch/ZGB*)³⁸ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht/ IPRG*)³⁹ olmak üzere; İsviçre Yabancılar ve Entegrasyon Kanunu (*Ausländergesetz/ AIG*)⁴⁰ ve İsviçre İltica Kanunu (*Asylgesetz/AsylG*)⁴¹ gibi pek çok kanunda, çocuk yaşta evliliklerin önlenmesine ve yabancı ülkede yapılanların tanınmamasına yönelik değişiklikler getirmiştir.

Bu kapsamda, İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB); olağan evlenme yaşı olan 18 yaşın altındakilerin, yasal temsilci izniyle evlenmelerini mümkün kılan ZGB Art 94/2 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla bağlantılı olarak; “*küçük olan eşin üstün menfaati evliliğin devamını gerektirmedikçe, eşlerden birinin 18 yaşından küçük olması*” ve “*eşlerden birinin tam ve serbest rızası olmaksızın evlenmesi*” halleri, ZGB Art 105/5-6 uyarınca, birer “mutlak butlan” sebebi olarak kabul edilmiştir.

ZGB Art 105/6 uyarınca, eşlerden birinin küçük olması halinde, evlenmenin mutlak butlanla batıl olmasının tek istisnası, “*evliliğin devamının küçüğün üstün yararına olması*” halidir. Söz konusu istisna hükmü; AKPM’nin, 2005 tarihli Tavsiye Kararı’nda, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanınmamasının istisnası olarak ortaya koyduğu, “*mağdur tarafından başka türlü ileri sürülemeyecek evlenmenin sonuçlarına ilişkin hakların güvence altına alınabilmesi amacıyla, tanınmanın, mağdurun üstün yararına olduğu haller*” kriterine de uygunluk taşımaktadır⁴².

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda (IPRG) yapılan değişikliklerden ilki ise, evlenmeye uygulanacak hukuka ilişkindir. Eski IPRG Art 44/2 uyarınca, “*iki tarafın da yabancı olması halinde, İsviçre’de gerçekleştirilen evlenmenin ehliyet ve şartlarına, taraflardan her birinin milli hukukunun*” uygulanacağına ilişkin hüküm kaldırılmış ve “*İsviçre’de gerçekleştirilen evliliklerin İsviçre hukukuna tabi olduğu*” kabul edilmiştir. Böylelikle, IPRG Art 44 uyarınca, İsviçre’de yapılan evlenmelerde, gerek evlenme ehliyet ve şartları gerekse evliliğin şekli İsviçre hukukuna tabi kılınmış ve İsviçre’de yapılan çocuk yaşta evliliklerin, ZGB Art 105/5-6 uyarınca mutlak butlanla batıl sayılması sağlanmıştır.

³⁸ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* vom 10 Dezember 1907 (AS 24 233) in Kraft seit 1 Januar 1912.

³⁹ *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* vom 18 Dezember 1987 (AS 1988 1776) in Kraft seit 1 Januar 1989.

⁴⁰ *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration* vom 16 Dezember 2005 (AS 2007 5437) in Kraft seit 1 Januar 2008.

⁴¹ *Asylgesetz* vom 26 Juni 1998 (AS 1999 2262) in Kraft seit 1 Oktober 1999.

⁴² PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 14.2.4.

Ayrıca IPRG Art 45a hükmünde yer alan “evlenme ile erginliğe” yönelik düzenleme kaldırılmış⁴³ ve IPRG Art 45a’da “evlenmenin hükümsüzlüğü”ne ilişkin tamamen farklı yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; *evlenmenin hükümsüzlüğü davalarında, eşlerden birinin İsviçre’deki yerleşim yeri mahkemesi, bulunmadığı takdirde, İsviçre’de evlenmenin yapıldığı yer veya eşlerden birinin İsviçre’deki mutad mesken mahkemesinin yetkili olacağı ve davaya İsviçre hukukunun uygulanacağı* hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin hükümsüzlüğü davalarında İsviçre mahkemelerince İsviçre hukukunun (*lex fori*) uygulanacağı hüküm altına alınarak, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin de, “*evliliğin devamının küçüğün üstün yararına olması*” hali hariç, mutlak butlanla batıl sayılması sağlanmıştır.

B. Hollanda Hukuku

Hollanda’da Suriye’den itica edenlerin sayısının artması üzerine, çocuk yaşta evlenmiş olarak Hollanda’ya gelen kız çocuklarında artış yaşanmıştır. Hollanda İltica Servisi’nin verilerine göre, Temmuz 2014 ve Şubat 2016 arasında, en küçüğü 14 yaşında olmak üzere, yaklaşık 210 adet Suriyeli çocuk yaşta evlilik vakasının kaydedildiği bildirilmiştir⁴⁴. Artan tepkiler üzerine, Hollanda, çocuk yaşta evliliklerle mücadele etmek üzere, 5 Aralık 2015 tarihinde yürürlüğe giren “7 Ekim 2015 tarihli Zorla Evlilikle Mücadele Kanunu”nu (*de Wet tegengaan huwelijksdwang*)⁴⁵ kabul etmiştir. Hollanda kanun koyucusu da, İsviçre gibi, çocuk yaşta evlilikleri, bir zorla evlilik türü olarak nitelendirmiştir. Hollanda Zorla Evlilikle Mücadele Kanunu; Hollanda Medeni Kanunu’nun (*Burgerlijk Wetboek/BW*)⁴⁶, kişiler ve aile hukukunu düzenleyen 1. Kitabı (BW Boek 1) ile milletlerarası özel hukuku düzenleyen 10. Kitabında (BW Boek 10), çocuk yaşta evliliklerin önlenmesine ve tanınmamasına ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir.

Öncelikle, Hollanda Medeni Kanunu 1. Kitap’ta yer alan ve BW Art 1:31 uyarınca, kadın ve erkek için 18 olan evlenme yaşının altındaki küçüklerin, çeşitli şartlara bağlı olarak, evlenmelerine imkân veren tüm hükümler yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁷. Böylelikle, 18 yaşını doldurmamış olanlar tarafından yapılan tüm evlilikler, BW Art

⁴³ Eski IPRG Art 45a ; mutad meskeni İsviçre’de bulunan küçüğün, İsviçre’de evlenmekle veya yurt dışında yaptığı evlenmenin tanınmasıyla ergin olacağını düzenlemekteydi.

⁴⁴ Anne Wijffelman, ‘Child marriage and Family Reunification: An Analysis under the European Convention on Human Rights and Dutch Forced Marriage Prevention Act’ (2017) 35(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 104, 104-105, <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051917708384>> Erişim Tarihi 07 February 2020.

⁴⁵ *Wet Tegengaan Huwelijksdwang*, Geldend van 05-12-2015, Staatsblad 2015, 373.

⁴⁶ *Burgerlijk Wetboek* Boek 1, Personen- en familierecht. *Burgerlijk Wetboek* Boek 10, Internationaal Privaatrecht.

⁴⁷ Bu kapsamda; BW Art 1:31/2 ve 3 uyarınca, 16 yaşını doldurmuş olan ve kadının hamile olduğunu veya hâlihazırda doğum yaptığını doktor raporu ile belgelemesi halinde evlenmeye izin veren hüküm ile 18 yaşından küçüklerin Adalet Bakanlığı’nın izni ile evlenmelerine izin veren hüküm; BW Art 1:35 uyarınca, 17 yaşını doldurmuş olan küçüğün yasal temsilcisinin rızasıyla evlenmesine izin veren hüküm; BW Art 1:36 uyarınca, 17 yaşını doldurmuş olan küçüğün mahkeme kararıyla evlenmesine izin veren hüküm; BW Art 1:47 uyarınca, küçüğün izin ile evlenmesinde izni vermeye yetkili makamı düzenleyen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

1:69:1 ve BW Art 1:77 uyarınca, *mutlak butlanla* batıl sayılmıştır. Bununla birlikte; BW Art 1:74'te yapılan değişiklikle, *evlenme anında 18 yaşını doldurmamış olan küçüğün, talep anında 18 yaşını doldurması halinde, evlenmenin hükümsüzlüğünün talep edilemeyeceği* de hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca BW Art 1:44'te yapılan değişiklikle; *tarafardan en az birinin Hollanda vatandaşı olması veya Hollanda'da mutad meskeninin bulunması durumunda, Hollanda Medeni Kanunu'nda yer alan ve asgari evlenme yaşını da içeren evlenme engellerinin her iki eş bakımından aranacağı* hüküm altına alınmıştır.

Bu değişikliğe paralel olarak “evlenmeye uygulanacak hukuk”ta da değişiklik yapılmıştır. Eski BW Art 10:28 uyarınca, “(1) eşlerden birinin Hollanda vatandaşı olması veya Hollanda'da mutad meskeni bulunması halinde Hollanda hukukunda veya (2) eşlerden her birinin kendi milli hukukunda” öngörülen evlenme ehliyet ve şartlarına uygun şekilde yapılmış evlenmelerin, Hollanda hukukuna göre geçerli olacağı yönündeki düzenleme kaldırılmıştır. Yerine, yeni BW Art 10:28'de, *Hollanda'da yapılan evlenmeler bakımından, evlenme ehliyet ve şartlarına, her bir eş bakımından Hollanda hukukunun uygulanacağı* hüküm altına alınmıştır⁴⁸. Böylelikle, eşlerden birinin milli hukuku 18 yaşın altındaki evliliklere müsaade ediyor olsa dahi, iki eş bakımından da Hollanda hukuku dikkate alınacağından, bu evlilik Hollanda'da yapılamayacaktır.

Hollanda dışında yapılan evlenmelere uygulanacak hukuka ilişkin de bir değişiklik getirilmiştir. BW Art 10:31 uyarınca; *Hollanda dışında yapılan evlenmeler, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukuna tabidir*. Buna karşılık; BW Art 10:32'ye getirilen değişiklikle; *Hollanda dışında yapılan evlenmenin tanınması açıkça kamu düzenine aykırı ise ve her halükarda, Hollanda dışında yapılan evlenme anında eşlerden biri 18 yaşını doldurmamışsa, tanıma talebi anında her iki eş de 18 yaşını doldurmadıkça, bu evlenmenin Hollanda'da tanınmayacağı* açıkça hüküm altına alınmıştır (BW Art 10:32:c)⁴⁹. Böylelikle, Hollanda kanun koyucusu, Hollanda Medeni Kanunu'nda düzenlenen evlenme yaşına ilişkin düzenlemelerin, Hollanda dışında yapılan evlenmeler bakımından da, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesine ihtiyaç kalmaksızın, doğrudan uygulanmasını ve BW Art 1:69:1 ve BW Art 1:77 uyarınca *mutlak butlanla* batıl olmasını temin etmiştir.

Hollanda hukukunda, çocuk yaşta evlilikler ile mücadele etmek üzere getirilen hükümlerde, İsviçre hukukundan farklı olarak, “*evliliğin devamının küçüğün üstün yararına olması*” gibi herhangi bir istisna hükmü ise getirilmemiştir.

⁴⁸ BW Art 10:28 uyarınca, Hollanda'da gerçekleştirilen evlenmelerin Hollanda hukukuna tabi kılınmasıyla, BW Art 10:29'da; *evlenmeye uygulanacak hukukun kamu düzenine açıkça aykırı olması ve her halükarda müstakbel eşlerden birinin 15 yaşını doldurmamış olması halinde evlenmenin mümkün olmayacağını* öngören hükme ihtiyaç kalmadığından, bu hüküm tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁹ Hollanda Medeni Kanunu Art 10:32'de gerçekleştirilen bu değişikliğin, mültecilerin aile birleşmesi taleplerine etkisine ilişkin değerlendirmeler için bkz Wijffelman (n 44) 114ff.

C. Alman Hukuku

Almanya, diğer Avrupa ülkelerine nazaran, Suriye’den en fazla sayıda iltica talebini kabul etmiş ülkedir. İltica taleplerinin artması ile birlikte; Almanya’da da çocuk yaşta evliliklerde artış gözlenmiştir. İçişleri Bakanlığı’ndan yapılan açıklamada, Temmuz 2016 itibarıyla, Almanya’da 1475 adet çocuk yaşta evlilik vakası kaydedildiği, bunlardan 1152 tanesinin tarafının kız çocukları olduğu, 361 tanesinin 14 yaşın altında olduğu açıklanmış ve bu evliliklerden 664’ünün Suriye’den, 157’sinin Afganistan’dan, 100’ünün Irak’tan ve 65 tanesinin de Bulgaristan’dan gelen mülteci çocuklar olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Almanya’da, çocuk yaşta evliliklerle mücadele etmek üzere, 22 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren “17 Temmuz 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu”nu (*Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen*)⁵¹ kabul edilmiştir. 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu; başta Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*)⁵² ve kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlendiği Kanun (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/EGBGB*)⁵³ olmak üzere, Alman İltica Kanunu (*Asylgesetz*)⁵⁴ ve Alman Yabancılar Kanunu (*Aufenthaltsgesetz*)⁵⁵ gibi pek çok kanunda, çocuk yaşta evliliklerin önlenmesine ve tanınmamasına yönelik önemli değişiklikler getirmiştir.

Bu kapsamda; Alman Medeni Kanunu’nda (BGB), “evlenme yaşı”nı düzenleyen BGB § 1303’de yer alan ve eşlerden birinin 16 yaşını doldurmuş olması halinde hâkim kararıyla evlenmeye imkân veren hüküm kaldırılmış ve asgari evlenme yaşı, istisnasız olarak 18 yaşa yükseltilmiştir. *16 yaş altı evliliklerin ise, yoklukla malul* olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna bağlı olarak, “evlenmenin iptal edilebilirlik sebepleri”ni düzenleyen BGB § 1314’te yer alan ve 16 yaş altı evliliklerin iptal edilebilir olduğunu öngören hüküm değiştirilerek; *evlenme anında 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamış küçüklerin evliliğinin iptal edilebilir olduğu* hüküm altına alınmıştır⁵⁶. Böylelikle, Alman hukuku uyarınca, 16 yaş altı evlilikler yok hükmünde kabul edilirken; 18 yaş altı evlilikler ise, iptal edilebilirlik sebebi olarak düzenlenmiştir.

⁵⁰ Bkz AFP, ‘Germany to crack down on foreign child marriages’ (*The Local Germany*, 5 April 2017) <<https://www.thelocal.de/20170405/germany-cracks-down-on-foreign-child-marriages>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁵¹ *Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen* vom 17 Juli 2017, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017, Teil I, Nr 48, ausgegeben zu Bonn am 21 Juli 2017.

⁵² *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung* vom 2 Januar 2002 (BGBl I S 42, 2909; 2003 I S 738).

⁵³ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung* vom 21 September 1994 (BGBl I S 2494; 1997 I S 1061).

⁵⁴ *Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung* vom 2 September 2008 (BGBl I S 1798).

⁵⁵ *Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung* vom 25 Februar 2008 (BGBl I S 162).

⁵⁶ BGB § 1316’da gerçekleştirilen değişiklik; asgari evlenme yaşına ilişkin BGB § 1303 c. 1 hükmünün ihlali sebebiyle, yetkili idari makamlar yanında, küçüğün kendisinin de, yasal temsilcisinin onayı gerekmeksizin, evliliğin iptali başvurusunda bulunabileceği hüküm altına alınmıştır.

BGB § 1314 uyarınca, eşlerden birinin küçük olması halinde, evliliğin iptal edilebilir olmasının istisnaları ise, BGB § 1315/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; (a) küçük olan eşin evlenmenin iptalinin talep edildiği sırada 18 yaşını doldurmuş olması ve evliliğin devamına ilişkin serbest ve tam rızasının bulunması hali ile (b) olağanüstü hallerde, evlenmenin iptalinin küçük olan eş bakımından istisnai şekilde evliliğin devamını mecbur kılacak derecede ağır sonuçlara yol açacak olması halinde⁵⁷, evliliğin iptaline hükmedilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Özellikle BGB § 1315/1(b)’de yer alan istisna hükmü; İsviçre hukukundakine benzer şekilde, AKPM’nin, yurt dışında yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanımamanın istisnası olarak ortaya koyduğu, “*mağdur tarafından başka türlü ileri sürülemeyecek evlenmenin sonuçlarına ilişkin hakların güvence altına alınabilmesi amacıyla, tanınanın, mağdurun üstün yararına olduğu haller*” kriterine uygunluk taşımaktadır⁵⁸.

Alman Medeni Kanunu’nda 16 yaşın altındakiler tarafından yapılan evliliklerin yok hükmünde sayılmasına paralel bir değişiklik, Alman kanunlar ihtilafı kurallarına da getirilmiştir. Evlenmeye uygulanacak hukuku düzenleyen EGBGB Art 13/1 uyarınca; evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk, “*eşlerden her birinin milli hukuku*”dur. Ancak EGBGB Art 13/3’e getirilen yeni düzenlemede; Art 13/1 uyarınca eşlerden birinin milli hukukunun yabancı bir hukuk olması halinde dahi, iki durumda, doğrudan Alman hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; eşlerden birinin Art 13/1 uyarınca yabancı hukuka tabi olduğu hallerde;

(1) *eşlerden biri evlenme anında 16 yaşını doldurmamışsa, Alman hukuku uygulanır ve evlilik yok hükmündedir ve*

(2) *eşlerden biri evlenme anında 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını doldurmamışsa, Alman hukuku uygulanır ve BGB § 1315/1’de düzenlenen istisnalar saklı kalmak kaydıyla evlilik iptale tabidir.*

Böylelikle, Alman kanun koyucu, Alman Medeni Kanunu ile getirilen evlenme yaşına ve hükümsüzlük hallerine ilişkin düzenlemelerin, Almanya dışında yapılan yabancı hukuka tabi evlenmeler bakımından da, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesine ihtiyaç kalmaksızın, doğrudan uygulanmasını temin etmiştir⁵⁹.

⁵⁷ Kanunun gerekçesinde, “*istisnai şekilde evliliğin devamını mecbur kılacak derecede ağır sonuçlar*”a örnek olarak, ağır bir hastalığa yakalanmak veya intihar tehlikesinin gösterildiği ifade edilmektedir. Bkz Nina Dethloff, ‘Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes’ (2018) 32(3) International Journal of Law, Policy and The Family 302, 310 <<https://doi.org/10.1093/lawfam/eby008>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁵⁸ PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 14.2.4.

⁵⁹ EGBGB Art 229 § 44/4 uyarınca, hükmün uygulama alanı iki halle sınırlandırılmıştır. Buna göre; hüküm, (1) *küçük olan eşin 22 Temmuz 1999’dan önce doğmuş olması veya (2) uygulanacak yabancı hukuka göre evliliğin geçerli olması ve küçük olan eş erginlik yaşına ulaşuncaya kadar eşlerden hiçbirinin Almanya’da mutad meskeninin bulunmaması halinde uygulama alanı bulmayacaktır.*

2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu, Alman kamuoyunda, özellikle yabancı ülkede yapılan 16 yaş altı evliliklerde kamu düzenine aykırılık değerlendirmesini devre dışı bırakarak bu evlilikleri doğrudan hükümsüz sayan EGBGB Art 13/3 düzenlemesi nedeniyle tartışmalara yol açmış ve hatta Kanun yakın bir zamanda Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof, BGH*) kararına da konu olmuştur⁶⁰.

Davaya konu olay; Ağustos 2015'te Balkanlar üzerinden Suriye'deki savaş yüzünden Almanya'ya iltica eden Suriye vatandaşı bir çift hakkındadır. Olayda çift, 10 Şubat 2015 tarihinde Suriye Şeriat Mahkemesi'nde evliliklerini tescil ettirmiştir. Evlenme anında erkek 21 yaşında, kız çocuğu ise 14 yaşındadır. Çiftin Almanya'ya girişi ve Schweinfurt tesislerine kayıt olmalarıyla birlikte; Alman Gençlik İdaresi'nin kararıyla, 14 yaşındaki kız çocuğu, refakatsiz çocukların yerleştirildiği gençlik koruma tesisine yerleştirilmiş ve Aschaffenburg Bölge Aile Mahkemesi'nin (*Amtsgericht Aschaffenburg*) Eylül 2015 tarihli tedbir kararı ile Gençlik İdaresi vasi olarak atanmıştır. Suriyeli kocanın, vesayet kararının yeniden incelenmesi için Aschaffenburg Bölge Aile Mahkemesi'nde açtığı davada, mahkeme, Aschaffenburg Gençlik İdaresi'ni haklı bularak vesayet kararını kaldırmamış ve tarafların her hafta sonu belirlenen saatler arasında ve üçüncü bir kişinin nezaretinde kişisel ilişki kurabilmesine hükmetmiştir⁶¹.

Alman Gençlik İdaresi'nin kararı temyiz etmesi üzerine, dava, Bamberg Bölge Yüksek Mahkemesi'ne (*Oberlandesgericht Bamberg*) taşınmıştır. 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce davayı gören mahkeme 2016 tarihli kararında; evlenmenin şekline (EGBGB Art 11) ve evlenmeye ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuku düzenleyen (EGBGB Art 13/1) hükümler uyarınca, evlenmeye Suriye hukukunun uygulanacağını; Suriye Kişisel Durumlar Kanunu'na göre, evlenme yaşının erkekler için 18, kadınlar için 17 olduğunu, ancak erkekler için 15, kadınlar için 13 yaşında hâkim onayıyla evlenmenin tescili mümkün olduğundan, dava konusu evlenmenin uygulanacak hukuk olan Suriye hukukuna göre şeklen ve ehliyet ve şartlar yönünden geçerli olduğunu; EGBGB Art 6 uyarınca kamu düzeni müdahalesinin, yabancı ülkede yapılan ve eski BGB § 1303'te yer alan hâkim kararıyla evlenme yaşı olan 16 yaş altı evliliklerin otomatik olarak tanınmayacağı anlamına gelmediğini; yabancı ülkede yapılan evliliklerde kaç yaşına kadar küçüklerin evlenmesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğinin Alman içtihatlarında tartışmalı olduğunu; ancak bu dava bakımından kamu düzenine aykırılık tartışmasına gerek olmadığını, zira Suriye hukukunda 13 yaşındaki kız çocuklarının evlenmesine müsaade eden hükmün Alman kamu düzenini açıkça ihlal ettiği değerlendirilse dahi,

⁶⁰ Tartışmalar için bkz Dethloff (n 57) 308-310; Jacqueline Kusserow, 'Regulating Child Marriage: Germany's Latest Foray and Possible Lessons For Canada' (Canadian Icon) <http://canadianicon.org/regulating-child-marriage-germanys-latest-foray-and-possible-lessons-for-canada/#_ednref12> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁶¹ AG Aschaffenburg, Beschluss vom 07.03.2016 - 7 F 2013/15.

eski BGB § 1314 uyarınca asgari evlenme yaşının altındaki evliliklerin geçersiz değil iptal edilebilir olduğunun kabul edildiğini ve dava konusu evlilik bakımından herhangi bir iptal talebinin bulunmadığını; ayrıca Alman Ceza Kanunu § 182/3 uyarınca, 14 yaşını doldurmuş kişilerle cinsel birlikteliklerin suç teşkil etmesi için küçüğün tecrübesizliğinin suiistimal edilmiş olmasının arandığını; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de asgari evlenme yaşına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığını ve olayda evliliğin zorla yapıldığına ilişkin herhangi bir veri olmadığını; eşlerin Almanya’ya entegrasyonunun sağlanması bakımından Suriye’de yaptıkları evliliğin tanınmamasının şart olmadığını; bu gerekçelerle evlilik geçerli olduğundan, evli bir kişinin vesayet atına alınmasının mümkün olmadığını ifade ederek, Alman Gençlik İdaresi’nin talebini reddetmiş ve Aschaffenburg Bölge Aile Mahkemesi’nin vasi atanmasına ilişkin kararını re’sen bozmuştur⁶².

Kararın Alman Federal Mahkemesi’ne (*Bundesgerichtshof, BGH*) taşınması üzerine, BGH 2018 tarihli kararında, öncelikle, 2017 tarihli Kanun geçmişe etkili olmadığından davaya konu olay bakımından uygulanamayacağına hükmederek; Bamberg Bölge Yüksek Mahkemesi’nin taraflar arasındaki Suriye hukukuna uygun evliliğin Alman hukukuna göre geçerli olduğuna ve Alman kamu düzenini açıkça ihlal etmediğine ilişkin gerekçelerine katılmıştır⁶³.

BGH, ayrıca kararında, 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunuyla getirilen ve Almanya dışında yapılmış yabancı hukuka tabi evliliklerde, eşlerden birinin evlenme anında 16 yaşını doldurmamış olması halinde Alman hukukunun uygulanacağı ve evliliğin yok hükmünde sayılacağı yönündeki EGBGB Art 13/3(1) hükmünün, Alman Anayasası’nın, insan onuru başlıklı 1. maddesine, kişi hürriyeti başlıklı 2. maddesine, eşit muamele başlıklı 3. maddesine ve evlenme ve aile hayatının korunması başlıklı 6. maddelerine aykırı olduğunu değerlendirmiş, yargılamaya ara vererek meseleyi Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne (*Bundesverfassungsgericht*) göndermiştir⁶⁴.

EGBGB m 13/3(1) hükmünün, Anayasa’ya aykırı olduğuna ilişkin değerlendirmesinde Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye de atıf yapan BGH, Sözleşme’nin 12. maddesi uyarınca, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını ve 3. maddesi uyarınca, çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde “çocuğun üstün menfaati”nin gözetilmesi ilkesini hatırlatarak, EGBGB m 13/3(1) hükmünün, “çocuğun üstün menfaati”nin temini için zorunlu olan somut olay bazında değerlendirme yapma imkânını ortadan kaldırdığına dikkat çekmiştir⁶⁵.

⁶² OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16.

⁶³ BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para. 20-48.

⁶⁴ BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para. 67-84.

⁶⁵ BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para. 46, 54, 81-84.

Alman doktrinde de, 2017 tarihli Çocuk Evliliklerle Mücadele Kanunu hükümleri, Almanya’da yapılan evlilikler bakımından olumlu karşılanmakla birlikte; evlenme yaşına ve sonuçlarına ilişkin ilgili hükümlerin, Almanya dışında eşlerin tabi oldukları milli hukuka göre geçerli bir şekilde yaptıkları evliliklere de uygulanması eleştirilere yol açmıştır. Bu eleştirilerde, özellikle, yeni EGBGB Art 13/3(1) hükmünün, kamu düzenine ilişkin özel bir hüküm ihdas ederek, genel kamu düzenine aykırılık hükmü olan EGBGB Art 6’nın üstüne çıktığı ve bu şekilde, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin, her bir somut olayda, çocuğun üstün menfaati gözetilerek yapılmasını engellediği ifade edilmektedir⁶⁶.

D. Değerlendirme

Avrupa ülkelerinin çocuk yaşta evlilikleri önlemeye yönelik mevzuat değişikliklerine genel olarak bakıldığında; medeni kanun hükümlerinde, evlenme yaşının 18 yaşa yükseltildiği, 18 yaş altı evlenmeye imkân veren hükümlerin bertaraf edildiği ve çocuk yaşta evlilikler bakımından hükümsüzlük hallerinin ağırlaştırıldığı görülmektedir.

Milletlerarası özel hukuk kurallarında yapılan değişikliklerin ise, çok daha radikal olduğu değerlendirilebilir. Öncelikle, yabancılık unsuru içeren çocuk yaşta evlenmelerin, ülke içinde yapılmasını önlemek ve geçersiz olmalarını temin etmek amacıyla, kanunlar ihtilafı hukukunda genel olarak kabul edilen, evlenmenin ehliyet ve şartlarının, “tarafardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna” tabi olması kuralından vazgeçildiği ve daha korumacı bir politika izlenerek, evlenmenin geçerliliğinin, “*evliliğin gerçekleştiği ülke hukukuna*” (*lex loci celebrationis*) tabi kılındığı görülmektedir (IPRG Art 44, BW Art 10:28, EGBGB Art 13/3). Bunun yanında; yabancı ülkede tarafların milli hukuklarına göre geçerli olarak yapılmış çocuk yaşta evliliklerin geçerliliğinin de, çocuk yaşta evliliklerin tanınmasını engelleyici hükümler vasıtasıyla, dolaylı olarak, kendi hukuklarına (*lex fori*) tabi kıldıkları görülmektedir (IPRG Art 45a, BW Art 10:32:c, EGBGB Art 13/3). Böylelikle; gerek yurt içi gerekse yurt dışında yapılan evliliklerin geçerliliğinde, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesi dışlanarak, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin doğrudan hükümsüz olması temin edilmiştir.

Ayrıca, İsviçre ve Alman hukuklarında, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin geçersiz sayılması ve tanınmamasında, “*evliliğin devamının çocuğun üstün yararına olması*” haline yönelik istisnalar getirilmiş olmakla birlikte; Hollanda hukukunda, bu yönde bir istisnaya dahi yer verilmediği görülmektedir.

⁶⁶ Dethloff (n 57) 310; The Draft Legislation on Child Marriage and Private International Law: An Interview with Institute Director Jürgen Basedow, <https://www.mpipriv.de/files/pdf4/Interview_with_Jrgen_Basedow_The_Draft_Legislation_on_Child_Marriage_and_Private_International_Law1.pdf> 07 February 2020.

Kanaatimizce; bu mevzuat değişikliklerinde, ülke içerisinde gerçekleştirilen evlilikler bakımından, evlenme yaşının yükseltilmesi ve çocuk yaşta evliliklerin hükümsüzlük yaptırımına tabi kılınması yerinde olmuştur. Bununla birlikte, yabancı ülkede tarafların milli hukuklarına göre geçerli bir şekilde yapılmış evliliklerin geçerliliğine uygulanacak hukukta, çocuk yaşta evliliklerin tanınmamasına yönelik getirilen yasaklayıcı düzenlemelerle, somut olay bazında kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin işlevsiz hale getirilmesi; BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m 3/1 uyarınca, “çocuğun üstün menfaati”nin korunması” yükümlülüğünü zedeleyecek niteliktedir. Kanaatimizce, bu tarz tepkisel kanun değişiklikleri yerine, yetkili yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzenine aykırılık aracının uygun bir şekilde kullanılması, gerek toplumsal değerlerin gerekse mağdur çocuğun üstün menfaatlerinin korunması bakımından milletlerarası özel hukuk anlamında daha doğru bir çözüm sunacaktır.

III. Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin Çocuk Yaşta Evliliklerinin Türk Hukukuna Göre Geçerliliği

Suriye’de yaşanan olaylar sebebiyle Nisan 2011 tarihinden sonra Türkiye’ye gerçekleşen göç akını neticesinde, Türkiye’deki çocuk yaşta evlilik oranları artmıştır. Çocuk yaşta evliliklere Suriye hukukunun imkan tanınması bunda etkili olduğu gibi; Türkiye’deki iltica koşulları da bu tür evliliklerin artışını hızlandıran bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çocuk yaşta evliliklerin Suriyeliler arasında yaygınlaşması, Türkiye bakımından sosyolojik ve toplumsal bir problem olarak karşımızda durmakla birlikte; bu evliliklerin geçerli sayılıp sayılmayacağı ve bu tarz evlilikleri önlemek için Avrupa ülkelerine benzer şekilde birtakım mevzuat değişikliklerinin gerekip gerekmediği meseleleri de problemin hukuki boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır. Unutulmamalıdır ki; Türkiye, taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri uyarınca, ülkesinde, hangi milliyetten olursa olsun, çocuk yaşta evlilikleri önleyecek tedbirleri alma yükümlülüğündedir.

Bu itibarla aşağıda, Türkiye’de geçici koruma altında bulunan Suriyelilerce yapılan çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukuna göre geçerliliği incelenirken, Avrupa ülkelerine benzer değişikliklere ihtiyaç olup olmadığı da yeri geldikçe değerlendirilecektir. Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce veya Türkiye’ye girdikten sonra yaptıkları çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukuna göre geçerliliği ise; özellikle geçici koruma altındaki Suriyelilerin MÖHUK m 13 uyarınca “milli hukukları” olarak hangi hukukun uygulanacağı ve bu bağlamda MÖHUK m 4/1(a) hükmü kapsamına girip girmedikleri; Suriye hukukunun uygulanması gereken durumlarda temini ve Suriye hukukunda yer alan evlenme yaşına ilişkin hükümlerin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı ile Suriye hukukuna göre geçerli bir

çocuk yaşta evliliğe Türk hukukunda geçerlilik tanınmamasının AİHS m 8 ve 12 kapsamında bir ihlal teşkil edip etmeyeceği meseleleri etrafında ele alınacaktır.

A. Çocuk Yaşta Evliliklerin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

1. Evlenme Yaşına Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralı

İçerisinde yabancılik unsuru bulunan çocuk yaşta evliliklerin geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit etmeden önce, hukuki meselenin (bağlama konusunun) vasıflandırılması gerekmektedir. Türk milletlerarası özel hukukunda bağlama konusunun vasıflandırılmasında *lex fori* prensibi esas alınmaktadır. Evlenme yaşı, *lex fori* olarak Türk hukukunda, evlenme ehliyetine sahip olmanın şartlarına ilişkin bir mesele olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. Bu itibarla, evlenme yaşına uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁶⁸ (MÖHUK) evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuku gösteren 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tespit edilecektir⁶⁹.

MÖHUK m 13/1; evlenme ehliyet ve şartlarını ve bu kapsamda evlenme yaşını, “*tarafardan her birinin evlenme anındaki milli hukuku*”na tabi kılmaktadır. Buna göre; erkeğin milli hukukundaki evlenme yaşı da dâhil evlenme ehliyet ve şartları sadece erkeğe, kadının milli hukukundaki şartlar ise sadece kadına uygulanmaktadır⁷⁰. Eşlerin milli hukukunun tespitinde *evlenme anı* sabit statü olarak öngörüldüğünden, her bir eşin *evlenme anındaki* milli hukukuna bakılacaktır. Bu sebeple, evlenme işlemi gerçekleştikten sonra eşlerden herhangi birinin vatandaşlığının değişmesi, evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuku etkilemeyecektir.

Türkiye’de geçici koruma statüsü altında bulunan Suriyelilerce yapılan evliliklerin evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukun MÖHUK m 13/1 uyarınca belirlenmesinde karşılaşılan ilk sorun, Suriyeli eşin “*milli hukuku*”nun tespitidir. Bu noktada tartışma, geçici koruma altındaki Suriyelilerin “*milli hukukları*”nın MÖHUK m 4/1(a) kapsamında “*mülteciler*” gibi tespit edilip edilmeyeceğine ilişkindir.

⁶⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitapevi 2019), 48; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 129; Turgut Akıntürk ve Derya Karaman, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt 2* (20. Bası, Beta 2017) 62; Ahmet M Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (3. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 36.

⁶⁸ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

⁶⁹ Yücel Sayman, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu* (Fakülteler Matbaası 1992) 16-22; Nihal Uluoçak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1989) 48, 50-51; Aysel Çelikel ve B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta 2017) 226; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22. Bası, Beta 2017) 240; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Beta 2019) 130; Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2016) 131-132; Ziya Akıncı ve Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 17; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınevi 2019) 320-321.

⁷⁰ Nomer (n 69) 239; Çelikel, Erdem (n 69) 228; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 130; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 132; Akıncı ve Demir Gökyayla (n 69) 16-17.

2. Evlenme Yaşına Uygulanacak Hukukun Tespitinde MÖHUK m 4/1(a)'nın Geçici Koruma Altındaki Suriyeliler Bakımından Uygulanması

5718 sayılı MÖHUK'un 4. maddesi; vatansızlık, mültecilik veya birden fazla vatandaşlığa sahip olma gibi, milli hukukun tespitinde belirsizliklere sebebiyet veren durumlara çözüm getirmeye yönelik bir düzenlemedir. MÖHUK m 4/1(a) hükmüne göre, kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili hukukun "vatandaşlık" esasına göre tayin edildiği hallerde; *vatansızlar* ve *mülteciler* hakkında *yerleşim yeri*, bulunmadığı hâllerde *mutad mesken*, o da yok ise *dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku* uygulanır. Buna göre; ilgili, vatansız veya mülteci konumunda ise, bu kişinin milli hukuku olarak, yerleşim yeri, yoksa mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

MÖHUK m 4/1(a) hükmü, *vatansız* ve *mülteci* konumundakiler bakımından milli hukukun tespiti için net ve pratik bir çözüm getirmekte ise de; 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁷¹ (YUKK) ile düzenlenen diğer koruma türleri olan, *şartlı mülteci*, *ikincil koruma* ve çalışmamızın öznesini teşkil eden *geçici koruma* bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu sorunun cevabını verebilmek için, hükümde yer alan *mülteci* ibaresinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu tespitin daha rahat yapılabilmesi için öncelikle, Türk iltica hukukundaki koruma türlerinden kısaca bahsetmekte yarar vardır.

a. Genel Olarak Türk İltica Hukukunda Koruma Statüleri

5718 sayılı MÖHUK'un hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği 2007 yılında, 6458 sayılı YUKK henüz yürürlükte değil idi ve mültecilerin tabi oldukları hukuki rejim Türk iç hukuk mevzuatında detaylı bir biçimde düzenlenmemiştir. O tarihte Türk iltica hukuku, Türkiye'nin 1961 yılından beri taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu⁷² (1951 Cenevre Konvansiyonu) ve bu Konvansiyon'a ek 1967 New York Protokolü⁷³ ile mülga 1994 tarihli İltica ve Göç Yönetmeliği⁷⁴'nde (1994 Yönetmeliği) yer alan hükümlerle düzenlenmekteydi. 1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 New York Protokolü'ne konan ve halen muhafaza edilen coğrafi sınırlama sebebiyle Türkiye'de, sadece Avrupa ülkelerinden⁷⁵ gelenlere

⁷¹ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

⁷² Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations General Assembly resolution 429 (V) of 14 December 1950. RG. 05.09.1961-10898.

⁷³ Protocol Relating to the Status of Refugees, United Nations General Assembly resolution 2198 (XXI) of 16 December 1967. RG. 05.08.1968-12968.

⁷⁴ Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 14.09.1994, RG 30.11.1994/22127.

⁷⁵ YUKK m 3/1(b) uyarınca; Avrupa ülkeleri, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulunca belirlenecek diğer ülkelerdir.

“mülteci” statüsü verilmekte; “mülteci” tanımındaki şartları⁷⁶ yerine getirmekle birlikte, Avrupa ülkeleri dışından gelenler ise 1994 Yönetmeliği uyarınca “sığınmacı” olarak ifade edilmekte idi (1994 Yönetmeliği m 3).

2013 yılında, Türk iltica hukukunu ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde düzenleyen YUKK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, koruma statüleri, “uluslararası koruma” ve “geçici koruma” olmak üzere iki ana başlık altında kategorize edilmiştir⁷⁷. “Uluslararası koruma” türleri; “mülteci”, “şartlı mülteci” ve “ikincil koruma” olarak belirlenmiştir (YUKK m 3(r)). “Mülteci” kavramı, YUKK m 61’de, 1951 Cenevre Konvansiyonu ve mülga 1994 Yönetmeliği’ndeki tanımlar aynen muhafaza edilerek düzenlenmiştir. YUKK m 62’de, mülga 1994 Yönetmeliği’nde yer alan sığınmacı tanımı aynen korunmakla beraber; “sığınmacı” kavramı yerine, “şartlı mülteci” kavramı kullanılmıştır. “Mülteci” ile “şartlı mülteci” arasında sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından en önemli fark, şartlı mültecilerin Türkiye’de kalmasına, güvenli üçüncü bir ülkeye⁷⁸ yerleştirilinceye kadar izin verilmesidir. Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilememekle birlikte “geri gönderme yasağı” (*non-refoulement*) (YUKK m 4) kapsamında koruma sağlanması gereken kişiler için öngörülen “ikincil koruma”⁷⁹ (*subsidiary/secondary protection*) statüsü ise, Türk iç hukukunda ilk defa YUKK’un 63. maddesinde tanımlanmıştır⁸⁰.

⁷⁶ 1967 New York Protokolü ile değiştirilen 1951 Cenevre Konvansiyonu m IA/2 ile Konvansiyonu esas alan mülga 1994 Yönetmeliği m 3 ve 6458 sayılı YUKK m 61 uyarınca, *mülteci* statüsü şartları; (1) iltica başvurusunda bulunan yabancının menşe ülkesinde, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından korkması; (2) korkusunun haklı sebeplere dayanması; (3) iltica başvurusunda bulunan yabancının ülkesi dışında bulunması ve (4) iltica başvurusunda bulunan yabancının ülkesinin diplomatik himayesinden yararlanamaması ya da söz konusu korku sebebiyle yararlanmak istememesidir.

⁷⁷ Belirtilmelidir ki; “geçici koruma” da, esasen bir “uluslararası koruma” sağlama aracı olmakla birlikte; YUKK “uluslararası koruma” kavramını dar bir şekilde tanımlamış ve “geçici koruma”yı “uluslararası koruma” türleri arasında saymamıştır (YUKK m 3(r)). Türk yabancılar hukukunda, uluslararası koruma statüleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24. Bası, Beta 2018) 158-160; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4. Bası, Beta, 2016) 44-55; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (3. Bası, Savaş Yayinevi 2018) 138-146; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2016) 242-245, 300-303, 314.

⁷⁸ Bir ülkenin “güvenli üçüncü ülke” olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartlar YUKK m 74/2’de sayılmıştır. Bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığı, her başvuru sahibi için ayrı olarak değerlendirilir (YUKK m 74/3). “Güvenli üçüncü ülke” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Mehmet Özcan, *AB Sığınma Hukuku* (USAK 2006) 54 vd; Esen Aydın, ‘Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları’ (2018) 38(1) PPIL 11, 14-18.

⁷⁹ YUKK m 63 uyarınca; mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; (a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, (b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, (c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında *ikincil koruma statüsü* verilir.

⁸⁰ İkincil koruma statüsü, 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu m 33 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m 3 çerçevesinde, “geri gönderme yasağı”ndan (*non-refoulement*) kaynaklı bir uluslararası koruma türü olması itibarıyla Türk hukukunda var olsa da; kavramsal olarak ilk defa YUKK’ta düzenlenmiş ve tanımlanmıştır. Bkz Ekşi, *Yabancılar Hukuku* (n 77) 53.

Uluslararası koruma statülerinin yanında; kitlesel akın durumlarında sağlanan “geçici koruma”⁸¹ müessesesi de, bu kavram kullanılarak ilk defa, YUKK m 91 ve 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği⁸² (GKY) ile etraflıca düzenlenmiştir⁸³. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 61. maddesiyle 1994 tarihli İltica ve Göç Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmış ve Geçici Koruma Yönetmeliği Geçici Madde 1 uyarınca, *28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler*, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınarak Türk iltica hukukundaki güncel durum tesis edilmiştir.

b. MÖHUK m 4/1(a) Hükmünde Yer Alan “Mülteci” İbaresinin Anlamı ve Kapsamı

Türk iltica hukukundaki koruma türlerine ilişkin bu kısa özetten anlaşılacağı üzere; “şartlı mülteci”, “ikincil koruma” ve çalışmamızın öznesini teşkil eden “geçici koruma” kavramları; terminolojik olarak Türk iç hukukunda ilk defa YUKK’un yürürlüğe girmesi ile kullanılmaya başlanan; 5718 sayılı MÖHUK m 4/1(a) hükmü kaleme alındığı tarihte kullanılmayan kavramlardır. Bu nedenle, MÖHUK m 4/1(a) hükmünde, şartlı mülteci, ikincil koruma ve geçici koruma ifadelerinin yer alması, kanaatimizce, tek başına, lafzi yorumdan hareketle, mültecilik haricindeki bu koruma statülerinin madde kapsamından dışlandığı anlamına gelecek şekilde yorumlanmamalıdır⁸⁴.

MÖHUK m 4/1(a) hükmünde yer alan “mülteciler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin tespitinde kanaatimizce, maddenin lafzından ziyade, amaca göre yorum yöntemi tercih edilerek, hükmün konuluş amacı (*ratio legis*) dikkate alınmalıdır.

⁸¹ Geçici Koruma Yönetmeliği m 3/1(f) uyarınca *geçici koruma*; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınmayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlanmıştır.

⁸² Geçici Koruma Yönetmeliği, Yönetmelik Numarası: 2014/6883, Kabul Tarihi: 13.10.2014, RG 22.10.2014/729153.

⁸³ Geçici koruma müessesesi, mülga 1994 tarihli İltica ve Göç Yönetmeliği’nin 8 ila 26. maddeleri arasında, “geçici koruma” kavramı kullanılmaksızın, sınırlarımıza topluca gelen veya sınırlarımızı topluca geçen yabancılara yapılacak işlemler ve alınacak tedbirlere ilişkin hükümler kapsamında düzenlenmiştir. Ekşi, *Yabancılar Hukuku* (n 77) 55.

⁸⁴ Madde metninin, Türk yabancılar hukukunda uluslararası korumanın kapsamı ve türleri dikkate alınmaksızın hazırlandığını belirterek mevcut halini eleştirmekle birlikte; Türkiye’nin 1951 Cenevre Konvansiyonu’na koyduğu coğrafi sınırlama sebebiyle MÖHUK’un 4. maddesinde yer alan “mülteci” kavramını “sığınmacıları” (şartlı mültecileri) da kapsayacak şekilde genişletmenin mümkün olmadığı ve bu sebeplerle MÖHUK m 4/1(a)’nın sadece Avrupa’da cereyan eden olaylar sebebiyle “mülteci” statüsü alanlara uygulanabileceğine ilişkin aksi görüş için bkz Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (Beta 2013) 37-38.

(1) MÖHUK m 4/1(a)'nın Gerekçesinin Değerlendirilmesi

MÖHUK m 4/1(a) hükmünün konuluş amacını (*ratio legis*) belirlerken öncelikle başvurulması gereken kaynak madde gerekçesidir. Madde gerekçesinde; 5718 sayılı MÖHUK'un 4. maddesinin (a) bendine “mülteciler” ibaresinin eklenmesindeki⁸⁵ amacın, “(...) MÖHUK uyarınca milli hukukun uygulanması gereken hallerde, vatandaşlıkları olsa bile, o ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan kişilere, Türkiye’de kaldıkları süre içerisinde yapacakları veya muhatap oldukları işlemlerde, milli hukuk yerine uygulanacak hukukun ne olduğunu göstermek” olduğu ifade edilmiştir⁸⁶.

Her ne kadar madde gerekçesinde açıkça kullanılmamış olsa da, “vatandaşlığı olmakla birlikte, vatandaşı oldukları ülkeyi terk eden ve bu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen kişiler” uluslararası belgelerde *fiili vatansız* kavramıyla ifade edilmektedir. *Hukuki vatansız* ise, uluslararası belgeler ve YUKK m 3(ş) bendinde “vatansız” olarak ifade edilen, “hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan kişi”dir⁸⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, *fiili vatansız* kavramı, 1951 Cenevre Konvansiyonu m 1 ve YUKK m 61 anlamında “mülteci” kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır. 1951 Cenevre Konvansiyonu ve YUKK anlamında tüm “mülteciler”, ya *hukuki* veya *fiili vatansız* olmakla birlikte; tüm *fiili vatansızlar*, “mülteci” olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte; MÖHUK m 4/1(a) hükmünün gerekçesinde, madde metnindeki “mülteci” ibaresiyle *fiili vatansızların* kastedildiği açıklanmıştır. Bu itibarla, kanaatimizce, MÖHUK m 4/1(a) hükmünde “mülteciler” ibaresi, 1951 Cenevre Konvansiyonu ve YUKK’taki dar anlamıyla değil; “vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan” tüm *fiili vatansızları* kapsayacak şekilde geniş

⁸⁵ Belirtilmelidir ki, 5718 sayılı MÖHUK ile yürürlükten kaldırılan 1982 tarihli ve 2675 sayılı mülga MÖHUK m 4/1(a)’da, sadece “vatansızlar”ın milli hukukunun ne şekilde tayin edileceği düzenlenmekte idi. “mülteciler” ibaresi madde metnine 5718 sayılı MÖHUK’un kabulüyle eklenmiştir. Bu sebeple, 5718 sayılı MÖHUK m 4/1(a)’nın madde gerekçesinde, madde metnine “mülteciler” ibaresinin eklenmesindeki amaç ve bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

⁸⁶ MÖHUK Tasarısı Madde Gerekçeleri, Madde 4, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 7/7/2006 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020.

⁸⁷ BM Genel Sekreterliği’nin vatansız kişilerle ilgili 1949 tarihli “Vatansızlık Çalışma Raporu”nda; “*vatansızlar*”, “hukuki vatansızlar” (*stateless persons de jure*) ve “*fiili vatansızlar*” (*stateless persons de facto*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bkz UN, ‘A Study of Statelessness’ (1949) 7 <<https://www.refworld.org/pdfid/3ae68c2d0.pdf>> Erişim Tarihi 11 February 2020. 1949 tarihli Raporu göre; “*hukuki vatansızlar*”, “hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişiler”dir. Türkiye’nin 2014 yılında taraf olduğu, 1954 tarihli “Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin BM Sözleşmesi”nin (*Convention Relating to the Status of Stateless Persons*) 1. maddesinin 1. fıkrasında “vatansız” kavramı, “*kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. (Sözleşme metni için bkz RG 25.10.2014/29156). YUKK m 3(ş) bendinde de “vatansız”, “*hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla 1954 tarihli Vatansız Kişilere İlişkin BM Sözleşmesi ve YUKK’ta “vatansız” kavramı ile kastedilen, *hukuki vatansızlardır*. 1949 tarihli “Vatansızlık Çalışma Raporu”na göre “*fiili vatansızlar*” ise, “vatandaşlığı olmakla birlikte, vatandaşı oldukları ülkeyi terk eden ve bu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen kişiler”dir. Aynı tanım, BM Uluslararası Mülteci Örgütü’nün (*International Refugee Organization, Constitution of the International Refugee Organization*, 62 Stat. 3037, Treaties and Other International Act Series 1846. Bu itibarla, MÖHUK m 4/1(a) hükmünün gerekçesinde kullanılan “mülteci” tanımı, BM Genel Sekreterliği’nin ve Uluslararası Mülteci Örgütü’nün *fiili vatansız* tanımı ile örtüşmektedir.

anlamıyla kullanılmıştır. Dolayısıyla MÖHUK m 4/1(a) hükmüne “mülteci” ibaresinin eklenmesindeki amaç esasen, *hukuki vatansızların yanında fiili vatansızların da “milli hakları” yerine uygulanacak hukuku netleştirmektir.*

Ayrıca, MÖHUK m 4/1(a)’nın gerekçesinde, yabancının, vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamama sebebinin, “*çeşitli nedenlerle*” olabileceği ifade edilmiştir. 1951 Cenevre Konvansiyonu ve YUKK m 61’deki dar anlamıyla “mülteci” tanımında ise, kişinin haklı zulüm korkusunun ve ülkesinin diplomatik himayesinden yararlanamamasının sebepleri, “ırkı, dini, tabiiyeti, toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri” şeklinde sayılarak sınırlandırılmıştır. MÖHUK m 4/1(a) gerekçesinde “*çeşitli nedenlerle*” denilerek, böyle bir sınırlamanın getirilmemiş olması; kanaatimizce, 1951 Cenevre Konvansiyonu ve YUKK’ta sayılan sebepler dışında başka herhangi bir sebeple ülkesinin diplomatik himayesinden yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen ve ülkesinden ayrılmış her yabancının (*fiili vatansızın*) hükmün kapsamına dâhil edilmek istendiğini göstermektedir.

MÖHUK m 4/1(a)’nın gerekçesinde, herhangi bir coğrafi kısıtlamadan da bahsedilmemiş aksine; “mülteciler” ibaresinin madde metnine, 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 12. maddesinde⁸⁸ bu konuda aynı mealde bir hüküm bulunmakla birlikte, “(...) *sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle*” eklendiği ifade edilmiştir. Böylelikle aslında, 1951 Cenevre Konvansiyonu’na konan coğrafi sınırlamanın, MÖHUK m 4/1(a) hükmü bakımından dikkate alınmaması ve dünyanın neresinden gelirse gelsin Türkiye’de bulunan *fiili vatansızların* Türkiye’de gerçekleştirecekleri işlemlerde milli haklarındaki belirsizliğin çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Nitekim doktrinde de, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 12. maddesindeki Sözleşme’ye tabi mültecilerin şahsi statüsüne ilişkin özel düzenlemenin yanında; MÖHUK m 4/1(a)’da ayrıca bir düzenleme getirilmesinin asıl amacının, Türkiye bakımından 1951 Cenevre Sözleşmesi haricinde kalan, “şartlı mülteci”, “ikincil koruma” ve “geçici koruma statüsü sahipleri” gibi koruma statülerine sahip kişilerin şahsi statülerinin belirlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenlerle, bizim de katıldığımız görüşe göre, MÖHUK m 4/1(a)’da yer alan mülteciler ibaresinin, geçici koruma statüsü sahibi Suriyeliler de dâhil olmak üzere, YUKK’ta düzenlenen tüm koruma statülerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir⁸⁹.

⁸⁸ Gerekçede sehven 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 22. maddesi denmiş olup, esasen 12. maddesi kastedilmiştir.

⁸⁹ Aynı yönde bkz Tekinalp ve Uyanık (n 69) 63 fn. 25; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) s. 32 fn. 60; Çelikel ve Erdem (n 69) 69; Burcu İrge Erdoğan, ‘5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme’ (2018) 20(1) DEÜHFD 397, 403.

(2) 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 12. Maddesinin Gerekçesinin Değerlendirilmesi

MÖHUK m 4/1(a) hükmünün gerekçesinin yanı sıra, madde metnindeki “mülteciler” ibaresinin kapsamını belirlerken, hükmün konuluş amacını ve böyle bir hükme neden ihtiyaç duyulduğunu tam anlamıyla kavrayabilmek için, madde gerekçesinde sözü edilen ve hükmün esinlendiği 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 12. maddesinin hazırlık çalışmalarında cereyan eden tartışmalara ve Konvansiyon şerhine de kısaca göz atmakta yarar vardır.

1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca⁹⁰, “*her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir*”⁹¹. 1951 Cenevre Konvansiyonu, hukuken vatansız olan mülteciler (*de jure stateless refugees*) ile bir vatandaşlığa sahip mültecilerin (*de facto stateless refugees*) şahsi statülerine uygulanacak hukukta, kendisinden önceki milletlerarası belgelerde benimsenen ayrımı ortadan kaldırarak; tüm “mülteci”lerin “şahsi statüsü”nü yerleşim yeri, yoksa buldukları ülke hukukuna tabi kılmıştır⁹².

Konvansiyon şerhinde, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 12. maddesinin temel amacı; bir vatandaşlığa sahip olsun olmasın, tüm “mülteci”lere, koruma talep ettikleri ülkede gerçekleştirdikleri “şahsi statü”lerine ilişkin işlem ve ilişkilerde, zulme uğrama korkusu ile terk ettikleri “*menşe ülkelerinin hukukunun uygulanmaması*”nın temini

⁹⁰ 1951 Cenevre Konvansiyonu m 12/1: “*The personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence*”.

⁹¹ Konvansiyon hükmünün MÖHUK m 4/1(a)'dan farkı; “mutad mesken” bağlama noktasının yer alması ve kuralın bağlama konusunun “mültecilerin” “şahsi statüsü” (*personal status*) olarak ifade edilmiş olmasıdır. Konvansiyon'da hangi meselelerin “şahsi statü”den sayılacağı ise bilinçli olarak açıklanmamış, taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarına bakıldığında; Sekreteryanın Taslak 12. madde metninin 2. fıkrasında, “şahsi statü”ye dahil olup olmadığı tartışmalı görülen, aile hukuku (özellikle evlenme ve boşanma) ve miras hukukuna ilişkin meselelerde şekil, ehliyet ve yetkinin yerleşim yeri, yoksa sakin olunan ülke hukukuna tabi kılınarak, bu meselelerin de “şahsi statü”nün kapsamına dahil edilmesi yönünde bir düzenleme önerildiği; ancak tartışmalarda, hangi meselelerin “şahsi statü”ye dahil olacağı hususunda taraf devletlerin her birinin iç hukukunda farklı vasıflandırmalar yapılabileceğinden bu fıkranın madde metninden çıkarıldığı ve “şahsi statü”ye dair meselelerin neler olduğunun her bir devletin iç hukukuna bırakıldığı görülmektedir. UNHCR, ‘The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis’ (1990) 64-66, 80 <<https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>> Erişim Tarihi 11 February 2020; Nomer (n 69) 118. BM Genel Sekreterliği'nin 1949 tarihli “Vatansızlık Çalışma Raporu”nda ise “şahsi statü”ye dair meseleler; (a) ehliyet (erginlik yaşı, evlenme ehliyeti, evli kadınların ehliyeti, fiil ehliyetinin sınırlandırılması ve sona ermesi vb.); (b) aile hukukundan kaynaklanan haklar (evlat edinme, evlenme, boşanma, velayet vb.); (c) akdi borç ilişkilerine ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmadıkça mal rejimleri ve (d) miras meseleleri olarak sayılmıştır. Bkz UN ‘A Study of Statelessness’ (n 87) 18. Türk milletlerarası özel hukukunda; ehliyet, vesayet ve hacir, gaiplik, nişanlanma, evlenme, boşanma ve ayrılık, soybağı, evlat edinme, velayet, vesayet ve kayımlık gibi şahsi yakından ilgilendiren konular ile menkul miras prensip olarak “şahsi statü”ye dahil meseleler olarak görülmektedir. Nomer (n 69) 113. MÖHUK m 4/1(a) hükmünde ise, “şahsi statü” kavramı kullanılmamış; MÖHUK uyarınca yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği tüm hallerde söz konusu kuralın uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

⁹² 30 Haziran 1928 tarihli “Rus ve Ermeni Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Anlaşma”da (*Legal Status of Russian and Armenian Refugees*), 4 Temmuz 1936 tarihli “Almanya'dan Gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Geçici Sözleşme (*The Provisional Agreement concerning The Status of Refugees Coming from Germany*)” 4. maddesinde ve 10 Şubat 1938 tarihli “Almanya'dan Gelen Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyon (*Convention concerning The Status of Refugees Coming from Germany*)” 6. maddesinde; mültecilerin “şahsi statüsü”ne uygulanacak hukuk düzenlenirken, “hukuki vatansız mülteciler” ile “vatandaşlığı olan (fiili vatansız) mülteciler” arasında ayırım yapılmış ve “hukuki vatansız” mülteciler hakkında, yerleşim yeri yoksa buldukları ülke hukukunun; “vatandaşlığı olan (fiili vatansız) mülteciler” hakkında ise, milli hukuklarının uygulanacağı yönünde düzenlemeler getirilmiştir.

olarak ifade edilmiştir⁹³. Zira ister hukuki vatansız ister fiili vatansız olsun, mülteciler, vatandaşı oldukları veya önceki ikametleri olan menşe ülkelerini terk etmiş, o ülke ile bağlarını koparmış ve o ülkenin diplomatik korumasından artık yararlanmayan kişilerdir. Ayrıca mülteciler, genellikle menşe ülkelerindeki ayrımcılıktan kaçan kişiler olduklarından, mültecilere, vatandaşı oldukları veya önceki ikametleri olan menşe devletin hukukunun uygulanmasının, çoğu zaman (özellikle, menşe devlette bu kişilerin ehliyeti bakımından sınırlandırıcı hükümler var ise) mültecilerin menfaatine olmayabileceğine de dikkat çekilmiştir⁹⁴.

Diğer taraftan, Konvansiyon şerhinde, hükmün gerekçelerinden biri olarak, mültecilerin bir vatandaşlığının olup olmadığı veya bir vatandaşlığı olduğunu iddia ettiği durumlarda gerçekten o ülkenin vatandaşı olup olmadığı tespitindeki zorluklara da işaret edilmiştir⁹⁵. Gerçekten de bu kişilerin, vatandaşlık ve şahsi statülerine ilişkin bilgi ve kayıtlarına (nüfus kayıtları, medeni hallerini gösteren kayıtlar vb.), vatandaşı oldukları menşe ülke ile iletişime geçerek ulaşmaya veya doğrulatmaya çalışmak çoğu durumda mülteci bakımından risk yaratabilecektir. 1951 Cenevre Konvansiyonu'nu imzalayan bütün ülkeler, kendi sınırları içerisinde mültecileri koruma ve onlara uluslararası standartlara uygun şekilde davranma yükümlülüğü altındadır. Kaldı ki, bu kişilerin vatandaşı oldukları menşe devlete şahsi statüleri ile ilgili bilgiler sorulsa dahi, menşe devletin bu kişilere karşı hasmane tutumundan ötürü, bilgileri paylaşmama olasılığının yüksek olduğu da Konvansiyonun hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarda ifade edilmiştir⁹⁶.

Ayrıca Konvansiyon şerhinde, ister hukuki ister fiili vatansız olsun tüm mültecilerin milli hukukunun tespitindeki belirsizliklere net bir çözüm getiren bu hükmün, iltica devletinin vatandaşları ve mahkemeleri bakımından sağlayacağı avantajların da altı çizilmiştir. Buna göre; iltica devleti vatandaşlarının, mültecilerle olan hukuki işlem ve ilişkilerinde, öngörebilecekleri bir hukukun (çoğu durumda iltica devletinin hukuku olarak kendi milli hukuklarının) uygulanacak olmasından ötürü, bu işlem ve ilişkileri kurmakta çekimser davranmayacakları; iltica devletinin mahkemelerinin de, mültecilerin şahsi statülerine ilişkin uyumsuzluklarda, uygulanacak hukuku bulma ve yabancı hukukun muhtevasını tespit etme gibi zor bir görevden kurtulacakları ifade edilmiştir⁹⁷. Bu bağlamda, Konvansiyonun hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarda, Türkiye heyeti tarafından, normal şartlarda bir devlette nispeten daha az sayıda yabancı bulunmasına nazaran; yüzlerce, binlerce mültecinin bir ülkede bulunması

⁹³ Konvansiyon şerhinde, mültecinin "yerleşim yeri"nin tespitinde de, bu amaç göz önünde bulundurularak, mültecinin vatandaşı olduğu menşe ülke hukukunun uygulanmasından kaçınılması gerektiği ve ayrıca atif (*renvoi*) uygulamasının da dışlandığı özellikle vurgulanmıştır. Bkz UNHCR 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires' (n 91) 79.

⁹⁴ Bu bağlamda, özellikle Alman Yahudilerinin fiil ehliyetlerini pek çok bakımdan kısıtlayan Nürnberg yasaları örnek gösterilmiştir. Bkz UNHCR 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires' (n 91), 66, 79.

⁹⁵ UNHCR 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires' (n 91) 65.

⁹⁶ UNHCR 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires' (n 91) 66.

⁹⁷ UNHCR 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires' (n 91) 65.

durumunda, bu kişilerin her birinin vatandaşlıklarının tespiti, milli hukuklarının tespiti ve nihayetinde milli hukukları olarak yabancı bir hukukun uygulanmasının, koruma devleti mahkemelerinin altından kalkamayacağı bir iş yükü yaratabileceğinin de altı çizilmiştir⁹⁸. Nitekim milyonlarca Suriyelinin Türkiye’de koruma altında olduğu günümüzde, Türkiye heyetinin bu öngörüsü gerçekleşmiş durumdadır.

Netice olarak, 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 12. maddesinin konuluş amacına ilişkin hazırlık çalışmaları ve Konvansiyon şerhinde ifade edilen bu mülahazaların tümü, vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan tüm fiili vatansızlar bakımından geçerlidir. Sadece 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 12. maddesinin kişi bakımından uygulama alanı, Konvansiyon’un 1. maddesindeki dar mülteci tanımı ve Türkiye bakımından Konvansiyona konmuş olan coğrafi kısıtlama sebebiyle sınırlıdır.

(3) Kanaatimiz

Kanaatimizce, 1951 Cenevre Konvansiyonu’nun 12. maddesiyle benzer gerekçe ve mülahazalarla kaleme alınmış olan MÖHUK m 4/1(a) hükmünün getirilme sebebi, Konvansiyondaki kişi ve yer itibarıyla uygulama alanına ilişkin sınırlamaları aşmak ve dünyanın neresinden gelirse gelsin, *çeşitli nedenlerle vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan* tüm fiili vatansızların Türkiye’de gerçekleştirecekleri işlemlerde milli hukuku yerine hangi hukukun uygulanacağını göstermektedir⁹⁹.

Aksi yönde bir yorumla, sırf Türkiye’nin Konvansiyona koyduğu coğrafi kısıtlama sebebiyle şartlı mültecileri ve dar mülteci tanımındaki kriterlere uymadığı için ikincil koruma altındakileri hükmün kapsamı dışında bırakmak, hükmün *ratio legis* ile bağdaşmayacaktır¹⁰⁰.

Aynı şekilde, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel akınla sınırlarımıza gelen geçici koruma altındaki Suriyelileri de, bireysel statü belirleme işlemlerinin yapılamaması ve korumanın geçici bir süreyle sağlanması sebebiyle, hükmün uygulama alanı dışında bırakmak hükmün *ratio legis*yle bağdaşmayacaktır. Zira geçici koruma altındaki kişiler de, vatandaşı oldukları menşe devleti terk etmiş ve o ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen kişilerdir. Bu kişileri, uluslararası koruma statüsü sahiplerinden ayıran tek şey; kitlesel akın ile gelmeleri ve bu kitlesel akın karşısında iltica devletinin, bireysel uluslararası koruma başvuru prosedürlerini yürütebilecek ve değerlendirebilecek kapasitesinin bulunmaması nedeniyle, durumun aciliyeti de göz önünde bulundurularak,

⁹⁸ UNHCR ‘The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires’ (n 91) 66.

⁹⁹ Aynı yönde bkz Tekinalp ve Uyanık (n 69) 63-64; Şanlı, Esen ve Ataman-Figamneşe (n 69) 32 dn 60.

¹⁰⁰ Aksi yönde bkz Ekşi, *Milletlerarası Miras* (n. 84) 37-38.

korumanın geçici olarak verilmesidir. Esasen bu kişilerin sığınma ve korunma ihtiyacı ve MÖHUK 4/1(a)'nın amacı bakımından, vatandaşlıklarındaki belirsizliğin giderilmesi ihtiyacı, bireysel başvuru ile mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü verilen uluslararası koruma statüsü sahiplerinden farklı değildir. Ayrıca, geçici koruma statüsü, bir süreyle sınırlı olarak bahsedilen geçici bir statü olmakla birlikte; MÖHUK m 4/1(a) hükmünün konuluş amacı dahilinde, statünün geçici veya kalıcı olması bir kriter değildir. Zira MÖHUK m 4/1(a) hükmü zaten, koruma sahibinin Türkiye’de iken yaptığı hukuki işlem ve ilişkilere uygulanacaktır. Kaldı ki, bir uluslararası koruma statüsü olarak şartlı mülteci statüsü de, kişi, güvenli bir üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar verilen geçici bir statüdür (YUKK m 62). Bu itibarla, koruma statüleri arasında böyle bir ayırım yapmak hükmün konuluş amacı ile bağdaşmayacağı gibi; statünün kalıcı veya geçici olması hükmün uygulamasında da herhangi bir farklılık veya mahzur yaratmayacaktır¹⁰¹.

Nitekim Yargıtay’ın da yerleşik içtihatlarında isabetli olarak, MÖHUK m 4/1(a) hükmünde yer alan “mülteciler” ibaresini geniş anlamıyla yorumladığı ve Türkiye tarafından kendisine 6458 sayılı YUKK’ta yer alan koruma statülerinden birisi sağlanmış tüm kişilere uyguladığı görülmektedir. Örneğin; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08.02.2010 tarihli kararında, Türkiye’de “şartlı mülteci” statüsünde olan Afgan uyruklu eşler arasındaki boşanma davasında, MÖHUK m 14 uyarınca, boşanmaya uygulanacak “müşterek milli hukuk”un belirlenmesinde, MÖHUK m 4/1(a) bendine atıfta bulunarak, “şartlı mülteci” eşlerin vatandaşlığının “mültecilere” uygulanan MÖHUK m 4/1(a) uyarınca tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁰².

Bu sebeplerle, kanaatimizce, MÖHUK m 4/1(a)'nın geçici koruma altındaki Suriyeliler de dahil olmak üzere, YUKK'ta öngörülen tüm koruma statülerini (mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma) kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bununla birlikte; MÖHUK m 4/1(a) hükmünün uygulama alanının belirlenmesinde doktrin ve uygulamada yaşanan tereddütleri ortadan kaldırmak adına, hükümde bir değişiklik yapılarak, “mülteci” kavramı yerine, “*vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamaması sebebiyle koruma talep eden veya sağlanan kişiler*”

¹⁰¹ MÖHUK m 4/1(a) hükmünün, uluslararası koruma statüsü sahipleri hakkında uygulanması gerektiği; ancak geçici korumada, bireysel başvuru ile bir statü belirleme işlemi söz konusu olmadığından ve bu statünün geçici bir durum için kullanıldığından, geçici koruma statüsü sahipleri hakkında uygulanamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz Ayşe Kübra Altıparmak, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2017) 112.

¹⁰² Yargıtay 2 HD, 19552/2037, 08.02.2010. Aynı yönde başka bir karar için bkz Yargıtay 2 HD, 13194/1781, 24.01.2013 (Kararlar için bkz <www.lexpera.comtr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

ifadesinin getirilmesinin de yerinde olacağı kanaatindeyiz¹⁰³. Böylelikle, Türk iç hukuk mevzuatında ileride tekrar değişme ihtimali bulunan dar kavramlardan kaçınılarak daha geniş ve kapsayıcı bir ifade kullanılmış olacak ve madde metni konuluş amacı ile uyumlu bir hale kavuşacaktır¹⁰⁴.

c. MÖHUK m 4/1(a) Hükümünün Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarına Uygulanması

Türkiye’de geçici koruma altında bulunan Suriyelilerin MÖHUK m 4/1(a) hükmü kapsamında “milli hukuku”nun tespitinde, hükmün zaman itibariyle uygulama alanının belirlenmesi de önem taşımaktadır.

Madde gerekçesinde, hükmün, vatandaşı oldukları ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan kişilere, “(...) Türkiye’de kaldıkları süre içerisinde yapacakları veya muhatap oldukları işlemlerde” uygulanacağı ifade edilmiştir¹⁰⁵. Bu itibarla, MÖHUK m 4/1(a) hükmü, sadece, madde kapsamındaki yabancıların “Türkiye’de kaldıkları süre içerisinde yaptıkları veya muhatap oldukları işlemlerde” uygulanabilecek ve bu işlemlerde milli hukukları yerine, yerleşim yeri, mutad mesken veya dava tarihinde buldukları ülke hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu kişilerin Türkiye’ye gelmeden önce gerçekleştirdikleri işlemlerde “milli hukuk”larını uygularken ise, MÖHUK m 4/1(a) hükmü uygulama alanı bulmayacağından, bu bent uyarınca Türk hukukuna gidilemeyecek; vatandaşı oldukları devletin hukuku uygulanacaktır.

¹⁰³ MÖHUK m 4/1(a) hükmünün, meri Türk yabancılar hukuku mevzuatı göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz Ekşi, *Milletlerarası Miras* (n 84) 38. Ekşi’nin önerisi ise, bizimkinden farklı olarak, hükme, “uluslararası koruma talep eden veya uluslararası koruma sağlanan yabancılar” ibaresinin eklenmesi yönündedir. Belirtilmelidir ki; “geçici koruma” da esasen bir “uluslararası koruma” sağlama aracı olduğundan ve Ekşi de eserinde, “geçici korumayı” bir “uluslararası koruma” başlığı altında ele aldığından, bu öneri ile amaçlanan, geçici koruma statüsü sahiplerini MÖHUK m 4/1(a) kapsamından dışlamak değil; aksine hükmün geçici korumaya da uygulanmasını temin etmektir. Ne var ki; YUKK’ta “uluslararası koruma” kavramı dar bir şekilde tanımlanmış ve “geçici koruma” bir “uluslararası koruma” türü olarak sayılmamıştır (YUKK m 3/1(r)). YUKK’un “uluslararası koruma” kavramına “geçici koruma”yı dâhil etmeyen bu düzenleme karşısında, kanaatimizce, MÖHUK m 4/1(a) hükmüne yönelik değişiklikte “uluslararası koruma” kavramının kullanılması, “geçici koruma”nın hüküm kapsamına dahil olup olmadığı konusunda tereddütlere ve yeni tartışmalara yol açabilecektir. Bu nedenle, çalışmamızda, MÖHUK m 4/1(a) hükmüne yönelik değişiklikte, YUKK terminolojisinden bağımsız olarak, uluslararası koruma arayan tüm kişileri kapsamına alacak “vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamayan kişi” ifadesinin kullanılması önerilmiştir.

¹⁰⁴ İsviçre hukukuna bakıldığında, MÖHUK m 4/1(a)’ya benzer bir hüküm olarak, IPRG Art 24/3 uyarınca: “vatansız ve mülteciler bakımından, vatandaşlık yerine yerleşim yeri uygulanacaktır” hükmü yer almaktadır. “Vatansız” kavramı ise, IPRG Art 24/1’e göre; “Bir kişi, 1954 tarihli New York Sözleşmesi uyarınca vatansız ise veya vatandaşı olduğu ülke ile vatandaşlık bağı vatansızlığa eşdeğer seviyede zayıflamışsa, bu kişi vatansızdır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu itibarla, İsviçre milletlerarası özel hukukunda, 1954 tarihli Sözleşme uyarınca hukuki vatansızlar ile İsviçre İltica Kanunu uyarınca mülteciler yanında, fiili vatansızlar da, açıkça IPRG Art 24 hükmüne dâhil edilmiştir. Alman hukukunda ise, aynı konu, EGBGB Art 5/2’de; “Bir kişi vatansızsa veya vatandaşlığı tespit edilemiyor ise, mutad mesken mesken hukuku, yoksa bulunduğu ülke hukuku uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. “Vatandaşlığı tespit edilemeyen kişiler” olarak fiili vatansızları işaret eden bu hüküm kapsamında vatandaşlığın tespit edilip edilemediğinin belirlenmesi, kanaatimizce, uygulamada zorluklara sebebiyet verebilecek ve uygulanacak hukukun belirlenmesi aşamasını uzatabilecektir. Bu sebeple, kanaatimizce, koruma talep eden tüm fiili vatansızların hükmün kapsamına dahil olduğuna ilişkin İsviçre hukukundaki gibi açık bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır.

¹⁰⁵ MÖHUK Tasarısı Madde Gerekçeleri, Madde 4 (n 86).

Netice olarak, kanaatimizce, MÖHUK m 4/1(a) hükmü uyarınca, geçici koruma altındaki Suriyelilerin, *Türkiye’de kaldıkları süre içerisinde yaptıkları işlemlerde*, milli hukuklarının uygulanması gereken konularda, yerleşim yeri, mutad mesken veya dava tarihinde buldukları devlet hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir.

3. Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m 4/1(a) hükmüne ilişkin tüm bu açıklamalarımız ışığında; *geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’de iken gerçekleştirdikleri evliliklerin*, MÖHUK m 13/1 uyarınca evlenme ehliyet ve şartları bakımından geçerliliğine ve dolayısıyla evlenme yaşına, “eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukuku” olarak, Suriyeli eş bakımından, MÖHUK m 4/1(a) gereği Türk hukuku uygulanmalıdır.

Nitekim İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü de, 13.10.2015 tarihli ve “Mülteciler ve Geçici Koruma Altına Alınanların Evlenme ve Çocuklarının Tanınması” konulu yazısında, isabetli bir biçimde, 6458 sayılı YUKK’un 61, 62, 63 ve 91. maddelerine göre mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunan ve geçici koruma altına alınanların, MÖHUK m 13/1 uyarınca “milli hukukları”na tabi olan evlenme ehliyet ve şartları ile evlenme engelleri konusunda, MÖHUK m 4/1(a) bendine atıfta bulunarak, Türk hukukunun esas alınacağını kararlaştırmış ve ilgili kamu kurumlarına iletmıştır¹⁰⁶.

Türk hukukunda evlenme yaşı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun¹⁰⁷ (TMK) 124. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, erkek ve kadın için 17 yaş olarak belirlenmiştir. Buna göre, erkek ve kadın 17 yaşını tamamlayıp, 18 yaşından gün almakla evlenme yaşına erişmiş olmaktadır. Bununla birlikte; 17 yaşını doldurmuş olup henüz ergin olmayanlar (başka bir sebeple ergin olunmamışsa 18 yaşını doldurmamışlar), ancak yasal temsilcilerinin izniyle evlenebilmektedirler (TMK m 126). Bununla birlikte, TMK m 124/II’de olağanüstü evlenme yaşı da düzenlenmiştir. Hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple, olanak var ise karardan önce anne, baba veya vasiyi dinleyerek, 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda olağan evlenme yaşı, kadın ve erkek için, 17; olağanüstü evlenme yaşı ise, 16 yaştır. Türk Medeni Kanunu’nda asgari evlenme yaşı olan 16 yaşını doldurmamış bir kişinin yaptığı evlilik ise, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre, “yok hükmünde”

¹⁰⁶ İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Sayı: 40004962-010.07.01-E.88237, Tarih: 13.10.2015.

¹⁰⁷ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bu itibarla, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye geldikten sonra yaptıkları evliliklerde, Suriyeli eş bakımından, olağan evlenme yaşı 17, olağanüstü evlenme yaşı ise 16 yaş olarak aranacak ve buna göre İl Göç İdaresi Müdürlüklerince evlenme ehliyet belgesi düzenlenecektir¹⁰⁹.

Geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce gerçekleştirdikleri evlilikler bakımından ise; MÖHUK m 4/1(a) bendi uygulama alanı bulmayacağından, MÖHUK m 13/1 uyarınca evlenme yaşına, Suriyeli eş bakımından, “eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukuku” olarak vatandaşı olduğu Suriye hukukunun uygulanması gerekecektir¹¹⁰. Suriye hukukunda evlenme yaşı, 1953 tarihli Suriye Kişisel Durumlar Kanunu’nda (SKDK) düzenlenmiştir¹¹¹. SKDK m 15 uyarınca,

¹⁰⁸ Evlenme yaşını tamamlamadan gerçekleştirilmiş evliliklerin hükmü Türk hukukunda tartışmalıdır. Zira Türk Medeni Kanununda evlenme yaşı tamamlanmadan yapılmış evliliklerin müeyyidesi, mutlak butlan (TMK m 145) ve nisbi butlan (TMK m 148-151 ve m 153) sebepleri arasında sayılmamıştır. Bu durum, doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz Keskin (n 13) 71 vd. Doktrinde baskın görüş, evlenme yaşı tamamlanmadan gerçekleştirilmiş evliliklerin geçersiz olduğu yönündedir. Ancak bu geçersizliğin türü ve gerekçesi hususlarında görüş ayrılıkları mevcuttur. Birinci görüş; evlenme yaşı tamamlanmadan yapılan evliliklere, bir nisbi butlan sebebi olarak TMK m 153’te düzenlenen yasal temsilcinin izninin bulunmamasına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması yönündedir. (Bkz Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz Kitapevi 1990) 146-147; Akıntürk ve Karaman (n 67) 225). İkinci görüş; evlenme için öngörülen asgari yaşa gelmemiş olanların evlenme hakkına sahip olmamaları sebebiyle, kanuna aykırılıktan bu evliliklerin mutlak butlanla batıl olması gerektiği yönündedir (Dural, Ögüz ve Gümüş (n 67) 48, 53). Üçüncü görüş; kanun koyucunun asgari evlenme yaşı için bir faraziyeden hareket ettiğini ve olağanüstü evlenme yaşı olan 16 yaşını tamamlamamış kişilerin evlenme için gerekli ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını kabul ederek, TMK m 145/2 uyarınca evlenmenin mutlak butlanla batıl olduğunu savunmaktadır (Bkz Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitapevi 1998) 67; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz Kitapevi 1993) 111; Keskin (n 13) 76 vd). Dördüncü görüşe göre; butlan kararından önce, olağanüstü evlenme yaşı olan 16 yaşa ulaşılmış ancak olağan evlenme yaşı olan 17 yaşa ulaşılmaşı, olağanüstü evlenmede hâkim izni olmadan evlenme yapıldığı için bu evlenmeler, mutlak butlanla batıl sayılmalıdır. Butlan kararı verilmeden önce 17 yaşına ulaşılmışsa, bu evlenmeler nisbi butlanla batıl sayılmalıdır. Butlan kararı verilmeden kişi 18 yaşına varıp ergin olur veya karı gebe kalırsa, evlenmenin iptaline karar verilememelidir (Bkz Ömer Uğur Gençcan, *Aile Mahkemesi Davaları* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2016) 94). Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında benimsenen beşinci görüşe göre ise; olağanüstü evlenme yaşı olan 16 yaşını doldurmamış bir kimsenin yaptığı evlilik, evlenmenin kurucu unsurlarından birisini olan yaş şartının eksikliği sebebiyle “yok evlenme” hükmündedir. Bu görüşe göre; mutlak butlan ve nisbi butlan sebeplerinin Kanunda sınırlı olarak sayılmış olması karşısında, ortaya çıkabilecek sakıncalara rağmen, 16 yaşını tamamlamamış olanlara yapılan evliliklerin yok hükmünde olduğunun kabulü gerekmektedir. (Bkz Öztan (n 67) 138-139). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 2 HD, 4235/7649, 03.05.2011; Yargıtay 2 HD, 4315/5370, 14.04.2003; Yargıtay 2 HD, 6049/14441, 30.10.2006 (Kararlar için bkz Gençcan (n 108) 93).

¹⁰⁹ Evlendirme Yönetmeliği m 13/2 uyarınca; 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki yabancıardan; ikamet izni dışında Türkiye’de bulunan vatanسیz, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve uluslararası koruma başvuru sahipleri ile geçici koruma kapsamına alınan yabancıların evlenme manilerinin bulunup bulunmadığı, il göç idaresi müdürlüklerince tutulan dosyalarındaki bilgi ve belgelere göre il göç idaresi müdürlüklerince tespit edilir ve evlenme ehliyet belgesi düzenlenir. Bkz Evlendirme Yönetmeliği, BK Kararı Numarası: 85/9747, BK Kararı Tarihi: 10.07.1985, RG 07.11.1985/18921.

¹¹⁰ MÖHUK m 2/3 uyarınca, aile hukukuna ilişkin meselelerde uygulanacak hukukun tespitinde “atıf” kabul edildiğinden; MÖHUK m 13/1 uyarınca evlenme yaşına uygulanacak hukukun tayininde, Suriye hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınması gerekmektedir. Suriye Kişisel Durumlar Kanunu’nda yer alan evlenmeye ilişkin hükümlerin, eşlerden birinin Suriye vatandaşı ve diğerinin yabancı ülke vatandaşı olduğu evlenmeler bakımından da uygulanacağı belirtilmektedir. Ayrıca Kanunun, medeni evlenmeyi esas alan yabancı devletlerde Suriye vatandaşı ve yabancıların tarafından yapılan medeni evlenmelere uygulanmayacağı ve bu evliliklerin tescil edilmeyeceği düzenlenmiş olsa da; Suriye dışında yapılan bu evlenmelerin, Suriye kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece genellikle Suriye’de tescil edilebileceği ifade edilmiştir. (Bkz Esther van Eijk, *Family Law in Syria: Patriarchy, Pluralism and Personal Status Laws* (IB Tauris, 2016) 53; LANDINFO, ‘Report Syria: Marriage Legislation and Traditions’ (2018) 8 <<https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/10/Report-Syria-Marriage-legislation-and-traditions-22082018.pdf>> Erişim Tarihi 21 February 2020; Daad Mousa, ‘Syrian Personal Status Law’ (Friedrich-Ebert-Stiftung 2018) 4 <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/beirut/19469.pdf>> Erişim Tarihi 21 February 2020). Bu hükümler çerçevesinde; Suriye kanunlar ihtilafı kurallarına göre de, evlenme ehliyet ve şartlarına Suriye hukukunun uygulanmasının öngörüldüğü sonucuna varılabilmektedir.

¹¹¹ 17.09.1953 tarihli Suriye Kişisel Durumlar Kanunu; evlenme, boşanma, velayet, vesayet ve nafaka gibi kişisel durumlarla ilgili hükümleri düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için van Eijk (n 110) 49-51; LANDINFO Report Syria (n 110) 7). Ayrıca bkz OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16, para. 20; BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 11.

evliliğe uygun olmak için akıllı ve buluşa erişmiş olmak şarttır. Evlenme yaşı ise; SKDK m 16 uyarınca, erkek için 18 yaş, kadın için 17 yaş olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, SKDK m 18 uyarınca, 15 yaşını doldurmuş erkek çocuğu veya 13 yaşını doldurmuş kız çocuğu, buluşa erdiğini iddia eder ve evlenme talebinde bulunursa, iddialarının doğruluğuna ve bedenlerinin evliliği kaldırabileceğine kanaat eden hâkim, yapılmış veya yapılacak olan dini evlenmenin (örfi evlilik) tesciline onay verebilmektedir. Hâkimin evlenmenin tesciline onay verebilmesi için, küçüğün babasının veya büyükbabasının muvafakati gerekmektedir¹¹². Suriye hukukunda asgari evlenme yaşı olarak öngörülmüş 13 yaşını tamamlamamış kız çocukları veya 15 yaşını tamamlamamış erkek çocukları tarafından yapılan evliliklere bağlanan hukuki sonuç ise; iptal edilebilirliktir¹¹³.

¹¹² van Eijk (n 110) 216-217; LANDINFO Report Syria (n 110) 11. Ayrıca bkz OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16, para 21; BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 12. Suriye hukukunda, medeni hukuk ve islami şeri hukuk hükümleri birarada uygulanmaktadır (çoklu hukuk sistemi). Buna göre, Müslümanlar bakımından evlenme, “örfi evlilik” (*zawaj urfi*) olarak adlandırılan dini nikahın kıyılması ile yapılmakta ve bu nikahın Şeriat mahkemelerinde tescili ile evlilik resmîyet kazanmaktadır. Suriye hukukuna göre; medeni evlilik mümkün değildir. Diğer taraftan; SKDK m 40 uyarınca; dini nikahın kıyılmasından (örfi evlilik) ve fiilen evlilik başlamadan (eşler birlikte yaşamaya başlamadan) önce veya dini nikahın kıyılmasından ve fiilen evliliğin başlamasından çok sonra da, mahkemeye başvurularak evlenmenin tescili mümkündür (Bkz van Eijk (n 110) 49-53, 144; LANDINFO Report Syria (n 110) 7-9, 23). Dini nikahın kıyılmasından sonra evlenmenin geç tescilinde (*tathbit al-zawaj*), evlenme tarihi olarak, eşlerin ve iki şahidin sözlü beyanları ile bildirdikleri tarih esas alındığından, geçmiş bir tarihin bildirilmesi mümkündür. Bu durumda, evlenmenin tescili ile, evlilik, bu belirtilen tarihten itibaren geçmişe yönelik olarak resmîyet kazanmaktadır. (Bkz van Eijk (n 110) 218; LANDINFO Report Syria (n 110) 10). Bu itibarla; SDDK m 18 hükmünde, kanuni evlenme yaşı olan erkek için 18 yaş ve kız çocukları için 17 yaşını doldurmadan yapılan evlenmelerin tescili bakımından hakim onayı gerektiği düzenlenmiş ise de; esasen burada bahsedilen onay, evliliğin kurulmasına ilişkin değil, tescili suretiyle resmîyet kazanmasına ilişkindir. Kaldı ki; kanuni evlenme yaşına uygun olarak yapılmış evlilikler bakımından da, evlenmenin resmîyet kazanması için tescil gerekmektedir. Kanuni yaş şartını doldurarak yapılan evlilikler ile doldurmadan yapılan evlilikler arasındaki tek fark, Şeriat hakiminin tescili reddetme imkânına ilişkindir. Dolayısıyla, Suriye hukukunda, hakim onayı olmaksızın, kanuni evlenme yaşını doldurulmadan yapılan dini evlilikler (örfi evlilikler) geçersiz kabul edilmemekte ve eşler, medeni kanundaki yaş şartını doldurduktan sonra Şeriat mahkemelerine başvurarak evliliklerini tescil ettirdiklerinde, evlilikleri, geçmişe etkili olarak resmîyet kazanmaktadır. Ayrıca, Suriye hukukunda, SDDK m 40 uyarınca, kadın gebe kalmış veya doğum yapmış ise, evlenme şartları yerine getirilmemiş olsa dahi, evlenmenin tescilinin reddedilmesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. (Bkz van Eijk (n 110) 218; LANDINFO Report Syria (n 110) 10). Bu kapsamda, uygulamada; 13 yaşın altında olup gebe kalmış olan kız çocuklarının örfi evliliklerinin de Şeriat hakimlerinde tescil edildiği kaydedilmektedir (Bkz LANDINFO Report Syria (n 110) 12; Mousa (n 110) 4). Bu sebeple, gerek evlenmenin geç tescili mekanizmasına gerekse gebe kalma halinde tescilin reddedilememesine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, Suriye hukukunda, SDDK m 18’de düzenlenen kız çocukları için asgari yaş şartı olan 13 yaşın altında evlenmenin de mümkün olduğu görülmektedir. İslam hukukunda evlilik ve evlenme yaşı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012) 10-11.

¹¹³ Suriye hukukunda, sadece, bir Müslüman ile bir gayrimüslim arasında yapılan evlilikler yok hükmünde kabul edilmektedir (SKDK m 48/2). (Bkz van Eijk (n 110) 64-65; LANDINFO Report Syria (n 110) 8; Mousa (n 110) 4). Suriye hukukunda, evlilik, kardeşler arası evlilik yasağı ve boşanma veya ölüm halinde kadının öldü müddetine ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Bunlar dışında, bir kadın ve erkeğin evlenme iradeleri tam ise ve mehirin ödenmişse, evliliğin hükümsüzlüğüne yol açacak herhangi bir sebep düzenlenmemiştir (SDDK m 51/2) (Bkz van Eijk (n 110) 215; LANDINFO Report Syria (n 110) 8). Dolayısıyla, bir Müslüman ve gayrimüslimin evlenmiş olması ve mehirin ödenmemiş olması dışında, evlilikteki herhangi bir sakatlık sadece bu evliliğin iptal edilebilir olmasına yol açmaktadır (SDDK m 47-51). Bu itibarla, Suriye hukukunda asgari evlenme yaşına ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi halinde, Suriye hukukuna göre, “iptal edilebilir” bir evlilik söz konusudur. Bkz OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16, para 25; BGH, Beschluss vom 14.11.2018 – XII ZB 292/16, para 15. Suriye hukukunda, asgari evlenme yaşının altında yapılan örfi evlenmelerde “iptal edilebilirliğin” türünün, “mutlak butlan” mı yoksa “nisbi butlan” mı olduğu hususunda ise bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte; örfi evliliklerin Şeriat mahkemesince tescilinde, hakim, Suriye Kişisel Durumlar Kanunu’nda aranan evlenme şartlarını re’sen kontrol ettiği ve eşler arasındaki yaş farkının çok fazla olması veya evlenmenin eşlerin suretiyle iptaline karar verebilmesi bakımından, kanaatimizce, buradaki iptal edilebilirliğin türü “mutlak butlan” olarak nitelendirilmelidir. Ancak belirtilmelidir ki; SDDK m 40 uyarınca, kadın gebe kalmış veya doğum yapmış ise, evlenme şartları yerine getirilmemiş olsa dahi, evlenmenin tescilinin reddi suretiyle iptali mümkün değildir. (Bkz van Eijk (n 110) 218; LANDINFO Report Syria (n 110) 10).

Görüldüğü üzere, MÖHUK hükümleri uyarınca, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’de buldukları süre içerisinde 16 yaşlarını tamamlamadan evlilik yapmaları mümkün değildir; yapsalar dahi bu evlenmeler yok hükmünde sayılır. Ancak Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları evlenmeler Suriye hukukuna tabi olacağından, 16 yaşını doldurmadan (hatta kız çocukları için 13 yaşını dahi doldurmadan) evlilik yapmış olmaları mümkündür. Peki bu durumda 13 veya 14 yaşında bir Suriyeli kız çocuğu tarafından Türkiye’ye gelmeden önce yapılmış bir evlilik MÖHUK m 13 uyarınca Suriye hukukuna göre geçerli bir evlilik ise Türk hukukuna göre de geçerli sayılacak mıdır? Türk hukukunda olağanüstü evlenme yaşının 16 yaş olarak öngörülmesi ve 16 yaş altı evliliklerin Yargıtayca “yok” hükmünde olduğunun kabul edilmesi karşısında; bu sorunun cevabı, kız çocuklarının 13 yaşında evlenmesine müsaade eden Suriye hukuku hükümlerinin uygulanmasının somut sonucu olarak böyle bir evliliğin tanınmasının MÖHUK m 5 uyarınca Türk kamu düzenini açıkça ihlal edip etmediğinin tespitine bağlı olacaktır¹¹⁴.

B. Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Yaptıkları Mevcut Evliliklerin Geçerliliğine Suriye Hukukunun Uygulanması

MÖHUK hükümleri çerçevesinde, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları evliliklerde evlenme yaşına Suriye hukukunun uygulanması, çocuk yaşta yapılmış evlenmelerin tanınmasının Türk kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı ve dolayısıyla böyle evliliklerin Türk hukukunda geçerli sayılıp sayılmayacağı meselesini beraberinde getirmektedir. Ancak buna geçmeden önce, Türk hukukunda özellikle mahkeme uygulamasında, yabancı hukuk olarak Suriye hukukunun temini ile ilgili yaşanan problemlere değinilecektir.

1. Yabancı Hukukun Uygulanması Bakımından Suriye Hukukunun Temini ve Uygulanması

Türk mahkemelerinde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun uygulanması, 5718 sayılı MÖHUK’un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kılınan “yabancı hukuk”un hâkim tarafından re’sen uygulanma mecburiyeti vardır. Bu sebeple, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı hukukun uygulanacağı durumlarda, hâkimin doğrudan kendi hukukunu, Türk

¹¹⁴ SDDK m 40 uyarınca, kanuni evlenme yaşı doldurulmadan ve hakimin evliliğin tesciline ilişkin onayı olmaksızın yapılan örfi evlilikler de, evliliğin geç tescili usulü (*tathbit al-zawaj*) ile geçmişe yönelik olarak resmîyet kazanabildiğinden; hakim onayı ile tescil edilmeksizin kanuni evlenme yaşının altında gerçekleştirilen örfi evlilikler, resmîyet kazanmamış olmakla birlikte, Suriye hukukuna göre geçerli evliliklerdir (bkz yukarıda (n 112). Diğer taraftan, SDDK m 18 hükmünde sözü edilen hakim onayı, esasen evlenme işleminin tesciline yönelik olmakla, tanıma ve tenfiz tabi olabilecek bir mahkeme kararı niteliği taşımamaktadır (bkz yukarıda (n 112). Bu sebeplerle, Suriye hukukuna göre kanuni evlenme yaşının altında gerçekleştirilen çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukuna göre geçerliliği, evliliğin hakim onayı ile tescil ettirilmiş olup olmadığından bağımsız olarak, MÖHUK m 5 hükmü uyarınca “Türk kamu düzenine aykırılık” kapsamında incelenmiştir.

hukukunu uygulaması, kanunlar ihtilafı kurallarının ve dolayısıyla Türk hukukunun açık ihlalini oluşturur¹¹⁵.

Türk hâkimi, yabancı hukuku re'sen uygulama yükümlülüğü kapsamında; yabancı hukuku re'sen temin edecek, muhtevasını araştırarak ve olaya tatbik edecektir. Yabancı hukukun tatbiki, tarafların veya taraflardan birinin talebine bağlı değildir¹¹⁶. Yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde MÖHUK m 2/1'in 2. cümlesinde ifade edilen "taraf yardımı", hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen bulma ve tatbik etme görevini ortadan kaldırmamakta; sadece hâkime, bu yolda başvurabileceği ek bir imkân sunmaktadır. Yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde, taraf yardımı yanında, hâkimin başvurabileceği diğer yollar ise; Türkiye'nin taraf olduğu "1968 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"¹¹⁷'ne, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne, "bilirkişilik" kurumuna, "hukuki mütalaa" usulüne ve üniversitelere başvurudur.

Hâkim, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanacak hükümlerini tüm araştırmalarına rağmen tespit edemezse, MÖHUK m 2/2 uyarınca Türk hukukunu uygulayacaktır. Ancak bu hüküm, hâkimin yukarıda sayılan tüm yollara başvurması ve tüketmesi ve buna rağmen yabancı hukuku temin edemediği hallerde geçerlidir. Teknolojik telekomünikasyon araçlarının oldukça gelişmiş olduğu günümüzde, yabancı hukukun muhtevasının temin edilememesi pek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte; Suriye ile Türkiye Cumhuriyeti arasında günümüzde olduğu üzere, hukuku uygulanacak yabancı devlet ile diplomatik ilişkilerin kesilmiş olması sebebiyle, yabancı hukuk kurallarının diplomatik veya resmi yollardan temin edilememesi durumları ile karşılaşılabılır. Ancak, bu halde dahi, diplomatik veya resmi yollar dışındaki; taraf yardımı, bilirkişilik, hukuki mütalaa veya üniversitelerden bilgi alma gibi yollarla yabancı hukuka ulaşılması mümkün olabilir¹¹⁸. Bu nedenle, MÖHUK m 2/2 uyarınca Türk hukukunun uygulanabilmesi için, hâkimin, diplomatik ve resmi kanallar dışındaki bu usullere başvurması ve buna rağmen yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit edememesi gerekmektedir¹¹⁹.

¹¹⁵ Nomer (n 69) 201; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 60-61; Çelikel ve Erdem (n 69) 175-176; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 247-248. Yargıtay'ın, yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın, kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan, doğrudan Türk hukukuna göre davanın karara bağlanmasını bozma sebebi yaptığı kararları için bkz Yargıtay 2 HD, 13685/14841, 04.11.2003; Yargıtay 2 HD, 14069/15890, 28.12.2004; Yargıtay 18 HD, 2899/4027, 21.04.2005 (Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

¹¹⁶ Nomer (n 69) 192; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 63-64; Çelikel ve Erdem (n 69) 171-172; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 46; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 240-241. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun tatbikinde hâkimin, tarafların talep ve itirazları ile bağlı olmadığı yönünde Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 11 HD, 5344/5910, 16.09.1997 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 February 2020); Yargıtay 2 HD, 2722/2613, 11.03.1967 (<www.kazanci.com> Erişim Tarihi 21 February 2020).

¹¹⁷ European Convention on Information on Foreign Law (RG 26.08.1975/15338). Ayrıca Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanması hakkında, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 67/1 sayılı ve 01.03.2008 tarihli Genelgesi için bkz <http://www.diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/genelgeler/67.1.pdf> Erişim Tarihi 21 February 2020.

¹¹⁸ Nomer (n 69) 196-197; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 71-72; Çelikel ve Erdem (n 69) 174-175; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 46; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 245-246.

¹¹⁹ Resmi ve diplomatik kanallar dışındaki yollardan da yabancı hukuk hükümlerinin temin edilebileceği yönündeki örnek Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 12 HD, 22462/24968, 14.12.2005; Yargıtay 11 HD, 5344/5910, 16.09.1997 (Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

Zira kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun uygulanması, milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir mecburiyet değil; “milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini” gerçekleştirme bilincine, daha açık bir ifadeyle, mahkeme önündeki dava bakımından Türk hukukuna nispetle yabancı hukukun tatbik edilmesinin daha doğru ve adaletli olduğu anlayışına dayanmaktadır¹²⁰. Bu nedenle; Türk milletlerarası özel hukukunda, yabancı bir devlet hukukunun uygulanmasının, uluslararası hukuk anlamında mütakabiliyet şartına tabi olmadığı kabul edilmektedir¹²¹.

Bu itibarla; geçici koruma altındaki Suriyeliler tarafından Türkiye’ye gelmeden önce yapılmış evlenmelerin geçerli olup olmadığının tespitinde, MÖHUK m 13/1 uyarınca Suriye hukukunu uygulamak durumunda olan Türk hâkiminin, mevcut durumda, Suriye ile Türkiye arasındaki diplomatik ilişkilerin kesilmiş olması sebebiyle, diplomatik ve resmi kanallardan (Adalet Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı’ndan) Suriye hukukunun ilgili hükümlerinin temin edememesi halinde; taraf yardımı, bilirkişilik, hukuki mütalaa veya üniversitelerden bilgi alma gibi yollara başvurarak Suriye hukukunu temin etmeye çalışması gerekmektedir. Bu yollara başvurmaksızın, Suriye hukukuna ulaşılamadığı gerekçesiyle MÖHUK m 2/2 uyarınca Türk hukukunun uygulanması Türk hukukunun açık ihlalini oluşturur ve temyiz sebebidir.

2. Çocuk Yaşta Yapılan Mevcut Evliliklerin Geçerliliğine Suriye Hukukunun Uygulanmasında Türk Kamu Düzeni Müdahalesi

Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili Suriye hukukunu ve muhtevasını temin eden Türk hâkimi, evlenme yaşına ilişkin Suriye Kişisel Durumlar Kanunu’ndaki hükümleri uygulayacaktır. Ancak Suriye hukukunda, 13 yaşını tamamlamış (hatta 13 yaşından da küçük) kız çocuklarının evlenmeleri mümkün kılınmıştır¹²². Bu itibarla, somut olayda, misalen, 14 yaşındaki bir kız çocuğu tarafından Türkiye’ye gelmeden önce yapılmış bir evliliğin geçerliliğine Suriye hukukunu uygulamak durumunda olan Türk hâkiminin, Türk hukukunda olağanüstü evlenme yaşının 16 yaş olarak öngörülmüş olması karşısında, kız çocuklarının 13 yaşında evlenmelerine müsaade eden yabancı hukuk hükmünün olaya uygulanmasının somut sonucu olarak bu evliliğin tanınmasının MÖHUK m 5 kapsamında Türk kamu düzenini ihlal edip etmediğini değerlendirmesi gerekecektir.

¹²⁰ Nomer (n 69) 189; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 60; Faruk Kerem Giray, ‘Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi’, (2011-2012) 8(9) YÜHFD (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan) 555, 559; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 239.

¹²¹ Giray (n 120) 559; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 67; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 238.

¹²² Bkz yukarıda (n 112).

a. Genel Olarak Türk Kamu Düzenine Aykırılık Müdahalesi

MÖHUK m 2/1 uyarınca, hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukuku uygulaması görevi gereğidir ve kuraldır. Ancak mutlak değildir. Yabancı hukukun somut olaya uygulanması için, somut olayda meydana getirdiği sonuçların Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir. Yetkili yabancı hukukun uygulanmasına engel olarak “kamu düzenine aykırılık” müdahalesi, MÖHUK m 5’te düzenlenmiştir. Buna göre; “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*”.

MÖHUK m 5 gereğince, kamu düzenine aykırılık müdahalesinin devreye girebilmesi için, öncelikle yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerinin olaya uygulanması ve bu uygulama neticesinde Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı bir durumun ortaya çıkması gerekmektedir. Zira kural, yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Kamu düzenine aykırılık müdahalesi ise *istisnaidir*. Bu itibarla, kamu düzenine aykırılık müdahalesinin uygulanması bakımından, bir takım özel hukuk meselelerinin baştan “kamu düzeninden” olarak nitelendirilip kategorize edilerek, bu konularla ilgili yabancılık unsuru içeren ihtilaflarda yetkili yabancı hukuk uygulanmaksızın doğrudan Türk hukukunun uygulanması yanlıştır¹²³.

Kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin yapılabilmesi için, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün olaya uygulanması neticesinde ortaya çıkan *somut sonuçlar* Türk kamu düzenine aykırı olmalıdır. Bu bakımdan, her bir somut olayda, o olayın şartları çerçevesinde, yabancı hukukun uygulanmasının somut sonuçlarına bakarak, *somut olay bazında bir değerlendirme* yapılmalıdır. Bu itibarla, yabancı hukukta Türk hukukunda var olmayan bir müessesenin düzenlenmiş olması veya aynı konuda Türk hukukundan farklı bir hüküm öngörülmüş olması tek başına Türk kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemez¹²⁴. Nitekim Yargıtay’ın 10.02.2012 tarihli İBK’da da isabetli olarak; Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olan yabancı hukukun her zaman Türk kamu düzenine aykırı sayılamayacağı açıkça ifade edilmiştir¹²⁵.

Ayrıca Türk kamu düzenine aykırılık, *açıkça bir aykırılık* olmalıdır. Açıkça aykırılıktan anlaşılması gereken, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün olaya uygulanması neticesinde, Türk kamu düzenini *tahammül edilemez bir şekilde ihlal*

¹²³ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 85-89; Nomer (n 69) 171-172; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 43; Akıncı ve Demir Gökyayla (n 69) 8-9; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 259.

¹²⁴ Yargıtay 2 HD’nin 20.02.2017 tarihli kararında isabetli şekilde, Türk maddi hukukunda var olmayan ve Yargıtay kararlarında uzun yıllardır Türk kamu düzenine aykırı olarak telakki edilen yabancı hukuklarda yer alan “müşterek velayet”e ilişkin hükümlerin uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği karara bağlanmıştır. Bkz Yargıtay 2 HD, 15771/1737, 20.02.2017 (<www.lexpera.comtr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

¹²⁵ Bkz Yargıtay İBK, 2010-1/2012/1, 10.02.2012 (<www.lexpera.comtr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

eden bir durumun ortaya çıkmasıdır¹²⁶. Bu bakımdan, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün somut olaya tatbik edilmesi neticesinde; Türk hukuk sisteminin toplumsal ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, Anayasanın temel ilkeleri ve toplumda geçerli olan örf-adet ve ahlak kuralları ile “açıkça” uyuşmayan ve bu değerleri tahammül edilemez bir şekilde ihlal eden sonuçların ortaya çıkması halinde, yabancı hukukun Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahsedilebilecek ve Türk hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir.

Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin somut olaya uygulanması neticesinde, Türk kamu düzenini tahammül edilemeyecek ağırlıkta ihlal ettiğinin değerlendirilebilmesi için, somut olaydaki maddi ilişkinin, *ülke ile irtibatının bulunması* şarttır. Her bir somut olayda, Türkiye ile irtibat arttıkça, Türk kamu düzenine aykırılık müdahalesi olasılığı da kaçınılmaz olarak artacaktır¹²⁷. Bu nedenle, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, somut olaydaki tarafların veya diğer maddi unsurların Türkiye ile olan irtibatının yoğunluğu da dikkate alınmalı ve ona göre bir karar verilmelidir. Diğer taraftan belirtilmelidir ki; temel hak ve özgürlüklerin bahis konusu olduğu durumlarda, dava konusu işlem veya ilişki ile ülke arasında irtibatının bulunup bulunmaması bir önem taşımayacaktır¹²⁸.

Kamu düzenine aykırılık kararı verirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus; *kamu düzenine aykırılık müdahalesi neticesinde ortaya çıkan sonucun*, Türk kamu düzeni kapsamında *korunmak istenen meşru amaca hizmet etmesidir*. Kamu düzenine aykırı sonuçlar yarattığı gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmamasının neticeleri, kamu düzenine aykırılık müdahalesi ile korunmak istenen menfaatten daha üst bir menfaatin ihlaline sebebiyet vermemelidir. Buna bir anlamda, kamu düzenine aykırılık müdahalesinde “ölçülülük” değerlendirmesi de denebilir. Bu nedenle, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin, somut olay bazında yapılması oldukça önemlidir. Hâkim her bir somut olayda, o olayın şartlarını değerlendirmeli ve yabancı hukuk kuralının somut olaya uygulanmasının neticelerinin Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğine karar vererek Türk hukukunu uyguladığı durumda ortaya çıkan sonucun, somut olay bakımından korunması gereken daha üst bir menfaati ihlal edip etmediğine bakmalı ve bu anlamda somut olayda mağduriyetlere sebebiyet vermemelidir¹²⁹.

¹²⁶ Yargıtay’ın 10.02.2012 tarihli İBK’da kamu düzenine aykırılık; “(...) Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık (...)” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz Yargıtay İBK, 2010-1/2012/1, 10.02.2012 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 21 February 2020).

¹²⁷ Nomer (n 69) 178; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 69) 79-80; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 43; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 260-261.

¹²⁸ Nomer (n 69) 175; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 69) 81.

¹²⁹ Nomer (n 69) 175-176; Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe (n 69) 81-82.

Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin somut olaya uygulanması neticesinde, Türk kamu düzenini “açıkça”, tahammül edilemez bir biçimde ihlal eden sonuçların ortaya çıkması halinde ise, MÖHUK m 5 uyarınca kamu düzenine aykırılık müdahalesi gereği, Türk kamu düzenini açıkça ihlal eden yabancı hukuk hükmü uygulanmayacak; yerine, *gerekli görülen hallerde*, Türk hukuku uygulanacaktır.

b. Çocuk Yaşta Yapılan Evliliklerin Tanınmasında Türk Kamu Düzenine Aykırılık Müdahalesi

Geçici koruma altındaki Suriyeliler tarafından Türkiye’ye gelmeden önce yapılmış çocuk yaşta bir evliliğin geçerliliğine Suriye hukuku uygulanırken, Suriye Kişisel Durumlar Kanunu’nda yer alan evlenme yaşına ilişkin hükümlerin uygulanmasının sonucu olarak böyle bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine açıkça bir aykırılık teşkil edip etmeyeceğine ve dolayısıyla Türk hukukuna göre bu evliliğe geçerlilik tanınıp tanınmayacağına ilişkin değerlendirmenin de, Türk kamu düzenine aykırılık müdahalesine ilişkin bu esaslar çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; geçici koruma altındaki Suriyeliler, 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği Geçici Madde 1’de geçici koruma statüsünün ilanı ile 28/04/2011’den bu yana Türkiye’ye kabul edilmektedir. Ayrıca geçici koruma statüsü süresiz şekilde ilan edilmiş olduğundan, Türkiye’ye gelmiş olanların veya gelecek olanların, kaç yıl daha Türkiye’de bulunacakları belli değildir. Gelmiş olanlar, Türkiye’de çalışmaya, okula gitmeye, kısacası bir hayat kurmaya başlamışlardır. Bu itibarla, kanaatimizce, geçici koruma altındaki Suriyelilerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda, kamu düzenine aykırılık incelemesi bakımından, *somut olayın maddi unsurlarının Türkiye ile yeterli bir ilişkinin bulunması* şartı karşılanmaktadır.

Uygulamada; yabancılar tarafından yabancı hukuka göre yapılmış bir çocuk yaşta evliliğin geçerliliğinin Türk hukukunda tanınmasına ilişkin bir ihtilafın, Türk mahkemeleri önüne gelebilmesi; başkaca bir ihtilaf kapsamında önmesine teşkil etmesi haricinde, evliliği yapmış olanların kendileri, yasal temsilcileri veya ilgili kişilerce veyahut da vakanın tespiti üzerine resmi makamlarca açılacak bir iptal davası¹³⁰ ile mümkün olacaktır. İptal davasında, yabancı hukuka göre yapılmış bir çocuk yaşta evliliğin tanınmasının, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediği ve bu itibarla Türk hukukuna göre geçerli olup olmadığının tespitinde, kanaatimizce, çocuk yaşta evlenmiş olanların, “dava anındaki”, daha doğru bir ifadeyle, “evlenmenin tanınması anındaki” yaşlarına göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Zira burada, yabancı hukuka göre geçerli olan bir evlenme işlemine Türk hukukunda geçerlilik tanınması söz konusudur.

¹³⁰ Yabancı hukuka göre yapılmış çocuk yaşta evliliğin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğunun tespiti halinde, bu evliliğin geçersizliğinin müeyyidesi ve sonuçlarına uygulanacak hukuka ve iptal edilebilirliğin türüne ilişkin açıklamalarımız için bkz aşağıda III(B)(2)(c).

Bu kapsamda, MÖHUK m 5 uyarınca yapılan Türk kamu düzenine aykırılık incelemesinde de, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılmakta ve somut olaydaki evliliği geçerli sayan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanması sonucunda ortaya çıkan “somut sonuçların” Türk kamu düzenini ihlal edip etmediğine bakılmaktadır. Yoksa, yabancı hukuk hükmünün kendisinin Türk kamu düzenini ihlal edip etmediğine bakılmamaktadır. Çocuk yaşta evliliğe imkan veren yabancı hukukun uygulanmasının “somut sonuçları” ise, evliliğin Türk hukukunda tanınması ile ortaya çıkacak somut sonuçlardır. Bu çerçevede, Türk kamu düzenine aykırılık incelemesinin konusu, evliliğin tanınması ile bu kişilerin Türkiye’de evli sayılmalarının Türk kamu düzenini tahammül edilemeyecek derecede açık bir şekilde ihlal edip etmediğidir. Bu itibarla, Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesi yabancı hukukun uygulanmasının somut sonuçları üzerinden yapıldığına göre, yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliklerin tanınmasında, eşlerin, “tanıma (iptal davası) anındaki” yaş durumları esas alınmalıdır¹³¹.

Bu çerçevede, kanaatimizce, yabancı hukukta evlenme yaşına ilişkin hükümlerin uygulanmasının somut sonucu olarak, çocuk yaşta yapılmış bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesi, tanıma (iptal davası) anında eşlerden birinin 16 yaşını doldurmadığı evlilikler için yapılmalıdır. Zira Türk hukukunda, istisnai olarak, hâkim izniyle de olsa, 16 yaşını doldurmuş olanların evlenmelerine imkân tanınmaktadır (TMK m 124/II). Bu bağlamda, 16 yaşın tamamlanması ile evlenmeye müsaade eden bir yabancı hukuk kuralının uygulanmasının somut sonuçlarının tek başına, Türk kamu düzenine açıkça bir aykırılık yaratacağını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bu değerlendirmemiz şüphesiz, somut olayda, zorla evlendirme gibi, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilecek ve evliliğin Türk hukukuna göre geçersiz olmasını sonuçlayabilecek başkaca bir etkenin bulunmadığı, sadece evlenme yaşının küçüklüğü sebebiyle Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin yapıldığı ve evliliğin geçerliliğinin tartışma konusu olduğu durumlar için geçerlidir. Bu itibarla, tanıma anında, eşlerden her ikisi de 16 yaşını doldurmuş ise ve somut olayda zorla evlendirme bulgusu yoksa, kanaatimizce, Türk kamu düzenine aykırılık sebebiyle böyle bir evlenmenin geçersiz olduğuna hükmedilmemelidir.

Türk hukukunda 16 yaşını doldurmadan yapılan evlilikler ise, Yargıtay içtihatları uyarınca “yok” hükmünde kabul edilmektedir. Dolayısıyla, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları evliliklerin geçerliliği bakımından, Suriye hukukunun uygulanmasının somut sonucu olarak çocuk yaşta yapılmış bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği

¹³¹ Nitekim BW Art 10:32’ye getirilen değişiklikle Hollanda hukukunda da; tanıma talebi anında her iki eşin de Hollanda hukukundaki asgari evlenme yaşı olan 18 yaşını doldurmuş olması halinde evlenmenin Hollanda’da tanınacağı hükme bağlanmakla, tanıma anındaki yaş durumlarının esas alınacağı açık hükme bağlanmıştır (BW Art 10:32:c).

değerlendirmesi, tanıma (iptal davası) anında eşlerden en az birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu hallerde yapılmalıdır¹³².

Tanıma anında, eşlerden birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu durumda, 16 yaşın altında evlenmeye müsaade eden Suriye hukuku hükümlerinin uygulanması suretiyle böyle bir evliliğin tanınmasının somut sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmede ise; kaç yaşına kadar küçüklerin evlenmelerinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğine ilişkin olarak bir yaş sınırı belirlemek kamu düzenine aykırılık müdahalesi yöntemi bakımından doğru değildir. Türk mahkeme tatbikatında, yabancı hukuka göre asgari kaç yaşına kadar yapılmış evlenmelerin tanınmasının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir Yargıtay içtihadı bulunmamaktadır. Alman mahkeme tatbikatına baktığımızda ise, farklı kararlar görmek mümkündür. Örneğin; Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi (*Kammergericht*) 2012 tarihli bir kararında, 14 yaşında bir Lübnan vatandaşı tarafından yapılan evliliğin Alman kamu düzenini ihlal ettiğine karar vermişken; Tübingen Bölge Mahkemesi (*Amtsgerichte Tübingen*) 1992 tarihli bir kararında, 14 yaşında bir Uruguay vatandaşı tarafından yapılan evliliğin Alman kamu düzenini ihlal etmediği ve yine yukarıda da bahsettiğimiz üzere, Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) 2018 tarihli kararında, 14 yaşında bir Suriye vatandaşı tarafından yapılan evliliğin Alman kamu düzenini ihlal etmediği yönünde karar vermiştir¹³³. Bu nedenle, tanıma anında eşlerden birinin 16 yaşın altında olduğu yabancı hukuka göre yapılan evliliklerde, Türk kamu düzenine aykırılık bakımından asgari bir yaş sınırı çizilmemeli; her somut olayda o olayın şartlarına göre yabancı hukuk kuralının olaya uygulanması neticesinde evliliğin tanınması ile ortaya çıkan somut sonuçlar üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır¹³⁴.

Çocuk yaşta evliliklerde kamu düzenine aykırılık değerlendirmesine ilişkin somut olay bazında değerlendirme yapılırken, göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus ise, “çocuğun üstün menfaati”dir. “Çocuğun üstün menfaati ilkesi” milletlerarası özel hukukta, çocuğa ilişkin her türlü uyumsuzlukta kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde bir *üst norm* olarak kabul edilmektedir¹³⁵. Zira evlenme

¹³² Türk hukukundakinden daha küçük bir evlenme yaşı öngören yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı düşüp düşmeyeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Sayman (n 69) 31-32. *Sayman*; 1992 tarihli eserinde, Türk hukukunda, asgari evlenme yaşını tamamlamadan yapılan evliliklerin iç hukuktaki müeyyidesinin nisbi butlan olduğu, mutlak butlan sebebi olarak düzenlenmediği görüşünden yola çıkarak, TMK’den daha küçük evlenme yaşını benimseyen yabancı hukuk hükümlerinin Türk kamu düzenine ters düşmeyeceği görüşündedir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, günümüzde, TMK’da öngörülen asgari evlenme yaşını tamamlamadan yapılan evlilikler, Türk doktrininde tartışmalı olmakla birlikte; Yargıtay içtihatları uyarınca “yok” hükmünde kabul edilmektedir. Bkz (n 108).

¹³³ Kararlar için bkz BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 44.

¹³⁴ Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen evlenme ehliyet ve şartlarının, soyut olarak mutlak kamu düzeni nitelikleri ile ele alınmasının doğru olmadığı yönünde bkz Sayman (n 69) 23-26.

¹³⁵ “Çocuğun üstün menfaati ilkesi” ve bu ilkenin çocukla ilgili yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklarda yetkili yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde nasıl dikkate alınması gerektiği yönünde ayrıntı bilgi için bkz Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 65-67; Burak Huysal, *Devletler Özel Hukukunda Velayet* (Legal 2005) 153-158; Günseli Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* (Beta 2012) 29-36; Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan ve Alınan Çocukların İadesi* (Beta 2010) 50.

yaşına ilişkin olarak kamu düzeni değerlendirmesinde kesin bir asgari yaş sınırından bahsedilememesinin en önemli sebeplerinden birisi de, her bir somut olayda, çocuğun bireysel gelişiminin göz önünde bulundurulması ve esasen “çocuğun üstün menfaatinin” dikkate alınması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır¹³⁶.

Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde de, çocuk yaşta evliliklerin geçersizliğine ilişkin herhangi bir asgari yaş sınırı öngörülmemiştir. Sözleşme’nin 8. maddesi gereği, çocuğun özel hayatı ve aile hayatının korunması esastır. Ayrıca Sözleşme m 3/1 uyarınca; çocuklarla ilgili adli ve idari her türlü eylem ve işlemde “çocuğun üstün menfaati”nin öncelikle gözetileceği hüküm altına alınmıştır. Sözleşme m 12 uyarınca ise; her çocuğun kendisi ile ilgili kararlarda görüşünü serbestçe ifade etme hakkı olduğu ve çocuğun olgunluk durumuna ve yaşına göre mutlaka görüşüne başvurulması ve iradesine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ayrıca, AKPM’nin, 2005 tarihli Çocuk Evlilikler Hakkında Tavsiye Kararı’nda da, Konsey üyesi devletlere, yabancı ülkede gerçekleştirilen çocuk evliliklerin tanınmamasına ilişkin hukuki düzenlemeler yapmaları tavsiye edilirken; özellikle mağdur (çocuk) tarafından başka türlü ileri sürülemeyecek evlenmenin sonuçlarına ilişkin hakların güvence altına alınabilmesi amacıyla, tanınmanın, “mağdurun (çocuğun) üstün yararına olduğu haller”de çocuk yaşta evliliklerin tanınmasını mümkün kılacak düzenlemelere de yer verilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹³⁷. Bu itibarla, 16 yaş altı evliliğe imkân veren yabancı hukuk hükmünün uygulanması sonucu çocuk yaşta evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğine karar verilebilmesi için; somut olayda, tanıma anında 16 yaşını doldurmamış olan çocuğun evlilik için yeterli olgunlukta olmadığına ilişkin veriler bulunmalı ve en önemlisi “çocuğun üstün menfaati” de evliliğin geçersiz olmasını gerektirmelidir.

Diğer taraftan, kanaatimizce, yabancı hukuka tabi 16 yaş altı evliliklerin tanınmasında Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, Türk toplumunun değerlerinin, kamu sağlığının ve çocuğun maddi-manevi varlığının korunması bağlamında, çocuk yaşta evliliklerin ceza hukuku boyutunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim 14 yaşındaki Suriye vatandaşı kız çocuğu tarafından Suriye hukukuna göre yapılmış evliliğin Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine ilişkin 2016 tarihli Bamberg Bölge Yüksek Mahkemesi ve 2018 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararlarında da, Alman Ceza Kanunu’nun (*Strafgesetzbuch- StGB*)¹³⁸ “çocuk istismarı”nı düzenleyen hükümlerine değinilmiştir. Kararlarda; StGB § 176/1 uyarınca, Alman hukukunda “çocuğun cinsel istismarı”nda yaş sınırının 14 yaş olduğu vurgulanmış ve 14 yaşını tamamlamış çocuklar bakımından cinsel istismar suçundan cezai sorumluluğun doğabilmesi için

¹³⁶ BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 44-45-46.

¹³⁷ PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 14.2.4.

¹³⁸ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl I S 3322).

somut olay bazında bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buradan hareketle, 14 yaşını tamamlamış çocuklar tarafından yabancı ülkede yapılan evliliklerin, direkt olarak Alman kamu düzenine aykırı olduğuna ve evliliklerin geçersiz olduğuna hükmedilemeyeceği; somut olayın şartlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁹.

Türk Ceza Kanunu m 103(a) uyarınca “çocuğun cinsel istismarı”nda yaş sınırı 15 yaş olarak belirlenmiş olduğuna göre¹⁴⁰; kanaatimizce, yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanınmasında, eşlerden birinin tanıma anında 15 yaşını tamamlamamış olması halinde, böyle bir evliliğin tanınmasının somut sonuçları Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılmalı ve evliliğin geçersiz olduğuna hükmedilmelidir. Bu noktada, kanaatimizce, eşlerden birinin tanıma anında 15 yaşını tamamlamamış olduğu yabancı hukuka göre yapılmış evlenmelerin tanınmasına ilişkin Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, tanıma (iptal davası) anında çocuğun gebe kalmış olup olmaması da dikkate alınmamalıdır. Zira Türk hukukunda, iptal davası açıldığı sırada, kadının gebe kalması hali, sadece 17 yaşını doldurmuş olup yasal temsilcinin izni olmaksızın yapılan evlilikler bakımından bir iptal engeli olarak düzenlenmiştir (TMK m 153/2). Türk Medeni Kanunu’nda, 17 yaşın altında olağanüstü evlenme koşullarını yerine getirmeksizin yapılan evlenmelerin iptalini engelleyici herhangi bir sebep ise düzenlenmemiştir. Bu nedenle, iptal davası sırasında, gebe kalmış olma, tek başına, yabancı hukuka tabi 17 yaşın altında yapılmış bir çocuk yaşta evliliğin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı sonucunu doğurmaz ve bu evliliğin iptalini engelleyemez¹⁴¹. Ayrıca 15 yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından, cinsel istismar suçu, TCK m 130(a) hükmü uyarınca şikayete tabi bir suç olmadığı gibi; çocuğun gebe kalması bir hukuka uygunluk sebebi de değildir.

Tanıma anında eşlerden her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş (ancak 16 yaşını doldurmamış) olduğu yabancı hukuka tabi evlilikler bakımından ise, Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde; Türk toplumunun değerleri, Türk aile yapısı, kamu sağlığı, bireyin maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin korunması ile “çocuğun üstün menfaatinin korunması” arasında bir denge sağlanmalıdır. Kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle böyle bir evliliğin tanınmasının reddi, “çocuğun üstün menfaatinin” ihlaline ve bu anlamda somut olayda daha büyük mağduriyetlere sebebiyet vermemelidir. Bu itibarla, kanaatimizce, tanıma anında eşlerin 15 yaşını doldurmuş (ancak 16 yaşını doldurmamış) oldukları

¹³⁹ OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16, para 28; BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 47.

¹⁴⁰ TCK m 103: “(...) *Cinsel istismar* deyiminden; (a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, (b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılr”.

¹⁴¹ Bu itibarla; *Gençcan*’ın, butlan kararı verilmeden önce 17 yaşına ulaşılmışsa, bu evlenmelerin nisbi butlanla batıl sayılması ve butlan kararı verilmeden önce 18 yaşına ulaşıp ergin olunmuşsa veya kadın gebe kalmışsa, evlenmenin iptaline karar verilmemesi gerektiği yönündeki görüşüne katılmamaktayız (Görüş için bkz Gençcan (n 108) 94).

yabancı hukuka göre yapılmış evlenmelerin tanınmasına ilişkin kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, tanıma (iptal davası) anında çocuğun gebe kalmış veya doğum yapmış olması, “çocuğun üstün mafaatinin korunması” amacıyla sınırlı olmak üzere dikkate alınabilmelidir.

c. Türk Kamu Düzenine Aykırılık Sonucu Evlenmenin Geçersizliğinin Müeyyidesine Uygulanacak Hukuk

Evlenme yaşına uygulanacak yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasının somut sonuçları itibarıyla çocuk yaşta bir evliliğin tanınmasının MÖHUK m 5 uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine karar verilmesi ve Türk hukukunda bu evlenmeye geçerlilik tanınmaması halinde, evlenmenin geçersizliğinin müeyyidesinin hangi hukuka göre belirleneceğine de karar vermek gerekmektedir.

Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde, görüş birliği ile kabul edildiği üzere, evlenme ehliyet ve şartlarına aykırılığın müeyyidesini ihlal edilen ülke hukuku tayin edecektir. Buna göre; evlenme yaşına hangi hukuk uygulandı ise, asgari evlenme yaşına uymamanın, yokluk, mutlak butlan veya nisbi butlanla mı hükümsüz sayılacağına ve bu müeyyidenin sonuçlarına da aynı hukukun uygulanması esastır¹⁴². O halde yetkili yabancı hukukun evlenme yaşına ilişkin hükümlerinin somut olayda Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuçlar yarattığı gerekçesiyle uygulanmaması neticesinde olaya hangi hukuk uygulanarak evlenmenin geçersiz olduğuna karar verilecek ise, geçersizliğin türü ve sonuçlarına da aynı hukuk uygulanmalıdır.

Bu noktada tartışma, yetkili yabancı hukukun ilgili hükümlerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğuna karar verildiği hallerde, yabancı hukuk yerine doğrudan Türk hukukunun mu (*lex fori*) uygulanacağı yoksa öncelikle yetkili yabancı hukuka (*lex causae*) başvurularak o hukuk içinde bir çözüm mü aranması gerektiğine ilişkindir. Dolayısıyla tartışmanın kaynağı, kamu düzenine aykırılık müdahalesinin *olumsuz etkisine* bağlanan sonuçlara ilişkin görüş ayrılıklarıdır¹⁴³.

Birinci görüşe göre¹⁴⁴; yetkili yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmaması halinde kamu düzeni ihlal edilen hukuk (*lex fori*) uygulanmalıdır. Zira yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmamasına karar verilmesi ile aslında dava, kamu düzeni ihlal edilen hukuka göre bir hukuki çözüme kavuşarak sona ermiştir. Misalen; Suriye hukukunda 13 yaşını tamamlayan kız çocuklarının evlenmesine imkân veren kuralın somut

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz Sayman (n 69) 193 vd; Uluocak (n 69) 64; Tekinalp ve Uyanık (n 69) 149; Nomer (n 69) 239; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 133; Çelikel ve Erdem (n 69) 233; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 330-331.

¹⁴³ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Sayman (n 69) 194-195; Nomer (n 69) 180-181; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 253-254.

¹⁴⁴ Sayman (n 69) 194-195; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 92.

olaydaki neticeleri Türk kamu düzenine aykırı görülerek uygulanmadığında; aslında, Türk hukukunun öngördüğü, evlenmenin geçersiz olduğu yönündeki hukuki çözüm kendiliğinden doğmaktadır. Hukuki çözüme ulaşıldığının kabulü için, kamu düzeni ihlal edilen Türk hukukunda yer alan kanun maddelerinden birinin açık olarak uygulanması gerekmemektedir.

Delaysıyla birinci görüş benimsendiğinde; MÖHUK m 5 kapsamında yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün somut sonucu olarak evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine karar verilmesi ve Türk hukukunda bu evlenmeye geçerlilik tanınmaması halinde, evlenmenin geçersizliğinin müeyyidesi Türk hukukuna (*lex fori*) göre belirlenmelidir. Bu sonuç, evlenmenin geçerlilik şartıyla, bu şarta uymamanın müeyyidesinin aynı hukuk hükümlerine tabi olması kuralını da zedelememektedir. Zira bu görüşe göre, yabancı hukukun uygulanması, kamu düzenine aykırı olmamasına bağlı olduğundan, evlenmenin geçerlilik şartına da aslında Türk hukuku uygulanmış olmaktadır¹⁴⁵. Buna göre; tanıma anında eşlerden birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu Suriye hukukuna göre yapılmış bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğine karar verilmesi halinde, Türk hukukundaki müeyyide uygulanacak ve bu evlilikler Yargıtay içtihatlarına göre, “yok hükmünde” kabul edilecektir.

İkinci görüşe göre ise¹⁴⁶; yetkili yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmaması halinde, ortaya bir boşluk çıkmaktadır. Zira henüz daha herhangi bir hukukta yer alan maddi hukuk kurallarına göre olay çözüme ulaşmış değildir. Sadece kamu düzeni ihlal edilen hukukun temel hukuk prensipleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonuçlar o devletin kamu düzenine aykırı görülmüştür. Bu sebeple, yabancı hukukun ilgili kurallarının uygulanması engellenmiştir. Esas olan yetkili yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanması olduğundan; bu boşluk öncelikle yetkili yabancı hukukun (*lex causae*) hükümleriyle doldurulmaya çalışılmalıdır. Yabancı hukukta kamu düzenini ihlal eden hükmü telafi edebilecek, “intibak” edilebilecek başka bir hüküm var ise o hüküm uygulanarak hukuki çözüme ulaşılmalıdır. Ancak yetkili yabancı hukukta olaya ilişkin tüm hükümler bütünü ile kamu düzenini ihlal ediyorsa, bu durumda kamu düzeni ihlal edilen hukukun (*lex forin*) uygulanması söz konusu olabilecektir.

2018 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararında da, kamu düzeni müdahalesinde bu görüş benimsenerek, Alman kamu düzenine aykırılık olup olmadığına karar verilirken; Suriye hukukunun 13 yaşında kız çocuklarının evlenmesine imkân veren hükmünün uygulanmaması neticesinde ortaya çıkan boşluğu doldurmak üzere, önce Suriye hukukuna gidilmiş; Suriye hukukunda asgari evlenme yaşına aykırılık halinde

¹⁴⁵ Sayman (n 69) 193-194.

¹⁴⁶ Nomer (n 69) 181-182.

evlenmenin müeyyidesine bakılmış ve iptal edilebilirlik müeyyidesinin Alman hukukunda (eski BGB § 1314) öngörülen müeyyide ile paralel olduğu gerekçesiyle Suriye hukukunun ilgili hükmünün uygulanmasının somut sonuçlarının Alman kamu düzenini ihlal etmediğine karar verilmiştir¹⁴⁷.

Dolayısıyla, ikinci görüş benimsendiğinde; MÖHUK m 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukta yer alan evlenme yaşına ilişkin hükümlerin olaya uygulanmasının somut sonucu olarak evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine karar verilmesi halinde, evlenmenin geçersizliğinin müeyyidesi, öncelikle yetkili yabancı hukuka (*lex causae*) göre belirlenecektir. Bu durumda da, evlenmenin geçerlilik şartıyla, bu şarta uymamanın müeyyidesinin aynı hukuk hükümlerine tabi olması kuralı zedelenmemektedir. Zira bu görüşe göre, yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmaması neticesinde, henüz hâkim herhangi bir maddi hukuk kuralını uygulayarak hukuki çözüme ulaşmış değildir. Yetkili yabancı hukukta (*lex causae*), asgari evlenme yaşına uyulmaması halinde evlenmenin geçersizliğini öngören, boşluğu doldurabilecek bir yabancı hukuk kuralının bulunması halinde; geçerlilik şartıyla bu şarta uymamanın müeyyidesine aynı hukuk (*lex causae*) uygulanmış olmaktadır¹⁴⁸.

İkinci görüşe göre; tanıma anında eşlerden birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu Suriye hukukuna göre yapılmış bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiğine karar verilmesi halinde, öncelikle Suriye hukukuna bakılacaktır. Suriye hukukunda, asgari evlenme yaşına (kız çocukları için 13 yaş, erkek çocukları için 15 yaş) uyulmaması halinde evlenmenin “iptal edilebilir” olduğu ve evlenme iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurduğu kabul edilmektedir (SDDK m 47-51)¹⁴⁹. Türk hukukunda ise, böyle evlilikler, Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ile “yok” hükmünde kabul edilmekte ve yokluğun sonuçları evlenme anından itibaren etkisini göstermektedir. Bu nedenle, bu noktada, Türk hâkimince, Suriye hukukunda asgari evlenme yaşına uyulmaksızın yapılan evlenmeler için öngörülen “iptal edilebilirlik” müeyyidesinin de, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bu hususta kanaatimizce, yine “çocuğun üstün menfaatinin” gözetilmesinin gereği olarak, tercih, mağdur olan çocuğun geçersiz evlilik sebebiyle elde ettiği hakları ileri sürebilmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Bunu sağlayacak olan da, evlenmenin geçersiz olduğu yönündeki karar verilinceye kadar evlenmenin geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurmasına imkân veren Suriye hukukundaki “iptal edilebilirlik” müeyyidesidir. Bu bakımdan, “çocuğun üstün menfaatinin korunması” ilkesi gereği,

¹⁴⁷ BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 16-17, para 38.

¹⁴⁸ Sayman (n 69) 197.

¹⁴⁹ Bkz OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16, para 25; BGH, Beschluss vom 14.11.2018 - XII ZB 292/16, para 15.

Suriye hukukundaki “iptal edilebilirlik” müeyyidesinin Türk kamu düzenine açık bir aykırılık oluşturmadığı kabul edilmeli ve evlenmenin geçersizliğinin müeyyidesine ve sonuçlarına Suriye hukuku uygulanmalıdır. Bu sonuç, AKPM’nin, 2015 tarihli Tavsiye Kararında dikkat çektiği; mağdur çocuk tarafından başka türlü ileri sürülemeyecek evlenmenin sonuçlarına ilişkin hakların güvence altına alınabilmesi amacıyla, evliliğin tanınmasının “çocuğun üstün menfaati”ne olduğu hallerde, yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliklere geçerlilik tanınması tavsiyesi ile de bağdaşmaktadır¹⁵⁰.

Görüldüğü üzere; kamu düzenine aykırılık müdahalesinin *olumsuz etkisine* bağlanan sonuçlara ilişkin olarak; yetkili yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmaması halinde, *lex forin*in uygulanması yönündeki birinci görüş benimsendiğinde; tanınması kamu düzenine açıkça aykırı bulunan çocuk yaşta evlenmeler, Türk hukukunun uygulanması sonucu “yok” hükmünde kabul edilecektir. Yetkili yabancı hukuk kuralının kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmaması halinde, öncelikle yabancı hukuka başvurulması yönündeki ikinci görüş benimsendiğinde ise, tanınması kamu düzenine açıkça aykırı bulunan çocuk yaşta evlenmeler bakımından, yabancı hukukta öngörülen müeyyide ile Türk hukukunda öngörülen müeyyide arasında, “çocuğun üstün menfaati” göz önünde bulundurularak bir tercih yapılması imkânı doğmaktadır¹⁵¹.

Nitekim MÖHUK m 5 hükmünün, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün somut sonuçlarının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması ve söz konusu yabancı hukuk kuralının uygulanmadığı durumda, Türk hukukunun, *gerekli görülen* hallerde uygulanacağına ilişkin düzenlemesi, ikinci görüşün benimsendiğini ifade etmeye yöneliktir. Hükümde, *gerekli görülen hallerden* kasıt, Türk kamu düzeni müdahalesi ile yetkili yabancı hukuk kuralının uygulanmasının engellenmesi sonucu ortaya çıkan boşluğu doldurmak üzere, yetkili yabancı hukukta Türk kamu düzenini ihlal etmeyecek herhangi bir hukuki çözümün bulunmadığı hallerdir¹⁵². Kamu düzeni

¹⁵⁰ PACE ‘Resolution on Forced Marriages and Child Marriages 2005’ (n 12) para 14.

¹⁵¹ *Sayman*; evlenmenin geçerliliğine uygulanacak hukukta, eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukuku olarak aynı anda iki farklı hukukun uygulanmasının gerektiği hallerde, her iki hukukta da evlenmenin geçersizliği için aynı hukuki müeyyide öngörülmüşse, bu durumda, evlenmenin tarafı olan eşlerin kendi aralarında ve üçüncü kişilerle giriştikleri ilişkilerden doğan menfaatlerin korunması için, evlenmeyi baştan itibaren hükümsüz kılan hukukun değil, geçersizliğine ilişkin kararın verildiği andan itibaren hükümsüz kılan hukukun tercih edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz Sayman (n 69) 269. Kanaatimizce, *Sayman*’ın, evlenmenin ehliyet ve şartlarına iki ayrı hukukun uygulanması ve iki hukukta da aynı ağırlıktaki müeyyidenin farklı sonuçlara sebebiyet vermesi halinde, somut olay adaletini ve evlenmenin doğasını gözetenerek yaptığı bu tercih, kamu düzenine aykırılık müdahalesinin sonuçlarında da gözetilmelidir.

¹⁵² Aynı yönde bkz Nomer (n 69) 182; Akıncı ve Gökyayla (n 69) 8. *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe*; MÖHUK m 5 hükmünün lafzının bu yönde olduğunu belirtmekle birlikte; yabancı hukukun Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiği durumlarda, uygulanması engellenen yabancı hukuk yerine “gerekli olduğunda” Türk hukukunun uygulanacağını söylenmesinin, esasen gerçekçi olmadığı, pratikte yabancı hukukun engellendiği her durumda, yabancı hukuka tekabül eden Türk maddi hukuk kaideleri uygulanarak davanın karara bağlandığını ifade etmektedir. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 69) 91. *Doğan* da; günümüzde karşılaştırmalı hukukta, kamu düzeninin menfi etkisinin ve menfi etki sonucu bir boşluğun ortaya çıkması halinde müspet etkisinin kabul edildiğini; yetkili yabancı hukukun olaya uygulanması sonucu kamu düzenine aykırılık gereği o hükümlerin uygulanmasından vazgeçilmesi halinde bir boşluk ortaya çıkar ise hâkimin kendi hukukunu uygulayarak boşluğu doldurmasının kabul edildiğini ifade etmektedir. Bkz Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 69) 255.

müdahalesi sonucu Türk hukukunun uygulanmasının *gerekli görülmeyeceği haller* ise, işte çalışmamızda ele aldığımız, asgari evlenme yaşına uyulmamasına ilişkin olarak yetkili yabancı hukukta bir hukuk çözüm veya müeyyidenin benimsenmiş olduğu ve bu müeyyidenin de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği durumlardır.

Netice itibariyle, kanaatimizce, MÖHUK m 5 hükmü gereğince, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce Suriye hukukuna göre yapmış oldukları çocuk yaşta evliliklerin Türkiye’de tanınmasında; tanıma (iptal davası) anında eşlerden biri 16 yaşını doldurmamışsa ve Türk hâkimince, bu evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenini açıkça ihlal ettiği değerlendirilmişse, bu evlenmenin geçersizliğinin türü ve sonuçlarına yetkili yabancı hukuk olan Suriye hukuku uygulanmalı ve evlenmenin “iptal edilebilir” olduğu değerlendirilmez. “İptal edilebilirliğin” türü olarak ise; Suriye hukukunda, eşlerin veya onların yasal temsilcilerinin iptal talebi olmaksızın, bir kamu makamı olarak Şeriat mahkemelerinin re’sen evliliğin tescilini reddetmek suretiyle evlenmenin hükümsüzlüğüne karar verebilmesi itibariyle, kanaatimizce, “iptal edilebilirliğin” türü “mutlak butlan” olarak nitelendirilmeli¹⁵³ ve iptal davası açma şartları Türk Medeni Kanunu’ndaki evlenmenin “mutlak butlanı”na ilişkin hükümlere tabi olmalıdır.

Uygulamada; yabancılar tarafından yabancı hukuka göre yapılmış bir çocuk yaşta evliliğin geçerliliğinin mahkeme önüne gelebilmesi; evliliği yapmış olanların kendileri, yasal temsilcileri veya ilgili kişilerce iptal davası açılmadıkça, ancak resmi makamlarca durumun tespiti halinde mümkün olacaktır. Uluslararası koruma başvuruçuları veya geçici korumaya tabi Suriyeliler bakımından ilk olasılık, koruma bulmak amacıyla Türkiye’ye girdikleri ve resmi makamlara başvurdukları anda çocuk yaşta evlilik vakasının tespit edilmesidir. Ancak, özellikle geçici koruma altındaki Suriyeliler kitlesel şekilde giriş yaptıkları ve şahsi bilgileri bakımından beyan esasına göre kayıt yapıldığı için, Türkiye’ye giriş yaptıkları sırada çocuk yaşta evlilik vakaları tespit edilememiş olabilir. Bu durumda, ikinci ve uygulamada en sık rastlanan olasılık, gebelik veya doğum sırasında bir sağlık merkezine başvurulması ile çocuk yaşta evlilik vakasının tespit edilmesidir. Her iki olasılıkta da, durumu tespit eden makamlarca, Cumhuriyet Başsavcılığına bildirim yapılacaktır. Bildirim üzerine, kanaatimizce, yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliğin müeyyidesi “mutlak butlan” olduğundan, Cumhuriyet savcılıklarınca evlenmenin iptali davası açılmalıdır.

İptal davasında, yabancı hukuka tabi bir evlenmenin Türk hukukuna göre geçerli olup olmadığının tespitinde, kanaatimizce, tarafların “iptal davası (tanıma) anındaki” yaş durumlarına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dava sırasında, eşlerden her ikisi de 16 yaşını doldurmuş ise ve somut olayda zorla evlendirme bulgusu yoksa, kanaatimizce, kamu düzenine aykırılık sebebiyle evlenmenin

¹⁵³ Bkz yukarıda (n 113).

butlanına hükmedilmemelidir. Zira Türk hukukunda, hakim kararıyla istisnai bir şekilde de olsa 16 yaşını doldurmuş olanların evlenmesine imkan tanınmış olması karşısında, yabancı hukuka göre yapılmış bu yaştaki evliliklerin Türk kamu düzenini tahammül edilemeyecek derecede açık bir şekilde ihlal ettiğini ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Eşlerden biri, 16 yaşını doldurmamış ise, bu durumda, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesi, yukarıda açıkladığımız esaslar çerçevesinde “çocuğun üstün menfaati” gözönünde bulundurulacak yapılmalıdır. Bununla birlikte, eşlerden biri, henüz 15 yaşını doldurmamış ise, kanaatimizce, böyle bir evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenini ihlal edip etmediği, TCK m 103(a) uyarınca “çocuğun cinsel istismarı” suçu gözönünde bulundurulacak yapılmalı ve “çocuğun cinsel istismarı” suçunu teşkil eden bu evlenmenin mutlak butlanına hükmedilmelidir¹⁵⁴.

3. Türk Kamu Düzenine Aykırılık Gereğiyle Çocuk Yaşta Evliliklerin Tanınmamasının Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Geçici koruma altındaki Suriyelilerin, Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları çocuk yaşta evliliklerin tanınmasının Türk kamu düzenine aykırılık gereğiyle reddinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁵⁵ (AİHS) çerçevesinde, “aile hayatına saygı hakkının korunması” yükümlülüğünün bir ihlal teşkil edip etmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

“Aile hayatına saygı hakkının korunması”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. ve 12. maddeleri¹⁵⁶ çerçevesinde sağlanmakta ve esasen AİHS m 8 bu hakkın korunması bakımından temeli oluşturmaktadır. AİHS m 8 kapsamında “aile hayatına saygı hakkı”nın değerlendirilmesinde, ilk olarak, “aile” kavramının tanımının yapılması gerekmektedir. Zira aile hayatının korunması için öncelikle bir “aile hayatı”nın varlığı gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM), “aile hayatına saygı hakkının korunması” ile ilgili yerleşik içtihatlarına bakıldığında; “aile hayatı”nın var olup olmadığının, “*fiiliyatta yakın kişisel bağların bulunmasına bağlı olgusal bir mesele*” olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁵⁷. Bu sebeple; AİHS m 8 anlamında “aile hayatı”, gerçek ve hukuka uygun olarak kurulmuş bir evlilikteki evli çiftlerin yanı sıra, evlilik dışı yaşam birlikliklerini de kapsamına almaktadır¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Bkz yukarıda III(B)(2)(b).

¹⁵⁵ European Convention on Human Rights, 04.11.1950. RG. 19.03.1954-8662.

¹⁵⁶ AİHS m 8/1 uyarınca; “(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”. AİHS m 12 uyarınca ise; “evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir”.

¹⁵⁷ *K and T v Finland* [GC] App No 25702/94 (ECHR, 12 July 2001) para 150. Ayrıca bkz Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011) 264; Wijffelman (n 44) 114.

¹⁵⁸ *Keegan v Ireland* App No 16969/90 (ECHR, 26 May 1994) para 44; *Al-Nashif v Bulgaria* App No 50963/99 (ECHR, 20 June 2002) para 112.

Evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin “aile hayatı” kapsamında değerlendirilebilmesi için bazı ölçütler aranmaktadır. Bu ölçütler; birlikte yaşama, birlikteliğin süresi ve çiftin birbirlerine karşılıklı olarak, çocuk sahibi olmak veya başka bir yolla bağlılıklarını göstermeleri olarak sıralanmaktadır. Bu itibarla, hukuken geçersiz bir evlilikteki çiftler arasındaki ilişkinin, yukarıda sayılan ölçütlere sahip bulunması halinde, AİHS m 8 kapsamında bir “aile hayatı”nın varlığı söz konusu olacaktır¹⁵⁹.

Bununla birlikte; AİHS m 8 uyarınca “aile hayatına saygı hakkı”, mutlak nitelikte olmayıp, sınırlanabilir niteliktedir. Aile hayatına saygı hakkına getirilebilecek sınırlama koşulları ise AİHS m 8/2’de düzenlenmiştir¹⁶⁰. Buna göre; “aile hayatına saygı hakkı”na bir kamu makamı tarafından müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için; müdahalenin, (1) yasayla öngörülmüş olması, (2) meşru bir amaca yönelik olması ve (3) demokratik bir toplumda gerekli olması, daha açık bir ifadeyle, müdahalenin izlenen meşru amaç ile “ölçülü” olması gerekmektedir¹⁶¹. AİHS m 8/2’de, yasayla öngörülecek ölçülü müdahalenin yönelebileceği meşru amaçlar ise; ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sayılmıştır.

AİHM kararlarında ifade edildiği üzere, AİHS m 8’in ana amacı, bireyin, kamu makamlarının keyfi ve ölçüsüz müdahalelerine karşı korunmasıdır. Ancak bu negatif yükümlülük yanında, kamu makamlarının aile hayatına etkin saygı kapsamında pozitif yükümlülükleri de mevcuttur. Söz konusu pozitif yükümlülük, kamu makamlarının, bireyin “aile hayatına saygı hakkı”nı güvence altına alacak gerekli önlemleri alıp almadığına ilişkindir¹⁶². Her iki yükümlülük kapsamında da, bireyin menfaatleri ile kamu menfaatleri arasındaki adil dengenin sağlanması gerekmektedir¹⁶³. Bunun yanında, her iki yükümlülük kapsamında da, taraf devletlerin müdahalenin gerekliliği noktasında belirli bir takdir marjının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴. Devletlerin ekonomik, mali ve sosyal politikalarının uygulanması sonucu olan müdahalelerin gerekliliği noktasında ise, demokratik bir toplumda bu konularla ilgili olarak derin görüş ayrılıkları bulunabileceğinden, taraf devletlerin daha geniş bir takdir marjına

¹⁵⁹ Arslan Öncü (n 157) 265; Wijffelman (n 44) 114. Ayrıca bkz *X, Y and Z v the United Kingdom* App No 21830/93 (ECHR, 22 April 1997) para 36; *Kroon and Others v the Netherlands* App No 18535/91 (ECHR 27 October 1994) para 30.

¹⁶⁰ AİHS m 8/2: “(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

¹⁶¹ Arslan Öncü (n 157) 356-357.

¹⁶² Wijffelman (n 44) 115. Ayrıca bkz *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom* App No 9214/80, 9473/81, 9474/81 (ECHR, 28 May 1985) para 67.

¹⁶³ Arslan Öncü (n 157) 375-378; Wijffelman (n 44) 116. Ayrıca bkz *Rodrigues Da Silva v The Netherlands* App No 50435/99 (ECHR, 31 January 2005) para 39.

¹⁶⁴ Arslan Öncü (n 157) 378-384. Ayrıca bkz *Hokkanen v Finland* App No 19823/92 (ECHR, 23 September 1994) para 55.

sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁶⁵. Evlenmenin şartlarına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler de, Devletlerin sosyal politikaları kapsamında olduğundan, bu düzenlemeler ile “aile hayatına saygı hakkı”na müdahalenin gerekliliği konusunda, devletlerin daha geniş bir takdir marjına sahip oldukları değerlendirilmektedir¹⁶⁶.

Bu çerçevede; yabancı bir ülkede yabancı hukuka göre geçerli bir şekilde gerçekleştirilmiş çocuk yaşta evliliğin, MÖHUK m 5 uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırı görülerek tanınmamasının, “aile hayatına saygı hakkı”na bir ihlal teşkil edip etmediği iki aşamada değerlendirilmelidir. İlk aşamada; Türkiye dışında yabancı bir hukuka tabi olarak yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanınmamasının AİHS m 8 ve m 12 kapsamında bir ihlal teşkil edip etmediğinin belirlenmesi; ikinci aşamada ise, çocuk yaşta evliliklerin tanınmaması üzerine alınacak tedbirlerin AİHS m 8 kapsamında ihlal teşkil edip etmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Türkiye dışında yabancı bir hukuka tabi olarak yapılan çocuk yaşta evliliklerin kamu düzenine aykırılık mülahazasıyla tanınmamasının, AİHS m 8 ve m 12 kapsamında bir ihlal teşkil edip etmediği konusunda; AİHM’in Şerife Yiğit v Turkey kararındaki değerlendirmelerinin oldukça yol gösterici olduğu kanaatindeyiz. Kararda, AİHM, Türkiye’de gerçekleştirilen evlilikler bakımından dini nikâhı hukuken geçersiz kabul eden Türk Medeni Kanunu’nda yer alan yasal düzenlemeler sebebiyle, dini nikâh ile resmi nikâhın sonuçları bakımından farklı muameleye tabi olmasının, AİHS m 14 uyarınca ayrımcılık yasağını ve AİHS m 8 uyarınca aile hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemelerin yasal ve meşru amaca yönelik ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediği hususundaki değerlendirmesinde; öncelikle, evliliğin maddi ve şekli geçerlilik şartlarına ilişkin düzenlemelerin, devletlerin sosyal politikaları kapsamında olması itibarıyla, taraf devletlerin, düzenlemelerin gerekliliği hususunda geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını hatırlatmıştır. Devamında Mahkeme; çok eşliliğin yasaklanması ve asgari evlenme yaşının ihdas edilmesi gibi Türk Medeni Kanunu’nda yer alan evlenmenin geçerlilik şartlarına ilişkin düzenlemelerin, toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik, kadınları koruyan hükümler olmaları sebebiyle, kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarına yönelik, ölçülü düzenlemeler olduğu ve bu bakımdan AİHS m 8 ve 14 kapsamında bir ihlale yol açmadığı sonucuna varmıştır¹⁶⁷.

AİHM, *ZH and RH v İsviçre* kararında da¹⁶⁸; evlenme anında 14 yaşında olan Afgan uyruklu bir kız çocuğunun evliliğinin tanınması talebinin, İsviçre kamu

¹⁶⁵ Takdir marjının göreliliği konusunda bkz Arslan Öncü (n 157) 382; *Şerife Yiğit v Turkey* [GC] App No 3976/05 (ECHR, 2 November 2010) para 99.

¹⁶⁶ *Şerife Yiğit v Turkey* [GC] App No 3976/05 (ECHR, 2 November 2010) para 99.

¹⁶⁷ *Şerife Yiğit v Turkey* [GC] App No 3976/05 (ECHR, 2 November 2010) para 81-81, para 99. *Şerife Yiğit* kararı ve medeni olmayan evliliklere ilişkin diğer AİHM kararları hakkında ayrıca bkz Ekşi, *Medeni Olmayan Evlilikler* (n 112) 96-100.

¹⁶⁸ *ZH and RH v Switzerland* App No 60119/12 (ECHR, 8 December 2015).

düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle, İsviçre Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht/Swiss Federal Administrative Court*) tarafından reddedilmesinin, AİHS m 8 kapsamında ihlal teşkil ettiği iddiasına yönelik başvuruyu incelemiş ve kararında; AİHS m 8 ve AİHS m 12'nin, taraf devletlere 14 yaşındaki bir çocuğun evliliğini tanıma yükümlülüğü getirdiği yönünde yorumlanamayacağını; AİHS m 12'nin açıkça taraf devletlerin milli hukuklarında asgari evlenme yaşına ilişkin düzenleme yapma imkânı sunduğunu ve çocuğun korunması ve güvenli aile ortamının teşvik edilmesi kapsamında, toplumun ihtiyaçlarını en iyi şekilde değerlendirecek ve bu ihtiyaçlara en iyi şekilde cevap verebilecek taraf devlet makamları yerine karar alma konusunda Mahkemenin çekimser kalması gerektiğini ifade ederek bir ihlal olmadığına hükmetmiştir¹⁶⁹.

AİHM'in bu kararları ışığında; kanaatimizce, Türkiye dışında yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliklerin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle Türkiye'de tanınmaması, AİHS m 8 ve m 12 uyarınca “aile hayatının korunması hakkı” kapsamında bir ihlal teşkil etmeyecektir.

Diğer taraftan; Türkiye dışında yabancı hukuka tabi olarak yapılan çocuk yaşta bir evliliğin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanınmaması, her ne kadar AİHS m 8 ve m 12 kapsamında bir ihlal teşkil etmese de; böyle bir evliliğin geçersiz olması, fiili birliktelik içerisinde bulunan çiftin bir “aile hayatı” olup olmadığı sorusunu ortadan kaldırmamaktadır¹⁷⁰. Zira “aile hayatı”nın varlığı hukuken geçerli yasal bir evliliği şart koşmamakta; evlilik dışı yaşam birliktelikleri de, AİHM kriterlerini sağladığı ölçüde “aile hayatı” olarak değerlendirilebilmekte ve AİHM m 8 kapsamında “aile hayatına saygı hakkı” korumasından yararlanabilmektedir. Bu nedenle; Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle tanınmayan ve geçersiz kabul edilen, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye'ye gelmeden önce Suriye hukukuna göre yaptıkları çocuk yaşta evlilik çerçevesindeki birliktelikler de, AİHM kriterleri dâhilinde “aile hayatı” sayılabilecektir.

Bu bağlamda; *yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliklerin tanınmaması üzerine alınacak tedbirler de, AİHS m 8 kapsamında aile hayatına saygı hakkının korunması denetimine tabi olacaktır.* Zira evliliğin geçersiz sayılması üzerine, Türk mahkemelerince, özellikle mağdur çocuk hakkında verilecek koruma kararları, “aile hayatına saygı hakkı”na müdahale teşkil edecektir. Bu itibarla, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu¹⁷¹ ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun¹⁷² kapsamında aile hayatına müdahale niteliğindeki

¹⁶⁹ *ZH and RH v Switzerland* App No 60119/12 (ECHR, 8 December 2015), para 44.

¹⁷⁰ Concurring Opinion Of Judge Nicolaou, *ZH and RH v Switzerland* App No 60119/12 (ECHR, 8 December 2015) 15.

¹⁷¹ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

¹⁷² Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 6284, Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239.

söz konusu koruma tedbirlerinin; mümkün olduğunca, çocuğun, kamunun ve kamu sağlığının korunması meşru amaçlarının sağlanması bakımından “ölçülü” olmasına ve “aile hayatına saygı hakkının korunması” yükümlülüğüne bir ihlal teşkil etmeyecek nitelikte olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda; kanaatimizce; özellikle, anne olan çocuk ile bebeğinin ayrılmasına yol açmayacak, baba ile çocuğun etkin kişisel ilişki kurma hakkını tesis edecek ve anne ile babanın belirli şartlar çerçevesinde görüşmelerini temin edecek nitelikte tedbirlerin alınması yerinde olacaktır.

Sonuç

Türkiye çocuk yaşta evlilik uygulamasına karşı hükümler getiren, milletlerarası sözleşmelere ve Avrupa Konseyi’ne taraf bir devlet olması itibarıyla, Türkiye’de bulunan Suriyeli çocuklar bakımından da, çocuk yaşta evlilik uygulamasına karşı her türlü önlemi alma yükümlülüğündedir. Ancak, Suriyelilerin 2011’den itibaren kitlesel akın ile Türkiye’ye giriş yapmış olmaları ve bu sebeple geçici koruma altına alınan bu kişilerin medeni halleri ve nüfus bilgilerinin beyana dayalı olması, Avrupa örneklerindeki aksine, çocuk yaşta evliliklerle ilgili tam bir veri ve bilgiye sahip olunmasını engellediği gibi; mağdur çocuklara yönelik gerekli koruma tedbirlerinin alınmasını da engellemektedir. Dolayısıyla kanaatimizce, Türkiye’de Suriyelilerce gerçekleştirilen çocuk yaşta evliliklerle mücadelede ilk adım, bu verilerin sağlıklı bir şekilde toplanması ve mağdur çocuklara ulaşılması olmalıdır. İkinci adım ise, geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türk toplumuna ve Türk hukukuna uyumlarının sağlanmasıdır. Bu kapsamda, toplumsal mağduriyetlerin önlenmesi adına, Türk hukukundaki evlenme, boşanma, nafaka ve velayet gibi aile hukukunun temel meselelerine ilişkin Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümleri konusunda bilgilendirilmelerinin sağlanması gerekmektedir.

Çocuk yaşta evliliklerle mücadelede bir diğer yöntem normatif düzenlemelerdir. Tüm dünyada iltica hareketlerinin artması sebebiyle, çocuk yaşta evliliklerle mücadele etmek üzere, evlenme yaşına ve yabancı ülkede yapılan çocuk yaşta evliliklerin tanınmamasına yönelik mevzuat değişiklikleri tartışılmaktadır. Çalışmamızda bu kapsamda, İsviçre, Hollanda ve Alman hukuklarında bu yönde getirilen mevzuat değişiklikleri incelenmiştir. Bu bağlamda; kanaatimizce, İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk Medeni Kanununda da değişikliklere gidilerek; asgari evlenme yaşının istisnasız olarak 18 yaşa yükseltilmesi ve 18 yaş altı evliliklerin “mutlak butlan” sebepleri arasında açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Yapılacak değişiklikte; İsviçre ve Alman hukuklarındaki gibi, “çocuğun üstün menfaati”nin evliliğin devamını mecbur kılması halinin bir istisna olarak yer alması da, Türkiye’nin Avrupa Konseyi üyesi ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne taraf bir ülke olması itibarıyla uygun olacaktır.

Yabancı ülkede yabancı hukuka göre yapılan çocuk yaşta evliliklerin Türk hukukunda tanınmasını engellemeye yönelik herhangi bir değişikliğe ise kanaatimizce gerek bulunmamaktadır. Zira İsviçre, Hollanda ve Alman hukuklarında, evlenme ehliyet ve şartlarının; yurt içinde yapılan evliliklerde, “eşlerin milli hukuku” yerine “evlenmenin yapıldığı ülke hukuku”na tabi kılınmasına ve yurt dışında yapılan evliliklerde, çocuk yaşta evliliklerin tanınmamasına yönelik getirilen genel yasaklayıcı düzenlemelerle dolaylı olarak *lex fori*ye tabi kılınmasına ilişkin düzenlemeler, uygulanacak hukukta “kamu düzenine aykırılık” değerlendirmesini işlevsiz hale getiren düzenlemelerdir. Halbuki; yetkili yabancı hukukun uygulanmasında, her bir somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapma imkanı sunan “kamu düzenine aykırılık” istisnası, çocuk yaşta evliliklerde, “çocuğun üstün menfaati”nin gözetilmesine imkan vermektedir. Çocuklarla ilgili her uyuşmazlıkta “çocuğun üstün menfaati”nin korunması ise, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde her taraf devlete getirilen bir yükümlülüktür. Bu itibarla, kanaatimizce, “çocuğun üstün menfaati”nin gözetilmesi ve korunmasını sağlayan “kamu düzenine aykırılık” müdahalesi, çocuk yaşta evliliklerle mücadelede kanunlar ihtilafı hukuku bakımından en uygun hukuki araçtır.

Bu kapsamda, Türk hukukunda, yabancı ülkede yetkili yabancı hukuka tabi olarak yapılmış çocuk yaşta evliliklerin tanınmasında; Türk hukukunda istisnai de olsa 16 yaşını doldurmuş olanların evlenmesine imkan tanındığından, “kamu düzenine aykırılık” değerlendirmesi, kanaatimizce, tanıma (iptal davası) anında eşlerden en az birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu evliliklerin tanınması bakımından söz konusu olmalı; tanıma anında eşlerin her ikisi de 16 yaşını doldurmuş ise, böyle bir evliliğin tanınması Türk kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmemelidir.

Tanıma anında eşlerden birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu evlenmeler bakımından ise; asgari bir yaş sınırı çizilmemelidir. Bu evlenmelerin tanınmasında yapılacak Türk kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, Türk toplumunun değerleri, Türk aile yapısı, kamu sağlığı, bireyin maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin korunması ile “çocuğun üstün menfaati”nin korunması arasında bir denge sağlanmalıdır. Özellikle mağdur çocuğun şahsi gelişimi ve üstün menfaati göz önünde bulundurularak evliliğin geçerliliği hakkında bir karar verilmeli ve bu anlamda somut olayda daha büyük mağduriyetlere sebebiyet verilmemelidir. Diğer taraftan; Türk Ceza Kanunu m 103(a) uyarınca “çocuğun cinsel istismarı” bakımından öngörülmüş olan 15 yaş sınırı da bu değerlendirmede göz önünde bulundurulmalı ve kanaatimizce, tanıma (iptal davası) anında eşlerden birinin 15 yaşını doldurmamış olması halinde, böyle bir evliliğin tanınması Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği değerlendirilen çocuk yaşta evliliklerin geçersizliğine ve bu geçersizliğin müeyyidesi ile sonuçlarına; MÖHUK m

5 uyarınca, öncelikle yetkili yabancı hukukta bu yönde öngörülen kurallar var ise onlar uygulanmalı; yetkili yabancı hukukun evlenme yaşına ilişkin tüm hükümleri Türk kamu düzenine aykırı ise, örneğin, yetkili yabancı hukukta herhangi bir asgari evlenme yaşı veya buna ilişkin bir müeyyide öngörülmemişse, o halde Türk hukuku uygulanmalıdır.

Kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanınmayan ve geçersiz olduğuna karar verilen yabancı hukuka tabi çocuk yaşta evliliklerde, AİHS m 8 kapsamında bir “aile hayatı” bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Somut olayda bir “aile hayatı” mevcut ise, çocuk mağdur hakkında Türk hukuku çerçevesinde alınacak koruma tedbirlerinin, “aile hayatına saygı hakkı”na ihlal teşkil etmeyecek “ölçülülük” ve nitelikte olmasına dikkat edilmelidir.

Geçici koruma altındaki Suriyeliler özelinde ise; kanaatimizce, bu kişiler, “vatandaşı oldukları devletin diplomatik himayesinden yararlanmayan kişiler” olarak MÖHUK m 4/1(a) kapsamında kabul edilmeli ve evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukta, Türkiye içinde ve Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları evlilikler arasında ikili bir ayrıma gidilmelidir. *Türkiye’de iken yaptıkları evliliklerde*, MÖHUK m 13/1 uyarınca evlenme ehliyet ve şartlarına ve dolayısıyla evlenme yaşına, “eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukuku” olarak, Suriyeli eş bakımından, MÖHUK m 4/1(a) gereği Türk hukuku uygulanmalıdır.

Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları evliliklerde ise; MÖHUK m 4/1(a) bendi uygulama alanı bulmayacağından, MÖHUK m 13/1 uyarınca evlenme yaşına, “eşlerden her birinin evlenme anındaki milli hukuku” olarak, Suriyeli eş bakımından, vatandaşı oldukları Suriye hukuku uygulanmalıdır. Suriye hukukunun muhtevasının, resmi ve diplomatik yollardan temin edilememesi halinde, Türk mahkemelerince, taraf yardımı, bilirkişilik, hukuki mütalaa ve üniversitelerden bilgi alma gibi, yabancı hukukun temine yönelik diğer yollara başvurularak Suriye hukukunun teminine çalışılmalıdır.

Geçici koruma altındaki Suriyelilerin Türkiye’ye gelmeden önce yaptıkları Suriye hukukuna tabi çocuk yaşta evliliklerin tanınmasında; tanıma (iptal davası) anında eşlerden biri 16 yaşını doldurmamış ise, bu evliliğin tanınmasının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmeli ve bu değerlendirmede, “çocuğun üstün menfaatinin korunması” ilkesinin gözetilmesi gereği unutulmamalıdır. Tanıma (iptal davası) anında Suriyeli eşlerden birinin 16 yaşını doldurmamış olduğu Suriye hukukuna tabi evliliklerin tanınması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunur ise, bu evliliklerin geçersizliğine Suriye hukuku uygulanmalı ve buna göre bu evliliklerin “mutlak butlan”la batıl olduğuna karar verilmelidir. Bu itibarla; geçici koruma altındaki Suriyelilerce Suriye hukukuna göre yapılmış çocuk yaşta evliliklerin müeyyidesi “mutlak butlan” olarak öngörüldüğünden; bu evlilikler hakkında iptal davası açma şartları bakımından, Türk Medeni Kanunu’da yer alan evlenmenin “mutlak butlanına”

ilişkin hükümler uygulanmalı ve böyle bir evliliğin resmi makamlarca tespiti halinde iptal davasının açılabilmesi için Cumhuriyet Başsavcılıkları bilgilendirilmelidir.

Ayrıca, çalışmamızda, MÖHUK m 4/1(a) hükmünün konuluş amacı ve YUKK hükümleri ile daha uyumlu bir hale getirilmesi adına, hükümde bir değişiklik yapılarak, “mülteci” kavramı yerine, “*vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik himayesinden yararlanamaması sebebiyle koruma talep eden veya sağlanan kişiler*” ifadesinin getirilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z ve Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Akıntürk T ve Karaman D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt 2* (20. Bası, Beta 2017).
- Altıparmak AK, *İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk* (Oniki Levha 2017).
- Arslan Öncü G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (Beta 2011).
- Aydın E, 'Avrupa Birliği Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı ve Türkiye-AB Geri Kabul Anlaşmasına Yansımaları' (2018) 38(1) PPIL 11-40.
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15. Bası, Beta 2017).
- Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24. Bası, Beta 2018).
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2016).
- Dethloff N, 'Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes' (2018) 32(3) International Journal of Law, Policy and The Family 302-315 <<https://doi.org/10.1093/lawfam/ebv008>> erişim tarihi 11 February 2020.
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (3. Bası, Savaş Yayınevi 2018).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. Bası, Savaş Yayınevi 2019).
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku Cilt III* (14edn, Filiz Kitapevi 2019).
- Ekşi N, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (Beta 2013).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4. Bası, Beta 2016).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (Beta 2012).
- Erdoğan Bİ, '5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme' (2018) 20(1) DEÜHFD 397-430.
- Gelgel G, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* (Beta 2012).
- Gençcan ÖM, *Aile Mahkemesi Davaları* (2. Bası, Yetkin Yayınları 2016).
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan ve Alıkonan Çocukların İadesi* (Beta 2010).
- Giray FK, 'Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi' (2011-2012) 7(9) YÜHFD (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 555-577.
- Hatemi H ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz Kitapevi 1993).
- Keskin D, 'Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi' (2011) 15(4) GÜHFD 65-83.
- Huysal B, *Devletler Özel Hukukunda Velayet* (Legal 2005).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (3. Bası, Turhan Kitabevi 2017).
- Kusserow J, 'Regulating Child Marriage: Germany's Latest Foray and Possible Lessons For Canada', (Canadian Icon) <http://canadianicon.org/regulating-child-marriage-germanys-latest-foray-and-possible-lessons-for-canada/#_ednref12> erişim tarihi 11 February 2020.
- Daad Mousa, 'Syrian Personal Status Law' (Friedrich-Ebert-Stiftung 2018) 4 <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/beirut/14969.pdf>> erişim tarihi 21 February 2020.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22. Bası, Beta 2017).
- Öğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitapevi 1998).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015).
- Özcan M, *AB Sığınma Hukuku* (USAK 2006).

- Sayman Y, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu* (Fakülteler Matbaası 1992).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. Bası, Beta 2019).
- Tekinalp G ve Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12. Bası, Vedat Kitapçılık 2016).
- Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1990).
- Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1989).
- van Eijk E, *Family Law in Syria: Patriarchy, Pluralism and Personal Status Laws* (IB Tauris, 2016).
- Wijffelman A, 'Child marriage and Family Reunification: An Analysis under the European Convention on Human Rights and Dutch Forced Marriage Prevention Act' (2017) 35(2) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 104-121 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0924051917708384>> erişim tarihi 11 February 2020.
- CARE International UK, 'To Protect Her Honour-Child marriage in emergencies-the fatal confusion between protecting girls and sexual violence' (2015) 7 <https://insights.careinternational.org.uk/media/k2/attachments/CARE_Child-marriage-in-emergencies_2015.pdf> erişim tarihi 11 February 2020.
- ECPAT International, 'Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage: challenges, achievements, best practices & implementation gaps', (2013) <https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=%2FDocuments%2FIssues%2FWomen%2FWRGS%2FForcedMarriage%2FNGO%2FECPATInternational%2Edoc&action=view> erişim tarihi 11 February 2020.
- LANDINFO, 'Report Syria: Marriage Legislation and Traditions' (2018) 7-9 <<https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/10/Report-Syria-Marriage-legislation-and-traditions-22082018.pdf>> erişim tarihi 21 February 2020.
- PACE, 'Resolution on Forced Marriages and Child Marriages' (2005) Resolution No 1468.
- PACE, 'Resolution on Forced Marriage in Europe' (2018) Resolution No 2233.
- TÜİK, Republic of Turkey Ministry of Family and Social Policy, 'Family Structure Survey' (2016) <<http://www.turkstat.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869>> erişim tarihi 11 February 2020.
- TÜİK, 'İstatistiklerde Çocuk' (2018) <<http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30708>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UN, 'A Study of Statelessness' (1949) 7 <<https://www.refworld.org/pdfid/3ae68c2d0.pdf>> erişim tarihi 11 February 2020.
- International Refugee Organization, Constitution of the International Refugee Organization, 62 Stat. 3037, Treaties and Other International Act Series 1846.
- UN CEDAW/UN CRC, 'Joint General Comment No 31 of the CEDAW / No 18 of the CRC on the Rights of the Child on harmful practices', (2014) UN-Doc CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18.
- UN CEDAW, 'General Comment No 21: Equality in Marriage and Family Relations' (1994) UN-Doc A/39/38.
- UN General Assembly, 'Status of Women in Private Law: Customs, Ancient Laws and Practices Affecting the Human Dignity of Women', 17 December 1954, A/RES/843.
- UN HRC, 'Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment' (2016) UN-Doc A/HRC/31/57.
- UN OHCHR, 'Preventing and Eliminating Child, Early and Forced Marriage' (2014) UN-Doc A/HRC/26/22.

- UN WOMEN, 'Türkiye'de Geçici Koruma Altındaki Suriyeli Kadın ve Kız Çocukların İhtiyaç Analizi' (2018) Grafik 8 <http://sgdd.org.tr/wp-content/uploads/2018/08/The_Needs_Assessment_TR_WEB.pdf> erişim tarihi 11 February 2020.
- UN WOMEN, 'Inter-Agency Assessment: Gender-Based Violence and Child Protection Among Syrian Refugees in Jordan with a Focus on Early Marriage' (2013) 29 <<https://data2.unhcr.org/ar/documents/download/39522>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UNHCR, 'The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis' (1990) 64-66, 80 <<https://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UNHCR Evaluation Service, 'Evaluation of UNHCR's Emergency Response to the influx of Syrian Refugees into Turkey' (2016) 52-55 <<https://www.unhcr.org/58a6bbca7.pdf>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UNFPA, 'Marrying Too Young End Child Marriage' (2012) 11 <<https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MarryingTooYoung.pdf>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UNICEF Data, 'Child Marriage' (2018) <<https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-marriage/>> erişim tarihi 11 February 2020.
- UNICEF, 'A Study on Early Marriage in Jordan' (2014) 8, 22-23 <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNICEFJordan_EarlyMarriageStudy2014.pdf> erişim tarihi 11 February 2020.
- Servet Yanatma, 'Türkiye'de 2018'de 11 binden fazla çocuk doğum yaptı; 167'si 15 yaşından küçük' *Euronews* (5 July 2019) <<https://tr.euronews.com/2019/07/05/turkiye-de-2018-de-11-binden-fazla-cocuk-dogum-yapti-167-si-15-yasindan-kucuk-tuik-nufus>> erişim tarihi 11 February 2020.
- AFP, 'Germany to crack down on foreign child marriages' (*The Local Germany*, 5 April 2017) <<https://www.thelocal.de/20170405/germany-cracks-down-on-foreign-child-marriages>> erişim tarihi 11 February 2020.
- The Draft Legislation on Child Marriage and Private International Law: An Interview with Institute Director Jürgen Basedow, <https://www.mpipriv.de/files/pdf4/Interview_with_Jrgen_Basedow_The_Draft_Legislation_on_Child_Marriage_and_Private_International_Law1.pdf> 07 February 2020.



İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme

Arslan Kaya^{*}, Numan Sabit Sönmez^{**}

Öz

Fikri mülkiyet hukukunun en temel konularından birisi fikir ile eser ayrımı ve fikrin korunup korunmayacağı hususudur. Fikri mülkiyet hukukunun amacı halihazırda meydana getirilmiş eserlerin korunması, yeni eserlerin üretiminin teşvik edilmesi ve eser sahiplerinin emeklerinin karşılığının sağlanabilmesidir. Ancak diğer taraftan bu koruma ile fikri gelişimin önünün de tıkanmaması gerekir. İşte bu nedenle, fikri haklar bakımından en temel ilkelerden birisi fikrin değil eserin korunmasıdır. Öte yandan bazı eser türlerinde fikir ile eserin iç içe geçmesi ve ayırt edilmesinin zorluğu karşısında, koruma alanının fikir kısmına da genişlemesi gibi sorunlar ile karşılaşabilmektedir. Bilgisayar programlarında da koruma konusu esasen bir programın bilgisayar dilinde ifade edilmiş biçimi, yani programın arkasındaki fikir ve ilkelerin bilgisayar ortamında somutlaşmış halidir. Bazı hallerde ise bilgisayar programının korunmasının, bu programın işleyiş biçimine, altında yatan ilkeler ve fikirlere, programda yer alan arayüz ve komutlara, programın çalışma mantığına ve giderek programın görünüm ve hissine de sağlanması talep edilebilmektedir. Bu çalışmamızda bir İngiliz mahkemesi kararı çerçevesinde Türk hukuku bakımından yukarıda arz edilen bu sorunlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

FSEK, Bilgisayar programları, Navitaire, Eser, Hulusiyet

A Study Over the Protectability of Ideas and Concept Leading to Computer Programs in Light of the Navitaire Judgement of the England and Wales High Court of Justice

Abstract

One of the fundamental issues of copyright law is the separation between ideas and works, and whether ideas are protected. The main aim of the copyright law is to protect existing concrete works, to promote the creation of new works and to provide a fair royalty in exchange for the authors' labour. On the other side, intellectual progress shall not to be halted. Therefore, one of the main principles of the copyright law is to protect works instead of ideas. However, for some types of works, because of the interlock between idea and work, and the difficulty to separate them, some problems might occur such as extending the protection over the ideas as well. In computer programs, scope of protection covers the expression of a computer program in a computer language, i.e. concrete version of ideas and principles behind the computer program in the computer realm. In some circumstances, it might be requested that the protection for computer programs should also cover the functioning, underlying ideas and principles, interfaces and commands, operation logic, and even the look and feel of the program. In this work, in light of an English court's decision, we will discuss the problems above within the frame of Turkish law.

Keywords

Copyright law, Computer programs, Navitaire, Work, Originality

^{*} Sorumlu Yazar: Arslan Kaya (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: arslankaya@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3297-8340

^{**} Numan Sabit Sönmez (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: numan.sonmez@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7805-7339

Atf: Kaya A, Sonmez NS, “İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme” (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 83. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0003>



Extended Summary

From the emergence of the copyright law, it has been discussed what is the subject of protection, which conditions must be met to gain protection, the dangers encountered by protecting and granting monopoly over the ideas, and how to prevent those dangers. In this respect, as a principle, it has been preferred to protect works instead of ideas, thus, it was aimed not to hinder intellectual prosperity. That is so because granting monopolistic rights over ideas would render it impossible for new works to be created, halt intellectual progress, and essentially a complete opposite result would occur which is aimed with the copyright law. By the protection that the copyright law provides, it is aimed to pave the way for productivity and creation of new works, to promote people for creative efforts, at the same time to protect authors properly not for their ideas only, but for their concrete works and to reward them. However, in certain types of works, ideas and works might be interlocked and, therefore, it might be difficult to separate them in order to grant protection only for the concrete work but not for the underlying ideas. In such cases, especially when the tools of the copyright law are resorted against the people who produced new works based on similar ideas and methods, and when copyright law-based cases are initiated, intellectual prosperity and incentives for productivity might be halted. In the protection of computer programs, similar problems might occur. First of all, the main subject of protection in computer programs is the expression that a computer program was verbalized in computer language, in other words, the concrete form of the underlying ideas and principles of the program in the computer realm are protected. On the other hand, the aim that a computer program is supposed to achieve, the need that program satisfies, underlying ideas and principles also matter for a computer program to be accepted as novel and promising, therefore, in most cases, authors request protection of those subjects as well, which seems inappropriate from the copyright law perspective. Apart from that, in most cases, in order to achieve the result that is desired when creating the computer program, it might be impossible for the new programs to refrain from using the same way that existing programs use, from grounding the same ideas and principles in order to create a new form of program, from having the same interface, functioning method and operation logic. In this work, we will discuss, in light of an English court's judgement, what is the subject which needs to be protected in computer programs, and whether interface, operation logic, underlying ideas and principles of a computer program can also be covered with that protection. In this evaluation, we will benefit from the main regulations of the copyright law in Turkey and EU. We will touch upon different court decisions in relevant discussions as well. Finally, we will discuss the problems mentioned above within the frame of main principles and current regulations and jurisprudence of the copyright law and, in light of English court's judgement, we will comment on a possible comprehension in Turkish law if a similar case was scrutinized.

İngiltere ve Galler Adalet Divanının “Navitaire Kararı” Işığında Bilgisayar Programlarına Esas Fikrin ve Konseptin Korunabilirliği Üzerine Bir İnceleme

I. Konunun Takdimi

Bilgisayar programlarının 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”) çerçevesinde korunması, bilgi çağı olarak adlandırılan ve teknolojinin gelişim hızının her gün daha da arttığı bu yüzyılda ciddi önem arz etmektedir. Bir yandan bu önemli ekonomik değerlerin korunması gerekli iken, diğer yandan da fikri hakların sağladığı tekel ile teknolojik gelişmelerin önünün kapatılmaması lazım gelir. Bilgisayar programlarının ne şekilde korunacağı, koruma kapsamına hangi unsurların dahil edileceği, hangi unsurlar üzerinde koruma sağlanmayacağı sorularına verilecek cevaplar bu dengenin kurulması bakımından belirleyici olacaktır.

Bilgisayar programlarının altında yatan fikrin, işlevselliğin ve çalışma mantığının korunup korunamayacağı, gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarında tartışma konusu yapılmış, birçok ulusal ve uluslararası mevzuata konu edilmiş hususlardandır. İngiltere ve Galler Adalet Divanı tarafından “*Navitaire Inc v Easyjet Airline Co. and BulletProof Technologies, Inc.*” davasında¹ verilmiş olan karar (“**Navitaire Kararı**”), tam da bu açıdan önem arz eden ve Türk Hukukunda da yol gösterebilecek kararlardan birisidir.

Çalışmamızda öncelikle bahse konu İngiliz Mahkemesi kararı incelenmiş, ardından Türk Hukukunda benzer bir olayda ne yönde karar verilebileceği değerlendirilmiştir. Bu minvalde bilgisayar programlarının korumaya dahil olan içeriği, programın altında yatan düşünce ile icra ettiği işlevlerin koruma içeriğine dahil edilip edilemeyeceği, alternatif bir koruma imkanının mevcut olup olmadığı tartışılmıştır.

II. “Navitaire Kararı” ve Gerekçeleri

A. Karara Esas Olay

İngiliz Mahkemelerinde görülen dava konusu olayda davacı Navitaire (N), davalı Easyjet (E) ve BulletProof (B) şirketlerinin havayolu bilet rezervasyon ve satış yazılım programı üzerindeki fikri haklarını ihlal ettiklerini iddia etmektedir.

Davacı (N), “OpenRes” isimli havayolu bilet satış yazılımı geliştirmiş ve bu yazılım davalı (E) tarafından bir dönem lisans sözleşmesi çerçevesinde kullanılmıştır. Davalı (E) daha sonra davalı (B) ile bir araya gelerek “OpenRes” sisteminin işlevlerini yakından incelemiş ve “eRes” isimli yeni bir program geliştirmiştir. Davacı (N),

¹ *Navitaire Inc v Easyjet Airline Company and Bulletproof Technologies Inc* [2004] EWCH 1725 (Ch).

davalı (E)'nin kendi yazılımlarının kaynak koduna erişimi bulunmadığını; davalılar da yeni programın davacının programı ile benzer olmasının amaçlandığını kabul etmektedirler (*Navitaire Kararı, para. 2*). Gerçekten de her iki programın kodları farklı olup davalılar davacının sisteminin nasıl çalıştığını incelemek suretiyle kendi programlarını geliştirmişlerdir.

Kaynak kodların farklı olması ancak her iki programın da aynı mantık ile çalışması nedeniyle davacı (N) tecavüz iddiasını “*non-textual copying*” kavramına dayandırmıştır (*Navitaire Kararı, para. 2-3*). Bu iddiaya göre, davalıların davacının programı ile benzer görünen ve hissedilen, çalışma mantığı aynı olan bir program yazmaları, her ne kadar ilk programın kaynak koduna erişim bulunmasa da, *non-textual copying* kavramı altında fikri hakların ihlaline yol açacaktır. Davacı bu iddiasını şu üç temel çoğaltma ihtimali üzerine kurmuştur; programın görünüm ve hissini kopyalanması, kullanıcılar tarafından programda verilen komutlar ve karşılığında alınan sonuçların kopyalanması, belirli durumlarda ortaya çıkan ekran görüntülerinin ve raporların kopyalanması (*Navitaire Kararı, para. 3*).

B. Kararın Gerekçeleri

Mahkeme davada birçok hususta değerlendirmelerde bulunmuşsa da, inceleme konumuz bakımından önem arz eden iddiaları üç farklı açıdan incelemiştir. Sırasıyla yer vermemiz gerekirse;

Mahkeme ilk olarak tek kelimedenden oluşan komutların, özellikle bir edebi eser olma koşullarını taşımadıkları için, eser olmadıklarına hükmetmiştir (*Navitaire Kararı, para. 79-80*). Daha sonra birden fazla komutun bir araya getirilmesi ile oluşan kompleks komutların -bunların birer söz dizimi içerdiği de düşünülerek- bir eser olup olmadığı sorusuna da olumsuz yanıt verilmiştir (*Navitaire Kararı, para. 83 vd*). Son olarak Mahkeme komutlar eser olmasa dahi, komut derlemesinin bir derleme eser sayılıp sayılmayacağı hususunu değerlendirmiş, yine bir eser bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Navitaire Kararı, para. 92 vd*).

İkinci olarak tartışılan husus ekran görüntülerinin korunmasına ilişkindir. Mahkeme bu noktada -her ne kadar farklı ekranlar arasında bir ayrıma gitse de bunların birer *literary work* (edebi eser) olarak korunamayacağına, ancak bazı ekran görüntülerinin *artistic work* (güzel sanat eseri) olarak korunabileceğine hükmetmiştir (*Navitaire Kararı, para. 96 vd*). Her ne kadar kopyalandığı iddia edilen belirli ekran görüntülerinin bilgisayar programı veya geniş anlamda ilim ve edebiyat eseri olarak korunmasının mümkün olmadığı kabul edilmiş ise de, grafiksel kullanıcı ara yüzlerinin ve simgelerin ayrıca bir güzel sanat eseri seviyesine ulaştıkları takdirde korunabilecekleri ifade edilmiştir (*Navitaire Kararı, para. 98*).

Son aşamada ise Mahkeme bir programın görünüm ve hissini, işleme mantığının taklit edilmesinin bir hak ihlali yaratmayacağına hükmetmiştir (*Navitaire Kararı, para. 107 vd, 129*). Şayet iki kaynak kod farklı ise oluşan sonucun birbiri ile çok benzer olması bir ihlale yol açmayacaktır. Zira bir programın çalışma mantığı, fikri hakların korumasına dahil edilemez. Mahkemece özellikle benzer rezervasyon programlarının da aynı mantıkla çalışmasının bekleneceği ortaya konularak, programın işlevinin bir anlamda ortak bir beklenti, benzer işletmelerin mutad işlemlerinin bir sıralamasından ibaret olduğu belirtilmiştir (*Navitaire Kararı, para. 116-117*). Olayda davacı, "bir romanın konusunun başka bir romanda kullanılması" benzetmesini yaparak kendi bilgisayar programlarının böyle kopyalandığı örneğini vermişse de mahkeme, roman ile bilgisayar programının benzetilemeyeceğini, aynı çalışma mantığına sahip ve aynı işlevleri gören benzer bilgisayar programlarını yazmanın birden fazla yolu olduğunu, bilgisayar programlarının bir senaryosu değil, istenilen amaca ulaşmayı sağlayan belirli işlem aşamaları bulunduğunu belirterek iddiayı reddetmiştir (*Navitaire Kararı, para. 125*). Mahkemece somut olay daha ziyade bir şefin "puding tarifi" ile açıklanmış, beğenilen bir pudingi alıp buna en yakın tarifi geliştiren bir şefin, eski tarif üzerindeki fikri hakları ihlal etmeyeceği benzetmesi yapılmıştır (*Navitaire Kararı, para. 127*).

III. Olayın FSEK Kapsamında Değerlendirmesi

İncelemeye geçmeden önce konuyla ilgili mevzuata kısaca yer verilmesi faydalı olacaktır. FSEK m 2/1-1 hükmüne göre; her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları ilim ve edebiyat eserleri olarak korunurlar. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.

Bunun yanında somut uyuşmazlıkta da temel iddiaların altında davacının eserinin -çeşitli yöntemler ile- kopyalandığı düşüncesi bulunmaktadır. Bir eserin kopyalanması, FSEK'te yer alan eser sahibinin mali haklarından çoğaltma kavramına dahildir. FSEK m 22/1'e göre, "*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*". Çoğaltma kavramının içeriği ise hükmün devam eden fıkralarında şu şekilde ortaya konulmuştur: "*(2) Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi ... çoğaltma sayılır. (3) Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.*".

Görüleceği üzere kanun koyucu çoğaltma kavramının sınırlarını geniş bir şekilde belirlemiştir. Gerçekten de çoğaltma denildiğinde, eserin aslına başvurmadan

kendisinden yararlanılabilen diğer bir kopyanın bir araç vasıtasıyla somutlaştırılması anlaşılır². Bu işlemin hangi vasıtalar ile gerçekleşeceği ve sonucun ne tür bir araç üzerinde tecessüm ettirileceği konusunda kanun koyucu sınırlayıcı bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla yukarıda yer verilen ölçüyü aşan nitelikteki bir eylem, ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin çoğaltma sayılır.

Esasında inceleme konumuz olan davadaki somut olayda da, davacının en önemli iddialarından birisi programın kopyalanması, yani çoğaltma hakkının ihlal edildiği yönündedir. Ancak bilgisayar programlarında korunan unsurlardan olan kaynak kodlarına davalı tarafların herhangi bir erişimi bulunmadığından ve yalnızca benzer bir program üretme amacı ile yeni bir program tasarlandığından, davacı bu iddiasını klasik çoğaltma eylemi içerisine yerleştirmemekte, “*non-textual copying*” kavramı ile kaynak kodlar kopyalanmasa dahi bir programın görünüş ve işleyişi gibi farklı unsurlarının kopyalanmasının da fikri hakları ihlal edeceğini ileri sürmektedir. Aşağıda bu iddia Türk Hukuku bakımından ele alınacaktır.

A. Bilgisayar Programın İşlevinin ve Görünüşünün Korunabilirliği

Bir bilgisayar programının işlev ve görünüşünün, bilgisayar programlarına tanınan korumadan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi, hem Avrupa Birliğinin Bilgisayar Programlarının Korunmasına Dair Yönergesi³ ve diğer üye ülke hukuklarında hem de Türk Hukukunda doğrudan ve açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Öte yandan yine bu hukuksistemlerinde, anılan sorun bakımından yol gösterici nitelikte ilkesel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Özellikle bilgisayar programlarının korunmasında ilke ve düşüncelerin korunmayacağına yönelik açık mevzuat hükümlerinin, ulaşılabilecek sonuç bakımından ciddi önemi haiz olduğunu vurgulamak gerekir.

Gerçekten de Yönergede bilgisayar programın yalnız ifade ediliş biçiminin korunduğu, programın herhangi bir bileşenin altında yatan düşünce ve ilkelerin koruma kapsamına dahil edilmediği açıkça belirtilmiştir⁴. Yine İngiliz⁵ ve Alman Hukukunda⁶ da benzer düzenlemelere yer verilmiş, koruma altındaki unsurun, programın ifade ediliş biçimi olduğu vurgulanmıştır. Türk Hukukuna gelindiğinde, FSEK m 2/2'nin ifadesinden anlaşılacağı üzere, bilgisayar programları bakımından korunan bu programın düşünce ve ilkeleri, işlevselliği, kullanımı, çalışma mantığı, programın cevap verdiği ihtiyaç vs. değil, doğrudan bu programın kendisi, programın

² Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri* (1954) 97.

³ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of computer programs [2009] OJ L 111/16 (Yönerge).

⁴ Yönerge, Recital 11, Article 1/2.

⁵ Açıkça olmasa da dolaylı olarak bilgisayar programlarının altındaki düşünce ve ilkelerin korunmayacağını, zira bunların incelenmesi için programın kopyalanabileceğini belirten hüküm için bkz Copyrights, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) Art. 50BA.

⁶ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) § 69a(2).

bilgisayar dilinde ifade edilmiş biçimdir. Ayrıca FSEK m 2/1 hükmünde "her biçim altında ifade edilen" programlar denilerek, esasında programın ifade edilmiş biçimine bakılacağı, dolayısıyla düşüncenin değil programların farklı şekilde ifade edilmiş biçiminin koruma kapsamında olduğu anlatılmaktadır⁷. Nitekim böylesine bir yorum, AB ve uluslararası hukuk mevzuatı ile de uygun olacaktır. Bu bağlamda programın farklı kodlama şekilleri ile ifade edilmiş, bu ifade biçiminin bilgisayar üzerinde veya basılı olarak somutlaşması, programın bir donanımla bütünlük olması gibi hususlar eser niteliği bakımından önem arz etmeyecektir⁸.

Düşüncelerin değil ifade edilmiş biçiminin fikri haklara konu olabilmesi zaten ülkesel değil uluslararası bir ilke olarak kabul görmektedir⁹. Zira yalın düşüncenin, bir eserin çalışma mantığının, işlevselliğinin fikri haklar kapsamında korunması, fikri haklar ile adil rekabet düzeni arasındaki dengeyi bozmuş olur. Düşüncelere tekel hakkı tanımak başta düşünce özgürlüğü olmak üzere kamusal ve teşebbüs hürriyeti gibi özel hukuk karakterli temel ilkelerle çelişki yaratacağından, fikri hakların korunması bağlamında değerlendirme yapılırken, korunmak istenen menfaat ile anılan ilkeler çerçevesinde ortaya çıkan toplum menfaati arasındaki sınır dikkatlice belirlenmelidir. Bunun sonucunda, fikir ve sanat eserleri -olay özelinde bilgisayar programları- ekonomik değeri de gözetilerek hukuk düzenince mutlaka korunmalı, ancak bu koruma diğer kişilerin mevcut eserlerden -özellikle bilgisayar programlarından- ilham alarak fikirselsel/teknolojik seviyeyi daha da ileri götürebilmesine engel teşkil etmemelidir¹⁰. İşte bu nedendir ki, diğer ülke hukuklarında da olduğu gibi FSEK, bilgisayar dilinde yazılan programa koruma sağlarken, programın hizmet ettiği amaç, işlevsellik, çalışma prensipleri gibi hususlar koruma dışında kalmaktadır. Öte yandan korunmayan yalın düşünce ile korunan ifade biçimi arasındaki bağlantı ve ayırım hususu, tüm fikri haklar bakımından uzun süre tartışılmış ve -yalın fikrin korunmayacağı açık bir şekilde kabul olunmakla birlikte- net bir ayırma varılamamıştır¹¹.

⁷ Mustafa Topaloğlu, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması* (1997) 89; Mustafa Aksu, 'Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ile Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu' [2010] Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, 1267.

⁸ Aksu, 'Fikir ve İlkelerin Korunması' (n 7) 1267.

⁹ Nitekim Türk Hukukunda meri mevzuatımızın müelliflerinden Hirsch aynen şu ifadeleri kullanmak suretiyle bu hususu ifade etmiştir: "Her fikri mahsul, ferdin, tabiatla olan mücadelesinde ve içtimai hayat çerçevesi dahilinde iktisap ettiği tecrübe ve bilginin bir semeresi olduğu cihetle, ferdin fertler için yarattığı bir feyiz kaynağı vazifesini de görmelidir. Her yeni fikir üzerinde imtiyazlı bir hak bağlanmış olsa idi, insanlığın mali olan fikri servet, çoğalıp artma imkânlarından mahrum ve binnetice iflâsa mahkûm olurdu. ... Fikir, fikir olarak, telif hukuku himayesinden faydalanamayıp, ancak şekil ve hüviyet iktisap etmiş ve kabili teksir bir hale gelmiş bulunan fikri eser, bu himayeden istifade ettiğine göre, bir sahne eserinin, bir romanın, bir filmin ve emsalinin "intrigue"i (yani tiyatro ve oyunların muammâ cihetini teşkil eden vukuat) üzerinde herhangi bir telif hakkı mevcut olamayacağı meydandadır.". Eser-fikir ayrımı hususunda bkz Ernst E. Hirsch, *Hukukî Bakımdan Fikrî Sâı* (İkinci Cilt, 1943) 16 vd; Brian Bandey, *International Copyright in Computer Program Technology* (1996) 25 vd; Robin Jacob/Daniel Alexander/Matthew Fisher, *Guidebook to Intellectual Property* (Sixth Edition, Hart Publishing, 2013) 142; Richard Davis/Thomas St Quintin/Guy Tritton, *Tritton on Intellectual Property in Europe* (Fifth Edition, Sweet & Maxwell, 2018) 581-582, kn 4-098 vd; Terence Prime/David Booton, *European Intellectual Property Law* (Routledge Revivals, 2017) 249-250.

¹⁰ Bilgisayar programlarında korunması gereken husus yaratıcılık ve yeni fikirlerden ziyade teknolojik gelişmenin sağlanması için belirli bir fikrin daha etkin şekilde uygulanması olduğu yönünde bkz Josef Drexel, *What is Protected in a Computer Program* (IIC Studies Volume 15, 1994) 79-80.

¹¹ Bu konuda Yönerge, Recital 11; Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works, Article 2/1. Ayrıca bilgisayar programları bağlamında bkz Drexel (n 10) 81 vd; Davis/Quintin/Tritton (n 9) 582 kn 4-099. İngiliz Hukukunda fikir ile ifade biçimi ayrımı bakımından ışık tutan bir karar için; *Designer's Guild v Russell Williams Textiles Ltd* [2000] 1 WLR 2416.

Bilgisayar programının hukuki tanımı da yapılacak değerlendirme için önem taşımaktadır. Gerçekten de bir tanıma göre, bilgisayar programları “*belirli bir işlevi veya görevi yerine getirmesi amacıyla verilen komutların herhangi bir şekil, lisan, notasyon veya kodla ifade edilmesi*”ni ifade eder¹². Benzer diğer bir tanıma göre bir bilgisayar programı; kaynak kod, hedef kod ve üretici kodunu kapsayacak şekilde, entegre devrelere bağlı olan/gönderilen talimatlardan ibarettir¹³. Görüleceği üzere koruma altında bulunan “bilgisayar programları” kavramı, zaten programın meydana getirilmesine sebebiyet veren düşünce ve ilkelerden, bu kapsamda programın işlevişi ve görünüşünden ziyade, bu fikrin ifade ediliş biçimini karşılamaktadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (“**ABAD**”) da bir kararında¹⁴, bilgisayar programının koruma sınırlarını belirlemeye çalışmış, bu bağlamda Bern Konvansiyonu, TRIPS ve dönemin AB Yönergesi çerçevesinde bilgisayar programlarına bahsedilen korumanın bu programın ifade ediliş biçimine sağlandığına¹⁵, kaynak kod ve hedef kodunun bilgisayar programlarının herhangi bir şekilde ifade ediliş biçimine dahil olduklarına¹⁶, sonuç olarak bilgisayar programlarının koruma kapsamına yalnızca, programı -kaynak kod ve hedef kodu gibi- farklı bilgisayar dillerinde tekrar üretilebilmeye müsait olan ifade ediliş biçimlerinin girdiğine¹⁷ kanaat getirmiştir.

Yine bir diğer kararda¹⁸ ABAD, bir bilgisayar programının işlevinin, program dilinin, belirli fonksiyonlarının elde edilmesi için kullanılan dosya formatlarının, bir ifade biçimi oluşturmadığını, dolayısıyla korumanın dışında olduğuna hükmetmiştir¹⁹. Bir programın işlevselliğine korunma sağlanmasının, teknolojik ve sınai gelişime engel teşkil edecek şekilde düşüncelerin tekelleşmesi sonucu doğuracağı kararda ayrıca açıkça ifade edilmiştir²⁰.

O halde, inceleme konusu olayda Mahkemenin bilgisayar programının işlev ve görünüşünün korunmayacağı yönündeki tespiti ile Türk Hukukunda yapılacak değerlendirme arasında farklılık bulunmamaktadır. Zira bir programın işlevi, esasında bu programın altında yatan fikir ve çalışma prensiplerinden ibarettir. Benzer

¹² Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Basi, Vedat, 2012) 118.

¹³ Lionel Bently/Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (4th Ed., OUP, 2014) 67. Ayrıca bkz Yönerge, Recital 7. Bilgisayar programının oluşturulma aşamaları ve bu bağlamda program akışı, algoritma, kaynak kodu ve objektif/hedef kodu, arayüz kavramları için bkz Topaloğlu (n 7) 24 vd.

¹⁴ ABAD’ın 22.12.2010 tarihli ve Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* [2010] ECR I-13971 kararı.

¹⁵ ibid [28, 31].

¹⁶ ibid [34].

¹⁷ ibid [35].

¹⁸ ABAD’ın 02.05.2012 tarihli ve Case C-406/10 *SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2012] kararı. Bu kararın kapsamlı bir incelemesi için bkz Mustafa Aksu, ‘Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi’ [IÜHF, Cilt 72, Sayı 1] 807 vd.

¹⁹ Case C-406/10 (n 18) [39].

²⁰ ibid [40].

şekilde programın görünüşü ve yarattığı hissiyat da, söz konusu düşünce ve ilkelerin kullanıcıya sunulması yöntemi ile alakalıdır. Dolayısıyla düşünce ve ilkelerin korunmaması kuralından hareketle, bilgisayar programlarında işlev ve görünüşün korunamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Ancak burada bir uyarıda bulunmamız gerekmektedir. İngiliz Mahkemesinin incelediği, bizim de burada ele aldığımız husus, programın işlevi ve görünüşünün birer "bilgisayar programı" olarak korunup korunamayacağı ile ilgilidir. Öte yandan, örneğin programın görünüşüne ait olan bazı unsurların, FSEK kapsamında birer güzel sanat eseri olarak korunması, daha da ötesinde farklı fikri ve sınai hakların kapsamına dahil olması elbette mümkündür.

Bunun yanında Türk Hukuku bakımından da İngiliz Mahkemesince karar verildiği gibi, aynı işlevi gören programların farklı kodlarla yazılabilmesi mümkün olduğuna göre, yalnız iki programın birbirine -özellikle işlevsel açıdan- benzer olması bir fikri hak ihlali teşkil etmez²¹. Madem ki aynı sonuca ulaşabilmenin farklı yolları mevcuttur, fikri haklar koruması da ulaşılan sonuç ile birlikte ancak izlenen yolun eser sahibine özgü bir yol olması sonucunda mümkün olacaktır. Benzer programların varlığı kendiliğinden aynı yolun izlendiği dolayısıyla fikri hakların ihlal edildiği anlamına gelmez. Ancak incelenen somut olaydaki bir veri bu noktada önem arz etmektedir. Davacı davalıların kaynak koda erişimlerinin olmadığını açıkça kabul etmiştir. Mahkeme de bu vakıanın üzerine vurgu yaparak, yalnız programlar arası benzerliğin ihlale yol açmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Öyleyse, mahkemenin ifadelerinin mefhumu muhalifinden, kaynak koda erişim sağlandığı halde programlar arası benzerliğin fikri hak ihlali bakımından bir gösterge olabileceği kabul edilebilir. Türk Hukukunda da böyle bir yoruma engel bulunmamaktadır.

Son olarak bilgisayar programlarının niteliği gereği hususiyet konusunda ayrı bir parantez açılması da gerekir. İfade edildiği üzere bir bilgisayar programı olarak korunan eser, programın ifade edilmiş biçimidir. Programın altında yatan fikirler, işlevsellik, çalışma mantığı gibi hususlar koruma kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte bilgisayar programlarında görülen gelişme esasen programın sorun çözebilirliği ve işlevselliği üzerine odaklanmakta olduğundan, yazılan programların eski belli kalıpları kullanması, bu kalıpları geliştirerek, bir araya getirerek yeni bir program yaratımına gidilmesi sonucunda, hususiyet unsurunun zayıfladığı görülmektedir. Öyle ki, bir bilgisayar programından beklenen temel olarak sorun çözmek/belirli bir işlev görmek olduğundan, halihazırda çözülmüş sorunların/görülen işlevlerin tekrar keşfedilmesine gerek bulunmamakta, mevcut kalıplar kullanılarak ihtiyaca göre yeni bir program dizayn edilebilmektedir.

Öyleyse bilgisayar programlarının korunması için ortaya yalnız bir kaynak kodun veya herhangi başka bir ifade biçiminin konması yetmeyecek, hususiyet koşulunun

²¹ Ancak belirtelim ki bu yaklaşım istisnasız biçimde kabul görmemektedir. Bilgisayar programlarının niteliği gereği belirli fikir ve işlevlerin de korunması gerektiği, yalnız kaynak kodların karşılaştırılmasının yetersiz olacağı, zira küçük eklemeler ile kaynak kodların değiştirilebileceği hususunda bkz Aksu, 'Fikir ve İlkelerin Korunması' (n 7) 1280 vd.

gerçekleştirilebilmesi için eserin müellifinin kendi biçimsel özgürlük alanı içerisinde yeterli şekilde hususiyet yansıttığının, mevcut yollardan sapıldığının, önceki programların izlerinden bire bir gidilerek yeni bir program oluşturulmadığının tespit edilmesi gerekecektir²². Ancak böylesine bir değerlendirme sonucunda, söz konusu programın yalnız işlevsel bir program olup eski ve işe yarayan metotların bir araya getirilmesinden ibaret olduğu ya da bizzat hususiyet içererek mevcut programlardan belirli ölçüde ayrılabilirdiği ve eser olarak korunabileceği tespit edilebilecektir. Pek tabii ki bu değerlendirme, bilgisayar programının daha önce benzeri olmayan, yaratıcı ve tamamen yeni bir eser olmasını gerektirmeyecektir²³. Ayrıca belirtelim ki, müstakil niteliği olmasa da eski programlardan istifade edilerek bu programların değiştirilmesi, uyarlanması veya düzenlenmesi sonucunda meydana gelen eserin, FSEK m 6 hükmününün 10. bendi uyarınca işleme eser olarak korunabilmesi de mümkündür.

B. Programda Kullanılan Komutların Eser Niteliği

İngiliz Mahkemesinin cevaplandığı diğer soru kullanılan komutların münhasıran veya toplu halde bir eser teşkil edip etmeyeceğidir. Komutların eser olarak kabul edilmesi durumunda girecekleri sınıf ilim ve edebiyat eseri sınıfıdır. İngiliz Hukukunda “*literary works*” olarak geçen bu eser tipi bakımından ölçüt, kanuni düzenlemelerin yanında başta *Exxon* kararı gibi kararlar ile belirlenmiş bulunmaktadır. CDPA’nın 3. maddesinde yer alan kanuni tanımına göre “*literary works*”; bir araç ile kaydedilmiş olma ve diğer eser tiplerine girmeme koşullarıyla konuşulan, yazılan veya -şarkı olarak- söylenen fikir mahsulleridir. Ancak *Exxon* davası ile bu özelliklerin yeterli olup olmadığı tartışılmış, nihayetinde olumsuz yanıt verilerek -olay özelinde incelenen- tek bir sözcüğün eser niteliğini haiz olmadığı, bir ilim ve edebiyat eserinin aynı zamanda hususiyet taşıması, bunun için de bilgi içeren veya edebi haz veren nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir²⁴.

²² Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz Aksu, ‘Fikir ve İlkelerin Korunması’ (n 7) 1272 vd. Buna karşın bilgisayar programlarında hususiyetin varlığının karine olarak kabul edileceği, öncekilerin kopyası olmamanın ve az-çok fikri çalışma içermenin yeterli olacağı hususunda bkz Topaloğlu (n 7) 88.

²³ Bandey (n 9) 29; Davis/Quintin/Tritton (n 9) 584-585, kn 4-104.

²⁴ *Exxon Corp. v Exxon Insurance Consultants International Ltd* [1982] RPC 69. İngiliz ve AB Hukukunda eserin ne olduğu hususiyet kavramının içeriğinin doldurulması noktasında farklı yaklaşımlar süregelmiştir. Ancak her iki hukukta da ortak olan yaklaşım şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle hususiyet eserle kişi arasındaki bağı ifade etmektedir, eserin yeni, yaratıcı veya eşsiz olması gerekmez. Bunun yanında, her iki hukuk siteminde de hususiyet eserin ifade ediliş biçiminde aranmaktadır. Ayrıca her iki yaklaşımda da hususiyet ölçüsünü düşük tutma eğilimi bulunmaktadır. Ortak noktaları ifade ettikten sonra belirtilebilir ki her iki hukuk düzeninde farklı hususiyet tahlilleri yapılmaktadır; İngiliz Hukukunda “*skill, labour, judgement*” yani “marifet, emek ve muhakeme” değerlendirmesi ön planda iken, AB Hukukunda “*author’s own intellectual creation*” yani “müellifin kendi fikri yaratıcılığı” ölçütü uygulanmaktadır. ABAD, Case C-5/08 *Infopaq Int v Danske Dagblades Forening* [2009] ECR I-6569 kararında açıkça (paragraf 37) bu tanımı genel bir tanım olarak kabul etmiştir. Nitekim bu kıstas Yönergenin Art. 1/3 hükmünde de açıkça yer almaktadır. Öte yandan Alman Hukukunda da UrhG § 2/(2) ile müellifin kendi fikri yaratıcılığı ölçüsü aynen benimsenmiştir. Bu karşılaştırma ile ilgili olarak bkz Bently/Sherman (n 13) 93 vd. Son olarak yer verilmesi gereken görüş ise “kopyalamaya değer olanın korumaya da değer olduğu” yönündeki eski yaklaşımdan ileri gelmekte, bir ürünün eser olup olmadığının ayrı edilmesinin kopyalamaya değer görülen ürünler dikkate alınarak yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş hakkında bilgi için bkz Jacob/Alexander/Fisher (n 9) 148-149.

Somut olayda da benzer şekilde mahkeme bilgisayar komutlarının eser olmadıklarına hükmetmiştir. Mahkemeye göre tek bir kelimeden oluşan komutlara eser vasfı kazandırılmayacağı gibi, kompleks komutları veya bütün komutların birleşimini de eser ad etmek yerinde olmayacaktır.

Görülebileceği üzere bir fikir ürününün ilim ve edebiyat eseri sayılabilmesi için en önemli ve belirleyici koşul eserin hususiyet taşımasıdır. Türk Hukukunda da FSEK m 1B/1-a'ya göre herhangi bir fikir mahsulünün eser olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması şarttır²⁵. Fikri haklar bu noktada özellikle marka kavramından ciddi biçimde ayrılmaktadır. Zira marka hukukunda hiçbir anlam taşımayan, herkesin aklına gelebilecek veya sıfırdan üretilmiş sözcükler, mutlak ve nisbi ret nedenlerinden biri mevcut olmadığı sürece, marka olarak tescil edilip bir kişinin münhasır kullanımına bırakılabilirken, fikir ve sanat eserlerinin korunması açısından sahibinin hususiyetini, özgünlüğü, bir diğer ifade ile "nisbi istiklâli" taşımayan fikir ürünlerinin korunması mümkün değildir. Bu nedenle gündelik, kısa, anlamlı-anlamsız bazı sözcükler marka olarak tescil edilebilirken, koruma için tescil gerektirmeyen ilim ve edebiyat eserleri sınıfına dahil değildirler. Bilgisayar programlarında yer alan komutlar bakımından da aynı sonuca ulaşılabılır. Tek bir bilgisayar komutunda bir hususiyet bulunmayacak, bunların kombinasyonları ve toplu hali de hususiyet taşımaması sebebiyle eser olamayacaktır.

İçerdiği verilerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı önemsiz olan veri tabanı açısından ise hususiyet diğer eser tiplerinde olduğu kadar ön planda değildir. Veri tabanlarının bir düşünce yaratıcılığı taşıması gerektiği, belirli bir plan dahilinde bir maksada göre toplanan verilerden oluşacağı FSEK m 6'da açıkça ifade edilmiştir. Şu durumda bilgisayar program komutlarının toplamının bir veri tabanı olarak korunması, düşük olasılıklı olmakla birlikte, her bir somut olay bakımından tartışılabilir. Nitekim inceleme konumuz olan kararda da Mahkeme, bir araya getirilen komutların bilgisayar dilinde olacağı, bir program olarak addedilemeyeceği, buradaki hususiyetin de yeterli seviyede olmadığı, dolayısıyla koruma kapsamına girmemesi gerektiğine hükmetmiştir (*Navitaire Kararı, para. 92*).

²⁵ Eser FSEK m 1/B-a hükmünde, sahibinin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlandığına göre, bir fikir ürününe eser niteliği kazandırabilmenin ilk şartı hususiyetin varlığıdır. Nitekim hususiyet taşımayan alelade fikir ürünlerine koruma sağlanması diğer insanların düşünce hürriyetine müdahaleye ulaşan sonuçlara yol açabileceğinden, bahse konu fikri ürünü diğerlerinden ayıracak ve kimlik kazandıracak olan sahibinin hususiyetidir.

Hirsch'e göre fikri haklar ancak umumi kültürü geliştiren mahsule bahşedilmeli, herkes tarafından vücuda getirilmeyenlerin hususiyet taşıdığı kabul edilmelidir; eser ancak yaratan kişinin şahsiyetinden kaynaklanan yaratıcı bir fikri çalışma mahsulüdür, bkz Hirsch (n 9) 12. Fikirlerin birbirleri üzerine inşa edildiği, *Arslanlı'nın* ifadesiyle "fikir fikrin ilham kaynağı" olduğuna göre, gelişim gösteren mahsulü birbirinden ayırmaya imkân tanyacak olan da işte bu hususiyettir. Yazara göre hususiyet "müellifine nisbet edilebilen fikri mesainin nisbi istiklâlinde aranmalıdır.", bkz Arslanlı (n 2) 2 vd. Yine bir diğer görüşe göre hususiyet bazı eser türlerinde şekilde - bir ayrıma göre iç şekilde - aranacakken, bazılarında doğrudan içerikten kaynaklanmaktadır. Şekil veya muhtevada yer alan hususiyet eser vasfının kazanılmasında rol oynar, bkz Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (1981) 40 vd. *Yarsuvat* hususiyeti "orijinal" olma şeklinde tanımlanmaktadır, bkz Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (1984) 53. *Erel'e* göre ise hususiyet "esere sahibinin yaratıcı gücünün yansması" olarak görülür, bkz Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (1989) 27. Son olarak *Tekinalp* ise hususiyetin üslup olduğunu, orijinallik aranmayacağını, hususiyetin herkesin yaptığından ayrılacak bir düzeyi ifade ettiğini ifade etmiştir, bkz *Tekinalp* (n 12) 105-108.

C. Arayüz ve Simgelerin Eser Niteliği

İnceleme konumuz olan kararda bir diğer iddiayı değerlendiren İngiliz Mahkemesi, grafiksel kullanıcı arayüzleri ile kullanılan simgelerin eser olup olmayacağı üzerinde durmuş ve güzel sanat eseri olabileceklerini ve davalının bunları kopyalama işleminin de tecavüz teşkil edebileceğini belirlemiştir (*Navitaire Kararı, para. 98*)²⁶.

Kullanıcı arayüzü, karmaşık kodlamalar ile programın kullanılması yerine, yazılım konusunda özel bir bilgiye sahip olmayan birçok kullanıcı bakımından geliştirilen, söz konusu programı kullanan kişinin bu programı bir kodlar silsilesi şeklinde değil de açık simgeler, menüler ve butonlar olarak görmesini sağlayan yüzeylerdir²⁷.

Türk Hukuku bakımından da farklı bir sonuca ulaşmak için bir neden bulunmamaktadır. Güzel sanat eserleri FSEK m 4 hükmünde tanımlanmış ve grafik eserler de dahil olmak üzere örnek kabilinden sayılmıştır. Sahibinin hususiyetini taşımak koşuluyla geliştirilen grafiksel kullanıcı ara yüzleri ile simgelerin güzel sanat eseri olabilmeleri mümkündür²⁸. Ancak dikkat edilmesi gereken husus bilgisayar programları bakımından ara yüzlerin ve simgelerin hususiyet taşıyabilmelerinin diğer eser tiplerine göre daha yüksek bir ön koşul oluşturabileceğidir. Zira kullanılan bilgisayar programlarında ara yüzün ve simgelerin belirli şekilde tasarlanması işlevsellik bakımından zorunluluk arz edebilmekte, çoğunlukla programlarda standart ara yüz ile karşılaşabilmektedir²⁹. Öyleyse bir ara yüzün veya simgenin hususiyet taşıması için bu işlevselliğin ve standardın dışına çıkabilmesi gerekmektedir.

²⁶ Bilgisayar programlarının koruma kapsamının belirlenmesi ile ara yüzlerin bu kapsama girip girmeyeceği tartışma konusu yapılmış ise de sonuç olarak ara yüzün yalnız programın bir bileşeni olduğu, kullanıcı ile program arasında iletişimi sağladığı, programın ara yüzden tekrar üretilebilmesinin mümkün olmadığı gerekçeleri ile olumsuz sonuca ulaşılmıştır, bkz Bently/Sherman (n 13) 67; Case C-393/09 (n 14) [41]. Ayrıca ara yüzlerin ve özellikle bilgisayar programlarındaki söz/yazı ile ifade edilmeyen unsurların ne şekilde korunması gerektiği hususunda bkz Bandey (n 9) 87 vd.

²⁷ Topaloğlu (n 7) 26-27; Aksu, 'Fikir ve İlkelerin Korunması' (n 7) 1268.

²⁸ Topaloğlu (n 7) 91; Aksu, 'Fikir ve İlkelerin Korunması' (n 7) 1269.

²⁹ Belirli standartların kullanılması bilgisayar programlarının genel anlamda eser olarak korunmasında da karşımıza çıkan bir husus olup bunun kendiliğinden eser niteliğini kaldırmayacağı, ancak programın belirli standartlardan ne ölçüde saptığının değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksu, 'Fikir ve İlkelerin Korunması' (n 7) 1262.

D. Şahsi Kullanım İstisnası

Son olarak Türk Hukuku bakımından incelenmesi gereken husus fikri hakların korunmasının istisnalarından olan “şahsi kullanım istisnası” kurumudur. FSEK m 38’e göre bir eserin şahsi kullanım amacıyla çoğaltılması mümkündür³⁰. Ancak bu çoğaltmanın eser sahibine haksız biçimde zarar vermemesi ve normal yararlanmaya aykırı olmaması gerekir³¹. Maddenin devam eden fıkraları bilgisayar programlarına yönelik düzenlemeler içermektedir. Buna göre meşru hak sahipleri tarafından bilgisayar programlarının kullanım amacına göre çoğaltılması, yedek kopya çıkarılması, hatalarının düzeltilmesi, bilgisayar programının bir ögesi altındaki düşünce ve ilkelerin belirlenmesi amacıyla gözlemlenmesi ve sınanması³², belirli koşullar altında kodun çoğaltılması mümkündür. Ancak bu fiiller ticari amaçlarla, normal yararlanmayı aşan düzeyde gerçekleştirilemeyeceği gibi kodun çoğaltılması halinde bunun yalnız izin verilen amaç ve kişilerle sınırlı kalması gerekmektedir.

Bilgisayar programlarına ilişkin bu istisnaların inceleme konusu olay bakımından değerlendirmesine geçerse; davalı (E) sözleşme ilişkisi çerçevesinde bu sözleşmenin amaç ve kapsamı doğrultusunda şahsi kullanım istisnasından yararlanabilir ve belirli fiilleri gerçekleştirebilir de üçüncü kişi konumundaki davalı (B) ile bu bilgileri paylaşmasının³³ ve ticari amaçlı olarak kullanmasının şahsi kullanım sınırlarını aşacağı aşıkardır. Ancak olayda tarafların bu yönde bir iddiaları bulunmadığından ve davalıların kaynak koda erişimlerinin bulunmadığı açıkça kabul edildiğinden şahsi kullanım istisnası tartışma konusu yapılmamıştır.

³⁰ FSEK m 38/1’de yer alan genel şahsi kullanım istisnasına bilgisayar programlarının da dahil olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş FSEK m 38/1’i değiştiren 4110 sayılı Kanunun gerekçesinden yola çıkarak, bilgisayar programlarının genel istisna maddesine dahil edilmek istenmediğini, hükümün devam eden fıkralarında bilgisayar programları ile alakalı özel düzenlemeler bulunduğunu, dolayısıyla genel istisna hükmünün bilgisayar programlarına uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise bilgisayar programlarının şahsi kullanım amacıyla çoğaltılmasının zorunlu olduğunu, düzenlemenin lafzından da yola çıkarak bilgisayar programlarının da FSEK 38/1’deki şahsi kullanım istisnasına dahil olduğunu ileri sürmektedir. Son olarak farklı bir görüşe göre, her ne kadar 38/1’in lafzından bilgisayar programlarının bu düzenlemeye dahil olmadığı anlaşılmasa da, mehzaz ve amaçtan yola çıkılarak hükmün bilgisayar programlarına uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Tüm bu görüş ve tartışmalar, ayrıca bilgisayar programlarında şahsi kullanım istisnasının geniş bir değerlendirmesi ile ilgili olarak bkz Arslan Kaya, ‘Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?’ [Makalelerim I, Beta, 2012] 355 vd. Öte yandan kısaca işaret etmek gerekirse, gerçekten de 4110 sayılı Kanun gerekçesi incelendiğinde, FSEK m 38/1’in değiştirildiği sırada Hükümet teklifinde bilgisayar programlarının istisna tutulmasına yönelik bir cümlelerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu ifade Adalet Komisyonunca olduğu gibi kabul edilmişken, Milli Eğitim Komisyonu tarafından “...38 inci maddenin 1 inci paragrafıyla diğer paragraflar arasındaki uyumu sağlamak, çelişki izlenimini ortadan kaldırmak ve uygulamada tereddüte yol açılmaması...” gerekçesiyle madde metninden çıkarılmış ve hükmün lafzı tüm eser türleri bakımından kapsayıcı bir ifade biçimine dönüştürülmüştür.

³¹ Bu kapsamda AB’nin 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplamı Yönergesi [2001] OJ L167/10 (“Bilgi Toplamı Yönergesi”) m 5/2-b’de şahsi kullanım istisnasına yer verilirken, eser/hak sahibine adil bir karşılık ödenmesi de öngörülmüştür. Buna karşılık İngiliz Hukukunda CDPA 28B hükmünde böyle bir ödemeye biniçli şekilde yer verilmemiştir. Zira eserin yasal bir kopyasının elde edildiği esnada ödenen bedel içerisinde, şahsi kullanım için çoğaltma maksadının da yer aldığı, eser/hak sahibine bunun için ödenebilecek bedelin de bu sırada ödendiği kabul edilmektedir. Bently/Sherman (n 13) 235. Nitekim Bilgi Toplamı Yönergesinde de (Recital 35) eser/hak sahibinin farklı bir şekilde -örneğin lisans durumunda- bu karşılığı elde ettiği veya zararının aşgari seviyede kaldığı durumlarda ödeme gerekmeyeceği ayrıca düzenlenmiştir. Alman Hukukunda ise UrhG § 54 ile belirli koşullar altında eser/hak sahibine ödeme yapılması gerektiği düzenlenmektedir.

³² Söz konusu istisnaların esasında bilgisayar programlarının altındaki fikir ve işlevlerin de bir ölçüde korunduğunu gösterdiği belirtilmektedir, bkz Aksu, ‘Fikir ve İlkelerin Korunması’ (n 7) 1286.

³³ Şahsi kullanım istisnasının uygulandığı hallerde, bu ifadenin çok dar yorumlanmaması gerektiği, eseri yasal yoldan elde etmiş bir kişinin eserden çıkardığı şahsi kopyayı yakın çevresi ile de paylaşabileceği yönünde bkz Erel (n 25) 226; Ayiter (n 25) 170; Kaya (n 30) 365-366.

IV. Sonuç

Çalışmamızın konusunu oluşturan İngiliz Mahkemesi tarafından verilen karar incelendiğinde tartışmanın kaynak kod erişimi olmaksızın yalnız bir programın işlevinin incelenerek yeni bir program yazılmasının bilgisayar programının eser niteliğinden kaynaklanan hakları ihlal edip etmeyeceği üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

Türk Hukuku bakımından da geçerli olduğu üzere, İngiliz Mahkemesi korunan hususun fikirler değil fikrin ifade ediliş biçimi olduğunu, bilgisayar programlarının işleyişinin, çalışma usulünün, görünümünün verdiği hissiyatın koruma kapsamında olmadığını belirtmiştir. Davalı tarafların kaynak koda erişimlerinin olmadığı da kabul edildiğine göre, yalnız davacının programına benzer bir programın geliştirilmesi hukuka aykırı kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre çok benzer programları yazmanın farklı yolları mevcuttur ve bu nedenle bir romanın ana konusunun başka bir romanda kullanılması gibi “kopyalama” somut uyuşmazlıkta mevcut değildir.

Fikrin değil fikir ürününün korunması yalnız İngiliz Hukukuna ait bir ilke değil uluslararası geçerliliği olan ve Türk Hukukunda da kabul gören bir ilke olduğundan, Türk Hukukunda da benzer bir uyuşmazlıkta aynı sonuca ulaşılabacaktır. Ancak şahsi kullanım istisnası, olayda böyle bir iddia mevcut olmadığından değerlendirilmemiş olup, eğer davalı bu istisnadan yola çıkarak programın bir benzerini çıkardı ise fikri hak ihlali oluşacağından şüphe duyulmamalıdır.

Son olarak İngiliz Mahkemesinin verdiği kararda olduğu gibi, Türk Hukukunda da komutların kendi başlarına eser olmaları hususiyet taşımamaları nedeniyle -kural olarak- ihtimal dahilinde değildir. Bunların bir araya gelerek veritabanı oluşturması, uzak ihtimal olmakla birlikte teorik olarak mümkün görünmektedir. Ara yüzlerin ve simgelerin kopyalanmasına gelindiğinde ise, bilgisayar programlarına sağlanan koruma bu unsurlara teşmil edilemeyeceğinden, hususiyet taşıması koşuluyla, ara yüz ve simgelerin ancak güzel sanat eseri olarak veya farklı bir fikri ve sınai hak çerçevesinde korunması mümkün olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksu M, 'Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli Sas Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi' [IÜHFİM, Cilt 72, Sayı 1]
- – 'Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ile Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu' [Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, 2010]
- Arslanlı H, *Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri* (1954)
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (1981)
- Bandey B, *International Copyright in Computer Program Technology* (1996)
- Bently L, Sherman B, *Intellectual Property Law* (Fourth Edition, 2014)
- Davis R, Quintin T, Tritton G, *Tritton on Intellectual Property in Europe* (Fifth Edition, 2018)
- Drexler J, *What is Protected in a Computer Program* (IIC Studies Volume 15, 1994)
- Erel Ş, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (1989)
- Hirsch E, *Hukukî Bakımdan Fikrî Sây* (İkinci Cilt, 1943)
- Jacob R, Alexander D/Fisher M, *Guidebook to Intellectual Property* (Sixth Edition, 2013)
- Kaya A, 'Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?' [Makalelerim I, 2012]
- Prime T, Booton D, *European Intellectual Property Law* (2017)
- Tekinlalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, 2012)
- Topaloğlu M, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması* (1997)
- Yarsuvat D, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (1984)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.09.2019
Revizyon Talebi: 18.11.2019
Son Revizyon Tarihi: 13.01.2020
Kabul: 13-01-2020

İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu

Koray Güven^{*}

Öz

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde İskandinav hukukunun belirleyici özelliklerinin belirlenmesi ve açıklanmasına çalışılacaktır. Geniş anlamda İskandinav hukuku, İsveç, Norveç, Danimarka, İzlanda ve Finlandiya hukuklarını kapsamaktadır. Bu bağlamda bu hukuk düzenlerinin tarihsel gelişimleri, hukuk kaynakları, yargıç hukuku, yorum, hukuki düşünce biçimi, İskandinav hukukuna rengini veren pragmatizm ve realizm, hukuk eğitimi, hukukçuluk mesleği ve yargı teşkilatı göz önüne alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümü İskandinav hukukunu, dünya hukuk sistemlerinin sınıflandırmaları arasına yerleştirmeye yönelik bir girişimdir. Birinci bölümde tespit edilen ayırt edici özelliklere dayanılarak, İskandinav hukukunun Kıta Avrupası veya common law hukuk çevreleri altında ele alınmasını imkânsız hale getiren ayrıksı konumu gösterilmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda, hukuk çevreleri teorilerinin uygunluğu sorgulanacak ve klasik hukuk çevreleri ayrımlarının, İskandinav hukuku gibi atıpk hukuk sistemlerini içerecek kadar kapsayıcı olup olmadığı sorusu yöneltilecektir. Bu sorgulama çerçevesinde, hukuk düzenlerinin sınıflandırılmasına yönelik, çoğu 'kurallar bütünü olarak hukuk' yaklaşımını reddeden yakın tarihli öneriler de, atıpk düzenleri kapsamaya uygun oluşları bakımından incelenip değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

İskandinav hukuku, Hukuk çevreleri, Kıta avrupası hukuku, Common law, Karşılaştırmalı hukuk

The Distinctive Features of Scandinavian Law and The Problem of Locating It among the Legal Families of the World

Abstract

This paper is divided into two parts. The first part of the study attempts to determine and explain the distinctive features of Scandinavian law. Scandinavian law, in the broad sense of the term, covers the laws of Sweden, Norway, Denmark, Iceland and Finland. In this respect, the historical developments of the laws of these countries, legal sources, judge-made law, interpretation, legal reasoning, pragmatism and realism which mark Scandinavian laws as their peculiar features as well as legal education, legal career and judiciary are taken account of. The second part of the study is an attempt to locate Scandinavian law among the classifications of legal systems of the world. Based on the significant features determined in the first part of the study, the second part attempts to demonstrate the distinct position of Scandinavian law which renders it impossible to be subsumed under common law or civil law families. Against this background, the merits of legal families theories will be questioned and the question whether the classical legal families approach is sufficiently overarching to accommodate atypical legal systems such as Scandinavian law will be raised. Within the scope of this query, recent proposals to classify legal systems - most of which reject the 'law as rules' approach - will be examined and evaluated in terms of their appropriateness to cover such atypical systems.

Keywords

Scandinavian law, Legal families, Civil law, Common law, Comparative law

* **Sorumlu Yazar:** Koray Güven (Arş. Gör.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: kguven@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-9138-6038

Atıf: Guven K, "İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 99. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0004>



Extended Summary

The purpose of this study is to determine and explain the distinctive features of Scandinavian law and locate it among the major legal families of the world. Scandinavian law, in the broad sense of the term, covers the laws of Sweden, Norway, Denmark, Iceland and Finland. All these ‘Nordic’ countries share common elements to a certain extent which enable them to be subsumed under the heading of Scandinavian law or Nordic law.

In the first part of the study, in order to provide a panorama of the aforementioned legal systems, the historical developments of the laws of these countries, legal sources, judge-made law, interpretation, legal reasoning, pragmatism and realism, legal education, legal career and judiciary are attempted to be explained from a comparative perspective. In this context it will be established that Scandinavian law has not experienced the reception of Roman law during the Medieval Era as significantly as Continental European countries and the development of legal science as well as large codifications have never been the case in Scandinavian countries unlike the developments in the Continent. As to the historical developments, close cooperation between Scandinavian countries in terms of harmonization of law in selected areas during the 20th century will also be mentioned. Pragmatism and realism are shown to be decisive elements of legal reasoning as well as legal sources theory in Scandinavian countries. These two factors manifest themselves in various aspects of law and still dominate the practice to a significant extent. Legal education, legal career and judiciary which bear the peculiar features of Scandinavian tradition will also be taken account of.

In the second part of the study, the legal families theory at large will be discussed. It will be demonstrated that most of the main classical taxonomies tend to distinguish civil law and common law legal families as the major legal families of the world. Nevertheless, the position of Scandinavian law has not been settled by these classical taxonomies yet. While there have been some attempts to label Scandinavian law as a part of the civil law family, some taxonomies classify it as a distinct group apart from the civil law family. In this study it will be attempted to be demonstrated that Scandinavian law shares some common elements with civil law countries while some elements set it apart from the civil law category and even associate it with common law tradition even though it does not bear any similarities with English law historically. Against the background established in the first part of the study, a complete inclusion of Scandinavian laws into the civil law family will be shown to be misleading. That being said, classical legal families approaches are shown to be potentially misleading for the comparative researcher when it comes to locating the atypical legal systems such as Scandinavian laws. Classical taxonomies assume bold and sharp borders between different families while assuming a close association

between the legal systems within the same legal family. Nevertheless, Scandinavian laws bear similarities with civil law, common law and manifest their peculiar features simultaneously. In this context, a more flexible and overarching taxonomy is needed to accommodate Scandinavian laws while taking account of the cultural aspect of law. In this respect, recent attempts to classify legal systems most of which seem to be rejecting the ‘law as rules’ approach tend to be more practical and appropriate in order to present a panorama of legal orders of the world. In this study the recent attempts to classify legal systems will be given preference in order to locate Scandinavian laws more accurately in a more dynamic and flexible taxonomy.

İskandinav Hukukunun Belirleyici Özellikleri ve Dünya Hukuk Çevreleri İçine Yerleştirilmesi Sorunu

Giriş

İskandinavya, coğrafi olarak Atlantik Okyanusu ile Baltık Denizi arasında kalan yarımadayı, bu nedenle de Norveç, İsveç ve kısmen Finlandiya'yı ifade eder. Ne var ki geniş anlamda; her ne kadar İskandinav Yarımadası'nda bulunmasalar da Danimarka ve Danimarka'ya bağlı olan Faroe Adaları ile Grönland, Finlandiya ve İzlanda da kültürel ve tarihsel olarak İskandinavya'nın birer parçası olarak anılmaktadır¹ Bu nedenle Kuzey Ülkeleri olarak da isimlendirilen² bu coğrafya geniş anlamda İskandinavya'yı oluşturur. Bu çalışmada İskandinavya terimi, tüm bu bölgeyi kapsayacak anlamda kullanılmıştır.

Aralarında Avrupa'nın diğer ülkeleriyle olduğundan daha sıkı ilişkileri olan bu ülkeler; her ne kadar kendi aralarında ciddi farklılıklar taşıysalar da; tarihsel, coğrafi, demografik ve ekonomik ortaklıklara sahiptirler.³ Hukuk düzenleri bakımından da ortak özellikler taşıyan İskandinav ülkeleri çoğunlukla bir grup olarak ele alınmaktadır.

Bu çalışmada İskandinav hukuklarının tarihsel gelişimi; bu hukuk düzenlerinde hukukun kaynakları, yasama faaliyeti, yargıç hukuku ve kanunların yorumlanması; İskandinav hukuklarına rengini veren hukuki düşünce biçimi, bu ülkelerdeki hukuk eğitimi ve hukukçuların mesleki kariyeri, yargı teşkilatı gibi bazı belirleyici özellikleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu temel özellikler açıklandıktan sonra, İskandinav hukuklarının Kıta Avrupası veya *common law* hukuk çevreleri/geleneklerinin bir parçası sayılıp sayılmayacağı sorgulanacaktır. Ardından klasik hukuk çevreleri teorilerinin, İskandinav hukuklarını bir gruba yerleştirme konusunda ne derecede başarıya ulaştığı ve bu teorilerin gözden geçirilmesine ihtiyaç bulup bulunmadığı sorusunun cevabı tartışılacaktır.

¹ Ulf Bernitz, 'What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future' (2007) 50 Scandinavian Studies in Law 14, 15.

² Zweigert ve Kötz, 'Kuzey' ve 'İskandinavya' terimlerini eşanlamlı olarak kullanırlar. Bkz Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd edn, J.C.B. Mohr Paul Siebeck 1996) 271.

³ Uwe Kischel, *Rechtsvergleichung* (C.H. Beck 2015) 595, 629.

I. İskandinav Hukukunun Belirgin Özellikleri

A. İskandinav Hukukunun Tarihsel Gelişimi

1. 20. Yüzyıla Kadar İskandinav Hukukunun Gelişimi

İskandinav ülkeleri arasında sıkı ilişki hiçbir zaman eksik olmamıştır. Politik olarak Danimarka, Norveç ve İsveç'in bir araya geldiği Kalmar Birliği tarihsel olarak kısa bir evreyi, 1397-1523 yıllarını kapsasa da,⁴ Kuzey ülkelerinin doğu ve batı yakasında kurulan birlikler çok daha uzun ömürlü olmuştur. Tarihsel olarak Danimarka, Norveç ve İzlanda'nın bir tarafta 'batı yakasını', İsveç ve Finlandiya'nın ise diğer tarafta 'doğu yakasını' oluşturduğu İskandinavya hala günümüzde bu birliklerin izlerini taşımaktadır. Danimarka ve Norveç 1380 yılından 1814 yılına kadar tek bir devlet olarak Kopenhag'dan yönetilmiş, büyük ölçüde aynı hukuk düzenine tabi olmuştur. İzlanda da Norveç topraklarının bir parçası olarak Danimarka yönetimi altında kalmıştır. 1814 yılında Norveç toprakları bu defa İsveç'in eline geçmiş ama Norveç burada büyük ölçüde bağımsızlığını korumuştur. Doğu'da ise 1809 yılına kadar 650 yıl boyunca Finlandiya, İsveç'in parçası olagelmış ve Finlandiya'da bu dönemde İsveç hukuku uygulanırken, Finli elitler de İsveççe konuşmuşlardır. 1809 yılında ise Finlandiya bu defa özerk bir Grandukalık olarak Rusya'nın eline geçmiştir. Ancak 1917 yılında Finlandiya'nın bağımsızlığını kazanmasına kadar süren bu durum, Finlandiya'nın hukuk sistemi üzerinde belirgin bir etkide bulunmamış, ülkede İsveç hukuku varlığını sürdürmüştür.⁵

Antik İskandinav topraklarında hukuk öncelikle yazısız biçimde ortaya çıkmıştır. Eski Germen hukuku bu dönemde tüm kuzey ülkelerinin ortak temelini teşkil etmiştir. Bu hukuk ilk olarak 900 yıllarından itibaren yazıya dökülmeye başlamıştır. Danimarka'da ise hukukun bölgesel düzeyde böylece yazıya dökülmesi 1241 yılındaki Yutland Kanunu'nu (*Jyske Lov*) beklemek zorunda kalmıştır.⁶ 12. yüzyıldan itibaren ise krallık düzeyinde kanunların oluşturulduğu gözlenebilir. İlk defa İzlanda'da 1118'de böyle bir kanun oluşturulmuş, bunu 1275 yılında Norveç ve 1350 yılında İsveç izlemiştir.⁷ Merkezi otoritenin güçlenmesiyle birlikte hukukun toparlanıp birleştirilmesi amacıyla oluşturulan ve Ortaçağ'daki yerel örf ve adet hukukuna dayalı bu kanunlaştırmalar, kilise hukukundan ciddi biçimde etkilenmiş

⁴ Zweigert and Kötz (n 2) 272.

⁵ Ditlev Tamm, *The History of Danish Law* (DJOF Publishing 2011) s. 10, 11; Kischel (n 3) 595, 596; Zweigert and Kötz (n 2) 272. Ancak Finlandiya'nın Rus egemenliğinde kaldığı dönemde toplumsal ve hukuki düşünce biçimi bakımından Rusya'dan etkilendiği de öne sürülmektedir. Öyle ki Finlandiya'da hukuka yaklaşımın hala diğer Kuzey ülkelerinden farklı olduğu ve burada realizmin diğer Kuzey ülkelerine göre daha az etkili olduğundan bahsedilmektedir. Buna göre Finlandiya'da öğreti diğer Kuzey ülkelerine göre daha teorik çalışmakta ve kavramlara burada daha fazla önem verilmektedir. Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm, 'Nordic Legal Mind' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds) *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 6, 13.

⁶ Peter Ørebeck, 'Western Scandinavia: Exit Bürgerliches Gesetzbuch - The Resurrection of Customary Laws' (2013) 48(3) *Texas International Law Journal* 405, 408.

⁷ Cami Green-Gonas, 'The Scandinavian Legal System: An Introduction' (1989) 6 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 181, 188.

olsalar da⁸, Roma hukukunun bunlar üzerindeki etkisi oldukça zayıftır.⁹ Ortaçağ'ın yerel hukukunu somutlaştıran bu kanunlar “baskın güç olarak kendisini kabul ettiren bir kralın başında bulunduğu tarımsal toplumların” hukuklarını yansıtmaktadır.¹⁰

Bu kanunların resmen ilga edilmeleri ise 16. ve 17. yüzyılları bulur. Danimarka kralı V. Christian'ın sırasıyla 1683 yılında Danimarka ve 1687 yılında Norveç'te yürürlüğe koyduğu Danimarka Kanunu (*Danske Lov*) ve Norveç Kanunu (*Norske Lov*) oldukça kapsamlı bir biçimde birçok hukuki alanın birleştirilmesi amacıyla kaleme alınmıştır. 1734 yılında yürürlüğe giren İsveç Kanunu (*Sveriges rikes lag*) için de aynı şey geçerlidir. 6 kitaptan oluşan Danimarka Kanunu; yargı teşkilatı, din ve ruhban sınıfı, ticaret, aile, deniz, miras, ceza hukuku alanlarını düzenlerken; İsveç Kanunu ise miras, aile, eşya, inşaat ve borçlar hukuklarını düzenlemektedir. Gerek Danimarka/Norveç Kanunu gerekse İsveç Kanunu; basit, kolay anlaşılır ve popüler bir dil kullanmıştır. Ayrıca bu kanunlarda dogmatik bir kavram inşası veya teorik genellemelerin reddedildiği, kazuistik bir yöntem izlendiği söylenebilir.¹¹ Ortaçağ kanunlarını ilga eden bu kanunlar yine de eski kanunlardan alınan bazı hükümleri içermektedir.¹² Öte yandan sözgelimi Norveç Kanunu'nda; bu kanunun tüm antik yasa ve kodifikasyonları ilga ettiği açıkça düzenlenirken, yazılı olmayan hukuk kurallarından bahsedilmemektedir. Böylece antik örf ve adet hukukunun 17. yüzyılda hala geçerli kabul edildiği söylenebilir.¹³

Günümüzde Almanya'nın Schleswig-Holstein eyaletinde, Danimarka ve Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun sınırını oluşturan Eider Nehri'nin geçtiği Rendsburg şehrinin duvarındaki kapıda “*Eidora Romani terminus imperii* (Roma İmparatorluğu'nun Eider Nehri Sınırı)” ibaresinin işlendiği bir yazıt bulunmaktadır. Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun en kuzeydeki sınırını göstermek için yerleştirilen bu yazıt, bir taraftan da İskandinav hukukunu geçmişte ve günümüzde Kıta Avrupası'ndan ayırık konumunu ifade etmekte,¹⁴ hatta bir görüşe göre de Roma hukuku etkisinin ve Kıta Avrupası hukukunun da kuzeydeki sınırını¹⁵ çizmektedir.

Örf ve adet hukukunun uzun yıllar yoğun biçimde egemen olduğu İskandinav hukuk çevresinde Roma hukukunun toplu biçimde iktibasına hiçbir zaman rastlanmamıştır.¹⁶ Almanya'daki iktibas sırasında, Almanya'nın aksine İskandinav

⁸ Öyle ki, Yutland Kanunu'nun giriş kısmı, 12. yüzyılda hazırlanan bir kilise hukuku derlemesi olan *Decretum Gratiani*'den yapılan alıntılardan oluşmaktadır. Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

⁹ Ditlev Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (1996) 2 *Fundamina* 39, 41.

¹⁰ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

¹¹ Zweigert and Kötz (n 2) 272, 273.

¹² Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 12.

¹³ Ørebech (n 6) 409, 410.

¹⁴ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 10; Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (n 9) 39.

¹⁵ Joseph Lookofsky, 'Desperately Seeking Subsidiary: Danish Private Law in the Scandinavian, European, and Global Context' (2008) 19 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 161, 170, 176.

¹⁶ Tamm, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (n 9) 41.

ülkeleri, az nüfusa sahip yoksul ve merkezi otoritenin zayıf olduğu bir coğrafya olarak kendisini göstermektedir. Bu nedenle, İtalya’da Roma hukukunun öğretildiği üniversitelere oğullarını eğitim almaya gönderecek kadar varlıklı geniş bir toplumsal sınıfın da bu topraklarda eksik olduğu söylenebilir. Bu durum, Roma hukuku yerine yerel hukuka ve kilise hukukuna yönelimi beraberinde getirmiştir.¹⁷ Avrupa’daki *ius commune*’nin uygulama sahası hiçbir zaman Kuzey ülkelerini kapsamamıştır. Roma hukuku sınırlı biçimde İskandinav hukuk düzenlerine sızmış olsa da, her zaman yabancı bir hukuk olarak kabul edilmiştir¹⁸ Nitekim Kopenhag Üniversitesi’nin 1479 yılındaki kuruluşundan bu yana müfredatında yer alan Roma hukuku, bağlayıcı kabul edildiği için değil, doğal hukukla uyumlu olduğu varsayıldığı için öğretilmiştir. Üniversite’nin 1539 yılındaki şartında açıkça, her ne kadar yerel hukuk yerine Roma hukukunun uygulanması kabul edilemez olsa da, Roma hukukunun doğal hukukun bir ifadesi olduğu ve yabancı hukukların çalışılması yoluyla aynı zamanda bir kimsenin zihinsel olarak kendini geliştirebileceği ve böylece kendi yerel hukukunu da daha iyi uygulayabileceği ifade edilmiştir.¹⁹ 16. ve 17. yüzyılda Danimarka’da yüksek yargı kararlarında yerel hukuka öncelik verildiği ve Roma hukukunun geçerliliğinin reddedildiği kararlara rastlanmaktadır.²⁰ Aynı biçimde İsveç’te de üniversitelerde Roma hukuku yerine derslerin kilise hukuku ve yargıçlar tarafından yaratılan yerel hukuku içerdiği görülmektedir²¹ İskandinavya’da Ortaçağ’dan kalan örf ve adet hukuku kanunlaştırmalarının uzun süre etkinliğini koruyuşu, İskandinav hukuk çevresine rengini veren niteliklerden biri olarak kabul edilmektedir.²²

Ancak bu durum, İskandinav hukuklarının Roma hukukundan tamamen izole biçimde geliştiği biçiminde anlaşılmamalıdır. Roma hukukunun etkisi çeşitli hükümlerde gözlenmektedir. Sözgelimi sözleşmelerde ahlaka aykırılık Danimarka Kanunu’nda düzenlenmiştir. İsveç Kanunu’nda ise iyi niyet gibi kurumlara yer verildiği görülür.²³ Hatta 17. ve 18. yüzyıldaki bu büyük kanunlara kadar gitmeye gerek olmadan, 13. ve 14. yüzyıllardaki yerel düzeydeki kanunların sistematığı bakımından da Roma hukukunun izleri görülmektedir. Bu dönemde İskandinavya’da hazırlanan resmi senetlerin Latince düzenlenmesi de Roma hukuku etkisini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.²⁴

17. yüzyılda İsveç büyük bir politik güce erişerek, Avrupa siyasetinde etkin bir yere kavuşmuş ve Baltık Denizi çevresine sınırlarını genişletmiştir. Bu bölgede

¹⁷ Thomas Lundmark, *Charting the Divide Between Common and Civil Law* (Oxford University Press 2012) 172.

¹⁸ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 14; Kischel (n 3) 596.

¹⁹ Kopenhag Üniversitesi’nin 1539 Şartı’nın 7. maddesinin İngilizce çevirisi için bkz Ditlev Tamm, ‘Why Roman Law - Danish Arguments for the Study of Roman Law’ (2010) 16 *Fundamina* 428, 429.

²⁰ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 15, 16.

²¹ Lundmark (n 17) 418.

²² Tamm, ‘Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North’ (n 9) 41.

²³ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 18, 19.

²⁴ Kischel (n 3) 596, 597.

uygulanmakta olan ve üniversitelere öğretilen *usus modernus pandectarum* böylece İsveç hukukuna nüfuz etmeyi başarmıştır. Bu dönemden itibaren idare ve yargı teşkilatında görev almak isteyen İsveçli genç aristokratlar, Almanya’da ortak hukuk eğitimi veren üniversitelerde eğitim almaya başlamış, bu eğitim zamanla İsveç’teki üniversitelere doğru yayılmıştır.²⁵ Buradan yola çıkılarak, İskandinavya’daki sınırlı düzeyde Roma hukuku etkisinin doğrudan doğruya *Corpus Iuris Civilis*’in çalışılması yoluyla değil, Almanya’da Roma hukuku bilimi üzerine yazılan ders kitapları sayesinde vücut bulduğu da söylenebilir. Bu gelişimin sonucunda özellikle 17. yüzyılda İsveç’te yerel hukukun çözümleyemediği konularda Roma hukukunun uygulanacağı, yüksek mahkeme kararlarında da kabul edilmiştir. Ancak yargıçlar burada da Roma hukukunu iktibas edecek kadar ileri gitmemiştir.²⁶

İsveç hukuku üzerinde 13. yüzyıldan itibaren görülen sınırlı Roma hukuku etkisine rağmen, 1734 tarihli İsveç Kanunu’nda bu etki gözlenemez. Bunun nedeni İsveç’in bu dönemde güç kaybetmesi ve Avrupa ana kıtası üzerindeki tüm politik iddiasını kaybetmiş olmasına, böylece yeniden İskandinav Yarımadası’na çekilmesine bağlanabilir.²⁷ Bu kanunun o dönemde geçerli olan hukuki kuralları ve örf ve adet hukuku kurallarını toparlamaktan başka bir şey yaptığı söylenemez.²⁸ Aynı tespit 1683 tarihli Danimarka Kanunu için de geçerlidir. Bu kapsamlı kanun, yenilikçi hükümler getirmek yerine 13. yüzyıldan kalan bölgesel kanunlaştırmaları ve daha sonra ortaya çıkan krallık kanunlarını bir araya getirmekle yetinmiştir. Eski bölgesel kurallarda değişiklikler yapan mahkeme içtihatları ise dikkate alınmamıştır.²⁹

Danimarka’da da Roma hukukunun etkisi İsveç’tekine benzer yollarla, ancak daha zayıf biçimde ortaya çıkar. Danimarka Kanunu’nun tüm hukuki alanları düzenleme iddiasına rağmen birçok boşluk içermesi karşısında bu boşlukların doldurulması gereksinimi ortaya çıkmıştır. Ne var ki çok sayıdaki boşluğun, Roma hukukunun karmaşık metinlerine başvurularak doldurulması için gereken düzeye erişmiş yargıçlar bu dönemde mevcut değildir. Nitekim bütün İskandinavya açısından; büyük kanunlaştırmaların yapıldığı 17. yüzyılın ikinci yarısı ve 18. yüzyılın ilk yarısında hukukun hala bilimselleşmediği söylenebilir. 18. yüzyılın sonlarına dek, hukuk eğitimi almış yargıç ve avukatlar sayıca çok azken, köylerde hukuki uyuşmazlıkların fazla karmaşıklaşmasını engellemek için avukatların görev almaları yasaklanmıştır. Yargıçların ise yerel çevreden seçilmesi yaygın bir uygulama olarak bu dönemde yerleşik bulunmaktadır.³⁰ Bu nedenle *ius commune*’ye referans verilerek yerel

²⁵ Zweigert and Kötz (n 2) 273; Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003) 304.

²⁶ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 15, 16, 18.

²⁷ Zweigert and Kötz (n 2) 273; Oğuz (n 25) 304.

²⁸ Bernard Michael Ortwein II, ‘The Swedish Legal System: An Introduction’ (2003) 13(2) *Ind. Int’l & Comp. L. Rev.* 405, 411.

²⁹ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 74.

³⁰ *ibid* 69, 70.

hukuktaki boşlukların doldurulması Danimarka’da mümkün olmamıştır.³¹ Danimarka hukukunun bilimselleşmesi ancak 19. yüzyılda gerçekleşmiştir. Roma hukukunu çalışacak yetkinlikte hukukçular ancak 18 ve 19. yüzyıllarda ortaya çıkmaya başlamışlardır.³² Danimarka hukuku hâlihazırda Roma hukuku etkisinden uzakta gelişimini büyük ölçüde tamamladığından, Roma hukuku biliminin ortaya çıkışı geç kalmış bir gelişmedir. Ancak Roma hukukunun etkisi, doğrudan Roma hukuku metinleri yoluyla değil, Alman hukuk biliminin etkisiyle dolaylı biçimde Danimarka hukukuna nüfuz etmiştir. 19. yüzyılda Pandekt hukuk bilimi güçlü biçimde kendisini göstermiş, Danimarkalı hukukçular Almanya’da eğitim görüp Alman hukukçuların eserlerini okumuşlardır.³³ Böylece Danimarka’da hukuk biliminin gelişimi, İsveç’te olduğu gibi Avrupalı hukukçuların etkisi altında Roma hukukunun dolaylı biçimde nüfuz etmesi sonucunda gerçekleşmiştir.³⁴

1736 yılında Danimarka’da hukuk eğitimi için Kopenhag Üniversitesi’nde resmi bir sınav getirilmesi Danimarka hukuk biliminin başlangıcı olarak sayılabilir. Bu yıllarda üniversitede doğal hukuk, Roma hukuku ve Danimarka hukuku ders olarak okutulmuştur.³⁵ Buna rağmen bu dönemde Danimarka hukukunun Roma hukukundan etkilendiği savı genellikle reddedilmiştir. Hukukun ulusal karakterinin vurgulandığı bu dönemde, Danimarka hukuku tarihini yazan Kofod Ancher, Danimarka hukukunun Roma hukukunun halefi olmadığını ve kendine özgü temelleri olduğunu savunmuştur. Ne var ki, 19. yüzyılda çağdaş Danimarka hukuk biliminin temellerini atan Anders Sandøe Ørsted, bu savı abartılı bir milliyetçilik olarak niteleyerek Roma hukukunun Danimarka hukuku üzerindeki etkisini göstermeye çalışmıştır. Ørsted’den bu yana Danimarka hukukunun gerek yöntem gerekse kurumlar açısından Roma hukukundan etkilendiği kabul edilmektedir.³⁶ Haksız fiiller alanında 19. yüzyılda İskandinav hukukuna yerleşen *culpa* ilkesi, Avrupa’daki büyük kodifikasyonların ve Alman hukuk biliminin, özellikle de Jhering’in İskandinav hukuku üzerindeki etkisine örnek verilebilir. Ørsted bu dönemde İskandinavya’daki reform hareketlerini etkileyerek *culpa* ilkesini yerleştirmiştir.³⁷ *Culpa* sorumluluğu İskandinav hukukundaki sınırlı Roma hukuku iktibas örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir.³⁸

³¹ ibid 74.

³² İsveç’te ise 17 yüzyılda kurulan yüksek mahkemeler kariyer mesleği olarak yargıçlardan oluşmakta ve Roma hukuku konusunda bilgili alması şart koşulmaktaydı. Bu dönemde Roma hukukundan gelen kavram ve kurallar İsveç mahkemelerinde geniş çapta etkili olmuştur. Bkz Zweigert and Kötz (n 2) 273.

³³ Kischel (n 3) 598; Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 20, 21.

³⁴ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 45.

³⁵ ibid 44, 45.

³⁶ ibid 37, 38, 42, 44.

³⁷ Kjell A. Modéer, ‘Scandinavian exceptionalism: The development of modern Swedish tort law’ in Nils Jansen (ed) *The Development and Making of Legal Doctrine V. 6* (Cambridge University Press 2014) 214-216.

³⁸ Marten Schultz, ‘The impact of institutions and professions in Sweden’ in Paul Mitchell (ed) *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development V. 8*, (Cambridge University Press 2014) 200.

2. 20. Yüzyıl Ve İskandinav Ülkeleri Arasındaki İşbirliği

19. yüzyıl milliyetçilik ve liberalizmin yükseldiği bir döneme işaret eder.³⁹ Bu dönemde kültürel açıdan ve dil bakımından bağımsızlık bilinci İskandinavya’da karşılık bulmuştur. Bu dönem aynı zamanda İsveç ile Finlandiya arasındaki ve Danimarka ile Norveç arasındaki birliğin bozulduğu yıllardır. Ancak tarihsel ve kültürel bakımından beraberlik duygusu ve karşılıklı ticari ilişkilerin gelişmesi, 19. yüzyılın sonlarından itibaren kanun koyma açısından İskandinav ülkeleri arasında bir işbirliği arayışını beraberinde getirmiştir.⁴⁰

19. yüzyıldan bu yana İskandinav ülkeleri arasında kanun koyma bakımından sıkı bir işbirliği süregelmiştir. 1872 yılında, beş İskandinav ülkesinin hukukçuları, Kuzey Hukukçular Konferansı’nda çeşitli hukuki konuları tartışmak için her üç yılda bir olmak üzere toplanmaya başlamışlardır. Önceleri ortak bir ticaret hukuku fikriyle ortaya çıkan bu işbirliği, 20. yüzyılda borçlar hukukunun klasik konularına ve aile hukukuna kadar genişlemiştir. Hatta sınırlı olmakla beraber ceza ve ceza muhakeme hukuku konularının da bu işbirliği çerçevesinde ele alındığına rastlanmaktadır. Hala devam eden ve II. Dünya Savaşı’ndan sonra kurulan ‘Kuzey Konseyi’ ile daha kurumsal bir yere oturan bu işbirliğinin, uluslarüstü bir kanunlaştırma yöntemi olduğundan bahsedilemez. İlgili bakanlar veya kanun komisyonlarının bir araya geldiği, zaman zaman konuyla ilgili uzman gruplarının da katılımıyla gerçekleşen bu toplantılardan yeknesak kurallar ortaya çıkmaktadır. Üzerinde uzlaşılan bu metne dayanarak her bir ülke kendi kanunlaştırmasını yapmakta ve bu kanunlar ayrıntılar bazında birbirlerinden ayrılabilirlerdir.⁴¹ İskandinav devletleri arasındaki işbirliğinin, bu devletlerdeki kanun koyma kalitesini artırdığı ifade edilmektedir. Her biri çok az nüfusa sahip olan İskandinav ülkeleri salt ulusal kanunlar yaptıklarında, sınırlı deneyimlerine dayanmak zorunda kalmakta bu da kanun yapma konusunda engel teşkil edebilmektedir.⁴²

İskandinav dilleri, Fince hariç birbirlerine çok yakın olduklarından; İsveç, Danimarka, Norveç ve İzlanda’dan gelen katılımcılar bu toplantılarda anadillerinde konuşarak birbirleriyle anlaşabilmektedir. İsveççenin ikinci resmi dil olarak Finlandiya’dan gelen katılımcıların da İsveççeye yatkın olduklarından konferanslara katılırken zorluk yaşamadıkları bildirilmektedir.⁴³ Öte yandan İskandinav ülkelerinin hukuk ve hukuki kurumlar bakımından ortak bir anlayışa sahip olmaları da bu işbirliğini kolaylaştırmaktadır. Norveç’te 1683 tarihli Danimarka Kanunu’na dayanılarak hazırlanan 1687 tarihli Norveç Kanunu’nu uzun süre uygulanmış, bu

³⁹ Robert O’Brien and Marc Williams, *Global Political Economy: Evolution and Dynamics* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2010) 114.

⁴⁰ Zweigert and Kötz (n 2) 274.

⁴¹ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 11; Kischel (n 3) 604, 605.

⁴² Zweigert and Kötz (n 2) 275.

⁴³ Kischel (n 3) 605; Zweigert and Kötz (n 2) 274, 275.

durum iki ülkenin hukuklarının büyük ölçüde benzer gelişmesine yol açmıştır. 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun Finlandiya üzerindeki etkisi de bu duruma benzetilebilir. Günümüzde hala kanun koyma faaliyeti bakımından Finlandiya, İsveç'i izlemektedir. Bu durum, İskandinav devletlerinin hukuka yönelik ortak bir bakış açıları olduğu savının dillendirilmesine yol açmıştır. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, sırasıyla Danimarka ve Norveç ile İsveç ve Finlandiya'yı anlatan iki grup -doğu ve batı grupları- olarak ikiye ayrılan İskandinav ülkeleri, geliştirdikleri işbirliği sayesinde birbirlerine daha da yakınlaşmış; bu işbirliği İskandinav hukuk çevresine rengini veren bir nitelik olarak öne çıkmıştır.⁴⁴ Hatta 'Kuzey Hukuku' kavramından bahsedilebilmesinin ve İskandinav hukuklarının bir çevre olarak beraber ele alınmasının, ancak bu işbirliği neticesinde mümkün olabildiği; bu işbirliğinin 'Kuzey hukuk kültürü'nün bir parçası olduğu öne sürülmektedir.⁴⁵

1870'lerde kambiyo senetleri üzerine çalışan ve bu alanda üç İskandinav ülkesinde yeknesak kanunlar yapılmasıyla sonuçlanan işbirliği, daha sonra ticaret hukukuna ilişkin başka konulara eğilmiştir. 20. yüzyıla gelinceye değin marka, ticaret sicili, şirketler hukuku, ticari temsil konusunda yeknesak kanunlar birbirini izlemiş, deniz hukuku gibi bazı alanlarda ise yeknesak ilkelere dayalı kanunlar kabul edilmiştir.⁴⁶ 20. yüzyıla gelindiğinde, ticaret hukuku alanında ilerleyen işbirliğinin yeni alanlara yayılması fikri ortaya atılmış; sözleşmeler hukuku alanında bir program belirlenmiş, ardından aile hukuku da bu programa katılmıştır. Satım hukukuna ilişkin neredeyse yeknesak kurallar benimsenmiştir. 1905-1907 yılları arasında çıkarılan taşınır satımına ilişkin ortak kanunlar işbirliğinin başarılı örneklerinden biridir.⁴⁷ Malvarlığı üzerindeki haklar üzerindeki sözleşme ve diğer hukuki işlemlere ilişkin 1915-1918 yılları arasında çıkarılan ortak kanunlar da işbirliğine örnek verilebilir.⁴⁸ Bunun dışında acenteler, sözleşmelerin kurulması ve hükümsüzlüğü ile sigorta birleştirilen diğer alanlardır. Aile hukuku alanında ise evlilik ve boşanma, mal rejimleri, velayet, aile ve çocuk arasındaki ilişkiler bakımından hukukların birleştirilmesine yönelik adımlar atılmıştır.⁴⁹ Aile hukuku konusunda yeknesak kanunlar yoluyla reformlar gerçekleştirmek için ilk olarak 1909 yılında komisyonlar kurulmuş, 1927 yılına kadar

⁴⁴ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 136.

⁴⁵ Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 2, 3, 7.

⁴⁶ Zweigert and Kötz (n 2) 275.

⁴⁷ Hatta bu kanunlaştırmaların yalnızca İskandinav hukukunun değil; İngiliz, Fransız ve Alman hukuklarının yakından incelenmesiyle hazırlandığı, hukuki soruna odaklanarak son derece pragmatist bir yöntem kullandığı gözden kaçırılmamalıdır. Ernst Rabel tarafından bu yeknesak kanunlaştırma, yalın sistemi ile basit ve anlaşılır kavram inşası nedeniyle övülmüştür. İskandinav Satım Kanunları II. Dünya Savaşı'ndan önce UNIDROIT bünyesindeki çalışmalarda kullanılmış, Rabel'in inisiyatifıyla, yeknesak İskandinav kanunları alanında İsveçli Tore Almén tarafından yazılan şerh, Almancaya çevrilmiştir. 1980 yılında kabul edilen Viyana Satım Sözleşmesi'nin İskandinav satım kanunlarından etkilendiğine şüphe yoktur. Bkz Viggo Hagström, 'The Scandinavian Law of Obligations' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 117, 120-121; Zweigert and Kötz (n 2) 275, 276.

⁴⁸ Bu kanunlar Avrupa'daki büyük kodifikasyonlar, özellikle Alman Medeni Kanunu gibi hukuki işlem kavramına ilişkin genel hükümler düzenlemeyi seçmemiş, bunun yerine 40 maddede uygulamada önemli görülen problemleri düzenlemekle yetinmiştir. Zweigert and Kötz (n 2) 275, 276.

⁴⁹ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 137.

liberal yeknesak kanunlar birbirini izlemiştir. Bu kanunların tümü eşler arasında eşitlik ilkesini benimsemiş, boşanma sebepleri çeşitlendirilmiştir.⁵⁰ Eşitlik ilkesinin yanı sıra, boşanmada kusur ilkesinden geri adım atılması, evlilik içinde ve evlilik dışında doğan çocuklara eşit davranılması, sağ kalan eşin miras hukuku bakımından haklarının güçlendirilmesi bakımından bu yeknesak kanunların getirdiği yenilikler Kıta Avrupası ülkelerinden çok daha erken tarihlere rastlamıştır.⁵¹

1970'lerden itibaren İskandinav işbirliğinin zayıflamaya başladığı gözlenmektedir. İsveç, özellikle aile hukuku alanında kendi yolunu izlemeyi seçtiğini bildirmiş,⁵² İsveç Başbakanı Olof Palme 1972'de İsveç'in artık uyumlaştırma projesinin bir parçası olmayacağını açıklamıştır.⁵³ Bu yıllarda Danimarka, Avrupa Topluluğu'na katılmış, Norveç bunu reddederek petrol kaynaklarının yardımıyla ekonomisini toparlamış, Finlandiya ise Sovyet Rusya'nın etkisinde kalmaya devam etmiştir. Böylece 1970'lerden beri, bir yüzyıl süren uyumlaşmanın yerine, çoğulculuk ve heterojenlikten bahsedilmeye başlanmıştır.⁵⁴ Kurumsal düzenlemelerle belirlenmemiş olan ve yasa koyucuların iyi niyetine bağlı olarak ilerleyen işbirliğinin kırılma eğilimi de bu zayıflamada etkilidir.⁵⁵ Nitekim işbirliğindeki bu zayıflamanın belirtisi olarak, 1980'lerde hazırlanan yeni yeknesak İskandinav taşınır satımı kanunu; İsveç, Finlandiya ve Norveç'te kabul görürken Danimarka'da kabul edilmemiştir.⁵⁶ Keza 1970'lerde şirketler hukuku alanında hayata geçirilen yeknesak kanunlar 2000'lere gelindiğinde her bir ülkede birbirinden bağımsız hazırlanan ulusal kanunlarla ilga edilmiştir. Ancak bu zayıflamaya rağmen günümüzde hala İskandinav hukuk düzenleri arasında özellikle özel hukuk alanında hatırı sayılır benzerlikler dikkat çekicidir.⁵⁷

İskandinav işbirliğinin, Avrupa genelinde planlanan işbirliği için bir model olabileceği tartışılmaktadır. Ancak İskandinav ülkeleri arasındaki tarihsel, kültürel, ekonomik, demografik, coğrafi ve dil bakımından benzerliklerin bu işbirliğini kolaylaştırdığı unutulmamalıdır.⁵⁸

B. Hukuk Kaynakları, Yargıç Hukuku ve Yorum

İskandinav hukuk düzenlerinin tümünde yazılı hukukun önceliği gözlenir. Büyük kanunlar, özel alanlarda çıkarılan küçük çapta kanunlar, yönetmelik ve

⁵⁰ Nathalie Le Bouteillec and Bersbo Zara and Patrick Festy, 'Freedom to Divorce or Protection of Marriage? The Divorce Laws in Denmark, Norway, and Sweden in the Early Twentieth Century' (2011) 36(2) *Journal of Family History* 191, 193-194.

⁵¹ Zweigert and Kötz (n 2) 278.

⁵² Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 138.

⁵³ Kischel (n 3) 606.

⁵⁴ Modéer (n 37) 212, 213.

⁵⁵ Bernitz (n 1) 25.

⁵⁶ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 138.

⁵⁷ Kischel (n 3) 606.

⁵⁸ Zweigert and Kötz (n 2) 279; Oğuz (n 25) 306.

kararnameler bu yazılı hukuk enstrümanlarını oluşturur. Ancak Kıta Avrupası ülkelerinde 19. yüzyılda hayata geçirilen büyük ve sistematik kodifikasyonların benzerine burada rastlanmaz.⁵⁹ Bunun yerine İskandinavya'daki büyük kanunların hâlihazırda yürürlükte olan farklı alanlardaki düzenlemelerin birer derlemesi olduğu görülür.⁶⁰ Öte yandan oldukça eski kanunlar olan 1683/1687 tarihli Danimarka/Norveç Kanunları ile 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun⁶¹ içerdiği kitaplarda yeni düzenlemeler yapılmakta ya da bu kitaplar hepten değiştirilmekte veya özel hukuki alanlar için özel kanunlar çıkarılmaktadır.⁶² Üstelik bir özel kanunun, düzenlediği hukuki alanı kapsamlı biçimde ele alması söz konusu olmadığı gibi kanunların 'tam' olma gibi bir iddiası da söz konusu değildir.⁶³ 19. yüzyılda Fransız *Code civil*'den etkilenen yeni ve sistematik bir kanunun yürürlüğe sokulması için İsveç'te gösterilen çaba hiçbir zaman sonuca ulaşmamıştır.⁶⁴ Böylece sözgelimi Almanya'da Pandekt hukuk okulunun ürünü olarak ortaya çıkan ve kanunun tam, eksiksiz ve kapalı bir yapı olduğu tasavvurundan yola çıkan anlayış İskandinavya'da yerleşmemiştir.⁶⁵

Kanunların hazırlanışı oldukça ciddi biçimde ele alınır. İsveç örneği ele alındığında; bir kanun yapılması için adımlar atılmaya başlandığında öncelikle bir kanun komisyonu oluşturulur. Milletvekillerinin üyesi olduğu bu komisyona, daha teknik meselelerin ele alındığı kanunlar için yargıçlar, kamu görevlileri ve kısmen menfaati bulunan örgütlerin temsilcileri de katılır. Komisyonun başında genellikle kıdemli bir yargıç bulunurken, sekreteryaya görevini ise daha kıdemsiz yargıçlar yürütür. Komisyonun hazırladığı rapor ilgili problemin tarihsel olarak ele alındığı açıklayıcı metinleri ve önerilen taslağın anlamını, tasarı uygulanırken çıkabilecek yorum problemlerini içeren bir şerhi kapsar. Rapor ilgili bakanlığa sunulduktan sonra; kanunla ilgili menfaati bulunan mahkemeler, kamu kurumları, yerel yönetimler, hukuk fakülteleri, ticaret ve sanayi odaları görüş bildirmeleri için davet edilir. Yasama faaliyeti konusunda görüş bildirmek o denli zaman alıcı hale gelmiştir ki, hukuk fakültelerinin bir yıl içinde onlarca görüş bildirdiklerine, temyiz mahkemelerinin bazen bütün bir dairesini bu iş için görevlendirdiğine, ticaret ve sanayi odalarının bu konu için özel olarak uzmanlar istihdam ettiğine rastlanır. Son aşamada ise bakanlığın kendi bünyesinde komisyon raporu ve diğer görüşler dikkate alınıp yeni bir taslak hazırlanarak, hükümetin tasarısı olarak meclise sunulur. Bu tasarının gönderildiği

⁵⁹ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22; Stig Strömholm, 'Introduction' in Stig Strömholm (ed), *An Introduction to Swedish Law* (Springer Science +Business Media 1981) 34.

⁶⁰ Green-Gonas (n 7) 190, 191.

⁶¹ 1683 ve 1687 tarihli Danimarka ve Norveç Kanunları ile 1734 tarihli İsveç Kanunu'nun birçok hükmü günümüzde kadük kalmış veya yeni kanunlarda değiştirilmiştir. Hatta İsveç Kanunu'nun değişmeden kalan tek kısmının kapak sayfası olduğu söylenmektedir. Bkz Ortwein II (n 28) 411, 412. Ancak buna rağmen bu eski kanunlar hala resmi biçimde yürürlükten kaldırılmamıştır. Bkz Zweigert and Kötz (n 2) 274.

⁶² Strömholm (n 59) 32

⁶³ Bernitz (n 1) 20.

⁶⁴ Zweigert and Kötz (n 2) 274.

⁶⁵ Lundmark (n 17) 433.

parlamento komisyonu da tasarı üzerinde değişiklikler önerdikten sonra, tasarı genel kurula sunulur.⁶⁶

Yasama çalışmalarına verilen önem, kanunların yorumlanması sırasında da kendini gösterir. Mahkemeler yorum problemlerini çözerken ilk basamakta yasanın hazırlık çalışmalarını inceleyerek, bir başka deyişle sübjektif amaçsal yorum ile işe başlarlar. Yasa koyucunun sübjektif amacının araştırıldığı bu yöntem, İskandinavya'da Kıta Avrupası'na kıyasla çok daha büyük önem kazanır. Burada yasama çalışmalarını bir çeşit yorum aracı gibi görmektense, bunlara belirleyici bir konum atfedildiğini söylemek daha doğrudur. Hazırlık çalışmaları en önemli hukuk kaynağı halini almış ve kanunun kendisiyle aynı düzeye erişmiştir.⁶⁷ Öyle ki, özellikle İsveç'te zaman zaman bu çalışmaların kanunun lafzının önüne geçtiği bile gözlenebilir. Böylece kanun metninin kısa olması gerektiği, gerekli detayların kanunun hazırlık çalışmalarından çıkarılabileceği görüşü yerleşmiştir.⁶⁸ Özellikle yakın zamanda çıkan kanunlar için, hazırlık çalışmalarının belirleyici rolü güçlüdür.⁶⁹ Eğer hazırlık çalışmalarından kanun koyucunun sübjektif niyeti anlaşılabilirse, bu anlam lafzi yorum ve sistematik yorumun önüne geçer.⁷⁰

İskandinav hukuk çevresinde, hukuk kaynakları arasında; kesin bir hiyerarşik sıralama yapıldığı söylenemez. Hukuk kaynaklarının yarışmasından ziyade, işbirliği içinde ele alınacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan hukukçuların kanunlar dışındaki kaynakları, özellikle de içtihat ve öğretiyi de gözetmeleri gerektiği kabul edilir.⁷¹ Kanunun hazırlık çalışmaları, içtihat ve öğreti arasında nasıl bir sıralama yapılacağı konusunda net bir yanıt bulmak zordur. Bunun yerine bunların uygulamada ne kadar ciddiyetle dikkate alındığı sorusu öne çıkmaktadır. Öte yandan dar anlamda hukuk kaynakları ile hukukun belirlenmesine yardımcı materyalleri de kapsayacak şekilde geniş anlamda hukuk kaynakları arasında ayrımı yapılmaz. Bu bakımdan içtihatların hukuk kaynağı olup olmadığı da kesin bir biçimde ifade edilmemektedir.⁷² Aynı şekilde bir yorum metodu olarak ele alınabilecek olan 'kıyas'ın hukuk kaynakları arasında sayıldığına rastlanmaktadır.⁷³ Bir başka deyişle tipik İskandinav pragmatizminden hukuk kaynakları teorisi de payını almaktadır. İskandinav anlayışı burada, normatif hukuk kaynaklarını katı biçimde sınırlamak ve sıralamak yerine; somut olaya göre, sağduyunun gerektirdiği makul sonuca işaret etmekle yetinmektedir.⁷⁴ Bunun dışında, bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın, içtihat ve öğretinin de gözetileceğinin kabul

⁶⁶ İsveç'teki yasama sürecine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz Strömholm (n 59) 35-37.

⁶⁷ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

⁶⁸ Kischel (n 3) 602.

⁶⁹ Bernitz (n 1) 20.

⁷⁰ Lundmark (n 17) 336.

⁷¹ ibid 122.

⁷² Kischel (n 3) 603.

⁷³ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

⁷⁴ Kischel (n 3) 608.

edilmesi, hukukun normatif karakter taşımayan parçalarına gerçekte etki tanındığını kabul etmesi bakımından, İskandinav realizminin izlerini taşımaktadır.⁷⁵

Yukarıdakine benzer bir pragmatizm, hukuk kuralının uygulanmasında da kendisini gösterir. Örneğin İsveç'te, yargıcın hukuku formalist biçimde uygulamak yerine, somut olayın şartlarına büyük önem attığı görülmektedir. Tümdengelim gibi yöntemlerin yerine, somut olayda adil bir çözüme ulaşmaya odaklanıldığına rastlanmaktadır. Somut olayın şartları gerektirdiği ölçüde yargıç, eğer bir istisnaya müsaade etmek mümkünse eşitlik ilkesinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda yargıçların hukuk politikası analizine ve ekonomik analize yatkın oldukları da bildirilmektedir.⁷⁶ Bir başka deyişle, her ne kadar kanun hukukun kaynağı olsa da, dar bir yorum metodu yoktur. Bunun yerine uyumsuzluğun somut ve pratik yönlerine yönelik bir duyarlılıkla donanmış bir yorum söz konusudur.⁷⁷

İçtihat, Anglo-Amerikan hukukundaki kadar önemli olmasa da, hukuk kaynakları arasında sağlam bir rol üstlenir. 19. yüzyıldan bu yana, Norveç istisna teşkil etmekle beraber bağlayıcı olarak kabul edilmeyen içtihat,⁷⁸ yine de mahkemelerce dikkate alınmaktadır.⁷⁹ Birinci derece mahkemeler, yerleşmiş içtihatları gözden geçirmeyi gerektirecek denli istisnai durumlar haricinde yüksek mahkeme içtihatlarını takip ederler. Tarihsel olarak sistematik kanunların bulunmadığı, hukuk kurallarını toparlayıp sistematize edecek denli uzun bir geleneğe sahip öğretinin bulunmadığı Kuzey hukuk düzenlerinde hukuku birleştirme görevi üst derece mahkemelere düşmüştür.⁸⁰

Kimi zaman yargıçların hukuk yarattığı açıkça ifade edilmektedir. Bu görüşe göre Danimarka'da da yargıçlar hukuk yaratmakta ancak bunu Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki yargıçlardan daha az belirgin biçimde yapmaktadır. Danimarka'da yargıç bir içtihat yaratmak yerine, söz konusu somut olayı çözüme bağlamayı amaçlamaktadır. Böylece Danimarka'da yargıcın, Türk/İsviçre medeni kanunlarında öngörülen şekilde yasa koyucu gibi hareket ederek bir kural oluşturmasından çok, somut olayda makul gördüğü kararı vermesi söz konusudur.⁸¹ Yargıçların somut olaydaki olguları ele alıp tartıştığı, fakat bunları bir yasa hükmüne atlamak için çaba sarf etmediğine rastlanır. Genellikle yargıcın buradan çıkardığı rehber ilkeyi de ortaya koymamakta, bir başka deyişle kararını bir nedene dayandırmakta fakat bu

⁷⁵ Lundmark (n 17) 321.

⁷⁶ ibid 108, 122, 126.

⁷⁷ Rodolfo Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Jacob Joussen tr, 2nd edn, Nomos 2011) 240-241.

⁷⁸ Green-Gonas (n 7) 192.

⁷⁹ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 22.

⁸⁰ Anna Nylund and Jorn Øyrehagen Sunde, 'Courts and Court Proceedings' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 210-211.

⁸¹ Ole Lando, 'Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 157, 160.

nedeni kararda açıkça bildirmemektedir. Bu tip kararlar, bir içtihat oluşturmak için yeterli değildir.⁸² Yargıcın kurallardan yola çıkarak bir sonuca ulaşmaktansa, önce makul ve adil olan sonucun hangisi olduğunu sezdiği, daha sonra da hükme ulaşırken yürüttüğü mantığın bu sonuca götürüp götürmediğini test ettiği söylenmektedir. Yargıcın böylece ulaştığı ve mahkeme kararının içinde genellikle bir paragrafı aşmayacak kadar kısa olan hüküm, İskandinav hukuk çevresinin pragmatist ve realist niteliğini de ortaya koyar.⁸³

Uygulamada birincil olarak başvuru hukuk kaynağının öğreti olduğu söylenmektedir. Özellikle ders kitapları bu çerçevede sıkça başvuru bir referanstır.⁸⁴ Öğreti ve uygulama arasında 19. yüzyılın başından beri sıkı bir ilişki olduğu gözlenmektedir. Nitekim bu işbirliğinin bir göstergesi olarak sözgelimi Danimarka'da hukuk teorisyenlerinin dogmatik veya teorik bir yaklaşımdan uzak durdukları, uygulamaya dönük oldukları söylenebilir. Büyük ölçüde kabul gören bilimsel eserlere, mahkemede avukatlarca göndermede bulunulduğuna ya da mahkeme kararlarında atıf yapıldığına rastlanmaktadır. Öğreti, genellikle mahkemelerin somut olayda verecekleri kararı etkileyebilmektedir.⁸⁵ İlgili kanunun düzenlemediği ve başka kanunlarda bulunup kıyas yoluyla uygulanacak hükümlerin de yer almadığı hallerde mahkemeler çoğunlukla öğretiyi takip etmektedir.⁸⁶

Kıyas, İskandinav hukukunda özel hukuka ilişkin kanunlar ilgili oldukları hukuki alanın bütünü düzenlemediklerinden sıkça karşılaşılan kanun boşluklarını gidermek için çok yoğun ve etkin biçimde başvuru yorum yöntemlerinden birini oluşturmaktadır.⁸⁷ 1905/1907 yıllarında İskandinav ülkelerinde yürürlüğe giren yeknesak Taşınır Satımı Kanunu'nun hükümleri özel kanunlarla düzenlenmeyen başka sözleşme tipleri için de kıyas yoluyla uygulanmış ve böylelikle pek çok hukuki problem bu kanunun hükümleriyle çözümlenmiştir.⁸⁸ Sözgelimi İsveç'te 1734 tarihli İsveç Kanunu'nda düzenlenmeyen hizmet sözleşmesi; Taşınır Satımı Kanunu'nun ayıplı malların teslimini düzenleyen hükümleri ile idare edilmektedir. İyi niyet kuralı genel bir kanunla düzenlenmediği halde; taksitle satış ve sigorta sözleşmelerine ilişkin kanunlarda düzenlendiğinden bu hükümler yine kıyas yoluyla tüm sözleşme ilişkilerine uygulanır hale gelmiş ve iyi niyet kuralı genel bir ilke haline getirilmiştir.⁸⁹

⁸² Lundmark (n 17) 350, 351.

⁸³ Lookofsky (n 15) 177, 178.

⁸⁴ Kischel (n 3) 603.

⁸⁵ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 21, 22.

⁸⁶ Lando (n 81) 160.

⁸⁷ Bernitz (n 1) 20.

⁸⁸ Lando (n 81) 160.

⁸⁹ Zweigert and Kötz (n 2) 277.

C. Hukuki Düşünce Biçimi, Pragmatizm ve Realizm

İskandinav hukuk çevresi, pragmatizm ve realizmle tanımlanmaktadır.⁹⁰ Az sayıda teorisyenin varlığının, aynı zamanda hukuk sistemlerinin rafine biçimde gelişmesini engellediğinden ve gerek hukuk teorisinin gerekse hukuk uygulamasının yaşayışla iç içe, pragmatik biçimde gelişmesinin önünü açtığından bahsedilmektedir.⁹¹ İskandinav hukuk düzenleri 19. yüzyılda Pandekt hukuk biliminden yoğun biçimde etkilenmelerine ve Kıta Avrupası'nı yakından takip etmelerine rağmen, yine de uygulamaya dönük yerleşik anlayış, bu hukuk düzenlerini yoğun bir kavramcılıkla ve kuramsallaşmış sistemle yan yana durmaktan alıkoymuştur.⁹²

Üzerinde şüpheler de olan bir önermeye göre, İskandinav anlayışını kavramak için İskandinav hukuki realizminin anlaşılması gerekmektedir.⁹³ Amerikan hukuki realizminin aksine günümüzde rafa kaldırılmış olan İskandinav hukuki realizmi, 20. yüzyılda İsveçli filozof Axel Hägerström tarafından kurulmuş olan, Uppsala Okulu olarak da anılan felsefi bir akımı ifade etmektedir. Hägerström'e göre "... duygulardan kaynaklanan kelimeler bulutunu delmek için metafizik olanı yok etmemiz gerekmektedir." Bu anlamda Hägerström, fiziksel ve doğal dünyanın varlığı dışındaki metafizik ve doğaüstü olanın varlığını reddetmektedir.⁹⁴ Hägerström'e göre bilimsel olması için bir şeyin somut olgulara dayanması gerekir. Kavramlar da bu bağlamda gerçeklere dayanmalıdır.⁹⁵ Gerçeklik her türlü 'değer'den aridir. Etik kavramlar; acı ve haz gibi ampirik kavramlarla ifade edilemez. Böylece değerler fiziksel dünyada değil ancak insanların akıllarında varlık kazanabilir. Etik yükümlülükler ve hakların veya doğal hak kavramının da bu bakımdan fiziksel dünyada var olduğu iddia edilemez. Hak ve yükümlülüklerle ilişkin normatif gerçeklerle ilgili bir hukuki gerçeklik de yoktur. Hukuk, her türlü kavramsal içerikten yoksundur ve hukuki terimler de insan davranışlarını düzenlemek için kullanılan kavramlar değil, uygun davranışa yönlendirmek için kullanılan içi boş sözcüklerdir. Böylece aslında hak ve yükümlülük kavramları da zamansal ve mekânsal gerçeklikte elle tutulabilen hiçbir şeye karşılık gelmediklerinden, mevcut değildirler.⁹⁶ Sözelimi mülkiyet hakkı kavramını metafizikten bağımsız ele alma olanağı yoktur. Mülkiyeti, devletin ihlallere karşı koruduğu bir gerçeklik olarak ele almak mümkün değildir. Çünkü mülkiyet aslında devletin sağladığı korumanın ön şartıdır. 'Hak' kavramı ile ifade edilen bir 'yetki'dir. Yetki ise yaşama dair olgularla açıklanamaz. "Doğaüstü, mistik, büyü ve metafiziksel bir güçtür."⁹⁷ Realizm böylece, kavramlardan çok,

⁹⁰ Lookofsky (n 15) 177, 178.

⁹¹ Kischel (n 3) 608.

⁹² Zweigert and Kötz (n 2) 279, 280.

⁹³ Kischel (n 3) 620.

⁹⁴ Jes Bjarup, 'The Philosophy of Scandinavian Legal Realism' (2005) 18(1) Ratio Juris 1, 1-3.

⁹⁵ Kischel (n 3) 622.

⁹⁶ Bjarup (n 94) 4-7.

⁹⁷ Kischel (n 3) 622, 623.

mahkemelerin gerçekte nasıl karar verdiği üzerine düşünme faaliyetinin hukukun asıl konusu olduğunu öne sürmüştür.⁹⁸

İskandinav hukuki realizminin, hukukun uygulamaya dönük kısmıyla ilgilenen Amerikan hukuki realizminden farklı olarak, hukukun felsefi tarafıyla⁹⁹, temel kavramlarla ilgilendiği,¹⁰⁰ pratik bakımdan günümüz hukuki düşünce biçimi üzerinde hiçbir iz bırakmadığı, hatta günümüzde çoğu İskandinav hukuk öğrencisinin Hägerström veya Uppsala Okulu'nun adını bile duymadığı ifade edilmektedir. Ancak doğrudan gözlenemeyen bu etki dolaylı olarak ortaya çıkmış olabilir. İskandinav hukuk teorisi, günümüzde yalnızca geçerli hukuka, bunun uygulanmasına ve yapısına odaklanırken; hukukun toplumsal, siyasal, felsefi ve ekonomik yönlerinden hukuk dışındaki disiplinler lehine fedakârlık etmektedir. Bu durum, hukuki realizmin, metafizik karşıtı tutumuna bağlanabilir.¹⁰¹

Kaldı ki, hukuki realizmin Avrupa'nın geri kalan kısmında geniş yankı uyandırmamasına rağmen, İskandinavya'da ortaya çıkıp kurumsallaşması da tesadüf değildir. Uzun süre hukuk eğitimi almamış ve profesyonel olmayan hukukçular tarafından yürütülen hukuk uygulaması, 19. yüzyılda Pandekt hukuku etkisi altında kalana kadar bilimselleşmemiştir.¹⁰² Bu mirasla beraber hukukun sıradan insanların gündelik yaşamlarıyla bağıni koparmadığı ve rafine biçimde hukuk profesyonellerinin tekeline girmediği İskandinavya; pragmatist ve politika odaklı çözümleri savunan hukuki realizm akımı için biçilmiş kaftan olmuştur.¹⁰³ Hukuki realizm bir taraftan da 20. yüzyılın başlarından itibaren sanayileşmenin beraberinde getirdiği sorunlara karşı geliştirilen araçların altyapısını oluşturmuştur. Hukuk bilimi sosyal teori olarak, hukuk politikası ise sosyal teknoloji olarak anlaşılmıştır.¹⁰⁴ Hukukun kendisi ise bu dönemden itibaren toplum mühendisliğinin bir aracıdır.¹⁰⁵

İskandinav hukukunda, hukuki realizmin temelini teşkil ettiği toplum mühendisliği, İsveç'te haksız fiiller hukukunun gelişimi bakımından örneklenebilir. 19. yüzyılda İsveç hukukuna giren *culpa* ilkesi, 20. yüzyıla doğru ve 20. yüzyıl başlarında risk ilkesine dayalı kusursuz sorumluluk halleri ile takviye edilmiştir.¹⁰⁶ 19. yüzyılda

⁹⁸ Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 13.

⁹⁹ İrem Akı, 'Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008) 30.

¹⁰⁰ Lundmark (n 17) 95.

¹⁰¹ Kischel (n 3) 625, 626.

¹⁰² Bkz yuk n 16 ile başlayan metin.

¹⁰³ 1920 ve 1930'larda hukuki realizmin ortaya çıkışında, mahkemelerde hala hukukçu olmayan yargıçların güçlü konumda oluşunun payı olduğu ifade edilmektedir. Jaakko Husa and Kimmo Nuotio and Heikki Pihlajamäki, 'Nordic Law - Between Tradition and Dynamism' (2008) TICOM - Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2008/10 <<https://ssrn.com/abstract=1287088>> accessed 31 December 2019, 22.

¹⁰⁴ Heikki Pihlajamäki, 'Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared' (2004) 52 Am. J. Comp. L. 469, 472, 486, 487.

¹⁰⁵ Letto-Vanamo and Tamm (n 5) 13.

¹⁰⁶ Modéer (n 37) 214-216.

Alman hukuk biliminin etkisiyle biçimlenen; kavramsallık ve sistematize olma nitelikleriyle damgalanan haksız fiil hukukunun, yeni risklerle beraber yeni kurumları benimsediği görülmektedir. Bu durum salt kavramsal bir düşünce modelinden sonuç odaklı bir düşünce biçimine evrilmeyi anlatır.¹⁰⁷

20. yüzyılda bir süre daha ilerledikten sonra bu defa *culpa* ilkesi ve münferit kusursuz sorumluluk hallerine dayanan sorumluluk hukukunun da dönüşüme uğradığı görülür. İskandinav hukuki realizminin temsilcilerinden Lundstedt, kusur gibi haksız fiilin klasik kavramlarını eleştirmiş ve fayda prensibini düstur benimsemiştir. II Dünya Savaşı'nın ardından bu sefer de ceza hukukçusu Strahl geleneksel haksız fiil hukuku teorisine karşı eleştiriler yönelterek sosyo-politik mülahazaların da dikkate alınması gereğini vurgulamıştır. Aynı dönemde Danimarka'da Ussing gibi yazarlar, haksız fiil hukukunun yeni bir ilkeye, sigorta ilkesine, dayanması gerektiğini savunmuştur. Sosyal demokrat bir refah devleti fikrinin alabildiğine baskın olduğu ve bununla bağlantılı olarak liberal odaklı bir haksız fiil anlayışından sosyal odaklı bir anlayışa doğru dönüşümün başladığı bu dönemde, haksız fiil hukukunu sosyal güvenlik sistemleri ile ikame etme görüşü yasa koyucuyu ikna etmiştir. Artık sosyal güvenlik ve özel sigortalar modern haksız fiiller hukukunun bir parçasıdır. Bu çerçevede 1929 yılında motorlu araçlar için zorunlu sorumluluk sigortasına ilişkin İsveç'te kabul edilen yasa öncü kabul edilebilir.¹⁰⁸

Böylece 1950'lerde entelektüel hayattaki yerini sağlamlaştıran Uppsala Okulu'nun, metafizik olan unsurları açıkça yıkmaya başladığı söylenebilir. Pragmatizm ve realizm artık inşa edici bir rol üstlenmeye başlamıştır. Değerlerden arınmış bir hukuk anlayışı, hukukun toplumsal yönünün vurgulanışını ve toplumun gereksinimlerine göre şekillenecek bir reformu da beraberinde getirmiştir. Böylece artık kolektif bir yaklaşım öne çıkarılmaya; haksız fiil hukukunu, sosyal güvenlik ve sigorta sistemleriyle ikame etme yönünde adımlar atılmaya başlanmış ve bu konudaki kanunlaştırmaların önü açılmıştır. Hukukçular cephesinden bu adımlar başta kuşkuyla karşılanırsa da sigortanın öne çıkan rolü yavaş yavaş normalleşmiş ve bunun sosyal devletin gerekliliklerini nasıl sağlayabileceği üzerinde durulmaya başlanmıştır. Pragmatizmin olumlu sonuçlar doğurduğuna dair iyimser bir yaklaşımın hâkim olduğu 1950'ler ve 1960'lar aynı zamanda reformları finanse etmek için vergilerin gittikçe artırıldığı yıllardır.¹⁰⁹

1972'de kabul edilen Haksız Fiil Sorumluluğu Yasası ise asıl dönüm noktasıdır. Artık sorumluluğun önleyici ve caydırıcı etkisi önemli bir yer tutmaz. Bunun yerine sosyal ve insancıl mülahazalar öne çıkmıştır. Bu kanunu izleyen İş Kazaları Sigortası Yasası, tıbbi müdahale sırasında gerçekleşen zararlar, farmakolojik ürünler nedeniyle

¹⁰⁷ Håkan Andersson, 'The Tort Law Culture(s) of Scandinavia' (2012) 3 JETL 210, 214.

¹⁰⁸ Modéer (n 37) 216-220.

¹⁰⁹ Andersson (n 107) 216-218.

gerçekleşen zararlar ve çevresel zararlar için sigortalara ilişkin düzenlemeler; İsveç hukuk kültürüne rengini veren gelişmeler olmuştur. Haksız fiil hukukunun tazmin edici işlevi artık kesinlikle ön plandadır. Amaç kaybın, zorunlu veya isteğe bağlı sigortalar yoluyla dağıtılmasıdır.¹¹⁰

Sosyal mülahazaların hukuka doğrudan yansımına, sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak zayıf tarafı koruyucu hükümler de örnek olarak verilebilir. Bu doğrultuda medeni hukukta, tarafların kişisel özelliklerine değer atfeden düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlara gösterilebilecek en çarpıcı örneklerden biri Finlandiya'daki mücbir sebep kavramıdır. Mevcut kanuni düzenlemeleri dikkate alarak “sosyal” mücbir sebep kavramını sistematize eden Thomas Wilhelmsson'a göre, sosyal mücbir sebebin devreye girebilmesi için dört koşul bulunmaktadır. Birinci olarak borçlu; hastalık, işsizlik veya ailevi problemler gibi sosyal, kişisel olaylardan etkilenmiş bulunmalıdır. İkinci olarak bu sosyal olaylar borçlunun ifada bulunmasını engellemiş olmalı, bir başka deyişle borçlunun ifada bulunmakta gecikmesi ile bu sosyal olaylar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Sosyal olay öngörülemez bir olay olmalıdır. Son olarak borçlu bu sosyal olayın gerçekleşmesi konusunda kusurlu olmamalıdır. Böylece özetlenebilecek olan sosyal mücbir sebep teorisi Finlandiya'daki birçok kanuni düzenlemede hayat bulmaktadır. Taksitle satış sözleşmeleri hakkındaki kanuna göre; eğer alıcı hastalık, işsizlik veya buna benzer bir kişisel sebeple ve kusuru olmaksızın ödemede bulunamamışsa, satıcı alıcıya karşı haklarını kullanamaz.¹¹¹

D. Hukuk Eğitimi ve Mesleki Kariyer

İsveç'te Ortaçağ boyunca yargılama faaliyeti mesleği hukukçuluk olmayan yargıçlar tarafından idare edilmekteydi. Kırsal bölgelerde, bu bölgede yaşayan tüm hür vatandaşların oluşturduğu *ting* adı verilen kurullar yargılama yapıyordu.¹¹² Vikinglerden beri var olduğu bilinen *tingler*, yerel toplulukların çeşitli konuları karara bağladıkları genel kurulları ifade etmekteydi. Ortaçağ'da bunlar hukuki uyuşmazlıkların çözümlendiği forumlar haline geldiler.¹¹³ *Tingler* zamanla kendilerini, yerel aristokratlardan oluşan *nämnd* adı verilen kurullara bıraktı. 1400'lerde kendisini iyice kabul ettirmeye başlayan *nämnd*'lerin başkanı yargıç olarak adlandırılırken, bu kurula atanan mesleği hukukçuluk olan üye daha alt düzeydeki bir konumdaydı. 17. yüzyılda temyiz mahkemelerinin kurulması ile meslekten hukukçu olmayan

¹¹⁰ Modéer (n 37) 216-220.

¹¹¹ Johan Bärlund and Peter Moeglvang-Hansen, 'Contracting with a Social Dimension' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019) 124-126.

¹¹² Lundmark (n 17) 182.

¹¹³ Jesper Larsson, 'Conflict-resolution mechanisms maintaining an agricultural system. Early modern local courts as an arena for solving collective- action problems within Scandinavian Civil Law' (2016) 10(2) *International Journal of the Commons* 1100, 1103.

yargıçların otoritesi sarsılmaya başladı. Bu mahkemeler yargılama alanında bir profesyonelleşmeyi de beraberinde getirdiler. Bu arada üniversite eğitimi almış olan hukukçu sınıfı, alt derece mahkemeleri de dâhil olmak üzere yargıçların hukukçular arasından seçilmesi için lobi faaliyetine girişti. Bu etkiler sonucunda mesleği hukukçuluk olan yargıçların otoritesi, diğerlerine karşı sağlamlaşmış oldu.¹¹⁴ Batı Avrupa'da 12. Yüzyılda başlayan profesyonelleşmenin, İskandinavya'da bu denli geç bir dönemde gerçekleşmesi, büyük ve sistematik kodifikasyonların eksikliğine ve hukuk öğretisinin görece zayıf konumuna bağlanabilir. Batı Avrupa'daki muadillerine göre daha az teknik olan İskandinav hukuku uzun süre, hukuk eğitimi almamış aktörlerin yargılama faaliyetine katılmasını sağlamıştır.¹¹⁵

Gerek İsveç'te gerek diğer İskandinav ülkelerinde mesleği hukukçuluk olmayan yargıçların hala yargılama faaliyetinde yer aldıkları görülmektedir. Bunların yetkisi, meslekten hukukçu olan yargıçlarla müzakere etmekten ibarettir. Hatta tanık dinlendiğinde bu yargıçların soru sormaktan imtina ettikleri görülmektedir. Ancak örneğin Finlandiya'da hala meslekten hukukçu olmayan yargıçların, oybirliğiyle profesyonel yargıcın kararını geçersiz kılması mümkündür.¹¹⁶

Hukuk alanında mesleki kariyer konusunda göze çarpan bir diğer nitelik, örneğin İsveç'te hukuk fakültesi mezunlarının mesleklerini icra etmek için baroya kabul edilmeleri şartının bulunmamasıdır. Öğrenciler üniversite eğitimlerini tamamladıktan sonra 'hukukçu' olarak çalışmaya başlayıp müvekkillerini kabul edebilirler.¹¹⁷ Bir başka deyişle hukuki danışmanlık yapıp müvekkillerini temsil edebilmesi için hukuk mezunlarının baroya kaydolup *Advokat* unvanını almalarına teorik olarak gerek yoktur. Ancak hukuki desteğe ihtiyaç duyanların baroya kayıtlı bir avukatın unvanına itibar ettikleri de gözden kaçırılmamalıdır. Avukat olmak için ise bir avukatın bürosunda beş yıllık deneyim kazanmak ve bir taraftan da etik ve meslek kurallarına ilişkin dersler almak şarttır. Mezunlar ayrıca savcı olmayı da tercih edebilirler. Yargıçlık mesleğine girmek ise ancak en başarılı öğrencilerin davet edildikleri iki yıllık bir eğitim programıyla başlar. İki yıllık eğitimden sonra yargıç adayı, yargıç olarak atanana kadar mahkemelerde raportör olarak çalışmaya devam eder.¹¹⁸ Yargıç, savcı veya avukat olabilmek için tamamlanması gereken staja başlama şansı, İsveç'teki istatistiklere göre hukuk fakültesi mezunlarından en başarılı %30'luk dilime tanınmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁴ Lundmark (n 17) 221, 222

¹¹⁵ Nylund and Öyrehagen Sunde (n 80) 203.

¹¹⁶ Lundmark (n 17) 222, 238.

¹¹⁷ Green-Gonas (n 7) 202.

¹¹⁸ Ortwein II (n 28) 440, 441, 443, 444.

¹¹⁹ Lundmark (n 17) 160.

Bunun dışında birçok hukuk fakültesi mezununun ise kamu görevine girdikleri görülmektedir. İdari veya yerel idareye bağlı makamlarda hukukçular için pek çok pozisyon bulunmaktadır.¹²⁰ İskandinav ülkelerinde 19. yüzyılda hukukçular devlet kademelerinde önemli görevler üstlenmişler; kentleşme, sanayileşme ve ticaretin gelişimi sırasında aktif rol almışlardır. Bu dönemde son derece geliştirilmiş bir eğitim vererek toplumu yönetmeyi öğreten hukuk fakültelerinin mezunları, sayıca oldukça artarak en büyük profesyonel grubu oluşturmuşlardır. Kırsal ağırlıklı bir toplumdaki, modern devlete doğru geçişte hukukçular ihtilafları engelleyen ve çözen bir konumda durmuştur. 20. yüzyılda, geleneksel hukuki akıl yürütme biçimi etkinliğini yitirip bunun yerini daha pragmatik bir akıl yürütme biçimi aldığı anda, hukukçular baskın konumlarını yavaş yavaş diğer profesyonellere terk etmeye başlamışlardır. Sosyal devlet politikaları hukukçuların tekeli kırıyorken, hukukçular diğer disiplinlerin uzmanlarına gittikçe daha çok ihtiyaç duymaya başlamışlardır.¹²¹

Hukuk eğitimine gelindiğinde, İsveç örneği ele alındığı zaman hukuk eğitiminin tamamen üniversiteler eliyle verildiği görülmektedir. Bu bir lisans eğitiminden oluşur. Eğitim modeli pratiğe dayalı olmaktan çok teorik bazlıdır. Hukuk fakültelerine kabul edilmek için özel bir sınav bulunmamasına karşın, öğrencilerin orta öğretim düzeyinde aldıkları notlar önemlidir.¹²² Hukuk eğitiminin, ağırlıklı olarak hukuk derslerinden oluştuğu bildirilmektedir. Fakat söz gelimi Almanya'ya göre hukuk politikası analizini daha fazla önceleyen bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir.¹²³ 4,5 yıl süren hukuk programının ardından öğrenci yüksek lisans düzeyine denk gelen bir derece ile mezun olur.¹²⁴

Tarihsel olarak meslekten hukukçu olmayanların yürüttüğü yargılama faaliyeti, nihayetinde profesyonel hukukçuların egemenliğine girmiş olsa da, profesyonel olarak organize olmuş hukukçuluk mesleğinin İskandinavya'da, Kıta Avrupası'ndaki diğer ülkelere göre oldukça geç bir dönemde şekillendiği göz ardı edilmemelidir.¹²⁵ Bu örgütlenme eksikliğinin hala, hukuk mezunlarının baroya kaydolmalarının müvekkillerini temsil etmek için zorunlu bir koşul olmayışında kendisini gösterdiği söylenebilir. Üstelik Ortaçağ'a göre etki alanları çok büyük ölçüde kısıtlanmış olsa da meslekten hukukçu olmayan yargıçların hala yargılama faaliyetinde bir yerlerinin bulunduğu da dikkate alınmalıdır. Ayrıca hukuk eğitiminin de Almanya örneğine nazaran, politika analizini de içermesi ve hukukçuların diğer disiplinlerden uzmanlara da gittikçe daha fazla ihtiyaç duyuyor olması önemli göstergelerdir.

¹²⁰ Ortwein II (n 28) 443.

¹²¹ Ole Hammerslev, 'Convergence and conflict perspectives in Scandinavian studies of the legal profession' (2010) 17(2) *International Journal of The Legal Profession* 135, 136-140.

¹²² Green-Gonas (n 7) 201; Ortwein II (n 28) 436, 438.

¹²³ Lundmark (n 17) 108, 114.

¹²⁴ Bengt Lundell, 'Legal Education in Sweden' (Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World, Soochow University, Kenneth Wang School of Law Suzhou, China, October 17-19, 2007) 1.

¹²⁵ Örneğin İsveç Barosu'nun kurulduğu yıl 1887'dir. Lundmark (n 17) 148.

E. Yargı Teşkilatı

İsveç örneği ele alındığında, genel yetkili mahkemeler üç düzeyde incelenebilir: Yüksek Mahkeme (*Högsta domstolen*), istinaf mahkemeleri ve yerel mahkemeler. Bunlar ceza ve hukuk yargılamaları alanında ve aksi öngörülmediği sürece diğer tüm alanlarda genel yetkili mahkemelerdir.¹²⁶ Birince derece mahkemeler olan yerel mahkemeler, hukuk davalarında üç profesyonel yargıç ile yargılama yaparken, ceza ve aile hukukuna ilişkin davalarda bir profesyonel yargıç ve üç tane meslekten olmayan yargıçla yargılama yapar. Meslekten olmayan bu yargıçlar genellikle kamu görevinde uzun süre tecrübe kazanmış kişiler arasından, yerel otoriteler tarafından dörder yıllık dönemler için atanırlar.¹²⁷ Bunlar jüri üyeleri gibi değil, mahkeme heyetinin üyeleri olarak görev yaparlar. Bu bağlamda hem olgular hem de hukuk alanında karar verirler. Ancak heyetteki profesyonel yargıcın hukuk ve kanunun yorumu gibi konularda belirleyici bir rolü vardır.¹²⁸ Birinci derece mahkemelerin, diğer birçok Avrupa ülkesinde başka makamlara bırakılan yetkileri de vardır. Sözelimi taşınmaz satım sicilinin tutulması, vasiyetnamenin düzenlenmesi, tereke defterinin tutulması, vesayet gözetimi gibi yetkiler de bu mahkemelere aittir.¹²⁹

İsveç'te toplam altı tane istinaf mahkemesi bulunur. Bunlar yeni bir yargılama yaparak hukuk ve olgular hakkında karar verirler. İstinafa istisnai durumlarda başvurulmaktadır. Hukuk davalarında verilen kararların yüzde 8'ine, ceza davalarında verilen kararın ise yüzde 10'una karşı istinaf yoluna gidildiği belirtilmektedir.¹³⁰ 1789 yılında kurulan Yüksek Mahkeme kendisini sadece hukuka ilişkin konularla kısıtlamamakta, birinci derece mahkemeler ve istinaf mahkemeleri gibi olgulara ilişkin kararlar da vermektedir.¹³¹ Yalnızca profesyonel yargıçlardan oluşan¹³² ve içtihat oluşturan bir mahkeme konumuna gelen Yüksek Mahkeme, yalnızca çok önemli görülen uyuşmazlıklarda devreye girmektedir.¹³³ Sözelimi İsveç Yüksek Mahkemesi'nde 16 yargıç görev yapmaktadır. 2016 yılı istatistiklerine göre yılda 66 uyuşmazlığı ele alan mahkeme,¹³⁴ iş yükü ve boyutu bakımından tutarlı kararlar vererek içtihat oluşturmaya uygun koşulları oluşturmaktadır.

Genel yetkili bu mahkemelere ek olarak 20. yüzyılda hayata geçirilen bazı özel yetkili mahkemeler de mevcuttur. İş Mahkemesi, İsveç'teki yargı teşkilatının başarılı örneklerinden biridir. Bu mahkeme, eski bir Yüksek Mahkeme üyesi olan başkandan,

¹²⁶ Ortwein II (n 28) 420.

¹²⁷ Lundmark (n 17) 195, 196.

¹²⁸ Strömholm (n 59) 39.

¹²⁹ ibid 39, 40.

¹³⁰ Ortwein II (n 28) 422.

¹³¹ Strömholm (n 59) 40.

¹³² Lundmark (n 17) 197.

¹³³ Ortwein II (n 28) 422.

¹³⁴ Nylund and Øyrehagen Sunde (n 80) 211.

iki kıdemli kamu görevlisinden ve ülke çapındaki işçi ve işveren sendikalarının temsilcilerinden oluşur. Bu mahkemenin oluşturduğu yargıç hukuku, İsveç toplum mühendisliğinin en başarılı örneklerinden kabul edilmektedir.¹³⁵ İş mahkemelerine ek olarak; taşınmaz kirası ve mülkiyet ile ilgili uyuşmazlıklara, patent uyuşmazlıklarına ve rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan diğer özel mahkemelere de rastlanmaktadır.¹³⁶ Ancak Kuzey ülkelerinin bütününe bakıldığında özel mahkemelerin çok sınırlı sayıda olduğu ve yetkilerinin çok kısıtlı olduğu da belirtilmelidir. Uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmı genel yetkili mahkemeler tarafından görülür. Sözelimi iş mahkemelerinin görevine bakıldığında bunların, İsveç hariç olmak üzere İskandinav ülkelerinde sadece toplu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara baktıkları görülür. Bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin davalar ise genel yetkili mahkemelerde görülmektedir. Özel mahkemelerin sınırlılığı, ideal yargıcın her konuyu ele alabilen bir hukuk aktörü olacağı yönündeki tasarımla ilgilidir. Özellikle İsveç, Danimarka ve Finlandiya’da yargıçlar diğer mahkemelerde yargıç yardımcısı olarak çalışmış olan hukukçular arasından seçilmekte, böylece her bir yargıcın hukukun farklı alanlarında tecrübe kazanmış olması sağlanmaktadır.¹³⁷

Yargılama usulü, tipik İskandinav pragmatizminin izlerini taşır. Süreler genellikle kanunen belirlenmemiştir. Belirlenmiş süreler de yargıcın takdirine göre uzatılması mümkün olan sürelerdir. Mahkemeler tarafından tebliğ edilen belgeler genellikle sıradan posta yoluyla gönderilir. Kimi durumlarda ise telefon yoluyla haber verildiğine rastlanır. Tanık dinlenilmesi söz konusu olduğunda, yargıç tanığın telefon bağlantısı yoluyla dinlenilmesini takdir edebilir.¹³⁸

II. İskandinav Hukukunun Hukuk Çevreleri/Gelenekleri Arasındaki Konumu

A. Geleneksel Karşılaştırmalı Hukuktaki Sınıflandırma Eğilimi

Geleneksel karşılaştırmalı hukukun iki ayağının bulunduğu belirtilmektedir. Mikro karşılaştırma, hukuk kurumlarıyla veya hukuki problemlerle ilgilenirken, makro karşılaştırma hukuk sisteminin ruhuna ve tarzına yönelir.¹³⁹ Makro karşılaştırmanın temelinde hukuk düzenlerini sistematize etme ve sınıflandırma faaliyeti yatmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun klasik eserleri, dünya hukuklarının makro düzeyde panoramasının sunulmasıyla uzun yıllardır ilgilenmiştir.¹⁴⁰

¹³⁵ Strömholm (n 59) 40, 41.

¹³⁶ Lundmark (n 17) 195.

¹³⁷ Nylund and Öyrehagen Sunde (n 80) 205, 206.

¹³⁸ ibid 207.

¹³⁹ Zweigert and Kötz (n 2) 4.

¹⁴⁰ Jaakko Husa, ‘Legal Families’ in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006) 382.

Karşılaştırmalı hukukun klasik eserlerinde, Kıta Avrupası hukuku (*civil law*) ve *common law* ayrımı en temel mesele olarak ele alınmaktadır. Bu hukuk sistemleri, hukuk düzeninin yapı taşları ve dünyanın baskın hukuk sistemleri olarak görülmekte¹⁴¹ ve birbirlerinden önemli ölçüde ayrışan gruplar olarak anılmaktadır.¹⁴² Klasik sınıflandırma çabalarına bakıldığında, her ne kadar sınıflandırma sırasında kullanılan terminoloji değişse de, bu iki büyük sınıfın varlığının her zaman vurgulandığına rastlanır. Sınıflandırmaya girişen bu yaklaşımlardan kimileri “hukuk çevreleri” (*Rechtskreise*) terimini kullanırken¹⁴³, kimileri “hukuk aileleri” (*legal families*) kavramını tercih etmekte¹⁴⁴, kimileri de “hukuk gelenekleri”nden (*legal traditions*) bahsetmekte¹⁴⁵ ve dünya hukuk düzenlerini bu şablonlara oturturken; *civil law* ve *common law* gruplarına mutlaka ayrımlarında yer vermektedir.

B. İskandinav Hukukunun Hukuk Çevreleri Arasındaki Yerinin Belirsizliği

1. Klasik Sınıflandırmalarda İskandinav Hukukunun Yerleştirilmesi

İskandinav hukuklarının Kıta Avrupası – *common law* ayrımındaki yeri konusunda bir türlü tutarlı bir yaklaşım benimsendiği söylenemez. Gerek İskandinav hukukçuları arasında, gerekse İskandinav hukuk çevresini sınıflandıran karşılaştırmalı hukukçular arasında; İskandinav hukukunun hukuk çevreleri arasındaki yeri konusunda bütünüyle uzlaşma sağlanamamıştır.

Roma-Cermen hukuk ailesi, *common law* ailesi ve sosyalist hukuk ailesi arasında üçlü bir ayrıma giden René David ayrı bir yer ayırmaksızın, İskandinav hukuklarını Roma-Cermen hukuk ailesinin içine yerleştirir.¹⁴⁶ Arminjon, Nolde ve Wolff, İskandinav hukuk çevresini ayırdıkları yedi hukuk çevresinden biri olarak incelerler.¹⁴⁷

Zweigert ve Kötz’e göre, İskandinav hukuk çevresini *common law* hukukları arasında sıralamak düşünülemez. Çünkü Ortaçağ döneminin İngiliz hukukundan türeyen *common law* ile İskandinav ülkelerinin herhangi bir tarihsel bağı bulunmamaktadır. Üstelik hukuk tekniği, yargıç hukukunun belirgin konumu, yargıçlık mesleği bakımından da *common law*’a rengini veren nitelikler İskandinav

¹⁴¹ Mathias Siems, *Comparative Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2018) 50.

¹⁴² Mary Ann Glendon and Michael W. Gordon and Paolo G. Carozza, *Comparative Legal Traditions* (2nd edn, West Group 1999) 15.

¹⁴³ Zweigert and Kötz (n 2) 62ff.

¹⁴⁴ René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World* (3rd edn Stevens & Sons 1985) 22.

¹⁴⁵ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edn, Stanford University Press 1985) 2-4; Glendon and Gordon and Carozza (n 142) 1999.

¹⁴⁶ Yazar, Roma-Cermen hukuk ailesinin temel unsurlarına değinirken, her bir unsur için, ikincil ayrımlara gidilip gidilmeyeceğini de tartışır. Sözelimi tarihsel gelişim bakımından İskandinav hukuklarına, Roma-Cermen hukuk ailesi içinde ayrı bir başlık açılmasını gerektirecek denli farklılık bulunmamaktadır. Aynı şey hukuk kaynakları bakımından da geçerlidir. David and Brierley (n 144) 34, 72, 128.

¹⁴⁷ Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976) 293, 294, 298, 299.

hukuklarında eksiktir. Öte yandan bu coğrafyada Ortaçağ'da Roma hukukunun iktibas edilmemiş olması ve Alman veya Fransız Medeni Kanunları gibi sistematik kodifikasyonların görülmemiş olması bu hukukların Kıta Avrupası hukukları arasında sayılması konusunda şüphelere yol açmaktadır. Ne var ki Roma hukukunun sınırlı da olsa İskandinav hukuklarına etki ettiği ve özellikle 19. yüzyıldan itibaren hukuk teorisi ve uygulamasının Kıta Avrupası'nda olduğu gibi bilimselleştiği ve Kıta Avrupası ile sıkı bir ilişki içine girdiği unutulmamalıdır. Bu nedenle yazarlara göre Kuzey hukuk çevresini, Kıta Avrupası hukuku altında, ancak Alman hukuk çevresi ve Latin hukuk çevresinden ayrı bir grup olarak ele almak doğrudur.¹⁴⁸

Kischel'e göre ne tarihsel süreç bakımından ne de hukuka temel yaklaşım veya çeşitli hukuki kurumlar bakımından İskandinav hukuklarının *common law* ile hiçbir dikkate değer ortaklığı bulunmamaktadır. Bu bakımdan her ne kadar İskandinav hukuklarının bazı özgün nitelikleri nedeniyle bunu yapmak kolay olmasa da, bu hukuk çevresini Kıta Avrupası hukukları arasında değerlendirmek doğrudur. Kıta Avrupası içinde ise İskandinav hukuk çevresini tarihsel etki nedeniyle Fransız hukuk düzeninden çok Alman hukuku ile ilişkilendirmek mümkündür.¹⁴⁹ De Cruz; *civil law, common law, sosyalist hukuk* olmak üzere üç büyük gelenek/ailenin ayrımını yaptıktan sonra,¹⁵⁰ İsveç hukukunun genellikle *civil law* ülkesi olarak ele alındığını belirtir.¹⁵¹

İskandinav hukukçular Bogdan ve Sundberg de Zweigert/Kötz gibi İskandinav hukukunun Kıta Avrupası'na, *common law*'a olduğundan çok daha büyük benzerlikler gösterdiğini ifade ederek, İskandinav hukukunu Kıta Avrupası hukukuna altlar.¹⁵² Benzer biçimde Strömholm'a göre de, yalnızca Roma hukuku etkisinin zayıflığı gerekçe gösterilerek İskandinav hukukunun *common law*'a yaklaştığı iddia edilemez. Gerek tarihsel gelişim gerekse günümüzdeki içeriği bakımından İskandinav hukukları Kıta Avrupası'na çok daha yakındır.¹⁵³

İsveçli karşılaştırmalı hukukçu Åke Malmström ise İskandinav hukukunun Kıta Avrupası hukuklarından farklarını vurgulayarak, İskandinav hukuk çevresini Kıta Avrupası ve *Common Law* hukuk çevrelerinin altına değil, bunların yanına ayrı bir çevre olarak yerleştirmiştir.¹⁵⁴ Tamm'a göre de kendisinin paylaştığı ve günümüzde bazı İskandinav hukukçular tarafından benimsenen bir görüş, İskandinav hukukunu ne Kıta Avrupası hukuku altında ne de *common law* altında ele almaktır. Her ne

¹⁴⁸ Zweigert and Kötz (n 2) 271, 279, 280.

¹⁴⁹ Kischel (n 3) 628, 629.

¹⁵⁰ Peter De Cruz, *Comparative Law In A Changing World* (2nd edn, Cavendish Publishing Limited 1999) 34, 35.

¹⁵¹ ibid 258.

¹⁵² Bernitz (n 1) 19, 20; Jacob W. F. Sundberg, 'Civil Law, Common Law and the Scandinavians' (1969) 13 *Scandinavian Studies in Law* 179, 204.

¹⁵³ Strömholm (n 59) 32, 33.

¹⁵⁴ Bernitz (n 1) 18, 19.

kadar İskandinav hukuk çevresinin Kıta Avrupası ile ilişkisinin daha yoğun olduğu itiraf edilmekteyse de bunu ayrı bir hukuk çevresi olarak inceleme düşüncesi ağır basmaktadır.¹⁵⁵

İsveç örneğinden hareket edildiğinde buradaki hukukçuların büyük bölümü arasında, İsveç hukukunun Kıta Avrupası geleneğine, en azından *common law* geleneğine olduğundan daha yakın olduğundan bahsedildiği bildirilmektedir. Ancak bir taraftan da hukuk çevrelerini *common law* ve Kıta Avrupası hukuku olarak iki büyük sınıfta toplamanın sorunlar yarattığı ve İskandinav hukuk çevresinin Kıta Avrupası'na daha yakın ancak yine de kendine özgü bir grup olduğu da savunulmaktadır.¹⁵⁶

İskandinav hukuk çevresinin, hukuk çevreleri içine yerleştirilmesi konusunda ortaya çıkan bu uzlaşmazlık, İskandinav hukuklarının ne *common law* çevresine/geleneğine ne de *civil law* çevresine/geleneğine tipik biçimde oturmasından kaynaklanmaktadır.¹⁵⁷ Gerçekten de İskandinav hukuklarının, onları Kıta Avrupası'ndan ayıran ve İngiliz hukukunun ürünü olmadığı halde *common law* 'un parçasıymış gibi görünmelerine neden olan bir dizi özelliği bulunur. Pragmatizm odaklılığı, Roma hukukundan Alman ve Fransız hukukları kadar etkilenmemiş olması, kanunlarının kapsamlı Kıta Avrupası tipi kodifikasyonlarından ayrılması bu özelliklerdendir.¹⁵⁸ Sınıflandırma konusunda ortaya çıkan bu karışıklık *civil law* ile *common law* ayrımının ne derece isabetli bir ayırım olduğu konusunda soru işaretlerine neden olmaktadır. Yakın tarihli yaklaşımlar, geleneksel karşılaştırmalı hukukun sınıflandırma eğilimine, özellikle de Kıta Avrupası ve *common law* arasında yapılan büyük sınıflandırmaya yönelik ciddi eleştiriler yöneltmektedir. Kıta Avrupası ve *common law* arasında yapılan büyük sınıflandırma, iki büyük grup arasında derine işlemiş ayrılıkların ve az sayıda benzerliğin bulunduğu yönünde bir algıya sebep olmakta,¹⁵⁹ araştırmacının odağını sapıtırarak daha önemli soruların çalışılmasının önüne geçmektedir.¹⁶⁰

2. İskandinav Hukukunun Kıta Avrupası Çevresi/Geleneğinden Ayrık Konumu

Görüşlerine yer verilen kimi yazarlar İskandinav hukuklarını ayrı bir hukuk çevresi/geleneği olarak ele alırken, kimileri de Kıta Avrupası başlığı altına yerleştirmektedir. İskandinav hukuklarının özellikle tarihsel gelişim bakımından İngiliz hukukunun tipik evrimiyle bağlantısının kurulamaması nedeniyle, hiçbir

¹⁵⁵ Tamm, *The History of Danish Law* (n 5) 11, 12.

¹⁵⁶ Schultz (n 38) 200.

¹⁵⁷ İsveç gerek *Common law* gerekse Alman hukuku ile benzerlikler göstermekte ancak kendine özgü bazı karakterler de taşımaktadır. Lundmark (n 17) 436.

¹⁵⁸ Rudolf B. Schlesinger and Hans W. Baade and Peter E. Herzog and Edward M. Wise, *Comparative Law Cases-Text-Materials* (6th edn, Foundation Press 1998) 304.

¹⁵⁹ Lundmark (n 17) 37.

¹⁶⁰ Siems (n 141) 82.

yaklaşımın bu hukukları *common law* ile ilişkilendirmediği görülmektedir. Fakat Kıta Avrupası ile ilişkilendirmesi yönünde azımsanamayacak kadar fazla görüş bildirilmektedir. Aşağıda, İskandinav hukuklarının tipik biçimde Alman hukuk düzeni ile aynı grupta, dolayısıyla Kıta Avrupası çevresi altında ele alınmasının da mümkün olmadığı, çalışmanın birinci bölümünde tespit edilen özellikler çerçevesinde ortaya koyulacaktır.

Kıta Avrupası'ndaki, özellikle de Alman hukukundaki bilimsel bir hukuk yaklaşımının ve kavramcılığın¹⁶¹ yerine, İskandinav hukuklarında pragmatizm ve realizm hakim görünmektedir. Bilimsel ve dogmatik bir hukuk uygulaması yerine, hayatla iç içe bir uygulama hüküm sürmektedir. Sözgelimi normatif olarak bağlayıcı olup olmadığına bakılmaksızın, açıkça öğreti ve içtihatlarla da hukuk kaynağı niteliğinin atfedilmesi, yargıçların karar verme aşamasında tümdengelim gibi metotlara sıkı bağlılık sergilemek yerine somut olaya adil bir çözüm bulma amacını öne koyması tipik İskandinav pragmatizm ve realizminin örnekleri olarak Alman hukukunun bilimsel yaklaşımından bu hukukları ayırmaktadır.

Almanya'da, hukukun otonom bir yapı olarak soyutlanıp kapalı bir disiplin biçiminde ele alınmasına ve böylece açık hukuk politikası analizine rastlanılmamasına rağmen, örtülü olarak bunun yapıldığı, hatta zaman zaman *contra legem* yoruma başvurulduğu görülür.¹⁶² Fakat İsveç'te ise hukukçuların bu yola başvurmaları, sözcükleri eğip bükmesi rastlanır bir olgu değildir. Buna sebep olarak İsveçli yargıçların yargıç hukukuna başvurmadaki kolaylık gösterilmektedir.¹⁶³ Yargıçların, hukuk politikasına referans vermekten kaçındığı, kanunun amacına veya kendilerinin kanuna yüklediği amaca göre karar verme eğiliminde oldukları Almanya'nın aksine,¹⁶⁴ İskandinav hukuklarında yargıçların hukuk politikası analizine eğilmeleri ve hukuk dışı mülhazaları açıkça göz önüne almaları yaygındır.

İskandinav hukuklarında, kanunun tam, eksiksiz ve boşluksuz olduğu varsayımına da rastlanmamaktadır. 19. yüzyıl Kıta Avrupası'nda büyük kodifikasyonların gerçekleştirildiği bir dönem olmuşken, İskandinav hukuklarında bir hukuki alanı tamamen düzenleme iddiasındaki önemli kodifikasyonlar eksiktir. İskandinav ülkelerindeki büyük kodifikasyonların tamamı, farklı alanlarda hükümler içeren, kazuistik kanunlardır. Bu bakımdan bunların sözgelimi Alman Medeni Kanunu ile kıyaslanması imkânsızdır. Pandekt hukuk okulunun bir ürünü olarak ortaya çıkan Alman Medeni Kanunu'nda hukuk, kapalı ve boşluksuz bir bütün olarak tasavvur

¹⁶¹ Koray Güven, 'Hukuk Çevreleri Ayırımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi. Hukuk Fakültesi Dergisi 837, 872.

¹⁶² ibid 876ff.

¹⁶³ Lundmark (n 17) 108.

¹⁶⁴ ibid 433.

edilmişken¹⁶⁵, İskandinav kanunlarında buna rastlanmaz.¹⁶⁶ Oysa Kıta Avrupası hukukları tarif edilirken, 19. yüzyıl kanunlaştırmalarının karakterize edici bir unsur olduğu göze çarpmaktadır.¹⁶⁷ İskandinav hukukları Kıta Avrupası'ndan, bu çerçevede de ayrılmaktadır.

Tarihsel olarak kazuistik ve ampirik tarzda kaleme alınan kuralların uygulandığı, bu nedenle de meslekten hukukçu olan yargıçların kendilerini diğer Kıta Avrupası ülkelerinden çok daha geç kabul ettirdiği ve örgütlendiği İskandinavya'da hala bu tarihsel gelişimin izleri sürülebilir. Profesyonel olmayan yargıçlar hala yargılama faaliyetinde önemli bir yer kaplamakta, hukukçuların ise müvekkillerini temsil edebilmeleri için baroya kaydolup 'avukat' unvanını almaları şart koşulmamaktadır.¹⁶⁸ Hukukçu örgütlenmesinin zayıflığı ve meslekten hukukçu olmayanların yargılamadaki varlığı; hukukun kavram inşasına dayanan otonom bir bilim olarak kapalı biçimde anlaşılmadığına bir başka örnek olarak gösterilebilir. Hukuk, hala halka yakın karakterini korumaya devam etmektedir. Bu yönüyle de İskandinav hukukları, Roma hukukunun yoğun iktibasıyla birlikte hukukun kurumsallaştığı ve bilimselleştiği Alman hukukundan¹⁶⁹ uzağa konumlandırılmalıdır.¹⁷⁰

Roma hukuku etkisinin eksikliği, tarihsel gelişiminde İskandinav hukuklarını Kıta Avrupası'ndan uzağa koyan en belirgin etkilerden diğeridir. Tarihsel gelişim bakımından, Roma hukukunun kapsamlı iktibasının eksikliği İskandinav hukuklarını Alman hukuk düzenine ve genel olarak Kıta Avrupası'na rengini veren karakterden mahrum bırakmaktadır. Literatürde Kıta Avrupası çevresi/geleneği sınıflandırılırken Roma hukukunun iktibasını mutlaka gündeme getirmekte,¹⁷¹ hatta *common law* ve Kıta Avrupası ayırımında belirleyici bir unsur olarak ele alınmaktadır.¹⁷² Oysa İskandinav hukukları, tarihsel evrimlerinde Roma hukuku etkisini, Kıta Avrupası'ndaki diğer hukukların paylaştığı boyutta paylaşmamıştır. Tarihsel gelişim bakımından İskandinav hukukunun Kıta Avrupası'ndan ayrı gelişmiş olması o denli renk vericidir ki, sözgelimi Lundmark'a göre İsveç hukuku, tarihsel gelişim bakımından Almanya'dan çok İngiltere ile ortaklıklar taşımaktadır.¹⁷³

¹⁶⁵ Güven (n 161) 869ff.

¹⁶⁶ Bkz yuk n 60 ile başlayan metin.

¹⁶⁷ De Cruz (n 150) 36.

¹⁶⁸ Bkz yuk n 113 ile başlayan metin.

¹⁶⁹ Güven (n 161) 844 vd.

¹⁷⁰ Bu noktada, esasında Alman hukukunda da meslekten hukukçu olmayan yargıçların (*Schöffen*) hala ceza yargılaması faaliyetine katıldığı belirtilmelidir (§ 28 ff. Gerichtsverfassungsgesetz, GVG). Ancak tarihsel olarak Almanya'da hukukun kurumsallaşması, bilimselleşmesi, profesyonel hukukçuların güdümüne girmesi ve halktan uzaklaşmasının boyutu göz önüne alındığında İskandinav hukukunun halkla iç içeliği ile Almanya'daki kurumsallığın yan yana konulamayacağı açıktır.

¹⁷¹ Siems (n 141) 50, 51; Kıta Avrupası (*civil law*) geleneği, ilk şekillendirici evresinde Roma hukuku, Cermen ve yerel örf adet hukuku, kilise hukuku ve uluslararası tacir hukuku ile etkileşimi, daha sonra da feodalizmden kopuş ve ulus devletlerin yükselişi ile hukuk bilimine attığı değer ile karakterize olur. İngiliz hukuku ise Kıta Avrupası'ndaki bu Roma hukuku iktibasından izole biçimde gelişmiştir. Glendon and Gordon and Carozza (n 142) 16, 150.

¹⁷² De Cruz (n 150) 47.

¹⁷³ Lundmark (n 17) 426.

C. Hukuk Çevreleri Ayrımının Gözden Geçirilmesi İhtiyacı

İskandinav hukuklarının ne *common law* ne de Kıta Avrupası grubuna altlanamayışı, bir yandan yukarıda belirtildiği gibi Kıta Avrupası – *common law* ayrımının geçerliliği problemini ortaya koyarken, bir yandan da daha geniş ölçekli bir sorunu hatırlatmaktadır. Buna göre hukuk çevrelerini sınıflandırmanın ne derecede gerekli olduğuna veya bu sınıflandırmaların yeni bir anlayışla yeniden kurulmasına ihtiyaç bulup bulunmadığına dair sorgulamalar gündeme gelmektedir.

Klasik hukuk çevreleri/gelenekleri ayrımlarının amacı karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başlayan araştırmacı için bir başlangıç yardımı sağlamak, dünyadaki çok sayıda hukuk düzenini resmi olmayan bir düzene oturtmaktır.¹⁷⁴ Hukuk düzenlerinin çeşitliliği, yabancı bir hukuk düzenini çalışmaya herhangi bir nedenle başlayan bir araştırmacı için aşılmaz görünebilir. Bu engeli aşmak için hukuk düzenlerinin bir grup aileye ayrılması ve araştırmacıya ilk inceleme olanağı sağlanması amaçlanmakta, bir başka deyişle hukuk çevreleri/gelenekleri ayrımına didaktik bir işlev yüklenmektedir.¹⁷⁵ Bu sınıflandırma yabancı hukukların anlaşılmasını ve tanımlanmasını mümkün kılar. Aynı özellikleri taşıdığı bilinen hukuk sistemlerini inceleyen araştırmacı bu bilgisi sayesinde geriye kalan farklılıklara odaklanabilir.¹⁷⁶ Böylece hukuk çevrelerinin, ampirik bir betimlemeden çok, karşılaştırmalı hukuk araştırmasına başlarken yardımcı olabilecek bir yapı olduğundan bahsedilebilir.¹⁷⁷

Araştırmacıya rehberlik etmek için oluşturulan klasik hukuk çevreleri/gelenekleri şablonları kimi hukuklar bakımından yetersiz kalmakta, hatta araştırmacıyı yanlış yönlendirebilecek ön kabuller kurulmasına yol açabilmektedir. Sözelimi İskandinav hukuklarını bu şablonda Kıta Avrupası tarafına yerleştirmek; son derece pragmatist ve realist biçimde gelişmiş ve uygulanmakta olan İskandinav hukuklarını, kavramcı ve bilimsel bir yaklaşımla, sözelimi Alman hukuku ile, yan yana koyma sonucunu doğurur. Oysa yukarıda görüldüğü gibi, İskandinav hukuklarına rengini veren birçok nitelik bu hukukların Alman hukukundan önemli ölçüde uzaklaşmasına yol açmaktadır. Bu durum; araştırmacıya yardımcı olmak için kurulan klasik hukuk çevreleri/gelenekleri şablonunun, kendisine atfedilen amacın tam tersi sonuca götürmesine neden olmaktadır. Özetle ifade etmek gerekirse, dünya hukuklarını, kendi içlerinde ortaklıklara sahip fakat birbirlerinden kalın çizgilerle ayrılan bağımsız sınıflara ayırma eğilimine dayanan hukuk çevreleri teorisinin işlevi, İskandinav hukukları gibi zorlu yapılar karşısında zedelenmektedir.

Hukuk kültürü ve yine hukuk kültürü ile bağlantılı olarak hukuki *mentalité* kavramlarını önceleyen bir takım yaklaşımlar, genellikle ‘kurallar bütünü olarak

¹⁷⁴ Zweigert and Kötz (n 2) 72.

¹⁷⁵ David and Brierley (n 144) 18, 21.

¹⁷⁶ Siems (n 141) 85, 86.

¹⁷⁷ Husa, ‘Legal Families’ (n 140) 384.

hukuk' yaklaşımını ön plana çıkaran hukuk çevreleri teorisine karşı görünmektedir.¹⁷⁸ Bunlara göre, geleneksel karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında kurallara, mahkeme kararlarına, hukuk öğretilerine ve hukuki kurumlara yapılan vurgu, hukuk çevreleri ayırımının yetersiz kalmasına yol açmaktadır.¹⁷⁹

Hukuk kültürü kavramını ilk defa literatüre sokan Friedman iki farklı 'hukuk sistemi' tanımı arasında ayırım yapar. Friedman'a göre klasik anlamda hukuk sistemi tarihsel ve evrimsel iken, kendi önerdiği tanım hukuk kültürünü önceleyen ve süreç modeline dayanan bir tanımdır. Friedman'ın tanımında hukuk sisteminin üç unsuru bulunur. Yapısal unsurlar kurumlara ilgilidir. Maddi unsurlar kurallar, öğretiler ve kanunlarla ilgilidir. Kültürel unsurlar ise sistemi birbirine bağlayan değer ve yaklaşımlara ilişkindir. Bunlar hukuk sisteminin toplumsal kültürdeki yerini belirler. Hukukçuların eğitimi ve alışkanlıkları; insanların hukukla ilgili algıları ve mahkemeye gönüllü biçimde başvurup başvurmadıkları, hukukçulara ve diğer resmi görevlilere hangi amaçlarla yöneldikleri; hukuk, hükümet ve geleneklere saygı duyulup duyulmadığı vb. konular işte hukuk sisteminin bu kültürel yönüne ilişkin sorulardır.¹⁸⁰ Oysa klasik hukuk çevreleri teorileri, hukuk sistemlerinin belirli bir karakteri olduğunu varsayar. Çevrelerin belirlenmesinde bazı nitelikler renk verici sayılır. Bu nitelikler ise genellikle hukukçuların kontrol sahasına ilişkindir. Ayrıca bu sınıflandırmaların tarihsel gelişimi odağına koyduğu ve buradan yola çıktığı da görülmektedir. Friedman'a göre bahsedilen bu klasik hukuk sistemi kavramı, toplum ile hukuk arasındaki ilişkiyi anlamak için yeterli değildir.¹⁸¹

Böylece klasik ayırımların benzer bir özelliğinin, hukuk kültüründen çok hukuk normlarını odaklarına almaları olduğu söylenebilir. Bunlar kendi aralarında yalnızca hukuk sistemlerinin sayısı ve çeşitliliği ile hukuk sistemlerini hani kategoriye oturttukları konusunda ayrışırlar.¹⁸² Gerçekten de klasik hukuk çevreleri ayırımlarından en bilinenlerinden birinin mimarı David, hukuk tekniğini ve hukuk sisteminin altında yatan felsefi, siyasi ve ekonomik ilkeleri sınıflandırmasının ölçütleri olarak

¹⁷⁸ Legrand'a göre, Avrupa hukuk sistemlerinin birbirine yaklaştığı tezini savunan klasik teoriler, kurallara ve kavramlara odaklanırlar. Oysa hukuki kurala ve kavramlar bir hukuk sistemini ancak yüzeysel olarak açığa çıkarabilirler. Legrand, bunun yerine hukuk kültürü araştırmalarını öne çıkarır. Hukuk kültürü araştırmasında, araştırılan kültürdeki bilişsel yapıya vurgu yapar. Topluluğun hukuk hakkında ne düşündüğü ve neden böyle düşündüğü belirlenmeye çalışırken, topluluğun algısı ve zihniyeti tanımlanmalıdır. Legrand'ın hukuki *mentalité* ile kastettiği işte bu "kollektif zihinsel program"dır. Pierre Legrand, 'European Legal Systems Are Not Converging' (1996) 45(1) The International and Comparative Law Quarterly 52, 55, 56, 60.

¹⁷⁹ Husa, 'Legal Families' (n 140) 389.

¹⁸⁰ Lawrence M. Friedman, 'Legal Culture and Social Development' (1969) 4(1) Law & Society Review 29, 34-36. Nelken'e göre hukuk kültürüne dâhil edilebilecek noktalar, hukukçuların sayısı ve rolü, yargıçların atanma ve denetlenme süreçleri; dava açma ve hapis cezası oranları gibi somut konular olabileceği gibi, fikirler, değerler, *mentaliteler* gibi daha soyut noktalara da uzanabilir. David Nelken, 'Legal Culture' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006) 374.

¹⁸¹ Friedman (n 180) 32-34.

¹⁸² Esin Örtücü, 'A General View of "Legal Families" and of "Mixing Systems"' in Esin Örtücü and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Hart Publishing 2007) 170.

kullanmıştır.¹⁸³ Bir diğer sınıflandırma girişiminde bulunan Zweigert ve Kötz ise sınıflandırmalarına temel aldıkları ölçüt olarak hukuk tarzından bahsederek; tarihsel gelişim, hukuki düşünce biçimi, ideoloji, kurumlar ve hukuk kaynakları ölçütlerine yönelirler.¹⁸⁴ Salt kurallara odaklanmak yerine diğer bazı etkenleri de göz önünde bulunduran bu ‘klasik’ sınıflandırma girişimlerinin, yine de kültürel’ unsuru ise göz ardı ettikleri ve hukuk sistemini büyük ölçüde ‘kurallar bütünü’ olarak ele aldıkları ‘belirtilmelidir. Ayrıca bu klasik sınıflandırmalar, sınıfları belirlerken kullandıkları çizgiler bakımından, atipik hukuk düzenlerinin yerleştirilmesine imkân vermeyecek kadar katı ve genelleştirilmiş şablonlar sunmaktadır.

Yukarıda anılan klasik hukuk çevreleri teorilerinin karşısına 1990’lardan itibaren yeni yaklaşımlar çıkmaya başlamıştır. Komünist rejimlerin birer birer çökmesiyle, geçmişte sosyalist hukuk çevresinde kabul edilen hukuklar, kısa bir süre içinde Kıta Avrupası sınıfına sokulmaya başlanmıştır. Kamu hukukunda meydana gelen değişikliklerin, özel hukuk sahasına odaklanan hukuk çevreleri teorilerini bir anda alt üst edebilmesi, bu teorilere karşı şüphelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁸⁵ Böylece ivme kazanan hukuk kültürünü önceleyen yaklaşımlara göz atıldığında, bunların hukuk sistemlerini gruplandırma konusunda, geleneksel karşılaştırmalı hukukçuların hevesini paylaşmadıkları¹⁸⁶ veya ortaya attıkları sınıflandırma önerilerinin klasik yaklaşımlar kadar keskin uçlu olmadığı gözlenmektedir.¹⁸⁷

Sözgelimi Örucü’nün önerdiği “aile ağacı” modelinde tüm hukuk sistemleri, açık veya kapalı biçimde karışık veya çakışan sistemlerdir. Karışımlarında bulunan içeriğin oranına göre bunların sınıflandırılması gerekir. Her hukuk sisteminin kurucu özelliklerine bakılması ve bunların daha büyük ölçekte yeniden gruplandırılması gerekir. Bazı Kıta Avrupası sistemleri, sözgelimi Hollanda hukuku; Roma, Fransız, Alman ve yerel hukukların karışımıdır. İtalyan hukuku gibi bazı hukuklar da Kilise, Roma, Fransız, Avusturya ve Alman hukuklarının karışımıdır. İngiliz hukukunun kendisi bile, Roma hukuku, Kıta Avrupası fikirleri, kilise hukuku, hakkaniyet (*equity*) ve yerel *common law*’un karışımından oluşur. Sistemler arası kombinasyonlar

¹⁸³ David and Brierley (n 144) 21.

¹⁸⁴ Zweigert and Kötz (n 2) 62ff.

¹⁸⁵ Mark Van Hoecke and Mark Warrington, ‘Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law’ (1998) 47(3) The International and Comparative Law Quarterly 495, 499.

¹⁸⁶ Varga’ya göre, her kültür münhasıran kendine özgü biçimde tasarım, çerçeve ve şemalar oluşturur. Bunların bütünü, ilgili düzene o kültüre özel karakterini verir. Karşılaştırmalı hukuk kültürü çalışmaları işte bu yüzden, bir sınıflandırma veya önceden belirlenmiş bir metodoloji vb. öngörmez. Csaba Varga, *Comparative Legal Cultures* (Szent István Társulat 2012) 34.

¹⁸⁷ Üstelik geleneksel yaklaşımlarda bile, sınıflandırmaların kesin olmadığı zaman zaman ifade edilmektedir. Zweigert/Kötz’e göre, hukuk çevreleri ayrımı sadece başlangıçta yardımcı bir araçtır. Gelişmiş bir karşılaştırmalı araştırmacı bu araca artık gerek duymayabilir. Zweigert and Kötz (n 2) 72. De Cruz’a göre ise günümüzde dünyadaki birçok hukuk düzeninin, baskın olarak üç hukuk geleneğinden birinin ve birden fazlasının özellikleri ile biçimlenir. Bu üç gelenek *civil law*, *common law*, sosyalist hukuk gelenekleridir. Fakat yazar bu üçlü sınıflandırmanın tüm hukuk düzenlerini kapsamadığını da belirterek, Asya ve Afrika’daki ülkeler ile İslam ülkelerini örnek verir. Bu arada melez hukuk düzenlerinin varlığını da vurgular. De Cruz (n 150) 34, 35. Böylece De Cruz’un sınıflandırma çabasına girse de bu sınıfların keskin uçlu ve tamamen kapsayıcı olmadığını, ayrıca birbirleriyle çakışabildiğini itiraf ettiği de görülmektedir.

bulunabileceği gibi farklı kaynaklara sahip alt-sistemler de bulunabilir. Dünyada saf sistemler yoktur. Aile ağaçlarının köklerinin ve dallarının farklı derecede ve katmanlarda karşılaşma ve sarmalanmasından kaynaklanan farklı derecelerde melezlikler söz konusudur.¹⁸⁸ Birbirinden belirgin çizgilerle ayrılan sınıflar ve bu sınıfların içinde önemli noktalarda ortaya çıkan benzerliklerden çok, karışım ve çakışmalardan oluşan daha az keskin uçlu ve daha esnek bir model önerilmektedir.

Mattei'nin ortaya koyduğu sınıflandırma çabası da, Örucü'nünkine benzer biçimde, esneklik içermektedir. Profesyonel hukuk, politik hukuk ve geleneksel hukukun hüküm sürdüğü sınıflar biçiminde üç kategoriye ayırdığı modelinde, her hukuk sisteminde bu üç unsurdan bulunduğunu belirtir. Fark ise bu unsurların her bir hukuk sistemindeki miktarı, kabul edilebilirliği ve baskınlığından kaynaklanmaktadır. Bir hukuk sistemi, bir hukuki çizgiye asla tam olarak oturmaz. Bu modelde Mattei, dinamik bir yapı ortaya koymaktadır. Dengenin değişmesi ile bir hukuk sistemi bir sınıftan diğerine kayabilir.¹⁸⁹

“Dönüşüm yoluyla dinamik bir sınıflandırma” öneren Husa ise, bir yandan güçlenen ve zayıflayan hukuk düzenleri olmak üzere iki kategori önerirken, bununla aynı anda yapılacak olan Batılı, Batılı olmayan ve melez hukuk düzenleri olmak üzere üçlü bir ayrım daha öne sürer. Burada güçlenme karakteri, hukuk sisteminin diğer sistemlere yayılma eğilimi anlatırken; zayıflama karakteri de hukuk sisteminin yayılmadığını, tam tersine gelecekte kaybolma eğiliminde olduğunu ifade eder. Güçlenme/zayıflama karakteri, bu sınıflandırma modelinde hukuk sistemlerinin sürekli bir dönüşüm içinde olduğunu vurgular. Örneğin bazı melez hukuk düzenlerinde güçlü olan hukuk kültürü zayıf olanı devamlı dışarı doğru itmekte, bu da melezlik karakterini etkilemektedir. Diğer taraftan, modelin yapılandırılması nedeniyle bu modelde birçok hukuk düzeni birden çok grupta birden yer alır.¹⁹⁰

Her ne kadar hukuk kültüründen değil, hukuk geleneklerinden¹⁹¹ bahsetse de, klasik hukuk çevreleri teorisine karşı görünen Glenn'in sınıflandırması da, yukarıdakileri andırır biçimde keskin uçlardan arınmış görünmektedir. Glenn açıkça kendi önerdiği hukuk gelenekleri kavramının, hukuk çevreleri teorisinin aksine sivri çizgiler içermediğini belirtir. Normatif bilgi¹⁹² olarak düşünüldüğünde hukuk geleneğini mekânsal veya kategorik sınırlarla bağdaştırmak güçtür. Hukuk geleneği birbirinden

¹⁸⁸ Örucü, 'A General View of 'Legal Families' and of 'Mixing Systems'' (n 182) 172, 174; Esin Örucü, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (Springer-Science+Business Media, B.V. 2004) 138.

¹⁸⁹ Ugo Mattei, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' (1997) 45(1) *American Journal of Comparative Law* 5, 15-17.

¹⁹⁰ Jaakko Husa 'Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?' (2004) 56(1) *Revue internationale de droit comparé* 11, 25, 26, 31.

¹⁹¹ Glenn'in bahsettiği 'hukuk gelenekleri' kavramı, yukarıda klasik ayrımlarda bahsedilen 'hukuk geleneği' kavramından farklı görünmektedir. Bkz yuk n 145. Aynı yönde bkz Örucü, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (n 188) 42.

¹⁹² Toplumsal bağlamda geçmişten günümüze aktarılan bir unsur olarak gelenek, bir bilgi olarak düşünülebilir. Patrick H. Glenn, *Legal Traditions of The World Sustainable Diversity in Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 13.

ayırmaya değil, bir araya getirmeye ilişkindir. Hukuk gelenekleri birbiriyle çakışır veya birbirlerine dokunurlar.¹⁹³

Yakın zamanlı bu sınıflandırma çabalarının özelliği kesin sınırlar yerine daha kaygan ve silik çizgilerin bulunduğu veya grupların iç içe geçtiği ya da sürekli bir dönüşümün söz konusu olduğu kategoriler önermeleridir. Buradaki kategoriler, dikkate alınan belirli öğeler itibariyle birbirlerinden önemli ölçüde ayrılmış değildir. Aynı doğrultuda, bu kategorilere atılan hukuk düzenleri de tipik biçimde bu kategoriye kesin biçimde yerleştirilmek yerine, bir taraftan diğerine dinamik biçimde geçiş yapan, karakterinde değişiklikler meydana gelen veya diğer sınıfla da iç içe geçmiş tarafları bulunan hukuk düzenleridir. Bu modellerin, tipik olarak bir çevreye/geleneğe yerleştirilemeyen hukukları, sözgelimi İskandinav hukuklarını, açıklamak konusunda klasik şablonlardan daha başarılı olacağı konusunda şüphe yoktur.

Avrupa'da Roma hukukunun Ortaçağ'daki büyük iktibasından görece izole biçimde muhafaza edilen İskandinav hukukları, 19. yüzyıla gelindiğinde bu defa Alman Pandekt öğretisi ile Roma hukukunun etki alanına girerler. Bu bakımdan İskandinav hukukları her ne kadar Kıta Avrupası geleneğinin en tipik karakterinden yoksun kalsa da, hatta bu bakımdan İngiliz hukuku ile daha fazla benzerlikler taşısa da¹⁹⁴ Pandekt hukuku ile er geç tanışmış olan bu hukukları Kıta Avrupası'ndan tamamen dışarıya çıkarmak da doğru görünmemektedir. Öte yandan, eski tarihli kodifikasyonların bulunduğu İskandinav hukukları, buna rağmen kodifikasyonların kapsamlı ve bütüncül olmayan niteliği nedeniyle Kıta Avrupası altında tipik biçimde konumlandırılmamaktadır. Yargıçların hukuk dışı mülahazaları dikkate almaları ve hukuku tamamen kapalı bir yapı olarak görmemeleri de İskandinav hukuklarını Kıta Avrupası çizgisinden *common law* çizgisine doğru kaydurmaktadır. Benzer bir durum, kavramcılığın eksikliği ve bunun yerine realizm ve pragmatizmin öne çıkması konularında da gözlenebilir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, İskandinav hukuklarının ne Kıta Avrupası ve *common law*'dan tamamen ayrı bir yerde, ayrı bir hukuk çevresi/geleneği olarak konumlandığını söylemek; ne de bu çevre/geleneklerden birine tipik biçimde yerleştiğini söylemek doğru olacaktır. Bunun yerine İskandinav hukuklarının iki kategori arasında gidip geldiğinden veya iki çevre/gelenek ile de çakışan/iç içe geçen taraflarının bulunduğundan bahsetmek daha amaca uygun bir yaklaşımdır.

Sonuç

İskandinav hukuk çevresi; tarihsel olarak Roma hukuku etkisinin sınırlılığı, sistematik kodifikasyonların eksikliği, hukukun bilimselleşmesinin Kıta Avrupası

¹⁹³ Patrick H. Glenn, 'Legal Families and Legal Traditions' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2007) 432.

¹⁹⁴ Bkz yuk n 173.

ülkelerine göre oldukça geç gerçekleşmiş olması ve dolayısıyla uygulamanın profesyonel hukukçuların güdümüne girişinin de gecikmesi ile anılmaktadır.

İskandinav hukukunun Roma hukukundan hiç etkilenmeden gelişimini tamamladığını söylemek abartılı bir iddia olacaktır. Ancak Kıta Avrupası'nın tersine Roma hukukunun İskandinavya'da hiçbir zaman *ius commune* olarak kabul görmeyişi, bir başka deyişle Roma hukukunun bütünüyle iktibasına rastlanmayışı dikkat çekicidir. İskandinavya'da Roma hukuku asıl 19. yüzyılda Alman Pandektistlerinin etkisi ile hayat bulmuştur. Hukuk profesyonellerinin de bu denli geç bir tarihte hukuk düzenini tekellerine almaları ve hukukun bilimselleşmesinin de yine bu denli gecikmesi, İskandinav hukukunun her zaman gündelik hayatla iç içe niteliğini korumasına yardımcı olmuştur. Realizm ve pragmatizmin anahtar sözcükler olduğu İskandinavya'da, hukuki realizmin başka hiçbir Avrupa ülkesinde olmadığı kadar gelişip serpilmesi de tesadüf sayılmaz. Kıta Avrupası'nı karakterize ettiğinden bahsedilen Fransız ve Alman Medeni Kanunu gibi büyük kanunlaştırmalar burada gözlenmez. Alman hukukundakinin aksine hukukun kapalı, boşluksuz ve özerk bir disiplin olarak kabul edildiğine de rastlanamaz. Pragmatizm ve realizm gerek mahkeme kararlarına, gerekse hukuk kaynakları öğretisine şekil vermekte; sosyal mülhazalar da yargıçlar tarafından göz önüne alınmaktadır.

İskandinav hukuk çevresinin gerek hukuki kurumlar, gerekse tarihsel gelişim bakımından kendine özgü nitelikler barındıran *common law* altında incelenemeyeceğine kuşku yoktur. Ne var ki İskandinav hukuk çevresini sistematik, kuramsallaştırılmış, bilimselleşmiş ve Roma hukuku köklerine dayanan Kıta Avrupası hukuklarının arasına yerleştirmek de doğru değildir. Bununla beraber, İskandinav hukukunu Kıta Avrupası'ndan tamamen ayrılan bir hukuk çevresi/geleneği olarak kategorize etmek de, bu hukukların Kıta Avrupası ile arasındaki ilişkileri büsbütün inkâr etmek olacaktır.

Bunun yerine İskandinav hukuklarının *common law* ile Kıta Avrupası kategorileri arasında gidip geldiği veya bu iki kategoriye de taşan kısımlarının olduğu sonucuna varılabilir. Bu durum hukuk çevreleri teorisine yeni bir bakışın gerekliliği üzerine var olan argümanların altına bir başka destek daha koymaktadır. Kalın çizgilerle birbirinden ayrılan ve kendi içlerinde belirli noktalarda önemli düzeyde benzeşen kategoriler yerine; devamlı çakışıp iç içe geçen veya birden fazla kategorideki unsurları çeşitli derecelerde içererek bu kategoriler arasında dinamik biçimde gelip giden hukuk sistemlerinden bahsetmek, İskandinav hukukları gibi tipik özellikler göstermeyen hukuk sistemlerini açıklamak için daha uygun görünmektedir. Bu yaklaşımlar, kurallar bütünü olarak değil, kültürel boyutu da bulunan bir olgu olarak hukukun anlaşılabilmesi ve dünya hukuklarının bu perspektiften panoramasının sunulabilmesi için klasik hukuk çevreleri teorilerine nazaran daha amaca uygun görünmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akı İ, 'Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2008)
- Andersson H, 'The Tort Law Culture(s) of Scandinavia' (2012) 3 JETL 210
- Bärlund J and Moegelang-Hansen P, 'Contracting with a Social Dimension' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- Bernitz U, 'What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 14
- Bjarup J, 'The Philosophy of Scandinavian Legal Realism' (2005) 18(1) *Ratio Juris* 1
- David R and John E.C. Brierley J E C, *Major Legal Systems in the World* (3rd edn Stevens & Sons 1985)
- De Cruz P, *Comparative Law In A Changing World* (2nd edn, Cavendish Publishing Limited 1999)
- Friedman L M, 'Legal Culture and Social Development' (1969) 4(1) *Law & Society Review* 29
- Glendon M A and Gordon M W and Carozza P G, *Comparative Legal Traditions* (2nd edn, West Group 1999)
- Glenn P H, 'Legal Families and Legal Traditions' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press 2007)
- *Legal Traditions of The World Sustainable Diversity in Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007)
- Green-Gonas C, 'The Scandanavian Legal System: An Introduction' (1989) 6 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 181
- Güven K, 'Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri' (2016) 65(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 637
- Hagström V, 'The Scandinavian Law of Obligations' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 117
- Hammerslev O, 'Convergence and conflict perspectives in Scandinavian studies of the legal profession' (2010) 17(2) *International Journal of The Legal Profession* 135
- Husa J, 'Classification of Legal Families Today. Is it time for a memorial hymn?' (2004) 56(1) *Revue internationale de droit comparé* 11
- 'Legal Families' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006)
- Husa, J and Nuotio, K and Pihlajamaki, H, 'Nordic Law - Between Tradition and Dynamism' (2008) TICOM - Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2008/10 <<https://ssrn.com/abstract=1287088>> accessed 31 December 2019
- Kischel U, *Rechtsvergleichung* (C.H. Beck 2015)
- Lando O, 'Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension' (2007) 50 *Scandinavian Studies in Law* 157
- Larsson J, 'Conflict-resolution mechanisms maintaining an agricultural system. Early modern local courts as an arena for solving collective- action problems within Scandinavian Civil Law' (2016) 10(2) *International Journal of the Commons* 110
- Le Bouteillec N and Zara B and Festy P, 'Freedom to Divorce or Protection of Marriage? The Divorce Laws in Denmark, Norway, and Sweden in the Early Twentieth Century' (2011) 36(2) *Journal of Family History* 191

- Legrand P, 'European Legal Systems Are Not Converging' (1996) 45(1) *The International and Comparative Law Quarterly* 52
- Letto-Vanamo P and Tamm D, 'Nordic Legal Mind' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds) *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- Lookofsky J, 'Desperately Seeking Subsidiary: Danish Private Law in the Scandinavian, European, and Global Context' (2008) 19 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 161
- Lundell B, 'Legal Education in Sweden' (Learning from Each Other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World, Soochow University, Kenneth Wang School of Law Suzhou, China, October 17-19, 2007)
- Lundmark T, *Charting the Divide Between Common and Civil Law* (Oxford University Press 2012)
- Mattei U, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' (1997) 45(1) *American Journal of Comparative Law* 5
- Merryman J H, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edn, Stanford University Press 1985)
- Modéer K A, 'Scandinavian exceptionalism: The development of modern Swedish tort law' in Nils Jansen (ed) *The Development and Making of Legal Doctrine V. 6* (Cambridge University Press 2014)
- Nelken D, 'Legal Culture' in Jan M. Smits (ed), *Elgar Encyclopedia Of Comparative Law* (Edward Elgar 2006)
- Nylund A and Øyrehagen Sunde J, 'Courts and Court Proceedings' in Pia Letto-Vanamo and Ditlev Tamm and Bent Ole Gram Mortensen (eds), *Nordic Law in European Context* (Springer Nature Switzerland AG 2019)
- O'Brien R and Williams M, *Global Political Economy: Evolution and Dynamics* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2010)
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003)
- Ørebeck P, 'Western Scandinavia: Exit Bürgerliches Gesetzbuch - The Resurrection of Customary Laws' (2013) 48(3) *Texas International Law Journal* 405
- Ortwein II B M, 'The Swedish Legal System: An Introduction' (2003) 13(2) *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 405
- Örücü E, *The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century* (Springer-Science+Business Media, B.V. 2004)
- 'A General View of 'Legal Families' and of 'Mixing Systems'' in Esin Örücü and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Hart Publishing 2007)
- Özsunay E, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976)
- Pihlajamaki H, 'Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared' (2004) 52 *Am. J. Comp. L.* 469
- Sacco R, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Jacob Joussen tr, 2nd edn, Nomos 2011)
- Schlesinger R B and Baade H W and Herzog P E and Wise E M, *Comparative Law Cases-Text-Materials* (6th edn, Foundation Press 1998)
- Schultz M, 'The impact of institutions and professions in Sweden' in Paul Mitchell (ed) *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development V. 8*, (Cambridge University Press 2014)
- Siems M, *Comparative Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2018)

- Strömholm S, 'Introduction' in Stig Strömholm (ed), *An Introduction to Swedish Law* (Springer Science +Business Media 1981)
- Sundberg J W F, 'Civil Law, Common Law and the Scandinavians' (1969) 13 *Scandinavian Studies in Law* 179
- Tamm D, 'Eidora Romani Terminus Imperii - Roman Law in the North' (1996) 2 *Fundamina* 39
- 'Why Roman Law - Danish Arguments for the Study of Roman Law' (2010) 16 *Fundamina* 428
- *The History of Danish Law* (DJOF Publishing 2011)
- Van Hoecke M and Warrington M, 'Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law' (1998) 47(3) *The International and Comparative Law Quarterly* 495
- Varga C, *Comparative Legal Cultures* (Szent István Társulat 2012)
- Zweigert K and Kötz H, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3rd edn, J.C.B. Mohr Paul Siebeck 1996)



Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m 295)

Anıl Köroğlu*

Öz

Son yıllarda çeşitli gerekçelerle önemini yitiren konkordatonun yeniden canlandırılması için 7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerden birisi de, kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçlarının ayrı bir maddede (İİK m 295) düzenlenmesidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 294. maddesinin birinci fıkrasına göre, kesin mühlet içinde borçluya karşı kural olarak hiçbir takip işlemi yapılamaz ve daha önce başlamış olan takiplere devam edilemez. Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip bakımından ise durum farklıdır. Zira Kanun'un 295. maddesinin birinci fıkrasına göre, konkordato mühleti sırasında rehlinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satış gerçekleştirilemez. 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nda benzer bir hüküm yer almaktaydı (İİK m 289). Bununla birlikte, yeni maddede düzenlenen rehinli malın satış yasağının 7101 sayılı Kanun ile değiştirilen diğer maddeler çerçevesinde incelenmesi gerekir.

Çalışmada konkordato süreci bakımından önemli sonuçları bulunan konkordato mühleti içinde rehinli malın paraya çevrilmesi yasağı incelenmiştir. Söz konusu yasağın amacı, yasağın geçerli olduğu zaman dilimi ve kişi bakımından kapsamı yönleriyle ele alınmıştır. Yasağın kişi bakımından kapsamı incelenirken özellikle konkordato borçlusu lehine üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde rehin tesis edilmesi durumunda, satış yasağının üçüncü kişiye ait rehinli mal bakımından geçerli olup olmadığı meselesi üzerinde durulmuş ve bu konuda Türk ve İsviçre hukukundaki görüşler değerlendirilerek bu yasağın üçüncü kişiye ait rehinli mallar açısından da mevcut olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Rehin, Rehlin paraya çevrilmesi, Konkordato, Konkordato mühleti, Üçüncü kişi rehni

Prohibition of the Sale by Auction of the Pledged Goods within the Period of the Concordat

Abstract

To revitalize the concordat process which has lost its importance for various reasons in recent years, some amendments have been made in the provisions of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy (İİK) by Law No 7101. One of the amendments is to regulate the results of the definitive period in terms of pledged creditors in a separate article (Article 295 of the Turkish İİK).

Under the first paragraph of Article 295 of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, pledges may initiate debt collection by realising pledged property during the definitive period; but no protection measures can be taken and the sale by auction of the pledged property cannot be realized. Prior to the amendment to Law No 7101, a similar provision was included in the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy Law. However, the prohibition on the sale by auction of pledged goods issued in the new article should be examined within the framework of other articles amended by Law No 7101.

* Sorumlu Yazar: Anıl Köroğlu (Arş. Gör. Dr.), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: koroglu@tau.edu.tr ORCID: 0000-0003-2359-385X

Atf: Koroglu A, "Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m 295)" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 139. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0005>



In this study, the prohibition of the sale by auction of pledged goods within the definitive period is examined, which has important results in terms of the concordat process. In this study, the purpose and scope of prohibition are taken into consideration in terms of the time period. When considering the scope of prohibition in terms of a person, especially in the case of pledge on the assets of the third party in favor of the concordat debtor, the issue of whether the prohibition of auction by sale applies to the pledged property of the third party was discussed and the opinions of Turkish and Swiss jurists were evaluated. As a result of this study, it was concluded that prohibition also exists for the third party pledged goods.

Keywords

Pledge, Debt collection by Realising pledged property, Concordat period, Pledge on the assets of the third party

Extended Summary

Concordat is a legal remedy that a debtor who is unable to pay his debts despite the due date or who is in danger of not being able to pay his debts may apply for protection of his debts through deducting or granting a delay of his debts or to protect him from a possible bankruptcy.

The competent court in the request for concordat is the commercial court of the first instance. The debtor might be given a provisional period by the court (IİK Art 287/1); if the court sees that the concordat project will succeed, the concordat debtor might be given the definitive period (IİK Art 289/3).

Under the first paragraph of Article 295 of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, pledges may initiate debt collection by realising pledged property during the definitive period; but no protection measures can be taken and the sale by auction of the pledged property cannot be realized.

The prohibition of sale by auction of pledged property shall commence from the moment of the issuance of a provisional period and end on the date in which the concordat is approved. If the court decides to postpone the sale by auction of the pledged property (IİK Art 307), the prohibition shall be terminated no later than one year after the date of approval of concordat.

A third party may pledge their property in favor of the concordat debtor. According to doctrine, it is possible that the third party pledged goods can be sold as a result of debt collection by realising pledged property within the concordat period. In our opinion, Article 295 cannot be considered separately from Article 307 of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy. Article 307 is a continuation of Article 295 in terms of the prohibition of sale. Because the duration of the ban in Article 295 is increased with Article 307. Therefore, the determination of prohibition on the sale of pledged goods should not be contrary to the purpose of these articles.

According to an opinion in the doctrine, Article 307 applies only to pledged goods belonging to the concordat debtor, and it is not possible to postpone the sale

of pledged goods belonging to third parties under Article 307. However, this opinion does not coincide with the preamble of Article 307. In the draft Law of 7101, the title of Article 307 is “**postponement of the sale and retention of pledged goods of the debtor and the return of the goods subject to financial leasing**”, while the new title is “**postponement of the sale and retention of pledged goods and the return of the goods subject to financial leasing**”. The purpose of this amendment to the title is explained as follows:

“[...] In the framework of article 34 of the bill, if the pledged property belongs to a third party, a postponement decision can be taken in accordance with the article and one of the conditions regarding the postponement of the storage and sale of pledged goods is changed in favor of the debtor [...]”

As can be seen, the important thing for postponing the sale of pledged property is not the owner of the pledged property but whether the pledge is necessary for the existence of the enterprise. The goods required for the existence of the enterprise may belong to a third party.

Within the period of the concordat, it is forbidden to sale by auction the pledged goods belonging to the debtor and to third parties. Otherwise, the sale of the pledged goods belonging to a third party may be postponed by a decision of approval of the concordat, which is important for the existence of the enterprise, creates a contradictory result.

The court may rule for the lifting of prohibition of the sale by auction of pledged goods within the period of the concordat. The prohibition of the sale by auction of pledged goods within the period of the concordat was brought with the idea that it could be important for the debtor’s firm and that the concordat project would be badly affected if it was sold. Therefore, the sale of a property that is not important for the concordat project, or prohibition of sale within the time limit of the concordat would not be against the purpose of the ban. The court should then be able to allow the sale of pledged property which is not necessary for the existence of the firm and which, if it is sold, will not jeopardize the economic situation of the concordat debtor.

Rehlinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m 295)

Giriş

Konkordato, vadesi gelmesine rağmen borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlunun, borçlarında tenzilat yapılması veya vade verilmesi yoluyla borçlarını ödeyebilmesi veya olası bir iflâstan korunması için başvurabileceği hukukî bir imkândır¹.

Konkordato talebi asliye ticaret mahkemesine yapılır (İİK m 285/1). Mahkeme, şartları varsa öncelikle geçici mühlet kararı (İİK m 287/1); bu geçici mühlet içinde konkordato projesinin başarıya ulaşmasının mümkün olduğunu anlarsa kesin mühlete kararı verir (İİK m 289/3).

Asliye ticaret mahkemesinin verdiği kesin mühlet kararının çeşitli sonuçları vardır². Bu sonuçlardan birisi de mühlet içinde borçluya karşı takip yapılması yasağıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 294. maddesinin birinci fıkrasına göre, mühlet içinde borçluya karşı kural olarak hiçbir takip işlemi yapılamaz ve daha önceden başlamış olan takiplere devam edilemez³.

Mühlet içinde konkordato borçlusuna karşı takip yapılmasına ilişkin yasağın bazı amaçları vardır. Öncelikle bu yasakla takip baskısı altında kalınmadan konkordato projesinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılabilmesi sağlanmak

¹ Selçuk Öztekin, 'Yeni Konkordato Hukuku' iç Selçuk Öztekin (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2019) 139; diğer tanımlar için bkz. Süha Tanrıver ve Adnan Deynekinli, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996) 29; Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993) 3 vd; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku* (8. Bası, Yaylacık 2009) 230; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016) 1256; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998) 7; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017) 2.

² Kesin mühlet kararının sonuçları hakkında genel olarak bkz. Murat Atalı, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' iç Muhammet Özekes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 85, 93.

³ Konkordato mühleti içinde takip yapılması yasağı İsviçre hukukunda da mevcuttur. Oradaki kanunî düzenlemeye göre, mühlet içinde borçluya karşı bir takip yapılamayacağı gibi başlamış olan takiplere de devam edilemez (SchKG Art 297, Abs 1).

istenmiştir⁴. Ayrıca takip yasağı, alacaklılar arasında eşitliğin tesis edilmesine hizmet eder⁵. Zira konkordato mühleti içinde kural olarak hiçbir alacaklı takip yapamayacağından, bir alacaklının diğerlerine karşı daha avantajlı bir konuma gelmesinin önüne geçilmiş olur⁶.

Mühlet içinde borçluya karşı takip yapılmasına ilişkin yasak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip bakımından geçerli değildir. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesinin birinci fıkrasına göre, mühlet içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir ve mühlet kararından önce başlamış olan takiplere devam edilebilir. Ancak bu takip sebebiyle rehinli malın muhafaza altına alınması ve satışı mümkün değildir (İİK m 295/1)⁷.

Çalışmanın konusu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesinde düzenlenen satış yasağıdır. Çalışmada bu yasağın amacı, geçerli olduğu zaman dilimi ve kişi bakımından kapsamı incelenmiştir

I. Konkordato Mühleti İçinde Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Yapılması

Mühlet içinde borçluya karşı takip yapılmasına ilişkin yasak, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip bakımından uygulanmaz (İİK m 295/1)⁸. Alacak hakkı rehlinle güvence altına alınan alacaklı, konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Asliye ticaret mahkemesi, kanun

⁴ Bu maddenin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: “[...] *Takip yasağının en temel gerekçesi, borçlunun bu süreçte konkordato müzakerelerine hazırlık yapabilmeye olanak sağlanması ve alacaklıların baskısından kurtularak iyileşme olanağının kendisine verilmesidir* [...]”; öğretide benzer görüşler hakkında bkz. J. Alfred Büchi, *Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts* (Schulthess 1975) 93 ff; Alexander Vollmar, ‘Art 297’ in: Adrian Staehelin, Thomas Bauer and Daniel Staehelin (eds), *Basler Kommentar SchKG, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2010) N 1; Thomas Bauer, ‘Art 297’ in Thomas Bauer and Daniel Staehelin, *Basler Kommentar SchKG, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2017) N 2; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2. Bası, Adalet Yayınevi 2013) 1460; Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (2. Bası, Alfa 1992) 418; Necmeddin M Berkin, *İflâs Hukuku* (İstanbul Üniversitesi 1972) 538; Mustafa Reşid Belgesay, *İcra ve İflâs Hukuku I* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1953) 18; İlhan E Postacıoğlu, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 36; Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku* (5. Bası, Vedat 2019) 153 ff; Daniel Hunkeler, ‘Art 297’ in: Daniel Hunkeler (ed), *Kurzkommentar-SchKG, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2014) N 1; Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach and Stefan Bossart, ‘Art 297’ in: Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4th, Schulthess 2017) N 1; Kurt Amonn and Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (9th, Stämpfli 2013) 527; Hans Fritzsche and Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, (3rd, B II, Schulthess Polygraphischer Verlag 1993) 595; Marcel Greder and Gustave Jornot, *Leitfaden für Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd, Verlag Organisator 1952) 239; Enver Buruloğlu ve Yüda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yürük Matbaası 1968) 29; geçici mühletin amacı hakkında bkz. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019) 549.

⁵ Hunkeler, ‘Art 297’ N 1.

⁶ Erich Bley and Jürgen Mohrbutter, *Vergleichsordnung* (3rd, Walter de Gruyter 1972) § 48, N 2; Andreas Coradi, *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG* (Juris Druck u. Verlag 1973) 23.

⁷ Konkordato mühleti içinde rehinli malların muhafaza altına alınması ve satılmasına ilişkin yasak hukukumuzda 4949 sayılı Kanun’un 71. maddesi ile getirilmiştir. Aynı yasak daha sonra 7101 sayılı Kanun’un 22. maddesi ile değiştirilen İcra ve İflâs Kanunu’nun 295. maddesinde “Kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları” başlığıyla tekrarlanmıştır.

⁸ İcra ve İflâs Kanunu’nun 295. maddesindeki rehin ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hakkında aynı Kanun’un 23. maddesindeki düzenleme dikkate alınmalıdır (Yeşilova, 375).

hükmü hilâfına, mühlet kararıyla birlikte borçlu aleyhine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasını yasaklayamaz⁹.

Mühlet içinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesi, rehnin alacakların konkordatodan etkilenmemesi kuralıyla (İİK m 302/5) uyumluluk gösterir¹⁰. Ayrıca bu düzenlemenin taşınmaz rehinleri açısından başka bir önemi daha vardır. Şöyle ki, kiraya verilen taşınmazda rehnin kapsamına, borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlandığı an ile rehnin paraya çevrilmesi anına kadar olan dönemdeki kira bedelleri de girer (TMK m 863/1). Eğer konkordato mühleti içinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yasaklanmış olsaydı, alacaklı, kira bedellerinin taşınmaz rehniyle güvence altına alınabilmesini isteyebilme hakkından mahrum bırakılmış olurdu¹¹.

Mühlet içinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin yapılabilmesi açısından rehnin borçlu veya üçüncü kişi tarafından gösterilmesinin bir önemi yoktur¹². Şu kadar ki, rehnin malın üçüncüye kişiye ait olması durumunda takibin borçlu ve üçüncü kişiye karşı birlikte yapılması gerekir. Örneğin, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takipte takip talebinde hem borçlu hem de üçüncü kişi yer alır (İİK m 145) Yine bu takipte ödeme emri borçlu ve üçüncü kişiye gönderilir (İİK m 146/1). Dolayısıyla sadece üçüncü kişiye karşı takip yapılması mümkün değildir¹³.

⁹ İflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerin durdurulmasına ilişkin karar verilemeyeceği hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, 'İflâsın Ertelenmesi' iç Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler II (On İki Levha 2016) 48; ayrıca bkz. Selçuk Öztekin, *İflâsın Ertelenmesi* (Anıkan 2007) 102, 105; "[...] Mahkemece yasa hükmüne rağmen rehnin takiplerin durdurulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır [...]" (Yargıtay 19 HD, 3011/8154, 8.7.2004) (Öztek, *Ertelene*, 102).

¹⁰ Hans Fritzsche, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht* (2nd, Schulthess & Co AG 1968) 317; ayrıca Coradi, 24.

¹¹ Fritzsche, 317; Fritzsche and Walder-Bohner, 609; Coradi, 25; ayrıca BGE, 102 III 109, 111.

¹² Kuru, *İflâs ve Konkordato*, 431, 432; Burhan Gürdoğan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi* (Ajans Türk Matbaası 1967) 110; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Art 88' in: Philipp Annen, Walter Häberlin, Jolanta Kren Kostkiewicz, Gerhard Kuhn, Roger Schober and Markus Zopfi (eds), *Kurzkommentar VZG*, (Stutz Druck 2011) N. 26.

¹³ Kuru, *El Kitabı* 992; Gürdoğan, *Rehn* 79; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, (8. Bası, 2004) 315; Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi* (On İki Levha 2010) 176 ff; Yargıtay 12 HD, 2011/17912, 2012/3325, 13.2.2012 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay'ın bir kararına göre, takip talebinde sadece üçüncü kişi gösterilmişse, sonradan borçlunun bu takibe dâhil edilmesi mümkün değildir. Örneğin; "[...] Mecburi takip arkadaşlığı nedeni ile takibin borçlulardan biri hakkında takip edilmeyerek diğeri hakkında yürütülmesi olanaksızdır. Bu hususun yasaya aykırılık nedeni ile tetkik merciiince doğrudan göz önünde tutulması gerekir. Takip taleplerinde gösterilmeyen borçluya teşmil suretiyle takibin yürütülmesi de mümkün olmadığı nazara alınarak, sadece ipotek veren üçüncü kişi hakkında takibin iptaline karar vermek gerekirken [...]" Yargıtay 12 HD, 5735/5791, 20.5.1997 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); ayrıca bkz "[...] Kredi borçlusunun sonradan takibe dahil de mümkün bulunmadığına göre İİK.nun 149. maddesine aykırı olarak sadece ipotek veren 3. kişi hakkında başlatılan takibin iptaline karar verilmesi gerekirken [...]" Yargıtay 12 HD, 23828/25717, 2.12.2002 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); aynı yönde bkz Yargıtay 12 HD, 10286/10717, 14.10.1997 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019). Öğretide, borçlunun sonradan icra takibine dâhil edilebileceği görüşü hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, 'İpotegin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', iç Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler I (On İki Levha 2016) 604; Ali Cem Budak, *İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, (3. Bası, On İki Levha 2010) 105; bu konu hakkındaki görüşler için genel olarak bkz. Pekcanitez, *İpotek* 600.

Bu durum, öğreti¹⁴ ve yargı kararlarında¹⁵ borçlu ve rehinli malın sahibi üçüncü kişi arasında mecburî takip arkadaşlığının bulunduğu şeklinde değerlendirilmektedir.

II. Rehinli Malın Mühlet İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı

A. Yasağın Geçerli Olduğu Zaman Aralığı

Rehinli malın mühlet içinde paraya çevrilmesi yasağının hangi zaman aralığı için söz konusu olduğunun belirlenebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesinin yanında Kanun'un ilgili diğer maddeleri de birlikte dikkate alınmalıdır.

Rehinli malın mühlet içinde paraya çevrilmesi yasağı, her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun kesin mühletin sonuçları başlıklı 295. maddesinde düzenlenmiş ise de, esasen geçici mühlet kararının verilmesi ile başlar¹⁶. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 288. maddesinin birinci fıkrasına göre, geçici mühlet ile kesin mühlete ilişkin sonuçlar doğar (İİK m 288/1). Dolayısıyla rehinli malın paraya çevrilmesi, kesin mühlette olduğu gibi geçici mühlet içinde de yasaktır.

Geçici mühlet içinde konkordato projesinin başarıya ulaşmasının mümkün olduğu anlaşılırsa kesin mühlet kararı verilir (İİK m 289/3). Rehinli malın satılması yasağı kesin mühlet süresi içinde devam eder. Kesin mühlet süresi bir yıldır (İİK m 289/3). Bazı durumlarda bu süre altı aya kadar uzatılabilir (İİK m 289/5). Ayrıca konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına (bu süre altı aydan fazla olamaz) karar verebilir (İİK m 304/2)¹⁷. Dolayısıyla kesin mühletin etkileri devam ettiği müddetçe rehinli malın paraya çevrilmesi yasaktır.

Konkordato mühleti içinde, mühletin kaldırılması söz konusu olabilir¹⁸. Örneğin, borçlunun malî durumunun düzelmesi sebebiyle kesin mühletin kaldırılmasına karar verilebilir (İİK m 291). Bu kararın verilmesi ile kesin mühlete ilişkin sonuçlar ortadan

¹⁴ Bu konuda genel olarak bkz. Kuru, *El Kitabı* 991; Üstündağ, *İcra* 72; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) 475; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2019) 328; Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflâs Hukuku* (3. Bası, Alternatif 2014) 431; Budak, 104, 106; Tunç Yücel, 176 ff; Buse Dişel, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı*, (On İki Levha 2014) 101 ff.

¹⁵ “[...] Bu nedenle de sadece asıl borçlu ya da gemi siciline kayıtlı gemisini ipotek ettirmiş olan üçüncü kişi hakkında takip yapılamaz. Nitekim bu kural, İİK'nun 149/b maddesinde: “icra müdürü borçluya ve varsa taşınmaz sahibi üçüncü şahsa birer ödeme emri gönderir” şeklinde düzenlenmiştir. Şu halde, gemi maliki üçüncü kişi ile asıl borçlu arasında mecburi takip arkadaşlığı vardır. Mecburi takip arkadaşlığı nedeni ile takibin borçlulardan biri hakkında takip edilmeyerek diğeri hakkında yürütülmesi olanaksızdır. Bu hususun icra mahkemesince doğrudan göz önünde bulundurulması gerekir [...]” Yargıtay 12 HD, 2011/17912, 2012/3325, 13.2.2012 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); “[...] Her iki durumda da ipotek verenler üçüncü kişi olduğundan asıl borçlu ile bu kişiler arasında birlikte takip zorunluluğu vardır [...]” Yargıtay 12 HD, 3333/5845, 25.3.2008 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

¹⁶ Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018) 33; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 667; Bilgehan Yeşilova, ‘Yeni Konkordato Hukuku’ iç Selçuk Öztekin (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi, 2019) 384.

¹⁷ Bu düzenlemenin isabetli olmadığı hakkında bkz. M Serhat Sarısözen, ‘Geçici ve Kesin Mühlet Kararı’ iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 69.

¹⁸ Genel olarak bkz. Atalı, 103-105.

kalkmış olacağından, rehinli malın satılmasına ilişkin yasak da sona ermiş olur. İcra ve İflâs Kanunu'nun 293. maddesinin birinci fıkrasında, mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulması yasaklanmış olmasına rağmen¹⁹, mühletin kaldırılması kararına ilişkin bir yasak getirilmediğinden mühletin kaldırılması kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir²⁰. Mühletin kaldırılması kararına karşı kanun yoluna başvurulması, hükmün icrasını durdurmayaacağından (Karş HMK m 350/1)²¹ kanun yolu incelemesi sırasında dahi rehinli mal satılabilir. Ancak bu durum, haksız olarak verilen karar sonrasında işletmesi için önemli bir malını kaybetme riski altında bulunan borçlunun hakkını önemli ölçüde zedeler. Dolayısıyla bu durumun önüne geçebilmek için kararın icrasının durdurulması istenebilir (Karş İİK m 36).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 305. maddesindeki şartların mevcut olması durumunda konkordato mahkemece tasdik edilir (İİK m 306). Burada rehinli mala ilişkin satış yasağının tasdik kararı ile mi yoksa tasdik kararının kesinleşmesinden itibaren mi sona ereceğinin üzerinde durmak gerekir.

İlk olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 307. maddesinin birinci fıkrası dikkate alınmalıdır. Bu düzenlemeye göre, mahkemenin tasdik kararında rehinli malın satışı, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere ertelenebilir. Bu hükümde, rehinli malın satışının ertelenmesine ilişkin süre karar tarihinden itibaren başladığına göre, rehinli malın satış yasağının da (erteleme yoksa) tasdik kararı tarihinden itibaren kalktığı çıkarımına varılabilir. Aksi takdirde, rehinli malın satışının ertelenmesine ilişkin sürenin tasdik kararının verildiği andan itibaren başlatılmasına gerek kalmazdı.

Burada tartışılması gereken asıl mesele, İİK m 308/c, I hükmünün satış yasağını süre olarak uzatıp uzatmadığıdır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “*Konkordato, tasdik kararıyla bağlayıcı hâle gelir. Tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği de kararlaştırılabilir; bu takdirde mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar devam eder*”.

¹⁹ Olması gereken hukuk bakımından kesin mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı istinaf yoluna başvurulmasının mümkün olması gerektiği hakkında bkz. Barış Toraman, ‘Konkordato Müessesesi Hakkında 7101 Sayılı Kanunla Getirilen Yeniliklerin Kanun Yollarına İlişkin Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi’ iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 216.

²⁰ Hakan Pekcanitez, ‘7101 Sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 163; Toraman, 217.

²¹ İsviçre hukukunda bu karara karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet yoluna başvurulması, kararın icrasını durdurmaz (BBi 2010, s. 684; Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach and Roland Burkhalter, ‘Art 296a’ in: Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4th, Schulthess 2017) N 15; Bauer, *Art 296a*, N 16).

Tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceğinin kararlaştırılması durumunda İİK m 308/c, I hükmü rehinli malın satış yasağı açısından iki şekilde yorumlanabilir²²:

İlk olarak denilebilir ki, rehinli malın satılmasına ilişkin yasak konkordato mühletinin etkilerinden biri olduğuna göre, bu yasak ancak tasdik kararının kesinleşmesiyle ortadan kalkar. Böylece rehinli mal, tasdik kararının kesinleşmesine kadar satılamaz. Bu yorumun zorunlu bir sonucu da, rehinli malın satışının ertelenmesinin karar tarihinden itibaren başlayacağını düzenleyen İİK m 307/1 hükmünün, rehinli malın satışına ilişkin ertelemenin tasdik kararının kesinleşmesinden itibaren başlaması şeklinde anlaşılması mecburiyettir.

İkinci olarak iddia edilebilir ki, rehinli malın satışının ertelenmesinin karar tarihinden itibaren başlayacağını düzenleyen İİK m 307/1 hükmü, İİK m 308/c’de yer alan “*kanunda öngörülen istisnalar*”dan biridir²³. Dolayısıyla rehinli malın satılması yasağı (erteleme kararı verilmemişse) tasdik kararı verilmesiyle ortadan kalkar. Böylece tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği kararlaştırılmasının, rehinli malın satışına ilişkin yasağın süresi bakımından bir etkisi bulunmaz.

Kanaatimizce ikinci yorum tarzı daha isabetlidir²⁴. Zira İİK m 307/1 hükmü ile rehinli malın satış yasağının en fazla ne kadarlık bir süre için uygulanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yasak tasdik kararı verilmesinden itibaren en fazla bir yıl uzatılabilir. Buradaki süre kesin niteliktedir²⁵. Dolayısıyla Kanun’da açıkça belirtilmedikçe bu sürenin uzatılması mümkün değildir. Eğer yukarıda aktarılan birinci yorum tarzı benimsenirse, satış yasağı süresi tasdik kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağı için süre kanun koyucunun öngördüğünden daha fazla uzamış olacaktır.

Ne var ki, ikinci yorum tarzının benimsenmesi beraberinde bir tehlikeyi getirebilir: Rehlinli malın, konkordatonun henüz bağlayıcı hâle gelmediği ve hükümlerinin uygulanmaya başlamadığı bir dönemde satılması konkordatonun uygulanmasını anlamsızlaştırabilir²⁶. Ancak öğretilerde de belirtildiği üzere söz konusu tehlike sadece bu durumla sınırlı olmayıp, genel olarak rehinli malların satılmasına ilişkin yasağın

²² Yeşilova, 385 ff.

²³ ibid 386 ff.

²⁴ *Yeşilova*, her iki yorum tarzının leh ve aleyhindeki düşüncelerini ifade etmiş olsa da, ilk yorum tarzının kabul edilmesinin 307. maddenin lafzının “*ziyadesiyle örselenmesi*” anlamına geleceğini belirtmiştir (ibid 387).

²⁵ Rehlinli malların satışının ertelenmesine karar verilebilmesi imkânı ilk olarak 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan değişiklik sonrasında getirilmiştir. O dönemde ifade edilen bir görüşe göre de, rehinli malların satışının ertelenmesi süresi kesin niteliktedir (Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Yetkin, 2005) 251; Sema Taşpınar Ayvaz, ‘Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler’ (2003) C. XXII (Aralık) BATİDER 89.

²⁶ Yeşilova, 387.

kalktığı an konkordatonun uygulanması zora girecektir²⁷. Ancak kanun koyucu bu tehlikeye rağmen yine de rehinli malın belirli bir süreden sonra satılabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla Kanun'un mevcut hükümleri dikkate alındığında ikinci yorum tarzı kanuna daha uygun görünmektedir.

Yukarıda aktarılan bilgiler çerçevesinde, rehinli mala ilişkin satış yasağı, geçici mühlet kararı verilmesi anından itibaren başlar ve konkordatonun tasdik edildiği tarihte sona erer. Satış yasağı, eğer mahkeme rehinli malın satışının ertelenmesine karar verirse (İİK m 307), en geç tasdik kararının verildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sona erer.

B. Yasağın Üçüncü Kişiy Ait Rehlinli Mallar Bakımından Geçerli Olup Olmadığı Meselesi

Borçlu, konkordatoya başvurmadan önce kendi malvarlığı üzerinde alacaklısı lehine rehin tesis etmişse, rehinli malın konkordato mühleti içinde paraya çevrilmesi İİK m 295 hükmü gereği yasaktır.

Bir alacağın teminatı olarak gösterilen rehinli mal borçluya veya üçüncü kişiye (Örn. TMK m 881/2) ait olabilir. Burada üzerinde durulması gereken mesele, üçüncü kişiye ait olan ve konkordato borçlusuna lehine rehin gösterilen malın konkordato mühleti içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla satılıp satılmayacağıdır. Dolayısıyla İcra ve İflâs Kanunu'nun 295. maddesindeki yasağın kapsamına, üçüncü kişiye ait rehinli malların dâhil olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir.

Yasağın üçüncü kişiye ait rehinli mallar bakımından mevcut olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapılmadan önce inceleme konumuzla benzerlik gösteren İcra ve İflâs Kanunu'nun mülgâ 179/b maddesinin ikinci fıkrasına değinmek gerekir. İflâsın ertelenmesine ilişkin kararının sonuçlarını düzenleyen bu maddeyle, erteleme kararı sonrası rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilse de bu takip sebebiyle rehlinli mal hakkında muhafaza tedbirlerinin alınması ve malın satılması yasaklanmıştı.

²⁷ ibid 387; genel sistem bakımından bu tehlikeye işaret eden ve rehinli alacaklıların konkordatoya tâbi olmasına ilişkin bir düzenleme yapılmasının konkordato kurumunun amacına daha uygun olacağını belirten *Atalay*'a göre, "Rehinli malların paraya çevrilmesi en fazla tasdikten itibaren bir yıl daha ertelenebilecek ve anlaşma yapılmadıysa, örneğin, işletmedeki rehinli malların satışına geçilebilecek ve böylece iflas da kaçınılmaz olacaktır" (Oğuz Atalay, 'Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler' iç Muhammet Özkes (ed), 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (On İki Levha 2018) 131.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, iflâsın ertelenmesi kurumunun amacından yola çıkarak, üçüncü kişiye ait rehlinli malın satılabileceği görüşündedir²⁸. Buna karşılık, borçlu ve üçüncü kişi arasında mecburî takip arkadaşlığı gerekçesinden hareket eden Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış olan uygulamasına göre, rehlinli malın satılmasına ilişkin yasak sadece borçluya ait olan rehlinli mallar için değil aynı zamanda üçüncü kişiye ait rehlinli mallar için de mevcuttur²⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır³⁰. İflâsın ertelenmesi kararının varlığına rağmen üçüncü kişiye ait olan rehlinli malın satılması ihalenin feshi sebebi olarak değerlendirilmektedir³¹.

²⁸ “[...] İİK.nun 179/6. maddesinin ikinci fıkrasında iflâsın ertelenmesi kararının ipotekli takipler yönünden sonucu düzenlenmiştir. Kural olarak iflâsın ertelenmesi kararı ipotekli takipleri durdurmayacak ancak satış işlemi yapılamayacaktır. İflâsın ertelenmesinin temel amacı erteleme süresince şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerin azaltılmasıdır. İİK.nun 179/a maddesinde iflâsın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemeye her türlü tedbiri alma yetkisi tanımlanmıştır. Tedbirlerin erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır [...]” Yargıtay 19 HD, 2033/3760, 7.4.2005 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); aynı yönde bkz Kuru, *El Kitabı*, 1080.

²⁹ “[...] İİK'nun 149. maddesi içeriğinden, asıl borçlu ile ipotek veren arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması sebebiyle haklarında birlikte takip yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Şu halde, asıl borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi davası kapsamında verilen tedbir kararının, hem söz konusu kararın niteliği gereği, hem de zorunlu takip arkadaşlığı sebebiyle ipotekli taşınmaz maliki yönünden sonuç doğurmayacağı kabulü mümkün değildir. Temyize konu dosyada asıl borçlunun şikâyetçi ... Ltd. Şti. olduğu, ipotekli taşınmazın malikinin ise ... olduğu anlaşılmaktadır. İpotekli taşınmazın maliki ... hakkında verilmiş iflas erteleme veya ihtiyati tedbir kararı bulunmasa da, takip, şikâyetçi şirketin borçlarından dolayı ve söz konusu şirket lehine verilen ipotete dayalı olarak başlatılmıştır. Bu durumda, iflas ertelenmesi davasında verilen tedbir kararı kapsamında İİK'nun 179/b maddesi gereğince, ipotek konusu taşınmazın satışı gerçekleştirilemeyeceğinden, bölge adliye mahkemesince, dosyada mübrez iflâsın ertelenmesi ve ihtiyati tedbir kararları incelenerek ve ihale tarihinde borçlu şirket hakkındaki tedbirin devam edip edmediği tespit edilmek suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken [...]” Yargıtay 12 HD, 10525/7456, 5.7.2018 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 1612/11973, 22.11.2018 (emsal.yargitay.gov.tr); Yargıtay 12 HD, 2018/8672, 2019/79, 14.1.2019 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 611/4100, 3.5.2018 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 2016/24819, 2017/16036, 22.12.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 2984/12958, 24.10.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 1075/12424, 12.10.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 93/1275, 6.2.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); Yargıtay 12 HD, 2704/7442, 14.3.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

³⁰ “[...] *Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan ilamlı icra takibinde asıl borçlu şikâyetçi şirket hakkında iflâsın ertelenmesi kararı bulunması hâlinde, İİK'nun 149. maddesine göre aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan ve hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan borçlunun maliki olduğu ipotekli taşınmazın satışının yapıp yapılamayacağı, burada varılacak sonuca göre ihalenin feshi isteminin kabulüne karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır [...]* Öte yandan yukarıda açıklandığı üzere ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde ipotek veren üçüncü kişi ise asıl borçlu ile üçüncü kişi arasında İİK'nun 149 ve 149/b maddesi hükümleri gereğince şekli bakımdan zorunlu takip arkadaşlığı vardır. Bu takip arkadaşlığının tıpkı davada olduğu gibi takibin sonuna kadar sürmesi gereklidir. Zorunlu takip arkadaşlarından birinin takipte gösterilmemesi takibin iptali sebebi olup bu konudaki şikâyet takibin sonuna kadar süresiz olarak yapılabilir. Asıl takip borçlusuna hakkında iflas erteleme kararı verildiğinde asıl borçlu için gerçekleşen satışın durması diğer takip arkadaşı için de satışın durması sonucunu doğurur. Örneğin asıl borçlu hakkında iflas erteleme kararı bulunması hâlinde, hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan ipotek veren üçüncü kişi yönünden satışa hazırlık işlemlerine devam edilerek, asıl borçluya satış ilanının tebliğ edilmesi mümkün olmamasına rağmen kanunun emrettiği hükümlerine aykırı davranılarak satışın yapılması ihalenin feshi sebebi oluşturmaz. Borçluya satış ilanı tebliği borçlunun kendince ilan yapması, daha fazla alıcı bulabilmesi ve böylece taşınmazın gerçek değerine satılarak borcunu ödeyebilmesi bakımından önemli olup bu durum hukuki dinlenen hakkının da bir gereğidir [...]” 2017/12-760, 2019/838, 2.7.2019 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

³¹ “[...] İİK'nun 149. maddesi içeriğinden, asıl borçlu ile ipotek veren arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması nedeniyle haklarında birlikte takip yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Şu halde, asıl borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi davası kapsamında verilen tedbir kararının, hem söz konusu kararın niteliği gereği, hem de zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle ipotekli taşınmaz maliki yönünden sonuç doğurmayacağı kabulü mümkün değildir. O halde mahkemece, borçluların şikâyetinin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken [...]” Yargıtay 12 HD, 17167/24714, 1.12.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); aynı yönde bkz Yargıtay 12 HD, 24226/24277, 13.10.2015 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

Buna karşılık, öğretide savunulan bir görüşe göre, iflâsın ertelenmesi süresi içinde rehinli malın satılmasının yasaklanmasıyla borçlunun malvarlığının korunması amaçlandığından³², üçüncü kişiye ait rehinli malın satılabilmesi mümkün olmalıdır³³. Zira üçüncü kişiye ait olan rehinli malın satılması ne borçlunun malvarlığı unsurlarının azalmasına ne de onun pasifinde bir artışa neden olur³⁴. Yine aynı görüşe göre, borçlu ve üçüncü kişi arasında mecburî takip arkadaşlığının bulunması, üçüncü kişiye ait rehinli malın satışına engel olmaz³⁵. Çünkü burada borçlu ve üçüncü kişinin birlikte hareket etmeleri maddî hukuk açısından zorunlu olmayıp³⁶ üçüncü kişinin takipte gösterilmesinin temel gerekçesi onun bu takibe karşı koyabilmesine imkân sağlanmasından ibarettir³⁷.

Yargıtay'ın mecburî takip arkadaşlığı gerekçesinden hareket ederek vardığı bu sonuç bugün de takip edilirse, üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühleti içinde satılmasının yasak olduğu şeklinde bir çıkarıma varılabilir. Ancak mecburî takip arkadaşlığı gerekçesi bu şekilde bir sonuca varmak için kanaatimizce isabetli değildir. Zira borçlu ve üçüncü kişi arasında maddî hukuktan kaynaklanmayan mecburî takip arkadaşlığı, onların birlikte hareket etmelerini gerektirmediği gibi onlara karşı tüm işlemlerin birlikte yapılması anlamına gelmez. Öyleyse bu meselenin daha farklı gerekçeler etrafında değerlendirilmesi gerekir.

Öğretide bir görüşe göre, üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühleti içinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucunda satılabilmesi mümkündür³⁸. *Yeşilova*'ya göre, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki mecburî takip arkadaşlığı bulunması üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühletinde paraya çevrilmesine engel oluşturmaz³⁹. Öğretide azınlıkta kaldığı anlaşılan diğer bir görüşe göre ise, Kanun'da bir ayırma gidilmemesi sebebiyle rehinli malın borçluya veya

³² Bu amaç hakkında bkz. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, 'Asıl Borçlu Hakkında Verilen İflâsın Ertelenmesi Kararı Üçüncü Kişiye Ait İpotekli Taşınmazın Satışına Engel Olur Mu? (Karar İncelemesi)' iç *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler 1* (On İki Levha 2016) 893, 900; Hakan Pekcanitez, *Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019) 691; Oğuz Atalay, *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi* (Güncel Yayinevi 2007) 161; Oğuz Atalay, 'İflâsın Ertelenmesi', iç 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 86; İbrahim Ermenek, *İflâsın Ertelenmesi* (2. Bası, Adalet Yayinevi 2010) 360, 362; "[...] İflâsın ertelenmesinin temel amacı erteleme süresince şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerin azaltılmasıdır [...]" Yargıtay 19 HD, 2033/3760, 7.4.2005 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

³³ Pekcanitez ve Simil, 905 ff.

³⁴ ibid 900.

³⁵ ibid 904.

³⁶ ibid 904; icra takibinde borçlu ve üçüncü kişinin birlikte hareket etmelerinin zorunlu olmadığı hakkında ayrıca bkz. Budak 106; Dişel 102.

³⁷ Pekcanitez ve Simil 904.

³⁸ Kuru, *El Kitabı* 1464; Cenk Akil, *Sorularla Adı Konkordato* (Adalet Yayinevi 2019) 142; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (2. Bası, Bilge 2019) 95.

³⁹ Yeşilova, 373.

üçüncü kişiye ait olması arasında bir fark bulunmaz⁴⁰. Dolayısıyla mühlet içinde borçluya ait rehinli malların satılması yasak olduğu gibi üçüncü kişiye ait rehinli malların satılması da yasaktır.

Öğretideki bir görüşe göre, konkordato projesi ve borçlu karşısında rehinli alacaklı olarak değerlendirilebilmek için alacağın borçluya ait malvarlığı unsurlarıyla teminat altına alınması gerekir⁴¹. Şayet alacak üçüncü kişiye ait bir mal ile teminat altına alınmışsa, alacaklı, üçüncü kişi karşısında rehinli alacaklı olarak nitelendirilmesine rağmen, borçlu ve konkordato projesinde “adi alacaklı” konumunda bulunur⁴². 295. maddede “*rehinli alacaklı*” denildiğine göre, alacağın üçüncü kişiye ait mal ile teminat altına alınması durumu bu maddenin kapsamına girmez⁴³. Bu görüş takip edildiğinde, konkordato mühleti içinde rehinli malın paraya çevrilmesine ilişkin yasağın üçüncü kişinin borçlu lehine göstermiş olduğu rehinli mallar bakımından söz konusu olamayacağı sonucuna varılması gerekir.

Gerçekten öğreti ve yargı kararlarında, konkordato hukuku bakımından rehinli malın borçluya ait olması ile rehinli malın üçüncü kişiye ait olması durumlarının birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Öğretide, alacağın üçüncü kişiye ait bir malın rehnedilmesi suretiyle teminat altına alındığı ve borçlunun bu borçtan ötürü şahsen sorumlu olduğu durumlarda, alacağın tamamının konkordato nisabına dâhil edileceği ifade edilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla bu alacaklının, konkordato projesinin kabulü için yapılacak oylamada (İİK m 302) oy hakkı bulunur. Oysa rehinli alacak bakımından genel kural, rehinle temin edilmiş olan alacakların, Kanun’un 298. maddesi uyarınca takdir edilen kıymet sonucunda teminatsız kaldıkları kısım için hesaba katılacağı şeklindedir (İİK m 302/5).

Üçüncü kişiye ait bir malın rehnedilmesiyle teminat altına alacağın konkordato nisabında dikkate alınmasının gerekçesi üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödemesi

⁴⁰ Taşpınar Ayvaz, ‘Adi Konkordato’ 64. Söz konusu görüş 7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan değişiklikten önceki dönemde ifade edilmiş olsa da, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önceki düzenlemede de sadece “rehinli mallar” denilmiş olup, bu malların borçlu veya üçüncü kişiye ait olup olmadığı noktasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla aynı görüşün yeni düzenleme açısından da savunulabilmesi mümkündür.

⁴¹ Yeşilova, 373.

⁴² ibid 372.

⁴³ ibid 373.

⁴⁴ Kuru, *El Kitabı*, 1511, 1464; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku IV* (3. Bası, Seçkin 1997) 3654, 3705 ff; Üstündağ, *İflâs*, 246-247; Postacioğlu, 27; Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Derstleri* (Ajans-Türk Matbaası 1966) 185; Gürdoğan, *Rehin* 110; Tanrıver ve Deyneklî, 99; Pekcanitez, *Atalay*, Sungurtekin Özkan ve Özkes, 497; Altay ve Eskiocak, 366; Özbek, *Şerh*, 472; M Serhat Sarısözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Bası, Yetkin 2019) 180.

durumunda alacaklıya halef olması ve bu kapsamda borçluya rücu edebilmesidir⁴⁵,
⁴⁶ Bu nitelikte bir alacağın konkordatoya tâbi kılınmaması durumunda, üçüncü
kişinin borçludan olan rücu alacağını elde etmesinin tehlikeye uğrayabileceği ifade
edilmiştir⁴⁷. Dolayısıyla burada rehin veren üçüncü kişinin olası mağduriyetinin
önüne geçilmek istendiği ileri sürülebilir.

Rehlin üçüncü kişi tarafından gösterildiği durumlarda alacaklının alacağının
konkordato nisabında dikkate alınması gerektiği Yargıtay kararlarında da
vurgulanmıştır⁴⁸. Yargıtay’a göre, kendi malvarlığı üzerinde rehin tesis eden üçüncü
kişinin borçlu şirketin ortağı olması hâlinde de söz konusu rehlinli alacak konkordato
nisabında dikkate alınmalıdır⁴⁹.

İsviçre hukukunda da üçüncü kişiye ait malın rehnedilmesiyle teminat alınan alacak,
konkordato projesi bakımından adı alacak olarak nitelendirildiğinden konkordato
nisabında bu alacağın tamamının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁰.
Ancak Türk hukukunun aksine, İsviçre hukukunda bu şekilde bir sonuca varmak

⁴⁵ “[...] Bir alacağın, borçluya veya 3. şahsa ait mallar rehin edilmek suretiyle teminata kavuşturulması mümkündür. Borçlu, alacağı kendi taşınır veya taşınmaz malını rehnetme suretiyle teminata kavuşturmuşsa, konkordato nisabı hesaplanırken İİK.nun 297. maddesinde belirtildiği gibi, bu alacağın, rehnedilenin komiser tarafından takdir edilen değeriyle karşılanmayan, teminatsız kalan kısmı nazara alınır. Olayımızda rehni, tüzel kişiliği haiz 3. kişi durumundaki başka bir şirket verdiğinden durum değişiktir. Borçlu ve rehin varsa şirketler grubunun, şirketlerin ortaklarının ve temsilcilerinin aynı kişi ve kişiler olması durumu değiştirmez. Yani, burada 3. kişinin ipoteği sözkonusudur. Alacaklının, rehinleri paraya çevirip, alacağını tahsil etmesi halinde, rehin varsa 3. kişinin kendisinden bu suretle tahsil olunan miktar için asıl borçluya rücu hakkı vardır. Bu halde merhün borçlunun hanesine dahil edilemeyeceği gibi alacak hakkında İİK. 297. maddesi hükmü uygulanmaz. Alacak üçüncü şahsa ait rehlin temin edilmiş ve konkordato isteyen borçlu şirket müteselsil kefil olması nedeniyle borçtan dolayı şahsen sorumlu olmakla, muteriz banka alacaklarının tamamının konkordato nisabının hesabında gözönünde tutulması zorunludur. Bu takdirde ise İİK.nun 297/f.1 maddesinin öngördüğü nisap oluşmayacağından tasdik talebinin reddi icap edeceği [...]” Yargıtay 11 HD, 6992/5896, 8.11.1991 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019); benzer şekilde bkz Altay ve Eskiocak, 366; Berkin, 566.

⁴⁶ Karş “[...] F... A.Ş. lehine 40.000.000.000.-TL. bedelli ipotek tesis edilen Gemlik İlçesi 672 Parsel ve Bursa 314 Ada 19 Parsel sayılı taşınmazlar Öznuur, Fatih ve Figen adına kayıtlıdır. Konkordato Er-E... Ltd. Şti. tarafından talep edildiğinden F... A.Ş. lehine verilen ipotek üçüncü kişi ipoteğidir. Alacaklının ipotekleri paraya çevirip alacağını tahsil etmesi durumunda, ipotek veren üçüncü kişi tahsil edilen miktar için asıl borçluya rücu hakkına sahip olduğundan üçüncü kişi ipoteği ile teminat altına alınan alacakların nisapta dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durularak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, bu yönlere gözetilmeden çoğunluk koşulunun bulunduğu kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir [...]” Yargıtay 19 HD, 6141/6939, 19.10.2000 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

⁴⁷ Altay ve Eskiocak, 366.

⁴⁸ “[...] borçlu kendisine ait menkulünü rehin ederek temin ise konkordato nisabı hesaplanırken İİK.nun 297. maddesinde belirtildiği gibi bu alacak mezkür komiser tarafından takdir edilen değeri ile karşılanmayan yani teminatsız kalan kısım nazara alınır. Rehlin borçludan başkasınca verilmişse, alacaklı da rehni paraya çevirip tahsil etmiş ise, rehin veren 3. kişi asıl borçluya rücu hakkına sahiptir. Mezkür borçlunun matlup hanesine yazılamaz. Alacaklı hakkında 297. madde uygulanmaz. Alacağın tamamı konkordato nisabında nazara alınır. Bu hususta gerekli bir araştırma yapıp sonucuna göre bir karar vermek gerekirken rehlin kim tarafından verildiği araştırılmadan noksan incelemeyle karar verilmesi isabetsiz temyiz itirazları yerinde görüldüğünden [...]” Yargıtay 12 HD, 1336/694, 26.1.1987 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019).

⁴⁹ Yargıtay 11 HD, 6992/5896, 8.11.1991 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 01.12.2019). Rehlin tesis eden ve aynı zamanda borçlu şirketin ortağı olan üçüncü kişinin oy hakkının bulunup bulunmadığı hususu ayrıca düşünülmelidir. Konkordato borçlusunu şirket lehine rehin gösteren şirket ortağının oy hakkının kural olarak bulunduğu ancak bu durumun diğer adı alacaklıların menfaatleriyle çatışması durumunda oy hakkından mahrum bırakılması gerektiği hakkında bkz Hans Ulrich Hardmeier ‘Art 305’ in: Adrian Staehelin, Thomas Bauer and Daniel Staehelin (eds), *Basler Kommentar SchKG, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2010) N 28, 30.

⁵⁰ Marco Häusermann and Urs Hofer, ‘Pfandrechte in der Insolvenz’ in: Thomas Sprecher (ed), (2016) *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII Kreditsicherheiten* (Schulthess 2016) 38; Daniel Hunkeler and Georg J Wohl, ‘Art 310’ in: Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock (eds), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4th, Schulthess 2017) N 8; Hardmeier, ‘Art 305’ N 30; Hunkeler, ‘Art 297’ N 48.

daha kolaydır. Zira İflâs Dairelerinin İdaresi Hakkındaki Yönetmeliğin⁵¹, iflâsta sıra cetveli düzenlenmesine ilişkin hükümlerini ihtiva eden 61. maddesine göre, alacağın tamamının veya bir kısmının üçüncü kişiye ait malın rehnedilmesi suretiyle teminat altına alındığı durumlarda, bu nitelikte bir alacak sıra cetveline “adı alacak”⁵² olarak kaydedilir⁵³. Bahsi geçen bu hükmü konkordatoya kıyas yoluyla uygulayan İsviçre Federal Mahkemesi de, üçüncü kişi rehniyle teminat alınan alacağın konkordato projesi bakımından adı alacak niteliğinde olduğuna hükmetmiştir⁵⁴ 55. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu içtihadı öğretide de genel olarak desteklenmiştir⁵⁶.

Yukarıda ifade edilen hususlar çerçevesinde, üçüncü kişiye ait bir malvarlığı unsuruyla güvence altına alınan alacak konkordato projesi bakımından “*rehinli alacak*” olmayacağından, İİK m 295 hükmünün bu alacak hakkında uygulanmayacağı ve üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühleti içinde paraya çevrilmesi konusunda bir yasağın söz konusu olmayacağı iddia edilebilir. Ne var ki, bu şekilde bir tespitin 295. madde ile bağlantılı ve bazı yönleriyle sistematik olarak birlikte düşünülmesi gereken İcra ve İflâs Kanunu’nun 307. maddesi ile çelişmemesi gerekir⁵⁷. Dolayısıyla rehinli malın satılması yasağı bakımından Kanun’un 307. maddesi de ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu’nun 307. maddesine göre, konkordatoyu tasdik edecek olan mahkeme, tasdik kararıyla birlikte, şartları varsa, rehinli malın muhafaza altına alınması ve satışının ertelenmesine karar verebilir. Mahkemenin ertelemeye karar verebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan birisi de, satışı ertelenecek olan rehinli malın borçluya ait işletmenin faaliyeti için gerekli olması ve bu malın satılması durumunda borçlunun ekonomik durumunun tehlikeye düşeceği hususlarının ispatlanmasıdır (İİK m 307).

⁵¹ Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter.

⁵² “*ungesicherte Forderung*”.

⁵³ Belirtmek gerekir ki, aynı sonucun (İsviçre hukukundaki gibi açık bir düzenleme bulunmayan) Türk hukukunda da geçerli olduğu, alacağın mülkiyeti üçüncü kişiye ait bir malın rehin edilmesi suretiyle teminat altına alındığı durumlarda, rehinli alacaklının alacağın tamamını iflâs masasına adı alacak olarak yazdıracağı ifade edilmiştir (Kuru, *El Kitabı* 1207). Ancak bu durum alacaklının rehin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasına engel değildir (ibid 1207).

⁵⁴ BGE 87 III 117.

⁵⁵ Üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde tesis edilen rehinle teminat altına alınan bir alacağın adı alacak olarak değerlendirilmesi konkordato bakımından çeşitli farklılıklar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, bu niteliği haiz alacak için faiz işlemeyeceği kabul edilir (Umbach-Spahn, Kesselbach and Bossart, ‘Art 297’ N 19; Hunkeler, ‘Art 297’, N 48; benzer şekilde bkz. Cenk Akil, ‘Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)’ 2019 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 227, 245. Yine, İcra ve İflâs Kanunu’nun 298. maddesi gereği rehinli malların kıymeti takdir edilirken üçüncü kişinin gösterdiği rehinler bu kapsama girmez (Yeşilova 435; İsviçre hukukunda da aynı durum geçerlidir. Bu konuda bkz Kostkiewicz and Vock, ‘Art 299’ N 2). Dolayısıyla İİK m 298 hükmü kapsamında üçüncü kişiye ait rehinli mala ilişkin kıymet takdiri yapılmaz (Yeşilova, 435). Üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde tesis edilen rehinle teminat altına alınan bir alacak adı alacak olarak kabul edilirse, kanaatimizce rehinli alacaklı, rehinli alacaklıların yeniden yapılandırılmasını düzenleyen İİK m 308/h kapsamında da değerlendirilemez. Aksi takdirde bu rehinli alacaklının hem adı alacaklılar hem de rehinli alacaklılarla ilgili müzakerelerin ikisinde de oy hakkı bulunması gibi çelişkili bir sonuç ortaya çıkmış olur.

⁵⁶ Häusermann and Hofer 38; Hunkeler and Wohl, ‘Art 310’, N 8; buna karşın bir görüş, rehin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerde rehinli malın borçluya veya üçüncü kişiye ait olması arasında bir fark olmadığını ve dolayısıyla konkordato açısından böyle bir ayırım yapılmasının doğru olmadığını belirtmektedir (Fritzsche and Walder-Bohner, 617-618).

⁵⁷ Nitekim yukarıda mühlet içinde rehinli malın satılmasına ilişkin yasağın zaman bakımından kapsamı üzerinde durulurken, İİK m 307 hükmünden yola çıkılarak bir sonuca varılmıştı (Bkz II A).

Gerek İİK m 295 gerekse de İİK m 307 hükümleri amaç yönünden benzerlik gösterir. Mühlet içinde satış yasağının (m 295) amacı konkordato süreci içinde borçlunun işletmesinin devamı için gerekli olan rehinli mallardan mahrum bırakılmasının önüne geçmektir⁵⁸. Konkordatonun tasdiki kararıyla rehinli malların satışının ertelenmesinin (m 307) amacı da borçlu işletmenin devamı için önemli olan malların borçlunun elinden alınmasının önüne geçilerek tasdik edilen konkordato projesinin gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır⁵⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 295 ve 307. maddeleri arasındaki benzerlik rehinli malın kapsamı (İİK m 23) bakımından da uyumluluk arz eder. Zira 295. madde ile herhangi bir ayırım yapılmadan tüm rehinli malların satışı yasaklanmışken; 307. madde ile de buna paralel bir şekilde herhangi bir ayırım yapılmadan tüm rehinli malların satışının ertelenmesi mümkün hâle getirilmiştir⁶⁰.

Her iki madde satış yasağının şartları bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Zira konkordato mühleti aşamasında rehinli malın satışına ilişkin yasak, bu konuda bir talep olmaksızın ve başka bir şart aranmaksızın kesin mühlete karar verilmesi ile başlar. Kesin mühlet aşamasında rehinli malın borçlu işletmenin devamı için gerekli olup olmadığı, satış yasağının uygulanması açısından önemli değildir. Oysa konkordatonun tasdik aşamasından sonra rehinli malın satışının ertelenmesine karar verilebilmesi için borçlunun bir talebi olmalı ve 307. maddede düzenlenmiş olan şartlar gerçekleşmiş olmalıdır. Dolayısıyla mahkemenin paraya çevrilmesi durumunda borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye düşürmeyecek olan rehinli malın satışını ertelemesine ilişkin karar vermesi mümkün değildir.

İİK m 295 hükmünde düzenlenen yasağın süresi İİK m 307 hükmü ile artırılmış olmaktadır⁶¹. Dolayısıyla rehinli mala ilişkin satış yasağının düzenlendiği 307. madde, süre yönünden, 295. maddenin bir devamı niteliğindedir. Öyleyse İİK m 295 ile İİK m 307 hükümlerinin sistematik olarak birlikte düşünülmesi gerekir.

⁵⁸ 7101 sayılı Kanun'da satış yasağının amacına ilişkin bir açıklama mevcut olmasa da, bu yasağı hukukumuzda getiren 4949 sayılı Kanun'un gerekçesinde yasağın amacı açıkça belirtilmiştir: "[...] Bu bağlamda, mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilecek veya başlamış olan takiplere devam edilebilecek; ancak bu takipler çerçevesinde muhafaza tedbirleri alınmayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir. Böylece borçlunun konkordato süreci içinde, işletmenin devamı için büyük önemi haiz olabilecek rehinli mallarından yoksun kalmasının önüne geçilmiş; ancak diğer taraftan da rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibin mühlet zarfında satış aşamasına kadar getirilmesine imkân verilerek konkordato mühletinden bir sonuç alınmaması hâlinde rehinli alacaklının daha fazla vakit kaybetmesi önlenmek istenmiştir [...]" satış yasağının amacı hakkında ayrıca bkz. Taşpınar Ayvaz, *Yapılandırma*, 250 ff.

⁵⁹ Bu düzenlemenin amacı ile ilgili olarak bkz. İbrahim Ercan, 'Konkordatoda Rehlinli Taşınır ve Taşınmazların Paraya Çevrilmesinin Ertelenmesi (İİK 298/a)' iç Hâluk Konuralp Anısına Armağan II (Yetkin, 2019) 157 ff.

⁶⁰ Aynı paralellik İsviçre hukukunda da mevcuttur. Öyle ki, takibi mümkün olan ancak mühlet içinde satışı yasaklanan taşınmaz malın (SchKG Art 297, Abs 1) satışı konkordatonun tasdiki kararıyla ertelenebilir (SchKG Art 306a, Abs 1). Türk hukukunun aksine İsviçre hukukunda, konkordato mühleti içinde taşınır rehlinin paraya çevrilmesi yoluyla takip de yasaklanmıştır (Karş SchKG Art 297, Abs 1).

⁶¹ Hunkeler and Wohl, 'Art 306a' N 2.

Öğretide bir görüşe göre, 307. madde sadece borçluya ait rehinli mallar bakımından geçerli olup, üçüncü kişiye ait rehinli malların 307. madde bağlamında satışının ertelenmesine karar verilmesi mümkün değildir⁶². Ancak burada ilk olarak madde başlığında yapılan değişiklin amacı tespit edilmelidir. Zira 7101 sayılı Kanun'un tasarısında 307. maddenin kenar başlığı "**borçluya ait rehinli malların muhafaza ve satışı ile finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi**" şeklinde iken, TBMM Adalet Komisyonu tarafından oluşturulan Alt Komisyonun önergesiyle maddenin kenar başlığı "**rehinli malların muhafaza ve satışı ile finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi**" olarak değiştirilmiş ve madde bu şekilde kabul edilmiştir. Kenar başlığına ilişkin bu değişikliğin amacı Alt Komisyon Önerge gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:

"[...] *Tasarının çerçeve 34'üncü maddesi üzerinde verilen önergeyle, rehinli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda da madde uyarınca erteleme kararı alınabilmesi sağlanmakta [...]*".

Madde başlığında yapılan değişiklikte, üçüncü kişiye ait rehinli mallar hakkında da erteleme kararı verilebilmesi amaçlanmıştır. Öyleyse aynı sonuca Kanun'un 295. maddesi için de varılmalıdır. Başka bir anlatımla, üçüncü kişiye ait olan rehinli malın konkordato mühleti içinde paraya çevrilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde, borçlu işletmenin devamı açısından önemli olan ve bu sebeple konkordatonun tasdiki kararıyla satışı ertelenebilen üçüncü kişiye ait malın, daha mühlet aşamasında satılmasına izin verilmesi, madde başlığında yapılan değişiklikte amaçlanan şeyi ortadan kaldırır.

İİK m 307 hükmüne bakıldığında tespit edilecektir ki, rehinli malın satışının ertelenmesi için önemli olan şeyin rehinli malın kime ait olduğu değil; bu rehinli malın işletmenin devamı için gerekli olup olmadığıdır. İşletmenin devamı için gerekli olan mal üçüncü kişiye ait ve fakat borçlu tarafından kullanılıyor olabilir. Örneğin, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun (TİTRK)⁶³ beşinci maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, bu Kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurulabilir. Rehin olarak gösterilen taşınır borçlunun veya üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunabilir (Karş TİTRK m 12/4). Bu kapsamda üzerinde borçlu lehine rehin kurulan taşınırın borçlunun işletmesinde kullanılması ve borçlu işletmenin devamı için önemli bir nitelikte olması mümkündür. Eğer sadece üçüncü kişiye ait olması sebebiyle bu malın konkordatonun tasdiki kararından sonra satılmasına izin verilirse borçlu işletmenin ekonomik varlığı tehlikeye düşebilir. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu'nun 88. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra

⁶² Pekcanitez ve Erdönmez, 150 ff; Ali Cem Budak ve Serdar Kale, "Yeni Konkordato Hukuku" iç Selçuk Özbek (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2019) 552; Akil, *Konkordato*, 210.

⁶³ Kabul Tarihi: 20.10.2016, RG 29871/28.10.2016.

muhafaza altına alınabilir. Dolayısıyla satılmasına karar verilmesi durumunda borçlunun bu rehinli maldan verimli bir şekilde yararlanması mümkün olmayabilir. Bu sebeple, eğer 307. maddede düzenlenen diğer şartlar da gerçekleşmişse, üçüncü kişiye ait rehinli malın satışının ertelenmesi mümkün olmalıdır. Aynı sonuca, aynı gerekçelerle mühlet aşamasında rehinli malın satılmasına ilişkin yasak hakkında da varılmalı; mühlet kararıyla birlikte konkordato borçlusu lehine gösterilen üçüncü kişiye ait rehinli malların paraya çevrilmesi mümkün olmamalıdır.

3. Yasağın Mahkeme Tarafından Kaldırılıp Kaldırılmayacağı Meselesi

Borçluya veya üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühleti içinde paraya çevrilmesi yasaktır. Bununla birlikte, mahkemenin talep üzerine mühlet içinde rehinli malın paraya çevrilmesi yasağını kaldırıp kaldıramayacağı meselesi hakkında bir değerlendirme yapılmalıdır.

Mahkemeye başvurularak rehinli mala ilişkin satış yasağının mühlet aşamasında kaldırılabilmesine ilişkin bir düzenleme ne Türk hukukunda ne de İsviçre hukukunda mevcuttur. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda ifade edilen bir görüşe göre, mahkeme, iki durumda, mühlet içinde rehlin paraya çevrilmesi yasağını kaldırabilir⁶⁴. İlk olarak, eğer rehinli mal borçlu işletmenin iyileşmesi için gerekli değilse, mahkemeden rehlin paraya çevrilmesi yoluyla rehinli malın satılmasına izin verilmesi istenebilir⁶⁵. İkinci olarak, rehinli malın mühlet içinde paraya çevrilmesinin borçlu veya konkordato alacaklısının lehine olduğu anlaşılırsa mahkeme buna izin verebilir⁶⁶. Örneğin, rehlin malın değerinin düşme tehlikesi mevcutsa bu malın mühlet içinde satılabilmesi hem borçlu hem de konkordato alacaklısının lehine olur⁶⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere, rehinli malın mühlet içinde satılmasına ilişkin yasak, o malın borçlunun işletmesi için önemli olabileceği ve satılması durumunda borçlu işletmenin ekonomik varlığının kötü bir şekilde etkileneceği düşüncesiyle getirilmiştir. Öyleyse bu amaç için gerekli olmayan bir malın mühlet içinde satılmaması, yasağın amacına uygun olmayacağı gibi alacaklının alacağına geç kavuşmasına da neden olabilir. Kaldı ki, mevcut düzenlememizde rehinli mal, eğer satışının ertelenmesine ilişkin bir karar verilmezse (İİK m 307), konkordatonun tasdiki kararından sonra satılabilir. Öyleyse işletmenin faaliyeti için gerekli bulunmadığı ve satılması hâlinde borçlunun ekonomik durumunu tehlikeye düşürmeyeceği bariz olan rehinli malın satılması için tasdik kararına kadar beklenilmesine gerek olmamalıdır. Dolayısıyla bu yasağın kaldırılması mahkemeden istenebilmelidir.

⁶⁴ Häusermann and Hofer, 27.

⁶⁵ ibid 27.

⁶⁶ ibid 27.

⁶⁷ ibid 27.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akil C, *Sorularla Adi Konkordato* (Adalet Yayınevi 2019) (*Konkordato*).

-- Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre) 2019 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 227-252 (*Mühlet*).

Altay S ve Eskiocak A, *Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılanma* (5. Bası Vedat, 2019).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019).

Atalay O, *Borca Batıklık ve İflâsın Erteleenmesi* (Güncel Yayınevi 2007).

-- "İflâsın Erteleenmesi", iç 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 49-99 (*Erteleme*).

-- 'Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler' iç Muhammet Özeken (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 111-134.

Atalı M, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' iç Muhammet Özeken (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 85-109.

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019).

Bauer T and Stachelin D, *Basler Kommentar SchKG, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband*, (2nd Helbing Lichtenhahn, 2017) (Bearb: Bauer T)

Belgesay M R, *İcra ve İflâs Hukuku I* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1953).

Berkin N M, *İflâs Hukuku* (İstanbul Üniversitesi 1972).

Budak A C ve Kale S, 'Yeni Konkordato Hukuku' iç Selçuk Öztek (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2019).

Budak A C, *İpotegın Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (3. Bası, On İki Levha 2010).

Buruloğlu E ve Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968).

Büchi J A, *Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts* (Schulthess1975).

Coradi A, *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG* (Juris Druck u Verlag 1973).

Dişel B, *İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı* (On İki Levha 2014).

Ercan İ, 'Konkordatoda Rehinli Taşınır ve Taşınmazların Paraya Çevrilmesinin Erteleenmesi (İİK 298/a)' iç Hâluk Konuralp Anısına Armağan II (Yetkin, 2019).

Erich B and Jürgen M, *Vergleichsordnung*, (3rd, Walter de Gruyter, 1972).

Ermenek İ, *İflâsın Erteleenmesi*, (2. Bası, Adalet Yayınevi 2010).

Fritzsche H and Walder-Bohner H U, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht II*, (3rd, Schulthess Polygraphischer Verlag 1993).

Fritzsche H, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, (2nd, Schulthess & Co AG, 1968).

Greder M and Jornot G, *Leitfaden für Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd, Verlag Organisator 1952).

Gürdoğan B, *İflâs Hukuku Dersleri* (Ajans-Türk Matbaası 1966) (*İflâs*).

- *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi* (Ajans-Türk Matbaası 1967) (Rehin).
- Häusermann M and Hofer U, 'Pfandrechte in der Insolvenz' in: Thomas Sprecher (ed), (2016) *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII Kreditsicherheiten* (Schulthess 2016).
- Hunkeler D, *Kurzkommentar-SchKG, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs* (2nd, Helbing Lichtenhahn 2014) (Bearb: Hunkeler, D).
- Kale Serdar, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017).
- Karslı A, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Alternatif 2014).
- Kren Kostkiewicz J and Vock D, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, (4th Schulthess, 2017) (Bearb: Umbach-Spahn B, Kesselbach S, Bossart S, Burkhalter R, Hunkeler D and Wohl G J)
- Kurt A and Fridolin W, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* (9th, Stämpfli 2013).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2013) (El Kitabı).
- *İcra ve İflâs Hukuku IV*, (3. Bası, Seçkin 1997) (C IV).
- *İflâs ve Konkordato Hukuku* (Alfa, 1992) (İflâs ve Konkordato).
- *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (3. Bası, Yetkin 2019).
- Öztek S, *İflâsın Erteleme* (Arıkan, 2007) (Erteleme).
- 'Yeni Konkordato Hukuku' iç Selçuk Öztek (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2019) (Şerh)
- Pekcanitez H, 'İflâsın Erteleme' iç *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler II* (On İki Levha 2016) (Erteleme).
- 'İpotegın Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar', iç *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler I* (On İki Levha 2016) (İpotek).
- '7101 Sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi' iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) (157-167).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019).
- Pekcanitez H ve Erdönmez G, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat, 2018).
- Pekcanitez H ve Simil C, 'Asıl Borçlu Hakkında Verilen İflâsın Erteleme Kararı Üçüncü Kişiyeye Ait İpotekli Taşınmazın Satışına Engel Olur Mu? (Karar İnceleme)' iç *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler I* (On İki Levha 2016)
- Philipp A, Walter H, Kostkiewicz J K, Gerhard K, Roger S and Markus Z, *Kurzkommentar VZG*, (Stutz Druck, 2011) (Bearb: Kostkiewicz J K).
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965).
- Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku* (8. Bası, Yaylacık 2009) (İflâs).
- Sarısözen M S, *İcra-İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler* (3. Bası, Yetkin 2019).
- 'Geçici ve Kesin Mühlet Kararı' iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) (41-73).
- Stachelin A, Bauer T and Stachelin D, *Basler Kommentar SchKG, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2nd Helbing Lichtenhahn, 2010) (Bearb: Vollmar A and Hardmeier, H U)

Tanrıver S ve Deynekli A, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996).

Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993).

Taşpınar Ayvaz S, *İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Yetkin 2005) (*Yapılandırma*).

-- ‘Adî Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler’ (2003) C XXII (Aralık) BATİDER (*Adî Konkordato*).

Toraman B, ‘Konkordato Müessesesi Hakkında 7101 Sayılı Kanunla Getirilen Yeniliklerin Kanun Yollarına İlişkin Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi’ iç *MİHBİR XVI 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) (207-227)

Tunç Yücel M, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi* (On İki Levha 2010).

Uyar T, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri* (2. Bası, Bilge 2019).

Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Bası, 2004) (*İcra*).

Yeşilova B, ‘Yeni Konkordato Hukuku’ iç Selçuk Öztek (ed), *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet Yayınevi, 2019).

Yılmaz E, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 27.12.2019
Revizyon Talebi: 18.03.2020
Son Revizyon Tarihi: 01.04.2020
Kabul: 07.04.2020

5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası

A. Nilay Şenol* , Özge Uzun Kazmacı** 

Öz

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, tarım arazilerinin bütünlüğünün korunması ve miras yolu ile tarım arazilerinin bölünmesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Bu Kanun çerçevesinde, terekedeki tarım arazisinin, öncelikle mirasçılardan kendi aralarında anlaşarak içlerinden birine veya birkaçına, aile malları ortaklığına, limited şirkete ya da üçüncü bir kişiye bırakılması; mirasçılar kendi aralarında anlaşamazlarsa sulh hâkimi tarafından tarım arazisinin ehil bir mirasçıya bırakılması veya arazinin satışına karar verilmesi düzenlenmektedir. Ayrıca yine bu Kanun'a göre, ölüme bağlı tasarruf yoluyla da tarım arazisinin bırakılacağı ehil mirasçı belirlenebilmektedir. Mirasbırakanın sağlığında, mirasçılardan birine tarım arazisini devretmesi de yasal sınırlar içinde mümkün ve geçerlidir. Ancak bu devir, muvazaalı bir işlemle gerçekleştiğinde, muris muvazaasının söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Muris muvazaası, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile bazı ilkelere bağlanmıştır. Öğretilerde ilgili Yargıtay kararları çeşitli açılardan eleştirilmekle birlikte uygulamada muris muvazaası davaları yıllardır Yargıtay'ın belirlediği kıstaslar çerçevesinde çözümlenmektedir. 5403 sayılı Kanun'un amacı ve ilgili düzenlemeleri de muris muvazaasının tespitinde dikkate alınması gereken bir kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tarım arazisi, Toprak koruma, Ehil mirasçı, Muvazaa, Muris muvazaası

Testator's Simulation Before the Transfer of the Agricultural Lands in Succession within the Scope of Law Numbered 5403

Abstract

The Law on Protection of Soil and Land Use, numbered 5403, aims to protect the unity of agricultural lands, and to prevent the division of the soil with inheritance. This law stipulates first, the possibility regarding the giving over of the agricultural land in succession to one or more heirs, to a family partnership, to a limited liability company or to a third person with the consensus of the heirs and second, in case of disagreement, the judge shall decide whether to leave the agricultural land to a competent heir or to sell the land. Furthermore, according to this law, the competent heir to whom the agricultural land will be left can be determined by means of testamentary disposition. It is possible and also valid within the legal constraints that the testator can also transfer the agricultural land to one of the heirs while he is alive. It is arguable whether this transaction can be considered as the testator's simulation or not, if this transaction has also been made with a simulated transaction. Some principles are set out by the Supreme Court in terms of the simulation of the testator, and although these principles and decisions are criticized by the doctrine, such cases are held by these principles. The purpose and the regulations of the Law numbered 5403 shall be taken into consideration in determining testator's simulation.

Keywords

Agricultural land, Soil protection, Competent heir, Simulation, Testator's simulation

* Sorumlu Yazar: A. Nilay Şenol (Dr. Öğr. Üyesi.), Yakın Doğu Üniversitesi, Girne Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Lefkoşa, KKTC. E-posta: aysenilay.senol@neu.edu.tr ORCID: 0000-0001-7144-9698

** Özge Uzun Kazmacı (Dr. Öğr. Üyesi.), Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı İstanbul, Türkiye. E-posta: ozge.kazmaci@khas.edu.tr ORCID: 0000-0001-6916-8563

Atf: Senol AN, Uzun-Kazmacı O, "5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 161. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0006>



Extended Summary

The Law on Protection of Soil and Land Use, numbered 5403, aims to protect the unity of agricultural lands, and to prevent the division of the soil from becoming an unfruitful land with inheritance. Under this law, the agricultural land in succession is preferred to be left to one or more heirs. It is obvious that in order to protect the unity of agricultural lands, the law makes compromises from the principles of property right and right of succession.

By taking into account the aim of this law and the related provision within the inheritance law, the importance of the giving over of the agricultural lands to the competent heir can be understood. When the testator determines the competent heir in a testamentary disposition, one should act upon the will of the testator on condition that the heir is actually competent to operate the agricultural lands.

The testator may transfer the agricultural rights while he is still alive, on condition that it is not an infringement of the provisions of abatement. Gratuitous contracts are valid within the scope of provisions of abatement and hotchpot rules. The testator may have done these gratuitous contracts as simulated contracts. In accordance with the unified decisions of the supreme courts dated 1974, unless the intention of the testator for the property abduction from the other inheritors is detected, one should act upon the will of the testator and the contract is accepted as valid.

The unified decisions of the supreme courts dated 1974 have been criticized on the grounds of the priority of the will of the testator, testamentary freedom, and provisions in favour of the statutory heirs. It is also criticized that the heirs cannot claim unlawfulness and invalidity of form where the testator does not have this right in accordance with the essential principle that “every person must act in good faith in the exercise of his or her rights and in the performance of his or her obligations” and “the manifest abuse of a right is not protected by law”.

Although the decision of the court is arguable, it is possible to reinterpret the decisions in light of the developments of the provisions of the Civil Code and other laws, and prevent the undesirable results. The unity of the agricultural lands, testator’s freedom of testament and within this freedom, testator’s will regarding the determination of the competent heir, should be taken into account while doing this reinterpretation.

The principles of priority of testator’s will and freedom of testament may be preferred, whereas the heirs may file a case against the testator’s simulated act.

On the other hand, where the subject of the simulated act is an agricultural land and the party of the act is the competent heir, in our opinion, it is not possible to interpret the act as testator’s simulation by taking into consideration the aim and the

compulsory provisions of the Law on Protection of Soil and Land Use even if the plaintiff is the statutory heir. In such cases, the heirs are very well preserved with the provisions of abatement and hotchpot rules.

If the agricultural land was transferred to a non-competent heir by a simulated contract and there are one or more competent heirs among others who are willing to operate the agricultural land, it is more appropriate to claim for a rectification of land registry with a ground of testator's simulation, and to include the agricultural land in the succession. In fact, the Law numbered 5403 aims to prevent the division of agricultural lands and to ensure that the lands are to be left to the competent heir.

5403 Sayılı Kanun Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devredilmesi Karşısında Muris Muvazaası

Giriş

Mirasbırakanın terekesinde tarım arazilerinin ve/veya tarım işletmelerinin bulunması durumunda bunlara ilişkin paylaşımın ne şekilde yapılacağı önem arz etmektedir. Tarım arazilerinin miras yoluyla parçalanması, sürdürülebilirliği ve verimi etkilediğinden kanun koyucu, emredici nitelikte hükümler içeren ve mülkiyet devri olarak adlandırdığı sistemi, tarım arazileri bakımından yeniden düzenlemiştir.

Tarım arazilerinin korunmasına ilişkin olarak 5403 sayılı ve 3.7.2005 tarihli Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) hükümlerinde, 6537 sayılı Kanun¹ ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 659 ile 668 arasındaki maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

4721 sayılı Kanun'da yer alan hükümler, emredici hükümler olmadığından işlevsellik sağlayamamıştır. 5403 sayılı Kanun'da² 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucunda, tarım arazilerinde mülkiyetin devri sistemi benimsenmiştir. Bu sistem uyarınca Kanun'da belirtilen seçeneklerden biri uygulanacak ve tarım arazisinin mülkiyeti devredilecektir. Bu sistemin miras hukukunda hâkim olan, eşitlik, aynen paylaşma ve irade özgürlüğü ilkelerine bir istisna getirdiği söylenebilir.

6537 sayılı Kanun düzenlemesi ile tarım arazilerinin miras yoluyla intikaline ilişkin tamamlayıcı hükümler yerine emredici hükümler getirilmiştir. 6537 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesi³, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ölümün gerçekleştiği ve fakat paylaşımın yapılmadığı veya açılmış paylaşma davasının halen devam ettiği hallerde eski kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 ile 6537 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerin yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihleri arasında gerçekleşen ölümlere, TMK 659-668 arasındaki hükümler uygulanacaktır. O halde Kanun'un yayım tarihi olan 15.05.2014 tarihinden önce açılmış miraslarda, henüz paylaşım yapılmamışsa veya aynı tarihten önce açılmış ve halen devam etmekte olan davalarda, TMK hükümleri uygulanabilecek; bu tarihten sonra açılan miraslarda ise

¹ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6537, Kabul tarihi: 30.4.2014, RG 15.05.2014/29001.

² 5403 sayılı Kanun'da daha önce de 31.01.2007 tarih ve 5578 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değişiklik yapılmıştır. 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde 5578 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabilirdiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğünün belirlenmesi ve belirlenen küçüklüğe erişmiş tarımsal arazilerin miras hukuku bakımından bölünemez eşya niteliği kazanmasını esas almaktaydı. TMK'nın özgüllemeye ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı da belirtilmekteydi.

³ "Bu maddenin yayımı tarihinde mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır. Bu maddenin yayımı tarihinden önce tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümleri uygulanır. Bu maddenin yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde birinci fıkraya göre yapılacak devir işlemleri harçlardan müstesnadır. Bu süre Bakanlar Kurulu tarafından iki yıl uzatılabilir."

yeni sistem uygulanacaktır⁴. Çalışmamızda, yeni sistem esas alınarak açıklamalarda bulunulacaktır. Bu çalışma kapsamında, ayrıca 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu incelenmemiştir. Bu Kanun kapsamına giren tarım arazileri bakımından ölüm tarihine bakılmaksızın 3083 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

5403 sayılı Kanun ile amaçlanan, bu Kanun kapsamındaki tarım arazilerinin bütünlüğünün korunmasıdır. Bu çerçevede miras yolu ile tarım arazilerinin bölünmesinin önüne geçmek ve tarım arazilerinin ehil bir ya da birkaç mirasçı tarafından yönetilebilmesi için düzenlemeler getirilmiştir. Bu çalışmada, ilgili düzenlemeler dikkate alınarak, mirasbırakanın sağlığında tarım arazilerine ilişkin yaptığı muvazaalı işlemlerde, muris muvazaasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecektir.

Çalışma kapsamında öncelikle 5403 sayılı Kanun çerçevesinde tarım arazilerinin miras yoluyla geçişi ve bu geçişte aranan kıstaslar incelenmiş, ardından söz konusu düzenlemelerin muris muvazaasına etkisi değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme öncesinde, genel olarak muvazaa ve özellikle muris muvazaası da incelenmiştir.

I. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Çerçevesinde Terekedeki Tarım Arazilerinin Devri

A. Genel Olarak

Anayasanın 44. maddesi uyarınca devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. 5403 sayılı Kanun ile tarımın, tarım işletmelerinin sürekliliğini sağlamak, toprakların parçalanmasını ve dolayısıyla verimliliklerini kaybetmelerini önlemek amacıyla miras hukukundaki temel ilkelerin aksine ve paylaşma kurallarına istisna olacak şekilde tarım arazilerinin devri düzenlenmiştir. Tarım arazilerinin küçülmesini ve bölünmesini engellemek için düzenlemeler getirildiği de Kanun'un genel gerekçesinde ifade edilmiştir⁵. Bu düzenlemeler uyarınca 5403 sayılı Kanun, tarım arazilerini, doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırmaktadır (madde 8 ve 3).

⁴ Yargıtay'ın geçici 5. maddeye aykırı olarak yeni kanun hükümlerini uyguladığı kararları da bulunmaktadır. "...Ne var ki, hükümden sonra 15/5/2014 tarihinde yürürlüğe giren 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Yasa ile 5403 sayılı Yasanın 8. maddesi değiştirilmiş ve ilave hükümler getirilmiştir. Hemen belirtilmelidir ki; kural olarak sonradan yürürlüğe giren Kanun hükümlerinin kesin hüküm halini almamış davalarda gözetilmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, 5403 sayılı Yasanın 8. maddesinde değişiklik yapan ve bir kısım ilaveler getiren 6537 sayılı Yasa hükümleri ile yapılan değişiklikler değerlendirilerek bir karar verilmesi için hüküm bozulmalıdır". (Yargıtay 1 HD, 15284/18510, 27.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı şekilde bkz Yargıtay 14 HD, 7183/10805, 02.10.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵ Genel Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf>.

5403 sayılı Kanun'un değişik 8/B maddesine göre, “*Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanunun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır*”.

6537 sayılı Kanun ile 5403 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle “özüleme” yerine “mülkiyetin devri” sistemi benimsenmiştir⁶. Türk Medeni Kanunu'nun 659 ile 668. maddeleri arasında, tarımsal işletmelerin özgülmesi hüküm altına alınmıştır⁷. 6537 sayılı Kanun ile bu hükümler ilga edilmiştir. Bu düzenlemelerde esas olan, “tarımsal işletme” ve “özüleme” ifadeleriydi. Mülga 659. maddeye göre, “*Terekede bulunan, ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip bir tarımsal işletme, işletmeye ehil mirasçılardan birinin istemde bulunması halinde bu mirasçıya gelir değeri üzerinden bölünmeksizin özgülür*” denilmektedir.

5403 sayılı Kanun'un 8/C hükmü uyarınca, tarım arazileri miras hukuku kuralları çerçevesinde mirasçılar arasında paylaşılmayacaktır ve Kanun hükümleri uyarınca tek bir mirasçıya, belirli koşullarda birden fazla mirasçıya, aile malları ortaklığına, bir limited şirkete veya üçüncü bir kişiye devredilebilecektir⁸. Mirasbırakanın ölümü ile tarım arazileri miras ortaklığına geçmektedir; ancak 5403 sayılı Kanun'un öngördüğü seçeneklerden biri ile devredilmesi emredici hale gelmiştir⁹. Tarım arazilerinin devrinin de, özgülme gibi, miras hukuku anlamında paylaşma olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir¹⁰. Tarım arazisinin terekede yer alan tek değer olması durumunda, miras ortaklığı da sona ereceği için tam paylaşmadan; tarım

⁶ Cevdet Yavuz ve Murat Topuz, ‘Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler’ (2015) 21(2) MÜHFHAD (Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 663, 672-674’te özgülme sistemi yerine devir sisteminin getirilmesi amacıyla yapılan değişikliklerin kaynağı ve yerindeliği eleştirilmektedir. Yazarlar, genel gerekçede yer alan “*tarımsal özel miras hukukunun başlıca iki sistemi olarak işletmenin tek bir mirasçıya verilmesi ya da mirasçılardan birine özgülmesi biçimlerinden bahsedilebilir*” ifadesini, TMK’da özgülme sisteminden başka bir sistem olmaması ve genel gerekçede belirtilen miras hukuku sisteminin tek mirasçıya geçişe uygun olmadığı tespitinin doğru olmaması sebepleri ile eleştirmektedirler. Genel Gerekçede, “*Tasarı ile, tarım arazileri ve işletmeler ile ilgili mevcut sistem tamamen değiştirilmiştir*” denilmişse de, bir sistem değişikliğinin meydana getirilmediği de vurgulanmıştır. Aynı yönde bkz Ömer Bağcı, ‘Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali’ iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A Hülki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 459-460.

⁷ TMK 659 vd hükümlerinde ve İsviçre hukuk sisteminde yapılan değişiklikler için bkz Yavuz ve Topuz (n 8) 665 vd.

⁸ TKAKK 8/D hükmü uyarınca mülkiyetin devri kendilerine yapılmayan mirasçı veya mirasçılara miras paylarının ödenmesi söz konusudur. Bu ödemenin hukuki niteliğine ilişkin olarak, miras payının ödenmesi, ikame değer veya tazminat görüşleri bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz Kemal Erdoğan, ‘Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali’ (2016) 24(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, 168; Alper Uyumaz ve Onur İlhan, ‘Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri’ (2018) 24(2) MÜHFHAD 861, 877-878.

Kanun hükmü uyarınca, sulh hukuk hâkimi, mülkiyetin devrini uygun bulunduğu mirasçıya, diğer mirasçıların miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı aya kadar süre verir. Mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı ay ek süre verilebilir. Hükümde, bu süreler zarfında tarımsal arazinin akıbetinin ne olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu süreler içerisinde tarım arazisinin atıl kalmaması için TKAKK 8/G hükmünün kıyasen uygulanabileceği, TMK 640/3 veya TMK 550 hükümlerinin uygulanabileceği konusunda bkz Uyumaz ve İlhan (n 10) 878.

⁹ O Levent Özyay, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (Yetkin 2015) 152.

¹⁰ Özyay (n 11) 152.

arazisinin yanı sıra başka değerlerin de bulunması durumunda ise kısmi paylaşmadan bahsedilebilecektir¹¹.

Kanun'un 8/F maddesi de "ölüme bağlı tasarruf ile düzenleme" kenar başlığı ile şu hükmü içermektedir: "*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklıdır. Birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması hâlinde, kendisine devir yapılacak mirasçı ölüme bağlı tasarrufla belirlenebilir. Belirlenen bu mirasçıya itiraz edilmesi durumunda, ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir*"¹².

Hükmün ilk fıkrası, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü kısıtlaması açısından eleştirilmektedir¹³. Hükmün ikinci fıkrasında yer alan ehil mirasçının ölüme bağlı tasarruf ile belirlenebilmesine ilişkin düzenleme ise mirasbırakanın son arzularına saygı gösterilmesi ilkesi bakımından isabetlidir. Ancak yine aynı ilke gereğince, sulh hakiminin, itiraz üzerine yapacağı değerlendirmenin kapsamı, mirasbırakanın belirlediği mirasçının gerçekten ehil olup olmadığı ile sınırlı olmalıdır.

Mülkiyetin devri için aranan koşulların bulunması durumunda mirasçılar anlaşarak, anlaşamazlarsa mahkeme kararı ile veya mirasbırakanın yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile mülkiyetin devri sağlanabilecektir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile böyle bir iradede bulunabilmesi ilgili Kanun'da düzenlenmiştir. Bunun yanında tenkis hükümleri saklı kalmak kaydı ile mirasbırakan sağlararası işlemle de bu yöndeki iradesini ortaya koyabilir. Bu durumda mirasbırakanın sağlararası işlemi, koşulları varsa denkleştirmeye tabi olur. Yapılan işlem muvazaalı ise muris muvazaasının söz konusu olup olmayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir¹⁴.

¹¹ ibid 152-153; Paylaşma, öğretilde genel olarak tam ve kısmi olarak ayrılmaktadır. Bu konuda bkz Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (Der 2018) 466-467; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019) N 1946 vd; H Tolunay Ozanemre, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011) 181.

¹² Mirasbırakanın tarım arazisini ölüme bağlı tasarruf ile ehil olmadığı sonradan anlaşılan mirasçıya bırakması durumunda ölüme bağlı tasarrufun bu hükmünün kesin hükümsüz olduğu ve bu hükümsüzlüğün kısmi hükümsüzlük olduğu yönünde bkz Hayriye Şen Doğramacı, '6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2017) 13(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 89. Yavuz ve Topuz (n 8) 690'da, yazarlar, TMK 557'de öngörülen sebeplerden biri ile iptal davası açılmadan sulh hâkiminin kendiliğinden mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu hükümsüz saymasının miras hukukundaki ilkelerden "mirasbırakanın son arzularına saygı gösterme ilkesine" aykırı düşüğünü belirtmekte ve 8/F hükmünün eleştirmektedirler. Aynı yönde bkz Özyay (n 11) 167.

¹³ Bu hüküm ile mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün kısıtlandığı ve tarımsal araziler bakımından paylaşım kuralı koyma serbestisinin ortadan kalktığı yönünde bkz Bağcı (n 8) 458. Mülgâ TMK 659-668 arası hükümleri, emredici olmadığından mirasbırakan, bu düzenlemeleri ölüme bağlı tasarruf ile aşabiliyordu. Mülgâ düzenleme döneminde mirasbırakan tarımsal işletmeyi mirasçılardan birine tahsis edebilmekte, mirasçılar arasında taksime ilişkin belirleme yapabilmekteydi. Mirasbırakanın koyduğu taksim kurallarının miras hukuku hükümlerinden önce geldiğine ilişkin İsviçre öğretisi ve mahkeme kararları için bkz İmre ve Erman (n 13) 509, n 12.

¹⁴ Bkz II/B, III.

B. Mülkiyetin Devri İçin Aranılan Koşullar

1. Mirasın Açılması

Tarım arazisinin mülkiyetinin devredilebilmesi için terekenin bulunması ve tarım arazisinin terekenin bir unsuru olması gerekir¹⁵. TKAKK 8/B/II’de mirasçıların mirasın açılmasından itibaren devir işlemlerini gerçekleştirebilecekleri belirtilmiştir. TMK 575’e göre miras, mirasbırakanın ölümü ile açılır. Diğer bir ifadeyle mirasbırakanın ölümü ile miras kendiliğinden mirasçılara geçer¹⁶. Ölüm karinesi¹⁷ ve gaiplik kararı durumları da ölüm gibi mirasın açılmasına neden olur¹⁸.

6537 sayılı Kanun değişikliğinden önce, özgüleme sisteminde mirasın açılmasının yeterli olmayıp mirasın paylaşılması aşamasına geçilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi¹⁹. Mirasın paylaşılması bakımından sözleşmeden veya kanundan doğan bir takım istisnaların varlığı halinde ise özgüleme aşamasına geçilememekteydi. 6537 sayılı Kanun değişikliği uyarınca tarım arazilerinin mülkiyetinin devri için mirasın açılması yeterli olduğundan mirasın paylaşılmasına ilişkin kanundan veya sözleşmeden doğan bir engelin bulunması halinde, tarım arazilerinin terekeden ayrı tutularak kanunda belirtilen süre içinde devrinin yapılması gerektiği; bu sonucun, kanun hükmünün kamu hukuku ve emredici niteliğinden geldiği belirtilmektedir²⁰. Aynı sonuca, TMK 642/3 veya 643 uyarınca mahkeme kararıyla mirasın paylaşılmasının ertelenmesi durumlarında da varılmalı ve tarım arazileri tereke dışında tutularak mülkiyetin devri gerçekleştirilmelidir²¹.

Ölüme bağlı tasarrufun bulunması ve bu tasarrufa karşı iptal davası açılması durumunda ise iptal davası sonuçlanmadan iradi devir yapılamayacak, mahkeme kararıyla yapılacak devirde de bu durum bekletici mesele yapılacaktır. Zira ölüme bağlı tasarrufun iptalinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Tarım arazisinin mülkiyetinin devrine karar verecek hâkim ise sulh hukuk hâkimidir ve iptal davasının sonucu bekletici mesele olacaktır²².

¹⁵ Özay (n 11) 157; Erdoğan (n 10) 138.

¹⁶ Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 1987) 519; Rona Serozan ve İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (Seçkin 2018) §5, N 3, N 4; İmre ve Erman (n 13) 303; Dural ve Öz (n 13) N 1472; Ahmet M Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Turhan 2018) 258.

¹⁷ Serozan ve Engin (n 18) §5, N 7; Dural ve Öz (n 13) N 1476; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (Legal 2015) 314; Kılıçoğlu, *Miras* (n 18) 259.

¹⁸ Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (n 18) 519, 560; İmre ve Erman (n 13) 303; Antalya ve Sağlam (n 19) 314; Serozan ve Engin (n 18) §5, N 7 ve N 11’de gaiplik kararının ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alındığı günden başlayarak hüküm doğuracağı, bu nedenle gaibin mirasının bu anda açılmış olacağı belirtilmektedir. Aynı yönde Dural ve Öz (n 13) N 1480.

¹⁹ Özay (n 11) 155.

²⁰ ibid 156; Erdoğan (n 10) 139-140.

²¹ Özay (n 11) 156, n 29’da, TMK 643’te belirtilen cenin sebebiyle erteleme durumunda, ertelemenin en fazla doğuma kadar olacağı ve kanunda belirtilen 1 yıllık sürenin aşılmayacağı, bu nedenle de devir için beklenebileceği belirtilmiştir.

²² ibid 157. Mülga 1086 sayılı HUMK’da sulh hukuk hakiminin asliye hukuk hakiminin kararını beklemesi gerektiğine ilişkin hüküm bulunmaktaydı. 6100 sayılı Kanun’da ise açıkça böyle bir hüküm bulunmamasıyla birlikte ortaklığın giderilmesi ve paylaşım davalarında sulh hakiminin bekletici mesele yapması gerektiği belirtilmektedir. Bkz Buket Sevinç Aydın, ‘Bekletici Sorun’ (2012) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 30 <tez.yok.gov.tr>Erişim Tarihi 27.6.2019.

2. Tarım Arazisinin Bulunması

Kanun'un 8/B hükmünde, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarım arazilerinin devredilebileceği belirtilmiştir.

5403 sayılı Kanun'da, TMK'dan farklı olarak tarımsal işletme yerine tarımsal araziden bahsedilmektedir. Tarımsal işletme, *toprak, yapı, araç gereç, hayvan ve diğer sermaye unsurlarından oluşan, tarımsal alanda üretimde bulunan ve belirli bir büyüklüğe sahip olan ekonomik bütün olarak* tanımlanmaktadır²³. Öğretide, tarımsal işletme kavramını taşınır, taşınmaz ve sermaye unsurlarını içeren daha geniş bir kavram olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır²⁴. 5403 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun'dan önce tarımsal işletmenin tanımı kanunda yer almamaktaydı. Bu nedenle 6537 sayılı Kanun'un tasarı metninde tarımsal işletme tanımı da yer almamaktaydı²⁵. Tasarı metnindeki tanımda, tarımsal işletmenin "arazi" olarak ifade edilmesinin bir hatadan ibaret olduğu söylenmiştir²⁶. Tasarı kanunlaşırken tarımsal işletme tanımı çıkartılmış ve mülkiyetin devri sistemi tarım arazisi esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak, gerek Kanun'un genel gerekçesinde gerek de madde gerekçelerinde tarımsal işletmeden söz edildiğinden kanun koyucunun tarımsal arazi ifadesiyle yeni bir kurum veya kavram getirmek niyetinde olmadığı da belirtilmiştir²⁷. Tarımsal arazinin emek, sermaye ve teşebbüs unsurlarını bünyesinde bulundurmasından dolayı kendisinin de bir tarımsal işletme olduğu da ayrıca belirtilmektedir²⁸.

Kanun'da tarım arazisi, "*Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazi*" (3/d) olarak tanımlanmış, mutlak tarım arazisi, özel ürün arazisi, dikili tarım arazisi ve marjinal tarım arazisi tanımlarına ayrıca yer verilmiştir²⁹.

6537 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden biri de asgari tarımsal arazi büyüklüğü ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü kavramlarının kanuna girmiş olmasıdır. 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle tarım arazileri, artık asgari tarım

²³ Fikret Eren ve Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku* (Savaş 2017) 164.

²⁴ Öğreti ve mahkeme kararlarının yaptığı tanımlar için bkz Özyay (n 11) 33-37.

²⁵ Tasarının 3. maddesinde "u) *Tarımsal işletme: Üretim faktörleri kullanılarak, bitkisel veya hayvansal üretim yapan ya da üretilere ilave olarak işleme, depolama ve pazarlamaya yönelik faaliyetlerde bulunan gerçek veya tüzel kişilere ait ekonomik bütünlük arzeden araziler*" olarak yer almıştır.

²⁶ Özyay (n 11) 36. AYM'nin 5403 sayılı Kanun'un 8/A ve 8/İ maddelerinin iptali için açılan ve ret kararı verilen 30.10.2014 tarih ve 133/165 sayılı kararında da, "...Anılan Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesinde, *yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*, "*bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri*" biçiminde tanımlanmaktadır. Kuralda her ne kadar "*tarımsal arazi*" kavramı kullanılmış ise de bundan kastedilenin tarımsal işletme olduğu anlaşılmaktadır." ifadesi yer almaktadır.

²⁷ Eren ve Başpınar (n 25) 160.

²⁸ ibid 160.

²⁹ Tarım arazisi nitelendirilmesine bağlı sonuçlar hakkında bkz Melek Bilgin Yüce, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanuni Kısıtlamalar' (2011) 10(2) İKÜHFD 105, 107 vd.

arazisi ve yeter gelirli tarım arazisi olarak belirtilmektedir. 6537 sayılı Kanun ile değişik 5403 sayılı Kanun'un 3. maddesinin h bendi³⁰ uyarınca, “*asgari tarımsal arazi büyüklüğü: üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü*”, 1 bendi³¹ uyarınca, “*Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü: Bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini*” ifade etmektedir.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, tarım arazilerinin bölünebileceği en küçük birimi ifade etmektedir³². Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün belirlenmesinde alt sınır ise asgari tarımsal arazi büyüklüğüdür. Diğer bir ifadeyle yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, asgari tarımsal arazi büyüklüğüne eşit veya ondan fazladır, daha az olamaz. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü ülkenin genelinde geçerli alt sınırı oluşturur ve Bakanlıkça belirlenir³³. Yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklükleri ise her bir bölgenin gösterdiği farklılık sebebiyle TKAKK'ya bağlı ekli listede belirlenmiştir³⁴.

Mülkiyetin devri sistemine ilişkin düzenleme hükümlerine bakıldığında bazı hükümlerde tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisi ifadesi kullanılmakta³⁵, bazı hükümlerde ise sadece yeter gelirli tarım arazisi ifadesine rastlanmaktadır³⁶. Bu nedenle öğretide bir görüş, tarımsal arazilerin mülkiyetinin devri koşulları arasında tarımsal arazinin yeter gelirli bir tarım arazisi olmasını da saymıştır³⁷. TKAKK 8/B, açıkça, mülkiyetin devrinin hem tarım arazileri hem de yeter gelirli tarım arazileri bakımından söz konusu olabileceğini düzenlediğinden tarımsal arazilerin devrinde yeter gelirli olmanın bir şart olmadığı kanaatindeyiz³⁸.

3. Devir Yapılacak Mirasçının Bulunması

Kanun'un 8/C maddesi “devir yapılacak mirasçı” başlığını taşımaktadır³⁹. Kanun'daki başlığa uygun olması için çalışmada da bu başlık tercih edilmiştir; ancak

³⁰ Değişik: 30/4/2014-6537/3 md.

³¹ Değişik: 30/4/2014-6537/3 md.

³² Barış Özçelik, ‘5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi’ (2015) 19(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 89.

³³ TKAKK 8/III uyarınca, “*Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre arttırabilir...*”

³⁴ Kanunda il ve ilçe bazında detaylı bir liste verilmiştir. Örneğin, Antalya ili Demre ilçesinde sulu arazide 70 dekar (da), kuru arazide 200 da, dikili arazide 10 da yeterli tarımsal arazi iken, Bartın İli Amasra ilçesinde sulu arazide 80 da, kuru arazide 135 da, ekili arazide 10 da yeterli tarımsal arazi olarak kabul edilmiştir.

³⁵ TKAKK 8/B, 8/C.

³⁶ TKAKK 8/Ç, 8/E, 8/F, 8/G, 8/Ğ, 8/H, 8/K.

³⁷ Eren ve Başpınar (n 25) 168 vd; Erdoğan (n 10) 141, 142-146.

³⁸ Aynı görüş için bkz Özyay (n 11) 157-158; Bağcı (n 8) 74.

³⁹ Bağcı (n 8) 465'te yazar, hükmün içeriğinde mirasçı dışındaki kişilere de devir yapılabileceğinin düzenlenmesi sebebiyle maddenin içeriği ile başlığı arasında uyumsuzluk bulunmasına dikkat çekmiştir.

devrin mutlaka mirasçıya yapılması şart değildir. Hüküm uyarınca mirasçıların anlaşarak arazinin mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi de mümkündür. Tek bir mirasçının bulunması halinde tereke tümüyle bu mirasçıya geçeceği, hiçbir mirasçının bulunmaması halinde de devlete kalacağı için bu hallerde mülkiyetin devrine ilişkin 5403 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁰. Mülkiyet kendisine devredilecek mirasçının mirastan feragat, yoksunluk, mirastan çıkarma, mirasın reddi gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını kaybetmemiş olması da gerekmektedir⁴¹.

8/C hükmünün birinci fıkrası, mirasçıların anlaşması durumunda yapılacak devrin; ikinci fıkrası ise mirasçıların anlaşamaması durumunda içlerinden birinin açacağı dava ile sulh hakiminin karar vereceği devrin koşullarını düzenlemektedir. 8/Ç hükmü ise, tarım arazilerinin 8/B hükmünde belirtilen süreler içinde devredilmemesi durumunda Bakanlık tarafından sulh hukuk hakimi nezdinde açılacak davanın konusu tarım arazisinin ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılmasını içermektedir⁴²⁻⁴³.

İlgili Kanun hükmünde mirasçıların anlaşamaması durumunda ehil mirasçıya öncelik tanınacağı belirtilmiş, mirasçıların anlaşması durumu için ise ehil mirasçılık kıstası belirtilmemiştir⁴⁴. Ehil mirasçıya öncelik tanınmasının, TMK 649'da düzenlenen "*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça mirasçılar, paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahiptirler*" hükmüne bir istisna getirdiği ifade edilmiştir⁴⁵. Bu istisnanın 5403 sayılı Kanun'un amacına uygun olduğu, ancak sadece mirasçıların anlaşamadığı haller için değil, her türlü devirde esas alınması ve tarım arazilerinde ehil kişilere öncelik tanınması gerektiği düşüncesindedir.

⁴⁰ Özay (n 11) 158; Eren ve Başpınar (n 25) 181-182.

⁴¹ Eren ve Başpınar (n 25) 175-176; Şen Doğramacı (n 14) 89-90; İmre ve Erman (n 13) 509.

⁴² Yavuz ve Topuz (n 8) 685'te yazarlar, Kanun'un 8/C ve 8/Ç hükümlerindeki düzenlemenin Bakanlığa böyle bir yetki verilerek, özel mülkiyete müdahale etmesinin, kamu yararı düşüncesiyle de olsa, aşırı ve bu nedenle Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülebileceğini; bir başvuru olmaksızın, üçüncü kişi durumundaki Bakanlığın açacağı bir dava sonucunda verilecek yargısal bir karar ile tarımsal işletmenin, "ehil" olsa da, bir mirasçıya bırakılmasının ve kendisine mali külfetler de yüklenmesinin veya mirasçılarının, tarım arazisinin satış yoluyla üçüncü kişilere devrini kabullemek zorunda bırakılmasının, mülkiyet hakkının özünü zedelediği görüşünün savunulabileceğini belirtmişlerdir.

Ayrıca mirasçılarının, TMK 373 vd maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına mülkiyet devrini kararlaştırabilmelerinin yerinde olmadığı ve 8/C maddesinin birinci fıkrasının c bendi olması da, mirasçılarının, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre bir sermaye şirketi kurmalarının mümkün olduğu yönünde bkz Yavuz ve Topuz (n 8) 685. Hükme ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz Özay (n 11) 184 vd.

⁴³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesinin 21.02.2017 tarihli ve 137/102 sayılı bir kararında, ortaklığın giderilmesi istenen bir taşınmaz ile ilgili olmak üzere, taşınmazın tarımsal arazi ve yeterli tarımsal arazi olup olmadığı; mirasçılarının ehil olup olmadıkları; birden fazla ehil mirasçı varsa bu mirasçılardan asgari geçimini bu yeterli gelirli tarım arazisinden sağlayan mirasçının bulunup bulunmadığı hususları araştırılmadan ve asgari geçimini yeter tarım arazisinden sağlayan mirasçı bulunmaması halinde mirasçılardan taşınmazı satın almak isteyen varsa bu şahıslardan taşınmazların değeri konusunda teklifler toplanmadan ortaklığın giderilemeyeceği ifade edilmiş; keza, ehil mirasçının tespitinin satış memurluğuna bırakılmayacağına hükmedilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴ Hükümde mirasçılarının anlaşması ihtimalinde sadece tarımsal arazinin bölünmeden devri olgusu üzerinde durulmasının bir eksiklik olduğu ve tarımsal faaliyeti geçim kaynağı yapmak kıstasına göre tespit edilecek ehil mirasçı kavramı ile Kanun'un amacının gerçekleştirileceği yönünde bkz Bağcı (n 8) 464.

⁴⁵ Özçelik (n 34) 95; Eren ve Başpınar (n 25) 155 vd; Şen Doğramacı (n 14) 78.

Mülkiyetin devri, ilk olarak tek bir mirasçıya veya yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini karşılama durumunda birden fazla mirasçıya; ikinci olarak TMK 373 ve devamı hükümlerine göre kurulacak aile ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına; üçüncü olarak limited şirkete⁴⁶ ve son olarak üçüncü bir kişiye yapılabilecektir.

Bu noktada öğretide bir yazar, mirasçıların hiçbirinin ya da bazılarının ortak olmadığı bir aile ortaklığına veya limited şirkete devrin mümkün olması gerektiğini belirtirken⁴⁷, bir diğer yazar ise tarımsal işletmenin birlikte işletilmesinde esas olanın, aile malları ortaklığının elbirliği mülkiyeti şeklinde yönetilmesi olduğunu, ancak bunun aksinin mirasçılar tarafından kararlaştırılabileceğini⁴⁸; ancak mirasçılardan bazılarının pay sahibi olmadığı bir limited şirkete tarımsal arazinin devrinin mümkün olmadığını savunmuştur⁴⁹. Limited şirkete devirden mirasçıların kuracakları limited şirkete tarım arazisini sermaye olarak koymalarının anlaşılması gerektiği, mevcut bir limited şirkete devretmenin üçüncü kişiye devir anlamına geleceği de belirtilmiştir⁵⁰.

Devrin mirasçıya yapılması şart olmamakla birlikte, mirasçıya devir halinde –bize göre mirasçıların kendi aralarında anlaşarak yaptıkları devir de dahil- tarım arazisinin devredildiği mirasçının ehil mirasçı olması gerekir. Kanun, ehil mirasçıya ilişkin kıstasların yönetmelikte belirleneceğini düzenlemiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinde ehil mirasçıya ilişkin kıstaslar sayılmıştır⁵¹. Yönetmeliğe göre ehil mirasçı puanlama sistemine göre belirlenecektir ve yönetmelikte belirlenen puan sistemine göre elli puan ve üstünde alan mirasçılar ehil sayılacaktır. Puanlama sistemine bakıldığında, geçimini tarım arazisinden sağlayanlar, tarım dışı geliri bulunmayanlar, tarımsal arazileri işleme konusunda mesleki bilgi ve beceri sahibi olanlar gibi tarım arazisinin o araziye işletecek bilgi ve deneyim sahibi kişilere devredilmesinin amaçlandığı

⁴⁶ 8/J hükmüne göre, “8/C maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan aile malları ortaklığının, kazanç paylı aile malları ortaklığının veya limited şirketin; herhangi bir nedenle sona ermesi ve tasfiye olması hâlinde, bu ortaklıklara veya limited şirketlere ait tarımsal araziler, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalacak şekilde bölünemez”.

⁴⁷ Özçelik (n 34) 93.

⁴⁸ Eren ve Başpınar (n 25) 177-178.

⁴⁹ ibid 179; Serozan ve Engin (n 18) §7, N 59a, 601.

⁵⁰ Dural ve Öz (n 13) N 2117.

⁵¹ “(1) Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kıstaslar dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan;

a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan,

b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan,

c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan,

d) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan,

e) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet edenlere beş puan, altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan,

f) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan,

g) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan,

h) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlık süreleri altı yıla kadar olanlara beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara on puan,

ı) Tarımsal örgütlere kayıtlık süreleri altı yıla kadar olanlara iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan,

j) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan,

ç) Kadın olanlara beş puan verilir”.

görülmektedir⁵². İsviçre Federal Mahkemesi de, 62 ve 66 yaşlarındaki iki mirasçıdan tarımsal işletmenin hangisine devredileceği sorununa ilişkin bir kararında, 66 yaşındaki mirasçının hem kendisinin hem de oğlunun çiftçi olarak faaliyet göstermesini bir kıstas olarak almış ve tarımsal varlıkların korunmasının kanunun asıl amaçlarından biri olduğundan hareketle tarımsal işletmenin bu kişiye devredilmesine hükmetmiştir⁵³.

Birden fazla ehil mirasçı olması durumunda sulh hakimi, tarım arazisinin TKAKK 8/C/II/b hükmü uyarınca asgari geçimini yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya⁵⁴, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli⁵⁵ teklif edene, ehil mirasçı olmaması hâlinde ise mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verir⁵⁶. Arazi bölünmeye rağmen yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğünü muhafaza edecekse ehil mirasçılar lehine ayrı ayrı da devir gerçekleşebilir (TKAKK 8/III). Birden çok ehil mirasçı bulunması durumunda, 8/F hükmüncü ölüme bağlı tasarruf ile de belirleme yapılabilir. Mirasa konu araziye talep eden mirasçının bulunmaması durumunda hakim, arazinin satışına karar verir, satıştan elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında dağıtılır (TKAKK 8/C/II/c).

5403 sayılı Kanun'a göre araziye devralan mirasçı, miras payına mahsuben tarım arazisini devralmaktadır⁵⁷. Mirasçının devraldığı arazinin değeri, miras payının değerini aşmıyorsa diğer mirasçılara ödeme yapılmaz. Tarım arazisinin değeri, miras payının değerinden fazla ise tarım arazisini devralan, miras payını almamış diğer mirasçılara ödemedede bulunur⁵⁸.

Yine 8/C maddesinin son fıkrası uyarınca, yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanacak ve bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında ödenecektir⁵⁹.

⁵² Öğretide bir görüş, devir talebinde bulunan mirasçının tarım arazisini işletmeye ehil, yetenekli ve tecrübeli biri olmasının yanında ahlaki özelliklerinin de göz önünde tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz Eren ve Başpınar (n 25) 182-183; İmre ve Erman (n 13) 509.

⁵³ BGE 107 II 30. Federal Mahkeme bir diğer kararında ise, tarımsal işletmenin 46 yaşında işleri devralmaya niyetli bir oğlu bulunan 75 yaşındaki mirasçıya devredilmesini uygun görmüştür (BGE 111 II 326). Benzer bir karar için bkz BGE 134 III 586.

⁵⁴ Bu ifade yerine "geçimini bu işletmeden sağlayan mirasçıya" ifadesinin kullanılabileceği yönünde bkz Yavuz ve Topuz (n 8) 685.

⁵⁵ Dural ve Öz (n 13) N 2132'de yazarlar bu bedele "alım bedeli" demekte ve bu bedelin diğer mirasçılara miras payları oranında ödeneceğini belirtmektedirler.

⁵⁶ Ehil mirasçının arazinin mülkiyetinin kendisine devri talebinin kanundan doğan bir alacak hakkı talebi olduğu ve mirasçılardan bu devir talebini rıza ile yerine getirmedikleri durumlarda ehil mirasçının TMK 716 uyarınca tescile zorlama davası açabileceği yönünde bkz Şen Doğramacı (n 14) 79.

⁵⁷ Serozan ve Engin (n 18) §7, N 59a, 603.

⁵⁸ ibid §7, N 59a, 603.

⁵⁹ Bu düzenleme de öğretilerde tartışılmalara neden olmuştur. Yavuz ve Topuz (n 8) 686'da, yazarlar, düzenlemenin mirasçının ilgili mal üzerinde ferdî mülkiyet hakkını elde etmesinden sonra, değer artışının hangi hukuki dayanak ile mesru kılınacağına ilişkin hukuken izahının güç olduğunu belirtmektedir. Bağcı (n 8) 467, n 30'da ise yazar, ek ödeme yükümlülüğünün devir tarihinde tarımsal arazi vasfında olup daha sonra tarımsal amaç dışında kullanımlar için söz konusu olduğunu ve her ne sebepten olursa olsun tarımsal amaç dışında kullanım sebebi ile ortaya çıkan değer artışının diğer mirasçılara ödenmemesinin devredilen mirasçı lehine dengeyi bozacağı ve haksız kazanç oluşturacağı düşüncesi ile düzenlemeyi uygun bulmaktadır.

Kanun ayrıca, paylaşma davasının devamı süresince tarımsal arazinin yönetimine ilişkin özel bir düzenlemeye de yer vermiştir. Kanun'un 8/G düzenlemesine göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük mirasçı bulunması hâlinde hâkim, yeter gelirlili tarımsal arazilerin yönetimini dava sonuçlanana kadar ehil gördüğü mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye tedbiren verebilir⁶⁰. Hükümde neden sadece yaş küçüklüğü sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan mirasçıdan bahsedildiği açık değildir. Örneğin, akıl hastalığı sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan bir mirasçı varsa ne olacağı sorusuna öğretide de değinilmiştir⁶¹. Kanaatimizce, hükmün konulma amacı, tarımsal işletmenin faaliyetlerine devam edebilmesini sağlamak ve tarım arazilerinin yönetimi olduğuna göre, sadece yaş küçüklüğü değil; diğer sebeplerle ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda da kanundaki önlemin alınabileceği kabul edilmelidir.

4. Ekonomik Bütünlük

5403 sayılı Kanun'un 6537 Kanun ile değişik 8/A maddesinde ekonomik bütünlükten bahsedilmekle beraber bir tanım verilmemiştir. 8/A maddesinde, yeter gelirlili tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazilerinin birlikte değerlendirileceğine ilişkin ifade, ekonomik bütünlük koşulunun kapsamını da belirtmektedir. Kanun'a göre ekonomik bütünlük kıstaslarını Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı belirleyecektir. Bu kıstaslar Tarımsal Arazilerin Devrine İlişkin Yönetmelik'te belirtilmiştir. Bakanlık aynı zamanda, kanun ve yönetmelik hükümlerine ilişkin uygulamalar için Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı da yayımlamıştır⁶². Tarımsal işletmeler için bahsedilen bütünlük, fiziki veya maddi bir bütünlük olmayıp ekonomik bir bütünlüktür⁶³. Tarımsal işletmelerin özgülmesi sisteminde, işletmeyi meydana getiren unsurların bağımsız olarak ekonomik değeri değil, işletme içerisinde yer alan değerleri esas alınmaktaydı⁶⁴. Bu nedenle de, özellikle sermaye içerisinde yer alan ve üretim ya da üretim faaliyeti sonrası için kullanılan binalar ve yapıların ekonomik bütünlük içinde olduğu kabul ediliyordu⁶⁵.

⁶⁰ Yavuz ve Topuz (n 8) 690'da yazarlar, işletmenin tedbiren verilmesi yerine, Türk Medeni Kanununun 427. maddesinin üçüncü bendi gereğince, tarımsal işletmeye bir yönetim kayımlı atanması öngörülmesinin daha yerinde bir düzenleme olabileceğini belirtmişlerdir.

⁶¹ Dural ve Öz (n 13) N 2130. Ayrıca yazarlar böyle bir durumda TMK 589-592 hükümlerindeki koruma önlemlerine başvurulmasında bir engel olmadığını belirtmişlerdir.

⁶² T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı, 03.11.2017, Sayı: 58776518-010.07.01-E.2768754.

⁶³ Eren ve Başpınar (n 25) 166; Özay (n 11) 86.

⁶⁴ Özay (n 11) 87.

⁶⁵ ibid 87-88; Eren ve Başpınar (n 25) 166; İpek Sağlam, 'Tarımsal İşletmelerin Özgülmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi' (2010) 16(1-2) MÜHFHAD 201, 204.

Yönetmelik 4/1/d’de, ekonomik bütünlük, mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği Bakanlıkça tespit edilen arazileri ifade etmektedir. Yönetmelik 7’de ve Talimat birinci bölümde⁶⁶ ekonomik bütünlüğün olup olmadığını

⁶⁶ “Tarımsal arazilerde ekonomik bütünlük, asgari tarımsal arazi büyüklüğü ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir: a) Aynı ilçe sınırları içindeki tarım arazilerinin aralarındaki mesafe kuş uçuşu 10 km’den az ve örtü altı tarım arazilerinde 1 dekar, dikili tarım arazilerinde 5 dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde 10 dekar ve üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir; bu büyüklüklerin altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez. b) Mesafe ölçümü, talep konusu tarımsal arazi ile ekonomik bütünlük değerlerine sahip diğer tarım arazileri arasında birbirine en yakın iki nokta arasından yapılır. En az bir noktada birbirleri ile ortak sınırı bulunan tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilir. Ancak, paylı tarım arazileri diğer tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilmez ve paylı tarım arazilerindeki paydaşlar sınırdaş araziler için ön alım hakkı kullanamaz. c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdaş olan tarımsal arazilerin toplam büyüklükleri örtü altı tarım arazilerinde 1 dekar, dikili tarım arazilerinde 5 dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde 10 dekar ve üzerinde olması halinde, bu arazilerde ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır. ç) Paylı tarım arazilerinde kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır. d) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 20 dekar, dikili tarım arazilerinde 5 dekar, örtü altı tarım arazilerinde 3 dekar, kuru ve sulu tarım arazilerinde ise il ve ilçelerin bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak 6537 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. f) Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, ekonomik bütünlük oluşturan tarımsal arazilerin toplamı ile bulunur. Malike ait tarımsal arazi veya arazideki hisse alanı kendi başına, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde ve üzerinde ise ekonomik bütünlük arz eder. g) 6537 Sayılı Kanunun yayım tarihinden önce elbirliği halinde itikali yapılan tarım arazilerinde, tapu kaydında görülen hisse miktarları yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü hesaplamalarında dikkate alınır. Hisse oranının belirlenemediği durumlarda, ilgili araziye ait veraset ilamındaki yasal hisse oranları dikkate alınabilir. Ancak, muris üzerindeki araziler ile Kanunun yayım tarihinden sonra vefat eden kişilerden itikali yapılan elbirliği mülkiyetli araziler yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü değerlendirmesinde dikkate alınmaz. ğ) Aile Malları Ortaklığı, Kazanç Paylı Aile Malları Ortaklığı şeklindeki arazilerde yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü hesaplanmasında ortaklıktaki hisse oranları dikkate alınarak hesaba alınmaz. h) Adi ortaklık sözleşmesi ve devamında kurulmak istenen elbirliği taleplerinde, pay adedi artırmakla birlikte paydaş adedinin arttığı kabul edilir. ı) Ekonomik bütünlük, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri, satış ve miras yolu mülkiyeti devir işlemleri ilçe bazında yapılır. Aynı ilçe sınırları içerisinde olup, ekonomik bütünlük değerlerine sahip ve aralarında 10 km ve üzeri mesafe bulunan arazi veya arazi gruplarından her grup farklı zamanlarda satılabilir. Gruplardan birinin yeter gelirli tarımsal büyüklüğünü sağlaması halinde, diğer gruptaki arazilerin farklı zamanlarda aynen satışları yapılabilir. i) Aynı ilçe sınırları içerisinde bulunan tarım arazilerinin bir kısmı 3083 Sayılı Kanun, bir kısmı da 5403 Sayılı Kanun kapsamında olması durumunda, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, her iki kanun kapsamında bulunan ve aralarında ekonomik bütünlük oluşturan tarımsal arazilerinin toplamı ile bulunur. j) Tarım arazisi üzerinde kurulmuş bir irtifak hakkı ve üst hakkı bulunuyor ise irtifak hakkı ve üst hakkı verilen alanlar yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Farklı vasıflardaki tarım arazilerinin dönüşüm işlemlerinde, değerlendirilmesi yapılan büyüklükler arası oranlar kullanılır. k) Ekonomik bütünlüğün altındaki aynı parsel içinde veya sınırdaş arazilerde farklı vasıfların alan dönüşümleri için ekonomik bütünlük oranları kullanılır. Bu tür alanların, asgari ve yeter gelirli büyüklük hesaplamalarında ise, ekonomik bütünlük hesaplaması öncesi asgari ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri arasındaki oranlar kullanılarak bulunur. l) Ekonomik bütünlük değerlendirmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il, ilçe müdürlükleri ve Bakanlık tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır. m) Kamu yatırımlarında ve tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanım taleplerinde, ekonomik bütünlük, asgari tarımsal arazi büyüklüğü ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü kriterleri dikkate alınmaz”.

değerlendirmesinde bazı kıstaslar belirlenmiştir⁶⁷. Yönetmelik ve Talimatın, aynı malike ait sınırdaş arazilere ilişkin ekonomik bütünlük kıstaslarının farklı olduğu, sonraki tarihli Talimat hükmünün, Yönetmelik hükmünü değiştirdiği görülmektedir. Yönetmelik'te yer alan hükmün Talimat ile değiştirilmesinin doğru olmadığı haklı olarak öğretilde belirtilmiştir⁶⁸.

Yönetmelik 8 hükmü⁶⁹ de tarım arazilerinin devrini düzenlemiştir. Hükümler incelendiğinde mülkiyeti aynı kişiye ait belli büyüklük ve yakınlıktaki araziler ile sınırdaş arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği görülmektedir⁷⁰.

Yönetmelik 7/2'de ise ekonomik bütünlüğün istisnası olarak mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmadığı düzenlenmiştir. Bu kuruluşların, aynı kişilerden elde ettikleri tarımsal arazilerde bu madde hükmüne göre ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılacağı da düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen kuralın istisnasının da, yönetmelik yerine yine kanunda düzenlenmesinin daha uygun olacağı öğretilde belirtilmiştir⁷¹.

⁶⁷ "(1) Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasındaki ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir:

a) Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez.

b) Aynı kişiye ait sınırdaş olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe on km'den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir.

c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdaş olan tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir.

d) Aynı kişiye ait tarımsal arazilerden birinin veya birkaçının paylı olması durumunda kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır.

(2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmaz. Bu kuruluşların, aynı kişilerden elde ettikleri tarımsal arazilerde bu madde hükmüne göre ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır.

(3) Ekonomik bütünlük değerlendirmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır."

⁶⁸ Eren ve Başpınar (n 25) 167.

⁶⁹ 8. maddeye göre, "(1) Tarımsal arazilerin her türlü mülkiyeti devir taleplerinde aşağıdaki işlemler uygulanır.

a) Taşınmaz malikinin aynı ilçe sınırları içinde tarımsal nitelikli tek arazisi olması durumunda bu taşınmazın devri yapılabilir.

b) Taşınmaz malikinin aynı ilçe sınırları içinde birden fazla tarımsal arazisinin bulunması durumunda, bu arazilerin tamamının mülkiyeti devir işlemine konu olması halinde, bu taşınmazların devri yapılabilir.

c) Aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazi olması halinde, 7 nci madde hükümlerine göre yapılan ekonomik bütünlük değerlendirmesi sonrasında tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe haiz olmayan kısımlarının devrine izin verilebilir.

d) Ekonomik bütünlük arz eden tarımsal arazilerde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin üzerinde olan ve yeter gelirli arazi büyüklüklerinin altında ifraz gerektirmeyen arazilerin devrine izin verilir.

e) Paylı tarım arazilerinde, payın tamamının bir veya birden fazla paydaşa devri halinde bu arazilerin devrine izin verilir."

⁷⁰ Özçelik (n 34) 92.

⁷¹ Özay (n 11) 162.

Değnilmesi gereken bir diğler husus da binaların ve yapıların ekonomik bütünlüğe girip girmeyeceğı meselesidir. 5403 sayılı Kanun'un 8/E maddesi uyarınca, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların mülkiyetinin gerçek değlerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir*”⁷². Yine Kanun'un 8/H maddesi uyarınca “*yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağı bir yan sınai işletme mevcut ise yan sınai işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden devredilir*”. Kanun hükümleri uyarınca mülkiyet devrinin konusu tarım arazileri olup, Kanun'da belirtilen durumlarda taşınır ve yan sınai işletmelerin de devri mümkün olabilecektir. Tarımsal arazinin mülkiyeti kendisine devredilen kişi tarım arazisi için zorunlu olan taşınırlar ve araziye bağı yan sınai işletmelerin de devrini talep edebilecektir⁷³. O halde yan sınai işletmelerin mülkiyetinin tarımsal araziyle birlikte devredilebilmesi için, işletme ile arazi arasında sıkı bir bağılantının bulunması ve arazi ile işletmenin mülkiyetinin, ehil mirasçı tarafından talep edilmesi şartı aranmıştır. Sıkı bağılantıdan kastın, işletme ile arazi arasındaki ekonomik bütünlük olduğı kabul edilmektedir⁷⁴. Bunun haricinde ekonomik bütünlük, birbirinden bağımsız olsa da birden fazla tarım arazisinin bulunması veya çeşitli tarım arazileri üzerinde payların bulunması durumunda söz konusu olacaktır. Ancak, mirasbırakanın tarım arazisinden uzak ve ayrı bir yerde örneğın bir deposunun bulunması durumunda bu, mülkiyetin devri kapsamına girmeyecektir⁷⁵.

Son olarak, tarım arazileri aynı kişinin mülkiyetinde bulunmalıdır⁷⁶. Tarımsal arazilere ilişkin ekonomik bütünlük mirasbırakanın ölüm anında mevcut olmalıdır⁷⁷.

⁷² Tarımsal arazinin değerinin bunu alan mirasçının miras payını aşmadığı durumlarda, taşınırların bedeli ödenirken miras payı kadar indirim yapılması konusunda bkz Dural ve Öz (n 13) N 2138.

⁷³ Belirtilen taşınırların TMK 686 anlamında eklenti niteliğinde olduğı, 8/E maddesinin, tarımsal arazinin eklentisi niteliğindeki taşınırların mülkiyetinin devri konusunda ihtilaf çıkması durumunda önem arz edeceği yönünde bkz Özçelik (n 34) 99.

⁷⁴ Eren ve Başpınar (n 25) 181; Özey (n 11) 190; Uyumaz ve İlhan (n 10) 882; İmre ve Erman (n 13) 511; Dural ve Öz (n 13) N 2140'ta yazarlar, yan sınai işletmenin aynı taşınmaz üzerinde olup olmaması üzerine bir değerlendirme yapmış ve yan sınai işletmenin bulunduğı taşınmazın terekeye dahil olması şartıyla aynı taşınmaz üzerinde veya başka bir taşınmaz üzerinde olması durumlarında devrin talep edilebileceğini belirtmişlerdir.

⁷⁵ Özey (n 11) 159.

⁷⁶ Eren ve Başpınar (n 25)166.

⁷⁷ ibid (n 25)168; Özey (n 11) 163.

II. 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Karşısında Muris Muvazaası

A. Genel Olarak Muvazaa ve Özellikle Muris Muvazaası

Muvazaa (danişıklılık), tarafların iradeleri ile beyanları arasında bilerek uygunsuzluk yaratmaları hali olarak ifade edilir⁷⁸. Muvazaalı (danişıklı) işlem tarafların yaptıkları hukuki işlemin⁷⁹ hiç hüküm doğurmaması veya görünürdeki işlemde başka bir işlemin hüküm doğurması konusunda anlaşmaları şeklinde tanımlanır⁸⁰⁻⁸¹. Öğretide muvazaa, farklı açılardan türlere ayrılmıştır: Taraflar, aralarındaki işlemin hiç hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmışlarsa mutlak (basit) muvazaa; gerçek iradelerini saklayarak yaptıkları görünürdeki işlemin arkasındaki gizli işlemin sonuç doğurması konusunda anlaşmışlarsa nisbi (nitelikli) muvazaa söz konusu olur. İşlemin tümünde muvazaa olması, tam muvazaa; bazı hükümlerinin muvazaalı olması ise kısmi muvazaa olarak adlandırılır⁸². Yapılan satış sözleşmesinde bedelin, gerçek bedele göre daha düşük ya da yüksek gösterildiği bedelde muvazaa halinde de kısmi muvazaa söz konusudur⁸³.

TBK 19 gereğince tarafların gerçek iradeleri dikkate alındığı için, gerçek iradeleri yansıtmayan muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olduğu ve bunun sonucu olarak gerek taraflar gerekse menfaati olan üçüncü kişiler tarafından her zaman⁸⁴ bu

⁷⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (Filiz Kitabevi 2014) § 35, N 1; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2019) N 1087; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2012) 104.

⁷⁹ Muvazaanın niteliği itibarıyla tek tarafı işlemlerde olmayacağı yönünde bkz İsmail Atamulu, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (Adalet 2017) 35. Belirli bir kimseye yöneltilen, varması gerekli tek tarafı işlemlerde de muvazaa olabileceği yönünde bkz Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar* (n 80) § 35, N 7; Eren, *Genel Hükümler* (n 80) N 1127; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2*, Çeviren: Cevat Edege (Yargıtay Yayınları 1983) 291.

⁸⁰ M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019) N 1438; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (Vedat 2019) N 411; Peter Jäggi, Peter Gauch and Stephan Hartmann, *Zürcher Kommentar Obligationenrecht Art. 18 OR, Auslegung Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4A* (Schulthess 2014) N 113; Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 485; Selin Sert Sütçü, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (Seçkin 2018) 33; Esener (n 82) 12' de yazar, üçüncü şahısları aldatma kastından, dışa karşı aldatıcı bir durum yaratmak niyetinin kastedildiğini yoksa muvazaanın her zaman üçüncü kişilere zarar verme niyetiyle yapılan bir işlem olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte üçüncü kişileri aldatma kastından muvazaa anlaşmasının dışında ayrı bir unsur olarak söz etmenin yerinde olmadığını bkz Nejat Aday, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 9.

⁸¹ Görünürdeki işlemin üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapılmış olmasının muvazaanın koşulu olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte İsviçre-Türk hukukunda aldatma kastının muvazaanın koşulu olduğu yönünde bkz Jäggi, Gauch and Hartmann (n 82) N 189; Kemal T Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 485; Selin Sert Sütçü, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (Seçkin 2018) 33; Esener (n 82) 12' de yazar, üçüncü şahısları aldatma kastından, dışa karşı aldatıcı bir durum yaratmak niyetinin kastedildiğini yoksa muvazaanın her zaman üçüncü kişilere zarar verme niyetiyle yapılan bir işlem olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte üçüncü kişileri aldatma kastından muvazaa anlaşmasının dışında ayrı bir unsur olarak söz etmenin yerinde olmadığını bkz Nejat Aday, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 9.

⁸² A ile B arasında kurulan bir sözleşmenin A ile C arasında kurulmuş gibi gösterilmesi halinde tarafta (kişide) muvazaa şeklinde bir muvazaa türü olduğu yönünde bkz Eren, *Genel Hükümler* (n 80) N 1104; burada sadece A ile C arasında basit muvazaa olduğu yönünde bkz Oğuzman ve Öz (n 82) N 414.

⁸³ ibid N 413. Ayrıca bkz n 94.

⁸⁴ TMK 1023 hükmünün, muvazaa nedeniyle açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasını da sınırladığını unutmamak gerekir.

hükümsüzlüğün ileri sürülebileceği kabul edilir⁸⁵⁻⁸⁶. Ortada gerçeği yansıtan bir irade olmadığı için muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğunu kabul eden bir görüş de vardır⁸⁷⁻⁸⁸.

İşlemin muvazaalı olduğunu iddia eden, iddiasını ispat yükü altındadır. Taşınmaz devri borcu doğuran bir sözleşmede muvazaa iddiasında bulunan taraf, sözleşme şekle tabi olduğundan, iddiasını ancak yazılı delille ispatlayabilir (HMK 201). Üçüncü kişiler, taraflardan farklı olarak, muvazaayı bir ispat şekline tabi olmadan tanıkla dahi ispat edebilirler (HMK 203/d). Öğretide, mirasçılarının saklı pay çıkarları açısından üçüncü kişi durumunda oldukları ve muvazaayı tanıkla dahi ispat edebilecekleri, saklı pay dışındaki çıkarları bakımından ise külli halefiyet nedeniyle üçüncü kişi sayılmayıp şekle tabi işlemin muvazaalı olduğunu yazılı delille ispatlayabilecekleri kabul edilir⁸⁹.

Nisbi muvazaa söz konusu olduğunda, muvazaalı işlemin altında gizlenen işlem, gerçek iradeleri yansıttığı için kural olarak geçerlidir (TBK 19/I). Ancak ehliyetsizlik, ahlaka aykırılık gibi muvazaa dışında işlemin kendisinde olan bir geçersizlik nedeni varsa işlem hüküm doğurmaz⁹⁰. Bununla birlikte gizli işlemin geçerliliği bir şekle bağlanmışsa muvazaalı işlem için uyulan şeklin, gizli işlem için aranan şekil şartını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre muvazaalı işlem için yapılan resmi şekil, gizli işlemin şekil şartını yerine getirmiş sayılır⁹¹. Hakim görüş ise özellikle taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuran sözleşmelerde, görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle, gizli işlemin de şekle aykırılık nedeniyle

⁸⁵ Necmeddin Feysi Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976) 195-196; von Tuhr (n 81) 274-275; Oğuzman ve Öz (n 82) N 415-416; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993) 411-412; Reisoğlu, (n 80) 106; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2019) N 69 vd; A Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016) 257.

⁸⁶ İİK 277 vd hükümleri gereğince alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan tasarruflara karşı açılabilen iptal davası ile muvazaa nedeniyle açılan davayı birbirine karıştırmamak gerekir. Bu konuda bkz Atamulu (n 81) 136 vd. Ayrıca karşılaştırmak için bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2019) 242 vd.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar* (n 80) §35, N 19; Eren, *Genel Hükümler* (n 80) N 1105 vd. Yokluk da kesin hükümsüzlük gibi her zaman ve ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Ancak kesin hükümsüzlükten farklı olarak yokluk halinin ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması gündeme gelmez. Yok hükmünde olan bir işlemin tahvil yolu ile başka bir işleme dönüştürülmesi de mümkün olmaz. Öğretide bir diğer görüşe göre ise muvazaalı işlemin geçersizliği klasik anlamda bir kesin hükümsüzlük değildir; sadece tarafların ve üçüncü kişilerin ileri sürülebileceği ancak hâkimin re'sen dikkate alamayacağı özel bir geçersizliktir. Bu görüş hakkında bkz Ernst Kramer and Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1* (Stämpfli 1986) Art 18 N 162.

⁸⁸ "...muvazaa ile illetli olarak yapılan temlik yok hükmünde olup (baştan itibaren geçersiz olduğu) bu yokluk bütün mirasçılar bakımından geçerlidir..." (Yargıtay 1 HD, 4564/6700, 22.11.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Muvazaalı işlemin hiç yapılmamış olduğu yönünde bkz Yargıtay 17 HD, 2013/7947, 2014/15062, 04.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁹ Oğuzman ve Öz (n 82) N 416. Ayrıca bkz II/A.

⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar* (n 80) § 35, N 22; Nomer (n 87) N 69.4; Jäggi, Gauch and Hartmann (n 82) N 156.

⁹¹ Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (Fakülteler Barış Kitabevi 2016) N 1275; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989) 439; İlhan E Postacıoğlu 'Namı Müstear ve Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler' (1955) A. Samim Gönensay'a Armağan 185.

geçersiz olduğu yönündedir⁹². Buna göre; gerçekte tarafların iradesinin taşınmaz bağıışı, görünürdeki işlemin ise taşınmaz satışı olduğu nisbi muvazaa hallerinde, gerçek iradeleri yansıtmayan taşınmaz satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gerçek iradeleri yansıtan bağıışlama vaadi sözleşmesi ise resmi şekilde yapılmadığı için geçersizdir. Bu durumda taşınmaz satışı için düzenlenen resmi senet, bağıışlama vaadi sözleşmesindeki esaslı unsur olan ivazsızlık halini içermediği, aksine senette satış bedeli gösterildiği için, gizli işlemin şekil şartını sağlamış olamaz⁹³⁻⁹⁴.

Nisbi muvazaa, uygulamada çoğunlukla, mirasbırakan tarafından bir ya da birkaç mirasçı lehine ve diğerlerinin aleyhine, onlardan mal kaçırmak amacıyla, yapılmaktadır. Mirasbırakan genellikle gerçekte ivazsız devrettiği taşınmazları için, tenkis davasını önlemek amacıyla⁹⁵, tapuda satış⁹⁶ ya da ölüncüye kadar bakma

⁹² Yargıtay İBK, 8/7, 7.10.1953; Feyzioğlu (n 87) 204; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 83) 485-486; Hasan Erman, *Eşya Hukuku* (Der 2017) 89; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 82) 1443; Nomer (n 87) N 69.4; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2017) § 12, N 4; Kılıçoğlu, *Borçlar* (n 88) 239-240; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1991) 514-515; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (Seçkin 2016) 208; Sert Sütçü (n 83) 68; Özbilen (n 87) 260; Jäggi, Gauch and Hartmann (n 82) N 160.

⁹³ Eren, *Genel Hükümler* (n 80) N 1119.

⁹⁴ Kısmi muvazaanın tipik örneği olarak karşımıza çıkan bedelde muvazaa hallerinde de öğretilde genel olarak aynı sonuca varılmaktadır (Bedelde muvazaa başta olmak üzere nisbi muvazaa hallerinde, gizli sözleşmedeki şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin, özellikle her iki tarafın sözleşmeyi bilerek ifa ettiği halde, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönünde bkz Kocayusufoğlu, *Borçlar* (n 80) § 35, N 24, 25. Bu durumda TMK 2/II'deki koşulların oluşup oluşmadığı gözetilmeksizin şekle aykırılık nedeniyle oluşan kesin hükümsüzlüğün amaca uygun sınırlama yöntemi ile daraltılabileceği yönünde bkz Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması* (On İki Levha 2016) 148-149). Bununla birlikte vergi mevzuatı (492 sayılı Harçlar Kanunu ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu) uyarınca eksik ödenen harcın gerçek bedel dikkate alınarak cezalı olarak tahsil edilmesinin bedelde muvazaa halinde gizli işlemin geçersiz sayılmasına engel olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku* (n 93) 669-670. Buna karşılık öğretilde haklı olarak ilgili mevzuatın sadece düşük bedelle yapılmış muvazaalı satışlarda değil, düşük bedelli gerçek satışlarda da uygulandığı, vergi hukukunun sözleşmenin geçerli olup olmaması ile değil, tapu harcını doğuran olayın gerçekleşmesi ile ilgilendiği, bu nedenle gerçek bedelden düşük gösterilen taşınmaz satışlarının vergi mevzuatı gereğince geçerli sayılmayacağı da ileri sürülmüştür. Bkz Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2018) 337-338. Uygulamada bedelde muvazaaya rastlanılan durumlardan bir diğeri de, önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını engellemek amacıyla bedelin daha yüksek gösterilmesidir. Resmi senette bedelin düşük gösterilmesinin muvazaa nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı, taraf iradelerinin sözleşmenin geçerli olacağı konusunda tam olarak uyduğu, bununla birlikte önalım hakkını kullanacak paydaşın bu hakkını düşük bedel üzerinden kullanacağı, ödenecek verginin ise vergi mevzuat gereği rayiç bedel üzerinden tahakkuk ettirileceği; bedelin yüksek gösterilmesi halinde de muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmayacağı ancak önalım hakkı sahibinin gerçek satış bedelini kanıtlayarak bu bedel üzerinden hakkını kullanabileceği yönünde bkz Ertaş (n 93) N 1276. Ayrıca bkz Murat Aydoğdu, *Yasadın ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı* (Adalet 2013) 41-42.

⁹⁵ Mirasbırakanın ölümlünden önceki bir yıl içinde yaptığı –adet üzerine verdiği hediyeler hariç- bağıışlamalar ile bir yıl sınırlı olmaksızın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar tenkise tabidir (TMK 565/b 3 ve 4).

⁹⁶ "...Somut olaya gelince, mirasbırakanın, davaya konu bağımsız bölümlerini temlik tarihinde 18 yaşından küçük olan ve alım gücü bulunmayan torunu E. 'ye satış suretiyle temlik ettiği, tanık anlatımlarına göre kira gelirleri bulunan ve hayır işleriyle de uğraşan murisin taşınmaz satmaya ihtiyacının olmadığı, E. 'nin annesi olan davalı kızı ... ile birlikte yaşadığı, taşınmazların gerçek değerleri ile satış değerleri arasında da fahiş fark bulunduğu anlaşılmaktadır. Bütün bu somut bulgu ve olgular yukarıda değinilen ilkelere birlikte değerlendirildiğinde, mirasbırakanın taşınmazları temlikteki gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırmaya amaçlı ve muvazaalı olduğu sonucuna varılmaktadır..." (Yargıtay 1 HD, 2014/4571, 2015/13193, 17.11.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sözleşmesi⁹⁷ yapmaktadır.⁹⁸ Bunun birçok nedeni olabilir: Mirasbırakan, kendisi ile yeterince ilgilenmediğini düşündüğü çocuklarına daha az miras payı bırakarak onları cezalandırmak, çocukları arasında cinsiyet ayrımı yaparak, taşınmazlarını sadece kız ya da (genellikle) erkek çocuklarına devretmek, ilk evliliğinden olan çocuklarına daha az miras payı bırakmak veya zayıf durumda olan çocuğunu güçlendirmek isteyebilir ya da yakınlarının baskısı ile muvazaalı işlem yapmış olabilir⁹⁹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1.4.1974 Tarih ve 1/2 Sayılı Kararı ile mirasçılardan mal kaçırarak amacıyla yapılan muvazaalı taşınmaz satış işlemleri için bazı ilkeler getirilmiştir¹⁰⁰⁻¹⁰¹. Bu ilkelerin esas alındığı nisbi muvazaa,

⁹⁷ "...Miras bırakanın, ölüncüye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığını belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdaki kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir. Somut olayda, yedi parça taşınmaz miras bırakana aitken sağlığında ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile davalı oğluna temlik ettiği getirilen kayı ve belgelerle sabittir. Tarafların özel durumları, taşınmazların nitelikleri ve değerleri yukarıda değinilen ilkelere göre değerlendirildiğinde, miras bırakanın mirastan mal kaçırarak amacıyla muvazaalı temlik yoluna başvurduğu anlaşılmaktadır..." (Yargıtay 1 HD, 2000/14753, 2001/140, 16.1.2001, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

"...bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlik işlemin geçerliliği için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinimin sözleşmeden sonra doğması da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüş bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz. Kural olarak, bu tür sözleşmeye dayalı bir temlikin de muvazaa ile illetli olduğunun ileri sürülmesi her zaman mümkündür. En sade anlatımla muvazaa, irade ile beyan arasında kasten yaratılan aykırılık olarak tanımlanabilir. Böyle bir iddia karşısında, asıl olan tarafların akitteki gerçek ve müşterek amaçlarının saptanmasıdır. (TBK m. 19 (BK m. 18)). Şayet bakım alacaklısının temlik işlemde bakıp gözetilme koşulunun değil de, bir başka amacı gerçekleştirme iradesini taşıdığı belirlenirse (örneğin mirasçılardan mal kaçırma düşüncesinde ise), bu takdirde akdin ivazlı (bedel karşılığı) olduğundan söz edilemez; akitte bağış amacının üstün tutulduğu sonucuna varılır. Bu halde de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1.4.1974 gün ve 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı olayda, uygulama yeri bulur. Miras bırakanın, ölüncüye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığını belirlenebilmesi içinde, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın, tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdaki kalıp kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir. Somut olaya gelince; yukarıda değinildiği üzere Borçlar Kanunu'nun 611. ve takip eden maddelerinde öngörülen ölüncüye kadar bakma akitle ilgili talihle bağlı akilerden olup, mutlaka akıt tarihinde bakım gibi bir gereksinimin varlığı şart değildir. Diğer taraftan bakım borçlusunun temlik edenin oğlu olması, kendisine bakım koşuluyla temlik yapılmasına mani olmadığı gibi, aksine yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ayrıca, miras bırakanın davalı oğlu ile aynı binada altı-üstü oturduğu, ölümünden evvel son 1- 1,5 ayını bakma muhtaç olarak geçirdiği, dinlenen tanıklar ve özellikle davalı tanığı olarak dinlenen dava dışı sağ kalan eş (tarafların annesi)nin beyanı ile mirasbırakanın çocukları olan taraflar arasında ayırım yapmadığı, davalı kız ile bir problemi olmadığı dosya kapsamı ile sabittir. O halde; değinilen bu somut olgular, yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde, mirasbırakanın davalıya ölüncüye kadar bakım akti ile yapmış olduğu temlikin mirasçıdan mal kaçırma amacı taşımadığı kabul edilmelidir..." (Yargıtay, 1 HD, 2456/13033, 2.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁸ Dural ve Öz (n 13) N 1142; Serozan ve Engin (n 18) § 3, N 30; Satış ve ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri kadar sık karşılaşılmassa da trampa (TBK 282 vd) ve ömür boyu gelir sözleşmesi (TBK 607 vd) gibi ivazlı sözleşmeler de mirasçılardan mal kaçırarak amacıyla muvazaalı olarak yapılmaktadır. Bkz Mehmet Beşir Acabey, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası' iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A Hulki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 474.

⁹⁹ Zeynep Uyar Hatipoğlu, 'Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini' (2017) 22(36) DÜHFD 109, 111. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz Esra Eviz, *Muris Muvazaası* (On İki Levha 2019) 64 vd; Sert Sütçü (n 83) 68 vd.

¹⁰⁰ "...Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında Tapu Sicil Memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklanmış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çinlenen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medeni Kanununun 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1.4.1974 günlü ikinci toplantısında oyçokluğuyla karar verildi..."

¹⁰¹ Yargıtay, söz konusu içtihadın değiştirilmesi için yapılan başvuru üzerine aldığı sonraki kararında da aynı esaslarda direnmiştir. Bkz Yargıtay İBK, 1/2, 16.3.1990, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Yargıtay uygulamasında ve öğretide “muris muvazaası” olarak adlandırılmaktadır¹⁰². Aslında muris muvazaası ile varılan sonuç, görünürdeki işlemin, gerçek iradeleri yansıtmaması, gizli işlemin ise şekil koşullarını taşımaması nedeniyle geçersiz kabul edilmesi yönünden, genel muvazaa açısından benimsenen çözüm ile uyumludur. Bununla birlikte, Yargıtay kararları ile muris muvazaası için mirastan mal kaçırma kastının aranması¹⁰³, dava hakkının bütün mirasçılara tanınmış olması ve ispat hukuku açısından farklı esaslar getirilmiştir. Buna göre; muris muvazaasından söz edebilmek için öncelikle muvazaa konusu tapuya kayıtlı bir taşınmaz olmalı¹⁰⁴, mirasbırakan mirasçılardan mal kaçırma amacı ile hareket etmeli, saklı pay sahibi olsun olmasın tüm mirasçılar davacı olabilmeli¹⁰⁵ ve muvazaa nedeniyle açılan dava, tapu sicilinin düzeltilmesi davası olmalıdır¹⁰⁶.

Yargıtay kararlarında, mirasbırakanın mal kaçırma amacıyla hareket ettiği durumlarda, mirasçılardan, külli halef olarak değil, ihlal edilen miras haklarına dayalı olarak dava açtıkları ve bu nedenle muvazaa iddiasını her türlü delille ispat edebilecekleri¹⁰⁷⁻¹⁰⁸; ayrıca bir mirasçının muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilmesi için, mirasbırakanın mal kaçırma kastının o mirasçıya

¹⁰² Yargıtay İBK, 4/5, 22.5.1987; Yargıtay 4 HD, 13976/19452, 17.12.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Muris Muvazaası* (Seçkin 2017) 15 vd; Erhan Günay, *Yargıtay Kararları Eşliğinde Mirastan Mal Kaçırma (Tapulu Taşınmazlarda Muris Muvazaası)* (Seçkin 2013) 19; İmre ve Erman (n 13) 295 vd; Antalya ve Sağlam (n 19) 306 vd; Ayan, *Miras Hukuku* (n 94) 207; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku –II- Mülkiyet*, (Seçkin 2016) 211-212; Uyar Hatipoğlu (n 101) 110-111; Murat Topuz, ‘Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığına Gösteren Emareler’ (2016) 15(2-2) İKÜHFD (Prof. Dr. M. İlhan Uluslan’a Armağan Özel Sayı) 709, 710 vd.

¹⁰³ Genel muvazaada üçüncü kişileri aldatma kastının aranıp aranmayacağı tartışmalı olmakla birlikte muris muvazaası bakımından mirasçılardan mal kaçırma kastının aranacağı hususunda tartışma yoktur.

¹⁰⁴ Tapusuz taşınmazların taşınır mal niteliğinde olduğu; bu nedenle bağışlama sözleşmesinin satış sözleşmesinin arkasında gizlenmesi durumunda mülkiyet hakkının devrine ilişkin sözleşmenin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı ve geçerli olduğu yönünde bkz Günay (n 104) 16-17. “...Dava konusu edilen traktör ve ziraat aletler, taşınır mal niteliğindedir. Taşınırın mülkiyetinin nasıl intikal edeceği TMK’nun 763. maddesinde (Eski MK m.687) düzenlenmiştir. Taşınırın elden bağışlanması şekle bağlı olmayıp; bağışlayanın bu şeyi bağışlanana teslimi ile mülkiyet geçer (Eski BK m.237, Yeni BK m.289). Tarafların, iradelerini saklamak suretiyle yaptıkları görünürdeki sözleşme geçersiz bulunmakla birlikte, gerçekte amaçladıkları sözleşme geçerlidir. Bunun istisnası ise, gerçek sözleşmenin şekle bağlı bulunması halidir. Somut olayda, miras bırakan ile davalı arasında gizli sözleşme menkul mal niteliğindeki traktör ve ziraat aletlerin bağışlanmasına ilişkindir. Bu gibi sözleşmeler şekil koşuluna bağlı olmadığından mal elden bağışlanmakla taşınır bağışlanana geçer. Miris muvazaasına ilişkin 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı’nın, ancak tapulu taşınmaz hakkında ve bununla sınırlı olarak uygulanması söz konusudur. Menkul niteliğindeki traktör ve ziraat aletler ile ilgili ve geçerli olan bu temlik işlemine karşı temlik eden mirasçılardan mirasbırakanın (muris muvazaasına dayanılarak) iptal davası açılmaz. Ancak, tenkis hükümlerine dayalı olarak talepte bulunulabilir.” (Yargıtay 4 HD, 13976/19452, 17.12.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz Serozan ve Engin (n 18) § 3, N 30, 222. Aksi yönde bkz n 114.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz Uyar Hatipoğlu (n 101) 117 vd.

¹⁰⁷ Hakim görüş çerçevesinde, görünürdeki işlem muvazaa, gizli işlem şekle aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edildiğinde açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, ispat açısından saklı payı olmayan mirasçılar için söylenenlerin (külli halef sıfatının), saklı paylı mirasçılar için de geçerli olacağı, buna karşılık diğer görüş çerçevesinde, saklı paylı mirasçı görünürdeki satışın muvazaa nedeniyle geçersiz olduğunu iddia edip gizlenen (ve geçerli kabul edilen) bağışlama sözleşmesinin tenkisini talep ediyorsa kendisine özel olarak tanınan bir hakkı kullandığı için mirasbırakanın muvazaalı işlemi karşısında üçüncü kişi olduğu ve dolayısıyla muvazaayı tanıklarla dahi ispat edebileceği yönünde bkz Serozan ve Engin (n 18) § 3, N 32, 223. Yargıtay’ın görüşünün adalet duygusuna ve ahlaki duyarlılığa daha uygun olmasına karşılık sadece saklı paylı mirasçılar korumanın diğer mirasçılara da mirasbırakanla aynı koşullara bağlanmanın kanunun sistemine ve amacına daha uygun olduğu yönünde bkz Dural ve Öz (n 13) 1155. Diğer taraftan tanık beyanının muvazaanın ispatlanmasında bakımından yeterli görülmemesi, fiili karineler ile desteklenmesi gerektiği yönünde bkz Sert Sütçü (n 83) 189.

¹⁰⁸ Elbirliği halinde malik olan mirasçılardan, TMK 640/IV ve 702/IV gereğince tek başlarına ancak tüm mirasçılar için bu davayı açabileceği, mirasçılardan birinin kendi miras payı için tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabileceği yönündeki Yargıtay kararının (HGK, 11.11.2009, 1-458/498) isabetli olmadığı yönünde bkz Nomer (n 87) N 69.5, n 343.

yönelmesi gerekmeyeceği kabul edilir¹⁰⁹. Bununla birlikte öğretide saklı payı olsun olmasın tüm mirasçılarının, muvazaa ve şekle aykırılık nedeniyle açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasında külli halef sıfatıyla hareket ettikleri; ayrıca mirasbırakanın mal kaçırma amacının sadece saklı pay sahibi mirasçılar açısından önem taşıdığı¹¹⁰, mirasbırakanın tasarruf nisabı çerçevesindeki tasarruf özgürlüğü dikkate alındığında, saklı pay sahibi olmayan mirasçılar açısından mirastan mal kaçırma kastından söz edilmesinin isabetsiz olduğu¹¹¹ belirtilerek söz konusu kararlar eleştirilmiştir¹¹². Ayrıca mirasbırakan, sağlığında görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersizliğini tespit ettirdikten sonra gizli işlem bağışlamanın şekle aykırılığını ileri sürerek tapu sicilinin düzeltilmesini TMK 2/II'ye aykırılıktan dolayı sağlayamayacağından, onun külli halefi sıfatıyla hareket eden mirasçılarının ondan ileriye giderek bunu sağlamalarının mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür¹¹³. Buna karşılık, diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla mirasbırakanla muvazaalı işlem yapan mirasçıya tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldığında, kötü niyetle hareket eden mirasçının, TMK 2/II'den söz edememesi gerektiği ileri sürülerek Yargıtay'ın vardığı sonucu savunan görüş de mevcuttur¹¹⁴.

¹⁰⁹ "...miras bırakanın yaptığı muvazaalı sözleşme ile zarar gören bir veya birkaç mirasçı değil, tüm mirasçılar, diğer bir söyleyişle terekedir. Bu itibarla belirli bir mirasçıdan değil, tüm mirasçılardan (terekeden) mal kaçırmak söz konusudur. Bu nedenle uygulamada miras bırakanın hangi mirasçıdan mal kaçırmak amacı taşıdığı değil mirastan (terekeden) mal kaçırmak kastıyla hareket edip etmediği araştırılmaktadır..." Bkz 1 HD 1995/6459 – 8763 sayılı ve 13.6.1995 tarihli Yargıtay kararı ve bu kararda direnilmesi üzerine verilen Y HGK, 1-440/638, 25.9.1996, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁰ M Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 1995) 227.

¹¹¹ Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku Ek Kitap* (Filiz Kitabevi 1992) 27-28. Saklı pay sahibi mirasçılarının miras muvazaasını ileri sürebilecekleri, saklı pay sahibi olmayan mirasçılarının ise ileri süremeyecekleri yönünde bkz Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (On İki Levha 2018) § 4, N 40. Buna karşılık muris muvazaasında, mirasbırakanın tasarrufunun saklı paydan yoksun bırakmaya değil miras payından yoksun bırakmaya yönelik olduğu, mirasbırakanın tasarruflarına karşı mirasçılarının, saklı pay dışında da korunması gereken menfaatleri olduğu yönünde bkz Antalya ve Sağlam (n 19) 310-311.

¹¹² Mirastan mal kaçırma kavramının yasal dayanağı olmadığı, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün saklı pay ve tenkis hükümleri ile sınırlandırıldığı, bunların dışında bir sınırlandırma bulunmadığı yönünde bkz Aydın Aybay, *Miras Hukuku* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2003) 70. İlgili İçtihadı Birleştirme Kararının miras hukuku hükümlerine açıkça aykırı olduğu yönünde bkz İbrahim Kaplan, 'Muris Muvazaası' (2016) 15(1) İKÜHFD (Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan) 349, 363. Saklı pay sahibi olan olmayan tüm mirasçılarının miras hukuku hükümleri ile yeterince korunduğu, bunun ötesinde muris muvazaası ile korunmalarına gerek olmadığı, bu kurumun artık miladını doldurduğu yönünde bkz Acabay (n 100) 487.

¹¹³ Kocayusufoğlu, *Ek Kitap* (n 113) 29-30. Benzer şekilde; muris muvazaasında mirasçıyı zarara soktuğu iddia edilen sözleşmenin görünürdeki işlem değil, şekle aykırılıktan geçersiz olan gizli bağışlama olduğu, ayrıca şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü bir geçersizlik olduğu ve sadece taraflarca ileri sürülebildiği, saklı pay sahibi olmayan mirasçılarının taraf kavramı içinde yer aldığı, ifa edilen sözleşmede şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği, dolayısıyla saklı payı olmayan mirasçılar ile saklı paylı mirasçılarının saklı pay dışındaki miras payları açısından da şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olabileceği, diğer taraftan saklı paylı mirasçılarının saklı payları oranında şekle aykırılığı ileri sürmelerinin her zaman mümkün olduğu, bu nedenlerle ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının eleştirilebileceği yönünde bkz Eren, *Genel Hükümler* (n 80) N 1123.

¹¹⁴ İsmet Sungurbey, 'Mirasbırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 Gün 1/2 Sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez' (1994) 6 Medeni Hukuk Sorunları 7, 10 vd.

Mirasbırakanın muvazaalı işlemi yaptığı tarihte, mal kaçırmak isteyebileceği bir mirasçısı yoksa, sonradan ortaya çıkan mirasçıların muris muvazaasını ileri süremeyeceği, buna karşılık işlem yapıldığı sırada böyle bir mirasçısı varsa, işlem tarihinden sonra mirasçı olanların da muris muvazaasını ileri sürebilecekleri kabul edilir¹¹⁵.

Öğretide, muvazaalı işlemin altındaki gizli işlem şekle aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edildiğinde, muvazaalı satışın konusu olan taşınmaz, mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olmayacağından¹¹⁶, tenkis davası da açmaya gerek kalmayacağı; tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmasının yeterli olacağı¹¹⁷ ve bu davanın saklı pay sahibi olsun olmasın tüm mirasçılar tarafından açılabileceği kabul edilir¹¹⁸. Bununla birlikte 22.5.1987 tarihli 4/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile saklı pay sahibi mirasçıların tenkis davası yanında kademeli olarak muvazaa nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK 1025) açabilecekleri kabul edilmiştir¹¹⁹⁻¹²⁰. Öğretide, 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına olduğu gibi, bu karara da tümüyle

¹¹⁵ Acabey (n 100) 466-477; İhsan Özmen ve Erslan Özkaya, *Muvazaa Davaları* (Adalet 1993) 167.

“Her ne kadar, muvazaalı sözleşme yapıldığı sırada miras bırakanın sözleşme dışında kalan bir mirasçısının bulunmaması halinde mirasçıdan mal kaçırma kastının varlığından söz edilemezse de, başka bir mirasçının veya mirasçıların bulunması, mal kaçırma kastını oluşturacağından muvazaalı sözleşmenin yapıldığı tarihte mirasçı durumunda olmayan ancak sonradan mirasçılık hakkını kazanan herkesin muris muvazaasına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tapu iptali ve tescil davası açabilme hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Kuşkusuz başka bir mirasçının muvazaa nedeni ile açtığı iptal ve tescil davası sonunda, miras bırakan adına döndürülen taşınmazdan, sözleşme tarihinde mirasçı olmayıp da, miras bırakanın ölüm tarihinde mirasçılık sıfatını kazanan kişi pay alabilmektedir. Başka bir mirasçının açtığı dava sonunda terekeye döndürülen bir taşınmazdan pay alan kişiye muvazaalı sözleşmenin yapıldığı sırada mirasçı bulunmadığından daha sonra mirasçılık sıfatını kazandığından söz edilerek dava hakkı tanınmaması bu yöndeki uygulamaya, muvazaa kurallarına ve Medeni Kanunun mirasçılığa ilişkin buyurucu nitelikteki hükümlerine ters düşer. Bunun yanında uygulamada bir kişinin muhtemel mirasçısından mal kaçırmak kastıyla muvazaalı sözleşme yaptığı sıkça rastlanan bir husustur. Önemli olan davacının sözleşme tarihinde değil, mirasın açılma tarihinde mirasçı olmasıdır.

Somut olayda davacı taşınmazın davalıya temlik tarihinde mirasçı değilse de, daha sonra miras bırakanın evlat edinmesi ile mirasçı durumuna gelmiş, ölüm tarihinde mirasçılık sıfatını yitirmemiştir. Miras bırakanın sözleşme tarihinde kendilerinden mal kaçırmak istediği başka mirasçıları da bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, açılan ilkelere göre, davacının muris muvazaasına dayanarak dava açma hakkı bulunduğundan, işin esasına girilmesi, tarafların temlikin muvazaalı yapıp yapılmadığı yönünde, tüm delillerinin toplanması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile sözleşmenin yapıldığı sırada, davacının mirasçı bulunmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.” (Yargıtay 1 HD, 1995/6459 – 8763, 13.6.1995, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz Yargıtay HGK, 1-596/737, 6.11.1996, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁶ “...muvazaalı temlike konu taşınmazın murisin terekesinde kalacağı, murisin ölümü ile de tüm mirasçıların taşınmazda mirastan kaynaklanan hak sahibi olacakları.... Açktır...” (Yargıtay 1 HD, 4564/6700, 22.11.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁷ Serozan ve Engin (n 18) § 3, N 30, 222.

¹¹⁸ Oğuzman, *Miras* (n 112) 225; M Kemal Oğuzman, ‘Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası’ (1990) Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan 187, 189.

¹¹⁹ “...Miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile Borçlar Kanununun 18. maddesine, dayalı muvazaa nedeniyle iptal-tescil davası da açabileceklerine karar verilmiştir.” (Yargıtay IBK, 4/5, 22.5.1987, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). “...Hal böyle olunca; davacının öncelikli talebi olan pay oranında tapu iptal ve tescil isteği yönünden değerlendirme yapılarak evvela bu talep konusunda bir karar verilmesi; eğer muvazaa iddiasının reddi gerektiği kanaatine varılırsa bu durumda terditli olarak talep edilen tenkis isteği yönünden değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.” (Yargıtay 1 HD, 72/4102, 21.3.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Tenkis davası açılıp sonuçlandıktan sonra, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmayacağı yönünde bkz Yargıtay 1 HD, 5687/6367, 18.5.2000, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kararın eleştirisi için ve saklı paylı mirasçıların tenkis davası açmalarının sonradan muvazaaya dayalı olarak dava açmalarına engel olmayacağı yönünde bkz Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi C-I* (On İki Levha 2018) N 1536.

¹²⁰ Ayrıca tenkis talebiyle açılan davanın ıslah yoluyla muvazaa davasına dönüştürülebileceği yönünde bkz Yargıtay 2 HD, 4944/8237, 22.6.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Muvazaa nedeniyle açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının da ıslah ile tenkis davasına dönüştürülebileceği ancak bu halde tenkis davası için aranan süreye dikkat edilmesi gerektiği yönünde bkz Sert Sütçü (n 83) 180.

karşı çıkanların olduğu¹²¹ ve özellikle önce tenkise sonra muvazaaya dayanarak terditli dava açılması yönünden kararın eleştirildiği görülmektedir¹²². Diğer taraftan muvazaa nedeniyle geçersiz olan satış sözleşmesinin bağış sözleşmesinin şeklini karşıladığını ve gizli işlemin de geçerli olduğunu kabul eden görüş çerçevesinde, muvazaalı satışın hükümsüzlüğünü tespit ettiren saklı paylı mirasçılarının, geçerli olan bağışlamanın tenkisini dava edebilecekleri de kabul edilir¹²³.

Mirasbırakanın mal kaçırma kastının olup olmadığını, diğer bir ifadeyle muvazaalı işlemi yapmaya yönelik iradesinin tespitinde Yargıtay, somut olaya göre, ülkenin veya bölgenin geleneklerini, toplumsal eğilimi, olayların olağan akışını, mirasbırakanın haklı ve makul bir nedeninin olup olmadığını, davalının satın alma gücünü, taraflar ile mirasbırakan arasındaki ilişkiyi, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki farkı dikkate alır¹²⁴⁻¹²⁵.

Muris muvazaasında mirasçılardan mal kaçırma kastının bir unsur olarak aranması nedeniyle mirasbırakanın paylaşırma amacı ile yaptığı işlemlerde muvazaa hükümlerinin uygulanmayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹²⁶. Aynı şekilde öğretide de mirasbırakanın sağlığında paylaşırma kastı ile yaptığı satışlarda, mal kaçırma kastı olmayacağı ve dolayısıyla muris muvazaasından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir¹²⁷⁻¹²⁸.

¹²¹ Resmî şekildeki klasik hükümsüzlük görüşünün miras hukukuna kaydırılarak saklı payı ihlal edilmemiş olan mirasçıya geçersizlik davası açma hakkını tanıyan 1.4.1974 tarihli İBK ve onun daha ağırlaştırılmış şekli 22.5.1987 tarihli İBK ile Türk-İsviçre Miras Hukukunun benimsediği esaslara ve Türk toplumunun ihtiyaçlarına aykırı bir çözümün ortaya çıktığı; mirasçının ancak tenkis davası açabileceği, hukuki menfaati ihlal edilmiş üçüncü kişi durumunda olmadığı için muvazaa veya şekil noksanlığı sebeplerine dayanarak dava açamayacağı yönünde bkz Yaşar Karayalçın, 'Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır? (1.10.1953, 11.4.1974 ve 22.6.1987 Tarihli İhtihadi Birleştirme Kararları)' (1989) Yasa Dergisi 323, 337; Yaşar Karayalçın, *Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma* (Türhan 2000) 15.

¹²² Önce tenkis talep ederek sadece saklı payını geri almaya razı olan mirasçısının, sonrasında muvazaa nedeniyle işlemin tümüyle geçersizliğini ileri sürmemesi gerektiği, bu durumda ancak muvazaa gerekçesiyle tüm mülkiyet hakkının korunması, bu kabul edilmediğinde sadece saklı payın tenkisinin istenmesi şeklinde bir sıra takip edilebileceği yönünde bkz Dural ve Öz (n 13) N 1151. İhtihadi Birleştirme Kararındaki sıranın olsa olsa önce muvazaa nedeniyle görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü tespit edildikten sonra gizli işlemin şekle aykırılığı nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi; gizli işlemin geçersizliği herhangi bir şekilde ileri sürülemiyorsa tenkisin talep edilmesi şeklinde olabileceği yönünde bkz Kocayusufpaşaoğlu, *Ek Kitap* (n 113) 26. Diğer taraftan aslında mirasçının münhasıran muvazaa davası ile de sonuç almasının mümkün olmayacağı yönünde bkz Kocayusufpaşaoğlu, *Ek Kitap* (n 113) 29-30.

¹²³ Serozan ve Engin (n 18) § 3, N 30. Bu şekilde saklı paylı mirasçının tenkis davası açmasını önlemek isteyen mirasbırakanın amacına ulaşmasının engellenmiş olduğu, böyle bir muvazaaya başvurulmuş olmasının saklı payı etkisiz kılma kastını ispatlamaya yettiği, bu nedenle açılacak tenkis davasının TMK 565 b. 4'e tabi olacağı ve bir yıllık süre sınırı olmadan dava açılabileceği yönünde bkz Serozan ve Engin (n 18) § 3 N 30, n 30.

¹²⁴ "...ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır..." (Yargıtay 1 HD, 5420/8997, 14.9.2004, Kazancı İhtihat Bilgi Bankası).

¹²⁵ Mal kaçırma amacıyla yapılan muvazaalı devir, mirasçılar dışında üçüncü bir kişiye de yapılmış olabilir. Aradaki anlaşma gereği üçüncü kişi, mirasbırakandan devraldığı taşınmazı sonradan onun arzu ettiği bir mirasçıya devredebilir. Bkz Uyar Hatipoğlu (n 101) 119; Sert Sütçü (n 83) 106.

¹²⁶ Yargıtay HGK, 1-295/333, 16.6.2010; Yargıtay 1 HD, 4662/8144, 28.6.2012; Yargıtay 1 HD, 2014/14650, 2016/3057, 15.3.2016; Yargıtay 1 HD, 2018/2238, 2019/2654, 15.4.2019 (Kazancı İhtihat Bilgi Bankası). Bu durumda denkleştirme hükümlerinin (TMK 669 vd) uygulanması gerektiği yönünde bkz Acabey (n 100) 484.

¹²⁷ İmre ve Erman (n 13) 297; Uyar Hatipoğlu (n 101) 25-126; Eviz (n 101) 62. Mirasbırakanın mal kaçırma kastı olmadan, sağlığında paylaşırma amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerde, gizli işlemin şekle aykırılığı nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesi yoluna gidilmemesi gerektiği, aksi takdirde esasın haklı gerekçe olmadan şekle feda edilmiş olacağı yönünde bkz İmre ve Erman (n 13) 297.

¹²⁸ Yapılan kazandırmaların değerlerinin birbirleriyle uyumlu olduğu hallerde adil ve usul ekonomisine uygun görünen bu çözümün sağlam dayanağı olmadığı yönünde bkz Dural ve Öz (n 13) N 1156.

Mirasbırakanın, bir mirasçısının üçüncü kişiden satın aldığı taşınmazın bedelini ödediği (gizli bağış olarak nitelendirilen) durumda muris muvazaası olmadığı¹²⁹, tenkis¹³⁰ ve denkleştirme hükümlerine başvurulabileceği kabul edilir¹³¹.

Yargıtay ve öğretideki hakim görüşten farklı olarak, muris muvazaası olarak kabul edilen hallerde, aslında muvazaa değil kanuna karşı hilenin¹³² söz konusu olduğunu ileri süren bir görüş de vardır. Bu görüşe göre; kanuna karşı hilenin yaptırımı iptal değil, tarafların ulaşmak istediği hukuki sonucun önlenmesi olduğu için ve taraflar da burada tenkis davasını önlemek istediklerinden buradaki işlemin yaptırımı da hükümsüzlük değil, saklı paylı mirasçılardan tenkis davası açabilmeleri olmalıdır¹³³.

B. Tarım Arazilerinin Devrinde Muris Muvazaası

Uygulamaya baktığımızda mirasbırakanın yaptığı muvazaalı işlemlerin büyük bir kısmında, mirasçılardan mal kaçırma kastıyla hareket edilmekte, yukarıda da bahsedildiği üzere çeşitli nedenlerle mirasçılar arasında ayırım yapılmaktadır ve bu ayırımın hukuki sonuçlarından, özellikle de tenkis hükümlerinden kaçınmak amaçlanmaktadır. Diğer taraftan bazı hallerde mirasbırakanın mal kaçırma kastı olmamakta, hatta mirasbırakan tapu memurunun yanlış yönlendirmesi sonucu böyle bir işlem yapabilmektedir. Örneğin, mirasbırakan aslında kendisine bakmakta olan ve ölene kadar da bakmayı vaat eden alt soyuna, bu emeğinin karşılığı olarak bir taşınmazını devretmek için tapu müdürlüğüne gittiğinde, bu iradesini açıklamasına rağmen tapu memuru ölünceye kadar bakma sözleşmesi düzenlemek yerine satış sözleşmesi düzenleyerek bu konuda farkındalığı olmayan mirasbırakanın muvazaalı işlem yapmasına vesile olabilmektedir¹³⁴. Hatta bu halde mirasbırakanın üçüncü kişileri aldatma kastı olmadığından yola çıkarak ortada genel anlamda muvazaalı bir işlemin olmadığı da söylenebilir¹³⁵.

¹²⁹ Atamulu (n 81) 41; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 82) N 1441, n 397; Sert Sütçü (n 83) 102. “01.04.1974 tarihli ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı konusu ve sonuç bölümü itibariyle, mirasbırakanın kendi üzerindeki tapulu taşınmazlar yönünden yaptığı temlikli işlemler için bağlayıcıdır. Somut olayda olduğu gibi bedeli ödenerek “gizli bağış” şeklinde gerçekleştirilen işlemler hakkında anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının doğrudan bağlayıcı olma niteliği yoktur. Bunun yanı sıra, karara, yorum yoluyla gizli bağış iddialarına yönelik olarak uygulama olanağı sağlanamayacağı; Hukuk Genel Kurulunun 30.12.1992 tarihli 586/782 sayılı; 21.09.1994 tarihli ve 248/538 sayılı; 21.12.1994 tarihli ve 667/856 sayılı; 11.10.1995 tarihli ve 1995/1-608 sayılı kararlarında belirtilmiş; Dairenin yargısal uygulaması bu doğrultuda kararlılık kazanmıştır.” (Yargıtay 1 HD, 2014/1718, 2015/22, 12.1.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁰ Ayan, Eyya (n 104) 212; Nomer (n 87) N 69.8; Eviz (n 101) 104.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz Emrehan İnal, “Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Miras Bırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu” (2007) 65(2) İÜHF 277 vd.

¹³² Kanuna karşı hile hakkında bkz M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (Vedat 2019) N 906 vd; Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)* (Selülöz 1950) 7 vd.

¹³³ Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (Seçkin 2019) N 1137. Yazarlara göre ayrıca burada hâkim görüşün aksine bir şekil eksikliği de yoktur. Taşınmaz bağış sözleşmesi, resmi şekilde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinin içinde gerçekleşmiştir. Her iki sözleşmenin de amacı taşınmaz devri olduğu için burada tahvil kurumunun tipik bir uygulaması söz konusudur. Bkz N 1137, 1373. Burada yazarların tahvile gitmesi eleştiriyeye açıktır.

¹³⁴ Yargıtay, taraflar arasında yapılmış ölünceye kadar bakma sözleşmesi olmamasına rağmen, yapılan satış sözleşmesinin karşılığının emek de olabileceğinden yola çıkarak, sağlığında kendisine baktığı tespit edilen mirasbırakanın gelinine yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde, mirastan mal kaçırma kastı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz Yargıtay 1 HD, 3636/13452, 15.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bununla birlikte satış bedelinin mutlaka para olarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2017) 36; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1* (Vedat 2008) 84.

¹³⁵ Bkz II/A.

Özellikle kırsal bölgelerde, mirasbırakan, maliki olduğu tarım arazisini hayatta iken o arazi ile en fazla ilgilenen, emek ve para harcayan hatta bazen araziye köy/ çiftlik evi inşa eden çocuğuna bırakmayı tercih etmektedir; ancak devir taahhüdü ivazsız olmasına rağmen tapuda satış sözleşmesi şeklinde düzenlendiğinde işlem muvazaalı hale gelmektedir. Ne var ki yukarıda da açıkladığımız üzere¹³⁶, muris muvazaası nedeniyle işlemin geçersiz kılınabilmesi için öncelikle mirasbırakanın diğer mirasçılardan mal kaçırma kastı olması aranır. Her somut olayda hakim, mirasbırakanın mal kaçırma kastının olup olmadığını tespit ederken yine yukarıda da belirttiğimiz çeşitli kıstasları dikkate alır. Bölgenin gelenekleri, mirasbırakanın makul ve haklı nedeni gibi durumları göz önünde tutarak, hakim, tarım arazisine ilişkin muvazaalı işlemde, mal kaçırma kastının olmadığına karar verebilir. Örneğin, ailenin en büyük çocuğuna işletmekte olduğu tarım arazisini bırakmak, bölge gelenekleri arasında sayılabilir.

Muvazaalı işlemin konusu, 5403 sayılı Kanun kapsamına giren bir tarım arazisi olduğunda, muris muvazaasının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenirken söz konusu Kanun hükümlerinin ve özellikle bu kapsamda tarım arazilerinin bütünlüğünün dikkate alınması gerekir. Tarım arazilerinin bütünlüğünün tehlikeye düşmesi halinde muris muvazaasının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu öğretide ileri sürülmüştür¹³⁷. Benzer şekilde, bir babanın, tarım arazisinin mirasçılar arasında parçalanmasını önlemek amacıyla sağlığında, yasal sınırlar içinde, bir oğlu lehine bağışta bulunmasını ya da görünürde satış gerçekte bağış yapmasını, eşyanın niteliğine uygun bir işlem olarak tanımak gerektiği, ayrıca taşınmazların miras yoluyla aşırı ve ekonomik üretime imkan vermeyecek şekilde bölünmesinin ve parçalanmasının da üzerinde durulması gereken ciddi sosyal bir olay olduğu da öğretilerde ifade edilmiştir¹³⁸.

5403 sayılı Kanun ile tarım arazilerinin devrinde ehil mirasçıya öncelik tanınması ve tarım arazilerinin bütünlüğünün korunmasına ilişkin kurallar emredici kurallardır. 5403 sayılı Kanun gereği, mirasbırakan, yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile tarım arazisinin devredileceği ehil mirasçıyı kendisi de belirleyebilir. Bu konuda sulh hukuk hakimine itiraz edildiğinde (8/F/II), mirasbırakanın iradesi esas alınarak, bu itirazın konusu ve değerlendirilmesi ancak belirlenen mirasçının gerçekten ehil olup olmadığı ile ilgili olmalıdır¹³⁹. Mirasbırakanın ehil mirasçıyı belirleme iradesini sağlararası bir işlemle ortaya koyması da evleviyetle mümkündür. Zira mirasbırakan sağlığında dilediği gibi tasarrufta bulunabilmektedir; bu tasarruflara karşı mirasçıların

¹³⁶ Bkz II/A.

¹³⁷ Kaplan (n 114) 368.

¹³⁸ Yaşar Karayalçın, ‘‘16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 Sayılı İctihadi Birleştirme Kararı’’ ‘‘Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Muvazaa Nedeniyle Dava Açabilir’’ Görüşü ve Diğer Problemler’, (1991) Prof. Dr. Jale G. AKİPEK’e Armağan 209, 214. KARAYALÇIN’ın bu yöndeki görüşünün eleştirisi için bkz İsmet Sungurbey, ‘Mirasbırakanın Danışıklı (Muvazaalı) İşlemleri Konusunda Sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Zorunlu Bir Yanıt’ (1994) 6 Medeni Hukuk Sorunları 19, 58 vd.

¹³⁹ I/B/3

miras payları ise denkleştirme ve tenkis hükümleri ile korunmaktadır. Bunun yanında mirasbırakanın yaptığı işlem muvazaalı ise tapu sicilinin düzeltilmesi için de dava açılabilir. Ancak muvazaalı işlemin konusu, 5403 sayılı Kanun kapsamında bir tarım arazisi ve tarafı da ehil mirasçı olduğunda, mal kaçırma kastının ve muris muvazaasının söz konusu olup olmadığı kanaatimizce tartışmalı hale gelir. Bu konudaki değerlendirmelerimizi aşağıda ayrı başlık altında açıklayacağız.

III. Değerlendirme ve Sonuç

5403 sayılı Kanun ile tarım arazilerinin ekonomik bütünlüğünün korunması ve işlevini kaybetmesine neden olacak şekilde parçalanmasının önlenmesi amaçlandığından, bu arazilerin miras yoluyla bölünmesinin önüne geçilmesi için öncelikle, varsa, bir ehil mirasçı tarafından işletilmesi gerekir. 5403 sayılı Kanun çerçevesinde, tarım arazilerinin bütünlüğünün korunması amacı doğrultusunda, gerektiğinde mülkiyet hakkına ve miras hukukuna ilişkin temel ilkelerden taviz verildiği görülmektedir.

Kanun'un amacı ve miras hukukuna ilişkin getirdiği hükümler dikkate alındığında, tarım arazilerinin ehil mirasçılara bırakılması önem arz eder¹⁴⁰ ve bir ölüme bağlı tasarruf ile ehil mirasçı belirlendiğinde, söz konusu mirasçının gerçekten tarım arazilerini işletmede ehil olması koşuluyla, mirasbırakanın bu iradesine uygun hareket edilmektedir.

Mirasbırakan, tarım arazisini, tenkis kurallarını ihlal etmemek koşuluyla, sağlararası bir işlemle de devredebilir. Tarım arazisi, ivazsız bir şekilde bir mirasçıya devredildiğinde, yapılan sağlararası işlem, tenkis ve denkleştirme kurallarına tabi olmakla birlikte, kural olarak geçerlidir. Ancak mirasbırakan bu işlemi, muvazaalı bir şekilde de yapmış olabilir. 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince mirasbırakanın yaptığı muvazaalı işlem, ancak mirasçılardan mal kaçırma kastı yoksa geçerli kabul edilir.

Muris muvazaasına ilişkin 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı, mirasbırakanın iradesinin üstünlüğü, tasarruf özgürlüğü, saklı paylı mirasçıları özel olarak koruyan hükümlerin varlığı, ayrıca mirasbırakanın TMK 2/II'ye aykırı şekilde ileri süremeyeceği şekle aykırılığın, mirasçılar tarafından da ileri sürülememesi gerektiği vurgulanarak eleştirilmektedir. Kararın yerindeliği tartışmaya açık olmakla birlikte, en azından uygulandığı süreçte Türk Medeni Kanunu'nun miras hükümlerindeki ve diğer kanunlardaki değişiklikler dikkate alınarak, yeniden yorumlanması gerekir. Bu yorum yapılırken özellikle tarım arazilerinin bütünlüğünün korunması, mirasbırakanın saklı pay sınırları içerisinde sahip olduğu tasarruf özgürlüğü ve bu özgürlük çerçevesinde miras bırakanın ehil mirasçıyı belirleme iradesi dikkate alınmalıdır.

¹⁴⁰ Bkz I/B/3.

Buna göre özellikle saklı payı olmayan ya da ihlal edilmeyen mirasçılarının muvazaası nedeniyle açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, mirasbırakanın iradesine ve tasarruf özgürlüğüne üstünlük tanınabilir. Bu mirasçılar, koşulları varsa denkleştirme hükümlerine başvurabilirler.

Bununla birlikte muvazaalı işlemin konusu, 5403 sayılı Kanun kapsamında bir tarım arazisi ve tarafı da ehil mirasçı ise söz konusu kanun hükümlerinin emrediciliği ve Kanun'un amacı karşısında, davayı açan saklı pay sahibi mirasçılar dahi olsa, artık mal kaçırma kastından ve muris muvazaasından söz edilmemelidir. Bu halde mirasçılar, koşulları varsa tenkis ve denkleştirme hükümleri ile yeterince korunmaktadır.

Diğer taraftan muvazaalı işlemle tarım arazisi ehil olmayan bir mirasçıya devredilmişse ve diğer mirasçılar arasında tarım arazisini işletmeye istekli bir veya birden fazla ehil mirasçı varsa, bu halde sadece tenkis ve denkleştirme hükümlerine gidildiğinde tarım arazisinin ehil olmayan bir mirasçının elinde kalmasının önüne geçilemeyeceği için, muris muvazaasına dayanarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması ve tarım arazisinin terekeye dahil olması, 5403 sayılı Kanun'un amacı dikkate alındığında daha isabetli görülmektedir. Zira 5403 sayılı Kanun ile tarım arazisinin bölünmemesi ve öncelikli olarak bu konuda ehil bir kişinin yönetiminde olması amaçlanmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acabey MB, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası' iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A Hulki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 471-487.
- Aday N, *Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa* (Kazancı Hukuk Yayınları 1992).
- Akbulut PE, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması* (On İki Levha 2016).
- Antalya G ve Sağlam İ, *Miras Hukuku* (Legal 2015).
- Atamulu İ, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa* (Adalet 2017).
- Ayan M, *Eşya Hukuku –II- Mülkiyet* (Seçkin 2016).
- Ayan M, *Miras Hukuku* (Seçkin 2016).
- Aybay A, *Miras Hukuku Dersleri* (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2003).
- Aydoğdu M, *Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı* (Adalet 2013).
- Bağcı Ö, 'Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali' iç Tuğçe Tuzcuoğlu ve A Hulki Cihan (edr), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 71-76.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi C-1* (On İki Levha 2018).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019).
- Erdoğan K, 'Tarım Arazilerinin Miras Yolu İle İntikali'(2016) 24(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-179.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2019).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2017).
- Eren F/Başpınar V, *Toprak Hukuku* (Savaş 2017).
- Erman H, *Eşya Hukuku* (Der 2017).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (Fakülteler Barış Kitabevi 2016).
- Esener T, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1956).
- Eviz E, *Muris Muvazaası* (On İki Levha 2019).
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976).
- Günay E, *Yargıtay Kararları Eşliğinde Mirastan Mal Kaçırma (Tapulu Taşınmazlarda Muris Muvazaası)* (Seçkin 2013).
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984).
- Hatemi H, *Miras Hukuku* (On İki Levha 2018).
- Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1991).
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2017).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (Der 2018).
- İnal E, 'Denkleştirme ve Tenkis Davalarında Parası Miras Bırakan Tarafından Ödenerek Mirasçılardan Biri Adına Alınan Taşınmazların Durumu' (2007) 65(2) İÜHF 277-298.
- İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (Seçkin 2019).
- Jäggi P, Gauch P and Hartmann S, *Zürcher Kommentar Obligationenrecht Art. 18 OR, Auslegung Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation, 4A* (Schulthess 2014).

- Kaplan İ, 'Muris Muvazaası' (2016) 15(1) İKÜHFD (Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan) 349-369.
- Karayalçın Y, 'Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır? (1.10.1953, 11.4.1974 ve 22.6.1987 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları)' (1989) Yasa Dergisi 323-337.
- Karayalçın Y, '“16.3.1990 Tarih ve K. 1990/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı” “Saklı Payı İhlal Edilmemiş Mirasçı Muvazaa Nedeniyle Dava Açabilir” Görüşü ve Diğer Problemler', (1991) Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan 209-230.
- Karayalçın Y, *Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Bir Tartışma* (Turhan 2000).
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (Turhan 2018).
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2019).
- Kramer E and Schmidlin B, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Band/Nr. VI/1/1* (Stämpfli 1986).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (Filiz Kitabevi 2014).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 1987).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku Ek Kitap* (Filiz Kitabevi 1992).
- Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2019).
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku* (Filiz Kitabevi 1995).
- Oğuzman MK, "Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tenkis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 187-199.
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (Vedat 2019).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2019).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (Vedat 2019).
- Ozanemre Yayla HT, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011).
- Özay OL, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (Yetkin 2015).
- Özbilen AB, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On İki Levha 2016).
- Özçelik ŞB, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi' (2015) 19(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-110.
- Özmen İ ve Özkaya E, *Muvazaa Davaları* (Adalet 1993).
- Postacıoğlu İE, 'Namı Müstear ve Muvazaa Meseleleri Hakkında Yeni Görüşler' (1955) A. Samim Gönensay'a Armağan 164-193.
- Reisoğlu S, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2012).
- Ruhi C ve Ruhi AC, *Muris Muvazaası* (Seçkin 2017).
- Sağlam İ, 'Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi' (2010) 16(1-2) MÜHFHAD 201-231.
- Serozan R ve Engin İ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (Seçkin 2018).
- Sert Sütçü S, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (Seçkin 2018).

- Sevinç Aydın B, 'Bekletici Sorun' (2012) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 30 <tez.yok.gov.tr >Erişim Tarihi 27.6.2019.
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (Yetkin 2019).
- Sungurbey İ, 'Mirasbırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay'ın 1.4.1974 Gün 1/2 Sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez' (1994) 6 Medeni Hukuk Sorunları 7-18.
- Sungurbey İ, 'Mirasbırakanın Danışıklı (Muvazaalı) İşlemleri Konusunda Sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Zorunlu Bir Yanıt' (1994) 6 Medeni Hukuk Sorunları 19-66.
- Şen Doğramacı H, '6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2017) 13(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-94.
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/1* (Vedat 2008).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989).
- Topçuoğlu H, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)* (Selüloz 1950).
- Topuz M, 'Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler' (2016) 15(2-2) İKÜHFD (Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan Özel Sayı) 709-728.
- Uyar Hatipoğlu Z, 'Yargıtay İçtihatlarına Göre Muris Muvazaasında Miras Bırakanın Asıl İradesinin Tayini' (2017) 22(36) DÜHFD 109-135.
- Uyumaz A ve İlhan O, 'Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri' (2018) 24(2) MÜHFHAD 877-878.
- Von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt: 1-2*, Çeviren: Cevat Edege (Yargıtay Yayınları 1983).
- Yavuz C ve Topuz M, 'Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler' (2015) 21(2) MÜHFHAD (Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 663-700.
- Yüce MB, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanuni Kısıtlamalar' (2011) 10(2) İKÜHFD 105-140.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 06.02.2020
Revizyon Talebi: 26.02.2020
Son Revizyon Tarihi: 05.04.2020
Kabul: 08.04.2020

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sifatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler

Şafak Narbay* , Şengül Al Kılıç**

Öz

Bononun mutlak zorunlu unsurlarından birisi de, düzenleyenin imzasıdır. Bazen kanuni bir zorunluluktan, bazen de kişinin iradesinden ötürü bono temsilci aracılığıyla da düzenlenebilir. Dolaylı temsile ilişkin durum haricinde, bu şekilde düzenlenen bonolarda düzenleyen sıfatı, temsil olunana aittir. Ticaret şirketleri ise, iradelerini yetkili organları aracılığıyla ortaya koyabilirler. Ancak ticaret şirketlerinin yetkili organı eliyle düzenlenen bir bonoda, temsil ilişkisinden söz edilemez. Bu senet bizzat ticaret şirketi tarafından düzenlenmiş olarak kabul edilir. Çalışmamıza konu Yargıtay kararında, biri sağ alt köşeye biri de matbu kefil kısmına basılan şirket kaşelerinden yalnızca sağ alt kısımdaki şirket kaşesinin, kaşeyi taşımadan aynı yetkili temsilci tarafından iki kez imzalanması suretiyle düzenlenen bir bonoda, senette matbu olarak yer alan ödeyecek kısmının, şirketin yetkili temsilcisinin adı ve soyadı yazılarak doldurulduğundan bahisle, yetkili temsilcinin düzenleyen; şirketin ise, avalist olduğu sonucuna varılmıştır. Oysa, Kanunda aranılan (mutlak) zorunlu unsur, düzenleyenin imzası olduğundan; şirketin yetkili temsilcisi eliyle şirket unvanı altında imzalanan bir bonoda, düzenleyen olarak “şirket” kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Bono, İmza, Ticaret şirketi, Yetkili temsilci, Aval

Legal Thoughts on Determining the Primary Debtor Concerning Promissory Notes Issued Through Authorized Representative of the Company within the Scope of the Decision Dated 23.01.2017 and Numbered 2017/38-2017/444 of the Court of Appeals for the 11th Circuit

Abstract

One of the absolute compulsory elements of the promissory note is the signature of the issuing person. Sometimes due to a legal obligation or sometimes the will of the person, the promissory note can be issued through an authorized representative. Except for the situation related to the term indirect representation, it is the represented person who is deemed to have the legal responsibilities on the promissory note as issuing the instrument if it is issued through a legal representative. Commercial companies use their will through their authorized bodies. However, the term representation cannot be mentioned when a promissory note is issued through the authorized bodies of the commercial companies. Instead, this instrument is deemed to be issued directly by the commercial company itself. The decision of the court of appeals, which constitutes the subject of our work, is related to two marks of the company stamp; one of which is located on the right bottom corner of the instrument, and the other one, which is located on the printed designated area for

* **Sorumlu Yazar:** Şafak Narbay (Prof. Dr.), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: safaknarbay@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-3202-4395

** Şengül Al Kılıç (Dr. Öğr. Üyesi), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye. E-posta: sal@erzincan.edu.tr ORCID: 0000-0002-1139-3255

Atrf: Narbay S, Al-Kilic S, “Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sifatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler” (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 193. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0007>



the guarantor. The one which is located on the right bottom corner of the instrument, is signed twice, without exceeding the mark of the stamp. In the context of this very instrument, it is decided upon that the company is the legal person who signs a surety, and the authorized representative of the company is the person who issues the instrument, regarding the fact that the printed designated area, indicating the person who performs the payment, filled with the name and surname of the authorized representative. However, the company itself should be deemed as the person who issues the instrument, even if the promissory note is signed by an authorized representative under the commercial name of the commercial company, since the signature of the person who issues the instrument is an absolute mandatory element required by the law for issuing the promissory note.

Keywords

Promissory Note, Signature, Commercial company, Authorized representative, Aval

Extended Summary

Like the rest of the negotiable instruments, a promissory note must contain the signature of the person who issues the instrument. Pursuant to specific provisions of law, a wet signature is required on the instrument. For the liability of the person who issues the instrument to arise, this signature must be affixed to comprise the whole instrument which contains the rest of the compulsory elements. In that manner, a sole signature of the person who issues the instrument will be enough to issue a negotiable instrument if the rest of the compulsory elements exist.

The right to issue a negotiable instrument can be exercised by persons aside from the owner. Hence, the wet signature can be affixed by the right owner, as well as a representative having his authority from either assignment of the right owner or a legal necessity. Representation can be subject to several discriminations like voluntary-legal, direct-indirect, active-passive representation, but the sort of representation mainly regulated in Turkish Code of Obligations is direct representation. In case of direct representation, the representative issues the instrument, and the represented person will have the statue of the issuer. However, according to specific provisions of Turkish Code of Obligations, an unauthorized representative will legally be liable as the issuer had the issuer himself does not perform a latter ratification. In case the representative exceeds his legal authority, and this being not subject to a latter validation by the represented legal person, it is proper to acknowledge that the representative will be liable for the exceeded amount, and the represented legal person will be liable for the authorized amount.

To issue a promissory note to a commercial company, it must be signed under the trade name of the company by the authorized body due to fact that the will of the commercial company can only be used by virtue of their authorized bodies. Under this circumstance, an act of the body of the commercial company will be at stake rather than an act of representation. Therefore, the promissory note will be deemed to be issued directly by the commercial company. In case of representation of the commercial company, the general rule is to represent the commercial company

through double signature, but it can be decided otherwise. A single wet signature of the authorized representative of the commercial company is enough for issuing a negotiable instrument if the company is being represented with single signature. However, the single representative may often affix a double signature of his own due to practical habits. According to the permanent jurisprudence of the Turkish Court of Appeals, as long as the repetitive signature is also affixed onto the stamp, the commercial company will remain as the sole liable entity. However, if the repetitive signature is not affixed onto stamp, the court rules that the commercial company remains as the main liable entity and the natural person who owns the signature gives aval in favor of the commercial company.

For the promissory note in the concrete case, The Court of Appeals for the 11th Circuit diverts from this permanent jurisprudence. In the case held by the court, the single representative of the company affixed two stamp marks with the trade name of the entity onto to instrument. One of which was located on the right bottom corner of the instrument while the other was located on the designated printed part for the guarantor. The representative signed the stamp mark on the right bottom corner twice without exceeding the area of the mark, but he did not sign the other one. However, he filled the designated part for payer with his credentials. Bearing that in mind, the court decided that the representative is the primary obligator of the instrument, and the company is the legal person that gives aval in favor of the representative because of the repetitive signature on the stamp mark of the company. In several aspects, that decision of the court could be criticized. First of all, to issue a promissory note to a commercial company, signature of the representative under the trade name of the company is sufficient, which is already provided in concrete case. It should be deducted that -as it is also decided permanently by the Turkish Court of Appeals- the company itself must be solely liable for the instrument since the repetitive signature does not exceed the area of the stamp mark of the company. Marking the designated area for guarantor with the stamp of the company will have no legal consequence unless it is also signed by the representative. Filling the designated area for the payer with the credentials of the representative is not enough to become the issuer of the instrument unless it is clearly signed by the representative, since to become an issuer of the promissory note requires the signature of the issuer himself, pursuant to article 776/1-(g) of the Turkish Commercial Code. Thus, we conclude that unless there is a signature of the representative located apart from the area of the stamp mark under the trade name of the commercial company, deciding that the representative himself could be deemed as the primary obligator and the issuer just because of his existing credentials on the designated area for payer would be contrary to law.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarih ve 2017/38 Esas, 2017/444 Karar Sayılı Kararı Çerçevesinde Şirketin Yetkili Temsilcisi Aracılığıyla Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sıfatının Belirlenmesi Üzerine Düşünceler

I. Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) “Üçüncü Kitabı”, “Kıymetli Evrak”a (TTK m 645 ilâ 849) ayrılmış olup, Kıymetli Evrak Kitabı'nın “Dördüncü Kısım”nda ise, sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine göre “Kambiyo Senetleri (TTK m 670 ilâ 823)” düzenlenmektedir. Kambiyo senetlerinden biri de, TTK m 776 ilâ m 779 arasında kendine yer bulan “bono (*emre yazılı senet*)”dur. Kambiyo senetlerinde ve özelinde bonoda aranılan sıkı şekil şartları, Kanun'da öngörülen usule uyulmaması ihtimalinde, bu senedin kambiyo senedi vasfını taşımasının önüne geçmektedir (TTK m 777/1).

Bir senedin bono vasfını kazanabilmesi için aranan koşullar, “A) Unsurlar” kenar başlıklı TTK m 776'da ve “B) Unsurların bulunmaması” kenar başlıklı TTK m 777'de açıkça hüküm altına alınmıştır. TTK m 776/1, (g)'ye göre, bir bonoda (mutlaka) bulunması gereken unsurlardan biri de, “düzenleyenin imzası”dır. Düzenleyenin, senedin asıl borçlusu haline gelebilmesi için senet metninde yer alması gereken bu imza, bazı hallerde doğrudan doğruya düzenleyenin kendi el mahsulü olarak atılırken; bazı hallerde düzenleyen sıfatını haiz kişi, yetkili temsilcisi aracılığıyla¹ atılan imza ile senedin asıl borçlusu halini almaktadır. Tüzel kişilerin bononun borçlusu haline gelebilmesi ve düzenleyen sıfatını haiz olması için ise, temsile yetkili organları aracılığıyla senet metninin imzalanması gerekmektedir. Hemen ve öncelikle vurgulanmalıdır ki, “düzenleyenin imzası” her üç kambiyo senedi açısından da senedin geçerliliği için mutlak zorunlu bir unsur olarak öngörülmüş olup; senedi düzenleyen kişinin, **senedin metnini kapsayacak şekilde senede atacağı tek bir imza**, diğer zorunlu unsurların da varlığıyla, düzenleyeni o senet dolayısıyla sorumluluk altına sokmaktadır.

Bununla birlikte uygulamada sıklıkla, ticaret şirketleri adına şirketi tek başına temsil etme konusunda yetkilendirilmiş olan temsilciler aracılığıyla düzenlenen bonolarda, yetkili temsilcinin bononun sağ alt köşesine temsil ettiği şirketin kaşesini bastıktan sonra, kaşe üzerine temsilci sıfatıyla imzasını attığı, ayrıca ve aynı zamanda bir de

¹ Hukuki işlemlerin yetkili temsilci aracılığıyla yapılmak istenmesi çeşitli gerekçelerden kaynaklanabilir. Bu hususta bkz Ferit H Saymen ve Halid K Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler Birinci Cilt* (Hak Kitabevi 1958) 285, 286; Turhan Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Selahiyete Müstenit Temsil* (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 1, 2; M Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genişletilmiş 22. Bası, Turhan 2018) (n 15) 307, 308; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009) 3; M Murat İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (Oniki Levha 2009) 7, 8; Bülent Karasu, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (Oniki Levha 2008) 36. Ayrıca bkz Turhan Esener, “Yetkisiz Temsil” II'inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler Tartışmalar, 10-18 Mayıs 1961 (Ankara 1962) 115, 115.

şirket kaşesinin yanında açığa imza attığı görülmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir kambiyo senedinin geçerliliği için, düzenleyenin/yetkili temsilcisinin ya da düzenleyen tüzel kişi ise, adına hareket eden temsilcisinin “*imzası*”nın bulunması yeterli iken, bu şekilde ikinci kez imza atılması, atılan bu ikinci imzanın hukuken nitelendirilmesi sorununu da beraberinde getirmektedir. Uygulamada bu durum o kadar yaygın bir hal almıştır ki, matbu olarak basılı birçok farklı bono örneğinde² düzenleyenin imzası yerinde matbu olarak “*iki imza*” atılmasını gerektirecek şekilde imza yerleri ayrıldığı görülmektedir.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda, aynı kişi tarafından atılan söz konusu ikinci imzanın, şirket kaşesinin üzerinde yer aldığı hallerde şirket tüzel kişiliği adına atıldığı, dolayısıyla da senedin tek ve yegâne borçlusunun şirket tüzel kişiliği olduğu sonucuna varılmaktayken³; ikinci imzanın şirket kaşesi dışında açığa atıldığı hallerde ise, yetkili temsilcinin şirket lehine aval verdiği kabulü gerektiğinden bahisle, şirketin “*düzenleyen*”; yetkili temsilcinin ise, “*avalist*” olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴.

Çalışmamıza konu olan Yargıtay kararında varılan sonuç ise, genel uygulamadan çeşitli açılardan ayrılmaktadır. Aşağıda tam metnine yer verdiğimiz kararda⁵; şirket kaşesinin biri açığa; diğeri ise, senet metninde matbu olarak yer alan “*kefil*” kısmına olmak üzere iki kez basılması ve ***yalnızca açığa basılan şirket kaşesi üzerine taşırılmadan aynı temsilci tarafından iki ayrı imza atılması suretiyle düzenlenmiş olan bir bonoda***, yetkili temsilcinin matbu olarak senet üzerinde yer alan “*ödeyecek kısmı*”nı kendi adı ve soyadını yazarak doldurmasından hareketle, ***temsilcinin asıl borçlu; şirket tüzel kişiliğinin ise, avalist*** sıfatına sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

² TTK hükümleri uyarınca bono ya da poliçe düzenlenebilmesi için “*bir kurum ya da kuruluş tarafından bastırılmış matbu bir metne*” ihtiyaç olmamakla birlikte, uygulamada özellikle “*matbu bono*” örnekleri koçanlar halinde bastırılmakta ve kırtasiyeler aracılığıyla satılmaktadır. Bono düzenlemek isteyen kişiler, bu örnekleri temin ederek, metinde boş bırakılan kısımları doldurmak suretiyle kullanma yolunu tercih etmektedir. Bunun yanında özellikle kredi kartı aramaksızın taksitle satım yapan işletmeler tarafından bilgisayar ortamında da matbu bono programları kullanılmakta, düzenleyenin imzası dışında bir bonoda yer alması gereken unsurlar, ihtiyari unsurlar ve hatta bonoya yazılmasının hiçbir hukuki değeri olmayan unsurlar bu metinlere dijital olarak yazılmakta, bono metni bilgisayar ortamında doldurulmakta sadece imza, ıslak imza olarak atılmaktadır.

³ YHGK, 12-480/598, 05.10.2011. Kararda özetle, *bononun ön yüzünde bulunan her iki imzanın da keşideci şirket kaşesi üzerine davacı/borçlu tarafından atıldığı, bu hususun davacı vekilince de kabul edildiği dikkate alındığında atılan ikinci imzanın avai serhi olmadığının belirgin olduğu sonucuna varılmıştır* [Erdogan Moroglu ve Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Oniki Levha 2014) 669]. Benzer yönde kararlar için bkz Y 12 HD, 21603/37037, 10.12.2012 [Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Poliçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi - Varant*, (Seçkin 2014) m 776, 560, 561]; Y 12 HD, 26621/2012-12145, 12.04.2012 [Mahmut Coşkun, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2016) 88]; Y 11 HD, 9761/1959 28.02.2011 [Coşkun (n 3) 91]; Y 12 HD, 9989/579, 21.01.2019 (<https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=16883> – Erişim Tarihi 17.07.2019). Y 12 HD, 24481/15073, 04.12.2017; Y 19 HD, 15397/3597, 26.06.2018 (KİBB - Erişim Tarihi 13.10.2019).

⁴ Bkz YHGK, 812/756, 04.04.2018 (*Kararda özetle, şirketin yetkili temsilcisinin senetdeki düzenleme tarihinin altında bulunan şirket kaşesi üzerine yetkili sıfatıyla imza attığı ancak aynı kişinin bir de kendi isim soy isim ve TC kimlik numarasını yazmak suretiyle ikinci bir imza daha attığı, atılan ikinci imzanın aval veren sıfatıyla atıldığı kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır*). Benzer doğrultuda kararlardan bazıları için ayrıca bkz Y 19 HD, 15397/3597, 26.06.2018 (KİBB - Erişim Tarihi 13.10.2019); Y 12 HD, 8949/17141, 06.05.2013 [Eriş (n 3) m 701 280, 281]; Y 12 HD, 29346/6184, 26.02.2013 [Coşkun (n 3) 88]; Y 19 HD, 4575/1622, 17.02.2010 [Mahmut Bilgen, *Uygulamada Kambiyo Senetleri (Poliçe, Bono, Çek) ve 5941 sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi* (Adalet 2010) 433].

⁵ Bkz “II” No’lu başlık.

Söz konusu bu kararın hukuki bakımdan yerindeliği üzerine kaleme alınan çalışmamızda öncelikle, bononun (mutlak) zorunlu unsurlarından biri olan “düzenleyenin imzası” hakkında bilgi verilmiş; akabinde, şirketin yetkili temsilcisi tarafından düzenlenen bonolarda asıl borçlu sıfatının belirlenmesi ile ilgili genel açıklamalarda bulunularak, Yargıtay kararında yer alan bilgiler ile varılan sonuçlar karşılaştırılmak suretiyle, şirketin yetkili temsilcisi aracılığıyla düzenlenen böyle bir bonoda **asıl borçlu** ve varsa **avalist** sıfatının kime/kimlere ait olduğunun tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

II. Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi’nin 23.01.2017 Tarihli Ve 2017/38 Esas İle 2017/444 Karar Sayılı Kararı⁶

“...İhtiyati hacze itiraz eden borçlu, 290.000,- TL nedeniyle verilen ihtiyati haciz kararı yönünden şahsi sorumluluğu bulunmadığını, diğer borçlu Limited Şirket temsilcisi olarak senet imzaladığını ileri sürmüştür.

Alacaklı, senette iki adet imza bulunması nedeniyle şahsi sorumluluk bulunduğunu ileri sürmüştür.

Mahkemece her iki imzanın da şirket kaşesi üzerinde bulunduğu belirtilerek ihtiyati hacze itirazın kabulüne karar verilmiştir. Mahkeme kararını alacaklı vekili temyiz etmiştir.

Dava, ihtiyati haciz kararına itiraza ilişkindir. Alacaklı bonoya dayalı olarak ihtiyati haciz istemiş olup, borçlulardan gerçek kişinin itirazı üzerine mahkemece itirazın kabulüne karar verilmiştir. İhtiyati haciz istemine konu olan bonoda ödeyecek kişi (asıl borçlu) olarak ... ismi olup, bono üzerine iki adet aynı limited şirket kaşesinin basıldığı ve kaşelerden birinin üzerinde aynı kişiye ait iki adet imza bulunduğu görülmektedir. İtiraz eden, her iki imzanın da şirketi temsilen kendisi tarafından atıldığını bu nedenle bono nedeniyle şahsi sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Bono üzerinde ...’nün asıl borçlu olarak ismi yazılı olduğundan bonodan kaynaklanan borç nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Bono metninde yer alan Limited Şirket ise asıl borçluya aval veren durumunda olup bono üzerindeki her iki imza asıl borçlu ile aval veren yönünden atılmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, asıl borçlu durumunda bulunan ihtiyati hacize itiraz eden gerçek kişinin itirazının reddedilmesi gerekirken mahkemece imzaların kaşe üzerinde bulunması hususu yanlış değerlendirilerek ihtiyati hacze itirazın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle ihtiyati haciz isteyen (alacaklı) vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden alacaklıya iadesine, 23.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

⁶ Karar metni için bkz <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> - Erişim Tarihi 24.09.2018.

III. Bononun Unsurları

A. Genel Olarak

Bir senedin “bono” olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan unsurlar, TTK m 776’da sıralanmıştır. Ancak TTK m 777 hükmüne bakıldığında, m 776’da sayılan bütün unsurların “*olmazsa olmaz unsurlar (mutlak zorunlu unsur)*” şeklinde değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Nitekim TTK m 777’ye göre, bazı unsurların senet üzerinde bulunmaması doğrudan doğruya senedin bono niteliği kazanmasına engel olurken; bazı unsurların yokluğu halinde ise, alternatif olarak Kanun’da sunulan ihtimaller göz önünde bulundurulmakta ve buna rağmen eksiklikler giderilemezse, senet bono olarak değerlendirilmemektedir. Bazı hallerde ise, unsurun bulunmamasının senedin bono vasfı üzerinde bir etkisinin olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷. Çalışmamızın odak noktasını, şirket adına yetkili temsilci eliyle düzenlenen bir bonoda asıl borçlu sıfatının tespiti oluşturduğundan, aşağıda yalnızca bir bonoda bulunması gerekli olan “*düzenleyenin imzası*” unsuru üzerinde durulacaktır.

B. Bonoda Düzenleyenin İmzası

Kambiyo senetlerinden bonoda düzenleyenin imzası, senedin “*bono/emre yazılı senet*” niteliğini kazanması için Kanun’da aranılan olmazsa olmaz koşullardan birini oluşturmaktadır [TTK m 776/1, (g), m 777/1]. Nitekim düzenleyenin imzasını içermeyen bir senedin bono sayılmayacağı, TTK m 777/1’de açıkça hüküm altına alınmıştır. Hal böyle olunca, öncelikle “*imza nedir?*” sorusuna bir yanıt aranmasında fayda bulunmaktadır.

Doktrinde *imza*, kuşkuya yer bırakmayacak biçimde bunu atan şahsa işaret eden, bu kişinin söz konusu metnin içeriğine hâkim olduğunu, metni kabul ettiğini ve onayladığını gösteren, sahibini borç, alacak ya da bir taahhüt altına sokan, kişiye ait

⁷ Bu nedenle doktrinde haklı olarak, bono ya da emre yazılı senette bulunması gereken unsurların esas itibarıyla önce “*zorunlu unsurlar*” ve “*ihtiyari unsurlar*” olmak üzere ikiye ayrıldığı; zorunlu unsurların kendi içerisinde “*mutlak zorunlu unsurlar*” ve “*alternatif zorunlu unsurlar*”; ihtiyari unsurların ise, “*Kanun’da yer alan ihtiyari unsurlar*” ve “*Kanun’da yer almamakla birlikte bonoya yazılabilecek ihtiyari unsurlar*” şeklinde alt ayrımlara tâbi tutulduğu görülmektedir. Bu şekilde yapılan ayrımlar için bkz Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersler, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (Üçüncü Bası Ankara 1970) 229; Naci Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Gazi Büro Kitabevi 1993) 302, 303; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1994) 157 ff; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası Bankacılık Enstitüsü 2018) 185 ff; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları 6728 sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu İle* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, Vedat 2018) 301 ff; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Adalet 2019) 250 ff; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş 17. Bası Beta 2019) 123, 125; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Bası, Dora 2018) 70; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (5. Bası Oniki Levha 2019) 91; Talih Uyar, “Bononun (Emre Muharrer Senedin) Geçerlilik Koşulları” (2001) *Prof Dr Mahmut Teyfik Birsal’e Armağan* 377, 377.

iz olarak tanımlanmaktadır⁸. Kural olarak imzanın el ile atılması gerekir (Bkz TBK m 15/1, c 1, ayrıca bkz TBK m 15/1, c 2 ve TBK m 16). İmzanın atılmasında ad ve soyadın birlikte kullanılması mümkün olmakla birlikte, imzanın mutlaka her ikisini içermesi şart değildir⁹. Sahibini belirlemeye yardımcı olması koşuluyla imzanın, başka unsurlardan oluşması veya müstear bir ad içermesi de mümkündür¹⁰.

Kanun koyucunun, imza bakımından kambiyo senetlerini sıkı şekil şartlarına tâbi tuttuğu ve mutlaka (*ıslak imza şeklinde*¹¹) el ile atılması şartını aradığı görülmektedir¹² [TTK m 778/1, (i)'nin atfı ile TTK m 756]. Nitekim “*imza yerine geçenler*” üst başlıklı TBK m 16/1’de, imza atamayanlar bakımından bir kolaylık getirilmiş ve *bu kişilerin imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilecekleri*¹³ düzenlenmiş olmakla birlikte; aynı maddenin 2’nci fıkrasında, kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklı tutulmuş (TBK m 16/2) ve TTK’da da, kambiyo senetlerinin imza yerine geçen bu araçlarla düzenlenemeyeceği açıkça vurgulanmıştır (TTK m 756/2). Yine, her ne kadar TBK

⁸ İsmail Birinciöğlü ve Erdem Özkara, “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı Ve İmza Analizi İle İslak İmza Kavramı” (2010) TBB Dergisi S 87 403, 411; Rıza Yılmaz, İsmail Birinciöğlü, Celal Bütün, Uğur Günaydın ve Sedat Yılmaz, “Pul Nakli İle Yapılan İmza Sahteciliği: Olgu Sunumu” (2004) Adli Tıp Bülteni C 9 S 3 91, 92. Ayrıca bkz Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku C 1 Genel Hükümler* (Üzerinde Çalışılmış ve İşlenmiş 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968) 145; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Yetkin 2018) 289; Necip Kocayusufpaşaoğlu (Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017) 280, N 6; İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Bası, Gazi 2017) 54; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (Schulthess 1979) 141, 142; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Güncelleştirilmiş 4. Bası, Stämpfli Verlag 2006) 221, N 31.09; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* (Stämpfli Verlag 2008) 245; Ingeborg Schwenzer (Editör: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand), *Obligationenrecht I, Art 1-529 OR* (5. Bası, Helbing & Lichtenhahn 2011) Art 13 130 N 6; Andreas von Tuhr (Çeviren: Cevat Edege), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C 1-2*, (Yargıtay Yayınları 1983) 236. Ayrıca bkz Argun Karamanlioğlu, “*Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları*” (Arahk 2013) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S 2 89, 93.

⁹ Tunçomağ (n 8) 145; Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 281, N 7; Eren (n 8) 289; Kılıçoğlu (n 1) 184; Erdoğan (n 8) 54; Kendigelen, Çek (n 7) 136; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kirca, *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar Kambiyo Senetleri* (Oniki Levha 2019) 180, N 376; Coşkun (n 3) 86; Bucher (n 8) 142.

Her ne kadar 2525 sayılı Soyadı Kanunu m 2’de *imza atılırken adın önde; soyadın ise, sonda kullanılmasından* söz edilmişse de, kanaatimizce, hükümün salt lafzından hareketle, imza atılması esasında ad ve soyadın mutlaka birlikte kullanılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bu hüküm, bir kimsenin imzasını ad ve soyadını yazma şeklinde atıyor olması durumunda, önce adını sonra soyadını yazması şeklinde bir usul işlemi olarak değerlendirmek gerekir.

¹⁰ Tunçomağ (n 8) 145; M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I* (Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat 2017) 147; Kınacıoğlu (n 7) 135; Bucher (n 8) 142; Schwenzer (n 8) 221 N 31.09; Schwenzer (Honsell, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 6. Bkz ve karşı Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan 1997) (n 8) 464.

¹¹ Bu yönde bkz Y 12 HD, 18958/35566, 29.11.2012 [Eriş (n 3) m 756 482]. İslak imza şeklinde olmayıp da, şirketin yetkili temsilcisine ait ancak “*kaşe imza*” şeklindeki imzanın senede basılması ile düzenlenen bir kambiyo senedinin geçersizliği hususunda bkz Y 12 HD, 16629/23263, 20.06.2013 [Kemal Karanfil, *Kambiyo Senetlerinde Sıkça Yapılan Hatalar* (Adalet 2014) 167, 169. Ayrıca bu hususta açıklamalar için bkz Karamanlioğlu (n 8) 89, 97]. El ile atılma şartı yalnızca imza bakımından arandığından, bononun diğer kısımlarının matbu olarak yazılı olması/düzenleyenin kendi eli ile doldurulmaması olması senedin geçerliliğini etkilemeyecektir [Bkz Ergun Tuna, *Ticaret Hukuku C III, Kıymetli Evrak* (M.Ü. Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları 1995) (n 12) 102].

Senedin tedavüle çıkarılmasından sonra silinmemesi ya da tahrir edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla imzanın tükenmez kalemle atılmasında fayda bulunmakla birlikte, sonrasında ortaya çıkabilecek riskleri üstlenmiş bir şekilde imzanın kurşun kalemle atılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde ayrıca bkz Bozer, Göle (n 7) 89; Karanfil (n 11) 23.

¹² Bundan dolayıdır ki, el ile imza atma yeteneğine sahip olmayanların bono düzenlemeleri de mümkün olmamakla birlikte, bu kişilerin temsilci aracılığıyla bono düzenlemelerinin önünde bir engel yoktur [Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İlaveli 2. Bası, Eğitim 1975) 352, 353; Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku, (Ders Kitabı), 6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde* (İmaj 2012) 59; Bozer, Göle (n 7) 266; Uyar (n 7) 377, 387; Tuna (n 11) 102].

¹³ El yazısı ile imzanın istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz Eren (n 8) 293 ff.

m 15/1 gereğince *güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracak olsa da*, kambiyo senetlerinin güvenli elektronik imza ile düzenlenmesi (ve bu senetler üzerinde *sonradan gerçekleştirilecek kabul, aval veya ciro gibi işlemlerin elektronik imza ile yapılması*) de kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir (TTK m 1526/1).

TTK m 776'da düzenleyenin "imzası"ndan söz edildiği için, imza yerine onun kısaltılmış hali olarak kabul edilen "paraf atma" suretiyle düzenlenen senetlerin, bono niteliğini kazanmayacağı kabul edilmelidir¹⁴.

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de, düzenleyene ait imzanın senet üzerindeki yeridir. Düzenleyenin imzasını, bono metnini kapsayacak bir biçimde senedin altına atması gerekir¹⁵. Uygulamada bono olarak düzenlenmek istenen bir senette, düzenleyenin, senet metninin tamamını kapsayacak şekilde, genellikle senedin sağ alt kısmına imza atma suretiyle asıl borçlu olma yolunu tercih ettiği görülmektedir.

Her ne kadar, TTK m 776/1, (g)'nin lafzında tekil bir ifade kullanılmışsa da, bundan bonoyu düzenleyenin mutlaka tek bir kişi olacağı sonucuna ulaşılmamalıdır¹⁶. Ayrıca matbu bononun metninde yer alan "ödeyeceğim" ibaresinin de, senedin mutlaka bir kişi tarafından düzenleyen sıfatı ile imzalanacağı anlamına gelmediği; matbu olarak bulunan bu ifadeye rağmen düzenleyen sıfatı ile senet üzerinde birden fazla imzaya yer verilebileceği de unutulmamalıdır¹⁷. Ancak, hukuken geçerli bir bonodan söz edilebilmesi için tek bir imzanın varlığı gerekli ve yeterli olduğundan, birden fazla kişinin senedin düzenleyeni olarak bu şekilde bonoyu imzaladığı hallerde, düzenleyen sıfatının açıkça belirtilmesi gerekir¹⁸. Böyle bir ihtimalde doğal olarak bu

¹⁴ Erdoğan Moroğlu, "Bonoda İmza" (İstanbul 2010) Makaleler 29, 31; Bozer, Göle (n 7) 206 (Yazar ayrıca, düzenleyenin senete imzası olması koşuluyla, sonradan metinde meydana gelen değişikliklerin düzenleyen tarafından paraflanması ve bu parafın düzenleyen elinden çıktığının tereddütsüz olarak anlaşılması halinde, sonraki parafların da imza yerine geçeceği düşüncesindedir). Parafın imza olarak kabul edilemeyeceği; yalnızca daha öncesinde imzalanmış olan hususlarda yapılan değişiklikler veya ilavelerin teyit edilmesinde paraf kullanılmasının yeterli olacağı yönünde ayrıca bkz Bucher (n 8) 142; Schwenzler (Honsel, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 6. Karş Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 465 (Yazar, paraf şeklinde atılan bir imzanın, gerçek manada bir imza olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini hâkimin, tarafların bu konudaki iddialarından bağımsız bir biçimde, her somut olayın özelliğine göre değerlendirmesi gerektiği düşüncesindedir); Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 281, N 7.

¹⁵ Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Derleri* (3. Bası Üniversite Kitabevi 1954) 64; Eren (n 8) 297; Bucher (n 8)142; Tunçomağ (n 8) 148; Kinacıoğlu (n 7) 135, 302; Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 281, N 7; Oğuzman, Öz (n 10) 149; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Filiz 2003) 50; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan 2017) 210; Pulaşlı (n 7) 140; Kendigelen, Çek (n 7) 126; Kendigelen, Kırcı (n 9) 178, N 372. Ayrıca bkz Uyar (n 7) 377, 386; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 988, dn 30 ve 31, 463; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Tuna (n 11) 101, 262; Coşkun (n 3) 86; Schwenzler (n 8) 222 N 31.12; Berger (n 8) 245; Schwenzler (Honsell, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 7; von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 236; Karamanlioğlu (n 8) 89, 100. Bu yönde bir karar için bkz Y 12 HD, 13618/17551, 16.10.2008 [Eriş (n 3) m 678 178].

¹⁶ Arslanlı (n 15) 64; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 985; İmregün (n 15) 115; Bilgili, Demirkapı (n 7) 75. Ayrıca bkz Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası, Vedat 2019) 147; Moroğlu, *İmza* (n 14) 29, 31; Poroy, Tekinalp (n 7) 166.

¹⁷ Kinacıoğlu (n 7) 302; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 989, ayrıca bkz 465.

¹⁸ Ayrıca bkz Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 16) 147 (Yazar, düzenleyenin birden fazla olup olmadığı yönünde bir ayırım yapmaksızın her durumda düzenleyenin senedi imzalarken bu sıfatını belirtmesi gerektiği görüşündedir); Kendigelen, Kırcı (n 9) 179, N 373.

kişiler, senette yer alan meblağın ödenmesinden “*asıl borçlu*” sıfatıyla kanun gereği müteselsilen sorumlu olacaklardır. Birden fazla kişinin senedin düzenleyeni olma niyetinde olduğu, fakat “*düzenleyen*” sıfatı belirtilmeksizin senedin imzalandığı hallerde ise, TTK m 778/3’ün atfı nedeniyle m 710/3 çerçevesinde, imza atanlardan biri düzenleyen olarak kabul edilip, diğerleri ise, avalist olarak nitelendirilebilecektir¹⁹.

Düzenleyen sıfatı ile birden fazla kişinin senette yer almaya niyetlendiği, ancak bunlardan birinin senedi imzaladığı; diğerinin ya da diğerlerinin ise, parmak, mühür ya da kaşesini basma yolunu tercih ettiği hallerde ise, senet yine geçerli olmakla birlikte; yalnızca senet metni üzerinde ıslak imzası bulunan kişinin düzenleyen olarak kabulünden söz edilecektir²⁰. Zira senet üzerinde tek kişi tarafından atılmış olsa dahi, TTK m 776/1, (g) anlamında düzenleyene ait bir imza yer aldığından, senedin bono olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu bu tek imza yeterli olacaktır.

Düzenleyenin imzasının sahte olması, senette düzenleyen olarak hayali bir kişinin imzasına yer verilmesi ya da bono ile borçlanmaya ehil olmayan bir kişinin bonoyu düzenleyen sıfatı ile imzalaması halinde, bu durum senet metninde imzası bulunan diğer kişilerin imzalarına hanel getirmeyecek²¹ ve “*imzaların bağımsızlığı (istiklali) ilkesi*” gereğince, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmeyecektir [Bkz TTK m 778/2, (d) hükmünün atfı ile TTK m 677]. Bununla birlikte senedin daha ilk bakışta, gerçekte var olmayan bir kişinin gösterilmesi suretiyle imzalandığı hallerde ise, düzenleyenin imzasının eksikliğinden bahisle, senedin geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır²².

IV. Ticaret Şirketleri Adına Yetkili Temsilci Tarafından Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sifatının Tespiti

Ticaret şirketleri adına düzenlenen bonolarda, şirket ile şirket adına bonoyu düzenleyen arasında TBK anlamında bir temsil ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti özel bir önem arz etmektedir. Zira uygulamada sıkça “*şirketin yetkili temsilcisi tarafından düzenlenen kambiyo senedi*” kavramına yer verilmekle birlikte, bu kavramda bahsi geçen “*yetkili temsilci*” ibaresi ile ne anlaşılması gerektiği hususu zaman zaman kavram karışıklıklarına yol açabilmektedir. Bu bağlamda konu ele

¹⁹ Senedin ön yüzünde birden fazla imzanın yer aldığı ve tereddüte düşülen hallerde, bu imzaların müşterek düzenleyenler olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz Öztan (n 15) 82. Ayrıca bkz Arslanlı (n 15) 64. Bonoda senedin ön yüzüne atılan birden fazla imzada, imza sahiplerinin duruma göre asıl borçlu veya aval veren konumunda olacakları hususunda verilmiş bazı kararlar için bkz Y 12 HD, 18479/36752, 06.12.2012 [Eriş (n 3) m 776 561, 562]; Y 12 HD, 18233/30, 11.01.2010 [Bilgen (n 4) 441].

²⁰ Moroğlu *İmza* (n 14) 29, 31- 32; Karayalçın (n 7) 52; İmregün (n 15) 52, 115; Tekil (n 7) 160; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 466; Kendigelen *Çek* (n 7) 137; Bozer, Göle (n 7) 205; Uyar (n 7) 377, 385; A. Lerzan Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe’de) Def’iler*, (2. Bası, Aristo 2017) 410; Abdullah Çetin Oğuzoğlu ve Özkan Oğuzoğlu, *Açıklamalı – İçtihatlı Bono ve Çek Sorunları* (8. Bası, Beta 2003) 10. Ayrıca bkz Kınacıoğlu (n 7) 136. Bu yönde verilmiş yargı kararları için ayrıca bkz A Tahir Ögütçü ve Mehmet Altın, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono ve Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980) 28, 31.

²¹ Moroğlu *İmza* (n 14) 29, 30; Öztan (n 15) 82; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Bilgili, Demirkapı (n 7) 75.

²² Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 16) 161.

alınırken, “*şirketin yetkili organı eli ile düzenlenen*” kambiyo senetleri ve “*şirket adına ve hesabına yetkili temsilci eli ile düzenlenen*” kambiyo senetleri şeklinde ikili bir ayırımdan hareketle konunun ele alınmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Aşağıdaki alt başlıklar bu minvalde oluşturulmuştur.

A. Ticaret Şirketinin Yetkili Organı Eli ile Düzenlenen Bonolarda Temsil İlişkisinden Söz Edilip Edilemeyeceği ve Asıl Borçlu Sifatının Kime Ait Olacağı Meselesi

Çalışmamız kapsamında tespit edilmesi gereken hususlardan biri, TTK'da sıkça tekrarlanan “*şirketi temsile yetkili olanlar*” ifadesi karşısında (Örneklerden bazıları için bkz TTK m 233, m 354/1, (g), m 371, m 373), ticaret şirketlerinin yetkili organlarının, borçlar hukuku anlamında bir temsilci olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

Her ne kadar TTK'nın çeşitli hükümlerinde kullanılan “*şirketi temsile yetkili olanlar*” ifadesi nedeniyle, *şirket* ile *şirketi temsile yetkili olan organ* arasında TBK anlamında bir temsil ilişkisinin varlığı izlenimi ortaya çıkıyor gibi görüle de, esasında organ sıfatıyla *şirketi temsile yetkili* bu kişiler, TBK m 40 vd'da düzenlenen bir temsil ilişkisi çerçevesinde hareket etmemekte²³; aksine, yapılan işlem doğrudan tüzel kişi eliyle yapılmış bir işlem gibi değerlendirilmektedir²⁴. Zira ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanan ticaret şirketlerinin iradesi, TMK m 50/1'de de açıkça belirtildiği üzere, ancak bu konuda kanunen yetkilendirilmiş organları eliyle açıklanabilirse de, açıklanan bu irade, temsilcinin değil; doğrudan doğruya tüzel kişinin kendi iradesi olarak kabul edilmektedir (TMK m 50/1). Bu nedenle, nasıl ki bir gerçek kişi herhangi bir temsilci kullanmaksızın, doğrudan kendi attığı imza ile kendi adına ve hesabına bir bono düzenleyebiliyorsa, tüzel kişi adına yetkili organın imzası ile düzenlenen bir bonoda da hüküm ve sonuçlar bakımından aynı durumla karşılaşılabacaktır.

²³ Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil* (Yasa Yayınları 1988) 35, 36; Saymen, Elbir, (n 1) 293; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 402 dn 13, 403; Eren (n 8) 449; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözen Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Filiz 1988) 223; Bucher (n 8) 572, 573; Berger (n 8) 273; Karayalçın (n 7) 48, 49; Kılıçoğlu (n 1) 308; Öztan (n 15) 74; Pulaşlı (n 7) 124; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku* (Filiz 2019) 257 N 1159. Ayrıca bkz Ünal Tekinalp, “Kambiyo Senetlerinde Temsil Sorunları” (İstanbul 1976) *Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu 14-16 Haziran 1976* 35, 39; Oğuzman, Öz (n 10) 212, dn 606. Aksi yönde bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 630, 631.

Tüzel kişilerin organlarının temsil yetkisinin kanuni temsil yetkisi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz ve karş Tunçomağ (n 8) 231. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 630, 632, N 13; von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 341.

²⁴ Bu nedendir ki, temsile ve yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları esnada işledikleri haksız fiillerden de doğrudan şirket sorumludur (TTK m 371/5). Oysa borçlar hukuku çerçevesinde gerçekleştirilen bir temsil ilişkisinde tüzel kişinin sorumluluğu, TBK m 66 veya m 116 çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir meseledir [Bkz Kutlu Sungurbey (n 23) 35. Ayrıca bkz von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 341].

Oysa temsil, doktrinde bir kişinin bir başka kişi adına, etki ve sonuçları kural olarak o kişinin üzerinde doğacak şekilde hukuki işlemlerde²⁵ bulunabilmesi konusunda sahip olduğu yetki şeklinde tanımlanmakla birlikte²⁶, *şirket ile temsile yetkili organı arasındaki ilişkiden farklı olarak*, temsilcinin hukuki işlemi gerçekleştirirken ortaya koyduğu irade, temsil olunana değil kendisine ait iradedir²⁷. Bununla birlikte *dolaylı temsile ilişkin istisnai durum haricinde*²⁸, yetkili temsilci tarafından, usulüne uygun olarak yapılan bir işlem de, temsil olunanın hukuk alanında etki ve sonuç doğuracaktır.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan ve çalışmamızda ele alınan olayda, limited şirketin tek başına imzaya yetkili temsilcisi eliyle düzenlenen bir bono söz konusudur²⁹. TTK m 623/1'e göre, *limited şirketlerin temsili*, şirket sözleşmesi ile belirlenen ve müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortak ya da üçüncü bir kişi eliyle gerçekleştirilebilecektir. Ancak şirkette müdür olarak yalnızca tek bir temsilcinin varlığı halinde, bunun aynı zamanda ortak sıfatını haiz olması gerekmektedir (TTK m 623/, 1 c son). Görüldüğü üzere, limited şirketlerde organ sıfatıyla şirketi temsile yetkili olanlar, müdür ya da müdürlerdir [Ayrıca bkz TTK m 576/1 (d)]. Limited şirketlerde organ sıfatıyla şirketi temsile yetkili olanlar, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri şirket adına yapabileceğinden (bkz TTK m 629/1'in atfı ile m 371/1), bu bağlamda şirket adına kambiyo senedi düzenleme yetkisi de, şirketi temsile yetkili olan müdür ya da müdürlerdedir. Bu noktada müdür

²⁵ Temsil yalnızca hukuki işlemlerde değil; hukuki işlem benzeri fiillerde de (*ihbarın temsilci aracılığıyla gönderilmesinde olduğu gibi*) söz konusu olabilir [Bucher (n 8) 546; Eren (n 8) 445; Akyol (n 1) 35; İnceoğlu (n 1) 9, 10]. Bununla birlikte, aile ve miras hukukunda bazı durumlarda (evlenme, evlat edinme, vasiyet düzenlenmesi gibi) temsile cevaz verilmediği gibi, haksız fiil de temsilci aracılığıyla gerçekleştirilemez [Bucher (n 8) 547; Oğuzman, Öz (n 10) 214; Eren (n 8) 445, 446; Akyol (n 1) 34, 36 ve 202, 203; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Beta 2014) 149; İnceoğlu (n 1) 10, 11; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (23) 223, 224; von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 319].

²⁶ Eren (n 8) 444; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 220; Akyol (n 1) 3, 4; Reisoğlu (n 25) 148; İnceoğlu (n 32) 7, 8; Haluk N Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta 2012) 94; Pulaşlı (n 7) 123.

²⁷ Oğuzman, Öz (n 10) 239; İnceoğlu (n 1) 14; Şükrü Yıldız, "Doğrudan Doğruya İradî Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller" (Yetkin 2008) *Makalelerim* 41, 42.

²⁸ Doktrinde temsil ilişkisinin çeşitli açılardan tasnife tâbi tutulduğu görülmektedir. "*Doğrudan-dolaylı temsil*", "*aktif-pasif temsil*", "*yetkili-yetkisiz temsil*", "*kanuni-iradi temsil*", öğretilde temsile dair yapılan ayrımlar arasında en yaygın olarak kullanılan türleri oluşturmaktadır [Ayrıntılı bilgi için bkz Saymen, Elbir, (n 1) 287 ff; Tunçomağ (n 8) 230 ff; Eren (n 8) 447 ff; Kılıçoğlu (n 1) 310 ff; Akyol (n 1) 43 ff; Reisoğlu (n 25) 149; İnceoğlu (n 1) 40 ff; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 222, 223; Kocayusufoğlu (n 8) 629 ff; Esener *Temsil* (n 1) 11 ff].

Dolaylı temsilde, temsilci kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına hareket ettiğinden, yapılan hukuki işlem öncelikle temsilcinin hukuk alanında etki ve sonuçlarını doğurur; sonrasında bu işlemin sonuçları bakımından her bir alacak ve borcun, o işleme ait devir usulüne (alacağın temlik, borcun nakli gibi) uyulmak suretiyle devredilmesi gerekir [Akyol (n 1) 46; Saymen, Elbir, (n 1) 287; Eren (n 8) 449; Tunçomağ (n 8) 232, 233; Bucher (n 8) 544; Esener (n 1) 115, 115; Reisoğlu (n 25) 149; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 221; Kocayusufoğlu (n 8) 632, 633; İnceoğlu (n 1) 43; Nomer (n 26) 96; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Hermann Becker, *Berner Kommentar, Nr. VII/1, Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Schweizerischer Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, (2. Bası, Stämpfli Verlag AG 1945) Art 32 174. Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz Cevdet Yavuz, *Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil* (Fakülteler Matbaası 1983) 23 ff; Karasu (n 1) 427 ff].

Bu nedenle dolaylı temsil yoluyla düzenlenen bir bonoda senedin asıl borçlusu ve düzenleyeni, dolaylı temsilci olacaktır. Temsilci sonradan, bu hukuki işlemin sonuçlarını, ayrı bir işlemle temsil olunana nakledecektir. Fakat bu nakil işlemi, dolaylı temsilcinin imzaladığı bonoda düzenleyen ve senedin asıl borçlusu sıfatını taşıdığı gerçeğini değiştirmeyecektir [Arslanlı (n 15) 65; Poroy, Tekinalp (n 7) 166, 167. Ayrıca bkz Bozer, Göle (n 7) 93 ve 209; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 413].

²⁹ Bu nedenle açıklamalarımız yalnızca *limited şirketin yetkili organları aracılığı ile temsili* ile sınırlı olacaktır. Ancak limited şirketin temsiline ilişkin TTK m 629/1'de, anonim şirketlerin temsiline dair hükümlere de atf yapıldığından, yeri geldiğinde anonim şirket hükümleri de nazara alınacaktır.

ya da müdürlere kambiyo senedi düzenleyebilmeleri için özel bir yetki verilmesine gerek olmayıp; organ sıfatının bir sonucu olarak, bu yetki kendilerine zaten Kanun gereği verilmiş bulunmaktadır.

Şirket adına bir kambiyo senedi düzenlenebilmesi ve bunun şirketi bağlayabilmesi için, senedin mutlaka, düzenlenme tarihinde³⁰ yetkili olan organ eliyle imzalanmış olması gerekir. Şirketin organı sıfatıyla şirketi temsil eden yetkili olanlar tarafından düzenlenen kambiyo senetleri, *şirketin ticaret unvanı kullanılarak* (TTK m 39/1) imzalanacaktır. Diğer tüm zorunlu unsurların senette yer aldığı bir ihtimalde, tüzel kişi adına temsile yetkili organ sıfatıyla şirketin ticaret unvanı altında senedi kendi imzası ile imzalayan kişinin, kendi ad ve soyadına senette açıkça yer vermemiş olması, kambiyo senedinin geçersizliğine yol açmayacaktır³¹. Yine, şirket adına temsile yetkili organ tarafından kambiyo senedi düzenlendiği hallerde - *şirket ile senedi imzalayan bu kişi arasında bir temsil ilişkisi değil, aksine bir organ ilişkisi söz konusu olduğundan* - şirketin (organ sıfatıyla) yetkili temsilcisi olarak hareket edildiğinin karşı tarafa bildirilmemiş olması³² senedin geçerliliğine etki etmeyecektir³³. Zira organ sıfatıyla şirketin ticaret unvanını kullanarak senedi imzalayan kişinin, *şirketin yetkili temsilcisi olduğuna dair ayrıca bir açıklama yapmamış olması ihtimalinde dahi*, karşı taraf nezdinde bu senedin şirket tüzel kişiliği adına imzalandığına dair bir izlenim oluşmaktadır³⁴. Kaldı ki bu şekilde düzenlenen bir bonoda, senedin imzalanması ile ortaya konulan irade, temsilcinin değil, bizzat ticaret şirketinin

³⁰ Tüzel kişi adına imza atan kişinin yetkili olup olmadığı konusunda, *kambiyo senedinin düzenlendiği tarih* esas alınmaktadır [Özcan (n 15) 75]. Şirket adına bono düzenleyen temsilcinin, yetkili olup olmadığının tespitinde *düzenleme tarihinde yetkinin var olup olmadığına* bakılacağı hususunda verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 8792/26601, 17.09.2012 [Eriş (n 3) m 776 580, 581]. Bununla birlikte, uygulamada, *ileri tarihli çekler aracılığıyla*, aslında çekin fiilen düzenlendiği tarihte şirketin yetkili organı olarak hareket edildiği halde, çek üzerindeki düzenleme tarihi henüz gelmeden, bilinçli olarak azil ya da istifa gibi sebeplerle temsil yetkisinin ortadan kaldırılması suretiyle, ileri tarihli çeki elinde bulunduran hamilin mağdur edildiği de görülmektedir. Hamilin, böyle bir durumda, aldığı çekin ileri tarihli olduğunu belgelendiremediği hallerde ise, kendisince yapılan itirazlar icra mahkemelerinde dikkate alınmamaktadır. Bu hususta verilmiş kararlar için bkz Y 12 HD, 2981/11272, 25.05.2009; Y 12 HD, 23153/4459, 01.03.2010 [Karanfil (n 11) 164]. Ayrıca bkz Kendigelen, Kırcı (n 9) 134, N 286 (Yazarlar; temsil yetkisinin imzanın atıldığı anda değil; senedin tedavüle çıkarıldığı anda bulunması gerektiği görüşündedir).

³¹ Bununla birlikte kambiyo senetlerinden çek ile ilgili olarak, Çek Kanunu m 2/8'de, tüzel kişi adına düzenlenen çeklerde, düzenleyen kişinin adı ve soyadının çek üzerinde açıkça yazılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak TTK'da çek bakımından öngörülen zorunlu şekil şartlarının kapsamı ve Çek Kanunu m 2/9'da yer alan açıklamalar çerçevesinde, tüzel kişi adına çek düzenleyen kişinin adının soyadının senet metnine yazılmamış olmasının da, diğer zorunlu unsurların varlığı halinde, senedin geçersizliğine sebebiyet vermeyeceği rahatlıkla ifade edilebilir.

³² Oysa TBK anlamında bir temsil ilişkisinde, yetkili temsilci, hukuki işlemi yaparken bu sıfatını karşı tarafa bildirmelidir (TBK m 40/1, 2). Örneğin bir bononun, borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisi içinde temsilci aracılığıyla düzenlendiği hallerde, temsil olunanın düzenleyen olarak kabulü için, temsilcinin, *temsil ilişkisinin varlığına işaret ederek bu sıfatını belirtir bir ibare ile* senedin altına imzalaması şarttır (TBK m 40/2). Bu yönde bkz Arslanlı (n 15) 64; Akyol (n 1) 155; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Eriş (n 3) m 678 174; Kendigelen, Kırcı (n 9) 134, N 287; Schwenzler (n 8) 221 N 31.11; Schwenzler (Honsell, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 6; von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 315; Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (8. Bası, Schulthess 1995) 821.

Yetkili temsilci, hukuki işlemi yaparken, bu sıfatını karşı tarafa bildirmesse, işlem geçerli olmakla birlikte, böyle bir ihtimalde *kural olarak* hukuki işlemin sonuçları yetkili temsilcinin kendisine ait olmaktadır (TBK m 40/2, c 1). Bu hususta ayrıca bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 228, 229 ve 246; Bucher (n 8) 142 ve 564 ff; Kocayusufpaşaoğlu (n 8) 675; Eren (n 8) 452; Akyol (n 1) 183 ff; İnceoğlu (n 1) 51; Karasu (n 1) 75.

³³ Tekinalp (n 23) 35, 39. Bu yönde verilmiş bir karar için ayrıca bkz Y 11 HD, 3050/2832, 27.09.1966 [Öğütçü, Altın (n 20) 19].

³⁴ Ayrıca bkz İnceoğlu (n 1) 65, 66; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 247, 248.

kendi iradesi olduğundan³⁵ (TMK m 50/1-2), temsile dair TBK m 40/2, c 1'deki düzenlemenin, ticaret şirketlerinin yetkili organları eli ile düzenlenen kambiyo senetleri bakımından uygulama alanı bulması söz konusu değildir.

Görüldüğü üzere, bir kambiyo senedinde senet metnini kapsayacak şekilde senedin altına atılan bir imza her zaman bizzat imza sahibini senedin asıl borçlusuna haline getirmez ve bu imza her durum ve şartta senedin asıl borçlusuna işaret etmez³⁶. Şirketi temsile yetkili organ eliyle, şirketin ticaret unvanı da kullanılarak düzenlenen bir bonoda, düzenleyen ve asıl borçlu sıfatı, şirket tüzel kişiliğine aittir.

Şirket adına bono düzenleyen kişinin, şirketin organı olarak imza atmaya yetkili olmaması ihtimali ise, üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur. Bu durum uygulamada daha ziyade, ticaret şirketinin yetkili organı sıfatıyla temsilinde, “*çift imza kuralının*” (Bkz TTK m 629/1'in atfı ile m 370/1) geçerli olduğu hallerde karşımıza çıkmaktadır. Şirketi çift imza ile temsile yetkili kılınan kişilerin, tek başına şirket adına kambiyo senedi düzenlemesi halinde, düzenlenen bu senet, şirket tüzel kişiliğini bağlamayacaktır³⁷. Ancak bu gibi bir durumda, yetkisiz temsile ilişkin TBK'daki genel düzenlemeden farklı olarak³⁸, kambiyo senedi geçersiz olmayacak³⁹; “*yetkisiz imza*” başlığını taşıyan TTK m 678 hükmü gereğince⁴⁰, yetkisi olmadığı halde şirketin organı sıfatıyla şirket adına düzenlenen bu kambiyo senedinde, düzenleyen ve asıl borçlu sıfatı, senedi imzalayan bu kişiye ait olacaktır⁴¹. Ticaret şirketinin, yetkisi olmamasına rağmen şirket adına kambiyo senedi düzenleyen kişinin bu işlemi onaması halinde ise, TTK m 678 hükmü devre dışı kalacak ve bu bonodan dolayı sorumluluk bizzat şirket tüzel kişiliğine ait olacaktır⁴².

³⁵ Ayrıca bkz Tekinalp (n 23) 35, 39; Dural, Ögüz (n 23) 257 N 1159.

³⁶ Bkz Karayalçın (n 7) 47. Karş Bozer, Göle (n 7) 204.

³⁷ Bu yönde bir karar için bkz YHGK, 12-82/247, 28.03.2012 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> - Erişim Tarihi 25.03.2020).

³⁸ TBK m 46 ve 47'de düzenleme altına alınan yetkisiz temsilde, temsilcinin, onamama halinde sözleşme ile bizzat bağlı olması söz konusu değildir (Bkz TBK m 47). Zira böyle bir ihtimalde, yetkisiz temsilci, kendisinin temsil yetkisi olmamasına rağmen, karşı tarafa işlemi temsil olunan adına yaptığı yönünde bildirimde bulunmaktadır [Bkz Kutlu Sungurbey (n 23) 37; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop (n 23) 266; Karasu (n 1) 348]. TTK m 678 ise, bu kuraldan ayrılan önemli bir istisna hüküm niteliğindedir.

³⁹ TBK m. 47'den farklı şekilde kaleme alınan TTK m 678'deki düzenleme sayesinde, bononun meşru hamili ve bono nedeniyle borç altına giren diğer müraعات borçluları korunduğu gibi; ticari hayattaki işlem güvenliği de sağlanacaktır [Tekinalp (n 23) 35, 37, 43; Kutlu Sungurbey (n 23) 194; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 407; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – IV* (Temel 1990) 116; Esener (n 1) 115, 134; Karayalçın (n 7) 49; Fatih Arıcı, “Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde Bulunmasından Doğan Sorumluluk” (2. Bası Beta 2001) Prof Dr Erdoğan Moroğlu'na 65'inci Yaş Günü Armağanı 11, 12-13].

⁴⁰ “*Yetkisiz imza*” kenar başlığı ile kaleme alınan TTK m. 678'deki bu düzenleme, temsil yetkisinin olmadığı ya da sınırlarının aşıldığı tüm durumlara uygulanır. Bu çerçevede her ne kadar tüzel kişi ile yetkili organları arasında, borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisinden söz edilmese de, organ olarak yetkisi olmadan ya da yetki sınırını aşarak senedi imzalayan kişiler bakımından da bu düzenleme uygulama alanı bulur. Bu yönde verilmiş bir karar için bkz BGE 99 Ia 6 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/a1099001.html> - Erişim Tarihi 28.10.2019). Ayrıca bkz Y 12 HD, 22966/14858, 30.11.2017 (KİBB - Erişim Tarihi 28.10.2019).

⁴¹ Bu yönde verilmiş bazı kararlar için bkz Y 12 HD, 23189/31067, 22.12.2014; Y 11 HD, 6825/603, 11.02.1986; Y 12 HD, 26476/8096, 06.04.2010 (KİBB - Erişim Tarihi 11.11.2019).

⁴² Kutlu Sungurbey (n 23) 198; Tekinalp (n 23) 35, 44.

TTK m. 678'e göre, yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir senetten dolayı bizzat temsilcinin sorumluluğunu gerektiren bir diğer durum ise, yetki aşımı halidir. Hükümün lafzına bakıldığında “*Yetkisini aşan temsilci*⁴³ için de hüküm böyledir” ibaresine yer verildiği görülmektedir⁴⁴. Bununla birlikte kanaatimizce, ticaret şirketi adına temsile yetkili organ olarak hareket eden kişilerin, yetki sınırını aşmaları halinin üzerinde ayrıca durulması gerekir. Zira örneğin bir anonim şirkette, şirketi organ sıfatı ile yönetim kurulu; limited şirkette ise müdür/ler temsil eder. Bu kişiler şirketin amacına ve konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemi şirket adına yapabilir (TTK m 371/1, m 629/1) ve özelinde de şirket adına kambiyo senedi düzenleyebilir. Yönetim kurulunun ya da müdürlerin yetkileri, kanuna göre yalnızca “*birlikte imza*” ya da “*şube işleri*” ile sınırlandırılabilir (TTK m 371/3, m 629/1). TTK m 371/2'e göre, yetkilerin konu bakımından ya da miktar bakımından sınırlandırılması, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden, getirilen sınırlandırmaları aşacak nitelikte düzenlenen bir bonodan dolayı da şirket tüzel kişiliği sorumlu olacaktır. Hatta Kanun'a göre, şirketin işletme konusu dışında yapılan işlemler dahi, kural olarak şirketi bağlayacaktır⁴⁵ (TTK m 125/2, m 371/2, m. 629/1). Örneğin şirketi tek başına imza ile temsil konusunda yetkili olan bir yönetim kurulu üyesinin ya da müdürün, şirketin işletme konusu dışındaki bir iş için kambiyo senedi düzenlemesi halinde, yetki aşımından söz edileceği aşikârdır. Ancak TTK m 371/2'deki düzenleme nedeniyle, böyle bir ihtimalde de, yapılan işlem, üçüncü kişi iyiniyetli olduğu sürece, şirketi bağlayacağından, kanaatimizce, bu durumda TTK m 678 yerine, daha özel nitelikteki TTK m 371/2 hükmüne üstünlük tanınmalı ve bu kambiyo senedinin düzenleyeni olarak, şirket tüzel kişiliği kabul edilmelidir. Şüphesiz böyle bir ihtimalde, şirketin, işletme konusu dışında kalan bir işlemle ilgili

⁴³ Doktrinde Tunçomağ, temsil yetkisinin kapsamını, “*süre, kişi, konu, şekil ve çevre*” yönünden ele almaktadır (Bkz Tunçomağ (n 8) 242, 243). TTK m 678/1, c 2'de ifadesini bulan yetki aşımı ile kastedilen, miktar bakımından yetki aşımıdır. Zira konu bakımından bir yetki aşımı söz konusu olduğunda, yapılan işlem doğrudan doğruya konu aşımı suretiyle işlemi gerçekleştiren temsilciyi bağlayacaktır [Aynı yönde bkz Arıcı (n 39) 11, 15].

⁴⁴ Hüküm, lafzi itibarıyla doktrinde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu çerçevede, *yetki aşımı halinde, yetkisiz temsilcinin senedin tamamından sorumlu olacağını kabul edenler olduğu gibi* [Bkz Kınacıoğlu (n 7) 156 (Yazar, bu yorum tarzının hem Kanunun lafzına daha uygun olacağı hem de hamilin borçluyu takip etmesi bakımından ona bir kolaylık sağlayacağı görüşünü taşımaktadır); İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt – Madde 420-815* (4. Bası, Beta 2004) m 590 1803; Esener (n 1) 115, 134-135, karşı 121; Tekil (n 7) 119; Can (n 12) 137; Pulaşlı (n 7) 125; Bozer, Göle (n 7) 92. Aynı doğrultuda verilmiş bir karar için ayrıca bkz Y 11 HD, 13966/6878, 05.12.2017 (KİBB – Erişim Tarihi 28.10.2019)]; *yalnızca yetkisini aştığı kısımdan sorumlu olacağını benimseyenler de bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu ikinci görüşü savunan yazarlara göre, böyle bir ihtimalde, yetki sınırına kadar, temsil olunan; yetkinin aşıldığı kısımdan ise, temsilci sorumlu olacaktır* [Bkz Karayalçın (n 7) 49, 50 ve 109; Tekinalp (n 23) 35, 45; İmregün (n 15) 51; Kutlu Sungurbey (n 23) 197; İnceoğlu (n 1) 447; Arıcı (n 39) 11, 20; Serdar Acar, “Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları” (Ekim 2006) Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi I (2), 27, 33]]. *Bu hususta savunulan bir diğer görüşe göre ise, böyle bir ihtimalde, yetki sınırına kadar, hem temsil olunan hem de temsil yetkisini aşan temsilci müteselsilen sorumlu olmalı; yetkinin aşıldığı kısımdan ise, yetkisiz temsilci tek başına sorumlu olmalıdır* [Arslanlı (n 15) 66; Karamanlıoğlu (n 8) 89, 111. Bu konuda ayrıca bkz Kutlu Sungurbey (n 23) 198, dn 34'de zikredilen yazarlar]. İleri sürülen tüm bu görüşlerin tek ortak noktası ise, yetki aşımı halinde en azından, aşılan kısımdan yalnızca yetkisiz temsilcinin sorumlu olacağıdır [Arıcı (n 39) 11, 20; Acar (n 44) 27, 32].

⁴⁵ Bu hususta ayrıca bkz Murat Alışkan, “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili” (2012), 207, 211 ff (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/799288> – Erişim Tarihi 03.04.2020); Hüsnü Turanlı, “Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi” (2012) REGESTA C 2 S 3 49, 68 ff.

olarak kambiyo senedi düzenleyen yönetim kurulu üyesine ya da müdüre ödemek durumunda kaldığı meblağı rücu etmesi ve onun sorumluluğuna gitmesi mümkündür [TTK m 533 vd; m 644/1 (a)]. Şirketin, düzenlenen kambiyo senedinin şirketin işletme konusu dışındaki bir işlem için yapıldığının lehtar tarafından⁴⁶ bilindiğini veya bilinmesinin gerektiğini, şirket esas sözleşmesinin ilanı dışındaki başka usullerle ispatlayabildiği hallerde ise, düzenlenen kambiyo senedi dolayısıyla sorumluluk yalnızca işletme konusu dışına çıkarak şirket adına senet düzenleyen temsilcide olacaktır (TTK m 678, m 371/2).

B. Şirket Adına ve Hesabına Yetkili Temsilci Eliyle Düzenlenen Bonolarda Asıl Borçlu Sıfatının Tespiti

Her ne kadar, ticaret şirketleri adına temsile yetkili organ eliyle bir irade ortaya konulduğunda, bu irade şirketin kendi iradesi olarak dış dünyaya yansiyacak olsa da; bu durum, ticaret şirketinin, ayrıca borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisi ile temsil ettirilemeyeceği ve özelinde de bu temsilci aracılığıyla şirket adına bir kambiyo senedi düzenlettirilemeyeceği anlamına gelmez. Nitekim TTK m 368 ve m 371/7'de⁴⁷ yer alan ifadeler de bunun açık bir kanıtını oluşturmaktadır.

Organ sıfatına sahip olmayan, şirketin ticari temsilcisi, ticari vekili vs şeklinde değerlendirilebilecek bu tarz yetkili temsilcilerin belirlenmesi ve atanması işlemleri, anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından⁴⁸ (TTK m 368, m 371/7), limited şirketlerde ise, kural olarak genel kurul tarafından (TTK m 631/1) yapılacaktır. Böyle bir atanmanın yapıldığı hallerde, şirket tüzel kişiliği ile atanmış kişi arasındaki hukuki ilişki, borçlar hukuku anlamında bir temsil ilişkisi olarak kabul edilecektir.

TTK m 678'da "yetkisiz imza" başlığı altında yer alan düzenleme haricinde temsilci aracılığıyla kambiyo senedi düzenlemeye dair TTK'da ayrıca özel bir hüküm bulunmadığından, TTK m 368 ve m 371/7 ile m 629/3 çerçevesinde atanmış kişilerin, ticaret şirketi adına ve hesabına kambiyo senedi düzenleyebilme ehliyetleri, TBK'da yer alan genel temsil hükümleri (Bkz TBK m 40 vd) ve temsilin türüne ilişkin özel hükümler (Örneğin bkz TBK m 504/3, m 548/1, m 551/2) çerçevesinde tespit

⁴⁶ Kanaatimizce, kambiyo senetleri sebepten soyut senetler olduğundan ve senet metninden, yapılan işlemin şirketin işletme konusu içinde kalıp kalmadığının tespiti mümkün olmadığından, şirket açısından bu durum yalnızca şahsi def'i olarak ve lehtara karşı ileri sürülebilir. Bile bile borçlunun zararına hareket ettiği ispatlanmadığı sürece (TTK m 687/1), lehtardan senedi devralan (varsa) diğer müraaat borçlularına ve nihayetinde hamile karşı şirketin böyle bir itirazda bulunması mümkün değildir. Ayrıca bkz Oruç Hami Şener, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi* (Adalet 2015) 182.

⁴⁷ TTK m. 371/7'ye göre atama yapılacak olan ticari vekillerin, yetkileri sınırlandırılmış ticari vekiller olduğu, kanuni yetkilerinde herhangi bir sınırlamaya gidilmeyen ticari vekillerin atanmasının TTK m. 371/7'ye değil, TBK 551 ve 552'ye göre yapılacağı hususunda bkz İsmail Kırcı, "TTK m 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım" (2014) BATİDER C 30 S 3 23, 26.

TTK m. 371/7'ye göre yapılacak atamalar hakkında ayrıca bkz Kaya, Ülgen, Helvacı, Nomer Ertan (n 48) 750, 751; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 25. Bası Bankacılık Enstitüsü 2019) 201.

⁴⁸ Geçerli bir yönetim kurulu kararı olmaksızın temsilci tayin edilen hallerde ise, bu kişilerin şirket adına yapacakları işlemler şirketi bağlamayacaktır. Bu yönde verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 7290/12607 02.04.2013, [Karanfil (n 11) 157]. Ayrıca bkz YHGK, 12-2/866, 19.06.2013 (www.legalbank.net – Erişim Tarihi 08.01.2020).

edilecektir (Ayrıca bkz TTK m. 1, TBK m. 646). Bu bağlamda örneğin, şirkete atanan temsilcinin, bir ticari temsilci olduğu varsayımında, bu kişinin şirket adına kambiyo senedi düzenleyebilmesi için özel olarak yetkilendirilmesine gerek olmadığı halde⁴⁹ (TBK m 548/1); söz konusu temsilcinin vekâlet hükümleri çerçevesinde hareket eden bir kişi olduğu veya ticari vekil olarak atandığı hallerde, şirket adına kambiyo senedi düzenleyebilmesi ve düzenlediği senedin şirketi bağlayabilmesi, onun bu konuda özel olarak yetkilendirilmesi⁵⁰ şartına tâbi olacaktır⁵¹ (TBK m. 504/3, m. 551/2).

Usulüne göre yapılmış bir atama işleminin ve gerektiğinde kambiyo senedi düzenleme hususunda verilecek özel yetkinin ardından ilgili temsilcinin şirket adına ve hesabına bir kambiyo senedi düzenlemek istemesi halinde, *şirketin ticaret unvanının yanı sıra ayrıca kendisinin (ticari temsilci, ticari vekil vs olduğuna dair) temsilci sıfatının da*⁵² senette belirtilmesi gerekir⁵³. Böyle bir ihtimalde, kambiyo senedi düzenlenirken ortaya konulan irade temsilcinin iradesi olmakla birlikte, asıl borçlu sıfatı, *dolaylı temsile ilişkin durum bir kenara bırakılacak olursa*, ticaret şirketine ait olacaktır.

Şirket tarafından, şirketin borçlar hukuku anlamında temsili hususunda usulüne uygun olarak verilmiş bir yetki olmamasına rağmen ya da var olan yetki sınırı aşılarak⁵⁴, şirket adına ve hesabına temsilci sıfatıyla kambiyo senedi düzenlendiği hallerde ise, TTK m 678 gereğince, bu senet, ilk ihtimalde yalnızca yetkisiz temsilci olarak hareket eden kişiyi; yetki aşımı halinde ise, aşılan kısım bakımından yetkisini

⁴⁹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz Şener (n 45) 172 ff; İsmail Kırca, *Ticari Mümesillik* (Yetkin 1996) 108, 109.

⁵⁰ Ticari vekil açısından ayrıca bkz Arkan (n 47) 200; Arslan Kaya, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşleme Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat 2019) 752. Temsilcinin, kendisine verilen “*genel vekâletname*” ile temsil olunan ad ve hesabına kambiyo senedi düzenleyebilmesi ise, hukuken geçerli değildir [Doğanay (n 44) m 590 1800]. Bu yönde verilmiş kararlar için bkz YHGK,12-1091/847, 22.06.2016; Y 12 HD, 23266/14357, 20.11.2017 (KİBB – Erişim Tarihi 28.10.2019). Bunun yanı sıra, temsilciye özel olarak verilen yetkide, “*kambiyo senedi düzenlemek*” şeklinde bir genel ifade yerine “*yalnızca poliçe keşide edilmesi*” şeklinde bir ifade tercih edilmişse, *bunun bono ya da çek düzenlemeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı*; ancak *poliçe düzenleme yetkisi kapsamına aval verme, ciro etme, araya girme suretiyle kabul gibi işlemlerin de dâhil olması gerektiği* hususunda ayrıca bkz Yıldız Temsil (n 27) 41, 59.

⁵¹ Şirket tarafından usulüne atanan, ancak kambiyo senedi düzenleme hususunda özel olarak yetki verilmeyen ticari vekil tarafından şirket adına düzenlenen bononun şirketi bağlamayacağı hususunda verilmiş bir karar için bkz Y 19 HD, 5023/14622, 24.11.2011 [Karanfil (n 11) 450, 451].

⁵² Bono üzerine atılan imzanın, bizzat temsilcinin eli mahsulü olması (*ıslak imza*) şart olsa da, temsil ilişkisinin varlığına işaret eden ifadenin, mutlaka senedi temsilci sıfatı ile imzalayan kişinin el yazısı ile senede eklenmesine gerek olmayıp; bu ibarenin kaşe vs bir araçla matbu olarak eklenmesi de mümkündür [Arslanlı, (n 15) 64; Doğanay (n 44) m 590 1801].

⁵³ Tekinalp (n 23) 35, 39; Arslanlı (n 15) 64; Akyol (n 1) 155; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Eriş (n 3) m 678 174; Kendigelen, Kırca (n 9) 134, N 287; Schwenzer (n 8) 221 N 31.11; Schwenzer (Honsell, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 6; von Tuhr (Çeviren: Edege) (n 8) 315; Guhl (n 32) 821. Bu şekilde bir ibareye yer verilmeksizin, temsilcinin senet metnine yalnızca imzasını attığı hallerde ise, senedin düzenleyeni, temsil olunan şirket değil; temsilcinin bizzat kendisi olacaktır [Ayrıca bkz Arslanlı (n 15) 64; Kınacıoğlu (n 7) 136; Poroy, Tekinalp (n 7) 166; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 16) 147; Bilgili, Demirkapı (n 7) 75. Karş İncooğlu (n 1) 53].

⁵⁴ Yetki aşımı hakkında bkz dn 44'de yer alan açıklamalar.

aşan temsilciyi bağlayacaktır^{55 56}, meğer ki şirket yapılan işleme icazet vermiş olsun⁵⁷ (Ayrıca bkz TBK m 46).

Esasında TTK m 678'deki gibi bir düzenleme olmasaydı dahi, şirket tüzel kişiliği, işlemin yetkisiz temsilci aracılığıyla yapıldığını mutlak bir defî olarak herkese karşı ileri sürebilecek⁵⁸; ancak yetkisiz temsil ilişkisine rağmen TTK m 677'de yer alan düzenleme sayesinde, bono nedeniyle sorumluluk altına giren diğer kişilerin imzası bu durumdan etkilenmeyecekti. Fakat yetkisiz temsil ilişkisinin senedin düzenlenme aşamasında ortaya çıktığı böyle bir durumda, TBK'daki sistemin benimsenmesi ve icazet verilmemesi nedeniyle senedin geçersizliğinin kabulü halinde (TBK m 47/1), bu durum kambiyo senedini elinde bulunduran meşru hamil ve diğer müracaat borçluları bakımından büyük bir sorun teşkil edecekti. Bu tehlikenin TTK m 678'de, yetkisiz temsilci aracılığıyla düzenlenen bonoda, bononun geçersizliği yerine yetkisiz temsilcinin bononun asıl borçlusu halini almasının tercih edilmesi ile aşıldığı; böylece senedin meşru hamili ve diğer müracaat borçlularının herhâlükârda karşılarında nihai bir borçlu bulabilme imkânına kavuştukları rahatlıkla ifade edilebilir.

Bununla birlikte yetkisiz temsilcinin fiil ehliyetine sahip olmadığı durumlarda, düzenlenen bono nedeniyle sorumlu olmayacağı ve bu durumun kendisi tarafından herkese karşı mutlak bir defî olarak ileri sürülebileceğinin gözden kaçırılmaması gerekir⁵⁹ (Ayrıca bkz TMK m 9-10, TTK m 670). Ancak bu durum bononun geçersizliğine neden olmayacak, senette imzası bulunan diğer kimselerin imzaların istiklali kuralı gereği hamile karşı sorumlulukları devam edecektir (TTK m 677).

Yetkisiz temsile ilişkin genel hükümler bağlamında TBK m 47/1, c 2'de yetkisiz temsilciye bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı verilmiş ve işlemin yapıldığı esnada kendisi ile işlem yapılan üçüncü kişinin, yetkisizlik durumunu bildiği ya da bilmesi

⁵⁵ Bu sonuç Kanundan kaynaklandığı için, TTK m 678 çerçevesinde, bonoyu yetkisi olmaksızın ya da var olan yetkisini aşarak düzenleyen kişinin, kusurlu olup olmadığına da bakılmayacaktır [Kinacıoğlu (n 7) 155; Poroy, Tekinalp (n 7) 168; Esener (n 1) 115, 121]. Bir diğer ifade ile temsil olunan adına hareket eden, ancak yetkisiz şekilde ya da yetkisini aşacak şekilde bonoyu imzalayan kişi, bu durumu bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor olsa dahi, senedin düzenleyeni halini alacak ve senet bedelinden sorumlu olacaktır [Tekinalp (n 23) 35, 43; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 407]. Oysa TBK hükümleri çerçevesinde, yetkisiz temsilcinin, kendisi ile işlem yapılan üçüncü kişinin zararını gidermesinde, yetkisiz temsilcinin kusurlu olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmektedir [Bu hususta bkz Kutlu Sungurbey (n 23) 194].

⁵⁶ Burada özellikle arz eden husus, yetkisiz bir biçimde düzenlediği bono nedeniyle ödeme yapan yetkisiz temsilcinin, *kendisine ödeme yaptığı senet alacaklısının değil; yetkisi olmadığı halde, adına ve hesabına senet düzenlemek istediği temsil olunanın* sahip olabileceği hakları haiz olabileceğidir [Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 410; Karayalçın (n 7) 50]. Bu nedenle, yetkisiz imza ile temsil olunan adına bir bono düzenleyen bu kişinin, ödeme yaptığı, yapılan bu ödeme ile senetten kaynaklanan borcun sona ereceği, ancak senedin nihai borçlusu düzenleyen olduğundan, müracaat hakkı kapsamında kimseye başvuramayacağı olgusu gözden kaçırılmamalıdır [Karayalçın (n 7) 50; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 410; Kendigelen, Kırcı (n 9) 137, N 294; Ögütçü, Altın (n 20) 18].

⁵⁷ Bu hususta ayrıca bkz Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 411; Doğanay (n 44) m 590 1802; Kendigelen, Kırcı (n 9) 135, N 290. Yetkisiz temsil halinde, temsil olunanın icazet vermesi hususunda ayrıntılı açıklamalar için bkz Esener (n 1) 115, 127 ff.

⁵⁸ Domaniç (n 39) 115, 116; Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 16) 67; Arıcı (n 39) 11, 12; Şükri Yıldız, "Bononun Bağlayıcı Niteliği – Anonim Şirkette Kıymetli Evrak Düzenlemeye Yetkili Kişi- Tek Başına İmza Yetkisi" (Oniki Levha 2015) Hukuki Mütalaalar – 2 167, 187. Mutlak defiler kapsamında, herkese karşı ileri sürülebilecek defiler arasında sayılan ve senetdeki beyanın hükümsüzlüğüne yol açan bir durum olarak ele alınan yetkisiz temsil hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Yılmaz (n 20) 403 ff.

⁵⁹ Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 409; Pulaşlı (n 7) 72.

gerektiğini ispat edebildiği hallerde, yetkisiz temsilciden zararın giderilmesinin istenemeyeceği düzenleme altına alınmış; ispat yükü ise, yetkisiz ya da var olan yetkisini aşarak hareket eden temsilciye bırakılmıştır⁶⁰. Oysa TTK m 678'de, yetkisiz temsilci tarafından düzenlenen kambiyo senetleri bakımından böyle bir kurtuluş kanıtına açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle TBK m 47/1, c 2'nin, TTK m 678'de öngörülen hallerde de uygulama imkânı bulup bulmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce, bu ihtimalde, yetkisizliğin bononun düzenlendiği anda lehtar tarafından bilindiğinin⁶¹ yetkisiz temsilci tarafından ispatlanabildiği hallerde⁶², kendisinin lehtara karşı sorumluluktan kurtulacağı kabul edilse bile⁶³; bilerek borçlunun zararına hareket etmediği sürece, yetkisizliği bilen lehtardan senedi devralan ancak yetkisizlik durumundan haberdar olmayan hamile karşı bu itirazın ileri sürülemeyeceği ifade edilmelidir⁶⁴ (Bkz TTK m 825).

V. Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 23.01.2017 Tarihli ve 2017/38 Esas İle 2017/444 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

Tam metnine yukarıda yer verilmiş olan kararın değerlendirilmesinde, konunun şu açılardan ele alınmasında fayda bulunmaktadır: Matbu olarak bastırılmış ve boşlukları elle doldurulmuş bono metni üzerinde şirket kaşesinin, biri senedi kapsayacak şekilde senedin sağ altına, diğeri ise, “*senette matbu olarak yer alan kefil kısmına*” olmak üzere iki kez basılmasının anlamı nedir? Şirket kaşelerinden yalnızca birinin üzerinin, şirketin tek yetkili temsilcisi tarafından iki kez imzalanmasının sonucu ne olacaktır? Senet üzerinde matbu olarak yer alan “*ödeyecek*” kısmının, şirketin tek yetkili temsilcisi olan kişi tarafından kendi şahsi bilgilerine ancak şirketin adresine yer verilecek şekilde doldurulmuş olmasının, asıl borçlu sıfatının belirlenmesinde bir etkisi var mıdır?

⁶⁰ Ayrıca bkz Kocayusufpaşaoğlu (n 8) *Temsil* 214.

⁶¹ Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 407 (*Yazar, yalnızca bilinme halinin ispatı durumunda sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu, ancak yetkisiz temsilcinin, bilmesi gerekme halini ispat yoluyla bu sorumluluktan kurtulmasının söz konusu olamayacağını savunmaktadır*); Pulaşlı (n 7) 125; Poroy, Tekinalp (n 7) 168; Tekil (n 7) 100; Bilgili, Demirkapı (n 7) 66; Guhl (n 32) 821. Bu yönde bkz YHGK, 686/T-1/349, 06.05.1964 (AnkBD, Y 1964 S 3 298, 299). Ayrıca bkz BGE 85 II 28 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2085028.html> - Erişim Tarihi 28.10.2019).

⁶² Bu ispatın ticaret sicili kayıtları ile gerçekleştirilebileceği yönündeki görüş ve bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz Murat Gürel, “Ticaret Sicilinin Üçüncü Kişilere Etkisi Bağlamında Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsile İlişkin Bazı Sorunlar” (2015) *BATİDER C 31 S 1* 231, 236 ff, özellikle bkz 239, 240.

⁶³ Yalnızca bilmesi değil; bilmesi gerekme halinin ispatı durumunda da sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğu yönünde ayrıca bkz ve karşı *ibid* 234, 236 ve 240; Tekinalp (n 23) 35, 47; Kutlu Sungurbey (n 23) 195; Klemens Pleyer ve Thomas Hegel, “Haftungsprobleme bei Wechselklärungen von Vertretern – BGHZ 99, 50” (1988) *JuS Heft 12* 942, 943; Bozer, Göle (n 7) 93. Bu yönde bir karar için ayrıca bkz Y 19 HD, 13429/7895, 12.07.2005 (KİBB- Erişim Tarihi 28.10.2019).

⁶⁴ Aynı yönde bkz Gürel (n 60) 231, 235- 236 (*Yazar haklı olarak, yetkisiz temsilci tarafından ileri sürülen bu defnin, şahsi defti olduğunu ifade etmektedir*).

A. Matbu Bono Metni Üzerine Şirkete Ait Kaşenin Yan Yana İki Kez Basılması Bakımından Meselenin Ele Alınması

1. Şirket Kaşesinin Senet Metni Altına Basılmasının Anlamı

Yukarıdaki açıklamalarımızda ortaya koyduğumuz üzere, bonoda düzenleyenin sorumluluk altına girmesi bakımından olmazsa olmaz unsurlardan birisi de düzenleyenin imzasıdır [TTK m 776/1, (g); m 777]. İmzanın nereye atılması gerektiği hususu, Kanun'da açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, imzanın tüm senet metnini kapsayacak şekilde, senedin altına atılması gerektiği kabul edilmektedir. Uygulamada, düzenleyene ait imzanın, senet metnini kapsayacak şekilde senedin sağ alt kısmına atıldığı görülmektedir⁶⁵. Çalışmamız kapsamında ele alınan Yargıtay kararına konu olayda da, matbu bono metninin sağ alt kısmına ticaret şirketinin ticaret unvanını içeren şirket kaşesinin basıldığı ve kaşenin üzerindeki bilgileri taşımayacak şekilde senedin imzalandığı tespit edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu m 776 ve m 777 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, bono olarak düzenlenmek istenen bir senette, *düzenleyenin yalnızca imzasına yer verilmesinin yeterli olduğu* sonucuna ulaşılabilecek olmakla birlikte; bu çerçevede konu ele alınırken, düzenleyenin gerçek kişi mi yoksa tüzel kişi mi olduğuna dair bir ayrıma gidilmesinde fayda bulunmaktadır:

Düzenleyenin gerçek kişi olduğu bir ihtimalde, bono metnini kapsayacak şekilde bonoda gerçek kişinin yalnızca imzasına yer verilmiş olması, diğer zorunlu unsurların da bulunması koşuluyla, bononun geçerliliği bakımından yeterli olacaktır⁶⁶.

Düzenleyenin tüzel kişi olduğu bir varsayımda ise, tüzel kişinin temsilcisinin yalnızca imzasının yeterli olmayacağı ve ayrıca tüzel kişinin adına/unvanına da⁶⁷ bono üzerinde mutlaka yer verilmesi⁶⁸ gerektiği sonucu ile karşılaşılacaktır⁶⁹. Nitekim TTK m 372'deki düzenleme de vardığımız bu sonucu desteklemektedir (Ayrıca bkz TTK m 629/1)⁷⁰. İlgili hükme göre, şirket adına imza yetkisini haiz olanlar, şirketin

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz "III- B" başlığı altında yer alan açıklamalar.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz "III- B" başlığı altında yer alan açıklamalar.

⁶⁷ Senedin düzenlenmesinden sonra, ticaret şirketinin unvanını değiştirmesi ya da tür değiştirmesi ihtimalinde ise, şirketin sorumluluğu yine devam edecektir. Bu hususta ayrıca bkz Yılmaz (n 20) 409.

⁶⁸ Şirketin ticaret unvanını içeren kaşenin senede basıldığı, ancak kaşeden şirketin ticaret unvanının belirlenmediği hallerde, düzenlenen bu senetten ötürü, kaşe ile birlikte atılmış (temsilcinin) imza nedeniyle, imza sahibinin şahsen sorumlu olacağı hususunda bkz *ibid* 408.

⁶⁹ Aynı yönde bkz Karayalçın (n 7) 48; Poroy, Tekinalp (n 7) 165; Kendigelen *Çek* (n 7) 130, dn 321; Bozer, Göle (n 7) 267; Schwenzer (Honsell, Vogt, Wiegand) (n 8) Art 13 130 N 6. Bu yönde verilmiş bir karar için ayrıca bkz YHGK, 12-58/92, 13.02.2002 (KİBB- Erişim Tarihi 26.11.2019).

Bununla birlikte şirketin ticaret unvanı kullanılmış olsa dahi, *şirketin yetkili temsilcisi eliyle değil de, bu konuda yetkisi olmayan bir kişi eliyle düzenlenen* kambiyo senetleri, ticaret şirketini değil; yetkisiz bir biçimde senedi düzenleyen kişiyi bağlayacaktır. Bu yönde verilmiş kararlar için bkz Y 12 HD, 22966/14858, 30.11.2017; Y 12 HD, 25640/16436, 28.12.2017 (KİBB- Erişim Tarihi 26.11.2019).

⁷⁰ Bu hükmün, tüm tüzel kişiler adına atılacak imzalar bakımından uygulama alanı bulacağı hususunda ayrıca bkz Poroy, Tekinalp (n 7) 165.

unvanı altında imza atacaklardır⁷¹ (Ayrıca bkz TTK m 39/1, m 40/2, Çek Kanunu m 2/8). Uygulamada sıklıkla, ticaret şirketleri adına düzenlenen kambiyo senetlerinde, şirketin ticaret unvanını içeren şirket kaşesinin senedin sağ alt kısmına basılarak⁷², üzerinin şirketin yetkili temsilcisi/temsilcileri eliyle imzalandığı görülmektedir⁷³. Şirketin ticaret unvanından uzakta bir yerin temsilci tarafından imzalandığı ya da şirketin ticaret unvanı kullanılmadan senedin imzalandığı hallerde ise, şirket adına düzenlenmiş bir kambiyo senedinden söz edilemeyecek⁷⁴; böyle bir ihtimalde, imzayı atan kişinin senetten ötürü bizzat kendisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁵. Bu gibi durumlarda, düzenlenen senet bakımından şirketin sorumluluğunun bulunmadığı, herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte bir mutlak defî olarak kabul edilecektir.

Çalışmamızda ele alınan Yargıtay kararına konu uyuşmazlıkta bahsi geçen bononun sağ alt kısmına senedi kapsayacak biçimde şirkete ait ticaret unvanını ve diğer bilgileri içeren kaşenin basılması ile şirket tüzel kişiliğinin senedin düzenleyeni olarak gösterilmesinin hedeflendiği rahatlıkla söylenebilecektir. Diğer zorunlu unsurların varlığı ve söz konusu şirket kaşesinin üzerinin yetkili temsilci eliyle imzalanmış olması ihtimalinde, bu kaşenin senedin sağ alt kısmına basılması bir anlam taşıyacaktır.

⁷¹ Doktrinde *İnceoğlu*, temsil ile ilgili yazmış olduğu eserinde, uygulamada zaman zaman kambiyo senetlerinin temsilci aracılığıyla düzenlenmesi bakımından, temsil ilişkisinin varlığına açıkça senet metninde yer verilmeksizin, doğrudan temsil olunan kişinin adının yazılması, ancak temsilcinin imzasının atılması yolunun da tercih edildiğinin görüldüğünü belirttikten sonra, bu hususa örnek olarak tüzel kişiler adına düzenlenen senetleri göstermektedir. Yazara göre, tüzel kişinin ticaret unvanı altına, temsilcinin kendi adını yazmaksızın sadece imza atmak suretiyle senedin düzenlendiği hallerde, senedin temsilci aracılığıyla düzenlendiğinin kabulü, ancak güven teorisi uyarınca üçüncü kişinin temsil ilişkisinin varlığını anlayabiliyor olması şartıyla kabul edilebilecektir. Aksi takdirde temsil ilişkisinin varlığının karşı tarafa açıklanması şartının yerine getirilmemiş olması dolayısıyla, senedi imzalayan kişi, bizzat senetten sorumlu olacaktır [Bkz İnceoğlu (n 1) 52, 53, ayrıca bkz 53, dn 201].

Yazarın bu görüşüne, şu bakımdan katılmadığımızı ifade etmek gerekir: Her şeyden önce, tüzel kişiler adına onların temsilci yetkili organları eliyle düzenlenen senetlerde, borçlar hukuku anlamında bir doğrudan temsil ilişkisi söz konusu değildir. Zira tüzel kişiler, iradelerini ancak kanunen yetkili organları eliyle ortaya koyabilirler (TMK m 50/1) ve düzenlenen senetler, temsilci eliyle düzenlenmiş senetler olarak değerlendirilmez, aksine doğrudan doğruya tüzel kişinin bizzat kendisinin düzenlediği senetler olarak kabul görürler. Bu nedenle tüzel kişinin ticaret unvanı altına yetkili temsilcinin ayrıca kendi adını yazmamış olması, doğrudan temsil ilişkisindeki "*temsilin varlığının karşı tarafa açıklanması şartı*"nın yerine getirilmediği şeklinde değerlendirilmemelidir. TTK m 372/1 gereğince, şirket adına imza yetkisini kullananlar, şirketin ticaret unvanı altında imza atacaklardır. Bu kişilerin kimler olduğu ve imza sirküleri ise, TTK m 40/2 gereğince ticaret sicil müdürlüğüne verilecek olmakla birlikte, ticaret unvanı altında yetkili kişinin imza atmış olması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca kendisinin yetkili temsilci olduğuna dair açık bir beyanına senet metni üzerinde yer verilmesine gerek yoktur.

⁷² Ancak Çek Kanunu m 2/7 gereğince, bankalarca bastırılan çek defterlerinde hesap sahibinin adı ve soyadı ya da ticaret unvanı bulunacağından, bu koşulları sağlayan bir çek defteri ile çek düzenlendiğinde, ayrıca düzenleyen şirkete ait şirket kaşesinin kullanılmasına ya da o şirketin ticaret unvanına yer verilmesine gerek olmayacağı hususundaki haklı görüş için bkz Kendigelen *Çek* (n 7) 130, 131, dn 321.

⁷³ Hal böyle olmakla birlikte, şirket adına düzenlenen bir kambiyo senedinde, aslolan senedin şirketin ticaret unvanı altında şirketin yetkili organı eliyle imzalanması olduğundan, şirketin ayrıca bir kaşesi bulunduğu halde şirket kaşesinin kullanılmadan yalnızca ticaret unvanının yazılması suretiyle senedin düzenlenmesi, senedin geçerliliği üzerinde olumsuz bir etkiye sahip değildir. Aynı yönde bkz *ibid* 130, dn 321. Ayrıca bkz Yılmaz (n 20) 408. Bu yönde verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 3015/8716, 10.11.1985 [*Öztañ Kıymetli Evrak* (n 10) 405, dn 29].

⁷⁴ Poroy, Tekinalp (n 7) 165; Bozer, Göle (n 7) 206, 207.

⁷⁵ Bozer, Göle (n 7) 91.

2. Şirket Kaşesinin Bono Üzerinde Matbu Olarak Yer Alan “Kefil” Kısımına Basılmasının Anlamı

Çalışmamıza konu olan Yargıtay kararı bakımından açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer mesele, şirkete ait kaşenin senedin sağ alt kısmına basılmasının yanı sıra, ayrıca senette matbu olarak yer alan “kefil” kısmına da basılmasının anlamıdır. Uygulamada matbu olarak düzenlenen bonolarda, “avalist” kavramını karşılamak üzere, esasında kavram olarak birbiri ile karıştırılmaya müsait ve ayrı usul ve şartlara tâbi olmasına rağmen “kefil” ibaresine yer verildiği görülmektedir. Fakat matbu bono üzerinde “kefil” ibaresi kullanılsa da, bu kavramın kambiyo hukukundaki karşılığı “avalist” olduğundan⁷⁶, “kefil” ibaresi altında senedin ön yüzü imzalsansa dahi, imzayı atan kişi avalist olarak nitelendirilecek⁷⁷; kimin lehine aval verdiği açıklanmamış ise, bu şekilde imza atan kişi, düzenleyen lehine avalist sıfatını taşıyacaktır⁷⁸ (TTK m 778/3’ün atfı ile m 701/3).

Çalışmamıza konu olan Yargıtay kararında ele alınan matbu bono metninde ise, “kefil” kısmına basılan şirket kaşesinin üzeri ya da yakınında herhangi bir imzaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay 11 HD, ele aldığımız kararında “...Bono metninde yer alan Limited Şirket ise asıl borçluya aval veren durumunda olup bono üzerindeki her iki imza asıl borçlu ile aval veren yönünden atılmış bulunmaktadır...” şeklindeki değerlendirmesi ile bono metninde matbu olarak yer alan kefil kısmına şirkete ait kaşenin basılmasından ve (imzaların hangi kaşenin üzerine atıldığı hususunda bir ayırım yapılmaksızın) senedin sağ alt kısmına basılan kaşenin üzerinde iki imzanın yer almasından hareketle, şirketin işbu bono bakımından avalist sıfatıyla sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak varılan bu sonuç çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Herşeyden önce, senedin ön yüzünde düzenleyen dışında atılan ikinci imza, ayrıca bir açıklama olmadığı sürece, düzenleyen lehine verilmiş bir aval olarak kabul edilmekle birlikte (TTK m 778/3’ün atfı ile m 701/2), somut uyuşmazlığa konu olan durum bakımından bu sonuca varmak mümkün değildir. Zira, düzenlenen bu bono bakımından yalnızca senedin sağ alt kısmında yer alan şirket kaşesinin üzerine iki kez imza atıldığı görülmektedir. Matbu olarak yer alan kefil

⁷⁶ Bu yönde bkz Y 12 HD, 17437/35680, 19.11.2012 [Eriş (n 3) m 701 281, 282]; Y 12 HD, 7803/23675 22.11.2011 [ibid m 701 284, 285].

⁷⁷ Senedin ön yüzüne “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” şeklinde bir ibareye yer verilerek imza atılması halinde de bunun “aval” olarak değerlendirileceği yönünde verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 8549/10351, 21.10.1976 [Oğuzoğlu, Oğuzoğlu (n 20) 27].

⁷⁸ Aval hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Domaniç 1975 (n 12) 182 ff; Karayalçın (n 7) 219 ff; Arslanlı (n 15) 96 ff; Kınacıoğlu (n 7) 252 ff; Öztan Kıymetli Evrak (n 10) 796 ff; Pulaşlı (n 7) 208 ff; Jale Güral, “Kefalet Akdiyle Aval Arasında Fark ve Benzerlikler” (1951) AÜHF D S 3-4 435, 438 ff; Raziye Aksu, *Aval Kurumu* (Seçkin 2015) 23 ff; Kendigelen, Kırcı (n 15) 225 ff, N 483 ff; Ertan Demirkapı, “Avalin Şekil Şartları” (2004) DEÜHF D C 6 S 2 61, 64 ff; Kübra Yıldız, “Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval” (2018) GSÜHF D S 2 483, 483 ff; Eriş (n 3) m 701 279; Nihal Koşer, “Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi” (Ekim 2016) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 1 S 2 241, 243 ff; Ertan Demirkapı, *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini* (Güncel 2005) 132 ff; Mehmet Çelebi Can, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?” (2017) GÜHF D C XXI S 3 35, 52 ff; Öner Bulut, “Kefalette Eşin Rızasına İlişkin Hükümlerin Avalde Uygulanmayacağına Dair İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi” (Mart- Nisan 2019) İBD C 93 S 2 262, 262 ff.

kısmına şirketin kaşesi basılmış olmasına rağmen, üzerinin şirketin yetkili organı tarafından imzalanmadığı aşikârdır. Böyle bir ihtimalde, şirketin yetkili organı sıfatı ile hareket eden kişiyi senedin asıl borçlusu, şirketi ise, avalist olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira kambiyo senetlerinde borç altına girme, özelinde de avalist sıfatını kazanma hususunda belirleyici olan kıstas, senedin bu amaçla imzalanmış olmasıdır (Bkz TTK m 701/2-3). Ticaret şirketlerinde, şirketi borçlu kılabilmek için senet metninde ayrıca şirketin ticaret unvanına yer verilmesi de zorunlu olmakla birlikte, şirketin yetkili organı tarafından imzalanmadığı sürece, şirketin yalnızca ticaret unvanına yer verilmesi ya da yalnızca şirket kaşesi kullanılması suretiyle şirketin borç altına sokulması mümkün değildir⁷⁹. Bu nedenle, çalışmamıza konu Yargıtay kararındaki bono üzerinde matbu olarak yer alan kefil kısmına yalnızca şirketin kaşesinin basılmış olması, kaşenin üzerinin yetkili organ veya yetkili temsilci eliyle imzalanmadığı sürece, tek başına hiçbir anlam ifade etmeyecek ve bu durum söz konusu bonodan şirketin sorumluluk altına girmesi sonucuna yol açmayacaktır⁸⁰. Yargıtay 11 HD'nin kararında belirttiği, “iki imza” ile anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu ise, bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

B. Bono Üzerindeki Şirket Kaşelerinden Yalnızca Birinin Üzerinin İki Kez İmzalanması Bakımından Meselenin Ele Alınması

Çalışmamıza esas teşkil eden Yargıtay 11 HD'nin kararından da anlaşıldığı üzere, uyuşmazlığa konu olayda şirketin ticaret unvanını ve şirkete ait diğer bilgileri içeren kaşenin matbu bononun sağ alt kısmına basılmasının ardından, kaşe üzerinin şirketi tek başına temsile yetkili olduğu ve bu hususta taraflar arasında bir uyuşmazlığın da bulunmadığı anlaşılan kişi tarafından, kaşenin dışına taşmayacak bir biçimde iki kez imzalandığı görülmektedir.

Her ne kadar TTK m 776/1, (g) hükmü gereğince, düzenleyene ait tek bir imza, diğer zorunlu unsurların varlığıyla birlikte senedin bono niteliğini kazanması için yeterli olsa da, uygulamadan gelen⁸¹ bir alışkanlık nedeniyle çoğu kez, tüzel kişi adına düzenlenen kambiyo senetlerinde tek yetkili temsilci olarak hareket eden kişinin, senedin üzerine iki kez imza attığı görülebilmektedir. Bu gibi durumlarda Yargıtay'ın ağırlıklı olarak, aynı kişi tarafından ikinci imzanın anlamını tespit ederken, atılan imzaların konumundan hareket ettiği görülmektedir. Şöyle ki, konuya ilişkin incelediğimiz içtihatlarda, şirket kaşesi üzerine, kaşenin dışına taşmadan

⁷⁹ Matbu bonoda yer alan “kefil” kısmında şirketin ticaret unvanına yer verilmiş olmasına rağmen, bu unvan altında kefil şirket adına yetkili temsilci tarafından bir imza atılmadığından, şirketin avalist sıfatı ile sorumlu olmayacağı yönünde verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 19505/26350, 13.09.2012 [Erişim (n 3) m 701 284].

⁸⁰ Kaldı ki bir alt başlıkta da gerekçeleri ile açıklanacağı üzere, kanaatimizce bu senedin düzenleyeni, şirketin yetkili temsilcisi değil; şirket tüzel kişiliğidir. Böyle bir neticede, senedin nihai borçlusu olarak düzenleyen sıfatının şirket tüzel kişiliğinde olduğunun kabulünün yanı sıra, ayrıca şirketin, bu senedin (düzenleyen lehine) avalisti olduğunun kabul edilmesinin bir anlamı da olmayacaktır. Düzenleyenin kendi lehine aval verebilmesinde hukuken bir engel olmadığı, ancak böyle bir işlemin anlamlı da olmayacağı hususunda ayrıca bkz Kendigelen, Kirca (n 9) 229, N 492.

⁸¹ Bu hususta ayrıca bkz *ibid* 227, 228, N 488; Uyar (n 7) 377, 386.

aynı kişi tarafından atılan ikinci imzanın da şirket adına atılmış birinci imza gibi değerlendirildiği ve düzenlenen bu senet dolayısıyla yalnızca şirket tüzel kişiliğinin sorumluluğu yoluna gidildiği görülmekte iken⁸²; ikinci imzanın şirket kaşesi üzerine değil de yanına/açığa atıldığı hallerde ise, şirket tüzel kişiliğinin düzenleyen sıfatı ile sorumluluğunun kabul edildiği; yetkili temsilcinin ise, açığa atılan imza nedeniyle şirket lehine aval verdiği sonucuna varıldığı tespit edilmektedir⁸³.

Bununla birlikte, çalışmamıza konu olan Yargıtay 11 HD'nin kararında bu sonuçtan tamamen uzaklaşıldığı ve şirket kaşesinin dışına taşırılmadan atılan iki imza bakımından, **şirket adına hareket eden yetkili temsilcinin, senedin düzenleyeni ve asıl borçlusu**; matbu olarak bono metninde yer alan **“kefil” ibaresine şirket kaşesinin basılması ve senedin sağ alt kısmına basılan kaşenin üzerinde yer alan ikinci imza nedeniyle şirketin de bu senedin avalisti olduğu** sonucuna varıldığı görülmektedir.

Kanaatimizce verilen bu karar, eleştiriye açıktır. Zira matbu bono metninin tamamını kapsayacak şekilde senedin sağ alt kısmında şirketin ticaret unvanını da içeren şirket kaşesine yer verilmesi ve üzerinin de şirketin yetkili temsilcisi olduğu hususunda tartışmanın bulunmadığı kişi tarafından imzalandığı hallerde, düzenleyen sıfatı ile senedin asıl borçlusu olarak şirket tüzel kişiliğinin kabul edilmesi gerekir. Ticaret şirketleri adına düzenlenen senetlerde, şirketin bu senet dolayısıyla borç altına girebilmesi için, ticaret unvanına da yer verilmesi şart olmakla birlikte, bu şartın yerine getirildiği ve senedin de şirketin yetkili organı/temsilcisi eliyle imzalandığı hallerde, imzayı atan gerçek kişiyi senedin düzenleyeni olarak kabul etmek, kanuni düzenlemelere açıkça aykırılık teşkil edecektir. Kambiyo senetleri, şekli kuralların hâkim olduğu ve sıkı sıkıya uygulandığı bir alandır ve TTK'da geçerli bir bonodan söz edebilmek için aranılan şartların somut olayda sağlandığı bir ihtimalde, tamamen yorum yoluyla farklı bir sonuca ulaşmak hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. İncelediğimiz Yargıtay kararına konu olan bonoda, şirketin yetkili temsilcisinin bizzat kendisinin, şirket tüzel kişiliğinden tamamen bağımsız bir şekilde bononun düzenleyeni olarak kabul edilebilmesi için, yetkili temsilcinin imzasının, bono metninin tamamını kapsayacak ve herhangi bir duraksamaya yol açmayacak şekilde bononun üzerine şirketin ticaret unvanı kullanılmadan atılması; şirket tüzel kişiliğinin, bononun düzenleyeni konumunda bulunan şirketin yetkili temsilcisinin avalisti olarak kabul edilebilmesi için ise, matbu olarak bono üzerinde **“kefil”** ibaresinin yazılı olduğu yere şirketin ticaret unvanının yer aldığı şirket kaşesinin basılmasının yanı sıra, bu kaşenin üzerinin şirketin yetkili temsilcisi tarafından imzalanması gerekirdi.

⁸² Bkz dn 3'de belirtilen kararlar.

⁸³ Bkz dn 4'de belirtilen kararlar.

Bononun üzerinde iki imzanın bulunduğu hallerde, birinin üzerinde şirketin ticaret unvanını da içeren şirket kaşesinin bulunmaması ihtimalinde, imza sahibinin **“düzenleyen”** sıfatı ile kişisel sorumluluğuna gidileceği hususunda bkz Bozer, Göle (n 7) 206, 207. İkinci imzanın **“aval”** olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz Kendigelen, Kırcı (n 9) 227, N 488.

C. Bono Üzerinde Matbu Olarak Yer Alan “Ödeyecek” Kısımının Temsilci Tarafından Doldurulması Bakımından Meselenin Ele Alınması

Çalışmamıza esas aldığımız Yargıtay kararında yer verilen “...Bono üzerinde...’nın asıl borçlu olarak ismi yazılı bulunduğundan bonodan kaynaklanan borç nedeniyle sorumluluğu söz konusudur...” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, şirket adına tek başına imza atmaya yetkili kişinin senedin düzenleyeni olarak kabul edilmesinin sebebi, senet üzerinde matbu olarak yer alan “ödeyecek” kısmının, imzayı atan kişi tarafından bu kişiye ait şahsi bilgiler ile (ad ve soyadı, TC Kimlik Numarası) doldurulmuş olmasıdır. Söz konusu karara konu olan bono metni incelendiğinde, şirketin kaşesinin üzerinde yer alan adres ile “ödeyecek” kısmında yer alan adresin aynı olduğu görülmektedir.

Düzenleyenin gerçek kişi olduğu ve imzasının, senet metnini kapsayacak bir biçimde senette yer aldığı bir varsayımda, ayrıca ad ve soyadına yer verilmemesi ya da bu konuda eksikliklerin bulunması, bononun geçerliliğine etki etmeyecektir⁸⁴. Hal böyle olmakla birlikte uygulamada, kolay teşhis edilebilmesi amacıyla, bonoyu düzenleyen kişinin ayrıca ad ve soyadının da senette yer aldığı⁸⁵; matbu olarak düzenlenen bonolarda ise, TTK m 776’da sayılan zorunlu unsurlar arasında sayılmadığı halde senet metninde “ödeyecek” başlıklı bir kısma yer verilerek, burada düzenleyenin ad ve soyadına ilişkin bilgiler ile düzenleyenin açık adresi ve TC kimlik numarası ile vergi kimlik numarasına dair bilgilerin doldurulabilmesi için boşluklar bırakıldığı görülmektedir.

Gerçek kişi düzenleyenin imzasının bulunmadığı bir kambiyo senedinde, yalnızca onun ad ve soyadına yer verilmiş olması halinde bu ad ve soyadın, imza yerine geçip geçmeyeceği meselesi, doktrindeki tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır⁸⁶. Bu hususta savunulan birinci görüşe göre, senette yalnızca ad ve soyada yer verilmesi, imzanın yerini tutmayacağından ve TTK m 776/1, (g)’de bonoyu düzenleyen imzasından söz edildiğinden, düzenleyenin sadece ad ve soyadına yer verilen bir senet, imza dışındaki diğer zorunlu unsurlar bulunsada dahi, bono olarak geçerli

⁸⁴ Aynı yönde bkz Poroy, Tekinalp (n 7) 304; İmregün (n 15) 115; Kınacıoğlu (n 7) 135; Öztan (n 15) 210; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 989; Kendigelen, Kurca (n 9) 180, N 376; Pulaşlı (n 7) 253; Bahtiyar (n 7) 123; Eriş (n 3) m 776 540; Tekil (n 7) 160; Bozer, Göle (n 7) 207; Bilgili, Demirkapı (n 7) 75; Kendigelen *Çek* (n 7) 135. Bu yönde verilmiş bazı kararlar için bkz YHGK, 12-480/598, 05.10.2011 (Moroğlu, Kendigelen (n 3) 653); Y 12 HD, 7221/8061, 18.04.2002 (KİBB- Erişim Tarihi 15.11.2019); Y 12 HD, 30852/12114, 09.06.2011 [Coşkun (n 3) 88].

Aksi yönde bkz Arslanlı (n 15) 64 (*Yazar, bononun asıl borçlusunun teşhisi bakımından imzasının yanı sıra, ad ve soyadına da senette yer verilmesi gerektiğini, uygulamada imzaların okunaklı bir biçimde atılmamasından ötürü, düzenleyenin kimliğinin teşhisinde sorun yaşanabileceğini ifade etmektedir*). Ayrıca bkz ve karşı Karayalçın (n 7) 232.

⁸⁵ Poroy, Tekinalp (n 7) 304; Öztan (n 15) 210; Öztan *Kıymetli Evrak* (n 10) 465. Ayrıca bkz Karamanlioğlu (n 8) 89, 98-99.

⁸⁶ Meselenin tüzel kişiler bakımından ele alınması halinde ise, bu soruya olumsuz bir yanıt vermek gerekir. Bir diğer ifade ile bono metni üzerinde yalnızca tüzel kişinin unvanına yer verilmesi (ya da ticaret şirketleri bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere yalnızca senet metnine şirket kaşesinin basılması), ancak tüzel kişinin yetkili organınca senedin imzalanmaması durumunda, düzenleyenin imzasının senet üzerinde yer almadığından bahisle bono, geçersiz olacaktır.

olmayacaktır⁸⁷. Diğer görüşe göre ise, *düzenleyen kişinin kendi elinden sadır olması koşuluyla*, imza olmaksızın yalnızca düzenleyenin *el yazısı formatında* ad ve soyadına senette yer verilmesi halinde, bu ad ve soyadın imza yerine geçtiğinin ve dolayısıyla senedin geçerli olduğunun kabulü uygun olacaktır⁸⁸. Zira uygulamada, kişilerin, kendi el yazıları ile kısaltma yapmaksızın ad ve soyadlarını imza yerine geçmek üzere kullandıkları da görülmektedir. Ancak kanaatimizce bu düşüncenin kabulü için, ad ve soyadın senet üzerine düzenleyenin kendi el yazısı ile yazılması, yazının bu kişiye ait olduğunun tereddütsüz bir biçimde ortaya konulması ve en önemlisi de, düzenleyenin ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaçlayarak hareket etmesi gerekir⁸⁹.

Düzenleyene ya da onun yetkili temsilcisine ait imzanın senet metninde yer almadığı bir varsayımda, bir başkası tarafından, düzenleyenin ad ve soyadına senette yer verilmesi halinde ise, TTK m 776/1, (g) hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, senedin bono olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

Ticaret şirketleri adına bir bono düzenlenmek istendiğinde ise, diğer zorunlu unsurlarla birlikte senette varlığı mutlak gerekli husus, ticaret şirketinin ticaret unvanına yer verilmesi⁹⁰ ve senet metnini kapsayacak şekilde, şirketin yetkili organı veya temsilcisi eli ile senedin imzalanmış olmasıdır. Çalışmamıza konu uyuşmazlıkta, bu şartlar senet metninde sağlanmış olmasına ve bir bonoda bulunması gereken unsurların sayıldığı TTK m 776 ve m 777’de düzenleyenin adı soyadına dair bir açıklamaya yer verilmemesine rağmen, uygulamadan gelen bir alışkanlık çerçevesinde senet üzerinde yer verilen kısmın şirketin kaşesini kullanan ve şirket adına senedi imzalayan kişiye dair şahsi bilgileri içerdiğinden bahisle, senedin düzenleyeni olarak, *“ödeyecek”* kısmında şahsi bilgileri bulunan kişinin kabul edilmesi Kanun’a aykırılık teşkil edecektir. Zira bu kısımda ilgilinin kendi el yazısı ile ad ve soyadına yer verilmiş olsa da, bunların yazılmasında, o ad ve soyadın

⁸⁷ Öztan (n 15) 210; Tuna (n 11) 102. İmzanın yer almadığı bir bono metni içerisinde yer alan bilgilerin, düzenleyen kişinin kendi el yazısı ile yazıldığı hallerde, senedin bono olarak nitelendirilemeyeceği, ancak bu metnin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edileceği yönünde bkz Domaniç 1975 (n 12) 351 ve 356.

⁸⁸ Pulaşlı (n 7) 253. Ayrıca bkz Erdoğan (n 8) 55; Karamanlıoğlu (n 8) 89, 100. Bu hususta ayrıca bkz Uyar (n 7) 377, 386 (Yazar, senet üzerine düzenleyenin ad ve soyadının yazılması ile ilgili olarak, ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre eğer düzenleyen ödenen beri, imza olarak ad ve soyadından oluşan yazıyı kullanmıyorsa, senet metnine yalnızca ad ve soyadın yazılmış olması imza yerine geçmez ve imzanın eksikliği nedeniyle senet geçersiz olur. Ancak imza olarak, uzun süreden beri yalnızca ad ve soyadını kullanıyorsa, bu durumda, senet metninde yer verilen ad ve soyad imzanın yerine geçmesi kabul edilir).

⁸⁹ Bu hususta verilmiş bir karar için bkz Y 12 HD, 20143/28667, 7.09.2013 [Eriş (n 3) m 776 546-547 (Kararda özetle, *islak imzanın bulunmaması halinde bonodaki imza unsurunun eksik olacağı vurgulandıktan sonra, imzanın kişinin belli karakterleri içeren sembollerinden oluşabileceği gibi; ad ve soyadın bizzat el yazısı ile yazılması suretiyle de imza atılabileceği ifade edilmiştir. Ancak yüksek mahkemeye göre bu sonucun doğabilmesi için, borçlunun ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaçlaması gerekir*]; Y 12 HD, 1517/13795, 03.06.2010 [Coşkun (n 3) 92]. Karş YHGK, 19-956/802, 15.12.1993 [Moroglu, Kendigelen (n 3) 646, 647].

⁹⁰ Yargıtay’ın bir kararında, gerçek kişiler açısından geçerli bir senetten söz edilebilmesi için düzenleyenin imzasının yeterli olduğu (ayrıca ad ve soyadına yer verilmesi gerekmediği), ancak tüzel kişilerde ise, tüzel kişinin unvanının tam olarak senet metninde yer alması gerektiği sonucuna varılmıştır [Bkz Y 12 HD, 10683/13424, 06.06.2003 (Coşkun (n 3) 414, 415)]. Bununla birlikte Yargıtay başka bir kararında, düzenleyen kısmında *“Nur Tekstil San ve Tic.”* şeklinde kayda yer verilen bir çekte, *limited şirket* aleyhine başlatılan takibe yapılan itiraz karşısında, şirketi borçlandırmak amacıyla düzenlenen söz konusu çekte düzenleyene ait ticaret unvanının eksik yazılmış olmasının çekin geçersizliğine yol açmayacağı yönünde görüş bildirmiştir [Bkz Y 12 HD, 7221/8061, 18.04.2002 (KİBB- Erişim Tarihi 15.11.2019)].

imza yerine geçecek şekilde kabul edilmesi amaçlanmamıştır. Burada yer verilen şahsi bilgilerin amacı, esasında, şirket adına hareket eden yetkili temsilcinin kim olduğunun teşhisini ve şirket adına iş ve işlem yapmaya yetkili olup olmadığının tespitini kolaylaştırmaktır. Zira bu bilgilerden hareketle, senedin meşru hamili, ilgili sicil kayıtlarını inceleyerek, bu kişinin şirketi temsile yetkili olup olmadığını tespit edebilecektir. Şirketin kaşesini kullanmış olsa dahi, imzayı atan kişinin şirket adına hareket etmeye yetkili olmadığı bir varsayımda, TTK m 678 gereğince şirketin değil; bizzat imzayı atan kişinin sorumluluğundan söz edileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte aynı kesinliğin, şirketin ticaret unvanı altında şirketin yetkili temsilcisi tarafından atılan imza ile düzenlenen bir bonoda da var olduğunu göz ardı etmemek ve bu ihtimalde yalnızca şirketin düzenleyen/asıl borçlu sıfatı ile sorumlu bulunduğunu kabul etmek gerekirdi. Şirket kaşesi üzerine taşırılmadan aynı kişi tarafından atılan ikinci imzanın, imza yalnızca kaşe üzerinde kaldığı müddetçe, *imzayı atan gerçek kişinin de bu senet dolayısıyla borç altına girmek yönünde bir iradesi vardır* şeklinde yorumlanamayacağı Yargıtay'ın da haklı olarak yerleşik içtihatları ile benimsediği bir sonuçtur⁹¹.

Netice itibariyle senette “*borçlu*” olarak bir gerçek kişinin adı soyadı yazılmış olsa dâhi, ayrıca senet metninin altına şirket kaşesinin basıldığı ve üzerinin yetkili temsilci eliyle imzalandığı hallerde, senedin o şirket tarafından düzenlendiği sonucuna varılmalıdır⁹². Şirketi tek başına temsile yetkili gerçek kişinin somut uyuşmazlık bakımından düzenleyen sıfatı bulunmadığı gibi, şirket kaşesinin dışına/açığa, aynı kişi tarafından atılmış ikinci bir imza da olmadığından, yetkili temsilcinin, şirket lehine aval verdiğiinden de söz edilemeyecektir.

VI. Sonuç

Bir senedin bono vasfını kazanabilmesi için Kanun'da aranılan olmazsa olmaz koşullardan biri de, düzenleyenin imzasıdır. Bu imza ticaret şirketlerinde yetkili organ ya da temsilci eliyle atılacaktır. Ticaret şirketlerinde kural çift imza ile şirketin temsil edilmesi olmakla birlikte, bu kuralın aksinin öngörülmesi de mümkündür. Şirketi tek başına imza ile temsile yetkili bir kişinin, şirketin kaşesini kullanarak ve kaşenin üzerini imzalayarak bono düzenlemesi halinde, bu senetten dolayı düzenleyen sıfatı ile sorumluluk şirkete ait olacaktır. Böyle bir durumda şirketin sorumluluğu için kaşe üzerine atılan tek bir imza yeterli olmakla birlikte; uygulamadan gelen alışkanlık nedeniyle, tek başına yetkili temsilcinin ikinci bir imza attığına da şahit olunabilmektedir. Böyle bir durumda, ikinci imza kaşe dışına taşmadığı müddetçe, tek bir imza varmış gibi konunun değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir. İkinci imzanın kaşe dışında açığa atıldığı hallerde ise, tek

⁹¹ Bkz dn 3' de belirtilen kararlar.

⁹² Öztan Kıymetli Evrak (n 10) 466, ayrıca bkz dn 133.

başına şirketi temsile yetkili kişinin şirket lehine aval verdiği sonucu ile karşı karşıya kalınabilecektir. Çalışmamıza konu Yargıtay kararında bu genel uygulamalardan ayrılma yoluna gidildiği görülmekle birlikte, bu sonuç eleştiriye açıktır. Zira ticaret şirketi adına bono düzenlenmesi için gerekli olan şartlar (şirketin ticaret unvanı altında şirketi temsile yetkili kişi eliyle senet imzalanması) somut uyuşmazlıkta mevcut iken, matbu olarak senet metninde yer alan ödeyecek kısmında yetkili temsilcinin adı ve soyadına yer verildiğinden hareketle şirketi değil de organ sıfatıyla şirketi temsile yetkili kişiyi düzenleyen olarak kabul etmek Kanuni düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Şirket kaşesinin, matbu bono metninde yer alan (aval olarak nitelendirilmesi gereken) kefil kısmına yalnızca basılmış olması ise, bu kısımdaki kaşenin üzeri yetkili temsilci eliyle imzalanmadığı sürece bir anlam taşımayacak ve şirketin sorumluluğuna sebebiyet vermeyecektir. Kefil kısmındaki kaşenin üzerinde yetkili temsilciye ait bir imza olmadığı halde; senedin sağ alt kısmında bulunan diğer kaşedeki ikinci imzanın dikkate alınarak, şirketin de avalist olduğu sonucuna varılması kanaatimizce yerinde bir değerlendirme olarak nitelendirilemeyecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar S, “Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları” (Ekim 2006) Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi 1 (2) 27-42.
- Aksu R, *Aval Kurumu* (Seçkin 2015).
- Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009).
- Alışkan M, “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili” (2012) 207-219 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/799288> – E T 03.04.2020).
- Arıcı F, “Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde Bulunmasından Doğan Sorumluluk” (2. Bası, Beta 2001) *Prof Dr Erdoğan Moroğlu'na 65'inci Yaş Günü Armağanı* 11-28.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 25. Bası, Bankacılık Enstitüsü 2019).
- Arslanlı H, *Ticari Senetler Dersleri* (3. Bası, Üniversite Kitabevi 1954).
- Bahtiyar M, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (Güncellenmiş 17. Bası, Beta 2019).
- Becker H, *Berner Kommentar Nr. VI/1 Allgemeine Bestimmungen Art 1-183 OR Schweizerischer Zivilgesetzbuch Obligationenrecht* (2. Bası, Stämpfli Verlag 1945).
- Berger B, *Allgemeines Schuldrecht*, (Stämpfli Verlag 2008).
- Bilgen M, *Uygulamada Kambiyo Senetleri (Police, Bono, Çek) ve 5941 sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi* (Adalet 2010).
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8. Bası, Dora 2018).
- Birincioğlu İ ve Özkara E, “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı Ve İmza Analizi İle Islak İmza Kavramı” (2010) TBB Dergisi S 87 403-433.
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Bası, Bankacılık Enstitüsü 2018).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (Schulthess 1979).
- Bulut Ö, “Kefalette Eşin Rızasına İlişkin Hükümlerin Avalde Uygulanmayacağına Dair İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi” (Mart - Nisan 2019) İBD C 93 S 2019/2 262-271.
- Can M Ç, “Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?” (2017) GÜHFD C XXI Y 2017 S 3 35-73 (“Can, 2017”).
- Can M, *Kıymetli Evrak Hukuku, (Ders Kitabı) 6762 sayılı ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6273 sayılı Çek Kanunu Hükümleri Dairesinde* (İmaj 2012).
- Coşkun M, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş 3. Bası, Seçkin 2016).
- Demirkapı E, “Avalin Şekil Şartları” (2004) DEÜHFD C 6 S 2 61-95.
- Demirkapı E, *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini* (Güncel 2005) (“Demirkapı, 2005”).
- Doğanay İ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt – Madde 420-815* (4. Bası, Beta 2004).
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İlaveli 2. Bası, Eğitim Yayınları 1975) (“Domaniç, 1975”).
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – IV* (Temel Yayınları 1990).
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2019).
- Erdoğan İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3. Bası, Gazi 2017).

- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Yetkin 2018).
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Poliçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi – Varrant* (Seçkin 2014).
- Esener T, “Yetkisiz Temsil” (Ankara 1962) *II’inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler Tartışmalar 10-18 Mayıs 1961* 115-136.
- Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiytle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Selahiyete Müstenit Temsil* (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) (“*Esener, Temsil*”).
- Guhl T, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (8. Bası, Schulthess 1995).
- Güral J, “Kefalet Akdiyle Aval Arasında Fark ve Benzerlikler” (1951) AÜHF D S 3-4 435-478.
- Gürel M, “Ticaret Sicilinin Üçüncü Kişilere Etkisi Bağlamında Kambiyo Senetlerinde Yetkisiz Temsile İlişkin Bazı Sorunlar” (2015) BATİDER C 31 S 1 231-250.
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Filiz 2003).
- İnceoğlu M M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (Oniki Levha 2009).
- Karamanlıoğlu A, “Kambiyo Senetlerinde Düzenleyenin İmzası ve Bulunmamasının Sonuçları” (Aralık 2013) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S 2 89-116.
- Karanfil K, *Kambiyo Senetlerinde Sıkça Yapılan Hatalar* (Adalet 2014).
- Karasu B, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (Oniki Levha 2008).
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku Dersler, II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (3. Bası, Sevinç Matbaası 1970).
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar Kambiyo Senetleri* (Oniki Levha 2019).
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (5. Bası Oniki Levha 2019) (“*Kendigelen, Çek*”).
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*; (Genişletilmiş 22. Bası, Turhan 2018).
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Gazi Büro Kitabevi 1993).
- Kırca İ, “TTK m 371.7 Hakkında Bir İnceleme: AB’ye Üyelik Yolunda Geri Adım” (2014) BATİDER C 30 S 3 23-37.
- Kırca İ, *Ticari Mümesillik* (Yetkin 1996).
- Kocayusufoğlu N, (*Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı*), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz 2017).
- Koşer N, “Aval ve Avalın Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi” (Ekim 2016) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 1 S 2 241-264.
- Kutlu Sungurbey A, *Yetkisiz Temsil* (Yasa Yayınları 1988).
- Moroğlu E ve Kendigelen A, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (Güncelleştirilmiş 10. Bası, Oniki Levha 2014).
- Moroğlu E, “Bonoda İmza” (İstanbul 2010) Makaleler 29-32 (“*Moroğlu, İmza*”).
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta 2012).
- Oğuzman M K ve Öz, M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I* (Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat 2017).
- Oğuzoğlu A Ç ve Oğuzoğlu Ö, *Açıklamalı – İçtihatlı Bono ve Çek Sorunları* (8. Bası, Beta 2003).

- Öğütçü A T ve Altın M, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono ve Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (2. Bası, Turhan 1997) (“Öztan, Kıymetli Evrak”).
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan 2017).
- Pleyer K ve Hegel T, “Haftungsprobleme bei Wechselklärungen von Vertretern – BGHZ 99, 50” (1988) JuS Heft 12 942-946.
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 6728 sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu İle* (Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Bası, Vedat 2018).
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Adalet 2019).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası, Beta 2014).
- Saymen F H ve Elbir H K, *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler Birinci Cilt* (Hak Kitabevi 1958).
- Schwenzer I (Editör: Honsell H, Vogt N. P ve Wiegand W), *Obligationenrecht I, Art 1-529 OR* (5. Bası, Helbing & Lichtenhahn 2011).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Güncelleştirilmiş 4. Bası, Stämpfli Verlag 2006).
- Şener, O H, *Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi* (Adalet 2015).
- Tekil F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Fakültele Matbaası 1994).
- Tekinalp Ü, “Kambiyo Senetlerinde Temsil Sorunları” (1976) *Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu 14-16 Haziran 1976* 35-48.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Filiz 1988).
- Tuna E, *Ticaret Hukuku C III Kıymetli Evrak* (M.Ü. Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları 1995).
- Tunçomağ K, *Borçlar Hukuku C I Genel Hükümler* (Üzerinde Çalışılmış ve İşlenmiş 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968).
- Turanlı H, “Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi” (2012) REGESTA C 2 S 3 49-74.
- Uyar T, “Bononun (Emre Muharrer Senedin) Geçerlilik Koşulları” (İzmir 2001) *Prof Dr Mahmut Tefik Birsal'e Armağan* 377-403.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 11. Bası, Vedat 2019).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, ve Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku* (Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat 2019).
- von Tuhr A (Çeviren: Edege C), *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C 1-2* (Yargıtay Yayınları 1983).
- Yavuz C, *Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil* (Fakültele Matbaası 1983).
- Yıldız K, “Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval” (2018) GSÜHFD S 2 483-515 (“Yıldız, K”).
- Yıldız Ş, “Bononun Bağlayıcı Niteliği – Anonim Şirkette Kıymetli Evrak Düzenlemeye Yetkili Kişi- Tek Başına İmza Yetkisi” (Oniki Levha 2015) *Hukuki Mütalaalar – 2* 167-187.
- Yıldız Ş, “Doğrudan Doğruya İradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller” (Yetkin 2008) *Makalelerim* 41-63 (Yıldız, Temsil).
- Yılmaz A L, *Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe'de) Def'iler* (2. Bası, Aristo 2017).
- Yılmaz R, Birincioğlu İ, Bütün C, Günaydın U ve Yılmaz S, “Pul Nakli İle Yapılan İmza Sahteciliği: Olgular Sunumu” (2004) Adli Tıp Bülteni C 9 S 3 91-95.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.05.2019
Revizyon Talebi: 04.11.2019
Son Revizyon Tarihi: 25.02.2020
Kabul: 28.02.2020

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları

Halit Yılmaz*

Öz

2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile halk tarafından seçilen ve yürütme organının makamında teccsüm ettiği Cumhurbaşkanına herhangi bir kanuna dayanmak zorunda olmayan kararnameler çıkarma yetkisi vermiştir. Söz konusu kararnamelerin kanunları değiştirme gücü bulunmasa da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerle özerk bir düzenleme yetkisine sahip olmuştur. Bu açıdan bakıldığında kanun ve kararname arasındaki normatif ilişki kamu hukuku gündeminde önemli konu olarak bir yer almıştır. Bu çalışmanın amacı kanun ve kararname ilişkisini düzenleyen Anayasa hükümleri bağlamında kararnamelerin konu bakımından yetki sınırlarını açıklamaktır.

Anahtar Kelimeler

Anayasa değişikliği, Yasama işlevi, Yürütme işlevi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Özerk düzenleme yetkisi

Constitutional Limitations on the Subject of Presidential Decrees

Abstract

Amendments made to the Turkish Constitution in 2017 empower the President of the Republic, who is elected by the entire nation and embodies the whole executive branch, to enact decrees which are not based on any legislation. Although these decrees do not have the power to change the legislation, the President has autonomous regulatory authority. In this regard, normative relations between legislation and decrees has become one of the major predicaments of Turkish public law. The aim of this study is to explain the regulative boundaries of decrees in context with the constitutional provisions regulating the relationship between the law and decrees.

Keywords

Amendments to constitution, Legislative function, Executive function, Presidential decrees, Autonomous regulatory power

* **Sorumlu Yazar:** Halit Yılmaz (Prof. Dr.), Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye. E-posta: halit.yilmaz@antalya.edu.tr ORCID: 0000-0002-0008-318X

Atf: Yılmaz H, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları" (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 225. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0008>



Extended Summary

The principal objective of the *constitutional amendments* of 16 April 2017, was to establish a presidential government. An essential *constitutional measure* of this new administrative system is the ‘Presidential Decrees’, a new regulatory instrument of the executive body. In Turkish constitutional tradition, the regulatory power of governments, which must rely on legislation, has always been derivative. The constitutional amendment created a strong exception in this deep-rooted tradition, granting power to the President to issue decrees without having to rely on legislation.

Ergo, the Constitutional amendments concerning Presidential Decrees requires us to redefine and explicate the rulemaking powers of the Executive. However, this does not appear to be an easy task due to the ambiguity and vagueness of the amendments introduced. A new Turkish public law practice is beginning to generate contradictory interpretations concerning the legal circumference of these presidential decrees; a matter which is yet to be conclusively decided by the Constitutional Court.

Legislation cannot be annulled, voided, nor amended by Presidential Decrees. Neither can they determine matters regulated by legislation. While these were clearly established as constitutional principles by the Constitution, the delinquency remains with the ill-defined legal boundaries of Presidential Decrees.

Article 104/17 of the Constitution states that, ‘The President of the Republic may issue presidential decrees on matters relating to the executive power.’ Since the Constitution fails to concretize matters falling within the Executive’s competence, the most apparent problem in this provision is the difficulty in determining the actual legal circumference of executive power.

Four subject-matters, relating to the reorganizational aspect of the administrative office, have been established as within the regulatory power of Presidential Decrees, but at face value it is impossible to identify any other subject-matters that could be determined as within the Executive’s competence. The Constitution’s silence on whether or not the Legislative body could legislate on these subject-matters (Arts. 104/9, 106/11, 108/4, 118/6) creates further uncertainties. The doctrine is divided on this topic. If we accept that these do not fall within the Legislative’s competence, then the Constitution can be said to have created an exception to these subject-matters; which would mean the derogation of the Legislative’s power to regulate by legislation.

Aside from social and economic rights, Presidential Decrees cannot regulate on matters relating to fundamental rights and freedoms. The primary objective of this limitation is to continue with the legislative safeguarding of fundamental rights and freedoms. Nevertheless, this limitation, too, is not decisively clear. In particular, the

arrangement and regulating powers of ministries, the prospect of Presidential Decrees remaining mute on matters concerning fundamental rights and freedoms appears infeasible.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları

Giriş

21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile Anayasa sistemimizde parlamenter hükümet sistemi terk edilmiş, yürütme gücü halk tarafından doğrudan seçilen Cumhurbaşkanında toplanmıştır.

Anayasa değişikliği yürütme organını yeni bir yapıya kavuştururken “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”² adını verdiği bir işlem ile yürütme organının düzenleme yetkisinin kapsam ve niteliğinde de yenilikler meydana getirmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında, Anayasa değişikliğinden sonra yürütme organının bir kanuna dayanarak diğer adlar altında tesis edeceği düzenleyici işlemlerin kapsam ve niteliği bakımından herhangi bir yenilik bulunmamaktadır. Yine olağanüstü dönemlerden çıkarılabilecek olan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin geçmişteki olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinden büyük bir farkı yoktur. Bu çalışmada sadece Anayasa’da “kararname” adıyla düzenlenen Cumhurbaşkanlığı işlemleri incelenecek olup olağanüstü hâl kararnameleri ve Cumhurbaşkanının diğer adlar altında tesis ettiği idari işlemleri kapsam dışı bırakılacaktır.

Anayasa değişikliği yürütme organının düzenleme yetkisini yeni bir boyuta taşırken, doğal olarak bu yetkinin konusunu da sınırlamaya çalışmıştır. Yürütme organının düzenleme yetkisinin yasama yetkisi karşısındaki konumunun tartışmalara yol açmayacak açıklıkta düzenlenmesi gerekir. Bu çalışmanın esas amacı bu olmasa da ele alınacak olan Anayasa değişikliklerinin söz konusu açıklığın sağlanması için gereken asgari özen ve hukuk aklını içerip içermediği bu çalışmanın sonunda ortaya çıkacaktır. Esas amacımız ise kanun ve kararname ilişkisi bakımından Anayasa’da yer alan düzenlemeleri yorumlamak ve bu bağlamda kararname çıkarma yetkisinin konu sınırını belirlemeye çalışmaktır. Bu amaç açısından bakıldığında kararnamelerin yargısal denetimi konusunun inceleme dışında kalması da doğaldır.

Kamu hukuku geleneğimizin köklü ilkelerinden birisi yürütme işlevinin türev, tali ya da ikincil bir işlev olduğuna işaret eden “idarenin kanuniliği” ilkesidir. Karşı bir görüşü destekleyen unsurlar mevcut olsa da ele alacağımız Anayasa düzenlemeleri, kararnamelerin bir kanuna dayanmak zorunda olmaması açısından, idarenin kanuniliği ilkesinde kapsamlı bir istisna getirmiştir. Kararname çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırlarının kararnamenin bir kanuna dayanmak zorunda olup olmadığından bağımsız bir şekilde ele alınması mümkün değildir. Çünkü, eğer kararnameler bir kanuna dayanmak zorunda ise konu bakımından yetki sınırlarını belirleme güçlüğü büyük ölçüde aşılabilir. Yine benzer sebeplerle düzenleme yetkisinin konu bakımından

¹ RG 11.02.2017/29976.

² Zorunlu olmadığı sürece metin içinde “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” yerine kısaca “kararnameler” ifadesi kullanılacaktır.

sınırları, düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisindeki yeriyle doğrudan ilgilidir. Normun gücü hem diğer normlarla ilişkisini belirler hem de konu sınırlarını anlamamıza yardımcı olur (I).

Eğer kararnameler asli bir düzenleme yetkisinden doğacaksa, bu durum yürütme ve yasamanın düzenleme yetkisi bakımından eşit ve aynı güçte olmasa da belli bir ortaklığa tabi kıldığı anlamına gelir. Bu bakımdan yasama ve yürütmenin düzenleme yetkisinin karşılıklı olarak konu bakımından belirgin sınırlara kavuşturulması gerekir. Anayasa bu sınırları belirlerken kararname için mahfuz, kanun için münhasır alanların varlığına ilişkin tartışmalara yol açmakla kalmamış (II); aynı zamanda yasama ve yürütme arasında ortak düzenleme alanı oluşturarak konuya daha da karmaşık bir boyut kazandırmıştır (III).

I. Yeni Bir Norm Kategorisi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

İdarenin kanuniliği ilkesinden sapmalar kamu hukukumuzda yeni bir olgu değildir. Geçmişte olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleri konulu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bir kanuna dayanmak zorunda olmayan düzenleyici işlemlerdi. Olağanüstü hâlin istisnailiği ve bu dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yasama organı tarafından belirlenen sürede onaylanıp onaylanmama noktasında ivedilikle değerlendirilecek olması; Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ise sadece Cumhurbaşkanlığının öz teşkilatını düzenlemek ve kişilere yönelik herhangi bir hak veya yükümlülük doğurmaması bakımlarından kanunilik ilkesinin geniş bir istisna rejime sahip olmadığı düşünülebilirdi. Ele alacağımız Anayasa değişikliğinden sonra, olağanüstü hâl rejimiyle sınırlı olmayacak şekilde kanunilik ilkesine dönük daha kapsamlı bir istisnanın ortaya çıkıp çıkmadığı tartışılmalıdır (A).

Aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, idarenin düzenleme yetkisinin bir kanuna dayandığı durumlarda düzenleyici işlemlerin kanun gücünde olmadığı rahatlıkla açıklanabilir. Dolayısıyla, kanunilik ilkesinden bağımsız olmayan bir başka konu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeridir. Eğer kararnameler bir kanuna dayanmak zorunda değilse bunların norm gücünün belirlenmesi gerekecektir (B).

A. İdarenin Kanuniliği İlkesi Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

İdari işlemin kanuna dayanması zorunluluğunu ifade eden “İdarenin kanuniliği ilkesi”, Anayasa’nın 8. maddesindeki “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” ve 123/1. maddesindeki idarenin kuruluş ve görevlerinin “kanun” ile düzenleneceği kuralı ile sabittir. Özellikle Anayasa’nın 8. maddesi hükmü Anayasa değişikliğinden önceki durumda, yürütmenin bir “görev” olduğuna ve özerk düzenleme yetkisinin

bulunmadığına ilişkin temel dayanaklardan birisi olarak görülüyordu. Bu maddede yürütmenin “yetki” olarak nitelendirilmesi ise bir kanuna dayanmak zorunda olmadan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve olağanüstü hâlde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini ifade etmekten öte bir anlam taşımıyordu³. Bugün idarenin kanuniliği ilkesini ifade eden Anayasa düzenlemeleri ilk haliyle varlığını sürdürdüğüne ve kararname çıkarma yetkisinin kanuna dayanmak zorunda olmadığı konusunda Anayasa’da açık bir hüküm bulunmadığına göre, kararname çıkarılması için en azından bir yetki kanuna ihtiyaç olduğunun ileri sürülmesi uç bir görüş olarak nitelendirilemez.

Yıldırım’a göre, Anayasa değişikliğinden sonra idarenin düzenleme yetkisinin bir kanuna dayanma ve ondan kaynaklanma zorunluluğu gevşemiş olmakla birlikte tamamen ortadan kalkmış sayılmaz. Buna göre, Anayasa’da konuları özel olarak belirlenmiş kararnameler (md. 104/9, 106/11., 108/4., 118/6., 123/3) söz konusu olduğunda düzenleme yetkisi doğrudan Anayasa’nın ilgili maddelerinden kaynaklanır ve dolayısıyla bir kanuna dayanmak zorunda değildir. Buna karşın, Anayasa’nın 104/17. maddesinde yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılacak olan kararnamelerin mutlaka bir yetki kanununa dayanması gerekecektir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin 2013 yılından bugüne verdiği kararlar çerçevesinde⁴ kanunla yapılan yetkilendirme için düzenleme konusunun detaylarına kanunda yer verilmesine gerek kalmamış olup sadece konuyu belirleyen bir yetkilendirme ifadesi yeterli olacaktır. Anayasa açıkça kanuna dayanma zorunluluğu bulunmadığını düzenlemediği sürece, kararnameler için kanunla yetkilendirme gereği ortadan kalkmaz⁵. Yıldırım’ın bu gerekçelerine Anayasa’nın 161/7. maddesindeki “*Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.*” düzenlemesi de eklenebilir. Bu düzenlemede bütçe kanununda harcanabilecek tutarın artırılması konusunda kararname çıkarılması için yetkilendirme yapılamayacağı öngörülerek “kanunla yetkilendirme kuralına istisna getirilmiş” gibi bir anlam belirmektedir⁶.

Anayasa’nın 8. ve 123/1. maddelerindeki kanunilik ilkesinin eski haliyle korunması ve kararnamelerin kanuna dayanmak zorunda olmadığına dair açık hüküm bulunmaması temelinde, bu görüşün güçlü yönleri bulunsada kararnamelere ilişkin düzenlemelerin bütünü gözetildiğinde, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

³ Salih Taşdöğen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 937, 943; Metin Günday, İdare Hukuku (10. Bası, İmaj 2011) 44, 226-227; K Burak Öztürk, Fransız ve Türk İdare Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı (Yetkin 2009) 120-122; Lütfi Duran, ‘Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?’ (1983) 4(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 33, 38-40.

⁴ İdarenin düzenleme yetkisinin kapsam ve dayanağı konusundaki içtihat değişikliğine aşağıda değinilecektir.

⁵ Turan Yıldırım, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2017) 23(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13, 17-26.

⁶ Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri’ (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 12.

Yıldırım'ın konuları özel olarak Anayasa'da belirlenmiş (md. 104/9, 106/11., 108/4., 118/6., 123/3) olan kararnameler söz konusu olduğunda düzenleme yetkisinin doğrudan Anayasa'nın ilgili maddelerinden kaynaklandığı ve dolayısıyla bunların bir kanuna dayanmak zorunda olmadığına dair görüşüne, herhangi bir karşı görüş ileri sürülmesi beklenmez. Yazarın bu tespiti, yukarıda zikrettiğimiz, Anayasa değişikliğinden önceki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanuna dayanmak zorunda olmadığına dair görüşlerle de uyumludur. Anayasa'nın değişiklikten önceki 107. maddesi, "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*" düzenlemesini getirmişti. Bu düzenleme şeklinin değişiklikten sonra getirilen, örneğin Anayasa'nın 108/4. maddesindeki "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" düzenlemesinden çok da büyük bir farkı bulunmamaktadır. Esas sorun konusu özel olarak belirlenmiş kararnamelerin değil, genel hüküm niteliğinde olan Anayasa'nın 104/17. maddesinde düzenlenen kararnamelerin bir kanuna dayanmak zorunda olup olmadığı ile ilgilidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa idarenin kanuniliği ilkesine paralel bir şekilde kanun hükmünde kararnameler dahil yürütmenin düzenleyici işlemleri ile ilgili hükümlerinde kanun dayanağını ve (tüzükler ile yönetmelikler için) kanuna aykırı olmama ilkesini her zaman açıkça düzenlemiştir. Kararnameler düzenlenirken bu unsurdan bilinçli olarak uzak durulmuştur.

Kararname için bir yetki kanununa ihtiyaç varsa ve kararname kanunla düzenlenmiş konularda çıkarılamayacaksa bu konuda Cumhurbaşkanın takdir yetkisinin bulunduğunu değil, bağlı yetki içinde olduğunu düşünmemiz gerekecektir. Kanunla düzenlenmemiş bir konuda kanunla düzenleme yapma yetkisi vermenin, ifası zorunlu bir görev içerdiği düşünülmelidir⁷. Oysa, Anayasa'nın 104/17. maddesinin ilk cümlesi Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname "çıkartılabileceği"ni ifade ederek, kullanılması tamamen Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmış bir yetkiyi düzenlemiştir. Bu düzenleme açısından Cumhurbaşkanı kanunla düzenlenmemiş bir konuyu kararname ile dilerse düzenler dilerse düzenlemez. Oysa geçmişte, kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanununun, yine Anayasa'nın belirlediği özellikleri bakımından Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda takdir yetkisi sunduğu açıktı. Ayrıca kanun hükmünde kararnamelerin kanunları kaldırma ve bunlarda

⁷ Aynı yönde bkz. Abdullah Eren, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihatı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 1, 68. Elbette muhtemel bir yetki kanununun, düzenleme zorunluluğunu belirginleştiren "kararname ile düzenlenir" ya da takdir yetkisine işaret eden "kararname ile düzenlenebilir" şeklinde farklı ifadeler kullanması mümkündür. Bu ifade farklılıklarının kararname çıkarma zorunluluğu bakımından bir fark yaratmaması gerekir. Zira burada önemli olan Kanun Koyucunun konuyu bir kanunla düzenleme olanağının bulunduğu halde bunu yapmayı düzenleme görevini yürütmeye vermesi söz konusudur. Kanun koyucu belli bir konuda kararname ile düzenleme yapılması ihtiyacını duymasaydı, buna ilişkin bir yetki kanunu çıkarmazdı. Ayrıca yasama ve yürütme ayrılığının belirginleştiği bir yapıda yetki kanununun yürütmenin talebinden çok yasamanın takdirinde olan bir tercihten kaynaklandığı varsayılmalıdır.

değişiklik yapma gücüne sahip olduğu ve bu gücün kullanılmasının takdir yetkisine dayandığı rahatlıkla ileri sürülebilirdi.

Anayasa'nın 161/7. maddesinde yer alan “*Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.*” düzenlemesinden kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması gerektiği anlamını çıkarmanın mümkün olup olmadığını tartışmak gerekir. Hükümde kast edilenin “Harcanabilecek tutarın aşılabileceğine dair Cumhurbaşkanına bütçe kanunu ile **yetki verilemez**” olduğu düşünülmelidir. Nitekim, Anayasa'nın 73/4. maddesine göre, “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.*” Benzer bir yetkilendirme hükmü Anayasa'nın 167/2. maddesinde bulunmaktadır. Bu son iki maddede Cumhurbaşkanına verilen yetkinin kararname ile kullanılacağına dair bir belirleme bulunmamaktadır. Uygulamada da söz konusu yetkiler “Cumhurbaşkanı kararı” şeklinde kullanılmaktadır⁸. Aslında kanunun yetkilendirdiği bir konuda Cumhurbaşkanının “karar” ya da “kararname”⁹ adı altında işlem yapması arasında herhangi bir farklılık söz konusu olmayacaktır¹⁰. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın 161/7. maddesinde yer alan “*Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.*” hükmü, bütçe kanununa harcanabilecek tutarın “Cumhurbaşkanı kararı” ile aşılabileceğine dair hüküm konulabilir şeklinde anlaşılabilir. Ülgen'in de belirttiği gibi Anayasa ile yasaklanan, kanun ile Cumhurbaşkanına yetki verilmesidir¹¹. Durum böyle olunca, Anayasa'nın 161/7. maddesindeki “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ifadesine kanunilik ilkesi ve anayasa sistematığı bakımından özel bir anlam yüklemek mümkün değildir. Sorun, Anayasa değişikliği yapılırken, söz konusu hükümlerde yer alan “Bakanlar Kurulu kararı” ifadesi yerine “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”, “Bakanlar Kuruluna” ifadesi yerine “Cumhurbaşkanına” ifadesinin özensizce yerleştirilmesinden doğmuştur. Eski düzenlemede yer alan “Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi” ve “Bakanlar Kurulu kararı” ifadesi herhangi bir sorun doğurmuyordu. Değişiklik metninin, getirilmeye çalışılan kararname rejiminin kendine özgü yönlerinin Anayasa'nın diğer maddelerine olan etkisi düşünülmeden ve bütüncül bir değerlendirme yapılmadan kaleme alınmış olduğu açıktır.

⁸ Bkz. 607 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Karar, RG 15.01.2019/30656.

⁹ Hukukumuzda “karar” ve “kararname” sözcükleri arasında işlemin niteliğinden kaynaklanan herhangi bir farklılık yoktur. Belki, Anayasa değişikliği ve güncel uygulamalar bakımından “Cumhurbaşkanlığı kararı”nın bir kanun ya da kararnameye dayanan işlem olduğu, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”nin ise herhangi bir dayanağa ihtiyacı olmadığı ileri sürülebilir. Bunun gibi, kavramların öz anlamıyla örtüşmeyen tasnif çabalarının Kanun Koyucunun özensiz ve anlamlandırılması bir hayli güç olan düzenlemelerinden kaynaklandığı düşünülmelidir. Ayrıca bkz. Tolga Şirin, ‘İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2018) 7(14) Legal Anayasa Hukuku Dergisi 289, 301-303.

¹⁰ Bu kapsamda kanunun yetkilendirdiği bir konuda kararname adı altında işlem yapılması durumunda işlemin adına değil içeriğine ve niteliğine bakılacaktır. Böyle bir durumda işlemi Anayasa'nın 104/17. maddesi anlamında kararname olarak değil, Cumhurbaşkanının kararname dışında diğer idari işlemi olarak görmek gerekir.

¹¹ Ülgen (dn 6) 13.

Anayasa'nın TBMM'nin yetkilerini düzenleyen 87. maddesinde "kararnameler için yetki kanunu çıkarmak" şeklinde bir düzenlemenin bulunmaması da kararnamelerin bir yetki kanununa dayanmak zorunda olmadığını göstermektedir. Hatırlanacağı üzere, değişiklikten önce Anayasa'nın TBMM'nin yetkilerini belirleyen 87. maddesinde "*Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararnama çıkarma yetkisi vermek*" şeklinde bir hüküm vardı. Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için benzer bir hükmün getirilmemiş olması anlamlıdır. Yine bu açıdan bakıldığında eğer konu yetki kanunu çerçevesinde düşünülseydi kanun hükmünde kararname rejimi bütünüyle kaldırılmazdı. Öyle görünüyor ki Anayasa değişikliği Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini normlar hiyerarşisinde kanunların altına yerleştirirken, diğer taraftan da birçok soruna yol açacak şekilde yasama iradesine bağımlılıktan kurtarmıştır¹².

Özetle, Cumhurbaşkanı kararnamelerinin kanun dayanağına veya TBMM'nin onayına ihtiyacı bulunmamaktadır¹³. Bu düzenleme ile kamu hukuku geleneğimizde köklü yeri bulunan "idarenin kanuniliği" ilkesinde (Anayasa md. 123/1) önemli bir istisna geliştini; yürütmenin görev ve yetki olarak nitelendirilmesinde (Anayasa md. 8) "yetki" niteliğinin daha kapsamlı hale geldiğini ileri sürebiliriz.

B. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tıpkı kanunlar gibi herhangi bir başka norma dayanmak zorunda olmaması; sadece Anayasa'ya uygunluğu açısından ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecek olması, bu kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede görme yanlışına sebep olabilir. Bu konu ele alınırken öncelikle kararnamelerin bir kamu hukuku işlemi olarak hukuksal niteliğini belirlemek gerekir.

Organik ölçüt bakımından bir işlemin hukuksal niteliğini onu yapan merciin devlet organlarından hangisi olduğuna göre belirleriz. Bu bakımdan Cumhurbaşkanı yürütme organına dahil olduğuna göre, onun kararname adı altında yaptığı işlem "idari işlem" olarak nitelendirilecektir. Kararnamelerin bir kanuna dayanmak zorunda olmaması onları idari işlem olmaktan çıkarmaz. Diğer taraftan, bir işlemin hukuksal niteliğini ve normlar hiyerarşisindeki yerini onun yargısal denetiminin hangi merci tarafından

¹² Kanunilik ilkesine getirilen bu istisnann yol açacağı sorunlara aşağıda değinilecektir.

¹³ Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (Yetkin 2019) 282-283; Oğuz Sancaktar, İdare Hukuku (7. Bası, Seçkin 2018) 74.

gerçekleştirildiğine göre belirlemek imkânı yoktur¹⁴. Bu çerçevede yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılıyor olması kararlameleri idari işlem olmaktan çıkarmaz¹⁵.

Atar'a göre, kararnamelerin yargısal denetiminin kanuna değil Anayasa'ya uygunluk denetimiyle sınırlı olması, normlar hiyerarşisinde kararnamelerin kanuna eşdeğer bir norm kategorisi olduğuna işaret eden özelliklerden birisidir¹⁶. Hemen yukarıda aktardığımız gerekçelerle, yargısal denetimin gösterdiği özellikler herhangi bir normun hiyerarşideki yerini belirlemek adına bizlere çok az veri sunar. Diğer bir deyişle, kanuna dayanmak zorunda olmayan bir yürütme işleminin sadece ve aslında doğal olarak Anayasa'ya uygunluğunun denetlenecek olması o işlemin kanunla aynı güçte bir norm kategorisine dahil olduğu anlamına gelmez. Bu noktada kanuna dayanmak zorunda olmayan yürütme işleminin kanunları değiştirme ve tamamen yürürlükten kaldırma gücüne sahip olup olmadığı belirleyici olacaktır. Bir kanuna dayanmak zorunda olmayan kararnamelerin sadece Anayasa'ya uygunluğunun denetlenebileceği olağan bir sonuçta; esas önemli olan kararnamenin kanun üzerindeki etki gücüdür¹⁷.

Bu bağlamda, Anayasa'nın 104/17. maddesinin “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmüne göre, kararnamelerin kanunları değiştirme ya da yürürlükten kaldırma gücüne sahip olmadığı açıktır. Aksine, münhasıran kararnamelere ayrılan konular dışında, yine Anayasa'nın 104/17. maddesinin “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” hükmü uyarınca, kanun kararnameyi yürürlükten kaldırma gücüne sahiptir. Ayrıca, “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*” düzenlemesinin kanunun hiyerarşik üstünlüğüne vurgu yapma amacıyla getirildiğini ifade edebiliriz¹⁸.

¹⁴ Yargısal denetimin varlığı ya da yokluğu, hangi yargı merci tarafından gerçekleştirileceği ve usulü, bir hukuksal işlemin niteliği göz önünde bulundurularak kanun koyucu tarafından belirlenecektir. Bununla birlikte yargısal denetime dair özellikleri işlemin hukuksal niteliğini ya da o işlemin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlerken ölçüt olarak kullanmak bizleri yanlış sonuçlara götürebilir. Çünkü kanun koyucu işlemin yargısal denetimine dair özellikleri belirlerken çoğu zaman işlemin hukuksal niteliğinden bağımsız ve o işlemin içinde doğduğu hukuksal düzenin gereklerinden farklı düzenlemeler getirebilmektedir. Belli bir idari işlemde doğan uyumsuzluğun, bunu çözecek bir idari yargı düzeni mevcut olduğu halde adli yargı düzeninin görev alanına sokulması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu durumda uyumsuzluğun adli yargının görev alanına sokulması, işlemi genetik kodlarından koparıp idari işlem olmaktan çıkarmaz. Yine bir kanun ya da idari işlem yargı denetiminin tamamen dışına çıkarılmış olabilir. Bu durumda kanun ya da idari işlem diğer kanun ya da idari işlemlere göre normlar hiyerarşisinde farklı bir konuma sahip olmayacaktır.

¹⁵ Maddi ölçüt bakımından kararnamelerin yasama işlevi içinde görüleceğini ihmal etmemekle birlikte, kararnamelere ilişkin tartışmalarda “idari işlem” niteliğine vurgu yapılması ve zorunlu olmadığı sürece maddi ölçütün kullanılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Konunun, geçmişteki kanun hükmünde kararname örneği ile açıklanması için bkz. Eren (dn 7) 17-31.

¹⁶ Yavuz Atar, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 241, 243.

¹⁷ Turan Yıldırım, ‘İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293, 294.

¹⁸ Hükmün bir başka amacının kararnamelerin yargısal denetiminin kanuna uygunluk denetimi değil, sadece Anayasa'ya uygunluk denetimi olduğunu düzenlemek olduğu tespit edilebilir. Bu konuda bkz. Halit Yılmaz, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi’ (2019) 7(13) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 373-392.

Ancak hemen yukarıda aktardığımız hükümlerinin basit düzeyde norm çatışma kurallarını düzenlediği ve bu bağlamda norm hiyerarşisi yaratmadığı ileri sürülebilir. Bu görüşe göre, bu düzenlemeler normlar hiyerarşisinde kararnamelerin kanunların altında olduğuna değil; tam tersine onunla denk düzeyde olduğuna işaret etmektedir¹⁹. Dolayısıyla bu hükümler kararnamenin kanuna aykırı olduğunu ifade etmemizi engelleyerek bu ikisi arasında dikey değil, bunların denkliğine işaret eden yatay bir ilişki kurmaktadır. Norm çatışma kurallarına sadece aynı düzeydeki normlar arasında çatışma olduğunda ihtiyaç duyduğumuza göre, bu görüş ya da yorum ilk bakışta ikna edicidir. Ancak, norm çatışma kuralı Kanun Koyucu tarafından açıkça düzenlendiği için bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun Koyucu kanun ve kararnameyi normlar hiyerarşisinde eşit düzeyde ve değerinde görseydi bunlar arasındaki çelişkiyi giderecek bir düzenlemeye ihtiyaç duymazdı. Zira, birbirine eşit iki norm arasında çelişen hükümler söz konusu olduğunda, konusu bakımından genel norm-özel norm, zaman bakımından önceki norm-sonraki norm ölçütleri sorunu olağan yollardan çözecektir. Diğer bir deyişle, ele aldığımız görüşün tam aksine söz konusu hükümler Anayasa’da hiç bulunmamış olsaydı kanun ve kararnamenin hiyerarşide aynı düzeyde bulunduğunu düşünebilirdik. Zira aynı düzeyde olduğu düşünülen normlar için herhangi bir norm çatışma kuralının işletilmesi bunun açıkça ve ayrıca düzenlenmiş olmasına bağlı değildir. Diğer taraftan, her durumda kanunun uygulanması sonucunu doğuran Anayasa düzenlemesi, eşit düzeydeki normlar arasındaki çatışmayı çözen ve hukuk mantığının olağan ürünü olan diğer bütün çatışma kurallarını bertaraf ettiğine göre artık bir norm denkliğinin kalmadığı da açıktır.

Anayasa’nın 90. maddesinde yer alan norm çatışma kuralı da bizim yorumumuzu destekleyen tarihsel bir boyuta sahiptir. Anayasa’nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğe kadar uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde (kanunla aynı güçte) kabul edildiği için doğal olarak herhangi bir norm çatışma kuralı getirilmemişti. Fakat, daha sonra Kanun Koyucu temel hak ve özgürlüklere dair andlaşmaların kanunların uygulamasını engelleyecek bir üstünlüğe sahip olduğunu vurgulamak için “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir²⁰. Bu örnek açısından bakıldığında, yukarıda aktardığımız Anayasa hükümlerinin kararnamelerin kanunlarla eşit bir güçte olmadığını belirlemek amacıyla getirildiği ileri sürülebilir.

Olağanüstü dönemlerde çıkarılacak olan kararnameleri düzenleyen Anayasa’nın 119/6. maddesi, bu kararnamelerin “kanun hükmünde” olduğunu açıkça belirtmiştir. Diğer kararnameler için bu türden açık bir hüküm bulunmadığına göre; sadece

¹⁹ Ozan Ergül, ‘Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) Eylül-Ekim Güncel Hukuk 30, 31; Atar (dn 16) 243-244.

²⁰ Eren (dn 7) 28-29.

olağanüstü hâl kararnamelelerinin kanun hükmünde olduğu; diğerlerinin ise olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anayasa'nın "Kanunsuz emir" başlıklı 137. maddesindeki düzenleme de normlar hiyerarşisine uygun bir mantıkla "yönetmelik", "kararname", "kanun" ve "Anayasa" sıralamasını benimsemiştir. Önceki düzenlemede kararname yerine "tüzük" yer almaktaydı. Elbette bu tür bir sıralama kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yerini göstermek bakımından tek başına yeterli değildir. Ancak bu düzenleme şekli Anayasa'nın diğer hükümleri ile birlikte kararnamelerin kanunların altında yer aldığı destekler niteliktedir²¹.

Ülgen'e göre, kararnameler asli bir düzenleme yetkisini ifade ettiğinden kanun gücünde olmasa da kanuna eşdeğer düzenleme araçlarıdır²². Gözler, kararnamelerin kanun gücünde olmadığını, artık çıkarılamayacak olan tüzüklere denk olduğunu ifade etmektedir²³. İster kanunun altında diyelim ister kanuna eşdeğer diyelim, son kertede Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan kararnamelerin kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamayacağı ve aynı konuda kanun çıktığında kararnamenin yürürlükten kalkacağı, kanunla kararname aynı konuda çakıştığında kanunun uygulanacağına ilişkin kurallar kararnamelerin kanun gücünde olmadığını ortaya koymaktadır. Bu hükümlerden kararnamelerin kanunları yürürlükten kaldırma ya da değiştirme gücüne sahip olmadığı sonucu açıkça çıkmaktadır²⁴.

Önemli bir sorun, Anayasa'da "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir" şeklinde belirlenen özel konuların (md. 104/9, 106/11, 108/4, 118/6) yürütmenin düzenleme yetkisinin mahfuz alanı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Biz bu konuların sadece kararname ile düzenleneceğini ve bu konularda kanun çıkarılamayacağını düşünüyoruz. Oysa genel hüküm niteliğindeki Anayasa'nın 104/17. maddesine göre, kararname ile düzenlenen yürütme yetkisine ilişkin konularda kanun çıkarılabilecektir. Burada konuları özel olarak belirlenmiş kararnameler ile Anayasa'nın 104/17. maddesinde düzenlenen yürütme yetkisine ilişkin diğer kararnameler şeklinde iki tür kararname bulunup bulunmadığı ve özel konulu kararnamelerin diğer kararnamelerden farklı olarak kanunlarla eşit bir norm seviyede olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten kanuna kapatılmış alanları düzenleyen kararnamelerin kanunlara denk bir güçte olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, bu kararnameleri bütünüyle Anayasa'nın 104/17. maddesi dışında düşünmek, bu maddede belirginleşen amacın dışında kanuna denk, daha güçlü bir kararname kategorisi oluşturmak anlamına gelecektir. Bu konunun detaylarını aşağıdaki tartışmamızda ele alınmaya çalışacağız.

²¹ Yıldırım (dn 5) 23.

²² Ülgen (dn 6) 7.

²³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukuku* (2. Bası, Ekin 2018) 889.

²⁴ Ayrıca bkz. Şirin (dn 9) 297-298.

Sonuç olarak, kararnameler asli düzenleme yetkisine dayanmakla birlikte kanun gücünde değildir²⁵. Bu sonuç yürütme erkinin kararname yetkisiyle güçlenmesine dair endişelerimizi hafifletmez. Yürütmenin düzenleme yetkisi tali nitelikte ve kanun altı güçte olsa dahi kanun karşısında her zaman genişleme eğilimi gösterir²⁶. Mevcut durumda bu eğilimin sınırlanması kararname ve kanunun konu bakımından sınırlarının anayasal ölçekte belirginleştirilmesine bağlıdır.

II. Düzenleme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Arasındaki Bölüşümü

Anayasa'nın 104/17. maddesi kararnamelere ilişkin genel düzenlemeler getirmiştir. Buna ek olarak, Anayasa dört özel konunun kararname ile düzenleneceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi karşısında, özel olarak belirlenen konuların kararnameler için mahfuz bir alan oluşturup oluşturmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın ifade biçimi düzenleme yetkisi bakımından yürütmeye ait mahfuz bir alanın bulunduğunu düşündürmektedir. Konusu özel olarak belirlenmiş kararnamelerin, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki genel düzenlemelere tabi olup olmadığı da bir başka tartışma konusudur (A).

Kanunun kararname karşısında bir konu sınırlamasına tabi olup olmadığı yanında bir başka sorun kararnamenin kanun karşısındaki sınırlarının neler olduğudur. Kararnameleri konu bakımından sınırlama amacıyla getirilmiş olsa da “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesi kamu hukuku müesseselerimize ve terminolojimize yabancı bir unsur olarak belirlemiştir. Zira Türk anayasa hukukunda münhasır kanun alanı bulunmamaktadır (B).

A. Kararname Alanına İlişkin Belirsizlikler

1. Yasamanın Genelliği İlkesinde Aşınma: Mahfuz Kararname Alanının Varlığı Sorunu

Düzenleme yetkisi bakımından yürütmeye ait mahfuz alanın varlığı konusu, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnalarının bulunup bulunmadığı ile ilgilidir²⁷. Anayasa hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği ilkesi esas olmakla birlikte, bu ilke mutlak değildir. Yasama yetkisinin genelliğine dair istisnalar Anayasa'dan kaynaklanmaktadır²⁸.

²⁵ Aynı yönde bkz. Sancaktar (dn 13) 81.

²⁶ Yürütmenin başının doğrudan seçilme işbaşına gelmesi ve yasama organına karşı sorumlu olmamasının düzenleme yetkisinin genişleme eğilimini daha da güçlendireceği unutulmamalıdır.

²⁷ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (17. Bası, Yetkin 2017) 211; Gözler (dn 23) 608-612.

²⁸ Bu istisnalar için bkz. Gözler (dn 23) 608. Yine Özbudun, yasama organının genel olarak statüler yaratmasını yasama yetkinin doğal sonucu olduğunu; ancak, yarattığı statüler kişiselleştirerek bireysel işlemler yapmasının mümkün olmadığını; bu türden işlemlerin yürütme fonksiyonu kapsamında yer aldığını; yürütmenin kural olarak mahfuz ve özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamakla birlikte, bireysel işlemler yapmak bakımından mahfuz bir yetki alanı bulunduğunu ifade eder. Özbudun'a göre, aksi bir düşünce kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmaz. Özbudun (dn 27) 222. Aynı yönde bkz. Gözler (dn 23) 609, 734). Yasama yetkisinin genelliği ilkesi bakımından tespit edilen bu hususların, yürütmenin özerk bir düzenleme yetkisine sahip olmadığı bir durum çerçevesinde, düzenleme yetkisi dışında kalan konularla ilgili olduğu açıktır. Anayasa değişikliğinin ardından bugün esas sorun, yürütmenin artık özerk bir düzenleme yetkisine sahip olup olmadığıdır.

Anayasa'nın 104/17. maddesi yürütme yetkisine ilişkin konularda hem kararname hem de kanun çıkarılabileceğini düzenlediğine ve bu konularda kanunu kararnamelerden daha güçlü kıldığına göre, bu maddeden yasama yetkisinin genelliğine ilişkin bir istisna ortaya çıkmayacaktır. Anayasa'nın kararnameler için belirlediği dört özel konunun ise kanun alanına kapatılıp kapatılmadığı tartışmaya açıktır. Anayasa üst düzey kamu görevlilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların (md. 104/9); bakanlıkların kurulmaları, kaldırılmaları, teşkilatları ve yetkilerinin (md. 106/11); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi ve üyelerinin statülerinin (md. 108/4); Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin (md. 118/6) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği kuralını getirmiştir.

Özbudun'a göre, bu hükümlerin yürütme organına münhasır bir düzenleme yetkisi verip vermediği açık değildir²⁹. Ardıçoğlu'na göre, “...Anayasa değişiklikleri ile yasakoyucuya kapatılmış ve yürütmeye ‘münhasır’ olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu yoktur. Bilakis m. 104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanınmıştır ve ayrıca aynı konuda Meclis tarafından kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasanın, yasama yetkisinin asliliğinin yanı sıra genelliğine ilişkin 7 ve 87’inci maddelerinde kanun koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisine ilişkin bir sınırlama da bulunmamaktadır. Kanuna eş bir hukuk kaynağı olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanun önünde bir engel oluşturduğunu kabul etmek sistematik açıdan mümkün görünmemektedir.”³⁰

Gözler, Kanadoğlu ve Ülgen'e göre ise Anayasa'nın özel olarak kararname ile düzenleneceğini belirlediği konularda kanun çıkarılamaz. Zira bu düzenlemelere bakıldığında “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” ifadesi, kanun yanında ikinci bir seçeneği değil; tek bir seçeneği ifade etmektedir. Diğer bir deyişle söz konusu ifade biçimi konunun kararname ile düzenlenmesi konusunda sınırlayıcı ve emredici bir niteliğe sahiptir³¹. “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” ifadesi açısından yapılan bu yorumu eleştirmek güçtür. Buna ek olarak, kararnamelere ait münhasır alanın varlığına dair görüşün 123/3. maddesinin “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” düzenlemesi açısından da temellendirilmesi mümkündür 123/3. maddesi açısından bakıldığında Anayasa'nın özel olarak kararname ile düzenleneceğini belirlediği konularda kanun çıkarılamayacağı anlamı kendiliğinden belirlemektedir. Zira Anayasa'nın bu düzenlemelerinde, 123/3. maddesinden farklı

²⁹ Özbudun (dn 27) 251.

³⁰ Artuk Ardıçoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi 21, 29.

³¹ Korkut Kanadoğlu, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637, 645-646; Ülgen (dn 6) 19; Gözler (dn 23) 733. Eren'e göre bu yorum münhasır kararname alanının varlığını temellendirmek için yeterli değildir. Nitekim, yazara göre, geçmişte Anayasa Mahkemesinin KHK'lar söz konusu olduğunda Anayasa maddelerinde yer alan “kanunla düzenlenir” şeklindeki ifadeleri “KHK ile düzenlenemez; bu alanlar münhasır kanun alanıdır” şeklinde bir yoruma tabi tutmamıştır. Eren (dn 7) 42-43. Yıldırım ve Atar da Anayasa'da cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirlenen konularda kanunla düzenleme yapılmaması gerektiği görüşüne sahiptir. Yıldırım (dn 17) 300; Atar (dn 16) 247.

olarak, sadece kararname ile düzenleme esası belirlenmiş, kanunla düzenlemeye olanak sağlanmamıştır³². Bütün bunların yanında Anayasa'nın Geçici 21/B maddesine göre “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.” hükmünü getirerek kararnamelere ait münhasır alan teyit edilmiş görünmektedir³³. Katıldığımız bu gerekçelere bir ekleme yapmak faydalı olacaktır. Buna göre, Anayasa'nın belirlediği kararname konularının 104/17. maddesinde belirlenen “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın dışında olduğu ileri sürülemez³⁴. Bu bakımdan “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın kapsayıcılığı karşısında Kanun Koyucunun bu konuları ayrıca ve özel olarak belirleme amacının mahfuz bir kararname alanı yaratmak olduğunu düşünmek gerekir. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın yürütme yetkisine ilişkin konularından dört tanesini somutlaştırma sebebinin bu konuları kanuna kapatmak olduğunu ileri sürebiliriz³⁵.

Şirin ise soruna çok daha özgün bir yorum getirmektedir. Yazara göre özel konulu kararnameler münhasır bir konuya sahip değildir. Bu konularda kanun da çıkarılabilir. Ancak bu konularda kanunun bulunması kararname çıkarılmasına da engel değildir. Bu durumda kanun ile kararname arasında çatışma olduğunda kanun uygulanacaktır kuralı geçerli olmayacak, sonraki norm hangisi ise o uygulanacaktır. Şirin'e göre yasama yetkisinin genelliği karşısında münhasır bir kararname alanının varlığından söz edilemez. Yazar ayrıca Anayasa'nın Geçici 21/B maddesinin bu yorumu desteklediği görüşündedir³⁶. Sezer ise belirlenen dört özel konuda kararnameden önce kanunla düzenleme yapılamayacağını; kararname ile düzenleme yapıldıktan sonra ise kanun çıkarılabileceği görüşünü paylaşmaktadır³⁷.

Kural olan yasama yetkisinin genelliği ilkesi ise bunun istisnasının Anayasa'da açık bir şekilde belirlenmesi gerekliliğinden vazgeçemeyiz. Bu bakımdan kararnamelerin düzenlediği belli konularda kanun çıkarılamayacağına dair daha açık bir hükme gerek olduğunu, eğer düzenlemelerin amacı tam olarak bu ise açıklığın yeterince sağlanamamış olduğunu kabul ediyoruz. Ancak yukarıda yaptığımız açıklamalar istisnanın belirgin olma özelliğinden yoksun olmadığını da göstermektedir.

³² Gözler (dn 23) 733.

³³ Eren (dn 7) 43; Ülgen (dn 6) 19-20.

³⁴ Abdullah Sezer, ‘Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 353, 371. Yürütme yetkisine ilişkin konuları genel olarak belirleme güçlüğüne aşağıda açıklamaya çalışacağız. Kanun Koyucunun özel konulu kararnameleri Anayasa'da düzenlemesi bu güçlüğü aşılması için örnek olarak değerlendirilebilir.

³⁵ Melikşah Yasin, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 315, 318.

³⁶ Yazar bu konuda başka gerekçeler de sunmaktadır. Bkz. Şirin (dn 9) 331-335.

³⁷ Sezer (dn 34) 377-388.

Anayasa'nın 104/17. maddesinde düzenlenen kararnamelerin kanunlarla aynı güçte olmadığını belirlemiştik. Hemen aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Anayasa'da konusu özel olarak belirlenmiş olan kararnameler de Anayasa'nın 104/17. maddesinden ayrı bir kategori olmadığına göre, bunlar da kanunlarla aynı güçte değildir. Şimdi bu tartışma çerçevesinde "Kanuna denk olmayan kararnamelere" mahfuz bir alan yaratılmış olmasının mümkün olup olmadığı sorununu ele almak gerekir. Gerçekten mahfuz bir kararname alanı varsa mahfuz konulardaki kararnamelerin, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki kararnamelerden farklı olarak kanun gücünde olması gerektiği düşünülebilir³⁸. Bu sorun bakımından tartışma konusu hükümlerin üç farklı yorumla ele alınması mümkün görünüyor: 1) Anayasa'da mahfuz alan konusunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanuna denk olmayan kararnamelerin mahfuz bir alana sahip olması düşünülemez. 2) Mahfuz alanın varlığı Anayasa'nın yorumundan çıkmaktadır. Dolayısıyla özel konulu kararnameler diğerlerinden farklı olarak kanun gücündedir. 3) Mahfuz alanın varlığı Anayasa'nın yorumundan çıkmaktadır. Mahfuz alanın varlığı ile bu alanda çıkarılacak kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri farklı tartışma konularıdır. Bu kararnameler kanun gücünde değildir ve diğer kararnamelerle aynı statüdedir.

Bize göre uygun yorum üçüncü seçenektir. Belli bir alanın kanun düzenlemesine kapatılması, o alanı düzenleyen normu kanun gücünde görmemizi zorunlu kılmayabilir³⁹. Kanunların bu kararnameleri değiştirip yürürlükten kaldıramamasının sebebi bunların kanunlarla aynı güçte ya da daha güçlü olmalarından değil, Anayasa ile mahfuz bir alan yaratılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Belli bir alanın kanun düzenlemesine kapatılmış olması ile o alanı düzenleyen normun normlar hiyerarşisindeki yerine dair konular birbiriyle ilişkili olsa da sıkı sıkıya bağlı olmayabilir. Bu açıdan mahfuz düzenleme konularına sahip kararnameler kanunla aynı güçte olmayabilir. Kanunun özel konulu kararnameleri kaldıramaması ve değiştirememesi, hiyerarşideki norm konumlanışıyla ilgili bir konu olmak zorunda değildir⁴⁰. Aksini düşünecek olursak, özel konulu kararnamelerin kanun tarafından kaldırılıp değiştirilememesi, bizi bu kararnamelerin kanunlardan daha üstün olduğu sonucuna da görebilir.

Bu konuda son olarak Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenmiş, konusu Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile sınırlı Cumhurbaşkanı kararnamesine ilişkin görüşlere de yer vermek gerekir. Geçmişte, mülga 107. maddedeki düzenlemenin, Cumhurbaşkanına mahfuz bir alanda düzenleme yetkisi verdiği görüşü savunulmuştur⁴¹.

³⁸ Yasın Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Seçkin 2018) 166. Şirin'e göre "Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin özerk alanı olduğunu söylemek, bu normun söz konusu alanlarda kanun hükmünde olduğunu söylemek anlamına gelir." Yazara göre bu kararnamelerin kanun gücünde olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat yazar özel konulu kararnamelerin aynı konuyu düzenleyen kanun bulunsa bile çıkarılabileceğini ve o andan sonra da artık kanunun uygulanmayacağını (aslında kararnamenin kanunu yürürlükten kaldıracağını) ifade etmektedir. Şirin (dn 9) 331, 334. Oysa bu yorumun, konusu özel olarak belirlenmiş kararnameleri kanun gücünde görmek dışında bir anlamı bulunmamaktadır.

³⁹ Aynı yönde bkz. Eren (dn 7) 29-30.

⁴⁰ Bu konuya aşağıda değineceğiz.

⁴¹ Özbudun (dn 27) 217; Taşdöğen (dn 3) 943; Öztürk (dn 3) 122-123.

Bununla birlikte, mülga 107. maddede düzenleme konusunun sınırları belirlenmiş olduğu için bunların dışındaki konular, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği konulu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yanında, ayrıca mülga 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu ile düzenlenmişti. Bu Kanun’un 1. maddesi kapsamını “*Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler.*” şeklinde belirlenmişti. Dolayısıyla yasama organı da mahfuz bir kararnama alanının varlığını kabul etmişti. Öztürk, bu Kanun’un bazı düzenlemelerinin kararnama alanına sirayet ettiğini ve bu nedenle de Anayasa’ya aykırılık taşıdığını tespit etmiştir⁴². Geçmişte yapılan bu yorumların ele aldığımız Anayasa değişiklikleri bakımından da geçerli olmaması için bir sebep yoktur.

Özetle, yürütmenin özerk düzenleme yetkisine bağlı olarak, “yetki” niteliğinin daha da belirginleştiği; Anayasa’nın 123/3. maddesinde kanun ve kararnama seçeneklerinin birlikte öngörüldüğü; yine özel olarak belirlenen konularda “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” ifadesinin kesin ve emredici niteliği gözetildiğinde, Anayasa’nın 104/9, 106/11., 108/4., 118/6. maddeleriyle belirlenen konularda kanun çıkarılması mümkün görünmemektedir. Bu sonucu destekleyen saydığımız unsurların tutarlı bütünlüğü karşısında, Anayasa’da açıkça “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği özel olarak belirlenmiş konularda kanun çıkarılamaz” şeklinde bir hükmün bulunmadığına yönelik haklı bir itiraz⁴³; ulaştığımız sonuç hakkında bizi yeniden düşünmeye sevk etse de bu sonuçtan vazgeçmemiz için yeterli olmayacaktır. Bu konuda tereddütleri giderecek Anayasa hükmünün bulunmaması, eleştirilmesi gereken bir eksikliklerdir.

2. Mahfuz Konulu Kararnamelerin Genel Sınırlamalara Tabi Olması Sorunu

Mahfuz kararnama alanının mevcudiyetine dair açık olmasa da güçlü bir anlama sahip Anayasa değişikliğinin yarattığı önemli açmazlardan birisi, bu kararnamelerin Anayasa’nın 104/17. maddesinde düzenlenen kararnamelerden farklı olup olmadığına ilişkindir.

Konuyu bu kararnameleri Anayasa’nın 104/17. maddesindeki kararnamelerden ayrı bir yere koymamızı gerektirecek sebeplerin varlığını tartışarak ele almak gerekir. Öncelikle, Anayasa’nın bu kararnamelerin konularını belirlerken bunları diğer kararnamelerden ayrı bir şekilde değerlendirmemizi gerektirecek yoruma elverişli herhangi bir düzenleme getirmemiş olduğunu belirtmek gerekir⁴⁴. Diğer yandan,

⁴² Öztürk (dn 3) 122-123. Ayrıca bkz. Ülgen (dn 6) 24.

⁴³ “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükümleri Anayasa’nın 104/17. maddesinde mevcutken, bu itiraz yersiz ya da cılız bir itiraz değildir. Örneğin bkz. Şirin (dn 9) 332.

⁴⁴ Yorum tekniği açısından daha detaylı bir açıklama için bkz. Yıldırım (dn 17) 311-314.

yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Anayasa'nın belirlediği kararname konularının 104/17. maddesinde belirlenen “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın dışında olduğu ileri sürülemez. Bu açıdan bakıldığında, bu kararnameleri, diğer kararnameler için oluşturulan hukuksal rejimden ayrı tutmak hukuksal rejim açısından istisna oluşturmak anlamına gelir. Eğer bu kararnameler Anayasa'nın 104/7. maddesindeki hukuksal rejimden istisna edilecek olursa, olağanüstü hâl kararnameleri ve yürütme yetkisine ilişkin konulardaki kararnameler şeklinde hukuksal rejimi belli iki kararname türü yanında, belirgin bir hukuksal rejimi bulunmayan özel konulu kararnameler ortaya çıkmış olacaktır.

Eğer özel konulu kararnamelerin hukuksal rejiminin ayrı bir özelliği yoksa, Anayasa'nın 104/17. maddesinde kararnameler için getirilen sınırlandırıcı hükümlerin tamamının, konuları özel olarak belirlenmiş kararnameler için geçerli olup olmadığının daha somut bir şekilde açıklanması gerekir.

Bu sınırlamalardan birincisi “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*” sınırlamasıdır. Aynı maddede yer alan sınırlandırmalardan bir başkası Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların kararname ile düzenlenemeyeceğine ilişkindir. Anayasa'nın 13. maddesinin “ancak kanunla sınırlandırılabilir” hükmünü karşısında herhangi bir kararnamenin temel hak ve özgürlükler kategorilerinde sınırlandırıcı bir düzenleme getirmesinin mümkün olmayacağı ileri sürülebilir de⁴⁵ bu kararnameleri Anayasa'nın 104/17. maddesindeki sınırlamalar dışında düşünecek olursak özel konulu kararnameleri Anayasa'nın 13. maddesinin temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla sınırlandırılacağı” kuralı ile de sınırlama olanağını yitirme tehlikesi ile karşılaşılabilir. Söyle ki, bilindiği üzere Anayasa'nın 13. maddesi “ancak kanunla **sınırlanabilir**” ifadesini kullanmakta, 104/17. maddesi ise “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle **düzenlenemez**” ifadesini kullanmaktadır. Bu iki farklı ifade biçimi karşısında konusu özel olarak belirlenmiş kararnameleri Anayasa'nın 104/17. maddesinin kapsamı dışında görmenin beraberinde getireceği bir sorunun ele alınması gerekir. Eğer sınırlama ve düzenleme kavramları konusunda bir anlam farkı gözetilecek olursa⁴⁶, Anayasa'nın 104/17. maddesinin “düzenlenemez” ifadesi “sınırlama içermese bile düzenlenemez”; “her ne olursa olsun

⁴⁵ Ülgen (dn 6) 22. Yazar, özel konulu kararnameleri Anayasa'nın 104/17. maddesindeki hukuksal rejimin dışına çıkarırken tehlikenin farkındadır ve temel hak ve özgürlüklerin kanun güvencesinden yoksun kalmadığını ifade etmek için 13. maddenin her durumda kararnameler için engelleyici bir anlama sahip olduğunu ileri sürmektedir.

⁴⁶ Türk kamu hukuku öğretisinde temel hak ve özgürlükler bağlamında “sınırlandırma” ve “düzenleme” kavramını sistematik bir şekilde ele alan ilk eser Sağlam'a aittir. Yazara göre, “...temel hak ve özgürlüklere yönelik her yasal düzenleme sınırlama kavramı ile özdeş değildir. Bir sınırlamanın söz konusu olup olmadığını saptayabilmek için, yapılan düzenlemenin içeriğine bakmak gerekir. Bu düzenleme, belli bir temel hak ve özgürlüğün güvence altına aldığı yaşam kesitini, daha yeni bir terimle ‘norm alanının’ daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlamadır. Buna karşılık temel hakkı güçlendirici, onun daha kolay ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzenlemeler sınırlama değildir.” Fazıl Sağlam, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması ve Özü (AÜSBF 1982) 21.

kararnameler belirlenen temel hak ve özgürlükler kategorisini konu edinemez” şeklinde anlaşılır. Konusu özel olarak belirlenmiş kararnameleri Anayasa’nın 104/17. maddesi kapsamında görmeyen bir yorum, bu kararnameler temel hak ve özgürlükler kategorisini konu edindiğinde bu konunun sınırlama içermediğini; sınırlamanın kanunla olabileceğini, oysa kararnamenin sınırlama değil “düzenleme” içermekte olduğunu ileri sürebilir. Sınırlama ve düzenleme kavramlarının karşılıklı olarak her durumda sınırları belirgin kavramlar olamayacağı düşünüldüğünde kararnamelerin temel hak ve özgürlükleri konu edinme tehlikesi açıktır. Özellikle Anayasa’nın 106/11. maddesinde bakanlıkların “yetkileri”nin de kararname ile düzenleneceği öngörüldüğüne göre açıklamaya çalıştığımız türden bir sonuç muhtemeldir⁴⁷. Kararnameler dışındaki diğer düzenleyici işlemler bakımından da benzer bir durumun söz konusu olduğu; münhasır kanun alanı bulunmadığı için kanunla sınırlanan temel hak ve özgürlükler alanının düzenleyici işlemlerle düzenlenebileceği ileri sürülebilir. Ancak burada esas sorun kararnamelerin diğer düzenleyici işlemlerden farklı olarak bir kanuna dayanmak zorunda olmamasıdır. Bu özelliği nedeniyle özel konulu kararnamelere, “düzenleme” niteliği varsayılarak temel hak ve özgürlükleri konu edinme olanağı kesinlikle yaratılmamalıdır. Bunun için bu kararnameleri Anayasa’nın 104/17. maddesinin “düzenleme yasağı”nın dışında ayrı bir kategori olarak değerlendirmemek gerekir.

Burada, konusu özel olarak belirlenen kararnamelerin o konuyu düzenlerken temel ve özgürlükler alanına ilişkin sınırlamalar getirmesi ihtimalini değerlendirmeye devam etmeden önde bir istisnadan söz etmek ve konuya buradan devam etmek uygun olacaktır. Bilindiği üzere Anayasa’nın “Siyasi Haklar ve Ödevler Bölümü”nde yer alan “kamu hizmetine girme hakkı” 70. maddede düzenlenmiştir. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, kararnamelerin bu hakkı sınırlandırıcı bir hüküm getirmesi mümkün olmadığı gibi “düzenlemesi” de mümkün görünmemektedir. Bu hem hakkın Anayasa’da yer aldığı bölümün kararnameler için yasak alan olarak belirlenmesinin bir sonucudur hem de Anayasa’nın 128/3. maddesindeki “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*” hükmünün bir sonucudur. Oysa Anayasa’nın 104/9. maddesi Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenlerken “*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*” hükmünü getirmiştir. O halde konu üst kademe yöneticileri olduğunda, kararname için getirilen “Siyasi Haklar ve Ödevler Bölümünde yer alan haklar kararname ile düzenlenemez” yasağı geçerli olmayacaktır.

Fakat burada “üst kademe yöneticileri” ile ilgili özel bir istisnanın, istisna olmanın özelliğine uygun olarak açıkça belirtildiğine vurgu yapmak gerekir. Çünkü bu noktada tekrar şu soru akla gelecektir: “*Anayasanın 106. maddesi gereğince bakanlık kuran*

⁴⁷ Şirin (dn 9) 307.

*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki sınırlara tabi olmayacak mıdır? Örneğin İçişleri Bakanlığına Anayasanın 13. maddesine aykırı şekilde, kanun olmaksızın, kişi hürriyetini sınırlama yetkisi verilebilecek midir?*⁴⁸ Yıldırım'a göre, “Anayasanın 106. maddesinin, özel hüküm olduğu gerekçesiyle, Anayasanın ilgili maddeleri ile 13. maddesi ve 104/17. maddesiyle bağlı olmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verdiği şeklinde bir yorum yapılamaz.”⁴⁹ Gerçekten bir işlemin konusunun özel olarak belirlenmiş olması, sadece bu sebeple o işlemin genel hükümlerle belirlenen sınırlamalardan istisna edildiği anlamına gelmeyecektir. Oysa Eren'e göre özel olarak kararnamelerin düzenlemesine bırakılmış olan konularda kanun çıkarılamaz; bu alanlar tamamen yürütmenin düzenleme yetkisine ayrılmıştır; “Böylece 13. maddedeki ‘kanunla sınırlama’ ilkesi bakımından, münhasır CBK ile düzenlenecek alanlar istisna haline gelmiştir. Kanunla sınırlama dışında, 13. maddedeki sınırlamanın sınırını oluşturan güvenceler uygulanmaya devam edecektir. Aksi yorumun benimsenmesi halinde, münhasır CBK alanında, sınırlamaların ayrıca kanunla yapılabileceği gibi tutarsız bir sonuca ulaşılır. Her sınırlamanın aynı zamanda bir düzenleme olduğunu kabul ettiğimizde, kanunla bu alanda sınırlamaların ayrıca yapılacağını söylemek münhasır CBK alanını savunan görüşler bakımından tutarsızlık olacaktır.”⁵⁰ Bu görüşün, münhasır kararname alanı olarak gördüğü konularda kanunun hiçbir temas noktası oluşturamayacağı gibi eleştiriye açık bir kavrayışa sahip olduğu anlaşılıyor. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sınırlandırmanın icrası bakımından yürütme organına bir kısım yetkilerin verilmesini gerektirebilir. Böylece sınırlandırma ve yetkilendirme ayrılmaz bir birteliktelik gösterebilir. Bu bakımdan örneğin Kanun Koyucunun bir sınırlandırma yaparken sınırlandırmanın icrası bakımından örneğin İçişleri Bakanlığını yetkilendirmesi, kararnameye hasredilmiş bir alana kanunla girildiği anlamına gelmeyecektir⁵¹. Eğer temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilecekse, bu yetki sınırlamanın icrası konusunda hangi idarenin yetkili olduğunu ve bu yetkinin kullanılma usulünü belirleme yetkisini de doğal olarak içerir. Bu noktada kararnamelere hasredilmiş alanların varlığı ile temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması noktasında yapılan idari yetkilendirmeler arasında bir tutarsızlık ya da çelişki bulunmamaktadır. Bu sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından değil; kanun koyucunun düzenlediği herhangi bir konu bakımından da mümkündür. Kanun koyucunun düzenlediği herhangi bir kamu hizmetini bir bakanlıkla ilişkilendiremeyeceğini; çünkü bakanlıkların görev

⁴⁸ Yıldırım (dn 17) 310.

⁴⁹ Yıldırım (dn 17) 310.

⁵⁰ Eren (dn 7) 45.

⁵¹ Yasin, 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin İçişleri Bakanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen 254. maddesinde sıralanan “yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak”; “Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak”; “karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek”, “suç işlenmesini önlemek”, “suçluları takip etmek ve yakalamak”, “her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek” gibi görev ve yetkilerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracağını ileri sürmektedir. Yasin (dn 35) 324. İlk bakışta bu endişe haklı gibi görünse de bu yetkilerin kullanılmasında şart ve usullerinin tamamının kanunla düzenlendiği; kanun bulunmadığı sürece bu son derece genel ifadelerle belirlenmiş yetkilerin kullanılmasının mümkün olmayacağına altını çizmek gerekir.

ve yetkilerinin ancak kararname ile düzenlenebileceğini ileri sürmek mümkün olmasa gerekir. Yine kanun koyucunun belli bir konuyu düzenledikten sonra ayrıntıların, örneğin İçişleri Bakanlığı tarafından düzenleneceği şeklinde bir düzenleme yetirmiş olması, diğer bir deyişle yönetmelik çıkarma konusunda İçişleri Bakanlığını yetkilendirmiş olması mahfuz kararname alanına girdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Örneğin Belediye Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan “*Bir beldenin adı, belediye meclisi üye tam sayısının en az dörtte üç çoğunluğunun kararı ve valinin görüşü üzerine İçişleri Bakanlığının onayı ile değiştirilir.*” hükmü İçişleri Bakanlığına vesayet yetkisi verirken mahfuz kararname alanına mı girmiştir? Buna benzer yüzlerce örnek verilebilir. Tekrar etmek gerekirse, mahfuz kararname alanı niteliği, Kanun Koyucunun düzenlediği konularla bu kararname alanlarıyla hiçbir ilişki kurmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. O halde mahfuz kararname alanının ne anlama geldiği bu kapsamda daha somut bir şekilde belirginleştirilmelidir. Yine bakanlıklar üzerinden açıklayacak olursak, kanun bakanlıkların teşkilatını, bu teşkilat yapısına bağlı görev ve yetkileri; daha genel düzeyde bakanlığın faaliyet alanını ve bu alanla ilgili sahip olduğu genel yetkileri “kurucu nitelikte” düzenleyemez. Ülgen, bu konuyu bir başka açıdan şu şekilde ifade etmektedir: “*Tarihsel gelişim ve Anayasa'nın sistematik yorumu dikkate alındığında, Bakanlıkların görev ve yetkisinin belirlenmesinin kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımının belirlenmesi olarak anlaşılması gerekir. Bu yorum kanunla bakanlıklara başka görev ve yetkiler verilmesine engel olmayacaktır.*”⁵²

Bu açıdan bakıldığında kararname ile düzenleme yapılırken Anayasa'nın 104/17. ve 13. maddesi çerçevesinde bakanlıkların yetkilerinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuracak bir nitelik taşımaması gerekir. Konusu özel olarak belirlenmiş kararnameleri Anayasa'nın 104/17. maddesi dışında tutmak kararname yetkisini Anayasa'nın 13. maddesindeki “ancak kanunla sınırlanabilir” şartından istisna etmeye varacak uç yorumlara yol açabilir ve yargı organının yetkili olduğu konular dışında kalan hemen hemen bütün temel hak ve özgürlüklerin bakanlıkların görev ve yetkilerinin belirlenmesi amacı altında kararname ile sınırlandırılması olanağı gelişebilir. Ayrıca, tam da bu sebeple konusu özel olarak belirlenmiş olan kararnamelerin “kanun gücünde” olduğuna dair yorumlara⁵³ temkinli bir şekilde yaklaşmak gerekir. Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler rejiminin 2017 Anayasa değişikliğinden sonra geçmişe göre farklı bir açıdan değerlendirilmesini gerektirecek hiçbir sebep bulunmamaktadır. Esas olan kararnamelerin değil temel hak ve özgürlüklerin hukuksal rejimidir.

⁵² Ülgen (dn 6) 22. Ülgen bir başka yerde aynı sorunu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında Kanun Hükümünde Kararname uygulaması örnekleriyle daha detaylı bir şekilde açıklamaktadır. Bkz. Özen Ülgen, ‘Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 261, 273-274.

⁵³ Bu yönde bir yorum için bkz. Hasan Tunç, Türk Anayasa Hukuku (Gazi 2018) 234.

Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan ikinci sınırlama "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüdür⁵⁴. Bu sınırlama özel konulu kararnameler için de geçerli olmalıdır. Çünkü Anayasa'da belirlenen sınırlı konularda çıkarılan kararnamelerin sınırlarını aşır Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği konuları da kapsamına alması ihtimal dahilindedir. Kanunla düzenlenmesi gereken veya kanunda açıkça düzenlenen konular sınırı çoğu zaman belirgin olmayabilir. Bu konuda bazı örnekler üzerinde durulabilir. Anayasa'nın özel olarak belirdiklerinin arasında en geniş düzenleme konusu "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmüyle 106/11. maddesinde yer almıştır. Buna karşın diğer üç konuda düzenleme sahası o kadar geniş tutulmamıştır. Örneğin, Anayasa'nın 104/9. maddesine göre, Cumhurbaşkanı "*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.*" Yine Anayasa'nın 128/3. maddesine göre, "*Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.*" O halde üst kademe yöneticilerine ilişkin bütün konular kanun konusu olmaktan çıkmamıştır ve dolayısıyla kararname konuyu her yönüyle düzenleyemez. Benzer bir durum Milli Güvenlik Kuruluna ilişkin kararnameler için de geçerli olacaktır. Anayasa'nın 118/6. maddesine göre, "*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" Ancak kararname Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde istihdam edilecek kamu görevlileri ile ilgili özel düzenlemeler getiremez. Zira Anayasa'nın 128/2. maddesine göre kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekir. Daha somut bir örnek olarak, Anayasa'nın "Devlet Denetleme Kurulu" başlıklı 108/4. maddesinin "*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmü ve buna istinaden çıkarılan 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin⁵⁵ 6. maddesi üzerinde durulabilir. Kararname'nin 6. maddesi denetleme (ve soruşturma) sırasında kamu görevlisini görevden uzaklaştırma yetkisini düzenlemiştir. Oysa görevden uzaklaştırma kamu görevlisinin statüsünde geçici de olsa bir kısıtlama getirir ve Anayasa'nın 128/2. maddesi gereği bu konunun kanunla düzenlenebilecek bir konu olduğu ileri sürülebilir. Görevden uzaklaştırma yetkisinin kamu görevlilerinin statüsüne ilişkin özel bağlamı bir tarafa, aynı Kararname'nin Devlet Denetleme Kurulunun diğer "yetki"lerini düzenlediği 5. maddesi de tartışmaya açıktır. Zira, Anayasa'nın 108/4. maddesi Devlet Denetleme Kurulunun "yetki"lerinin de düzenleneceğine dair bir unsur içermemektedir⁵⁶. Nitekim Anayasa'nın bakanlıklara ilişkin 106/11. maddesi bakanlıkların "yetki"lerinin de kararname ile düzenleneceğine

⁵⁴ Aşağıda açıklayacağımız üzere, "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" ifadesinin, "kanunla düzenlenmesi öngörülen konular" şeklinde anlaşılması gerekir.

⁵⁵ RG 15.07.2018/30479.

⁵⁶ Ülgen de bu konuda kanun çıkarılması gereğini ifade etmiştir. Ülgen (dn 6) 25.

dair açık bir hükme sahiptir. Anayasa'nın 123/1. maddesine göre idare kuruluş ve görevleri ile "kanunla" düzenlenecekse, Devlet Denetleme Kurulunun yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte Devlet Denetleme Kurulunun yetkilerinin kararname ile düzenlenip düzenlenmeyeceği meselesinin Anayasa'nın 104/17. maddesinde belirlenen "yürütme yetkisine ilişki konular" çerçevesinde tartışmaya açık olduğu ve kanunla düzenlenmediği sürece kararname ile düzenlenebileceği de ileri sürülebilir. Bu son görüşün benimsenmesi Devlet Denetleme Kurulunu düzenleyen kararnamenin "münhasıran kanunla düzenlenmesi emredilen konularda kararname çıkarılamaz" kuralından istisna edildiği anlamına gelmeyecektir. Özetle, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi emredilen konularda kararname çıkarılamayacağına dair kısıtlamanın, Anayasa'nın kararname ile düzenleneceğini belirlediği dört konuda çıkarılacak kararnameler için de geçerli olması doğaldır⁵⁷.

Üçüncü sınırlama "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" hükmüdür. Bu hüküm çerçevesinde konusu özel olarak belirlenmiş kararnameler için iki ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimal kanunun mahfuz kararname alanında düzenleme yapmış olmasıdır. İkinci ihtimal ise kararnamenin mahfuz alanın dışına çıkarak kanunla düzenlenmiş olan bir konuda düzenleme yapmasıdır. Birinci ihtimalde, mahfuz konularda kanun değil kararname çıkarılacak ise, bu sınırlamasının mahfuz konulu kararnameler açısından işlerliği olmadığı düşünülebilir. Fakat buna rağmen bir kanun çıkarılmışsa, bu kanun iptal edilinceye kadar kanun uygulanacaktır. İkinci ihtimalde, belirlenen mahfuz konunun sınırlarının aşılmasıyla kanunla düzenlenen konularda düzenleme yapılmış olması durumu ortaya çıkar. Mahfuz konunun sınırlarının tespiti güçlüğü, bu durumla karşılaşmayı muhtemel bir hale getirecektir. Bu noktada Anayasa'nın 104/17. maddesinin kanun ve kararname ilişkisi bakımından öngördüğü bir diğer kural devreye girecektir. Buna göre, "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" Bu hüküm özel konulu kararnamelerin konu sınırını aşarak kanunla düzenlenmiş konulara girmesi halinde kararnamelerin uygulanmasını engeller. Dolayısıyla, Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" ve "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*" düzenlemeleri mahfuz konulu kararnameler için geçerli olacaktır. Mahfuz konulu kararnamenin konu sınırını aşması halinde aşan kısımlarıyla bu niteliğini yitireceği bir gerçek olsa da taşıdığı başlıktan bağımsız ve her durumda 104/17. madde kapsamında yer alması, sorunun çözümünü kolaylaştıracak ve tartışmalı olmaktan kurtaracaktır.

⁵⁷ Yukarıda verilen örnekler açısından bakıldığında aynı idari birimi ilgilendiren konuların bir yönüyle kanunla bir yönüyle de kararname ile düzenlenmesinin mevzuat sistematigi açısından fevkalade karmaşık bir norm yapısına yol açacağı öngörülebilmektedir.

Son olarak, Anayasa'nın 104/17. maddesinin “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” hükmü üzerinde durulmalıdır. Kanunun kararnamelere özgülenmiş konularda düzenleme yapmaması beklenir. Bununla birlikte kanunun kararnamelere özgülenmiş konularda düzenleme yapması halinde “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” hükmü yine de uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, kanunun kararnamelere özgülenmiş konularda düzenleme yapması Anayasa'ya aykırı olsa da Anayasa'ya aykırı bu kanun kararnamenin yürürlükten kalkmasına sebep olacak ve fakat iptal edilinceye kadar da yürürlükte kalacaktır.

Mahfuz ya da özel konulu kararnamelerin Anayasa'nın 104/17. maddesinden ayrı bir hukuksal rejime tabi olamayacağı görüşünün önem kazandığı alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimiyle ilgilidir. Özellikle bu kararnamelerin kanun gücünde olduğuna yönelik görüşler, Anayasa'nın 13. maddesinin sunduğu “kanun güvencesi”ni etkisizleştirme ihtimalini beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın kararnamelerin rejimine ilişkin yarattığı belirsizlikler içinde konularını özel olarak belirlediği kararnamelerin, 104/17. maddesi ile ilişkisini değerlendirerek kesin ve tartışmasız bir sonuca varmak güçtür⁵⁸.

B. Kanun Alanına İlişkin Belirsizlikler

1. Münhasır Kanun Alanının Varlığı Sorunu

Anayasa değişikliğine kadar anayasa hukukumuzda kural olarak münhasır kanun alanının bulunmadığı konusunda hem uygulama hem de öğretici açısından belli bir fikir birliğinin bulunduğu tespit edilebilir⁵⁹. Buna göre, kanunla düzenlenmiş her konuda yürütme organı kanuna dayanmak ve ona aykırı olmamak kaydıyla, kanun açıkça yetki vermese dahi düzenleme yapabilir⁶⁰. Bu açıdan bakıldığında Anayasa değişikliğinin, münhasır kanun alanının var olmadığı durumuna yönelik köklü bir yenilik getirdiği söylenemez. Bununla birlikte Anayasa değişikliğini tasarlayan düşünce yürütme organına asli düzenleme yetkisi tanırken bu yetkinin konu bakımından sınırını “münhasır kanun alanı” kavramını ile belirlemek istemiştir. Her durumda, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki “*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” düzenlemesini açıklamak gerekecektir. Açıklamayı Anayasa Mahkemesi içtihadı ile ele almak faydalı olabilir.

⁵⁸ Gözler de konuyu farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirip kesin sonuca bağlamamıştır. Gözler (dn 23) 888-889. Ülgen ise özel konulu kararnamelerin 104/17. maddesindeki hükümlerden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ülgen (dn 6) 20-23.

⁵⁹ Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri (AÜSBF 1965) 100-115, 132; Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı (İÜHF 1972) 81; Yıldırım (dn 17) 304; Eren (dn 7) 34-40; Gözler (dn 23) 867; Ülgen (dn 6) 28-29. Bununla birlikte özellikle cezaların belirlenmesinin münhasır kanun alanı olduğu kabul edilir. Gözler (dn 23) 883; Güneş (dn 59) 113.

⁶⁰ Ülgen, kamu hukukumuzda “...münhasır ifadesi(nin) kanuna mahsus, yürütmeye kapalı, yalnızca kanun ile düzenlenebilen alan” olarak anlaşıldığını tespit etmektedir. Ülgen (dn 6) 28.

Anayasa Mahkemesi 2013 yılında konu hakkında verdiği karara kadar⁶¹, istikrarlı bir içtihat olarak, Kanun Koyucunun yeterli kanun düzenlemesi oluşturmadan konunun detaylarını düzenleyici işlemlere bırakmasını yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bağlamında Anayasa'ya aykırı buluyordu⁶². Aynı yıl verdiği bir kararla içtihat değişikliğine giden Anayasa Mahkemesi bir ayrıma gitmiş, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi emredilen konularda eski içtihadının geçerli olduğuna; ancak bunun dışındaki konularda kanunun sadece belli konularda düzenleme yapması için yürütme organına yetki vermesinin yeterli olacağına hükmetmiştir. Karara göre, “*Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin **münhasıran kanunla** yapılmasını öngörmektedir... Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa'da **münhasıran kanunla** düzenleme yapılması öngörülmeven konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır*”⁶³. “Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular” ifadesinin Anayasa Mahkemesi tarafından sadece yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin yeniden yorumlanması bağlamında kullanıldığı; yoksa bu konuların yeterli kanun düzenlemesi bulunduğu sürece, yürütmenin düzenlemesine tamamen kapatılmış konular olarak görülmediği açıktır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 104/17. maddesindeki hükmün bu içtihat değişikliğinin kullandığı kavramdan etkilenilerek tasarlandığı ileri sürülebilir⁶⁴. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın söz konusu hükmünü Anayasa Mahkemesinin kararlarında dile getirdiği şekilde yorumlayabiliriz.

Anayasa'nın 104/17. maddesinde yer alan “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ifadesinin, “Anayasa'da ‘ancak kanunla’ düzenlenir veya sınırlanır şeklinde ifade edilen durumlara mı işaret ettiği”ne dair bir soru kaçınılmazdır. “Ancak kanunla” ifadesinin geçtiği 13/1.⁶⁵, 20/3.⁶⁶, 38/3.⁶⁷, 66/3.⁶⁸ maddeler zaten Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde bulunan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde bulunan siyasi haklar ve ödevler düzenlemeleri içinde yer alır ve bunlar kararnameler için zaten mutlak yasak alanlardır. Geriye bir tek Anayasa'nın 66/8. maddesindeki “*Yüksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları **ancak kanunla***”

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 76/44, 20.03.2013.

⁶² Anayasa Mahkemesinin bu konudaki oldukça sorunlu içtihat birikimi ve bunun eleştirisi için bkz. Öztürk (dn 3) 144-150.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, 72/126, 24.02.2013.

⁶⁴ Yıldırım (dn 5) 25.

⁶⁵ “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve **ancak kanunla** sınırlanabilir.*”

⁶⁶ “*Kişisel veriler, **ancak kanunda** öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*”

⁶⁷ “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri **ancak kanunla** konulur.*”

⁶⁸ “*Yatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve **ancak kanunda** belirtilen hallerde kaybedilir.*”

düzenlenebilir.” hükmü kalmaktadır⁶⁹. Her halde “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ölçütü sadece 66/8. madde kast edilerek getirilmemiştir. Dolayısıyla “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ifadesi ile “*ancak kanunla düzenlenir*” ifadesinin kast edilmiş olması mümkün görünmemektedir⁷⁰.

Neresinden bakarsak bakalım düzenlemede geçen “münhasır” sözcüğünün kullanılması uygun olmamıştır. Gereksiz yere kullanılan “münhasır” sözcüğünün bulunması ya da bulunmamasının düzenlemeyle güdülen amaç bakımından büyük bir anlam farkı doğurmayacağı düşünülebilir. Düzenlemenin tek anlamı çok basit düzeyde, “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda” kararname çıkarılmayacağıdır⁷¹. Diğer taraftan “münhasır” sözcüğüne mutlaka bir anlam yüklenecekse bunun kanuna dayanan düzenleyici işlemler bakımından bir anlamı olmadığı bellidir. Bu açıdan, münhasır alanının varlığının sadece asli düzenleme yetkisini ifade eden kararnameler bakımından söz konusu olduğu ileri sürülebilir. Diğer bir deyişle, yürütme organının düzenleme yetkisi kanuna dayanmak zorunda olmayan kararnameler ve kanuna dayanmak zorunda olan diğer düzenleyici işlemler çıkarmak şeklinde iki kategori olarak ele alınacaksa, burada söz konusu olan münhasır kanun alanı sadece kararnamelere kapatılmış konuları ifade eder. Eğer böyle ise, münhasır kanun konularının bir listesinin yapılmamış olması bir eksiklik değildir. Anayasa’da hangi konuların kanunla düzenleneceği bellidir.

Konunun sosyal ve ekonomik haklar bakımından ele alınması gerekecektir. Gözler’in “düzenleme” ve “sınırlama” kavramları arasında fark bulunduğu ilişkin kabulü ile ileri sürdüğü görüşe göre, Anayasa’nın 13. maddesi, hangi bölümde yer alırsa alsın, temel hak ve özgürlüklerin “sınırlanması”nın “kanun” ile olacağını emretmektedir ve bu kapsamda kararnameler sosyal ve ekonomik hakları sadece düzenleyebilir, sınırlayamaz⁷². Bu açıklamanın “sınırlama” ve “düzenleme” kavramsal farklılığına yönelik kısmının doğru olduğu kabul edilecek olsa bile, Anayasa’nın 104/17. maddesinde yer alan “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular*” ifadesi karşısında sosyal ve ekonomik haklar alanında da kanunla düzenleneceği belirlenmiş konularda “düzenleme amacı” ile dahi kararname çıkarılmasının mümkün olmadığını kabul etmek durumundayız. Örneğin Anayasa’nın 42. maddesinde göre, “*Öğretim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir*”; “*Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir*”; “*Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir.*” O halde, sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenen eğitim öğretimle ilgili kanunla düzenleneceği belirlenmiş bu konularda sınırlama içermese dahi

⁶⁹ Bu düzenlemenin de siyasi haklar ve ödevlerden bağımsız bir içeriğe sahip olduğu düşünülemez.

⁷⁰ Farklı gerekçelerle aynı sonuç için bkz. Gözler (dn 23) 884.

⁷¹ Aynı yönde bkz. Sancaktar (dn 13) 82; Ülgen (dn 6) 29-33; Yıldırım (dn 5) 26.

⁷² Gözler (dn 23) 882.

kararname çıkarmak mümkün değildir⁷³. Yine Anayasa'nın 51/3. maddesine göre, “Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.”; 54/1. maddesine göre, “Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.” Anayasa'nın üçüncü bölümünde kanunla düzenleme şartı getirilen (md. 42/9, 43/3, 44, 46, 47, 50/4, 51/4, 53/(2)(5), vs.) birçok hüküm daha mevcuttur. Şüphesiz Anayasa'nın öngördüğü yasak kapsamında bu konularda kararname çıkarılması mümkün görünmemektedir.

Bütün bu açılardan bakıldığında sosyal ve ekonomik haklar bakımından kararnamelerin düzenleme olanağı geçmişteki kanun hükmünde kararnamelere göre çok daha sınırlıdır⁷⁴.

2. Kanunda Açıkça Düzenlenen Konular Sorunu

Anayasa'nın 104/17. maddesinin kararnameler için getirdiği konu sınırlamalarını yukarıdaki başlıklar altında büyük ölçüde incelemiş olduk. Aynı maddede geçen “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.” sınırlaması, yukarıda açıklamaya çalıştığımız birçok soruna ek bazı sorunları beraberinde getirecekmiş gibi görünmektedir. Hatta kararname ve kanun ilişkisi bakımından en çok tartışılacak konulardan birisinin de bu olacağı tahmin edilebilir.

Kanunların ele aldıkları konuyu “örtülü” olarak düzenlenmesi değil, “açıkça” düzenlemeleri beklenir. Bir konu kanunla düzenlenmiş ise açıkça düzenlenmiştir⁷⁵. Bu bakımdan “kanunda düzenlenen konular” ifadesi ile “kanunda açıkça düzenlenen konular” arasında nasıl bir anlam farkı bulunduğunu açıklamaya çalışmak sonuçsuz bir çaba olacaktır⁷⁶. Bununla birlikte Şirin bu konuda oldukça işlevsel görünen bir ölçüt önermektedir. Buna göre, “...herhangi bir kuralın uygulamasını değiştiren veya yorumuna etki eden düzenlemeleri ‘aynı konuda’ saymak gerekir.”⁷⁷ Bu ölçüt karşılaşılmaması muhtemel sorunların üstesinden büyük ölçüde gelecek olsa da norm dünyasının karmaşık yapısı içinde bazı sorunları çözmek için yeterli olmayabilir.

⁷³ Eren'e göre, “Sosyal ve ekonomik haklar alanında kanunla düzenleme öngören hükümler içinde ikincil nitelikteki düzenlemeler yapılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, ‘Anayasa'nın 42. maddesinde yer alan, ‘Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.’ hükmü de, öğrenim hakkına ilişkin her konunun mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunluluğunu içermemekte, kanunla öğrenim hakkına ilişkin bir düzenleme yapılmaksızın söz konusu düzenleme yetkisinin tamamen yürütme organına bırakılmayacağını ifade etmektedir’ (AYM, E. 2014/88, K.2015/68, 13/7/2015. §. 65). Dolayısıyla konu kanunla ilk elden düzenlendikten sonra, konunun kanun dışında kalan alanlarına ilişkin CBK ile düzenleme yapılabilir.” Eren (dn 7) 39.

⁷⁴ Eren (dn 7) 66. “Münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” sorununun bazı yönlerini, “yürütme yetkisine ilişkin konular” sorunu bağlamında aşağıda tekrar ele alacağız.

⁷⁵ Elbette hukuk dilinde, belli bir düzenleme yorumlanırken “açık düzenleme” bulunmadığı ya da konunun “açıkça düzenlendiği” gibi nitelendirmeleri sıklıkla kullanırız. Ancak yukarıda üzerinde durduğumuz “kanunda açıkça düzenlenen konular” ifadesinin, yorum çabası sırasında sarf ettiğimiz “açıkça düzenleme”ye dair nitelendirmelerden farklı olduğu bellidir.

⁷⁶ Gözler (dn 23) 885-886.

⁷⁷ Şirin (dn 9) 332.

“Açıkça” sözcüğü ile Cumhurbaşkanının belli bir konuda düzenleme yapmış olan kanunda bazı eksiklikler olduğunu düşünmesi halinde kararname çıkarması olanağı yaratılmak istenmiş olabilir. Bazı konular kanunda düzenlenmiş, ancak o konuda kanunda bulunmayan bir kısım ek düzenlemelere ihtiyaç duyulduysa, bu ek düzenlemeler kararname ile yapılabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilse bile Kanun Koyucunun belli bir konunun bilinçli olarak düzenlemediği bir unsurunu Kanun Koyucudan farklı olarak eksiklik ya da ihtiyaç olarak gören bir Cumhurbaşkanının kendince düşündüğü bu eksikliği gidermesi kendisini Kanun Koyucunun yerine koyduğu anlamına gelmez mi? Kanunun artık toplumsal ihtiyaçları karşılama özelliğini yitirmiş olması ile Kanun Koyucunun belli bir konu unsurunu bilinçli olarak düzenlememiş olması arasındaki farkın tespit edilmesi mümkün müdür? Bu sorulara tatmin edici açıklıkta cevaplar vermek mümkün değildir. Ancak şurası bir gerçek ki Cumhurbaşkanının, kanunun son derece genel bir şekilde düzenlediği ve ayrıntılarının da örneğin yönetmelik gibi bir düzenleyici işlemle düzenleneceğini de zikretmediği bir konuda kararname ile kanunu dayanak göstermeden ayrıntılı düzenlemeler getirmesi mümkün değildir. Cumhurbaşkanı ayrıntılara dair düzenleme yapmak ihtiyacı duyduğunda bunu ancak yönetmelikle yapabilecektir.

Cumhurbaşkanın kanunda eksik olarak düşündüğü bir unsur kararname ile düzenlemesi konusunda yetkisinin bulunduğunu düşünsek bile mevzuat sistematigi açısından oldukça karmaşık bir norm yapısı oluşacağı kesindir. Aynı konunun belli yönleri kanunla belli yönleri ise kararname ile düzenlenmiş olabilecektir.

Yine herhalde belirtmeye gerek yoktur ki kararname ile kanun metnine ek yapılmasının mümkün olmaması gerekir. Aksi halde normlar hiyerarşisinde aynı seviyede olmayan, bir kısmı kanun bir kısmı kararname olan melez metinler ortaya çıkacaktır⁷⁸. Uygulamada kararname ile kanuna ek yapılmasına yetki verildiği ve bu yetkinin de kullanıldığını görmekteyiz⁷⁹. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Denetimi Hakkında Kanun’un Ek Madde 5’e göre, “*Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilir.*” Bugüne kadar sekiz kuruluş kararnameleri ile Kanun’un ekli cetveline eklenmiştir. Ek Madde 5’ten Kanun’a ek yapılması anlamı çıkıp çıkmayacağı bir tarafa, kararnameleri açıkça Kanun’a ek yapılmasını düzenlemiştir. Örneğin, 23 sayılı Kararname’nin⁸⁰ 11/4. maddesine göre, “*10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) Sayılı Cetvelin ‘B) ÖZEL*

⁷⁸ Geçmişte kanun hükmünde kararnameleri rejimi kapsamında benzer bir sorunun tartışıldığı ilginç bir makale için bkz. Cem Eroğul, “TBMM YGK’lerde Değişiklik Yapabilir mi?” (2005) 60(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 109-121.

⁷⁹ Ülgen, örnekleriyle birlikte aynı sorunu ele alırken kanunun, kararname ile kanunda değişiklik yapılabilmesine yetki vermesinin; türev nitelikte bir düzenleme yetkisine işaret ettiğini bunun ise kararnamelere ilişkin hukuksal rejimle bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Ülgen (dn 84) 268. Ancak unutmamak gerekir ki kararname adı altında olmasa da mevcut Anayasa düzenlemeleri çerçevesinde türev nitelikte bir düzenleme yetkisi ile kanuna ek yapmak da mümkün değildir.

⁸⁰ RG 13.12.2018/30624.

BÜTÇELİ DİĞER İDARELER' bölümüne '50) Türkiye Uzay Ajansı' satırı ilave edilmiştir." Böylece ortaya bir kısmı kanun bir kısmı kararname olan bir düzenleme metni ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumu Anayasa hükümleri çerçevesinde belli bir anlama kavuşturmak mümkün değildir. Elbette Cumhurbaşkanı tarafından kurulan kamu tüzel kişilerinin bütçe rejiminin belirlenmesi gerekir. Ancak bunun için 5018 sayılı Kanun'a kararname ile ek yapılması zorunlu değildir⁸¹. 5018 sayılı Kanun'a kararname ile yapılan eklerin kişilerin hakları ve yükümlülüklerini ilgilendiren bir yönü bulunmadığı; dolayısıyla önemli bir sorun olarak düşünülmemesi gerektiği ifade edilebilir. Ancak, bu durum sorunların hangi boyutlara sahip olduğuna veya olabileceğine dair ilginç bir örnektir.

Kanunun düzenleme konusunu "amaç" ve "kapsam" maddeleriyle belirlemenin en doğru yol olduğu düşünülebilir. Bu maddelerin kanunun konusunu ve amacını son derece genel ifadelerle belirlediği bir gerçektir. Bu ifadeler ne kadar genel olursa olsun belli bir alanın kanunla düzenlendiğine işaret eder. Örneğin 18/04/2006 tarih ve 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 1. ve 2. maddesi amaç ve kapsamını ortaya koymuştur. Kanun'un 2. maddesine göre, "*Bu Kanun, tarım politikalarının amaç, kapsam ve konularının belirlenmesi; tarımsal destekleme politikalarının amaç ve ilkeleriyle temel destekleme programlarının tanımlanması; bu programların yürütülmesine ilişkin piyasa düzenlemeleri, finansman ve idarî yapılanmanın tespit edilmesi; tarım sektöründe uygulanacak öncelikli araştırma ve geliştirme programlarıyla ilgili kanunî ve idarî düzenlemelerin yapılması ve tüm bunlarla ilgili uygulama usûl ve esaslarını kapsar.*" Burada belirlenen konulara temas eden hiçbir konu artık kararname ile düzenlenmemelidir. Daha eski tarihli kanunlarımızda amaç ve kapsam belirleme maddeleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte uygulayıcının amaç ve kapsam maddeleri bulunmayan bir kanunu bütünüyle inceleyip amaç ve kapsamını belirlemesi güçlük arz etmese gerekir.

III. Düzenleme Yetkisinde Yasama ve Yürütme Ortak Alanı

Anayasa'nın 104/17. maddesi kararnamelerin konusunu belirlerken "yürütme yetkisine ilişkin konular" ifadesini kullanmaktadır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda yasama yetkisinin genelliğine ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır. Zira yürütme yetkisine ilişkin konularda kanun çıkarılabilecektir. O halde yürütme yetkisine ilişkin konular yasama ve yürütmenin ortak düzenleme alanı olarak belirlenmiştir. Bu konuda sorun yürütme yetkisine ilişkin konuları tanımlamaktır (A).

Yasama ve yürütmenin ortak düzenleme alanı olarak en az tartışmalı konu kamu tüzel kişiliğinin kurulması olmalıdır. Çünkü Anayasa'nın 123/3. maddesi kamu tüzel

⁸¹ Yukarıda verdiğimiz örnekte "Türkiye uzay Ajansı 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) Sayılı Cevelin 'B) ÖZEL BÜTÇELİ DİĞER İDARELER' bölümündeki idareler statüsünde kabul edilir." şeklinde bir düzenleme yapılması sanırım sorunu çözmek için yeterli olurdu. Nitekim 5018 sayılı Kanun'un Ek Madde 5'inde yer alan düzenleme de bu türden bir çözümü destekler niteliktedir.

kişiliğinin kanunla veya kararname ile kurulabileceğini belirlemekle kararnamelere ilişkin diğer düzenlemelere oranla daha belirgin bir düzenleme getirmiştir (B).

A. Yürütme Yetkisine İlişkin Konular Sorunu

Anayasa'nın 104/17. maddesi Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabileceğini, bu konularda kanun çıktığında ise kararnamenin hükümsüz hale geleceğini düzenlediğine göre, “yürütme yetkisine ilişkin konular” kararname ve kanunların ortak düzenleme alanıdır. Elbette “yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesi kanun ve kararnamenin ortak alanını ifade etmenin yanında, kararnamelere ilişkin konu sınırını da belirlemiş olmaktadır. Diğer bir deyişle yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kararname çıkarılması mümkün değildir.

Anayasa'nın özel olarak belirlediği dört konuda ve kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu konusunda kararname çıkarma yetkisinin konu bakımından sınırları görelî olarak bellidir. Ancak özel olarak belirlenen konuların dışında, kararnameler için getirilen genel konu belirlemesi ya da sınırlaması “yürütme yetkisine ilişkin konular” olarak ifade edildiğinde bunu tanımlama gereği doğar ve bunu yapmak hiç de kolay değildir⁸². Daha önce de belirtildiği gibi Anayasa'da kararnameler için belirlenen özel konuların bizzat Kanun Koyucu tarafından yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında görüldüğü düşünülebilir. Ancak bunun dışında yürütme yetkisine ilişkin konuların neler olduğu bugüne kadar ne öğretide ne de yargı kararlarında tanımlanmış değildir.

Anayasa'nın “yürütme yetkisi” olarak ifade ettiğinin “yürütme fonksiyonu” olduğunu düşünebilir miyiz? Maddî anlamda yürütme fonksiyonu, anayasa değişikliğine kadar, hükümet fonksiyonu adını verdiğimiz siyasi işleri ve “kanunların uygulanması” çerçevesindeki işleri (idari işlevi) ifade eden belli bir anlama sahiptir. Özellikle kanunların uygulanması etkinliği bakımından “yürütme görevi”nden söz ediyorduk. Yürütmenin bir kanuna dayanarak gerçekleştirdiği düzenleyici işlemlerin de “kanunun uygulanması” kapsamında görülmesi olağandı. Bugün de yürütme fonksiyonunun kanunları uygulama yönü aslî bir özelliktir. Ancak, kanunla düzenlenmemiş konularda ve aslî düzenleme yetkisi bakımından yürütme fonksiyonunun (ya da görev ve yetkisinin) ne anlama geldiğini açıklayacak belirgin bir ölçüt bulunmamaktadır. Kararnameler bir kanuna dayanmak zorunda değilse, yürütme fonksiyonunu “kanunları uygulama fonksiyonu” şeklinde tanımlamak sorunu çözmez. Yine de soruna bu açıdan bakalım ve yürütme fonksiyonunu bu sefer kanun ve kararnamenin yürütmeye verdiği görev ve yetkiler olarak tanımlayalım. Bu açıdan bakıldığında yürütme fonksiyonunun kendi halinde bir anlama sahip olmadığı, kanun ve kararnamenin yürütmeye verdiği görev ve yetkiler bulunmadığı sürece yürütme fonksiyonundan söz edilemeyeceği açıktır. Yürütme fonksiyonu kanun ve kararnamenin

⁸² Atar (dn 16) 247. Söz konusu güçlüğü yürütme fonksiyonu açısından örneklerle açıklaması için bkz. Ulusoy (dn 13) 38-55.

belirlediği bir şey ise bunun aynı zamanda kanun ve kararnamenin önceden belirlenen konusu olması mümkün değildir. Diğer bir deyişle bir fonksiyon tamamen açıklanan iradenin tercihine göre ve onun sonucu olarak var olabiliyorsa o fonksiyonun konusunu önceden genel bir ifade ile belirlemek mümkün değildir. Elbette “yürütme yetkisine ilişkin konular” gibi genel bir ifade yerine somut olarak belirlenmiş olan belli konuların bir listesinin yapılması mümkündür. Anayasa’da yapılması gereken değişikliklerden birisi belki de buydu. Nitekim yukarıda da bazı belirttiğimiz üzere Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 maddeleri kararnamelere ilişkin bazı somut konuları belirlemiş bulunmaktadır. Yine Anayasa’nın 123/3. maddesi kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kararname ile kurulabileceğini öngörmektedir. Bu türden somut belirlemeler yapılmadığı sürece “yürütme yetkisine ilişkin konularda” kararname çıkarılabileceğini düzenlemenin, kararnamelere ilişkin bir konu sınırlaması getirmek bakımından hiçbir işlevselliği ve anlamı yoktur. Benzer sebeplerle kararnamelerin konusunu belirlemek bakımından “Yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan her konu yürütme fonksiyonuna dahildir” şeklinde düşünmenin, belirsizliği giderme çabasına bir katkı sunmayacağını ifade edebiliriz⁸³.

Yürütme yetkisi idari teşkilat, görev ve yetkilere ilişkin ve kararname ile bunların düzenleneceği kast edilmiş ise, Anayasa’da özel olarak belirlenen dört konu ve kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu dışında bunun da mümkün olmadığı ileri sürülebilir. Zira Anayasa’nın 123/1. maddesine göre, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” Gerçekten idare kuruluş ve görevleri ile “kanun” ile düzenlenecekse; Anayasa’da (münhasıran) kanunla düzenlenmesi emredilen konularda da kararname çıkarılamayacaksa, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin hangi konuda kararname çıkarılabilecektir? “Yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesi ile “idarenin kuruluş ve görevleri” ifadesi arasındaki ilişki nedir? Acaba “Yürütme yetkisine ilişkin konular”, “idarenin kuruluş ve görevleri”ne ilişkin konulardan daha fazlasını mı içermektedir? Eğer öyle ise, hükümet işlevi (siyasi işlev) dışında, “daha fazlası” konuları bakımından belirlenebilir mi?

Bu sorulara ikna edici cevaplar vermek güçtür. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa’nın 104/17. maddesi “Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarılabileceği” ile 123/1. maddesinde yer alan “idare kuruluş ve görevleri ile kanunla düzenlenir” hükümleri arasında genel hüküm, özel hüküm ya da kural, istisna ilişkisi kurmak mümkün değildir. Çünkü bu ilişkiyi ortaya koyabilmek için “yürütme yetkisine ilişkin konular” ifadesini netleştirmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu ifadeyi anlaşılır, nesnel ve öngörülebilir bir anlama kavuşturmak ise pek mümkün görünmüyor. Gerçekten “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” ifadesinden “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” anlaşılacaksa, Anayasa’da konusu açıkça belirlenmiş kararnameler

⁸³ Öztürk (dn 3) 91-93.

dışındaki kararnamelerle (yeni bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması dışında) idari teşkilat, görev ve yetkilerin kararname ile düzenlenememesi gerekir. Bu bakımdan örneğin Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatı ve bu teşkilatın görev ve yetkilerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekirdi. Diğer taraftan Cumhurbaşkanının Anayasa’da belirlenenler dışında sahip olacağı bütün yetkilerin kanundan kaynaklanması gerekir. Zira Anayasa’da başkent teşkilatında bakanlık teşkilat, görev ve yetkilerinin kararname ile düzenleneceği düzenlenmiş olmakla birlikte, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ve bu teşkilatın görev ve yetkilerinin kararname ile düzenleneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır⁸⁴. Oysa 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesinden 37. maddesine kadar Cumhurbaşkanlığının idari teşkilatı düzenlenmiştir.

Geldiğimiz noktada Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatının kararname ile düzenlenemeyeceği; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyen maddelerinin ise Anayasa’ya aykırı olduğunu güçlü gerekçelerle ileri sürmek mümkündür⁸⁵.

Yukarıdaki tartışmamız “yürütme yetkisi”nin hangi konuları içerdiğine dair soyut bir belirleme yapma zorluğunun ötesinde; meseleye diğer Anayasa hükümleri çerçevesinde baktığımızda da belirsizliklerin ciddi boyutta olduğunu göstermek içindi. Söz konusu belirsizliği göstermek adına birçok örnek üzerinde durulabilir⁸⁶.

Bu başlık altında tartışılan sorunun kararnamelerin bir kanuna dayanmak zorunda olmaması ve kanun gücünde olmamasından kaynaklandığı açıktır. Yukarıda Yıldırım’ın kararnamelerin bir yetki kanuna dayanması gerektiğine dair görüşlerine yer vermiştik. Bu görüş açısından kanunla yetki verilen konunun yürütme yetkisine ilişkin konu olduğu düşünülebilir. Ancak bu durumda da yetki kanununun Anayasa’ya uygunluğu açısından yürütme yetkisine ilişkin konular dışına çıkıp çıkmadığı tartışılacaktır. Belki bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilerek tartışmanın bir çözüme kavuşması sağlanabilir. Bu çözüm kararnamelerin kanuna dayanması gerektiğini kabul ettiğimizde mümkündür ve son derece işlevseldir⁸⁷. Peki kararnamelerin

⁸⁴ Bakanlıkların kararname ile düzenlenmesini öngören Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında buna benzer bir hüküm getirmemiş olması ilginç bir durumdur. Zira Cumhurbaşkanlığı bakanlıklardan ibaret değildir. Bu durum, Anayasa değişikliği metninin hazırlanması aşamasında Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kararname konusu yapılmasının unutulmuş olması ihtimalini akıllara getirmektedir. Özen Ülgen, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler’ (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619, 630; Ulusoy (dn 13) 118, 293.

⁸⁵ Yıldırım’a göre başkanlık sistemi mantığı içinde sadece “Cumhurbaşkanlığı teşkilatı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenir” şeklinde bir hüküm getirilmiş olması, bakanlıkların kurulması ve kaldırılması yetkisini de içerecek yeterli düzenleme olurdu. Yıldırım (dn 17) 312. Ulusoy’a göre, mevcut sistem içinde bakanlıklarla Cumhurbaşkanlığı teşkilatını ayrı düşünmek mümkün olmadığına göre bakanlıkları kararname ile düzenleme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleme yetkisine evleyle sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Ulusoy (dn 13) 119.

⁸⁶ Örneğin, Gözler yargı örgütünün, yüksek mahkeme teşkilatının yargı fonksiyonunu ilgilendiren bir konu olmadığını; bu konuların yürütme yetkisine ilişkin konular olarak kabul görmesi halinde yargı örgütünün bir kararname ile düzenlenebileceğine dikkat çekmektedir. Gözler (dn 23) 879. Neyse ki Anayasa’nın (münhasıran) kanunla düzenleneceğini emrettiği konularda kararname çıkarılamayacağı hükmü, bu tür sorunların üstesinden gelmemize yardımcı olabilir. Zira Anayasa yargı teşkilatı ve personeline ilişkin hemen her konuyu 138. ve devamı maddelerinde kanunla düzenleme şartına bağlamıştır.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. Şirin (dn 9) 309.

kanuna dayanmak zorunda olmadığı görüşü bakımından benzer bir çözüm üretmek mümkün müdür? Şirin, haklı olarak kararnamelerin ihdas usulüne dair bir kanun çıkarılmasının önünde anayasal bir engel bulunmadığına dikkat çekmektedir⁸⁸. Bu açıdan bakıldığında, “ihdas usulü”nün de ötesinde Kanun Koyucunun sahip olduğu takdir yetkisine bağlı olarak kararnamelerden daha güçlü olan kanunla “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın bir listesini yapması ve kararname çıkarma yetkisini konu bakımından belirgin bir sınıra kavuşturması ihtimali tartışılmalıdır. Bu tür bir yöntemde Anayasa’nın 104/17. maddesindeki sınırlamalar varlığını sürdürecektir. Kararnameler kanun gücünde olmadığına göre ve Kanun Koyucu yürütme yetkisine ilişkin konularda kanun çıkardığında kararname yürürlükten kalkacağına göre ve yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği Kanun Koyucunun yürütme yetkisine ilişkin konuları belirleme ve kararnamelerin de belirlenen konular dışına çıkamayacağını emretme yetkisine sahip olduğu ileri sürülebilir⁸⁹. Önerilen bu çözüm sorunsuz değildir. Öneriye göre kanunla belirlenen konuların kararname ile aşılması halinde kararnamenin karşılaşacağı müeyyidenin ne olacağı sorusunun cevabı belirsizdir. Böyle bir durumda kararnamenin kanuna aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak yargısal denetimi Anayasa’ya uygunlukla sınırlı olan kararnamelerin kanuna aykırı olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte kanunun belirlediği konu sınırlamasının aşılması halinde sorunun Anayasa’nın 7. ve 8. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Anayasa’nın 7. maddesi yasama yetkisinin üstünlüğünü devredilemeyecek bir yetki vurgusuyla belirlemektedir. Anayasa’nın 8. maddesi ise yürütmenin görev niteliğini sürdürmektedir. Kanun koyucunun yürütme yetkisine ilişkin konuları kanunla somutlaştırması halinde yürütmenin görev niteliği öne çıkacaktır. Dolayısı ile kanunun belirlediği sınırların aşılması Anayasa’nın 7. ve 8. maddesine aykırılıkla nitelendirilebilir. Elbette kararnamenin Anayasa’ya uygunluğunu bir kanuna uygunluğu açısından değerlendirmek denetim tekniği açısından sorundur. Fakat en azından kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanununa uygunluğunun değerlendirilmesine dair tartışmalı geçmiş deneyimlerimiz mevcuttur.

Bütün bu tartışmadan ortaya çıkan sonuç açıktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, yürütme organının düzenleme aracı olarak kararnameler üzerinde ısrar edilecek ise, yürütme yetkisine ilişkin konuların bu ifadeye yer verilmeden bir liste halinde Anayasa’da belirlenmesi gerekir. Daha yerinde bir tercih yürütme yetkisine ilişkin kararnameler kategorisinin tamamen yürürlükten kaldırılması ve sadece belirlenen özel konularda kararname çıkarma yetkisinin tanınmasıdır. Her durumda bu konuda bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç olacaktır.

Neticede, mevcut düzenlemeler çerçevesinde, ortak alan olarak nitelendirdiğimiz yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan kararnamelerin konu sınırlarını aşıp

⁸⁸ Şirin (dn 9) 298.

⁸⁹ Aksi yönde bkz. Volkan Aslan, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 139, 154-158.

aşmadığı sorununun doğru bir hukuksal temellendirme ile makul çözümlere kavuşturulması pek mümkün görünmüyor.

B. Kamu Tüzel Kişiliğinin Kurulması

Yukarıda konusu özel olarak belirlenmiş kararnamelerin Anayasa'nın 104/17. maddesi kapsamının dışında düşünülmesinin mümkün olmadığını açıklamaya çalışmıştık. Anayasa'nın 123/3. maddesi kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kararnama ile kurulabileceğini öngörmektedir. Bu kapsamda kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin kararnamelerin de Anayasa'nın 104/17. maddesi kapsamında yer aldığı açıktır. Anayasa'nın genel hüküm niteliğindeki 104/17. maddesi ve 123/3. maddesi kanun ve kararnama için ortak düzenleme konularını içerdiğine göre bu sonuç olağandır.

Yukarıda Anayasa'da (münhasıran) kanunla düzenlenecek olan konularda kararnama çıkarılmayacağına ilişkin kural ele alınmıştı. Bu çerçevede kararnama ile kamu tüzel kişiliği kurulabileceğine ilişkin Anayasa'nın 123/3. maddesi, idarenin kanunla düzenlenmesi kuralını ifade eden 123/1. maddesine istisna oluşturur⁹⁰.

Kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin kararnameler söz konusu olduğunda, kamu tüzel kişiliğinin örneğin sadece belediye gibi teşkilat, görev ve yetkileri önceden bir kanunla belirlenmiş bir kamu tüzel kişisi mi olacağı; yoksa teşkilat, görev ve yetkileri ile birlikte yeni bir tüzel kişilik mi olacağı sorusunun cevaplanması gerekir. Belediye gibi teşkilat, görev ve yetkileri kanunla belirlenmiş bir kamu tüzel kişiliğinin kararnama ile kurulması mümkün olmasa gerekir. Böyle bir durumda kararnamenin bir kanuna dayanması ve kanuna uygun olması esas geçerli olacaktır. Oysa kararnameler asli düzenleme yetkisinin ürünü olarak bir kanuna değil, Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Kararnamelerin Anayasa'ya uygunluğunu da Anayasa Mahkemesi denetleyecektir. O halde belediyenin kurulması ya da kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar anayasa yargısının değil, idari yargının görevi olmalıdır. Nitekim 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 4. ve 11. maddesi belediyenin kurulması ve kaldırılmasının "Cumhurbaşkanı kararnamesi" ile değil "Cumhurbaşkanı kararı" ile olacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Yine 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/1. maddesine göre kamu iktisadi teşebbüsleri "Cumhurbaşkanınca kurulur."⁹¹ "Cumhurbaşkanınca kurulur" ifadesi yeterince açık olmasa da bunu Belediye Kanunu'ndaki gibi "Cumhurbaşkanı kararı" ile kurulur şeklinde anlamak gerekir.

⁹⁰ Ulusoy, bir "kamu hizmetinin" Anayasa'nın 123/1. maddesi uyarınca kanunla kurulabileceğini, kararnama ile kurulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ulusoy (dn 13) 470. Ancak, kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunu bir kamu hizmetinin kurulmasından ayrı tutmak mümkün olmasa gerekir. Kamu tüzel kişiliği ile birlikte bir kamu hizmeti de kurulduğunda, söz konusu kamu hizmetinin temel hak ve özgürlüklere yönelik doğrudan bir sınırlama getirme niteliğinde sahip olmaması gerekir.

⁹¹ İki düzenleme arasındaki fark, Anayasa değişikliğine uyum için yapılan mevzuat değişikliklerinde terminoloji birliği bulunmadığına örnektir.

Aslında buradaki esas sorun kanunun, kamu tüzel kişiliğini kurma konusunda yürütmeye yetki verip veremeyeceğine ilişkindir⁹². Gerçekten Anayasa'nın 123/4. maddesi değişiklikten önce kanunun verdiği yetki ile idari işleme de kamu tüzel kişiliğinin kurulabileceğini düzenlemişken; değişiklikten sonra kurucu iradenin biçimini “kanun” ve “kararname” şeklinde sınırlanmış görünmektedir. Anayasa'nın 123/3. maddesinin ilk haline göre de “kanunun verdiği yetki” açıklığı olmasaydı da belediye gibi görev yetki ve teşkilatı önceden kanunla belirlenmiş bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunun idari işleme bırakılmasının yasama yetkisinin devredilmezliği ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından Anayasa'ya aykırı olmayacağını ileri sürebilirdik. Bu bakımdan kanunun görev, yetki ve teşkilatını detaylı bir şekilde düzenlediği ve aynı nitelikte ihtiyaca göre çok sayıda kurulabilecek olan kamu iktisadi teşebbüsü ve belediye gibi kamu tüzel kişiliklerinin kurulmasını idari işleme bırakabilir⁹³. Ancak bu idari işlemin yukarıda açıklanan sebeplerle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi şeklinde olması mümkün değildir.

Sonuç

Toplumun belli kesimlerinde güçlü ve ihtiyaçlara daha hızlı yanıt veren bir devlet işleyişinin öncelikle güçlü bir yürütme işleviyle mümkün olacağına dair yersiz bir kanı vardır. Bu çalışmada ele aldığımız Anayasa değişikliği bu yersiz kanının bir ürünüdür. Güçlü devlet, hükümet sistemi ne olursa olsun için bir hukuk devleti kavrayışla ve yasama işlevinin üstünlüğü ile mümkündür. Yürütme organı ve işlevine ilişkin tasarımlarımız ikinci sırada bir öneme sahiptir.

Ele aldığımız Anayasa değişiklikleri ile beliren yürütmeyi güçlendirme çabasının, zorunlu olmadığı halde düzenleme yetkisini de ele alması şaşırtıcı olmamıştır. Yapılan değişiklikler, anayasal boyutta bugüne kadar varlığını sürdüren idarenin kanuniliği ilkesine istisna getirme sonucunu doğurmuştur. Diğer bir deyişle, düzenleme yetkisinin kanuna dayanması ve sınırlarının kanunla belirlenmesi gerekliliği terk edilerek yürütme erki asli düzenleme yetkisine sahip kılınmıştır. Oluşturulan asli düzenleme yetkisi ile Cumhurbaşkanı yasama organının düzenleme yetkisine ortak kılmıştır. Ancak söz konusu ortaklığın eşit bir ortaklık olmadığı; kanun üstünlüğünün korunduğu, zaten aksinin de düşünülmemeyeceği açıktır. Bununla birlikte kanun üstünlüğünün korunması bu üstünlüğün ifade edildiği tutarlı ve açık düzenlemelerle mümkündür. Belirsizlik, Cumhurbaşkanının asli düzenleme yetkisinin genişlemesine yol açacaktır. Düzenleme yetkisini genişletme eğilimi yürütme fonksiyonunun doğasında vardır.

Anayasa değişikliğinin kararnamelere ilişkin düzenlemelerinde birçok belirsizlik vardır. Bu belirsizliklerden birisi Anayasa'nın konusunu özel olarak belirlediği kararnamelerin, 104/17. maddesinde genel olarak düzenlenen kararnamelerden bir

⁹² Yasin (dn 35) 322.

⁹³ Aynı yönde bkz. Yasin (dn 35) 323. Aksi yönde bkz. Gözler (dn 23) 318.

farklılık taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Bu kapsamda belirlenen özel konularda Kanun Koyucunun kanun çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı; diğer bir deyişle yürütme için mahfuz bir düzenleme alanının bulunup bulunmadığı yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 104/17. maddesinde geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular”, “yürütme yetkisine ilişkin konular” ve “kanunda açıkça düzenlenen konular” ifadeleri kararnamelerin konu bakımından yetki sınırlarını belirlemek için yeterli olmamıştır.

Ele aldığımız düzenlemelerin yerindeliği bir tarafa, yürütme organının sınırlı düzeyde de olsa asli bir düzenleme yetkisine sahip kılınması Kanun Koyucunun takdirinde olan bir konudur. Asıl sorun ciddi bir değişimin, değişimin ciddiyetine uygun bir özenle yapılıp yapılmadığına ilişkindir. Neresinden bakarsak bakalım bütün bir hukuk isteminin kurucu iradesini oluşturan Anayasa'da yapılan değişikliklerin bir anayasanın taşıması gereken ciddiyetten uzak, nitelikli bir hukuk aklını yansıtmayan, teknik açıdan son derece sorunlu ve belirsizliklerle dolu olduğu daha ilk bakışta görülebilir. Bu nedenle ele almaya çalıştığımız düzenlemelerle ilgili olarak yapılacak her türlü yorum mutlaka eleştiriye açık olacaktır. Yapılacak her yorum bir başka açıdan belli eksiklikler taşıma zaafından kurtulamayacaktır. Bize düşen elimizdeki metni nesnel ölçüler dahilinde, kamu hukukunun bilinen müesseseleri ve kavramları çerçevesinde belli bir anlama kavuşturmaya çaba sarf etmektir.

Hukuk devletinin önemli bir özelliği hukuksal belirlilik ve öngörülebilirlik olduğu şüphesizdir. Ele aldığımız Anayasa değişikliği hükümlerinin temel amacının yürütme işlevini güçlendirmek olduğu düşünüldüğünde yaratılmış olan anayasal belirsizliğin doğurduğu endişe bir kat daha artmaktadır. Çalışmamızdan kararnamelere ayrılan münhasır alanın ve düzenleme konularının sınırlı düzeyde tutulduğu sonucu çıkmış olsa da bu bizim yorum çabamız ve bakış açımızdan böyledir. Esas sorun, bu düzenlemelerin yarattığı belirsizliklerin bizim ulaştığımız sonucun tam aksine kararnamelerin gücü ve konusu bakımından bambaşka sonuçlarla anlaşılma tehlikesidir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek öncelikle Anayasa Mahkemesinin görevidir.

Düzenlemelerin beraberinde getirdiği anayasal belirsizlik karşısında Anayasa Mahkemesini sakatlanmış bir anayasayı işler hale getirmek gibi zorlu bir görev beklemektedir. Umulur ki yasama işlevinin ve kanunun üstünlüğüne dair hassasiyet bu zorlu görevin ifasında belirleyici bir zemin olsun. Her durumda, geçmişi ve bugünü ile son derece yıpratıcı tartışmaların konusu olan Anayasa Mahkemesi çok daha yıpratıcı eleştirilerin hedefi haline gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Ardıçoğlu A, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2017) 3 Ankara Barosu Dergisi 21-51.
- Aslan V, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 139-161.
- Atar Y, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 241-260.
- Duran L, 'Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?' (1983) 4(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 33-42.
- Eren A, 'Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Değerlendirilmesi' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 1-72.
- Ergül O, 'Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri' (2018) Eylül-Ekim Güncel Hukuk 30-32.
- Eroğul C, "TBMM YGK'lerde Değişiklik Yapabilir mi?" (2005) 60(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 109-121.
- Gözler K, Anayasa Hukuku (2. Bası, Ekin 2018).
- Günday M, İdare Hukuku (10. Bası, İmaj 2011).
- Güneş T, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri (AÜSBF 1965).
- Kanadoğlu K, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637-650.
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (17. Bası, Yetkin 2017).
- Öztürk, BK, Fransız ve Türk İdare Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı (Yetkin 2009).
- Sağlam F, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması ve Özü (AÜSBF 1982).
- Sancaktar O, İdare Hukuku (7. Bası, Seçkin 2018).
- Sezer A, 'Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 353-412.
- Söyler Y, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Seçkin 2018).
- Şirin T, 'İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 7(14) Legal Anayasa Hukuku Dergisi 289-356.
- Taşdöğen S, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 937-966.
- Teziç E, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı (İÜHF 1972).
- Tunç H, Türk Anayasa Hukuku (Gazi 2018).
- Ulusoy A, Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (Yetkin 2019).
- Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri: İlk Gözlemler' (2018) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619-635.
- Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Niteliği ve Türleri' (2018) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-39.
- Ülgen Ö, 'Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 261-277.
- Yasin M, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 315-333.

- Yıldırım T, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293-314.
- Yıldırım T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2017) 23(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 13-28.
- Yılmaz H, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi', (2019) 7(13) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 373-392.

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az beş en çok on beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles should include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords should be added to the paper in Turkish and English languages.

Following the abstracts, there should also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*